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

ZBORNIK RADOVA
COLLECTED PAPERS

XLIV 3 (2010)

NOVI SAD, 2010.

ZRPFNS, Godina XLIV Novi Sad, br. 3 (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 Pupić (1974–1976),
prof. dr Milijan Popović (1977–1983), prof. dr Stanko Pihler (1984–1988),
prof. dr Momčilo Grubač (1989–1991), prof. dr Jovan Munćan (1992–1997),
prof. dr Milijan Popović (1998–2003), prof. dr Rodoljub Etinski (2004–2007).

Za izdavača

Prof. dr Ranko Keča
dekan Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Upravnik Centra za izdavačku delatnost

Prof. dr Ljubomir Stajić

Glavni i odgovorni urednik

Doc. dr Dragiša Drakić

Članovi Uredništva:

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

Menadžer časopisa

Stefan Samardžić

Sekretarijat Uredništva

mr Dragana Ćorić, dr Vladimir Marjanski, mr Bojan Tubić,
Marko Knežević, Milana Pisarić, Nataša Rajić, Uroš Stanković,
Sandra Samardžić, 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.

Od juna 2010. godine kompletan tekst svih brojevi Zbornika radova Pravnog fakulteta u
Novom Sadu pod nazivom Zbornik radova uvršćen u kolekciju:
International & Non-U.S. Law Journals američke pravne baze HeinOnline.

Kompjuterska obrada teksta

Goran Hajzler

Štampa:
„Futura“ Petrovaradin
Tiraž: 300 primeraka

SADRŽAJ

Dr Đorđe Popov, redovni profesor
Svetska ekonomska kriza i Srbija 7
Dr Stevan Šogorov, redovni profesor
Pravni status sopstvenog udela društva s ograničenom odgovornošću 27
Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Pravni položaj Vlaha i otroka u srednjovekovnoj Srbiji 37
Dr Jožef Salma, redovni profesor
Odgovornost za štetu prouzrokovanu nesavesnim vođenjem pregovora 53
Dr Rodoljub Etinski, redovni profesor
Individualne sankcije Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija i zaštita ljudskih prava 79
Dr Zoran Arsić, redovni profesor
Izveštaji upravnog odbora akcionarskog društva i kolektivno pravo na informisanje 93
Dr Predrag Jovanović, redovni profesor
Normativna izgradnja ljudskih i socijalno-ekonomskih prava 103
Dr Milo Bošković, redovni profesor
Porodični faktori kriminaliteta i porodično nasilje 117
Dr Gordana Kovaček-Stanić, redovni profesor
Autonomija deteta u savremenom porodičnom pravu 141
Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor; Mr Goran J. Mandić, asistent
Socijalni inženjering kao oblik ugrožavanja poverljivih poslovnih informacija 163
Dr Dušan Nikolić, redovni profesor
Uticaj istaknutih pravnika na oblikovanje prava u Evropi i Srbiji 183
Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor
Sporazumno određena međunarodna nadležnost u porodičnopravnoj materiji u pravu EU 203
Dr Marija Salma, redovni profesor
Izlučna prava u stečaju 227
Dr Radenka Cvetić, redovni profesor
Upisi u katastar nepokretnosti 243
Dr Senad Jašarević, vanredni profesor
Zaštita jednakosti zaposlenih u pravu Evropske unije 257
Dr Snežana Brkić, vanredni profesor
Klasifikacija procesnih formi u krivičnom procesnom pravu Srbije 275

Dr Sanja Đajić, vanredni profesor
Nepovredivost poslovnih prostorija u pravu Evropske unije i praksi Evropskog suda za ljudska prava 305
Dr Nikola Bodiroga, docent
Vansudski izvršni postupak na osnovu Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar 325
Dr Tatjana Lukić, docent
Borba protiv finansiranja terorizma – primer Španije 353
Dr Bojan Pajtić, docent
Ugovori bračnih drugova u evropskim zakonodavstvima i srpskom pravu 369
Dr Vladimir Marjanski, asistent
Forma i sadržina prospekta 385
Dr Sandra Fišer-Šobot, asistent
Posredna povreda patenta 397
Dr Maša Kulauzov, asistent
Jedan ili dva doma zakonodavnog tela? Rad ustavotvornog odbora obrazovanog 1888. godine 409
Mr Dragutin Avramović, asistent
Vladavina prava i pravna država – istost ili različitost? 421
Mr Dragana Ćorić, asistent
Ruska pravna teorija o stečenim pravima i retroaktivnosti 439
Mr Petar Đundić, asistent
Uloga volje stranaka prilikom određivanja merodavnog prava za vanugovornu odgovornost za štetu u evropskom međunarodnom privatnom pravu 451
Mr Bojan Tubić, asistent
Opravdanost ukidanja sudske kontrole odluka Administrativnog tribunala Ujedinjenih nacija u svetlu potrebe kontrole akata međunarodnih organizacija 471
Mr Samir Aličić, asistent
Ubistvo roba, izgubljeno nasleđe i *lex aquilia* 485
Marko Knežević, asistent
O problemu blagovremenosti prigovora mesne i zalečive stvarne nenadležnosti u parničnom postupku 501
Cvjetana Cvjetković, asistent
Utanjena kapitalizacija kao evazioni instrument 521
Uroš Stanković, asistent
Prirođenja Sremaca u registrima Ministarstva unutrašnjih dela Srbije za 1899. godinu 537
Milana Pisarić, asistent
Unapređenje razmene podataka u okviru prekogranične policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima na nivou Evropske unije – „Prumski proces“ 557
Luka Baturan, asistent
Fondovi za finansiranje zajedničke poljoprivredne politike Evropske Unije 573

TABLE OF CONTENTS

Đorđe Popov, Ph.D., Full Professor
World Economic Crisis and Serbia 7
Stevan Šogorov, Ph.D., Full Professor
Legal Status of Own Share in Private Company 27
Srđan Šarkić, Ph.D., Full Professor
Legal Position of Dependent Shepherds (Vlachs) and Slaves (Otroci) in Mediaeval Serbia 37
József Szalma, DSC, Dr. hc., Full Professor
Liability for Conducting Negotiations in Bath Faith 53
Rodoljub Etinski, Ph.D., Full Professor
Individual Sanctions of the Security Council of the United Nations and Protection of Human Rights 79
Zoran Arsić, Ph.D., Full Professor
Corporate Board of Directors Reports and Collective Information Right 93
Predrag Jovanović, Ph.D., Full Professor
Normative Formation of Human and Social-Economic Rights 103
Milo Bošković, Ph.D., Full Professor
Family Factors of Crime and Domestic Violence 117
Gordana Kovaček-Stanić, Ph.D., Full Professor
Autonomy of the Child in Contemporary Family Law 141
Ljubomir Stajić, Ph.D., Full Professor; Goran Mandić, LL.M.,Instructor
Social Eengeneering as the Form of Endangering Confidential Business Information 163
Dušan Nikolić, Ph.D., Full Professor
Influence of Distinguished Lawyers on the Development of Law in the European Union and Serbia 183
Bernadet Bordaš, Ph.D., Full Professor
Choice of Court Agreements in Family Matters in Private International Law of the European Union 203
Marija Salma, Ph.D., Full Professor
Separate Recovery in Bankruptcy 227
Radenka Cvetić, Ph.D., Full Professor
Cadastre Entries 243
Senad Jašarević, Ph.D., Associate Professor
Protection of Equality of Employees in Law of the European Union 257
Snežana Brkić, Ph.D., Associate Professor
Classification of Procedural Forms in Criminal Process Law of Serbia 275

Sanja Đajić, Ph.D., Associate Professor
Inviolability of Business Premises in the EU Law and the Case Law of the European Court for Human Rights 305
Nikola Bodiroga, Ph.D., Assistant Professor
Private Enforcement based on Law on Lien Right against Chattels entered in Registry 325
Tatjana Lukić, Ph.D., Assistant Professor
Combat Against Financing of Terrorism – Spanish Model 353
Bojan Pajtić, Ph.D., Assistant Professor
Contracts Between Spouses in European and Serbian Law 369
Vladimir Marjanski, Ph.D., Assistant
Form and Content of a Prospectus 385
Sandra Fišer-Šobot, Ph.D., Assistant
Indirect Infringement of a Patent 397
Maša Kulauzov, Ph.D., Assistant
One or Two Houses of Legislative Body? Work of Constitutional Committee of 1888 409
Dragutin Avramović, LL.M., Assistant
Rule of Law and Rechtsstaat – Identity or Divergency? 421
Dragana Ćorić, LL.M., Assistant
Russian Legal Theory About Protection of Acquired Rights 439
Petar Đundić, LL.M., Assistant
The Role of Party Autonomy in Choice of Law for Non-Contractual Liability in European Private International Law 451
Bojan Tubić, LL.M., Assistant
The Justification of the Abolishment of Judicial Control of the UN Administrative Tribunal Decisions in the Light of the Need to Review Acts of International Organizations 471
Samir Aličić, LL.M., Assistant
Slave Killing, Lost Legacy and *Lex Aquilia* 485
Marko Knežević, Assistant
On the Problem of Timely Use of Challenges to Venue of Court and Subject Jurisdiction in Civil Procedure 501
Cvjetana Cvjetković, Assistant
Thin Capitalization as an Instrument of Tax Avoidance 521
Uroš Stanković, Assistant
Citizens of Srem's Naturalizations in Serbian Home Department's Rolls for the Year 1899. 537
Milana Pisarić, Assistant
Improving the Exchange of Data in the Cross-Border Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters Within the European Union – „The Prum Process" 557
Luka Baturan, Assistant
European Union Funds for Financing Common Agricultural Policy 573

Originalni naučni rad 338.124.4(100:497.11)

Dr Đorđe Popov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SVETSKA EKONOMSKA KRIZA I SRBIJA[1]

***Sažetak**: U radu se ukazuje da u svetskoj ekonomskoj krizi koja se otvoreno manifestovala sredinom 2008. godini, u suštini nema bitno novih elemenata u odnosu na ranije krize. Kao i uvek počevši od operacija Džona Lou-a u Francuskoj u XVIII veku uzroci su u naduvavanju balona prevelikih očekivanja.*

Poslednju deceniju prošlog i početak ovog veka obeležio je intenzivan razvoj sofisticiranih finansijskih derivata i mnogima koji nisu naučili lekcije iz prethodnih kriza se učinilo da je pronađen svojevrstan perpetu mobile, koji omogućava da svi dobijaju uz istovremeno potpuno zanemarivanje realnog sektora ekonomije. Da su se poštovala saznanja i pravila ekonomske nauke kriza se mogla predvideti, a njeni efekti minimizirati.

Nažalost, kriza je upravo usled zanemarivanja dostignuća do kojih je ekonomska nauka došla pogodila i Srbiju jače nego što je to moralo da se desi. Podloga za takav učinak svetske krize u Srbiji kreirana je i u na ideologiji neoliberalne škole realizovanoj tranziciji.

Zašto je u Srbiji insistirano na važećem modelu privatizacije i pored uspešnog iskustva Slovenije sa bitno drugačijim pristupom? Šta je to što nas je navelo da zaboravimo da je nezaobilazni deo evropske civilizacije i model socijalne tržišne privrede, i da krenemo u realizaciju neoliberalne paradigme? Gde je to zaboravljena industrijska politika poslednje dve decenije? Kako se može insistirati na dezindustrijalizaciji evropske zemlje srednje veličine i očekivati da osnova njene privrede budu usluge?

[1] Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu: „Harmonizacija prava Republike Srbije i Evropske unije: teorijskopravni, sociološkopravni, istorijskopravni, pozitivnopravni i pravnoekonomski aspekti“, koji se realizuje na Pravnom Fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

Radi budućnosti Srbije kao države , da se ponovo ne bi desilo da nas kriza iznenadi i vrati deceniju unazad, nužno je razviti odgovarajuću infrastrukturu naučnih institucija onako kako je to u svim ozbiljnim evropskim državama. Svaka od njih mora imati jasno definisanu delatnost program rada i dugoročne izvore finansiranja iz javnih izvora.

***Ključne reči**: Svetska ekonomska kriza, Srbija, privatizacija, dolarizacija, socijalna tržišna privreda, dezindustrijalizacija, usluge, naučne institucije.*

I

Svet je postao potpuno svestan tekuće krize kada je izbila spektakularna kriza likvidnosti između 20. septembra i 12. oktobra 2008. Kriza likvidnosti je bila generisana globalnom krizom finansijskog sistema i opštom nesigurnošću povezanom sa sofisticiranim načinima zaduživanja razvijanim poslednjih deset godina kroz razvoj različitih finansijskih derivata radi njihovog obezbeđenja.[2]

Slom globalnog finansijskog tržišta čiji smo svedoci poslednje dve godine je mnogo više od obične prolazne finansijske krize. Po svemu sudeći to je početak kraja verovanja u neograničenu moć tržišta i uvođenja na njega sve novih i novih finansijskih derivata koji će sami po sebi bez direktne veze sa realnom ekonomijom[3] omogućiti neograničeni rast dohodaka i cena nekretnina.

„Moralni hazard“[4] kao dominantna crta poslovnog ponašanja menadžera finansijskih institucija krajem devedesetih godina prošlog veka i u prvoj deceniji novog milenijuma za rezultat je imao krah na neoliberalnoj dogmi zasnovanog sistema koji je favorizovan naročito u razvijenim zemljama poslednje dve decenije[5]. Rezultat stvaranja takvog okruženja u fi-

[2] Ova globalna finansijska kriza, kao što je poznato ima svoje korene u preteranoj ekspanziji kredita u SAD, ali i u Velikoj Britaniji, Španiji i Irskoj, naprimer.

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

[4] „Moralni hazard“ je način poslovanja gde se krediti bez dovoljno provere daju onome ko ponudi da plati najveću kamatu i najkraći rok vraćanja. Do momenta početka vraćanja kredita takvi potezi izgledaju kao vrlo uspešni. Ali takvo shvatanje ekonomije vodi u ono što neki nazivaju „kazino-kapitalizam“ sa nepredvidim rizicima. To se u najnovijoj krizi i pokazalo.

[5] Čak i u zemljama koje su tradicionalno imale uspešne drugačije modele agresivno je nametan neoliberalni model, naročito u Evropi. Npr. Nemačka, Francuska, Austrija.

nansijskom sektoru je bila svetska ekonomska kriza. Razlozi za krah su sada poznati, a za mnoge ekonomiste ne i neočekivani.[6]

II

Za krize u razvijenim zemljama, ali i u zemljama u razvoju zajedničko je da se one redovno povezuju sa pojavom „balona" cena. Poznato je da se „balon" cena pojavljuje kada je cena neke aktive, finansijskog instrumenta[7], itd. veća od fundamentalne vrednosti[8] istog. U takvoj situaciji kaže se da ta cena u sebi sadrži balon. Uobičajeno je da u godinama kada berzanski kursevi ubrzano rastu, dolazi do pojave da brojni investitori kupuju finansijske instrumente ne da bi ih zadržali, već brzo preprodali uz profit, iako dobro znaju da su im cene veće od njihovih fundamentalnih vrednosti. Sve dok „balon" raste sporijim tempom u odnosu na privredu kao celinu, informisani investitori mogu profitirati. Međutim, ako balon raste bržim tempom od privrede u celini, on će apsorbovati većinu slobodnih sredstava na tržištu. Otuda, na nekoj tačci balon mora da pukne[9]. Naime, u tom momentu svi pokušavaju da prodaju, ali pošto nema dovoljno tražnje koja je pokrivena realnim ekonomskim parametrima dolazi do naglog pada cena.

U aktuelnoj ekonomskoj krizi nema ničeg fundamentalno novog. Razlozi su identični onima koji su inicirali „veliku krizu" tridesetih kao i sve kasnije krize bez obzira što su za njih korišćeni termini „recesija", „smirivanje konjukture" i sl. Svim učesnicima u ekonomskom životu je poznato da se na tržištu kupuju u stvari očekivanja. Prema tome kada ona postanu nerealno velika posledično sledi slom. Suštinski se 2008. nije desilo ništa bitno drugo u odnosu na ono što se desilo u Francuskoj za vreme regenstva Vojvode od Orleana, kada je došlo do vrtoglavog rasta, a potom kraha akcija virtuelne kompanije za eksploataciju francuske kolonije Luizijane, čije je emitovanje osmislio škotski „ekspert" Džon Lou[10].

---

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

[7] Radi se o npr. nekretninama, akcijama, obveznicama, itd.

[8] Pod cenom većom od fundamentalne vrednosti podrazumeva se cena koja se ostvaruje na tržištu nezavisno od stvarnog stanja ekonomije neke zemlje, a koja je rezultat očekivanog daljeg rasta cena.

[9] Npr. krajem devedesetih godina prošlog veka kada je vrednost Dow-Jones-a prvi put dostigla 10.000 poena došlo je do naglog pada cena akcija. Što znači da se i tada radilo o „balonu".

[10] I iz ovog primera se vidi da se, po pravilu, ponavljaju već viđeni scenariji, tj. i tadašnja Francuska je angažovala „eksperta" iz inostranstva. Vrlo poučno bi bilo navesti koje su sve za Francusku bile posledice ovoga angažmana, no to nije predmet ovoga rada.

Svaki školovani ekonomista je mogao da zaključi kada je u drugoj polovini prve decenije našeg milenijuma došlo do vrtoglavog rasta cena nekretnina i ekspanzije finansijskih derivata[11] da je samo pitanje dana kada će doći do pucanja „balona“, tj. do izbijanja krize. Tačno je da su sekjuritizacija i novi oblici finansijskih derivata stvarali utisak kao da je pronađena nova dosada nepoznata vrsta kazina u kome je postalo moguće da svi dobijaju, a da istovremeno proizvodnja, tj. dešavanja u realnom sektoru uopšte nije bitna. Da to nije moguće jasno je svakome ko ima diplomu iole kvalitetnog ekonomskog fakulteta, a uloga ekonomske nauke je, između ostalog, da rezultate svojih istraživanja predoči javnosti i ukaže na moguće posledice kretanja koja su se nezaustavljivo odvijala na svetskoj ekonomskoj pozornici[12].

Da kriza može da pogodi slabije razvijene zemlje čak i da nije došlo do svetske ekonomske krize u ovom obliku moglo se takođe predvideti i blagovremeno preduzeti odgovarajuće mere imajući u vidu iskustva nekih zemalja jugoistočne Azije iz devedesetih godina prošlog veka[13].

Porast ulaganja u nekretnine je vrlo često posledica liberalizacije finansijskih tržišta, odnosno ukidanja kontrole na tržištu kapitala, što je jedan od osnovnih prinicipa „Vašingtonskog konsesusa“[14]. Međutim, u uslovima zemalja u razvoju i zemalja u tranziciji liberalizacija se izvodi u okolnostima koje ne postoje u razvijenim zemljama[15].

---

[11] Tako je na primer promet na deviznim tržištima iznosio 2005 godine1,88 biliona američkih dolara što je tri puta više nego pre petnaest godina, a što je 42 puta više od obima svetske trgovine.

[12] Istine radi treba priznati da to u situaciji kada je u krugovima onih koji donose državne odluke kao i u javnosti stvorena slika da ekonomskim kretanjima najbolje upravljaju i razumeju ih masteri raznih „biznis“ škola i stručnjaci za marketing, menadžment i „public relations“ nije bilo ni lako ni jednostavno.

Ovo su svakako značajne i za savremeni život nezaobilazne stručne oblasti, ali to nisu područja koja mogu dati validne odgovore na pitanja kojima se bavi ekonomija.

[13] O tome je pisao Stiglic, a knjiga „Protivrečnosti globalizacije“ je prevedena na srpski kao što je poznato još 2002.

[14] Principi su: Stabilizacija, liberalizacija, privatizacija.

[15] Na primeru Tajlanda Stiglic pokušava da objasni zašto je to tako. Pre liberalizacije Tajland je imao oštra ograničenja u pogledu iznosa bankarskih zajmova za moguće je spekulativne nekretnine. Ta ograničenja su bila logična posledica ispravnog uverenja da je za zemlju sa oskudnim resursima bolje da investira u industriju i otvara nova radna mesta i povećava dohodak. MMF je smatrao da su ograničenja koja su postojala u Tajlandu mešanje u efikasnu tržišnu alokaciju resursa. No, desilo se i u Tajlandu da su milijarde uložene u nekretnine koje već deceniju stoje prazne i to je bio jedan od glavnih uzroka da su i njemu bili nužni novi zajmovi rada održanja likvidnosti i kursa domaće valute.

Najavu krize u zemljama u razvoju[16] i zemljama u tranziciji, može često puta da predstavlja značajno povećanje priliva kapitala, naročito ako on potiče od kratkoročnog pozajmljivanja komercijalnih banaka u inostranstvu. Ako se ti krediti ne koriste za povećanje izvozne proizvodnje kako bi se obezbedile devize za servisiranje spoljnog duga, nego njima finansiraju investicije u nekretnine, u jednom momentu nastaje problem sa obezbeđivanjem dovoljne količine deviza radi vraćanja stranih zajmova[17].

Dalji scenario je opšte poznat[18], kao i njegove posledice gde god da je primenjen. Međunarodni Monetarni Fond (MMF) pokušava da pomogne na svoj način. On obezbeđuje novac tj. *bailout*[19] koji treba da olakša izlazak iz krize. Poznato je da je zemljama jugoistočne Azije ponuđen „paket" u iznosu od 105 milijardi dolara kao pomoć očuvanju kurseva domaće valute. Taj novac je prevashodno poslužio kompanijama da obezbede dolare za vraćanje kredita zapadnim bankama. U standardnoj tržišnoj ekonomiji pak, trebalo bi da ako davalac zajma sklopi loš kreditni posao, on snosi posledice. Na drugoj strani primalac zajma odlazi u bankrot, što je inače regulisano odgovarajućim procedurama. To je način na koji funkcioniše prava tržišna ekonomija. Međutim, umesto toga programi MMF-a obezbeđuju vladama *bailout* radi otplate zajmova kreditorima iz razvijenih zemlja[20]. Davaoci zajmova obično imaju dovoljno informacija da unapred očekuju *bailout* i stoga često već unapred snižavaju kriterijume kod odobravanja zajmova[21]. Na taj način se istovremeno povećavaju rizici izbijanja krize u nekoj od zemalja u razvoju ili tranziciji[22].

Sve ono nikako ne znači da postoji bolji model od onoga koji je zasnovan na tržišnoj privredi, vladavini prava i poštovanju demokrat-

---

[16] Tako je naprimer bilo u dotada izuzetno uspešnim privredama jugoistočne Azije (Tajland, Malezija, Indonezija) 1997.

[17] Platno-bilansne teškoće u Srbiji 2009/2010 su se prema tome bez sumnje mogle predvideti.

[18] Mere čije sprovođenje nalaže MMF nisu nikakva tajna i deo su nastavnog programa odgovarajućeg nastavnog predmeta na Ekonomskim fakultetima širom planete.

[19] Vidi: Stiglic, Džozef, Protivrečnosti globalizacije, Beograd, 2002, str. 107.

[20] Znači ma koliko to izgledalo paradoksalno MMF svojim bailoutom ustvari narušava principe prave tržišne privrede.

[21] Nažalost na kraju krajeva te zajmove će morati da vrati stanovništvo zemalja čije su vlade posegnule za *bailout-om*, uz bitne restrikcije životnog standarda.

[22] Stoga je i u slučaju jugoistočne Azije *bailout* ustvari više poslužio stranim bankama nego zemljama koje su se našle u krizi. Zajmodavci, tj. banke zapadnih zemalja nisu morali da snose loše posledice svoje pogrešne poslovne politike. Novac, odnosno devizni krediti koje je obezbedio Međunarodni Monetarni Fond je takođe iskorišćen i od strane imućnih pojedinaca u tim zemljama da po povoljnom kursu zamene svoj novac u dolare ili drugu konvertibilnu valutu i da onda te devize iznesu u inostranstvo.

skih načela. Međutim, istovremeno treba ukazati da neoliberalna paradigma nikako nije jedini mogući model tržišne privrede. Uspešan ekonomski i socijalni razvoj razvijenih zemalja kontinentalne Evrope i Skandinavije[23] decenijama se bazirao na modelu socijalne tržišne privrede. I ovom prilikom vredi podsetiti na poznatu činjenicu da je u SR Nemačkoj socijalna tržišna privreda ustavna kategorija, pa prema tome kao takva uživa i ustavno-pravnu zaštitu. Ovaj model, važno je i to ponoviti, bazira se na širokom društvenom konsensusu i kao takav je uglavnom uspešno prebrodio sva iskušenja u poslednjih više od pola veka. Ne mogu se očekivati entuzijazam i odricanja širokih slojeva stanovništva, ako se polazi od toga da su dobici[24] individualni, a da se gubici mogu i moraju socijalizovati kao što se upravo dešava svugde gde su više ili manje konsekventno implementirani principi „Vašingtonskog konsensusa"[25].

III

Kod razmatranja evropske perspektive Srbije svakako treba izanalizirati i efekte koje je svetska ekonomska kriza imala na opšte ekonomske performanse Srbije, no međutim pravu sliku je nemoguće steći ako se ne izanaliziraju i tranzicioni procesi koji se odigravaju u Srbiji poslednje dve decenije.

Srbija ne može svojim delovanjem da spreči svetsku ekonomsku krizu, ali svakako je mogla i može da u kontinuitetu preduzme odgovarajuće mere da ublaži njen uticaj. Međutim, kada se govori o svetskoj ekonomskoj krizi treba istaći da se privreda Srbije našla u ozbiljnim ekonomskim teškoćama i pre izbijanja svetske ekonomske krize pre svega usled pokušaja dosledne primene neoliberalnog koncepta u ekonomiji.

---

[23] Postoje u Evropskoj Uniji države čija je politika modernizacije već pokazala izuzetne rezultate. Naprimer, Danska, Švedska i Finska. Na njihovom primeru se vidi da se uz pomoć mudre ekonomske politike može postići balans između ekonomskih, ekoloških i socijalnih pitanja. Ove zemlje su prepoznatljive po fer nivou najamnina, visokom društvenom standardu, obrazovanoj radnoj snazi i kompanijama koje su usresređene na inovacije. Jedan od preduslova za uspešne ekonomske rezultate zemalja Skandinavije je i visoka stopa ulaganja u obrazovanje.

„Država blagostanja" koncentrisana je na održavanje visoke stope zaposlenosti i socijalnim davanjima i „jednakosti uslova" je karakteristika skandinavskih zemalja.

[24] Misli se na profite vlasnika i enormno visoke dohotke i premije menadžera velikih kompanija, i pre svega investicionih fondova i banaka.

[25] *Bailout* koji je realizovan u SAD i Evropskoj Uniji u 2009. u ukupnoj vrednosti od oko 3000 milijardi dolara znači upravo socijalizaciju gubitaka. Novac za *bailout* su prikupile države, a to znači poreski obveznici, odnosno praktično svih odrasli stanovnici tih zemalja.

Tako je naprimer negativni saldo na području robne razmene, odnosno višak uvoza nad izvozom je narastao od 2.540 miliona dolara 2001. na čak 11902 miliona dolara u 2008. Istovremeno je kumulativni deficit spoljnotrgovinske razmene u periodu 2001-2008 narastao na blizu 51 milijardu dolara, a u čitavom periodu godišnji deficit je prevazilazio godišnji obim izvoza[26]. Znači sve ovo se dešavalo u periodu pre izbijanja svetske ekonomske krize.

Pošto je u 2009. godini iznos investicija iz inostranstva značajno opao Srbija se našla u platnobilansnim teškoćama. Srbija je stoga bila prinuđena da tokom 2009 godine zaključi stend- baj aranžman sa Međunarodnim monetarnim fondom u iznosu od 2,8 milijardi dolara[27].

Nažalost strani kapital koji je dosada uložen u Srbiju uglavnom je bio koncentrisan na ulaganja u proces privatizacije npr. Filip Moris u niškoj duvanskoj industriji, ruski Lukoil u Beopetrolu, švajcarski Holcim u Novom Popovcu, grčka Alfa banka u Jugobanci, francuski Lafarž u Beočinu, itd. Broj *greenfield* investicija[28] je nizak, a investirani iznosi u njih mali.[29] Najveći deo stranih investicija kroz privatizaciju otišao je u telekomunikacije, banke i osiguranje 44%. Strane investicije u maloprodajni sektor čine 24% ukupnog priliva, dok je u sektor nekretnina otišlo 12%. U proizvodni sektor je otišlo svega 20% ukupnih stranih investicija[30].

S druge strane nedovoljno su bile prisutne investicije iz inostranstva koje bi bile usmerene na preuzimanje novih tehnologija i izvozne programe[31]. Za strane investicije u Srbiji proteklih godina je takođe karakteristično da one nisu inicirale značajniji uvoz savremene opreme i tehnologije koja je neophodna za promene u strukturi proizvodnje.[32]

Postoje najmanje pet ozbiljnih razloga koji su Srbiju doveli u ovu situaciju, a na čiju je ulogu veliki deo domaće ekonomske nauke čitavo vreme ukazivao:

---

[26] Podaci Narodne banke i Republičkog zavoda za statistiku.

[27] Dodajni izvor finansiranja za kraj 2009 i 2010 treba da predstavlja i kredit u iznosu od 1 milijarde dolara o kome Srbija pregovara sa Ruskom federacijom.

[28] Jedino „greenfield" investicije predstavljaju investicije u pravom smislu reči. Investiranje iz inostranstva u proces privatizacije, tj. „foreign privatization", može, ako ne dođe do organizacionih i tehnoloških promena da predstavlja samo promenu vlasnika bez ikakve nove ili kvalitetnije proizvodnje.

[29] Npr. korporacija Bel je investirala 7,5 miliona evra u proizvodnju konzervi.

[30] Podaci prema: LJ. Joksimović, Spiloveri stranih direktnih investicija i razvoj ljudskog kapitala, Lider 6/2008, str. 58.

[31] Vidi, npr: Radovan Kovačević, Lider, 6/2008, str.42.

[32] Srbiji je potrebna promena proizvodne strukture. Potreban joj je razvoj, a ne samo rast.

1. Aprecijacija dinara koje traje već čitavu deceniju i uvoznu robu čini jeftinijom od domaće, gušeći istovremeno domaću proizvodnju čineći njen veliki deo neisplativim[33].

2. Struktura vlasništva u bankarskom sektoru. Bankarski sektor u Srbiji u čitavom periodu posle 2000. vrši snažan pritisak za održavanje precenjenog kursa dinara. Naime, sve bitne banke u Srbiji, osim jedne su u vlasništvu matičnih banaka iz inostranstva.

3. Značajan problem za privredu Srbije 20 godina od početka tranzicije predstavlja i dolarizacija[34], odnosno u slučaju Srbije, evrizacija koja se mora svesti u prihvatljive okvire. Svojevremeno je propisima omogućeno da se krediti nominuju u evrima ili nekoj drugoj stranoj valuti. Iz učešća strane valute tj. pre svega evra u obračunu datih kredita može se sagledati samo deo problema sa kojima se suočava monetarna politika Centralne banke i Vlade Srbije na ovom području. Naime, i veliki deo poslovnih transakcija se odvija direktno u stranim valutama[35].

Koliki je stvarni uticaj centralne banke i značaj nacionalne valute dinara u realnom poslovanju u Srbiji može se zaključiti i iz sledećih podataka. Ukupna novčana masa u dinarima čini, prema podacima Narodne banke Srbije, oko 3 milijarde evra. Na drugoj strani da bi se shvatila dubina problema treba reći da se, prema nekim procenama, samo neregistrovani priliv od doznaka građana Srbije zaposlenih u inostranstvu verovatno približava ovoj sumi. Tome bi trebalo dodati i za ekonomiju Srbije takođe izuzetno značajne iznose koji se ulivaju u zemlju po osnovu raznih drugih aktivnosti, često iz sive zone.

U slučaju Srbije, nažalost, već skoro dve decenije dinar igra samo ulogu sredstva plaćanja, i to pre svega žiralnog, dok najvažniju ulogu koju novac treba da ima: funkciju mere vrednosti vrši evro. Vredi ponoviti da to znači da je prostor za efektivnu monetarnu politiku monetarnih vlasti u Srbiji vrlo ograničen.

Jedna od opasnosti koje nastaju u ovakvim situacija je da se u slučaju krize može se desiti da ako centralna banka ne želi da prihvati deprecijaciju[36] domaće valute mora s jedne strane da troši devizne rezerve[37], a s

---

[33] Da nešto sa kursom nije u redu pokazuje i podatak da je od 2001 dinar u odnosu na evro oslabio za oko 60%, dok su istovremeno domaće cene porasle u proseku za oko 300%.

[34] O opasnostima dolarizacije, sa kojima se sada nažalost izgleda suočavamo takođe sam pisao u Zborniku radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu u broju 3/2007.

[35] I to najviše onih krupnijih. Prodaja stanova, zemljišta, npr.

[36] U Srbiji je nažalost u opticaju ima dosta sitnog i špekulativnog kapitala malih stranih banaka. Skok evra od 25% u jesen 2008. je u mnogome prouzrokovan potrebom da se ostvareni profiti na srpskom tržištu kapitala iznesu iz zemlje. U svemu tome centralna banka ima doprinos povećavanjem referentne kamatne stope na nepodnošljivih

druge strane da kredite učini izuzetno skupim, a to svaku investiciju čini praktično neisplativom.

Znači treba preduzeti sve što je moguće da se smanji stepen dolarizacije, s jedne strane, i s druge strane učiniti ono što od 2008 rade razvijene zemlje. One nastoje da niskim kamatnim stopama, na šta odlučujući uticaj ima centralna banka kroz određivanje referentne kamatne stope, kredite učine jeftinim i da time podstaknu investicije, a posredno i potrošnju.

Svoj kreditni potencijal banke u Srbiji u inostranom vlasništvu su uvećavale između ostalog zaduživanjem kod svojih matičnih kuća, podrazumeva se u evrima, dolarima ili švajcarskim francima[38]. Precenjen kurs dinara im je evo već čitavu deceniju omogućavao da u Srbiji relativno jeftino nabavljaju stranu valutu potrebnu za servisiranje kreditnih obaveza prema svojim matičnim bankama.

4. Visok deficit spoljnotrgovinskog bilansa i nizak nivo investicija iz inostranstva za logičnu posledicu je imao porast zaduživanja u inostranstvu tako da je spoljni dug Srbije na dan 31. marta 2010. iznosio 22.73 milijardi evra, što je za zemlju veličine Srbije sa postojećim ekonomskim performansama vrlo visoka cifra.

Dobro je da je učešće javnog duga iznosi nešto preko 9 mlrd. $, što po međunarodnim standardima nije zabrinjavajuće visoka cifra. Međutim, na drugoj strani dug privatnog sektora je blizu 20 milijardi dolara, odnosno iznosi preko polovine vrednosti društvenog bruto proizvoda Srbije[39]. Tačno je da država neposredno nije dužna da servisira taj dug, ali na drugoj strani dužnici su ipak rezidenti Srbije, bilo da se radi o preduzećima ili bankama[40].

17,75%. Ovo povećanje ima za posledicu da se smanjuje zainteresovanost stranih banaka da i dalje ulažu u privredu Srbije, jer postaju neprivlačne za korisnike sredstava ukoliko nude novac po kamatnim stopama u okviru 20%. Kada bi referentna kamatna stopa Narodne banke bila dva ili jedan procenat onda bi privreda dobijala kredite po ceni od 4 do 5%. Ovako se štiti kapital u vlasništvu stranih banaka, a na štetu privrede. Omogućavanje bankama da iznesu profit iz zemlje je još jedan od faktora za povećavanje kursa. Povećana je tražnja za evrom i naravno skače kurs.

[37] To se nažalost i desilo u jesen 2008. kada je u tu svrhu Centralna banka potrošila 2 mlrd.$ iz deviznih rezervi, i ponovo tokom 2010. radilo se o identičnoj sumi.

[38] Nominovanje kredita u evrima što je uobičajena praksa u Srbiji poslednjih godina verovatno je velikim delom i rezultat lobiranja banaka u stranom vlasništvu. Tako je danas Srbija po podacima MMF po stepenu „dolarizacije“ nažalost lider u čitavom regionu. Srbija 79,8%, a slede je Rumunija 60%, Hrvatska 68,3%, Ukrajina 49%, itd. : IMF, Country Report, Washington, februar 2008.

[39] Dužnici su kompanije sa domicilom u Srbiji, ali i banke u inostranom vlasništvu koje su se zaduživale kod svojih matica da bi kapital plasirale u Srbiji po višim kamatnim stopama i tako zarađivale.

[40] Oni koji duže pamte sećaju se da je 1984. na insistiranje MMF i Svetske banke tadašnja SFRJ preuzela na i obavezu vraćanja dugova u inostranstvu koje su napravila

Faktor koji je odlučuje uticao da visoki spoljnotrgovinski deficit u potpunosti ne sruši platnobilansnu poziciju Srbije su doznake građana Srbije zaposlenih u inostranstvu. Tako su oni u 2008 doznačili nešto preko 5 mlrd., $ 2007. 4,250 mlrd. dolara[41]. Treba reći da se ovde radi samo o registrovanom deviznom prilivu po ovome osnovu. Stvar je procene za koliko je milijardi dolara godišnje veći stvarni priliv[42] što dodajno povećava kupovnu moć u zemlji, ali i priliv deviza u zemlju kao takvu[43]. To je jedna od specifičnosti Srbije, i faktor koji decenijama unazad stabilizuje platni bilans bez obzira da li se radilo svojevremeno o platnom bilansu SFRJ, Državne Zajednice SCG i sada Srbije No, zasluga za postojanje ovog stabilizirajućeg faktora u ekonomiji Srbije svakako ne pripada ni prethodnim ni aktuelnim kreatorima ekonomske politike Srbije.

5. Dinamika i način sprovođenja privatizacije koja je za rezultat imala de-industrijalizaciju Srbije i smanjivanje svake pre svega industrijske proizvodnje, tako da je ona danas na nivou od oko 50% one iz 1989[44]. Privatizacija je nezaobilazni i najznačajniji segment celokupnog procesa tranzicije u svim postkomunističkim privredama. Nema tranzicije bez privatizacije, ali isto tako nema uspešne tranzicije bez uspešne privatizacije.

1989[45]. u prethodnoj SFRJ, a najviše, što potvrđuju podaci upravo u Srbiji, otpočeo je ubrzani proces privatizacije preduzeća u društvenoj svojini,[46] uglavnom primenom modela radničkog deoničarstva, tj. insajderske privatizacije[47]. No, taj proces je od početka jugoslovenske krize

---

preduzeća. Sednica Skupštine na kojoj je doneta ta Odluka trajala je do duboko u noć, ali je međunarodna zajednica očito imala mehanizme da nametne odluku koja će pre svega štititi interese kreditora iz inostranstva.

[41] Podaci Narodne banke Srbije.

[42] Verovatno još par milijardi dolara. 500.000 građana Srbije radi u Zapadnoj Evropi.

[43] Poznato je da je prilikom svake posete Srbiji uobičajeno da se donesu određene sume deviza kao poklon rođacima. Isto tako veće sume deviza donose se i radi plaćanja sezonskih radova u poljoprivredi i građevinarstvu, kao i za kupovinu građevinskog materijala i opreme za domaćinstva npr.

[44] Prema podacima Zavoda za statistiku Srbije.

[45] Te godine je donet prvi Zakon o privatizaciji koji je usled tada još prisutnih uticaja socijalističke doktrine nosio naziv Zakon o transformaciji društvenog kapitala. Zanimljivo je da je Zakon imao samo devet članova, ali to nije predstavljalo prepreku za njegovo izuzetno dobro prihvatanje među zaposlenim.

[46] Na Zapadu se društvena svojina vrlo često izjednačava sa državnom, čak i u stručnim krugovima, no tu se uopšte ne radi o istim kategorijama. To nije predmet ovoga radi, ali svako ko želi da shvati specifičnosti privrede SFR Jugoslavije i država koje su iz nje nastale morao bi se upoznati i sa modelom društvene svojine.

[47] Po ovom modelu vlasnici preduzeća su postajali zaposleni i ranije zaposleni u preduzećima.

1991. značajno usporen što zbog posledica blokade, što zbog nekih unutrašnjih faktora čiji je uticaj u uslovima embarga osetno porastao[48].

Tako je u 1994. došlo do porasta učešća društvenog kapitala u odnosu na ostale oblike kapitala. Razlog za to je „Zakon o revalorizaciji izvršenih vlasničkih transformacija" koji je usvojila Skupština Srbije. Ovaj Zakon je pak usvojen usled toga što je veliki broj kupovina obavljen u hiperinflatornoj 1993. godini te je kupac deonice mogao da kupi praktično u bescenje, jer je u međuvremenu od procene vrednosti do plaćanja dolazilo do njihovog totalnog obezvređivanja.No, i u tim okolnostima proces privatizacije nije obustavljen[49].

Novi zamah proces privatizacije u Srbiji je dobio donošenjem Zakona o privatizaciji iz 1997. Po ovom Zakonu otpočeta je privatizacija u velikom broju uglavnom uspešnih preduzeća. Važno je napomenuti da je i ovaj Zakon u suštini preferirao model radničkog akcionarstva. Kada je reč o ovom Zakonu treba istaći da su najuspešnije privatizacije i strane investicije koje su sledile izvedene po normama ovoga Zakona. Naprimer Pivare Apatin i Čelarevo- sa Karlsbergom i Interbru, fabrika lekova Hemofarm sa nemačkom Štadom, podne obloge Sintelon sa Tarketom, itd.

Važeći Zakon o privatizaciji je donet u Skupštini Srbije 2003. godine i bio je baziran na ideji da se privatizacija obavi prodajom pre svega putem tendera i aukcija. Jedna od osnovnih zamerki koje su odmah bile upućene od strane brojnih ekonomista odnosila se na pitanje u kome vremenu je realno moguće sprovesti privatizaciju u Srbiji zasnovanu na

---

[48] Kako se odvijao proces privatizacije na teritoriji Srbije početkom devedesetih godina XX veka može se videti iz sledeće tabele.

Tabela 3.- Vlasnička struktura osnovnog kapitala srednjih i velikih preduzeća

	1992.	1993.	1994.
Društveni kapital	79,5	43,6	81,9
Trajni ulozi trećih lica	4,3	3,6	3,4
Deoničarski kapital	10,4	16,9	12,5
Kapital inokosnog vlasnika	5,2	36,0	2,2
Svega:	100,0	100,0	100,0

Izvor: J.Rodić, Rezultati I problemi privatizacije jugoslovenskih preduzeća, Financing,br.9/1995,str.23.

[49] Treba istaći da se privatizacija ne obavlja samo kroz privatizaciju postojećih državnih/društvenih preduzeća.Privatna svojina nastaje između ostalog i kroz:

a) Ekspanziju već postojećeg privatnog sektora.

b) Osnivanje novih privatnih preduzeća.

c) Vraćanje ranije nacionalizovane imovine vlasnicima.

d) Ulaganja inostranog kapitala radi osnivanja novih preduzeća.

e) Ulaganja inostranog kapitala radi kupovine delova ili celih državnih/društvenih preduzeća.

ovom modelu. Naime, u trenutku donošenja Zakona izračunato je da je potrebno privatizovati oko 7000 malih i srednjih i oko 200 velikih preduzeća[50]. Bilo je jasno da na tržištu ograničene veličine i sa izuzetno oskudnim kapitalnim resursima, neposredno posle sankcija, tj. sa niskim investicionim rejtingom nije moguće obezbediti odgovarajuću tražnju, tj. kupce za ponuđena preduzeća. Srbija nažalost nema vremena da čeka da prođu decenije da bi se proces privatizacije okončao.

Nažalost te prognoze su se i ostvarile. Približavamo se kraju 2010, a proces privatizacije nije završen. Odnosno u onom kapitalno najznačajnijem delu nije ni započet. Čitav javni sektor: elektroprivreda, telekomunikacije, komunalna preduzeća, infrastruktura je još uvek na ovaj ili onaj način 100% u vlasništvu države, a taj sektor čini 60% ukupnog kapitala privrede Srbije.

S druge strane u velikom broju po ovom Zakonu privatizovanih preduzeća je došlo je potpunog prekida proizvodnje, ili njenog značajnog smanjenja što je za rezultat imalo smanjenje proizvodnje, pre svega industrijske, i porast nezaposlenosti. A to je upravo suprotno od onoga što je trebalo da predstavlja rezultat privatizacije.

Preduzeća su često kupovana zbog građevinskog zemljišta[51] na kome se fabrika nalazi, ili pak u slučaju poljoprivrednih kombinata desetine hiljada hektara poljoprivrednog zemljišta su kupovane sa namerom kasnije preprodaje, a u međuvremenu je u njima proizvodnja gašena.[52]

Ovakvi rezultati su posledica dva osnovna razloga:

1. Agencija za privatizaciju koja je bila nadležna za proces privatizacije nije bila kontrolisana na odgovarajući način[53], a pored toga u njoj je godinama zapošljavan, sa časnim izuzecima, uglavnom personal gotovo

---

[50] Vidi npr. moj članak: Privatization and Foreign Investment: The Case of Serbia and Montenegro, objavljeno u: Transition Studies Review, Vol. 11, Nr. 3, 2004, pp. 196-212- Springer Wien.

[51] Fabrike su kupovane ne da bi se u njima organizovala uspešnija proizvodnja nego da bi se posle izvesnog vremena te lokacije iskoristile za izgradnju stambenih i poslovnih zgrada.

[52] Zanimljivo je da nikome nije palo na pamet da kao npr. u Mađarskoj ograniči najveću veličinu parcele. Ili možda da vidi koja je prosečna veličina parcela u Evropskoj uniji, pa i SAD.

[53] Treba ukazati da i pored čitavog niza neuspešnih privatizacija kao i sudskih procesa koji se s tim u vezi vode, javnosti nije poznato da je pokrenut ijedan postupak za izvođenje odgovornosti nekoga koje je rukovodio ili bio zaposlen u Agenciji za privatizaciju kada su te privatizacije izvršene. Da bi se u potpunosti shvatile okolnosti u kojima je privatizacija sprovođena neophodno bi bilo rasvetliti i ulogu od strane Agencije angažovanih konsultanata u svakom pojedinačnom slučaju. Javnost je svakako zainteresovana i da sazna njihova imena.

bez profesionalnih referenci[54]. To je između ostalog bilo moguće i zato što proces privatizacije u javnosti nije privukao pažnju koju je zaslуživao.

2. Zakon nije predvideo prave mehanizme zaštite od nesolidnih kupaca.

Postoje istina određene odredbe u Zakonu koje su trebale da spreče učešće kupaca čiji je kapital rezultat kriminalnih radnji[55], ali kako je to izgledalo u praksi pokazuju i neke od istraga koje je vodila američka DEA.[56]

---

[54] Prosto je neverovatno da su na u poslednjoj deceniji verovatno najznačajnijim poslovima, tj. u Agenciji za privatizaciju zapošljavani ljudi neposredno posle završenih studija, ili sa svega par godina iskustva. A od toga kako se sprovedi privatizacija zavisi budućnost čitavih generacija.

[55] Član 12.....

Kupac kapitala ili imovine ne može biti:

.....

4) fizičko lice koje je osuđivano ili protiv koga se vodi postupak za sledeća krivična dela:

- krivična dela protiv privrede;
- krivična dela protiv službene dužnosti;
- teško ubistvo;
- teška krađa, razbojnička krađa, razbojništvo, utaja, prevara, neosnovano korišćenje kredita i druge pogodnosti, iznuda, ucena i zelenaštvo;
- neovlašćena proizvodnja, držanje i stavljanje u promet opojnih droga, omogućavanje uživanja opojnih droga, proizvodnja i stavljanje u promet škodljivih proizvoda, zagađivanje vode za piće i životnih namirnica i teška dela protiv zdravlja ljudi;
- zagađivanje životne sredine, nepreduzimanje mera zaštite životne sredine, protivpravna izgradnja i stavljanje u pogon objekata i postrojenja koja zagađuju životnu sredinu, unošenje opasnih materija u Srbiju i nedozvoljeno prerađivanje, odlaganje i skladištenje opasnih materija i nedozvoljena izgradnja nuklearnih postrojenja;
- zločinačko udruživanje, izrađivanje i nabavljanje oružja i sredstava namenjenih za izvršenje krivičnih dela, nedozvoljeno držanje oružja i eksplozivnih materija, nedozvoljeno prelaženje državne granice i krijumčarenje ljudi, neovlašćeno organizovanje igara na sreću i neovlašćeno bavljenje određenom delatnošću;
- organizovanog kriminala;
- krivično delo iz člana 149. stav 2. Zakona o planiranju i izgradnji ("Službeni glasnik RS", br. 47/03 i 34/06).

Kupac kapitala ili imovine ne može biti ni privredno društvo u kojem se lice iz stava 3. tač. 2), 3) i 4) ovog člana smatra kontrolnim članom ili kontrolnim akcionarom, u smislu zakona kojim se uređuju privredna društva.

Kupac kapitala ili imovine matičnog, odnosno zavisnog preduzeća u kojem se sprovodi privatizacija ne može da bude njegovo zavisno, odnosno matično preduzeće.

[56] Slučaj sumnje u povezanost jednog od najznačajnijih kupaca u procesu privatizacije u Srbiji sa kolumbijskim narkokartelima, npr. Najveći broj kupaca nažalost može se svrstati u kategoriju „kontroverzni biznismeni“, a nije zanemarljiv broj ni „zaštićenih svedoka“. Broj ovih poslednjih bi verovatno bio i veći da je ta kategorija ranije uvedena u naš pravni sistem.

Osnovni kriterijum za izbor kupca je bila cena. Nikakve profesionalne reference i iskustvo u odgovarajućoj delatnosti nisu bili preduslov za učešće i pobedu na aukciji i tenderu. Tako je bilo moguće da vozači kamiona kupuju fabrike mašinske industrije, glumci poljoprivredne kombinate, itd[57].

Rezultat ovakvog načina realizacije najvažnijeg zahvata u procesu tranzicije je da je dosada poništena četvrtina privatizacija od ukupnog broja privatizovanih preduzeća[58]. Ovaj broj poništenih privatizacija nije konačan, jer je veliki broj postupaka za poništenje upravo u toku. No, to nikako ne znači da su samo one privatizacije koje su poništene neuspešne. Naprotiv, sve u kojima nije došlo do povećanja ekonomske efikasnosti su neuspešne, a broj takvih je nažalost mnogo veći od broja poništenih o čemu svedoče i bilansi poslovanja tih preduzeća.

IV

Kao i posle svakog obavljenog posla može se postaviti pitanje da li se čitav proces tranzicije mogao obaviti uspešnije? Odgovor na to pitanje naravno nije jednostavno dati, ali čini se da je Srbija, u kojoj je proces tranzicije kasnio zbog poznatih okolnosti trebala više da uzme u obzir iskustva zemalja koje su u taj proces ranije ušle i uspešno ga okončale. Uspešan primer se nije morao tražiti u dalekom svetu – bio je blizu nas: realizovan je u Sloveniji.

Zašto baš Slovenija kao primer? Pre svega Slovenija je, bez sumnje po svim osnovnim parametrima: nacionalni dohodak, izvoz, zaposlenost, kvalitet života, poštovanje prava, socijalna pravednost, najuspešnija od svih postkomunističkih zemalja.

Na drugom mestu, ali u slučaju Srbije ne i po značaju, je činjenica da je Slovenija u prethodnom periodu bila deo iste zajedničke državeprethodne Jugoslavije, pa prema je tome imala identičan privredni i politički sistem. To ne znači da bi i Srbija da je koristila isti model tranzicije kao i Slovenija, danas imala iste ekonomske parametre kao i ona, jer je Slovenija bila po svemu najrazvijeniji deo prethodne Jugoslavije, ali je za

---

Ono što u svemu čudi je da izgleda nikom u Agenciji za privatizaciju, ali i u bezbrojnim novoformiranim Agencijama ništa u svemu ovome nije bilo čudno.

[57] Kombinat bakra Bor koji je u svojoj branši poslednjih 150 godina jedan od najvećih u Evropi, tako je kupio rumunski konzorcijum, koji je u istoj delatnosti bio registrovan pre aukcije svega tri godine. Sreća u nesreći je, verovatno, to da je dotični konzorcijum usled nedostatka sredstava morao da odustane od ugovora.

[58] Podaci Agencije za privatizaciju Republike Srbije.

verovati da bi situacija u Srbiji bila bolja, a zaostajanje za Slovenijom, danas posle dvadeset godina tranzicije bilo manje.

Šta je to Slovenija uradila drugačije i što je još važnije mnogo uspešnije i socijalno pravednije? Pre svega, najuspešnija zemlja u tranziciji Slovenija je od samog početka ukazala puno poverenje sopstvenoj nauci i razvijajući originalni model tranzicije u potpunosti uspela da obezbedi ekonomski razvoj i ravnopravnost sa ostalim razvijenim zemljama Evropske Unije[59].

Navešćemo ovde još nekoliko važnih segmenata, koje su domaći stručnjaci u Sloveniji koncipirali i sproveli daleko uspešnije od „eksperata" koji su u Srbiju i neke druge zemlje u tranziciji dovođeni iz inostranstva i kojima je vođenje tranzicionih procesa u Srbiji u mnogo slučajeva bilo prvo stalno zaposlenje.Na drugoj strani, u poslednjoj deceniji su brojni pripadnici intelektualne zajednice Slovenije zauzeli značajne pozicije u evropskim i drugim međunarodnim institucijama. Treba istaći i to da je svakom poznavaocu stanja u ekonomskoj i pravnoj nauci prethodne Jugoslavije bilo poznato da stručnjaci iz Srbije niukom pogledu nisu zaostajali za onima iz Slovenije, naprotiv. Zašto u Srbiji nije primenjeno slovenačko rešenje je pitanje na koje će jednog dana verovatno biti poznat odgovor.

Kada je reč o konkretnim potezima za razliku od Srbije Slovenija je svojevremeno donela odluku da kurs nacionalne valute tolar bude plivajući polazeći od osnovne premise da je nezaposlenost veće zlo od inflacije, kao i da domaću proizvodnju ne treba naglo izložiti inostranoj konkurenciji, naročito njen izvozni sektor.

Da je i u bankarskom sektoru bilo moguće i drugačije odnosno da se reorganizacija bankarskog sektora izvrši bez dominacije stranog vlasništva i da usto bude uspešna, dovoljno je bilo videti šta je uradila Slovenija u devedesetim i kakvi su postignuti rezultati. Tako je Slovenija u periodu 1993-1997. uspešno izvršila rehabilitaciju bankarskog sektora, sledeći strategiju skandinavskih[60] i nekih manje razvijenih „starih" članica EU. Princip je bio prvo konsolidacija i očuvanje međunarodne konkurentnosti bankarskog sektora, a privatizacija tek kada domaći kapital bude u stanju da zadrži ne-

[59] Početkom devedesetih godina tadašnji potpredsednik Vlade Republike Slovenije, Jože Menciger (inače dugogodišnji Šef Katedre Pravno-ekonomskih nauka Pravnog fakulteta u Ljubljani) se zahvalio Džefri Saksu i njegovoj ekipi na uslugama i oslonio na domaći tim po svom izboru. A pozivanje iz inostranstva raznih „eksperata" domaćeg porekla u Sloveniji nikad nije ozbiljno ni razmatrano.

[60] U Norveškoj su tri najveće banke nacionalizovane, a država je u troškove rehabilitacije uložila 2% GDP. U Finskoj taj procenat je bio čak 8%. Država je uložena sredstva kasnije višestruko povratila uspešnom privatizacijom oporavljenih banaka. Vidi: How to deal with banking crises, The Economist, 22.03.2008.

ku od većih banaka u većinskom vlasništvu da bi se preko nje efikasnije sprovodila nacionalna strategija ekonomskog razvoja[61]. Postupajući na ovaj način Slovenija je uspela da sanira banke bez značajnijeg mešanja međunarodnih finansijskih institucija.[62]

Ključna razlika je bila na najznačajnijem području tranzicije, tj. privatizaciji dražavne i društvene svojine. Privatizacija u Sloveniji je bila zasnovana na insajderskom modelu privatizacije (radničkom akcionarstvu). Za to su postojala dva odlučujuća razloga:

– teško je bilo očekivati značajnije investicije ozbiljnih stranih kompanija u zemlju koja se nalazi na granici jednog nestabilnog regiona (zapadni Balkan).

– u Sloveniji je pre raspada prethodne Jugoslavije, kao i u ostalom delu države, funkcionisao „samoupravni" model socijalizma u kome su se zaposleni osećali kao vlasnici iako to „de jure" nisu bili. Tako da su zaposleni očekivali da to i formalno postanu[63] što im je ovakav način privatizacije i omogućio.

Model u kome su u 90% preduzeća zaposleni postali većinski vlasnici se pokazao uspešnim. Privreda se dinamično razvija, a gotovo nijedno privatizovano preduzeće nije obustavilo proizvodnju[64]. Upravo na ovom području se možda najplastičnije mogu videti drastične razlike u rezultatima tranzicije u Sloveniji i Srbiji. Dovoljno je samo uporediti odgovarajuće parove preduzeća i konstatovati da gotovo nema slovenačkog koje je obustavilo proizvodnju, kao i da nema gotovo nijednog u Srbiji koje još uvek proizvodi. Npr. „Gorenje"- „EI Niš", „Mura"-„Beko" ili „Kluz", „Peko" i „Planika"-„Obuća Beograd" ili „Koštana", „Merkator"-„C-Market"[65], itd.

Ideja da model insajderske privatizacije može da bude uspešan i da inicijativu zaposlenih treba podsticati, doživela je i naučnu potvrdu dodelom Nobelove nagrade za ekonomiju za 2009. Elinor Ostrom.[66]

---

[61] O značaju banaka u domaćem vlasništvu pisao je i Stiglic u „Protivrečnostima globalizacije".

[62] Troškovi su bili 1,9 mlrd. tada nemačkih maraka, a gubici su koncentrisani u dva najveće „stare" banke. Vredi podsetiti da je nešto slično učinjeno u SR Nemačkoj prilikom uvođenja marke posle Drugog svetskog rata. Sličan model je predlagan i Srbiji, ali se ona odlučila za drugačije rešenje.

[63] Osnovna shema distribucije u Sloveniji bila je sledeća: 10% penzioni fond, 10% fond za denacionalizaciju, 20% fond za razvoj, 20% besplatna podela zaposlenima, i 40% sa popustom zaposlenima.

[64] Najvažnija stvar u tranziciji je da se ne dozvoli da ne propadne nijedno preduzeće čiji se problemi mogu rešiti. Ivan Ribnikar : „Politika", 30.09.2002.

[65] Ovo zaista deluje deprimirajuće.

[66] Model koji ona razrađuje u suštini dokazuje mogućnost da zaposleni uspešno vrše preduzetničku funkciju.

V

Srbija ako želi da obezbedi razvoj u budućnosti s jedne strane, i s druge strane da maksimalno neutrališe efekte svetske finansijske krize i recesije, što znači i da se pripremi za ulazak u Evropsku Uniju mora najhitnije i najozbiljnije da ponovo promisli mere koje se moraju preduzeti u najkraćem roku. Pre svega očito je da se mora stvoriti takva investiciona klima koja će apsolutnu prednost dati realnom sektoru privrede. Samo on je taj koji može obezbediti stabilnost, rast i razvoj[67].

Proces deindustrijalizacije se konačno mora zaustaviti, u protivnom Srbija ni na srednji rok neće rešiti pitanje nezaposlenosti, deficita spoljnotrgovinskog bilansa, a dugoročno će biti osuđena na tehnološko zaostajanje. Insistiranje na razvoju sektora usluga[68] je verovatno bilo nužno, kao i u svim ostalim bivšim socijalističkim zemljama, da bi se prevazišlo višedecenijsko nasleđe socijalizma. Međutim, ne sme se zaboraviti da Srbija nije mikro država kao Monako, Kipar[69] ili Luksemburg[70], nego evropska zemlja srednje veličine sa milionima stanovnika pa prema tome i milionima radno sposobnih za koje je potrebno obezbediti zaposlenje.[71]

Vlada je odgovorna za politike koje će podsticati razvoj domaćih firmi, poboljšavati infrastrukturu, a naročito infrastrukturu znanja i efikasno održavati bitne aktivnosti neprivrednog sektora (škole, univerziteti, istra-

---

[67] Akvaparkovi, sportske dvorane i skijališta nesporno doprinose kvalitetu života određenih sredina, ali postavlja se pitanje iz kojih sredstava se oni grade i koji bi bio stepen povraćaja ako bi bili građeni na ekonomskim osnovama? Drugo ko su potencijalni korisnici, odakle im sredstva da plate određenu uslugu? Ili drugim rečima rečeno, ako građani nemaju stabilne izvore prihoda iz realnog sektora ekonomije koliko dugo će oni biti u stanju da te usluge koriste?

[68] U bivšim socijalističkim privredama je postojao deficit u sektoru usluga i logično je bilo da ga je trebalo razvojem uslužnog sektora eliminisati. No, to vreme je sada prošlost.

[69] Island koji ima mali broj stanovnika je pokušao u prvoj deceniji ovog milenijuma da se preorijentiše na usluge, pre svega finansijske, i danas spada u grupu zemalja koje se nalaze u najvećim ekonomskim teškoćama.

[70] Najnoviji primer teškoća u kojima se našla Mađarska, zemlja otprilike veličine Srbije, koja je 2008. upravo zbog prenaglašenog težišta na uslugama došla u situaciju da hitno mora da zatraži kreditnu injekciju od čak 26 milijardi dolara pokazuje šta se može desiti. Pri tom ne treba zaboraviti da Mađarska ima neke prednosti u odnosu na Srbiju: razvijenija je, član je Evropske Unije, izvoz joj je skoro 80 milijardi dolara, geografski je bliža glavnim centrima proizvodnje i potrošnje.

[71] Švajcarska koja ima fantastične prihode iz sektora finansija i finansijskih usluga kao i izuzetno razvijen turizam, je značajan proizvođač u nizu industrijskih grana, naročito onih tehnološki intenzivnih.

živački instituti, itd.) koje obezbeđuju osnovne uslove za privlačenje poželjnih stranih investicija.

Sve ovo upućuje na nužnost vođenja promišljene industrijske politike[72]. Cilj industrijske politike je da stvori uslove za trajan i brz ekonomski rast , pre svega industrije, koji će doprineti ukupnom ekonomskim rastu i poboljšanju standarda života[73]. To treba postići pomoću različitih mera koje povećavaju produktivnost u svakom sektoru i svakoj firmi gde je to moguće.

Da je industrijska politika nužna u svim zemljama tranzicije, pa prema tome, i u Srbiji pokazuju neke činjenice o kojima se u prvim decenijama tranzicije nije vodilo dovoljno računa.

1. Pre svega čini se da nisu dovoljno uvažavani uslovi u kojima se proces tranzicije odvija. Model tržišne privrede po ugledu na model Adama Smita, uz bučnu medijsku promociju eksperata i „eksperata", sa tržištem i privatnom svojinom koji se pojavljuju kao svojevrsni „perpetu mobile" možda je odgovarao situaciji seoske Engleske osamnaestog veka, ali je njegova primena vodila deindustrijalizaciji u onim zemljama u tranziciji gde je dosledno primenjena. Ono što je izgledalo moderno početkom osamdesetih godina prošlog veka i što je davalo rezultate u najrazvijenijim zemljama sveta tj. Fridmanov model „čikaške škole"[74], već u startu je napravilo brojne probleme u zemljama tranzicije koje su ga dosledno primenile.

2. Nakon svega čini se da su problemi u zemljama u tranziciji pogrešno tretirani kao problemi zemalja u razvoju. Po svemu sudeći, pre se radilo o problemu rekonstrukcije odnosno o situaciji sličnoj onoj u kojoj su se našle Nemačka i Japan posle drugog svetskog rata, gde su upravo uz aktivnu ulogu države, dugoročnu osmišljenu industrijsku politiku i dogovoren višedecenijski socijalni konsensus između zaposlenih i poslodavaca za period obnove postignuti fantastični ekonomski rezultati u periodu od samo jedne decenije.

3. Pravo svojine i ugovorno pravo jesu važni elementi tržišne privrede, ali oni sami po sebi ne mogu da obezbede, odnosno zamene vođenje

---

[72] Na sreću Srbije i njenih građana neke „ekspertske" ideje nisu realizovane. Kao npr. ona da Srbiji najviše odgovara „irski" model razvoja. Suvišno je 2010. govoriti o stanju privrede Irske. Međutim, i za to šta se Irskoj upravo dešava postojala su blagovremena upozorenja čak i u udžbenicima. Istina literaturu treba i čitati, ali i imati dovoljno znanja da bi se ona razumela. Vidi npr.: Muchlinski, P., Multinational Enterprises and the Law, Oxford University Press, 2006.

[73] Vidi: J. Bajec i LJ. Joksimović, Savremeni privredni sistemi, Ekonomski fakultet, Beograd, 2001, str. 388.

[74] No, i tamo je kao što se iz rada vidi nekritička primena ovoga modela bila upravo jedan od glavnih generatora najnovije globalne krize.

industrijske politike u zemljama koje već imaju izgrađenu industrijsku strukturu, kao što je slučaj sa postkomunističkim zemljama u tranziciji, pa prema tome i Srbijom.

Da bi se državnim organima omogućilo da u budućnosti odgovorno vode ekonomsku politiku potrebno je bez odlaganja otpočeti i sa rekonstrukcijom ozbiljnoj državi primerene infrastrukture istraživačkih institucija. Srbija je od 2006. godine ponovo nezavisna država i kao takva potrebno je da raspolaže svim instrumentima i logistikom koje imaju sve razvijene evropske zemlje. Učešće stranih eksperata je uvek dobrodošlo, ali i iz ovog rada se jasno vidi da su najbolje ekonomske performanse ostvarile upravo one zemlje koje su se prevashodno oslonile na domaću pamet.

Nezavisne i na nauci zasnovane analize su potrebne za donošenje optimalnih odluka i u politici i u privredi stoga je nužno formirati nove i revitalizovati postojeće institucije, pre svega iz oblasti ekonomije i prava, koje će imati dugoročne izvore finansiranja iz javnih izvora, za šta u svetu postoje davno razvijeni modeli[75].

Ovom prilikom vredi podsetiti da je potrebno ustanoviti jasnu razliku između projekta i institucije. Postojanje nekog projekta ne znači da postoji i institucija koja se kontinuirano bavi određenom oblašću što se danas vrlo često prenebegava. Samo iz javnih i transparentnih izvora finansirane institucije mogu biti zaista nezavisne u svome radu i formulisanju predloga, jer tada na rezultate njihovog rada ne bi uticale eventualne preferencije privatnih i/ili inostranih finansijera.

[75] Oslanjanje na ad hok grupe, formirane po principu rešavanja jednog problema možda je najbolji način za organizovanje reklamne kampanje u nekom preduzeću ili TV stanici, ali ozbiljne države za ozbiljne probleme predloge rešenja očekuju od odgovarajućih institucija.

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

World Economic Crisis and Serbia

Abstract

The current crisis has been labelled as financial, however the roots of the crisis are far from being purely financial. Rather we are witnessing the collapse of a specific model of capitalism. The appreciation of the dinar, which lasts for almost a decade and which makes the imported goods cheaper than the domestic, suffocating at the same time the domestic production and making the greater part of it unprofitable.

A very important problem for the Serbian economy, 20 years since the start of the transition period is the dollarization, or in the case of Serbia, the eurozation which has to be downsized to an acceptable frame.

Privatization, as the most significant part of the transition process began in 1989 in Serbia. Unfortunately, due to the weakness of the legal solutions as well as some oversights in its implementation is still not finished. The economic results of a substantial number of privatized companies are very bad so the downward trend of the industrial production and employments continues. The dynamics and the manner of managing the privatization process resulted in the de-industrialization of Serbia and the decrease of any sort of production.

In the state of the global economic crisis, there has been a decrease of investments into privatization in Serbia.

Could have the transition process in Serbia be done more successfully? The answer to this question is not always easy, however, it seems that Serbia, when we take into account the delay in the process of transition should have learned from the experiences of countries which started with the process earlier and finished it successfully such as Slovenia.

It seems that industrial policy is a precondition for the recovery of Serbian economy. For the future of Serbia as a state it is necessary to develop adequate infrastructure of scientific institutions, as it is at all serious European countries. Each of them must have a clear business agenda and long-term sources of funding from public sources.

Key words: crisis, Serbian economy, appreciation, dollariztion, privatization, investments, transition, Slovenia, industrial policy, scientific institutions.

Originalni naučni rad 347.724

Dr Stevan Šogorov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNI STATUS SOPSTVENOG UDELA DRUŠTVA S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU

Sažetak: *U radu se razmatra pravni status sopstvenog udela društva s ograničenom odgovornošću uopšte, a posebno u pravu Republike Srbije. Sopstveni udeo i nakon sticanja od strane društva zadržava sva svojstva udela, što znači da i dalje postoje sva članska prava i obaveze po osnovu takvog udela. Ova prava i obaveze načelno miruju sve dok je udeo u režimu sopstvenog udela, ali se ponovo aktiviraju prenosom takvog udela na treće lice. Kroz analizu se ukazuje i na slabosti regulisanja statusa sopstvenog udela u Zakonu o privrednim društvima iz 2004. godine Republike Srbije.*

Ključne reči: *društvo s ograničenom odgovornošću, sopstveni udeo, imovinska prava i obaveze, upravljačka prava.*

1. Sopstveni udeo zadržava karakter udela

Sopstveni udeo društva s ograničenom odgovornošću, kao udeo koji je društvo steklo od nekog svog člana, zadržava karakter udela. Takav udeo nastavlja da pravno postoji kao udeo i nakon što ga je društvo steklo.[1] On ostaje i u rukama društva udeo sa svojom punom ekonomskom vrednošću, kojom društvo može raspolagati kao i sa svim svojim drugim imovinskim vrednostima.[2] Isto tako zbog sticanja sopstvenog udela od strane društva ne

[1] Upor. napr. Becksches Handbuch der GmbH, (izd. Müller, Welf - Hense, Burkhard) München 1995, s. 777.

[2] Roth, Günter –Altmeppen, Holger: GmbH, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit besshränkter Haftung, 3., neubearbeitete Auflage, München, 1997, s. 365.

dolazi do konfuzije. To znači da i sopstveni udeo predstavlja članstvo, tj. skup članskih prava i obaveza. Takav stav je praktično u teoriji nesporan. Od toga je, međutim, odvojeno pitanje mogućnosti efektivnog vršenja članskih prava i dejstva članskih obaveza po osnovu sopstvenog udela, o čemu postoje brojne kontroverze i otvorena pitanja.

Pošto sopstveni udeo zadržava karakter udela, tj. članstva (skupa članskih prava i obaveza) on ne prestaje konfuzijom. Konfuzijom bi mogao prestati samo kada bi sopstveni udeo predstavljao skup imovinskih potraživanja i dugovanja prema društvu, ali to kod udela u društvu nije slučaj. Udeo je skup imovinskih i upravljačkih članskih prava, a ne utuživih imovinskih potraživanja i dugovanja prema društvu, koja bi se konfuzijom mogla ugasiti.

Pošto sticanjem sopstvenog udela od strane društva takav udeo nastavlja da pravno postoji, moguće ga je kasnije ponovo otuđiti, prenošenjem na nekog drugog člana društva ili na treće lice. Ako bi prestao konfuzijom, bilo bi pravno neobjašnjivo kako je moguć njegov naknadni prenos sa društva na neko drugo lice (a to je nesporno i u praksi se redovno događa), ako bi udeo kao takav prethodno prestao konfuzijom.

Bilansno posmatrano, specifičnost sopstvenog udela je i u tome što se on evidentira u aktivi društva, budući da predstavlja imovinsku vrednost koja pripada samom društvu. Pri tome on u aktivi figurira sa kupovnom vrednošću (vrednošću po kojoj je stečen od strane društva) a ne sa nominalnom vrednošću.[3]

2. Jedan ili više sopstvenih udela društva?

Ako, međutim, društvo stekne dva ili više sopstvenih udela otvara se pitanje njihovog daljeg samostalnog postojanja. U pravnim sistemima u kojima jedan član može imati više udela u društvu s ograničenom odgovornošću, odgovor na ovo pitanje je jednostavan. Svaki udeo, stečen od strane bilo kog novog vlasnika, zadržava svoju pravnu samostalnost. To, naravno, važi i u slučaju da je više takvih samostalnih udela steklo samo društvo s ograničenom odgovornošću.Takva je napr. situacija u nemačkom pravu u kojem svaki član društva može imati više udela, pa po tom pravilu i samo društvo može imati više sopstvenih udela, kada ih punovažno stekne[4]

---

[3] Baumbach, Adolf-Hueck Alfred, GmbH-Gesetz, Becksche Kurzkommentare 18., neubearbeittete Auflage, München, 1970, s 147.

[4] V. u tom smislu se može navesti napr. stav Sudhoff-a (Sudhoff, Heinrich: Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, München 1969, s. 282) koji glasi: „Der eigene Geschäftsanteil bleibt als solcher- trotz Erwerbes durch die GmbH-bestehen“ („sopstveni udeo ostaje da postoji kao takav, uprkos sticanju od strane društva s ograničenom odgovornošću“ – prevod S.Š.).

U našem pravu situacija je složenija. Prema opštem zakonskom pravilu (tzv. princip: jedan udeo jedan član) jedan član društva s ograničenom odgovornošću može imati samo jedan udeo tog društva.[5] Ako neki član društva naknadno stekne nove udele, tako stečeni udeli se spajaju sa njegovim dotadašnjim udelom u jedan nov, jedinstven udeo.[6] Drugim rečima član društva ne može imati više udela u društvu, bez obzira na koji način (upisom ili sticanjem u sekundarnom prometu) i u kom trenutku (pri osnivanju društva ili kasnije) je udele sticao.

Da li isto pravilo („jedan udeo jedan član") važi i za sopstvene udele, tj i u slučaju sticanja više sopstvenih udela od strane društva? Eksplicitnog odgovora u zakonu nema. Jezičkim tumačenjem navedenih zakonskih normi problem bi se mogao svesti na problem kvalifikacije pojma „član" društva. Naime, princip jedan udeo jedan član se zasniva na pretpostavci da udeo pripada nekom licu koje je član društva. Da li je, međutim, kod sopstvenog udela društvo s ograničenom odgovornošću član u sebi samom, kao svi ostali vlasnici udela, ili je naprotiv samo vlasnik udela, ali ne i član društva? Mišljenja oko ovog pitanja su u pravnoj teoriji podeljena. Prema jednom stavu društvo s ograničenom odgovornošću jeste vlasnik sopstvenog udela, ali ne i član u sebi samom.[7] Nasuprot ovom stavu postoji mišljenje da je po osnovu stečenog sopstvenog udela društvo ne samo vlasnik tog udela nego i da je član društva, sa specifičnostima koje zakon propisuje, pre svega u pogledu mirovanja članskih prava.

Ne ulazeći ovom prilikom u složeno teorijsko pitanje mogućnosti članstva društva u sebi samom, čini se da je zakonski princip „jedan udeo jedan član" zamišljen kao univerzalan, bez obzira ko je vlasnik udela i kakva prava po njemu može vršiti. To znači da je izgleda više u skladu sa duhom sadašnjih zakonskih normi zaključak da i društvo može imati samo jedan sopstveni udeo, odnosno kada stekne više njih, da se svi spajaju u jedan jedinstveni sopstveni udeo.

3. Sopstveni udeo i sudbina članskih prava i obaveza

Osnovno pitanje kod sopstvenog udela je pitanje šta biva sa članskim pravima i obavezama po tom udelu. Da li i društvo, kao vlasnik sopstvenog udela, može da ostvaruje članska prava iz udela, odnosno da li i ono ima članske obaveze iz udela kao i svaki drugi vlasnik udela ili ne.

---

[5] „Član društva s ograničenom odgovornošću može imati jedan udeo u društvu" (čl. 115 st. 2 ZPD).

[6] „Ako član društva s ograničenom odgovornošću stekne jedan ili više udela, ti udeli se spajaju sa postojećim udelom i zajedno čine jedan udeo." (čl. 115 st. 3 ZPD).

[7] Tako izričito: Baumbach-Hueck, op. cit., s. 147 („Die Ges kann nicht ihr eigener Gfter sein" – društvo ne može biti svoj sopstveni član, prevod: S.Š.).

Iz činjenice da sopstveni udeo zadržava karakter udela i posle njegovog sticanja od strane društva, nikako ne treba izvući zaključak da će društvo moći da na osnovu njega ostvaruje prava koja, inače, može da ostvaruje svaki drugi vlasnik udela u društvu. Naprotiv.

Načelno, problem vršenja prava i izvršavanja obaveza po sopstvenom udelu se može razrešavati na više načina.

Jedna je mogućnost da se stane na stanovište da društvo kao vlasnik sopstvenog udela može da vrši prava i izvršava obaveze po osnovu tog udela kao i svaki drugi vlasnik udela. Takvo načelno stanovište je, međutim, već na prvi pogled praktično nesprovodljivo. Kako bi to društvo koristilo pravo glasa, čija bi to volja pri glasanju po ovom udelu bila, kome bi pripala dividenda po osnovu ovog udela itd. Zbog toga ovakva mogućnost, koja inače polazi od načelne jednakosti svih vlasnika udela, nije prihvaćena u pozitivnim pravima.

Druga, takođe ekstremna mogućnost je da se stane na stanovište da sva članska prava (i obaveze) nakon sticanja udela o strane društva prestaju da postoje.[8] Ako bi se stalo na ovakvo stanovište, tada ne bi mogao opstati ni sam udeo koji, kao članstvo, nije ništa drugo do skup prava i obaveza njegovog vlasnika. To bi nužno značilo da bi udeo morao prestati odmah po njegovom sticanju od strane društva i da ga društvo ne bi moglo dalje prenositi. Tako dalekosežne konsekvence sticanja sopstvenog udela, međutim, ne predviđa nijedno nacionalno pravo. Takođe ni teorija konfuzije ne ide tako daleko.

Ovakvi ekstremni stavovi u vezi sa sudbinom prava i obaveza po sopstvenom udelu nisu, dakle, prihvatljivi. Umesto njih u nacionalnim pravima se uglavnom nude rešenja prema kojima sopstveni udeo je udeo koji pravno postoji, ali prava i obaveze po njemu miruju (sva ili bar neka od njih). Ipak, i pri ovakvom, umerenijem stavu, javljaju se brojna pitanja i kontroverze, kako u zakonodavstvima tako i u teoriji i sudskoj praksi.

U našem pravu postoji samo jedna norma koja govori o sudbini članskih prava i obaveza po sopstvenom udelu i ona glasi: "*društvo s ograničenom odgovornošću po osnovu sopstvenih udela nema pravo glasa niti se ti udeli računaju u kvorum glasova niti daju pravo na dividendu*"[9] ovako formulisana norma ne samo da je nepotpuna (jer određuje sudbinu samo nekih, ali ne i svih prava) već je i netačna, o čemu će pri razmatranju sudbine pojedinih prava biti više reči.

---

[8] U komentaru Roth-Altmeppen se tako navodi: „Rechte und Pflichten aus dem Geschäftsanteil können-im Unterschied zum Bestand des Anteils als solchem-nicht bestehen." (Roth-Altmeppen, op. cit. 363). („Prava i obaveze iz udela, za razliku od postojanja samog udela, ne mogu postojati" prevod: S. Š.). Međutim, ovaj stav se ne zastupa dosledno jer se na istom mestu govori i o „mirovanju" udela. (ibidem).

[9] V. čl. 121 st. 6 ZPD.

4. Sopstveni udeo i imovinska članska prava i obaveze

4.1. Sopstveni udeo i imovinska članska prava

Svaki udeo u društvu s ograničenom odgovornošću daje njegovom imaocu više imovinskih članskih prava. Osnovna su pravo na učešće u podeli dobiti, pravo na alikvotni deo ostatka likvidacione mase društva i pravo na prioritetni upis novih udela pri povećanju osnovnog kapitala društva. Pored ovih, u imovinska prava spadaju i neka dodatna prava imovinskog karaktera.

Pravo na učešće u podeli dobiti je osnovno imovinsko članso pravo, budući da je društvo s ograničenom odgovornošću privredno društvo, dakle zajednica lica u koju se ona udružuju radi obavljanja određene delatnosti, a u cilju sticanja dobiti. Da li društvo može po osnovu sopstvenog udela koristiti to pravo?

U našem pravu, kao što smo videli, postoji sasvim neadekvatna zakonska norma koja kaže da sopstveni udeli ne daju „pravo na dividendu". Ovakva norma je višestruko pogrešna. Pre svega, „pravo na dividendu" ne daje nijedan udeo. Umesto toga svaki udeo u sebi sadrži samo pravo na učešće u podeli dobiti društva. To pravo je članso pravo. Pravo na dividendu je, naprotiv, obligaciono pravo, ono je utuživo potraživanje člana prema društvu, koje nastaje na osnovu odluke skupštine društva o podeli dobiti na dividende.

Navedena norma je neadekvatna i zbog toga što zbog očigledne zamene članskog prava na učešće u podeli dobiti obligacionim pravom na dividendu, zapravo ništa ne govori o sudbini tog članskog prava kod sopstvenog udela. Da li se normom koja kaže da sopstveni udeo ne daje „pravo na dividendu" zapravo želi reći da sopstveni udeo ne sadrži pravo na učešće u podeli dobiti? Ako je to bila intencija, onda je ona pogrešna. Sopstveni udeo u sebi sadrži sva članska prava kao i svaki drugi udeo, pitanje je samo da li ta prava društvo može koristiti, ili ona miruju dok se udeo nalazi u režimu sopstvenog udela.

Sopstveni udeo, dakle, sadrži u sebi i članso pravo na učešće u podeli dobiti. Ako to, ili bilo koje drugo članso pravo, ne bi bilo sadržano u sopstvenom udelu, udeo se ne bi mogao ni prenositi na treća lica sa takvim nepostojećim pravom, što je apsurdno. To pravo, kao članso pravo, postoji i dalje, ali ono miruje. Društvo ne može u slučaju podele dobiti na dividende zahtevati alikvotni deo te dobiti (pripadajuću dividendu) na osnovu sopstvenog udela. Drugim rečima rečeno, pravo postoji ali ono ne daje imovinskopravni zahtev, sve dok se udeo nalazi u zakonskom režimu sopstvenog udela.

Ipak, potrebno je u vezi učešća sopstvenog udela u podeli dobiti razlikovati dve pravne situacije. Ako je pravo na dividendu, kao obligaciono potraživanje, nastalo a nije naplaćeno pre nego što je društvo steklo sopstveni udeo, to pravo društvo stiče zajedno sa udelom.[10] Međutim, pošto je u ovom slučaju društvo i poverilac i dužnik u istom obligacionom odnosu, potraživanje prestaje konfuzijom.[11] Pošto je potraživanje u pogledu dividende konfuzijom definitivno prestalo, ono se, za slučaj kasnijeg prenosa udela sa društva na treće lice, ne može ponovo oživeti, pa prema tome ni preneti.

Ukoliko je, međutim, skupština društva odluku o podeli dobiti na dividende donelo nakon sticanja sopstvenog udela, društvo po takvom udelu ne učestvuje u podeli dobiti (pravo na učešće u podeli dobiti je u stanju mirovanja) pa ne može ni nastati njegovo pravo (potraživanje) na dividendu. Dividenda koja bi pripala sopstvenom udelu se deli na preostale udele u društvu, srazmerno njihovoj vrednosti. U teoriji je, međutim, sporno da li se ta dividenda najpre pripisuje sopstvenom udelu, pa nakon konfuzije drugim udelima, ili drugi udeli neposredno (a ne preko sopstvenog udela) stiču pripadajući deo te dividende. Prema jednom stavu dividenda se najpre obračunava sopstvenom udelu, pa se zatim, zbog nemogućnosti isplate, pripisuje ostalim udelima.[12] U tom slučaju pravo na alikvotni deo dividende sopstvenog udela ne pripada ostalim udelima neposredno, već izvedeno, preko sopstvenog udela. Po drugom mišljenju dividenda koja bi pripala sopstvenom udelu se odmah u alikvotnim delovima pripisuje ostalim udelima neposredno.[13] Isto tako različita mišljenja postoje i oko toga da li alikvotni deo dividende po sopstvenom udelu pripada ostalim udelima u istoj bilansnoj godini[14] ili tek u sledećoj bilansnoj godini.[15]

Što se našeg aktuelnog prava tiče, zakonska norma po kojoj sopstveni udeli društvu „ne daju pravo na dividendu“ bi se verovatno trebala tumačiti tako da se dividenda koja bi trebalo da pripadne sopstvenom udelu odmah (a ne izvedeno) pripisuje ostalim udelim u alikvotnim delovima, srazmerno vrednosti tih udela.

Što se tiče *prava plodouživanja*, sticanjem udela od strane društva ono ne prestaje, što znači da plodoživalac ima pravo na dividendu i na-

---

[10] Upor. Rowedder, Heinz, Gesetz betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 3., neubearbeitete Auflage, München, 1997, s. 684.

[11] Ibidem.

[12] Tako Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4. Auflage, 1960. napomena br 12 uz par. 33

[13] Sudhoff, op. cit. s. 282.

[14] Tako Scholz, op. cit. nap. 12 uz par. 33.

[15] Tako Hachenburg, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Auflage, 1956/59.

kon prelaska udela u režim sopstvenog udela.[16] Međutim, nakon sticanja sopstvenog udela od strane društva, nova prava takvog karaktera se ne bi mogla zasnovati.

U pogledu *prava na prioritetni upis novih udela* važi pravilo da to pravo miruje sve dok je udeo u vlasništvu društva, tj. dok je u režimu sopstvenog udela.[17] Pravo na prioritetni upis novih udela koje je treće lice steklo pre nego što je društvo steklo sopstveni udeo, važi i dalje.

Pravo društva na učešće u postupku povećanja osnovnog kapitala treba diferencirano posmatrati, zavisno od karaktera povećanja. Ako se radi o efektivnom povećanju (tj. povećanju unosom novih uloga) društvo nema pravo da u ovom povećanju osnovnog kapitala učestvuje, pa ni po osnovu korišćenja članskog prava na prioritetni upis udela pri povećanju osnovnog kapitala društva.[18] Ako bi to bilo dopušteno, to bi bilo isto kao da je dopušteno društvu da upisuje sopstvene udele. Ukoliko se, međutim, radi o nominalnom povećanju osnovnog kapitala (povećanju iz sredstava samog društva) tada se smatra da i sopstveni udeo učestvuje u tom povećanju, tj. da se i njemu pripisuje odgovarajuća vrednost. Ovo pravilo je i izričito zakonom predviđeno u nemačkom pravu.[19] Smisao ovakvog pravila je. pre svega, u tome da se održe postojeći odnosi učešća u društvu i nakon povećanja osnovnog kapitala iz sredstava društva. U protivnom bi se narušila strukturna ravnoteža učešća u društvu.[20]

Društvo nema p*ravo na povraćaj iznosa dopunske uplate* po sopstvenom udelu.[21] Tek po njegovom prenosu na treće lice novi vlasnik će ponovo moći da koristi to pravo. Problem je, međutim, ako bi povraćaj po skupštinskoj odluci trebao da usledi za vreme dok je društvo vlasnik sopstvenog udela. U tom slučaju bi po teoriji konfuzije takvo potraživanje društva konfuzijom prestalo da postoji, pa ne bi oživelo ni nakon prenosa sopstvenog udela društva na treće lice. U teoriji je zbog toga predloženo da se iznos vraćene dopunske uplate po osnovu sopstvenog udela posebno bilansno evidentira da bi se posle prenosa sopstvenog udela na treće lice, mogao preneti na novog vlasnika udela.

---

[16] Rowedder, op. cit. 685.

[17] Sudhoff, op. cit. 282; Scholz, op. cit. nap. 17 uz par. 33.

[18] Ovo je opšte mišljenje, v. napr. Rowedder, op. cit. s. 686.

[19] U par. 57 l st. 1 Zakona o društvima s ograničenom odgovornošću Nemačke (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung), koji se odnosi na povećanje osnovnog kapitala iz sredstava društva, utvrđeno je sledeće pravilo: „Eigene Geschäftsanteile nehmen an der Erhöhung des Stammkapital teil“ („sopstveni udeli učestvuju u povećanju osnovnog kapitala“- prevod: S.Š.).

[20] V. Rowedder, op. cit. s. 1439.

[21] Baumbach-Hueck, op. cit. s. 146.

Pravo na alikvotni deo ostatka likvidacione mase po logici stvari, ne može društvu stvoriti potraživanje po sopstvenom udelu.

4.2. Sopstveni udeo i imovinske članske obaveze

Po sopstvenom udelu društvo nema ni *obavezu dopunske uplate* ukoliko skupština društva odluku o dopunskim uplatama donese dok je taj udeo u vlasništvu društva.[22] Ako je odluka doneta pre sticanja udela od strane društva, obaveza dodatne uplate ostaje obaveza prenosioca udela. Društvo ona ne tereti, kao što ne tereti ni kasnijeg sticaoca tog udela, ako ga društvo prenese na treće lice. Taj sticalac nije pravni sledbenik obaveze prvog prenosioca.[23]

Društvo nema *obavezu dodatnog uloga* po sopstvenom udelu, ako skupština društva donese odluku o unošenju takvih uloga. Kako je ranije naglašeno, društvo ne može po osnovu sopstvenog udela učestvovati u efektivnom povećanju osnovnog kapitala, tj. povećanju osnovnog kapitala novim ulozima.

5. Sopstveni udeo i upravljačka članska prava

Pravo glasa, kao osnovno upravljačko pravo, po osnovu sopstvenog udela miruje. Ono se ne može koristiti sve dok je udeo u svojini društva. Smisao ovog pravila je u tome da se kroz sticanje sopstvenih udela ne pojačava uticaj uprave na odlučivanje u društvu, što bi bio slučaj ukoliko bi društvo moglo koristiti pravo glasa po sopstvenom udelu.[24] Pored toga dopuštanjem korišćenja prava glasa uprava bi se samo stimulisala na sticanje sopstvenih udela i menjanje vlasničke strukture društva.

U našem aktuelnom pravu je predviđena norma po kojoj "društvo s ograničenom odgovornošću po osnovu sopstvenih udela nema pravo glasa".[25] Ovakva formulacija norme nije dobra, jer sugeriše da pravo glasa kao člansko pravo po osnovu sopstvenog udela ne postoji, što nije tačno. Kada bi to bilo tačno, tada ono ne postojalo ni za novog vlasnika posle prenosa sopstvenog udela na njega, što je apsurd, jer je članstvo u društvu uvek celovito i nedeljivo po pravima odnosno ovlašćenjima. Zbog toga smatramo da se i u našem pravu pomenuta zakonska norma mora tumačiti tako da pravo glasa i po sopstvenom udelu postoji, ali da ono miruje (društvo ga ne može koristiti) sve dok se taj udeo nalazi u režimu sopstvenog udela.

---

[22] Roth-Altmeppen, op. cit. 363
[23] Upor. Baumbach-Hueck, op. cit. 147.
[24] Upor. Baumbach-Hueck, op. cit. s. 147.
[25] V. čl. 121 st. 6 ZPD.

Pošto pravo glasa po sopstvenom udelu miruje, logično je rešenje da se sopstveni udeo ne uzima u obzir ni pri utvrđivanju kvoruma za odlučivanje na skupštini društva.[26]

Uz pravo glasa po sopstvenom udelu miruju načelno i *prava u funkciji ostvarivanja prava glasa,* mada to pitanje nije od nekog posebnog značaja, jer uprava društva i inače ima pravo prisustvovanja skupštini društva, pravo davanja predloga za odlučivanje na skupštini i sl.

Pravo na pobijanje odluka skupštine društva po osnovu sopstvenog udela miruje.

Isto tako po osnovu sopstvenog udela miruje i *pravo na korišćenje prava manjinskih članova* društva.

Pravo na informisanje po sopstvenom udelu takođe načelno miruje, mada ni ovo pitanje nije od praktičnog značaja jer uprava društva i inače ima uvid u sve bilanse i sve druge dokumente i akte društva.

[26] U čl. 121 st. 6 ZPD je tako predviđeno da „društvo s ograničenom odgovornošću po osnovu sopstvenih udela nema pravo glasa *niti se ti udeli računaju u kvorum* glasova..." (kurziv moj-S.Š).

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

Legal Status of Own Share in Private Company

Abstract

Subject of the article is legal status of own share in general and in law of Republic of Serbia in particular. Author ascertains that own share retains all characteristics of share and than analyzes in detail rights and obligations attached thereto. Conclusion is made that these rights and obligations, as a rule, stand still, but they activate when share is transferred to third party. Analyze underlines downfalls of regulations of own share in Company Act of Republic of Serbia, as well.

Key words: private company, own share, pecuniary rights and obligations, non pecuniary rights.

Originalni naučni rad 321.17(497.11)“04/14“

Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNI POLOŽAJ VLAHA I OTROKA U SREDNJOVEKOVNOJ SRBIJI[1]

Sažetak: *U radu se ispituje pravni položaj dve kategorije zavisnog stanovništva srednjovekovne Srbije: zavisnih stočara – Vlaha i neke vrste srednjovekovnih robova – otroka. Najpre se analizira naziv i poreklo ova dva staleža, a zatim se dosta detaljno analiziraju njihova prava i obaveze. Autor je pokušao da razjasni i neke kontroverze vezane pre svega za pravni položaj otroka.*

Ključne reči: *Vlah, travnina, beleg, mesečina, Dušanov zakonik, povelje, katuni, stoka, otrok, prodaja, miraz.*

U srednjovekovnoj Srbiji najbrojnija kategorija seoskog stanovništva bili su zavisni zemljoradnici – *meropsi,* a odmah za njima dolazili su zavisni stočari ili *Vlasi.* Srednjovekovno srpsko pravo poznaje još neke potčinjene staleže, od kojih će u ovom radu biti reči još o otrocima, dok ćemo prikaz pravnog položaja preostalih kategorija potčinjenog stanovništva ostaviti za neku drugu priliku.[2]

Vlasi

1. Naziv i način života – U srednjovekovnoj Srbiji izraz *Vlah* (množina = *Vlasi,* u grčkim tekstovima **Βλάχοι),** označava pre svega zavisne stočare, koji su uz merophe bili najbrojniji stalež seoskog stanovništva.

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

[2] U prethodnom broju *Zbornika* (XLIV – 2/2010, str. 23-36) pisao sam o pravnom položaju meropaha. Ovaj rad pretstavlja logički nastavak jer obrađuje još dve brojne kategorije sebara – Vlahe i otroke.

Reč *Vlah* vodi poreklo od naziva nekih keltskih (galskih) plemena, koje su Rimljani nazivali *Volcae,* a Germani *Walhos*. U germanskim jezicima izraz je postao zajednička oznaka za sve Kelte (Gale), a nakon romanizacije Galije i za svo romansko stanovništvo. Južnoslovenski narodi su izraz *Vlah* prihvatili od Germana i koristili ga za starosedelačko stanovništvo romanskog porekla, koje je živelo u primorskim gradovima i balkanskim planinama. Srpski pravni spomenici koriste ponekad izraz *Vlah* i za Dubrovčane, kao što je to slučaj u ugovoru Velikog župana Stefana Nemanjića i Dubrovačke opštine od 1214-1217, koji je sačuvan u dve verzije (srpskoj i latinskoj). Član 4 srpskoga teksta glasi: **И да не емле Срьблинь Влаха безь суда,** što je u latinskoj verziji prevedeno ovako: *Et ut Sclavus non apprehendat Raguseum sine iudicio.*[3] Ali, kako je vreme prolazilo, romansko stanovništvo koje je živelo u planinama se postepeno slaviziralo. Pošto je njihovo prevashodno zanimanje bilo stočarstvo, naziv *Vlasi* poprimio je u srednjovekovnoj Srbiji uglavnom značenje stočarskog stanovništva. Nasuprot njima, slovensko (srpsko) stanovništvo se ponajviše bavilo zemljoradnjom, tako da je izraz *Srbin* sve više označavao zemljoradnika. U poveljama iz četrnaestog veka (Svetostefanskoj, Dečanskoj i Arhanđelovskoj) izrazi *Srbi* i *Vlasi,* ne označavaju etničke grupe već zavisne zemljoradnike (Srbi) i zavisne stočare (Vlasi). Ali, izraz Vlasi koristi se i za neke grupe romanskog stanovništva, posebno Rumune.[4]

Od kraja dvanaestog veka Vlasi su promenili način života. Nekadašnji nomadi počeli su da se stalno naseljavaju u takozvanim *katunima.*[5] Srpski pravni spomenici prave jasnu razliku između zemljoradničkih sela

---

[3] A. Solovjev, *Odabrani spomenici srpskog prava* (u daljem tekstu *Odabrani spomenici*), Beograd 1926, str. 16 i 17. U istom značenju izraz se koristi u dva ugovora bosanskog bana Mateja Ninoslava sa Dubrovnikom (1235 i 1240). Videti S. Novaković, *Zakonski spomenici srpskih država srednjega veka* (u daljem tekstu *Zakonski spomenici*), Beograd 1912, str. 144, I; 145, III; 146, VI, VII.

[4] Za vreme turske vladavine u Srbiji, Turci su Srbe nazivali *Vlasima.* Čak i danas, muslimani u Bosni i Hercegovini nazivaju hrišćane *Vlasima.* Na nekim dalmatinskim ostrvima stanovnici pojedinih gradova se nazivaju takođe *Vlasima.* U mađarskom jeziku reč *Olasz,* koja dolazi od slovenskog *Vlasi,* označava Italijane. Videti P. Skok, *Etimologijski rječnik hrvatskoga ili srpskoga jezika, uredili akademici M. Deanović i Lj. Jonke, za tisak priredio V. Putanec, knjiga III,* Zagreb 1971, str. 606-609 i V. Mažuranić, *Prinosi za hrvatski pravno-povjestni rječnik,* Zagreb 1908-1922 (reprint 1975), str. 1584-1586.

[5] Prema tumačenju koga je predložio N. Jokl, *Linguistisch-kulturhistorische Untersuchungen aus dem Bereiche des Albanesischen,* Berlin 1923, pp. 172 und 320, izraz *katun* izveden je od albanske reči *katund-i* u značenju selo, oblast, grad (*Dorf, Gebiet, Stadt*). U savremenom albanskom jeziku reč *katund* znači selo (drugi izraz za selo je *fšat*, što dolazi od latinskog *fossatum*). Neki naučnici smatraju da je reč grčkog porekla (κατούνα). Videti Skok, *Etimologijski rječnik, knjiga II*, str. 64.

i vlaških katuna. To se može videti na samom početku povelje cara Dušana manastiru Svetih Arhanđela Mihajla i Gavrila (1348), gde se veli da car poklanja manastiru **сєла и мєтохиіє, и катоунь влашкыихь.**[6]

Vlasi su provodili samo zimski period u svojim katunima. Tokom leta lutali su planinama tražeći ispašu za stoku. Krećući se od jednog pašišta ka drugom, Vlasi su se povremeno zaustavljali u nekim zemljoradničkim selima radi odmora, a seljaci su bili obavezni da im obezbede smeštaj (*prestajanje*). Pošto je ta obaveza vrlo teško padala zemljoradnicima, član 82 Dušanovog zakonika je naredio: *Gde prestoji Vlah ili Arbanasin na sele, na tom-zi da ne prestoji drugi grede za njim. Ako li po sile stane, da plati potku i što je ispasal.*[7] Careva namera je bila da dužnost *prestajanja* ravnomerno rasporedi na sva sela u Carstvu.

Iako je većina Vlaha živela u katunima, hrisovulja kralja Milutina manastiru Svetog Stefana u Banjskoj (1313-1318) spominje Vlahe koji imaju sela **(и кто сєла имаю).**[8] To znači da su u srednjovekovnoj Srbiji neki Vlasi potpuno promenili zanimanje i postali zemljoradnici koji žive u svojim selima.

Vlaški katuni su zadržali neke elemente samostalnosti iz rodovsko-plemenskog društva, uprkos činjenici što su Vlasi pripadali staležu *sebara* (potčinjenog stanovništva) i samim tim bili podložni svojim feudalnim gospodarima.[9] To se jasno može videti i iz najstarijeg sačuvanog srpskog pravnog spomenika – Hilandarske povelje monaha Simeona (Stefana Nemanje). Navodeći sve što je priložio manastiru, Nemanja između ostalog kaže: **а ѡдь Влахь Радово Соудьство и Ћоурьгєво, а вьсєгє Влахь ро.**[10] To znači da je Nemanja poklonio ukupno 170 Vlaha Hilandaru, čije starešine su bili neki Rade i neki Đurđe, koji su očigledno mogli u pojedi-

---

[6] *Zakonski spomenici,* str. 683, I; S. Mišić – T. Subotin-Golubović, *Svetoarhanđelovska hrisovulja,* Beograd 2003, str. 88.

[7] S. Novaković, *Zakonik Stefana Dušana cara srpskog* (u daljem tekstu *Zakonik*)*,* Beograd 1898 (reprint 2004), str. 65 i 195; N. Radojčić, *Zakonik cara Stefana Dušana 1349 i 1354* (u daljem tekstu *Zakonik*), str. 58 i 112.

[8] *Zakonski spomenici,* str. 629, XCI.

[9] O organizaciji vlaških katuna videti S. Novaković, *Selo* (sa dopunama S. Ćirkovića), Beograd 1965, str. 29-52 i 161-173; M. Filipović, *Struktura i organizacija srednjovekovnog katuna*; D. Kovačević, *Srednjovekovni katuni po dubrovačkim izvorima*; B. Đurđev, *Teritorijalizacija katunske organizacije do kraja XV veka.* Tri gore navedena rada podneta su kao referati na naučnom skupu u Sarajevu, posvećenom srednjovekovnim katunima (24-25. novembar 1961), izdanje *Naučno društvo SR BIH,* Sarajevo 1963, str. 45-112, 121-140 i 143-169. O katunima videti i R. Katić, *Stočarstvo srednjovekovne Srbije,* Beograd 1978, str. 9-30, i B. Ferjančić, *Stočarstvo na posedima svetogorskih manastira u srednjem veku, Zbornik radova Vizantološkog instituta* 32 (1993), str. 35-127.

[10] V. Ćorović, *Spisi Svetog Save,* Beograd – Sremski Karlovci, str. 3.

nim sporovima i da sude svojim Vlasima. O kakvoj vrsti sudske nadležnosti se radilo, ostaje nam nepoznato. Član 146 Dušanovog zakonika spominje *knezove i premićurije i vladalci i predstajnici i čelnici koji se obretaju sela i katuni obladajušteje,* ali ne precizira nadležnosti katunskih starešina.[11]

2. Feudalne obaveze – Osnovna obaveza Vlaha bila je takozvana *travnina* – nadoknada za korišćenje vlasteoskih pašnjaka. Član 57 povelje kralja Milutina manastiru Svetog Đorđa kod Skoplja (oko 1300) propisuje da svako ko koristi pasišta na crkvenim planinama mora da plati travninu prema zakonu **(Такождє кто испланиноуіє на црквноі планине, да подаіє црькви травниноу занонноу).**[12] Ali povelja ne kaže koji je to „zakon" ili možda neko drugo pravno pravilo,[13] koje je propisalo visinu travnine. Moguće je sasvim da se tu radilo o nekom opšte poznatom običajnopravnom pravilu. Kasniji dokumenti govore o travnini preciznije. Povelja kralja Stefana Uroša III manastiru Dečani (oko 1330), se poziva na neki stari „zakon" o travnini po kome ona iznosi *od stada dva ovna i dva jagnjeta i sir i dinar.*[14] Dušanov zakonik u članu 197 sadrži drugačiji propis: *Kojemu vlastelinu pride da zimuje človek, da dava travninu: ot 100 kobil kobilu, ot ovac ovcu s jaganjcem i ot 100 goved govedo.*[15]

Pored travnine Vlasi su morali da daju još izvesnu količinu stoke, koja nije bila ista na svim vlastelinstvima. Svetostefanska i Arhanđelovska hrisovulja kažu da Vlasi treba da daju svakog leta od 50 ovaca jednu sa jagnjetom i po jednu jalovu **(Да даю на всако лето оть -ив'цоу сь іагнетемь, а дроугоу іаловоу).**[16] Ali, povelja kralja Dušana Hilandaru od 1334-36. godine, ustanovljava obavezu davanja dva konja svake godine **(И да оузима игоумьнь хиланьдар'ски -вконіа на годиште).**[17] Svetostefanska povelja naređuje da svaki Vlah

---

[11] Novaković, *Zakonik,* str. 113 i 232; Radojčić, *Zakonik,* str. 71 i 128-129. Vizantijski car i istoričar Jovan Kantakuzin spominje u svojim memoarima izvesnog Marcelata, starešinu srpskih pastira u blizini grčkog grada Verije, koji mu je pomogao da ponovo osvoji taj grad od Srba (Videti *Vizantijski izvori za istoriju naroda Jugoslavije,* tom VI, str. 499, nap. 449, prevod i komentar B. Ferjančića). Ali, ni car-istoričar ne navodi kakve su bile nadležnosti pomenutog Marcelata.

[12] *Zakonski spomenici,* str. 618, LVII.

[13] U srednjovekovnoj Srbiji izraz „zakon" imao je puno različitih značenja. Detaljnije o tome S. Šarkić, *Zakon u glagoljskim i ćirilskim pravnim spomenicima,* Novi Sad 1994.

[14] *Zakonski spomenici,* str. 647, VI.

[15] Novaković, *Zakonik,* str. 145 i 264; Radojčić, *Zakonik,* str. 82 i 141.

[16] *Zakonski spomenici,* str. 628, LXXXVIII; 700, CCII.

[17] *Zakonski spomenici,* str. 414, XIV.

mora da da 5 jagnjećih koža godišnje **(И да даю црькви на годиштє всакь чловекь по -в- іагнєтине).**[18] Međutim, član 205 Arhanđelovske hrisovulje izuzima siromašne Vlahe od te obaveze i naređuje da umesto toga treba da tegle manastirsku vunu, onoliko koliko im naredi iguman **(А власи кои соу оубози да теже вльноу црьковноу што имь повелева игоумнь).**[19]

Pored naturalnih renti Vlasi su imali i neke radne obaveze prema Crkvi: da napasaju crkvene kobile, ovce, svinje i volove, ali i da nadoknade izgubnjenu stoku. Za posao napasanja Vlasi su dobijali *mesečinu* (mesečno sledovanje hrane) i takozvani *beleg* – platu u stoci. Pored toga Vlasi su morali da prate igumana i ikonoma[20] na njihovim putovanjima *i da nose sol i potrebu manastirsku svaku.* To znači da su Vlasi bili dužni da obezbede tovarne konje i pratnju za prevoz soli iz primorskih gradova u unutrašnjost zemlje.[21]

Iako sačuvani pravni spomenici pominju samo manastirske Vlahe, zavisni stočari su živeli i na vlastelinstvima koja su pripadala svetovnoj vlasteli, kao i na carevim domenima. Ta činjenica može se posredno uočiti iz povelje cara Dušana manastiru Svetih Arhanđela Mihajla i Gavrila, gde se kaže da manastirski Vlasi treba da daju manastiru iste rente, kakve su davali i caru lično **(како соу давали царствоу ми).**[22]

Pravni položaj Vlaha je bio isti kao i pravni položaj meropaha. To se jasno vidi iz teksta hrisovulje kralja Stefana Prvovenčanog manastiru Žiči (1220), koja spominje dohodak **что доходи или оть влахь или земльна.**[23] Kao ni meropsi, ni Vlasi nisu mogli da napuste zemlju; to je bilo rečeno još u Hilandarskoj povelji monaha Simeona (Stefana Nemnje). Meropsi ili Vlasi, koji bi pobegli sa vlastelinstva, morali su da se vraćaju.[24] Na taj propis nadovezuje se član 32 Dušanovog zakonika: *Ljudije crkovni, koji drže crkovna sela i zemlji crkovne, a prognali sut merophe crkovne ili vlahe, oni-zi koji-no su razgnali ljudi, da se svežu i da im se uzme zemlja i ljudije, i da ih drži crkva do-gde skupe ljudi koje su razgnali.*[25]

---

[18] *Zakonski spomenici,* str. 629, XC; Cf. 701, CCIII.

[19] *Zakonski spomenici,* str. 701, CCV.

[20] Ikonom (od grčkog **οίκονόμος)** je starešinsko zvanje u srednjovekovnim manastirima, po važnosti odmah posle igumana. Ikonom je upravljao svom pokretnom i nepokretnom imovinom manastira. Detaljnije videti odrednicu *Ikonom* (R. Milošević) i *Ikonomija* (R. Popović) u *Leksikon srpskog srednjeg veka,* Beograd 1999, str. 252-254.

[21] *Zakonski spomenici,* str. 650, XXXV; 628, LXXXIX; 414, XI i XIII.

[22] *Zakonski spomenici,* str. 701, CCII.

[23] *Zakonski spomenici,* str. 572, VI.

[24] *Spisi Svetog Save,* str. 4.

[25] Novaković, *Zakonik,* str. 30 i 165; Radojčić, *Zakonik,* str. 49 i 97.

Ipak, faktički položaj Vlaha bio je mnogo povoljniji nego položaj meropaha. Stoga su mnogi meropski pokušavali brakovima da uđu u stalež Vlaha. Međutim, zbog stalnog nedostatka radne snage u srednjovekovnoj Srbiji, povelje energično zabranjuju ovakvu praksu. Svetostefanska povelja zabranjuje Srbinu (zemljoradniku, merophu) da se ženi Vlahinjom, a ako on to učini treba ga svezati i vratiti na „očevo mesto" **(Срьбинь да сѣ нѣ жєнии оу власехь. Ако ли сѣ ожєни оу невесть игоум'новоу, да сѣ ограбии и свєжє и онь влахь оть кога сѣ боудє жєниль, и да сѣ вратии безь волиє опеть на отьчино место).**[26] Dečanska hrisovulja dopunjava ovaj propis rečima: **ако ли сѣ ожєни, да ю вєдє оу мероп'хє.**[27] To znači da je Vlahinja, koja se udala za meropha, morala da se „pomeropši" (pređe u stalež meropaha). Svetostafanska hrisovulja pravi jedan izuzetak od tog pravila: meropsi koji su sklopili brakove sa Vlahinjama mnogo pre donošenja povelje, a koji su živeli među Vlasima, mogli su da ostanu sa Vlasima, ali nisu mogli biti vojnici. Povelja naziva tu kategoriju Vlaha *starinici.*[28]

Svetostefanska povelja pravi jasnu razliku između Vlaha vojnika i takozvanih *kelatora.*[29] Ovaj podatak postavlja dva pitanja: da li su Vlasi vršili vojnu službu i ko su bili ti *kelatori?* Prema tumačenju Stojana Novakovića Vlasi su morali da obavljaju i vojnu službu ili kao vojnici, ili kao komordžije, kako je on shvatio reč *kelatori.*[30] Međutim, vojna služba je bila obaveza vlastele, koja je morala da dovede različit broj vojnika regrutovanih među sebrima. Kako je Crkva bila izuzeta od vojne obaveze, Vlasi sa crkvenih vlastelinstava nisu mogli biti državni vojnici.[31] Izgleda da je reč *vojnik* iz Svetostefanske hrisovulje, označavala one Vlahe koji su na konjima pratili igumana na njegovim putovanjima, ili pak Vlahe koji su čuvali krda konja. Za takvo tumačenje možemo pronaći potvrdu u poveljama. Povelja kralja Dušana Hilandaru (1334) govori o Vlasima **кои сѣ имєноуіє воиникь,**[32] što znači da je bilo i Vlaha kojima su dodeljivane neke vojničke dužnosti. Član 93 Svetostefanske povelje kaže *a voinik da pase pastuhe.*[33]

---

[26] *Zakonski spomenici,* str. 626, LVI.
[27] *Zakonski spomenici,* str. 651, XXXVI.
[28] *Zakonski spomenici,* str. 626, LVI.
[29] *Ibid.*
[30] S. Novaković, *Stara srpska vojska,* Beograd 1893, str. 70, 131-132.
[31] T. Taranovski, *Istorija srpskog prava u nemanjićkoj državi, I deo, Istorija državnog prava,* Beograd 1934, str. 73 = *Klasici jugoslovenskog prava, knjiga 12,* Beograd 1996, str. 110-111.
[32] *Zakonski spomenici,* str. 414, X.
[33] *Zakonski spomenici,* str. 629, XCIII.

Mnogo složenije pitanje je značenje reči *kelator* ili *ćelator.* Taranovski smatra da se poreklo reči ne može objasniti, ali misli da su *kelatori* bili svi oni Vlasi koji nisu bili vojnici.[34] S. Novaković je mislio da reč *ćelator* dolazi od grčkog **κελλάρι** = štala, ćelija. Prema njegovom tumačenju *kelatori* bi mogli biti ljudi čija je dužnost bila da nešto čuvaju.[35] I. Puscariu tvrdi da izraz *kelator* dolazi od rumunske reči căle (callis) = put, căl = konj. Dakle, *kelator* znači putnik, što odgovara grčkoj reči **ὁδίτης** i staro-srpskoj *ponosnik. Kelator* je, prema ovom tumačenju, bila osoba koja je morala da na svom konju prenosi različitu robu (u srpskim dokumentima to je bila obaveza koja se zvala *ponos*).[36] Ali, član 93 Svetostefanske hrisovulje ne potvrđuje ovakvo tumačenje: **И воиник и кієлаторь да носє сырієниє сь планинє, и кієлаторь да пасє и вльноу стрижє, а воиникь да пасє пастоухє. А оу зло времє и воиникь и кієлаторь да грєдє кь овцамь.**[37] Izgleda, da uprkos svim naporima naučnika, reč *kelator,* ostaje i dalje nejasna.

Pored Vlaha – stočara, povelje pominju postojanje pastira – meropaha, čija je dužnost bila da čuvaju manastirsku stoku. Prema podacima koje daje hrisovulja kralja Milutina Hilandaru (1302-1309) razlika između tih pastira i Vlaha je bila očigledna. To se lepo vidi iz sledećeg odlomka: *I pak vide kraljevstvo mi jere daje svetaa crkvi na godište po 12 ždrebca pestirem belegu, da togo radi priložih vlah da pasu kobile crkovne, a da ne uzimaju od crkve belegu ničta, pače ake čto izgube da plaćaju od sebe kon po 10 perper a kobilu po 20 perper da plaćaju crkvi.*[38] Dakle, pastiri su dobijali *beleg* i nisu odgovarali za gubitak stoke, dok Vlasi nisu dobijali *beleg* i *mesečinu,* i morali su da nadoknade kubitak konja i kobila. Međutim, neke povelje vele da su i Vlasi dobijali i beleg i mesečinu, tako da je teško utvrditi neku opštu razliku između Vlaha-stočara i meropaha-pastira.

---

[34] Taranovski, *Istorija, I,*str. 73. Autor zasniva svoju argumentaciju na završnim rečima člana 56 Svetostefanske hrisovulje, koji glasi: **А кои** [Vlasi] **боудоу старин'ници и нє вьз'могоу сє повраатити ниєд'нь да не воиникь нь вси кієлатори** (*Zakonski spomenici,* str. 626, LVI).

[35] S. Novaković, *Selo,* Beograd 1965, str. 192, napomena 69. U srpskim pravnim spomenicima reč *ćelar,* u značenju male sobe, se pominje u ugovoru o kupoprodaji, kojim neka Radosava Mirković, prodaje svoju kuću u Trepči manastiru Svetog Pavla u Svetoj Gori (1438). U ugovoru stoji da će Radosava za svoga života zadržati jedan *ćelar* (malu sobu) u okviru kuće, gde će ona i njena sestra ostati da žive do smrti (*Odabrani spomenici,* str. 206).

[36] I. Puscariu, *Ethymologisches Wörterbuch der rumaänischen Sprache,* Heidelberg I, 1905, v. *Călător.* Cf. R. Katić, *nav. delo,* str. 25 i dalje.

[37] *Zakonski spomenici,* str. 629, XCIII.

[38] *Zakonski spomenici,* str. 395, XVII.

Otroci

1. Naziv – Najniži stalež na društvenoj lestvici srednjovekovne Srbije bili su takozvani *otroci* (jednina = *otrok*). Reč otrok izvorno označava dete ili momka. U srpskom jeziku ta reč se ne koristi više, ali se zadržala u češkom jeziku kao redovan naziv za roba, dok u slovenačkom, ruskom i poljskom jeziku isti izraz označava dete ili dečaka. Pravni položaj otroka u srednjovekovnoj Srbiji bio je sličan robovskom, ali kako su otroci raspolagali i nekim ličnim pravima, mnoga pitanja vezana za njihov pravni status ostaju diskutabilna. Pored toga, pravni spomenici koriste za robove i reči *rabь, čeljadin* i *čeljad*.

Kada se prevodilac Nomokanona Svetog Save[39] susreo sa nekoliko grčkih termina za označavanje roba ili robinje **(ἀνδράποδον, δοῦλος, οἰκετής, παῖς, θεράπαινα),** on je sve grčke termine sveo na slovenske reči *rab* (rob) i *raba* (robinja).[40] Reč *rab* sreće se i u srpskom prevodu Sintagme Matije Vlastara. U sastavu **D – 11** čitamo sledeće: *Osnovna podela svih ljudi sa gledišta statusnog prava je takva, da su svi ljudi ili slobodni ili robovi (rabi). Sloboda je prirodno svojstvo, koje dozvoljava svakome da radi ono što želi, izuzev ako je to zabranjeno zakonom ili silom; ropstvo (rabota) je ustanova prava naroda (jezičeskago zakona, ἐθνικοῦ νόμου, iuris gentium) i posledica rata... suprotno prirodnom pravu (jestestvenomu zakonu, φυσικοῦ νομίμου, iuris naturale), jer je priroda stvorila sve ljude slobodnima. Slododni su ili oni koji su rođeni slobodni (blagorodnie, εὐγενεῖς, ingenuus), ili oni koji su oslobođeni (osvobodnie, ἀπελεύθερους, libertinus). Rođeni slobodni su rođeni od slobodnih roditelja i nisu iskusili jaram ropstva (i ne u jarma raboti vkusiv); oslobođenici su rođeni od oslobođenog roba (osvobodnii že iže ot raba osvoboždenago rodivi se).*[41] Ali, ova podela, preuzeta od rimskog pravnika Gaja,[42] je imala više deklarativni karakter: srpski pravni spomenici nam ne dozvoljavaju da zaključimo da je stanovništvo srednjovekovne Srbije bilo podeljeno na slobodne i robove. Ipak, povelja cara Dušana i kralja Uroša kojom poklanjaju crkvu Svetog Nikole pod Kožljem serskom mitropolitu Jakovu i

[39] U nauci još nije raščišćeno pitanje da li je sastavljač srpskog Nomokanona (Zakonopravila) Sveti Sava lično, ili je on to uradio sa grupom saradnika. Videti o tome S. Troicki, *Ko je preveo Krmčiju sa tumačenjima? Glas Srpske Akademije Nauka, 193,* Beograd 1949, str. 119-142.

[40] Videti M. Petrović, *Krmčija Svetoga Save o zaštiti obespravljenih i ugroženih,* Beograd 1990, str. 53-74.

[41] S. Novaković, *Matije Vlastara Sintagmat,* Beograd 1907, str. 249. Videti i T. Taranovski, *Političke i pravne ideje u Sintagmatu Vlastara, Letopis Matice Srpske 317* (1928), *Prilozi Letopisu,* str. 160-170.

[42] Gaius, *Inst.* I, 9; *Iust. Inst,* I, 3; D. I, 5, 3-4.

manastiru Svetih Arhanđela kod Prizrena, pominju robove (u tekstu stoji *rob,* a ne *rab*) Počrnju i Cukaliju.[43] Da li se pravni položaj ovih robova razlikovao od statusa otroka, ili se tu radi o izuzetnom korišćenju izraza *rob,* teško je reći.

Prevodilac Nomokanona upotrebio je jedanput reč *čeljadin* **(челъадинь)** da bi preveo grčku reč **άνδράποδον** (drugi put preveo je istu reč sa *rab*). Koristeći izraz *čeljadin,* prevodilac je želeo da sačuva njegovo arhaično značenje, prema kome je **άνδράποδον** rob u klasičnom smislu, kao što je i **δοῦλος,** ali ne po rođenju; radi se o osobi koja je zarobljena u ratu i nakon prodaje postala je rob.[44] *Čeljad* i *čeljadin* u značenju robova, spomenuti su dva puta u ugovorima srpskih vladara sa Dubrovnikom. U prvom ugovoru se dubrovački knez Andrija Zlat, zajedno sa svom vlastelom dubrovačke opštine, kune da će čuvati prijateljstvo sa srpskim kraljem Urošem (1254-1256) i između ostalog spominje i *čeljad zemle kralevstva ti.* Kralj Milutin u ugovoru sa Dubrovnikom (1308) kaže da Dubrovčani treba da se sude pred kraljevim sudom za zločine izdaje (nevera), ubistva (vražda), krađe konja (konj) i *čeljadina* (krivična dela koja se odnose na robove).[45] Ali, izrazi *rab* i *čeljadin* su bili vrlo brzo napušteni u Srbiji; izvori iz trinaestog i četrnaestog veka spominju samo otroke kao najnižu kategoriju stanovnika srednjovekovne Srbije. Da li su oni bili robovi ili ne, vrlo je teško pitanje.

2. Društveni položaj – Najbolji poznavaoci srednjovekovne srpske istorije, poput Stojana Novakovića, Konstantina Jirečeka, Teodora Taranovskog, Aleksandra Solovjeva, Nikole Radojčića i Dragoslava Jankovića, smatrali su da su da su otroci neka vrsta srednjovekovnih robova ili pak stanovništva sličnog robovima.[46] Nasuprot njima, Nikola Krstić, prvi profesor pravne istorije u Srbiji, je napisao da u srednjovekovnoj Srbiji nije bilo robova, pa samim tim ni otroci nisu mogli

---

[43] *Zakonski spomenici,* str. 703, IV.

[44] Pored *čeljadina* u jednini koristi se i reč *čeljade,* izvedena od zbirne imenice *čeljad,* koja uglavnom iznačava člana porodice, mada u starim tekstovima znači i rob. Izraz *čeljadin,* sreće se i danas u ruskim rukopisima kao arhaična forma reči рабъ. Videti M. Petrović, *Čeljadin* u *O Zakonopravilu ili Nomokanonu Svetoga Save,* Beograd 1990, str. 53-65.

[45] *Zakonski spomenici,* str. 153, IX; 162, XV.

[46] S. Novaković, *Zakonik,* str. 176; K. Jireček, *Istorija Srba, prevod i dopune J. Radonjić,* II, Beograd 1978, str. 102; T. Taranovski, *Istorija I,* str. 76-82; A. Solovjev, *Sokalnici i otroci u uporeno-istoriskoj svetlosti, Glasnik Skopskog Naučnog Društva,* XIX (1938), str. 103-138 i *Zakonik cara Stefana Dušana 1349. i 1354. godine,* Beograd 1980, str. 210-211; N. Radojčić, *Zakonik cara Stefana Dušana 1349-1354,* Beograd 1960, koji prevodi reč *otrok* uvek kao rob, str. 51, 52, 56, 57, 100, 101, 108, 110, 118; D. Janković, *Istorija države i prava feudalne Srbije (XII-XV vek),* Beograd 1957, str. 38-40.

biti robovi. Njegovo gledište kasnije su prihvatili Mihajlo Polićević i Milan Vlajinac.[47]

Argumentacija autora koji su smatrali da su *otroci* vrsta srednjovekovnih robova zasniva se na sledećim izvorima:

1) Otroci su bili privatna i nasledna svojina svojih gospodara, što jasno potvrđuje početak člana 44 Dušanovog zakonika: *I otroke što imaju vlastele, da im su u baštinu, i njih dece u baštinu večnu...* Ali, otroci su mogli biti i svojina Crkve, vladara a možda i gradova, a ne samo vlastele, o čemu svedoči član 46 Zakonika: *I otroke što si kto imaju da ih imaju u baštinu.*[48] U povelji kojom car Dušan potvrđuje povlastice vlasteličiću Ivanku Probištitoviću (1350) stoji: *...to zi mu vse, malo golemo zapisuje carstvo mi u baštinu više pisano...Takožde zapisuje carstvo mi Ivanku i jegove deci do veka nepokolebimo nikim... s kuplenicami i s otroki da si ima i drži Ivanko i negova deca do veka...*).[49] Car Uroš je 10. aprila 1357. poklonio kotorskim plemićima Bivoličiću i Bučiću ostrvo Mljet i tom prilikom zapisao *da im jest u baštinu i u otročko ime.*[50] Posedovanje otroka nije bilo vredno monaške zakletve, propisuju tipici manastira Hilandara i Studenice (*otrok nedostoino imeti vam*).[51]

2) Član 103 Zakonika počinje rečima: *Ašte su otroci, da se sude pred svojimi gospodari kako ljube za svoje dlgove* i nisu mogli da traže pravdu od cara (član 72): *I kto nevoljan dojde na dvor carev, da se vsakomu učini pravda, osven otroka vlasteoskoga.* A drugi deo člana 103 glasi:*...a za careve* [dlgove] *da gredut pred sudije – za krv, za vraždu, za tati, za gusare, za prejem ljudski*).[52]

3) Drugi deo člana 46 Zakonika glasi: *Takmo što će vlastelin prostiti, a ili mu žena, a ili sin, to-zi da jest svobodno, a ino ništo.*[53]

Raspravljajući o ovim činjenicama Taranovski je zapisao da čovek koji je predmet svojinskih prava nekog drugog čoveka može biti samo rob; dakle, otroci su robovi.[54] Ali, neki drugi podaci koje nalazimo u pravnim spomenicima upozoravaju nas da pravni položaj otroka nije uvek

---

[47] N. Krstić, *Razsmatrana o Dušanovomь zakoniku, Glasnik Društva Srpske Slovesnosti,* VI (1854), str. 143; M. Polićević, *Ustrojstvo pravosuđa u staroj srpskoj državi u XIII i XIV veku, Arhiv za pravne i društvene nauke od 25. IV 1923,* str. 202; M. Vlainatz, *Die agrarrechtlichen Verhältnisse des mittelalterlichen Serbiens,* Jena 1903, pp. 280-281.

[48] Novaković, *Zakonik,* str. 39 i 174; 41 i 175; Radojčić, *Zakonik,* str. 51 i 100; 52 i 101.

[49] *Odabrani spomenici,* str. 151.

[50] *Odabrani spomenici,* str. 160.

[51] *Spisi Svetog Save,* str. 111.

[52] Novaković, *Zakonik,* str. 79 i 208; 58 i 190; Radojčić, *Zakonik,* str. 62 i 118; 57 i 110.

[53] Novaković, *Zakonik,* str. 41 i 176-176; Radojčić, *Zakonik,* str. 52 i 101.

[54] Taranovski, *Istorija I,* str. 57.

bio identičan robovskom. Član 21 Dušanovog zakonika izričito zabranjuje prodaju jednog *hristijanina*[55] pripadniku neke druge veroispovesti: *I kto proda hristijanina u inu nevernu veru, da mu se ruka odseče i jezik ureže.*[56] To znači da ako je otrok bio pripadnik Istočne (pravoslavne) crkve, nije mogao biti prodat Rimo-katoliku.

Drugi deo člana 44 Dušanovog zakonika naređuje *na otrok u prikije da se ne daje nikada.*[57] Pokušavajući da objasni ovu neobičnu odredbu, Aleksandar Solovjev je upozorio na stari rimsko-vizantijski običaj, koji je primenjivan u Dubrovniku i Kotoru, da su samo robinje (ancilae) mogle biti davane u miraz. Prema autorovom tumačenju, član 44 Dušanovog zakonika zabranjuje davanje u miraz samo muških otroka, želeći da spreči odliv radne snage na vlastelinstvima.[58] Nikola Radojčić smatra da je zabrana davanja otroka u miraz bila visok nivo zaštite ličnih prava. To je bila garancija da će otrok ostati tamo gde je i rođen, jer u suprotnom njegov pravni položaj mogao bi postati još gori.[59] Ali, kako je primetio Lujo Margetić, ta odredba se mogla lako izigrati; gospodar otroka mogao je dati muškog otroka kao poklon ili svojoj kćeri ili svome zetu. A mogao je i fiktivno prodati otroka svome zetu po vrlo niskoj ceni.[60]

Treba napomenuti da iako je postojala vrlo izražena razlika između otroka i meropaha, kada su ova dva staleža živela u istom selu, tada se njihov pravni položaj nije razlikovao. To nam jasno pokazuje član 67 Dušanovog zakonika, koji glasi: *Otroci i meropsi koji sede zajedno u jed-*

---

[55] U Dušanovom zakoniku izraz *hristijanin* označava uvek pripadnika Istočne (pravoslavne) crkve.

[56] Novaković, *Zakonik,* str. 24 i 160; Radojčić, *Zakonik,* str. 47 i 95.

[57] Novaković, *Zakonik,* str. 39 i 174; Radojčić, *Zakonik,* str. 51 i 100. *Prikija* je grčka reč (πρόιξ, πρόικα) i znači miraz. Reč *miraz,* koja se danas koristi u srpskom jeziku za vrstu bračnih davanja, arapskog je porekla i stigla je u Srbiju u vreme turske okupacije (arapski *mīrāt,* turski *miras*). Detaljnije o mirazu i bračnim davanjima uopšte videti S. Šarkić*, Provisions of Roman Law on Dowry in Serbian Mediaeval Law, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, 125 Band, romanistische Abteilung,* Wien-Köln-Weimar 2008, pp. 682-687; Cf. V. Stanimirović, *Brak i bračna davanja u istoriji,* Beograd 2006.

[58] A. Solovjev, *Zakonodavstvo Stefana Dušana, cara Srba i Grka,* Beograd 1928, str. 131-132 i *Zakonik cara Stefana Dušana 1349. i 1354. godine,* Beograd 1980, str. 211. U primorskim gradovima robinje su davane u miraz svakoj bogatoj ženi. Posebno je bila visoka cena robinja koje su mogle biti doilje (*ancila, babica, baiula*). Videti K. Jireček, *Istorija Srba I,* str. 102 i *Das Gesetzbuch des serbischen Caren Stephan Dušan, Archiv für slavische Philologie, 22* (1900), p. 159.

[59] N. Radojčić, *Oko Dušanova Zakonika, Istoriski časopis,* V (1954-1955), Beograd 1955, str. 11.

[60] L. Margetić, *Bilješke o meropsima, sokalnicima i otrocima, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* XXV, 1-2, Novi Sad 1991, str. 111.

nom sele, vsaka plaća koja prihodi, da plaćaju vsi zajedno na ljudi; kako platu plaćaju i rabotu rabotaju, tako-zi i zemlju da drže.[61] Pažljivo čitanje člana 67 upućuje na zaključak da su neki otroci posedovali sopstvenu zemlju. Podaci koje nam daju povelje potvrđuju ovakav zaključak. Na vlastelinstvu manastira Svetog Stefana u Banjskoj svako je morao da okopava vinograd: *A vinograd vsak da kopaa – i pop, i dijak, i otrok, i vsaci maistorije jako i proči rabotnici; kto li ga ne uskopa do Vaskrsenija, da mu se vol upade.*[62] Očigledno je da su na Svetostefanskom vlastelinstvu otroci posedovali nekakvu zemlju, jer je propisana ista globa za sve pomenute staleže. Dečanska hrisovulja propisuje da neki otroci moraju da prate igumana i monahe na putu: *Otroci koi s igumnom na put gredu, a ili s koim kaluđerom po crkovnoi rabote, da se od kuće ne hrani, no crkovnim brašnom*).[63] Povelja kralja Dušana Hilandaru (oko 1332) sadrži poglavlje *Zakon podgradiju.* Prema ovome „zakonu" (zapravo pravnom pravilu), otroci iz *podgradija* Štipa (danas u Makedoniji) koji su imali konje i bili u stanju da vrše vojnu službu, bili su izuzeti iz redovnih meropaških obaveza. Njihovi konji nisu morali da tegle teret. Ali, oni koji nisu imali konje morali su jedan dan u proleće i jedan dan u jesen da oru i jedan dan da okopavaju vinograd: *Koji su otroci s konjmi, da im jest zakon, kad pohodi ikonom kralju ili na kotoru gode rabotu, a oni s nim na koneh, da im se konji ne uzimaju ni pod tovar da se ne podlagujut, no sami s nimi da pohodet na koji gode posol crkovni, a koji su bes konjej da orut dan jesenine i dan podletije i da go požnut i izvrhnut, i dan i vinograde da rabotajut.*[64] Povelja kralja Dušana hilandarskom pirgu (grčki **πύργος** = kula) u Hrusiji (oko 1331), pominje deset otroka koji su se stavili u službu manastiru po sopstvenoj želji (*i se otroci koi su poljubili crkv*).[65] Očigledno je da ovi otroci nisu mogli biti robovi.

Pored toga što su obezbeđivali pratnju svojim feudalnim gospodarima, otrocima su poveravane i neke poverljive dužnosti. Dajući povlastice manastiru Svetoga Nikole u Vranjini (1233), Arhiepiskop Sava naređuje da manastirski ljudi (meropsi) nisu ni pod vlašću velike vlastele, ni pod

---

[61] Novaković, *Zakonik,* str. 55 i 187; Radojčić, *Zakonik,* str. 56 i 108. S. Novaković, *Zakonik,* str. 187 smatra da se ova jednakost nije mogla izvesti svuda, nego naročito onde gde su meropsi bili bez baštine, te se stoga razlika svodila na golu razliku forme.

[62] *Odabrani spomenici,* str. 92.

[63] *Odabrani spomenici,* str. 114.

[64] *Zakonski spomenici,* str. 402, XXII. S. Ćirković, *Hreljin poklon Hilandaru, Zbornik radova vizantološkog instituta,* 21 (1982), str. 104, napomena 3, smatra da je reč *otrok* u tekstu upotrebljena u najopštijem značenju i da podrazumeva celokupno stanovništvi Štipa, kako one koji su imali feudalne povlastice, tako i one koji su morali da izvršavaju feudalne dužnosti.

[65] *Zakonski spomenici,* str. 486, IV.

vlašću Arhiepiskopa ni njegovog otroka, niti bilo koga drugog, malog ili velikog (*i koje človeke tuzi posade na tom meste... da ne ima nad nimi oblast ni velmoža, ni arhiepiskop ni jegov otrok, ni in kto ni mal ni velik...*).[66] U ovom slučaju *otrok* je izvršilac arhiepiskopovih naredbi. Ima slučajeva u kojima se otroci pojavljuju kao sudski izvršni organi. Povelja manastiru Svetog Đorđa zabranjuje svim kraljevim dostojanstvenicima (lista je vrlo dugačka) da sude manastirskim meropsima i da određuju otroka (*človeku Svetago Georgija da ne sudi nikoji vladušti po državah kraljevstva mi ni daje otroka*). U istoj povelji, nešto malo dalje, stoji da samo iguman i njegov otrok mogu da sude manastirskim meropsima (*i kto se nage komu kriv človek Svetago Georgija, da se pri pred igumenom i s igumnovem otrokom*).[67] U jednoj povelji Hilandaru od 12. januara 1454, despot Đurađ Branković je naredio svom vazalu, vlastelinu Oliveru Golemoviću da utvrdi međe imanja manastira Hilandara. Oliver Golemović je naznačio porotu i poslao im otroka Nikolu Vladovića (*i posla ni otroka Nikolu Vladovića*).[68] Ali, tekst isprave nam ne dozvoljava da zaključimo u čemu je zapravo bio značaj misije Nikole Vladovića. Srećom, raspolažemo još jednim dokumentom iz iste 1454. godine koji nam govori o sporu oko međa između manastira Hilandara i manastira Svetih Arhanđela. Ponovo je Oliver Golemović bio taj koji je naznačio porotu, ali umesto da se on lično pojavi, poslao je otroka Radosava Đurašinovića (*s otrokom, koga beše poslal Oliver Golemović mesto sebe, Radosava Đurašinovića*). Radosav Đurašinović je primio zakletve (*i tomui bi otrok koi ni zaklina, višepisani Radosav Đurašinović*)[69] dvadeset i četiri porotnika (*starinici*) u prisustvu igumana i ostalih dostojanstvenika ova dva poznata manastira. Savršeno je jasno da je u ovom slučaju čin polaganja zakletve poveren jednom otroku.

Izraz *otrok* može se sresti čak i u dokumentima srpskih vladara pisanim na grčkom jeziku. Despot Jovan Uglješa, u povelji kojom rešava spor oko zemlje nastao između manastira Zografa na Svetoj Gori i episkopa Jerisosa (februar 1369), kaže kako je poslao svog grčkog dvoranina **(οἰκεῖος)** Nikitu Pedijasima **(Νικήτας Πεδιάσιμος)** *kao otroka* **(ὡς ὀτρόκου)** da dodeli zemlju manastirskoj obitelji (da ih uvede u posed). Kao *otrok* Nikita Pedijasim nije bio običan izvršilac presude; kao despo-

---

[66] *Zakonski spomenici,* str. 577, VI

[67] *Zakonski spomenici,* str. 618, XXXIX.

[68] *Odabrani spomenici,* str. 214.

[69] *Odabrani spomenici,* str. 215-216. Zanimljivo je da oba dokumenta počinju rečima *mi, rabi i poslušnici gospodina despota*...Dakle, dokument koristi istovremeno izraze i *rab* i *otrok,* ali ni jedna od ove dve reči ne označava roba u klasičnom smislu. *Rab* u ovom tekstu označava despotovog slugu (službenika), a *otrok* sudskog izvršitelja.

tov čovek od poverenja bio je poslat u Solun da ispita svedoke i prema njegovom izveštaju doneta je presuda.[70] Sasvim je jasno da Nikita Pedijasim nije bio rob, već vizantijski plemić koji je vršio dužnost otroka.[71]

Imajući u vidu sve navedene podatke iz izvora očigledno je da otroci ne mogu biti jednostavno nazvani robovima i da je izraz imao nekoliko različitih značenja.[72] U osnovi, otroci su zauzimali najniže mesto na društvenoj lestvici; bili su stalež čiji je pravni položaj bio između kmetskog i robovskog. Ali, bliska veza između otroka i njihovih gospodara mogla je da stvori odnose uzajamnog poverenja, tako da je izvršavanje nekih važnih zadataka poveravano otrocima.[73]

---

[70] A. Solovjev – V. Mošin, *Grčke povelje srpskih vladara,* Beograd 1936, str. 276-277.

[71] A. Solovjev, *Sudije i sud po gradovima Dušanove države, Glasnik Skopskog Naučnog Društva,* VII-VIII (1930), str. 160, smatra da je uvaženi Nikita Pedijasim u ovom slučaju obavljao skromnu dužnost pristava, koja mu inače nije pripadala. Ovo mišljenje se ne može prihvatiti, jer kako je naglasio G. Ostrogorski, *Serska oblast posle Dušanove smrti,* Beograd 1965, str. 22, navedenu zemlju je dve godine kasnije dodelio manastiru „opšti sudija" **(κριτής καθολικός)** lično, prema naredbi despota Jovana Uglješe.

[72] Videti R. Mihaljčić, *Otroci, Istorijski glasnik* 1 (1986), str. 51-57 = *Prošlost i narodno sećanje,* Beograd 1995, str. 233-240. Videti i odrednice *Otrok* i *Rob, Robinja* (Đ. Bubalo) u *Leksikon srpskog srednjeg veka,* str. 483-485 i 622-625.

[73] Dobro je poznato da su u Rimu u vreme Principata važne misije poveravane robovima, a posebno oslobođenicima (*libertinus*). L. Margetić, nav. delo, str. 113 smatra da su otroci društveni stalež sličan plemićkim slugama iz srednjovekovne Hrvatske ili pak ministerijalima (*ministeriales*) germanskog prava.

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

Legal Position of Dependent Shepherds (Vlachs) and Slaves (Otroci) in Mediaeval Serbia

Abstract

In the mediaeval Serbia term *Vlachs* (*Vlasi,* singular = *Vlah,* in Greek texts Βλάχοι) designated first of all dependent shepherds. The word *Vlach* comes from the name of some Celtic tribes, that Romans called *Volcae* and Germans *Walchos.* As their main occupation was cattle raising, the name *Vlachs* (*Vlasi*) got in mediaeval Serbia mostly the meaning of shepherds. From the end of the twelfth century the Vlachs changed their way of life: former nomads settled in hamlets called *katuni.* Vlachs spent only the wintertime in their hamlets. During the summer they were wandering around the manor to which they belonged in order to feed the cattle.

The main obligation of Vlachs was so called *travnina* (from *trava* = grass) – indemnity of using the noblemen's pastures. Besides grass-tribute (*travnina*) the Vlachs had to give a certain quantity of cattle which was not the same on all manors. They owed some compulsory labours to the Church as well: to graze Church mares, sheep, swine and oxen, and had the obligation to compensate the lost cattle. For their work of graze the Vlachs got from the monastery so called *mesečina* (from *mesec* = month), food to eat, and so called *beleg* (literally *mark, stamp*), salary in cattle. Sometimes Vlachs had to give packhorses and suite for transport of salt from littoral to interior districts of the country.

The lowest rung on the social ladder in mediaeval Serbia occupied the class called *otroci* (singular = *otrok*). The word *otrok* primarily means a child or a boy, but the legal status of *otroci* was similar to the slaves. However, the close relationship between an *otrok* and his master created a relation of confidence, so that some of very important missions could be commited to an *otrok.*

Key words: Vlach, travnina (grass tribute), beleg (stamp), mesečina (montly amount of food given to Vlachs by a monastery in return for their work on graze), katuns (temporary shepherd settlements), cattle, otrok (slave), sale, dowry

Originalni naučni rad 347.440.76:347.447.5

Dr Jožef Salma, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ODGOVORNOST ZA ŠTETU PROUZROKOVANU NESAVESNIM VOĐENJEM PREGOVORA

– Predugovorna odgovornost/Odgovornost za pregovore, culpa in contrahendo –

Sažetak: *U ovom radu autor analizira odgovornost za štetu nastalu nesavesnim vođenjem pregovora. Istražuje pravnu prirodu te odgovornosti. Na osnovu analize uporedne i domaće doktrine, zakonodavstava i prakse ukazuje da su u teoriji podeljena stanovišta o tome da li je po sredi deliktna odgovornost, zasnovana na povredi opšteg načela zakona o savesnosti i poštenju ili je u pitanju ugovorna odgovornost, budući da su pregovori usmereni na zaključenje ugovora. Opredeljenje za deliktnu (kvazideliktnu) ili ugovornu (kvaziugovornu) prirodu utiče na obim odgovornosti, tj. na to da li će se priznati samo negativni ili i pozitivni ugovorni interes. Sloboda ugovaranja je sloboda zaključivanja, ali ujedno i nezaključivanja ugovora. Postoji u kontinentalnom i precedentnom evropskom pravu naučna saglasnost da pod pretpostavkom uzajamne savesnosti, tj. uz uslov da su pregovarači tokom pregovora imali nameru za zaključenjem ugovora, svaki od učesnika snosi rizik neuspeha, pa samim tim i minimalno, svoje troškove. Kod pregovora je potpuna sloboda ugovaranja ograničena pravilom da ulaskom u pregovore pregovarači zasnivaju poseban zakonom regulisani pravni odnos koji je formulisan u predugovornim dužnostima, čiji sadržaj određuje zakonska obavesa ozbiljnog, tj. lojalnog pristupa. Svaka strana ima pravo da odustane od pregovora, ali ako je to učinjeno neosnovano, odnosno nelojalno, dužna je da drugoj savesnoj strani nadoknadi nastalu štetu.*

Ključne reči: *Odgovornost za štetu usled nesavesnog pregovaranja, culpa in contrahendo, vanugovorna – deliktna odgovornost, ugovorna odgovornost*

I.
Pojam i pravna priroda

1. **Pojam.** *Pregovore u užem smislu* čini *niz uzajamnih ponuda* pregovarača radi zaključenja ugovora, sve do prihvata ponude. Ponuda je jednostrana, adresovana pravno-poslovna izjava volje data od strane ponuđača upućena ponuđenom licu, koja sadrži najmanje bitne elemente budućeg ugovora, sa namerom njegovog zaključenja. Ponuda se razlikuje od drugih jednostranih izjava volje po tome što je ona po pravilu upućena tačno određenom licu, adresatu, ponuđenom licu. Za razliku od toga javno obećanje nagrade je ponuda upućena neodređenom krugu lica. Od testamentalne izjave ponuda se razlikuje po tome što je testamentalna izjava neadresovana, tj. proizvodi dejstvo počev od njenog davanja, nezavisno od spoznaje njenog sadržaja od strane testamentom beneficiranih lica. *Pregovori u širem smislu* obuhvataju sve potrebne *faktičke radnje radi pripreme* za formulisanje ponude, odnosno prihvata ponude, kao što su pribavljanje potrebnih informacija u vezi predmeta ugovora, o kretanju tržišnih cena vezanih za predmet ponude, pribavljanje tehničke dokumentacije i dr. U tom smislu pregovori kao pripremne radnje za ugovor prethode formulisanju ponude.[1] *Odgovornost za pregovore* ili predugovorna odgovornost predstavlja građanskopravnu odgovornost za štetu koja je drugom pregovaraču prouzrokovana nesavesnim, nelojalnim vođenjem pregovora, povredom zakonske obaveze koja nalaže savesno ponašanje. Ulaskom u pregovore između pregovarača nastaje predugovorni pravni odnos sa uzajamnim pravima i obavezama, u skladu sa načelom dobre vere (bona fides), zasnovan na uzajamnom lojalnom, savesnom ponašanju. U slučaju obostranog savesnog ponašanja pregovarača nema predugovorne odgovornosti, tj. svaka strana snosi rizik prekida pregovora, odn. nezaključivanja ugovora. U slučaju nesavesnog ponašanja, po pretežnom delu domaće i inostrane teorije i sudske prakse, nesavestan pregovarač snosi samo onu štetu koja je takvim ponašanjem prouzrokovana savesnom pregovaraču, njegove troškove u vezi sa pripremom ugovora, troškove puta, obaveštavanja itd. Odgovornost se ne proteže na propuštene materijalne efekte ugovora. Strože sankcije bi mogle odvratiti strane od vođenja pregovora.[2]

[1] V. Jožef *Salma*, Obligaciono pravo, osmo izdanje zasnovano na šestom izmenjenom izdanju, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2009, str. 233.

[2] V. *Salma*, Obligaciono pravo, op. cit., str. 235.

2. **Dileme oko pravne prirode**. Predugovorna odgovornost, tj. odgovornost zbog nesavesnog vođenja pregovora (culpa in contrahendo) sa stanovišta pravne prirode, tj. pravnog osnova, a samim tim i obima odgovornosti je i danas sporna kako u domaćoj tako i u uporednoj građanskopravnoj doktrini. Njeno razmatranje čini aktuelnim i činjenica da je pozitivno-pravno rešenje prihvaćeno u ZOO[3], u postupku harmonizacije (Nacrt ZOO iz 2009. godine[4]) zadržano, uz dopune o obavezi o uzajamnom obaveštavanja pregovarača.

Osnovna dilema oko osnova odgovornosti je u tome da li nesavestan pregovarač odgovara savesnom pregovaraču za štetu prouzrokovanu u postupku pregovora po pravilima o *deliktnoj* ili po pravilima o *ugovornoj* odgovornosti. Odgovor na to pitanje ujedno, u načelu, uslovljava i *obim odgovornosti*. Ako je po sredi deliktna (ili kvazideliktna) odgovornost, tada bi odgovornost bila u principu *potpuna*, obuhvatala i tzv. pozitivni i negativni ugovorni interes. Ukoliko je po sredi ugovorna (ili kvaziugovorna) odgovornost, opseg odgovornosti je *nepotpun*, pošto doseže samo do visine negativnog ugovornog interesa, tj. troškova pregovora druge ugovorne strane.

Po teoriji o ugovornoj prirodi predugovorne odgovornosti, nesavesni pregovarač ne odgovara za štetu neizvršenja, budući da do zaključenja ugovora nije ni došlo. Međutim, moguće je da je do zaključenja pa i do delimičnog ili celovitog izvršenja ugovora ipak došlo, ali je usled upravo nesavesnog vođenja pregovora ugovor docnije poništen (na primer, zbog toga što je pregovarač tokom pregovora doveo u zabludu drugu stranu u pogledu bitnih elemenata ugovora). Tvorac *evropske doktrine o predugovornoj odgovornosti* (od koje u osnovi polazi i savremena nemačka i francuska doktrina), Rudolf Jering (Rudolf *Ihering*)[5], je pošao od toga (s ob-

[3] V. čl. 30. Zakona o obligacionim odnosima Republike Srbije, V. Zakon o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ br. 29. od 25. maja 1978; br. 39. od 28. jula 1985; br. 45 od 28. jula 1989; br. 59. od 29. septembra 1989; i Službeni list SRJ br. 31. od 18. juna 1993. V. i izdanje Zakona o obligacionim odnosima sa registrom pojmova i predgovorom Slobodana K. *Perovića*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 171.

[4] Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, Prednacrt, Građanski zakonik Republike Srbije, druga knjiga, Obligacioni odnosi, Beograd, 2009, Generalni sekretarijat Vlade, tehnički sekretar Đina Lukić-Živković. O odgovornosti za pregovore v. čl. 23. (čl. 30. ZOO), str. 16. ove publikacije.

[5] V. Rudolf *Ihering*, Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 4. Bd., Jena, 1861, str. 1 i dalje. Prema rimskopravnoj tradiciji, culpa in contrahendo znači nepažnju što čini blaži stepen krivice od dolus-a, tj. namere, kao i dolus malus-a, tj. grube nepažnje. Po Jeringovom shvatanju za odgovornost za pregovore, dovoljan i manji stepen krivice od namere, tj. nepažnja, nehat. Odgovara se ne samo za dolus, već i za culpa. (*Ihering*, op. cit., str. 8, 17, 24).

zirom na to da Nemački građanski zakonik, kao i njegovi prethodnici, pokrajinski civilni kodeksi nisu sadržavali posebna i bliža pravila o odgovornosti za štetu zbog nesavesnog vođenja pregovora) da je po sredi deliktna odgovornost, pošto je pregovarač povredio zakonsko imperativno očekivanje o *savesnosti i poštenja* (Treu und Glauben) u obligacionim odnosima koje jednako vredi kako za fazu nastanka, tako i za fazu trajanja obligacije. Svako ponašanje suprotno imperativnom propisu koje je dovelo do štete jeste građanskopravni delikt, za šta štetnik treba da odgovara oštećenom licu po pravilima o deliktnoj odgovornosti. Dakle, po Jeringu i njegovim sledbenicima, predugovorna odgovornost nije ništa drugo do odgovornost za povredu opštim pravnim aktom, zakonom propisane dužnosti. Time se ova odgovornost bitno razlikuje od ugovorne odgovornosti koja podrazumeva povredu individualnog akta, ugovora. Istina, Jering je tu odgovornost sveo samo na slučaj u kojem je zbog nesavesnosti pregovarača došlo do rušljivosti ili ništavosti ugovora.[6] *Francuska doktrina* i praksa koje takođe nisu imale podlogu bližih propisa u Francuskom građanskom zakoniku, predugovornu odgovornost su zasnovale na *opštoj zabrani prouzrokovanja štete* drugom. Otuda je i francuska teorija pretežno na poziciji deliktne prirode predugovorne odgovornosti.

Ima i shvatanja koja priznajući *deliktno* normativno *poreklo*, odnosno, prihvatajući deliktnu prirodu predugovorne odgovornosti, smatraju da je na predugovornu odgovornost potrebno primeniti kontraktualna pravila, budući da se pregovori vode u cilju zaključenja ugovora, pri čemu nesavesno pregovaranje osujećuje taj cilj. To osujećenje dovodi savesnu ugovornu stranu u poziciju da ne može očekivati rezultat ispunjenja. Stoga nije dovoljno imati u vidu samo troškove pregovora, već i svu štetu koja je nastala u imovini zbog otpadanja zaključenja ciljanog ugovora.

Postoji i shvatanje da nije opravdano prihvatiti odgovornost i za nadane ugovorne obaveze, jer je to preveliki *rizik* za upuštanje u pregovore. Pošto obe teorije, i deliktna i kontraktualna u svojim varijantama, pretežno odustaju od potpune naknade, tj. od kumulativne naknade i negativnog i pozitivnog ugovornog interesa, nastala je i treća osnovna teorija, teorija o *odgovornosti sui generis.* Radi se o samostalnoj, zasebnoj vrsti odgovornosti. Ona ne prihvata u celini ni deliktnu ni ugovornu teoriju. Smatra da pravila o ugovornoj odgovornosti po logici stvari ne mogu da se primene, budući da ona po definiciji pretpostavlja postojanje ugovora če-

[6] O bližoj interpretaciji i kritici Jeringove doktrine, v. Bruno von *Büren*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess Verlag Zürich, 1964, str. 209.

ga ovde nema zbog odustanka od vođenja pregovora. Naime, suština ugovorne odgovornosti se sastoji u povredi ugovora neizvršenjem istog, ili nepotpunim, nepravilnim, odnosno neblagovremenim izvršenjem. Međutim, kod neosnovanog prekida pregovora nema ugovora, te ne može biti ugovorne odgovornosti (na primer, ne može se tražiti izvršenje obaveze iz nadanog ugovora). Deliktna odgovornost je po ovom shvatanju, kao osnova odgovornosti sporna zbog toga što *sloboda pregovora* znači i *slobodan odustanak* od pregovora, te u principu *odustanak ne može biti ni delikt*. Qui suo jure utitur neminem laedit. Ali, zagovornici doktrine o samostalnoj vrsti odgovornosti smatraju da je neophodno (zakonski) formulisati *dužnosti tokom vođenja pregovora* (Sorgfaltspflich-ten – obaveze pažljivosti[7]). Odgovornost i obim odgovornosti tada proističe iz povrede tako formulisanih zakonskih dužnosti. Otuda je osnov odgovornosti samostalan, proističe neposredno iz formulacije zakona, tj. radi se o samostalnom izvoru odgovornosti. Ovo shvatanje se delom poklapa sa Jeringovom teorijom.

Sporno je i pitanje *šta se smatra nesavesnim vođenjem pregovora*. U važećem pozitivnom pravu je zastupljeno stanovište da se pod nesavesnim vođenjem pregovora podrazumeva *odsustvo namere za zaključenjem ugovora*. Drugim rečima, odgovorna je za štetu ona strana koja je pristupila pregovorima bez namere za zaključenjem ugovora (bez animus contrahendi), tj. koja je bila nesavesna, bilo od samog *trenutka upuštanja* u pregovore, bilo zbog toga što je od početka pregovora imala tu nameru, ali je od nje docnije *odustala*, a nakon toga je *ipak nastavila* pregovore. Odsustvo namere za vođenjem pregovora može da se ispolji na različite načine, tako reći stepena ili vrste krivice, kao što je neozbiljno, fraudolozno pregovaranje (agere in fraudem partis). Odgovornost za kulpozne pregovore obično postoji kada je jedan učesnik pregovora savestan, a drugi nesavestan, tako da se *štetnikom* smatra *nesavestan*, a *oštećenikom savestan pregovarač*. Uz to, postavlja se i pitanje može li biti predugovorne odgovornosti za naknadu štetu druge strane, ako su *obe strane bile nesavesne*, sa istim ili različitim motivima nesavesnosti, tj.stepenima krivice za štetu prouzrokovanu drugoj strani?

U naučnoj literaturi, ali i u sudskoj praksi su postavljena brojna pitanja povodom *dokazivanja nesavesnosti*, kao i snošenja tereta dokazivanja.

[7] Obaveze pažnje su po nemačkoj teoriji: obaveze saopštenja svih činjenica od značaja za zaključenje ugovora (Mitteilungspflichten); obaveze davanja potrebnih objašnjenja u vezi ugovora (Aufklärungspflichten); obaveze poverenja (Vertrauenspflichten); obaveze vezane za ponudu (Angebotspflichten). V. npr. o tome, Wolfgang *Fikentscher*, Schuldrecht, 6.Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1979, str. 64.

Najpre se ističe da je teško, gotovo nemoguće dokazati činjenicu da li je pregovarač pristupio pregovorima sa ozbiljnom namerom da zaključi ugovor, budući da se radi o subjektivnoj činjenici, uz mogućnost simulacije namere za zaključenje ugovora. No, primedbe na to shvatanje polaze opravdano od toga da ima i drugih subjektivnih pojmova (uslova odgovornosti) u deliktnom pravu i u pravu kontraktualne odgovornosti (npr. subjektivno shvaćena krivica) koji se „teško" dokazuju, ali niko samo zbog toga ne osporava njihovu institucionalnu zasnovanost.[8] Problem „teškoće u dokazivanju" nije pravne, već faktičke prirode.[9] Postoje različita dokazna sredstva koja su podobna za dokazivanje subjektivnih uslova odgovornosti, kao što je npr. saslušanje stranaka ili učesnika u pregovorima i dr. koje sud ceni po njihovom izvođenju po pravilima o slobodnoj oceni dokaza.

Dilema o deliktnoj i kontraktualnoj prirodi predugovorne odgovornosti ima uticaja i na *teret dokazivanja*, tj. na to ko snosi teret dokazivanja. Prema klasičnim pravilima o građanskopravnoj odgovornosti, kod *deliktne* odgovornosti *teret dokazivanja* postojanja uslova odgovornosti (posebno krivice) pada na *oštećeno lice*, tj. na tužioca za naknadu štete. Za razliku od toga, po toj istoj klasičnoj teoriji, kod ugovorne odgovornosti, ako je dokazana uzročna veza, oborivo se pretpostavlja krivica onog ugovornika koji je prekršio pravila ugovora, i to za svu štetu koja je nastala povredom ugovora. Teret dokazivanja kod deliktne štete, suprotno od zakonske prezumpcije uslova odgovornosti, tj. u pogledu obaranja prezumpcije, stoji na *štetniku*, tj. tuženom za naknadu štete. Striktno primenjena klasična doktrina o teretu dokazivanja na predugovornu odgovornost, značila bi da u slučaju prihvatanja deliktne prirode predugovorne odgovornosti, teret dokazivanja krivice za neosnovani prekid pregovora trebao da snosi oštećeni, tj. savestan pregovarač. U slučaju pak prihvatanja doktrine o ugovornoj prirodi ove odgovornosti, teret dokazivanja o nedostatku krivice (nesavesnosti) bi snosio štetnik, tj. lice koje je neosnovano odustalo od daljeg vođenja pregovora.

U domaćoj i uporednopravnoj doktrini, kao i sudskoj praksi, gotovo je opšte prihvaćeno stanovište da *pregovarači koji su savesno pristupili pre-*

---

[8] V. *Cigoj,* Stojan, *Komentar obligacijskih razmerij*, tom I, Ljubljana, Uradni list, 1984. str. 133-135. U ovom radu Cigoj, komentarišući član 30. ZOO, smatra da je on neosnovano kritikovan sa argumentacijom da je teško dokazati nameru za zaključenjem ugovora. Pravo ne treba da se bavi pitanjem da je subjektivna namera teško ili lako dokaziva. (*Cigoj*, Kom. 1984, op. cit., str. 138).

[9] V. *Salma*, Obligaciono pravo, op. cit. str. 234. Nepostojanje namere za zaključenjem se može dokazati na osnovu okolnosti slučaja, na primer, utvrđivanjem činjenice neozbiljnog ponašanja pregovarača. Ibid, str. 235.

govorima mogu u bilo kom momentu, u bilo kojoj fazi pregovora slobodno da *odustanu, bez ikakvih pravnih posledica*. Tada svaka strana snosi troškove pregovora. To nalaže *sloboda ugovaranja* koja se proteže i na fazu zaključenja ugovora. Sloboda ugovaranja znači slobodu zaključivanja i slobodu nezaključivanja ugovora, tj. slobodu odustanka od započetih pregovora.[10] Međutim, u kontekstu te slobode različito se tumači pojam „*neosnovanog odustanka*" od daljeg vođenja pregovora. Budući da sloboda ugovaranja znači slobodan izbor partnera, vrste, predmeta, forme i sadržine ugovora, ona se ne može zamisliti bez protezanja ove slobode i na fazu postupka zaključenja, tj. bez mogućnosti slobodnog odustanka. Ipak, od trenutka upuštanja u pregovore pregovarači ulaze, po osnovu zakona, u tzv. *predugovorni pravni odnos* sa uzajamnim pravima i obavezama. Ima i stanovišta prema kojem sadržinu tih obaveza određuje opšte načelo o savesnosti i poštenja, te se pregovori moraju voditi *obzirno*, uz uvažavanje na zakonu zasnovanih prava i interesa druge strane. Nekada, naime, upuštanje u pregovore podrazumeva ozbiljne pripreme, prikupljanje potrebnih informacija o tržištu ponuđene robe, o njenim tehničko-tehnološkim svojstvima itd., koje mogu izazivati opravdane i visoke *troškove*. S tim je u vezi obaveza davanja potrebnih i tačnih *uzajamnih informacija* vezanih za sadržinu ugovora, npr. o svojstvima, karakteristikama proizvoda, o načinu upotrebe itd., posebno u *potrošačkom pravu*. Tačne informacije utiču na odluku pregovarača u pogledu nastavka ili prestanka pregovora.

Većina nemačkih i francuskih teoretičara zastupa stanovište da je odgovornost za pregovore zasnovana na *krivici*, tj. da je ona *subjektivna*. Ali ima i stanovišta koja zastupaju gledište da je ova odgovornost nezavisna od krivice, zasnovana na uzročnosti, tj. *objektivna* (Windscheid). Postoji i shvatanje da je ova odgovornost u načelu subjektivna, ali situaciono, kada je šteta nastupila usled dejstva opasne stvari ili delatnosti, može biti i objektivna. U literaturi se u prilog tome navode dva slučaja iz prakse. Prvi je, kada je tepih u prodavnici, smešten visoko na polici (stvar opasna po položaju) pao i povredio potencijalnog kupca, i drugi, kada je potencijalni kupac u prodavnici zbog klizavih stepenica (stvar opasna po svojoj prirodi), pao i slomio nogu.[11] To su slučajevi u kojima je do odgo-

[10] V. Filippo *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, 2. erweiterte Auflage, Springer, Wien, New York, 2003, Kapitel 11. Schutzpflichten und Schadenersatz (Das deutsche Recht: Positive Vertragsverletzung und Culpa in contrahendo, str. 513-522.; Die österreichische und schweizerische Rechtsprechung, str. 522-530; Das französische Recht: „obligations de sécurité" und „garde du sol", str. 530-534; die italienische Rechtsprechung, str. 534-537; Europäischer Rechtsvergleich, str. 537-538).

[11] V. u tom smislu: Hans *Prütting*, Gerhard *Wegen*, Gerd *Weinreich*, BGB Kommentar, 2. Auflage, Luchterhand, München, 2007, str. 517; Hein *Kötz*, Gerhard *Wagner*, De-

vornosti došlo zbog povrede dužne pažnje (Sorgfaltspflichten), povodom objekata prodavnice, ali se prodavnica nije mogla ekskulpirati pozivom na to da je preduzela sve neophodne radnje da do štete ne dođe.

Odgovornost za culpa in contrahendo se pojavljuje ne samo povodom uzajamnih obaveza strana koje su stupile u pregovore već i povodom zaljučenog ugovora. Radi se o odgovornosti za ugovornu obavezu gde je jedna strana preuzela *obavezu izbora* (culpa in eligendo).[12] Radi se npr. o izboru podizvođača kod ugovora o građenju. Tada glavni izvođač građevinske izgradnje odgovara za postupke izabranog, pošto je glavni izvođač dužan da izvrši izbor na savestan, odnosno profesionalan način.

U pogledu korisnosti, odnosno potrebe za *bliže zakonsko regulisanje* predugovorne odgovornosti preko opšteg načela savesnosti i poštenja, u uporednoj literaturi postoje dva osnovna stava. Po prvom, smatra se da pored opšteg načela savesnosti i poštenja koje važi za sve faze nastanka, trajanja i prestanka obligacija, pa tako i za pregovore, *nema potrebe* za bližim pravnim *uređenjem*.[13] Ono bi kočilo evoluciju, odn. aplikaciju prava u ovom domenu. Drugi smatraju da je *korisno bliže*, od opšteg načela o savesnosti neposrednije *uređenje* ovog pravnog instituta, jer se na taj način precizno određuju granice slobode ugovaranja u fazi pregovora. Zavisno od metoda zakonskog regulisanja, u postupku tumačenja prava, praksa koja je bila zasnovana samo na opštem normativnom rešenju, tj. na načelu savesnosti i poštenja, je dovela do šireg shvatanja predugovornih dužnosti, što je imalo za posledicu „kočenje" slobode ugovaranja. Naime, s jedne strane, zbog rizika odgovornosti za štetu usled eventualnog docnijeg odustanka od pregovora, pregovarači bi se „libili" ulaska u pregovore. S druge strane, bliže uređenje ima tu prednost što unosi sigurnost

liktsrecht, Luch-terhand, München, 2006, str. 120, tač. 311; OGH – Oberstes Gerichtshof (D) – Vrhovni sud SRN, odluka od 19. maja 1955. godine.

[12] V. npr. Franz *Gschnitzer*, Österreichisches Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2. neub. Auflage von Christoph *Faistenberger*, Heinz *Barta* und Bernhard *Eccher*, Springer Verlag, Wien-New York, 1986, str. 4, 6-10, 56, 36, 201.

[13] Rudolf Velzer (Rudolf Welser), istaknuti austrijski profesor građanskog prava u svojoj raspravi povodom reforme Austrijskog opšteg građanskog zakonika smatra da nema potrebe za bližim zakonskim uređenjem odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora, budući da je i bez nje praksa razvila jasne granice i tipizirala slučajeve ove odgovornosti. V. Rudolf *Welser*, Die Reform des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs, Sonderdruck aus Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Stempfli Verlag AG Bern, 2009, str. 811. Postoje međutim, u Austriji i stanovišta koja smatraju da bi u postupku reforme AOGZ bliže pravno uređenje culpa in contrahendo-a bilo neophodno. V. u tom smislu *Schauer* in: Reformbedarf im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht Allgemeiner Teil, ABGB 2011, S. 58. Vladajuće je ipak stanovište, da nema potrebe za bližim propisima u ovoj oblasti, pošto su opšta pravila o savesnosti bila dovoljan, elastičan okvir praksi primene prava.

u pregovore, u smislu tačnog propisivanja predugovornih dužnosti čija povreda povlači za sobom građanskopravnu odštetnu odgovornost. Samim tim, to rešenje podstiče slobodan ulazak u pregovore, pošto učesnici unapred znaju pravila ponašanja u postupku pregovora. Nedostatak bližeg zakonskog uređenja predugovornih dužnosti je u tome što ono dovodi do striktnog tumačenja, tj., do preuskog shvatanja, tako da koči stvaralački pristup suda, te u neregulisanim slučajevima, iako bi to po pravičnosti bilo opravdano, ne omogućava predugovornu odgovornost.

II
Evolucija u uporednom i evropskom pravu

3. Komparativno pravo. Uprkos brojnim spornim teorijskim pitanjima oko pravnog osnova i obima odgovornosti, kao i o tome što u klasičnim kodifikacijama građanskog prava, osim italijanskog Građanskog zakonika, nema direktnih odredaba o predugovornoj odgovornosti, od vremena zasnivanja Jeringove doktrine ne osporava se institucionalna zasnovanost, neophodnost te vrste odgovornosti.

U **Nemačkoj**, zemlji porekla doktrine o predugovornoj odgovornosti, tj. odgovornosti za nesavesnost u pregovorima razvijena je bogata, nijansirana doktrina o pojmu (i pravnoj prirodi) kao i opsegu ove odgovornosti koja je samo delimično prihvatila, ali i značajno izmenila i dogradila Jeringovu doktrinu.[14]

---

[14] *Dömpke*, Die Grundlagen und Umfang der Haftung für Verhalten bei Vertragshandlungen, 1933; *Huang*, Mao-zong, Umfang des Schadenersatzanspruches bei culpa in contrahendo, Diss., München, 1973; *Küppersbusch*, Die Haftung des Minderjährigen für culpa in contrahendo, Diss., München, 1973; *Leonhard*, Verschulden bei Vertragsabschluss, 1910; *Schaumburg*, Sach-mängelgewährleistung und vorvertragliches Verschulden - § 463 und culpa in contrahendo, 1974; *Schaumburg*, in: Monatsschrift für deutsches Recht, 1975, S. 105; *Steinberg*, Die Haftung für culpa in contrahendo, 1930, S. 64; *Ballerstedt*, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, Archiv für zivilistische Praxis, 151, 501; *Canaris*, Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, Juristenzeitung, 65, 475; *Dölle*, Außergesetzliche Schuldpflichten, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 103, 67; *Erman*, Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, Archiv für zivilistische Praxis, 139, 273; *Frotz*, Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo, in: Festschrift für Gschnitzer, 1969, S. 163; *Larenz*, Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und „sozialer Kontakt“, Monatsschrift für deutsches Recht, 54, 15; *Larenz*, Bemerkungen zur Haftung culpa in contrahendo, Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 397; *Liebs*, „Fahrlässige Täuschung“ und Formularvertrag, Archiv für zivilistische Praxis, 174, 26; *Medicus*, Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, Juristische Schulung, 65, 209; Hans *Stoll*, Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo, Festschrift für von Caemmerer, 1978,

Među brojnim shvatanjima deo doktrine naglašava *pretežno deliktnu* osobinu predugovorne odgovornosti. Naime, po stanovištu novije nemačke literature prezentovane u delu Keca (*Kötz*) i Vagnera (*Wagner*), po pravnoj prirodi se culpa in contrahendo u osnovi može kvalifikovati kao deliktna odgovornost, zbog toga što se ovde radi o povredi *predugovornih zaštitnih obaveza*, te se naknada ostvaruje po pravilima o deliktnoj odgovornosti. Ali, autori ukazuju i na to da na meru predugovorne odgovornosti utiču i elementi koji su slični ugovornoj odgovornosti.[15]

Međutim, kako u starijoj, tako i u novijoj literaturi postoje teorije koje naglasak stavljaju na elemente ugovorne odgovornosti, tj. na to da predugovorna odgovornost ima u osnovi sličnosti sa *ugovornom* odgovornošću.

Među predstavnicima *starije kontraktualne teorije* pažnje je vredno izdvojiti Fikenčerovo (*Fikentscher*) i Larencovo (*Larenz*) gledište. Po Fikenčerovom mišljenju, odnos poverenja između stranaka koje nameravaju da zaključe ugovor obezbeđen deliktnim pravom, zahteva odgovornost sličnu ugovornoj za predugovorne radnje koje su u neposrednoj vezi sa ugovorom koji su stranke želele da zaključe.[16] U pogledu dileme oko primene deliktnih ili ugovornih sankcija ovaj autor predlaže primenu *strožih ugovornih sankcija* i na taj način predugovorna odgovornost nalikuje na ugovornu odgovornost.[17] Ali u pogledu predmeta tužbenog zahteva za naknadu štete Fikenčer odstupa od pravila prave ugovorne odgovornosti, budući da predugovorni pravni odnos nije ugovorne prirode, on nastaje bez obzira na docnije osujećenje pregovora.[18] Ako ne dođe do zaključenja ugovora, duguje se samo interes poverenja (negativni ugovorni interes, šteta poverenja) što na osnovu pravne analogije proističe iz paragrafa 122, 307. i 309. Nemačkog građanskog zakonika. Oštećeni se mora staviti u onaj položaj kakav bi imao kao da se u pregovore uopšte nije upustio. Pozitivni interes se ne može zahtevati. Negativni interes se po osnovu culpa in contrahendo može tražiti neograničeno, bez obzira na interes ispunjenja. Na kraju, autor (ipak) zaključuje, da je predugovorna odgovor-

---

S. 433; Heinrich *Stoll*, Die Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 1923, S. 532; Heinrich *Stoll*, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936; *Thiele*, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, Juristenzeitung, 67, 649. *Frost*, M. „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflichen, Schriften zum bürgerlichen Recht, 63, Berlin, 198.1.

[15] V. Hein *Kötz*, Gerhard *Wagner*, Deliktsrecht, 10. neu bearbeite Auflage, Luchterhand, München, 2006, str. 119. tač. 307.

[16] V. Wolfgang *Fikentscher*, Schuldrecht, 6. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1976, str. 64-65.

[17] V. *Fikentscher*, Schuldrecht, op. cit., str. 66.

[18] V. *Fikentscher*, Schuldrecht, op. cit., str. 67.

nost na ugovornim odštetnopravnim pravilima zasnovana deliktna odgovornost.[19]

I po mišljenju *Larenca*, zasnivanje predugovornih kontakata povlači za sobom *odgovornost sličnu* kao i odgovornost za *povredu ugovornih obaveza*. Činjenica upuštanja pregovarača u pregovore zahteva *povećanu pažnju* i *uzajamnu obzirnost* pregovarača. Povreda ovih obaveza povlači sa sobom odgovornost na isti način kao što je to slučaj kod povrede ugovorne obaveze.[20] Razlog je u tome što pregovarač očekuje lojalno ponašanje druge strane i poštovanje opšteg načela savesnosti i poštenja, bez čega nema normalnog pravnog prometa. Merilo ovih obaveza je *princip savesnosti i poštenja* koji propisuje paragraf 242. Nemačkog građanskog zakonika. Sledstveno tome, upuštanjem u pregovore između učesnika nastaje *poseban pravni odnos* koji, međutim, *ne povlači obavezu ispunjenja* neke prestacije (Leistungspflicht), već obavezu *specijalnih pravila ponašanja* (Verhaltenspflichten), te nosi obeležje *zakonske obligacije*, *bez primarne obaveze* ispunjenja.[21] Takva obaveza služi kao izvor naknade štete i time čini pravnu osnovu *sekundarne* obaveze. [22]

I u *novijoj* nemačkoj literaturi i komentarima Nemačkog građanskog zakonika (*Prütting, Wegen* i *Weinreich*) postoje mišljenja da se culpa in contrahendo vezuje *pretežno za pravila o ugovornoj odgovornosti*, zasnovanoj pre svega na paragrafu 311. reformisanog (2002) Nemačkog građanskog zakonika za koji se smatra da predstavlja *delimično zakonsko uređenje* instituta. Naime, taj paragraf uređuje pravne odnose koji nalikuju pravnim poslovima (Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse). Stav 1. ovog paragrafa predviđa da je za zasnivanje ili za promenu sadržine obligacije putem pravnog posla neophodno zaključenje pravnog posla između učesnika, ukoliko zakonom nije drugačije propisano. Prema stavu 2. obligacija nastaje i putem 1) preduzimanja *pregovora*, 2) *pripreme ugovora* kod koga jedna strana može uticati na prava, pravna dobra i interese druge strane vezane za budući ugovor kome se druga strana nada, zasnovane na odnosu njenog poverenja, 3) putem *sličnih* pravnih poslova.[23] Prema stavu komentatora, radi se samo o delimičnom uređenju culpa in contrahendo (odgovor-

[19] V. *Fikentscher*, Schuldrecht, op. cit., str. 68.

[20] V. Karl *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1979, str. 91.

[21] V. *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, op. cit., str. 92.

[22] Ibidem.

[23] Citat odredaba Nemačkog građanskog zakonika prema Hans *Prütting*, Gerhard *Wegen*, Gerd *Weinreich,* BGB Kommentar, zweite Auflage, Luchterhand, München, 2007, str. 311. V. takođe, BGB, Area, Köln, 2005, str. 79.

nosti za pregovore):[24] 1. zato što propis obuhvata samo određena zaštitna prava uređena paragrafom 241. st. 2. Zakonika koja su u širem smislu vezana za upuštanje u pregovore, ali bez propisivanja pravnih posledica. One se izuzimaju od propisa paragrafa 280. BGB.[25] 2. Propis ne obuhvata regulisanje naknade štete zbog raskida ugovora ili smanjenja protivčinidbe. Time ostaje nejasan odnos prema paragrafu 123. Zakonika.[26] 3. Propis se koristi neodređenim pojmovima, kao što je priprema, usmerenje ka ugovoru, slični pravno-poslovni kontakti. 4. Propis nije obuhvatio konkurentski pravni odnos iz § 311. st. 2. i 3. kao i više specijalno uređenih vrsta uobičajenih ponašanja kod pregovora. Po mišljenju komentatora, ove *neodređenosti*, nedorečenosti su *namerne*. Naime, predugovorna odgovornost, kao opšti pravni institut je oprezno razvijan od strane sudske prakse i literature iz pojedinačnih (kao § 307)[27] pravnih pravila.[28] Zakonodavac je kroz Zakon o modernizaciji obligacionog prava (2002) registrovao *samo postignutu evoluciju instituta ali nije hteo da prekine dalji razvoj*, posebno kod spornih pitanja, te o njima nije hteo da arbitrira, tj. da ih „prelomi" svojom odlukom. Za ovaj razvoj § 311. st. 2. i 3. daje široki okvir.[29]

Autori ukazuju na to da je teorija i praksa izgradila *tri grupacije* slučajeva, delom i podgrupa. Radi se o sledećim osnovnim tipovima slučajeva: 1.

---

[24] V. *Prütting*, Hans, *Wegen*, Gerhard, *Weinreich*, Gerd, BGB Kommentar, zweite Auflage, Luchterhand, München, 2007, str. 527.

[25] Par. 280 Zakonika reguliše Naknadu štete zbog povrede obaveze (Schadenersatz wegen Pflichtverletzung), V. BGB, Area Köln, str. 71.: „(1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat." (Ako je dužnik povredio neku obavezu iz obligacije, poverilac može tražiti naknadu štete koja je iz toga nastala. To pravilo ne važi ako se dužnik ne tereti za povredu obaveze).

[26] Radi se o napadljivosti zbog prevare ili prinude. V. § 123. st. (1) i (2), BGB, Area, Köln, 2005, str. 52.

[27] Tako je to sa pravilom o mogućnosti sudske kontrole sadržine opštih uslova poslovanja (Inhaltskontrolle bei allgemeinen Geschäftsbedingungen, v. § 307 st.1 BGB, npr. in: BGB, Area, Köln, 2005, str. 75.:„Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist." (Odredbe opštih uslova poslovanja su ništave, ako položaj drugog ugovornog partnera protivno savesnosti i poštenja neprimereno otežavaju. Pod neprimerenim otežavanjem se smatra i klauzula koja nije jasna ili je nerazumljiva).

[28] U pogledu § 241. st. 2., § 311. st. 2. i 3. v. noviju nemačku sudsku praksu in: *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, op. cit., str. 516-522.; kao i Christian von *Bahr*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, tom 1, München, 1996, str. 451, 478-479.

[29] V. *Prütting-Wegen-Weinreich*, BGB Kommentar, op. cit., str. 517.

Štete koje mogu da se naknade nezavisno od toga da li je zaključen ugovor, npr. telesna povreda kupca u prostorijama prodavca. 2. Naknada štete zbog toga što nije došlo do nastanka punovažnog ugovora, npr. u pogledu izdataka za zaključenje ili sprovođenje ugovora. 3. Šteta može da se sastoji i u vidu tereta nastalog usled nepovoljnog ugovora, npr. zbog toga što je prodavac zlonamerno dao pogrešan savet u pogledu predmeta ugovora.[30]

Iz izloženog se da zaključiti da je nemačko pravo najpre preko teorije i prakse razvilo tipične slučajeve u kojima se primenjuje predugovorna odgovornost, odgovornost za pregovore, zasnovane na opštoj odredbi o savesnosti i poštenju, čija povreda po nekima dovodi do deliktne, ili kvazideliktne, a po drugima do kvaziugovorne odgovornosti. Reforme Nemačkog građanskog zakonika su pokazale potrebu za delimičnim pravnim uređenjem zasnovanim na dostignutom stepenu evolucije instituta, ali uz oprez, da se razvoj na ovom planu ne zaustavi, tj. da se postojeća sporna pitanja ne prejudiciraju.

Kako smo već u prethodnim opštim razmatranjima povodom pravne prirode odgovornosti za pregovore naveli, pored inicijative za njeno bliže uređenje, u **austrijskoj** nauci[31] u tekućoj fazi reforme Austrijskog opšteg građanskog zakonika, preteže stanovište da je ono nepotrebno, pošto su nauka i sudska praksa imali priliku da na širokoj podlozi opšteg zakonskog pravila o savesnosti, na kreativan način izgrade institut, budući da je on principijelno priznat odn. opšte prihvaćen.[32]

---

[30] V. *Prütting-Wegen-Weinreich*, BGB Kommentar, op. cit., str. 527. Bliže o pojedinim grupama slučajeva, v. Ibidem, str. 527-531.

[31] V. Rudolf *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht, 1970; Rudolf *Welser*, Das Verschulden beim Vertragsschluss im österreichischen bürgerlichen Recht, Österreichische Juristenzeitung, 1973, str. 281; Rudolf *Welser*, Die culpa in contrahendo im österreichischen Recht, Lichtensteinische Juristen-Zeitung, 1984, str. 101; Rudolf *Welser*, Die vorvertraglichen Pflichten in der Rechtsprechung des OGH, Wagner Festschrift, 1987, str. 361; Rudolf *Welser*, Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, 1983, str. 54. Rudolf *Welser*, Die Reform des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetz-buchs, Sonderdruck aus: Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Herausgegeben von: Wolfgang *Wiegand*, Thomas *Koller*, Hans Peter *Walter*, Stempfli Verlag AG, Bern, 2009, str. 810-811; Silvia *Dullinger*, Bürgerliches Recht, Band II: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. aktualisierte Auflage, Springer Wien-New York, 2010, str. 10-11.Ovaj autor smatra da je odgovornost za culpa in contrahendo odgovornost za štetu koja je nastala iz protivpravnog ponašanja (delikta). Navodi da su u pitanju povreda predugovornih obaveza u pogledu davanja informacija (Aufklärungspflichten), povreda poverenja (Vertraunesschaden). Takođe ukazuje na to da predugovorna odgovornost može nastati i zbog povrede zaštitnih obaveza (Schutzpflich-ten), kao i povrede obaveza pokazivanja dužne pažnje (Sorgfaltspflichten). Radi se o pravom zaštićenim vrednostima, kao što je telesni integritet, zdravlje, svojina, i dr. Ukoliko se ovakva šteta pojavljuje tokom pregovora, ona se nadoknađuje po pravilima o deliktnoj odgovornosti. *Dullinger*, op. cit., str.10-11, tač. 25-27.

[32] V. *Welser*, Die Reform des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs, Sonderdruck aus Tradition mit Weitsicht, op. cit., str. 811.

Austrijska teorija i sudska praksa se, tokom izgradnje pravne prirode, odn. obima odgovornosti za pregovore, nije oslanjala samo na povredu opšteg načela o savesnosti (§ 859 ABGB)[33], nego i na obaveze propisane odredbama Zakonika koje se mogu analogno primeniti i na odgovornost za pregovore. Tako, § 874. (koji govori o zlonamernom postupku i o odgovornosti za štete onog koji je drugom takvim ponašanjem prouzrokovao štetu), § 878. (koji govori o zabranjenom, nemogućem ili nepostojećem predmetu); § 859. (koji govori o odgovornosti za personalne i imovinske štete koje su nastale na osnovu povrede zakona ili ugovora); § 1313. (koji govori o odgovornosti za štetu lica koje je preuzelo obavezu, a zadužilo za ispunjenje drugo lice, kada ono, za radnje tog drugog lica odgovara na isti način kao da je obavezu ispunjavalo samostalno, bez učešća pomoćnog lica); § 1313. (koji predviđa odgovornost onoga koji je namerno ustupio obavezu nekompetentnom ili nesavesnom licu,za štetu koja je time prouzrokovana trećem licu). U pitanju su posebni pravni propisi Zakonika za koje su literatura i praksa smatrale da su u vezi sa opštim pravilom o povredi savesnosti, te se imaju analogno primeniti na predugovornu odgovornost.[34]

Principijelno gledano, tematski merodavna austrijska doktrina i praksa smatra da je osnov odgovornosti za štete prouzrokovane nesavesnim učešćem u pregovorima deliktne prirode, uz nužne modifikacije, putem primene pravila o ugovornoj odgovornosti. Pri tome se obim odgovornosti svodi samo na negativni ugovorni interes, i samo se izuzetno proteže i na naknadu pozitivnog ugovornog interesa.[35]

Francusko pravo u osnovnom konceptu, polazeći od Jeringove doktrine priznaje potrebu za odgovornošću za pregovore.[36] U doktrini Že-

---

[33] Upor. *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, tom. II: *Welser*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 13. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007, str. 16. Upor. i sudsku praksu na koju se autor poziva, Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen, br. 51/111; Juristische Blätter, 1979, str. 654.

[34] V. npr., Kodex des österreichischen Rechts, Herausgeber Werner *Doralt*, Bürgerliches Recht, 2009/10, 37. Auflage, Stand 1. Oktober 2009, LexisNexis, Wien, ABGB, str. 98.

[35] V. *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, Bd. II: *Welser*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 13. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007, str. 19.

[36] V. Raymond *Salleiles*, La responsabilité précontractuelle, - à propos d´une étude nouvelle sur la matière. – Revue trimestrielle de droit civil, 1907; str. 697-751; H. et L. *Mazeaud*, Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle, 4e éd., Paris 1957, str. 127-145; *Roubier*, Responsabilité précontractuelle, thèse, Lyon, 1911; Jean *Carbonnier,* Droit civil, Les obligations, Presses Universitaires de France, Paris, 1957, str. 341 tač. 100. Po Karbonijeru još je Jering kvalifikovao culpa in contrahendo kao predugovornu odgovornost (*Carbonnier*, op. cit., str. 341). Ali istovremeno ukazuje i na to da je

sten (*Ghestin*) ukazuje na korelaciju između pregovora i ugovora. Ugovor obe strane obavezuje na ispunjenje onoga na šta su se obavezale, s jedne, dok kod pregovora o obavezi ispunjenja nema ni reči, kao ni o tome da su stranke obavezne na nastavak pregovora, s druge strane.[37]

Pozitivnopravni osnov predugovorne odgovornosti francuska doktrina vidi u čl. 1382. Francuskog građanskog zakonika koji sadrži opšte pravilo o građanskopravnoj odgovornosti za svu štetu koja je prouzrokovana namerno, protivpravnim ponašanjem.[38] Po francuskoj doktrini, priroda predugovorne odgovornosti je *deliktna*, budući da se radi o povredi zakonske, a ne ugovorne obaveze.[39]

Italijansko pravo je jedno od retkih evropskih prava, koje je u svetlu opšteg načela o savesnosti i poštenjeu, neposredno, bar delimično uredilo predugovornu odgovornost. Naime, Italijanski građanski zakonik[40] u čl. 1337. izričito uređuje predugovornu odgovornost. Određuje da su strane u pregovorima kao i pri zaključenju ugovora obavezne da se ponašaju u skladu sa načelom savesnosti i poštenja. U čl. 1175. Zakonika je izričito propisano da su dužnik i poverilac obavezni da se ponašaju u skladu sa načelom o uzajamnoj korektnosti.[41]

Jering zagovarao primenu pravila o ugovornoj odgovornosti, pošto se kod nesavesnih pregovora radi o nelojalnom ponašanju povodom stvaranja ugovora, tako da je došao do zaključka o kvazi-kontraktualnom karakteru ove vrste odgovornosti. Od tog shvatanja nije dalek korak prelaska na stanovište da se radi o povredi legalne obligacije, obaveze lojalnog ponašanja, čija povreda dovodi do deliktne odgovornosti. (*Carbonier*, op. cit., str. 341 in fine).

[37] V. Jacques *Ghestin*, Le contrat, Formation, Paris, 1998, str. 250, t. 227.; ibidem, Cour de cassation, primedba br. 5. O Žestenovom stanovištu v. bliže Miodrag *Orlić*, Zaključenje ugovora, Pravni značaj pregovora, Beograd, Institut za uporedno pravo, 1993, str. 19.

[38] V. § 1382. Fransuckog građanskog zakonika: „Tout fait quelconque de l´homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer". To je opšte pravilo ovog zakonika koji kazuje da onaj koji je drugome svojom krivicom prouzrokuje štetu, dužan je da je nadoknadi. (V. Code civil 102e édition, Dalloz, Paris 2003, str. 1175.). Predugovornu odgovornost francuska sudska praksa (Cour de cassation) vezuje za ovu opštu odredbu, v. npr., Paris 8. juil. 1972; JCP 1973. II. 1759, note Leloup; Civ. premier, 14 juin 2000: Contrats Conc. Consom. 2000, Numero 157., etc.

[39] V. René *Savatier*, Traité de la responsabilité civile, en droit Francaise – Civil, administrative, professionnel, procédural, Preface de Georges Ripert, Tome premier: Les sources de la Responsabilité Civil, Deuxième édition, Paris, R. Pichon et R. Durand-Ausias, 1951, str. 145. t. 115.

[40] V. Tekst i komentar Italijanskog građanskog zakonika, npr. in: Paolo *Cendon*, Augusto *Baldassari*, Codice civile annotato con la giurisprudenza, Wolters Kluwer Italia, 2007; v. nadalje, *Angelici*, C., Responsabilità precontrattuale e protezione dei terzi in una recente sentenza del Bundesgerichtshof, in: Rivista del Diritto commerciale del Diritto Generale delle obbligazioni, 1977, I, str. 23.

[41] Upor. Mladen *Draškić*, Zaključivanje ugovora o kupoprodaji, Institut za uporedno pravo, Beograd 1972, str. 10-11.

Švajcarsko pravo (više puta revidirani Zakon o obligacijama od 1911. godine) ne sadrži direktnu i bližu odredbu o predugovornoj odgovornosti, ali su se teorija i sudska praksa, zasnovane na opštem načelu o savesnosti, pobrinule o aplikaciji ovog zakonskog pravila na prava i dužnosti stranaka u postupku pregovora.

U švajcarskoj doktrini jedan deo literature (*Rabel*, von *Thur*, *Becker* i *Herz*) stoji na stanovištu o *kvazikontrakualnoj* prirodi predugovorne odgovornosti pri čemu se odražava uticaj nemačke doktrine. Za razliku od toga, postoje i francuski orijentisani autori (*Piotet*) koji su zagovornici *deliktnog* karaktera predugovorne odgovornosti. Po toj teoriji doktrina o pravnoj prirodi mora biti usklađena sa pravnom logikom, te u tom smislu treba imati u vidu da kod odgovornosti za pregovore ne može biti reči o ugovornoj odgovornosti, jer zbog prekida pregovora do zaključenja ugovora uopšte nije ni došlo.[42]

Dilema o pravnoj prirodi predugovorne odgovornosti se pojavljuje i u *praksi Vrhovnog suda Švajcarske*. Postoje tri shvatanja. 1. Po prvom shvatanju radi se o odgovornosti *deliktne* prirode. [43] 2. Drugo stanovište smatra da se radi o *kvaziugornoj* odgovornosti, tj. da se naknada štete ima odmeriti prema načelima o ugovornoj odgovornosti.[44] 3. Po trećem stanovištu, sud treba da odluči o osnovu odgovornosti *od slučaja do slučaja*, te u zavisnosti od toga da li pretežu elementi jedne ili druge vrste odgovornosti, primeni ili pravila o deliktnoj ili pravila o ugovornoj odgovornosti.[45]

Po stanovištu *novije literature* upuštanje u pregovore obavezuje strane na uzajamno ponašanje koje je u skladu sa *načelom savesnosti i poštenja*, što između ostalog znači saopštenje *informacija* drugom pregovaraču u pogledu važnih činjenica, u meri uobičajenoj u pravnom prometu.[46] Ukoliko dođe do *povrede* ove obaveze (culpa in contrahendo), nastaje *zahtev za naknadu štete* koji se može podneti povodom docnijeg *nastanka ugovora*, vezano za njegovo krivicom uslovljeno *neizvršenje*, ili samostalno, od toga (nastanka ili nenastanka ugovora) *nezavisno*.[47]

---

[42] V. Paul *Piotet*, Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Stämpfli, Bern, 1963, str. 33-34.

[43] V, Savezni Vrhovni sud Švajcarske, BGE – Bundesgerichtsentscheid, amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne) 80 II 38, povodom čl. 41 st. 2 Zakona o obligacijama Švajcarske.

[44] V. BGE 68 II 303; 90 II 449 E.6.

[45] V. Theo *Guhl*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Bearbeitet von Alfred *Koller*, Anton K. *Schnyder*, Jean Nicolas *Druey*, Schulthess Zürich, 2000, str. 104.

[46] V. *Guhl*, Das Schweizerische Obligationenrecht, op. cit., str. 104 t. 1. U tom smislu i Savezni Vrhovni sud, BGE 105 II 79; 108 II 313.

[47] V. *Guhl*, Das Schweizerische Obligationenrecht, op. cit., str. 104. t. 1.

Prekid pregovora po sebi *ne stvara odgovornost* za culpa in contrahendo; ali u pojedinačnim slučajevima ipak mogu nastati *kvalifikovane okolnosti*, koje *opravdavaju* ovakvu *odgovornost*.[48]

Važeći **Mađarski građanski zakonik**[49] ne sadrži direktne odredbe o culpa in contrahendo.[50] Mađarska teorija o predugovornoj odgovornosti (*Bíró* György) stoji na stanovištu da je po sredi deliktna odgovornost, zbog povrede opštih zakonskih pravila o savesnosti i dužnosti saradnje pregovarača, kao i povrede pravila o davanju potrebnih informacija u vezi ugovora čije se zaključenje predlaže. Odgovornost za culpa in contrahendo je zasnovana na § 4. st. 1. Mađarskog građanskog zakonika koji propisuje da su učesnici u građanskopravnim odnosima prilikom ostvarivanja prava i obaveza dužni da se pridržavaju *načela savesnosti i poštenja* i da postupaju u skladu sa *dužnostima saradnje*.[51] Savesnost i saradnja kao dužnosti su operacionalizovane u par. 205. Zakonika koji propisuje da je strana prilikom zaključenja ugovora dužna da *poštuje prava i interese druge strane*.[52] Ista odredba obavezuje strane da prilikom zaključenja ugovora imaju uzajamnu obavezu da daju *informacije* o bitnim okolnostima od značaja za ugovor koji se zaključuje.[53]

Predlog građanskog zakonika iz 2006. godine (A Polgári Törvénykönyv koncepciója és tematikája)[54] odstupa od važećeg rešenja Zakonika u tom smislu

---

[48] V. BGE 105 II 79.

[49] V. npr. *Polgári Törvénykönyv*, Kiegészítve a vonatkozó kollégiumi állásfoglalásokkal és jogegységi határozatokkal [Građanski zakonik upotpunjen stavovima Vrhovnog suda], Novissima Kiadó, Budapest, 2007, § 4 st. 1, str. 3.

[50] V. npr. *Benedek* Károly, *Besenyei* Lajos, *Domé* Györgyné, *Gellért* György, *Harmathy* Attila, *Kemenes* Béla, *Petrik* Ferenc, *Sárközy* Tamás, *Sőth* Lászlóné, *Szilágyi* Dénes,*Vékás* Lajos, *Zoltán* Ödön, A Polgári Törvénykönyv magyarázata (Komentar MGZ), I-II. kötet, KJK, Budapest, 2002, tom. I. str. 700 (Obaveza saradnje pregovarača, paragraf 205. MGZ), sudksa praksa VS Mađarske, str. 701-703., posebno, obaveze davanja informacija od strane Osiguravajućeg društva potencijalnom osiguraniku pre zaključenja ugovora, str. 701); *Biró*, György, A kötelmi jog és a szerződéstan közös szabályai (Zajednika pravila obligacionog i ugovornog prava), Novotni Kiadó, Miskolc, 2004, str. 319. Po mišljenju ovog autora pregovarač koji ne zakonsku ispoštuje dužnost saradnje u pregovorima odgovara po pravilima o deliktnoj odgovornosti i za pozitivni ugovorni interes, što je sporno. V., *Szalma* József, Szerződésen kívüli (deliktuális) felelősség – az európai és a magyar magánjogban [Vanugovorna (deliktna) odgovornost u evropskom i mađarskom pravu], Budapest (Bibliotheca Iuridica, ELTE ÁJK – Pravni fakultet Univerziteta Eötvös Lóránd u Budimpešti) – Miskolc (Bíbor Kiadó), 2008, str. 42-43.

[51] MGZ § 4 st. 1.

[52] V § 205 st. 3 MGZ.

[53] V. Atila *Dudaš*, Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora, Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2007, str. 372.

[54] Siehe Entscheidung der ungarischen Regierung 1003/2003 vom 25. Januar 2003, Gesetzblatt Ungarns Nr. 8/2003.

što odgovornost za povredu savesnosti i uzajamne saradnje u pregovorima predviđa kao *samostalan izvor obligacije*.[55] Odstupa i u tome što direktno uređuje predugovornu odgovornost, predviđajući da su strane dužne da vode računa o pravima i interesima drugog učesnika u pregovorima, a kao i da su dužne jedna drugoj davati potrebne informacije povodom ugovora koji će se zaključiti.

U novom *ekspertnom Predlogu građanskog zakonika*, objavljenom u redakciji akademika Lajoša Vekaša (*Vékás* Lajos) 2008. godine pravila o predugovornoj odgovornosti su sadržana u § 5:34 st. 1-3. U st. 1. se predviđa da su u vreme vođenja *pregovora*, zaključenja ugovora kao i po nastanku ugovora strane pri vršenju prava i obaveza dužne da *sarađuju*. U okvirima obavezne saradnje su posebno obavezne na uzajamno *informisanje* povodom bitnih okolnosti vezanih za ugovor koji se zaključuje. Po stavu 2. kad je *ugovor nastao*, strana koja je povredila svoje obaveze tokom pregovora iz st. 1, dužna je da drugoj strani nadoknadi iz toga proisteklu štetu prema opštim *pravilima o ugovornoj odgovornosti* (odgovornosti za povredu ugovora). Po st. 3., ako do *nastanka ugovora nije došlo*, strana koja je tokom pregovora povredila svoje obaveze iz st. 1 obavezna je da drugoj ugovornoj strani naknadi *svu* nastalu *štetu*, prema opštim pravilima o *deliktnoj* odgovornosti. Ova obaveza nastaje samo u meri u kojoj oštećeni dokaže, da je šteta bila u vremenu povrede obaveze *predvidljiva* kao moguća posledica povrede obaveze na saradnju.[56]

Novi Mađarski građanski zakonik od 9. novembra 2009. godine, čije je stupanje na snagu odloženo, takođe sadrži bliže odredbe o predugovornoj odgovornosti. Zakonik u § 5:31 st. 1-3 sadrži gotovo identične odredbe kao i ekspertni predlog iz 2008. godine. Novinu čini odredba prema kojoj obaveza pregovarača na davanje uzajamnih *informacija* o ugovoru može biti bliže uređena u *posebnom zakonu*.[57]

Ova evolucija mađarskog prava pokazuje da je različita priroda predugovorne odgovornosti u zavisnosti od toga da li je ugovor nastao ili nije. Ako su pregovori prekinuti, nesavesni pregovarač odgovara po opštim pravilima o deliktnoj odgovornosti, ako je ugovor ipak nastao, nesavesni pregovarač odgovara drugoj savesnoj strani za štetu po opštim pravilima o ugovornoj odgovornosti.

---

[55] Ovo stanovište potiče od Jeringa. V. o tome *Szalma*, Szerződésen kívüli (deliktuális) felelősség az európai és a magyar magánjogban, op. cit., str. 42-43.

[56] V. *Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez* [Ekspertni Predlog novog Mađarskog građanskog zakonika], Szerkesztő [Urednik] *Vékás* Lajos, Complex Wolters Kluwer csoport, Budapest, 2008, str. 755.

[57] V. Új Polgári Törvénykönyv (2009. évi CCXX. törvény a Polgári Törvénykönyvről), [CCXX. Zakon o novom Građanskom zakoniku od 9. novembra 2009. g.], ÁRBOC Kft., Budapest, 2009. str. 74.V. i: Az új Polgári Törvénykönyv, Complex Wolters Kluwer csoport, Budapest, 2009.

4. Evropsko pravo. Na evropskom kontinentalnom tlu nastala su dva projekta koji bi se mogli kvalifikovati kao modeli zakoni ugovornog prava, prvi se odnosi na Načela (građanskog) ugovornog prava (tzv. *Lando*-projekat) i Načela međunarodnog trgovačkog ugovornog prava (Projekat UNIDROIT-a). Za nas su oba od značaja, pošto za predugovornu odgovornost sadrže, bar u koncepciji, gotovo identična pravila kao što su pravila usvojena u važećem čl. 30 ZOO RS. Relativna podudarnost po nama dolazi otuda, što su sva tri propisa pošla od identičnog iskustva, švajcarske doktrine i prakse.

Načela evropskog ugovornog prava (PECL)[58] sankcije za nesavesno vođenje pregovora uređuju u trećem delu glave 2, u članovima 2:301 i 2:302. Prvi od ovih članova uređuje *pregovore koji su u protivnosti sa načelom savesnosti i poštenja*, a drugi *obavezu čuvanja poverljivih informacija* koje su strane tokom pregovora saznale. Nadalje, slede veoma slične odredbe kao što su pravila ZOO RS iz čl. 30. Po njima *pregovori ne obavezuju*, strane su tokom pregovora *slobodne*, te za *odustanak* od njih *ne odgovaraju*.[59] Ali strana koja je pregovore vodila *protivno* načelu *savesnosti* i poštenja, *dužna je da naknadi štetu* drugoj strani koja je nastala iz nesavesnog vođenja pregovora.[60] Po PECL-u pod nesavesnim vođenjem pregovora naročito se smatra kada je jedna strana započela ili nastavila pregovore *bez stvarne namere da zaključi ugovor*.[61]

UNIDROIT Načela o međunarodnim trgovinskim ugovorima sadrže kodifikovana pravila *lex mercatoria* koja se po pravilima o izboru materijalnog prava primenjuju u međunarodnim trgovinskim ugovorima. Prva verzija je objavljena 1994. godine, a druga 2004.[62] Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora uređuje u članovima 2.1.15. i 2.1.16, koji su po sadržini gotovo identični sa odredbama PECL-a.[63] Strana koja je nesave-

---

[58] *Principles of European Contract Law*, Edited by Ole *Lando* and Hugh *Beale*, Kluwer Law International, The Hague, Part I and II, 2000, Part III, 2003 (PECL).Francuski tekst: Les principes du droit européen du contrat, Tallon, Paris, 1997. Nemački tekst: Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, Bar-Zimmermann, München, 2002.

[59] Čl. 2:301 st. 1. PECL: „A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement".

[60] Čl. 2:301 st. 2. PECL: „However, a party who has negotiated or broken off negotiation contrary to good faith and fair dealing is liable for the loss caused to the other party".

[61] Čl. 2:301 st. 3. PECL: „It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or to continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party".

[62] Tekst UNIDROIT Načela je dostupan na internet adresi organizacije http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm.

[63] V. čl. 2.1.15 st. 1. UNIDROIT Načela: „A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement".

sno vodila pregovore ili ih je nesavesno prekinula, odgovara za štetu koju je ovim drugoj strani prouzrokovala.[64] Posebno se smatra nesavesnim ponašanjem kada je jedna strana pregovore započela ili vodila bez namere za zaključenjem ugovora.[65] Jedina razlika između regulative PECL-a i UNIDROIT Načela pokazuje se u tome što PECL odgovornost za culpa in contrahendo vezuje za standard savesnosti i poštenja, u pozitivnoj formulaciji, dok principi UNIDROIT-a koriste sintagmu „nesavesnog pregovaranja" tj. u negativnoj formulaciji.[66] Literatura ukazuje na praktične posledice ovih različitih formulacija. Po njoj, naime, PECL naglašava i subjektivnu i objektivnu komponentu, a UNIDROIT samo subjektivnu komponentu pojma nesavesnosti (negotiations in bad faith).[67] To je verovatno opravdano, pošto se kod pripreme trgovinskih ugovora očekuje visoka profesionalnost, te se nesavesnim smatra pregovarač koji je imao očigledno fraudolozni pristup, tako da je pregovore vodio bez profesionalne pravno-poslovne namere.

III
Evolucija culpa in contrahendo u pravu Republike Srbije

1. Osnovne tendencije. Evolucija je u pravu RS tekla od potpune *negacije instituta* predugovorne odgovornosti kako u teoriji[68] tako i u sudskoj praksi[69], do potpunog *prihvatanja* i primene (počev od 70-ih go-

[64] V. čl. 2.1.15 st. 2. UNIDROIT Načela: „However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the looses caused to the other party".

[65] V. čl. 2.1.15 st. 3. UNIDROIT Načela: „It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party".

[66] V. *Dudaš*, Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora, op. cit., str. 381.

[67] V. *Dudaš*, Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora, op. cit., str. 382.

[68] V. Želimir *Šmalcelj*, Nepažnja u pregovorima za sklapanje ugovora (culpa in contrahendo), Naša zakonitost, Zagreb, 8/1985, str. 899. Šmalcelj je smatrao da je potpuno neosnovano očekivati da neko ulazi u pregovore bez namere za zaključenjem ugovora, otuda je sporno da se ovaj institut uvede. Bilo je međutim, i shvatanja koja su zastupala stanovište o potpunom odbacivanju instituta: Vrleta *Krulj*, Ugovorna i vanugovorna (deliktna) odgovornost, Referat na simpozijumu o građanskopravnoj odgovornosti, Beograd, 1965; v. kritiku: Mladen *Draškić*, Zaključenje ugovora o kupoprodaji, Beograd, 1972, str. 21. Drugi smatraju da je institut potreban. Mihajlo *Konstantinović*, Obligaciono pravo (prema beleškama sa predavanja), Beograd, Pravni fakultet u Beogradu, 1957, str. 27; Stevan *Jakšić*, Obligaciono pravo, 4. izdanje, Sarajevo, 1962, str. 108; Mihajlo *Vuković*, Obvezno pravo, Knjiga II, Zagreb, 1964, str. 104-105; Jurij *Štempihar*, Civilno pravo, Osnutek splošnega dela obveznosti, Ljubljana, 1952, str. 36.

[69] Presuda Saveznog vrhovnog suda Rev. 1489/61 od 10. oktobra 1961. godine kojom je potvrđena presuda Vrhovnog suda NR Srbije Gž 708/61 od 8. marta 1961. godine i presuda Okružnog suda u Vranju P.195/60 od 11. januara 1961. godine; Presuda Vrhovnog privrednog suda 24/72 od 18. oktobra 1972. godine, Zbirka sudskih odluka, knjiga

dina prošlog veka), čemu je neosporan, odlučan doprinos dao prof. Mihailo *Konstantinović*, tvorac Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima (1969),[70] podloge nekadašnjeg saveznog Zakona o obligacionim odnosima (1978) koji se pokazao kao u osnovi trajan zakon, svakako, i u pogledu rešenja culpa in contrahendo (čl. 30 ZOO). Ipak, reforme su se pokazale neophodnim, u postupku pravne harmonizacije, te je s razlogom doneta odluka o reviziji, tako da je Prednacrt novog zakona o obligacionim odnosima iz 2009. godine uneo neke novine u vezi sa ovom vrstom odgovornosti, posebno oko odgovornosti za zabranu zloupotrebe razmenjenih informacija između pregovarača.

2. Evolucija u zakonodavstvu. (1) Rešenje Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima. Skica pod naslovom „Značaj pregovora" u čl. 6 st. 1-3 reguliše predugovornu odgovornost, ali ne prejudicira njenu pravnu prirodu, već je određuje na pragmatičan način: 1. Pregovori i pogađanja koji prethode zaključenju ugovora ne obavezuju i svaka ih strana može prekinuti kad hoće. 2. Ali odgovara za štetu nastalu zbog pregovora onaj koji je vodio pregovore bez namere da zaključi ugovor. 3. Odgovara za prouzrokovanu štetu i onaj koji je vodio pregovore u nameri da zaključi ugovor pa pošto je svojim držanjem naveo drugu stranu na gubitke, odustao od te namere bez osnovanog razloga.[71] Skica je i na danas branjljiv način konstatovala u t. 1 princip nevezanosti i slobodu odustanka od pregovora. U t. 2. i 3. se ustanovljava odgovornost samo za slučaj učešća u pregovorima bez namere za zaključenjem ugovora. Čini se da je opšteprihvaćeni razlog odgovornosti, pojam nesavesnosti time sužen na nedostatak animus contrahendi, mada je kulpozno pregovaranje u tadašnjem i sadašnjem uporednom pravu shvaćeno od toga unekoliko šire. Tako je, na primer, u nemačkom pravu, kako smo ukazali u uporednopravnim izlaganjima, zastupljeno stanovište da se nesavesnim pregovaranjem smatra i povreda preugovornih dužnosti (uzajamnih interesa pregovarača, obaveze davanja potrebnih informacija vezanih za ugovor, povreda tzv. zaštitnih prava itd.). To suženo područje primene se zadržalo i nekadašnjem saveznom ZOO, kao i u važećem ZOO Republike Srbije. **(2) ZOO Republike Srbije.** Osnovna koncepcija odredbe čl. 30 ZOO Republike Srbije je u

---

XVII, sveska 4, odluka br. 591; Rešenje Vrhovnog suda Jugoslavije Rev.2323/65 od 9. novembra 1965., Zbirka sudskih odluka, Knjiga X sveska 3, odluka br. 286, str. 24; Odluka Vrhovnog suda Srbije Gž 144/82, Zbirka sudskih odluka iz oblasti građanskog prava 1973-1986, str. 278-279, odluka br. 1439, kao i odluka br. 1438.

[70] V. Mihajlo *Konstantinović*, Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1969, čl. 6, str. 16.

[71] V. *Konstantinović*, Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, op. cit., str. 16.

osnovi istovetna sa konepcijom Skice, odnosno ostaje kod rešenja nekadašnjeg saveznog ZOO, uz male modifikacije stila u celini kao i u st.1, izostavljanjem reči „pogađanja", kao i dodavanjem st. 4 u vezi sa obimom odgovornosti, vezano za troškove savesnog pregovarača: „1. Pregovori koji prethode zaključenju ugovora *ne obavezuju* i svaka ih strana može prekinuti kad god hoće. 2. Ali strana koja je vodila pregovore *bez namere* da zaključi ugovor odgovara za *štetu nastalu vođenjem pregovora*. 3. Odgovara za štetu i strana koja je vodila pregovore u nameri da zaključi ugovor, pa *odustane* od te namere *bez osnovanog razloga* i time drugoj strani prouzrokuje štetu. 4. Ako se drukčije ne sporazumeju, svaka strana snosi *svoje troškove oko priprema i zaključenja* ugovora, a *zajedničke* troškove snose na *jednake delove*."[72] Promenjen je i naslov člana, izostavljanjem reči „značaj" i redukovanjem na izraz „Pregovori". Time se verovatno htelo ukazati na pravnu, a ne na sociološku institucionalizaciju. Kao i u tekstu Skice, važeći Zakon u st. 2 određuje obim odgovornosti, na redukovan način, i svodi je samo na štetu izazvanu nesavesnim postupkom pregovarača, što znači, samo na štetu negativnog interesa, a ne obuhvata i štetu neizvršenja nadanog, ponuđenog ugovora. **(3) Prednacrt novog zakona o obligacionim odnosima iz 2009. godine**. Prednacrt je u čl. 23. (povezano sa važećim čl. 30. ZOO) u celini preuzeo važeće odredbe Zakona od st. 1. do st. 4. Međutim, kao alternative, predložena su dva nova stava. Oni se odnose na sankcionisanje odavanja poverljivih informacija datih drugoj strani tokom pregovora i na dužnost da se one ne prenose trećim licima, jer u protivnom nastaje odgovornost za štetu koja obuhvata čak i izgubljenu dobit.[73] Može se staviti primedba da u pogledu dužnosti obaveštavanja u pregovorima, i odgovornosti u vezi s tim, predložene dopune Prednacrta, u odnosu na u uporednom pravu uobičajeni obim odgovornosti, sužavaju domen odgovornosti za obaveštavanje u pregovorima. Svakako, treba prihvatiti stanovište da je saopštenje poslovne tajne, spoznate u pregovorima, prenete trećem licu, akt nelojalnog ponašanja. Međutim, dužnosti obaveštavanja se ne svode samo na to. One se odnose pre svega na to da su pregovarači, u skladu sa načelom savesnosti i poštenja, dužni da saopšte sve što je u bitnoj vezi sa ugovorom. To je važno zbog toga što pomaže strani da donese odluku o nastavku ili prestanku vođenja

[72] V. npr., Zakon o obligacionim odnosima, priredio Radomir Đurović, Savremena administracija, Beograd, 2003, str.9.

[73] V. *Vlada Republike Srbije*, *Komisija za izradu građanskog zakonika*, Prednacrt, Građanski zakonik Republike Srbije, druga knjiga, Obligacioni odnosi, knjiga druga, Beograd, 2009, Generalni sekretarijat Vlade, Tehnički sekretar Đina Lukić-*Živković*. V. čl. 23 str. 16 ove publikacije.

pregovora. Dužnost obaveštavanja se pre svega ne odnosi na poslovnu tajnu, već samo na to da su pregovarači uzajamno obavešteni o bitnim svojstvima, karakteristikama ugovora i o uzajamnim pravima i obavezama. **(4) Stav zemalja biv. članica nekadašnje Jugoslavije.** U pogledu predugovorne odgovornosti postoje različita rešenja u ovim zemljama. Može se konstatovati da ZOO *Slovenije*[74] i *Makedonije,*[75] uglavnom ostaju kod rešenja bivšeg saveznog ZOO, dok novi ZOO Republike *Hrvatske* odustaje od toga, polazeći od afirmacije opšteg načela o savesnosti, primenjenog na pregovore.[76] Hrvatski ZOO ne odstupa od rešenja nekadašnjeg saveznog ZOO da pregovori u principu ne obavezuju učesnike[77], niti u tome da u nedostatku drugačijeg sporazuma svaka strana snosi svoje troškove priprema za pregovore, a zajedničke troškove dele na jednake delove.[78] Međutim, odstupa u formulaciji prema kojoj u slučaju neosno-

[74] Upor. *Obligacijski zakonik*, Uradni list Republike Slovenije, br. 83/2001, 32/2004, 28/2006, Odluka Ustavnog sodišća U-I-300/04-25, objavljen u: Uradni list Slovenije, br. 29/2007, kao i docniju odluku Ustavnog suda Republike Slovenije, br. U-I-267/06-41, objavljene u: Uradni list br. 40/2007. Za stariju slovenačku liraturu, v. Stojan *Cigoj*, Obligacijska razmerja, Zakon o obligacijskih razmerjih s komentarjem, Uradni list, Ljubljana, 1978, str. 25-26, kom. povodom čl. 30 ZOO. Po ovom komentaru, pregovarač koji je u pregovorima učestvovao bez namere za zaključenje ugovora, obavezan da drugoj strani da naknadi iz toga nastalu štetu u visini negativnog ugovornog interesa. (*Cigoj*, op. cit. str. 26. tač. II). U istom smislu: Stojan *Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij,* tom I, Ljubljana, Uradni list, 1984. str. 133-135. U novijoj slovenačkoj literaturi (v. npr., N. *Plavšek*, M. *Juhart*, D. *Jadek Pensa*, V. *Kranjc*, P. *Grilc*, A. Polajnar *Pavčnik*, *Obligacijski zakonik s komentarjem, splošni del*, knj. 1, Založba, Ljubljana, 2003, str. 223-231, člen 20 (30) Pogajanja, kom. *Kranjc*-a, str. 223-232) predugovorna odgovornost tj. culpa in contrahendo je slučaj diligentia in contrahendo (pažljivog pregovaranja), (op. cit., str. 225). Komentatori novog ZOO Slovenije primećuju da čl. 20. novog ZOO Slovenije sankcioniše samo nesavesno ponašanje pregovarača. (op. cit., str. 225.). Nesavesnost definišu nedostatkom namere pregovarača za zaključenjem ugovora.(op. cit., str. 225.). U pogledu obima odgovornosti, autori novog Komentara smatraju da nesavesni pregovarač odgovara za štetu savesnom, u meri koja je prouzrokovana nesavesnim ponašanjem. (op. cit, str. 230.). V. i Vesna *Kranjc*, Pravice in obveznosti pri sklepanju pogodb – novejše težnje pri ugotavljenju odgovornosti za pogajanja in opsegu odškodninske odgovornosti, Pravnik, Ljubljana, 11-12/1998, str. 658-664.

[74] Upor. čl. 20. OZ Slovenije.

[75] Upor. Zakon o obligacionim odnosima Republike Makedonije, Služben Vesnik, br. 18/2001, 78/2001, 4/2002, 59/2002, 5/2003. V. čl. 22 ZO Republike Makedonije.

[76] Upor. čl. 251 st. 1-6 Zakona o obveznim odnosima Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 35/2005, koji je stupio na snagu 1. januara 2006. U pogledu literature, v. na primer Jakša *Barbić*, Odgovornost za vođenje pregovora radi sklapanja ugovora, Privreda i pravo, Zagreb, br. 1/1982, str. 18; Boris *Vizner*, u njegovom delu: Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb 1988, str. 168-169 zastupa stanovište da odgovornost za pregovore nije ugovorne, već je deliktne prirode.

[77] Upor. čl. 251. st. 1. ZOO Republike Hrvatske.

[78] Upor. čl. 251. st. 6. ZOO Republike Hrvatske.

vanog prekida pregovora stranka koja je vodila ili okončala pregovore protivno načelu savesnosti i poštenja odgovara drugoj strani za štetu koja je time nastala.[79] Tom odredbom se hrvatski zakon približava primeni generalne klauzule koja je u uporednom pravu jedan od prihvaćenih načina regulisanja ovog instituta.[80]

3. Evolucija u doktrini i sudskoj praksi u Srbiji. (1) Doktrina. Pored relativno brojnih članaka[81], dva su (monografska) rada, pored Konstantinovićevog pristupa, odlučno doprinela afirmaciji i izgradnji sadržaja instituta culpa in contrahendo u literaturi Srbije. Prvi je rad Mladena *Draškića* objavljen u sedamdesetim[82], a drugi je rad Miodraga *Orlića*, obajvljen u devedesetim godinama prošlog veka.[83] **Draškić** je svoju široku uporednopravnu analizu započeo analizom pojma nesavesnosti. On je prvi ukazao na to da se pregovori mogu voditi sa većim brojem pregovarača u cilju pronalaženja saugovarača koji pristaje na povoljnije uslove ugovora. Pri tome inicijator pregovora nema nameru da zaključi ugovor sa svakim od pregovarača. On ima nameru da zaključi ugovor sa najpovoljnijim pregovaračem, dakle jednim od brojnih. Stoga zaključuje da ne bi bilo pravično da inicijator odgovara za štetu svim ostalima sa kojima je prekinuo pregovore, budući da je tražio najpovoljnijeg.[84] Draškić smatra da je teško dokazati nedostatak namere za zaključenjem ugovora, pošto svaki

[79] Upor. čl. 251. st. 2. ZOO Republike Hrvatske.

[80] V. bliže o rešenjima po pojedinim republikama Atila *Dudaš*, Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora u pravu Srbije, u pravima nekih reformskih zemalja i savremenim pisanim izvorima lex mercatoria, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2007, str. 376-377.

[81] Jožef *Salma*, Predugovor, Glasnik advokatske komore Vojvodine, Novi Sad, br. 6/1986, str. 22-29; ibidem, Obligaciono pravo, 7. izdanje, Izdavačka delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2009, str. 171; Jakov *Radišić*, Predugovorna odgovornost, Centar za pravna istraživanja Instituta društvenih nauka, Beograd, 1991; Miodrag *Orlić*, Negativni ugovorni interes, Pravni život, Šteta i njena naknada, tom I, br. 9-10/1992, Beograd, str. 1193-1209; Miodrag *Orlić*, Zaključenje ugovora, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1993, I, deo o pregovorima, str. 5-120; Atila *Dudaš*, Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora u pravu Srbije, pravima nekih reformskih zemalja i savremenim pisanim izvorima lex mercatoria, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2007, str. 369-387; Atila *Dudaš*, Mogućnost opoziva ponude za zaključenje ugovora i odgovornost ponudioca za nesavesno vođenje pregovora, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2008, str. 817-836; o pojmu pregovora, v, Leksikon građanskog prava, gl. urednik, Obren *Stanković,* Nomos, Beograd, 1996, str. 547-551.

[82] V. Mladen *Draškić*, Pravni značaj pregovora za zaključenje ugovora, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 1970, str. 327-350; Mladen *Draškić*, Zaključivanje ugovora o kupoprodaji, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1972.

[83] Miodrag *Orlić*, Zaključenje ugovora, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1993, str. 77.

[84] V. *Draškić*, Zaključivanje ugovora o kupoprodaji, op. cit., str. 22.

pravni sistem polazi od pretpostavke da su se strane uključile u pregovore s namerom da ugovor zaključe. Otuda, oštećeni snosi teret dokazivanja negativne činjenice, tj. nedostatka namere za zaključivanjem ugovora, tj. da je prekid pregovora zasnovan na opravdanim razlozima. Opravdani razlozi prekida pregovora se nalaze u ekonomskim aspektima, tj. u tome da ponuda druge strane nije ekonomična, u skladu sa italijanskom doktrinom *Fagelle*.[85] **Orlićeva** doktrina je takođe zasnovana na širokom području uporedne analize, posebno, pomne analize ranijeg negativnog i novijeg pozitivnog, afirmativnog pristupa sudske prakse u pogledu prihvatanja instituta, uz autorovu potvrdu njegove neophodnosti, institucionalne zasnovanosti. Orlić se bavi obimom odgovornosti, tj. pitanjem negativnog i pozitivnog ugovornog interesa, zaključujući da se pozitivni interes ima nadoknaditi kada je došlo do zaključenja ugovora, ali su nastali problemi oko izvršenja sa poreklom iz nesavesnog odnosa u inicijalnim pregovorima. On smatra da se negativni interes, ima priznati u slučaju da je izostalo zaključenje ugovora usled nesavesnog postupka pregovarača. Orlić se s pravom bavi problemima predugovorne odgovornosti u oblasti autorskog i pronalazačkog prava.[86] **(2) Novija sudska praksa u Srbiji.** Potrebno je ukazati da je novija sudska praksa RS pristupila problemu karaktera i obima predugovorne odgovornosti kreativno i tačno. Primera radi, u jednoj od presuda Višeg privrednog suda, priznati su troškovi učešća na javnoj prodaji zbog toga što je organizator prodaje, protivno pravilima o javnom nadmetanju, propustio da javno objavi rezultate izbora i razloga u korist najboljeg ponuđača.[87]

IV
Zaključne napomene

Odgovornost za pregovore u evropskom pravu, kako u civilnim kodeksima, tako i u osnovnim principima evropskog građanskog i međunarodnog trgovinskog prava vezana je za poštovanje načela savesnosti i poštenja u pregovorima i time, zasnivanja predugovornog pravnog odnosa. Taj pravni odnos je slobodan, ne obavezuje na zaključivanje ugovora. Ali je opšte priznato (evropsko) pravilo, da nesavestan pregovarač odgovara za štetu koju je prouzrokovao drugom, savesnom pregovaraču, bez inicijalne ili docnije namere za zaključenjem ugovora, odnosno nepoštovanjem predugovornih dužnosti.

[85] Ibidem.
[86] V. *Orlić*, Zaključenje ugovora, op. cit., str. 77.
[87] Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 4349/2003 od 25.2.2004.

József Szalma, DSC, Dr. hc., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Liability for Conducting Negotiations in Bath Faith

– Precontractual Liability / culpa in contrahendo –

Abstract

In this paper the author analyzes the liability for damages from conducting contract negotiations in bad faith. He is engaged in research of legal nature of such liability. Considering comparative and Serbian literature, statutes and jurisprudence he draws attention to the fact that theoretical analyses are divided upon the question whether the liability arising from negotiating in bad faith has its roots in tort, based on the infringement of statutory principle of duty to act in good faith, or its nature is contractual, since the negotiations are indeed aimed at concluding a contract. The question whether liability for conducting negotiations in bad faith determines the extent of liability, namely, whether the injured person may recover only reliance interest or expectation interest. Freedom of contract means freedom to conclude a contract, but also not to conclude it. The theory of European contract law stands on the position that, provided both parties act in good faith, conduct negotiations with sincere will to conclude a contract, each bears the risk of the failure of negotiations, his/her own expenses. In negotiations the principle of freedom of contract is complete, limited only by a rule that the parties are bound to statutory duty to conduct negotiations in good faith, to act seriously and honestly. Each party is entitled to cease negotiations. However, if he/she brakes the negotiations without a good reason, a duty to pay damages to the other party emerges.

Key words: liability for negotiating in bad faith, culpa in contrahendo, liability in torts, contractual liability

Originalni naučni rad 341.123.043:342.7

Dr Rodoljub Etinski, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

INDIVIDUALNE SANKCIJE SAVETA BEZBEDNOSTI UJEDINJENIH NACIJA I ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA[1]

***Sažetak**: Savet bezbednosti Ujedinjenih nacija primenjuje individualne sankcije protiv pojedinaca i grupa u poslednjih petnaestak godina. Osnovni problem koji opterećuje ovu praksu jeste odsustvo efikasne zaštite ljudskih prava pojedinaca ili grupa koji se nađu pod sankcijama. Savet bezbednosti je u poslednjim godinama unapredio svoju praksu individualni sankcija približavajući se zahtevima ljudskih prava. Značajnu ulogu u tom procesu su imale presude sudova EU. Iako je učinjen napredak, suštinski problemi nisu rešeni.*

***Ključne reči**: Savet bezbednosti, individualne sankcije, ljudska prava, sudska kontrola*

Praksa individualnih sankcija Saveta bezbednosti UN

Krajem prošlog veka Savet bezbednosti Ujedinjenih nacija (SB) je počeo da primenjuje individualne sankcije protiv pojedinaca, pojedinih grupa ili organizacija. Cilj ovih mera je da utiču na pojedince da odustanu od aktivnosti kojima se, prema mišljenju SB, krši ili ugrožava međunarodni mir i bezbednost. SB je uputio prvi put takve mere vođstvu UNITA, zaraćenoj frakciji u Angoli, rezolucijom 1127(1997) 28. avgusta 1997. godine. Kasnije ove mere je SB prime-

[1] Ovaj tekst je pripremljen u okviru projekta „Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske unije," koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu.

njivao u većem broju slučajeva, između ostalog, protiv pojedinaca ili grupa zbog njihove podrške Osami bin Ladenu i Al-Kaidi, protiv pojedinaca odgovornih za potkopavanje mira i stabilnosti u Liberiji, protiv pojedinaca zbog kršenja sporazuma o primirju u sudanskoj provinciji Darfur ili protiv pojedinaca koji su uključeni u razvijanje nuklearnog i raketnog programa u Iranu. Obično, SB rezolucijom formuliše određene obaveze koje uputi svima koji su uključeni i neka zbivanja uz pretnju da će pojedinci koji ne budu poštovali ove obaveze biti izloženi određenim sankcijama. Sledećom rezolucijom SB osniva komitet za sankcije, koga čine inače svi članovi SB, i koga ovlašćuje da primeni sankcije prema odgovornim pojedincima. SB utvrđuje, takođe, rezolucijom postupak stavljanja lica ili grupe ili neke nevladine organizacije na listu za sankcije i postupak za skidanje sa liste. Na osnovu informacija koja primi od država članica komitet za sankcije stavlja pojedince na listu za sankcije i skida ih sa te liste. Osnovni uslov za skidanje sa liste jeste poštovanje obaveza koje je ustanovio SB. Sankcije koje primenjuje SB sastoje se, uglavnom, u zamrzavanju imovine lica u inostranstvu, zabrani izdavanja viza za putovanje i sl. Ovim sankcijma se dira u pravo svojine, pravo na preduzetništvo, pravo na rad ili pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života.[2] Osnovni problem u vezi ovih sankcija SB sastoji se u tome što se ne poštuju izvesna procesna ljudska prava pogođenih osoba.[3] Ove mere se primenjuju bez pružanja mogućnosti pogođenim osobama da budu prethodno saslušane u vezi razloga zbog kojih se na njih primenjuju sankcije. Oni čak nisu informisani precizno i u potpunosti o razlozima zbog koji su izloženi sankcijama. Komitet za sankcije stavlja pojedince, grupe ili nevladine organizacije na listu za sankcije na osnovu informacija koje dostave države članice. Tom prilikom, država članica određuje šta se o dostavljenih informacija može objaviti a šta ne može. Dakle, komitet za sankcije objavljuje onaj deo informacija za koji postoji dozvola države koja je dostavila informacije. Pored toga, ova lica ne raspolažu nekim delotvornim pravnim lekom kojim bi mogle da ospore mere primenjene protiv njih.

---

[2] N. Birkhäuser, Sanctions of the Security Council Against Individuals – Some Human Rights Problems, presented at the European Society of International Law (ESIL) Research Forum on International Law: Contemporary Issues, Graduate Institute of International Studies (HEI) Conference, 26-28.05.2005, 3 (http://www.statewatch.org/terrorlists/docs/Birkhauser.PDF).

[3] I. Cameron, UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards, and the European Convention on Human Rights, 72 *Nordic J. Int'l L.* (2003) 159, M. Bothe, Security Council's Targeted Sanctions Against Presumed Terrorists, 6 *J. Int'l Crim. Just.* (2008) 541

Prilagođavanje prakse individualnih sankcija Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija zahtevima poštovanja ljudskih prava

SB je učinio izvesna poboljšanja prakse individualnih sankcija kako bi je, makar u izvesnoj meri, približio zahtevima koji proističu iz zaštite ljudskih prava. Šefovi država i vlada, okupljeni na zasedanju Generalne skupštine UN od 14. do 16. septembra 2005. godine, dokumentom koji je usvojen rezolucijom 60/1 od 16. septembra 2005. godine, pozivaju, između ostalog, SB da obezbedi poštene i jasne procedure za stavljanje pojedinaca i entiteta na liste za sankcije i skidanje ovih sa tih lista. Rezolucijom 1730 (2006) od 19. decembra 2006. godine i rezolucijom 1735 (2006) od 22. decembra 2006. godine SB je, zaista, poboljšao pomenute procedure. Ustanovljen je mehanizam u okviru sekretarijata UN kome su oni sa liste za sankcije mogli da se obraćaju sa zahtevima za skidanje sa liste. Drugom rezolucijom SB poziva države članice da obaveste pojedince i entitete koji su stavljeni na listu o razlozima njihovog stavljanja na listu, dakle o razlozima koji su javno saopšteni od strane komiteta za sankcije, da ih obaveste o posledicama stavljanja na listu i o postupcima za skidanje sa liste. Određeni su kriterijumi za skidanje sa liste.[4] Neki pojedinci i kompanije su skinuti sa liste za sankcije.[5]

Pozvan od podsekretara za pravne poslove i pravnog savetnika UN, profesor Fasbender (Fassbender) je pripremio studiju pod naslovom „Ciljane sankcije i ispravan postupak – odgovornost Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija da obezbedi da se poštene i jasne procedure učine dostupnim pojedincima i telima pogođenim sankcijama na osnovu glave VII Povelje UN.“[6] Smatrajući da individualne sankcije SB nemaju karakter krivičnih sankcija, profesor Fasbender smatra da nije nužno da zaštitni mehanizam zadovolji standarde koji se primenjuju u krivičnom postupku. Prema njegovom mišljenju SB bi obezbedio odgovarajuću zaštitu ako bi osnovao jedno od sledećih tela: nezavisan međunarodni sud ili tribunal, službu ombudsmana, inspekcijski panel po modelu inspekcijskog panela

[4] O genezi ustanovljavanja procedure skidanja sa liste videti kod B. Fassbender, Targeted Sanctions Imposed by the UN Security Council and Due Process Rights, A Study Commissioned by the UN Office of Legal Affairs and Follow-Up Actions by the United Nations, 3 *Int'l Orgs L Rev*, (2006) 437

[5] Lista je dostupna na http://www.un.org/sc/committees/dfp.shtml. Procedure stavljanja na listu i skidanja sa liste je ponovo dopunjavana rezolucijom SB 1822 (2008) od 30. juna 2008. godine i rezolucijom 1904 (2009) od 17. decembra 2009. godine.

[6] B. Fassbender, Targeted Sanctions Imposed by the UN Security Council and Due Process Rights, A Study Commissioned by the UN Office of Legal Affairs and Follow-up Actions by the United Nations,3 *Int'l Orgs L Rev,*(2006)

Svetske banke, istražnu komisiju ili komitet eksperata, kakav je osnovan članom 28 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.[7] Pripremajući izveštaje o crnim listama Saveta bezbednosti UN i Evropske unije za Komitet za pravne poslove i ljudska prava Saveta Evrope, Dik Marti (Dick Marty) je izrazio slično mišljenje. Smatra da bi idealno rešenje bilo ustanovljavanje nekog nezavisnog panela ili tribunala. Navodi, takođe, da bi jedna opcija mogla da bude i ombudsman.[8]

Dalji napredak SB u prilagođavanju prakse individualnih sankcijama zahtevima ljudskih prava je bio podstaknut presudama sudova Evropske unije u predmetima *Kadi* i *Al Barakat*.[9] Sudovi EU su pomenutim presudama, o kojima će biti reči kasnije, izrazili na različite načine izvesno nezadovoljstvo u pogledu neodgovarajuće zaštite ljudskih prava u praksi individualnih sankcija SB. Sud EU je poništio uredbu kojom je rezolucija SB o nekim individualnim sankcijama implementirana u pravo EU. SB je posle ove presude rezolucijom 1904 (2009) od 17. decembra 2009. godine pozvao države članice i međunarodne organizacije da obaveste komitet za sankcije o svakoj sudskoj odluci ili postupku „tako da ih komitet može razmatrati kada on kontroliše liste za sankcije ili dopunjuje sažetke obrazloženja razloga za stavljanje na listu.“ SB je istom rezolucijom predvideo osnivanje službe ombudsmana na inicijalni period od 18 meseci. Generalni sekretar UN je pozvan da u saradnji sa Komitetom za sankcije imenuje za ombudsmana eminentnog pojedinca visokih moralnih svojstava, vioke nepristranosti i integriteta, sa visokim kvalifikacijama i iskustvima u relevantnim oblastima, kao što su ljudska prava, borba protiv terorizma i sankcije. Predviđeno je da ombudsman služi kao kanal za komunikaciju između pojedinaca, država na osnovu čijih informacija su pojedinci stavljeni na listu, drugih država i tela UN. Zainteresovane strane će moći da traže i primaju informacije preko ombudsmana.

Uprkos izvesnom napretku koji je postignut poslednjih godina, osnovni prigovori u pogledu odstupanja prakse individualnih sankcija od zahteva ljudskih prava i dalje nisu rešeni. SB može i dalje da stavlja pojedince i entitete na liste za sankcije pre no što ih sasluša u pogledu razloga zbog kojih ih stavlja na listu. Lica na listi i dalje ne raspolažu delotvor-

---

[7] *Ibid*. 468, 469.

[8] Explanatory memorandum, by Mr Dick Marty, Rapporteur, to the Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights on United Nations Security Council and European Union blacklists of 16 November 2007, Doc. 11454, para. 65

[9] Case T-306/01 *Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission*, Case T-315/01 *Kadi v Council and Commission*, judgments the CFI of 21 September 2005, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, Judgment of the ECJ of 3 September 2008.

nim pravnim lekom za osporavanje stavljanja na listu. Ombudsman može da bude od izvesne koristi ali on nema ovlašćenje da lice skine sa liste ako utvrdi da nema opravdanja za primenu sankcija protiv tog lica. Potreban je, dakle, dalji napredak da se praksa individualni sankcija SB usaglasi sa zahtevima ljudskih prava. Stavljanje pojedinaca ili entiteta na liste za sankcije i njihovo skidanje sa ovih lista ne bi smelo da bude jedino stvar političkog odlučivanja petnaest država članica SB. Potrebno je da se uspostavi jedno telo nezavisno od SB koje bi bilo nadležno da razmatra žalbe lica pod sankcijama i da ukine odluku komiteta za sankcije SB ako nađe da ova nije zasnovana na tačno utvrđenim činjenicama.

Prepreke za uspostavljanja nezavisne kontrole odluka Saveta bezbednosti UN o individualnim sankcijama

Postoje dve prepreke nezavisnoj kontroli odluka SB o individualnim sankcijama: imunitet koji uživaju UN i posebna priroda akata SB.

Stavom 1 člana 105 Povelje UN je predviđeno da će Organizacija uživati na teritoriji svakog člana privilegije i imunitete potrebne za ostvarivanje ciljeva Organizacije. Ovo pravilo je dalje razvijeno u Konvenciji o privilegijama i imunitetima Ujedinjenih nacija od 3. februara 1946. godine. Odeljkom 2. člana 2 ove Konvencije je predviđeno da UN uživaju imunitet od bilo kog pravnog postupka, izuzev kada se Organizacija izričito odrekne imuniteta. Odeljkom 30 člana 8 iste Konvencije je predviđena nadležnost Međunarodnog suda za rešavanje sporova između UN i države članice u pogledu ove Konvencije. U slučaju spora može da se traži savetodavno mišljenje Međunarodnog suda koje se, shodno, pomenutom propisu smatra odlučujućim u spornom odnosu. Kada smatra da se imuniteti UN krše, Organizacija se ne usteže da traži savetodavno mišljenje Međunarodnog suda i da tako obezbedi poštovanje svojih imuniteta.[10] Imuniteti UN čine, dakle, ozbiljnu prepreku svakoj nacionalnoj kontroli odluka Saveta bezbednosti o individualnim sankcijama.

Džon Forster Dalas je još 1950. godine ukazao na posebnu prirodu akata SB:

„*Savet bezbednosti nije telo koje samo izvršava dogovoreno pravo. On je sam po sebi zakon. Ako smatra neku situaciju pretnjom miru, on može da odluči koje mere će se preduzeti. Nema pravnih načela koje bi on sledio; on*

[10] *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, 1. C. J. Reports 1999. str. *62. Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privilegis and Immunities of the United Nations,* Savetodavno mišljenje od 15. decembra 1989, I.C.J. Reports, 1989, str. 177.

može da odluči saglasno onome što misli da je odgovarajuće. On bi mogao da bude instrument koji omogućuje nekim silama da unaprede svoje sebične interese na štetu drugih"[11]

Ako se čita tekst Povelje UN može da se vidi, i bez naročite analize, da stvari ne stoje baš tako kako ih je predstavio Džon Forster Dalas 1950. godine. Stavom 1 člana 24 Povelje UN države članice su prenele primarnu odgovornost za očuvanje međunarodnig mira i bezbednosti na SB kako bi obezbedile hitnu i efektivnu akciju i složile su se da SB deluje u toj oblasti u njihovo ime. Stavom 2 istog člana je, međutim, eksplicitno rečeno da će SB vršeći svoje dužnosti delovati saglasno ciljevima i načelima Ujedinjenih nacija. Postoje, dakle, pravna načela koje bi SB trebalo da sledi. Međunarodni sud je na stanovištu da politički karakter organa ne oslobađa organ obaveze da poštuje propise osnivačkog ugovora kada ovi čine granice njegovog ovlašćenja ili kriterije za odlučivanje.[12] Pitanje je, međutim, koliko druga opšta pravila međunarodnog prava vezuju Savet bezbednosti.[13] Venecijanska komisija smatra da opšta pravila međunarodnog prava obavezuju Savet bezbednosti.[14]

Ovo pitanje je razmatrano pred Međunarodnim sudom u slučaju *Lokerbi*. Član 39 Povelje UN je naveden kao suštinski razlog nepodobnosti odluka SB da potpadnu pod neku sudsku kontrolu. Ovim članom je predviđeno da Savet bezbednosti preduzima mere u slučajevima agresije, povrede mira ili pretnje međunarodnom miru i bezbednosti. Ne postoje pravni kriteriji koji bi dali odgovor na pitanje da li je nešto pretnja miru i bezbednosti. To spada u domen diskrecione odluke Saveta beezbednosti. Povelja UN ostavlja ovo pitanje u isključivoj nadležnosti UN. Ako bi sud odlučivao o ovom pitanju, on bi preuzeo ulogu SB, što bi bilo suprotno Povelji UN.[15]

---

[11] John Forster Dulles, *War or Peace*, Njujork, 1950, str. 194-195. Navedeno prema M. Bedjaoui, *Nouvel ordre mondial et controle de la legalite des actes du Conseil de securite*, Brisel, 1994, str. 11.

[12] *Advisory Opinion concerning Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations* I.C.J. Reports 1948, str. 64.

[13] I. Brownlie, The Decisions of Political Organs of the United Nations and the Rule of Law, *Essays in Honour of Wang Tieya,* R. St. Macdonald, ed. Kluwer Academic Publishers, Martinus Nijhoff, 1993, str. 96. I. Brownlie, The Role of the Security Council and the Rule of Law, International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations, Academy of International Law, RC, Vol. 255, 1995, str. 211; S. Đorđević, The Control of the Legality of the Acts of the United Nations Security Council, *Facta Universitatis*, Series Law and Politics, vol. 1, br.4, 2000, str. 371 .

[14] Opinion on Human Rights in Kosovo: Possible Establishment of Review Mechanisms, Adopted by the Venice Commission on its 60th Plenary Session, Venice 8-9 October 2004, para. 78. http://venice.coe.int

[15] Mr. Hardie, Public sitting, held on Tuesday 14 October 1997, at 10 a.m., at the Peace Palace, in the case concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971

Nepobitna je činjenica, ipak, da stav 2 člana 24 Povelje UN obavezuje SB da sve svoje aktivnosti vrši u skladu sa ciljevima i načelima UN. Nesporno je, takođe, da je jedan od ciljeva UN ostvarivanje međunarodne saradnje radi unapređivanja poštovanja ljudskih prava i sloboda. U Izjavi od 22. juna 2006. godine, pod nazivom „Jačanje međunarodne vladavine prava i održavanje međunarodnog mira i bezbdenosti," predsednik SB kaže: „Savet bezbednosti pridaje vitalni značaj unapređivanju pravde i vladavine prava, uključujući poštovanje ljudskih prava, kao neodvojivi elemenat trajnog mira."[16] Ljudska prava nisu neograničena pravna ovlašćenja pojedinaca. Postoje legitimna ograničenja kao što je očuvanje nacionalne bezbednosti ili očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti. Ova ograničenja ne izmiču sudskoj kontroli u pogledu svoje opravdanosti i proporcionalnosti. U tom pogledu nema opravdanja da se pravi razlika između nacionalnog staranja za očuvanje nacionalne bezbednosti i staranja SB za međunarodnu bezbednost. Pravo na pristup sudu je priznato kao osnovno pravno načelo. [17] Bez poštovanja ovog prava, koncept vladavine prava ostaje za pojedinca samo iluzija.

Slučajevi posredne i neposredne sudske kontrole odluka Saveta bezbednosti

Savet EU je implementirao individualne sankcije protiv nekih pojedinaca i entiteta za koje je navedeno da su povezani sa Osamom Bin Ladenom i Al Kaidom a koje su određene rezolucijom SB 1333 (2000). On je implementirao ove sankcije putem nekoliko uredbi koje je doneo 2001. i 2002. godine. Gospodin Jasin Abdulah Kadi (Yassin Abdullah Kadi) i međunarodna fondacija Al Barakat (the Al Barakaat International Foundation), između ostalih, podnelu su tužbu Prvostepenom sudu EZ tražeći da ovaj poništi uredbu Saveta (EZ) br. 881/2002 od 27. maja 2002. godine, [18] kojom su implementirane pomenute sankcije SB, navodeći povredu prava da budu saslušani, prava na poštovanje svojine i prava na sudsku zaštitu kao razloge zahteva za poništaj. Prvostepeni sud EZ je odbacio tužbeni zahtev da ispita usaglašenost navedene uredbe sa ljudskim pravima koja su zaštićena pravom EU jer bi to značilo indirektnu kontrolu zakonitosti odluke SB, pošto se izvor navodne nezakonitosti ne nalazi

---

Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Verbatim Record, CR 97/17, para. 5.8.

[16] S/PRST/2006/28 See suggestions how the SC could support the rule of law in S. Chesterman, The UN Security Council and the Rule of Law, New York University School of Law, *Public Law & Legal Research Paper Series Working Paper* No. 08–57, November 2008, dostupno na *http://ssrn.com/abstract=1279849*

[17] *Golder v The United Kingdom*, (App. No. 4451/70) presuda od 21. februara 1975, para. 35

[18] OJ 2002 L 139/9

u usvajanju uredbe već u samoj rezoluciji SB.[19] On ističe da je indirektna kontrola zakonitosti odluka SB zabranjena kako međunarodnim pravom tako i pravom EU.[20] Prvostepeni sud kaže i sledeće:

„*Međunarodno pravo... dozvoljava zaključak da postoji granica načela da rezolucije Saveta bezbednosti proizvode obavezujuće dejstvo: naime, one moraju da poštuju osnovna pravila peremptornog prava jus kogensa. Ako bi one propustile da to učine... one ne bi bile obavezujće za države članice UN, i prema tome, ni za Zajednicu.*

Indirektna sudska kontrola Suda u vezi tužbe za poništaj akta Zajednice, u vezi koga nikakva diksrecija ne može da se vrši u pogledu obezbeđivanja dejstva rezolucije Savete bezbednosti može, zato, u nekim okolnostima da se protegne na određivanje da li su poštovaana superiorna pravila međunarodnog prava, od koji niti države članice, niti tela UN ne mogu da odstupe jer ona čine 'načela međunarodnog prava koja se ne smeju prekoračiti'... "[21]

Pošto je našao da u slučaju konkretnih tužbi nije reč o povredama kogentnih pravila, Prvostepeni sud je odbacio tužbe. Ipak, Prvostepeni sud EZ smatra da odluke Saveta bezbednosti podležu inidrektnoj sudskoj kontroli ako se njima dira u kogentno pravo.

Gospodin Kadi i međunarodna fondacija Al Barakat su podneli žalbe Sudu EZ. Sud EZ je spojio ova dva predmeta, uvažio žalbe i poništio presude Prvostepenog suda.[22] Polazište Suda EZ je da međunarodne obaveze ne derogiraju ustavna načela prava zajednica, da zajednice preduzimajući bilo koje akte moraju da poštuju ljudska prava i da sudovi zajednica uvek imaju nadležnost da kontrolišu da li zajednice svojim aktima poštuju ljudska prava. Sud EZ smatra da kontrola zakonitosti rezolucija međunarodnog tela, čak ako bi ta kontrola bila ograničena na ispitivanje saglasnosti rezolucije sa kogentnim pravom, ostaje izvan nadležnosti sudova zajednica. Međutim, Sud EZ smatra da su sudovi zajednica nadležni da kontrolišu zakonitost akata zajednica kojima se implementiraju rezolucije međunarodnih tela i da nalazi sudova zajednica da su impmenetirajući akti zajednica suprotni višim pravilima prava zajednica ne dovodi u pitanje primat međunarodnih obaveza.[23]

---

[19] Case T-306/01 *Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission*, Case T-315/01 *Kadi v Council and Commission*, judgments the CFI of 21 September 2005

[20] *Yusuf and Al Barakaat International Foundation*, paras 266, 273, 274, *Kadi*, para. 215, 222, 223.

[21] *Yusuf and Al Barakaat International Foundation*, paras 281, 282, *Kadi*, para. 230, 231.

[22] Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, Judgment of the ECJ of 3 September 2008.

[23] Ibid. para. 285-288. Vidi kritiku dualističkog pristupa Suda EZ u De Búrca, 'The European Court of Justice and the International Legal Order after *Kadi*' 1 *Jean Monnet Working Papers* 2009.

Pošto je našao da se implementirajućom uredbom Saveta (EZ) br. 881/2002 krše osnovna ljudska prava, Sud EZ je poništio ovu uredbu u meri u kojoj se ona tiče tužioca. Saglasno rezonovanju Suda EZ, rezolucije SB su ostale van kontrole i pravno netaknute. Sud je primetio da Povelja UN ne nameće poseban model za implementaciju rezolucija SB jer se njima obezbeđuje dejstvo u unutrašnjem poretku saglasno postupku koji odredi država članica. [24] Ovo je tačno ali ne pomaže mnogo. Države članice mogu da u postupku implementacije rezolucija SB kontrolišu da li su te rezolucije u saglasnosti sa ljudskim pravima ali, ako bi našle da nisu, one bi jedino mogle da sa obrate SB i da traže korekciju. Same ne bi mogle da učine bilo kakvu korekciju a da se time ne ogreše o svoju obavezu zasnovanu članom 25 Povelje UN da izvrše svaku odluku SB saglasno Povelji. U svakom slučaju bi rizikovale da SB iznese stvar pred Međunarodni sud ili, možda, neke teže mere. Zaista, i pomenuta presuda Suda EZ kojom je poništena uredba Saveta (EZ) br. 881/2002 nije proizvela dejstva koja bi konfrontirala države članice EU sa SB. Sud EZ je ostavio rok od tri meseca institucijama Unije da realizuju presudu. Na zahtev Predsedništva EU, komitet za sankcije je dostavio na „nepresedentalnoj osnovi" tekstualni sažetak raloga (the narrative summaries of reasons) za stavljanje na listu gospodina Kadija i međunarodne fondacije Al Barakat.[25] Komisija EU je dostavila ovaj tekstualni sažetak razloga pomenutom gospodinu i fondaciji i ostavila im je priliku da se ovi izjasne u pogledu navedenih razloga, što su oni i učinili. Pošto je razmotrila njihova izjave, i „imajući u vidu preventivnu prirodu zamrzavanja fondova i ekonomskih resura," Komisija je našla da je stavljanje na listu gospodina Kadija i međunarodne fondacije Al Barakat bilo opravdano razlozima njihove povezanosti sa Al Kaidom. Ona je usvojila novu uredbu ostavljajući Kadija i fondaciju na listi za sankcije i obezbedila je retroaktivno dejstvo ove uredbe od momenta donošenja poništene uredbe Saveta (EZ) br. 881/2002.[26] Ovo je bio vrlo sofisticiran način korigovanja povreda ljudskih prava, koje je konstatovao Sud EZ. Tužioci su dobili izvesno proceduralno zadovoljenje: dobili su priliku da se izjasne o razlozima stavljanja na listu za sankcije.

[24] Ibid. para. 298.

[25] The Report of the Security Council Committee established pursuant to resolution 1267 (1999) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities containing an account of the Committee's activities from 1 January to 31 December 2009, S/2009/676, para. 20.

[26] Regulation (EC) No. 1190/2008 of 28 November 2008 amending for the 101st time Council Regulation (EC) No 881/2002 imposing certain specific restrictive measures directed against certain persons and entities associated with Usama bin Laden, the Al-Qaida network and the Taliban, OJ 2008 L 322/25.

U stvari, institucije EU nisu mogle više da urade. Da su ukinule sankcije prema tužiocima, dovele bi države članice EU u situaciju da ne ispunjavaju svoju obavezu iz člana 25 Povelje UN, odnosno da ne izvršavaju odluku SB. Komitet za sankcije SB je odlučio da međunarodnu fondaciju Al Barakat skine sa liste za sankcije u 2009. godini.[27] Iako je, možda, inicirana presudom Suda EZ, to je, ipak, odluka komiteta za sankcije.

Prvi slučaj direktne međunarodne sudske kontrole zakonitosti odluke SB je bila odluka žalbenog veća Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju u slučaju Duška Tadića od 2. oktobra 1995. godine. [28] Odbrana Duška Tadića je osporavala pravnu valjanost osnivanja Tribunala navodeći da se njegovim osnivanjem krši pravo na sud osnovan zakonom. Tribunal je osnovan rezolucijama SB, posebno rezolucijom 827 (1993) od 25. maja 1993. godine. Prvostepeno veće je odbilo da razmatra ovaj prigovor smatrajući da je bez nadležnosti da kontroliše legalnost osnivanja Tribunala pošto je to „političko pitanje" koje nije pogodno za sudsko rešavanje. [29] Žalbeno veće je, suprotno stavu Prvostepenog veća, našlo da je nadležno za ovo pitanje.[30] Ono je istražilo ovlašćenje SB da se pozove na glavu VII Povelje UN pri osnivanju Tribunala, te mere koje SB može da preduzme na osnovu glave VII Povelje UN, ustanovljavanje Tribunala kao preduzimanje jedne od tih mera, koji propis iz glave VII Povelje čini osnov ove odluke, da li je osnivanje Tribunala na ovaj način suprotno pravu na sud koji je osnovan zakonom i sl. [31] Pošto je razmotrilo ova pitanja, Žalbeno veće je našlo da je osnivanje tribunala bilo pravno valjano.

Zaključna razmatranja

Navedeni slučajevi posredne i neposredne sudske kontrole odluka SB su svakako značajni jer su srušili jedan politički stav o sudskoj nedodirljivosti odluka SB. Oni pokazuju i suštinsku razliku između posredne i neposredne kontrole. Posredna kontrola, kontrola preko im-

[27] The report of the Security Council Committee established pursuant to resolution 1267 (1999) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities containing an account of the Committee's activities from 1 January to 31 December 2009, S/2009/676, 14.

[28] *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutary appeal on jurisdiction, adopted by the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia on 2 October 1995.

[29] Ibid. para. 13 – 20.

[30] Ibid. para. 22.

[31] Ibid. para. 22 – 48.

plemenirajućeg akta, ne može da bude pravno delotvorna. Gore je pomenuto da je SB rezolucijom 1904 (2009) od 17. decembra 2009. godine pozvao države članice i međunarodne organizacije da obaveste komitet za sankcije o svakoj sudskoj odluci ili postupku „tako da ih komitet može razmatrati kada on kontroliše liste za sankcije ili dopunjuje sažetke obrazloženja razloga za stavljanje na listu." On nije pokazao neprijateljski stav prema ideji da se nacionalni sudovi bave individualnim sankcijama koje je on nametnuo. Sa obizrom da su dve članice EU istovremeno i dve stalne članice SB, ovakav stav SB je potpuno razumljiv. Međutim, naravno, on se nije obavezao da će poštovati odluke nacionalnih sudova već jedino da će ih razmotriti. Ako bi neki nacionalni sud našao da je primena individualnih sankcija nelegalna sa stanovišta ljudskih prava, ta država bi jedino mogla da presudu prosledi SB sa molbom da je razmotri i uvaži ali bez odluke SB sama ne bi mogla da ukine sporne sankcije a da time ne povredi svoju obavezu iz člana 25 Povelje UN. Imajući u vidu nedovoljno jasnu odredbu iz člana 25 Povelje UN prema kome je država članica dužna da izvrši svaku odluku SB u skladu sa Povljeom, ona bi mogla, tvrdeći da sporna odluka nije u skladu sa Poveljom jer se njom krše ljudska prava, da odbije izvršenje odluke. Međutim, EU čija su dve države članice istovremeno stalne članice SB nije se odlučila za ovu opciju. Jasno je da bi država koja bi izabrala ovakvo tumačenja člana 25 Povelje rizikovala, najmanje, da uđe u spor sa UN pred Međunarodnim sudom ili, u gorem slučaju, da sama bude izložena sankcijama SB.

Delotvorna zaštita bi mogla da dođe od strane međunarodnog suda koji bi imao nadležnost da kontroliše odluke SB o individualnim sankcijama. Baš kao što je osnovala Administrativni sud UN za rešavanje radnopravnih sporova između UN i službenika zaposlenih u UN, tako bi mogla i da osnuje sud UN za ljudska prava, koji bi kontrolisao, između ostalog odluke SB o individualnim sankcijama. U savetodavnom mišljenju o dejstvima presuda o kompenzaciji koje je doneo Administrativni tribunal UN, Međunarodni sud kaže:

„*Prema mišljenju Suda, teško da bi bilo saglasno sa izraženim ciljem u Povelji da se unapredi sloboda i pravda za pojedince i sa konstantnim nastojanjem UN Organizacije da unapredi ovaj cilj da se ne obezbedi sudsko ili arbitražno sredstvo osoblju za rešavanje sporova koji mogu da se pojave među njima.*"[32]

[32] *Effect of awards of compensation made by the U. N. Administrative Tribunal,* Advisory Opinion of July 13th, I954, I.C. J. Reports 1954, 57

Isti razlog bi mogao da se navede i za osnivanje suda UN za ljudska prava. U istom mišljenju Sud nalazi da je Generalna skupština UN bila ovlašćena za osnivanje Administrativnog tribunala UN. Ovaj nalaz zasniva na činjenici da su sporovi između Organizacije i osoblja neizbežni, da ni jedan glavni organ UN nije nadležan da rešava ove sporove te da član 105 Povelje UN, koji garantuje imunitete, sprečava da ove sporove rešavaju nacionalni sudovi. Iste činjenice zahtevaju i osnivanje suda UN za ljudska prava.[33]

[33] *Ibid*. 56.

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

Individual Sanctions of the Security Council of the United Nations and Protection of Human Rights

Abstract

In last fifteen years the Security Council of the United Nations (SC) begun to use sanctions against individuals, groups or other entities. These sanctions are named „targeted" or "smart" sanctions and they escape negative sides of some sanctions against states. The main reason of these individual sanctions is that the SC influences individuals to respect certain obligations imposed by the SC, it is that individuals abandon activities against international peace and security. These sanctions amount freezing financial assets of the individuals and entities, prohibition of the entry into or transit through the territories of Member States, prevention of supply these individuals of certain goods and services and similar measures. Obviously, these sanctions interfere in certain human rights of targeted individuals. And, the main problem is that SC, using these sanctions, does not respect the rights of the individuals to be heard and that targeted individuals are without any effective remedy against SC decision putting them on sanctions list.

The SC has changed and modified its practice of individual sanctions to satisfy human rights requirements. SC Resolution 1904 (2009) of 17 December 2009 invites member states and international organizations to inform the Sanctions Committee of any relevant court decisions and proceedings "so that the Committee can consider them when it reviews a corresponding listing or updates a narrative summary of reasons for listing;..." The SC decides by the same resolution that the Sanctions Committee will be assisted by an Office of Ombudsperson for an initial period of 18 months. The 2008 judgment of the Court of European Communities (ECJ) in *Kadi and Al Barakaat* stimulated SC to progress in its practice of individual sanctions towards respect of human rights. In spite of clear progress, the right to effective remedy remains unsatisfied. Practical con-

sequences of the 2008 judgment of the ECJ disclose that internal judicial review of an internal act implementing SC resolution cannot be the solutions. The ECJ annulled the Council regulation implementing SC resolution but applicants Mr. Kadi and Al Barakaat International Foundation remained on the sanctions list after they got an opportunity to comment reasons for their appearing on the list. Any other consequences of the judgment in sense of de-listing of applicants by EU institutions would confront 27 EU member states with SC. It means that only an UN Human Rights Court would be in position to provide effective remedies to targeted individuals. It might be established by a decision of the General Assembly in the same way as the UN Administrative Tribunal was established.

Key words: the Security Council, individual sanctions, human rights, judicial review

Originalni naučni rad 347.725

Dr Zoran Arsić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

IZVEŠTAJI UPRAVNOG ODBORA AKCIONARSKOG DRUŠTVA I KOLEKTIVNO PRAVO NA INFORMISANJE

Sažetak: *Nasuprot individualnom pravu akcionara na informisanje, koje predstavlja deo svakog pojedinačnog članstva, kolektivno pravo na informisane je deo korporativne unutrašnje organizacije. Ono predstavlja pravo organa da bude informisan i rezultira u obavezi organa na podnošenje izveštaja drugom organu. Izveštaji upravnog odbora skupštini su čisto kolektivno pravo na informisane i obuhvata različite aspekte, kao što su forma izveštaja, vreme za podnošenje izveštaja, sadržina o odnos izveštaja i skupštinskih odluka.*

Ključne reči*: akcionar, individualno pravo na informisanje, koletivno pravo na informisanje, izveštaji*

Pravo na informisanje je pravo na osnovu kojeg pojedinačni akcionar ili akcionari kao kolektivitet imaju zahtev na informaciju o poslovanju društva u formi pitanja, obaveštavanja ili uvida u dokumenta.[1]

Normativna podrška ovako utvrđenom pojmu prava na informisanje postoji i u domaćem pravu, prema Zakonu o privrednim društvima. Pravo na postavljanje pitanja je predviđeno u čl.275 st.2, obaveštavanje o sazivanju skupštine u čl.281, posebno informisanje akcionara u čl.289, a uvid u dokumenta u čl.343.

[1] Casper Matthias, Informationsrechte der Aktionäre u Bayer Walter, Habersack Mathias, Aktienrecht im Wandel, Tübingen 2007, str. 547.

Pravo na informisanje je pretpostavka, ali ne i garancija, odgovarajućeg odlučivanja i kontrole od strane člana društva[2] i u tom smisli se određuje kao najvažnije članско pravo.[3]

Ovako utvrđeno pravo akcionara na informisanje treba razlikovati od obaveze publiciteta na osnovu prava tržišta kapitala. Razlika se ogleda, pre svega, u krugu adresata koji nadilazi članove akcionarskog društva i na njih se odnosi samo posredno, kao i u pogledu cilja zaštite. Pravo akcionara na formisanje može biti protivno interesu društva, s obzirom da akcionar može da poverljivu informaciju prenese trećem, ili da je koristi u sopstvenu korist.[4] Pravo akcionara na informisanje treba razlikovati i od objavljivanja i registracije podataka, pre svega na osnovu registarskih propisa, koja je javnopravne prirode.[5]

U pogledu prava akcionara na informisanje treba praviti razliku između individualnog prava na informisanje i kolektivnog prava na informisanje. Ovo razlikovanje se, pre svega, zasniva na tome ko se smatra ovlašćenikom prava na informisanje.[6] U pogledu međusobnog odnosa individualno prava akcionara na informisanje i kolektivnog prava na informisanje postoje različiti pristupi. Prema jednom, radi se o tome da je individualno pravo dopuna kolektivnom pravi na informisanje, odnosno da putem individualnog prava akcionar dolazi do informacija do kojih ne može doći na osnovu kolektivnog prava na informisanje. Nasuprot tome, ukazuje se da ova dva prava stoje jedno pored drugog i čine sistem mogućnosti za pribavljanje informacija u akcionarskom društvu.[7]

Za razliku od individualnih prava na informisanje, kolektivna prava na informisanje su deo unutrašnje organizacije društva i nisu deo članstva.[8] Ona predstavljaju pravo zajednice ili njenog višečlanog organa na informisanje i ne rezultiraju članskim pravom na informisanje, već obavezom organa na podnošenje izveštaja zajednici ili njenom organu.. Ima shvatanja, zasnovanih na rešenjima u nekim nacionalnim pravima kojima se obezbeđuje primena pravila o nalogu na udruženja, da se kolektivno pravo na informisanje zasniva na opštem zahtevu za polaganje računa koji imaju akcionari prema upravnom odboru (kao poslovodnom organu).[9]

---

[2] Schmidt Karsten, Gesellschaftsrecht, Köln 1991, str. 513.

[3] Wiedemann Herbert, Gesellschaftsrecht, München 1980, str. 374.

[4] Casper M., op.cit., str. 548.

[5] Analogno Spindler Gerald u Schmidt Karsten, Lutter Marcus, Aktiengesetz, Köln 2008, str. 1447

[6] Casper M., op.cit., str. 548.

[7] Schmidt K.,op.cit. str.707; Casper M., op.cit., str.548

[8] Schmidt K., str.518

[9] Prema Casper M., op.cit., str.567;

Obaveza upravnog odbora na podnošenje izveštaja prema skupštini kao organa je čisto kolektivno pravo na informisanje.[10] U ovu grupu prava na informisanje pripadaju na pr. izveštaj o poslovanju društva, finansijski izveštaj, izveštaj nadzornog odbora ako postoji (čl.281 st.5), izveštaj o ukidanju ili ograničavanju prava na prioritetni upis akcija (čl.213 st.12), izveštaj o sticanju sopstvenih akcija (čl.289 st.2). Treba, takođe, imati u vidu i čl. 324 gde su predviđen obaveze upravnog odbora u pogledu podnošenja izveštaja skupštini.

Za razliku od individualnog prava na informisanje, kolektivno pravo na informisanje je pravo koje postoji u tuđem interesu. To se vidi i iz toga što je adresat izveštaja skupština, a ne pojedinačni akcionar (..upravni odbor ..izveštava skupštinu..čl.324 st.1). U slučaju da upravni odbor ne izvrši svoju obavezu mogu nastupiti različite posledice. Skupština može naknadno postaviti zahtev za dopunsku informaciju. Ovakav zahtev može biti postavljen samo u obliku skupštinske odluke, što pretpostavlja odgovarajuću većinu. U odsustvu skupštinske odluke pojedinačni akcionar ne može postaviti kolektivni zahtev za informaciju u svoje ili tuđe ime. Ukoliko upravni odbor ne ispuni zahtev skupština može odbiti da donese odgovarajuću odluku, kao što može i da smeni upravni odbor. Kolektivno pravo na informaciju se ne može utužiti.[11] Pojedinačni akcionar može podići derivativnu tužbu protiv članova upravnog odbora, ali samo u slučaju da je nastupila šteta za društvo. S tim u vezi ukazujemo na čl.289 kojim se reguliše kolektivno pravo na informisanje kroz obavezu upravnog odbora na podnošenje izveštaja skupštini o određenim pitanjima. Nezavisno od toga što se radi o kolektivnom pravu na informisanje predviđeno je pravo pojedinačnog akcionara na podnošenje tužbe. Za razliku od toga čl, 324 se zasniva na ispravnom teorijskom pristupu. Pre svega, ustanovljava se obaveza jednog organa (upravnog odbora) na podnošenje izveštaja drugom organu (skupštini), a dostavljanje izveštaja o drugim pitanjima se vrši po zahtevu skupštine, a ne pojedinačnog akcionara (čl.324 st.3). Imajući u vidu čl.289, čl. 324, kao i čl.43 smatramo da u domaćem pravu sistem mogućnosti za pribavljanje informacija nije konzistentno sproveden s obzirom na nedovoljno jasno razlikovanje individualnog prava na informisanje akcionara od kolektivnog prava na informisanje.

[10] Spindler G., op.cit., str.1447

[11] Hass Ulrich, Scholl Stefanie, Informationsanschprüche im Idealverein, Festschrift für Walther Hadding, Berlin 2004, str. 373.

1. Forma izveštaja

Izveštaji upravnog odbora moraju biti sačinjeni u pisanoj formi. Ovo je izričito predviđeno u čl.324 st.4 i čl.213 st.12, ali ne i u čl,289. Smatramo da pisana forma ne dolazi u pitanje imajući u vidu da se u čl.324 i čl.289, između ostalog, spominju isti izveštaji – poslovanje društva i finansijsko stanje. Ovome treba dodati i odredbu čl.281 st.5 gde se spominju ''kopije'' finansijskog izveštaja. U pogledu forme izveštaja u uporednom pravu su poznate određene dileme. U nekim nacionalnim pravima opštim propisom je predviđeno da u slučaju pisane forme isprave izdavalac mora da potpiše ispravu.[12] S tim i vezi postoji dva stava. Prema jednom od njih ova odredba se odnosi samo na pravne poslove i zato se ne primenjuje na izveštaje upravnog odbora. Osim toga ukazuje se da bi članovi upravnog odbora koji su glasali protiv utvrđivanja izveštaja mogli da odbiju potpisivanje izveštaja.[13] Nasuprot tome ukazuje se da izveštaj mora da sadrži i svojeručne potpise svih članova organa.[14] Kada je domaće pravo u pitanju treba imati u vidu odsustvo opšte norme kojom bi se zahtevao svojeručni potpis izdavaoca isprave. Izveštaj se usvaja na sednici upravnog odbora odgovarajućom odlukom organa (čl.319). Zapisnik sa sednice potpisuje predsednik upravnog odbora i zapisničar, a izveštaj se prosleđuje skupštini sa izvodom iz zapisnika. S tim u vezi treba ukazati na potrebu određenog razjašnjenja. Predsednik upravnog odbora je generalni direktor društva, ako drugačije nije predviđeno osnivačkim aktom ili statutom (čl.312 st.4), i zastupa društvo (čl.323 st.4). Nezavisno od toga dužnik obaveze podnošenja izveštaja je upravni odbor, a ne društvo.

2. Vreme podnošenja izveštaja

U pogledu vremena podnošenja izveštaja postoje određene nedorečenosti, koje nisu specifičnost samo domaćeg prava. U čl.281 st.5 je predviđeno da se u pozivu za skupštinu nalazi navod da se kopije izveštaja obezbeđuju svakom akcionaru koji to zahteva u sedištu društva u redovno radno vreme. Ovakva odredba znači da se izveštaji obezbezbeđuju pre skupštine i to najmanje 15, odnosno 30 dana, zavisno od toga da li se radi o godišnjoj ili vanrednoj skupštini. Za razliku od toga izveštaj upravnog odbora o ugovoru o spajanju uz pripajanje (čl. 385) mora

[12] Tako čl.126 nemačkog BGB-a

[13] Preisenberger Simon, Die Heilbarkeit fehlerhafter Vorstandsberichte nach Aktien- und Umwaldungsrecht, Freiburg 1999, str.55

[14] Ibidem

biti stavljen na uvid akcionarima u sedištu društva najmanje 30 dana pre održavanje skupštine, nezavisno od toga da li se radi o godišnjoj ili vanrednoj skupštini (čl.389). Norma ne sadrži odredbu o redovnom radnom vremenu, ali smatramo da takvo tumačenje ne bi bilo sporno s obzirom na opštu normu čl.281. Kada se radi o ograničenju ili isključenju prava na prioritetni upis akcija nove emisije, ''upravni odbor podnosi skupštini pisani izveštaj'' (čl.214 st.12). Ovakva formulacija, koja nije izuzetak u uporednom pravu, ostavlja prostor za različite pristupe u pogledu vremena podnošenja izveštaja. Prema manjinskom mišljenju dovoljno je da izveštaj u vreme održavanja skupštine bude na raspolaganju akcionarima.[15] Nasuprot tome, prema vladajućem mišljenju, izveštaj mora biti podnet pre skupštine. Obrazloženje se nalazi delom u ciljnom tumačenju norme,[16]delom na osnovu analogije sa normama koje predviđaju podnošenje izveštaja pre skupštine.[17] Kada je domaće pravo u pitanju u obzir dolazi primena opšte norme čl.281 st.5 gde je predviđeno da društvo već u trenutku slanja poziva mora biti u stanju da obezbedi kopiju pojedinih izveštaja.

3. Sadržina izveštaja

Sadržinu izveštaja upravnog odbora, načelno posmatrano, opredeljuje interesna osnova koja se uzima u obzir. S jedne strane izveštaj ima funkciju u pogledu priprema skupštine, koja se ogleda u opredeljivanju akcionara da li će prisustvovati skupštini, kakav će stav zauzeti u pogledu glasanja, odnosno kakav će nalog dati punomoćniku. S druge strane, sadržina izveštaja je posebno važna s aspekta manjinskog akcionara u kontekstu sudske kontrole skupštinske odluke. S tim i vezi se ukazuje da su minimalna sadržina izveštaja upravnog odbora i kontrola predstavljaju dve strane iste medalje.[18] Ipak, u vezu sadržaja izveštaja upravnog odbora postoje problemi uzrokovani sumarnim karakterom normative. Kada se radi o izveštaju o ograničavanju ili ukidanju prava na prioritetni upis akcija nove emisije predviđeno je da izveštaj sadrži razloge za ograničenje ili ukidanje ovog prava, kao i obrazloženje predložene cene izdavanja. Ovakva lapidarna formulacija, koja je prisutna i u uporednom pravu, uslovila je reakciju (inostrane) sudske prakse u pravcu ustanovljavanja materijalno pravnih pretpostavki isključenja prava na prioritetni upis akcija nove emisije na koje mora

[15] Prema Preisenberger S., op.cit., str. 56.

[16] Hüffer Uwe, Aktiengesetz, München 1999, str. 834.

[17] Veil Rüdiger u Schmidt Karsten, Lutter Marcus, Aktiengesetz, Köln 2008, str. 1990.

[18] Prema Preisenberger S., op.cit., str.62

biti orijentisan izveštaj. Pre svega postoji jedinstveni stav o potrebi stvarnog pravnog opravdanja takve odluke. Takav stav se zasniva na tome da je odluka o isključenju prava težak zahvat u članstvo. Intencija zakonodavca u tom smislu se ogleda u zahtevu za podnošenjem izveštaja. I pored toga što postoji jedinstvo u pogledu potrebe za pravnim opravdanjem odluke o ukidanju prava, ono je prošlo određeni razvojni put. Prema starijem shvatanju, koje se danas smatra zastarelim, mogućnost donošenja takve odluke je bila ograničena opštim propisom o ništavosti pravnog posla suprotnog dobrim običajima, akcijskopravnim principom jednakog tretmana akcionara i posebnim osnovnom rušljivosti skupštinske odluke koja je posledica zloupotrebe prava glasa[19] Nasuprot tome, prema savremenoj koncepciji, stvarno pravno opravdanje postoji kada odluka o isključenju prava služi jednom cilju, koji postoji u interesu društva, i kada je za dostizanje nameravanih ciljeva dovoljna, neophodna i srazmerna. Takvo pravno opravdanje nije potrebno kada se svi odlukom pogođeni akcionari saglasni sa odlukom.[20] U pogledu odluke o isključenju prava treba imati u vidu da svaka takva odluka ima opravdanje u interesu društva.[21] S tim uvezi se ukazuje da je pravo na prioritetni upis pravilo, a njegovo isključenje predstavlja izuzetak. Ono se ne može apsolutno zabraniti i dopušteno ja kada je neophodno za interes društva. Prema vladajućem mišljenju odluka je u interesu društva kada služi njegovom cilju, odnosno predmetu delatnosti. Nije potrebno da se radi o prvorazrednom interesu – u obzir dolazi svaki interes. Nije dovoljan interes konzerna, niti lični interes pojedinog akcionara, kao ni člana uprave.[22] Problem, međutim, nije u interesu društva kao apstraktnoj pretpostavci, nego u njegovoj konkretizaciji.[23] Kao što smo ranije ukazali nije dovoljan opšti navod o postojanju interesa društva, pri čemu treba imati u vidu da, u konkretnom slučaju, može biti sporno šta je u interesu društva i da li je to neophodno. Odluka o isključenju prava je dovoljna ako se njome može postići nameravani cilj. Za razliku od toga, odluka je neophodna kada ne postoji alternativa odluci, ili kada odluka o isključenju prava, između više mogućnosti, na najbolji način služi sprovođenju interesa društva, zbog čega je potrebno obrazložiti da se cilj ne može postići povećavanjem osnovnog kapitala uz zakonsko pravo na prioritetni upis.[24] Odluka o isključenju prava je srazmerna kada je interes društva veći od interesa akcionara da očuvaju

[19] Takav stav u Godin –Wilhelmi, Aktiengesetz, Berlin 1967, str.1057

[20] Hüffer U., op.cit., str. 835.

[21] Zöllner Wolfgang, Gerechtigkeit bei der Kapitalerhöhung, Die Aktiengesellschaft 11/2002, str. 587.

[22] Hüffer U., op.cit., str. 836.

[23] Zöllner W., op.cit., str.587.

[24] Hüffer U., op.cit., str. 836.

svoju pravnu poziciju. Načelno posmatrano, ukoliko je zahvat u prava akcionara teži, utoliko mora biti važniji interes društva u pogledu isključenja prava.[25] Srazmernost odluke je prvenstveno normativnog karaktera i ne postoji ovlašćenje organa koji donosi odluku u pogledu ocenjivanja srazmernosti.[26] Posmatrano s aspekta akcionara, treba uzeti u obzir smanjenje vrednosti akcija i redukovanje glasačke moći, uz mogućnost gubitka manjinskih prava.

4. Izveštaji i skupštinska odluka

U vezu sa podnošenjem izveštaja upravnog odbora skupštini postoje dve vrste skupštinskih odluka. Prvu grupu predstavljaju odluke koje za svoj predmet imaju podnete izveštaje (čl.291) i ogledaju se u prihvatanju ili odbijanju podnetih izveštaja. Među njima posebno mesto ima izveštaj o poslovanju društva. U teoriji se ukazuje da prihvatanje izveštaja o poslovanju ima dva aspekta.[27] Prvi, pozitivni aspekt, znači da prihvatanje izveštaja znači odobravanje poslovanja. Ovo prihvatanja se, po prirodi stvari, odnosi na prošlost, odnosno na proteklu finansijsku godinu. Ipak, ona se odnosi i na budućnost, zato što predstavlja i iskaz o poverenju članovima upravnog odbora u pogledu budućeg vođenja poslovanja društva. S tim vezi je pitanje da li se odobravanje znači da je poslovanje vođeno u skladu sa zakonom i statutom, ili je skupština potpuno slobodna da donese proizvoljnu odluku o odobrenju poslovanja. Zavisno od odgovora na to pitanje se zauzima stav o mogućnosti pobijanja skupštinske odluke kojom se prihvata izveštaj o poslovanju.[28] Prema jednom stavu odluka skupštine o prihvatanju izveštaja o poslovanju se ne može pobijati,[29]dok se prema drugom stanovištu ta odluka može pobijati.[30]U pogledu tih dilema ističe se da je u pitanju, pre svega, izjava skupštine kojom se odobrava poslovanje kao načelno usaglašeno sa zakonom i osnivačkim aktom. Mada se radi i o izjavi poverenja, time se društvo ne odriče zahteva za naknadu štete. S obzirom na to, odluka o prihvatanju izveštaja o poslovanju se može pobijati, zbog sadržinskog nedostatka. Drugačiji pristup bi negirao kontrolnu funkciju tužbe za pobijanje skupštinske odluke.[31] Ovakav pristup je prihvatljiv i za domaće pravo i ima normativnu podršku u st 2 čl. 291.

[25] Ibidem
[26] Zöllner W., op.cit., str.588.
[27] Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, str.69-70
[28] Hüffer U., op.cit., str. 554.
[29] Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, str.70
[30] Hüffer U., op.cit., str. 555
[31] Ibidem

Predviđeno je da usvajanje izveštaja od strane skupštine ne utiče na prava akcionara ako se pokaže da su bili netačni ili pogrešni.

Drugu grupu skupštinskih odluka predstavljaju odluke koje imaju za predmet druga pitanja, ali se donose na osnovu podnetih izveštaja upravnog odbora (na pr. odluka o isključenju prava na prioritetni upis akcija nove emisije, odluka o usvajanju ugovora o spajanju uz pripajanje). Podneti izveštaji upravnog odbora imaju karakter samostalnog procesnog akta, s obzirom da predstavljaju deo procedure za donošenje odluke. Izveštaj upravnog odbora nije izuzet od sudske kontrole zajedno sa odukom o ukidanju prioritetnog prava na upis akcija nove emisije. Postojanje nedostatka u izveštaju upravnog odbora može dovesti do poništaja odluke od strane suda.[32] Rušljivost skupštinske odluke predstavlja posledicu svakog sadržinskog ili formalnog nedostatka izveštaja upravnog odbora.[33]

U vezi sa nedostacima izveštaja upravnog odbora postavlja se pitanje mogućnosti dopune izveštaja na skupštini. Ovo pitanje se vezuje za formu izveštaja i mogućnosti da se pisani izveštaj dopuni usmenim saopštenjem. Prema vladajućem mišljenju naknadnom usmenom informacijom se ne mogu otkloniti nedostaci izveštaja.[34] U prilog ovom stavu[35] se ukazuje da je regulativa kojom je predviđena pisana forma izveštaja upravnog odbora imperativnog karaktera. S aspekta sistemskog tumačenja naglašava se da zakonodavac nije predvideo alternativno pisanu i usmenu formu izveštaja. U prilog nemogućnosti usmene ispravke izveštaja upravnog odbora ukazuje se i na smisao i cilj propisa – usmeno saopštenje u skupštini deluje samo prema prisutnom akcionaru. S druge strane sadržina izveštaja je osnov za opredeljivanje akcionara da li će prisustvovati skupštini. Ako i ne prisustvuje lično skupštini izveštaj upravnog odbora je osnova za naloge koje će dati punomoćniku. S pravnopolitičkog aspekta ovakav pristup predstavlja sankciju za neodgovarajuće ponašanje upravnog odbora – drugačiji pristup bi omogućio upravnom odboru namerno podnošenje nepotpunog izveštaja i pripremu nedostajućih informacija koje bi i bile saopštenje samo u slučaju nepovoljnog odvijanja skupštine.

[32] Veil R., op.cit., str.1990.
[33] Preisenberger S., op.cit., str. 93.
[34] Veil R., op.cit., str. 1990; Hüffer U., op.cit., str. 843.
[35] Preisenberger S., op.cit., str.121 – 123.

Zoran Arsić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Corporate Board of Directors Reports and Collective Information Right

Abstract

In contrast to individual information right of shareholder, which is part of individual membership, collective information right is part of corporate internal structure. It represents right of corporate body to be informed and as a consequence it poses obligation to one corporate body to submit reports to the other corporate body. Board of directors reports to shareholders meeting are pure collective information right and it encompasses various aspects such as form of reports, time to submit, content and relation to resolutions.

Key words: shareholder, individual information right, collective information right, reports

Originalni naučni rad 342.7
347.18

Dr Predrag Jovanović, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NORMATIVNA IZGRADNJA LJUDSKIH I SOCIJALNO-EKONOMSKIH PRAVA[1]

Sažetak: *U radu je prikazana jedinstvena uloga, smisao i pravni domašaj ljudskih prava. Posebno se govori o pitanju polarizacije ljudskih prava, odnosno njihove deobe na klasična – građanska i politička, sa jedne strane, i socijalna, ekonomska i kulturna prava, sa druge strane. Ukazuje se na međunarodni i regionalne okvire ljudskih prava, sa osvrtom na radno-pravni značaji ulogu socijalno-ekonomskih prava.*

Ključne reči: *Građanska prava, politička prava, socijalna, ekonomska i kulturna prava, međunarodno pravo, regionalno pravo, radno pravo.*

1. Uvodne napomene

U vezi sa normativnom izgradnjom ljudskih i socijalno-ekonomskih prava najpre treba dati nekoliko napomena.

Prvo, sa teorijskog stanovišta teško je izdvojiti konceptualne kriterijume koji bi bili u svemu prihvatljivi za određivanje pojma i prirode ljudskih i socijalno-ekonomskih prava kao i njihove uloge i značaja, pa time i nespornih pravaca normativne izgradnje tih prava. Međutim, nesporna je činjenica da su ljudska prava vrsta prirodnih prava, jer vezana su za prirodna stanja čoveka, proističu iz prirodnih ljudskih potreba.

Život čoveka je ispunjen mnoštvom potreba i težnjama da one budu zadovoljene. Put zadovoljenja ljudskih potreba je pun neizvesnosti. Zapravo, u životu čoveka samo dve stvari su izvesne i ne mogu se dovesti u

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

pitanje. To je rođenje i smrt. Sve između je neizvesnost i nesigurnost. Otuda, osnovna psihološka i socijalna potreba čoveka nije u tome da se oseća uvek sigurnim, jer to je prosto nemoguće, već u tome da *toleriše nesigurnost.* Svrha normativnog regulisanja ljudskih i socijalno-ekonomskih prava je da se čoveku pomogne u tome. Ova svrha se pokušava ostvariti tako što se ljudska, socijalna i ekonomska prava normativno definišu i ugrađuju u odgovarajuće odnose.

Drugim rečima, ljudi mogu obezbediti svoju relativnu sigurnost na dva načina – ili putem imovine ili putem rada. Postoje i ljudi koji nemaju imovinu, niti su sposobni za rad, bez svoje krivice, a i oni polažu pravo na socijalnu sigurnost. Socijalna i ekonomska prava su ugrađena u nekoliko važnih pravnih disciplina. Položaj onih koji žive od imovine reguliše imovinsko pravo; položaj onih koji žive od svog rada reguliše radno pravo; a položaj onih koji nemaju niti imovine niti su sposobni za rad – reguliše socijalno pravo. Ako pogledamo redosled nastajanja ovih disciplina lako se može primetiti da je prvo nastalo imovinsko pravo, zatim radno pravo i na kraju socijalno pravo. Ovu činjenicu sa pravom možemo suprotstaviti stavu da su socijalna i ekonomska prava – prava druge generacije (mlađa prava), a da su građanska i politička prava – prava prve generacije. Naime, imovinsko pravo, kao normativni okvir socijalnih i ekonomskih prava koja su vezana za posedovanje imovine, svoje korene ima u dalekoj prošlosti, tj u rimskom privatnom pravu. Građanska i politička prava donose buržoaske revolucije (kraj 18. veka), te se može reći da su socijalna i ekonomska prava, zapravo, prava prve generacije.

Drugo, pomenimo jedno shvatanje škole prirodnog prava, po kome su državu, tj, vlast i pravo, stvorili ljudi da bi obezbedili upravo svoju sigurnost. Iz onoga što smo napred rekli, proizilazi da se najpre štiti sigurnost onih koji raspolažu imovinom, jer oni su najjača socijalna grupa, a onda se štiti sigurnost ostalih po liniji moći kojom raspolažu u društvu. To nam potvrđuje i istorija države i prava, jer prvo su nastali modeli države koji neguju princip služenja autoritetu (odnosno vlasti), a onda nastaju moderna društva i države koje neguju princip slobode i jednakosti pred zakonom. Dakle, normativna izgradnja i pravni domašaj ljudskih i socijalno-ekonomskih prava je, upravo, u tome što se na taj način čini veliki emancipatorski proboj u istoriji čovečanstva, odnosno čini se jedna demarkaciona linija koja razgraničava tradicionalna i moderna društva.

Treće, istorijski gledano, klasična ljudska prava (lična građanska i politička) su rezultat socijalne i političke pobede građanske klase u građanskim revolucijama. To je vreme liberalnog kapitalizma, odnosno li-

beralnih ekonomija i država. Dalji razvoj liberalnih ekonomija pratila je i pojava socijalno-ekonomske polarizacije društva, tj. socijalno-ekonomska nejednakost među ljudima. Otuda, na dnevni red dolaze radničke, umesto građanskih revolucija. Glavni moto radničkih revolucija je socijalna pravda koja u osnovi podrazumeva zaštitu ekonomski slabijih, odnosno ublažavanje socijalnih i ekonomskih posledica liberalne ekonomije. To dalje podrazumeva da svojina, ljudska prava i konačno država moraju dobiti i socijalnu dimenziju. Pravni izraz te socijalne dimenzije su socijalno-ekonomska prava. Socijalna dimenzija se ogleda u obezbeđivanju neophodnih životnih uslova svim građanima, kako bi mogli , na kraju krajeva, da vrše i svoja lična građanska i politička prava. Naime, klasična ljudska prava ne mogu bez socijalno-ekonomskih prava. Mnogi sudovi na međunarodnom, evropskom i nacionalnom planu smatraju da, recimo, pravo na život mora da uključi i druga prava koja su neophodna da bi se postigao odgovarajući kvalitet života (pravo na zaštitu zdravlja, pravo na obrazovanje itd.).[2] Ili, pravo na nepovredivost stana je besmisleno bez prava na stan i druga socijalno-ekonomska prava po osnovu rada ili imovine.

Dakle, liberalna ekonomija i radnički pokreti i revolucije, u svom uzročno-posledičnom sledu, pokazali su da nema stabilnog društva i perspektive u razvoju ako je veći deo društva pritisnut egzistencijalnim problemima (bedom, siromaštvom i glađu). U takvim uslovima života pod znakom pitanja su i osnovni politički i pravni postulati liberalnih ekonomija i država (autonomija volje, sloboda mišljenja, pravo glasa). Na ovaj način dolazimo do pitanja polarizacije ili nedeljivosti ljudskih prava.

2. Nedeljivost ljudskih prava

Socijalno-ekonomska prava, koja su uzrokovana ekonomskim, političkim i socijalnim razlozima, su sastavni deo „porodice ljudskih prava". Građanska i politička prava i socijalno-ekonomska prava su komplementarni delovi jedinstvenog pravnog sistema. Da bi ovi delovi izvršili svoju društvenu misiju, oni moraju biti funkcionalno povezani. Realna i održiva funkcionalnost svakog pravnog sistema ogleda se, dakle, u komplementarnosti građanskih (ličnih), političkih i socijalno-ekonomskih prava. Nalazimo se u XXI veku i zaista nema realnih razloga za strogo razlikovanje tzv.

[2] Na primer, Evropski sud za ljudska prava smatra da iako se Evropska konvencija o ljudskim pravima bavi u suštini građanskim i političkim pravima, a koja prava često imaju posledice ekonomske i socijalne prirode, tumačenjem njen domašaj treba širiti i na sferu socijalnih i ekonomskih prava, jer ne postoji nepremostiva podela navedenih prava (slučaj Ejri).

klasičnih ljudskih prava (građanska i politička prava) i socijalno-ekonomskih prava. To je pokazala i pravna (naročito ustavno-pravna) doktrina i praksa XX veka. Međutim nije oduvek bilo tako.

Drugim rečima, ljudska prava su izraz jedinstvene potrebe da ljudi žive kvalitetan život – život dostojan čoveka. U tom smislu, sva ljudska prava u početku su bila postavljena kao holistička kategorija, odnosno bila su zamišljena kao jedinstven, nedeljiv, međuzavisni skup prava. Takav pristup bio je deklarisan i u Univerzalnoj deklaraciji o pravima čoveka iz 1948.[3] Najveći deo odredaba Deklaracije posvećen je klasičnim pravima (oko 2/3 odredaba govore o građanskim i političkim pravima, a 1/3 o ekonomskim, socijalnim i kulturnim). Međutim, ubrzo je shvaćeno da holistički pristup ljudskim pravima, s obzirom na prilike ondašnjeg vremena, sve zemlje članice nisu u stanju da razumeju i prihvate. Preciznije rečeno, postojala je bojazan da mali broj zemalja prihvati takav dokument (zbog ekonomsko-socijalnih prava).[4] Zato se ovaj pristup i u pravu i u praksi delovanja OUN kasnije napušta. Generalna skupština je odlučila 1951. godine da treba razlučiti korpus ljudskih prava i doneti dva pakta (jedan o građanskim i političkim pravima, drugi o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima). Zamišljena je značajna razlika između dvaju paktova, u pogledu obaveza zemalja članica. U odnosu na građanska i politička prava zemlje odmah preuzimaju obavezu da obezbede ostvarivanje tih prava, dok u pogledu ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava države bi bile u obavezi da, shodno svojim mogućnostima, obezbede njihovo postepeno ostvarivanje putem zakonodavnih i drugih instrumenata. Godine 1966. donose se posebni dokumenti koji govore o građanskim i političkim pravima, sa jedne, i o socijalnim i ekonomskim pravima , sa druge strane - Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima.

Na taj način, OUN je dala i pravnu platformu za *različite* pristupe klasičnim ljudskim pravima i socijalnim pravima. Ta različitost ima dva aspekta, i dugo je opterećivala legislativu i praksu ljudskih prava.

Prvi aspekt različitosti već smo podvukli u smislu obaveza država na planu sprovođenja navedenih paktova o građanskim, političkim i socijalno-ekonomskim pravima. Ponovimo da u odnosu na građanska i poli-

[3] Generalna skupština Ujedinjenih nacija prihvatila je Opštu deklaraciju 10. decembra 1948. godine u Parizu. Tom prilikom bilo je prisutno 58 država (48 je glasalo za Deklaraciju, 8 se uzdržalo, a dve su bile odsutne prilikom glasanja) Tada je ovaj datum proglašen za Dan prava čoveka.

[4] U tom smislu: Steve Peers and Angela Ward, The European Union Charter of Fundamental Rights, Oxford and Portland Oregon, 2004, str. 213.

tička prava, države *odmah* preuzimaju određene obaveze, a u odnosu na socijalno-ekonomska prava države se obavezuju na njihovo *postepeno* ostvarivanje.

Drugi aspekt različitosti ogleda se u tretmanu građanskih i političkih prava kao „negativnih prava" i socijalno-ekonomskih prava kao „pozitivnih prava". Ovo potvrđuje i pravna stilizacija tekstova navedenih dokumenata. Na primer, u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima akcenat je stavljen na pojedincu i njegovoj zaštiti (uključujući i zaštitu od akata vlasti): *svako* ima pravo na slobodu i ličnu bezbednost (čl.9.); *svako* ljudsko biće ima pravo na život (čl.6.); *niko* ne može biti držan u ropstvu (čl.8.). Nadalje, sve do 21. člana Pakt sadrži prava i slobode koje treba da potvrde opšti princip da se „sva ljudska bića rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima". Međutim,u Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima akcenat je stavljen na državi i njenim obavezama: *države* ugovornice ovog Pakta *obavezuju se* da obezbede jednako pravo muškarcima i ženama da uživaju sva ekonomska, socijalna i kulturna prava..... (čl.3.); *države* ugovornice ovog Pakta *priznaju* pravo na rad.....(čl.6.); *države* ugovornice ovog Pakta *priznaju* pravo na higijensko-tehničku zaštitu, odmor, plaćena odsustva, naknadu za državne praznike..... (čl.7.); *države* ugovornice ovog Pakta *obavezuju se* da obezbede pravo svakog lica da sa drugima osniva sindikate i da se učlani u sindikat po svom izboru.....(čl.8.); *države* ugovornice ovog Pakta *priznaju* pravo svakom licu na socijalnu zaštitu, uključujući tu socijalno osiguranje (čl.9.); itd. Već odavde je vidljiva razlika između klasičnih ljudskih i socijalno-ekonomskih prava: klasična - građanska i politička prava kao *negativna prava,* jer umanjuju državnu vlast prema pojedincu; socijalno-ekonomska prava kao *pozitivna prava,* jer uvećavaju državnu vlast prema pojedincu („angažman" države na određene prestacije i druge zaštitne aktivnosti).

Kasnije OUN *de facto* menja svoj pristup i ponovo se vraća holističkom tretiranju svih ljudskih prava. U tom smislu OUN je bila ohrabrena činjenicom da je Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima potpisao i ratifikovao ogroman broj država članica (oko 150). Jedna od najvažnijih potvrda ovakvog tretmana jeste Rezolucija Generalne skupštine od 16. decembra 1977. godine, br.32/130. Osnovni principi sadržani u toj Rezoluciji su: **(1)** sva ljudska prava i slobode su međuzavisne i nedeljive; **(2)** treba posvetiti jednaku pažnju sprovođenju i zaštiti kako građanskih i političkih prava, tako i socijalno-ekonomskih prava; **(3)** nije moguće puno ostvarivanje građanskih i političkih prava bez ostvarivanja ekonomskih, socijalnih i kulturnih pra-

va; **(4)** trajni napredak u sprovođenju i zaštiti svih ljudskih prava nije moguć bez delotvorne međunarodne i nacionalnih politika socijalnog i ekonomskog razvoja.

Značajan doprinos razumevanju nedeljivosti ljudskih prava dala su i mnoga međunarodna i regionalna tela za ljudska prava. Treba izdvojiti Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava i Komisiju UN za ljudska prava, a koja tela nadgledaju primenu dokumenata UN u vezi građanskih, političkih i socijalno-ekonomskih prava. Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava usvojio je više opštih komentara sa smernicama za tumačenje i primenu odredaba Pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. Zatim, Evropski komitet za socijalna prava stara se o primeni Evropske socijalne povelje, Evropski sud za ljudska prava nadgleda Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama itd.

Posebno treba izdvojiti doprinos u razumevanju integralnog socijalno-političkog i pravnog domašaja klasičnih i socijalno-ekonomskih prava, koji je dala grupa istaknutih stručnjaka za međunarodne odnose i pravo u dokumentu *Limburški principi o sprovođenju Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima.*[5] Ovaj dokument predstavlja celovit okvir za razumevanje međuzavisnosti svih ljudskih prava, a posebno za razumevanje prirode i tumačenje ključnih odredaba Pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. Neki principi jasno potvrđuju rečeno: (1) Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, imaju za cilj da razrade Opštu deklaraciju o pravima čoveka, tačka 2, Deo I *Limburških principa*; (2) ljudska prava i osnovne slobode su nedeljive i međuzavisne, te njihovom sprovođenju, unapređenju i zaštiti treba pridati jednaku pažnju i hitno razmatranje, tačka 3; (3) postignuće ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava može se ostvariti u različitim političkim kontekstima i ne postoji jedinstven put ka njihovom punom ostvarivanju, tačka 6; (4) međunarodna saradnja i pomoć, u skladu sa Poveljom UN - čl.55. i 56., imaju za prioritet ostvarivanje svih ljudskih prava i osnovnih sloboda, ekonomskih, socijalnih i kulturnih, kao i građanskih i političkih, tačka 29.

[5] Na inicijativu Međunarodne komisije pravnika, Pravnog fakulteta Univerziteta u Limburgu (Mastriht, Holandija) i Instituta za ljudska prava Urban Morgan Univerziteta u Sinsinatiju (Ohajo, SAD), grupa istaknutih stručnjaka u međunarodnom pravu sastala se juna 1986. godine u Mastrihtu da razmotri prirodu i obim obaveza država u vezi Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. Među tridesetak učesnika, bilo je i predstavnika Jugoslavije, (vidi: Ekonomska, socijalna i kulturna prava, UN, Njujork i Ženeva, 2005, UN OHCHR, Beograd, 2005, str.125).

Sem rečenog, u *Limburškim principima* se čini pokušaj negacije, napred navedenog, *prvog aspekta* različitosti klasičnih i socijalno-ekonomskih prava. Naime, iako puno ostvarivanje prava priznatih Paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima treba da se postigne *postepeno*, primena nekih prava može biti utuživa odmah,[6] dok druga prava mogu biti utuživa vremenom (tačka 8.). Obaveza postepenog postizanja punog ostvarivanja prava priznatih Paktom, zapravo, nalaže državama ugovornicama da se što je brže moguće kreću u pravcu ostvarivanja tih prava. Ovo se ni pod kojim okolnostima ne može tumačiti kao pravo država da u nedogled odlažu napore za obezbeđivanje punog ostvarivanja prava. Nasuprot tome, sve države ugovornice su obavezne da smesta počnu da preduzimaju korake ka ispunjavanju svojih obaveza koje proizilaze iz pakta (tačka 21.).

Međutim, *de iure,*i dalje postoji različitost normativnih okvira za građanska i politička prava, sa jedne, i socijalno ekonomska prava, sa druge strane. Verovatno je to posledica činjenice da su ova prava dugo i teško sebi krčila put i kroz međunarodno i kroz evropsko pravo. Ovo se lako može zapaziti iz teksta koji sledi.

3. Ugradnja ljudskih prava u međunarodno pravo

Temelji međunarodnog normativnog okvira ljudskih, odnosno socijalno-ekonomskih prava sadržani su u dokumentima MOR-a (Međunarodne organizacije rada) i UN (Ujedinjenih nacija).

Po hronološkom redu, tu se misli, pre svega, na Ustav MOR-a iz 1919. godine i na Deklaraciju o svrsi i ciljevima MOR-a (Filadelfijskoj deklaraciji) iz 1944. godine. U okvirima definisane svrhe i ciljeva, u navedenim dokumentima, MOR je donela mnoštvo konvencija i preporuka proklamujući mesto, ulogu i značaj ljudskih i socijalno-ekonomskih prava. Ipak, konvencije koje tangiraju materiju socijalno-ekonomskih prava su sporo ratifikovane među zemljama članicama MOR-a. Reagujući na to MOR je usvojila Deklaraciju o osnovnim principima i pravima na radu 1998. godine, u potrebi jačanja normativne podloge navedenih prava. Istina, ova Deklaracija, po prirodi svojoj, predstavlja „soft law“ instrument, jer ne predviđa nikakvu novu (u odnosu na dotadašnje) nadzornu šemu u primeni konvencija niti nove „sankcije“ u vezi nesporovođenja ratifikovanih konvencija.

[6] Neke obaveze koje proizilaze iz Pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (na primer zabrana diskrimicaije iz čl.2.), zahteva trenutno sprovođenje, te u *Limburškim principima* (tačka 13.) se zahteva da kada se procenjuje da li neka država sprovodi Pakt, svi organi koji sprovode monitoring primene tog Pakta, treba da pridaju posebnu pažnju principima nediskriminacije i jednakosti pred zakonom,

Drugi *ključni* međunarodni dokumenti koji se izričito odnose na ljudska, odnosno socijalno-ekonomska prava, bili bi: (1) Opšta deklaracija o pravima čoveka (1948.); (2) Međunarodna konvencija o eliminaciji svih oblika rasne diskriminacije (1965.); (3) Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966.); (4) Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966.); (5) Deklaracija o društvenom progresu i razvoju (1969.): (6) Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (1979.); (7) Deklaracija o pravu na razvoj (1986.); (8) Konvencija o pravima deteta (1986.); (9) Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica (1990.).

Svoj doprinos izgradnji međunarodnog normativnog okvira svih ljudskih prava dale su i posebne, specijalizovane međunarodne organizacije: Organizacija UN za obrazovanje, nauku i kulturu (UNESCO); Organizacija UN za hranu i poljoprivredu (FAO); i druge.

Konačno, deo normativne strukture međunarodnog okvira ljudskih prava, čine i mnogi regionalni instrumenti. Treba izdvojiti: (1) Afričku povelju o ljudskim pravima i pravima naroda (1981.); (2) Dodatni protokol uz Američku konvenciju o ljudskim pravima u oblasti ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava (Protokol iz San Salvadora, 1988.); (3) Evropska socijalna povelja, revidirana 1996. i Dodatni protokol uz ovu Povelju.

Što se tiče prava Evropske unije (EU), kao regionalnog prava, i tu se može primetiti da je normativni okvir ljudskih, odnosno sicijalno-ekonomskih prava dugo i teško izgrađivan. Više razloga je uticalo na to.

Prvi razlog leži u činjenici da je put izgradnje vodio kroz veoma razuđene pravne forme. Naime, u prvim primarnim dokumentima evropskih integracija (Ugovor o zajednici za ugalj i čelik iz 1951, Rimski ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice iz 1957.) ne govori se o ljudskim pravima. Prva priznavanja ljudskih prava, kao opštih pravnih načela pravnog poretka Zajednice, izvršena su u praksi Evropskog suda pravde. Posle toga ljudska prava, a delom i socijalno-ekonomska prava, dobijaju odgovarajuće mesto u Jedinstvenom evropskom aktu iz 1985.godine, u Povelji Zajednice o osnovnim socijalnim pravima radnika iz 1989. i u Ugovoru o Evropskoj uniji iz 1991. godine (Ugovor iz Mastrihta).

Drugi razlog spore ugradnje socijalno-ekonomskih prava u pravni poredak EU vezan je za činjenicu dugo prisutnih različitih koncepcija evropskih integracija, koje su više odgovarale ekonomskoj strani tih integracija a manje političkoj (federalističke, funkcionalističke koncepcije i sl.).

Treći razlog se može tražiti u prisustvu, kod nekih država članica, i insistiranju na „nepomirljivim", skoro mitskim, nacionalnim vrednostima

(tradicija, suverenost) koje bi možda bile ugrožene instaliranjem ljudskih i socijalno-ekonomskih prava u pravni poredak EU.

Četvrti razlog spore ugradnje ljudskih i socijalno-ekonomskih prava u pravo EU, pa i evropsko komunitarno radno pravo, verovatno jeste i stalno prisutna svest o postojanju Saveta Evrope (osnovan kao vladina organizacija 1949.) i njegovim prepoznatljivim „pravnim brendovima" - Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima (građanskim i političkim) iz 1950. godine i Evropskoj socijalnoj povelji iz 1961. godine. Zapravo, kada je reč o ljudskim i socijalno-ekonomskim pravima i njihovoj ugradnji u evropsko radno pravo, može se reći da je evropsko komunitarno radno pravo utemeljeno i da se kasnije razvijalo pod okriljem i u senci evropskog nekomunitarnog radnog prava.

Na kraju, ali ne i po značaju**, *peti razlog*** spore integracije socijalno-ekonomskih prava sa poretkom EU može se naći i u određenim razlozima, ili mogućim posledicama, pretežno ekonomske prirode.

Prva posledica brze i kompletne integracije socijalnih i radnih prava bilo bi poskupljenje rada na tržištu EU. To bi imalo ne samo ekonomske već i socijalno-političke posledice, jer vodi smanjenju tražnje za radnom snagom, tj. povećanju nezaposlenosti. Ova posledica se naročito vezuje za nove članice EU, iz bivšeg socijalističkog bloka, koje su, inače, morale, u procesu priključivanja, da najviše „obogate" svoje radno i socijalno pravo socijalno-ekonomskim standardima iz međunarodnog i evropskog prava.

Druga posledica se vezuje za ugrožavanje konkurentske sposobnosti EU u odnosu na zemlje van Unije, naročito nadirajuće „istočne ekonomije" koje teže da izbegnu socijalno zakonodavstvo u što većoj meri. Zapravo, ovde se radi o tzv. socijalnom dampingu, tj. korišćenju reduciranog socijalnog i radnog zakonodavstva kao faktora smanjivanja cene koštanja proizvoda i usluga na međunarodnom tržištu.

Treća posledica se javlja kao pritisak na budžet, usled povećanih davanja države za izmirenje socijalnih prava kao „pozitivnih prava". To dalje vodi jačanju inflatornog pritiska, rastu kamatnih stopa itd.[7]

4. Bitne radnopravne dimenzije ljudskih i socijalno-ekonomskih prava

Podsećamo na rečenicu sa početka ovog rada: ljudska prava su izraz jedinstvene potrebe da ljudi žive kvalitetan život – život dostojan čoveka. Pravo na život je najpreče ljudsko pravo. Međutim, pravo na život je real-

[7] Miroslav Prokopijević, Evropska unija, Beograd, 2005, o navedenim i drugim posledicama -str.320 i dalje.

no samo onda ako postoje obezbeđena sredstva za život. Ta sredstva čovek može da obezbedi ili putem imovine, ili, ako je nema, sopstvenim radom. Poenta pravnog poretka je da obezbedi uslove za to. U ovom kontekstu imovinsko i radno pravo imaju primarnu ulogu. Kada je reč o radnom pravu, treba zapaziti nekoliko činjenica.

Prvo, činjenica je da centralno mesto u predmetu radnog prava pripada radnom odnosu. Radni odnos je interesni odnos onoga ko poseduje imovinu (poslodavca) i onoga ko raspolaže radnom snagom (zaposlenog). Glavni interes poslodavca je oplodnja kapitala, a zaposlenog - zarada. I jedan i drugi interes se mogu zadovoljiti iz iste novostvorene vrednosti u procesu rada. Tu dolazi do interesnog sukoba: ako više, kao profit, uzima poslodavac – manje, kao zaradu, uzimaju zaposleni. I obrnuto. Tako se otkriva druga činjenica.

Druga činjenica jeste da se svi pravni problemi svode, zapravo, na problem raspodele.[8] Reč je o raspodeli tereta i koristi, prava i obaveza. Postulat pravde ukazuje na zahtev za jednakošću u raspodeli. Ali, ne radi se ovde o apsolutnoj jednakosti svih prema svemu. Jednakost nije imuna na razlike. Zahtev za jednakošću, sadržan u ideji pravde, pretpostavlja izvesne relevantne kriterijume i uslovljavajuće okolnosti po kojima će se jednakost vrednovati.[9] Ako ovo prenesemo na teren radnih odnosa, to znači da radno pravo utvrđuje navedene „relevantne kriterijume i uslovljavajuće okolnosti“ po kojima se vrši raspodela „tereta i koristi“, odnosno prava i obaveza zaposlenih i poslodavaca, pa i u vezi sa raspodelom novostvorene vrednosti na profit poslodavca i zarade zaposlenih. Tako pomenuti postulati pravde i jednakosti obezbeđuju radnom odnosu, kao pravnom odnosu, neophodnu interesnu rezultantu kao čvrst kičmeni stub koji čini radni odnos trajnim i stabilnim.

Na drugoj strani, postoje i ljudi koji imaju, svakako, pravo na život a nemaju niti imovine niti su sposobni za rad. Nalaze se u stanju socijalne nesigurnosti, odnosno socijalne potrebe i nužde. U ovom slučaju postoje tzv. distributivna ili redistributivna prava (raspodela ili preraspodela nacionalnog dohotka)[10], koja se obezbeđuju preko državnog budžeta i odgovarajućih fondova kao socijalna prava onih lica koja nisu u mogućnosti da stiču dohodak na osnovu svog rada ili kapitala.

Treća činjenica jeste da je najveći deo socijalno-ekonomskih prava ugrađen u radno i socijalno pravo. Radno i socijalno pravo (kako in-

[8] Alf Ros, Pravo i pravda, CID, Podgorica, 1996, str.302.

[9] Ibidem, str.304.

[10] Dr Borivoje Šunderić, Ekonomska i socijalna prava, “Radno i socijalno pravo, br.7-12/2005, str.10.

dividualno tako i kolektivno) je u tesnoj vezi sa osnovnim ljudskim pravima i slobodama.[11] Na primer, pravo na rad, zaštitu zdravlja itd, spadaju u red osnovnih ljudskih i socijalno-ekonomskih prava,ali su ujedno i prava vezana za rad i radni odnos. Ili, sloboda udruživanja, pravo na socijalni dijalog i kolektivno pregovaranje su tipična kolektivna radna prava, ali su ujedno, po svom opštem značenju i važnosti, i osnovna ljudska prava. U tom smislu i MOR, vršeći svoju normativnu i druge funkcije, „nastoji da pomogne državama članicama da osiguraju *osnovna ljudska prava* (podvukao PJ) prilikom regulisanja odnosa rada i zapošljavanja, tako što promovišu i socijalnu ravnopravnost i ekonomsku efikasnost i rast, unapređujući pritom kapacitete socijalnih partnera da učestvuju u socijalnom dijalogu".[12]

Ove okolnosti, kao i prisnost veza između radnog prava i socijalno-ekonomskih prava možemo proveriti i kroz sagledavanje ***najvažnijih obeležja*** socijalno-ekonomskih prava.

Prvo važno obeležje socijalno-ekonomskih prava, već smo na početku to izdvojili, ogleda se u tome što ona zahtevaju od države veći „angažman" no što je to slučaj sa građanskim i političkim pravima. Klasična ljudska prava su „starija" od socijalno-ekonomskih prava. Ponovimo i na ovom mestu, klasična građanska i politička prava „štite pojedinca od državne vlasti", a socijalno-ekonomska prava „pozivaju" državu na saradnju u zaštiti ekonomski slabijih u društvu. Dakle, kao što smo rekli, klasična prava (građanska i politička) umanjuju državnu vlast, a socijalno-ekonomska prava uvećavaju državnu vlast i moć Ovo obeležje socijalno-ekonomskih prava omogućuje, između ostalog, da kroz njihovo radno-pravno regulisanje državnim aktima, u radnom i socijalnom pravu prevagu imaju javno-pravni elementi nad privatno-pravnim.

Drugo važno obeležje socijalno-ekonomskih prava jeste socijalna pravda. To je rezultat činjenica da je glavni moto radničkih pokreta i revolucija bila, kako je napred rečeno, socijalna pravda. Šire posmatrano, reč je o tome da je ideja pravde zauzimala centralno mesto u filozofiji prirodnog prava, koja je, još prema teoriji izvornog liberalizma, u osnovi ljudskih prava, pa time i socijalno-ekonomskih prava. Kao princip prava, pravda razgraničava i harmonizuje suprotstavljene želje, zahteve i interese u društvenom životu ljudi, ističući zahtev, videli smo, za jednakošću u raspodeli odnosno raspodeli koristi i tereta, tj. prava i obaveza. Pravda je,

[11] Gillian S Moris and Timoty J Archer, Collective Labour Law, Oxford-Portland Oregon, 2000, str.26.

[12] Smernice o radnom zakonodavstvu, Međunarodna organizacija rada, Ženeva, 2001, str.1.

prema poznatom danskom pravnom piscu Alfu Rosu, merilo ispravnosti prava. Ovo obeležje socijalno-ekonomskih prava je osnovna postavka na kojoj se temelji i glavni cilj MOR-a, tj. međunarodnog radnog prava – da se opšti i trajni mir može zasnivati samo na socijalnoj pravdi. U tom cilju, MOR je izgradila čitav *corpus iuris* socijalne pravde.

Načelne koordinate *corpus-a iuris-a* socijalne pravde prepoznaju se sledećim zahtevima. Najpre, prema Ustavu MOR-a iz 1919. godine, ova Organizacija treba da proučava i rešava probleme vezane za rad i ukupnu socijalnu politiku na međunarodnom planu i radi na poboljšanju uslova rada i života radnika. Postoje takvi uslovi rada koji velikom broju lica nanose nepravdu, bedu i odricanje, koji stvaraju takvo nezadovoljstvo da dovode u opasnost svetski mir i sklad. Zatim, neprihvatanje stvarno humanog sistema rada od strane bilo koje zemlje stvara smetnje naporima drugih nacija koje žele da poboljšaju sudbinu radnika u svojim vlastitim zemljama. Konačno, u nacionalnim okvirima, jedna od glavnih funkcija radnog i socijalnog prava jeste u obezbeđivanju većeg nivoa socijalne pravde i socijalnog mira.

Treće važno obeležje socijalno-ekonomskih prava povezano je sa činjenicom da ova prava štite ljudske interese koji su široko povezani i koji se zadovoljavaju kooperacijom, a koja, sa svoje strane, povećava uzajamnu zavisnost. Ti interesi se doživljavaju, u određenoj meri, kao zajednički interesi. Niko nije dovoljan sam sebi. Kapital zavisi od rada, a rad od kapitala. Ovo obeležje jasno možemo prepoznati i u radnom odnosu, kao spletu interesno i uzajamno povezanih prava i obaveza (i individualnih i kolektivnih) zaposlenih i poslodavaca.

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

Normative Formation of Human and Social-Economic Rights

Abstract

This paper shows a unique role, purpose and legal domain of human rights. The following are especially dealt with: the issue of polarisation of human rights, i.e., their division into classic-civil and political, on one side, and social political and cultural rights, on the other. Mutual and regional frameworks of human rights are pointed out, with reference to labour-legal importance and role of social-economic rights.

Key words: Civil rights, political rights, social-economic rights, cultural rights, international law, regional law, labour law.

Originalni naučni rad 343.55
347.6:343.232

Dr Milo Bošković, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PORODIČNI FAKTORI KRIMINALITETA I PORODIČNO NASILJE

Sažetak: *Porodični faktori i porodično nasilje predstavljaju aktuelni problem uzročnosti i posebnog pojavnog oblika kriminaliteta. Razlozi interesa nauke za ovaj problem proiziaze iz činjenice da se radi o veoma rasprostranjenoj pojavi delinkvetnog ponašanja, čiji su koreni tradiocionalno izvan fokusa državne – institucionalne intervencije i regulacije, ali s veoma značajnim društvenim posledicama kriminalne prirode. U radu su dati teorijski okviri porodičnih faktora kao činilaca uzročnosti kriminaliteta uopšte, kao i svi oblici i forme porodičnog nasilja, njihovih uzroka, kriminalnog profila nasilnika i viktimalne tipologije žrtve.*

Ključne reči: *porodica, porodični faktori, kriminalitet, porodično nasilje.*

1. Pojam i socijalna uloga porodice

Porodica predstavlja najstariji oblik socijalne zajednice, zasnovan na bio-seksualnim, reproduktivnim, ekonomskim i socio-zaštitnim funkcijama.[1] Po svom sadržaju ona je univerzalna i tipična, najhomogenija, najčvršća i najtrajnija zajednica u svim istorijskim tipovima društva. Rađanjem, odrastanjem, i održavanjem porodice održava se i društvena zajednica. U pravnom smislu članovima porodice se smatraju: supružnici i bivši supružnici i njihova deca i deca svakog od njih, vanbračni i bivši vanbračni supružnici i njihova deca i deca svakog od njih, krvni

[1] M. Bošković, Kriminologija, Pravni fakultet, Novi Sad, 2007.god., str.231.

srodnici i srodnici iz potpunog usvojenja u pravoj liniji bez ograničenja i u pobočnoj do četvrtog stepena, srodnici iz nepotpunog usvojenja, tazbinski srodnici do drugog stepena, lica koja žive u porodičnom domaćinstvu bez obzira na srodstvo i lica koja imaju zajedničko dete ili dete u začeću.

Porodična sredina se smatra jednom od bitnih determinanti ponašanja ličnosti, kako prosocijalnog, tako i delinkvencije dece i maloletnika. Ovaj faktor, manje-više, kao neposredni ili posredni, uvažava većina kriminoloških teorija. Moralna funkcija porodice uzima se kao jedan od važnih uslova mogućnosti i puteva integracije u društvu i socijalizacije čoveka. U porodici, kao socijalnoj zajednici bračnih i srodničkih veza, odgovarajući odnos vaspitanja, harmonije i stabilnosti čini najvažniji element odgovarajućeg društveno prihvatljivog ponašanja pojedinca. U njoj su stariji članovi uzor ponašanju. Od njih se uče i stiču pozitivne i negativne navike i običaji, stavovi o vrednostima, moralna svojstva i usvajaju norme ponašanja. Na to ukazuju podaci da su u kriminalnoj strukturi samci zastupljeniji od osoba koji žive u porodici, tj. da kriminalitet neoženjenih i neudatih osoba premašuje kriminalitet lica koja žive u braku.

Porodica je društvena sredina, osnova uzrasta i iskustva, u kojoj se odvija primarni proces vaspitanja i socijalizacije ličnosti. U njoj se stiču prva i osnovna moralna i estetska načela, intelektualne predispozicije, radne navike i socijalna funkcija uopšte. Svako odsustvo vaspitne funkcije porodice, strukturalnog raspada i dezorganizacije vodi u neki oblik devijacije ili delinkvencije. U teoriji su mišljenja o uticaju porodice na ponašanje njenih članova nepodeljena, različiti su samo stavovi o modalitetima uticaja porodičnih faktora na takvo stanje.

Savremene transformacije porodice iz tradicionalnog statusa i patrijarhalnih formi odnosa imaju za posledicu dve tendencije koje se ispoljavaju na delinkventnost. Na jednoj strani, slabi njena koheziona i vaspitna funkcija, a na drugoj jačaju elementi individualizacije članova, što dovodi do sukoba sa starim konzervativnim elementima nadzora i vrednosnih standarda ponašanja. Postoje neke tendencije koje ruše mit stabilnosti porodičnog ognjišta. Porodica je sve manje emotivna i konstruktivna, a sve više destruktivna i interesna zajednica. Motivacioni ciljevi su izmenjeni. Brak se sve manje shvata kao ljubav i udruživanje, gubi se značaj reproduktivne funkcije, ograničavaju se porodične grupe, bračne veze se desakralizuju (suviše je prisilnih, nesmotrenih, preranih brakova i loše odabranih veza), porodične interakcije dece i roditelja se vremenski sve više smanjuju.

Kompleksnost odnosa u savremenom društvu dovode porodicu u mnoge psihološke, moralne i egzistencijalne probleme njenoj normalnog i prirodnog funkcionisanja. Ekonomske krize dovode porodicu na rub opstanka, društvene krize u moralne dileme, a deca i stariji se u porodici gde treba da se osećaju najsigurnijim nalaze u poziciji beznađa. Porodični problemi odvijaju se iza zatvorenih vrata doma, sredina ih ne uočava, porodica smatra prolaznim i ne prepoznaje kao alarmantne. Tek sa ozbiljnim krizama i eskalacijom nasilja uočava se problem.

2. Strukturalne anomalije i porodični kriminalitet

Na uzroke maloletničkog kriminaliteta, najvećim delom, utiču strukturalne anomalije u porodici, a posebno poremećaj porodičnih odnosa i poremećaj porodične strukture. Određena istraživanja, takođe, ukazuju na to da je vaspitna uloga, ekonomska i demografska funkcija porodice od bitnog uticaja na pojave kriminaliteta, a naročito stambeni uslovi života, zaposlenost roditelja i broj dece u porodici. Pojava socijalne patologije u porodičnoj sredini može biti izvor sukoba, oponašanja ili sticanja devijantnih navika. U porodične kriminogene faktore uzročnosti spadaju: strukturalni poremećaji odnosa, koji se manifestuju u odsustvu porodične discipline, poremećenim odnosima roditelja i dece i bračnih odnosa, te odsustvu ili nepravilno usmerenoj porodičnoj funkciji vaspitanja.

Osnovu porodične sredine čini njeno jezgro, brak. Brak je pravna i priznata zajednica muškarca i žene, čija skladnost čini osnovu stabilnosti porodice. Poremećaji u bračnim odnosima smatraju se jednim od mikrogrupnih faktora devijantnosti, kako kod supružnika tako i kod dece. Nesklad u bračnim odnosima višestruko se odražava na porodične krize, zlostavljanje među članovima, kao i na emocionalni i vaspitni razvoj i socijalizaciju dece.

Takvi poremećaji mogu imati za posledicu i teže kriminalne radnje pojedinih ili više članova, kao što su: poligamija, dvobračnost, vanbračnost s maloletnim licem, zlostavljanje i zapuštanje maloletne dece, kršenje porodičnih obaveza, pojave porodičnog nasilja, incesta, odnosno rodoskrvljenja.

Poremećaji u porodičnoj strukturi uslovljeni su nepotpunošću porodičnog nukleusa, a nastaju smrću jednog od roditelja, razvodom ili nekim drugim razlogom razdvojenosti supružnika međusobno ili od dece. Većina teoretičara ukazuju na to da strukturalne promene u porodici, posebno raspadanje braka, imaju bitnu ulogu u kriminalitetu odraslih, naročito kriminalitetu povratnika. Na asocijalna ponašanja, takođe, utiču i afektivni

poremećaji, kao što su ljubomora, odsustvo pažnje i preterana nežnost, podređenost, antipatije i slično.

Obično su oni praćeni i poremećajem porodičnih odnosa, uslovljeni nepodnošljivom atmosferom i mržnjom među supružnicima, alkoholizmom ili kriminalnim ponašanjem jednog ili oba roditelja. Na porodičnu zajednicu to se odražava u vidu raznih asocijalnih ponašanja dece, pojave „divljih" brakova, zanemarivanja dece, pojave ljubomore, preljube, zlostavljanja članova porodice, kao i pojave alkoholizma, prostitucije, suicidalnih postupaka i slično.

Na porodičnu i užu bračnu stabilnost, odnosno na stanje porodičnih odnosa i porodičnu strukturu, prevashodno utiču, pored emocionalnih, i socijalno-ekonomski faktori.

Porodica je u svom razvoju prošla kroz mnoge složene faze, obeležene uticajem velikog broja spoljašnjih, vanporodičnih teškoća i unutrašnjih kriza. Svaka kriza u porodičnim odnosima i egzistencijalnim uslovima predstavlja opasnost za njeno buduće funkcionisanje. Porodična kriza je moguće stanje različitih odnosa i sadržaja u kojima postoji pojedinačno ili grupno nezadovoljstvo porodičnim životom, koje iziskuje neke promene. Najteže forme porodičnih kriza uzrokovane su teškim društvenim i ekonomskim uslovima kojima su članovi porodice izloženi, manifestuju se neposredno u egzistencijalno-socijalnim krizama (nezaposlenosti, stambene nezbrinutosti, nedostatka materijalnih potreba, zdravstvene ugroženosti i dr.). Problem egzistencijalne i socijalne nužde narušava odnose u porodici i prouzrokuje poremećaje odnosa porodice sa spoljašnjim svetom. Neretko u takvim porodicama roditelji, zbog nemogućnosti da ispune svoje roditeljske funkcije, zapadaju u razna stanja neurotičnih poremećaja (anksioznosti i depresije). U takvim situacijama problemi kriza obično multipliciraju sa socijalnih problema na emocionalne i otežavaju uspostavljanje porodične stabilnosti.

Potencijalne psihosomatske i neurotske reakcije, kao i socijalno-egzistencijalna kriza u porodici mogu da izazovu delinkventno ponašanje, posebno ukoliko porodice nisu razvile unutrašnju (emocionalnu) koheziju, pre novonastale krizne situacije.

3. Porodični faktori maloletničke delinkvencije

3.1. Psihološka shvatanja

Modeli vaspitanja i socijalizacije za način vaspitanja u porodici su bitan uslov ponašanja dece u svim razvojnim fazama. Devijantnost može sa sobom nositi i represivni i apstinentni način vaspitanja. U prvom slučaju strogo vaspitanje i kažnjavanje stvara psihološki invalidnu ličnost, nesigur-

nu, depresivnu, a u drugom agresivnu, bez osećanja za granice društveno dopuštenog i normalnog. Dezorganizovana porodica ima višestruke posledice na ponašanje dece. Deca iz takvih porodica, prema mišljenju nekih kriminologa, „kreću se u začaranom krugu, pri čemu dolaze do izražaja delikti, agresivnost, osećanje krivice i teskoba".[2]

Na ovakve stavove ukazivale su i najranije kriminološke teorije i studije. Još je Lombrozo uočio da se među kriminalcima nalazi veliki broj dece poročnih roditelja, vanbračne dece i siročadi. Ovaj problem, pored naslednog faktora, smatrao je da uzajamno deluje i postavio je pitanje: „Kako da se nesrećno dete sačuva od zla, kada mu ga drugi predstavljaju u najzadovoljnijim bojama i, što je još gore, kada mu ga nameću autoritet i primer njegovih roditelja i vaspitača".[3]

Mnogi istraživači su u okviru psihološke teorije privrženosti dokazivali uslovljenost budućeg ponašanja deteta privrženošću deteta sa roditeljem ili drugim starateljem u toku hranjenja i perioda zavisnih potreba, koje bitno utiču na kasnije faze pravilnog razvoja u toku procesa socijalizacije ili odstupanja od društveno prihvatljivih normi. Tumači se da su delinkventi u detinjstvu bili lišeni privrženosti primarnih staratelja, što je posledica nemogućnosti integracije u zajednicu. Na privrženost, prema njihovom uverenju, utiču pored nedostatka jednog ili oba roditelja i česte selidbe, traumatični i teški uslovi života. Posebno ističu da takvi događaji do osme godine razvoja deteta utiču na kriminalnu orijentaciju u godinama kasnije zrelosti. Drugi upozoravaju da nesigurna i blago privržena deca u kasnijim fazama života su sklonija fizičkom nasilju od drugih, te da odsustvo privrženosti u detinjstvu dovode u vezu sa empatijom prema sredini kasnije i sa seksualnom delinkvencijom.[4]

Istraživači koji se bave uslovljenošću ranog i zrelijeg doba u ponašanju čoveka, zasnivajući teoriju životnog doba, uzročni odnos između rane delinkventne orijentacije i takvog ponašanja u zrelijem dobu nije proizvod isključivo individualnih karakteristika, jer je činjenica da jedni nastavljaju devijantnu orijentaciju, dok drugi pod uticajem društvenih uslova menjaju ranije navike i sklonosti.

Na kraju teorijsku proveru navedenih istraživanja u hipotezama dala je i R. Kac u radu „Postavke modela" koji objašnjava model bliske pove-

[2] R. Berger, La famille est-elle un foyr criminogene?, Revue internationale de criminologie et de police technique, Geneve, broj 2/1965.

[3] C. Lombroso, *Le crime Causes et remedes*, Paris, 1899, str. 174.

[4] R. S. Katz, „Building the Foundation for a Side-by-Side Explanatory Model, Western Criminology Reviw, 1999, 1 (2).

zanosti. Ona je potvrdila sledeće kriminološki važne hipoteze: rano odsutni otac stimuliše nesigurnu privrženost deteta; nesigurna povezanost roditelja i deteta obrnuto je uslovljena sa samokontrolom (empatijom), a stimuliše nasilničko ponašanje u kasnijem životu; nesigurna povezanost roditelja i deteta stimuliše neadekvatnu pažnju prema detetu; strogost i nezainteresovanost majke i oca smanjuju dečju samokontrolu; samokontrola je obrnuto srazmerna sa nasilničkim ponašanjem.

Psihoanalitičari, K. Fridlander, pre svih, polaze od toga da je dete nagonsko biće koje se vremenom, iz faze uživanja, prilagođava načelu stvarnosti, što dovodi do preoblikovanja nagona i njihove sublimacije. Oni u periodima razvoja posebno ističu fazu formiranja moralne svesti, kada dete po likvidaciji edipovskog kompleksa prirodno teži poistovećivanju s roditeljem, počinje da ih oponaša, pa ukoliko je njegova porodična okolina kriminogena, svest se može razvijati normalno, ali vladanje je nužno asocijalno.[5]

3.2. Sociološki pristupi

U sociološkim teorijama postoje različiti pristupi i objašnjenja porodičnih faktora u vezi s delinkvencijom. Oni koji polaze od demografskih postavki (Postma) ukazuju na to da je problem u velikim porodicama sa srednjom grupom, po redu rođenja, jer su „okruženi nedovoljnom brigom, razvitak njihovih sklonosti i sposobnosti je sapet, a njihovo vladanje izloženo nepovoljnim uticajima“.[6] Socijalna teorija Hojera, jedna je od retkih koja osporava značaj uticaja porodice na delinkventno ponašanje dece, ali zato prihvata da u njegovim kasnijim fazama odraslosti predstavlja problem prilagođavanja. Teorija diferencijalnih asocijacija Saderlanda, polazi od stavova da dete asimiluje asocijalno vaspitanje od roditelja koje ga kasnije vodi u zločin. Dete može i ne mora postati delinkvent, sve zavisi od učitelja u procesu vaspitanja. Još je Koen u svom delu Delinkventni dečaci zapazio da pozicija određene porodice u društvenoj strukturi određuje probleme sa kojima će se dete kasnije susretati. Iskušavajući razna statusna stanja ono će pre ili kasnije postati „dete sa ugla, dete sa koledža ili dete prestupnik“.

Sociološke teorije u porodične faktore uzročnosti ubrajaju: nepotpune porodice, u kojima porodično ognjište nije razdvojeno, ali je socijalna adaptacija deteta ugrožena, kao i razdvojena porodica, gde se ubrajaju sve vrste rastave, smrti i drugi oblici nestanka jednog od roditelja.

[5] K. Friedlander, The psycho-analytical approach to juvenile delinquency, London, 1949.

[6] Vidi: P. Rey-Herme, Quelques aspects du progres pedagogique dans la reeducation, Paris, 1945, str. 48.

U prvom slučaju uzročni faktori se manifestuju u obliku vaspitne zapuštenosti, upućivanje na delinkvenciju, odbacivanje, patološka posesivnost majke, neumeren autoritet ili pasivnost u vaspitanju od strane oca i slično. Razdvojena „ognjišta" imaju kriminogenu dimenziju u onim slučajevima gde se „razdvajanje" pojavljuje u kauzalnoj vezi s asocijalnošću. Ovde dolaze u obzir mnogobrojne činjenice: socijalnog i seksualnog nezadovoljstva supružnika, frustracije dece u toku bračnih razmirica, izgubljeni autoritet roditelja, pojava trećeg lica u ranijoj bračnoj vezi. Zato što se taj „uljez" kod deteta pojavljuje kao suparnik, ono reaguje prema roditelju osvetnički i ide u samokažnjavanje upuštajući se u kriminalne postupke i ponašanja.

R. Berger svojevremeno predsednik suda za maloletnike u Ženevi pominje neke od ovih faktora kao nesumnjivo potencijalno delinkventne, a s tim u vezi je i jedno karakteristično mišljenje, koje očigledno potiče iz iskustva. On kaže: „U kojem momentu i na koji način je moralno zdravlje deteta izvrgnuto opasnosti pod uticajem kriminogenog porodičnog ognjišta. Skloni smo da kažemo: od njegovog rođenja, pošto vaspitanje počinje u kolevci. Ja lično mislim da se sudbina deteta rešava mnogo ranije. Rado bih utvrdio, da je ona već u velikoj meri upisana u venčanju njegovih roditelja".[7]

4. Porodično nasilje

4.1. Pojam i vrste porodičnog nasilja

Porodično nasilje je ponašanje kojim jedan član porodice ugrožava telesni integritet, duševno zdravlje ili spokojstvo drugog člana porodice"(član 197., Porodični zakon Republike Srbije[8]).

Ono je oduvek postojalo i bilo veoma rasprostranjeno u svim istorijskim vremenima, kulturama i društvima. Kao takvo uvek je imalo veoma ozbiljne posledice, naročito po žene i decu, te je u novije vreme privuklo pažnju nauke da se sagleda njegova uloga kao kriminogenog faktora i fenomena, odnosno da se nacionalnim zakonodavstvima ova pojava reguliše i samim tim suzbije. Unošenjem novog krivičnog dela (Nasilje u porodici) u naše krivično zakonodavstvo ovaj fenomen je izdvojen iz privatne sfere i označen kao društveni problem, odnosno predmet posebne pažnje društva.[9] Savremena porodica je idilična zajednica samo u mašti i nadi.

[7] R. Berger, La famile est-elle un foyer criminogene, Revue internationale de criminologie et de police technique, Ženeva, broj 2/1965, str. 130.

[8] Službeni glasnk br.18/2005.

[9] Krivični zakonik Republike Srbije, Službeni glasnik RS, br.85/2005, član 194.

Ona doživljava značajne promene u odnosu na tradicionalnu zajednicu. Između želja i stvarnosti bračna zajednica se neretko nalazi u ambijentu drugačijem od onog koji se očekuje. Umesto emocija postoji interes, naspram ljubavi često je surova stvarnost, umesto nežnosti seksualno nasilje, umesto tolerancije i razumevanja za nastale probleme, agresija. Na osnovu najnovijih istraživanja obavljenih u zemljama Zapadne Evrope i pouzdanih uzoraka anketa utvrđeno je, da je porodično nasilje i u zemljama koje važe za civilizovane, znatno izraženo.[10] Doduše ni u ostalim zemljama sveta stanje nije bolje, naprotiv.[11]

Uočavajući postojeći problem Savet Evrope na Trećem samitu šefova zemalja i vlada država usvojio je Akcioni plan (Varšava 16-17 maj 2005) s ciljem da sprovede panevropsku kampanju za borbu protiv nasilja nad ženama, uključujući i nasilje u porodici. Na Samitu je konstatovano da je nasilje nad ženama u porodici u porastu i prisutno u svakoj državi članici, da ne poznaje geografske granice, nije ograničeno godinama, niti se može tretirati posebnom sklonošću neke rase, prisutno je u svim vrstama porodičnih odnosa i u svakoj društvenoj sredini.

Ono je evidentno karakteristika ponašanja u različitim oblicima ponašanja njenih članova, fizičkom, ekonomskom, seksualnom ili psiholoakom.

Najčešće žrtve porodičnog nasilja su žene starosti oko 30 godina, u braku ili razvedene, majke dvoje dece, srednjeg obrazovanja ili radnice, konstatovano je na prezentaciji istraživanja "Porodičnopravna zaštita od nasilja u porodici u praksi sudova u Srbiji“ u Nišu 2010. Tim istraživanjem obuhvaćeno 287 sudskih predmeta, od jula 2006. do juna 2008. godine, pred 26 sudova u Srbiji. Postupak za zaštitu od nasilja u porodici najčešće pokretale osobe ženskog pola, čak u 88,2 odsto slučajeva, dok su u 11 odsto slučajeva to činili muškarci.

U većini slučajeva nasilje je dugotrajno i vršeno je u kontinuitetu, a načeai razlozi su ljubomora, sumnja na preljubu i pokušaj žene da napusti

[10] Na osnovu istraživanja koje je naručilo Ministarstvo porodice u Nemačkoj (2003) u anketi 10 264 žene, između 16 i 85 godina starosti, ustanovljeno je da je 58% žena bilo seksualno zlostavljano, 37% su bile žrtve fizičkog nasilja, a 13% žrtve silovanja. Ovom anketom je utvrđeno da se u Nemačkoj porodično nasilje nalazi na vrhu lestvice zajedno s Finskom i Švedskom.

[11] Studija Levinsona (1988) na primerima Saharske Afrike, Srednjeg istoka, Evrope, Severne i Južne Amerike, Okeanije i azijskih zajednica govori da su najčešći oblici nasilja prema suprugama (84,5%), nad mužem u retkim slučajevima u 20%, a često u 6,7% ispitivanih kultura. U većini slučajeva (70%) nasilje ispoljava muž u pripitom stanju, a u skoro polovinu slučajeva (45,5%) razlozi su sumnja u vernost. Vidi: S. Konstatinović-Vilić, Predrasude i stereotipi o nasilju u porodici, Zbornik radova *Pravom protiv nasilja u porodici*, , Niš, 2002, str. 26.

nasilnika. Istraživanje pokazuje da je najveći broj žrtava nasilja u braku 35,2 odsto, bivših supružnika 29 odsto i 16 odsto iz vanbračne, zajednice.

U 56,2 odsto slučajeva žrtava nasilja, odnosno tužiteljka i uženi imaju zajedničku maloletnu decu, koja su u 48,4 odsto slučajeva prisustvovala nasilju, pod dejstvom alkohola u vreme izvršenja dela bilo 39,6 odsto zlostavljača, dok je njih 2,2 odsto bilo pod uticajem narkotika. Najčešći oblici nasilja psihičko u 41 odsto slučajeva, fizičko i psihičko u 33,5; fizičko u 20,7; fizičko i ekonomsko u 1,7; i seksualno u 0,4 odsto slučajeva.

Porodično nasilje je veoma rasprostranjen problem. Teško je izmeriti njegovu stvarnu rasprostranjenost. Istraživači smatraju da statistički podaci u policijskim stanicama i bolnicama ne pokazuju pravi broj žrtava nasilja, već da je taj broj u stvarnom životu mnogo veći, zato sto veliki broj žrtava ne prijavi nasilje, tako da ne postoje zvanični dokumenti o tom činu.

Nasilje u porodici smatra se jednim od najtežih oblika kršenja ljudskih prava. Feministička istraživanja ukazuju na to da je svaka treća žena u svetu tokom života bila izložena nekom od oblika zlostavljanja. [12]U nekim primitivnim sredinama i područjima tradicionalnog nasleđa nasilje muškaraca nad ženom u porodici smatra se delom kulture, čak normalnim odnosom.

- Nasilnici u porodici su lica svih društvenih slojeva, obrazovanja i socijalnog statusa. U vezi s tim samo su različiti i, donekle, prilagođeni oblici nasilja, bilo da je u pitanju verbalno, psihičko ili fizičko nasilje i zlostavljanje bilo njihove različite kombinacije. Nasilje u porodici može izazvati bilo koji član, a najrasprostranjeniji oblici su nasilje roditelja nad decom i nasilje u braku (muža/izvanbračnog partnera nad ženom). Nasilje nad decom podrazumeva različite oblike fizičkog i psihičkog zlostavljanja, ugrožavanja zdravlja i fizičkog integriteta i psihičke strukture ličnosti, kojima se onemogućava njihov normalni emocionalni razvoj i fizičko zdravlje. Nasiljem u braku se smatra, kako fizičko tako i psihičko nasilje, materijalno uskraćivanje potreba i seksualno zlostavljanje.
- Zavisno od kriterijuma razlikujemo i posebne vidove porodičnog nasilja. Prema motivu i tipu korišćenih sredstava, porodičnim nasiljem možemo smatrati: fizičko, psihičko, ekonomsko, strukturalno, seksualno i duhovno.
- Fizičko nasilje podrazumeva fizičko zlostavljanje u različitoj formi (udaranje, premlaćivanje, davljenje, mučenje, ubistvo itd.). Konkretno to se odnosi na fizičke povrede variraju od modrica, posekotina i opekotina do lomova kostiju, uboda nožem, pobačaja i smrti.

[12] S. Konstantinović-Vilić, Predrasude i stereotipi o nasilju u porodici, Zbornik radova „Pravom protiv nasilja“, Niš, 2002.god., str. 26.

U načinu ispoljavanja to se odnosi na korišćenje fizičke sile ili oružja radi pretnje, kazne, dominacije, sprečavanja, kontrolisanja i povređivanja druge osobe, namerno guranje u prolazu; šamaranje; udaranje i po drugim delovima tela (glavom u glavu, šakama, pesnicama ili nekim predmetom), vučenje i čupanje za kosu; šutiranje nogama (gaženje); uvrtanje ruku; davljenje; gašenje cigareta po telu; grebanje; ujedanje; vezivanje; korišćenje noža i/ili pištolja kao pomoćnog sredstva i ubistvo.

- Psihičko nasilje manifestuje se kroz verbalnu manifestaciju koja podrazumeva vređanje; vikanje, omalovažavanje; pretnje; izgovaranje ponižavajućih kritika ili zabrana; ismevanje. Ono se nastavlja psihičkim terorom, odnosno, kontrolisanjem kretanja porodičnog, po pravilu bračnog člana; prisluškivanjem telefonskih razgovora, kontrolisanjem sadržaja ličnih stvari i odeće; ograničavanjem komunikacije sa bliskim osobama, uznemiravanje telefonskim pozivima; pretnjama nanošenja zla najbližima, uskraćivanjem sna; uništavanjem imovine i ličnih stvari, pretnjama samoubistvom; ignorisanjem i zapostavljanjem itd.
- Ekonomsko nasilje može da se posmatra kao vid psihičkog nasilja. Reč je o uskraćivanju prava na raspolaganje novcem i materijalnim sredstvima; nejednaka kontrola nad pristupom zajedničkim resursima.
- To su situacije kada član porodice treba da se pravda svom partneru za svaki izdatak i zahteva da žena napusti radno mesto radi odgajanja dece i/ili pak sprečavanje i osujećivanje pokušaja žene da se zaposli i ekonomski osamostali. Uskraćivanje novčanih sredstava za zadovoljenje svakodnevnih potreba, onemogućavanje daljeg školovanja ili napredovanja na radnom mestu svodi člana porodice i na strukturalno nasilje. Strukturalno nasilje znači (nemogućnost ostvarenja osnovnih prava uzrokovanih razlikama u moći koje proizvode i legitimišu jednakost,
- Svi oblici nasilje imaju u krajnjem i za posledicu i duhovno nasilje u formi emotivnog i verbalnog zlostavljanja (ismevanje ili uništavanje kulturalnih ili religijskih uverenja, korišćenje raznih mentalnih strategija (pretnje, zastrašivanje, ljutnja, vikanje)., postiđivanje partnera na javnom mjestu ili pred rodbinom i prijateljima, kroz kritikovanje ili omalovažavanje partnerovih postignuća ili ciljeva, posesivnost, proveravanje, izolacija partnera od prijatelja i familije.
- Seksualno nasilje čini akte seksualnog zlostavljanja i fizičkog nasilja u deliktima seksualnog odnosa protivno svojoj volja a na koji vas seksualni partner prisiljavam. Ono podrazumeva prisiljavanje

partnera na neželjene ili degradirajući seksualne radnje. Takvo nasilje se ispoljava u najekstremnijem obliku u formi **silovanja** do neprijatnih i ponižavajućih lascivnih šala, neželjenog dodirivanja intimnih zona, nepristojne i neželjene seksualne ponude; seksualne ucene; seksualne prinude (neželjene seksualne radnje vaginalne, oralne/ili analne penetracije; prostitucije); prisiljavanje na gledanje pornografskih sadržaja i prisiljavanje na učestvovanje u pornografskim seansama, itd.

4.2. Uzroci porodičnog nasilja

Uzroci porodičnog nasilja su multifaktorski. U sociološkom smislu su najtešnje povezani sa odrastanjem i nasilnika i žrtve (period od 18 do 30 godine života), materijalnim uslovima života i socijalnim statusom nasilnika i žrtve, životnim iskustvom u nasilnoj porodici, odrastanjem i uslovima života u alkoholičarskoj porodici, nezaposlenost, seksualna frustracija i nezadovoljstvo poslom.

Socijalni činioci i kulturni faktori nasleđa utiču na društvenu svest u kojoj porodično nasilje postaje svakodnevna, pojava koja se i običajno i institucionalno toleriše. Posebno se to odnosi na ulogu žene u društvu i status deteta u porodici. Oni direktno ili posredno stimulišu patrijarhalno društveno i porodično tradicionalno stanje odnosa, subordinacijom jednih i potčinjavanjem drugih članova porodice. Istorijsko nasleđe sa tradicionalnim običajima doprinose slabom ekonomskom statusu žena i socijalnom statusu deteta, što ih stavlja u zavisan položaj kao « prirodnom pravu » u raznim oblicima nasilja.

Osnovni uzroci porodičnog nasilja proizlaze iz etioloških osnova datih kroz socijalne faktore i posebno izdvojenu oblast porodični faktori delinkvencije. U najvećem broju slučajeva, uzroci porodičnog nasilja su u kombinaciji sa socijalnim, psihopatološkim i kulturno-istorijskim činiocima. Ovde je ipak nužno ukazati na neke osobenosti samog nasilja. Osnovni motiv kod porodičnog nasilja je sticanje i zadržavanje kontrole nad porodičnom zajednicom ili pojedinim njenim članovima, što je posledica patrijarhalnosti društva i neravnopravne raspodele moći (fizičke i statusne) među njenim članovima. Polazeći od stereotipa tradicionalnosti većina žrtava nasilja je naučena da ga zasluženo očekuje. Pored nasilja, različito vrednovanje muškarca i žene, starijeg i mlađeg, roditelja i dece takođe je uticalo na osećanje bespomoćnosti i zavisnosti jednih prema drugima i na nužnost tolerancije.

Istraživanja pokazuju da porodično nasilje eskalira, tj. da što duže traje, češće se ponavlja, postaje sve surovije i brutalnije. Nasilje po-

činje sa malim napadima, ali vremenom dolazi do ozbiljnih povreda, koje mogu da se završe ubistvom. Poseban aspekt predstavlja psihičko nasilje koje se izražava u svesnom stvaranju atmosfere straha koja je deo nasilja. Uočena je povezanost između zaposlenosti i socio-ekonomskog položaja muškarca i nasilja u porodici.

Tradicija i prenošenje „kulturnih obrazaca" učinili su da porodično nasilje u društvu ima visok nivo tolerancije u društvenoj reakciji, pa i u samoj zakonodavnoj sferi. Veliki broj zemalja u svetu nije uopšte regulisao ovo pitanje svojim krivičnim zakonodavstvom, dok je jedan broj, među njima i naše, osim slučajeva s najtežim posledicama, prepustio to privatnoj inicijativi, odnosno da oštećena osoba vodi privatni postupak po predlogu tužioca.

Nasilnici u porodici se ne procesuiraju brzo i efikasno, njihovo se ponašanje ne osuđuje sistemski i kroz osudu socijalne sredine i javnog mnenja. Ovaj problem se uočava u evropskim forumima i na njega pojedinim odlukama države upozoravaju i skreće im se pažnja na ozbiljnost problema. Tako je u toku 2009. godine povodom slučajeva porodičnog nasilja sa smrtnim ishodom, Tomašić protiv Hrvatske i Opuz protiv Turske Evropski sud za ljudska prava u Strazburu,doneo dve odluke obe donošenjem osuđujućih presuda protiv pomenutih država, jer je stao na stanovište da postoji odgovornost država u slučajevima porodičnog nasilja zbog nepreduzimanja odgovarajućih radnji i mera od strane nadležnih državnih organa prinude.

Sud je, prilikom donošenja presude protiv Turske skrenuo pažnju na dužnost država zaštite lica koja trpe nasilje, a koje je dobrim delom rezultat nemara države i njene nesposobnosti da ovo nasilje spreči, kao i da efikasno procesuira i kazni učinioce ovih dela. Sud je naglasio potrebu da država, odnosno javni tužilac, nastavi gonjenje učinioca krivičnog dela koje je po karakteru porodično nasilje, iako se žrtva povukla iz postupka, odnosno odustala od krivičnog gonjenja. Po mišljenju Suda, država mora da posveti dužnu pažnju činjenici da se žrtva iz postupka često povlači protiv svoje volje i pod pretnjom učinioca.

Pored navedenog, uzroci nasilja u porodici sadržani su i u drugim faktorima, prvenstveno socijalnim. Ovo je naročito izraženo u siromašnim sredinama, gde vladaju nezaposlenost, socijalna i egzistencijalna nesigurnost, lična zavisnost i statusno stanje dominacije i podređenosti.

Međutim, dobrim delom porodično nasilje je posledica porodične patologije, psihičkih poremećaja, alkoholizma ili nekih situacionih okolnosti. U takvim slučajevima porodični sistem se adaptira na asocijalno ponašanje člana, koji diktira način komunikacije i odnose. Alternativa u

ponašanju porodice s takvim članom je ili tolerancija (trpljenje nasilja) ili pribegavanje nasiljem prema njemu.

Neretko, postoje porodice s vrlo neusklađenim odnosima, sa slabom ili kurtoaznom komunikacijom s okolinom, usled čega se za poremećaj odnosa i ne zna sve dok ne nastanu tragične posledice. S druge strane, ljudi izuzetno retko reaguju na konflikte unutar porodice iako se za slučajeve nasilja zna duže vreme. Predstava da je dom sigurno mesto i da je intimnost doma nedodirljiva ponekad dom čini „utočištem" zla i patologije.

Ekonomska zavisnost, kulturni i tradiconalni obrasci i socijalni status, sprečavaju žrtvu da napusti nasilnu vezu, jer su ekonomski zavisne od nasilnika. Običajima i kulturom ograničene su da preduzmu nešto u svoju zaštitu, već trpe nasilje i ostaju u nezdravoj zajednici. Patrijarhalno uređenje, vremenom stvara svesna uverenja da je nasilje nužno trpeti i zbog potrebe da se njeguje idilična slika porodičnog sklada, pri čemu se očuvanje izgleda srećne porodice prema spoljnom svetu smatra obavezom. Porodično nasilje je neupadljivo, porodica u kojoj ono postoji je zatvorena, a članovi porodice g skrivaju od sredine smatrajući to privatnim problemom, često i sramotom.

Zašto žena trpi ovakva akta nasilja u porodici vezano je za: određene vrste straha, jer se plaši da će nasilnik postati opasniji po nju i decu ako ona ode, veruje da je deci nasilni otac ipak bolji nego da ga uopšte nemaju, neobaveštenost o statusu i pravima u slučaju razvoda, finansijska zavisnost u slučaju nezaposlenosti, nedostatka podrške, rodbine, sredine i institucija društva, osećanja odgovornosti za raspad porodične strukture, odsustvo samopoštovanja i nedostatak alternativne uopšte.

Najčešće stanje u koje zapadaju žene žrtve porodičnog nasilja je depresija**.** Kod njih se, usled kontinuiranog trpljenja nasilja, javlja neugodno stanje pojačanog neraspoloženja i klonulosti psihičke i fizičke energije kojem se subjekt potpuno prepušta. Kao psihički poremećaj predstavlja veoma heterogen skup simptoma vezanih za prolazno ili trajno opadanje neuropsihičke tenzije. Neraspoloženje (tuga) je prateći deo njihovog života. Ona postaje njihov unutrašnji svet, i daje smisao životu i vremenom postaje „normalnost", s neizbežnim gubicima i frustracijama svakodnevnog, stanje koje može da varira od blagih oblika do onih koja su pretnja životu.

Posledično se manifestuje u vidu fizičkih smetnji; poremećajima osećanja (razdražljivost, nestrpljivost, bes i agresivna osećanja); poremećajima u ponašanju (povlačenje iz društvenih, radnih i zabavnih aktivnosti) i poremećajima u mišljenju. Žrtve koje zapadaju u ovu vrstu osećanja

odluke o odlučnom prekidu s partnerom donose teško; postoji osećanje nadolazeće i neizbežne katastrofe; preokupiranost sopstvenim greškama ili manama; evidentna preterana samokritičnost sa bezrazložnim samoosuđivanjem.

4.3. Nasilje prema deci

Unutar porodice, dete može biti objekt i svedok nasilja, bilo direktno ili indirektno. Pri tom, ono je izloženo psihičkoj torturi i doživljava stres. Direktno nasilje nad decom podrazumeva korišćenje fizičke sile ili pretnje, koje izazivaju psihički ili fizički bol, patnju, strah, kao i neke vidove seksualnog zlostavljanja, ekonomskog izrabljivanja ili materijalnog i socijalnog zanemarivanja. Nasiljem se dete u porodici ne navikava samo na bol i patnje nego i uči nasilju. Kontinuirani stresovi kod deteta stvaraju pogodne uslove da se i samo razvije u ličnost sklonu upotrebi sile i konfliktu. Tako se stiče navika da se nasiljem kao racionalnim sredstvom prema slabijem dolazi do cilja.

Ma koliko apeli savesti i represivna državna reakcija išli ka tome da se ova pojava spreči, nasilje nad decom još uvek, pa i civilizovanim društvima, podleže stereotipnom tipu modela vaspitanja dece da je „batina iz raja izašla“. Kada se uz to ima u vidu i tradicionalno shvatanje da roditelji na to „imaju pravo“ onda nasilje poprima legitimitet u porodičnom vaspitanju.

Posredno, deca nasilje doživljavaju kada u porodičnim obračunima (verbalnim ili fizičkim) postaju žrtve, posebno u slučajevima razvoda, gde roditelji uzimaju decu za 'taoce'. U slučajevima promene bračnog stanja, neretko se dešava da roditelji tolerišu seksualno zlostavljanje i fizičko maltretiranje dece, koje vrše očuh, maćeha ili polubraća. Kada su u pitanju devijantne ličnosti (narkomani i alkoholičari) praksa ukazuje na to su oni kao i paranoidni šizofrenici osobe sklone da zlostavljaju ili zapostavljaju decu.

Deca koja su svjedoci zlostavljanja skloni su depresiji i psihičkim poremećajima i stiču sklonost da i sami budu fizički nasilni u kasnijem periodu. Deca prema nasilniku u porodici ispoljavaju različita emocionalna reagovanja, a posebno besom usmerenom i prema nasilniku i prema žrtvi, smatrajući i jedne i druge krivcima, osećanjem sopstvene krivice za takvo stanje, strahom od stalnog nasilja u porodici i stida u sredini. Pored toga, takvo dete karakteriše strah od pojedinog člana porodice, strah od muškarca uopšte, strah od fizičkog kontakta bilo koje prirode, bežanje od kuće, nesigurnost, ekstremna poslušnost i pokušaji samoubistva.

Zloupotreba i zanemarivanje dece posebno je apostrofirana od strane Svetske zdravstvene organizacije u dokumentu Konsultacija o sprečavanju zloupotrebe dece (Ženeva 1999), u kome se navode sledeći oblici: fizičko zlostavljanje – u formi stvarnog ili pretećeg napada na fizički integritet; seksualna zloupotreba – uključivanje deteta u seksualne aktivnosti koju ono ne shvata ili joj razvojno nije doraslo, navođenje na bilo kakvu seksualnu aktivnost, bez saglasnosti, korišćenje za pornografske predstave i primoravanje na prostituciju; emocionalna zloupotreba – onemogućavanje i odsustvo razvojno primerenih emocionalnih i socijalnih sposobnosti deteta za funkcionisanje u društvu, skladno njegovom uzrastu; zanemarivanje – odsustvo potrebnih potreba deteta u sferi obrazovanja, emocionalnog razvoja, ishrane, smeštaja, zdravlja, kulturnih i fizičkih potreba; eksploatacija – korišćenje deteta u bilo kojoj oblasti koja je neprikladna u fizičkom i mentalnom smislu mogućnosti, a koje ugrožavaju njegov emocionalni, fizički i socijalni razvoj.

Neka deca su posebno izložena navedenim oblicima nasilja, a posebno: neželjeno dete, dete iz incestualne veze, dete koje majku podseća na omraženog supruga, , dete rođeno mimo volje majke, dete rođeno kao posledica silovanja, dete koje postaje majci „lični teret“, zbog novih veza – „uljeza“, dete rođeno posle razvoda, vanbračno i invalidno dete.

Fizičko zlostavljanje dete u porodici predstavlja najtamniju i najtajniju brojku porodičnog nasilja. Pretpostavke da su ovoj vrsti nasilja svekodnevno izloženi milioni dece u svetu svih uzrasta. Ono se ispoljava u svim vidovima ranije opisanog fizičkog nasilja, s nekim posebnostima, kao što je ograničavanje fizičkog kretanja, vezivanje i zaključavanje u prostorijama. Najteži vidovi postoje u formi fizičkog ugrožavanja i fizičke likvidacije, tzv. „sindrom pretučenog deteta“, koje se u porodici pravda zadesnim slučajevima i nehatnih postupaka.

Emocionalno zlostavljanje ima različite forme manifestacije i uzročnosti. Ono čini posebne vidove roditeljskog ponašanja od odbacivanja, zastrašivanja, izolacije, navođenje na devijantno ponašanje, verbalno ponižavanje, uslovljavanje ljubavi i pažnje, insistiranje na identifikaciji i mnoge druge aktivnosti roditelja prema kojima dete zauzima odbojan stav.

Posredni oblik zlostavljanja odvija se i u formi zapostavljanja odnosno zanemarivanja deteta. Ono može biti u formi psihofizičkog, uskraćivanje pažnje i ljubavi, zapostavljanje materijalnih potreba i potreba zdravlja, školovanja, izbegavanje obaveze izdržavanja, odsustvo vaspitnih uticaja, nužnog nadzora.

Seksualno zloastavljanje predstavlja najteži i najporočniji vid porodičnog nasilja. Najčešći nasilnici su otac i očuh, a žrtve devojčice, ali ne-

retko i dečaci svih uzrasta. Ono što čini ovaj oblik nasilja alarmantnim, jer se čini u kontinuitetu, po pravilu je incestualnog ili prostitucionog oblika, predstavlja nastrožiju porodičnu tajnu i posledično je najtraumitačniji oblik od svih vidova porodičnog nasilja.

Nekada je zlostavljanje dece sistemsko i odraz kulture i običaja u pojedinim krajevima sveta. To je posebno slučaj s tradicionalnim preferiranjem muške dece[13] i obrezivanjem ženske.[14]

4.4. Bračno nasilje

U većini slučajeva porodični konflikti imaju osnovu u poremećajima bračnih odnosa. Nasilje kao logičan sled bračnih, posle verbalnih, razmirica pretežno se svodi na pojedine oblike zapostavljanja i zlostavljanja žene. Nedavno objavljeni rezultati Viktimološkog društva Srbije, ukazali su na to da je svaka druga punoletna žena u svojoj porodici doživela neki oblik psihičkog nasilja, svaka treća je fizički napadnuta, dok je svakoj petoj prećeno nasiljem.[15]

Pored opštih faktora uzroka porodičnog nasilja, dva se izdvajaju po specifičnosti nasilja nad ženama: pojava mizoginije i statusa žene u društvu uopšte. Izraženu mizoginiju srećemo još u tradiciji grčke mitologije

[13] Tradicionalno preferisanje muške dece posebno je rašireno u Kini, Severnoj Koreji, Indiji i Pakistanu. Ženska dojenčad, devojčice i žene bivaju uskraćene za hranu i lekarsku zaštitu. Sa napretkom tehnike moguće je veoma rano odrediti pol fetusa u telu majke. Ukoliko je reč o ženskom fetusu vrše se pobačaji, ili se devojčice nakon rođenja ubijaju odnosno napuštaju.

[14] Takozvana FGM (= Female Genital Mutilation) je veoma raširena u Africi kod mnogih plemena. U Egiptu, Etijopiji, Sudanu i Džibutiju gotovo 100% žena ima ovakvu sudbinu. U ostalim državama su obrezane samo pripadnice pojedinih plemena, npr., u Nigeriji, na Maliju, u Senegalu, Burkina Fasou ili u Keniji. FGM se pojavljuje i na arapskom poluostrvu (Ujedinjeni Arapski Emirati, Južni Jemen) i u delovima Azije.

[15] Prema podacima iz brošure *Porodično nasilje u Srbiji*, skoro svaka druga žena, tačnije 323 od 700 anketiranih, ili 46,1% žena doživelo je neki oblik psihičkog nasilja. Ono se može sagledati kroz već poznate mehanizme torture: ponižavanje i omalovažavanje, izolaciju, psihičko i emocionalno zlostavljanje, ekonomsko nasilje, kao i pretnje, zastrašivanja i korišćenje muških privilegija kojima se žene potčinjavaju. U najvećem broju slučajeva nasilnik je muž ili partner (63,5%), potom otac (16,1%) i majka (8%), svekrva (9,3%) i svekar (6,8%), dok se kao nasilnici u manjem broju slučajeva pojavljuju i drugi članovi porodice. Fizički napad od nekog člana porodice doživelo je 214 ili 30,6% žena. U tri četvrtine slučajeva nasilje se dešavalo u bračnoj ili partnerskoj zajednici, pa su u 74,8% slučajeva nasilnici muž ili partner. Statistika je pokazala da su šamaranje i prebijanje najrasprostranjeniji oblici fizičkog nasilja i na njega se požalilo čak 21,9% ispitanica. Davljeno je, pesnicom udarano u glavu i šutirano 1,5% Oko tri procenta učesnica u anketi su gurane, čupane, udarane i savijane su im ruke. U repertoaru nasilništva našle su se i „tradicionalne mere prevaspitavanja“, kao što su klečanje na kukuruzu i zatvaranje u bure.

(likovi Harpija, Furija, Sirena), preko srednjovekovnih religijskih stavova o ženama, do novovekovnih filozofskih i naučnih rasprava.[16] Mizoginija, kao oblik mržnje, netrpeljivosti ili drugih vidova animoziteta prema ženama manifestuje se ne samo u mišljenju i stavovima ljudi, već i u diskriminacionim postupcima u sferi svakodnevnog i javnog života, kao i najintimnijih odnosa između žena i muškaraca. Ona je, podloga nasilja prema ženama, neposredno povezana sa tradicionalnom patrijarhalnom, rodnom, etničkom i socijalnom marginalizacijom i neformalnom i formalnom diskriminacijom.

Društveni i socijalni položaj žene, čak i u zemljama s demokratskom tradicijom, ne čini njen statusni tretman jednak muškarcima, pogotovu ne u zemljama s patrijarhalnim načinom života. Posledica toga je da u ovoj oblasti nije reč samo o posebnom obliku porodičnog nasilja, već nasilju nad ženama kao socijalnom grupom po osnovu njene polne pripadnosti. Ova pojava crpi legitimitet ne samo iz tradicije kulture nego i zato što žene prihvataju takvu stigmu jer nasilje nad sobom doživljavaju kao prirodnu nužnost i objektivnu posledicu svog pola, biološki zasnovanu, a socijalno nužnu, formu veze i odnosa između muškarca i žene. Ni međunarodne okolnosti, odnosno stavovi o statusu žene nisu išle u prilog njene zaštite od nasilja. Naime, ono dugo vremena nije uopšte posmatralo kao povreda ljudskih prava, već kao „interna" stvar kulture i pravnih sistema pojedinačnih država, a u nacionalnim okvirima tretirano je kao „porodična stvar", tj. smatra se bračnom nesuglasicom. Svi ti patrijarhalni obziri sputavali su zlostavljane žene da potraže neki od oblika formalne reakcije ili neformalne zaštite, jer je povratak u roditeljsku kuću bio nemoguć zbog „sramote" koju bi morala da trpi i žena i porodica, pa je najbezbolniji izbor od trpljenja do pribegavanja samoubistvu.

Razni oblici diskriminacije i nasilja pojedinih članova porodice javljaju se u raznim fazama života nasilnika i žrtve. Pre rođenja u vidu selektivnih pobačaja ženskih fetusa; (preferisanje sinova); u doba dojenčadi: ubijanje ženske dojenčadi; u detinjstvu i mladosti: prisilni brakovi i trudnoće maloletnica, obrezivanje žena/osakaćivanje genitalija, seksualna zloupotreba od strane pripadnika sopstvene porodice i stranaca, dečja prostitucija i dečja pornografija, favorizovanje sinova i zabrana pristupa hrani i medicinskoj zaštiti; u doba adolescencije: silovanje, seksualno zlostavljanje na radnom mestu, prisilna prostitucija, trgovina devojčicama i ženama, ubistva

[16] Takva shvatanja susrećemo kod Šopenhauera i Ničea u filozofiji, Čezare Lombroza, Herberta Spensera i Emila Dirkema. Spenser i Dirkem su, kao i Bahoven, smatrali da su žene na nižem stupnju evolutivnog razvitka u odnosu na muškarce. Darvin je, slično tome, verovao da žene reprezentuju prošli i niži stepen civilizacije.

zbog časti; u odraslo doba: zlostavljanje od strane supruga, nasilja i ubistva zbog devojačkog miraza, seksualno zlostavljanje na radnom mestu, silovanje; u starosti: zlostavljanje udovica.

Nasilje u porodici usmereno je pre svega ka ženskim članovima porodice, karakteristično za sve kulturne, tradicionalne i religijske prostore, tako da predstavlja trajan oblik viktimizacije žena.[17] Zato se nasilje prema ženi registruje kao univerzalni model, bez obzira na njen obrazovni status, na društveni položaj, uzrast, veru ili kulturu. Većina istraživanja i radova o nasilju u porodici govori u prilog teze da se pojedini oblici nasilja u različitim formama pojavljuju u svim fazama uzrasnog razvoja žene od njenog rođenja do duboke starosti.[18]

Prema vrsti napada možemo razlikovati lično i strukturalno nasilje. Lično nasilje je pretežni oblik pod kojim podrazumevamo direktni fizički napad na telo žene, npr., nanošenje telesnih povreda, telesno zlostavljanje ili ubistva, seksualno zlostavljanje i silovanje žena. Strukturalno nasilje izraženo je u pozicioniranju statusa manje vrednosti, njenom nepoštovanju kao porodičnog i društvenog subjekta.

Neke situacione okolnosti veoma pogoduju nasilju nad ženama, posebno alkoholisanost supruga, takozvana međugeneracijska transmisija nasilja, traumatsko iskustvo zlostavljanja u djetinjstvu, prisustvo nasilnom odnosu oca nad majkom, nasilje žene u sekundarnoj porodici karakteristično od drugih članova domaćinstva.

Najteže posledice porodičnog nasilja su ubistva njenih članova. Uzroci pojava, motivi izvršilaca, sredstva i okolnosti izvršenja u svetskim razmerama dosta su slični, i odražavaju stanje i u Srbiji.[19] Počinioci „po-

---

[17] U Nemačkoj i SAD-u svaku treću ženu su bar jednom u životu zlostavljali muški članovi njene porodice, tj. suprug ili partner; u Rusiji se 80% svih zločina dešava kod kuće; na Kubi je 1992. godine provedena anketa koja je pokazala da su 26,2% ispitanica žrtve fizičkog nasilja, a 33,5% prihičkog nasilja koje nad njima vrše njihovi supružnici. Sudeći po rezultatima ankete provedene u Beijingu petina ispitanica je žrtva zlostavljanja kod kuće; u Egiptu jednu od tri žene je najmanje jednom u životu pretukao suprug; u Kuvajtu je oko 15% žena izloženo nasilju u kući; u Pakistanu je 80% žena izloženo nasilju u kući; Papua Novoj Gvineji dve trećine svih žena su pretučene u braku; u Litvaniji 34,5% svih žrtava ubistava su žene koje su ubili njihovi supruzi, i u Južnoj Africi svaki šesti dan bar jednu ženu ubije njen muž ili dečko. Statistika preuzeta od: United Nations: The World's Women 1995. Trends and Statistics. New York 1995.

[18] Tabele prilagođene: Šmit-Hojer, Julija: Ljudska prava – Prava muškaraca – Prava žena; LIT: Minster 2002, S. 172.

[19] Prema jednom zanimljivom novinarskom istraživanju (vidi :Vreme broj 658: Miodrag Marković, Ivan Dimitrijević, Staša Čizmić, Mašin Vuković, koordinator istraživanja: Filip Švarm) u Srbiji je u periodu od 1. januara 1993. do 1. jula 2003, prema evidenciji koju je sačinio MUP, počinjeno 614 ubistava u okviru porodice. U 94 slučaja, za peri-

rodičnih“ ubistava postoje u različitim varijantama srodstva, ali je najčešće reč o muškarcima – pretežno su muževi ubijali žene, zatim očevi sinove i brat brata. Vrlo su retki slučajevi, ukoliko se izuzmu čedomorstva, da je majka ubila sina, dok su slučajevi da je sestra ubila brata, pogotovu iz koristoljublja, čak i u svetskim razmerama, izuzetak. U obostranom obračunu koji završava tragičnim ishodom ubistva najčešće su suprug i žena, a posledice samog čina u ponašanju izvršilaca su različite. Muževi ubijaju svoje žene mahom u afektu, a neretko posle toga izvrše samoubistvo. Kada donese odluku da ubije, žena retko odustane od te namere jer, za razliku od muškarca, nikad ne ubija zbog ljubomore, već najčešće posle dugogodišnjeg nasilja i zlostavljanja, pa ne oseća grižu savesti. Žene svoje nasilne partnere uglavnom ubijaju na spavanju, kada žrtve ne očekuju napad. Uzrok tome je psihologija patrijarhalnosti, jer osoben pečat ubistvima žene od strane muža daje motiv ljubomore, kada emotivni naboj mržnje ukida svaku kontrolu afekta. Postoje i drugi vidovi racionalizacije postupaka kao što su optužbe za loše vođenje domaćinstva (prepoznatljiva patrijarhalna optužba), za odbijanje seksualnih odnosa (muška racionalizacija sopstvene deficijencije na intimnom planu), optužbe za neposlušnost.

Prema desetogodišnjoj evidenciji i analizi lekara Odeljenja za psihijatrijsko veštačenje pri zatvorskoj bolnici u Beogradu tri četvrtine slučajeva ubistava najbližih rođaka počinili su muškarci a jednu četvrtinu žene.[20] Veštaci ove Zatvorske bolnice ustanovili su i da između muškaraca i žena postoje bitne razlike u motivu izvršenja zločina. Muškarci najčešće ubijaju usled akutnih duševnih poremećaja i alkoholizma, a žene to mahom čine u afektivnom stanju. Među muškarcima je mnogo više psihički bolesnih, dok su žene, iako duševno zdravije, emocionalno labilnije. Muškarci najčešće ubijaju supruge i roditelje, a žrtve žena su obično muževi i deca. Muškarci su u 38% slučajeva ubili svoje supruge, a u istom procentu i svoje roditelje. U istovetnom procentu (38%) slučajeva žene su bile ubice dece i muževa.

Mnogo ređi slučajevi kod „porodičnih ubistava“ su ona izvršena iz motiva koristoljublja, kao i dela čije su posledica sumanute ideje duševno bolesnih osoba.

---

od od 1993. do 2003, počinioci su izvršili samoubistvo, što će reći da je ukupno bilo 708 žrtava porodičnih obračuna u poslednjih deset godina. Najviše je samoubistava, kojima su prethodila „porodična“ ubistva.

[20] Od veštačenih slučajeva u periodu od 1. januara 1993. do 31. desembra 2002. godine, kroz Odeljenje je prošlo 266 ljudi koji su ubili najbliže rođake. Među njima je 212 muškaraca i 54 žene.

Slučajevi koji zauzimaju visoko mesto u statistici jesu ubistva koja počine majke nad svojom decom. Kao motivi razlikuju se tri grupe slučajeva: a) ubistvo deteta koje izvrši duševno obolela majka; ubistvo iz ljubomore – kada dete čini smetnju u odnosu sa partnerom; ubistvo iz socijalnih razloga, kada majka iz raznovrsnih razloga usled teških socijalnih uslova ubija decu jer nema drugo rešenje za njih.

5. Profil nasilnika

U psihološkom smislu nasilnik u porodici je delinkvent po tendenciji, ili delinkvent iz strasti. Radi se o osobama čija je kriminalna karijera više uzrokovana subjektivnim činiocima ličnosti nego socijalnim faktorima, bilo da je reč o poremećajima biološkog, psihološkog bilo psihopatološkog karaktera. Kod ove kategorije prestupnika najčešće se, uz osnovne krivične sankcije – kazne, izriču i mere bezbednosti čuvanja, lečenja i posebne terapeutske mere u penalnom tretmanu osuđenika.

Takvu ličnost u socijalnom ponašanju i u običnom životu izvan porodice ne možemo lako prepoznati, jer se ničim posebno ne ističe. Oni nasilje čine u uslovima i ambijentu kada i gde to niko ne vidi. Nasilnik traži žrtvu, i iživljava se nad slabijim od sebe, gde i kada on se oseća superiorno. On manipuliše strahovima i zavisnošću žrtve, sve dotle dok žrtva ne iskaže stvarni i javni opor nasilniku.

Po pravilu i pretežno nasilnici su muške osobe i suprug kao bračni partner. Međutim, ni žene nisu sasvim isključene od sklonosti te vrste. Prema podacima Viktimološkog društva Srbije, 2007. godine bilo je 58 žena osuđenih za nasilje u porodici, da bi 2009. godine taj broj porastao na 111.

Kako prepoznati nasilnika u raspoloženju i ponašanju. Šta su indikacije nasilničke motivacije. On pati od promjena raspoloženja, što se od žrtve tumači da je njegovo ovakvo stanje posledica nekom problemu koji ga tišti. Posesivnost i patološka ljubomora traži od žrtve da mu se pravda za svaki minut proveden bez njega. Verbalno uvredljiv, koristi pretnje da bi žrtvu ubedio da je ono što on govori ispravno. Frustraciono je niskog praga tolerancije, lomi stvari ili udara o zidove i druge delove stana, vrata i sto, koristi simboličko nasilje kao što je cepanje slika ili uništavanje ličnih stvari žrtve.

Počinioci nasilja u najvećem broju slučajeva pate od asocijalnih poremećaja ličnosti. Osobe sa ovakvim poremećajima imaju smanjenu sposobnost osećanja krivice, tuge ili griže savesti. Reč je o tipičnom neurotičnom prestupniku, delinkventu kod koga ponašanje stalno varira

između normalnog i patološkog. U tipologiji krivaca dato mu je značajno mesto. U antropološkoj teoriji Lombroza i kliničkoj kriminologiji Di Tulia definisani su razni tipovi neurotskog zločinca kod kojih su prisutni razni oblici neuropatija i psihopatija. Prema shvatanjima Bromberga neurotični prestupnik deluje na simboličan način da bi zadovoljio nesvesni nagon.

Nasilnik ovog tipa je produkt psihičkih smetnji, unutrašnjih sukoba, težnji za uživanjem i raznih kompleksa iz detinjstva zbog kojih odrasla osoba nalazi oduška u deliktu.

U tipologiji psihopatoloških poremećaja reč je o pojavi psihopatije ili tzv. disocijalni poremećaj ličnosti, kod koga su urođeni poremećaji u strukturi, ponašanju i emocionalnom razvoju ličnosti, naročito složenijih komponenti, tzv. socijalnih emocija, ličnih osećanja i volje. Ovde nije samo reč o duševnom poremećaju, već o poremećaju strukture ličnosti i psihičkih funkcija, kao što su mišljenje, pamćenje ili percepcija. Prema tome, kod njih nema defekta inteligencije ni sposobnosti rasuđivanja, već je u pitanju izopačenost u i moralnim nazorima, poimanju socijalnih normi, nedostatku volje, motiva i radnih navika, a posebno emotivnih komponenti.

To je trajno stanje poremećenosti karaktera tipično za određene kategorije teških delinkvenata,[21] te se zato psihopatije smatraju uzročnicima porodičnog nasilja, i to iz više razloga.

Kod psihopata ne postoje, ili su veoma ograničeni, moralni obziri i norme, evidentno je odsustvo svesti o univerzalnim vrednostima, dakle u prestupničkoj delatnosti nema osećanja krivice. Odlikuje ih emocionalna nestabilnost, slaba kontrola afekta, prkosno i agresivno ponašanje, asocijalnost i nastranost.[22] Afektivno su razdražljive ličnosti s veoma sniženim pragom tolerancije na frustraciona stanja.

To su osobe kod kojih Superego nije oformljen. Egocentrične, afektivno hladne, labilnog raspoloženja, nepostojane i ćudljive prirode, imaju izrazito neprijateljski stav prema okolini. Emocionalno nestabilni, reaguju često impulsivno na trenutni motiv, nagonski, prkosno, osvetoljubivo i agresivno, beskrupuloznim postupcima, laganju, prevarama. U savremenoj američkoj psihijatrijskoj literaturi psihopatama se smatraju osobe s patološkom seksualnošću i afektivnošću, amoralnim i asocijalnim sklonostima, karakterističnim za nasilnika u porodici.

---

[21] Podaci o delinkventima pokazuju da ovaj faktor ima određeni stepen kriminalne uslovljenosti, jer se među kriminalcima nalazi i do 15% psihopata.

[22] Šire o psihološkom profilu psihopata i sklonosti ka pojedinim vrstama kriminala vidi: D. Radulović, Teški oblici kriminala psihopata, Zbornik radova *Teški oblici kriminala*, Budva, 2004, str. 387–413.

Iz krivičnopravnog aspekta, psihopate spadaju u uračunljive, tj. smatraju se osobama odgovornim za svoje postupke i samo povremeno mogu dospeti u stanja slična kao kod duševnih bolesnika, odnosno u stanje smanjene uračunljivosti. U kriznim situacijama moguće su naglašene crte neurotičnosti ili nekih vidova parapsihotičnih stanja (šizoidnosti ili paranoidnosti), što ih podstiče na primitivne oblike reagovanja u datoj situaciji. Iz kriminološkog aspekta klasifikacije psihopata interesantniji za proučavanje su hladni šizoidni tipovi, bezosećajne osobe, koje su u svojim postupcima nagonski brutalne i čine krivična dela hladno i s predumišljajem, kao i asocijalne i antisocijalne psihopate.

Psihopata se definiše multidisciplinarno kao loša sinteza interpersonalnih, bioloških i sociokulturnih okolnosti.[23] To je osoba iracionalnog i nesvrsishovitog asocijalnog ponašanja, sa manjkom svesnosti i emocionalnim vakuumom. Oni nemaju izgrađenu moralnu svest da druge osećaju kao bića vredna saosećanja, zato mnoge ubice i siledžije – psihopate svoje žrtve definišu bezvrednim stvorovima, propalicama i slično.

Ovaj profil nasilnika ispoljava mnogobrojne specifičnosti u razvoju kriminalne karijere, vrste i posebno načina izvršenja krivičnih dela i odnosa prema žrtvama. Osnovna osobenost je njihovo znatno učešće u najtežim oblicima kriminaliteta, recidivizam[24] i emocionalna ravnodušnost, odnosno bestijalnost odnosa prema žrtvama u toku izvršenja krivičnog dela. Skoro dve trećine psihopata počine novo krivično delo u roku od tri godine od puštanja iz kazneno-popravne ustanove, u poređenju sa samo jednom četvrtinom prestupnika koji nemaju ovu vrstu poremećaja. Najizrazitiju sklonost ispoljavaju u deliktima nasilja, posebno delima ubistava, silovanja, razbojništva i zlostavljanja u porodici, rat-

[23] Smatra se da su u 60% slučajeva uzroci za razvoj psihopatskih crta ličnosti u gubitku jednog ili oba roditelja, kao i drugim činjenicama porodičnog života: lišenosti roditeljske ljubavi; nedosledna disciplina – isuviše strog otac a istovremeno isuviše popustljiva majka, zbog čega dete ne podnosi autoritete i manipuliše majkom i licemerno ponašanje roditelja koji u sredini glume „srećnu porodicu" a istovremeno omalovažavaju dete. Pouzdano je utvrđeno da nasleđe ima veliku ulogu u razvoju psihopatskih crta ličnosti, pa je u tom smislu nekoliko različitih grupa istraživača nastojalo da utvrdi koji efekat imaju geni na različite oblike psihopatskog ponašanja. To se posebno odnosi na studiju Jeanette Taylor i njenih kolega i njihov pokušaj da se utvrdi uticaj gena na dve dimenzije koje određuju psihopatiju: impulsivno/antisocijalno ponašanje i bezobzirnu/neemotivnu ličnost.

[24] Istraživanja povrata u kriminalitetu pokazuju da kriminalci s psihopatskim crtama ličnosti tri do četiri puta češće vrše delikte nasilja u povratu od nepsihopatske delinkventne strukture. O tome šire vidi D. Radulović, Teški oblici kriminala psihopata, Zbornik radova *Teški oblici kriminala*, Budva, 2004, str. 390.

nim zločinima.[25] Psihopate delikte vrše iz različitih pobuda: interesno motivisana (ubistva i razbojništva), zadovoljavanja sadističkih strasti (silovanja), te ostvarivanja pozicije moći i dominacije (ratni zločini, nasilje u religioznim sektama i porodično nasilje).

Zbog činjenice da je ovaj oblik poremećaja, u osnovi, trajan kod ličnosti, da u izvršenju deliktne radnje kod njih nema osećanja krivice prema njima mere prevaspitanja i resocijalizacije su dosta neuspešne.

Izolacija odnosno strožija kaznena politika prema ovoj kategoriji prestupnika može, samo delimično, doprineti suzbijanju njihove kriminalne aktivnosti. Nekažnjavanje ili blaže sankcije u fazi početnih lakših delikata kod psihopata stimuliše psihološki utemeljenu predispoziciju ka kriminalnoj orijentaciji. Samo prisutno uverenje da će za delikt biti otkriven i kažnjen može ovu kriminalnu strukturu, donekle, odvraćati od izvršenja krivičnih dela.[26]

[25] Varijacije istraživanja psiholoških profila nasilnika ukazuju na enormno visok stepen zastupljenosti psihopata u deliktima nasilja, čak 70–85% zavisno od kriterijuma merenja antisocijalnih poremećaja.

[26] Neka istraživanja ukazuju na to da u celokupnoj ljudskoj populaciji 3–5% muškaraca i ispod 1% žena spadaju u grupu psihopata.

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

Family Factors of Crime and Domestic Violence

Abstract

Family factors and domestic violence is the current problem of causality and the special manifestation of crime. Reasons for the interests of science to this problem proiziaze from the fact that it is a very widespread phenomenon delinkvetnog behavior, rooted traditionally outside the focus of government - an institutional intervention and regulation, but with very significant social consequences of a criminal nature. This paper presents a theoretical framework of family factors as causal factors of crime in general, as well as all shapes and forms of domestic violence, its causes, profiles of criminal thugs and viktimalne typology of the victims.

Key words: family, family factors, crime, domestic violence.

Originalni naučni rad 347.63(4+497.11)

Gordana Kovaček-Stanić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

AUTONOMY OF THE CHILD IN CONTEMPORARY FAMILY LAW

Abstract: *This paper deals with the autonomay of the child comparing Serbian family law and laws of European countries. The Commission on European Family Law defines Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities in 2007, including the principle regarding rights of the child. These are: the best interest of the child, the autonomy of the child, the non-discrimination of the child, child's right to be heard, the conflict of interests. The child as an autonoumous individual, having particular rights including the right to participation was for the first time seen in the UN Convention on the Rights of the Child 1989.*

According to Serbian Family Act 2005 the child at the certain age has got some specific rights. For instance, at the age of fifteen if the child is able to reason has these rights: to change a personal name, to get the information on his/her origins, to decide with which parent he/she will live, on maintaining personal contact with the parent he/she does not live with, the right to give consent to medical procedures, to decide which secondary school he/she will attend. The child has the right to freely express his or her opinion if the child is capable of forming an opinion. When reaches ten years of age the child has the right to freely and directly express his/her opinion. The Family Act of Serbia 2005 has introduced a special court proceeding in disputes for the protection of the child's rights.

Key words: *autonomy, child, right, opinion, consent, origins, education, medical issues, European laws*

1. Introduction

In contemporary family law the child is an active participant in family law relations. In previous historical periods, the focus in family law was on the rights and obligations of parents towards children. The next step in family law

was a theory of the existence of a correlative relationship between the rights and obligations of parents and the rights of the child. In contemporary family law the child becomes the holder of independent rights, but also has a right to participate in the decision-making in important matters concerning him/her. Obtaining independent rights is an important step in the position of the child in family law. But, to declare that the child has independent rights is just a beginning in strenghtening the position of the child in family law. The next step should be the issue of how these rights should be exercised. It could be said that the evolutional trend in family law concerning the position of the child would be the matter of increasing the degree of the exercise of his/her rights in practise.

The Convention on the Rights of the Child, adopted in 1989, was the first binding document for signatory states related exclusively to the rights of the child.[1] Furthermore, with respect to the rights of the child in general, on the international level, also of great importance is the European Convention on the Exercise of Children's Rights 1996, adopted by the Council of Europe. The goal of this Convention is "in the best interest of children, to promote their rights, to grant them procedural rights and to facilitate the exercise of these rights by ensuring that children are themselves, or through other persons or bodies, informed and allowed to participate in the proceedings affecting them before a judicial authority".[2]

In Serbian family law, the rights of the child are expressly regulated in the Family Act 2005, for the first time under a separate chapter consisting of eight articles.[3] The same regulation exists in the laws of other Eastern European countries, such as Russia and Croatia, for example. The Family Act 2005 regulates the following rights: the right of the child to know who his or her parents are, to live with his or her parents, to maintain personal relations with parents and other persons close to him/her, the right to a proper and full development, the right to education, the right to an opinion, as well as the obligations of the child, (Arts. 59-66). Beside providing a broad scope of child's rights, the Family Act 2005 also ensures the its exercise. The child can exercise his/her rights independently at a certain age.

---

[1] It was adopted by the Resolution of the United Nations General Assembly of 20 November 1989 and was ratified by Yugoslavia in 1990, *Official Journal of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia-International Contracts,* No. 15/1990.

[2] More in: Geraldine Van Bueren, Annual Review of International Family Law, *The International Survey of Family Law*, A. Bainham (ed.), The Hague, Boston, London, 1995, pp. 5-8.

[3] The Family Act, *Official Journal of the Republic of Serbia* 18/2005 of 24 February 2005, entered into force 8 days after publishing, implemented from 1 July 2005. The Draft of the Family Act was prepared by a Draft Team with Professor Marija Draškić as a coordinator and me as one of the members. More in: Marija Draškić, Gordana Kovaček Stanić, The New Family Act of Serbia, *The International Survey of Family Law*, A. Bainham (ed.), Bristol, Family Law, 2006, pp. 357-374.

According to Serbian Family Act, parental rights are derived from the obligations of the parents and exist only to the extent necessary for the protection of the personality, rights and interests of the child, (Art. 67).[4] Parental rights consist of the rights and obligations of the parent to care for the child, and covers the following: protection, education, upbringing, representation, and support, as well as managing and disposing of the child's property, (Arts. 67-74). The Family Act 2005 expressly provides that parents have the right to receive all information about the child from educational and healthcare institutions, (Art. 68/3). This provision is extremely important as getting the information is the first step in enabling the parents to exercise their rights.

2. Family law principles regarding the child

The Family Act 2005 stipulates principles regarding the child as such: the best interest of the child principle, the principle of equating the rights of the child born out of wedlock with the rights of the child born in wedlock, the principle of equating the rights of the adopted child towards adopters with the rights of the child towards parents. The second and third principle are in fact the concretization of the non-discrimination of the child principle in general. The Family Act stipulates obligations of the state concerning the child. These are: to undertake all necessary measures to protect the child from neglect, physical, sexual and emotional abuse and every form of exploitation; to respect, protect and promote the rights of the child and to provide the child whithout parental care with protection in a family environment whenever possible (Art. 6).

The Commission on European Family Law defines principles regarding rights of the child. These are: the best interest of the child, the autonomy of the child, the non-discrimination of the child, child's right to be heard, the conflict of interests.[5]

---

[4] In the comparative family law, Swedish legislation was one of the first to take a step further in the development of regulations in parent-child relations accentuating the rights and obligations of the child, as well as considering that parental obligations serve to enable the exercise of the child's rights, Parents, Guardians and Children Act after the amendments of 1983. In contemporary French law, pursuant to the Act of March 2002 on parental authority, parental authority has been redefined. It consists of "a set of rights and duties having as their purpose the interest of the child". The final sub-paragraph of Art 371-1, by which, „parents take decisions affecting the child in association with him, taking account of his age and the degree of maturity". Sylvie Ferré-André, Adeline Gouttenoire-Cornut, Hugues Fulchiron, Work in Hand for the Reform of French Family Law, *The International Survey of Family Law,* A. Bainham (ed.), Bristol, Family Law, 2003, pp. 174-175.

[5] K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. Gonzales Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, W. Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, Antwerpen - Oxford, 2007. Chapter II contents the principles regarding right`s of the child.

2.1. The best interest of the child

The best interest of the child is universally accepted as a principle in contemporary family law. The UN Convention on the Rights of the Child is the first international document which stipulated this principle. In Article 3 of the Convention it is provided that the best interests of the child will be the primary consideration in all actions concerning children, regardless of which institutions or organs are undertaking such activities.

The Commission on European Family Law states:

„In all matters concerning parental responsibilities the best interests of the child should be the primary consideration."

The Commission explained that this principle places the best interests of the child as the ultimate, decisive consideration. The wording used in the Principles of European Family Law, as the Commission noted, is stronger than in the Convention on the Rights of the Child, since the Commisssion used the article *the* as opposed to the article *a* used in the Convention. The Commission observed:

"It is not a primary consideration, to be taken into account among other important concerns, but the decisive criterion."[6]

This principle is explicitly formulated in the Family Act 2005 for the first time in Serbian family law. It is stated:

"Everyone is under the obligation to act in the best interest of the child in all activities related to the child", (Art. 6/1 Family Act 2005).

This principle is the only one concerning activities towards children stipulated in the basic provisions of the Family Act. Stipulated in such a way, the best interest principle has acquired paramount importance. It could be concluded that the Serbian solution is similar to the solution of the Principles of European Family Law, which found the best interest principle as the decisive criterion.

International documents, as well as national statutory texts, including the Family Act 2005, do not offer a definition of the best interests principle. Thus, this principle could be marked as a legal standard. The content of the best interests principle depends on a particular legal and social system, as well as on a particular child.

Another important issue is the question who is obliged to respect the best interest principle. The Convention refers to actions undertaken by public or private bodies. The Commission on European Family Law comments: "The principle refers to all matters concerning parental responsibilities. Matters is a broader concept aimed to cover not only measures taken by competent authori-

[6] Op. cit. Principles pp. 34-38.

ties, but also agreements between the holders of parental responsibilities as well as daily decisions by the parents related to child care."[7] The Serbian concept seems similar to the concept adopted in the Principles of European Family law, as it stipulates the obligation of *everyone* to act in the best interest of the child.

2.2. The non-discrimination principle

The non-discrimination principle is one of the constitutional principles in Serbian law. The discrimination is forbidden (direct or indirect) on any grounds, in particular: sex, race, nationality, social origin, birth, religion, political or other opinion, economic status, culture, language, old age, mental and physical dissability, (Art. 21 Constitution of Serbia 2006). The non-discrimination principle is applicable to children likewise.

The most important conretization of the non-discrimination principle concerning children is equating children born within or out of wedlock (Art. 64/4 Constitution of Serbia 2006, Art. 6/4 Family Act 2005). The discrimination based on birth existed in the past. Non-marital children entered into a legal relationship primarily with the mother.[8] The principle of equating children born within or out of wedlock was introduced into the national legal system with the Constitution of Yugoslavia 1946.[9] The equating of children born out of wedlock and those born in marriage was not full at first. A difference existed depending on the fact whether fatherhood was established voluntarily or against the father's will. Thus, a child born out of wedlock entered into a legal relationship with the mother and her relatives, while if the father acknowledged the child, he/she also entered into a relationship with him and his relatives. However, if the fatherhood was established through the court proceedings, the child only entered into a legal relationship with the father and not with his relatives. In jurisprudence there was a position that the child acquires rights and obligations with respect to the father's relatives if the father accepts the child following a court decision. Full equality was introduced with the Constitution of the Republic of Yugoslavia 1974.[10] Today, children born out of wedlock have the same rights and obligations as those born in marriage, i.e. they enter into a legal relationship with the mother, her relatives and with the father and his relatives. A difference exists, however, in the manner in which fatherhood is established.

[7] Op. cit. Principles p. 38.

[8] The Civil Code of the Kingdom of Serbia of 1844 states that the mother is responsible for upbringing and following down the path of faith and law and happiness of the child born out of wedlock (bastard), equally as with a child born in marriage, (Para. 129)

[9] Constitution of the Federal People's Republic of Yugoslavia 1946.

[10] Constitution of the Republic of Yugoslavia, *Official Journal of the Socialist F ederal Republic of Yugoslavia* 9/1974.

This is important since the legal relationship between the father and the child is determined as a consequence of the previously established fatherhood. Marital fatherhood is established based on the legal presumption that the mother's husband is the father of the child (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), while non-marital fatherhood is established with the acknowledgement of the father or through court proceedings. In other words, marital fatherhood is established *ex lege*, while non-marital fatherhood must be established legaly, with the acknowledgement of the father or through court proceedings.

The equality of male and female children represents another concretization of the non-discrimination principle. This principle was introduced into the domestic legal system through the Constitution of Yugoslavia 1946. Historically, in Serbian law prior to World War II, female children had a considerably narrower set of rights than male children (pursuant to the Civil Code of the Kingdom of Serbia 1844, for example, female children did not have any inheritance rights).

The Family Act expressly stipulates the principle of equating adoption with parentage (Arts. 6/5 and 7/4 Family Act 2005). It is provided that an adopted child has equal rights with respect to its adopters as a child has towards its parents, while the adopters have the same legal status as parents. This is achieved by providing for only one form of adoption, in contrast to the previous act - Law on Marriage and Family Relations 1980 which recognized two forms of adoption, full and partial.[11]

The Commission on European Family law formulated the non-discrimination principle on these grounds: sex, race, colour, language, religion, political or other preference, national, ethnic or social origin, sexual orientation, dissability, property, birth or other status; irrespective of weather these grounds refer to the child or to the holders of parental responsibilities. The Commission focuses on two grounds for unequal treatment, i.e., the effect of the child's birth within wedlock or the child's birth out of wedlock on the attribution of parental responsibilities, and second, the effect of homosexuality of the parent's partner on his or her prospects of aquiring parental responsibilities. In all national jurisdictions (which contributed to this project) the distinction between children born within wedlock or children born out of wedlock has been abandoned. Nevertheles, the different rules continue to apply to the attribution of parental responsi-

[11] The Law on Marriage and Family Relations 1980, *Official Journal of the Republic of Serbia* 22/1980, with amendments 22/1993, 35/1994, 29/2001. In partial adoption, the adoptee did not have the same rights with respect to his/her adopters, as the child has towards his/her parents, it was possible to limit the inheritance rights of the adopted child and to retain his/her birth surname; in addition, the adopted child did not enter into legal relationship with the adopter's relatives.

bilities following the birth of the child, depending on whether the parents are (or have been) married to one another.

The similar situation is in Serbian law. The children born out of wedlock have the same rights as children born in wedlock, but the paternity of the children born out of wedlock must be established legaly.

In regard to homosexuality, the Commission finds that "in the majority of the jurisdictions homosexual couples do not enjoy the same rights regarding parental responsibilities as do (married) heterosexual couples". In many of the countries same-sex partners are excluded from adoption (Austria, The Czech Republic, Italy, Lithuania and Portugal). Countries that place homosexual couples on an equal footing regarding parental responsibilities are in minority (Belgium, The Netherlands and Sweden).[12] In Serbia, there is still no law on homosexual couples. Same-sex partners are excluded from adoption, as only spouses or cohabitees (heterosexual) may adopt together. A single person may adopt only as an exception, if there are particularly justified reasons for doing so, by getting a permission from the Minister responsible for family protection (Art. 101 Family Act).

2.3. The child's right to be heard

The participational rights are now broadly accepted in family law. The right of the child to express an opinion in any matter or procedure affecting the child is stipulated in the Convention on the rights of the child in Art. 12. The child who is capable of forming his or her own views has the right to express those views freely, giving them due weight with the age and maturity of the child. The child's right to freedom of expression includes the freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kind (Art. 13).

The Family Act of Serbia 2005 governs the child's right to express an opinion in Art. 65. The child has the right to freely express his/her opinion if the child is capable of forming an opinion. A prerequisite for the formation of an opinion is being informed, whereby the Family Act of Serbia 2005 provides that the child has the right to be duly informed. The child's opinion must be given due consideration in all matters and procedures regarding his or her rights, in accordance with age and maturity of the child. In addition, the Family Act obligates state organs, administrative organs and courts to establish the child's opinion. A child's opinion is established under a special procedure deemed suitable for the child and with the assistance of a school psychologist, guardianship authority, family counseling center or some other institution specialized in mediating family relations, and in the presence of persons the child chooses him or

[12] Op. cit. Principles p. 47.

herself. It is explicitly stipulated that the child at the age of ten can freely and directly express his or her opinion in any judicial or administrative proceedings in which his or her rights are decided upon. The child can independently or through some other person or institution address the court or the administrative organ and request assistance in the exercise of his or her right to freely express an opinion.

The child's right to be heard, as a European Family Law principle, is formulated in the following way:

"Having regard to the child`s age and maturity, the child should have the right to be informed, consulted and to express his or her opinion in all maters concerning the child, with due weight given to the views expressed by him or her."[13]

The Commission comments that this principle is well established in all jurisdictions surveyed by the Commission, it recognized the child as an autonomous individual. The principle distinguishes explicitly between the child's right to receive information, the child's right to be consulted and the child's right to express his or her opinion. This principle follows Convention of the Rights of the Child; although, unlike Convention, it is not limited to proceedings in a competent authority. Giving the child these rights, as Commission comments, is an obligatory point of depature and not at the discretion of the competent authority or parents (or other holders of parental responsibilities).

3. Autonomy of the child

In Article 1 of the Convention on the Rights of the Child 1989, a child is defined:

„For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier."

In Serbian family law, majority is achieved at the age of eighteen, whereby the above definition is suitable, (Art. 11 Family Act). With majority in turn, one obtains full legal capacity. Full legal capacity can also be obtained prior to the age of eighteen (emancipation) in two ways. Both ways are connected to family relations and restricted to the minimum age of sixteen. The first is to enter into marriage, while the other is parenthood (Art. 11/2,3). If the minor obtains full legal capacity through marriage, this capacity remains intact even if, for example, the marriage ends prior to the person becoming eighteen. Family Act 2005 introduces the possibility for a minor parent to obtain full legal capacity, which advances his/her position. By obtaining full legal capacity, the minor parent

[13] Op. cit. Principles p. 49.

obtains the right and obligation to independently care for him/herselves and his/her child. It is the court which gives the permission for marriage to a minor and decides if the minor parent should obtain full legal capacity based on parenthood. The proceeding is non-contentious. It is required for the minor who wants to get married to have the physical and mental maturity necessary to exercise the rights and obligations of marriage and for the minor parent to have the physical and mental maturity necessary to independently care for oneself, one's rights and interests.

The child as an autonoumous individual, having particular rights including the right to participation was for the first time seen in the Convention on the Rights of the Child 1989. Autonomy of the child as one of the European Family Law principles is formulated in a following way:

"The child's autonomy should be respected in accordance with the developing ability and need for the child to act independently."

The Commission stresses that this principle is addressed to both competent authorities and the holders of parental responsibilities.

In spite of the autonomy of the child as one of the principles in child law, the need for protection of the child as a vulnarable individual still exists. The Commission has found the balance between the different concerns by emphasizing the child's age and maturity:

„A younger and less mature child needs more care and protection than an older and more mature child who may enjoy the rights of participation in a decision concerning him or her and who may also, within certain limits, take decisions and act independently on his or her own."[14]

In Serbian family law, rights of the child are stipulated in Family Act in general, but some are stipulated in other branches of law. According to the Family Act the child is given limited legal capacity concerning legal affairs at the age of fourtheen (senior minor), which means that the child of fourteen may undertake legal operations with the prior or subsequent consent of his/her parents, as well as legal operations whereby he/she acquires exclusive rights, or does not acquire either rights or obligations and legal operations of small significance, (Art. 64/2).

In addition, the Serbian concept provides the child with specific rights at a certain age. Beside the age as a condition, there is another condition which has to be met in order for the child to acquire a specific right. In most cases this condition is stipulated as the ability to reason. In other words, a child of a certain age has specific right if able to reason. There is no statutory definition of this notion. In the jurisprudence there is a broadly accepted opinion that the

[14] Op. cit. Principles p. 40.

inability to reason exists if the person is not able to understand the importance, meanings and consequences of certain legal act.

The parents have the right and obligation to represent the child in all legal affairs and procedures outside the scope of the child's legal and procedural capacity (legal representation). In other words, parents always represent the child when he/she does not have a specific right in accordance with his/her age. In addition, parents have the right and obligation to represent the child in all legal affairs within the scope of legal and procedural capacity of the child, unless otherwise provided by the law, (Art. 7/1,2 Family Act). Here the child does have the right to undertake a certain legal affair or procedural action, which is based on his or her voluntary consent to be represented by the parents (voluntary representation).

Comparatively, there are two main approaches to the child's autonomy in the legislation in different European countries. One concept, similar to the Serbian solution, requires a certain age for acquiring the limited legal capacity (for instance, at the age of fourteen in Hungary, Russia, Lithuania, Bulgaria, Spain, at the age of fifteen in Finland). In other jurisdictions, the law fixes no generally adopted applicable age requirement, but the child's right to act independently depends on the nature of the issue and an assessment of whether the child has reached a sufficient age and maturity to understand the consequences of his or her actions (Czech Republic, England and Wales, France, The Netherlands and Portugal).[15]

In Serbain family law a child obtains most rights at the age of fifteen, but some rights are obtained earlier, at the age of ten or fourteen, and some later, at the age og sixteen.

3.1. Child of the age of ten

3.1.1. Name

A child has the right to a personal name. The Family Act 2005 states that the right to a personal name is acquired at birth, (Art. 13/2).). At the age of ten child who is able to reason has the right to give consent to change his or her personal name, (Art. 346).

The personal name consists of the name and surname, (Art. 342/2). The personal name of the child is determined by the parents. Parents have the right to freely determine the child's name. They cannot, however, give the child a defamatory name, a name that insults the morality or a name that is contrary to the customs and opinions of the community. Except in the official language, parents also have the right to have the child's name entered into the Birth Regis-

[15] Op. cit Principles pp. 41-42.

ter in the mother tongue and in the alphabet of one or both parents. The child's surname is chosen according to the surname of either one or both parents. Parents cannot give their common children different surnames. If the parents are not living, or they are unknown, the child's name and surname are chosen by the guardianship authority. In addition, if the parents did not determine the name in the time limit established by law, they could not agree on the child's name or they have given a defamatory name, a name that insults the morality or a name that is contrary to the customs and views of the community, the name is chosen by the guardianship authority (Art. 344, 345).

3.1.2. Adoption, fostering, guardianship

At the age of ten the child who is able to reason gives consent to adoption (Art. 98), to fostering (Art. 116) and has the right to propose the person who will be appointed his/her guardian (Art. 127). Furthermore, the appointment of a collision guardian or a temporary representative can be requested by a child of the age of ten who is able to reason, by himself or through some other person or institution, (Art. 265).

3.2. Child of the age of fourtteen

A child over the age of fourteen (older minor) can undertake all legal affairs with the prior or later consent of the parents. For some affairs it is necessary to have the consent of the guardianship authority (the disposal of immovable or movable property of greater value). A child who has not yet reached the age of fourteen (younger minor) can undertake legal affairs through which he/she exclusively obtains rights (e.g. gift contract), legal affairs by which he/she does not attain neither rights nor obligations and legal affairs of minor importance (e.g. purchasing of daily necessities).

3.3. Child of the age of fifteen

3.3.1. Personal name

The right to change a personal name is attained by the child at the age of fifteen if he/she is able to reason. This right was for introduced the first time into the national family law with the Family Act 2005.

3.3.2. Origin

A child who has reached the age of fifteen and who is able to reason has the right to inspect the Birth Register and other documentation related to his or her origin, (Art. 59/3 Family Act).

Recent family law theory and practice has focused significantly on the right of a person to discover one's biological origin. Three basic interests with respect to discovering one's genetic origin can be singled out: medical interest, psychological interest and an interest to have blood relations, which can be not only psychological in character, but also financially motivated.[16] Medical interest is particularly important with respect to establishing a family, because of possible serious genetic defects which a future child could inherit. Furthermore, this interest is important for harmonizing lifestyles with potential inheritable diseases that have already been manifested in a certain family, which can possibly prevent the manifestation of the disease or contribute to its future emergence or manifestation in a more benign form. Information about medical history and treatment results of a relative can be useful to doctors. The psychological interest manifests itself through the desire and need to know one's origin. This interest is most significant during the teenage period, when a person is forming his or her personality. The third interest, financial, is manifested through the right to support and the child's right to an inheritance with respect to parents and other relatives. It could be said that medical and financial interests are of primarily rational nature, while the psychological may in many ways be considered as irrational, but is no less important for the child.

The issue of the child's right to know his or her origin has become even more current with the adoption of the Convention on the Rights of the Child in 1989. Article 7/1 states:

"The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, if possible, the right to know and be cared for by his or her parents."

For the first time, the Family Act 2005 has introduced a provision that governs the child's right to know his or her biological origin. A child, regarless of his or her age, has the right to know who his or her parents are, (Art. 59).

The right to know one's origin can be viewed in the person's different family situations: natural birth, bio-medically assisted birth and adoption.[17] For natural birth, the important provisions have to do with establishing and contesting motherhood and fatherhood. The Family Act 2005 abolishes time limits for starting the procedure for establishing and contesting parenthood in cases where the child is acting as the plaintiff. This is an advancement contributing to the exercise of the child's right to know his or her origin.

[16] Katherine O'Donovan, A Right to Know One's Parentage?, *International Journal of Law and the Family* 2 (1988).

[17] More in Gordana Kovaček Stanić, *The Right of the Child to Know his/her Origins* (in Serbian), Pravni fakultet, Novi Sad 1997.

In relation to a bio-medically assisted conception, domestic legislation adopts the principle of the donor's anonymity (Act on Healing Sterility by Bio-medicaly assisted Conception 2009).[18] The child conceived by a donor's reproductive cells has the right to obtain information regarding the donor only for medical reasons. For obtaing such information the person must have a full legal capacity, (Art. 64/1,2).

In relation to adoption, the child has the right to access the Birth Register, (Art. 326/2 Family Act 2005). A very important advancement in the Family Act 2005 is introducing psycho-social counseling for the child prior to the access to the Birth Register, (Art. 326/3). The exercise of the right of an adopted child to know his or her biological origin is dependent on the prior awareness of the fact that he/she is adopted. During the adoption procedure, it is advised to the adopters to inform the adoptee about the adoption as early as possible, (Art. 322/1 Family Act 2005).[19] It is considered desirable for the adopted child to grow up with the knowledge that he/she is adopted.

It could be said that the majority of the individual rights are tied to their holder. However, the right to know one's origin is related to the rights of other persons, biological parents and/or social parents. The biological parent, as the semen or egg donor, has the right, within the framework of the right to privacy, to a non-disclosure of information about how the child was conceived with the person's genetic material. The biological parent may be interested in remaining anonymous with respect to the child, in case the child has been given up for adoption. The social (legal) parents have the right to maintain their family stability and integrity. In contemporary legal systems, the knowledge about one's biological origin as an element of a person's identity is considered very important. But, it is accepted that this is not an absolute right. However, legal science, legislation and jurisprudence differ in many ways with regard to the degree to which this right should be exercised. Currently, there is an evident conflict between the right to know one's origin and other rights, the right to privacy of biological parents and family security of the social family.

A possible approach to this problem would be to try to eliminate the conflict between these rights. However, such a solution presupposes a radical change in the social and individual attitudes regarding parentage, whereby it would be necessary to accept the idea that a child can have more than two parents with different roles (biological or genetic parents, social or legal parents). In family law theory, John Eekelaar comments:

[18] Act on Healing Sterility by Bio-medicaly assisted Conception, *Official Journal of the Republic of Serbia* 72/2009.

[19] In the Croatian Family Act 2003, it is provided that the center for social care should advise the adopters to inform the child that she is adopted by the age of seven at the latest or immediately following adoption if the child over this age is adopted, (Art. 124/2).

"If we think that a child is likely to have wanted her genetic parentage established in a way which did not, however, disrupt the social parentage he/she was enjoying as a child, we might favor routine establishment of legal parentage in such circumstances, without any implications for the exercise of the social parentage. And if we were to consider the *parent's* claims, we might find that these coincided with those of the child."[20]

From a comparative standpoint, the right to know one's origin is a constitutional right in some legal systems, as well as in Serbia.[21] The right to know one's origin has also been introduced through laws to reproductive medicine in a number of countries.[22]

3.3.3. Living with parents

In Serbian law a child has the right to live with his or her parents and the right to be taken care of by his or her parents, in preference to all others. The right of a child to live with his or her parents may be limited only by a court decision, if that is in the best interest of the child. A court may decide to separate a child from his or her parents if there are reasons for the parent to be fully or partially deprived of his or her parental rights, or in the case of domestic violence (Art. 60/1,2,3 Family Act 2005). A different question is whether the child, besides the right, has the obligation to live with the parents. This might occur in the situation of a minor who has become financially independent

[20] John Eekelaar, Parenthood, Social Engineering and Rights, in Derek Morgan & Gillian Douglas (eds), *Constituting Families: A Study in Governance,* Archiv für Rechts und Sozialphilosophie vl. 57, Franz Steiner Verlag, 1994, pp. 94-95.

[21] Art. 64/2 Constitution of Serbia. Pursuant to the Constitution of Switzerland, every person is guaranteed the right to access information about his or her ancestors (1992), Olivier Guillod, Switzerland: Everyone Has the Right to Know His or Her Origins!, *32 U. Louisville J. Fam. L. 465,* 1993-1994. In 1989, the German Constitutional Court in a case having to do with the child's right to contest parentage took the position that, in principle, the child does have the right to know who his mother and father are, Bundesverfassungsgericht, Neue juristische wochenschrift 1989, p. 891. Rainer Frank, Germany: Blood versus 'Mere' Social Ties, *32 U.Louisville J. Fam. L. 335,* 1993-94.

[22] The trend of abolishing the principle of donor anonymity in artificial insemination began in Sweden, with the 1984 amendment of the Insemination Act (1984:1140) which introduced the possibility for the child to find out about the donor and thereby the truth about his or her biological origin. In addition, the Secrecy Act provides for the possibility of accessing information regarding biological parents (1994), Åke Saldeen, The Rights of Children to Speak for Themselves and Obtain Access to Information Concerning Their Biological Origins etc, *The International Survey of Family Law*, A. Bainham (ed.), The Hague, Boston, London, 1994, p. 443, Government proposal 1993/94,165, Secrecy Act Chapter 4. Sweden allows egg donation since 2002, while the child has the right to find out information about the female donor, just like it does with respect to the donor semen, Åke Saldeen, The Children's Ombudsman, Adoption by Homosexual Partners and Assisted Reproduction, *The International Survey of Family Law*, A. Bainham (ed.), Bristol, Family Law, 2004.

through employment, thus establishes the conditions for an autonomous life. The parental rights exist, as a rule, until the child reaches the age of eighteen. According to the current statutory phrasing, a separate living can only ensue if it is required by justifiable interests of the child. In the case of a dispute the court should decide in this matter.

Concerning living with parents if parents do not live together, the child has the opportunity to decide with whom he/she wants to live. The Family Act of Serbia 2005 introduces the right of the child of the age of fifteen to decide with which parent he/she wants to live (Art. 60/4).

3.3.4. Medical decisions

"A child has the right to be provided with the best living and health conditions for his or her proper and full development", (Art. 62/1 Family Act 2005).

The protection of life and health of the child in contemporary conditions has to a great extent become a function of healthcare institutions. The role of the parents, however, is no less important. Beside the direct care for the life and health of the child, it also covers giving consent to any medical procedures being carried out on the child. In contemporary law, an older child has the right to independently decide about any medical procedures. The Family Act of Serbia 2005 is in line with this approach. The child of the age of fifteen who is able to reason can give consent to any medical intervention, (Art. 62/2).

The child can exercise this right, but is not obliged to do so. It is possible that the child transfers decision making to his/her parents. But, the problem might be in the situation when the child refuses intervention, contrary to the opinion of his/her parents. The solution to resolve the conflict might be to start the special court procedure for protection of child's right.

In English law the situation of the child who refuses to consent to medical intervention might be solved by getting the consent from the child`s parents. As Penny Both explaines: "Until a child has attained the status of adulthood at 18, although they may consent to treatment on their own behalf, under the Family Law Reform Act 1969, parental consent will still be effective and can therefore override the 16 or 17 year olds refusal to consent."[23]

3.3.5. Personal relations

At the international level the contacts between children and parents (and other persons) are governed by the Council of Europe Convention on Contact concern-

[23] Re W (a minor) (medical treatment) (1992) 4 A11 ER 627 in P. Both, Age as an Issue of Consent and Responsibility – too Young or too Old, *Pravni život* 10/2008, p. 275. The Family Law Reform Act 1969, s 8 (3) states: "Nothing in this section shall be construed as making ineffective any consent which would have been effective if this section had not been enacted".

ing Children 2003.[24] The goals of the Convention are as follows: to determine general principles to be applied to contact orders; to fix appropriate safeguards and guarantees to ensure the proper exercise of contact and the immediate return of children at the end of the period of contact; to establish co-operation between central authorities, judicial authorities and other bodies in order to promote and improve contact between children and their parents, and other persons having family ties with children (Art. 1).

From a traditional standpoint, the maintaining of personal relations is considered as the right of the parent who does not live with a child. In recent times, as the focus in family law is on the child, it is considered as a right of the child to maintain personal relations with parents (and other persons). The Family Act of Serbia 2005 explicitly states that the child has the right to maintain personal relations with the parent he/she does not live with, thereby explicitly specifying the child as the holder of this right. However, it is provided that the parent who does not exercise parental rights has the right and obligation to maintain personal relations with the child, (Art. 78/3). Therefore, the holder of this right is not only the child but also the parent, with the caveat that maintaing personal relations with the child is not only a right, but also an obligation. In order for personal relations to be maintained, in many situations it is necessary for the parent with whom the child does live with to enable such relations to be maintained (e.g. if the child is small, maintaing personal relations is impossible without the active participation of the parent with whom the child lives with). The legal nature of maintaining personal relations can be defined as the right of the child and parents, but also the obligation of the parent with whom the child does not live with to maintain personal relations with the child, as well as the obligation of the parent with whom the child live with to enable this maintenance of personal relations.

The Family Act 2005 has expanded the rights of the child with respect to the maintenance of personal relations by providing that a child who is fifteen years of age and able to reason can decide on his or her own about maintaining personal relations with the parent he/she does not live with, (Art. 61/4). For the first time, Serbian family law recognizes the importance of maintaining personal relationship not only with parents but with other persons as well. Thus, a child has the right to maintain personal relations with relatives and other persons he/she is particularly close with, if that right has not been limited by a court decision, (Art. 61/5). Serbian legislation has expanded to the maximum extent the category of people with whom the child has the right to maintain personal relations. Therefore, this encompasses not only relatives, but also other

[24] Convention on Contact concerning Children, Strasbourg, 15. V 2003, Explanatory Report*, European Treaty Decries,* No 192.

persons close to him or her. Regarding relatives, it is important for brothers and sisters who do not live together to maintain personal relations, as well as grandchildren with grandparents. It can happen, for example, that the parent does not permit the maintenance of personal relations between the child and his or her grandparents after the death of the other parent or divorce. Personal relations can be maintained with in-laws, for example a stepchild with a stepparent. Other persons with whom the child is particularly close can be, for example, foster parents who have cared for the child. The Family Act 2005 has altered the authority of organs to decide on personal relations. It is now exclusively the court (pursuant to the earlier Law on Marriage and Family Relations 1980 it was the guardianship authority that had competence) that decides.

The Family Act 2005 has significantly made the obligations of parents more strict with respect to the maintenance of personal relations with the child. The most severe family law measure with respect to the parents, deprivation of parental rights, can be implemented against those parents who fail to maintain a personal contact with the child or prevent the maintenance of contact between the parent with whom the child does not live with. Additionally, preventing the implementation of a decision on personal relations represents a criminal act (the Criminal Code of Serbia Art. 191/2).[25]

3.3.5. Upbringing and education

The Family Act of Serbia 2005 defines the upbringing of the child as a component of care for the child, as well defining the manner in which the child's upbringing is to be carried out. It is stipulated that parents have the right and obligation to develop relations with the child based on love, trust and mutual respect, as well guiding the child to adopting and respecting the values of emotional, ethical and national identity of his or her family and society, (Art. 70). In a previous version of this provision in the Draft of the Family Act 2005, the Commission proposed a more general formulation, but this text was amended during the enactment procedure in the Assembly. The previous formulation provided that the parents have the right and obligation to develop relations with the child based on love, trust and mutual respect, as well as guiding the child to adopting and respecting values of a universal character, (Art. 70 of the Draft). The previous Law on Marriage and Family Relations 1980 very explicitly set ideological guidelines by defining the obligation of parents in the upbringing of their children. It was provided that parents have to guide their children

[25] Art. 191/2: "Whoever prevents the implementation of a decision of a competent organ which prosribes the manner in which personal relations of a minor are to be maintained with his or her parent or relative, shall be fined or imprisoned for up to one year." The Criminal Code 2005, *Official Journal of the Republic of Serbia* 85/2005.

towards adopting familial and social values inherent to the norms of socialist morality, (Art. 115).

The child's education, in contrast to his/her upbringing, which in many respects falls within the scope of the family, is carried out in schools as institutions. The Serbian Constitution provides for the obligation to elementary schooling, (Art. 71/2). The child's education, as a component of the parental care, encompasses the obligation of the parents to provide elementary schooling for the child, while further education of the child is obligatory, and it is to be provided in accordance with their abilities. The parents have the right to provide education for the child in accordance with their religious and ethical beliefs (Art. 71). The parallel existence of private and state-owned schools offers the parents and child a broader choice of schooling.[26] Religious education in Serbia has been introduced into secular schools in 2001 as an option for parents and children. However, the wide scope of possibilities for religious schools to be opened where religion is taught, as well as the fact that religious education is predominantly organized by representatives of the governing religion, whereby other religious are in a less advantageous position, brings up the question whether religion has any place in secular schools.

A child has the right to education in accordance with his/her abilities, preferences and inclinations. The Family Act 2005 introduces a right of the child who has reached the age of fifteen and who is able to reason to decide which secondary school he/she will attend (Art. 63).

3.3.6. Property

The regime of property management and disposal of the child's property depends on how the property is acquired. If it is acquired through the child's employment, the child has the right to manage and dispose of this property if he/she is fifteen years of age or older (Art. 192/1, Art. 193/1, Art. 64/3 Family Act).

The child has certain obligations if he/she acquires income or has property revenue. The child is obligated to cover the expenses of his/her own support, as well as the maintenance of parents or minor siblings under the conditions as provided by law, (Art. 66/2 Family Act). The obligation of the minor child to partially fulfill his/her own support is subsidiary in relation to the same obligation of parents and blood relatives, (Art. 154/3 Family Act).

---

[26] In Serbia, private schooling has been legalized with the Public Services Act 1991, *Official Journal of the Republic of Serbia* 42/91. Disappointment with respect to the schooling system (particularly the state-run system), during the 1970s in the United States, resulted in various forms of self-help, even home-schooling of children, despite the fact that only the state of Mississippi, as is mentioned in literature, has legalized this form of schooling. John Naisbitt, *Megatrendovi*, Zagreb, 1985, pp. 150-153.

The disposing of immovable and movable property of great value can be carried out only with the prior or later consent of the guardianship authority, (Art. 193/3 Family Act). In deciding whether to approve the disposing of the child's property, the guardianship authority should take the child's best interests into account, (Art. 6/1 Family Act).

3.3.7. Inheritance Law

The child's rights are stipulated in other branches of law as well. So, pursuant to the Inheritance Act 1995, (Art. 79) a person who is fifteen years old has active testamentary capacity, which means he/she can put together a will.

3.3.8. Labor Law

Pursuant to the Labor Act 2005, a person of the age of fifteen has the right to enter into employment relations but "…with the written consent of the parents, adopter or guardian, if such employment will not endanger the health, morals or education of the child, or if the employment is not otherwise prohibited by law" (Arts. 24/1, 25/1).[27]

3.4. Child of the age of sixteen

3.4.1. Parentage

A child who is sixteen years of age and able to reason can acknowledge fatherhood (Art. 46 Family Act). Also, a mother and a child who is sixteen years of age and able to reason, give consent to the acknowledgement of fatherhood, as the consent of the mother and a child are conditions for the acknowledgement of fatherhood (Art. 48,49 Family Act).

3.4.2. Permission to marry

A child who is sixteen years of age and able to reason can request a permission to marry. A court may, for justified reasons, permit a minor who has reached sixteen years of age, and who has reached the physical and mental maturity necessary to perform the rights and duties of marriage, to conclude a marriage, (Art. 23 Family Act).

3.4.3. Abortion

A pregnant woman who is sixteen years of age has the right to independently request for an abortion.[28]

---

[27] Inheritance Act 1995, *Official Journal of the Republic of Serbia of Serbia* No. 46/1995; Labor Act 2005, *Official Journal of the Republic of Serbia* No. 24/2005.

[28] Cessation of Pregnancy in a Healthcare Institution Act of 1995, *Official Journal of the Republic of Serbia No.* 16/1995.

4. Procedure for the protection of the child's rights

The Family Act 2005 constitutes the special procedure for the protection of the child's rights. In such disputes the courts are obliged to be governed by the child's best interests. The court is provided by special powers in order to fully protect the child's rights. So, for example, it is required to appoint a temporary representantive if it finds that the child, as a party to the proceedings, is not represented properly. In addition, if the court determines that a child is capable of forming his/her own opinion, it is obligated to:

1. ensure that the child duly receives all necessary information;
2. to allow the child to directly express his/her opinion and to devote due attention to this opinion in accordance with the age and maturity of the child;
3. to establish the opinion of the child in a manner and place which is in accordance with his or her age and maturity, except where this would obviously be in conflict with the child's best interests, (Art. 266).

Furthermore, the collision guardian (or temporary representative) when representing the child who is able to form his or her own opinion is obliged to:

1. ensure that the child duly receives all necessary information;
2. to offer the child an explanation as to the possible consequences of an action he/she is undertaking;
3. to relay the opinion of the child to the courts, if the child should not be capable of directly expressing his or her own opinion before the court, except where this would obviously be in conflict with the child's best interests, (Art. 267).

The procedure for the protection of the child's rights are particularly urgent. The first hearing is to be scheduled within eight days from the filing of the action to the court, while court of appeal is obliged to render a decision within fifteen days following the day the appeal was delivered to the court, (Art. 269 Family Act 2005).

An investigative principle is applied in this procedure, while in general contentious proceedings the dispositive principle is applied. The investigative principle means that the courts can establish facts even when they are not disputed between the parties and can even independently investigate facts which none of the parties have presented, (Art. 205). The investigative principle is provided for in proceedings relating to family relations because of their importance and particularly for the protection of the child's interests.

In contrast to the general contentious proceedings which are public, proceedings in family relations are closed to the public, bearing in mind that the issues are of personal nature. In this way, their privacy is protected. Apart from this, the Family Act 2005 provides that information from court transcripts are considered as confidential and are to be kept secret by all parties to the proceedings who have access to such information, (Art. 206).

5. Conclusion

Contemporary family law has moved from a paternalistic approach towards the child to the approach that the child is an autonomous individual in the family relationship and family proceedings. In Serbia the child is given limited legal capacity at a certain age, but in most cases only if the child has the maturity to act. The child's maturity is defined in Family Act as beeing able to reason. The certain age depends on the issue concerned. In most cases it is the age of fifteen, but also the younger child (at the age of ten) has certain rights, and some rights he/she acquires at the age of fourteen or sixteen.

The child's capacity to act independently is an issue that has to be established in a particular case. The assessment whether the child in particular case is "able to reason" or if the child is "capable of forming his/her own opinion", are issues inevitably influenced by court discretion. This might cause the potential risk of continuation of paternalistic approach in court practice, hidden in the assessment if the child in a particular case is (or rather is not) able to reason, or capable of forming his/her own opinion.

The Family Act 2005 introduces specialization of judges. It is stipulated that judges must have special knowledge in the field of children's rights, while lay-judges must be chosen among professionals who have experience in working with children and young persons, (Art. 203/2, 3, 4). In family proceedings guardianship authority or other competent institution are active participants. The court is under the obligation to ask for the expert opinion of the guardianship authority, a family counseling service or another institution specialized in mediating family relations in the proceedings on the protection of a child's rights (Art. 270).

Specialization of judges and active participation of guardianship authority or other competent institution in family proceedings are measures introduced to provide for implementing legal standards in the field of children rights, based on modern standards not only in law, but in other relevant disciplines, such as child psychology. The specialization of judges should hopefully prevent continuation of paternalistic approach in court practice and enable children to become autonoumous individuals in family law.

Dr Gordana Kovaček-Stanić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Autonomija deteta u savremenom porodičnom pravu

Sažetak

U ovom radu se proučava princip autonomije deteta sa komparativnog aspekta, upoređujući porodično pravo Srbije sa pravom evropskih država. Komisija za evropsko porodično pravo definisala je Principe evropskog porodičnog prava vezane za roditeljsku odgovornost 2007. godine, uključujući i principe o pravima deteta. To su: najbolji interes deteta, autonomija deteta, zabrana diskriminacije deteta, pravo deteta da bude saslušano, konflikt interesa. Dete kao autonomna individua ima određena prava uključujući pravo na participaciju koje je prvi put regulisano u Konvenciji o pravima deteta UN 1989. godine.

Prema Porodičnom zakonu Srbije iz 2005. godine dete u određenom uzrastu dobija specifična prava. Tako, na primer, u uzrastu od 15 godina, ako je sposobno za rasuđivanje, ima sledeća prava: na promenu ličnog imena, na dobijane informacija o svom poreklu, na odlučivanje sa kojim roditeljem će živeti, na davanje saglasnosti na medicinske intervencije, na odlučivanje koju će srednju školu upisati. Dete ima pravo da slobodno iskaže svoje mišljenje, ako je sposobno za formiranje mišljenja. Sa napunjenih 10 godina dete stiče pravo da slobodno i direktno iskaže svoje mišljenje. Osim toga, Porodični zakon Srbije iz 2005. godine uveo je novi sudski postupak za zaštitu prava deteta.

Ključne reči: autonomija, dete, pravo, mišljenje, saglasnost, poreklo, obrazovanje, medicinska pitanja, evropska prava

Originalni naučni rad 343.533:004.056.5

Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Mr Goran J. Mandić, asistent
Fakultet bezbednosti u Beogradu

SOCIJALNI INŽENJERING KAO OBLIK UGROŽAVANJA POVERLJIVIH POSLOVNIH INFORMACIJA

Sažetak: *U mnogim poslovima, pogotovo tamo gde treba doći do poverljivih informacija u kontaktu sa drugim ljudima, prisutne su pojedine forme socijalnog inženjeringa. Socijalni inženjering je oblik govorne i gestikularne manipulacije pojedincima sa ciljem da se navedu na ispunjenje nekih zahteva postavljenih od strane napadača.*

Problemi koji se javljaju u oblasti zaštite poverljivih informacija nalaze se u činjenici da iza svakog kompjutera, stoji čovek kao jedinka sa svim svojim dobrim i lošim osobinama. Socijalni inženjering je tehnika u kojoj se ubeđivanje i/ili obmana koriste da bi se dobio neovlašćen pristup kompjuterskim sistemima. Ovo se obično postiže razgovorom ili nekim drugim oblicima interaktivne komunikacije.

Protivmere u borbi protiv socijalnog inženjeringa su vrlo složene. Usložava ih činjenica da svako ko ima pristup bilo kom delu informacionog sistema predstavlja moguću metu napada socijalnim inženjeringom.

Za razliku od ostalih napada na kompjutere, socijalni inženjering se ne odnosi na tehnološku manipulaciju i korišćenje ranjivosti hardvera ili softvera. Pored toga i ne zahteva posebne tehničke veštine i znanja. Ova vrsta napada eksploatiše ljudske slabosti, kao što su nemarnost ili želja za kooperativnošću, kako bi se dobio pristup poverljivim dokumentima koji se nalaze na kompjuteru.

Cilj socijalnog inženjeringa može biti sticanje profita, sajber terorizam ili pristup internim sistemima i poverljivim informacijama. Mete napada su, najčešće, provajderi telekomunikacionih usluga, multinacionalne kompanije, finansijski ustanove, bolnice, vladine agencije, vojska i drugi.

***Ključne reči**: socijalni inženjering, bezbednost informacija, bezbednosni sistemi, kompanije, hakeri, kompjuterski kriminal*

1. Pojam socijalnog inženjeringa

Istorijski posmatrano veština uveravanja suprotne strane da postupi po nečijem zahtevu nije koncept koji je svojstven samo savremenom dobu. Prve korene veštine uveravanja srećemo u formi retorike na tlu Grčke Sicilije, negde oko 485. godine pre naše ere, gde je na nastanak ove veštine presudnu ulogu imala sudska praksa. Retorika je od samog početka smatrana tehnikom uveravanja.[1] Cilj uveravanja bio je ubediti sudije i porotnike u krivicu koju je dokazivao oštećeni retorikom sa pozicije tužioca, odnosno u nevinost koju je govorom branio optuženi. Samo od veštine govora zavisila je procena verodostojnosti njihovih tvrdnji i iskaza. Pisani tragovi iz tog vremena potvrđuju značaj smišljenog uveravanja sa unapred definisanim ciljem, iako je jasno da je uveravanje oduvek bilo prisutno u komunikaciji između ljudi.

Od trenutka kad se govor pretvorio u tehniku uveravanja, postoje dva načina njegovog korišćenja. Prvi, za koji možemo reći da je opstao do danas, u kome se ističe svemoć jezika kao sredstva za uveravanje, a s druge strane (prema Aristotelu) savetuje se da upotreba tog sredstva mora biti u saglasju sa posebnom etikom, makar to dovelo do odustajanja od neprestane, često bezuspešne potrage za delotvornošću.[2] Za njega, ubeđivanje je veština. To je „veština navođenja ljudi da učine nešto što oni obično ne bi učinili ako vi to ne zatražite".[3]

Manipulacija i uveravanje, kao pretpostavka uspešnog socijalnog inženjeringa, u svom osnovnom pojavnom obliku, koristi govor sa ciljem uveravanja suprotne strane u neke činjenice, na način gde se zaobilazi istina, uz upotrebu svih raspoloživih sredstava uveravanja u izrečeno.

U mnogim poslovima, pogotovo tamo gde treba doći do poverljivih informacija u kontaktu sa drugom stranom, ili pak stići do nekog cilja, prisutne su modifikovane forme socijalnog inženjeringa. Možemo reći da policajci u svom operativnom radu skoro svakodnevno koriste socijalni inženjering sa ciljem da otkriju i uhvate izvršioce krivičnih dela. Bez obzira da li je cilj pozitivan i ispravan, ili ne, pristup je isti, manipuliše se drugom osobom da bi se postigao neki krajnji cilj. Mogli bi-

[1] Breton, F.: *Izmanipulisana reč*, Clio, Beograd, 2000, str. 56.

[2] Breton, F: *Izmanipulisana reč*, Clio, Beograd, 2000, str. 60.

[3] Borg, DŽ.: *Ubeđivanje: umetnost ubeđivanja ljudi*, IPS Media, Beograd, 2008, str. 4.

smo reći da je to jedan od najstarijih načina stizanja do nekog cilja putem interaktivnog odnosa dve ili više osoba, iako se njegova forma menjala vremenom.

Iz prethodno navedenog možemo zaključiti da skoro svako ljudsko biće poseduje potencijale za pokušaj napada socijalnim inženjeringom. Jedina razlika je u potrebi, motivaciji i nivou veštine potencijala koji se koriste.

Interesantno je napomenuti da je još 1997. godine, za ovu vrstu govorne manipulacije upotrebljen pojam socijalni inženjering gde se kaže da je on u osnovi „umetnost i nauka navođenja ljudi da vam ispune želje. To nije način kontrole uma i neće omogućiti da navedete ljude da obavljaju zadatke mnogo van njihovog normalnog ponašanja i daleko od sigurnog“.[4] Najkraće rečeno, socijalni inženjering je oblik govorne i gestikularne manipulacije pojedincima sa ciljem da se navedu da urade nešto što inače ne bi uradili, a odnosi se na ispunjenje nekih zahteva postavljenih od strane napadača.

Problemi koji se javljaju u oblasti bezbednosti kompanija ili vladinih ustanova i agencija i zaštiti poverljivih informacija nalaze se u činjenici da iza svakog kompjutera, bio on samostalan deo mreže ili server stoji čovek kao jedinka sa svim svojim dobrim i lošim osobinama. Nije važno koje generacije su kompjuteri, koji je operativni sistem instaliran i koji hardver i softver se koristi za zaštitu poverljivih informacija na njemu, jer se u svom radu svi ovi sistemi oslanjaju na čoveka. Jasno je u ovom slučaju da ta jedinka predstavlja najslabiju kariku bezbednosnog lanca kojim se štite informacije.

Socijalni inženjering je tehnika u kojoj se ubeđivanje i/ili obmana koriste i da bi se dobio pristup kompjuterskim sistemima.[5] Ovo se obično postiže razgovorom sa ljudima ili nekim drugim oblicima interaktivne komunikacije.

Najslabija karika u sistemu obezbeđenja uvek će biti ljudi, a najlakši način da se prodre u sistem obezbeđenja je planiranje upada koristeći se ljudima.[6] Postoji razmišljanje da je najsigurniji i jedini bezbedan kompjuter onaj koji je isključen iz izvora napajanja. Ova tvrdnja je na prvi pogled tačna, ali samo postojanje mogućnosti da nekog ubedite da ga uklju-

---

[4] *People Hacking: The Psychology of Social Engineering*, Text of Harl's Talk at Access All Areas III, 05/07/97, http://packetstormsecurity.nl/docs/social-engineering/aaatalk.html, pristupljeno 28.03.2010.

[5] Gattiker, U. E.: *The information security dictionary*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 2004, str. 306.

[6] Rittinghouse, J.; Hancock W. M.: *Cybersecurity Operations Handbook*, Elsevier Digital Press, Oxford, str. 298.

či u izvor napajanja i potom aktivira operativni sistem, dovoljno govori da je prethodna tvrdnja iluzija.

Socijalni inženjering se definiše i kao „dobijanje poverljivih informacija sredstvima ljudske interaktivne komunikacije." (Business Wire, August 4, 1998.).[7]

Tako na primer pretvarajući se da je osoba na visokom položaju napadač može svojim zahtevom i autoritetom da zaplaši metu napada (novozaposlenu radnicu) negativnim posledicama ako ne ispuni njegov zahtev. Važan faktor koji pomaže ovom pristupu je verovanje da se autoriteti obično ne smeju proveravati. Ljudi će ispuniti neke veoma neobične zahteve za osobe za koje veruju da su na značajnoj poziciji.[8]

Kolege iz druge organizacione celine ili drugog grada, kao i novozaposleni se, takođe ne odbijaju, pogotovo ako im je potrebna neka vrsta hitne pomoći da ne bi trpeli posledice zbog neobavljenog posla. Ovu kolegijalnost veoma vešto koristi napadač da bi došao do informacija. Kevin Mitnik poznat kao „Kondor," je bio prvi haker koji je dospeo na listu najtraženijih osoba Federalnog istražnog biroa. Na ovaj način upao je u mnoge organizacije među kojima su Digital Equipment Corp, Motorola, Nokia Mobile Phones, Fujitsu, i mnoge druge.[9]

Ono što je činjenica i što usložava protivmere u borbi protiv socijalnog inženjeringa je saznanje da svako ko ima pristup bilo kom delu informacionog sistema, (fizički, ili elektronski posredstvom kompjuterske mreže) predstavlja potencijalni rizik po bezbednost informacija. Bilo koja informacija do koje se može doći predstavlja korak ka sledećoj informaciji i tako dok se ne stigne do one informacije koja je cilj napada. To ukazuje na činjenicu da i zaposleni koji se ne smatraju bezbednosno ugroženi i nisu uključeni u mere bezbednosne zaštite, mogu biti meta napada socijalnim inženjeringom.

Za razliku od ostalih napada na kompjutere, socijalni inženjering se ne odnosi na tehnološku manipulaciju i korišćenje ranjivosti hardvera ili softvera i pored toga ne zahteva posebne tehničke veštine i znanja. Ova vrsta napada eksploatiše ljudske slabosti, kao što su nemarnost ili želja za kooperativnošću, kako bi se dobio pristup legitimnim dokumentima koji se nalaze na kompjuteru.[10] Najteže je braniti se od napada socijalnim inženjeringom, jer ga ne mogu zaustaviti samo-

---

[7] Shinder, D. L.: *Scene of the Cybercrime: Computer Forensics Handbook*, Syngress Publishing, Inc., Rockland, 2002, str. 313.

[8] Gregg, M.: *Certifie Ethical Hacker Exam Prep*, Que Publishing, 2006, E-book.

[9] Gregg, M.: *Certifie Ethical Hacker Exam Prep*, Que Publishing, 2006, E-book.

[10] Shinder, D. L.: *Scene of the Cybercrime: Computer Forensics Handbook*, Syngress Publishing, Inc. 800 Hingham Street Rockland MA 02370, USA, 2002, str. 313.

stalno ni hardver ni softver.[11] Primera radi lice koje koristi socijalni inženjering za napad može ubediti operatera korisničkog servisa da mu otkrije neophodne detalje kako bi se povezao na informacioni sistem. Kasnije, napadač ponovo nazove drugog operatera žaleći se da njegova šifra iz nekog razloga ne radi i ubeđuje korisnički servis da mu promene šifru. Na taj način ta osoba dobija neovlašćeni pristup kompjuterskom informacionom sistemu.[12]

2. Profil lica koje izvršava socijalni inženjering

Ranije smo videli da je osnovni cilj socijalnog inženjeringa neovlašćen pristup kompjuterskim sistemima ili poverljivim informacijama i po tome on je sličan cilju hakera. Nakon što je dobilo pristup informaciji, lice koje koristi socijalni inženjering može da je koristi ili za druge napade, ili da bi poremetio sistem i izazvao štetu. Socijalni inženjering može biti organizovan zbog profita, sajber terorizma ili za pristup internim sistemima i poverljivim informacijama. Takođe može biti primenjen i radi edukacije i obuke zaposlenih korisnika za kontra mere. Najčešće se napadaju velike organizacije koje skupljaju i skladište osetljive podatke, kao što su provajderi telefonskih usluga, multinacionalne kompanije, finansijski entiteti, bolnice i vojska.[13] Naravno pored navedenih napad može biti usmeren i prema bilo kom preduzeću ili vladinoj ustanovi ili agenciji.

Određivanje precizno definisanog profila lica koja sprovode socijalni inženjering je vrlo teško. Može se samo reći da su to uglavnom lica muškog pola, mada se u praksi sreću i žene koje su bile veoma uspešne.

Tako na primer prva poznata žena haker, koja je radila pod pseudonimom Suzan Tander, bila je specijalizovana za upade u vojne kompjutere i kompjutere telefonskih kompanija. Bila je povezana sa poznatim hakerima, braćom Ronom i Kevinom Mitnikom. Posmatrajući njenu prošlost, prošla je kroz razne faze razvoja i postala vrstan telefonski i kompjuterski haker.[14]

---

[11] Thomas Mathew: *Ethical Hacking and Countermeasures [EC-Council Exam 312-50]—Student Courseware*, OSB Publisher, International Council of Electronic Commerce Consultants, New York, 2004. elektronska forma.

[12] Gattiker, U. E.: *The information security dictionary*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 2004, str.306.

[13] Janczewski, J. L.; Colarik, M. A.: *Cyber Warfare and Cyber Terrorism,* Information Science Reference, Hershey - New York, 2008, str. 184.

[14] Shinder, D. L.: *Scene of the Cybercrime: Computer Forensics Handbook*, Syngress Publishing, Inc., Rockland, 2002, str. 107.

Starosnu strukturu kao element profila počinioca, takođe je teško odrediti. Kreće se od tinejdžerskog uzrasta do zrelog doba. Može se reći, da su napadači najaktivniji u periodu od dvadesete do tridesete godine života. Lica koja ga sprovode u pozitivnoj konotaciji (da bi proverili bezbednost pravnog entiteta) pripadaju nešto starijoj životnoj dobi.

Ova lica su inače veoma inteligentne i izuzetno kreativne osobe. Poseduju dobre komunikacijske i manipulatorske veštine, dobri su poznavaoci psihologije i uglavnom imaju dovoljno tehničkog znanja. Mogu da nastupaju timski i samostalno, s tim što je timski napad mnogo opasniji jer udružuju svoja znanja i umeća poštujući se međusobno i uvažavajući hijerarhiju.

Često timski napad rezultira dozvolom za ulazak u kompaniju i na kraju sticanje željenih informacija.[15]

Postavlja se pitanje koje sve kategorije ljudi i u kojim sve prilikama, mogu da koriste socijalni inženjering. Podela može biti napravljena u odnosu na motiv koji ih pokreće i cilj koji se želi postići.

Te grupe su:

1. hakeri,
2. kradljivci identiteta,
3. lica koja se bave industrijskom špijunažom,
4. lica koja pribavljaju informacije o radu konkurencije,
5. nezadovoljni zaposleni,
6. razne vrste kriminalaca,
7. teroristi,
8. privatni detektivi,
9. lica koja proveravaju funkcionisanje sistema obezbeđenja,[16]
10. lica koja rade u obaveštajnim agencijama države i policiji,
11. građani u svojim svakodnevnim aktivnostima.

Kod svih pomenutih grupa ljudi koje koriste socijalni inženjering, zajedničko je samo to da ga koriste, dok su motivi uglavnom različiti. Sa aspekta bezbednosti treba se fokusirati na one kategorije ljudi koji ga koriste u destruktivne svrhe sa ciljem da dođu do određene koristi, bez obzira da li je ona materijalna, ili se ogleda u ostvarenju određenih ideja i želja.

---

[15] Rittinghouse, J.; Hancock W. M.: *Cybersecurity Operations Handbook,* Elsevier Digital Press, Oxford, 2003, str. 299.

[16] Lice koje proverava funkcionisanje sistema obezbeđenja korišćenjem socijalnog inženjeringa proverava integritet zaposlenih u kompaniji, kao i funkcionisanje kontrole pristupa pokušajem ulaska u restriktivni - štićeni prostor. Integritet zaposlenih se proverava pokušajima neovlašćenog dolaska do informacija koje poseduju.

U daljem tekstu prikazaćemo preduslove koje treba da ispuni osoba koja koristi socijalni inženjering. Za te preduslove možemo reći da predstavljaju kriminogene faktore u užem smislu i odnose se na motiv, spremnost i mogućnost izvršenja socijalnog inženjeringa.

Naime, da bi se neke konkretne ilegalne aktivnosti mogle realizovati, neophodno je da se u određenom vremenskom trenutku kod potencijalnog izvršioca istovremeno steknu tri preduslova:

- Motiv zbog kog bi potencijalni izvršilac preduzeo kriminalnu radnju,
- Spremnost izvršioca da zbog toga prihvati određeni rizik i
- Mogućnost da se kriminalna radnja izvrši.[17]

Pored ovako definisanih kriminogenih faktora u užem smislu, u literaturi pronalazimo navođenje i drugih preduslova kako bi napadač ostvario svoj cilj.

Ti preduslovi su:

- metod (mora imati veštine, sredstva i ostale neophodne resurse za izvršenje napada),
- mogućnost (izvršilac mora imati vreme i pristup kako bi obavio i uspeo u napadu) i
- motiv (mora postojati razlog zbog koga će izvršilac izvesti napad.).[18]

Analizom navedenih preduslova dolazimo do zaključka da je i jedna i druga klasifikacija preduslova nepotpuna kada govorimo o napadima na kompjutere. Naime, u prvoj ne postoji metod kao važan preduslov ispunjenja napada, dok se u drugoj ne pominje spremnost, bez koje nema ispunjenja kriminalne aktivnosti. Iz tog razloga prihvatljivije je reći da su preduslovi predstavljeni kroz četiri kategorije ili faktora i to:

- motiv,
- spremnost,
- mogućnost i
- metod.

Motiv je psihološki faktor koji se definiše kao proces koji izaziva, usmerava i održava određene aktivnosti koje lice dovode do projektovanog cilja.

Motivi mogu biti različiti. Neki izvode napade kako bi ukrali novac, ili specifične podatke. Drugi to čine kao izazov ili iz zabave.

[17] Petrović, R. S.: *Kompjuterski kriminal,* Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, Beograd, 2000, str. 108.

[18] Pfleeger P. C.: *Security in Computing*, Fourth Edition, Prentice Hall, Pearson Education, Inc., Upper Saddle River, 2006, elektronsko izdanje.

Ostali, pak, iz osvete.[19] Pri tome, svaki kriminalac ima svoje sopstvene motive koji se mogu menjati, mogu trajati godinama, a mogu da se jave i iznenada.[20]

Primarni projektovani motivi kod socijalnog inženjeringa su u osnovi isti, dolaženje do upotrebljivih i kvalitetnih informacija, dok sekundarni motivi mogu biti različiti u zavisnosti od profila napadača i navode se kao izazov, novac, takmičenje sa drugima i samodokazivanje i slično.

Spremnost predstavlja svesno prihvatanje određenog rizika po napadača, koji neminovno postoji kao posledica njegovog delovanja. Spremnost može biti inicirana različitim karakternim osobinama počinioca i uslovljena motivom.

Mogućnost označava kvantitet i kvalitet lakoće i izvesnosti kojom osoba može da počini štetno, zabranjeno, protivzakonito i/ili krivično delo, a da ne bude otkrivena.

Kao i sve druge pojave, prestup je sticaj prilika i okolnosti u datom vremenu i prostoru.[21] Sticaj prilika i okolnosti označava i mogućnost da se prestup izvrši.

Metod predstavlja način napada koji je uslovljen i determinisan veštinama, stepenom komunikacije, posebnim znanjima, potrebnom opremom (hardverom i softverom) i neophodnim pratećim resursima, koji jedino zbirno omogućavaju uspešno ostvarenje cilja napadača.

Ukoliko jedan od četiri pomenuta faktora ne postoji, napad se neće desiti. Činjenica je da se na motiv i spremnost ne može uticati jer su objektivno van kontrole lica koje štiti sistem. U funkciji proaktivnog delovanja na mogućnost se može uticati njenom eliminacijom ili umanjenjem i na taj način se može sprečiti i odvratiti lice od činjenja napada usmerenog na neovlašćeno prikupljanje i dobijanje informacija. Četvrti preduslov, metod, u današnjim uslovima predstavlja relativno lako savladivu prepreku, pogotovo ako govorimo o socijalnom inženjeringu. Problem je u tome što su informacije i znanje o sistemima i metodama napada lako dostupni na Internetu.

Tako na primer, utvrđeno je da su desetine hiljada internet stranica sadržavale softverske alate i uputstva korisna za sajber napad i da su mili-

---

[19] Pfleeger P. C.: *Security in Computing*, Fourth Edition, Prentice Hall, Pearson Education, Inc., Upper Saddle River, 2006, elektronsko izdanje.

[20] Petrović, R. S.: *Kompjuterski kriminal,* Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, 2000, str. 110.

[21] Krstić, O.: *Primenjena kriminalistika*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1997, str. 5.

on korisnika kompjutera posedovali veštine da ih iskoriste tako da prouzrokuju značajno oštećenje na internet komponentama i mehanizmima.[22]

Ako neko ima motiv i spremnost, bez većih poteškoća će naći potrebna znanja, alate u vidu softvera i načine kako napasti određene sisteme. Ako ovome dodamo i relativno lak pristup kompjuterskim mrežama preko Interneta i neznanje o socijalnom inženjeringu, jasno je da se napadačima često ukazuje prilika, odnosno da objektivno postoji mogućnost za izvršenje napada.

Kombinacija motiva, spremnosti i metoda, s jedne strane, i, s druge strane, evidentne i stalne ili trenutne slabosti u funkcionisanju i organizaciji bezbednosti i zaštite informacija, nameće eventualnim izvršiocima pitanje i dilemu kolika je verovatnoća da će uspeti, ukoliko počine (izvrše) napad, i kakve su mogućnosti da počinjeno delo ostane neotkriveno?

Veoma je važno znati da će potencijalni izvršilac inkriminisane radnje ovo pitanje postaviti sebi uvek pre nego što počini zabranjeno delo. Ukoliko su adekvatnim procedurama zaštite eliminisane mogućnosti i postoji veliki broj prepreka do cilja i ako je izuzetno veliki stepen verovatnoće otkrivanja dela, odnosno izvesno je da će izvršilac biti uhvaćen, mali broj potencijalnih napadača će pokušati da izvede inkriminisano delo.

3. Socijalni inženjerig kao oblik pretnje štićenim informacijama

Smanjiti ranjivosti sistema koji se štiti nije uvek lako. Prvi korak u tom procesu podrazumeva identifikovanje vrste pretnji koje mogu da se ostvare. Identifikacija protivnika, utvrđivanje njegovih osobina i karakteristika i vrsta pretnji je realna pretpostavka uspešnom suprotstavljanju kroz razvijanje sistema obezbeđenja i zaštite. Zadatak menadžmenta zaduženog za obezbeđenje i bezbednost kompanija je da shvate ko je, ili šta je njihov eventualni protivnik. Često im to i ne uspeva. Razlog je to što su nedovoljno edukovani, pogotovo kad je u pitanju socijalni inženjering, te ne mogu ispravno da identifikuju ili okarakterišu ovu vrstu pretnje.

Kada nisu u mogućnosti da identifikuju pretnje i protivnike, lica zadužena za obezbeđenje imovine i poslovanja i bezbednost generalno se umesto pomenutog usredsređuju na smanjenje ranjivosti, što je po-

[22] Parker, T.; Shaw, E.; Stroz, E.; Devost, G. M.; Sachs, H. M.: *Cyber Adversary Characterization: Auditing the Hacker Mind,* Syngress Publishing, Inc., Rockland, 2004, str. 221.

grešna logika iz razloga što je ranjivost u uzročno-posledičnoj vezi sa pretnjom.

Sa umanjenjem ili uklanjanjem pretnji i shodno tome sa smanjenom ranjivosti, pretnje se ne mogu ispoljiti same od sebe. Nakon svega, ako jedan sistem nije ranjiv na napad, onda ne može biti štete od napada. Organizacije sa odbrambenim položajima koje se orijentišu na pretnju, pre nego na ranjivost ili izloženost, orijentisane su često na neshvatanje ovog jednostavnog pravila.[23]

Iz tog razloga neophodno je utvrditi ko predstavlja pretnju po bezbednost informacija i shodno tome razviti sistem adekvatne zaštite koji uzima u obzir pretnje i ranjivosti na koje su one usmerene.

Kritične informatičke infrastrukture su ranjive na napade na mnogo načina iz mnogih uglova, uključujući i napade fizičkim pristupom i napade izvedene preko kompjuterske mreže. Međuzavisnosti između elemenata infrastrukture čine rizičnim sve elemente, tako da će uspešan napad na jedan deo sistema sigurno uticati na druge delove sistema koji nisu direktno napadnuti, ali su međusobno povezani.[24]

Kompjuterski kriminalitet predstavlja oblik kriminalnog ponašanja, kod koga se korišćenje kompjuterske tehnologije i informacionih sistema ispoljava kao način izvršenja krivičnog dela, ili se kompjuter upotrebljava kao sredstvo, ili cilj izvršenja, čime se ostvaruje neka, u krivično-pravnom smislu, posledica.[25]

Kompjuterski kriminalitet možemo klasifikovati kroz sledeće tipove koji donekle oslikavaju motive kao i mete napada i to na:

- vojne i obaveštajne napade,
- poslovne napade,
- finansijske napade,
- terorističke napade,
- osvetnički napadi i
- napadi zabave radi.[26]

U svim ovim napadima, pored ostalih tehnika, prisutan je i socijalni inženjering.

---

[23] Parker, T.; Shaw, E.; Stroz, E.; Devost, G. M.; Sachs, H. M.: *Cyber Adversary Characterization: Auditing the Hacker Mind,* Syngress Publishing, Inc., Rockland, 2004, str. 229.

[24] Parker, T.; Shaw, E.; Stroz, E.; Devost, G. M.; Sachs, H. M.: *Cyber Adversary Characterization: Auditing the Hacker Mind,* Syngress Publishing, Inc., Rockland, 2004, str. 229.

[25] Kukrika, M.: *Upravljanje sigurnošću informacijama*, Infohome, Beograd, 2002, str.66.

[26] Stewart, M. J.; Tittel, E.; Chapple, M.: *CISSP - Certified Information Systems Security Professional Study Guide,* 3rd Edition, SYBEX Inc, 1151 Marina Village Parkway, Alameda, CA 94501, 2005, str. 606.

3.1. Vojni i obaveštajni napadi

Motiv vojnih i obaveštajnih napada se ogleda prvenstveno u želji da se dođe do informacija koji predstavljaju tajnu od značaja za funkcionisanje vojske, policije, državnih institucija ili određenih procesa koji se sprovode pod okriljem države. Obelodanjivanje i otkrivanje ovog tipa informacija može da kompromituje određene istrage koje sprovodi policija, poremetiti funkcionisanje vojske i da predstavlja pretnju nacionalnoj bezbednosti države.

Zbog svoje osetljivosti, značaja i prirode ovih informacija, one su često atraktivna meta napada pogotovo za iskusne napadače. Ovakve napade sprovode lica koja su izuzetno motivisana, spremna i lica sposobna da istraže i pronađu mogućnost za napad i koja imaju veoma razvijene metode za ove vrste napada. Po završetku ove vrste napada iza napadača ostaje veoma malo ili nimalo dokaza koji govore da se napad uopšte i desio i možemo reći da su napadi u ovoj kategoriji veoma uspešni kada se izvedu do kraja.

3.2. Poslovni napadi

Poslovni napadi su usmereni na otkrivanje i ekploataciju poverljivih informacija proizvodnih, uslužnih ili naučnoistraživačkih organizacija. Te informacije su od ključne važnosti za funkcionisanje organizacije. To su na primer: strategijski planovi razvoja i usvajanja novog proizvoda, analiza konkurencije, informacije marketinške i finansijske prirode koje nisu namenjene javnosti, uslovi poslova koji se dogovaraju i podaci o klijentima i zaposlenima. Motiv je ostvarivanje materijalne dobiti ili nanošenje štete i uništavanje reputacije mete napada.

Prikupljanje poverljivih informacija, predstavlja industrijsku špijunažu i kao pojava nije nova. Pre pojavljivanja Interneta, ovo prikupljanje informacija zahtevalo je dugotrajnu obuku pojedinaca i značajna materijalna sredstva. Danas je to promenjeno korišćenjem sofisticiranijih oblika prikupljanja informacija kao i količinom informacija dostupnih na Internetu. Ova tehnika deluje samo protiv mete napada koja aktivno skladišti i čuva svoje informacije na kompjuterima. Prikupljanje poslovnih podataka i informacija samo po sebi neće imati fizički destruktivni ili razorni efekat na kritičke infrastrukture vlasnika informacija.

Kompanije širom sveta špijuniraju jedni druge iz različitih razloga. Većina špijunskih operacija se usredsređuje na prikupljanje obaveštenja o aktivnostima konkurencije da bi se pogodio njegov sledeći potez ili za rano otkrivanje novih tehnologija. Drugi razlozi uključuju

praćenje poslovnih poteza konkurencije vezenih za ugovore sa konkurencijom na tržištu.

Institucionalizacijom zaštite informacija koje objektivno predstavljaju tajnu, kroz njihovu klasifikaciju i donošenje određenih internih akata organizacije, samo se donekle rešava ovaj problem. Ako se i zaštite informacije koje su stepenovane kao tajna i sprovedu adekvatne mere zaštite dolazimo do novog pitanja: „Da li su samo podaci proglašeni poslovnom tajnom predmet industrijske špijunaže?“ Odgovor na postavljeno pitanje je da je to samo deo interesovanja industrijske špijunaže. Ostalo se odnosi na radne navike zaposlenih, njihovu stručnost, produktivnost, interpersonalne odnose u preduzeću, vrline i slabosti rukovodilaca, spisak dobavljača, klijenata, odnosno na sve one informacije koje mogu doprineti dolaženju do informacija koje su stepenovane, ili koje mogu konkurentskom preduzeću da pomognu da ostvari bolji i uspešniji položaj na tržištu ili da preuzme najznačajnije kadrove sa gotovim znanjima u koje je ulagano godinama mnogo novca.

S obzirom da svi ovi podaci ne mogu biti poslovna tajna, zakonom i nisu zaštićeni od neovlašćenog prikupljanja. Organizaciji ostaje da sama iznađe najbolje načine i metode zaštite od industrijske špijunaže, kako od onih oblika koji su zakonom sankcionisani, tako i od onih koji nisu, ali objektivno mogu naneti štetu.

3.3. Finansijski napadi

Finansijski napadi se sprovode sa ciljem direktnog nezakonitog dolaženja do novca ili nekih drugih finansijskih vrednosti ili nekih usluga. Ovi napadi su najrasprostranjeniji tip kompjuterskog kriminala i s obzirom na to da je o njima mnogo pisano nećemo ih šire eleborirati.

3.4. Teroristički napadi

Oslanjanje na kompjutere i informacione sisteme u svim sferama funkcionisanja društva čini ovu infrastrukturu sve više i više privlačnom za terorističke napade. Takvi napadi se suštinski razlikuju od vojnih i obaveštajnih napada jer je svrha terorističkog napada da širenjem straha kod šireg kruga ljudi nateraju vlast da promeni ponašanje u odnosu na teroriste i da na taj način ostvari političke ciljeve terorističkih organizacija. Kod vojnih i obaveštajnih napada cilj je samo dolaženje do poverljivih informacija. Prikupljanje početnih informacija neizostavno prethodi bilo kojoj vrsti terorističkog napada. Znači da su mete fizičkog terorističkog napada po pravilu prvo bile mete napada socijalnog inžinjeringa čiji je cilj bio dolaženje do početnih informacija. Ha-

lid Ibrahim (Khalid Ibrahim) član Pakistanske terorističke grupe Harkat-UlAnsar (Harkat-UlAnsar) je poznat po tome što koristi metode socijalnog inženjeringa kako bi došao do informacija koje mu omogućavaju neovlašćen ulaz u vojnu kompjutersku mrežu Sjedinjenih Američkih Država.[27]

Kao što je Dolan rekao: „U socijalnom inženjeringu sve je u tome da se koriste drugi da bi se sakupile informacije i na taj način ostvario napad". U periodu posle 11. septembra 2001, socijalni inženjering je deo dobro organizovanog sajber napada koji je usmeren tako da izazove paniku zajedno sa fizičkim napadom na kritičnu infrastrukturu i postrojenja, kao što su razne javne strukture i kompanije za snabdevanje vodom, energijom i druge.[28]

Moguće mete napada mogu biti sistemi koji kontrolišu rad sistema proizvodnje i distribucije električne energije, sistemi telekomunikacija i veza, zdravstveni sistemi, sistemi snabdevanja vodom, kao i ostali sistemi čijim nefunkcionisanjem bi bili izazvani strah i panika.

Čak i ako se ne sprovedu ovakvi destruktivni napadi ostaje problem koji se ogleda u tome da terorističke grupe iskorišćuju kompleksnost Interneta za prikupljanje sredstava i pranje novca, kao i razmenu informacija i koordiniranje napada.

3.5. Osvetnički napadi

Osvetnički napadi se po pravilu sprovode na štetu neke organizacije vladinih agencija ili pojedinih osoba. Šteta se može ogledati u gubitku informacija, nemogućnosti njihove dalje obrade ili uništavanju ugleda određenih osoba. Motiv koji stoji iza ovih napada obično je osećaj ljutnje i besa i napadač bi mogao da bude sadašnji ili bivši zaposleni ili neko od konkurencije.

3.6. Napadi iz zabave

Osnovni pokretački motiv ovog napada je lično zadovoljstvo i uzbuđenje ostvarivanjem upada u štićeni sistem. Ovi napadači po pravilu preuzimaju gotove programe sa Interneta koji im koriste u ovim napadima. Žrtve ovih napada uglavnom imaju problem pristupa svojim servisima i podacima. Iako napadač koji koristi ovu vrstu napada može da uništi po-

[27] Colarik, A,.M.: *Cyber Terrorism: Political and Economic Implications*, Hershey, PA, USA: Idea Group Publishing, 2006, str. 35.

[28] Janczewski, J. L.; Colarik, M. A.: *Cyber Warfare and Cyber Terrorism,* Information Science Reference, Hershey - New York, 2008, str. 183.

datke, njegov osnovni motiv je da kompromituje sistem zaštite, a samim tim i organizaciju koja ga je postavila, kao i da upad iskoristi za pokretanje napada na druge žrtve.

Klasifikacija pretnji usmerenih ka kompjuterima može se izvršiti i prema tome ko stoji iza napada i gde je usmeren napad. Napad može biti usmeren na makro planu gde je predmet napada država sa institucijama koje je predstavljaju i resursima koji su značajni za njeno funkcionisanje. Druga vrsta napada je pretnja usmerena ka mikro planu prema pojedinim privrednim društvima, kompanijama, bankama ili institucijama.

Interesantni su podaci navedeni u SAD, gde su proučavane i analizirane specifične vrste grupa ili organizacija koje bi mogle da izvrše napad na kritične infrastrukture države ili vladine kompjuterske mreže. Utvrđeno je da preko 100 zemalja ima tehnološke i informacione preduslove za ovu vrstu napada. Najmanje 20 zemalja ima SAD kao metu, a nekoliko njih je ima iste mogućnosti informacionih tehnologija i znanja kao i SAD.[29]

Po toj klasifikaciji kao pretnje su označene sledeće grupe:

- Nacionalne države (najređa pretnja, ali u slučaju ostvarenja mogućnost najveće štete),
- Teroristi,
- Špijuni, uključujući i korporativnu špijunažu,
- Organizovani kriminal,
- Insajderi[30] i
- Hakeri (najčešća pretnja, ali najmanja mogućnost za oštećenje).

Tehnike i alati koje koriste svih ovih šest grupa su obično iste, ali motivacije i namere uveliko variraju.[31] Iz tog razloga i kada se utvrdi napad, ne može se sa sigurnošću reći ko stoji iza njega dok se ne uhvati izvršilac, što je veoma često neizvodljivo. Ovo ukazuje na značaj shvatanja borbe protiv socijalnog inženjeringa koji se koristi kod svih pomenutih napada, jer se uglavnom ne zna ko stoji iza pretnje.

Hakeri predstavljaju stalnu pretnju usmerenu ka kompjuterskim sistemima. U početku motiv je bio proširivanje znanja i pokazivanje ranjivosti si-

---

[29] Parker, T.; Shaw, E.; Stroz, E.; Devost, G. M.; Sachs, H. M.: *Cyber Adversary Characterization: Auditing the Hacker Mind,* Syngress Publishing, Inc., Rockland, 2004, str. 220.

[30] Po ovoj klasifikaciji insajder je lice koje nije nužno zaposleno u pravnom entitetu koji je meta napada. U kontekstu ovih pretnji, insajderi su svi oni koji imaju pristup računarima i računarskim mrežama i imaju znanje o vrednosti informacija koje se nalaze u pravnom entitetu. Ovoj grupi pripada većina zaposlenih, ali takođe mogu da pripadaju i članovi porodice zaposlenih, poslovni partneri, kupci, dobavljači i u retkim slučajevima konkurencija.

[31] Parker, T.; Shaw, E.; Stroz, E.; Devost, G. M.; Sachs, H. M.: *Cyber Adversary Characterization: Auditing the Hacker Mind,* Syngress Publishing, Inc., Rockland, 2004, str. 221.

stema. U sledećoj fazi cilj je bio prikupljanje informacija, a u fazi u kojoj smo danas cilj je uglavnom neki oblik finansijske dobiti. Promena ciljeva takođe je značila promenu izvršioca. Rodžers je dao svoju klasifikaciju 2000. godine, a ona je dopunjena kod Vilsona (Tim Wilson) 2007. godine, gde on pisuje osam kategorija hakera.[32]

1. *Novajlija*: često nazvan i skript klinac. (script kiddies). Pripadnici ove grupe su mlađe osobe, ograničenih sposobnosti. Njihova primarna motivacija je potraga za uzbuđenjem i podizanje sopstvenog ega. U želji da dokažu svoje vrednosti upadom u sisteme, uglavnom koriste softver koji je neko drugi razvio.

2. *Sajber sledžija* (cyber punk): najbliži su tradicionalnom izgledu hakera. Mladi, obično muškog pola, sa određenim sposobnostima i znanjima u programiranju. Motiv im je, uglavnom, želja da skrenu pažnju na sebe, a ponekad i materijalna korist. Obično biraju visoko profilisane mete i obično se opredeljuju za vandalizam umesto krađe informacija.

3. *Interni* (internal): zaposleni koji koriste svoje interne mogućnosti pristupa informacijama, korišćenjem privilegija koje imaju. Mogu se klasifikovati u dve kategorije. U prvu ulaze oni koji su nezadovoljni iz bilo kog razloga i na ovaj način se svete i drugu oni koji imaju finansijski motiv.

4. *Mali lopov* (petty thief): klasični kriminalci koji u sklopu svoje kriminalne karijere pokušaju da ovladaju napadima na kompjuterske sisteme da bi proširili polje svog kriminalnog delovanja. U početku nisu dovoljno sposobni, ali vremenom postaju kvalifikovani. Osnovni motiv im je finansijska dobit.

5. *Stari čuvar* (old guard): Ova kategorija vidi hakerstvo kao mentalni izazov i veoma su radoznali. Često su vrlo sposobni i imaju potrebna znanja za pisanje kompjuterskih programa. Prihvataju ideologiju prve generacije hakera i obično nemaju kriminalne namere. Dele sa drugima svoje iskustvo, odnosno programe koje su razvili i napisali.

6. *Pisac virusa*: uglavnom mlađe osobe muškog pola, motivisani pre radoznalošću ili osvetom, nego ozlojeđenošću.

7. *Profesionalni kriminalac*: u ovu kategoriju se ubrajaju visoko obučeni IT stručnjaci koji koriste svoje veštine i znanja za sticanje finansijske dobiti. Oni nikada ne žele da skreću pažnju na sebe. Rade za organizovane kriminalne grupe.

8. *Informatički ratnik*: motivisani su patriotizmom, koriste svoje veštine da poremete sisteme „neprijateljskih zemalja". Obično su do-

[32] Wilson, T.: *Eight Faces of a Hacker*, 2007. http://www.darkreading.com/security/perimeter/showArticle.jhtml?pgno=1&articleID=208804443, preuzeto sa sajta 21.09.2010.

bro obučeni i visoko kvalifikovani po znanjima i veštinama kojima raspolažu.

Najčešća i najvidljivija pretnja za kompjutere i kompjuterske mreže povezane na internet je zlonamerna hakerska subkultura. Nažalost, administratori sistema i napredni korisnici kompjutera smatraju sebe članovima opšte hakerske scene. Zbog toga ih je teško razlikovati od onih koji imaju zle namere i onih koji to nemaju. Alatke koje koriste „beli šešir" (nezlonamerni), „crni šešir" (zlonamerni) identične su. Na primer, hakeri belih šešira koriste skenere ranjivosti da pronađu ili poprave bezbednosne rupe da bi sprečili neovlašćen pristup, dok hakeri crnih šešira koriste iste alatke da pronađu i iskoriste bezbednosne rupe da dobiju neovlašćen pristup.[33]

Sledeći korak u zaštiti od socijalnog inžinjeringa je identifikacija izvora pretnji, koje mogu da koriste socijalni inženjering kao način dolaženja do informacija i podataka i da na taj način ugroze bezbednost informacionih sistema. Dele se na *unutrašnje, spoljašnje, i kombinovane pretnje.*

Unutrašnja pretnja - insajderi predstavljaju lica koja su zaposlena u preduzeću, kompaniji i instituciji bez obzira na njihov radni status. Unutrašnja pretnja je pretnja koja ima izvor unutar kompanije, vladine agencije ili institucije i obično predstavlja nezadovoljnog zaposlenog koji nije unapređen ili je obavešten o otkazu. Napad socijalnim inženjeringom može da pokrene i napadač koji je tražio privremeno zaposlenje.[34]

Pretnje izazvane insajderom su ili namerne ili nenamerne, a unutar ove dve grupe one mogu (ali ne moraju uvek) biti destruktivne. Primer nenamerne i potencijalno destruktivne pretnje je kada zaposleni prosleđuje osetljivu elektronsku poštu na kućni nalog da bi radio na njoj. Normalno da ovi zaposleni ne izgledaju kao da mogu da naškode, ali im niko nije objasnio koliki je rizik po gubitak informacija koji oni stvaraju prosleđivanjem unutrašnje elektronske pošte sami sebi, putem javnog i nezaštićenog sistema, korišćenjem Interneta.

Nenamerne i potencijalno destruktivne pretnje insajdera uključuju zaposlene koji instaliraju neki softver na kompjuterima kompanije iako znaju da je to protivno politici kompanije.

Namerni i destruktivni insajder može biti, na primer, nezadovoljni administrator sistema koji briše važne podatke sa servera neposredno pre nego što prekine radni odnos.

---

[33] Parker, T.; Shaw, E.; Stroz, E.; Devost, G. M.; Sachs, H. M.: *Cyber Adversary Characterization: Auditing the Hacker Mind,* Syngress Publishing Inc., Rockland, 2004, str. 226.

[34] Schell, B.; Martin, C.: *Webster's New World Hacker Dictionary*, Wiley Publishing, Inc., Indianapolis, 2006, str. 169.

Nekoliko nedavnih istraživanja sajber kriminala ukazuje na insajdera kao pretnju broj jedan sa kojom se suočavaju organizacije koje koriste kompjutere i kompjuterske mreže. S obzirom na kompleksnost kompjuterskih mreža i obično mali broj osoblja koje daje podršku korisnicima, insajderi imaju mnogo mogućnosti da izazovu ozbiljna oštećenja. Zlonamerni insajderi jesu, a i ostaće, najveća pretnja za pouzdan rad kritičnih infrastruktura.[35]

Spoljašnju pretnju predstavljaju lica koja nemaju zasnovan radni status sa metom napada. Motivi koji pokreću spoljašnje pretnje su različiti i zavise od toga koji je razlog napada i prema čemu je usmeren. U ovu grupu možemo uključiti kategorije u koju se ubrajaju poslovni partneri, članovi porodice, kupci, dobavljači i konkurencija, kao i totalno nepoznata lica, sa kojima organizacija nije imala zvaničnih kontakata, ali zbog onoga čime raspolaže, predstavlja interesantnu metu napada.

Socijalni inženjering pomaže zlonamernim licima da dobiju unutrašnji pristup poverljivim podacima kod organizacija sa sofisticiranim tehničkim bezbednosnim sistemima. Pretvarajući se da su legitimno zaposlena ili da imaju ovlašćeni pristup, lica koja sprovode socijalni inženjering koriste ranjivost u ljudskim običajima i učtivosti prijateljskog pomaganja nekome ko ima neki problem očekujući za uzvrat isto tako ponašanje kada to njima zatreba. Ako su sposobni da ubede legitimnog zaposlenog neke organizacije da im se omogući fizički pristup kompjuterskim resursima ili pristup preko mreže, oni su tada podignuti na status insajdera, jer sada imaju dve ključne stvari - pristup i znanje.[36]

Kombinovana pretnja se ostvaruje zajedničkim i koordiniranim napadom na informacije, koju svesno i sa namerom sprovode lica koja su zaposlena u nekom pravnom entitetu, bez obzira na oblik pravno-radnog odnosa, zajedno sa licima koja nisu zaposlena. Po kategorizaciji stepena opasnosti može se reći da je ova pretnja najopasnija, s tim što, po dosadašnjim iskustvima, nije često ostvarivana.

4. Zaključak

Najslabija karika u sistemu obezbeđenja uvek su ljudi, a najlakši način da se prodre u zaštićeni sistem je planiranje upada koristeći se ljudima i njihovim slabostima. Tvrdnja da je jedino bezbedan kompjuter onaj koji je isključen iz izvora napajanja samo je delimično tačna.

[35] Parker, T.; Shaw, E.; Stroz, E.; Devost, G. M.; Sachs, H. M.: *Cyber Adversary Characterization: Auditing the Hacker Mind*, Syngress Publishing, Inc., Rockland, 2004, str. 225.

[36] Parker, T.; Shaw, E.; Stroz, E.; Devost, G. M.; Sachs, H. M.: *Cyber Adversary Characterization: Auditing the Hacker Mind,* Syngress Publishing, Inc., Rockland, 2004, str. 225.

Postojanje mogućnosti da nekog ubedite da ga uključi u izvor napajanja i potom aktivira operativni sistem, dovoljno govori o značaju socijalnog inženjeringa.

Socijalni inženjering je tehnika u kojoj se ubeđivanje i/ili obmana koriste da bi se dobio pristup kompjuterskim sistemima.

Ono što usložava protivmere u borbi protiv socijalnog inženjeringa je saznanje da svako ko ima pristup bilo kom delu informacionog sistema predstavlja potencijalni rizik po bezbednost informacija. Bilo koja informacija do koje se može doći predstavlja korak ka sledećoj informaciji i tako dok se ne stigne do one informacije koja je cilj napada. To ukazuje na činjenicu da i zaposleni koji se ne smatraju bezbednosno ugroženim i nisu uključeni u mere zaštite, mogu biti meta napada socijalnim inženjeringom.

Za razliku od ostalih napada na kompjutere, socijalni inženjering se ne odnosi na tehnološku manipulaciju i korišćenje ranjivosti hardvera ili softvera i pored toga ne zahteva posebne tehničke veštine i znanja. Ova vrsta napada eksploatiše ljudske slabosti, kao što su nemarnost ili želja za kooperativnošću, kako bi se dobio pristup legitimnim dokumentima koji se nalaze na kompjuteru.

Socijalni inženjering može biti sproveden zbog profita, sajber terorizma ili za pristup internim sistemima i poverljivim informacijama. Najčešće se napadaju velike organizacije koje obrađuju i skladište osetljive podatke, kao što su provajderi telekomunikacionih usluga, multinacionalne kompanije, finansijski ustanove, bolnice i vojska ili vladine ustanove ili agencije. Naravno, pored navedenih napad može biti usmeren i prema bilo kom preduzeću.

Lica koja sprovode socijalni inženjering su veoma inteligentne i izuzetno kreativne osobe. Poseduju dobre komunikacijske i manipulatorske veštine, dobri su poznavaoci psihologije i uglavnom imaju dovoljno tehničkog znanja. Mogu da nastupaju timski i samostalno, s tim što je timski napad mnogo opasniji jer udružuju svoja znanja i umeća poštujući se međusobno i uvažavajući hijerarhiju.

Iz tog razloga prihvatljivije je reći da su preduslovi predstavljeni kroz četiri kategorije ili faktora i to: 1) motiv, 2) spremnost, 3) mogućnost i 4) metod. Ukoliko jedan od četiri pomenuta faktora ne postoji, napad se neće desiti.

Kritične informatičke infrastrukture su ranjive na napade na mnogo načina uključujući i napade fizičkim pristupom i napade izvedene preko kompjuterske mreže. Međuzavisnost elemenata infrastrukture čine rizičnim sve elemente, tako da će uspešan napad na jedan deo sistema sigurno uticati na druge delove sistema koji nisu direktno napadnuti.

Tehnike i alati koji se koriste obično su isti, ali motivacije i namere uveliko variraju. Iz tog razloga i kada se utvrdi napad, ne može se sa sigurnošću reći ko stoji iza njega dok se ne uhvati izvršilac, što je veoma često neizvodljivo. Ovo ukazuje na značaj shvatanja borbe protiv socijalnog inženjeringa koji se koristi kod svih pomenutih napada, jer se uglavnom ne zna ko stoji iza pretnje.

Insajderi se navode kao pretnja broj jedan sa kojom se suočavaju organizacije koje koriste kompjutere i kompjuterske mreže. S obzirom na kompleksnost kompjuterskih mreža i obično mali broj osoblja koji daju podršku korisnicima, insajderi imaju mnogo mogućnosti za izazivanje ozbiljnih oštećenja. Zlonamerni insajderi jesu, a i ostaće, najveća pretnja za pouzdan rad kritičnih infrastruktura.

Socijalni inženjering pomaže zlonamernim licima da dobiju unutrašnji pristup poverljivim podacima kod organizacija sa sofisticiranim tehničkim bezbednosnim sistemima. Pretvarajući se da su legitimno zaposleni ili da imaju ovlašćeni pristup, lica koja sprovode socijalni inženjering koriste slabosti u kolegijalnim običajima i učtivosti. Sposobni su da lako ubede zaposlenog neke organizacije da im se omogući fizički pristup kompjuterskim resursima ili pristup preko mreže i tada imaju dve ključne stvari - pristup i znanje.

Ljubomir Stajić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Goran Mandić, LL.M.,Instructor
Faculty of Security Studies University of Belgrade

Social Eengeneering as the Form of Endangering Confidential Business Information

Abstract

In many jobs, especially the ones where you need to get some confidential information in contact with other people, there are some forms of social engineering. Social engineering is the form of oral and gesture manipulation with individuals, aiming to impose them fulfill a kind of demands, made by the attacker.

The existing problems in the confidential information protection sphere appear in the fact that behind each computer, there is a human being, as an individual, with own good and bad characteristics. Social engineering is a technique where persuading and/or delusion are used for getting the access to the computer systems. This is usually accomplished by conversation or some other forms of interactive communication.

Countermeasures in fighting against social engineering are getting more complicated due to the fact that anyone who has the access to any part of the information system represents a potential risk to information security.

Unlike other attacks on computers, social engineering does not refer to technological manipulation or the use of hardware and software vulnerability. Besides that, it does not demand any special technical skills and knowledge. This kind of attack exploits human weaknesses, as negligence or cooperation wish, in order to get an access to the confidential documents existing in the computer.

Social engineering can be organized for the sake of profit and cyber terrorism or for the access to internal systems and confidential information. Big organizations that process and save sensitive data are the most often attacked and among them are telephone services providers, multinational companies, financial entities, hospitals, Government agencies, military service and others.

Key words: social engineering, information security, security systems, companies, hackers, computer crime.

Originalni naučni rad 34.08(4+497.11)

Dr Dušan Nikolić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

UTICAJ ISTAKNUTIH PRAVNIKA NA OBLIKOVANJE PRAVA U EVROPI I SRBIJI*

Sažetak: *Autor ukazuje na činjenicu da je zapadna civilizacija suočena sa velikim izazovima i da je neophodno sprovesti krupne promene u različitim sferama društvenog života, a naročito u oblasti prava. Istorijska iskustva koja su navedena u radu pokazuju da u svemu tome značajnu ulogu treba da ima pravnička elita. Međutim, ona u mnogim zemljama nije jasno definisana, prepoznatljiva i društveno prihvaćena.*

U istoriji srpskog (privatnog) prava istaknutu ulogu su imala dva pravnika – zakonopisca: Jovan Hadžić, autor Srpskog građanskog zakonika iz 1844. godine i Mihailo Konstantinović, koji je napisao više prednacrta sistemskih zakona. Konstantinovićeva Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima predstavlja autentično svedočanstvo o uticaju istaknutih pravnika na oblikovanje pravnog sistema. Ona je u praksi dugo primenjivana kao neka vrsta mekog prava (soft law), o kojem se često govori u savremenoj Evropi.

U radu su prikazane značajnije razvojne tendencije na globalnom, regionalnom i nacionalnom nivou, koje su godinama nagoveštavale novu ulogu istaknutih pravnika u oblikovanju pravnog sistema, kao što su: deregulacija društvenih odnosa, deetatizacija pravne regulative, širenje prostora za autonomno regulisanje društvenih odnosa, novi institucionalizam, razvoj mekog prava i sl. Na kraju, ukazano je na aktuelne trendove

* Članak je rezulatat rada na naučnoistraživačkom i razvojnom projektu *Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske unije – teorijskopravni, sociološkopravni, istorijskopravni, pozitivnopravni i ekonomski aspekti*, koji je finasiran iz izvornih prihoda Pravnog fakulteta u Novom Sadu i na projektu Matice srpske *Privatno pravo u Vojvodini između dva svetska rata*. Pojedini delovi su objavljeni na engleskom jeziku u knjizi: *Private Law Reform in South East Europe – Liber Amicorum Christa Jessel Holst*, Beograd, 2010.

u periodu svetske ekonomske krize koji vode ka naglašenom državnom intervencionizmu.

Ključne reči: *Intelektualna elita, pravni sistem, pravna nauka, istaknuti pravnici, meko pravo, evorpeizacija prava, državni intervencionizam.*

1. Istaknuti pravnici

1.1. Društvena elita

U svakom društvu postoje pojedinci koji se po svom znanju i umeću razlikuju od ostalih ljudi. Nekada su te osobine manje uočljive ili ostaju pritajene, a nekada dolaze do punog izražaja. Njihovo ispoljavanje zavisi od same ličnosti, ali vrlo često i od spremnosti okruženja da tu posebnost prihvati i podrži. Neka društva podstiču individualnost i izdvajanje iz proseka, dok druga teže uprosečavanju i nekoj vrsti egalitarizma. Bilo kakvo zastranjivanje u tom smislu može imati negativne posledice. Preterani individualizam često vodi ka egoizmu i otuđenosti, a naglašeni kolektivizam ka gubljenju identiteta i demotivaciji pojedinaca. Iskustva pokazuju da je za društvenu zajednicu najbolje srednje rešenje. Do sada su u dužem periodu bila najstabilnija društva koja su priznavala, isticala i u javnom interesu široko koristila znanja i sposobnosti pojedinaca. Pokazalo se da su za napredak društvene zajednice bitna dva komplementarna procesa. S jedne strane, potrebno je stvarati i stalno obnavljati intelektualnu elitu, a sa druge strane, koristiti njen potencijal za podizanje opšteg obrazovnog nivoa najširih društvenih slojeva iz kojih i same vodeće ličnosti izrastaju. U prosperitetnim društvima ta interakcija je stalna. Ona posebno dolazi do izražaja u periodima velikih društvenih promena koje iziskuju široku demokratizaciju znanja. Istorijska iskustva pokazuju da se takve epohalne promene odigravaju u rasponu od nekoliko vekova i da se savremeno društva upravo suočava sa sličnim izazovima.

Svaka civilizacija povremeno ima naglašenu potrebu za objedinjavanjem različitih znanja u jednu skladnu, logički sređenu i, za većinu stanovništva, razumljivu celinu. To se događa kada sposobnost razumevanja bitnih pojava i procesa postane privilegija suviše uskog kruga ljudi. Društvo tada, radi opšteg napretka, mora da stvori uslove da se akumulirano znanje sistematizuje i u odgovarajućem obliku učini dostupnim široj javnosti. U prošlosti zapadne civilizacije je bilo više takvih pokušaja. Poznato je da je Platon 385. godine p.n.e. osnovao Akademiju (Ἀκαδημία) radi unapređenja i širenja znanja i da su tu društvenu misiju

vršili i njegovi antički sledbenici. Od epohalnog značaja za Evropu je bilo i osnivanje prvih srednjovekovnih zajednica učitelja i učenika (*universitas magistrorum et scholarium*) koje su skraćeno nazvane univerzitetima. U okviru njih su sticana, razvijana i prenošena znanja iz više naučnih disciplina, uključujući i pravo. Studenti su ih potom širili po mnogim zemljama zapadne i srednje Evrope. Taj vid obrazovanja je dugo bio privilegija bogatih plemićkih porodica. Pripadnici nižih slojeva su se školovali u crkvenim školama. U istočnoevropskim zemljama nastava je uglavnom organizovana u manastirima.[1] Novi sistem vrednosti, zasnovan na učenjima o slobodi, jednakosti, verskoj toleraniciji, demokratiji, racionalizmu i naučnom metodu, stvaran je od XVII veka, pod uticajem francuskih prosvetitelja (*les lumières*). U Parizu je 1666. na inicijativu kardinala Rišeljea osnovana *Akademija nauka* sa zadatkom da pomaže uvođenje i promovisanje novih naučnih disciplina i novih naučnika, a sve u službi nacionalnog (javnog) interesa i prosvećivanja naroda. Sredinom XVIII veka objavljeno je prvo izdanje *Enciklopedije - Sistematskog rečnika nauka, umetnosti i veština* (*Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*). Po rečima glavnog redaktora Didroa (*Denis Diderot*), to kapitalno delo u 35 tomova je napisano da bi promenilo način na koji narod razmišlja. Ideje francuskih prosvetitelja su se ubrzo raširile po čitavoj zapadnoj civilizaciji. Sve više se govorilo o objedinjenom znanju (*unified knowledge*) i o potrebi prosvećivanja naroda.

Na razmeđi XVIII i XIX taj vrednosni, kulturni i organizacioni obrazac je prihvatila i malobrojna srpska intelektualna elita, koju su uglavnom činili pravnici. Prvi i ujedno najznačajniji korak je učinjen u Pešti 1826. godine osnivanjem *Matice srpske*. Njeni osnivači (mladi doktorand prava Jovan Hadžić i bogati poslovni ljudi: Đorđe Stanković, Josif Milovuk, Jovan Demetrović, Gavrilo Bozitovac, Andrija Rozmirović i Petar Rajić) smatrali su da treba organizovano raditi na tome da se Srbi nakon viševekovne turske okupacije ponovo uključe u savremene evropske tokove. Zato je delovanje Matice od samog početka bilo usmereno na predstavljanje srpske kulture u Evropi, a sa druge strane, na prosvećivanje srpskog naroda. U tom cilju razvijena je bogata izdavačka delatnost. Osnovu je činio čuveni *Letopis*, pokre-

[1] Javnosti je manje poznato da je u Srbiji, još u drugoj polovini XIII veka, postojala svetovna škola koju je za devojke iz siromašnih porodica osnovala Jelena Anžujska, supruga kralja Uroša I iz dinastije Nemanjića. Poređenja radi, treba reći da su u većini drugih evropskih zemalja prve svetovne ženske škole nastale nekoliko stotina godina kasnije. V: Gordana Stojaković, *Prva svetovna ženska škola u srednjovekovnoj Srbiji*, u knjizi: *Srbija – kulturna spona Istoka i Zapada,* Matica srpska, Novi Sad, 2010, str. 175–177.

nut 1824. godine, koji se danas smatra najstarijim živim književnim časopisom u svetu. Kasnije su nastale brojne edicije, a među njima i jedna sa naglašenom prosvetiteljskom ulogom koja je nosila naziv *Knjige za narod.* Četrdesetih godina XIX veka odlučeno je da se u okviru Matice stvore uslovi za bavljenje naukom. Glavni inicijator je bio plemić Sava Popović Tekelija, sledbenik naprednih evropskih prosvetiteljskih ideja i prvi srpski doktor pravnih nauka[2]. On je smatrao da Matica srpska treba da preraste u svojevrsnu *srpsku akademiju nauka*. Pod njegovim uticajem formirana je biblioteka sa knjižnim fondovima iz različitih naučnih oblasti i zbirka rukopisa koja je predstavljala svedočanstvo o istoriji naroda. Zahvaljujući širokoj podršci, Matica srpska je jedno vreme bila najbogatija zadužbinska ustanova u Ugarskoj. Iz njenih fondova su finansirani kapitalni projekti od značaja za razvoj srpske kulture i nauke. Istovremeno, Matica se starala o školovanju darovitih đaka i studenata, a time i o stvaranju srpske intelektualne elite. Intelektualci koji su na direktan ili indirektan način bili vezani za njen rad, a posebno oni iz reda pravnika, presudno su uticali na formiranje nacionalnih institucija u oblasti kulture i nauke u Srbiji. Tako je npr. Jovan Sterija Popović, profesor Prirodnog prava na pravnom odeljenju Liceuma u Kragujevcu (preteči današnjeg Pravnog fakulteta u Beogradu), bio incijator osnivanja Društva srbske slovesnosti (današnje Srpske akademije nauka i umetnosti), Narodne biblioteke, Narodnog muzeja, prvog beogradskog pozorišta i dr. Tadašnja intelektualna elita je dala značajan doprinos razvoju nauke i kulture, ne zanemarujući pri tom ni svoju prosvetiteljsku misiju.

* *
*

Pred nama je nova velika sinteza znanja i potreba za novom demokratizacijom obrazovanja. Ovoga puta je u pitanju proces koji prevazilazi okvire pojedinih civilizacija. Reč je o globalnoj sintezi koja predstavlja odgovor na izazove sa kojima se suočavaju gotovo sva razvijena društva. Svetska nauka je poslednjih decenija izdeljena na mnoštvo vrlo uskih disciplina u okviru kojih je stvorena enormna masa nedovoljno povezanih i nesistematizovanih podataka. Fragmentizovanje nauke je uticalo na to da i obrazovanje bude usko profilisano. Nasuprot tome, brze strukturne promene društva iziskuju od pojedinaca ili kolektiviteta da

[2] V: Sava Tekelija, *Dissertatio ivridica de cavsa, et fine civitatis* (*Pravna disertacija o uzroku i cilju postojanja države*), Matica srpska, Novi Sad, 2009.

se brzo prilagođavaju promenama u okruženju, za šta su potrebna šira znanja. Neosporno je da su globalne informacione mreže doprinele da se stvore uslovi za svojevrsnu demokratizaciju obrazovanja, ali je takođe činjenica da nisu utvrđeni kriterijumi za vrednosnu selekciju i proveru raspoloživih informacija. Znanje je tu, na dohvat ruke, ali je nesređeno i nedovoljno spoznatljivo. U literaturi se već duže vreme ukazuje na činjenicu da nedostaju specijalisti za interdisciplinarnost i univerzalnost koji bi bili sposobni da, poput starih enciklopedista, integrišu usitnjenu nauku i da reformišu tradicionalni koncept obrazovanja. Međutim, savremena nauka je previše kompleksna da bi opisane probleme rešavali isključivo pojedinci. Izvesno je da će ključnu ulogu u novoj sintezi znanja i demokratizaciji obrazovanja imati velike naučne i obrazovne institucije koje okupljaju vrhunske stručnjake i koje su u dovoljnoj meri uključene u međunarodnu saradnju.

U svemu tome, značajnu ulogu će imati institucije i istaknuti pojedinci koji se bave pravnom naukom i pravnim obrazovanjem.

1.2. Pravnička elita

Kao što je za opšti napredak društva važno postojanje snažne intelektualne elite i njeno delovanje u javnom interesu, tako i razvoj prava u velikoj meri zavisi od toga da li u određenoj društvenoj zajednici postoji neophodan broj (tzv. kritična masa) obrazovanih pravnika koji su sposobni da na adekvatan način oblikuju pravni sistem. Srbija u tom smislu ima dragoceno istorijsko iskustvo.

Još početkom XIX veka, u vreme Prvog srpskog ustanka protiv turske okupacije, bilo je zalaganja da se uvede puna vladavina prava. Jedan od glavnih protagonista te ideje bio je Teodor Filipović, ugledni austrijski advokat i profesor Istorije prava na Univerzitetu u Harkovu, koji je među ustanicima bio poznat pod pseudonimom Božidar Grujović. Savremenici su smatrali da su Grujovićeva zalaganja razložna ali da bi njihovo sprovođenje u tadašnjim okolnostima bilo preuranjeno. Srbi su nastavili da žive u skladu sa običajnim pravom. Takvu pravnu politiku su kritikovali srpski intelektualci u Austriji. Neki od njih su pokušali da podstaknu zakonodavni proces. Zabeleženo je da je temišvarski advokat Maksimilijan Simonović preveo Austrijski opšti građanski zakonik iz 1811. godine, sa nemačkog na srpski i potom ga prilagodio prilikama koje su postojale u tadašnjoj Srbiji. Trebalo je da tekst bude odštampan u Beču 1828. godine, ali autor za to nije dobio saglasnost dvorskog ratnog saveta. Krajem dvadesetih godina XIX veka u Srbiji je formirana komisija za izradu Građanskog zakonika. Međutim, u njenom

sastavu nije bilo školovanih pravnika. Uz to, neki članovi komisije su bili nepismeni. Zakonodavni projekat je tako unapred bio osuđen na neuspeh. Nakon izvesnog vremena, zatražena je pomoć od Srba iz susedne Austrije. Pisanje Građanskog zakonika je povereno Jovanu Hadžiću, senatoru novosadskog Magistrata. On je sačinio nacrt koji je u osnovi predstavljao skraćenu i u izvesnoj meri modifikovanu verziju Austrijskog građanskog zakonika iz 1811. godine. Donošenjem Građanskog zakonika 1844. godine Srbija se svrstala u red retkih evropskih zemalja koje su imale kodifikovano građansko pravo[3]. Istovremeno, učinjen je značajan napredak na planu evropeizacije, odnosno, uključivanja nacije u savremene evropske tokove. Međutim, mnogi smatraju da srpski zakonopisac iz Austrije nije na pravi način razumeo tradiciju srpskog naroda i realne razvojne mogućnosti. U stručnoj literaturi vlada mišljenje da je Građanski zakonik preuranjeno izazvao raspad velikih poridičnih *zadruga* i time doprineo dezorganizaciji i siromašenju naroda.

Zakonodavni rad je jasno ukazao na slabosti srpskog društva koje je sredinom XIX veka nastojalo da se integriše u evropski civilizacijski krug. Stanovništvo je uglavnom bilo nepismeno i neobrazovano. U zemlji nije bilo školovanih pravnika. Iz perioda turske vladavine nasleđena je praksa da se službenička mesta kupuju od države, čime su širom otvarana vrata korupciji i pravnoj neisgurnosti. Nedostajala je i pravna infrastruktura za implementaciju savremenih normativnih rešenja iz razvijenih evropskih zemalja. Međutim, najveći problem je predstavljalo to što u Srbiji nije postojala intelektualna elita koja bi mogla da na pravi način usmeri razvoj društva. Nedostajala je kritična masa obrazovanih ljudi sposobnih da razumeju zbivanja u okruženju, da o njima kritički rasuđuju i

[3] Prema podacima kojima raspolažemo, *originalnu kodifikaciju građanskog prava* u savremenom smislu, tada su imale sledeće evropske zemlje: Bavarska (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* iz 1756), Francuska (*Code civil des Français* iz 1804, kasnije poznat kao *Code Napoleon* ili *Code civil*) i Austrija (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* iz 1811). Francuski građanski zakonik su delimično recipirali švajcarski kantoni Vo (1819), Fribur (1834) i Tićino (1837). U Holandiji je 1838. godine stupio na snagu zakonik (*Burgerlijk Wetboek*) koji je takođe, većim delom, bio zasnovan na normativnim rešenjima iz francuskog prava. Austrijski građanski zakonik su delimično preuzeli Švajcarski kantoni Bern (1826), Argau (1828), Zoloturn (1831) i Lucern (1841). Francuski Kod sivil je u celosti i na duže vreme recipiran na teritorijama koje su bile pod Napoleonovom vlašću (u Belgiji, Luksemburgu, Rajnlandu i Badenu 1804, i u Holandiji 1809). Austrijski građanski zakonik je, s druge strane, u celosti važio na teritorijima koje su bile pod habzburškom vlašću. Podaci su zasnovani na preliminarnim istraživanjima vršenim na Departmanu za građansko pravo Pravnog fakulteta u Ženevi (*Departement de droit civil, Facultė de droit, Geneve*) i na Maks Plank Institutu za uporedno i međunarodno privatno pravo u Hamburgu (*Max-Planck –Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg*), u saradnji sa dr Natašom Hadžimanović.

da donose odluke od strateškog značaja na putu ka evropskoj integraciji. Na to su ukazivali srpski intelektualci iz Austrije, ali i poznati reformator srpskog jezika Vuk Stefanović Karadžić u jednom pismu koje je uputio knezu Milošu Obrenoviću 1832. godine. Nema sumnje da je i knez bio svestan problema. Iako je i sam bio nepismen, a uz to i ogorčeni protivnik mnogih novina sa Zapada, počeo je da šalje mlade ljude na školovanje u inostranstvo.

Plansko stvaranje intelektualne elite započeto je 1839. godine, prema programu koji je sačinio tadašnji ministar prosvete Stefan Stefanović Tenka. Od tada je svake godine određeni broj državnih pitomaca slat na vodeće evropske univerzitete. Procenjuje se da je do Prvog svetskog rata na taj način školovano oko 1300 studenata iz različitih struka.[4] Među njima je bilo najviše onih koji su studirali pravo, jer je stvaranje pravničkog kadra za potrebe državnih organa bio jedan od nacionalnih prioriteta. Pitomci su birani putem javnog konkursa koji su raspisivala resorna ministarstva u skladu sa potrebama državnih organa i javnih institucija.

Slična razvojna politika je nakon oslobađanja od turske vlasti vođena na čitavom Balkanu. Međutim, za razliku od susednih zemalja koje su se civilizacijski, a time i pravno, uglavnom vezivale za jednu od razvijenijih zemalja centralne i zapadne Evrope, Srbija je preko svojih pitomaca nastojala da upozna kulturu i pravno nasleđe na mnogo širem prostoru. Srpski studenti su se najčešće školovali na vodećim nemačkim univerzitetima u Haleu, Lajpcigu, Jeni, Hajdelbergu, Minhenu i Berlinu. Znatan broj studenata je studirao u susednoj Austro-Ugarskoj, u Beču, Krakovu, Brnu, Bratislavi i dr. Međutim, vremenom je bilo sve više onih koji su se opredeljivali za studije prava na pariskoj Sorboni i na drugim francuskim univerzitetima. Država je čak stimulisala studente da povremeno prelaze iz jedne evropske zemlje u drugu, da bi što više upoznali zapadnu kulturu, tamošnje običaje i pravne sisteme. Tako je vremenom postalo uobičajeno da srpski studenti sa nemačkih univerziteta, pri kraju studija, pređu na pravni fakultet u Parizu. Studenti iz Srbije su se u nešto manjem broju školovali i na visokim školama u Rusiji. Međutim, među njima je bilo malo pravnika jer u to vreme ruska pravna nauka nije bila dovoljno razvijena[5]. (Postoje podaci da je prečanski Srbin Gligorije Trlajić 1810. godine, u Sankt Peterburgu, objavio udžbenik posvećen građanskom pravu i

[4] V: iscrpno dokumentovan rad Ljubinke Trgovčević: *Planirana elita,* Beograd, 2003.

[5] V: Leonid L. Kofanov – Jevgenij A. Suhanov, *O značaju rimskog prava za savremenu Rusiju* (sa ruskog preveo: Dušan Nikolić), Evropski pravnik / European Lawyer Journal, 2/2008, str. 17.

time postavio temelje ruskoj civilistici. Do tada su se civilisti iz Rusije obrazovali na specijalizovanom seminaru za privatnopravnu struku u Berlinu, kao i na drugim univerzitetima u inostranstvu). Od šezdesetih godina XIX veka sve više studenata se školovalo na švajcarskim univerzitetima, u Cirihu, Ženevi i Bernu. (Zanimljivo je da je na ženevskom pravnom fakultetu kao državni pitomac studirao i Slobodan Jovanović koji je kasnije postao jedan od najpoznatijih profesora beogradskog univerziteta). Studenti iz Srbije su se pred kraj XIX veka masovno upisivali na francuske i švajcarske univerzitete.

Zahvaljujući dobroj razvojnoj politici koju je država kontinuirano decenijama sprovodila, nezavisno od toga ko je bio na vlasti, stvorena je snažna intelektualna elita[6] koja je doprinela da Srbija postane jedna od vodećih zemalja u regionu. Obrazovani pravnici, a pre svega oni koji su radili na Pravnom odeljenju Liceja, i kasnije i na Pravnom fakultetu u Beogradu, bili su dobri poznavaoci i stranog prava i domaćih prilika. Oni su bili svesni problema koji su nastali u prethodnom periodu zbog neusaglašenosti recipiranih normativnih rešenja i stvarnih potreba pravne prakse. Otuda su se već u drugoj polovini XIX veka javili zahtevi za reformisanje domaćeg privatnog prava, a potom i prvi zakonodavni projekti, koje su ovog puta pripremili domaći stručnjaci.

* *
*

Srbija je danas suočena sa izazovima i problemima koji su postojali i u XIX veku. Proces pridruživanja Evropskoj uniji podrazumeva novu evropeizaciju društva i prava. Potrebno je obrazovati nove generacije pravnika koji će biti u stanju da shvate integracione procese i da razvijaju pravni sistem u duhu evropskih pravnih standarda i komunitarnog pravnog nasleđa (*acquis communautaire*). Ključnu ulogu u tome treba da ima pravnička elita. Međutim, ona je malobrojna, nedovoljno kompaktna i neprepoznatljiva. Sličan problem postoji i u drugim zemljama koje su bile u sastavu nekadašnje Jugoslavije. Raspad velike južnoslovenske države je za posledicu imao usitnjavanje naučnog i obrazovnog prostora u jugoistočnoj Evropi. Mnogi smatraju da se taj problem može ublažiti jačanjem regionalne saradnje i uz oslanjanje na iskustva razvijenih zemalja.

[6] Prema nekim procenama čak oko 70% srpske elite tog vremena školovano je na univerzitetima u centralnoj i zapadnoj Evropi. Mnogi intelektualci su bili stipendisti srpske vlade, ali je bilo i onih koji su se školovali sopstvenim sredstvima. V: Ljubinka Trgovčević, *op. cit,* str. 44.

1.3. Društvena uloga pravničke elite

U Srbiji se, kao i u mnogim drugim istočnoevropskim zemljama, retko govori o pravničkoj eliti. To je nesumnjivo relikt socijalističkog poretka u kom se decenijama težilo (formalnoj) jednakosti građana. Danas je nejasno šta se podrazumeva pod pravničkom elitom i ko je zapravo čini. Društvo ne prepoznaje posebnu kategoriju pravnika, već samo istaknute pojedince u pojedinim oblastima prava. Oni se uglavnom dele na teoretičare i praktičare. Upravo to odsustvo jedinstvenog pojma i prepoznatljivosti elitnog pravničkog sloja utiče i na ukupnu poziciju pravne nauke i pravne struke u društvu. Pravnici ne ostvaruju adekavatan uticaj na razvoj društvene zajednice, a isto tako i na razvoj pravnog sistema.

Podela na teoretičare i praktičare za posledicu ima ne samo razdvajanje, već i tihu konfrontaciju akademskog pravništva i pravnika koji rade u sudovima, javnoj upravi i advokaturi. Uvreženo je shvatanje da profesori i naučnici ne shvataju realnost i da nemaju potrebno praktično iskustvo, a da njihove kolege iz prakse nemaju dovoljan nivo teorijskog znanja i razvijenu sposobnost apstraktnog mišljenja. Takav stav se u stručnoj javnosti nije formirao bez razloga. Činjenica je da naučnicima i (mlađim) profesorima decenijama nije bilo dopušteno da rade u praksi. Sa druge strane, sudije, advokati i drugi pravnici praktičari nisu bili motivisani da nakon osnovnih studija rade na unapređenju sopstvenog obrazovanja a retko kad im je pružana prilika da se uključe u nastavni proces. Propisima nekadašnje Jugoslavije je bilo predviđeno da pojedini oblici nastave mogu biti povereni *istaknutim stručnjacima iz prakse*, ali je ta mogućnost retko korišćena. Teoretičari i praktičari su se sretali na istoj ravni jedino u komisijama i radnim grupama koje su bile zadužene za izradu nacrta zakona i drugih pravnih akata. U drugim oblastima pravnog života, demarkaciona linija ni do danas nije u potpunosti izbrisana.

2. Uticaj istaknutih pravnika na oblikovanje pravnih pravila u sistemu zasnovanom na načelu podele vlasti

2.1. Zakonopisci i zakonodavci

Mišljenja istaknutih pravnika o tome kako bi trebalo urediti pojedina pitanja nisu formalno obavezujuća. Međutim, nema sumnje da ona imaju uticaja na rad zakonodavnih organa. Istaknuti pravni teoretičari i praktičari su često članovi mešovitih ekspertskih timova koji pripremaju nacrte zakona i drugih propisa. Taj spoj teorije i prakse u zakonodavnom radu

ima čitav niz prednosti. Teoretičari sagledavaju pravnorelevantnu materiju na sistemski način i mogu ukazati na dobra rešenja iz uporednog prava. Praktičari, pak, daju pravnim normama životnu dimenziju, vodeći računa o tome da budu dovoljno razumljive, primenljive i primerene društvenoj stvarnosti. Pri tom treba imati u vidu činjenicu da se u uslovima nedefinisanosti i nedovoljne prepoznatljivosti pravničke elite ne može u svakom konkretnom slučaju pouzdano tvrditi da pravila zaista kreiraju najbolji predstavnici pravne struke i nauke. Osim toga, ne postoje jasni i unapred definisani kriterijumi za izbor članova ekspertskih timova. Najzad, evidentan je i problem sistemske prirode, sa kojim se sreću i druge zemlje koje pripadaju evropskom pravnom krugu. Zakonopisci nisu istovremeno i zakonodavci. Često se događa da jedan skladan, dobro promišljen nacrt zakona bude značajno izmenjen u skupštinskoj proceduri i da zakonske norme izgube prvobitni smisao.

2.1.2. Stavovi istaknutih pravnika u sudskoj praksi

Kao što ne obavezuju zakonodavca, mišljenja istaknutih pravnika nisu obavezujuća ni u postupku pred sudom. Međutim, nije oduvek i svuda bilo tako.

Primeri pozivanja na doktrinarne stavove u sudskim postupcima se mogu naći kako u istoriji privatnog prava, tako i u uporednom pravu. Stari Rimljani su pod pravnom naukom podrazumevali "poznavanje božanskih i ljudskih stvari, znanje o pravednom i nepravednom".[7] Ta znanja su posedovali samo retki pojedinci. Zato su njihova mišljenja prihvatana s posebnim uvažavanjem. I to kako među građanima, tako i od strane onih koji su kao laici presuđivali građanske sporove. U pojedinim periodima rimske istorije, sudija (*iudex*) je bio dužan da presudi spor onako kako su nalagala mišljenja istaknutih pravnika. Naime, pojedini poznavaoci pravne nauke (*iurisconsulti*) su od imperatora dobijali ovlašćenje da stvaraju pravo javnim davanjem odgovora (*ius publice respondendi*). Odgovori istaknutih pravnika (*responsa prudentium*) su imali snagu zakona. Ukoliko njihova mišljenja nisu bila usaglašena, sudija se mogao opredeliti za bilo koji od iznetih stavova. Zakonom o citiranju (*Lex citationis*) iz 426. godine n.e. propisano je da se u postupku pred sudom stranke mogu pozivati na stavove pet istaknutih pravnika (*Papinijana*, *Paula*, *Gaja*, *Ulpijana* i *Modestina*). Njihova mišljenja su takođe smatrana izvorom prava. Sličnih primera je bilo i u

[7] *Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atique iniusti scientia* (D. 1, 1, 10, 2 Ulpianus libro primo regularum).

srednjem veku. Stručna mišljenja (*consilia*) uglednih postglosatora su stekla takav autoritet u praksi da su ih mnogi smatrali obavezujućim. U pojedinim zemljama je čak bilo propisa koji su nalagali da se u sudskim postupcima vodi računa o preovlađujućem stavu istaknutih pravnika (*communis opinio doctorum*).

U pravnom sistemu Republike Srbije pravna nauka nije izvor prava. Osim toga, ne postoji nijedna zakonska odredba koja upućuje na njenu primenu. To znači da se stranke (u međusobnim odnosima) i sudovi (u obrazloženju svojih odluka) ne mogu pozivati na mišljenja pravnih teoretičara.[8]

3. *Novi institucionalizam* i nova uloga istaknutih pravnika

3.1. Neke tendencije u evropskom privatnom pravu

Globalizacija prava i različiti projekti usmereni na regionalnu harmonizaciju podstakli su razmišljanja o potrebi da se preispita uloga države u regulativnoj sferi. U tom kontekstu, razmatrana je i mogućnost da se oblikovanje pravnih pravila u većoj meri prepusti istaknutim pravnicima.

3.1.1. Zalaganje za deregulaciju

Pod uticajem narastajućeg neoliberalnog kapitalizma, poslednjih decenija XX veka razvijena je teza o prenormiranosti (hiperreglementaciji) društvenih odnosa. U javnosti su se sve češće mogla čuti mišljenja da postoji previše pravnih pravila, da zakonske i druge norme sputavaju privredne aktivnosti i sl.

Reagujući na takve kritike, vlade pojedinih zemalja su sprovele opsežnu deregulaciju. Taj trend je bio posebno karakterističan za istočnoevropske zemlje koje su se našle u procesu tranzicije. Vladajuće strukture su smatrale da je prenormiranost relikt socijalističkog poret-

[8] Izuzetno, najviši sudovi nekadašanje Jugoslavije su se ponekad pozivali na pravnu doktrinu kada su obrazlagali načelne stavove utvrđene na zajedničkim sednicama. Tako je npr. na VII sednici održanoj 15. decembra 1977. godine zaključeno da i dete rođeno posle smrti oca ima pravo na naknadu neimovinske štete za duševne bolove izazvane smrću roditelja. Kao argument za to je navedeno sledeće mišljenje: "Profesor Cigoj (dr Stojan Cigoj, profesor Pravnog fakulteta u Ljubljani - prim. D.N.) kaže da treba imati u vidu da dete ne pati samo trenutno, zato što je saznalo za smrt roditelja, već da mu treba priznati i naknadu za gubitak roditeljske nežnosti, nege i brige, za gubitak moralne podrške i vaspitne pomoći, dakle za sve ono što roditelji normalno pružaju detetu dok ne odraste." U istom obrazloženju je ukazano i na stavove dr Ljubiše Miloševića, profesora Pravnog fakulteta u Novom Sadu i dr Borislava Kapamadžije, profesora Medicinskog fakulteta u Novom Sadu. Time se, međutim, nije odstupalo od principijelnog polazišta da pravna nauka nije izvor privatnog prava.

ka, da bez deregulacije neće biti stranih investicija i sl. U relativno kratkom roku, ukinute su hiljade opštih akata. Usled toga je nastao svojevrsni pravni vakuum. Došlo je do nekotrolisane preraspodele društvenog kapitala, do drastičnog socijalnog raslojavanja, nestajanja srednje klase i na kraju, do destabilizacije istočnoevropskih društava. U takvim okolnostima, veći deo nacionalnog bogatstva je nepovratno prešao u ruke stranih banaka i multinacionalnih kompanija. Američki nobelovac Džozef Štiglic je u svojim studijama na upečatljiv način prikazao posledice olakog preuzimanja neoliberalnog koncepta i nedovoljno promišljene deregulacije.[9]

Istovremeno sa tezom o prevelikom broju zakonskih i drugih normi plasirana je teza o krizi parlamentarizma i o potrebi da se regulisanje društvenih odnosa u većoj meri prepusti drugim subjektima.

3.1.2. Zalaganje za preispitivanje principa podele vlasti

Nema sumnje da je parlamentarni sistem već duže vreme u krizi. Opadajući broj birača na izborima dovodi u pitanje predstavničku demokratiju i tezu da su poslanici predstavnici svih građana. Osim toga, poznato je da zakonodavanu vlast čine pripadnici različitih političkih grupacija koji u procesu stvaranja prava nastoje da zaštite različite grupne i lične interese. Javna i manje javna lobiranja, korupcionaške afere i skandali, bacaju senku na moralni integritet parlamenata u mnogim državama. Kao što je već rečeno, pitanje je i da li poslanici koji najčešće nisu pravnici mogu kompetentno raspravljati i odlučivati o svim pravno relevantnim pitanjima. Zbog toga se u stručnoj, pa i u široj javnosti sve češće ukazuje na potrebu da se preispita načelo podele vlasti i da se iznađe novi institucionalni koncept koji će omogućiti efikasniju i profesionalniju izgradnju pravnog sistema. Pri tom svakako treba imati u vidu procese koji se odvijaju u Evropskoj uniji. Oni su sa stručnog stanovišta veoma značajni, jer ukazuju na jedan novi način stvaranja pravnih pravila u oblasti privatnog prava.

Pojedini francuski autori su na razmeđi dva milenijuma pisali o nebuloznosti institucionalnog koncepta (*la nébuleuse institutionnelle*) i o funkcionalnoj konfuziji (*la confusion fonctionelle*) koja vlada u Evropskoj uniji. Prosečan pravnik, obrazovan u duhu kontinentalne pravne tradicije, već na prvi pogled može uočiti da se funkcije i nadležnosti pojedinih institucija u mnogim slučajevima prepliću, uzajamno prožimaju i nadopunjuju. Otuda mnogi smatraju da u Uniji još uvek nema jasne podele

[9] Džozef E. Štiglic, *Protivrečnosti globalizacije*, Beograd, 2002.

vlasti[10], ili da je barem nema u tradicionalnom, *monteskijeovskom smislu*. Radi se, zapravo, o nečem drugom. Organizaciona struktura Evropske unije i način njenog funkcionisanja se uklapaju u jedan noviji teorijski model, tzv. *novi institucionalizam* (*new instituionalism*)[11], razvijan tokom XX veka, koji se zasniva na ideji o saradnji i koordinisanom delovanju različitih organa. Osnovna ideja je da sve institucije jednog sistema moraju biti funkcionalno povezane i da treba da sarađuju radi postizanja jedinstvenih ciljeva i interesa društvene zajednice. Teorija saradnje je fleksibilnija od klasičnog koncepta podele vlasti i omogućuje lakše postizanje kompromisa koji vode ka regionalnoj, i istovremeno, ka globalnoj integraciji. Osim toga, ona otvara prostor za drugačiju ulogu sudova u kreiranju pravnog sistema[12].

Sud pravde Evropske unije u Luksemburgu ima veoma velik uticaj na pravni život država članica. Kao što je poznato, toj instituciji je povereno autentično tumačenje komunitarnog prava (izvorno tumačenje po ovlašćenju). Sud u preliminarnom postupku, na zahtev pravosudnih organa država članica, određuje koji je pravi smisao konkretnog pravila. Osim toga, Sud ima i moć stvaranja prava. Po mišljenju jednog švajcarskog analitičara srpskog porekla "on sve progresivnije razvija pravo zajednice, kako širokom interpretacijom osnovnih normi ugovora, tako i stvaranjem novog pravnog poretka. (...) Na brojne načine Sud deluje kao fino podešen zakonodavac, a tvorci Ugovora su baš to i hteli."[13] No, zašto su se kreatori novog poretka opredelili za takav metodološki pristup? Jedan od razloga verovatno leži u činjenici da sud kao manji organ sa strogo profesionalnim kadrom koji čine istaknuti pravnici, može efikasnije uticati na to da se pravni sistem razvija u željenom pravcu, nego npr. parlament sa velikim brojem članova, u kom se prelamaju različiti nacionalni, politički, ekonomski i drugi interesi. Jednostavnije rečeno, mnogo je lakše doneti sudsku odluku nego zakon. Najzad, ne treba odbaciti ni druge razloge. Poveravanje tako značajne uloge sudu je verovatno motivisano i potrebom da se stvori model pravnog sistema koji bi predstavljao kompromis između evropskog kontinentalnog i angloameričkog prava. Međutim, ni to, verovatno, nije krajnji cilj. Državnu regulativu bi prema nekim projekcijama trebalo zameniti različitim oblicima društvene samoregulacije.

---

[10] K. Lenaerts, *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*, Common Market Law Review, 28/1991, str. 11.

[11] V.: Damian Chalmers, *European Union Law – Law and EU Government*, Dartmouth, 1998, str. 158.

[12] Opširnije o kreativnoj ulozi sudova: Ewoud Hondius, *Jugoistočna Evropa i evropsko privatno pravo,* Evropski pravnik, 1/2006, str. 15-30.

[13] Dušan Šiđanski, *U traganju za novim evropskim federalizmom*, Veograd, 2002, str. 62.

3.1.3. Zalaganje za deetatizaciju regulative u domenu privatnog prava

Pojedini analitičari smatraju da je državna regulativa nedovoljno efikasna a u nekim slučajevima i potpuno nedelotvorna. U literaturi postoje procene da bi drugi modeli regulisanja društvenih odnosa dali mnogo bolje rezultate. Tako se poslednjih godina razmišljalo o jačanju autonomne regulative i prepuštanju jednog dela pravnorelevantne materije tzv. društvenoj samoregulaciji, kao i o novoj ulozi pravne nauke i istaknutih pravnika.

Jedan od ključnih argumenata koji su govorili u prilog deetatizaciji privatnog prava nađen je u činjenici da su još u srednjem veku postojala posebna pravila u oblasti trgovine (*lex mercatoria*). Kao što je poznato, srednjovekovni trgovci su samostalno stvarali i menjali profesionalna pravila. Neosporno je da su oni u tome bili mnogo efikasniji od državnih organa. Imajući to u vidu, neki naši savremenici su, u duhu ideje o razvoju civilnog društva, zaključili da nije ništa prirodnije nego da se društveni odnosi prepuste društvenoj samoregulaciji. Potom su usledila zalaganja za stvaranje nove *lex mercatoriae*, za samostalno oblikovanje pravila u domenu sportskog prava (*lex sportiva*) i za razvoj autonomne regulative u drugim oblastima.

3.1.4. Kreativna uloga pravne nauke i istaknutih pravnika: meko pravo - soft law

Poslednjih godina je u stručnoj javnosti isticana potreba da se stvaranje prava u većoj meri profesionalizuje. Tome su u velikoj meri doprinele, s jedne strane, već pominjane kritike parlamentarnog sistema, a sa druge, pozitivna iskustva sa praksom Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu i Suda pravde Eropskih zajednica u Luksemburgu, kao i kapitalni razvojni projekti[14] čiji su nosioci bili poznati univerzitetski profesori. Jedna od glavnih ideja je bila da istaknuti pravni teoretičari stvore model-pravila koja formalno ne bi bila obavezujuća, ali bi služila kao orijentir učesnicima pravnih odnosa, nacionalnim sudovima, a u krajnjoj liniji i parlamentima država članica Evropske unije. Očekivalo se da takvo, meko pravo (*soft law*), bude sponatno prihvaćeno u pravnoj praksi. Naravno, nije zanemarena ni činjenica da bi ta pravna pravila u pogodnom trenutku mogla da postanu deo jedinstvenog evropskog zakonika.[15]

---

[14] Opširnije: Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, deveto izdanje, Novi Sad, 2008.

[15] V: William Blair – Richard Brent, *A Single European Law of Contract – the future for harmonisation,* http://www. bareuropeangroup. com/ Blair_Brent-EurocontractLaw[2]htm

Rukovođena tim ciljevima, Komisija evropskih zajednica je 1980. godine počela da finansira rad na izradi *Načela evropskog ugovornog prava* (*Principles of European Contract Law*). Kao što je poznato, nosilac projekta je bila Komisija za evropsko ugovorno pravo (*Commision on european contract law*), na čijem čelu je bio danski profesor Ole Lando. Ekspertski tim je radio punih dvadeset godina. U međuvremenu su ozvaničeni pojedini segmenti projekta. Godine 1995. prezentovana je prva verzija prvog dela; 1998. je objavljena kompletna verzija prvog i drugog dela, a 2002. godine javnosti je predstavljen i treći deo sa dodatnim poglavljima. Nakon toga, otvorene su rasprave o značaju i primeni načela evropskog ugovornog prava, i o kreativnoj ulozi pravne nauke.[16] U tom kontekstu je čak razmatrana mogućnost da se istaknutim pravnicima prepusti stvaranje pravnih pravila, kao što je jedno vreme bio slučaj u Rimskoj imepriji i kasnije, u srednjovekovnoj Evropi.

Godine 2008. Studijska grupa za Evropski građanski zakonik (*Study Group on a European Civil Code*) i tzv. Aki grupa (*Research Group on EC Private Law*) objavile su Nacrt okvirnih pravila u oblasti ugovornog prava (*Draft Common Frame of Reference*)[17], koji je delom zasnovan i na izmenjenoj verziji Landovih načela. U predgovoru knjige je naglašeno da je to "akademski, a ne politički autorizovan tekst (*an academic, not a politically authorised text*)." Upravo ta karakteristika je bila povod za polemiku na međunarodnoj konferenciji "*Which European Contract law for the European Union*" koja je oktobra 2008. godine održana na univerzitetu Sorbona u Parizu (*La Sorbonne*). Tom prilikom, ukazano je na činjenicu da u Evropi ne postoji politička volja da Nacrt dobije obavezujući karakter, i da sa druge strane, tekst koji su prevashodno pisali univerzitetski profesori i pravni teoretičari, u nekim segmentima ne odgovara realnosti i potrebama pravne prakse.

S druge strane, nekadašnja Jugoslavija je, u jednom relativno dugom periodu imala pozitivno iskustvo sa tzv. mekim pravom.

---

[16] V: Friedrich Blase, *Leaving the Shadow for the Test of Practice – On the Future of Principles of the European Contract Law,* http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/blase. Evropska komisija je 12. februara 2003. objavila *Akcioni plan za koherentnije evropsko ugovorno pravo (Action Plan on a More Coherent European Contract Law),* kojim su predviđene različite regulatorne i neregulatorne mere za ujednačavanje pravne regulative. (OJ C63/1 od 15. marta 2003).

[17] *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference*, Ed. Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte – Nölke, Interim Outline Edition, Sellier – European Law Publisher, Munich, 2008.

3.1.5. Domaće iskustvo: kreativna uloga istaknutih pravnika i jugoslovensko meko pravo

U novijoj istoriji srpskog građanskog zakonodavstva ključnu ulogu su imala dva zakonopisca. Prvi je bio već pominjani Jovan Hadžić, novosadski senator, a drugi, Mihailo Konstantinović, profesor Pravnog fakulteta u Beogradu. Oni su živeli u različitim epohama. Hadžić je svojim radom obeležio XIX, a Konstantinović XX vek. Međutim, obojica su bili suočeni sa sličnim izazovima. Jovan Hadžić je oblikovao pravo neposredno nakon ustanaka protiv turske vlasti, u vreme obnavljanja srpske državnosti i tihe buržoaske revolucije. Mihailo Konstantinović je pisao zakone u posleratnom periodu, u vreme stvaranja novog poretka i socijalističke revolucije. Obojica su morala rešiti problem pravnog diskontinuiteta i stvoriti pravo koje će, s jedne strane, odgovarati tadašanjim prilikama u društvu, a sa druge, osnovnim načelima i standardima koji su vekovima važili u kontinentalnoj Evropi. U tome su manje ili više uspeli, jer se pravila formulisana u njihovim zakonodavnim projektima primenjuju i danas, u XXI veku.

O zakonodavnom radu Jovana Hadžića i njegovom ishodu je već bilo reči. Mihailo Konstantinović je napisao najznačajnije nacrte zakona u oblasti privatnog prava u posleratnoj Jugoslaviji, na osnovu kojih su kasnije doneti: *Osnovni zakon o braku* (1946); *Osnovni zakon o odnosima roditelja i dece* (1947); *Osnovni zakon o starateljstvu* (1947); *Zakon o usvojenju* (1947); *Zakon o zastarelosti potraživanja* (1953); *Zakon o nasleđivanju* (1955) i *Zakon o obligacionim odnosima* (1978). Okolnosti u kojima je stvarano jugoslovensko obligaciono pravo se u velikoj meri podudaraju sa okolnostima u kojima su nastajala *Načela evropskog ugovornog prava* i *Nacrt zajedničkog referentnog okvira* (*Draft Common Frame of Reference*). Zakon o obligacionim odnosima je zasnovan na Konstantinovićevoj *Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima.* Skica je predstavljala uspešnu sintezu velikog broja originalnih normativnih rešenja i najboljih regulativnih modela preuzetih iz uporednog prava. Objavljena je 1969. godine. Ubrzo potom, sudije, advokati i pravnici u privredi počeli su da se oslanjaju na formalno neobavezujuća pravila koja je predložio profesor Konstantinović. Skica je tako gotovo čitavu jednu deceniju predstavljala ono što se danas u Evropi naziva mekim pravom. Regule profesora Konstantinovića su spontano našle mesto u pravnoj praksi, pre svega zbog kvaliteta ponuđenih normativnih rešenja. Zakon o obligacionim odnosima je nadživeo ne samo državu, već i čitavu jednu epohu u kojoj su dominirale socijalističke ideje. Na kvalitet normativnih rešenja su ukazali i mnogi evropski komparativisti, koji su čitali zakonski tekst na engle-

skom, objavljen 1997. godine u Beogradu, u izdanju izdavačke kuće *Jugoslovenski pregled*. Nepodeljeno je mišljenje pravnih analitičara da je jugoslovenski Zakon o obligacionim odnosima bio znatno ispred svog vremena.[18] Mnogi smatraju da je Mihailo Konstantinović bio najznačajniji zakonopisac novije epohe na prostoru Jugoistočne Evrope.

4. Epilog: svetska ekonomska kriza i zaokret ka državnom intervencionizmu

U leto 2008. godine svet se suočio sa velikom finansijskom krizom koja se najpre manifestovala kroz drastičan pad vrednosti akcija na svetskim berzama, a potom i kroz nelikvidnost i bankrotstvo velikih brokerskih kuća, banaka i osiguravajućih društava.

Takve okolnosti su izazvale snažan državni intervencionizam. Mnoge zemlje su uložile dodatna sredstva u banke i druge kompanije od strateškog značaja, preuzimajući kontrolne pakete akcija, a time i kontrolu nad njihovim poslovanjem. Dogodilo se nešto što je bilo nezamislivo samo nekoliko meseci ranije. Državni organi su počeli da se direktno mešaju u ekonomske odnose, propisujući čak i limite za primanja rukovodećih kadrova u bankama i drugim velikim kompanijama.

Da bi sprečile veća socijalna nezadovoljstva i nemire, države će morati da vode aktivniju politiku u domenu svojinskih odnosa. Neke od njih su već započele nacionalizaciju kompanija od strateškog značaja. Osim toga, može se očekivati da će privatna svojina imati sve naglašeniju socijalnu funkciju,[19] na koju je ukazano i u pojedinim odlukama Suda pravde evropskih zajednica.

Značajne promene u svetskoj ekonomiji će u velikoj meri uticati na dalji razvoj prava, kako na nacionalnom, tako i na nadnacionalnom planu. Državna organizacija će u narednom periodu imati sve veći značaj. Istovremeno, jačaće i njena uloga u sferi regulisanja društvenih odnosa. Konveregencija pravnih kultura i procesi evropeizacije i globalizacije prava će se odvijati sporije, ali neće biti dovedeni u pitanje. To znači da će biti prihvaćena kompromisna formula, na koju je ukazano u nekim ranije objavljenim radovima.[20] Naime, treba očekivati da će države jačati, ali i da će istovremeno rasti stepen njihove povezanosti i međuzavisnosti.

---

[18] Opširnije u časopisu *Evropski pravnik / European Lawyer Journal*, 4/2008, posvećenom tridesetogodišnjici jugoslovenskog Zakona o obligacionim odnosima.

[19] V.: Dušan Nikolić, *Functia sociala a dreptului de proprietate privata (trecut, prezent, viitor*), Pandectele Romane, Wolters Kluwer, 2007, str. 69. etc.

[20] V: Dušan Nikolić, *Civilno društvo i civilno pravo*, u: *Liber Amicorum – Nikola Gavella*, Zagreb, 2007, str. 54.

U navedenim okolnostima mišljenja istaknutih pravnika i sadašnje meko pravo neće dobiti snagu formalnog izvora. S druge strane, duboka kriza u kojoj se nalazi čitava zapadna civilizacija nameće potrebu da se u rešavanje složenih društvenih problema uključe vodeći naučnici i stručnjaci. Kreiranje pravne politike i definisanje pravaca u kojima će se razvijati pravni sistem bi trebalo prepustiti pravnicima koji dobro poznaju domaće prilike ali i širi (globalni i regionalni) kontekst.

Dušan Nikolić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Influence of Distinguished Lawyers on the Development of Law in the European Union and Serbia

Abstract

The author points to a fact that the Western Civilization faces great challenges and that it is necessary to undergo major changes in various spheres of social life, particularly in the area of law. Historical experiences discussed in this article indicate that the legal elite should play an important role in all of these processes. However, this elite is not clearly defined, distinguishable and accepted by the society.

In the history of the Serbian (private) law two lawyers - lawmakers played key roles: Jovan Hadžić, the author of *the Serbian Civil Code* of 1844 and Mihailo Konstantinović, who wrote drafts of several laws. Konstantinović's Draft of the Code of Obligations and Contracts is an authentic example of the influence of how distinguished lawyers shaped legal systems. The Draft had been used in practice for a long period of time, as a form of *soft law*, something often spoken of in contemporary Europe.

The text covers important developmental tendencies on a global, regional, and national level, which, for years, indicated a new role for distinguished lawyers in shaping the legal system, such as deregulation of social relations, deetatisation of regulation, spreading the field of autonomous regulation of social relations, new institutionalism, development of soft law, etc. In the end, the author points to new tendencies at the time of the world economic crisis that lead towards profound state interventionism.

Key words: Intellectual elite, legal system, legal science, distinguished lawyers, soft law, Europeanization of law, state interventionism.

Originalni naučni rad 341.9:347.6

Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SPORAZUMNO ODREĐENA MEĐUNARODNA NADLEŽNOST U PORODIČNOPRAVNOJ MATERIJI U PRAVU EU

Sažetak: *Sporazumi o međunarodnoj nadležnosti u međunarodnom privatnom pravu jačaju pravnu sigurnost i predvidljivost – stranke u sporu izbegavaju neizvesnost koja ima svoje korene u različitim nacionalnim propisima o međunarodnoj nadležnosti u različitim državama sa kojima je pravni odnos povezan. Prekogranična dejstva sporova u međunarodnom privatnom pravu nameću potrebu međunarodne koordinacije pravnih pravila, što se postiže zaključivanjem međunarodnih konvencija. Haška konvencija o sporazumima o izboru suda iz 2005. godine isključuje iz polja svoje primene porodičnu materiju, ali određeni legislativni akti Evropske unije koji imaju nadnacionalni karakter i neposredno su primenjivi u državama članicama uključuju i pravila koja se odnose na prorogatio iurisdictionis/fori u materiji roditeljske odgovornosti i izdržavanja. Rad daje pregled pravila o sporazumima o međunarodnoj nadležnosti u porodičnopravnoj materiji koja su deo međunarodnog privatnog prava u Evropskoj uniji.*

Ključne reči: *međunarodna nadležnost, Uredba 2201/2003, Uredba 805/2009, bračna materija, materija roditeljske odgovornosti, obaveze izdržavanja, prorogatio jurisdicitionis/fori*

1. Uvod

Uopšteno rečeno, saglasnost volja strana nekog pravnog odnosa sa stranim elementom o tome koji će sud ili sudovi u nekoj državi rešiti njihove međusobne sporove je poželjna, bar sa aspekta samih strana.

Ukoliko nacionalni zakonodavci propišu više različitih osnova za međunarodnu nadležnost, time oni prepuštaju neku vrstu izbora jednoj strani – tužiocu – da izabere pravosuđe, odnosno sud kod kojeg će podneti zahtev protiv druge strane. Propisi služe pravnoj sigurnosti i predvidljivosti, ali u njihovim okvirima ostaju elementi nesigurnosti i nepredvidljivosti u konkretnom odnosu. Zakonodavci, međutim, mogu da propišu mogućnost i odrede uslove pod kojima će strane moći da se dogovore (sporazumeju) o tome kod kog suda ili u kojoj državi će podneti zahtev. Time sporazum o izboru (međunarodno) nadležnog suda za strane postaje instrument pravne sigurnosti: one otklanjaju neizvesnost u pogledu pravosuđa koje će biti nadležno za njihove međusobne sporove. Sa aspekta zakonodavca suštinski uslov mogućeg sporazumevanja o međunarodnoj nadležnosti vezuje se za predmet pravne zaštite: što je veći interes zakonodavca za zaštitu određenog prava, tim je manja mogućnost za sporazumevanje strana. Za zakonodavca je, dakle, primarno da odredi da li je *predmet spora podoban* za to da bude iznesen pred pravosuđe ili sud *i* neke druge države, ili se može izneti samo pred sudove domaćeg pravosuđa. Ukoliko zakonodavac prihvati mogućnost da i sudovi drugih država mogu da budu međunarodno nadležni, tu se može pojaviti i prostor u kojem se strane mogu sporazumeti o tome kod kog suda ili u kojoj državi će podneti zahtev.

Koordinacija pravila o direktnoj međunarodnoj nadležnosti pravosuđa različitih država putem *međunarodnih konvencija* takođe je poželjna, ali dugogodišnji napori u okviru Haške konferencije za međunarodno privatno pravo upereni na izradu globalne konvencije o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda ostali su bez rezultata. Razlog neuspeha je u različitosti nacionalnih prava koja se nije mogla prevazići. Saglasnost je, međutim, postignuta u pogledu sporazuma o izboru međunarodno nadležnog suda, te je 2005. godine usvojen tekst Konvencije o sporazumima o izboru suda.[1] Prema stavu 1 člana 1 ova Konvencija se primenjuje „na ekskluzivne sporazume o izboru suda u građanskoj i trgovačkoj materiji u slučajevima koji imaju međunarodno obeležje." Konvencija u članu 2 sadrži dugačku, iscrpnu listu materije koja je *isključena* iz njenog polja primene.[2] Lista obuhvata, između ostalih, materiju koja se odnosi na status i sposobnost fizičkih lica, obaveze izdržavanja, drugu porodičnopravnu materiju, uključujući bračno-imovinski režim, i druga prava ili obaveze koji proističu iz braka ili sličnih odnosa (stav 2 tačke a-c Konvencije).

[1] Vidi www.hcch.net.

[2] Vidi članove 1-2 Konvencije, www.hcch.net/upload/conventions/txt37en.pdf.

Ostaju, dakle, pitanja: da li stranke u porodičnopravnoj materiji mogu da biraju sud ili pravosuđe neke države pred koji će izneti svoj zahtev i koji su izvori prava koji regulišu uslove zaključenja sporazuma o međunarodnoj nadležnosti u ovoj materiji. Ova pitanja će biti predmet analize na primeru prava, odnosno međunarodnog privatnog prava Evropske unije. U radu će najpre biti određeni izvori međunarodnog privatnog prava EU, a zatim će se dati pregled pravila o međunarodnoj nadležnosti sudova država članica Evropske unije među kojima su i pravila o izboru međunarodno nadležnog suda.

2. Izvori pravila o međunarodnoj nadležnosti u porodičnopravnoj materiji

Pravni osnov za stvaranje međunarodnog privatnog prava EU uopšte, pa tako i njegovih izvora u porodičnopravnoj materiji bile su odredbe naslova IV (Vize, azil, imigracija i ostale politike koje se odnose na slobodno kretanje lica) Amsterdamskog Ugovora o osnivanju Evropske Zajednice iz 1997. godine,[3] a posebno odredbe tačke (c) člana 61 i člana 65. Legislativna procedura bila je propisana u članu 67.[4] Nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora o Evropskoj uniji, odnosno Ugovora o funkcionisanju Evropske unije[5] 1. decembra 2009. godine pravni osnov zakonodavne nadležnosti EU postao je stav 4 člana 67 glave I i odredbe člana 81 glave III (Pravosudna saradnja u građanskim stvarima) Naslova V (Oblasti slobode, sigurnosti i vladavine prava) Ugovora o funkcionisanju Evropske unije[6] (u daljem tekstu: UFEU).

Prvi izvor u porodičnopravnoj materiji usvojen je 2000. godine. To je bila Uredba br. 1347/2000 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnoj materiji i materiji roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba bračna partnera.[7] Ona je bila na snazi do donošenja Uredbe br. 2201/2003 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnoj materiji i u materiji roditeljske odgovornosti kojom se stavlja van snage Ured-

[3] Vidi SL C 340, 10.11.1997.

[4] Vidi, takođe Ničanski Ugovor o osnivanju EZ, SL C 80, 10.3.2001.

[5] Vidi Lisabonski ugovor o izmenama i dopunama Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, potpisanog 13 decembra 2007. godine u Lisabonu, SL C 306, 17.12.2007; Prečišćeni tekst Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, SL C 83, 30.03.2010.

[6] Vidi Prečišćeni tekst Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, SL C 83, 30.03.2010.

[7] Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and matters of parental responsibility for children of both spouses, SL L 160, 30.6.2000.

ba (EZ) br. 1347.[8] Legislativna aktivnost EU u bračnoj materiji koja je vezana za Uredbu 2201/2003 nije, međutim, iscrpljena. U nameri da se doprinese pravnoj sigurnosti i predvidljivosti u bračnoj materiji koja ima prekogranična dejstva, Komisija je 2006. godine izradila Predlog Uredbe Saveta o izmeni Uredbe (EZ) br. 2201/2003 u delu koji se odnosi na nadležnost i kojom se dopunjuje Uredba 2201/2003 odredbama koje se odnose na merodavno pravo u bračnoj materiji.[9] Ovaj predlog nije prihvaćen zbog nemogućnosti da se postigne jednoglasnost država članica EU u delu koji se odnosi na merodavno pravo za razvod braka i za zakonsku separaciju, što je konstatovano 2008. godine.[10] Stanje predloga za dopunu Uredbe 2201/2003 u ovom trenutku je sledeće: dopuna odredbi o međunarodnoj nadležnosti pravilima o prorogaciji nadležnosti u slučaju razvoda i zakonske separacije podržana je od strane država članica, ali realizacija je potisnuta akcijom koja je usmerena na usvajanje unifikovanih kolizionih normi u okviru uspostavljanja pojačane saradnje između država članica na osnovu člana 20 Ugovora o Evropskoj uniji i stava 3 člana 81 UFEU.[11] [12]

Drugi izvor međunarodnog privatnog prava EU u porodičnopravnoj materiji je Uredba Saveta (EZ) br. 4/2009 od 18. decembra 2008. godine o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i o saradnji u materiji koja se odnosi na obaveze izdržavanja.[13] Pošto i drugi izvori prava EU[14] regulišu neka pitanja u vezi sa

---

[8] Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, SL L 338, 23.12.2003.

[9] Vidi dokument COM(2006) 399 final: Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters.

[10] Vidi Document 10383/08 PV/CONS 36 JAI 311 of 10 July 2008; vidi o ovome detaljan pregled kod K. Boele-Woelki, To be, or not to be: Enhanced Cooperation in International Divorce Law within the European Union, Victoria University of Wellington Law Review, godište 39, 2008, str. 779.

[11] Vidi dokument Komisije COM(2010) 105 final – Proposal for a Council Regulation (EU) implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, str. 4-5.

[12] O modalitetima izmena i dopuna Uredbe 2201/2003 vidi kod K. Boele-Woelki, beleška br. 10.

[13] Vidi Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, SL L 7, 10.1.2009; stav 3 člana 81 glasi: "Ne dirajući u odredbu stava 2, mere koje se odnose na porodično pravo sa prekograničnim dejstvima biće ustanovljene od strane Saveta, koji će delovati u skladu sa posebnom zakonodavnom procedurom. Savet će delovati jednoglasno, nakon konsultovanja Evropskog parlamenta."

[14] Uredba 44/2001 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskoj i trgovačkoj materiji, Uredba 2201/2003 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u

obavezama izdržavanja, odredbe ove Uredbe određuju međusobni odnos ovih izvora. Ovo se naročito odnosi na Uredbu 44/2001 (Uredba Brisel I) o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskoj i trgovačkoj materiji.[15] Odredbe Uredbe 4/2009 zamenjuju odredbe Uredbe Brisel I koje se odnose na obaveze izdržavanja od dana početka njihove primene.[16]

3. Međunarodna nadležnost u bračnoj materiji i materiji roditeljske odgovornosti

Uredba 2201/2003 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnoj materiji i materiji roditeljske odgovornosti (u daljem tekstu Uredba Brisel II bis) ima za cilj da propisivanjem uniformnih pravila o međunarodnoj nadležnosti sudova država članica EU doprinese olakšanom priznanju i izvršenju presuda donetih u državama članicama. Olakšano uzajamno priznanje presuda temelji se na načelu uzajamnog poverenja. Sudovi država članica u kojima se priznanje i izvršenje traži nisu ovlašćeni da preispituju međunarodnu nadležnost sudova država članica koji su presudu doneli, niti se test povrede javnog poretka može primeniti na pravila koja utvrđuju nadležnost država članica.[17] Sledstveno, eventualna međunarodna *nenadležnost* sudova države članice u kojoj je presuda doneta *nije* razlog za odbijanje priznanja. Time se doprinosi olakšanom priznanju i izvršenju inostranih presuda u ovoj materiji.

Uredba Brisel II bis propisuje posebna pravila međunarodne nadležnosti za bračnu materiju i za materiju roditeljske odgovornosti koja će u izlaganjima koja slede biti prikazana, s posebnim osvrtom na sporazumno određenu nadležnost.

3.1. Međunarodna nadležnost u bračnoj materiji

Prema odredbi člana 1 Uredbe Brisel II bis bračnu materiju čine građanske stvari koje se odnose na razvod braka, zakonsku separaciju i poništenje braka. Iz polja primene Uredbe isključena su pitanja pravnog osnova prestanka bračne veze, krivice bračnih partnera (supružnika), imovin-

bračnoj materiji i materiji roditeljske odgovornosti, Uredba 805/2004 o stvaranju Evropske izvršne naredbe za neosporene zahteve.

[15] SL L 12, 16.1.2001; Vidi posebno stav 2 člana 5 o posebnoj međunarodnoj nadležnosti sudova država članica u materiji izdržavanja Uredbe 44/2001.

[16] Vidi stav 44 preambule Uredbe 4/2009; i odredbe članova 68 i 75.

[17] Vidi član 24 Uredbe Brisel II bis.

skih dejstava braka, obaveze izdržavanja između bračnih partnera, odnosno bivših bračnih partnera, prezime bračnih partnera.[18]

Uredba Brisel II bis ne sadrži pravilo o opštoj međunarodnoj nadležnosti sudova država članica u bračnoj materiji koje bi bilo jednako načelu actor sequitur forum rei, što je posledica prirode ovih odnosa. Tekst Uredbe, međutim, upotrebljava termin „opšta nadležnost" (član 3) koji označava osnove međunarodne nadležnosti sudova država članica u svim bračnim sporovima, osim ako je reč o protivtužbi, o postupku za pretvaranje zakonske separacije u razvod braka i o slučajevima rezidualne nadležnosti.

Pravila o nadležnosti iz članova 3-5 Uredbe opisuju se kao objektivna, alternativna i isključiva.[19] *Objektivnost* znači da su osnovi nadležnosti određeni prema načelu stvarne povezanosti između nekog lica i države članice. *Sporazumi strana o nadležnosti, ni izričit, ni prećutni putem pristupa tužene strane sudu nemaju dejstva.* Sudovi su obavezni da ispitaju svoju nadležnost i da se po službenoj dužnosti oglase nenadležnim ukoliko utvrde da su sudovi neke druge države članice međunarodno nadležni po odredbama Uredbe.[20] Pravila o nadležnosti iz člana 3 Uredbe postavljena su *alternativno*, njihov redosled ne određuje hijerarhiju u primeni. Tužilac može da koristi bilo koji od konkurentnih osnova nadležnosti. Time se otvaraju vrata paralelnim zahtevima i pojavi koja se naziva „trka do suda";[21] problem se rešava po pravilima lis pendens.[22] Najzad, pravila o nadležnosti u bračnoj materiji iz članova 3, 4 i 5 su *isključiva* u smislu da se prema tuženom koji ima uobičajeno boravište u jednoj od država članica ili je državljanin (u slučaju Ujedinjenog Kraljevstva i Irske domiciliran) jedne od država članica može pokrenuti postupak u drugoj državi članici samo prema odredbama tih članova.

Činjenice i njihova kombinacija na osnovu kojih se određuje međunarodna nadležnost u bračnoj materiji prilagođeni su situaciji koja nastaje raspadom braka. Promene do kojih dolazi u kratkom vremenskom periodu, mobilnost bračnih partnera i zaštita njihovih interesa nametnuli su po-

---

[18] Vidi Explanatory Report on the Convention, drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters, prepared by Dr Alegría Borrás, SL C 221, 16.7.1998, stav 22.

[19] Ibid., stav 28.

[20] Vidi član 17.

[21] Vidi H. Schack, The New International Procedure in Matrimonial Matters in Europe, European Journal of Law Reform, godište 4, br. 1, str. 37.

[22] Vidi član 19.

trebu za fleksibilnim pravilima, ali uz obezbeđivanje objektivne, stvarne veze sa teritorijom određene države članice.[23]

3.1.1.Opšte pravilo o međunarodnoj nadležnosti u bračnoj materiji

Ukoliko je razvod baraka, zakonska separacija ili poništenje braka glavni predmet postupka, međunarodna nadležnost određuje se po dva osnova: teritorijalne povezanosti bračnih partnera sa državom članicom i personalne povezanosti bračnih partnera sa državom članicom. Teritorijalnu povezanost predstavlja uobičajeno boravište, a personalnu državljanstvo, odnosno domicil.[24] Obe veze ukazuju na *međunarodnu* nadležnost, a ne mesnu nadležnost sudova država članica.

U zavisnosti od toga da li se činjenice na kojima se može zasnovati nadležnost nalaze na strani jednog, drugog ili oba bračna partnera pravila o međunarodnoj nadležnosti iz člana 3 Uredbe Brisel II bis su sledeća:

(1) Međunarodna nadležnost u bračnoj materiji na osnovu činjenica koje su zajedničke za bračne partnere. – Sudovi države članice biće međunarodno nadležni u postupcima za razvod, zakonsku separaciju ili poništenje braka u tri slučaja: (i) ako oba bračna partnera imaju uobičajeno boravište u državi članici;[25] ili (ii) ako su oba bračna partnera imala poslednje uobičajeno boravište u državi članici, a jedan od njih i dalje ima uobičajeno boravište u toj državi članici;[26] ili (iii) ako su oba bračna partnera državljani države članice.[27]

Uslov aktuelnog ili poslednjeg uobičajenog boravišta ne znači da ono mora da postoji ili je moralo da postoji u istom mestu u državi članici, već se on može ceniti u odnosu na svakog bračnog partnera posebno. Merodavno je vreme podnošenja podneska kojim se pokreće postupak.

(2) Međunarodna nadležnost u bračnoj materiji na osnovu činjenica koje se vezuju za tuženog bračnog partnera. – Sud države članice u kojoj *tuženi* bračni partner ima uobičajeno boravište međunarodno nadležan je u postupcima za razvod, zakonsku separaciju ili poništenje braka. Ovo je izraz načela actor sequitur forum rei, koje se primenjuje bez obzira na državljanstvo tuženog.

(3) Međunarodna nadležnost u bračnim stvarima na osnovu činjenica koje se vezuju za bračnog pratnera – tužioca. – Bračni partner

[23] Vidi kod Borrás, stav 28.
[24] Vidi član 3 Uredbe Brisel II bis.
[25] Vidi alineju 1 tačke (a) stava 1 člana 3.
[26] Vidi alineju 2 tačke (a) stava 1 člana 3.
[27] Vidi tačku (b) stava 1 člana 3.

koji podnosi tužbu ili zahtev za razvod braka, zakonsku separaciju ili poništenje braka u dva slučaja može to da uradi kod suda države članice u kojoj ima svoje uobičajeno boravište. Sud države članice biće međunarodno nadležan: (i) ako tužilac, odnosno podnosilac zahteva ima uobičajeno boravište u toj državi, ali samo ukoliko je neposredno pre podnošenja tužbe, odnosno zahteva boravio tamo najmanje godinu dana;[28] ili (ii) ako tužilac, odnosno podnosilac zahteva ima uobičajeno boravište u toj državi, ali samo ukoliko je neposredno pre podnošenja tužbe, odnosno zahteva boravio tamo najmanje šest meseci, a uz to je državljanin te države članice (ili u slučaju Ujedinjenog Kraljevstva i Irske ima domicil u toj državi članici).[29]

Navedeni osnovi nadležnosti očigledno imaju cilj da zaštite i uvaže interese onog bračnog partnera koji se nakon neuspeha braka vraća u državu u kojoj je živeo pre braka, koja je često i država čije državljanstvo ima.[30] U vezi sa ovim osnovama nadležnosti može da se pojavi problem oko ispunjenosti uslova jednogodišnjeg ili šestomesečnog trajanja uobičajenog boravka. Pitanje je da li taj rok treba da bude ispunjen u vreme podnošenja tužbe, odnosno zahteva ili je on ispunjen i tada ako istekne u toku trajanja parnice.

(4) Sporazumni zahtev. – Ukoliko bračni partneri podnose sporazumni zahtev u bračnoj materiji biće nadležan sud države članice u kojoj bilo koji od njih ima uobičajeno boravište. Ovaj osnov se može tretirati kao izraz ograničene autonomije volje, odnosno kao vid sporazuma o međunarodnoj nadležnosti, jer su bračni partneri ti koji bi trebalo da odrede da li će zahtev podneti sudu države članice u kojoj je uobičajeno boravište supruge ili supruga.[31]

3.1.2. Sporazumno određena međunarodna nadležnost u bračnoj materiji

(1) Uredba Brisel II bis – stanje de lege lata. – Kako iz gornjih izlaganja proizlazi, Uredba Brisel II bis *ne propisuje* mogućnost izbora međunarodno nadležnog suda u bračnoj materiji. Pravila su *objektivna*,

[28] Vidi alineju 5 tačke (a) člana 3.

[29] Vidi alineju 6 tačke (a) člana 3; povodom ovog osnova može da se postavi pitanje povrede načela zabrane diskriminacije po osnovu državljanstva, pošto minimalno trajanje uobičajenog boravišta od šest meseci važi za domaće državljane, dok za državljane drugih država članica taj rok iznosi godinu dana; vidi kod H. Schack, The New International Procedure in Matrimonial Matters in Europe, European Journal of Law Reform, godište 4, br. 1, str. 45.

[30] Vidi kod Borrás, stav 32.

[31] Ibid., stav 31.

stranke ne mogu putem sporazuma izabrati sud neke države članice čija međunarodna nadležnost nije propisana Uredbom.

(2) Uredba Brisel II bis – de lege ferenda. – Predlog Komisije za donošenje Uredbe Saveta o izmenama i dopunama Uredbe (EZ) br. 2201/2003 koje se odnose na nadležnost i na uvođenje pravila o određivanju merodavnog prava u bračnim stvarima iz 2006. godine (u daljem tekstu: dokument COM(2006) 399) sadrži odredbu koja daje ovlašćenje bračnim partnerima da u slučaju razvoda braka i zakonske separacije sporazumno odrede međunarodno nadležni sud.

Prema obrazloženju navedenom u dokumentu COM (2006) 399 izmene i dopune Uredbe Brisel II bis imale bi za cilj jačanje pravne sigurnosti, predvidljivosti (kako međunarodno nadležnog suda, tako i merodavnog prava), fleksibilnosti i poboljšanje pristupa sudovima za lica koja su vezana za neku od država članica EU. Jedan od načina postizanja cilja jeste i autonomija volje bračnih partnera kako u pogledu određivanja merodavnog prava, tako i u pogledu izbora suda koji će biti nadležan za postupak razvoda braka ili zakonske separacije. Za stranačku autonomiju se pledira naročito u slučaju sporazumnog zahteva za razvod braka, ali i radi obezbeđivanja pristupa sudovima, jer bi sporazum o međunarodnoj nadležnosti mogli da zaključe bračni partneri koji imaju različito državljanstvo i to bez obzira da li žive u nekoj od država članica ili u trećoj zemlji.[32]

Predložena odredba je sledeća:

„Član 3a – Izbor suda u postupku za razvod braka i za zakonsku separaciju

1. Bračni partneri mogu sporazumno da odrede sud ili sudove jedne od država članica koji će biti nadležan u postupku za razvod braka ili u postupku za zakonsku separaciju, pod uslovom da su oni za dotičnu državu članicu vezani putem jedne od sledećih činjenica:

(a) ukoliko je ispunjen bilo koji osnov nadležnosti naveden u članu 3, ili

(b) ukoliko je najmanje 3 godine dotična država članica mesto poslednjeg zajedničkog uobičajenog boravišta bračnih partnera, ili

(c) ukoliko je jedan od bračnih partnera državljanin dotične države članice, a u slučaju Ujedinjenog Kraljevstva i Irske jedan od bračnih partnera ima na teritoriji jedne od tih država svoj domicil.

2. Sporazum o nadležnosti mora da bude zaključen u pisanoj formi i potpisan od strane oba bračna partnera najkasnije u vreme podnošenja zahteva sudu.“[33]

[32] Vidi dokument COM(2006) 399 final, str. 4 i 8.

[33] Ibid., str. 13.

3.2. Međunarodna nadležnost u stvarima roditeljske odgovornosti

Uredba Brisel II bis primenjuje se i u građanskim stvarima koje se odnose na utvrđivanje, ostvarivanje, delegaciju, ograničavanje ili prestanak roditeljske odgovornosti (roditeljskog prava). Roditeljska odgovornost definisana je u članu 2 Uredbe kao „skup prava i obaveza koji se tiče ličnosti ili imovine deteta koji je presudom, ili na osnovu samog prava, ili sporazumom poveren fizičkom ili pravnom licu;“ uključujući pravo na staranje i pravo na viđanje.[34] Roditeljska odgovornost obuhvata naročito: pravo na staranje i pravo na viđanje; starateljstvo i slične institute; imenovanje i zadatke bilo kog lica ili tela kojem je poveren nadzor nad ličnošću ili imovinom deteta; smeštaj deteta u hraniteljsku porodicu ili ustanovu za zbrinjavanje dece; mere zaštite deteta u vezi sa upravljanjem, očuvanjem ili raspolaganjem imovinom deteta.[35] Uredba se, međutim, ne primenjuje na utvrđivanje ili osporavanje odnosa roditelj-dete; na odluke o usvojenju, na mere koje prethode usvojenju, na poništenje ili odustanak od usvojenja; na ime i prezime deteta; na emancipaciju; na obavezu izdržavanja; na trast (trust) i na nasleđivanje; na mere koje se preduzimaju kao posledica krivičnog dela koje učini dete.

Pravila o međunarodnoj nadležnosti sudova država članica u stvarima roditeljske odgovornosti određena su imajući u vidu najbolji interes deteta i vodeći računa o merilu tesne povezanosti sa teritorijom države članice (načelo proksimiteta)[36].

Opšta nadležnost je određena u korist sudova država članica u kojoj dete ima uobičajeno boravište u vreme podnošenja zahteva sudu (član 8). Opšte pravilo trpi izuzetke i ono će se primeniti pod rezervom odredbi članova 9, 10 i 12. Izuzeci su utvrđeni u cilju da se obezbedi nadležnost sudova na način da se u svim slučajevima udovolji najboljem interesu deteta.[37]

Ukoliko se ne može utvrditi uobičajeno boravište deteta, nadležnost sudova država članica odrediće se na osnovu prisustva deteta na teritoriji države članice (član 13); a ako se nadležnost sudova nijedne države članice ne može odrediti na osnovu odredbi članova 8-13 Uredbe primeniće se nacionalni propisi o određivanju međunarodne nadležnosti u svakoj državi članici (član 14 - rezidualna nadležnost). Najzad, Uredba propisuje mogućnost da sud države članice koji je na osnovu Uredbe nadležan u

---

[34] Vidi tačku 7 člana 2 Uredbe Brisel II bis; član 2 se odnosi na definicije pojmova korišćenih u Uredbi.

[35] Vidi stavove 1 i 2 člana 1. Uredbe Brisel II bis.

[36] Vidi stav 12 preambule Uredbe.

[37] Vidi Proposal for a Council Regulation, COM(2002) 222, SL C 203, 27.8.2002, str. 155-178, Section 2 - Parental responsibility.

postupku čiji je predmet roditeljska odgovornost ustupi tu nadležnost sudu druge države članice ako bi sud te druge države članice bio prikladniji za postupanje u predmetu (član 15).

3.2.1. Opšta nadležnost

Prema odredbi stava 1 člana 8 Uredbe Brisel II bis sudovi država članica su nadležni u postupcima čiji je predmet roditeljska odgovornost ako u vreme pokretanja postupka dete ima uobičajeno boravište u dotičnoj državi članici. Vreme pokretanja postupka kao merodavno vreme određuje se prema odredbi člana 16.[38] Pošto odredbe o nadležnosti u stvarima roditeljske odgovornosti imaju za cilj da izbegnu situacije u kojima bi moglo da dođe do sukoba nadležnosti, ukoliko se promeni uobičajeno boravište deteta međunarodno nadležni će biti sudovi države članice u kojoj se nalazi novo uobičajeno boravište,[39] s tim da u slučaju promene koja nastane nakon što je pokrenut postupak važi načelo perpetuatio fori.[40] Uredba, dakle, polazi od toga da dete može da ima samo jedno uobičajeno boravište, i pre nego što se uspostavi novo, prethodno mora da prestane.[41]

Uredba ne određuje pojam uobičajenog boravišta deteta, već se smatra da o njegovom postojanju mora da odluči postupajući sud u svakom pojedinom slučaju.[42] Ipak, pojam bi trebalo da dobije autonomno značenje koje bi doprinelo uniformnoj primeni Uredbe. Mnogi autori smatraju da bi pojam uobičajenog boravišta koji je Sud EU odredio u presudi *Swaddling*[43] mogao da bude polazna osnova, ali bi morao da bude modifikovan u pogledu voljnog elementa.[44] Prema engleskoj sudskoj praksi či-

[38] Odredba člana 16 Uredbe Brisel II bis odgovara odredbama člana 30 Uredbe Brisel I.

[39] Vidi COM (2002) 222 final, str. 9; vidi takođe, Objašnjenje uz Hašku konvenciju o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju i o saradnji u pogledu roditeljske odgovornosti i o merama za zaštiti dece (P. Lagarde, Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention, 1998) http://hcch.e-vision.nl/upload/expl34.pdf .

[40] Vidi kod T. Rauscher, Parental Responsibility Cases under the new Council Regulation "Brussels IIA", The European Legal Forum (E) 1-2005, str. 37.

[41] Vidi kod P. Stone, EU Private International Law, Cheltenham, 2006, str. 411; P. McEleavy, Brussels II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition, The International and Comparative Law Quarterly, godište 53, 2004, str. 503.

[42] Vidi COM (2002) 222 final, str. 9.

[43] Vidi predmet C-90/97, Robin Swaddling v Adjudication Officer, presuda, 25. februar 1999, para. 26: „... test uobičajenog boravišta je zadovoljen u slučaju kada je utvrđeno da podnosilac zahteva namerava da stanuje u Ujedinjenom Kraljevstvu, gde je i stanovao određeni period vremena, s tim da trajanje tog perioda može da bude različito u zavisnosti od okolnosti svakog pojedinog slučaja."

[44] Vidi kod P. Stone, op.cit., str. 400, 412; The Concept of Habitual Residence in Private International Law, Anglo-American Lae Review, godište 29, 2000, str. 342; T. Vivatvaraphol, Backo to Basics: Determining a Child's Habitual Residence in Internatio-

njenični element uobičajenog boravišta, odnosno stanovanje, boravak ceni se po stvarnom prisustvu deteta, a voljni prema nameri da dete boravi u određenom mestu onog lica ili onih lica koja ostvaruju roditeljsku odgovornost, a ne prema nameri samog deteta.[45]

Pravilo o opštoj nadležnosti ne primenjuje se u slučajevima koji su propisani članovima 9, 10 i 12, koji su izuzeci od njega.

3.2.2. Izuzeci od opšte nadležnosti

(1) Izuzetak: zadržavanje nadležnosti suda države članice prema ranijem uobičajenom boravištu deteta - Iako iz stava 1 člana 8 proizlazi da promena mesta uobičajenog boravišta deteta povlači za sobom i promenu u nadležnosti sudova država članica, u jednom slučaju je napravljen izuzetak. Član 9 propisuje da u slučaju *zakonitog* premeštanja deteta iz jedne države članice u drugu državu članicu, u kojoj dete stiče novo uobičajeno boravište, sud države članice ranijeg uobičajenog boravišta *zadržava* nadležnost još tri meseca od premeštanja deteta, ukoliko je reč o izmeni presude o pravu na viđanje koju je doneo sud države članice pre premeštanja deteta, a nosilac prava na viđanje i dalje ima uobičajeno boravište u državi članici ranijeg uobičajenog boravišta deteta. Prema definiciji Uredbe pravo na viđanje obuhvata naročito pravo da se dete na određeno vreme odvede u mesto koje nije njegovo uobičajeno boravište.[46] Ovo pravilo se, međutim, ne primenjuje ako je nosilac prava na viđanje prihvatio nadležnost sudova država članica u kojoj se nalazi novo uobičajeno boravište deteta, tako što je pristupio sudovima a da nije prigovorio njihovoj nadležnosti.

(2) Izuzetak: nadležnost u stvarima roditeljske odgovornosti u slučaju otmice deteta (protivpravnog odvođenja deteta) - Drugi izuzetak je predviđen u odredbi člana 10, koja propisuje nadležnost u stvarima roditeljske odgovornosti u slučaju otmice deteta, tj. u slučaju „protivpravnog premeštanja ili zadržavanja deteta".[47] S jedne strane, predviđa se *zadr-*

---

nal Child Abduction Cases under the Hague Convention, Fordham Law Review, godište 77, 2009, str. 3325; R. Schuz, Policy Considerations in Determining the Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context, Journal of Transnational Law and Policy, godište 11, 2005, str. 1; R. Lamont, Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law, Journal of Private International Law, godište 3, 2007, str. 261; P. Rogerson, Habitual Residence: The New Domicile? The International and Comparative Law Quarterly, godište 49, 2000, str. 86.

[45] Vidi kod P. Stone, op.cit., str. 413.

[46] Vidi tačku 10 člana 2 Uredbe.

[47] Prema definiciji Uredbe Brisel II bis: „11. izraz 'protivpravno odvođenje ili zadržavanje deteta' označava odvođenje ili zadržavanje deteta koje se dogodi (a) kao rezultat

žavanje nadležnosti suda države članice u kojoj je dete neposredno pre protivpravnog premeštanja ili zadržavanja imalo uobičajeno boravište, a s druge strane propisuju se uslovi pod kojima sudovi druge države članice u koju je dete premešteno ili u kojoj je zadržano uspostavljaju međunarodnu nadležnost ukoliko su ispunjeni određeni uslovi. Ako se ti uslovi ispune, iz njih se izvlači zaključak da je dete steklo uobičajeno boravište u toj drugoj državi članici, te će sudovi te države članice biti nadležni u postupcima u stvarima roditeljske odgovornosti prema članu 8 Uredbe Brisel II bis. Osim toga, Uredba reguliše i određena pitanja koja se u ovom sklopu nameću u vezi sa postupkom povratka deteta u državu članicu u kojoj je neposredno pre premeštanja ili zadržavanja imalo svoje uobičajeno boravište. Pošto je ova problematika predmet Haške konvencije o građanskopravnim posledicama međunarodne otmice dece iz 1980. godine (u daljem tekstu: Haška konvencija o otmici deteta) Uredba Brisel II bis sadrži preciziranja koja će se primeniti ukoliko su involvirane države članice EU.

Zadržavanje nadležnosti sudova države članice u kojoj je dete neposredno pre premeštanja ili zadržavanja imalo uobičajeno boravište. – Načelo je, dakle, da u slučaju *protivpravnog* premeštanja deteta u drugu državu članicu ili zadržavanja deteta u drugoj državi članici u materiji roditeljske odgovornosti ostaju nadležni sudovi države članice u kojoj je dete imalo uobičajeno boravište neposredno *pre protivpravnog* premeštanja ili zadržavanja.[48]

---

povrede prava na staranje koje je priznato presudom ili na osnovu samog pravnog propisa, ili na osnovu sporazuma koji ima pravno obavezujuće dejstvo na osnovu prava države članice u kojoj je dete neposredno pre odvođenja ili zadržavanja imalo uobičajeno boravište; i (b) pod uslovom da je u vreme odvođenja ili zadržavanja pravo na staranje bilo ostvarivano, bilo samostalno, bilo zajednički, ili bi bilo ostvarivano da nije došlo do odvođenja ili zadržavanja. Smatra se da se staranje ostvaruje zajednički kada jedan nosilac roditeljske odogovornosti, na osnovu presude ili po samom pravnom propisu ne može da odlučuje o mestu boravka deteta bez saglasnosti drugog nosioca roditeljske odgovornosti."

Prema tački 8 člana 2 Uredbe „nosilac roditeljske odgovornosti" označava lice koje ima roditeljsku odgovornost prema detetu.

[48] Ovo načelo važi sve dok dete ne stekne uobičajeno boravište u drugoj državi članici, s tim da dodatno mora da bude ispunjen jedan od sledeća dva uslova: (a) da se svako lice, institucija ili drugo telo koje ima pravo na staranje prećutno saglasilo (prihvatilo) sa premeštanjem ili zadržavanjem, ili (b) da dete boravi u toj drugoj državi članici najmanje godinu dana, nakon što je lice, institucija ili telo koje ima pravo na staranje saznalo ili je moglo da sazna gde se dete nalazi, i dete se prilagodilo novoj sredini, s tim da je ispunjen *i jedan od sledećih uslova*: (i) da u roku od jedne godine od dana kada je nosilac prava na staranje stekao ili je trebalo da stekne saznanje o tome gde se dete nalazi nije podnet zahtev za povratak deteta nadležnim organima države članice u koju je dete premešteno ili u kojoj je zadržano; ili (ii) da je zahtev za povratak deteta koji je podneo nosilac prava na staranje povučen, a novi zahtev nije podnet u roku određenom pod (i); ili (iii) da je slučaj pred sudom države

Povratak deteta. – U slučaju protivpravnog premeštanja ili zadržavanja deteta (otmice deteta) od suštinske važnosti je da se obezbedi povratak deteta u državu u kojoj je ono neposredno pre otmice imalo uobičajeno boravište, i da o pitanjima roditeljske odgovornosti, tj. o pravu na staranje odlučuju sudovi iste te države. Ova pitanja reguliše Haška konvencija o otmici deteta čije su države ugovornice i sve države članice EU. Odnos između Haške konvencije i Uredbe Brisel II bis regulisan je odredbama članova 60 i 62 Uredbe,[49] prema kojima Uredba ima primat u primeni u odnosima između država članica, a Haška konvencija se primenjuje i dalje u onoj materiji koja nije regulisana Uredbom. Član 10 Uredbe određuje *međunarodnu nadležnost* sudova država članica u postupcima koji se pokreću povodom protivpravnog premeštanja ili zadržavanja deteta, koje pitanje Haška konvecija ne reguliše.

3.2.3. Sporazumno određena nadležnost

Izuzetak od načela Uredbe prema kojem su u materiji roditeljske odgovornosti prvenstveno nadležni sudovi države članice u kojoj je uobičajeno boravište deteta predstavlja i *sporazum* između nosilaca roditeljske odgovornosti o nadležnosti sudova država članica (stav 12 preambule). Iz ovog stava sledi da je sporazumevanje o međunarodnoj nadležnosti sudova država članica moguće samo u korist sudova onih država članica u kojima dete *nema* uobičajeno boravište, u protivnom će biti nadležni sudovi te države članice. Činjenica da je reč u sporazumevanju o međunarodnoj nadležnosti u materiji roditeljske odgovornosti povlači za sobom ograničenja kako u pogledu strana koje su ovlašćene na sporazumevanje, tako i u pogledu potrebne povezanosti deteta sa državom suda. Osim toga, sporazum o međunarodnoj nadležnosti u svakom slu-

---

članice u kojoj je dete imalo uobičajeno boravište neposredno pre protivpravnog premeštanja ili zadržavanja okončan prema odredbi člana 11(7); ili (iv) da je sud države članice u kojoj je dete imalo uobičajeno boravište neposredno pre protivpravnog premeštanja ili zadržavanja doneo presudu o pravu na staranje kojom se ne nalaže povratak deteta; vidi detaljno kod T. Rauscher, Parental Responsibility Cases under the New Council Regulation „Brusels IIA“, The European Legal Forum (E), 2005, br. 1, str. 37.

[49] Član 60 Uredbe Brisel II bis glasi: „U odnosima između država članica ova Uredba ima prednost u primeni u odnosu na sledeće konvencije u stvarima koje su obuhvaćene poljem primene ove Uredbe: .... (e) Haška konvencija o građanskopravnim posledicama međunarodne otmice dece.“; član 62: „1. Sporazumi i konvencije na koje upućuju članovi 59(1), 60 i 61 i dalje proizvode dejstvo u materiji koja nije regulisana ovom Uredbom. 2. Konvencije navedene u članu 60, a naročito Haška konvencija iz 1980. godine i dalje proizvodi dejstvo između država članica koje su njene strane ugovornice, u skladu sa članom 60.“

čaju mora da ispuni još jedan uslov: on mora da bude u najboljem interesu deteta.[50]

Član 12 Uredbe Brisel II bis reguliše sporazumevanje o međunarodnoj nadležnosti sudova država članica u dva slučaja: sporazum na osnovu atrakcije nadležnosti i sporazum o nadležnosti sudova država članica na osnovu bitne veze deteta sa državom članicom.

Atrakcija nadležnosti u stvarima roditeljske odgovornosti u postupku u bračnim stvarima.[51] – Ukoliko je pred sudovima države članice u toku postupak u bračnoj materiji (razvod braka, zakonska separacija, ili poništenje braka) *po jednom od osnova međunarodne nadležnosti iz člana 3 Uredbe,* a dete nema uobičajeno boravište u toj državi članici, sudovi te države članice biće nadležni i u postupku koji se odnosi na bilo koje pitanje roditeljske odgovornosti koje je povezano sa zahtevom u postupku u bračnim stvarima ako su ispunjeni sledeći uslovi: (i) ako bar jedan od bračnih partnera ima roditeljsku odgovornost u odnosu na dete; obuhvaćena su sva deca (biološka, usvojena, deca jednog bračnog partnera, tj. pastorke i pastorci), a ne samo zajednička deca bračnih partnera; roditeljska odgovornost jednog od bračnih partnera podrazumeva u ovom slučaju „punu roditeljsku odgovornost a ne samo pravo na viđanje“[52]; (ii) ako bračni partneri i nosioci roditeljske odgovornosti *prihvate* međunarodnu nadležnost sudova države članice (koji su nadležni na osnovu odredbi člana 3), bilo izričito, bilo na drugi nesporan način u vreme pokretanja postupka pred sudom; ukoliko, dakle, drugi nosilac roditeljske odgovornosti nije bračni partner neophodna je i njegova saglasnost a ne samo bračnih partnera u čijoj bračnoj stvari sud države članice postupa; iako saglasnost ne mora da bude izričita, ona mora da bude nesumnjiva, jer je reč o međunarodnoj nadležnosti; jedan od komentatora Uredbe ističe da za postojanje saglasnosti nije dovoljna činjenica da jedno od navedenih lica pristupi sudu države članice koji postupa u bračnoj stvari a koji po propisima nacionalnog procesnog prava po službenoj dužnosti postupa i u stvarima roditeljske od-

[50] Vidi kod T. Rauscher, Parental Responsibility Cases under the New Council Regulation „Brusels IIA“, The European Legal Forum (E), 2005, br. 1, str. 37; Th. M. de Boer, Jurisdiction and Enforcement in International Family Law: A Labyrinth of European and International Legislation, Netherlands International Law Review, godište XLIX, 2002, str. 307.

[51] Vidi stavove 1 i 2 člana 12 Uredbe.

[52] Vidi kod T. Rauscher, Parental Responsibility Cases under the New Council Regulation „Brussels IIA“, The European Legal Forum (E), 2005, br. 1, str. 40; ovaj autor navodi kao primer zahtev za viđanje deteta posle razvoda koji postavlja bračni partner prema drugom bračnom partneru koji je roditelj tog deteta; zahtev u tom postupku ne bi mogao da podnese drugi roditelj deteta koji nije bračni partner.

govornosti;[53] merodavno vreme za postojanje saglasnosti je po tekstu tačke b stava 1 člana 12 Uredbe „vreme pokretanja postupka" a ono se određuje po odredbi člana 16; izražena je dilema da li se to vreme odnosi na pokretanje postupka u bračnoj stvari ili na pokretanje postupka u stvari roditeljske odgovornosti;[54] (iii) atrakcija nadležnosti mora da bude u najboljem interesu deteta, što cene sudovi države članice koji su nadležni u bračnoj stvari.[55]

Atrakciona nadležnost nije trajni osnov nadležnosti u stvarima roditeljske odgovornosti. Ona prestaje kada presuda doneta u postupku u bračnoj stvari postane konačna; ako je u vreme kada presuda doneta u bračnoj stvari postane konačna postupak u stvarima roditeljske odgovornosti još u toku, prestaje u vreme kada presuda u stvarima roditeljske odgovornosti postane konačna; ako se postupci u bračnim stvarima ili stvarima roditeljske odgovornosti okončaju iz drugih razloga, na pr. u slučaju povlačenja tužbe[56] (stav 2 člana 12).

Prorogacija nadležnosti u stvarima roditeljske odgovornosti na osnovu bitne veze deteta sa državom članicom. – Sporazum o nadležnosti sudova država članica u stvarima roditeljske odgovornosti je na osnovu stava 3 člana 12 Uredbe moguć i tada ako postupak nije u vezi sa postupkom u bračnoj materiji. Pošto dete nema uobičajeno boravište u dotičnoj državi članici mora da postoji neka druga veza koja će opravdati odstupanje od opšteg pravila o međunarodnoj nadležnosti i zasnivanje nadležnosti sudova druge države članice. Ta veza mora da bude bitna, suštinska. U tom smislu dokumenti Komisije EU govore o „nadležnosti suda države članice sa kojom dete ima supstancijalnu vezu".[57]

Da bi sporazum o nadležnosti sudova država članica bio punovažan potrebno je da budu ispunjeni sledeći uslovi: (i) mora da postoji bitna veza deteta sa državom članicom čiji sudovi će biti nadležni na osnovu sporazuma; tekst Uredbe primera radi navodi da takva bitna veza postoji *naročito* kada jedan od nosilaca roditeljske odgovornosti ima uobičajeno boravište u državi članici ili kada je dete državljanin te države članice[58]; (ii) sporazum

---

[53] Vidi prethodnu belešku.

[54] Ibid.

[55] Vidi u vezi s ovim član 15 Uredbe.

[56] Vidi COM(2002) 222 final.

[57] Vidi Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation, Up-dated version 1 June 2005, str. 17; http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/doc/parental_resp_ec_vdm_en.pdf.

[58] Vidi posebno kritike u članku Th. M. de Boer, Jurisdiction and Enforcement in International Family Law: A Labyrinth of European and International Legislation, Netherlands International Law Review, godište XLIX, 2002, str. 307.

o nadležnosti sudova dotične države članice mora da postoji između *svih strana u postupku* u vreme pokretanja postupka; nadležnost sudova mora da bude prihvaćena bilo izričito, bilo na drugi način koji nesumnjivo izražava pristanak svih strana u postupku;[59] i (iii) nadležnost sudova dotične države članice mora da bude u najboljem interesu deteta.

Pretpostavka o najboljem interesu deteta. – Odredbe člana 12 Uredbe Brisel II bis o prorogaciji primenjuju se u slučajevima kada dete *nema* uobičajeno boravište u državi članici čiji će sudovi biti međunarodno nadležni na osnovu sporazuma. To su kako situacije u kojima dete ima uobičajeno boravište u drugoj državi članici, tako i one u kojima dete ni u jednoj državi članici nema uobičajeno boravište. Pošto primena odredbi člana 12 Uredbe nalaže ispitivanje da li je sporazumno određena nadležnost država članica u najboljem interesu deteta, u stavu 4 ovog člana je određena *pretpostavka*. Ona znači da će *nadležnost sudova država članica* na osnovu člana 12 Uredbe biti u (najboljem) interesu onog deteta koje uobičajeno boravište ima u trećoj državi, a koja nije država ugovornica Haške konvencije o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju i o saradnji u pogledu roditeljske odgovornosti i o merama zaštite deteta iz 1996. godine. Ova pretpostavka važi naročito kada se postupak u dotičnoj trećoj zemlji pokaže nemogućim.[60]

4. Međunarodna nadležnost u materiji koja se odnosi na obaveze izdržavanja

Uredba Saveta (EZ) br. 4/2009 od 18. decembra 2008. godine o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i o saradnji u stvarima koje se odnose na obaveze izdržavanja[61] reguliše na sveobuhvatan način, u jednom dokumentu navedena pitanja koja proističu iz porodičnih odnosa, roditeljstva, braka ili srodstva.[62] Cilj Uredbe je da se obezbedi da u državama članicama EU poverilac izdržavanja lako dobije odluku koja će u drugoj državi članici biti automatski izvršna, što znači, bez dodatnih formalnosti.[63]

U legislativnoj proceduri za donošenje Uredbe pojavila se dilema oko izbora odgovarajuće procedure na osnovu odredaba člana 67 Ugovora o osnivanju EZ. Dilema se može pripisati prirodi obaveze izdržavanja, cilju donošenja Uredbe i tretmanu materije u postojećim izvori-

[59] Ibidem.

[60] Vidi detaljno kod T. Rauscher, Parental Responsibility Cases under the New Council Regulation „Brussels IIA“, The European Legal Forum (E), 2005, br. 1, str. 41.

[61] Vidi SL L 7, 10.1.2009.

[62] Vidi član Uredbe 4/2009.

[63] Vidi stav 9 preambule Uredbe.

ma prava EU. Obaveze izdržavanja koje proističu iz porodičnih odnosa, roditeljstva, braka i srodstva, a ne ugovora, govore u prilog njihove porodičnopravne prirode, ali pošto se ispunjavanje obaveze izdržavanja iskazuje kao novčana obaveza, novčano davanje dužnika izdržavanja, ona može da se uvrsti u opštu građanskopravnu materiju. Kako pre, tako i nakon ustanovljenja posebnog pravnog osnova za usvajanje mera u porodičnopravnim stvarima, obaveze izdržavanja u pravu EU tretirane su kao deo opštih građanskopravnih stvari imovinskopravnog karaktera. Briselska konvencija o nadležnosti i o izvršenju presuda u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1968. godine propisuje posebnu nadležnost sudova država članica za obaveze izdržavanja;[64] Uredba 44/2001 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovačkim stvarima takođe se primenjuje na obaveze izdržavanja;[65] Uredba 2201/2003 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnoj materiji i materiji roditeljske odgovornosti isključuje iz polja svoje primene obaveze izdržavanja zbog toga što su one obuhvaćene Uredbom 44/2001;[66] Uredba 805/2004 o stvaranju Evropske izvršne naredbe za neosporene zahteve odnosi se na građanske i trgovačke stvari, ne izuzimajući obaveze izdržavanja iz polja svoje primene.[67] Klasifikacija pojedinih mera (izvora prava EU) u zavisnosti od toga da li se odnose na materiju porodičnog prava ili ne, a čiji je pravni osnov u članu 65 Amsterdamskog ugovora o osnivanju EZ, postala je važna nakon stupanja na snagu Ničanskog Ugovora o osnivanju EZ (1. februar 2003. godine).[68] Razlog tome leži u legislativnoj proceduri koja za mere koje se odnose na porodično pravo propisuje izuzetak od primene člana 251 Ugovora o osnivanju EZ, tj. izuzimanje iz redovne procedure saodlučivanja kvalifikovanom većinom, i zadržavanje jednoglasnosti zbog važnosti porodičnopravne materije za države članice EU.[69] Komisija je u svom predlogu za donošenje uredbe koja se tiče obaveza izdržavanja u dokumentu COM(2005) 649 konstatovala da bi na osnovu porodičnopravne prirode izdržavanja procedura potpala pod alineju 2 stava 5 člana 67, ali naglasila i sui generis prirodu obaveza izdržavanja koja bi opravdala proceduru donošenja po stavu 2 člana 67 Ugovora o osnivanju EZ i preporučila Savetu donošenje odluke o primeni procedure iz člana 251 Ugovora o osniva-

[64] Vidi stav 2 člana 5 Briselske konvencije o nadležnosti i o izvršenju presuda u građanskim i trgovačkim stvarima, SL C 27, 26.1.1998 (prečišćeni tekst).

[65] Vidi stav 2 člana 5 Uredbe 44/2001, SL L 12, 16.1.2001.

[66] Vidi stav 11 preambule i član 1 Uredbe 2201/2003.

[67] Vidi članove 1 i 2 Uredbe 805/2004, SL L 143, 30.4.2004.

[68] Vidi SL C 80, 2001.

[69] Vidi stav 5 člana 67.

nju EZ.[70] Na osnovu takve odluke Uredba 4/2009 usvojena je po ovoj proceduri. Time je izražen stav da su zahtevi koji se odnose na obaveze izdržavanja *imovinskopravne prirode*, bez obzira na porodičnopravne elemente obaveza izdržavanja; primenjena je legislativna procedura iz stava 2 člana 67; a preovlađujuće imovinske karakteristike obaveza izdržavanja došle su do izražaja i u odredbama o međunarodnoj nadležnosti sudova država članica. To znači da je autonomija volje strana u pogledu izbora nadležnog suda šira nego u materiji koja se odnosi na brak i na roditeljsku odgovornost.

4.1. Uopšte o nadležnosti za obaveze izdržavanja

Pravila o nadležnosti sudova država članica u materiji obaveza izdržavanja imaju za cilj očuvanje interesa poverilaca izdržavanja i unapređenje pravilnog funkcionisanja pravosuđa unutar EU. Radi ostvarenja tog cilja Uredba 4/2009: prilagođava pravila o nadležnosti Uredbe Brisel I; određuje slučajeve u kojima sud države članice ima supsidijernu nadležnost ukoliko tuženi nema uobičajeno boravište u državi članici, već u trećoj zemlji, čime se otklanja primena nacionalnog procesnog prava;[71] da bi se izbegle situacije u kojima dolazi do odbijanja pravde propisuje uslove pod kojima u izuzetnim slučajevima sud države članice može da postupa kao forum necessitatis;[72] posebno pravilo o nadležnosti odnosi se na postupke koji imaju za predmet zahtev dužnika obaveze za izmenu postojeće ili za donošenje nove odluke o izdržavanju;[73] radi jačanja pravne sigurnosti, predvidljivosti i autonomije stranaka Uredba omogućuje sporazumno određivanje nadležnog suda, s tim da je sloboda izbora strana ograničena, a u slučaju obaveze izdržavanja prema detetu koje je mlađe od 18 godina isključena.[74]

4.2. Opšta odredba o nadležnosti za obaveze izdržavanja

Umesto propisivanja osnova opšte međunarodne nadležnosti Uredba u članu 3 određuje osnove nadležnosti koji će se primeniti ukoliko stran-

[70] Vidi dokument COM(2005) 648 final – Communication from the Commission to the Council calling on the Council to provide for measures relating to manitenance obligations taken under Article 65 of the Treaty establishing the European Community to be governed by the procedure laid down in Article 251 of that Treaty, str. 3, 5, kao i 8.

[71] Vidi stav 15 preambule i član 6 Uredbe 4/2009.

[72] Vidi stav 16 preambule i član 7 Uredbe 4/2009.

[73] Vidi stav 17 preambule i član 8 Uredbe 4/2009.

[74] Vidi stav 19 i stav 3 člana 4 Uredbe 4/2009.

ke nisu sporazumno odredile nadležnost (član 4), ili ukoliko se tuženi ne odazove pozivu i ne pristupi sudu države članice (član 5).

Prema članu 3 Uredbe 4/2009 u materiji koja se odnosi na obaveze izdržavanja biće nadležan sud mesta uobičajenog boravišta tuženog *ili* sud mesta uobičajenog boravišta poverioca. Ovo pravilo određuje ne samo međunarodnu, već ujedno i mesnu nadležnost sudova država članica, a poverilac, odnosno tužilac je taj koji bira pred kojim sudom će podneti zahtev (tačke a i b člana 3). Uredba takođe propisuje *atrakcionu* nadležnost sudova država članica: sud države članice koji je, prema sopstvenom pravu (lex fori) nadležan da postupa u stvari koja se odnosi na status lica u pitanju, odnosno na roditeljsko pravo, ako je pitanje izdržavanja sporedno pitanje u odnosu na predmet postupka, izuzev ako se takva nadležnost zasniva isključivo na državljanstvu jedne od stranaka u postupku (tačke c i d člana 3).

4.3. Sporazumno određena nadležnost

Uredba 4/2009 daje mogućnost strankama da sporove u materiji koja se odnosi na obavezu izdržavanja reše pred sudom ili sudovima države članice koji izaberu (član 4). Međutim, imajući u vidu sui generis prirodu obaveze izdržavanja sloboda izbora nadležnog suda ili sudova država članica ipak ima svoje specifičnosti. Imovinskopravna priroda obaveze izdržavanja povlači za sobom da je prorogacija dozvoljena i to kako u pogledu rešavanja sporova koji se odnose na obaveze izdržavanja koji su već nastali među stranama, tako i u pogledu onih koji tek mogu da nastanu između njih. Nadležnost izabranog suda je isključiva, osim ako su se strane drugačije sporazumele.

Porodičnopravna karakteristika obaveze izdržavanja povlači za sobom ograničenje slobode izbora, s jedne strane, i zaštitu maloletnika putem isključenja mogućnosti prorogacije ukoliko se spor odnosi na obavezu izdržavanja deteta koje je mlađe od 18 godina.

Ograničen izbor nadležnog suda ili sudova država članica. – Prilikom zaključenja sporazuma o izboru suda strane mogu da se opredele za nadležnost suda ili sudova država članica sa kojima su *povezani* na način koji Uredba 4/2009 propisuje.

Ukoliko je reč o obavezama izdržavanja između bračnih partnera ili bivših bračnih partnera oni mogu da izaberu: (i) sud koji je nadležan da reši njihov spor u bračnoj materiji; *ili* (ii) sud ili sudove države članice u kojoj su bračni partneri imali svoje poslednje *zajedničko* uobičajeno boravište u trajanju od najmanje godinu dana (tačka c stava 1 člana 4).

U svim ostalim sporovima koji se odnose na obaveze izdržavanja strane mogu da ugovore nadležnost (a) suda ili sudova države članice u

kojoj jedna od njih ima uobičajeno boravište, (b) suda ili sudova države članice čije državljanstvo jedna od strana ima.[75]

Veza sa sudom ili sudovima države članice čija nadležnost može da se izabere mora da postoji u vreme zaključenja sporazuma o izboru suda ili u vreme kada je pred sudom pokrenut postupak.

Forma sporazuma o izboru suda. – Sporazum o izboru suda mora da bude zaključen u pisanoj formi, s tim da se svaka komunikacija elektronskim sredstvima koja obezbeđuje trajni dokaz o postignutom sporazumu smatra „pisanom formom".

Prećutna prorogacija. – Uredba 4/2009 sadrži i pravilo o prećutnoj prorogaciji: pored nadležnosti koja prositiče iz ostalih odredaba Uredbe, nadležan je i sud države članice čijem se pozivu tuženi odazove i pristupi sudu, osim ako je tuženi pristupio da bi osporio nadležnost suda (član 5).

5. Zaključak

Počev od Amsterdamskog ugovora o osnivanju Evropske zajednice međunarodno privatno pravo tada Evropske zajednice, a danas Evropske unije stvarano je sa ciljem da doprinese funkcionisanju unutrašnjeg tržišta, na kojem je obezbeđeno slobodno kretanje lica i slobodan promet robe, usluga i kapitala. Ostvarivanje slobodnog kretanja lica povuklo je za sobom legislativnu nadležnost Evropske unije u materiji porodičnog prava: Uredba 2201/2003 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju odluka u bračnoj materiji i u materiji roditeljske odgovornosti i Uredba 4/2009 o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i o saradnji u materiji koja se odnosi na obaveze izdržavanja imaju za cilj i jačanje pravne sigurnosti i predvidljivosti propisivanjem jedinstvenih osnova nadležnosti sudova država članica i pojednostavljenjem priznanja i izvršenja odluka donetih u državama članicama. Ovaj okvir određuje i mogućnost sporazumevanja stranaka o međunarodnoj nadležnosti u porodičnoj materiji, koja u nacionalnim pravima država članica nije uobičajena upravo zbog prirode materije. Ipak, članstvo u Evropskoj uniji i propisana legislativna procedura su faktori koji značajno utiču na spremnost država da odstupe u izvesnoj meri od tradicionalnih stavova.

[75] Uredba 4/2009 u stavu 4 člana 4 reguliše i poseban slučaj sporazuma o isključivoj nadležnosti suda ili sudova države ugovornice Luganske konvencije o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda i građanskim i trgovačkim stvarima iz 2007. godine (OJ L 339, 21.12.2007) akoja nije ujedno i država članica EU. U takvom slučaju se na prorogaciju nadležnosti u sporovima koji se odnose na obavezu izdržavanja primenjuju odredbe Luganske konvencije, jer Uredba 4/2009 ne zamenjuje odredbe o nadležnosti u materiji obaveza izdržavanja, za razliku od odgovarajućih odredaba Uredbe Brisel I.

Uredba 2201/2003 u bračnoj materiji ne propisuje mogućnost sporazumevanja o međunarodnoj nadležnosti. Predlog Komisije za donošenje Uredbe Saveta o izmenama i dopunama Uredbe (EZ) br. 2201/2003 koje se odnose na nadležnost i na uvođenje pravila o određivanju merodavnog prava u bračnim stvarima iz 2006. godine sadrži odredbu koja daje ovlašćenje bračnim partnerima da za slučaj razvoda braka i zakonske separacije sporazumno odrede međunarodno nadležni sud i izaberu merodavno pravo. Predlog je, međutim, povučen iz procedure 2008. godine kada je konstatovano da nije mogla da bude postignuta potrebna jednoglasnost.

U materiji roditeljske odgovornosti Uredba 2201/2003 propisuje mogućnost da se nosioci roditeljske odgovornosti, kao izuzetak od opšteg pravila, sporazumeju o nadležnosti pravosuđa države koja nije država uobičajenog boravišta deteta, ukoliko je to u najboljem interesu deteta i uz ispunjenje određenih uslova. Prorogacija je moguća u slučaju atrakcije nadležnosti u stvarima roditeljske odgovornosti u postupku u bračnim stvarima i na osnovu bitne veze deteta sa državom članicom.

Uredba 4/2009 usvojena je po proceduri iz člana 251 Ugovora o osnivanju EZ, imajući u vidu sui generis prirodu obaveza izdržavanja, koja je pretežno imovinskopravna, iako ima i porodičnopravne karakteristike. Ta imovinskopravna priroda je došla do izražaja i u odredbama o međunarodnoj nadležnosti sudova država članica, te je autonomija volje strana u pogledu izbora nadležnog suda šira nego u materiji koja se odnosi na roditeljsku odgovornost. Stranke mogu da biraju samo sud ili sudove države članice sa kojom su povezane na propisani način (uobičajeno boravište, državljanstvo i sl.); prećutna prorogacija je takođe dopuštena. Sporazumevanje o međunarodnoj nadležnosti je, međutim, isključeno ukoliko je reč o obavezi izdržavanja prema detetu koje je mlađe od 18 godina.

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

Choice of Court Agreements in Family Matters in Private International Law of the European Union

Abstract

Choice of court agreements in private international law enhance legal certainty and predictability – parties to a dispute evade uncertainty that has its origin in different national rules on jurisdiction of courts in different countries to which a given legal matter is connected. Cross-border effects of disputes in private international law necessitate international coordination of rules the instruments of which are international conventions. The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements excludes from its scope of application family matters, but within the European Union there are directly applicable supra-national rules which include rules on prorogatio iurisdictionis/fori in matters of parental responsibility and in maintenance obligations. The present paper offers an overview of rules on choice of court agreements in family matters in private international law of the European Union.

Key words: jurisdiction in family matters, Regulation 2201/2003, Regulation 805/2009, matrimonial matters, matters of parental responsibility, maintenance obligations, prorogatio jurisdicitonis/fori

Originalni naučni rad 347.736:347.91

Dr Marija Salma, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

IZLUČNA PRAVA U STEČAJU

Sažetak: *U ovom radu autor analizira, na osnovu važećeg domaćeg i uporednog prava, sudske prakse i doktrine pojam i obim izlučnih prava. Konstatuje da su reformisani stečajni postupci, odnosno postupci insolvencije proširili izlučna prava izlučnih poverilaca, tako da se ona odnose ne samo na stvari, već i prava, uključiv stvarna prava, obligaciona prava, kao i autorska prava odn. pronalazačka prava. Pravo na izlučenje ima izlučni poverilac koji dokaže da predmet izlučenja ne spada u stečajnu masu, kao i činjenicu da je u stečajnu masu neosnovano uključena stvar ili pravo koje nije dužnikova imovina. U slučaju otuđenja predmeta izlučenja od strane izlučnog dužnika, izlučni poverilac stupa na mesto prodavca poput zakonske cesije, te ima pravo da umesto njega preuzme cenu, ako je pak ona već ostvarena, na naknadu štete u vidu njene vrednosti iz stečajne mase.*

Ključne reči: *izlučni poverilac, izlučna prava, predmet izlučenja,osnov izlučenja.*

I
Uvodne napomene

Stečaj je postupak namenjen sa jedne strane prestanku pravnog subjektiviteta prezaduženog dužnika, pravnog lica, tj. privrednog društva, a sa druge strane, to je po tradicionalnim pravilima postupak srazmernog namirenja stečajnih poverilaca iz raspoložive imovine stečajnog subjekta. Za namirenje služi imovina dužnika. Ali, ne sva koja se nalaze u njegovom posedu u trenutku otvaranja stečaja. Ako se u stečajnoj masi nalaze tuđe stvari, stvari trećeg lica, to treće lice ima pravo da traži njihovo izlučenje iz stečajne mase. Dakle, nosilac izlučnog prava, izlučni poverilac,

se od ostalih stečajnih poverilaca razlikuje po tome šta se njegova prava na izlučnoj stvari ostvaruju u celini, dok prava ostalih stečajnih poverilaca samo u srazmeri sa raspoloživom imovinom, dakle, delimično. Izuzetak predstavlja reorganizacija, kada se sprovodi postupak moderne insolvencije, po pravilima novog evropskog prava, u kome ne prestaje pravni subjektivitit zbog toga što se usled prinudne uprave i pravnih mera sanacije vrši imovinska konsolidacija stečajnog, odnosno insolventnog dužnika, sve u cilju celovitog namirenja stečajnih poverilaca. Cilj je ovog rada da se bliže odrede osnovne osobine ovog instituta, na osnovu analize domaće i uporedne teorije i sudske prakse.

II
Pojam i osobine

Pod *izlučnim pravima* se podrazumevaju prava trećeg lica, izlučnog poverioca, na izdvajanje stvari koje ne pripadaju dužniku. Izlučno pravo se može ostvariti vansudskim ili sudskim putem. Kojim će se putem ostvariti izlučno pravo zavisi od toga da li će stečajni upravnik dozvoliti da se iz stečajne mase izdvoje stvari izlučnog poverioca ili će se tome protiviti.

Izlučni poverilac je lice koje na osnovu svog *stvarnog* ili *ličnog prava* ima pravo da traži da se određena stvar izdvoji iz stečajne mase i da se namiri iz vrednosti te stvari. Navedena stvar ne ulazi u stečajnu masu. Izlučni poverilac nije stečajni poverilac. Ali, ako stečajni dužnik neovlašćeno otuđi stvar u toku stečajnog postupka, izlučni poverilac ima pravo da traži namirenje iznosa koji odgovara tržišnoj vrednosti stvari iz stečajne mase. U tom slučaju izlučni poverilac stiče svojstvo stečajnog poverioca.[1]

Izlučna prava se odnose u osnovi, na izdvajanje *stvari* a ne i na potraživanja. Stvari kao *predmet* izlučnog prava, moraju biti individualno određene. Izuzetno to mogu biti i generične stvari, uključiv i novac[2], pod uslovom da su individualizovane.[3] Na novčanom iznosu koji je stečajni poverilac uplatio na svoj tekući račun kod banke u stečaju ne može se steći izlučno pravo jer novac nije izdvojen. Novac bi se smatrao izdvojenim kada bi bio zaključen ugovor o ostavi ili ugovor o sefu.

Procesna literatura se bavila pitanjem, da li se izlučno pravo može konstituisati i na *pravima*, a ne samo na *stvarima*? U novijoj literaturi je

[1] V. čl. 50 Zakona o stečaju Srbije, Sl. Glasnik Srbije, br. 104 od 16. 12. 2009.godine.

[2] Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 3534/2005 od 25. 5 2005. godine.

[3] Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 452/2003. Od 10. 6 2004. God. – Sudska praksa trgovinskih sudova - časopis za privredno pravo, br. 4/2004. str. 178.

izraženo mišljenje[4] da se izlučna prava mogu kontituisati i na pravima (obligacionopravnim potraživanjima). U literaturi je prisutno stanovište prema kome predmet izlučenja može biti *tražbina* koju je neovlašćena osoba ustupila stečajnom dužniku. Ako je neovlašćena osoba ustupila potraživanje stečajnom dužniku, ustupanje nije valjano i poverioca se ne tiče. On će i dalje zadržati tako ustupljeno potraživanje prema svom dužniku.[5] Takođe, ako dužnik *pre* otvaranja stečaja proda tuđu stvar on od kupca potražuje kupovnu cenu. Ovu tražbinu je dužnik dužan cedirati bivšem vlasniku. Predmet izlučenja umesto stvari postaje tražbina.[6] Po drugom shvatanju izraženom u sudskoj praksi, svojstvo izlučnog poverioca može imati lice koje je steklo *stvarno pravo* na određenoj stvari pa izlučni poverilac može postaviti samo svarno-pravni a ne i obligaciono-pravni zahtev. Vrhovni sud Srbije je povodom revizije konstatovao da iz sadržine ugovora stranaka o zajedničkoj proizvodnji svinja i junadi proizilazi da tužilac kao poverilac nije stekao stvarno pravo na stoci namenjenoj za tov kao ni na utovljenoj stoci. Ugovorom je bilo predviđeno pravo poverioca da nakon obavljene proizvodnje i plasmana učestvuje u ostvarenoj dobiti, srazmerno učinjenim troškovima. Zbog toga tužilac ne stiče status izlučnog poverioca već deli sudbinu ostalih poverilaca u pogledu namirenja novčanog iznosa.[7] Slično važi i kada se radi o zahtevu za izlučenje po osnovu ugovora o lizingu. Pravo na izlučenje iz stečajne mase poverilac stiče samo ako je ovim ugovorom stekao vlasništvo na spornoj stvari. Nije dovoljno da je poverilac samo u posedu stvari. [8] U sporu povodom zahteva tužioca da se iz imovine tuženog izluči i tužiocu preda određena količina zlata konstatovano je da je tužilac zlato dao za obezbeđenje duga, te je tužiočevo pravo obligaciono, a ne stvarno pravo. Čak i pod uslovom da je zlato bilo predato tužiocu kao zalog za dospeli dug, zlato nije moglo postati njegovo vlasništvo. Odredbom čl. 973. ZOO-a je predviđeno da je ništava odredba ugovora o zalozi kojom je predviđeno da će založena stvar preći u svojinu poverioca ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti, kao i od-

[4] *Dika* Mihailo, Pravne posledice otvaranja stečajnog postupka, Zagreb, 2002. god. str.13. Dika, Zaštita vjerovnika i sanacija dužnika u stečaju, Odvjetnik, 1991/3-4.

[5] *Eraković* Andrija, Izlučna i razlučna prava u stečaju, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 24 br.1 iz 2oo3.god. str. 641.

[6] *Eraković* Andrija, Izlučna i razlučna prava u stečaju, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 24 br.1 iz 2oo3.god. str. 641.

[7] Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 25/97. Bilten sudske prakse privrednih sudova br.4/1997. str.92.

[8] Rešenje Višeg privrednog suda, Pž. 6136/96 (2) od 15. 11. 1996.g. Sudska praksa privrednih sudova, Bilten br. 1/1997, str. 43.

redba da će u tom slučaju poverilac moći po određenoj ceni prodati založenu stvar ili je zadržati za sebe. Budući da je zlato služilo za obezbeđenje duga tuženog, tužilac nije mogao postati vlasnik zlata po osnovu obezbeđenja duga, pa samim tim nije mogao steći pravo na izlučenje zlata kao svoje stvari.[9]

Stanovište je sudske prakse da ovlašćenje poverioca da u slučaju neizmirenja duga stekne pravo vlasništva na nepokretnosti i da istu može sam prodati radi naplate duga (fiducijarni prenos vlasništva) ne daje pavo na odvojeno namirenje u stečajnom postupku, niti pravo izlučenja nepokretnosti iz stečajne mase. [10]

Što se tiče „ličnih prava" izlučna prava se mogu odnositi na pravo industrijske svojine kao što je pravo na uzrorak, model ili žig. Na njima stečajni dužnik ima faktičku vlast.[11]

Prema sudskoj praksi obaveza je stečajnog dužnika da stvar preda vlasniku u *zatečenom stanju* u momentu otvaranja stečajnog postupka s tim što vlasnik ima pravo na naknadu štete ukoliko u toku stečaja dođe do oštećenja predmetne stvari.[12]

Za postojanje izlučnog prava je potrebno a) da se *predmet* izlučenja *nalazi u stečajnoj masi*, b) da izlučni *poverilac ima pravni osnov* na kome zasniva svoj zahtev za izlučenje, v) da predmet izdvajanja *ne pripada dužniku*, ne ulazi u imovinu dužnika.

Od ispunjenosti navedenih uslova zavisi osnovanost zahteva. To nisu uslovi dopuštenosti zahteva.[13]

Oko navedenih uslova za postojanje izlučnog prava postoji puna saglasnost u procesnoj teoriji i u sudskoj prksi. Različiti stavovi postoje povodom pitanja da li stvari čije se izlučenje traži *moraju biti zatečene u posedu stečajnog dužnika*?

U jednom delu sudske prakse je izraženo stanovište da je za osnovanost tužbe za izlučenje stvari iz stečajne mase dovoljno da tužilac ima pravo svojine na stvari i da se ona nalazi u stečajnoj masi, pri čemu nema uticaja da li je stečajni dužnik u neposrednoj državini iste.[14]

---

[9] Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 67o/98 od 27. Januara 1999.g. Bilten sudske prakse privrednih sudova, br. 2/1999, str. 1o8.

[10] Presuda Višeg privrednog suda u Beogradu Pž. 263/97 od 29. Januara 1997.g. Privrednik, br. 96.

[11] *Eraković* Andrija, Izlučna i razlučna prava u stečaju, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 24 br.1 iz 2oo3.god. str. 641.

[12] Presuda Višeg trgovinskog suda Pž. 2114/2oo9. G. Od 10. 09. 2009. G., Bilten sudske prakse trgovinskih sudova, br. 4/2009.

[13] Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 9216/2006. Od 14. 12 2006. godine.

[14] Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 3214/2008 od 13. 10 2008. godine.

Postoje i suprotna stanovišta. Ona su prihvećenija. Po njima, stvari koje nisu zatečene u posedu stečajnog dužnika se ne mogu izlučiti iz njegove stečajne mase. Obrazlažući svoju presudu Vrhovni sud Srbije je povodom revizije konstatovao, da bez obzira na činjenicu da su predmetne stvari tuženom bile predate na osnovu pravno valjanog ugovora o uskladištenju tužbeni zahtev za njihovo izlučenje iz stečajne mase se odbija, jer iste nisu bile u posedu tuženog na dan otvaranja stečajnog postupka.[15]

III
Uporednopravni pristup

Poznato je, da je u evropskoj Uniji na osnovu zajedničke smernice u proteklih nekoliko godina izvršena temeljna reforma stečajnog prava unutar nacionalnih prava. Suština ove reforme je u tome, da se odstupa od klasičnog namirenja poverilaca srazmerno raspoloživoj imovini stečajnog dužnika, dakle delimičnog namirenja, a prihvata se ideja o „sanaciji" preduzeća, koja se ostvaruje putem precizno uređene simbioze, odn. saradnje prinudnog upravnika i stečajnog odn. sanacionog suda, i reprezenata poverilaca, sa ciljem da se pravnim merama (npr. tužbom radi naplate potraživanja prezaduženog dužnika, zabranom raspolaganja imovinom od momenta otvaranja potupka insolvencije, itd.), poboljša imovinsko stanje insolventnog dužnika, da bi poverioci mogli svoja potraživanja namiriti u celini.[16] Naravno,ne na teret prava trećih lica izlučnih poverilaca.

Prema **nemačkom** Zakonu o postupku isnolvencije[17] najpre se uređuje insolventska masa (analogno stečajnoj masi). Utvrđuje se da je to ona imovinska masa koju dužnik ima u trenutku otvaranja postupka insolvencije, odnosno koju stiče u toku tog postupka.[18] Poverioci prema insolventskoj masi su ona lica čija su potraživanja nastala do trenutka otvaranja postupka insolvencije. Nemački zakon pored toga uređuje i rang poverilaca koji imaju pravo na odvojeno namirenje. Među njima se nalaze i poverioci koji imaju ugovorno i zakonsko založno pravo, koji samim tim imaju prioritet u namirenju na vrednosti založenih stvari. Sa

[15] Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 306/2002 od 4. 9 2002. godine. Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br.4/2002. str.149.

[16] V. Marija *Salma*, Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Izdavački centar Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, XLIII, br. 3/2oo9, str. 99-119.

[17] Insolvenzordnung, (InsO) vom 5. Okt. 1994 (Bundesgesetzblatt I S. 2866, sa poslednjim iznenama Zakona o izmenaljma od 13. aprila 2oo7. godine (BGBl. I S. 5o9).

[18] V. paragraf 35 Insolvenzordnunga SR Nemačke.

njima su izjednačeni poverioci čiju stvar dužnik drži kao tuđu stvar[19] odn. fiducijom rezervisanu stvar kao što je fiducirana stvar. Iz ovog se može zaključiti da u nemačkom pravu izlučna prava imaju lica čije se stvari nalaze u insolventskoj masi. Oni imaju pravo na izlučenje u rangu prioritetnih poverilaca u insolventskom postupku. U nemačkom pravu dosuđena potraživanja odnosno, potraživanja čije je izvršenje započeto do otvaranja postupka insolvencije se imaju prijaviti kod stečajnog odn. sanacionog upravnika.[20]

U **mađarskom** pravu o izlučnom pravu na stvarima se ne odlučuje u stečajnom odn. likvidacionom postupku već pred sudom opšte nadležnosti.[21] Tačnije, prema važećem stečajnom zakonu Mađarske, nakon otvaranja stečaja novčana potraživanja se prema stečajnoj masi mogu ostvarivati samo u stečajnom, odn. likvidacionom postupku. Ostala potraživanja, tj. nenovčana potraživanja se mogu ostvarivati na osnovu zahteva ovlašćenog poverioca pred sudovima opšte nadležnosti, odnosno u parničnom postupku. Izlučna novčana potraživanja se ostvaruju u rangu založnih potraživanja u stečajnom postupku.[22]

Hrvatski stečajni zakon [23] kao i nemački, najpre reguliše pojam stečajne mase, iz koje se ostavruju izlučna prava. Zakon određuje da stečajna masa obuhvata celokupnu imovinu dužnika u vreme otvaranja stečajnog postupka te imovinu koju on stekne tokom stečajnog postupka.[24] Da bi ostvario svoje izlučno pravo izlučni poverilac, treba da dokaže da neki predmet ne spada u stečajnu masu.[25] U literaturi se ova odredba tumači tako, da to nisu samo stvari, već i prava, odnosno pokretne stvari, nepokretne stvari, imovinska prava i potraživanja. Ako je predmet čije se izdvajanje moglo tražiti dužnik neovlašćeno otuđio pre otvaranja stečajnog postupka, izlučni poverilac može zahtevati da se na njega prenese pravo na protivčinidbu, ako ona još uvek nije izvršena. On može zahtevati protivčinidbu iz stečajne mase ako se ona još uvek iz te mase može izdvoji-

[19] V. paragraf 49-52 Insolvenzordnunga SR Nemačke.

[20] V. paragraf 85. Insolvenzordnunga SR Nemačke.

[21] V. A csődeljárásról – a felszámolási eljárásról és végelszámolásról szóló 1991. évi XXVII. tv. (Cstv), - Zakon o setčajnom postupku posrtupku prinudne likvidacije i postupku krajnjeg obračuna, sa novelama br. 1 iz 1993.g., br. 2 iz 1997. G., br. 3 iz 2oo4. godine., i br. 4 iz 2oo9. g. , par. 38. st.(3).

[22] V. *Juhász* László, A magyar fizetésképtelenségi jog kézikönyve – Priručnik o mađarskom pravu insolvencije, Novotni Kiadó, Miskolc, 2oo8, str. 475. Tako i Vrhovni sud Mađarske, Legfelsőbb Bíróság, Pfk. VI. 31.8o9/2ooo/2.

[23] Stečajni zakon Hrvatske, Narodne novine, 44/96, 29/99, 129/oo, 123/o3, 82/o6 i 111/1o.

[24] V. čl. 67.stav 1. Stečajnog zakona Hrvatske.

[25] V. čl. 79. stav 1. Stečajnog zakona Hrvatske.

ti.[26] Ako je to nemoguće izvršiti izlučni poverilac može kao stečajni poverilac tražiti naknadu štete.[27] Dužnik koji je pre otvaranja stečaja otuđio (prodao) tuđu stvar ima pravo da traži od kupca kupoprodajnu cenu. Ovu tražbinu dužnik je obavezan da cedira na bivšeg vlasnika. U hrvatskoj literaturi se navodi da se u ovom slučaju radi o promeni predmeta izlučenja, tako da umesto stvari predmet izlučenja postaje potraživanje.[28] Zahtev se upućuje prema stečajnom dužniku koji se nalazi u posedu predmeta koju čini izlučno potraživanje.[29] Takođe, hrvatski Zakon govori i o pravu na vraćanje. Pravo na vraćanje ima prodavac kome nije isplaćena kupoprodajna cena u celini a koja je poslata dužniku iz drugog mesta pre dana otvaranja stečajnog postupka a do dana otvaranja tog postupka nije prispela u odredišno mesto odnosno ako do tog dana dužnik nije preuzeo robu. Pravo na vraćanje ima i komisionar za kupovinu robe.[30] Ako je dužnik preuzeo samo na čuvanje robu koja je stigla na odredišno mesto pre dana otvaranja stečajnog postupka, prodavac nema pravo na vraćanje ali ima pravo da redovnim putem ostvari svoja prava u vezi sa tom robom kao izlučni poverilac.[31] Ako je predmet čije se izdvajanje moglo tražiti otuđio privremeni stečajni upravnik pre otvaranja stečajnog postupka ili stečajni upravnik nakon toga, izlučni poverilac može, po svom izboru, zahtevati da se na njega prenese pravo na protivčinidbu ako ona još uvek nije izvršena, ili zahtevati protivčinidbu iz stečajne mase, ako se ona još uvek iz te mase može izdvojiti ili tražiti naknadu pretrpljene štete kao poverilac stečajne mase.[32]

Radi utvrđivanja tražbine izlučni poverioci su dužni da obaveste stečajnog upravnika o svom izlučnom pravu, pravnoj osnovi izlučnog prava i označiti predmet na koji se odnosi njihovo izlučno pravo, odnosno obavestiti o pravima povodom neovlašćenog otuđenja stvari od strane dužnika.[33]

Zakon o stečaju Republike **Makedonije**[34] određuje (1) pojam izlučnih poverilaca, utvrđujući da lice koje po osnovu svog stvarnog ili ličnog

[26] V. čl. 80. stav 1. Stečajnog zakona Hrvatske.

[27] V. Čl. 80. stav 2. Stečajnog zakona Hrvatske.

[28] V. Eraković, Izlučna i razlučna prava u stečaju, Zbornik Pravnoig fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 24. br. 1, Rijeka, 2003, str. 641.

[29] V. Eraković, Izlučna i razlučna prava u stečaju, Zbornik Pravnoig fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 24. br. 1, Rijeka, 2003, str. 642.

[30] V. čl. 79 st. 3 i 4 Stečajnog Zakona Hrvatske.

[31] V. čl. 79. st.5. Stečajnog Zakona Hrvatske.

[32] V. Čl 80. st. 3. Stečajnog Zakona Hrvatske.

[33] V. Čl.173. st. 4. Stečajnog Zakona Hrvatske.

[34] Zakon za stečaj Makedonije, Služben vesnik na Republika Makedonija, br. 34 od 22. III 2006.god.

prava može da dokaže da neki predmet ne spada u stečajnu masu nije stečajni poverilac. Njegovo pravo na izlučenje predemeta utvrdiće se u skladu sa pravilima koja važe za ostvarivanje tih prava izvan pravila stečajnog postupka. Prema Zakonu, (2) pravo na izlučenje se odnosi i na deonice, na hartije od vrednosti, akcije kao i na druga finansijska prava. Po stavu (3) ako je pravo izlučnog poverioca upisano u javne knjige, stečajni dužnik mora da dokaže da predmet na koga se to pravo odnosi spada u stečajnu masu. Po stavu (4), prodavac kome kupovna cena nije isplaćena u celini, može da traži da mu se vrati stvar koja mu je isporučena od strane dužnika pre dana otvaranja stečajnog postupka, ako do dana otvaranja tog postupka ne pristigne na odredišno mesto, odnosno ako je do tog dana dužnik ne preuzme (pravo na povraćaj). Po stavu (5) pravo na povraćaj ima i komisionar za kupovinu robe.[35] Ako je dužnik preuzeo stvar koja je stigla na odredišno mesto samo na čuvanje dan pre otvaranja stečajnog postupka, prodavac ima pravo na povraćaj iste, ali ima i pravo da redovnim putem ostvari svoje pravo u vezi sa tom stvari kao izlučni poverilac.[36] Ako pre otvaranja stečajnog postupka dužnik neovlašćeno otuđi predmet čije izlučenje se može tražiti, izlučni poverilac može da traži da mu se prenese pravo na protivčinidbu ako ona još nije izvršena. On može da traži protivčinidbu iz stečajne mase ako se još uvek može iz nje izdvojiti. Poverilac može da traži i naknadu štete koju je pretrpeo zbog neovlašćenog otuđenja stvari. Naknadu može da traži kako stečajni poverilac, ako je otuđenje izvršio dužnik pre otvaranja stečajnog postupka a kao poverilac stečajne mase ako je otuđenje izvršio privremeni stečajni upravnik po otvaranju stečajnog postupka, odnosno, stečajni upravnik po otvaranju stečajnog postupka. Ako se ne ispune navedeni uslovi, izlučni poverilac može kao stečajni poverilac da traži naknadu pretrpljene štete ako je predmet neovlašćeno otuđen pre otvaranja stečajnog postupka. Iz ovih odredaba proističe da i u makedonskom pravu izlučni poverilac na osnovu svog stvarnog ili ličnog prava, odnosno prava na hartijama od vrednosti može dokazati da neka stvar ne spada u stečajnu masu, te ta prava može ostvariti ne kao stečajni poverilac, već izvan stečajnog postupka, kao izlučni poverilac. Na taj način on ostvaruje pravo na celovito a ne na delimično namirenje.

Zakonom o stečajnom postupku **Bosne i Hercegovine**[37] je regulisano kako pitanje izlučivanja stvari poverilaca, tako i pitanje uređenja na-

[35] V. čl. 125. Zakona za stečaj Makedonije.

[36] V. Čl. 125. st. 6. Zakona za stečaj Makedonije.

[37] Zakon o stečajnom postupku Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH 31. 12 2005. god.

knade za izlučna prava.[38] Izlučni poverilac je lice koje ima pravo na izdvojanje stvari koja ne pripada stečajnom dužniku. On nije stečajni poverilac. Njegovo pravo na izlučenje predmeta se reguliše posebnim zakonom. Zakon o stečajnom postupku predviđa da se pravo na izlučivanje ne može ostvariti u prethodnom postupku. Nakon otvaranja stečajnog postupka pravo na izlučenje se može ostvariti najranije nakon izveštajnog ročišta. Ako je predmet izlučenja neophodan za nastavak poslovanja stečajnog dužnika, stečajni upravnik može zahtev za izlučenje odgoditi za period do 90 dana počev od izveštajnog ročišta. Ako se pokaže dalja potreba za predmetom izlučenja radi nastavka poslovanja potrebno je da ovo potvrdi stečajni sudija. Za period do izveštajnog ročišta izlučnom poveriocu pripada samo pravo potraživanja zbog prekomerne istrošenosti predmeta izlučenja. Nakon izveštajnog ročišta izlučnom poveriocu pripada pravo na naknadu zbog korišćenja tog predmeta. Izlučni poverilac ima pravo da bude u potpunosti namiren za sve gubitke vrednosti stvari za koju je vezano izlučno pravo nakon izveštajnog ročišta. Ako stečajni upravnik nije u mogućnosti da zaštiti vrednost te stvari kroz isplate izlučnom poveriocu, onda izlučni poverilac ima pravo da izluči tu stvar nakon što stečajnom upravniku da rok od osam dana. Rešenja zakona koja se odnose na neovlašćenu prodaju predmeta čije se izlučenje traži pre otvaranja stečajnog postupka su slična ranije navedenim rešenjima susednih država.[39]

Na osnovu ovog kratkog uporednopravnog prikaza normativnih rešenja izlučnog prava izlučnih poverilaca u stečajnom, ondosno insolventskom postupku, može se konstatovati, da između rešenja nacionalnih stečajnih zakona postoji *visok stepen konvergencije*, podudarnosti. Ovo je sasvim razumnjivo, obzirom na prirodu izlučnog prava: Nastoji se izlučnom poveriocu dopustiti izdvajanje njegove stvari iz stečajne mase, budući da se ne radi o imovini stečajnog dužnika, pa samim tim ona ne može poslužiti za srazmerno ili potpuno namirenje stečajnih poverilaca. Tuđa stvar se može naći u stečajnoj masi slučajno ili svesno. *Svesno* npr. ako se tuđa stvar nalazi u posedu stečajnog dužnika zbog toga što se ona nalazi kod njega po osnovu običnog depozita, radi čuvanja. Ali, stečajni dužnik može i *fraudolozno* postupiti sa tuđim stvarima koje se nalaze kod njega u posedu, te može pre otvaranja stečaja otuđiti stvar. U tom slučaju uporedno pravna rešenja s razlogom prediđaju ostvarivanje izlučnog prava putem *prenosa prodajne cene na izlučnog poverioca (zakonska cesija)*. Otuda se, pored *stvarnog prava*, kao osnov

[38] V. čl. 37. Zakona o stečajnom postupku Bosne i Hercegovine.
[39] V. Čl. 37 Zakona o stečajnom postupku BiH.

izlučenja može pojaviti i *obligaciono pravo*. Prema pravu Makedonije s razlogom se pojavljuje izlučno pravo u vidu prava izlučnog poverioca povodom potraživanja iz *hartije od vrednosti na ime* ili drugih vrednosnih papira, kao što su *deonice*. Pod *ličnim pravima* se prema uporednoj literaturi, podrazumevaju imovinska komponenta *autorskih* prava i pronalazačkih prava. Interesantno je rešenje Zakona BiH koje predviđa da se pravo na izlučenje ne može ostvariti u prethodnom postupku već najranije nakon izveštajnog ročišta.Takodđe je regulisano pitanje kako će se postupiti u slučaju kada je predmet izlučenja neophodan za nastavak poslovanja stečajnog dužnika. Tek ako stečajni upravnik nije u mogućnosti da zaštiti vrednost stvari kroz isplate izlučnom poveriocu za korišćenje njegove stvari on može da traži izlučenje stvari. U nemačkom i mađarskom pravu izlučna prava izlučnih poverilaca se razumeju kao prava *na odvojeno, prioritetno i celovito namirenje* iz stečajne mase. Po pravilu na predmetu izlučnog prava. Međutim, ako to iz bilo kog pravnog razloga nije moguće, onda iz vrednosti stvari. Uporedno pravno iskustvo pokazuje, da inkorporacija tuđe stvari ili prava u stečajnu masu može da nastane usled grške stečajnog upravnika. Ako se dokaže njegova nesavesnost, svakako se osnovano postavlja pitanje i njegove odgovornosti za štetu prema izlučnom poveriocu. Naravno, uporedno pravna rešenja ukazuju na jasno odvajanje izlučnih od razlučnih prava, budući da potonja više pripadaju stečajnom postupku, te se odnose na proritetno odn. izdojeno namirenje, pre svega onih stečajnih poverilaca koji imaju založno pravo na nekom delu imovine stečajnog dužnika.

U uporedno pravnoj analizi se nismo bavili izlučnim pravima državnih organa u pogledu javne svojine, što predstavnja pažnje vrednu analizu, ali će o tome biti reč u posebnoj, tom problemu, posvećenoj raspravi.

IV
Ostvarivanje izlučnog prava poverioca – prijavljivanje potraživanja po pravilima pozitivnog prava

Prema **Zakonu** o stečaju RS izlučni poverioci mogu svoje potraživanje ostvarivati u svim *sudskim* i drugim postupcima.[40] U tome se između ostalog, izlučna prava razlikuju od razlučnih prava, pošto se potonja ostvaruju u stečajnom postupku. Ovlašćenici razlučnih prava su prioriteni stečajni poverioci, zato što su pre otvaranja stečaja zasnovali založno pravo na imovini (pokretnoj ili nepokretnoj) dužnika. Sa ovalšće-

[40] V. čl.80. stav 3. Zakona o stečaju Srbije.

nicima izlučnih prava imaju upravo tu zajedničku nit, koja se ogleda u pravu na odvojeno i celovito namirenje, ali se imaoci razlučnih prava razlikuju od imalaca izlučnih prava upravo u pogledu postupka, budući da nosioci izlučnih prava mogu svoja prava ostvariti izvan stečajnog posupka, npr. u parničnom postupku, u postupku prinudnog izvršenja i dr. Dok stečajni poverioci svoja potraživanja prema stečajnom dužniku mogu ostvariti isključivo u stečajnom postupku, što važi i i za ovlašćenika razlučnog prava, dotle, prema odredbama važećeg domaćeg Zakona o stečaju, kako je već napomenuto, izlučni poverioci mogu svoje potraživanje ostvarivati u svim sudskim i drugim postupcima. Ipak, izlučni poverioci mogu svoja izlučna prava zatražiti i u stečajnom postupku.[41] Zakon RS polazi, kao i ranije analizirani pravni sistemi u materijalnopravnom aspektu, od stečajne mase, određujući da je stečajna masa celokupna imovina stečajnog dužnika. Istina, zakon tome dodaje ne samo imovinu u zemlji već i u inostranstvu. Obe se naravno određuju na dan otvaranja stečajnog postupka, kao i imovina koju stečajni dužnik stekne tokom stečajnog postupka.[42] Radi se dakle, o celokupnoj imovini, o stvarnim pravima i potraživanjima, tj. obilgacionim pravima stečajnog dužnika. Takođe, zakon RS govori o imovini dužnika, određujući na taj način, da prava i stvari trećih ne spadaju u stečajnu masu. To potvrđuje i posebna odredba o izlučnim pravima trećih lica, upisanim na teret imovine stečajnog dužnika, u zemljišnu ili drugu javnu knjigu ili registar. Tada teret dokazivanja da postoji takvo pravo trećeg, te da stavr ne spada u stečajnu masu, leži na stečajnom dužniku. [43] Zakon RS takođe propisuje pravo izlučnog poverioca na prenos potraživanja prodajne cene, ako je stečajni dužnik pre otvaranja stečaja neovlašćeno otuđio stvar izlučnog poverioca, ako protivčinidba još nije isplaćena, a ako jeste, izlučni poverilac ima pravo na naknadu štete.[44]

Upravljajući imovinom i pravima stečajni upravnik je dužan da sastavi listu svih poverilaca za koje je saznao iz poslovnih knjiga i ostale dokumentacije stečajnog dužnika. U listu poverilaca se posebno evidentiraju razlučni i izlučni poverioci i zaposleni kod stečajnog dužnika za iznose neisplaćenih zarada.[45]

Izlučni poverilac podnosi *zahtev* da mu se iz stečaja izluči stvar koja ne ulazi u stečajnu masu.[46] Stečajni upravnik je dužan da se o svakom pri-

[41] V. čl. 112. St.1, 2. Zakona o stečaju RS.
[42] V. čl. 101 st. 1 Zakona o stečaju RS.
[43] V. čl 102 st. 1. Zakona o stečaju RS.
[44] V. čl. 102. st. 2. Zakona o stečaju RS.
[45] V. čl. 107. St.1i 2. Zakona o stečaju RS.
[46] V. čl. 112. st.1. Zakona o stečaju RS.

javljenom potraživanju izjasni *da li ga priznaje* ili osporava u roku od 20 dana.[47] Odgovor na postavljeno pitanje zavisi od toga da li je u momentu izjašnjavanja stečajnog upravnika o zahtevu izlučnog poverioca utvrđeno da je stvar čije se izlučenje traži prešla u svojinu poverioca. Ako stečajni upravnik *odbije da izluči stvar* iz stečajne mase, protiv te odluke poverilac ima pravo na *primedbu stečajnom sudiji* u roku od pet dana od prijema obaveštenja od stečajnog upravnika.[48] Ako stečajni sudija takođe ospori pravo na izlučenje stvari, poverilac svoje pravo može ostvarivati u *drugim sudskim postupcima*. [49] Ako izlučni poverilac *ne podnese zahtev* za izlučenje *do momenta prodaje* imovine koja je predmet zahteva, izlučni poverilac svoja prava može ostvarivati *samo u drugim postupcima*, u skladu sa zakonom.[50]

Prema stanovištu **sudske prakse**, aktivnu legitimaciju za podnošenje zahteva za izlučenje stvari imaju *izlučni poverioci*, a ne stečajni dužnik.[51] Stečajni poverilac izlučno pravo dokazuje *izvodom iz katastra* nepokretnosti u kome je upisano pravo svojine. Na stečajnom dužniku je obaveza dokazivanja da izlučni poverilac nema izlučno pravo na nepokretnostima stečajnog dužnika.[52] Tako naslednik čija je imovina nacionalizovana nije izlučni poverilac u pogledu dela imovine stečajnog dužnika jer u vreme podnošenja izlučnog zahteva nije postojao zakonski osnov za potraživanje oduzete imovine. [53]

Kada je reč o *posledicama otvaranja stečajnog* postupka na pravne poslove, Zakon predviđa da kod *finansijskog lizinga* davalac lizinga podnosi zahtev da mu se iz stečaja **izluči** predmet lizinga ako se stečajni postupak otvori nad primaocem lizinga.[54] Zabrana izvršenja i namirenja predviđene zakonom se shodno primenjuju i na ostvarivanje prava davaoca lizinga na izlučenje iz stečaja predmeta lizinga do odluke o bankrotstvu stečajnog dužnika, odnosno do potvrđivanja usvojenog plana reorganizacije.[55] U slučaju odluke o bankrotstvu davalac lizinga ima pravo na izlučenje predmeta lizinga. Odluku o tome donosi stečajni sudija. Ako je usvojen izlučni zahtev, stečajni upravnik je dužan da preda predmet lizinga davaocu lizinga.[56]

---

[47] V. čl. 112. st. 2. Zakona o stečaju RS.
[48] V. čl. 112. st. 4. Zakona o stečaju RS.
[49] V. čl. 112. st. 5. Zakona o stečaju RS.
[50] V. čl. 112. St.6. Zakona o stečajau RS.
[51] Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 5295/2004 od 8. 7 2004. godine.
[52] Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 245/2008.- Sudska praksa trgovinskih sudova- Bilten br. 4/2008.
[53] Tako, presuda Višeg trgovinskog suda Pž. 9455/2oo5. Od 29. 12. 2oo5. godine.
[54] V. čl.95. st.1 Zakona o stečaju RS.
[55] V. čl. 95. st.2. Zakona o stečaju RS.
[56] V. čl. 95. st.7. Zakona o stečaju RS.

Kada je reč o *robi u prevozu* Zakon predviđa da ako je stečajni dužnik preuzeo robu koja je stigla u mesto opredeljenja pre otvaranja stečajnog postupka samo na čuvanje, prodavac nema pravo na potragu, ali može svoja prava ostvariti kao **izlučni** poverilac.[57]

Predmet izlučnog prava mogu biti samo *stvari koje ne pripadaja dužniku*. Stvari koje ne pripadaju dužniku, odnosno koje nisu vlasništvo dužnika ne mogu da uđu u stečajnu masu. Vlasnik tih stvari u svako doba može tražiti izlučnom tužbom izlučenje tih stvari iz stečajne mase. [58]

Što se tiče *obaveza stečajnog upravnika*, povodom prijavljenih izlučnih prava, sudska praksa utvrđuje, da je stečajni upravnik dužan da se o svakom prijavljenom potraživanju određeno izjasni da li ga priznaje ili osporava. S tim u vezi, u praksi se postavilo pitanje da li se može priznati izlučna prijava procentualno ili delimično ako zamenljiva stvar nije posebno izdvojena i posebno označena, a po izlučnim zahtevima se potražuje više stvari (veća količina) nego što dužnik poseduje? Po stanovištu suda pravilan odgovor na postavnjeno pitanje zavisi od toga, da li je u momentu izjašnjavanja stečajnog upravnika o zahtevu izlučnog poverioca utvrđeno da je stvar čije se izlučenje traži prešla u svojinu poverioca. Ukoliko stečajni upravnik smatra da je izlučni poverilac dokazao da je on vlasnik određene količine robe koja se nalazi u priteżanju, npr. skladištu stečajnog dužnika, onda će u tom delu priznati izlučno pravo, a stvar je izlučnog poverioca da zahtev u prijavi potraživnja postavi tako da mu potraživanje bude obezbeđeno za slučaj da dužnik ne poseduje više stvar koja poveriocu pripada. [59]

Ukoliko stečajni upravnik i stečajno veće ospore pravo izlučnom poveriocu na izlučenje stvari, on svoje pravo može da ostvari u *drugim sudskim postupcima a ne žalbom protiv odluke stečajnog veća*.[60]

Prema pravnom shvatanju Višeg privrednog suda za *povraćaj zemljišta* koje se nalazi u posedu stečajnog dužnika poverilac podnosi izlučnu prijavu potraživanja sa zahtevom da se predmetna imovina izuzme iz stečajne mase. Ako stečajni upravnik ospori izlučnu prijavu potraživanja, stečajno veće će uputiti poverioca da osporeno izlučno pravo utvrdi pred nadležnim organom uprave.[61]

---

[57] V. čl.100. st. 2. Zakona o stečaju RS.

[58] Rešenje Vrhovnog suda Srbije Prev. 76/98 od 18. marta 1999. G., Privrednik br. 96 – specijalni dodatak.

[59] Pravno shvatanje utvrđeno na zajedničkoj sednici Odeljenja za privredne sporove i privredne prestupe Višeg privrednog suda od 9. 7. 1998.g., Privrednik br. 96 – specijalni dodatak.

[60] Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 14316/2oo5. Od 27. 12. 2oo5.g.

[61] Pravno shvatanje utvrđeno na sednici odenjenja za privredne sporove Višeg privrednog suda od 6. 1o. 1999. G., Privrednik br. 96 –specijalni dodatak.

Nezavisno od *otkaza zakupa* od strane stečajnog upravnika, odnosno od ovlašćenja stečajnog upravnika da otkaže zakup, postoji izlučno pravo nosioca prava raspolaganja na zakupljenim poslovnim prostorijama. [62]

Lica koja nisu postala vlasnici *stanova* nemaju ni izlučno pravo. [63]

Ne može se izvršiti *preboj* potraživanja i to stvari i vrednosti stvari koju je stečajni poverilac dao stečajnom dužniku na čuvanje i zajam već je poverilac kao vlasnik navedene stvari mogao istu tražiti da mu se izdvoji iz stečajne mase i preda u državinu. [64]

Kada je reč o *pravnom interesu* za podnošenje izlučne tužbe u sudskoj praksi je zauzet stav da je titular izlučnog prava ovlašćen da zahteva izlučenje svojih stvari iz stečajne mase podnošenjem tužbe parničnom sudu i kada pre toga nije podneo zahtev – prijavu za njihovo izlučenje u postupku stečaja. Pravni interes za podnošenje takve tužbe postoji zbog same činjenice da su stvari u vlasništvu trećeg lica zadržane u posedu stečajnog dužnika i nakon otvaranja stečajnog postupka. [65]

Izložena sudska praksa potvrđuje norme Zakona, tako da *naglašava pravo trećeg lica na izlučenje, ako je ono dokazano*, na osnovu izvoda iz zemljišnih i drugih javnih knjiga, ako se radi o nepokretnostima, ili ako je dokazano na drugi način, ako su po sredi pokretne stvari. Takođe, praksa sudova pokazuje da predmet izlučenja može biti osim stvarnih prava i potraživanje, lično, odn. autorsko ili pronalazačko pravo. Argumentacija je za to, zakonsko pravilo, ali i pravilo pravičnosti, da ne može biti predmet stečajne mase niti predmet namirenja ostalih poverilaca stečajne mase, ono što nije u vlasništvu stečajnog dužnika ili što nije dužnikovo potraživanje. Predmet stečajne mase i namirenja ostalih stečajnih poverilaca može biti stvar ili pravo samo stečajnog dužnika, ali ne i trećeg lica.

V
Zaključne napomene

Na osnovu izložene analize i vrednovanja rešenja važećeg domaćeg izlučnog prava u svetlu uporednog, odnosno evropskog prava, doktrine i sudske prakse, možemo konstatovati, odnosno zaključiti da su reformisani stečajni, odnosno postupci insolvencije u evropskom pravu, saglasno

---

[62] Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 283/2oo1. od 16. Maja 2oo1. G., Bilten sudske prakse privrednih sudova br. 4/2oo1.g. str. 1o5.

[63] Presuda Višeg trgovinskog suda Pž. 6898/2oo1. od 25. 12. 2oo2. G., Sudska praksa trgovinskih sudova – časopis za privredno pravo, br.2/2oo3., str. 69.

[64] Presuda Višeg trgovinskog suda br. Pž. 4145/2oo7. Od 28. 2. 2oo8.g., Sudska praksa trgovinskih sudova – Bilten br. 1/2oo8.

[65] Rešenje vrhovnog suda Srbije, Prev. 271/2oo5 (1) od 8.9.2oo5.g.

tome i u pravu Republike Srbije, proširila izlučna prava izlučnih poverilaca, tako da se ova prava više ne odnose samo na stvari, već se proširuju i na prava, uključiv stvarna, obligaciona, kao i autorska prava i pronalazačka prava. Pravo na izlučenje ima izlučni poverilac koji dokaže da predmet izlučenja ne spada u stečajnu masu, kao i to, da je u stečajnu masu neosnovano uključena stvar ili pravo koje nije dužnikova imovina. U slučaju otuđenja predmeta izlučenja od strane izlučnog dužnika, izlučni poverilac stupa na mesto prodavca poput zakonske cesije, te ima pravo da umesto predmeta preuzme cenu, ako je ona već ostvarena, ima pravo na naknadu štete u vidu njene vrednosti iz stečajne mase. Sudska praksa je dala kreativan doprinos zakonskim propisima koji štite prava izlučnih poverilaca.

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

Separate Recovery in Bankruptcy

Abstract

Based on the analysis expounded above and evaluation of the Serbian rule on the separate recovery, the author states in the light of comparative law and the law of the European Union, legal theory and jurisprudence that the reformed European bankruptcy and insolvency procedures, so as the Serbian law, extended the range of rights of creditors to separate recovery. Nowadays the right to separate recovery doesn't pertain only to assets, but to rights too, including claims arising from contracts and torts, intellectual property law, etc. A creditor is entitled to separate recovery if he/she successfully proves that the object of separate recovery does not belong to the bankruptcy estate and the estate contains without a valid title an asset or right that doesn't belong to the bankruptcy debtor. If the debtor transfers the property to a third party over the asset in relation to which the creditor has a right to separate recovery, according to the rules of statutory assignment the creditor steps in the position of the seller and may claim the purchase price. If the purchase price is already paid, he/she retains a right to indemnification from the bankruptcy estate. The jurisprudence has creatively contributed to the interpretation of statutes governing creditors' rights to separate recovery.

Key words: creditor entitled to separate recovery, right to separate recovery, asset of separate recovery, legal basis of separate recovery

Originalni naučni rad 349.418

Dr Radenka Cvetić, redovni profesor
Pravnog fakutleta u Novom Sadu

UPISI U KATASTAR NEPOKRETNOSTI[1]

Sažetak: *U radu se razmatraju vrste upisa u katastar nepokretnosti. Zakon o državnom premeru i katastru iz 2009. godine u tom pogledu uvodi određene novine. Utisak kojem se pažljiv čitalac Zakona ne može oteti, je da je njihova prioritetna funkcija da katastar nepokretnosti učine kvalitativno novom evidencijom nepokretnosti. Intencija je bila da se prevaziđe predašnji koncept katastra nepokretnosti kao mehaničkog spoja zemljišne knjige i katastra zemljišta (na način da se katastru zemljišta, pored njegove prirodne i tradicionalne funkcije, pridoda i funkcija zemljišnih knjiga). Od četiri vrste upisa u katastar nepokretnosti, jedna (upis nepokretnosti) je nova, drugoj (upis stvarnih prava) je promenjen naziv (radi se o uknjižbi), dok su preostale dve (predbeležba i zabeležba) nepromenjene i po nazivu i po dejstvu. Suštinske primedbe stavljene su u pogledu netačnog određenja upisa zajedničke svojine (pravo zajedničke svojine upisuje se na ime svih imalaca prava svojine, kada udeo u ispravi za upis nije određen) i preterano sumarnog regulisanja zabeležbe kao vrste upisa.*

Ključne reči: *upis nepokretnosti, upis stvarnih prava, predbeležba, zabeležba*

Uvodne napomene

U pogledu vrsta upisa novi Zakon o državnom premeru i katastru[2] donosi izmene koje imaju isti smisao kao i promene sastava katastra ne-

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

pokretnosti i lista nepokretnosti.[3] Upis u katastar nepokrenosti više nije trojak kao u zemljišnim knjigama, već postoje četiri vrste upisa:

1) upis nepokretnosti,
2) upis stvarnih prava,
3) predbeležba i
4) zabeležba.[4]

Na ovaj način želi se istaći da katastar nepokretnosti predstavlja kvalitativno novu evidenciju nepokretnosti, a ne samo mehanički spoj zemljišnih knjiga i katastra zemljišta na način da se katastru zemljišta pridoda i funkcija zemljišnih knjiga (pravna evidencija nepokretnosti). Derogiranim Zakonom o jedinstvenoj evidenciji nepokretnosti nije posebno predviđen upis nepokretnosti, već je samo regulisan upis prava na nepokretnostima i predviđene su tri vrste upisa: uknjižba, predbeležba i zabeležba.

Bez obzira na izvršene izmene u navedenom smislu, može se i dalje tvrditi da upis u katastar nepokretnosti, barem kada se radi o upisu stvarnih prava, predstavlja način njihovog sticanja *(modus acquirendi)*,[5] te da

---

[2] Zakon je donet 31. avgusta 2009. godine; objavljen je u: *Službeni glasnik Republike Srbije,* br. 72/2009 od 3. septembra 2009; stupio je na snagu 11. septembra 2009. godine. Prve tri verzije (od ukupno četiri) Nacrta zakona o državnom premeru i katastru nepokretnosti predviđale su tri tradicionalne vrste upisa: uknjižbu, predbeležbu i zabeležbu. Tek u poslednjoj, četvrtoj verziji (februar 2009. godine) došlo je do izmene koja je prihvaćena i u usvojenom tekstu Zakona.

[3] Videti više u: Radenka Cvetić, *Savremena evidencija nepokretnosti,* Novi Sad, 2009, str. 139-146.

[4] Videti čl. 73 Zakona o državnom premeru i katastru i uporediti sa čl. 58g Zakona o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 83/1992; izmene i dopune u br. 53/1993, 67/1993, 48/1994,12/1996, 15/1996, 34/2001, 25/2002 i 101/2005)

[5] „Na osnovu pravnog posla pravo svojine na nepokretnosti stiče se upisom u javnu knjigu ili na drugi odgovarajući način određen zakonom." (čl. 33 Zakona o osnovama svjinsko-pravnih odnosa); „Na osnovu pravnog posla stvarna službenost stiče se upisom u javnu knjigu ili na drugi odgovarajući način određen zakonom." (čl. 52 Zakona o osnovama svjinsko-pravnih odnosa); „Hipoteka nastaje upisom u nadležni registar nepokretnosti, na osnovu: 1) ugovora ili sudskog poravnanja (ugovorna hipoteka); 2) založne izjave (jednostrana hipoteka); 3) zakona (zakonska hipoteka); 4) sudske odluke (sudska hipoteka)." (čl. 8 Zakona o hipoteci). I upis brisanja određenog stvarnog prava ima u zakonom predviđenim slučajevima konstitutivno dejstvo. Na primer, „Hipoteka prestaje ispisom iz registra nepokretnosti u koji je bila upisana, u skladu sa zakonom." (čl. 43/1). Dakle, bez obzira šta je materijalnopravni razlog prestanka hipoteke (ispunjenje obezbeđenog potraživanja, odricanje od hipoteke, propast hipotekovane nepokretnosti, prestanak hipoteke u opštem interesu, prodaja hipotekovane nepokretnosti usled sudske javne prodaje ili vansudske prodaje i zaključenja naknadnog ugovora, konfuzija ili konsolidacija, amortizacija obezbeđenog potraživanja – videti čl. 44-52 Zakona o hipoteci), da bi hipoteka i formalno pravno prestala neophodno je da se izvrši njeno brisanje (upis brisanja).

predstavlja način publikovanja i pretpostavku raspolaganja upisanim pravom, čak i kada je pravo stečeno originarnim putem, odnosno po osnovu zakona.[6] Pored toga, treba istaći da u našem pravnom sistemu upis stvarnih prava u javni registar nepokretnosti predstavlja sredstvo činjenja vidljivim tih stvarnih prava za treća lica u onom smislu kao što je to državina u pogledu pokretnih stvari.[7] [8]

Zakonom o državnom premeru i katastru određeno je i kada se neće dozvoliti upis u katastar nepokretnosti (čl. 89): kada je zakonom, odlukom suda ili drugog nadležnog organa, određena zabrana upisa na određenoj nepokretnosti i u slučaju kada bi se takvim upisom izvršila povreda prinudnih propisa.

Upis nepokretnosti

Upis nepokretnosti je nova vrsta upisa kojom se u katastar nepokretnosti unose podaci o faktičkom stanju nepokrenosti. Radi se o upisu podataka o parceli, građevinskom objektu ili posebnom delu objekta.

Podaci o parceli i građevinskom objektu upisuju se na osnovu elaborata premera,[9] odnosno elaborata geodetskih radova,[10] a osnov upisa za parcelu može biti i isprava za upis kada je to određeno zakonom.

Podaci o posebnim delovima objekta upisuju se na osnovu tehničke dokumentacije (na osnovu koje je izdata građevinska ili upotrebna dozvo-

---

[6] „... upis vanknjižno stečenog prava u zemljišne knjige ima posebnu važnost za dalje raspolaganje tim pravom, kao i za njegovu zaštitu. Upis vanknjižno stečenog prava u zemljišnu knjigu pretpostavka je za daljna raspolaganja tim pravom na osnovu pravnog posla u korist drugih sticaoca. Da bi lice u čiju je korist imalac vanknjižno stečenog stvarnog prava raspolagao tim pravom na osnovu pravnog posla to pravo zaista i steklo, mora se upisati u zemljišnu knjigu... To će, međutim, biti moguće jedino ako je vanknjižni nosilac tog prava upisan u zemljišnu knjigu, jer se u skladu s načelom knjižnog prethodnika upis može provesti samo protiv lica koje je kao nosilac prava već upisano u zemljišnu knjigu." (Tatjana Josipović, *Zemljišne knjige,* u: Gavela Nikola i dr., *Stvarno pravi,* svezak 1, Zagreb, 2007*,* str. 319-320).

[7] Imalac stvarnog prava upisanog u registar nepokretnosti ima dovoljan dokaz o svom pravu, što znači da svi oni koji tvrde da upisani titular to nije, moraju dokazati takvu tvrdnju, odnosno dozvoljenim dokaznim sredstvima obarati ovu pretpostavku postavljenu u korist lica koje je upisano kao titular stvarnog prava. Na funkciji javnog registra kao ogledala zaista postojećeg pravnog stanja nepokretnosti, zasniva se i zaštita savesnih sticalaca u pravnom prometu nepokretnosti, budući da je onaj ko je upisan kao titular stvarnog prava ovlašćen da raspolaže tim pravom.

[8] Više o značaju i pravnom dejstvu upisa videti u: Radenka Cvetić, *op. cit.,* str. 112-117 (*Načelo upisa),* i u: Tatjana Josipović, *op. cit.,* str. 317-328.

[9] O elaboratu premera videti više u: Radenka Cvetić, *op. cit.,* str. 140-141.

[10] O osnovnim geodetskim radovima i bazi podataka osnovnih geodetskih radova videti čl. 30-39 Zakona o državnom premeru i katastru.

la) ili na osnovu podataka iz neke od postojećih evidencija u momentu osnivanja katastra nepokretnosti (zemljišne knjige, knjige tapija, intabulacione knjige i knjige prodatih društvenih stanova sa hipotekom), akta nadležnog organa, elaborata geodetskih radova.

Kada se upisuje nepokretnost koja predstavlja građevinski objekat (posebni deo objekta) za koji nije izdata građevinska ili upotrebna dozvola, ili je građeno mimo dozvole, ili je objekat privremen, upisuje se i zabeležba odgovarajuće sadržine.

Opšti uslovi za upis stvarnih prava, predbeležbe i zabeležbe

Materijalne pretpostavke koje moraju biti ispunjene u momentu kada se vrši bilo koja od navedenih vrsta upisa su: 1) da je upisana nepokretnost, 2) da je upisan prethodnik i 3) da postoji odgovarajuća isprava za traženu vrstu upisa. Ovi uslovi su popisani kao opšti, što znači da moraju biti uvek ispunjeni, osim kada je specijalnim pravilom drukčije određen i uslov i osnov upisa *(Lex specialis derogat legi generali).*[11]

U trenutku podnošenja zahteva za upis, nepokretnost u pogledu koje se traži konačno ili uslovno sticanje, ograničenje, prenos ili prestanak prava, odnosno zahteva upis pravno relevantnih činjenica, mora biti upisana u katastar nepokretnosti. Ako to nije slučaj, može biti upisana istovremeno sa upisom stvarnog prava, predbeležbe ili zabeležbe.

Upis se može izdejstvovati samo protiv lica koje je u trenutku podnošenja zahteva za upis već upisano u katastar nepokretnosti kao imalac prava u pogledu kojeg se upis zahteva u smislu njegovog prenosa, ograničenja ili prestanka. Dakle, onog u čije se pravo zadire traženim upisom. Budući da se i predbeleženim pravom može raspolagati, dovoljno je da prethodnik bude predbeležen kao imalac prava čiji se prenos, ograničenje ili brisanje traži. Nejasno je zašto je izostalo propisivanje mogućnosti da prethodnik bude najkasnije istovremeno upisan sa sledbenikom,[12] pogotovo jer je takva mogućnost predviđena u pogledu upisa nepokretnosti. Uprkos tome što nije predviđena, ona se nameće kao logična i ne bi smela da uzrokuje teškoće zainteresovanim licima da je izdejstvuju, mada je adekvatnije rešenje izričito je utvrditi.[13]

---

[11] Videti odredbu čl. 83 Zakona o državnom premeru i katastru.

[12] Videti: Miloje Matović, Dušan Stamenković, *Priručnik za uknjižbu nepokretnosti,* Beograd, 1987, str. 63-64.

[13] Kao što je, na primer učinjeno u Zakonu o zemljišnim knjigama Hrvatske *(Narodne novine,* br. 91/1996, čl. 40), Zakonu o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine (§ 21), Opštem zakonu o zemljišnoj knjizi Austrije iz 1955. godine (§ 21).

Predviđena su dva izuzetka od pravila da u momentu kada se podnosi zahtev za upis mora biti upisan pravni prethodnik. Naime, upis se dozvoljava i protiv lica koje nije upisani prethodnik, ako se uz zahtev prilože isprave kojima se dokazuje pravni kontinuitet između lica protiv kojeg se traži upis i upisanog prethodnika. To je, na primer slučaj kada se dokaže neprekinuti lanac vanknjižnih prenosa[14] ili kada se zahteva upis prava koje se stiče od naslednika upisanog prethodnika. Takođe, kada se vrši upis stvarnih prava na novoizgrađenom objektu ne zahteva se postojanje upisanog prethodnika.

Poslednji od propisanih opštih uslova za upis stvarnih prava, predbeležbe i zabeležbe je postojanje odgovarjuće punovažne isprave[15] na kojoj se temelji traženi upis, budući da je upis kauzalnog karaktera. To praktično znači da upis sam za sebe, ako nije zasnovan na punovažnom pravnom osnovu neće dovesti do promene stvarnopravnog stanja nepokretnosti. Takav neistinit upis dovodi samo do povrede ranije upisanog prava i ovlašćuje lice čije je upisano pravo povređeno da traži brisanje sprovedenog upisa.[16] Zbog toga, organ koji je nadležan za upis mora proveriti po službenoj dužnosti da li su ispunjeni svi uslovi što se tiče punovažnosti i adekvatnosti isprave u pogledu zahtevane vrste upisa.

Upis se može izvršiti na osnovu privatne ili javne isprave koja je i po sadržini i po formi podobna za upis. Uslovi za podobnost isprave propisani su samim zakonom, kao opšti i kao posebni koji se zahtevaju za privatnu ili javnu ispravu.[17] Opšti uslovi za upis su: određena sadržina i određena forma. Što se tiče sadržine isprava za upis mora naročito da sadrži: mesto i datum sastavljanja, odnosno overe; označenje nepokretnosti na koju se isprava odnosi prema podacima katastra nepokretnosti (katastarska opština, broj i površina parcele, broj i površina objekta, broj i površina posebnog dela objekta); podatke o upisanom prethodniku i licu u čiju korist se upis zahteva (prezime, ime i ime jednog roditelja, prebivalište ili boravište, jedinstveni matični broj građana[18]).[19] Isprava za upis mo-

[14] To je situacija kada je pravo na nepokretnosti više puta uzastopno vanknjižno (bez izvršenog upisa) preneto, pa poslednji sticalac može zahtevati da prenos bude izvršen neposredno na njega, pod uslovom da dokaže neprekinuti niz vanknjižnih prenosa od upisanog prethodnika do sebe.

[15] Uobičajeno se ova isprava, bez obzira da li je u pitanju privatna ili javna, naziva tabularna ili zemljišnoknjižna isprava.

[16] Tatjana Josipović, *op.cit.,* str. 288-289.

[17] Videti čl. 86-88 Zakona o državnom premeru i katastru.

[18] Ako se radi o pravnom licu navode se naziv, sedište i matični broj.

[19] Nešto su blaže utvrđeni uslovi za upis zabeležbe. Ako se zabeležba odnosi na ličnost imaoca prava isprava ne mora da sadrži podatke o označenju nepokretnosti, a ako se zabeležba odnosi na samu nepokretnost isprava ne mora da sadrži podatke o upisanom prethodniku.

ra biti priložena u originalu, overenoj fotokopiji ili u drugom obliku propisanom zakonom, a ako je sastavljena na stranom jeziku mora se dostaviti i overen prevod.

Da bi bila podobna za upis, privatna isprava, odnosno isprava o pravnom poslu, mora biti sačinjena u pisanoj formi, a potpisi lica između kojih se isprava sačinjava moraju biti overeni. Dodatni zahtevi u pogledu forme mogu biti propisani posebnim zakonom. Da bi se dozvolio upis mora postojati i bezuslovna i neoročena izjava o dozvoli upisa (tradicionalno označavana kao *clausula intabulandi* u zemljišnoknjižnom sistemu). Ova izjava može biti sadržana u privatnoj ispravi, odnosno ispravi o pravnom poslu, ali može biti data i u posebnoj ispravi uz overu potpisa lica koje izjavu daje.

Kao što se vidi, i dalje se insistira na overi potpisa svih lica (po pravilu su dva) između kojih se isprava sačinjava, a ne samo lica čije pravo se ograničava, opterećuje, prenosi ili prestaje, kako je bilo predviđeno pravilima zemljišnoknjižnog prava.[20] To je razumljivo, budući da je takva overa neophodan uslov za punovažnost pravnog posla kojim se raspolaže pravima na nepokretnostima.[21] Izostalo je, međutim, izričito propisivanje da izjavu o dozvoli upisa daje lice čije pravo se ograničava, opterećuje, prenosi ili prestaje. Pretpostavka je da je to propušteno kao nešto što se podrazumeva, ali preciznost koja je neophodna pri propisivanju uslova za upis, to svakako zahteva.[22]

Javne isprave na osnovu kojih se može izvršiti upis u katastar nepokretnosti su odluke suda, drugog državnog organa ili organizacije koja vrši javna ovlašćenja, donete u okviru njihove nadležnosti. Da bi bila podobna za upis, ovakva odluka mora biti pravnosnažna, a ako se radi o stranoj javnoj ispravi ona mora biti priznata u Republici Srbiji.

Upis stvarnih prava

Upis stvarnih prava je, takođe, nova vrsta upisa u katastar nepokretnosti koja po svom dejstvu u suštini predstavlja onu vrstu upisa koja je ranije označavana kao uknjižba. Ova vrsta upisa određena je kao upis kojim se stiču, prenose, ograničavaju ili prestaju pravo svojine i druga stvarna prava na nepokretnostima. Primetno je da je iz pojma upisa koji u suštini predstavlja uknjižbu izostalo određenje koje mu daje konačnost i bezu-

[20] Videti § 37 Zakona o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije.

[21] Videti čl. 4 Zakona o prometu nepokretnosti *(Sl. glasnik RS,* br. 42/1998).

[22] Uporediti sa § 39 Zakona o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije i čl. 54 Zakona o zemljišnim knjigama Republike Hrvatske.

slovnost, koja podrazumeva da nije potrebno nikakvo naknadno opravdanje onog što je upisano.[23] Pravna dejstva ovakvog upisa nastaju od momenta kada je izvršen[24] i to u obimu koji proističe iz samog upisa. Smatramo ipak da je to trebalo učiniti, naročito zbog činjenice da se predbeležba i dalje definiše kao upis sa uslovnim dejstvom.

Iz samog naziva (upis stvarnih prava) proističe šta je predmet ovog upisa, a to je i izričito navedeno u Zakonu.[25] Upisuje se svojina na nepokretnostima, a takođe, i pravo korišćenja, pravo zakupa, pravo službenosti, hipoteka, kao i druga stvarna prava na nepokretnostima propisana zakonom. Koja se prava upisuju određeno je Zakonom o državnom premeru i katastru, a može biti određeno i posebnim zakonom. Dakle, ne mogu se upisivati ona prava čiji upis nije izričito zakonom određen.

Prema Zakonu o državnom premeru i katastru svojina na nepokretnosti upisuje se kao: 1) pravo svojine (u korist isključivog vlasnika na celoj nepokretnosti), 2) pravo susvojine (u korist suvlasnika po određenim

[23] Slično je određen pojam uknjižbe Zakonom o zemljišnim knjigama Slovenije (*Uradni list,* br. 58/2003, čl. 39: „Uknjižba je glavni upis kojim se postiže ili publikuje sticanje ili prenos prava koje se upisuje u zemljišnu knjigu.“ Uporediti sa odredbom čl. 58g/2 derogiranog Zakona o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima („Uknjižba je upis kojim se konačno stiču, prenose ili prestaju prava na nepokretnostima.“), ili sa odredbom čl. 30/2 Zakona o zemljišnim knjigama Hrvatske („Uknjižba je upis kojim se knjižna prava stiču, prenose, ograničavaju ili prestaju bez posebnog naknadnog opravdanja.“), ili sa odredbom § 8 Zakona o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije („Knjižni upisi ili su: 1. uknjižbe – bezuvetna sticanja ili bezuvetna brisanja – intabulacije ili ekstabulacije – kojima se sticanje, prenos, ograničenje ili prestanak knjižnih prava postižu bez posebnog opravdanja.“ U ostalom delu odredbe ovog paragrafa govori se o predbeležbi i zabeležbi). O uknjižbi kao vrsti zemljišnoknjižnog upisa videti više u: Andrej Berden, Miha Juhart, Tomaž Keresteš, Renato Vrenčur, Vesna Rijavec, Matjaž Tratnik, Urška Mikl, *Zemljiškoknjižno pravo,* Maribor, 2002, str. 25-35.

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

[25] Videti čl. 76-77 Zakona o državnom premeru i katastru. Smatramo da je zbog značaja ove vrste upisa bilo neohodno preciznije utvrditi listu prava koja se upisuju u katastar nepokretnosti sa učinkom njihovog nastanka ili publikovanja. U tom smislu, preporučuje se odredba čl. 13 Zakona o zemljišnim knjigama Republike Slovenije, kojom je precizno određeno koja stvarna prava na nepokretnosti (pravo svojine, hipoteka, zemljišni dug, pravo službenosti, pravo realnog tereta, pravo građenja) i koja obligaciona prava na nepokretnosti se upisuju u zemljišnu knjigu (pravo zabrane otuđenja i tereti nastali na osnovu pravnog posla vlasnika - kada su ispunjeni uslovi propisani Stvarnopravnim zakonikom Slovenije ili kada je zabrana nastala na osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju, zatim, pravo zakupa i pravo najma, pravo preče kupovine i otkupa koje je nastalo na osnovu pravnog posla, posebna prava upotrebe javnog dobra, i druga prava čije upisivanje je određeno zakonom).

udelima u odnosu na celinu nepokretnosti, 3) pravo zajedničke svojine (na ime svih imalaca prava svojine, *kada udeo u ispravi za upis nije određen* – podvukla R.C.). Potpuno je nejasno zašto je upotrebljena ovakva formulacija koja je suprotna samom pojmu zajedničke svojine i njenom uređenju u našem pravnom sistemu.

Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa određeno je da u slučajevima i pod uslovima određenim zakonom može postojati pravo zajedničke svojine, a da je zajednička svojina pravo svojine više lica na nepodeljenoj stvari kada su njihovi udeli odredivi ali nisu unapred određeni.[26] Iz ovakvog određenja zajedničke svojine proističu dve suštinske razlike ovog prava u odnosu na susvojinu. Pre svega, udeli titulara zajedničke svojine odredivi su, ali nisu određeni, a praktična pravna posledica te činjenice je da je nemoguće raspolagati udelom pre deobe zajedničke svojine.[27] Pored toga, zajednička svojina može postojati kao pravo samo onih lica koja su zakonom izričito određena kao mogući zajedničari, a to su u našem pravnom sistemu supružnici, vanbračni partneri, članovi porodične zajednice i sanaslednici.[28]

Iz toga proizilazi da je zakonom tačno definisano ko su titulari zajedničke svojine i samo njihovo pravo na nepokretnosti kao takvo može biti upisano u javni registar, tj. katastar nepokretnosti.[29] Prema tome, ako je u ispravi za upis određeno više titulara prava svojine ne može se izvršiti upis zajedničke svojine na ime svih njih zbog činjenice da u ispravi za upis nije određen udeo, nego samo ako se radi o nekom od slučaju zajedničke svojine koji je zakonom predviđen.[30] Ako to nije slučaj, treba izvr-

---

[26] Odredba čl. 18 Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa.

[27] Upravljanje i raspolaganje stvarima na kojima postoji zajednička svojina vrši se zajednički i sporazumno. Videti čl. 174 Porodičnog zakona *(Sl. glasnik RS,* br. 18/2005)

[28] Uočljivo je postojanje ličnih odnosa između titulara zajedničke svojine, što znači da se ne radi o čisto imovinskoj zajednici kao u slučaju susvojine. Postoje i određeni slučajevi zajedničke svojine kao akcesornog prava: etažnih vlasnika na zajedničkim delovima zgrade i suseda na svemu što se nalazi na međi. O slučajevima zajedničke svojine videti više u: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo,* str.161-173 i Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo,* str. 221-226.

[29] Porodičnim zakonom utvrđene su i određene (oborive) pretpostavke u pogledu upisivanja prava zajedničke svojine u javni registar (čl. 176: „(1) Smatra se da su supružnici izvršili deobu zajedničke imovine ako su u javni registar prava na nepokretnostima upisana oba supružnika kao suvlasnici na opredeljenim udelima. (2) Smatra se da je upis izvršen na ime oba supružnika i kada je izvršen na ime samo jednog od njih, osim ako nakon upisa nije zaključen pismeni sporazum supružnika o deobi zajedničke imovine odnosno bračni ugovor, ili je o pravima supružnika na nepokretnosti odlučivao sud.“)

[30] Videti, na primer, kako glasi odredba čl. 32/3 Zakona o zemljišnim knjigama Hrvatske koja se odnosi na upis zajedničke svojine: „Zajednička svojina upisuje se u korist i na ime svih zajedničkih vlasnika, s naznakom da se radi o zajedničkoj svojini.“

šiti upis prava susvojine sa jednakim suvlasničkim udelima svih navedenih imalaca prava u ispravi za upis. To proističe iz odredbe materijalnog prava kojom je utvrđena (oboriva) pretpostavka da su udeli jednaki ako nisu određeni.[31]

Predbeležba

Predbeležba je upis kojim se stvarna prava na nepokretnostima stiču, prenose, ograničavaju ili prestaju pod uslovom naknadnog opravdanja i u onom obimu u kom budu naknadno opravdana.[32] Predbeležba se vrši na osnovu isprave za upis koja ne ispunjava uslove za konačan upis[33] stvarnih prava, i to: 1) ako privatna isprava, odnosno isprava o pravnom poslu ne sadrži izjavu o dozvoli upisa, a ta izjava nije data ni u posebnoj ispravi; 2) ako je izjava o dozvoli upisa uslovna ili oročena, a uslov i rok nisu ispunjeni; 3) ako javna isprava nije postala pravnosnažna; 4) ako nadležni organ u javnoj ispravi odredi upis predbeležbe. Predbeležba se upisuje i na osnovu isprave za upis u kojoj je nepokretnost na koju se predbeležba odnosi odrediva, ali nije potpuno i tačno određena. Iz ovakvog određenja okolnosti u kojima se vrši predbeležba proističe da navedeni nedostaci isprave za upis onemogućavaju konačni upis stvarnih prava. To dalje znači, da se predbeležiti mogu sva ona stvarna prava koja se inače mogu i upisati sa dejstvom konačnog sticanja, ograničenja, prenosa ili prestanka.

Predbeležba se upisuje na rok do 90 dana ili na rok koji je odredio nadležni organ koji je u javnoj ispravi odredio upis predbeležbe. U tom roku treba izvršiti opravdanje predbeleže, a to se čini otklanjanjem nedostatka sadržanog u ispravi za upis koji je onemogućio konačni upis stvarnog prava.[34] Predbeležba se briše rešenjem po službenoj dužnosti ili po zahtevu stranke, ako ne bude opravdana u roku.

Svrha predbeležbe je zadobijanje prvenstvenog reda, odnosno osiguranje ranga prava prema vremenu predbeležbe, naravno, ukoliko dođe do njenog opravdanja. Opravdanjem, predbeležba dobija dejstvo konačnog

---

[31] Odredba čl. 13/2 Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa.

[32] Ova vrsta upisa regulisana je odredbama čl. 78-80 Zakona o državnom premeru i katastru. O predbeležbi videti više: Tatjana Josipović, *op. cit.,* str. 310-313.

[33] Videti odredbu čl. 78/2 u kojoj se upotrebljava atribut *konačan* uz vrstu upisa koja se naziva upis stvarnih prava i uporediti sa onim što je izneto pri razmatranju ove vrste upisa u pogledu njenog definisanja.

[34] „Predbeležba se opravdava otklanjanjem smetnji za upis stvarnih prava koje su postojale u trenutku upisa predbeležbe, odnosno naknadnim dostavljanjem dokaza o ispunjenju uslova ili roka za upis stvarnih prava." (čl. 79/1 Zakona o državnom premeru i katastru)

upisa stvarnih prava od trenutka upisa predbeležbe. Prava koja su kasnije upisana u odnosu na predbeleženo pravo imaće kasniji prvenstveni red, ako je predbeleženo pravo opravdano.

Pravna dejstva predbeležbe stvarnih prava ista su u suštini kao i pravna dejstva upisa stvarnih prava kojim su ona konačno stečena, ograničena, preneta ili prestala, pod uslovom da predbeležba bude opravdana odnosno da se otkloni nedostatak koji je sprečio takav upis. To znači da se u međuvremenu od predbeležbe do njenog opravdanja ili isteka roka za opravdanje može raspolagati i predbeleženim pravom i pravom koje je opterećeno predbeležbom. U vez s tim, Zakonom o državnom premeru i katastru regulisana su ovakva raspolaganja i određeno pravno dejstvo učinjenog raspolaganja u slučaju opravdanja ili brisanja predbeležbe. Odredba čl. 80 glasi: „(1) Po upisu predbeležbe dozvoljeni su upisi kako protiv predbeleženog imaoca prava tako i protiv upisanog imaoca prava opterećenog predbeležbom, s tim što su ovi upisi uslovljeni opravdanjem, odnosno brisanjem predbeležbe. (2) Opravdanjem predbeležbe osnažuju se i postaju bezuslovni svi upisi protiv predbeleženog imaoca prava, dok se svi upisi protiv upisanog imaoca prava opterećenog predbeležbom brišu po službenoj dužnosti. (3) Brisanjem predbeležbe, svi upisi protiv predbeleženog imaoca prava brišu se po službenoj dužnosti, a osnažuju se i bezuslovni postaju svi upisi izvršeni protiv upisanog imaoca prava opterećenog predbeležbom."

Zabeležba

Zabeležba je vrsta upisa koja se od upisa stvarnih prava i njihove predbeležbe razlikuje po tome što ne dovodi ni do konačnog ni do uslovnog sticanja, ograničenja, prenosa ili prestanka stvarnih prava na nepokretnostima. Putem ove vrste upisa u javni registar unose se pravno relevantne činjenice koje se odnose na ličnost imaoca prava, na samu nepokretnost ili na pravne odnose povodom nepokretnosti. Njihova pravna relevantnost proističe iz njihovog mogućeg dejstva na postojanje upisanog prava, obim tog prava ili mogućnost raspolaganja pravom. Nakon što je izvršen njihov upis stvara se neoboriva pretpostavka o njihovoj vidljivosti, a time i poznatosti svim trećim licima, čime se omogućuje njihovo dejstvo prema svima.[35]

[35] Videti kako je predmet zabeležbe određen u § 20 Zakona o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije: „Zemljišnoknjižne zabeležbe mogu se učiniti u svrhu: a) da se vidljivim učine osobni odnosi, naročito ograničenje u pogledu upravljanja imovinom. Pravna posledica ove zabeležbe jeste, da se niko, koji u dotičnom zemljišnoknjižnom ulošku izdejstvuje upis, ne može pozvati na to, da mu ovi odnosi nisu bili poznati; n. pr. zabele-

U Zakonu o državnom premeru i katstru[36] određen je pojam zabeležbe i vrlo sumarno njeno dejstvo, a zatim navedeno koje se činjenice mogu zabeležiti u katastar nepokretnosti (vrste zabeležbe).[37] Dejstvo zabeležbe određeno je na sledeći način: „Od upisa zabeležbe koja je od značaja za zasnivanje, izmenu, prestanak ili prenos stvarnih prava na nepokretnostima, sva raspolaganja imaoca prava i upisi u katastru nepokretnosti koji su protivni svrsi upisane zabeležbe, uslovni su i zavise od ishoda rešavanja stvarnih prava na nepokretnosti zbog kojih je zabeležba upisana." (čl. 81/2). Zatim su nabrojane vrst zabeležbi: „Zabeležbom se vrši upis činjenica koje se odnose na: 1) lična stanja imaoca prava; 2) prvenstveni red za budući upis; 3) pokretanje spora za utvrđivanje prava na nepokretnosti; 4) pokretanje upravnog spora protiv drugostepenog rešenja u osnivanju i održavanju katastra nepokretnosti i katastra vodova; 5) pokretanje postupka eksproprijacije nepokretnosti; 6) zabranu otuđenja i opterećenja nepokretnosti; 7) zabranu upisa stvarnih prava na nepokretnosti; 8) postupak izvršenja; 9) pobijanje dužnikovih pravnih radnji; 10) zaštitu prirodnih dobara; 11) ostale zabeležbe propisane zakonom."

Svrha zabeležbe, prema tome, nije da se spreči raspolaganje upisanim pravima, već upozorenje da postoje činjenice o kojima treba voditi računa pri stupanju u pravni promet povodom određene nepokretnosti. Ono što je zabeleženo može se suprostaviti svim kasnijim sticaocima. Imajući u vidu ovakvo dejstvo zabeležbe smatramo da je zakonska regulativa ove vrste upisa nedovoljna i da ju je trebalo detaljnije urediti, po ugledu na zemljišnoknjižno pravo.[38] To naročito dobija značaj u sklopu činjenice da je za upise nadležan upravni organ.

Da je zabeležbu potrebno regulisati kako je to učinjeno pravilima zemljišnoknjižnog prava, a ne samo odrediti opšte dejstvo ove vrste upi-

---

žba maloletnosti, skrbništva, produženja očinske ili štitničke (tutorske) vlasti, proglašenja punoletstva, otvaranja stečaja ili b) da se osnuju izvesni pravni učinci, koji su sa zabeležbama skopčani prema propisima ovoga zakona ili drugih zakona, kao n. pr. zabeležba prvenstvenoga reda, otpisa zemljišta, zajedničke hipoteke, otkaza hipotekarnih tražbina, tekuće parnice, prinudne uprave, prinudne dražbe."

[36] Videti odredbe čl. 81-82 ovog Zakona.

[37] Uporediti sa Zakonom o zemljišnim knjigama Slovenije u kojem je ova vrsta upisa regulisana čl. 63-113, ili sa Zakonom o zemljišnim knjigama Hrvatske (čl. 39 i 70-89), ili Zakonom o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije (§ 20 i §§ 59-80). U navedenim zakonima određen je predmet ove vrste upisa, a zatim detaljno regulisane pojedine zabeležbe određivanjem ko je može zahtevati, koje činjenice se unose u zemljišnu knjigu i kakvo je njihovo dejstvo.

[38] Regulisati ko je ovlašćen da zahteva pojedinu zabeležbu, kada se ona vrši po službenoj dužnosti, kada se i po čijem zahtevu vrši njeno brisanje i sl.

sa i nabrojati ih, dokaz je i način na koji je Zakonom o hipoteci propisana zabeležba prvenstvenog reda za upis nove hipoteke: određeno je kada se može zahtevati upis ove zabeležbe, maksimalni iznos obezbeđenja, rang takve hipoteke i rok u kome je potrebno da ona nastane, tj. bude upisana.[39]

[39] Videti odredbu čl. 55 Zakona o hipoteci *(Sl. glasnik RS,* br. 114/2005): „Vlasnik predmeta hipoteke, uz zahtev za ispis, može da zahteva zabeležbu prvenstvenog reda za upis nove hipoteke: 1) do iznosa potraživanja obezbeđenog starom (ranijom) hipotekom; 2) na mestu koje je imala stara (ranija) hipoteka; 3) u roku od tri godine od dana kada je zabeležba bila dozvoljena. U slučaju prenosa prava na predmetu hipoteke, zabeležba zadržavanja prvenstvenog reda proizvodi pravno dejstvo u korist novog nosioca prava. Ovaj član shodno se primenjuje kada nova hipoteka treba da stupi na mesto dve ili više hipoteka koje u rvenstvenom redu dolaze jedna iza druge."

Radenka Cvetić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Cadastre Entries

Abstract

This article examines types of entries into the cadastre of real estates. The Law on Land Survey and Cadastre of 2009 introduces some changes into the existing system. The main impression after careful reading of the new Law is that the reason behind new provisions was to introduce a genuinely new system of real property registry system. The obvious intention was to overcome the previous concept of the cadastre of real estates, which mechanically combined land books and cadastre of real estates (so that cadastre of real estates, along with its traditional function, acquires those functions that traditionally belonged to land books). There are four types of cadastre entries as envisaged by the new Law. The first type of entry is also a new one (entry of real property), the second type of entry changed its name from entry into land books to entry of real property rights, whereas the third and the fourth (provisional entry and annotations to real property registration) remained unchanged both in terms of their names and effect. The main criticism is addressed to the incorrect wording of the entry of commune property (when the portion of each individual owner is not specified in a document, all property owners will be registered as co-owners) and overly summarized provisions on the annotations to real property registration as a special cadastre entry.

Key words: entry of real estates, the book-entry of real rights, the provisional entry, annotation to real property registration

Originalni naučni rad 331.104:061.1EU

Dr Senad Jašarević, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ZAŠTITA JEDNAKOSTI ZAPOSLENIH U PRAVU EVROPSKE UNIJE[1]

Sažetak: *U tekstu se govori o obezbeđivanju ravnopravnosti zaposlenih u Evropskoj uniji. Uz prikaz pravnih dokumenata kojima se zaposleni štite od diskriminacije, govori se i o konkretnim komunitarnim mehanizmima zaštite jednakosti na radu.*

Ključne reči: *radni odnosi, pravo na jednakost, diskriminacija, pravo EU.*

1. Uvod

Princip ravnopravnosti spada u temelje prava. Podrazumeva jednak, odnosno ravnopravan tretman svih članova društva u svim oblastima života, bez obzira na okolnosti, urođena ili stečena obeležja (pol, rasa, veroispovest, uverenje, boja kože, zdravstveno stanje, nacionalnost, etničko poreklo, jezik, socijalno poreklo ili status, seksualna orijentacija, genetske karakteristike, politička pripadnost ili mišljenje i dr.).

Načelo jednakosti se u praksi primarno obezbeđuje zaštitom od diskriminacije, ali se time ne iscrpljuje. Puna ravnopravnost u društvu šira je od formalno-pravne jednakosti. Ona podrazumeva jednake mogućnosti u svim segmentima života – u porodici, obrazovanju, informisanju, kulturi, zapošljavanju, radu, lečenju.[2] To ipak ne znači mehaničku i neselektivnu

[1] Ovaj tekst je rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta u Novom Sadu „Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske unije", u okviru rada na invididualnoj temi: „Harmonizacija radnog i socijalnog prava Republike Srbije i prava Evropske unije“

[2] O pojmu jednakosti, ravnopravnosti, diskriminacije i izvesnim razlikama među njima videti više: B. Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada,* Pravni fakultet, Beograd, 2001, str. 174.

primenu principa jednakosti, već se od države očekuje da obezbedi osnove potencijalne jednakosti, pošto se ne može apsolutno jednako postupati u svim situacijama jer su ljudi u suštini nejednaki.

Načelo ravnopravnosti u modernom pravu uspostavila je Opšta deklaracija o pravima čoveka OUN, iz 1948. godine (čl. 1, 2, 7), a Ujedinjene nacije su nakon toga uvojile nekoliko posebnih dokumenata o diskriminaciji.[3] Kao jedno od najznačajnijih, ovo pravo je regulisano u svim važnijim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima. U poslednje vreme najveći doprinos razvoju prava na jednakost dala je Evropska unija, pri čemu je oblast jednakosti na radu jedno od najuređenijih polja komunitarnog prava.

Ideja o jednakosti u komunitarnom pravu prošla je kroz nekoliko faza, a razvijala se pod snažnim uticajem pokreta za ljudska prava. Prva odredba o jednakosti datira još iz 1957. godine, kada je osnovana Evropska ekonomska zajednica (Rimskim sporazumom o osnivanju EEZ, u čl. 119, proklamovan je princip jednakog plaćanja muškaraca i žena). U tom periodu, komunitarno pravo baziralo se na konceptu „*formalne jednakosti"*, koji je počivao na sprečavanju direktne (neposredne) diskriminacije. Vremenom se uvidelo da je takav vid zaštite nedovoljan, pošto da se u mnogim oblastima javlja nejednakost koja je rezultat skrivene (posredne ili indirektne) diskriminacije. Sedamdesetih godina prošlog veka uspostavlja se novi koncept - *„strukturalne jednakosti"*. Ona podrazumeva težnju da se obezbede "jednake šanse" za sve, a zasniva se na suzbijanju kako direktne, tako i indirektne diskriminacije. Pošto je zapaženo da ni ovakav koncept jednakosti ne obezbeđuje punu ravnopravnost jer generiše „nejednakost u ishodima", krajem prošlog veka razvija se ideja *„transformativne – svobuhvatne jednakosti"*. Ovakav vid jednakosti počiva na konceptu „jednakih mogućnosti", odnosno težnji da se uspostavi puna socijalna i ekonomska ravnopravnost otklanjanjem tzv. sistemske nejednakosti. Ustanovljeno je da je skrivena nejednakost ukorenjena u mnogim društvenim mehanizmima, procesima i institucijama, što u praksi rezultira nejednakim mogućnostima, a konačno dovodi do nejednakih ishoda u položaju pojedinaca i društvenih grupa.[4]

Paralelno sa promenama u pristupu jednakosti sve više su se proširivale oblasti uređene komunitarnim „antidiskriminacionim" pra-

[3] Kao što su: Deklaracija o eliminaciji svih vidova rasne diskriminacije (1963), Konvencija o eliminaciji svih formi rasne diskriminacije (1965), Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (1979).

[4] Videti više: B. Hepple & B. Veneziani, *The Transformation of Labour Law in Europe,* Oxford and Portland, Oregon, 2009, str. 129 i 158.

vom. U radnom pravu najpre je bilo regulisano pitanje ravnopravnosti polova (oblast koja je danas najuređenija), a potom je uvedena zaštita i po osnovu rase i nacionalnosti, seksualnog opredeljenja, invaliditeta, religijske pripadnosti, uverenja i uzrasta. Uz pravne argumente, ovakav vid zaštite imao je i svoje ekonomsko uporište. Istraživanja pokazuju, da što je radna sredina šarolikija, to su inventivnost i produktivnost na radu veći.[5]

Mehanizmi obezbeđivanja jednakosti u Evropskoj uniji su mnogostruki. Zaštita se primarno bazira na pravnim dokumentima, ali regulativu prati obimna praktična delatnost.

Odredbe o ravnopravnosti zastupljene su u mnogim komunitarnim aktima, počev od najvažnijih dokumenata Unije (sporazuma o osnivanju i funkcionisanju), preko konkretnije legislative (pravila, direktive), do „mekog prava" (preporuke) i autonomnih propisa (kolektivni ugovori za teritoriju EU). U praktične oblike zaštite jednakosti spada praksa Evropskog suda pravde i zaštitni mehanizmi koje upražnjava Evropska komisija. Zatim, tu je aktivnost mnogih specijalizovanih tela za jednakost, kao što su: Evropska mreža tela za jednakost (EQUINET); Evropska platforma za stare (AGE); Evropski forum invalidnosti (EDF), Evropska mreža protiv rasizma (ENAR), Evropski informacioni biro za Rome, Međunarodna asocijacija lezbejki i homoseksualaca – za Evropu (ILGA). Sprovode se i mnoge kampanje, istraživanja i konkretni projekti usmereni na podsticanje jednakosti u pojedinim zemljama članicama (npr. 2007. godina je bila proglašena „Godinom jednakosti za sve").[6]

I pored svih navedenih aktivnosti na planu izjednačavanja građana, stanje u Uniji još uvek nije zadovoljavajuće. Prema Direktoratu za zapošljavanje, socijalna pitanja i jednake mogućnosti EU, polja na kojima je u oblasti rada trenutno najizraženija nejednakost su: 1) plaćanje muške i ženske radne snage 2) učešće žena u odlučivanju, 3) položaj invalidnih osoba, 4) tretman nacionalnih manjina, 5) položaj starijih lica.[7]

---

[5] *EU action against discrimimation,* Activity report 2007-08, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Brussels, 2009, str. 28.

[6] O ovoj kampanji i navedenim udruženjima videti više: *EU action against discrimimation,* op. cit, str. 3. i 13.

[7] Primera radi, prema istraživanju javnog mnjenja o jednakosti, koje se popularno naziva EUROBAROMETAR, u 2007. godini 79% anketiranih smatralo je da su invalidna lica u društvu u nejednakom položaju, 79% kada su u pitanju Romi, a 69% da su diskriminisana lica preko 50 godina. *EU action against discrimimation,* op. cit, str. 27.

2. Regulativa EU o jednakosti na radu i mehanizmi zaštite

Odredbe o jednakosti ugrađene su u oba konstitucionalna akta Unije: Sporazum o Evropskoj uniji, iz 2010. godine i Sporazum o funkcionisanju Evropske unije, takođe iz 2010 (akt kojim je zamenjen Sporazum o ustanovljavanju Evropske Zajednice).[8]

Sporazum o Evropskoj uniji predviđa da jednakost, uz slobodu, demokratiju, vladavinu prava, predstavlja jednu od univerzalnih vrednosti inspirisanih evropskim nasleđem (tačka 3 preambule) i predstavlja jednu od bazičnih vrednosti na kojima Unija počiva (čl. 2). Prema čl. 3 (st. 3, par. 2), zadatak Unije je da promoviše mir i dobro svih, a načini delovanja u tom pravcu su borba protiv socijalnog isključenja i diskriminacije, unapređenje socijalne pravde i zaštite, obezbeđenje jednakosti među polovima itd. Članom 9 se kao jedan preduslova demokratskih principa predviđa poštovanje jednakosti svih građana u Uniji od strane njenih institucija i tela.[9]

Sporazum o funkcionisanju Evropske unije, u čl. 8, utvrđuje da će sve aktivnosti Unije imati za cilj unapređenje jednakosti, a naročito ravnopravnosti muškaraca i žena. Članom 10 se predviđa da će Unija u proklamovanju i primeni svojih politika i aktivnosti voditi borbu protiv diskriminacije zasnovane na polu, rasi ili etničkom poreklu, religiji ili veri, invaliditetu, uzrastu ili seksualnoj orijentaciji. Prema čl. 153, u cilju ostvarivanja socijalne politike Unija će se, između ostalog, baviti i jednakošću između muškaraca i žena u pogledu mogućnosti na tržištu rada i tretmana na radu.[10]

Povelja o fundamentalnim pravima u Evropskoj uniji - iz 2000 (tzv. Povelja iz Nice), prema Lisabonskom sporazumu (2007), ima jednako pravno dejstvo kao Sporazumi, kada se radi o propisima i institucijama Unije.[11] Prema Povelji (preambula), jednakost je jedan od bazičnih principa Unije, uz ljudsko dostojanstvo, slobodu i solidarnost, te je celo treće poglavlje Povelje njoj i posvećeno (čl. 20-26). Među pravima u ovom poglavlju su „Jednakost pred zakonom“ (čl. 20), „Nediskriminacija“ (čl.

[8] Objavljeni su u: Official Journal (dalje: OJ), C 83, od 30. marta 2010.

[9] U vezi sa jednakošću videti i čl. 21 Sporazuma.

[10] Videti i čl. 157 tač. 1-3 (jednako plaćanje polova), 4 (afirmativne mere u cilju obezbeđenja jednakosti polova) ovog sporazuma. Videti više: E. Ellis, *The Impact of the Lisbon Treaty on Gender Equality,* European Gender Equality Law Review, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Brussels, 2010, str. 8.

[11] Povelja je, kao pravno obavezujući dokument EU ponovo objavljena, u istom službenom listu u kojem su objavljeni i Sporazumi Unije, u neizmenjenom tekstu u odnosu na onaj iz 2000. godine.

21): „Jednakost između muškaraca i žena“ (23). Uz Povelju iz Nice, o jednakosti govori i *Povelja Evropske zajednice o fundamentalnim socijalnim pravima radnika,* iz 1989. godine (tačka - 16. «Jednak tretman muškaraca i žena»).

Sledeći ove principe, Unija je donela niz konkretnih obavezujućih pravnih dokumenata o jednakosti u oblasti zapošljavanja, među kojima su najvažniji: 1) Direktiva (ili uputstvo) 75/117/EEZ o principu jednakog plaćanja za muškarce i žene, iz 1975. godine; 2) Direktiva 76/207/EEZ o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena u pogledu pristupa zaposlenju, stručnoj obuci i unapređenjima i uslovima rada, iz 1976. godine; 3) Direktiva 79/7/EEZ o primeni principa jednakog tretmana u oblasti socijalne sigurnosti, iz 1979. godine; 4) Direktiva 86/378/EEZ o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena u profesionalnim sistemima socijalne sigurnosti, iz 1986. godine; 5) Direktiva 86/613/EEZ o primeni principa jednakosti muškaraca i žena za samostalne delatnosti i o zaštiti samozaposlenih žena tokom trudnoće i materinstva, iz 1986. godine; 6) Direktiva 96/34/EZ o roditeljskom odsustvu (zamenjena Direktivom br. 2010/18/EU od 2010); 7) Direktiva 2000/78/EZ o ustanovljavanju opštih uslova za jednak tretman u zaposlenju i zanimanju, iz 2000. godine; 8) Direktiva 2000/43/EZ o rasnoj jednakosti, iz 2000. godine; 9) Direktiva 2006/54/EZ o primeni principa jednakih mogućnosti i jednakom tretmanu muškaraca i žena u oblasti zaposlenja i zanimanja (kojom su integrisane neke pomenute direktive), iz 2006. godine.[12]

Zahvaljujući ovim dokumentima sačinjen je svojevrstan komunitarni kodeks prava o jednakosti u oblasti zaposlenja. Inače, oblast rada u tom pogledu prednjači nad drugim granama prava u Uniji, tako da je npr. po ugledu na Direktivu o ustanovljavanje opštih uslova za jednak tretman u zaposlenju i zanimanju iz 2000. godine, koja se pokazala kao uspeo dokument, godine 2008. sačinjen nacrt analogne direktive koja bi se primenjivala u drugim oblastima života.

Kada se radi o sprovođenju navedene regulative posebno je značajna uloga Evropske komisije i Evropskog suda pravde EU.

Evropska komisija stara se primarno o primeni legislative o jednakosti Unije, nadzirući njenu primenu u zemljama članicama, sprovodeći

[12] Pomenuti dokumenti su, prema redosledu kako su gore navedeni objavljeni u: 1) Official Journal (dalje: OJ), L 45, 19/02/1975; 2) OJ L 039, 14/02/1976, sa izmenama u: OJ, L 269/15, 5/10/2002; 3) OJ L 6, 10/1/1978, 4) OJ L 225, 12/08/1986 (uključujući izmene iz 1996 – Direktivom 96/97 EZ); 5) OJ L 359 , 19/12/1986; 6) OJ L145, 19/06/1996; OJ L 68/13, 18/03/2010; 7) OJ L 303, 02/12/2000; 8) OJ L 180, 19/07/2000, 9) U Direktivi 2006/53 (OJ 204/23, 05/7/2006) objedinjene su direktive: 75/117/EEZ, 76/207/EEZ i 2002/73/EZ, 86/378/EEZ, 96/97/EZ, 97/80/EZ, 98/52/EZ).

istraživanja o primeni principa jednakosti i istražujući konkretne povrede.[13] Ukoliko uoči nepravilnosti, Evropska komisija prvo šalje „pismo formalnog upozorenja" u kojem objašnjava u čemu se sastoji neispravna primena date direktive u zemlji članici. Ako odgovor ne bude zadovoljavajući, Komisija ide na sledeći korak, tako što šalje „obrazloženo mišljenje" koje sadrži detaljnije pravne argumente o povredi komunitarnog prava. Zemlja članica ima dva meseca za odgovor (kao i u prethodnom slučaju), te ako objašnjenje ne bude odgovarajuće, pokreće se postupak pred Evropskim sudom pravde. Sud će presudom utvrditi da li članica ispunjava svoje obaveze kada je u pitanju komunitarno pravo na potpun i korektan način.

Evropski sud pravde ima posebnu ulogu u komunitarnom pravu koja prevazilazi uobičajenu funkciju sudova u nacionalnim pravnim sistemima. Sud pravde je u proteklom periodu slobodnim i autoritativnim tumačenjima pojedinih dokumenata značajno unapredio pravnu praksu Unije. Zahvaljujući tumačenjima Suda mnoge zemlje članice EU menjale su svoje zakonodavstvo, a u skladu sa mišljenjima Suda dopunjavani su i mnogi komunitarni dokumenti. Npr. Sud je doprineo da se razvije i proširi pojam diskriminacije, precizno utvrdi dejstvo direktiva o jednakosti (tzv. direktni horizontalni efekat – što znači da su dužni da ih primenjuju i država i poslodavci), da se teret dokazivanja u diskriminacionim slučajevima prebaci na poslodavca, da se precizira pojam zaposlenog, utvrdi pojam invalidnog lica, da se dosledno primenjuje princip jednakosti polova u penzionim sistemima, da se jednakost u pogledu plaćanja proširi na sve naknade i materijalne beneficije zaposlenih.[14]

3. Pojam diskriminacije u komunitarnom pravu

Temelj obezbeđivanja jednakosti u komunitarnom pravu čini težnja da se eliminiše diskriminacija. Borba protiv diskriminacije uključuje zabranu direktne i indirektne diskriminacije, a vremenom je proširena i na druge vidove povrede jednakosti i dostojanstva zaposlenih – uznemiravanje i seksualno uznemiravanje, u poslednje vreme i „mobing" (zlostavljanje na radu).

[13] O tome videti više: *EU action against discrimination,* op. cit, str. 18.

[14] Videti više: *L'égalité des genres dans le droit de l'UE*, Commission européene, Direction générale Emploi, affaires sociales et égalité des chances, Brussels, 2008, str. 15, 16, 19, 20 i H. van Eijken, *European Court of Justice Case Law Update,* u: European Gender Equality Law Review, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Brussels, 2010.

Kao što smo pomenuli, u početku se zaštita od diskriminacije odnosila samo na direktnu (neposrednu) diskriminaciju. Vremenom se pokazalo da takva zaštita nije dovoljna pošto u praksi ima mnogo diskriminisanih lica kod kojih osnov diskriminacije nije očigledan, već je prikriven drugim, naizgled zakonitim postupanjem. Postepeno se, naročito zahvaljujući ulozi Evropskog suda pravde, razvija koncept indirektne (posredne) diskriminacije. Inače, sama ideja je preuzeta iz američkog antidiskriminacionog prava (odluka Vrhovnog suda SAD, u slučaju Griggs v Duke Power Co - 1971), ali je vremenom rekonstruisana i dorađena u skladu sa evropskim okolnostima.[15] Iz prakse Suda, koncept indirektne diskriminacije ući će u komunitarno pravo 1997. godine, nakon donošenja Direktive br. 97/80/EZ,[16] o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije na osnovu pola (prema kojoj je teret dokazivanja na poslodavcu).

Dva ključna dokumenta EU kada se radi o pojmu diskriminacije su Direktiva 2000/78/EZ o ustanovljavanju opštih uslova za jednak tretman u zaposlenju i zanimanju, kojom su postavljeni temelji aktuelnog koncepta zabrane diskriminacije na radu u Uniji, i Direktiva 2006/54/EZ o primeni principa jednakih mogućnosti i jednakom tretmanu muškaraca i žena u oblasti zaposlenja i zanimanja.

Prema čl. 1, cilj Direktive br. 78/2000 je da se utvrdi opšti okvir za borbu protiv diskriminacije po osnovu religije ili uverenja, invalidnosti, starosti ili seksualne orijentacije u pogledu radnog odnosa i izbora zanimanja, u težnji da se obezbedi jednak tretman u državama članicama. Članom 2 Direktive uređuje se «Koncept diskriminacije», tako što se određuje da princip jednakog tretmana označava da ne može doći ni do kakvog vida posredne ili neposredne diskriminacije po pomenutim osnovima iz čl. 1. Prema stavu 2 istog člana: «Smatraće se da je došlo do *direktne diskriminacije* kada se jednoj osobi da manje prava u odnosu na drugu ili joj je dato ili bi joj se moglo dati u sličnoj situaciji». Prema Direktivi br. 54/2006, čl. 2, direktna diskriminacija postoji: kada se neka osoba tretira lošije na osnovu pola nego što se tretira ili je bila, odnosno mogla bi da bude tretirana neka druga osoba u uporedivoj situaciji.

Posrednom diskriminacijom se prema Direktivi iz 2000. godine smatra se situacija kada jedna sasvim neutralna odredba, kriterijum ili praksa osobu određene religije ili uverenja, sa određenim invaliditetom,

[15] Pojam indirektne diskriminacije vuče korene iz Međunarodne deklaracije o ljudskim pravima iz 1929. godine. Videti više: B. Hepple & B. Veneziani, op. cit, str. 148.

[16] Direktiva je usvojena 15. 12. 1997 (OJ L 14), a izmene u: OJ L 205 (1998).

određenog uzrasta ili seksualne orijentacije dovede u posebno nepovoljan položaj u poređenju sa drugim osobama izuzev ukoliko: 1) takva odredba, kriterijum ili praksa nisu objektivno opravdani legitimnim ciljem, a načini postizanja tog cilja su primereni i neophodni, ili 2) u slučaju osoba sa posebnim oštećenjem, poslodavac ili bilo koja osoba ili organizacija za koju ova Direktiva važi, nisu, prema nacionalnom zakonu, preduzeli adekvatne mere, u cilju eliminisanja nedostataka koji prate takvu odredbu, kriterijum ili praksu. Prema Direktivi iz 2006. godine (čl. 2): „Posredna diskriminacija postoji kada naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa mogu da osobu jednog pola dovedu u nepovoljniji položaj u odnosu na osobe drugog pola, osim ako su takva odredba, kriterijum ili praksa objektivno opravdani zakonitim ciljem i pri tome su sredstva za ostvarivanje tog cilja odgovarajuća i neophodna."

U okviru «Koncepta diskriminacije» iz Direktive 78/2000, uređuje se i *uznemiravanje* (st. 3, člana 2). U komunitarnom pravu zaštita od uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja (zaštita dostojanstva), smatra se segmentom obezbeđenja jednakosti. Prema ovoj direktivi: uznemiravanje (harassment) se smatra oblikom diskriminacije, kada dođe do neželjenog ponašanja po bilo kojoj osnovi navedenoj u pomenutom članu 1, koje ima za cilj ili posledicu narušavanje dostojanstva osobe i stvaranja zastrašujuće, neprijateljske, degradirajuće, ponižavajuće ili uvredljive atmosfere.

Seksualno uznemiravanje nije uređeno Direktivom iz 2000, već se reguliše kasnije, 2002. godine, izmenama Direktive 76/207 o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena u pogledu pristupa zaposlenju, stručne obuke i unapređenja i uslova rada. Prema čl. 2 te Direktive (sada čl. 2 Direktive 54/2006), seksualno uznemiravanje postoji u slučaju ispoljavanja bilo kojeg vida neželjenog verbalnog, neverbalnog ili fizičkog ponašanja seksualne prirode, koje ima za cilj ili efekat povredu dostojanstva te osobe ili stvaranje zastrašujućeg, neprijateljskog, degradirajućeg, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja. Prema tač. 3 i 4, člana 2 Direktive iz 2002. godine (sada čl 2. Direktive 54/2006), uznemiravanje i seksualno uznemiravanje smatraju se diskriminacijom na osnovu pola, kao i nalog da se neko diskriminiše.

Obaveza jednakog tretmana iz pomenutih dokumenata odnosi se na sve zaposlene u javnom i privatnom sektoru, kao i na samozaposlena lica,[17] a obuhvata: a) uslove i dostupnost zaposlenja, samostalne delatnosti ili zanimanja, uključujući i kriterijume izbora i uslove regrutovanja, bez obzira na vrstu delatnosti i na svim nivoima profesionalne hijerarhije,

[17] Videti čl. 3 Direktive iz 2000. i čl. 6 Direktive iz 2006.

uključujući unapređenja; b) dostupnost svim vrstama i svim nivoima profesionalne orijentacije, profesionalne obuke, višem stepenu profesionalne obuke i profesionalne rehabilitacije, uključujući i praktično radno iskustvo; c) uslove zaposlenja i radne uslove, uključujući otkaze i plaćanje; d) članstvo i uključenost u organizacije radnika ili poslodavaca, ili bilo koju organizaciju čiji članovi obavljaju određenu profesiju.[18]

Mada je diskriminacija generalno nepoželjna, standardima EU se dozvoljava da se u cilju otklanjanja nejednakosti i uspostavljanja ravnopravnog tretmana, u korist ugroženih grupa uvedu tzv. *mere afirmativne ili pozitivne akcije*.[19] Ovaj pojam je takođe prvi put bio upotrebljen u SAD, sa ciljem da se obezbedi veće učešće žena i manjina u radnoj snazi. Radi se o nekoliko tipova mera u oblasti zaposlenja: 1) mere da se eliminiše praksa koja dovodi do nepovoljnijeg tretmana određene grupe, 2) politika koja podrazumeva povećanje učešća manje zastupljene grupe u radnim odnosima, 3) programi osmišljeni da privuku kandidate iz pod-zastupljenih grupa, 4) mere kojima se uvodi preferencijalni tretman odnosno „obrnuta" diskriminacija u korist određene kategorije i 5) težnja da se kriterijumi za zapošljavanje, unapređenja ili otkaze postave objektivnije i dovedu u direktniju vezu sa obavljanjem poslova, tako da se smanji mogućnost subjektivne diskriminacije.[20]

Kako žrtve diskriminacije ne bi trepele posledice zbog ukazivanja na diskriminaciju, komunitarno pravo predviđa „zabranu viktimizacije" - odmazde, odnosno kažnjavanja zbog pokretanja postupka u vezi sa diskriminacijom.[21] Takođe, nalaže se da se žrtvama diskriminacije obezbedi neki vid realne i efikasne kompenzacije zbog takvog postupanja ili naknada štete.[22] Radi odvraćanja od diskriminatornog ponašanja nekada su neophodne i sankcije. Prema Direktivi br. 78/2000,[23] sankcije povodom diskriminacije bi trebalo da budu efikasne, proporcionalne i ubedljive.

4. Polja zaštite jednakosti zaposlenih u pravu EU

Pored opšte zabrane diskriminacije na osnovu Povelje iz Nice (čl. 21), zaposleni u Evropskoj uniji uživaju posebnu zaštitu po osnovu invalidnosti, uzrasta, religije ili uverenja, seksualne orijentacije, rase i pola.

---

[18] Videti čl. 3 Direktive iz 2000 i čl. 1 Direktive iz 2006.

[19] Videti npr. čl. 52. Povelje o osnovnim pravima u EU, iz 2000. godine i čl. 3. Direktive br. 78 iz 2006.

[20] Videti više: B. Hepple & B. Veneziani, op. cit, str. 151.

[21] Videti čl. 24 Direktive 54/2006 i čl. 11. Direktive 78/2000.

[22] Videti npr. čl. 18 Direktive 54/2006.

[23] Videti čl. 17 i čl. 25 Direktive 54/2006.

INVALIDITET: Invalidna lica predstavljaju jednu od najugroženijih kategorija u društvu i često trpe diskriminaciju, ponekad i po više osnova. Zato uživaju posebnu zaštitu od diskriminacije u komunitarnom pravu. Karakteristično je da su kod ove kategorije naročito zastupljene mere afirmativne akcije (npr. kvote zapošljavanja), sa ciljem da se poveća njihovo učešće u radnoj snazi.[24] Kao što Fridman zapaža, „umesto zahteva da invalidna lica ispunjavaju postojeće uslove, cilj je da se razvije koncept jednakosti koji zahteva prilagođavanje invalidnim licima i promene, zahvaljujući čemu bi poslodavci omogućili invalidnim licima pristup zaposlenju.“[25]

Prema čl. 5. Direktive br. 78/2000 (podnaslov: «Zadovoljavanje potreba osoba sa invaliditetom»), od zemalja članica se zahteva da obezbede adekvatno udovoljavanje potrebama lica sa invaliditetom. To ukratko znači, da će poslodavci preduzimati odgovarajuće mere da licu sa invaliditetom bude dostupan posao, da učestvuje u obuci, napreduje u zaposlenju itd. Članom 7, st. 2. pomenute direktive, utvrđuje se da princip jednakog tretmana neće onemogućiti države članice da sprovode ili usvajaju odredbe o zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu ili mere namenjene boljoj integraciji invalida u radnu sredinu. Tu prvenstveno spadaju afirmativne mere i adekvatno prilagođavanje uslova rada invalidnim licima.[26]

Inače, Direktivom nije definisan pojam invalidnog lica. Tu prazninu je popunio Evropski sud pravde (slučaj: Chacon Navas). Prema Sudu, invalidnost predstavlja: „ograničenje koje proizilazi naročito iz fizičkog, mentalnog ili psihološkog oštećenja i koje ometa učešće date osobe u profesionalnom životu.“ U jednom kasnijem slučaju (Coleman) Sud je proširio dejstvo zaštite od svih vidova diskriminacionog postupanja i na lica koja se staraju o invalidnim osobama.[27]

Kod ove kategorije, pored zaštite od diskriminacije, u praksi je bitno prilagođavanja radnog mesta i uslova rada invalidnim licima, kako bi mogli da se uključe u rad. Tumačenje komunitarnih standarda svodi se na težnju da se invalidima u konkretnoj situaciji obezbede adektvatni - pristupačni uslovi rada, ali pod uslovom da to poslodavcu neće prouzrokovati

[24] Videti više: *Disability and non-discrimination law in the European Union,* European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Brussels, 2009, str. 8. i 37 (kvote u Nemačkoj i Francuskoj).

[25] Videti više: B. Hepple & B. Veneziani, op. cit, str. 160.

[26] O tome videti više: *Disability and non-discrimination law in the European Union,* op. cit, str. 6. i 24.

[27] O navedenom videti više: *Disability and non-discrimination law in the European Union,* op. cit, str. 5, 15, 16.

nesrazmeran teret, odnosno prevelike troškove (tzv. razumno prilagođavanje).[28]

UZRAST: Starija lica su u novim uslovima jedna od ranjivih i često diskriminisanih kategorija u svim oblastima života i rada (primeri su: otpuštanje kao višak, nejednake otpremnine u zavisnosti od godina starosti, otežano zapošljavanje starijih radnika, nepovoljniji tretman u pogledu napredovanja, plaćanja).[29] Ovakvo stanje je dodatno podstaknuto nezaposlenošću, sve brojnijom ponudom mlade radne snage i „starenjem stanovništva".[30] Sa druge strane i mladi su često uskraćeni za neka prava vezi sa radom, npr. imaju otežanu mogućnost zapošljavanja, između ostalog i zbog posebne zaštite od otpuštanja starijih radnika.

Učestala diskriminacija po osnovu uzrasta navela je Evropsku uniju da uvede zabranu nejednakog tretmana i po ovom osnovu - Direktivom br. 78/2000. Prema čl. 6, st. 1 Direktive, različit tretman zasnovan na uzrastu ne mora da predstavlja diskriminaciju ukoliko je to opravdano legitimnim ciljem, kao što je npr. unapređenje zapošljavanja i profesionalnog obučavanja, pod uslovom da su sredstva ostvarivanja tih ciljeva podobna i neophodna. Prema st. 2 istog člana, takav tretman može da se odnosi na: a) uspostavljanje posebnih uslova u vezi sa dostupnošću zaposlenja i profesionalne obuke, radnih mesta i zanimanja, uključujući otkaze i uslove plaćanja, za mlade ili starije radnike u nameri da se unapredi njihova profesionalna integracija ili zaštita, b) određivanje minimalnih zahteva u pogledu starosti, profesionalnog iskustva ili starešinstva u službi kao uslova zapošljavanja ili davanja određenih prednosti u vezi sa zaposlenjem, c) određivanje minimalnog uzrasta za regrutovanje na temelju zahteva obučenosti za radno mesto ili na osnovu potrebe za adekvatnim periodom zaposlenosti pre penzionisanja. Takođe, dozvoljavaju se određeni starosni limiti kada je u pitanju socijalna zaštita, pravo na penziju ili invalidninu.

Slučajevi u vezi sa diskriminacijom po osnovu uzrasta su dosta česti pred Evropskim sudom pravde. Jedan od novijih primera je slučaj S-

---

[28] Videti sudsku i uporednu praksu iz ove oblasti u: *Disability and non-discrimination law in the European Union,* op. cit, str. 25.

[29] Kada se radi o drugim oblastima, kao čest primer diskriminacije javlja se odbijanje davanja kredita licima preko 70 godina starosti. Primere diskriminacije po osnovu starosti, kao i invalidnosti, seksualnog opredeljenja i rase videti u: *Dynamic Interpretation European Anti-Discrimination in Practice IV,* Equinet, European network of equality bodies, Brusells, 2009, str. 31. i *Dynamic Interpretation European Anti-Discrimination in Practice III,* Equinet, European network of equality bodies, Brusells, 2008.

[30] Videti više: *Report on Equality between Women and Men,* European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Brussels, 2009, str. 9.

388/07 koji je vodio britanski Nacionalni savet za starenje protiv Državnog sekretara za privredu, preduzetništvo i regulatornu reformu, u vezi sa legislativom koja dozvoljava poslodavcu da otpusti zaposlene koji navrše 65 godina na osnovu dosezanja starosnog roka za penzionisanje. U odluci od 5. marta 2009. godine Sud je zauzeo stanovište da pomenuti član 6 Direktive st. 1 dozvoljava mogućnost derogiranja principa zabrane diskriminacije po osnovu uzrasta samo ako je to opravdano legitimnim ciljevima socijalne politike (npr. politike zapošljavanja). Na nacionalnim sudovima je da razmotre tu legitimnost i da li su odabrana sredstva podesna i neophodna. Od država članica se očekuje da legitimnost cilja zbog kojeg se odstupa od principa zabrane diskriminacije bude potkrepljena kvalitetnim dokazima.[31]

RELIGIJA ILI UVERENJE: Religija ili uverenje predstavljaju jedan od osnova zabrane diskriminacije iz Direktive 78/2000 (prema tač. 11, 12, 23, 26, 29, 31 preambule i čl. 1 i 2). Ovakvi vidovi diskriminacije su naročito rasprostranjeni u državama u kojima egzistira više verskih zajednica, koje su ponekad u vekovnim sukobima. Isto tako, političko i drugo uverenje u nekim zemljama izaziva brojne konflikte, pa podstiče i diskriminaciju na radu (npr. u državama koje su pripadale nekadašnjem „socijalističkom bloku" nije retkost da se diskriminišu pripadnici bivšeg režima).

Kada se radi o ranije pomenutim izuzecima iz čl. 4 Direktive (prema kojem se određeni profesionalni zahtevi ne smatraju diskriminacijom, ako su u vezi sa poslovima koji su osobeni), stavom 2 istog člana propisuje se da različit tretman zasnovan na religiji ili uverenju neće predstavljati diskriminaciju kada zbog prirode tih aktivnosti ili konteksta u kojima se vrše, religija ili uverenje osobe predstavlja istinski, legitiman i opravdan zahtev, imajući u vidu učenje te organizacije. Pored toga, Direktivom nije isključena mogućnost crkvi ili drugih javnih i privatnih organizacija čije se učenje bazira ne religiji ili uverenju, da od lica koja rade za njih zahtevaju da deluju u dobroj veri i lojalno u skladu sa učenjem organizacije.[32]

SEKSUALNA ORIJENTACIJA: Jedan od učestalih osnova diskriminacije u oblasti rada je i seksualna orijentacija, pa se i ovaj vid nejednakog postupanja zabranjuje Direktivom 78/2000 (tač. 11, 12, 23, 26,

[31] Videti više: *EU action against discrimimation,* op. cit, str. 19.

[32] Članom 15 Direktive, uvažavajući razloge istorijske religijske podeljenosti dozvoljava se izuzetak za Severnu Irsku, kada se radi o angažovanju nastavnog osoblja. O nekim merama afirmativne akcije po ovom osnovu u Severnoj Irskoj u korist katoličke zajednice (1974, 1989) videti više u: B. Hepple & B. Veneziani, op. cit, str. 151.

29, 31 preambule i čl. 1 i 2). Prema tumačenjima Direktive, osobe različitog seksualnog opredeljenja ne smeju da trpe bilo koji vid neposredne ili posredne diskriminacije, kao ni uznemiravanja i zlostavljanja, kako u pristupu zaposlenju (što podrazuemeva i postupak selekcije zaposlenih), tako i u toku radnog odnosa.[33] I pored ove zabrane, u praksi nisu retki slučajevi odbijanja zapošljavanja po osnovu seksualnog opredeljenja, kao i otkazi motivisani ovim razlogom, koji se obrazlažu drugim (fitivnim) motivima. Radi se o četiri kategorije lica: 1) osobe homoseksualne, 2) transeksualne, 3) biseksualne orijentacije i 4) lica koja se ne pridržavaju uobičajenih konvencija oblačenja u vezi sa polovima. Mnogi od ovakvih slučajeva bili su predmet spora pred Evropskim sudom pravde, zahvaljujući čijim odlukama je u poslednje vreme znatno poboljšan položaj ove populacije.[34]

RASA: Rasna diskriminacija zabranjena je Direktivom br. 43/2000, koja je doneta 2000. godine, kada je sačinjena i okvirna Direktiva br. 78/2000. U Evropskoj uniji ovom vidu diskriminacije izloženi su uglavnom migranti i pripadnici nacionalnih manjina. Konkretno u pitanju su tri grupe lica: 1) „kolonijalna imigracija" (nastala pretežno neposredno posle Drugog svetskog rata), 2) strani radnici (mahom iz evropskih zemalja koje nisu članice EU), 3) manjine.[35] Nakon proširenja Unije posebno je aktuelan problem Romske populacije, koja je veoma brojna (kreće se između 10 i 12 miliona lica), a nalazi se u veoma nepovoljnom socijalnom položaju i učestalo je izložena diskriminaciji. Usled ekonomske krize i rastućeg nacionalizma u porastu je i „ksenofobija", što otežava položaj stranaca na radu.

U oblasti radnog odnosa ovaj vid diskriminacije ispoljava se tako što se navedena lica teže zapošljavaju, nepovoljnije se tretiraju u pogledu uslova rada (rade najteže poslove, lošije su plaćeni, više rade prekovremeno, imaju otežanu mogućnost napredovanja, stručnog usavršavanja, odvojeni su od porodica). Grupa za socijalnu integraciju etničkih manjina i njihovo puno učešće na tržištu rada, ustanovljena 2006. godine, identifikovala je 14

[33] O osnovnim principima zaštite kod ove vrste diskriminacije videti više: *Dynamic Interpretation European Anti-Discrimination in Practice III,* op. cit, str. 15.

[34] Videti npr. slučajeve: *P v S and Carnwell Country Council – ECJ* (neopravdani otkaz transseksualnom menadžeru), *R v Ministry of Defence, ex p Smith – ECJ* (otkaz homiseksualnim pripadnicima britanskih vojnih snaga po osnovu direktne diskriminacije), *Smith v Safeway plc – ECJ* (otkaz zbog seksualne orijentacije) u: R. Wintemute, *Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes,* The Modern Law Review, Blackwell Publishing, Vol. 60, No. 3 (May, 1997), pp. 334-359.

[35] Videti više: B. Hepple & B. Veneziani, op. cit, str. 144.

barijera koje trpe etničke manjine kada je u pitanju sticanje zaposlenja: nedostatak obrazovanja i obuke, neznanje jezika, neposedovanje formalnih kvalifikacija, otežan pristup zanimanjima, nemanje državljanstva, odsustvo integracione politike, stereotipi, predrasude i negativan pristup prema manjinama, industrijske promene, nejednak tretman u sistemima socijalne sigurnosti, diskriminacija, neposedovanje informacija, nelojalna konkurencija na tržištu rada i rad na crno.[36]

Direktivom br. 43/2000 ova problematika uređena je na sličan način kao u Direktivi 78/2000. Kao jedan od ciljeva (tač. 12 preambule) navodi se težnja da se osigura razvoj demokratskih i tolerantnih društava koja omogućavaju učešće svih osoba bez obzira na rasno ili etničko poreklo, u oblasti zaposlenja, samozapošljavanja, obrazovanja, socijalne i zdravstvene zaštite, pristupa robi i uslugama. Direktivom se, u čl. 2, zabranjuju svi vidovi diskriminacije (neposredna, posredna i uznemiravanje) na osnovu rase ili etničkog porekla, kao i navođenje na diskriminaciju. Zaštita, saglasno čl. 3 obuhvata sve osobe kako u privatnom, tako i javnom sektoru, uključujući i javna tela, kada su u pitanju: a) uslovi za pristup zaposlenju, samozaposlenju ili profesiji, uključujući kriterijume izbora i uslove regrutovanja (bez obzira na branšu aktivnosti i u vezi sa svim nivoima profesionalne hijerarhije, uključujući unapređenja); b) pristup svim tipovima i svim nivoima profesionalnog vođenja, stručne obuke, profesionalne obuke i treninga, uključujući i stručnu praksu; c) zapošljavanje i uslove rada, uključujući otkaze i plaćanje; d) članstvo i uključenost u organizacije zaposlenih i poslodavaca ili bilo koju organizaciju koja se stara o određenoj profesiji, zajedno sa beneficijama koje pružaju takve organizacije; e) socijalna zaštita, beneficije iz oblasti socijalne sigurnosti i zdravstvene brige; f) socijalne koristi; g) obrazovanje; h) pristup javnim uslugama i robi, uključujući i smeštaj. Direktivom se ne isključuje mogućnost određenih ograničenja koja proizilaze iz različitog pravnog statusa pripadnika zemalja koje nisu članice Unije i lica bez državljanstva. Kao i kod ostalih vidova zaštite od diskriminacije, dozvoljavaju se izuzeci ako predstavljaju istinski i bitan uslov obavljanja posla, pod uslovom da su legitimni i proporcionalni (čl. 4). Predviđa se i mogućnost uvođenja mera pozitivne akcije (čl. 5), u slučaju sudske procedure teret dokazivanja je na poslodavcu (čl. 8), postoji zabrana viktimizacije zbog ukazivanja na rasnu ili etničku diskriminaciju (čl. 9).

POL: Motivisana težnjom da uspostavi istinsku jednakost polova, Evropska unija je, počev od 1975. godine (Direktiva o jednakom plaća-

[36] Videti više: *EU action against discrimimation,* Activity report 2007-08, str. 14; B. Hepple & B. Veneziani, op. cit, str. 158.

nju) donela niz direktiva kojima se uređuju pojedini aspekti jednakog tretmana polova u domenu rada.[37] Uz ove dokumente, treba pomenuti i: Kodeks prakse za suzbijanje seksualnog uznemiravanja na radu (1992), Kodeks prakse za primenu principa jednakog plaćanja za rad jednake vrednosti (1996); Rezoluciju o uznemiravanju na radu (2001); Autonomni okvirni sporazum o uznemiravanju i nasilju na radu (2006); Mapu puta za postizanje rodne ravnopravnosti (2006 – 2010); Evropski pakt za jednakost polova (2006).[38]

Izloženom regulativom EU detaljno se uređuje pravo na jednak tretman polova u pogledu: 1) plaćanja, 2) pristupa zaposlenju, stručnoj obuci i unapređenjima i uslova rada; 3) socijalne sigurnosti (koju obezbeđuju državni sistemi); 4) profesionalnih sistema socijalne sigurnosti; 5) obavljanja samostalne delatnosti i položaja samozaposlenih žena tokom trudnoće i materinstva; 6) roditeljskog odsustva.

Za uspostavljanje prava na jednakost polova na radu u EU posebno je bila značajna Direktiva br. 76/207 iz 1976. godine, kojom je uvedena obaveza primene principa jednakog tretmana polova na svim poljima u radnom odnosu - počev od pristupa zaposlenju (uključujući i unapređenja), preko profesionalne obuke i usavršavanja, zatim u vezi sa uslovima rada (i zaštitom od otkaza), do prava iz socijalne sigurnosti. Dopunskom direktivom iz 2002. godine proširiće se dejstvo principa jednakog tretmana i na jednak pristup samozapošljavanju ili bilo kojem zanimanju, kao i na članstvo u organizacijama zaposlenih.[39] Ove oblike zaštite potvrdiće i integrisana Direktiva iz 2006 (br. 2006/54/EZ) o primeni principa jednakih mogućnosti i jednakom tretmanu muškaraca i žena u oblasti zaposlenja i zanimanja.[40]

I pored svih normativnih i praktičnih aktivnosti Unije na ovom planu, istraživanja pokazuju da i dalje postoji nejednakost polova u svim oblastima. Prema Mapi puta za postizanje rodne ravnopravnosti (2006 – 2010), prioritetna polja delovanja u cilju unapređenja jednakosti polova trebalo bi da budu: 1) jednak tretman kada se radi o brizi za članove poro-

[37] To su pomenute Direktive broj: 76/207/EEZ; 79/7/EEZ; 86/378/EEZ; 86/613/EEZ; 96/34/EZ; 2006/54/EZ, 2010/18/EU.

[38] Ovi dokumenti su objavljeni u sledećim publikacijama EU: 1) OJ C 27, 04/02/1992; 2) Office for official publication of the European Communities, L 2985, Luxembourg; 3) OJ, C 77 E/138; 4) Dokument je dostupan na Internetu; 5) COM(2006) 92, 01. 3. 2006; 6) Bulletin EU, 2006, No 3.

[39] Videti čl. 1-5 izvornog teksta Direktive iz 1976, čl. 2 st. 7 i čl. 3 prečišćenog teksta Direktive, koji uključuje i izmene iz 2002. i čl. 14 Direktive iz 2006.

[40] Tom direktivom se utvrđuje jednak tretman polova u pogledu: 1) pristupa zaposlenju (uključujući unapređenja i stručno osposobljavanje), 2) uslova rada (što obuhvata i plaćanje) i 3) profesionalnih sistema socijalne sigurnosti. Videti čl. 1 Direktive.

dice,[41] 2) borba protiv stereotipa,[42] 3) jednakost na radnom mestu, 4) socijalna zaštita i oporezivanje, 5) zaštita od diskriminacije, 6) borba protiv nasilja zasnovanog na polu i trgovine ljudima, 7) položaj transseksualaca, 8) višestruka diskriminacija.[43]

5. Zaključak

Legislativa kojom se reguliše pravo na jednakost građana u oblasti radnog odnosa predstavlja jednu od narazvijenijih oblasti prava Evropske unije. Budući da su dokumenti EU o ravnopravnosti poslužili kao inspiracija i našem zakonodavcu pri sačinjavanju novog antidiskriminacionog zakonodavstva i odredaba o zaštiti jednakosti u pojedinim zakonima (npr. u Zakonu o radu),[44] korisno je da se upoznamo sa mehanizmima zaštite u ovoj oblasti. Iz analize komunitarne prakse može se zaključiti da je borba za postizanje pune ravnopravnosti u društvu i na radu trajan proces, koji se ne završava ustanovljavanjem regulative, već zahteva promenu svesti i stavova javnog mnjenja, zaposlenih i socijalnih partnera, uz aktivnu ulogu države, naročito pravosuđa, ali i drugih državnih institucija.

[41] Zapaža se da se kućni rad žena, briga o deci ili članovima porodice koji su nesposobni da se staraju o sebi neadekvatno vrednuju i često predstavljaju osnov diskriminacije žena na radu.

[42] Stereotipi su jedan od osnovnih faktora diskriminacije i nepovoljnijeg tretmana žena u svim oblastima (obrazovanje, radni odnosi, odlučivanje, pružanje usluga). Videti više: str. 13. Mape.

[43] Videti str. 12. ovog dokumenta. O aktuelnoj politici ravnopravnosti polova u EU videti više u časopisu: *European Gender Equality Law Review,* op. cit; *New Directions for Equality between Women and Men,* Equinet, European Network of Equality Bodies, Brusells, 2009; *Report on Equality between Women and Men,* European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Brussels, 2009; *Report on Equality between Women and Men (2010),* {SEC(2009)1706}/* COM/2009/0694 final.

[44] Službeni glasnik Republike Srbije, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009.

Senad Jašarević, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Novi Sad

Protection of Equality of Employees in Law of the European Union

Abstract

This text gives a brief presentation of the EU legislation and activities on equal treatment at work. The right of all persons to equality before the law and protection against discrimination constitutes a universal right recognised by the Universal Declaration of Human Rights and it is one of the basic principles in the law of the European Union. The EU Treaty includes among its objectives the promotion of equality. The Community Charter of the Fundamental Rights recognises the importance of combating every form of discrimination. Employment and occupation are key elements in guaranteeing equal opportunities for all and contribute strongly to the full participation of citizens in economic, cultural and social life. By the EU legislation any direct or indirect discrimination based on religion or sex, race, belief, disability, age or sexual orientation is forbiden throughout the Community. Persons who have been subject to discrimination should have adequate means of legal protection by all EU institutions and institutions and court of state members. The prohibion of discrimination apply to all persons, as regards both the public and private sectors, in relation to conditions and access to employment.

Key words: labour relations; right to equal treatment; dicsrimination; law of the EU.

Originalni naučni rad 343.1(497.11)

Dr Snežana Brkić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

KLASIFIKACIJA PROCESNIH FORMI U KRIVIČNOM PROCESNOM PRAVU SRBIJE

Sažetak: *U radu se ukazuje na nedoslednost, nepotpunost i neprihvatljivost postojećih klasifikacija krivičnih i drugih, sa njima povezanih, postupaka. Autor rešava ovaj problem tako što prethodno izgrađuje pojam krivičnoprocesne forme, koji je dinamički pandan pojmu krivičnog postupka. Krivičnoprocesne forme mogu biti opšte i posebne. Bitni elementi u pojmu posebnih krivičnoprocesnih formi su specifičan osnov i specifična procesna struktura. Specifičan osnov može se nalaziti u osobenostima procesnih objekata, procesnih subjekata ili krivične sankcije. Specifična struktura može počivati na izostanku prethodnog ili glavnog stadijuma ili nekih njihovih faza. Postupci koji nemaju karakter posebnih krivičnoprocesnih formi su: pretkrivični postupak, alternativne vansudske forme (diverzioni postupci), procesni varijabiliteti i koneksne procesne forme.*

Ključne reči: *krivični postupak, krivičnoprocesna forma, pretkrivični postupak, diverzioni postupak, procesni varijabiliteti, koneksne procesne forme, adhezione procesne forme, incidentne procesne forme, dopunske procesne forme, rehabilitacione procesne forme, pomoćne procesne forme.*

1. Pristup problemu

Povod za pisanje ove rasprave je konfuzija koja postoji kako u Zakoniku o krivičnom postupku, tako i u krivičnoprocesnoj teoriji, u pogledu postojanja i klasifikacije posebnih krivičnih postupaka i drugih, sa nji-

ma povezanih procedura. Zauzimanje jedinstvenog stava po ovom pitanju otežava i činjenica da neki postupci nisu regulisani Zakonikom o krivičnom postupku, već posebnim zakonima.

1.1. Stanje u zakonodavstvu

Početnoj konfuziji doprinosi sama sistematika i terminologija Zakonika o krivičnom postupku. Njoj se, pre svega, može uputiti prigovor što u okviru istog (Drugog dela) koji nosi naziv „Tok postupka" reguliše i opšti krivični postupak i „Posebne odredbe za skraćeni postupak, za postupke izricanja krivičnih sankcija bez glavnog pretresa i za izricanje sudske opomene", sadržane u odeljku D. U nazivu ovog odeljka, nekada su figurirale i posebne odredbe o postupku prema maloletnicima, dok nisu prenete u poseban Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (ZM).[1] Sam naziv ovog odeljka je veoma rogobatan. Pitamo se koliko će tek biti dugačak njegov naziv ako zakonodavac uvede neke nove oblike. Ovo poslednje je sasvim moguće, s obzirom na tendenciju širenja „posebnih odredaba" za pojedine vrste postupaka. Osim toga, već sada se tom naslovu može uputiti primedba da nije obuhvatio i posebne odredbe o postupku za krivična dela organizovanog kriminala, korupcije i druga izuzetno teška krivična dela iz glave XXIXa ZKP, koja se takođe nalazi u odeljku D. Posezanje za principom enumeracije prilikom naslovljavanja zakonskih članova, glava i odeljaka nije najsjajnije rešenje. Ono nije prihvatljivo ni iz estetskih ni iz praktičnih razloga, jer zamara čitaoca zakonskog teksta. Ono je odraz nesposobnosti zakonodavca da koristi misaone operacije apstrakcije i generalizacije. U krivičnoprocesnoj teoriji se ove „posebne odredbe" o pojedinim vrstama postupaka najčešće tretiraju kao posebne vrste krivičnih postupaka. Čini nam se da je naš zakonodavac namerno izbegao upotrebu termina „posebni postupci" u odeljku D iz dva razloga. Iza prvog razloga krije se činjenica da ti postupci nisu potpuni, odnosno da sadrže samo pojedine odstupajuće odredbe u odnosu na opšti postupak, čija pravila se shodno primenjuju ako nešto nije drugačije regulisano. Otuda naziv „posebne odredbe". Mislimo da to nije dovoljan argument, jer, s druge strane, zakonodavcu nije smetalo da koristi termin „postupak" u gotovo svim slučajevima tih odstupajućih odredbi. Drugi razlog je bio taj što je zakonodavac trećem delu Zakonika već dao naslov „posebni postupci", koji očigledno nemaju karakter krivičnih postupaka, osim postupka za primenu mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja.

[1] Sl. gl. RS 85/2005.

Dodatne probleme su doneli posebni zakoni:

– Zakon o saradnji Srbije i Crne Gore sa Međunarodnim tribunalom za krivično gonjenje lica odgovornih za teška kršenja humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugosdlavije od 1991. godine (Sl. list SRJ 18/02, 16/03);

– Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih posebno teških krivičnih dela (Sl. gl. RS 42/02, 27/03, 39/03, 67/03, 29/04,58/04, 45/05, 61/05 i 72/09);

– Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u postupku za ratne zločine (Sl. gl. RS 67/03, 135/04, 61/05, 101/07);

– Zakon o preuzimanju nadležnosti vojnih sudova, vojnih tužilaštava i vojnog pravobranilaštva (Sl. gl. RS 137/04);

– Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa za borbu protiv visokotehnološkog kriminala (Sl. gl. RS 61/05);

– Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (Sl. gl. RS 85/05);

– Zakon o rehabilitaciji (Sl. gl. RS 33/06);

– Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela (Sl. gl. RS 97/08);

– Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela (Sl. gl. RS 97/08);

– Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima (Sl. gl. RS 20/09);.

– Zakon o saradnji sa Međunarodnim krivičnim sudom (Sl. gl. RS 72/09).

Najzad, problem je i u tome što zakonodavac nije pravilno spoznao pravu pravnu prirodu pojedinih procesnih ustanova, pa ih po tom kriterijumu nije mogao pravilno ni sistematizovati. Tako se desilo da se u istom rangu sa skraćenim postupkom nađu i „posebne odredbe“ o izricanju sudske opomene (glava XXVIII), iako tu nije reč o posebnom postupku. S druge strane, među „posebnim odredbama“ nije se našao postupak neposrednog optuženja (član 244 ZKP), iako on ima sve karakteristike posebnog postupka. Osim toga, treba imati u vidu da mesto pojedinih zakonskih odredbi ne zavisi samo od njihove pravne prirode, već i od nomotehničkih zahteva, kao što je princip ekonomičnosti jezika prava, koji diktira način grupisanja pravnih normi.[2]

[2] Vid. N. Visković, *Jezik prava*, Zagreb, 1989, str. 92.

1.2. Stanje u krivičnoprocesnoj teoriji

U krivičnoprocesnoj teoriji ne postoji jedinstven stav po pitanju klasifikacije navedenih postupaka. Tome doprinosi šaroliko, nesređeno i konfuzno stanje u našem zakonodavstvu i nedovoljno bavljenje teorije ovom problematikom. Osim toga, treba imati u vidu da su tokom vremena uvođene neke nove procedure, dok su druge ukidane ili su menjale svoj zakonski naziv i sadržinu. Analiza domaće udžbeničke literature pokazuje da su pojedini autori uvodili različite klasifikacije. U tom pogledu vlada takvo šarenilo mišljenja da gotovo nema dva identična stava.

1) U prvoj grupi se nalaze autori koji se u potpunosti oslanjaju na sistematiku i terminologiju ZKP i navedene posebnosti raznih postupaka izlažu pod istim nazivom. Tako npr. T. Vasiljević o njima piše u trećem i četvrtom odeljku svog udžbenika. Treći odeljak nosi naziv „Posebne odredbe o pojedinim postupcima" i obuhvata skraćeni postupak, posebne odredbe o izricanju sudske opomene, kao i posebne odredbe o postupku prema maloletnicima. Četvrti odeljak („Posebni postupci") obuhvata sve tada postojeće „posebne postupke" regulisane u ZKP: postupak za primenu mera bezbednosti, za oduzimanje imovinske koristi i za opozivanje uslovne osude; postupak za donošenje odluke o brisanju osude ili prestanak mera bezbednosti i pravnih posledica osude; postupak za pružanje međunarodne krivičnopravne pomoći; postupak za naknadu štete, rehabilitaciju i ostvarivanje drugih prava lica neopravdano osuđenih i neosnovano lišenih slobode i postupak za izdavanje poternice i objave.[3]

2) Č. Stevanović govori o redovnom i posebnim krivičnim postupcima. U ove poslednje spadaju: skraćeni postupak; postupak prema maloletnicima; krivični postupak pred vojnim sudom; postupak za primenu mera bezbednosti, za oduzimanje imovinske koristi i za opozivanje uslovne osude; postupak za donošenje odluke o brisanju osude ili prestanku mera bezbednosti i pravnih posledica osude; postupak za pružanje međunarodne krivičnopravne pomoći; postupak za naknadu štete, rehabilitaciju i ostvarivanje drugih prava lica neopravdano osuđenih i neosnovano lišenih slobode i postupak za izdavanje poternice i objave.[4] Dakle, on jedino nije obuhvatio posebne odredbe o izricanju sudske opomene, dok je, s druge strane, uvažio i tadašnji postupak pred vojnim sudom iako nije bio regulisan ZKP.

3) V. Đurđić piše o opštem krivičnom postupku s jedne strane, a s druge strane o posebnim krivičnim postupcima (skraćeni, maloletnički i

[3] T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd, 1981, str. 689-760. Tako i D. Radulović, *Krivično procesno pravo*, Podgorica, 2002, str. 439-471.

[4] Č. Stevanović, *Krivično procesno pravo SFRJ*, Beograd, 1982, str. 344-386.

postupak izricanja sudske opomene) i ostalim postupcima (gde je svrstao sve ono što ZKP reguliše kao posebne postupke).[5]

3) Nešto veći napor u pravcu razvrstavanja raznih procedura primećujemo kod D. Dimitrijevića. Sve ono što ne spada u opšti krivični postupak, on svrstava u posebne i pomoćne postupke. U posebne postupke, po njemu, spadaju: skraćeni krivični postupak; krivični postupak prema maloletnicima; postupak za primenu mera bezbednosti medicinske prirode; postupak za primenu mere bezbednosti oduzimanja predmeta i posebne mere oduzimanja imovinske koristi; postupak za rehabilitaciju i za brisanje osude i postupak za naknadu štete, rehabilitaciju i ostvarivanje drugih prava lica neopravdano osuđenih i neosnovano lišenih slobode. U pomoćne postupke spadaju postupak za pružanje međunarodne krivičnopravne pomoći i postupak za izdavanje poternice i objave.[6] Proizilazi da postupak izricanja sudske opomene ni po Dimitrijeviću nije poseban postupak.

4) Podelu postupaka na posebne krivične postupke i pomoćne krivične postupke nalazimo i kod S. Bejatovića, s tom razlikom što, po njemu, u prve spadaju: skraćeni postupak, postupci za izricanje krivičnih sankcija bez glavnog pretresa, postupak prema maloletnicima i postupak za dela organizovanog kriminala. U pomoćne krivične postupke on svrstava sve ono što je ZKP regulisao kao „posebne postupke".[7]

5) Svojevrsnu nedoslednost primećujemo kod Z. Jekić. Ona pravi razliku između opšteg krivičnog postupka, osobenih krivičnih postupaka i posebnih postupaka. Na jednom mestu ona u osobene krivične postupke svrstava: skraćeni postupak, postupak za kažnjavanje pre glavnog pretresa, postupak za izricanje sudske opomene, postupak prema maloletnicima, postupak za primenu mera bezbednosti, postupak za oduzimanje imovinske koristi, za opozivanje uslovne osude i postupak za puštanje na uslovni otpust.[8] U posebne postupke svrstava: postupak za donošenje odluke o brisanju osude ili prestanku mera bezbednosti i pravnih posledica osude; postupak za naknadu štete, rehabilitaciju i ostvarivanje drugih prava lica neosnovano osuđenih i neosnovano lišenih slobode i postupke za pružanje međunarodne krivičnopravne pomoći. Međutim, u kasnijoj razradi ovih postupaka u istom udžbeniku, ona odustaje od prvobitne koncepcije i usvaja zakonsku podelu posebnih postupaka, u okviru koje se nalaze i neki postupci koje je u prvom delu knjige nazvala osobenim kri-

[5] V. Đurđić, *Krivično procesno pravo – tok krivičnog postupka*, Niš, 1998, str. 284-339.

[6] D. Dimitrijević, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 1981, str. 313-354.

[7] S. Bejatović, *Krivično procesno pravo,* Beograd, 2008, str. 511-557.

[8] Z. Jekić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2003, str. 22.

vičnim postupcima (npr. postupak za primenu mera bezbednosti).[9] Najzad, mimo svake klasifikacije ostaje postupak za dela organizovanog kriminala.

6) M. Grubač piše o posebnim krivičnim postupcima i posebnim nekrivičnim postupcima. U prve spadaju: skraćeni postupak, postupci za izricanje krivičnih sankcija bez glavnog pretresa, posebne odredbe o izricanju sudske opomene, postupak prema maloletnicima, postupak za dela organizovanog kriminala i postupak za ratne zločine. U posebne nekrivične postupke spadaju svi „posebni postupci" prema ZKP.[10]

7) Đ. Lazin razlikuje: a) posebne krivične postupke (skraćeni postupak; krivični postupak prema maloletnicima; postupak za primenu mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi ili na slobodi i tadašnji krivični postupak pred vojnim sudovima); b) posebne odredbe kod izricanja pojedinih krivičnih sankcija (izricanje mere bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i narkomana, izricanje mere bezbednosti oduzimanja imovinske koristi i izricanje sudske opomene); v) pomoćne krivične postupke (postupak za izdavanje poternice i objave, postupak za opozivanje uslovne osude, postupak za naknadu štete neopravdano osuđenom licu i licu neosnovano lišenom slobode, postupak za brisanje osude, postupak za rehabilitaciju odnosno prestanak određenih mera bezbednosti i pravnih posledica osude i postupak za pomilovanje); g)postupke za pružanje međunarodne krivičnopravne pomoći.[11]

8) M. Škulić razlikuje posebne krivične postupke, posebne modifikujuće krivičnoprocesne odredbe i druge postupke.[12] U posebne krivične postupke on svrstava: skraćeni postupak, postupke za izricanje krivičnih sankcija bez glavnog pretresa, postupak za primenu mera bezbednosti medicinskog karaktera i postupak prema maloletnicima. Iako pravilno primećuje da posebne modifikujuće krivičnoprocesne odredbe ne predstavljaju posebne krivične postupke, on ne daje nikakav kriterijum po kome se između njih može napraviti jasna razlika. Drugim rečima, uopšte se ne vidi šta to grupi posebnih odredaba u zakoniku o krivičnom postupku daje kvalitet posebnog krivičnog postupka, a šta su samo posebne modifikujuće krivičnoprocesne odredbe. U okviru ovih poslednjih, on obrađuje: postupak u kome se

[9] *Ibidem*, str. 386-418.

[10] M. Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2006, str. 499-541. Ovakvu podelu postupaka nalazimo i kod M. N. Simovića, *Krivično procesno pravo*, Banja Luka, 2009, str. 413-474.

[11] Đ. Lazin, *Posebni i pomoćni krivični postupci*, Beograd, 1995.

[12] M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2009, str. 449-520.

pojavljuje oštećeno maloletno lice; postupak za krivična dela organizovanog kriminala, korupcije i druga izuzetno teška krivična dela; postupak izricanja sudske opomene; postupak oduzimanja predmeta i postupak za oduzimanje imovinske koristi. „Druge postupke" on deli na dve osnovne vrste: a) postupke kojima se uređuju određena pitanja koja nisu striktno krivičnopravnog karaktera ali su povezana sa krivičnopravnom problematikom (postupak za opozivanje uslovne osude; postupak za puštanje na uslovni otpust; postupak za donošenje odluke o rehabilitaciji, za prestanak pravnih posledica osude i mera bezbednosti i postupak za naknadu štete, rehabilitaciju i ostvarivanje drugih prava lica neosnovano osuđenih i neosnovano lišenih slobode);[13] i b) postupke međunarodne krivičnopravne pomoći i međunarodne krivičnopravne saradnje.

9) Starija udžbenička dela poklanjaju manje pažnje ovim pitanjima, što je i razumljivo s obzirom na tadašnje stanje procesnog zakonodavstva. Tako npr. B. Marković pominje postupak za zločinstva i prestupe, s jedne strane, i postupak za istupe, s druge strane. Nezavisno od bilo kakve podele i teorijske utemeljenosti, na kraju udžbenika piše o krivičnom postupku protiv odsutnih i odbeglih krivaca, kao i o rehabilitaciji.[14]

10) M. Dolenc piše o ustanovama srodnim pravnim lekovima (vanredno ublažavanje kazne, pomilovanje, naknada štete neopravdano osuđenim licima i povraćaj prava izgubljenih po krivičnoj presudi), kao i o postupku protiv mlađih maloletnika.[15]

2. Krivičnoprocesne forme

Nijedna od navedenih klasifikacija ne izgleda nam prihvatljiva. Osim toga, one su i nepotpune, jer ne obuhvataju sve postupke regulisane Zakonikom o krivičnom postupku i drugim zakonima.[16] Pogreške koje se čine u navedenim sistematizacijama, rezultat su nepostojanja definicije

[13] Škulićeva tvrdnja da se ovde radi o postupcima koji uređuju druga pitanja koja nisu krivičnopravnog karaktera, prihvatljiva je samo u pogledu postupka za naknadu štete i rehabilitaciju lica neosnovano osuđenih i neosnovano lišenih slobode. Međutim, ta tvrdnja nije tačna u pogledu prva tri postupka koja su tu svrstana, jer uslovna osuda, uslovni otpust, rehabilitacija osnovano osuđenih lica, pravne posledice osude i mere bezbednosti predstavljaju kategorije krivičnog materijalnog prava.

[14] B. Marković, *Udžbenik srpskog krivičnog postupka s obzirom na Projekat krivičnog postupka za Kraljevinu SHS,* Beograd, 1926, str. 388, 533-539.

[15] M. Dolenc, *Teorija sudskog krivičnog postupka za Kraljevinu Jugoslaviju,* Beograd, 1933, str. 370-354.

[16] Tako, npr., nijedan od analiziranih udžbenika ne obrađuje postupak pomilovanja, niti neke novije postupke, kao što su postupak rehabilitacije žrtava političke represije, krivični postupak protiv pravnih lica i postupak oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela.

posebnih krivičnih postupaka i jasnog kriterijuma njihovog razgraničenja od skupa odstupajućih odredaba koje nemaju kvalitet posebnog krivičnog postupka. S druge strane, često se ne uviđa razlika između posebnih vrsta krivičnih postupaka i nekih drugih procedura, koje su takođe regulisane Zakonikom o krivičnom postupku.

Da bismo načinili valjanu klasifikaciju posebnih postupaka u našem krivičnom procesnom pravu, trebalo bi uočiti njihova suštinska obeležja. Uspešno obavljanje tog zadatka zahteva prethodno pojmovno određenje krivičnog postupka i izvođenje iz njega njemu odgovarajućeg dinamičkog pojma – krivičnoprocesne forme.

2.1. Ekskurs o pojmu krivičnog postupka i krivičnoprocesne forme

Krivični postupak se može shvatiti u realističkom i u pravnom smislu. Realistički pojam polazi od krivičnog postupka kao fizičkog fenomena i definiše ga kao skup procesnih radnji procesnih subjekata.[17] Međutim, da bi se sagledala suština krivičnog postupka, on se mora objasniti i kao pravni fenomen. U tom smislu, krivični postupak se pokazuje kao pravni odnos. Pravni odnos možemo odrediti kao društveni odnos regulisan pravom, koji se uspostavlja između određenih subjekata, povodom određenih objekata, koji je upravljen ka određenom cilju, sastoji se iz subjektivnih prava i pravnih obaveza, i pretpostavlja određene pravne činjenice kao faktore svoje dinamike. U eksplikaciji pravnog pojma krivičnog postupka treba da se nađe sve ono što je zajedničko za svaki pravni odnos, ali i ono po čemu se razlikuje od drugih vrsta pravnih odnosa. Krivični postupak je pravni odnos koji nastaje između procesnih subjekata (suda i stranaka), povodom zahteva za raspravljanje krivičnopravne stvari, koji pretpostavlja osnovanu sumnju da je učinjeno krivično delo kao uslov zasnivanja konkretnog odnosa, sastoji se u vršenju njihovih prava i obaveza (procesnih funkcija), u cilju pravilne primene krivičnog materijalnog prava, a u krajnjoj liniji radi zaštite društva od kriminaliteta. U ovoj definiciji su apostrofirani svi elementi po kojima se krivični postupak bitno razlikuje od sličnih pravnih odnosa: krivičnomaterijalnog, krivičnopredprocesnog, diverzionog i građanskoprocesnog. Za njene elemente vezuju se i bitne karakteristike krivičnog postupka: subjekti – višestranost; objekat – prinudnost; cilj – ciljnost, instrumentalnost i sekundarnost; funkcije – složenost, subjekti i objekat – jedinstvenost. Najzad, ona

[17] Tako npr., T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd, 1981, str. 5; M. Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2009, str. 27.

može biti od koristi i pri sistematizaciji procesnog prava, kako opšteg, tako i posebnog dela.

Iz osnovnog pojma opšteg dela krivičnog procesnog prava (krivični postupak) izvodimo pet osnovnih procesnih bića: procesne funkcije, procesne subjekte, objekat procesa, uslove i ciljeve procesa. Njima se u potpunosti pokriva materija opšteg dela krivičnog procesnog prava.

Iz pojma krivičnog postupka kao osnovnog pojma opšteg dela krivičnog procesnog prava, može se izvesti poseban i njemu subordiniran pojam u okviru posebnog dela krivičnog procesnog prava. Mi smo se odlučili da to bude pojam krivičnoprocesne forme. Koristićemo ga kao oznaku za prepoznatljivi način oblikovanja krivičnoprocesnog odnosa, a u tom smislu određujuća su osnovna procesna bića. Pokazuje se da su osnovna procesna bića nezamenljiva i pri razgraničenju različitih krivičnoprocesnih formi. Tako se u ulozi osnova pojedinih krivičnoprocesnih formi javlja specifična sadržina jedne ili više pretpostavki krivičnoprocesnog odnosa (subjekti, objekti), koja za sobom povlači specifičnu procesnu strukturu. Dok osnovni pojam (krivični postupak) odgovara na pitanje šta, poseban pojam (krivičnoprocesna forma) odgovara na pitanje kako.

Kao pojmovni ekvivalenti krivičnoprocesne forme najčešće se koriste sledeći termini: vrsta krivičnog postupka, tip krivičnog postupka, model krivičnog postupka ili jednostavno tok krivičnog postupka i njegove podele. Sve su to klasifikatorni pojmovi, tj. takvi koji predstavljaju klasu pojmova, a samim tim i neku vrstu hipoteze o njihovoj povezanosti. Pripadnost klasifikatornom pojmu ne dovodi u pitanje eventualna nebitna modifikacija, slabije dejstvo ili odsustvo samo pojedinih od više određujućih elemenata i njihovih relacija.

Konstruisanje takvih apstraktnih pojmova počiva na metodi generalizacije i apstrahovanja obeležja pojedinih krivičnih postupaka. Stoga oni svoje postojanje ne duguju zakonodavcu, već pravnoj nauci, koja građu za njihovo oblikovanje rado traži i u istorijskom, komparativnom i interdisciplinarnom pristupu. Pri proučavanju konkretnih postupaka, takvi pojmovi doprinose njihovom ispravnom razumevanju, definisanju i sistematizovanju. Oni su od koristi i u oblasti pravne politike i pravne prakse, jer služe boljoj orijentaciji zakonodavca pri kreiranju krivičnoprocesnih pravila, kao i pravilnom tumačenju tih pravila od strane primenjivača prava.

2.2. Posebne krivičnoprocesne forme i njihovi elementi

Napuštajući ideju jednoobraznog krivičnog postupka, savremena zakonodavstva čine posebne napore u pravcu produbljene procesne diferencijacije. O diferencijaciji krivičnoprocesnih formi možemo govo-

riti samo onda kada krivično suđenje nije uniformno u svim slučajevima. Diferencijacija podrazumeva koegzistenciju najmanje dve krivičnoprocesne forme, koje se po nečemu razlikuju. Najčešće se radi o tome da opšti model varira pod određenim uslovima, na određeni način i do određenih granica. S obzirom na činjenicu da li je procesna forma ustanovljena kao pravilo ili kao izuzetak, ona može biti opšta ili posebna. Opšta forma je namenjena suđenju u svim slučajevima koji nisu izuzeti od nje i učinjeni podložnim posebnim pravilima. Posebne forme predstavljaju odstupanja od opšte forme, zasnovana na osobenim osnovama i motivisana posebnim ciljevima. Izgradnja posebnih krivičnoprocesnih formi se i svodi na osmišljavanje tih odstupanja. Diferencijalni momenat mora da bude prisutan u najmanje dve ravni: osnovu i strukturi procesne forme. Dakle, da bi odstupajuće odredbe o nekom postupanju imale karakter posebne krivičnoprocesne forme, one moraju imati specifičan osnov i specifičnu strukturu. Ako to nije slučaj, radi se o procesnim varijabilitetima. S druge strane, treba primetiti da specifična struktura neće obezbediti nekom postupku kvalitet posebne krivičnoprocesne forme, ukoliko se u njoj ne raspravlja krivičnopravni zahtev države. U tom pogledu, posebne krivičnoprocesne forme se razlikuju od koneksnih procesnih formi.

Iako bi posebne krivičnoprocesne forme trebalo regulisati u posebnoj glavi zakona, njihovo mesto u zakonskoj sistematici nije merodavno za prosuđivanje njihovog postojanja. Štaviše, nije redak slučaj da stvari stoje obrnuto. Tako, iako su odredbe o neposrednoj optužnici u našem pravu u sklopu regula opšteg postupka, mi im pridajemo značaj posebne procesne forme, jer specifičan osnov (dovoljnost dokaza) ima za posledicu odstupanja u procesnoj strukturi (izostanak istražne faze).[18] Isto važi i za krivična dela optuženog učinjena ili otkrivena na glavnom pretresu, kod kojih izostaje kompletan prethodni stadijum (istraga i prigovor protiv optužnice). Tu, zatim, spada i postupak sporazumevanja o krivici, koji se takođe nalazi među odredbama opšteg postupka, iako ima i poseban osnov i posebnu strukturu.

2.3.1. Specifični osnovi posebnih krivičnoprocesnih formi

Osnov posebne krivičnoprocesne forme predstavlja odlučujući razlog njenog stvaranja, kojeg možemo tražiti u osobenostima procesnog objekta, subjekta ili krivične sankcije. Posebne krivičnoprocesne forme

[18] Prema drugima, neposredna optužnica je samo modalitet opšte procesne forme (tako M. Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2009, str. 33.

mogu imati jedan ili više specifičnih osnova. Oni mogu biti jedini, pretežni ili dopunski osnovi.

a) Procesni objekat može pokazivati osobenosti iz materijalnopravnog aspekta (težina krivičnog dela) ili iz procesnopravnog aspekta (dovoljnost dokazne građe i flagrantnost). Težina krivičnog dela predstavlja nesporni osnov procesne diferencijacije. Ona se lako može dovesti u vezu sa razlozima procesne ekonomije: lakša krivična dela manjeg društvenog značaja ne opravdavaju angažovanje materijalnih sredstava, personala i vremena u istom obimu kao i teža dela veće društvene opasnosti. Pri suđenju lakših krivičnih dela, možemo se odreći određenih procesnih formalnosti i garantija; stepen zaštite okrivljenikovih prava može biti srazmerno niži a postupak ne mora nužno proći kroz sve procesne faze i stadijume (npr., skraćeni postupak). Posebne krivičnoprocesne forme koje se zasnivaju na dovoljnosti dokazne građe i flagrantnosti, funkcionišu po principu izostavljanja onog dela postupka čija svrha je već ostvarena (npr., postupak neposrednog optuženja; postupak za krivična dela učinjena ili otkrivena na glavnom pretresu). Naime, ako se ranijeg momenta u razvoju postupka raspolagalo dokaznom građom koja se redovno očekuje tek od kasnije procesne faze, nema smisla bezuslovno slediti opštu procesnu formu i insistirati na svim procesnim fazama.

b) Od svih procesnih subjekata, presudan uticaj na procesnu diferencijaciju imaju osobenosti okrivljenog. Tako se, npr., maloletnički krivični postupak izdvaja kao posebna krivičnoprocesna forma zasnovana na posebnim svojstvima maloletnog lica, kome treba prilagoditi ne samo registar krivičnih sankcija, nego i proceduru. Opšta procesna forma u kojoj se kazna odmerava srazmerno težini krivičnog dela i stepenu krivice okrivljenog je nepodesna za suđenje maloletnicima. U maloletničkom postupku akcenat treba staviti na ispitivanje ličnosti maloletnika, utvrđivanje njegove socijalne, porodične i lične anamneze, uzroka kriminalnog ponašanja, stepena vaspitne zapuštenosti, načina ličnog života, njegovog okruženja i vaspitnih potreba maloletnika. Iz opšte procesne forme treba izbaciti sve ono što bi moglo da stigmatizuje maloletnika i da šteti njegovoj budućnosti.

Krivično procesno pravo može uvažavati i neke posebnosti koje se javljaju na strani tužioca (npr. privatni tužilac) ili suda (npr. maloletnički sud). One, međutim, najčešće nemaju značaj posebnog osnova diferenciranja formi, i to iz dva razloga. Prvo, u tim slučajevima već egzistira neki od priznatih osnova – objekat ili okrivljeni. Drugo, logički je ispravnije zahtevati posebnu formu s obzirom na predmet suđenja i okrivljenog, kojima će između ostalog biti prilagođeni i tužilac i sud,

nego prilagođavati proceduru osobenostima tužioca i suda. To, ipak, ne znači da ostalim procesnim subjektima u potpunosti odričemo karakter mogućeg nosioca osnova diferenciranja Tako npr. za izgradnju nekih uprošćenih formi može biti merodavno karakteristično procesno držanje sva tri osnovna procesna subjekta. Izdvojili smo tri vrste relevantnog procesnog ponašanja, koji mogu predstavljati samostalne ili dopunske osnove: priznanje okrivljenog, sporazum stranaka o predmetu optuženja i/ili kazni i saglasnost procesnih subjekata o izboru procesne forme. Takav stil ponašanja odudara od klasičnog poimanja krivičnog procesa kao sukoba suprotstavljenih stranaka, s jedne strane, i suda kao neprikosnovenog arbitra, s druge strane. Kooperativnost i konsensualizam u postupku mogu biti od višestrukog značaja, kako sa stanovišta opštih, tako i individualnih interesa. Aktivnija uloga okrivljenog u tom pravcu, doprinosi jačanju njegove procesne pozicije, i time isticanju njegovog statusa kao istinskog subjekta postupka. Osim toga, kazna izrečena u uslovima kooperativnog držanja okrivljenog obećava veći resocijalizatorski efekat. Imajući to u vidu, savremena kriminalnopolitička stremljenja su često u znaku izgradnje posebnih procesnih formi koje prožima duh saradnje, neformalnosti i konsensualizma. One su atraktivne i sa stanovišta preopterećenog sistema krivičnog pravosuđa, rekli bismo, pre svega sa tog stanovišta, jer obezbeđuju brzo postupanje, sa znatnim uštedama vremena, kadra i sredstava. Takve kooperativne procesne forme odavno su razvijene u angloameričkom pravnom području. U novije vreme, veću naklonost prema njima pokazuju i kontinentalna prava, među kojima se nalazi i naše.

Budući da neke posebne krivičnoprocesne forme mogu da dovedu u pitanje interese pojedinih procesnih subjekata, jedan od načina njihovog legitimisanja jeste uslovljavanje njihove primene saglasnošću tih subjekata. Saglasnost procesnih subjekata predstavlja dopunski osnov procesne diferencijacije, koji ne mora nužno karakterisati sve uprošćene procesne forme. Pri tom može biti zahtevana saglasnost sva tri procesna subjekta (npr., postupak za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije; postupak za kažnjavanje pre glavnog pretresa; postupak sporazumevanja o krivici) ili samo nekih od njih (npr., tužioca i suda u postupku neposrednog optuženja za dela sa propisanom kaznom zatvora preko osam godina). Ako je svako uprošćavanje postupka na neki način uskraćivanje prava okrivljenog, onda su neke posebne forme prihvatljive samo uz njegov pristanak. Iz toga sledi da ne mora svako odstupanje od opšte procedure biti uslovljeno pristankom okrivljenog, i obrnuto, da neke iregularitete ne može opravdati ni sam okrivljeni svojim pristankom. Takođe treba imati u vidu da su pristanak okrivljenog i njegovo priznanje

dva različita osnova, koja ne moraju imati nikakve uzajamne veze. Oni mogu biti predviđeni kao samostalni ili kao dopunski osnovi. Ni u jednom, ni u drugom slučaju ne može se iz postojanja jednog automatski zaključivati o postojanju drugog. Međutim, nema smetnji da posezanje za nekom formom bude uslovljeno istovremeno i priznanjem i pristankom okrivljenog (npr., postupak za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije).

v) Iako se krivične sankcije mogu smatrati sastavnim delom objekta postupka, mi smo ih izdvojili kao zaseban osnov. Potreba prilagođavanja procesne forme osobenostima krivičnih sankcija postoji samo kod određenih mera bezbednosti medicinskog karaktera: obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi i obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi.[19] O posebnoj krivičnoprocesnoj formi možemo govoriti samo onda ako se ove mere izriču potpuno neuračunljivom licu. Ako je krivično delo učinjeno u stanju bitno smanjene uračunljivosti, ove mere se izriču presudom kojom se optuženi oglašava krivim u opštem ili skraćenom krivičnom postupku. Ova posebna krivičnoprocesna forma, po pravilu, nema samostalni karakter. Ona se u najvećem broju slučajeva nadovezuje na određenu fazu opšteg ili skraćenog krivičnog postupka iz koje proizlazi osnovana sumnja ili je utvrđeno da je protivpravno delo zakonom predviđeno kao krivično, učinjeno u stanju neuračunljivosti. Osnovno strukturalno obeležje ovih postupaka ogleda se u izostanku faze istrage i faze kontrole optužnog akta.

2.3.2.Specifična struktura posebnih krivičnoprocesnih formi

Specifičan osnov povlači za sobom i specifičnu procesnu strukturu, koja takođe predstavlja bitan element procesne diferencijacije. Strukturu procesa u dinamičkom smislu čini njegov hronološki presek, iz kojeg su vidljive odgovarajuće celine (procesni stadijumi i faze), kojima pečat daju karakteristični posebni ciljevi. U skladu sa njima, u tim se celinama na specifičan način konkretizuju, kombinuju i transformišu procesne funkcije, subjekti, objekti i relevantne pravne činjenice njihovog zasnivanja, razvoja i prestanka.

Specifičnost procesne strukture posebnih krivičnoprocesnih formi može počivati na izostavljanju određenih procesnih stadijuma ili faza (posebne uprošćene krivičnoprocesne forme; postupak za izricanje mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja) ili bitnoj modifi-

[19] Zakonodavac je ovde očigledno upotrebio neadekvatan naziv: postupak za primenu mera bezbednosti. Ovde se ne radi o primeni, već o izricanju mera bezbednosti. Primena mera bezbednosti je predmet regulisanja Zakona o izvršenju krivičnih sankcija.

kaciji postojećih (maloletnički krivični postupak). O ovom poslednjem se radi onda kada postojeća faza, zadržavajući isti red sledovanja, trpi promene u principu integracije procesnih funkcija, procesnih subjekata i uslova zasnivanja, usled kojih se može govoriti o drugačijem cilju ili tipu procesa.

Pomenuta odstupanja od opšte procesne strukture mogu biti motivisana različitim razlozima: a) potrebom za uprošćavanjem postupka (različite vrste posebnih uprošćenih krivičnoprocesnih formi); b) potrebom za boljim prilagođavanjem fizionomije postupka ličnosti okrivljenog (maloletnički krivični postupak) i v) potrebom za prilagođavanjem forme postupka specifičnoj prirodi krivične sankcije (postupak za izricanje mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja).

S obzirom na manji stepen složenosti procesne strukture u odnosu na opštu formu, postoje posebne uprošćene krivičnoprocesne forme, koje se ustanovljavaju sa ciljem ubrzanja krivičnog postupka i ekonomisanja kadrovima, vremenom i sredstvima. Naime, diferenciranje, pre svega, može ići u pravcu uprošćavanja forme postupanja za lakše, jednostavnije, nesporne slučajeve, bez naročitih teškoća u dokazivanju i bez potrebe za naročitim formalnostima.[20] Zakonodavac tu polazi od principa razmene „jednostavno za jednostavno". Traganje za uprošćenim procesnim formama računa na prilagođavanje stepena angažovanosti organa krivičnog pravosuđa značaju i težini krivičnog dela, kao i stvarnoj potrebi za njihovim radom zavisno od stanja činjenične i dokazne građe i držanja procesnih subjekata u toku postupka. Smanjenjem ulaganja u slučajevima koji to opravdavaju, može se postići značajan efekat rasterećenja pravosudnih organa. Samo u takvim uslovima, oni se mogu u potpunosti posvetiti suđenju svih ostalih, težih, značajnijih i složenijih predmeta, u kojima bi bila nedopustiva bilo kakva odstupanja od opšte procesne strukture i dominantnih procesnih načela. Uprošćavanje najčešće počiva na tri istovremena procesa: skraćivanju (izostanku pojedinih procesnih faza ili čitavih stadijuma), ubrzanju (predviđanju kraćih procesnih rokova) i deformalizaciji postupka (izostavljanju nepotrebnih formalnosti i garantija). Pri tom treba imati u vidu da karakter uprošćene procesne forme nema svaki gest zakonodavca učinjen u pravcu pojednostavljenja postupka. Kao što to proizlazi iz opštih razmatranja o elementima procesne diferencijacije, uprošćene

[20] Načelno posmatrano, ne bi bilo isključeno ni usložnjavanje postupka za teže, stvarno ili pravno komplikovanije i spornije slučajeve, sa otežanim dokazivanjem i potrebom pružanja dodatnih garancija. Pri tome bi opšta krivičnoprocesna forma ostala rezervisana za tipična, prosečna krivična dela. U dosadašnjem razvoju krivičnog procesnog prava takve krivičnoprocesne forme nisu zabeležene.

krivičnoprocesne forme su samo one koje imaju tretman posebnih krivičnoprocesnih formi. One, dakle, moraju imati poseban osnov i posebnu strukturu.

S obzirom na to koji element opšte procesne strukture izostaje u uprošćenim krivičnoprocesnim formama, možemo ih podeliti na forme kod kojih izostaje prethodni stadijum ili neka njegova faza i forme kod kojih izostaje glavni stadijum ili neka njegova faza.

2.3.2.1. Izostanak prethodnog stadijuma

U nekim posebnim formama postupanja izostaje kompletan prethodni stadijum (faza istrage i faza kontrole optužbe povodom zahteva okrivljenog). Takav je slučaj sa skraćenim postupkom i postupkom za krivična dela učinjena ili otkrivena na glavnom pretresu. U drugim posebnim formama izostaje samo istražna faza, ali ne i faza sudske kontrole optužnog akta povodom zahteva okrivljenog (postupak neposrednog optuženja). Nijedna uprošćena procesna forma ne odriče se faze podizanja optužnog akta, jer bi to bilo nespojivo sa optužnim načelom, koje je temelj savremenih krivičnih postupaka. Odricanje od strogih zahteva forme optužnog akta u nekim postupcima, samo po sebi ne dovodi do promene procesne strukture.[21]

Izostanak faze istrage može biti obavezan (skraćeni postupak) ili fakultativan (postupak neposrednog optuženja; postupak za krivična dela učinjena ili otkrivena na glavnom pretresu). Obavezan izostanak istrage u skraćenom postupku zasniva se na njenoj nepotrebnosti, pretpostavljenoj *in apstracto,* od strane zakonodavca. To, sa druge strane, ne znači da je istraga neophodna u svim ostalim slučajevima. U odnosu na njih, zakonsku pretpostavku o nužnosti istrage mogu da demantuju faktičke okolnosti, koje ukazuju da je njena svrha već postignuta. Insistiranje na vođenju istrage u svakom slučaju, pa i onda kada se i bez nje raspolaže dokaznom građom dovoljnom za podizanje optužnog akta, izgleda besmisleno. Ona u tom slučaju samo nepotrebno produžava trajanje ionako dugog krivičnog postupka. Zbog toga se u takvoj situaciji tužiocu daje pravo izbora između opšteg postupka sa istragom i postupka neposrednog optuženja, odnosno posebnog postupka za krivična dela učinjena ili otkrivena na glavnom pretresu.

[21] Tako, npr., u postupku za krivična dela učinjena ili otkrivena na glavnom pretresu optužba može biti i usmena, a optužni predlog u skraćenom postupku ne mora imati sve elemente koje ima optužnica (mogu izostati obrazloženje, pravna kvalifikacija dela, kao i ostali lični podaci o okrivljenom osim imena i prezimena).

Prethodni stadijum može biti okrnjen i u fazi kontrole optužbe. Ovu fazu naročito dovodi u pitanje podozrenje koje se gaji prema sredstvima kontrole koje inicira sam okrivljeni, zbog mogućnosti zloupotrebe radi odugovlačenja postupka. Osim toga, pobornici ukidanja kontrolne faze najčešće se pozivaju na njenu nedelotvornost. O tome najbolje svedoči praksa, koja je pokazala da filtrirajuća uloga sudske kontrole optužbe nije naročito izražena. Osim toga, često je i odricanje okrivljenog od kontrole optužbe, na šta verovatno utiče iskustvo njene besperspektivnosti u praksi.Ukidanje kontrole optužbe može biti umesno tamo gde ona ne bi bila apsolutno potrebna za dobro obavljanje pravosuđa, već bi ga samo komplikovala i usporavala. Osnovi njenog izostanka su slični kao kod istrage. Oni su, s jedne strane, apstraktno izraženi kroz težinu dela i dolaze u obzir samo kod lakših krivičnih dela (npr., nemogućnost izjavljivanja prigovora protiv optužnog predloga u skraćenom postupku). S druge strane, oni se nekad cene *in concreto*, u slučaju obvinjenja utemeljenog na evidentnim i ubedljivim dokazima, koji ne isključuju ni teža krivična dela (npr., nemogućnost pobijanja optužnice za krivična dela optuženog učinjena ili otkrivena na glavnom pretresu).

Uprošćene krivičnoprocesne forme kod kojih izostaje prethodni stadijum mogu počivati na različitim osnovima: težini krivičnog dela kao jedinom osnovu (skraćeni krivični postupak) ili dopunskom osnovu (blaži režim neposrednog optuženja); činjenici flagrantnosti (postupak za krivična dela učinjena ili otkrivena na glavnom pretresu) i dovoljnosti dokazne građe (postupak neposrednog optuženja).

2.3.2.2. Izostanak glavnog stadijuma

U kontekstu rešavanja problema sporog i neažurnog krivičnog pravosuđa, u savremenim pravima javila se i ideja izostavljanja glavnog postupka ili pojedinih njegovih faza u slučajevima u kojima može da se donese meritorna odluka već na osnovu dokazne građe prikupljene u ranijem stadijumu postupka. Tako su nastale neke novije uprošćene krivičnoprocesne forme, koje se odlikuju radikalnijim odstupanjima od opšte procesne strukture. U tim formama zakonodavac se odriče faze glavnog pretresa, a vlast meritornog odlučivanja prenosi u prethodni stadijum. Legitimirajući osnovi takvih procesnih formi nalaze se u kombinaciji više osnova: težine krivičnog dela, dovoljnosti dokazne građe, saglasnosti procesnih subjekata o izboru procesne forme, priznanju okrivljenog i sporazumu stranaka o predmetu optuženja i kazni. Ovde spadaju: postupak za kažnjavanje pre glavnog pretresa; postupak

za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije i postupak sporazumevanja o krivici. Faza pravnih lekova u ovim procesnim formama je očuvana. Međutim, u nekim formama može biti isključeno izjavljivanje pravnih lekova po određenim osnovima (npr., u postupku za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije isključena je žalba zbog pogrešnog ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja) ili od strane određenih lica (npr., protiv rešenja suda o usvajanju sporazuma o priznanju krivice, žalbu mogu izjaviti samo oštećeni i njegov punomoćnik, ali ne i stranke).

3. Postupci koji nemaju karakter posebnih krivičnoprocesnih formi

3.1. Pretkrivični postupak

Krivičnoprocesna forma je dinamički pojam koji objašnjava tok krivičnog postupka i njegovu strukturu. Dakle, krivičnoprocesnom formom pokriven je samo krivični, ali ne i pretkrivični postupak. Pretkrivični postupak obuhvata delatnost na otkrivanju, rasvetljavanju i prijavljivanju krivičnih dela i pronalaženju njihovih učinilaca (osumnjičenih), koja pretpostavlja osnove sumnje da je učinjeno krivično delo koje se goni po službenoj dužnosti, s ciljem da se javnom tužiocu omogući da pokrene krivični postupak. Dakle, pretkrivični postupak se razlikuje od krivičnog postupka po svojoj pravnoj prirodi, funkcijama, subjektima i pretpostavkama za zasnivanje tog odnosa. Pretkrivični postupak prethodi krivičnom postupku i omogućava ga. On nije sastavni deo krivičnog postupka i zbog toga se na njega ne primenjuju odredbe o krivičnoprocesnim formama. On po svojoj pravnoj prirodi nije ni sudski, ni krivični postupak, već neformalni pretkrivični kriminalistički postupak. U pretkrivičnom postupku se ne vrše procesne funkcije (gonjenja, odbrane i suđenja). U njemu se vrše neprocesne funkcije otkrivanja, rasvetljavanja i prijavljivanja krivičnih dela i pronalaženja njihovih učinilaca. Ne bi bilo dobro kada bi pretkrivični postupak bio opterećen procesnim formalnostima i garancijama, jer bi tada izgubio u svojoj operativnosti i brzini. Zbog toga što je neformalna, ta delatnost ne može imati dokazni značaj u krivičnom postupku i na neformalno prikupljenim dokazima u pretkrivičnom postupku ne može se zasnivati sudska presuda.

Subjekti pretkrivičnog postupka su, pre svega, nosioci funkcija otkrivanja, rasvetljavanja i pronalaženja krivičnih dela: organ unutrašnjih poslova (policija), javni tužilac a izuzetno i istražni sudija, kada treba preduzeti neku neodložnu istražnu radnju pre pokretanja krivičnog postupka. Noseći subjekti pretkrivičnog postupka su organi unutrašnjih po-

slova, dok se javni tužilac javlja kao koordinator pretkrivičnog postupka. Subjekti pretkrivičnog postupka su i fizička ili pravna lica nad kojima gore navedeni organi primenjuju pojedina ovlašćenja (npr., osumnjičeni, građani, pravna lica). Izuzetno, građani mogu biti i subjekti ovlašćenja u pretkrivičnom postupku. Tako, npr., oni imaju pravo da liše slobode osumnjičenog koji je zatečen u izvršenju krivičnog dela koje se goni po službenoj dužnosti. Najzad, tu spadaju i nosioci funkcije prijavljivanja krivičnih dela (fizička ili pravna lica podnosioci krivične prijave i organi nadležni za njen prijem). Učesnici pretkrivičnog postupka nemaju status procesnih subjekata, niti njihove radnje imaju karakter procesnih radnji. Pretpostavljeni učinilac krivičnog dela u pretkrivičnom postupku još uvek nema status okrivljenog, već osumnjičenog. Samo izuzetno, organi pretkrivičnog postupka mogu preduzimati i formalne procesne radnje, koje imaju dokaznu vrednost u kasnijem krivičnom postupku. U tom slučaju, osumnjičenom se moraju garantovati sva prava koja ima i okrivljeni u krivičnom postupku.

Za pokretanje krivičnog postupka zahteva se osnovana sumnja, dok su za preduzimanje pojedinih ovlašćenja u pretkrivičnom postupku dovoljni osnovi sumnje. Cilj pretkrivičnog postupka je upravo u tome da se primenom posebnih ovlašćenja u slučaju osnova sumnje, krivično delo rasvetli do stepena osnovane sumnje i tako omogući pokretanje krivičnog postupka.

3.2. Alternativne vansudske forme (diverzioni postupci)

Do različitih alternativa krivičnom gonjenju i postupku, uz oslonac na ustanove neformalne socijalne kontrole, došlo se u potrazi za manje prinudnim sredstvima suzbijanja kriminaliteta, koja su usmerena pre svega ka ublažavanju tenzija koje proizlaze iz konflikta učinioca i sredine, koja nude bolji odgovor na očekivanja žrtve krivičnog dela, ne proizvode stigmatizujuće efekte, bolje odgovaraju zahtevima resocijalizacije, minimalizuju ulogu krivičnog pravosuđa a time doprinose i njegovoj racionalizaciji. Iza sadržajne raznovrsnosti tog alternativnog pokreta stoji jedinstvo njegovih ciljeva: a) supstituisanje krivičnog sudskog postupka i krivičnih sankcija efikasnijim i/ili humanijim merama prema učiniocima i b) smanjenje hronične preopterećenosti sistema krivičnog pravosuđa. Osim svrhe, tim merama je zajednička i nespojivost sa prinudnim nametanjem i izvršenjem, pa je osnovni uslov za njihovu primenu da ih okrivljeni dobrovoljno prihvati i aktivno deluje, za razliku od pretežno pasivnog trpljenja kod kazne.

Oslonac na razne diverzione modele i izgradnja diferenciranih krivičnoprocesnih formi predstavljaju sve češće strategije u rešavanju pro-

blema preopterećenosti savremenog krivičnog pravosuđa. Ta njihova zajednička karakteristika neretko vodi konfuzijama u poimanju ove dve raznorodne grupe ustanova.Tome može doprineti i nedovoljno izgrađena pojmovna aparatura u zakonodavstvu i doktrini. Primera radi, u oba slučaja prilično je odomaćen izraz alternativa. Tako široka upotreba može imati smisla s obzirom na njegovo izvorno značenje (izbor, odlučivanje između više mogućnosti). Mogli bismo reći da su neophodni elementi svake alternative - konkurentnost i kontradikcija. Taj naziv zaslužuju samo one pojave koje konkurišu starom sistemu, relevantne su za njegove članove i zasnovane na njegovim premisama, ali mu u jednoj ili više tačaka i protivreče. Tim zahtevima udovoljavaju i diferencirane procesne forme i diverzioni modeli. Da bi se, ipak, naglasila razlika među njima, govori se o alternativama u okviru i izvan sistema krivičnog pravosuđa. Radi izbegavanja nesporazuma, termin alternativa rezervisali smo isključivo za diverzioni pokret. Osim toga, pridev alternativan adekvatniji je za oblast izvan sistema krivičnog pravosuđa. U skladu sa svojim transformisanim značenjem, on u sebi nosi ideju nečeg drugog, novog, boljeg, ali istovremeno i neispitanog, istražujućeg, dinamičnog, avangardnog i necelovitog, kome nedostaje potrebna vremenska distanca za ocenu validnosti.[22] S tim u vezi, nije opravdano pridruživati ga onim novumima, koji su i sami institucionalizovani na način i u obimu kao i standardna pojava, kojoj su konkurentni.

Diverzione forme postupanja nemaju karakter posebne krivičnoprocesne forme, jer ne predstavljaju posebnu vrstu krivičnog postupka, već alternativne vansudske forme. One se od posebnih krivičnoprocesnih formi razlikuju po: subjektima, funkcijama i ciljevima. Umesto procesnih subjekata (suda, tužioca i okrivljenog), u diverzionim formama učestvuju neprocesni subjekti (osumnjičeni i određeni organi neformalne socijalne kontrole). Umesto procesnih funkcija (gonjenja, odbrane i suđenja), u alternativnim vansudskim formama vrše se neprocesne funkcije (npr. obeštećenje, izmirenje, lečenje). Najzad, cilj diverzionog postupka nije primena krivičnog materijalnog prava, već naprotiv, njegovo supstituisanje određenim merama koje nemaju karakter krivične sankcije, a koje osumnjičeni dobrovoljno prihvati.

U našem pravu postoje dve grupe diverzionih postupaka: prema punoletnim licima (uslovno odlaganje krivičnog gonjenja iz člana 236 ZKP, uvedeno 2001. godine) i prema maloletnim licima (nepokretanje krivičnog postupka uslovljeno izvršenjem vaspitnih naloga, uvedeno 2005. godine).

[22] N. Mićanović-Pavelić, *O odnosu upotrebe i značenja pojma alternative*, Pravna misao 5 - 6/1989, str. 43 - 48.

3.3. Procesni varijabiliteti

Rečeno je da posebna krivičnoprocesna forma mora imati specifičan osnov i strukturu. Ako se diferenciranim regulisanjem ne menja procesna struktura, već samo pojedine odredbe o procesnim subjektima ili procesnim radnjama, ne radi se o posebnoj procesnoj formi, već o nekom izuzetku u režimu opšte ili posebne krivičnoprocesne forme, kojom se ona čini fleksibilnijom. Takve odstupajuće odredbe, koje karakteriše specifičan osnov, ali koje nemaju za posledicu i specifičnu strukturu procesa, nazvali smo procesnim varijabilitetima. Oni mogu imati karakter potpunog novuma, restrikcije (ograničenja) ili dilatacije (širenja) postojeće odredbe.[23] Napominjemo da je specifična struktura posebnih krivičnoprocesnih formi često praćena i raznim procesnim varijabilitetima, mada oni nemaju konstitutivni karakter, već čine propratna obeležja posebne forme. Najveći broj naših procesualista ne uviđa navedenu kvalitativnu razliku. Procesna teorija nije ni poznavala pojam procesnih varijabiliteta, tako da joj nije ostalo ništa drugo nego da u posebne vrste krivičnih postupaka svrstava i postupak za krivična dela organizovanog kriminala, postupak za ratne zločine, postupak za izricanje sudske opomene itd. Pošto se u tim postupcima ne menja procesna struktura, mi smo ih svrstali u procesne varijabilitete. Mnoštvo procesnih varijabiliteta u našem krivičnom procesnom pravu može se grupisati po sledećim kriterijumima: težina krivičnog dela, vrsta krivičnog dela, vrsta krivične sankcije ili druge krivičnopravne mere i svojstvo subjekata krivičnog postupka.

3.4. Koneksne procesne forme

Zakonikom o krivičnom postupku ili drugim zakonom regulisane su i razne druge forme postupanja, koje nemaju karakter posebnih krivičnoprocesnih formi, jer se u njima ne sudi za krivično delo. One imaju različitu pravnu prirodu, ali im je zajedničko da su u nekoj vezi sa krivičnoprocesnom formom, tako što se razvijaju u okviru nje, prethode joj, omogućavaju, dopunjavaju ili dovode do prestanka nekih njenih pravnih posledica. Neke od tih formi ZKP naziva posebnim postupcima, ali da ne bi došlo do konfuzije sa posebnim krivičnim postupcima, mi smo se opredelili za izraz koneksne procesne forme. Svima njima je zajednička određena veza sa krivičnoprocesnom formom. Klasifikovali smo ih na adhezione, dopunske, rehabilitacione i pomoćne procesne forme.

[23] Vid. S. Brkić, *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*, Novi Sad, 2004, str. 144.

3.4.1. Adhezione procesne forme

Pored osnovnog predmeta (*causa criminalis*) u krivičnom postupku mogu se raspravljati i jedan ili više sporednih predmeta. Oni nisu krivičnopravne prirode, ali su u tesnoj vezi sa samim krivičnim delom odnosno njegovim raspravljanjem u krivičnom postupku. Krivični postupak može imati dva fakultativna sporedna predmeta (imovinskopravni zahtev i prejudicijalna pitanja), a mora imati jedan obavezan predmet (troškovi krivičnog postupka). Neki sporedni predmeti krivičnog postupka su uvek imovinskopravne prirode (imovinskopravni zahtev i troškovi krivičnog postupka), dok drugi mogu pripadati bilo kojoj drugoj grani prava (prejudicijalna pitanja). Pod adhezionim ili pridruženim procesnim formama podrazumevamo postupke odlučivanja o sporednim predmetima krivičnog postupka. Ti postupci se odvijaju u okviru određene krivičnoprocesne forme, od koje se razlikuju po svom predmetu, subjektima i ciljevima. Dakle, predmet adhezionih postupaka nikada nije krivičnopravna stvar i stoga, oni nemaju za cilj primenu krivičnog materijalnog prava, osim u jednom slučaju, i to samo posredno (postupak rešavanja prejudicijalnih pitanja). Najzad, subjekti nekih adhezionih formi razlikuju se od subjekata osnovnog krivičnoprocesnog odnosa (postupak odlučivanja o imovinskopravnom zahtevu).

3.4.2. Incidentne procesne forme

Incidentne procesne forme su one procesne forme koje mogu da nastanu u vezi sa nekim problemom koji se pojavio u krivičnom postupku koji je u toku.[24] Kao poseban način rešavanja tog problema, one predstavljaju posebnu proceduru unutar krivične procedure ili u vezi sa krivičnom procedurom. Izdvojili smo četiri vrste incidentnih procesnih formi: postupak za rešavanje sukoba nadležnosti, postupak izuzeća sudije, postupak po pritužbama stranaka i postupak odobravanja procesne zaštite svedoka. Kao što vidimo, one su veoma raznovrsne. Uzrok vođenja prve procedure je različito poimanje sudova o njihovoj nadležnosti u određenom predmetu, usled čega je došlo do njihovog sukoba. Uzrok vođenja druge procedure je pojava okolnosti koje izazivaju sumnju u nepristrasnost sudije. Uzrok vođenja treće procedure je nezadovoljstvo stranaka postupanjem sudije, naročito zbog odugovlačenja krivičnog postupka.

[24] Incident (lat. *incidere)* predstavlja neočekivani događaj, neprijatan slučaj, manji sukob. U najopštijem smislu, reč incidentan označava nešto što je neprijatno, što je praćeno sukobima (I. Klajn, M. Šipka, *Veliki rečnik stranih reči i izraza*, Novi Sad, 2006, str. 536).

Uzrok vođenja četvrte procedure je postojanje ozbiljne bojazni da bi javnim svedočenjem bili ugroženi život, telo, zdravlje, sloboda ili imovina većeg obima svedoka ili njemu bliskog lica. Dakle, sve četiri incidentne procesne forme su u krajnjoj liniji u funkciji zakonitog i pravilnog vođenja osnovnog krivičnoprocesnog odnosa. Organi pred kojima se vodi taj postupak su različiti: u prvom slučaju, to je neki sud izvan sukobljenih sudova; u drugom i trećem slučaju to je predsednik suda kao organ pravosudne uprave; u četvrtom slučaju to su odgovarajući funkcionalno nadležni sudski organi u okviru istog suda. Uticaj vođenja incidentnih postupaka na tok samog krivičnog postupka je različit. U nekim slučajevima mora doći do privremenog zastoja u radu suda (postupak za rešavanje sukoba nadležnosti, postupak izuzeća sudija), dok u drugim slučajevima krivični postupak može da nastavi da se odvija uporedo sa incidentnom procedurom (postupak odobravanja procesne zaštite svedoka, postupak po pritužbama stranaka).

3.4.3. Dopunske procesne forme

Dopunske procesne forme su one forme postupanja koje na svojevrstan način dopunjavaju odluku suda donetu u osnovnom krivičnom postupku u pogledu krivične sankcije ili druge krivičnopravne mere. One su vezane za naknadno odlučivanje suda, a izuzetno i drugog nadležnog organa, o krivičnoj sankciji ili drugoj meri krivičnog materijalnog prava. Razlog vođenja dopunskih procesnih formi može biti različit:

a) S jedne strane, to je pojava novih okolnosti koje govore o potrebi preispitivanja prvobitno izrečene krivične sankcije. Te okolnosti se često odnose na određeno ponašanje osuđenog lica nakon izrečene krivične sankcije, koje se može okvalifikovati kao negativno ili kao pozitivno. Svojim negativnim ponašanjem uslovno osuđeno lice dovodi do pogoršanja svog pravnog položaja. Na primer, prvobitno izrečena mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara na slobodi izrečena u uslovnoj osudi može dovesti do opozivanja uslovne osude ili do prinudnog izvršenja mere u zdravstvenoj ustanovi, ako se uslovno osuđeni nije dobrovoljno podvrgao lečenju ili je lečenje samovoljno napustio. Takođe, neizvršavanjem određenih obaveza postavljenih u uslovnoj osudi, osuđeni može da doprinese opozivanju uslovne osude. Pozitivnim ponašanjem osuđeni može doprineti poboljšanju svog pravnog položaja (npr., puštanje na uslovni otpust). Ovde treba imati u vidu da se ovi dopunski postupci razlikuju od postupka redovnih i vanrednih pravnih lekova. Pošto je reč o pravnosnažno izrečenim krivičnim sankcijama, do pogoršanja pravnog položaja osuđenog lica može doći samo u slučaju opozivanja uslovne osude, a do

poboljšanja njegovog pravnog položaja samo u slučaju njegovog puštanja na uslovni otpust.

b) S druge strane, razlog vođenja nekih dopunskih procesnih formi može biti u nemogućnosti odlučivanja o određenoj krivičnoj sankciji ili krivičnopravnoj meri u osnovnom krivičnom postupku (npr. postupak za primenu mere bezbednosti oduzimanja predmeta; postupak za oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela). U prvom primeru, pomenuta nemogućnost je najčešće posledica činjenice da se krivični postupak nije okončao presudom kojom se optuženi oglašava krivim, a postoje neki razlozi da se mera ipak izrekne. U drugom primeru ta nemogućnost je posledica činjenice da je okrivljeni osporio tužiočev zahtev za oduzimanje imovine u krivičnom postupku ili činjenice da je tužilac postavio zahtev za oduzimanje imovine tek po završetku krivičnog postupka.

Dakle, možemo napraviti razliku između dve grupe dopunskih postupaka: onih kojima se menja već izrečena odluka suda o krivičnoj sankciji i onih kojima se u posebnom postupku naknadno donosi odluka o nekim krivičnim sankcijama ili krivičnopravnim merama, o kojima iz određenog razloga nije odlučeno u osnovnom krivičnom postupku. U dopunskim procesnim formama se nakon okončanja osnovnog krivičnoprocesnog odnosa izriče, opoziva ili menja specifična krivična sankcija ili neka druga krivičnopravna mera. Tim sankcijama odnosno merama ne može se poreći krivičnopravni karakter. Zbog toga greše autori koji ih izdvajaju u posebne nekrivične postupke.[25] Dopunske procesne forme su samostalne forme postupanja, ali podrazumevaju prethodno okončanje ili bar pokretanje neke krivičnoprocesne forme. One imaju svoj poseban osnov (specifična krivična sankcija ili druga krivičnopravna mera) i posebnu strukturu, u kojoj izostaje tradicionalna deoba postupka na stadijume i faze, a odlučivanje se vrši na posebnom ročištu ili u sednici veća.

3.4.4. Rehabilitacione procesne forme

U etimološkom smislu, suština svake rehabilitacije je ponovno osposobljavanje, uspostavljanje, povraćaj izgubljenih prava; vraćanje u ranije stanje; vraćanje dobrog glasa (časti)[26]. I u našem današnjem jeziku, jedno od uobičajenih značenja rehabilitacije je „ponovno priznavanje osporenog prava,“[27] „uspostavljanje, ponovno priznanje

[25] Tako npr. M. Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2009, str. 533.

[26] M. Vujaklija, *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd, 1980, str. 805.

[27] I. Klajn, M. Šipka, *Veliki rečnik stranih reči i izraza*, Novi Sad, 2006, str. 1074.

ugleda, prava, poverenja".[28] Slično je opšte značenje rehabilitacije i u drugim jezicima. Problem je u tome što ima raznih vrsta rehabilitacija. U najmanju ruku, možemo govoriti o medicinskoj, profesionalnoj, političkoj i pravnoj rehabilitaciji. I dok u drugim oblastima uglavnom nema nejasnoća, sa pravnom rehabilitacijom to nije slučaj. Trenutno mi imamo tri zakona u krivičnopravnoj oblasti koja pominju, ali neki od njih eksplicite ne definišu rehabilitaciju. To su Krivični zakonik[29], Zakonik o krivičnom postupku[30] i Zakon o rehabilitaciji[31]. Sva tri zakona odnose se na posve različite slučajeve, što ima za posledicu i drugačije ciljeve, pravni osnov, materijalnopravne uslove, sadržinu i postupak ostvarivanja rehabilitacije. Iako su u pitanju sasvim različite ustanove, zakonodavac je našao za shodno da ih krsti istim imenom, a da im pri tom u pojedinim oblastima ne da bliže definicije ili bar specifične atribute. Time se razara koherentnost pravnog sistema i otvara prostor nesporazumima u pravnoj komunikaciji. Dodatne teškoće stvara činjenica da naše zakonodavstvo nije statično, da se ne razvija pravolinijski i da često menja osnovne koncepcije važnih ustanova. Sve ovo negativno deluje na razvoj pravne nauke koja na različite načine sagledava jedan isti fenomen. Otuda ne treba da čudi što u pravnoj nauci po pitanju definicije rehabilitacije nema konsenzusa, čak ni na nivou samo jednog od pomenutih zakona.

S obzirom na tri navedena zakona, treba razlikovati rehabilitaciju osnovano osuđenih lica posle izdržane, oproštene ili zastarele kazne od rehabilitacije neosnovano osuđenih lica i lica neosnovano lišenih slobode, kao i od rehabilitacije žrtava političke represije, tj. lica koja su u određenom ranijem periodu bila osuđena ili pretrpela nasilje iz političkih ili ideoloških razloga u sudskom ili administrativnom postupku ili bez njega. U tesnoj vezi sa postupkom rehabilitacije osnovano osuđenih lica je i postupak odlučivanja suda o prestanku pravnih posledica osude i određenih mera bezbednosti.[32]

---

[28] M. Vujanić i drugi, *Rečnik srpskoga jezika*, Matica srpska, Novi Sad, 2007, str. 1164.

[29] Glava deveta: „Rehabilitacija, prestanak pravnih posledica osude i davanje podataka iz kaznene evidencije" (član 97–102).

[30] Glava XXXI „Postupak za donošenje odluke o rehabilitaciji, za prestanak pravnih posledica osude i mera bezbednosti" (član 523–529) i glava XXXIV: „Postupak za naknadu štete, rehabilitaciju i ostvarivanje drugih prava lica neosnovano osuđenih i neosnovano lišenih slobode" (član 556 – 564).

[31] Sl. gl. RS 33/2006 (član 1– 9).

[32] O sličnostima i razlikama između navedenih rehabilitacionih procesnih formi videti kod S. Brkić, *Rehabilitacija: tri zakona – tri značenja*, Zbornik radova Pravnog fkulteta u Novom Sadu 3/2008, str. 185-200.

3.4.5. Pomoćne procesne forme

Svaki sud ima svoju nadležnost i svoje područje, u okviru kojih preduzima procesne radnje sam i neposredno. Međutim, ponekad se javlja potreba da u vezi sa krivičnim postupkom koji se vodi u jednom sudu budu preduzete procesne radnje izvan područja tog suda (npr., dostavljanje poziva i odluka, saslušanje pojedinih lica, pretresanje stana itd). S druge strane, sud može imati potrebu za preduzimanjem nekih radnji koje spadaju u nadležnost drugih državnih organa (npr., prinudno dovođenje okrivljenog, svedoka ili veštaka). Te radnje se preduzimaju putem pravne pomoći od strane drugog suda, odnosno drugog državnog organa.

U pomoćne procesne forme svrstali smo mnogobrojne postupke pružanja pravne pomoći. Pravna pomoć može biti unutrašnja i međunarodna. Prvu pružaju domaći sudovi ili drugi državni organi, a drugu pružaju inostrani sudovi ili državni organi. Unutrašnja pravna pomoć može biti pravna pomoć u užem i u širem smislu. Pravnu pomoć u užem smislu ukazuju sudovi jedan drugome preduzimanjem potrebnih procesnih radnji (npr., ispitivanje svedoka). Pravnu pomoć u širem smislu sudovima pružaju drugi državni organi preduzimanjem određenih pravnih radnji ili tehničkih i stručnih usluga za potrebe suda (npr., održavanje reda u sudnici, dostavljanje obaveštenja).

Međunarodna pravna pomoć predstavlja preduzimanje pravnih ili tehničkih radnji od strane nadležnih državnih organa jedne države (zamoljena država), na osnovu zamolnice nadležnog organa druge države (država molilja) radi omogućavanja krivičnog gonjenja, suđenja ili izvršenja izrečenih krivičnih sankcija. Međunarodna krivičnopravna pomoć je sve donedavno bila regulisana Zakonikom o krivičnom postupku (glava XXXII i XXXIII). Ta regulativa je prestala da važi, jer je zamenjena Zakonom o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima (MPP).[33]

4. Klasifikacija procesnih formi u krivičnom procesnom pravu Srbije

I. KRIVIČNOPROCESNE FORME

1. OPŠTA KRIVIČNOPROCESNA FORMA (član 241-431 ZKP)
2. POSEBNE KRIVIČNOPROCESNE FORME
2.1. Uprošćene krivičnoprocesne forme
2.1.1.Uprošćene forme kod kojih izostaje prethodni stadijum ili faza

[33] Sl. gl. RS 20/2009.

2.1.1.1. Skraćeni postupak (član 433-448 ZKP)

2.1.1.2.Postupci za krivična dela učinjena/otkrivena na glavnom pretresu

2.1.1.2.1. Proširenje optužbe za krivična dela okrivljenog (član 342 ZKP)

2.1.1.2.2. Usmena optužba za krivična dela trećih lica (član 301 ZKP)

2.1.1.3. Postupak neposrednog optuženja

2.1.1.3.1. Stroži režim neposrednog optuženja (član 244, stav 1 ZKP)

2.1.1.3.2. Blaži režim neposrednog optuženja (član 244, stav 6 ZKP)

2.1.2. Uprošćene forme kod kojih izostaje glavni stadijum

2.1.2.1. Postupak za kažnjavanje pre glavnog pretresa (član 449-454 ZKP)

2.1.2.2. Postupak za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije (član 455-458 ZKP)

2.1.2.3. Postupak sporazumevanja o priznanju krivice (član 282a-282d ZKP)

2.2. Posebne procesne forme s obzirom na svojstvo okrivljenog

2.2.1. Postupak prema maloletnicima (član 42-85 ZM)

2.3.Posebne procesne forme s obzirom na specifičnost krivične sankcije

2.3.1. Postupak za primenu mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, odnosno na slobodi (član 505-510 ZKP)

II. POSTUPCI KOJI NEMAJU KARAKTER KRIVIČNOPROCESNE FORME

1. PRETKRIVIČNI POSTUPAK (član 221-240 ZKP)

2. DIVERZIONI POSTUPCI

2.1. Uslovno odlaganje krivičnog gonjenja punoletnih lica (član 236 ZKP)

2.2. Postupak izdavanja vaspitnih naloga prema maloletnim licima (član 62 ZM)

3. PROCESNI VARIJABILITETI

3.1. Kriterijum težine krivičnog dela

3.1.1. Lakša ili srednje teška krivična dela[34]

3.1.2. Teža krivična dela

3.1.2.1. Varijabiliteti s ciljem dodatne zaštite interesa okrivljenog[35]

[34] Npr., član 22; član 24, stav 1; član 68, stav 3 ZKP.

3.1.2.2. Varijabiliteti s ciljem efikasnijeg krivičnog gonjenja[36]

3.2. Kriterijum vrste krivičnog dela

3.2.1. Postupak za krivična dela organizovanog kriminala, korupcije i druga izuzetno teška krivična dela (glava XXIXa ZKP)

3.2.2. Postupak za ratne zločine[37]

3.2.3. Postupak za dela visokotehnološkog kriminala[38]

3.3. Kriterijum vrste krivične sankcije ili druge krivičnopravne mere

3.3.1. Postupak za izricanje sudske opomene (član 459-463 ZKP)

3.3.2. Postupak za oduzimanje imovinske koristi (član 513-520 ZKP)

3.4. Kriterijum subjekata krivičnog postupka

3.4.1. Krivični postupak protiv pravnih lica[39]

3.4.2. Krivični postupak u kome se pojavljuje maloletno oštećeno lice (član 150-157 ZM)

4. KONEKSNE PROCESNE FORME

4.1. Adhezione procesne forme

4.1.1. Postupak odlučivanja o imovinskopravnom zahtevu (član 201-212 ZKP)

4.1.2. Postupak odlučivanja o prejudicijalnim pitanjima (član 213 ZKP)

4.1.3. Postupak odlučivanja o troškovima kriv. postupka (član 193-200 ZKP)

4.2. Incidentne procesne forme[40]

4.2.1. Postupak rešavanja sukoba nadležnosti (član 37-39 ZKP)

4.2.2. Postupak izuzeća sudija (Član 41-45 ZKP)

4.2.3. Postupak po pritužbama stranaka[41]

4.2.4. Postupak odobravanja procesne zaštite svedoka (član 109a-109d ZKP)

4.3. Dopunske procesne forme

4.3.1. Postupak za primenu mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i obaveznog lečenja narkomana (član 511 ZKP)

4.3.2.Postupak za primenu mere bezbednosti oduzimanja predmeta (član 512 ZKP)

---

[35] Npr., član 71, stav 1; član 72, stav 1; član 71, stav 4; član 285, stav 3; član 364, stav 6; član 365, stav 4 ZKP.

[36] Npr., član 66; član 142, stav 1, tačka 5; član 144, stav 3; član 234, stav 1 i 2 ZKP.

[37] Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u postupku za ratne zločine (Sl. gl. RS 67/2003, 135/2004, 61/2005, 101/2007, 104/2009).

[38] Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa za borbu protiv visokotehnološkog kriminala (Sl. gl. RS 61/2005, 104/2009).

[39] Član 35-49 Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela (Sl. gl RS 97/2008).

[40] Ovde nije naveden spisak svih incidentnih procesnih formi.

[41] Član 8 Zakona o uređenju sudova (Sl. gl. RS 116/2008, 104/2009).

4.3.3. Postupak za opozivanje uslovne osude (član 521 ZKP)
4.3.4. Postupak za puštanje na uslovni otpust (član 522 ZKP)
4.3.5. Postupak oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela[42]
4.3.6. Postupak za pomilovanje[43]
5. REHABILITACIONE PROCESNE FORME
5.1. Postupak za rehabilitaciju osnovano osuđenih lica (član 523-527 ZKP)
5.2. Postupak za donošenje odluke o prestanku pravnih posledica osude i mera bezbednosti (član 528-529 ZKP)
5.3. Postupak za rehabilitaciju i naknadu štete neosnovano osuđenih lica i lica neosnovano lišenih slobode (član 556-564 ZKP)
5.4. Postupak za rehabilitaciju žrtava političke represije[44]
6. POMOĆNE PROCESNE FORME
6.1. Postupak pružanja unutrašnje pravne pomoći uopšte[45]
6.2. Postupak za izdavanje poternice i objave (član 565-569 ZKP)
6.3. Postupci pružanja međunarodne pravne pomoći
6.3.1. Izručenje okrivljenog ili osuđenog
6.3.1.1. Pasivno izručenje (član 13-37 MPP)
6.3.1.2. Aktivno izručenje (član 38-40 MPP)
6.3.2. Preuzimanje i ustupanje krivičnog gonjenja
6.3.2.1. Preuzimanje krivičnog gonjenja od strane države (član 41-48 MPP)
6.3.2.2. Ustupanje krivičnog gonjenja stranoj državi (član 49-55 MPP)
6.3.3. Izvršenje krivične presude
6.3.3.1. Izvršenje strane krivične presude (član 56-69 MPP)
6.3.3.2. Izvršenje domaće krivične presude u stranoj državi (član 70-82 MPP)
6.3.4. Međunarodna pravna pomoć u užem smislu (član 83-101 MPP)

[42] Član 1-49 Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela (Sl. gl. RS 97/2008).
[43] Član 1-11 Zakona o pomilovanju (Sl. gl. RS 49/1995, 50/1995).
[44] Član 1-9 Zakona o rehabilitaciji (Sl. gl. RS 33/2006).
[45] Član 9 Zakona o uređenju sudova (Sl. gl. RS 116/2008, 104/2009).

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

Classification of Procedural Forms in Criminal Process Law of Serbia

Abstract

This article is dedicated to the classification of procedural forms in criminal process law of Serbia. The author points to the inconsistent and unacceptable conceives about existing classification in the theory. It is possible to speak of differentiation of procedural forms only when criminal procedure is not uniform in all cases. The differentiation, therefore, understands coexistence of at least two procedural forms that can be distinguished.The special criminal procedural forms present a divergence from the general form, based on special grounds and motivated by special goals. From a general standpoint, differentiation has to be present in at least two planes: those of the basis and structure of the procedural form. The basis of the special criminal procedural form is the decisive factor for its creation, which can be found in the special features of the procedural objects, subjects or criminal sanctions. The specific basis calls for specific procedural structures, which can rest on leaving out individual procedural stadia or phases, or by crucially modifying the existing stadia and phases. Therefore, special criminal procedural form has to have specific basis and structure. Such divergent norms, which are sharacterized by special basis but that do not result in specific structure of the procedure, are called procedural variability.

In contrast to the special criminal procedural forms, there are non criminal procedural forms. Those forms are separated in four parts: preliminary criminal proceedings, diversion forms, procedural variability and connected procedural forms. In frame of the connected procedural forms there are: adhesive, incidental, additional, rehabilitation and auxiliary procedural forms.

Key words: criminal procedure, preliminary criminal proceedings, diversion forms, procedural variability, connected procedural forms, adhesive procedural forms, incidental procedural forms, additional procedural forms, rehabilitation procedural forms, auxiliary procedural forms.

Originalni naučni rad 342.727:341.645.5(4)

Dr Sanja Đajić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NEPOVREDIVOST POSLOVNIH PROSTORIJA U PRAVU EVROPSKE UNIJE I PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA[1]

Sažetak: *U radu je prikazan razvoj prava na nepovredivost poslovnih prostorija u pravu Evropske unije i praksi Evropskog suda za ljudska prava. Značaj ovog prava u okvirima dva različita međunarodna pravna sistema ogleda se u ovlašćenjima Evropske komisije da sprovodi istragu prema subjektima za koje sumnja da ne poštuju pravila o zaštiti konkurencije na zajedničkom tržištu. Pošto je reč o širokim ovlašćenjima koja Komisija često koristi, postavilo se pitanje da li subjekti koji su podvrgnuti istrazi mogu da uživaju garancije koje pruža Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava. Pravo na nepovredivost prostorija zaštićeno je Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava, ali se o njegovoj primeni na poslovne prostorije prvi put u praksi dva suda, Suda pravde EZ i Evropskog suda za ljudska prava, izjasnio Sud u Luksemburgu. U radu se daje hronološki pregled sudskih odluka dva Suda koji ilustruje razvoj ovog prava, od pitanja da li se ono odnosi i na pravna lica i poslovne prostorije do pitanja da li je za svaki ulazak u poslovne prostorije potrebna prethodna sudska odluka. Rad zaključuje da, iako praksa pokazuje približavanje dva evropska suda po mnogim pitanjima, značajne razlike su ostale te da praksa Evropskog suda za ljudska prava nije bila od velikog značaja za donošenje Uredbe 1/2003 kojom se zapravo proširuju i ovako značajna istražna ovlašćenja Komisije.*

Ključne reči*: pravo na nepovredivost prostorija - pravila o zaštiti konkurencije – istražna ovlašćenja Komisije – Sud pravde EU i ljudska prava – odnos Evropskog suda za ljudska prava i Suda pravde EU*

---

[1] Rad je nastao u okviru naučnoistraživačkog projekta „Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske unije“ koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu.

Uvod

Zaštita ljudskih prava u Evropskoj uniji ima sada već dugu tradiciju. Kako ova vrsta zaštite nije prvobitno imala svoj osnov u primarnim izvorima prava Evropskih zajedinica, svoje mesto je u komunitarnom pravu našla preko opštih pravnih načela. Tek kasnije će osnivački ugovori uneti direktno upućivanje na Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.[2] Lisabonskim ugovorom čitav korpus ljudskih prava putem Povelje o ljudskih pravima postaje integralni deo prava EU.[3] Inkorporacija ljudskih prava u pravni sistem Evropske unije prošla je kroz dug i zanimljiv proces koji je, sasvim razumljivo, imao ponekad neposrednih dodira sa praksom Evropskog suda za ljudska prava.[4] Organi Evropskih zajednica, a naročito Komisija, imali su značajna javna ovlašćenja koja u neposrednoj primeni mogu ugroziti osnovna ljudska prava. Da li se i na koji način ova ovlašćenja mogu kontrolisati na osnovu standarda zaštite ljudskih prava, i prema kom osnovu, delom je tema i ovog rada u domenu koji se odnosi na zaštitu poslovnih prostorija. Zaštita nepovredivosti poslovnih prostorija posebno je značajna za subjekte Evropske unije zbog izuzetno širokih istražnih ovlašćenja kojima Komisija raspolaže radi zaštite slobodne konkurencije na tržištu Evropske unije.[5] Pita-

[2] Član F Ugovora o Evropskoj Uniji iz Mastrihta (1992) prvi put je pomenuo Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda: „Unija će poštovati osnovna prava kako su garantovana Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda potpisana u Rimu 4. novembra 1950. godine i kao rezultat zajedničkih ustavnih tradicija država članica putem opštih pravnih načela prava Zajednice."

[3] Pored unošenja ljudskih prava u pravni poredak Unije u formi međunarodnog ugovora, Lisabonski ugovor prvi put dozvoljava Evropskoj uniji da postane članica Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

[4] O genezi zaštite ljudskih prava u pravnom sistemu Evropske unije, vidi: R. Etinski, *Osnovi prava Evropske unije*, Novi Sad, 2010, str. 51-21. Takođe, R. Etinski, *Democracy and Human Rights in the European Union* (M. Jovanović, D. Vujadinović, R. Etinski), Pogestei – Univerziteti u Novom Sadu, Nišu, Beogradu i Mariboru, Beograd, Maribor, 2009, str. 165-185.

[5] Ovlašćenja Komisije u pogledu zaštite pravila o konkurenciji prvo su bila regulisana Uredbom Saveta EEZ br. 17/62 (Prva uredba za sprovođenje člana 85 i člana 86 UEZ (*EEC Council: Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty*)). Ona je zamenjena Uredbom br. 1/2003 od 16. decembra 2002. godine o sprovođenju pravila o konkurenciji iz člana 81 i 82 (*Regulation No. 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82*) koja je na snazi od 1. maja 2004. godine.

Šire o obeležjima ovih uredbi i postupku zaštite konkurencije u pravu EU, vidi: P. Đundić, Sprovođenje članova 81. i 82. Ugovora o EZ, u: R. Etinski i dr., *Osnovi prava Evropske unije*, Novi Sad, 2010, str. 361-368; M. Stanivuković, *Pojedinac Pred Sudom evropskih zajednica*, 2. izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 73, 84-85, 89, 126-

nje postaje još zanimljivije ako se desi da ono bude prvo postavljeno Sudu pravde, a ne Evropskom sudu za ljudska prava čija je osnovna nadležnost, za razliku od Suda pravde, upravo zaštita ljudskih prava.

Panasonik protiv Komisije Evropskih zajednica[6]

Britanski ogranak kompanije Panasonik podneo je Sudu EZ tužbu za poništaj odluke Komisije o sprovođenju istrage zbog povrede pravila o zaštiti konkurencije uz dodatni zahtev da se tužiocu vrate sve kopije dokumentacije koje su pribavljene tokom sprovođenja istrage u tužiočevim poslovnim prostorijama. Komisija je donela odluku o sprovođenju istrage kada je posumnjala da je Panasonik uključen u nedozvoljene sporazume i usaglašenu praksu suprotno odredbi osnivačkog ugovora o zaštiti konkurencije. Komisija je donela odluku o sprovođenju istrage i inspekcije u prostorijama Panasonika koju je predala neposredno direktorima preduzeća pre ulaska u prostorije. Zvaničnici koji su obavili inspekciju nisu sačekali dolazak pravnog zastupnika i nakon nekoliko sati su napustili prostorije sa kopijama dokumentacije. Tužilac je u svojoj tužbi za poništaj odluke o sprovođenju istrage istakao nekoliko osnova za poništaj, ali je u ovom kontekstu najznačajniji razlog povrede osnovnih prava.[7] Tužilac je smatrao da su osnovna prava povređena jer Komisija nije unapred obavestila Panasonik o svojoj nameri da sprovede istragu te da je povređeno pravo na odbranu jer tužilac nije učestvovao u postupku donošenja odluke o sprovođenju istrage.[8] Tužilac svoja prava direktno vezuje za čl. 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. i smatra da se garancije iz ove odredbe *mutatis mutandis* primenjuju i na pravna lica.

Sud se upušta u analizu člana 8. uz delimičnu ogradu: „Važno je ukazati na to da član 8, stav 2 Evropske konvencije, u meri u kojoj se primenjuje na pravna lica, iako predviđa da se javna vlast neće mešati u prava iz stava 1 člana 8, ipak prihvata mogućnost mešanja u meri u kojoj je to mešanje 'u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda i kriminala, zaštite zdravlja i morala, i radi zaštite prava i sloboda drugih.“[9] Dakle, Sud ne isključuje mogućnost

127. Kao deo širih nadzornih nadležnosti Komisije, vidi: S. Đajić, Nadležnosti Komisije, *Osnovi prava Evropske unije*, op. cit., str. 104-106.

[6] Predmet 136/79 *National Panasonic (UK) Limited v. Commission of the European Communities*, odluka od 26. juna 1980.

[7] Ibidem, pasus 1.

[8] Ibidem, pasus 17.

[9] Ibidem, pasus 19.

nost primene člana 8. i na pravna lica, iako očigledno procenjuje da je primena ove odredbe na pravna lica ograničena u poređenju sa zaštitom koju uživaju fizička lica. Sud ne daje potpun i konačan odgovor koji je obim i koji su uslovi zaštite pravnih lica na osnovu člana 8. Evropske konvencije. Sud dalje zaključuje da nije došlo do ove povrede, ali ne zato što se član 8. u konkretnom slučaju ne bi mogao primeniti na pravno lice, već zato što Uredba br. 17 ispunjava uslove za ograničenje prava iz stava 2, člana 8. Evropske konvencije.[10]

Sud uz pomoć odluke iz predmeta Nold[11] omogućava primenu čl. 8. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava. Međutim, Sud ne pruža konačan odgovor o obimu zaštite koju bi pravna lica mogla da uživaju na osnovu ove odredbe, tako da će potpuniji odgovor na ovo pitanje Sud dati nešto kasnije.

Hehst AG protiv Komisije Evropskih zajednica[12]

Privredno društvo Hehst AG podnelo je Sudu EZ tužbu za poništaj odluka Komisije o sprovođenju istrage i o izricanju novčanih kazni koje su donete na osnovu Uredbe br. 17 radi primene pravila o zaštiti prava konkurencije. Na osnovu ove Uredbe Komisija je raspolagala značajnim istražnim ovlašćenjima koje je mogla da sprovede samostalno ili, ako postoji protivljenje pravnog lica, uz pomoć organa države članice. Istražna ovlašćenja obuhvataju pravo zvaničnika na uvid u poslovne knjige, ispitivanje na licu mesta i ulazak u prostorije i transportna sredstva.[13] Pošto se tužilac nije povinovao zahtevu koji mu je Komisija neposredno uputila, nadležni sud je dozvolio Komisiji pretres.[14] Tužilac je smatrao da je Komisija u konkretnom slučaju prekoračila svoja ovlašćenja iz Uredbe br. 17, da odluka o sprovođenju istrage ne sadrži adekvatno obrazloženje i da nije doneta u odgovarajućem postupku.[15] Sud je sve ove zahteve odbio.

Pitanja koja su se ovde mogla postaviti su da li pravna lica uživaju zaštitu ljudskih prava i da li se pravo na nepovredivost porodičnog doma i

[10] Ibidem, pasus 20.

[11] Sud se pozvao na odluku u predmetu *Nold* (predmet 4/73) da bi ponovio već poznati zaključak po kojem „osnovna prava čine sastavni deo opštih pravnih načela čije poštovanje Sud obezbeđuje u skladu sa zajedničkim ustavnim tradicijama država članica i u skladu sa međunarodnim ugovorima u kojima su države članice ugovornice." – Ibidem, pasus 18.

[12] Spojeni predmeti 46/87 i 227/88 *Hoechst AG v. Commission of the European Communities*, odluka od 21. septembra 1989. godine.

[13] Član 14. stav 1 Uredbe 17/62. Današnji čl. 20. Uredbe 1/2003.

[14] *Hoechst AG*, op. cit., pasus 6.

[15] Ibidem, pasus 9.

privatnosti može proširiti i na poslovne prostorije i poslovnu korespondenciju. Sud pravde EZ je odgovorio negativno: „Jedino je takav zaključak moguć na osnovu člana 8, stava 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava koji predviđa da: 'Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske'. Zaštita na osnovu tog člana odnosi se na razvoj lične slobode čoveka i zbog toga se ne može proširiti na poslovne prostorije."[16]

Sud EZ koristi dva izvora za svoj zaključak, na različite načine, ali sa istim rezultatom. Opšta pravna načela, po mišljenju Suda, ne mogu zaštiti poslovne prostorije na osnovu prava na privatnost i porodični dom jer ustavna rešenja ovog pitanja u pravnim sistemima država članica nisu ujednačena.[17] Dakle, zaštita nepovredivosti poslovnih prostorija ne postoji kao opšte pravno načelo izvedeno iz ustavnih tradicija država članica. Drugi izvor je član 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava. Sud pravde ovde mora da tumači polje primene i domašaj ove odredbe i zaključuje, iako uz dodatno objašnjenje da se o ovom pitanju Evropski sud za ljudska prava nije izjasnio, da se pravo na privatnost ne proteže na poslovne prostorije.[18] Praktična posledica je da za pretres poslovnih prostorija ne važe iste garancije kao i za pretres privatnog doma čime se isključuje obaveza javnih vlasti da vrše pretres uz sudsku odluku donetu na osnovu zakona, sa jasno definisanim ciljem i uz preduzimanje proporcionalnih mera. Iako, po mišljenju Suda, pravno lice jeste zaštićeno drugim pravima od arbitrarnog postupanja Komisije u istražnom postupku, kao što je pravo na odbranu, pravo na nepovredivost poslovnih prostorija kao opšte pravno načelo ili pravo iz Evropske konvencije ne postoji.

Dau Beneluks protiv Komisije[19] i Dau Kemikal Iberika i drugi protiv Komisije[20]

Sud pravde EZ je nedugo nakon odluke u predmetu Hehst rešio nekoliko sličnih predmeta. Istim povodom kao i u predmetu Hehst, zbog nedozvoljenih sporazuma i usaglašavanja prakse suprotno pravilima o zaštiti konkurencije u oblasti proizvodnje i prodaje PVC-a, Komisija je sprovela istragu i pretres na osnovu Uredbe 17/62. Donoseći odluke istog da-

[16] Ibidem, pasus 18.
[17] Ibidem, pasus 17.
[18] Ibidem, pasus 18.
[19] Predmet 85/87 *Dow Benelux v. Commission*, odluka od 17. oktobra 1989.
[20] Spojeni predmeti 97-99/87, *Dow Chemical Ibérica and Others v. Commission*, odluka od 17. oktobra 1989.

na povodom nekoliko zahteva, Sud EZ praktično ponavlja zaključke iz Hehsta: razlike u unutrašnjim pravnim sistemima država članica su tolike da se ne može tvrditi da postoji opšte pravno načelo koje pravom na privatnost štiti i poslovne prostorije.[21] U pogledu polja primene člana 8, stava 1 Sud pravde EZ zaključuje: „Zaštita na osnovu tog člana odnosi se na razvoj lične slobode čoveka i zbog toga se ne može proširiti na poslovne prostorije."[22]

Nimic protiv Nemačke[23]

Sud pravde EZ je u svim prethodnim slučajevima naveo da se Evropski sud za ljudska prava nije izjasnio da li se zaštita iz stava 1 člana 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava može proširiti i na poslovne prostorije. Međutim, Sud EZ je po ovom pitanju bio delimično u pravu. U predmetu Šonenberger i Durmaz protiv Švajcarske[24] Evropski sud za ljudska prava je zaključio da je povređeno pravo na nepovredivost prepiske između lica u pritvoru i njegovog pravnog zastupnika. Donoseći odluku da je u konkretnom slučaju došlo do povrede nepovredivosti prepiske iz člana 8. Evropske konvencije, Evropski sud za ljudska prava ne pravi razliku između lične i profesionalne prepiske. Dok je za zatvoreno lice prepiska mogla biti lične prirode, za njegovog advokata je to bila profesionalna prepiska i deo njegove poslovne aktivnosti. Analogijom je i Sud pravde EZ mogao proširiti polje primene člana 8. za šta mu je, iako posredno, podršku pružao predmet Šonenberger Durmaz. Ipak, pravu priliku da odgovori na pitanja iz predmeta Hehst Evropski sud za ljudska prava dobio je nekoliko godina kasnije u predmetu Nimic protiv Nemačke.

Tužioci su u ovom predmetu smatrali da je pretres prostorija i dokumentacije advokata, za kojeg se verovalo da je u vezi sa licem u bekstvu koje je poslalo uvredljivo pismo sudiji, suprotno garanciji iz stava 1 člana 8. Evropske konvencije. Sud je našao da su u konkretnom slučaju pretres i pregledanje poverljivih dokumenata u prostorijama advokatske kancelarije povreda prava na privatnost i nepovredivost prostorija i prepiske, te da mešanje u ova prava, iako zakonito i sa legitimnim ciljem sprečavanja krivičnih dela i zaštite prava drugih, nije bilo proporcionalno cilju koji se

[21] *Dow Benelux*, pasus 28; *Dow Chemical Ibérica,* pasus 14.

[22] *Dow Benelux*, pasus 29; *Dow Chemical Ibérica,* pasus 15.

[23] *Niemietz v. Germany*, Odluka Evropskog suda za ljudska prava od 16. decembra 1992. godine.

[24] *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland*, Odluka Evropskog suda za ljudska prava od 20. juna 1988.

želeo postići.[25] U odluci Sud navodi da je Sud pravde EZ u predmetu Hehst došao do suprotnog zaključka, te koristi priliku da posebno obrazloži razlikovanje privatne i poslovne sfere života za potrebe člana 8. Sud smatra da je nepotrebno razlikovati privatnu i poslovnu sferu života što bi ponekad, naročito kod pojedinih slobodnih profesija bilo nemoguće i dovelo do nejednakog tretmana različitih profesija.[26] Pravo na privatnost, po mišljenju Suda, obuhvata pravo lica da uspostavi odnose sa drugima, gde ti odnosi mogu biti privatne i profesionalne prirode.[27] Pozivajući se na ranije odluke (koje su donete ipak nakon odluke Suda EZ u predmetu Hehst) Sud pronalazi podšku za svoje tumačenje. Tako je u predmetu Ivig protiv Francuske Sud zaključio da se zabrana prisluškivanja telefonskih razgovora jednako odnosi na privatne i poslovne pozive.[28] U predmetu Čepel protiv Ujedinjenog Kraljevstva Sud smatra da je ocena zakonitosti pretresa bila u nadležnosti Suda na osnovu člana 8. Evropske konvencije bez obzira što se pretres odnosio na poslovne aktivnosti.[29]

U periodu nakon donošenja odluke u predmetu Nimic Evropski sud za ljudska prava zadržava stav o polju primene člana 8. i na profesionalnu sferu života. Tako u predmetima Halford,[30] Kop,[31] Aman,[32] Foksli,[33] Sud zaključuje da je prisluškivanje poslovnih razgovora zaštićeno članom 8. na isti način kao i mešanje u privatnost praćenjem privatnih razgovora, odnosno nevažno je da li su prostorije u kojima je vršen pretres za ličnu ili profesionalnu upotrebu.[34] Evropski sud za ljudska prava na ovaj način potvrđuje svoj stav o jednakosti privatnog i profesionalnog života kojima pruža jednaku zaštitu na osnovu člana 8. bez obzira da li se ovom zaštitom štite prostorije, lične i profesionalne aktivnosti, korespondencija, raz-

---

[25] Ibidem, pasus 37.

[26] Ibidem, pasusi 29 i 30.

[27] Ibidem, pasus 29.

[28] *Huvig v. France*, Odluka Evropskog suda za ljudska prava od 24. aprila 1990. godine, pasusi 8 i 25.

[29] *Chappell v. United Kingdom*, Odluka Evropskog suda za ljudska prava od 30. marta 1989. godine, pasusi 26 i 51.

[30] *Halford v. United Kindgom*, Odluka Evropskog suda za ljudska prava od 27. maja 1997. godine, pasus 44.

[31] *Kopp v. Switzerland*, Odluka Evropskog suda za ljudska prava od 25. marta 1998. godine, pasus 50.

[32] *Amann v. Switzerland*, Odluka Evropskog suda za ljudska prava od 16. februara 2000. godine, pasusi 44 i 65.

[33] *Foxley v. United Kingdom*, Odluka Evropskog suda za ljudska prava od 20. juna 2000.

[34] *Miailhe v. France* no. 1, Odluka Evropskog suda za ljudska prava od 25. februar 1993. godine, pasus 28.

govori ili drugi međusobni odnosi. Ne samo predmet Nimic već i praksa koja je usledila potvrđuje oprečnost stavova po pitanju zaštite poslovnih prostorija koje su zauzela dva evropska suda.

LMV i drugi protiv Komisije[35]

Praksa Evropskog suda za ljudska prava nakon odluke Hehst pokazuje da je tumačenje člana 8. Suda pravde EZ bilo pogrešno.[36] Sud pravde EZ bi, činilo se iz predmeta Hehst i Dau, dao prednost drugačijem tumačenju da ga je Evropski sud za ljudska prava u to vreme bio usvojio. Moglo bi se zaključiti da će, nakon vrlo jasnog i kategoričnog stava Evropskog suda za ljudska prava o polju primene člana 8, Sud pravde EZ izmeniti stav u budućim predmetima. To, međutim, nije bio slučaj.

Predmet LVM i drugi protiv Komisije posledica je opsežne istrage koju je Komisija sprovela kod svih evropskih proizvođača PVC-a zbog sumnje da postoje sporazumi i nedozvoljeno usaglašavanje prakse u cilju dogovaranja cena, suprotno pravilima o zaštiti konkurencije. Komisija je sprovodeći istragu boravila u poslovnim prostorijama preduzeća, ispitivala svedoke i kopirala obimnu dokumentaciju. Konačno je donela i odluku o povredi pravila konkurencije i izrekla novčane kazne velikom broju preduzeća u sektoru proizvodnje PVC. Podnoseći tužbu za poništaj tužioci su, između ostalog, istakli i nepravilnosti u načinu sprovođenja istrage te su se pozvali na povredu prava na privatnost, iz člana 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, u smislu tumačenja datog u odluci Nimic koje odstupa od prethodno datog tumačenja Suda EZ u predmetu Hehst. Sud ovaj zahtev odbija na sledeći način:

"398. ... tužioci tvrde da je tokom istrage koju je sprovela Komisija povređeno načelo nepovredivosti doma u smislu člana 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava prema tumačenju Evropskog suda za ljudska prava (*Niemietz v. Germany*, presuda od 16. decembra 1992, Ser. A no. 251-B), čija je kontrola mnogo šira od one koja postoji u kontekstu prava Zajednice.

403. Komisija prvo ističe da se Evropska konvencija ne primenjuje na postupke povodom konkurencije u okviru Zajednice…

---

[35] Spojeni predmeti T-305/94, T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 i T-335/94 *Limburgse Vinyl Maatschappij NV and Others v. Commission*, odluka od 20. aprila 1999.

[36] Sličan stav je u bio zauzet i u teoriji. Vidi: R. Lawson, "Confusion and Conflict?. Divergent Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg" u: *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, t. III (1994), 219-251, str. 246.

404. U pogledu merituma zahteva, Komisija smatra da na postojeću sudsku praksu Suda pravde (*Hehst* i *Dau Beneluks*) nema uticaja čl. 8. Evropske konvencije i tumačenje Evropskog suda za ljudska prava.

Odluka Suda

...

(ii) Meritum zahteva

417. Iz gore navedenih razloga,…, zahtevom se tvrdi da je došlo do povrede opšteg načela prava Zajednice kojim se obezbeđuje zaštita od mešanja javnih vlasti u sferu privatnih aktivnosti svih lica, fizičkih i pravnih, koje je neproporcionalno i arbitrarno (*Hehst*, pasus 19; *Dau Beneluks*, pasus 30; spojeni predmeti 97/87, 98/87 i 99/87 *Dau Kemikal Iberika* [1989] ECR 3165, pasus).

– Prvi deo zahteva, koji se tiče punovažnosti formalnih akata o sprovođenju istrage

419. ... U meri u kojoj se zahtevi i argumenti LVM i DSM isti ili slični onima koje je svojevremeno istakao Hehst, Sud ne nalazi razloge da odstupi od prakse Suda pravde.

420. Sudska praksa je, šta više, zasnovana na postojanju opšteg načela prava Zajednice, kako je gore i navedeno, koje se primenjuje na pravna lica. Činjenica da je praksa Evropskog suda za ljudska prava u pogledu primene člana 8. Evropske konvencije evoluirala od tada, prema tome, nema nikakvog neposrednog uticaja na meritornu odluku usvojenu u ovim slučajevima."

Sud je zahtev odbio jer su sva preduzeća dobrovoljno pristala na pretres u poslovnim prostorijama. Sud nije imao dokaza da je Komisija išla preko onog što su joj preduzeća i dozvolila.[37] Međutim, ovde je mnogo značajnije to što Sud EZ odbija da prihvati novo tumačenje koje je Evropski sud za ljudska prava usvojio.

Sosiete Kolas Est protiv Francuske[38]

Evropski sud za ljudska prava, međutim, ne odstupa od svog tumačenja da se zaštita iz člana 8. Evropske konvencije jednako primenjuje i na pravna lica i njihove poslovne prostorije, aktivnosti i korespondenciju. Sukob različitih evropskih sudova je do predmeta Sosiete Kolas Est bio o domašaju zaštite člana 8. Evropske konvencije ali u potpuno različitim okolnostima. Ipak, i površno čitanje kategoričnih zaključaka Evropskog

[37] Ibidem, pasus 422.

[38] *Société Colas Est and Others v. France*, Odluka Evropskog suda za ljudska prava od 16. aprila 2002.

suda u predmetu Hehst moglo je ukazati da bi i na činjenicama sa kojima se često sreće Sud pravde EZ, kao što su istrage Komisije zbog povreda pravila o konkurenciji, Evropski sud za ljudska prava došao do zaključka da je i Evropska komisija ograničena garancijama iz člana 8. Evropske konvencije. Ova pretpostavka jasno je potvrđena u predmetu Sosiete Kolas Est, tri godine nakon što je Sud pravde EZ odbio tumačenje suda u Strazburu.

Nekoliko građevinskih preduzeća je u svojoj tužbi Evropskom sudu za ljudska prava istaklo da su istrage koje su sproveli inspektori Generalnog direktorata za konkurenciju, potrošnju i suzbijanje prevara Francuske, suprotni garancijama iz člana 8. Evropske konvencije jer nisu bile uslovljene sudskim ovlašćenjem niti podvrgnute sudskoj kontroli. Inspekcija je postupala na osnovu uredbe iz 1945. godine, koja je tokom vođenja postupka u Francuskoj i izmenjena 1986. godine. Prvobitna uredba davala je dosta široka ovlašćenja inspektorima: nenajavljen ulazak u sve poslovne prostorije bez sudske odluke i prikupljanje dokumentacije koja može biti od pomoći za sprovođenje istrage, bez posebnih ograničenja. U vreme sprovođenja istrage, tokom 1985. godine, nije postojao pravni lek protiv odluka o sprovođenju istrage niti pravni lek za osporavanje načina sprovođenja istrage. Inspektori su sproveli opsežnu istragu nad više od pedeset preduzeća bez njihove saglasnosti i prikupili su tom prilikom više hiljada dokumenata. Na osnovu prikupljenih činjenica nadležni Savet za konkurenciju pri nadležnom ministarstvu izrekao je novčane kazne zbog povrede pravila o zaštiti konkurencije. Ove kazne je kasnije potvrdio i francuski sud.

Evropski sud za ljudska prava je zaključio da je ovde došlo do povrede prava na nepovredivost prostorija iz člana 8. Evropske konvencije. Iako je u ranijim odlukama, počev od predmeta Nimic, utvrdio da su poslovne prostorije zaštićene ovom odredbom, u njima su se kao tužioci javljala fizička lica. Ovde se prvi put kao tužioci javljaju pravna lica tražeći zaštitu poslovnih prostorija. Sud bez većih problema zaštitu poslovnih prostorija proširuje i na pravna lica: „Polazeći od evolutivnog tumačenja Konvencije Sud smatra da je došlo vreme da se prava iz člana 8. Konvencije tumače tako da pruže pravo preduzećima na poštovanje registrovanog sedišta, ogranka i poslovnih prostorija.“[39] Sud dalje zaključuje da mešanje u pravo na nepovredivost prostorija nije bilo proporcionalno legitimnom cilju, zaštiti pravila o konkurenciji, što je za posledicu imalo povredu člana 8. Konvencije. Proporcionalnost je bila narušena širokim ovlašćenjima inspektora i nepostojanjem prethodne ili naknadne sudske kon-

[39] Ibidem, pasus 41.

trole nad istragom. Važno je i što ovde Sud smatra prethodnu sudsku kontrolu bezuslovnom.

Evropski sud za ljudska prava još jednom potvrđuje svoj stav o nepovredivosti poslovnih prostorija, u kontekstu mnogo bližem luksemburškom Sudu, i to nakon što se Sud pravde EZ oglušio o tumačenje iz predmeta Nimic. Ovaj put Evropski sud za ljudska prava daje odgovore na sva pitanja: i pravna lica i poslovne prostorije spadaju u domašaj člana 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava.

Roket Frer SA i Generalni direktor Generalnog direktorata za konkurenciju, potrošnju i suzbijanje prevara[40]

U postupku po prethodnom pitanju koje je uputio Kasacioni sud Francuske, Sud pravde EZ trebalo je da odluči da li domaći sudovi mogu da odbiju zahtev Komisije za odobrenje ulaska u poslovne prostorije ako ustanove da spisi Komisije ne pružaju dovoljno dokaza o postojanju osnovane sumnje o antikonkurencijskom postupanju, odnosno da li bi takve informacije domaći sud uopšte mogao i da traži od Komisije.[41] Pitanje je postavljeno jer je nacionalno pravo tražilo podnošenje dokaza i informacija koje bi potkrepile zahtev za izdavanje dozvole za ulazak u privatne i poslovne prostorije. Drugim rečima, koji je obim ovlašćenja nacionalnih sudova za preispitivanje zahteva Komisije, koji je u konkretnom slučaju i bio odobren od nižih francuskih sudova. Pitanje je posebno zanimljivo jer je predmet Hehst, na koji se naročito oslanjao Sud EZ u prethodnim predmetima, naglasio značaj nacionalnih procesnih garancija koji imaju status opštih pravnih načela, iako je ovim istim predmetom konstatovano da poslovne prostorije ne uživaju nepovredivost kao i privatni dom. Dajući odgovor na postavljena pitanja Sud EZ polazi od teze da pravo EU već pruža dovoljno garancija preduzećima koja su predmet istrage: odluka o sprovođenju istrage mora imati obrazloženje, od istrage je izuzeta dokumentacija koja nije poslovnog karaktera, preduzeća raspolažu pravom na pravno zastupanje, pravom na odbranu i pravom na tužbu protiv odluke o sprovođenju istrage.[42] Nacionalni sud ne može ispitivati cilj i razloge sprovođenja istrage, jer su ova pitanja rezervisana za instituciju Evropske unije. Pored toga, nacionalni organi su, na osnovu obaveze saradnje, dužni da obezbede efikasno postupanje Komisije. Ipak, Sud pravde EZ zaključuje da ova obaveza do-

[40] *Roquette Frères SA and Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, predmet C-94/00.

[41] Ibidem, pasus 33.

[42] Ibidem, pasusi i 45-50.

maćih sudova nije bezuslovna te da se ne može svesti na automatsku verifikaciju zahteva Komisije. Domaći sudovi mogu zamoliti za dokaze o postojanju opravdanih razloga za sumnju da je postupanje suprotno pravilima o zaštiti konkurencije te da zahtev Komisije za sprovođenje pretresa, koji može obuhvatiti pregledanje prostorija, arhiva i ispitivanje lica, nije arbitreran. Međutim, nacionalni sud od Komisije ne može zahtevati dostavljanje dokaza, ali Sud pravde EZ smatra da to jeste obaveza Komisije. U konkretnom slučaju zaključuje da obrazloženje odluke o istrazi sadrži dovoljno obrazloženu sumnju u pogledu povrede pravila o konkurenciji, iako ta sumnja nije bila potkrepljena dokazima. Prostor preispitivanja odluke Komisije koji Sud pravde EZ do kraja ostavlja nacionalnim sudovima ipak ostaje prilično ograničen:

„Međutim, da se obim preispitivanja koje treba da sprovede nadležni nacionalni sud ne bi lišio svakog smisla i da se ne bi ignorisalo mešanje u privatnu sferu koje sa sobom nosi oslanjanje na organe prinude, treba priznati, da nacionalni organ ne može izvršiti preispitivanje srazmernosti takve mere ako ne uzme u obzir činioce kao što su ozbiljnost pretpostavljenog prekršaja, priroda umešanosti preduzeća u pitanju ili važnost traženih dokaza.

Shodno tome, nadležni nacionalni sud mora imati pravo da odbije da odobri tražene mere prinude, kada je narušavanje konkurencije toliko minimalno, količina verovatne umešanosti preduzeća u pitanju toliko ograničena, a traženi dokazi toliko periferni, da mešanje u sferu privatnih delatnosti pravnog lica pretresom, uz korišćenje organa prinude, izgleda očigledno nesrazmerno i nepodnošljivo u svetlu ciljeva koji se istražnim postupkom pokušavaju ostvariti.“[43]

Logično pitanje koje sledi je da li domaći sud ima ovlašćenje da odbaci zahtev ako smatra da je mera koju predlaže Komisija nesrazmerna cilju koji želi postići, te kakve bi bile posledice po državu članicu da do toga dođe. Sud pravde EZ ovu mogućnost pruža tek ukoliko ni posle dodatnih konsultacija i saradnje u dobroj veri domaći sud nije dobio željene informacije i dokaze. Propust domaćeg suda da pokuša da dobije dodatne informacije i da o tome obavesti Komisiju bi predstavljalo povredu obaveze saradnje iz osnivačkih Ugovora kao i čl. 14. Uredbe 17/62.

Iako u ograničenom obimu, domaći sudovi dobijaju pravo kontrole odluka Komisije o sprovođenju istrage. Zaštita pred domaćim sudovima se proteže i na fizička i na pravna lica, te više nije automatski isključena kao što je to bilo u predmetu Hehst.

[43] Ibidem, pasusi 79 i 80.

Vizer i drugi predmeti pred Evropskim sudom za ljudska prava

Predmeti koji su se kasnije javljali pred Sudom u Strazburu potvrdili su nepromenjen kurs Evropskog suda za ljudska prava zauzet u predmetima Nimic i Sosiete Kolas Est. Dok je u predmetu Nimic zaštita člana 8. bila proširena i na poslovne prostorije i poslovne aktivnosti, Sosiete Kolas Est potvrđuje da tu zaštitu uživaju i pravna a ne samo fizička lica. U periodu nakon donošenja odluka Sosiete Kolas Est i Roket Frer, pred Evropskim sudom za ljudska prava pojavio se veliki broj predmeta u kojima su činjenice bile skoro identične onima iz slučaja Nimic: nepovredivost advokatskih poslovnih prostorija i prekoračenje proporcionalnog mešanja u zaštitu prava na privatnost radi sprečavanja izvršenja krivičnih dela. Povreda nepovredivosti poslovnih prostorija za obavljanje advokatske delatnosti ustanovljena je u predmetima Petri Salinen i drugi protiv Finske,[44] Taner Kilič protiv Turske,[45] Smirnov protiv Rusije,[46] Stefanov protiv Bugarske,[47] Mankevšči protiv Moldavije,[48] Aleksanjan protiv Rusije,[49] Kolesničenko protiv Rusije.[50] U svim ovim slučajevima koji su se odnosili na nedozvoljen pretres advokatskih prostorija Sud je svoj zaključak zasnovao polazeći od činjenice da su poslovne prostorije nesumnjivo zaštićene članom 8. Evropske konvencije osloncem na predmet Nimic. Sud dolazi do zaključka da su sprovedeni pretresi u svakom od ovih slučajeva predstavljali mešanje u pravo na nepovredivost poslovnih prostorija koje je bilo neproporcionalno cilju koji se želeo postići. Neproporcionalnost je proizilazila bilo iz opšte formulacije odluke o pretresu ili prekoračenja ovlašćenja tokom pretresa, što pokazuje da Sud strogo kontroliše sve elemente sprovođenja pretresa poslovnih prostorija.

Potvrda da i pravna lica uživaju ovakvu zaštitu, što je izrečeno u predmetu Sosiete Kolas Est, može se pronaći u docnijem predmetu Vizer.[51] Sud je zaključio da je zahtev pravnog lica zbog povrede poslovnih prostorija dopušten te da će se i ovde, kao i kod zahteva fizičkih lica, proveravati po-

---

[44] *Petri Salinnen and Others v. Finland*, Odluka Evropskog suda za ljudska prava od 27. septembra 2005.

[45] *Taner Kiliç v. Turkey*, Odluka Evropskog suda za ljudska prava od 24. oktobra 2006.

[46] *Smirnov v. R*ussia, Odluka Evropskog suda za ljudska prava od 7. juna 2007.

[47] *Iliya Stefanov v. Bulgaria*, Odluka Evropskog suda za ljudska prava od 22. avgusta 2008.

[48] *Mankevschi v. Moldova*, Odluka Evropskog suda za ljudska prava od 7. oktobra 2008.

[49] *Aleksanyan v. Russia*, Odluka Evropskog suda za ljudska prava od 22. decembra 2008.

[50] *Kolesnichenko v. Ru*ssia, Odluka Evropskog suda za ljudska prava od 9. aprila 2009.

[51] *Wieser and Bicos Beteiligungen Gmbh v. Austria*, Odluka Evropskog suda za ljudska prava od 16. oktobra 2007.

stojanje sudske odluke o vršenju pretresa, preciznost uslova i razloga za vršenje pretresa, opravdanost izricanja ove prinudne mere i način sprovođenja istrage. Sve ove kriterijume primenjuje Sud prilikom kontrole primene prinudnih mera u prostorijama pravnih lica.

Komentar

Značaj istraživanja veza između Suda pravde EU i Evropskog suda za ljudska prava postoji zbog značajnih istražnih ovlašćenja kojima raspolaže Komisija radi kontrole prava o zaštiti konkurencije. Komisija je i najznačajniji organ Evropske unije za kontrolu primene pravila konkurencije, a zbog obima svojih ovlašćenja reč je o međunarodnom organu bez presedana. Komisija može pokrenuti ispitivanje da li preduzeća unutar Evropske unije postupaju suprotno pravilima o zaštiti konkurencije radi zaštite interesa EU, a to će postojati svaki put kada „je reč o ozbiljnoj povredi, kada se u konkretnom slučaju otvaraju nova pravna pitanja, odnosno kada osporavana praksa može biti od značaja na tržišne integracije."[52] Prilikom ispitivanja Komisija prvo prikuplja dokaze da bi utvrdila da li je došlo do povrede, a nakon toga može sprovesti postupak i doneti odluku.[53] U postupku prikupljanja dokaza Komisija može od preduzeća koja su pod istragom zatražiti dostavljanje informacija i dokumentacije, ali može i sama sprovesti pretres poslovnih prostorija, službenih arhiva, prevoznih sredstava, pa čak i privatnih domova zaposlenog osoblja.[54] Komisija čak ima pravo da kopira dokumentaciju i da zapečati prostorije ili arhivu za vreme trajanja istrage.[55]

Ovlašćenja Komisije podsećaju na policijska ovlašćenja, s tim da kontrola ovlašćenja Komisije nije podržana potpunom sudskom zaštitom kao što bi to bio slučaj sa nacionalnim organima. Iako navedena sudska praksa podseća da postoji niz procesnih garancija, one su rezervisane tek za sudski postupak koji zainteresovano lice može pokrenuti samostalno, dok Uredba 1/2003 ne zahteva obaveznu prethodnu sudsku kontrolu odluka o sprovođenju istrage. Takva vrsta kontrole će postojati tek ukoliko domaće pravo države članice to zahteva i ako se preduzeće usprotivi istrazi. Sudsku kontrolu će tada sprovesti domaći sud, ali će njegova ovlašćenja u ovom pogledu ipak ograničena, što

[52] D. Chalmers et al., *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, str. 941.

[53] Šire, vidi: M. Stanivuković, *Sud Evropske unije i pravo konkurencije, zbirka odluka*, ACPC, Beograd, 2010 , str. 16-25.

[54] Čl. 20. i 21. Uredbe br. 1/2003.

[55] Ibidem, čl. 20.

proizilazi iz predmeta Roket Frer i Uredbe 1/2003.[56] Druga vrsta sudske kontrole postoji pred sudskim institucijama EU putem tužbe za poništaj odluke o sprovođenju istrage,[57] ali ta vrsta kontrole neće sprečiti sprovođenje inspekcije. Postoji mogućnost i da se traži izricanje privremenih mera uz tužbu o poništaju odluke o istrazi, ali zbog uslova koje je potrebno ispuniti ovo pravno sredstvo nije efikasno u zaštiti od inspekcija. Takođe, ovim pristupom se subjekt pod istragom stavlja u neobičnu poziciju: on je taj koji mora pokrenuti sudsku kontrolu umesto da obavezu prethodne sudske kontrole ispuni Komisija pre sprovođenja inspekcije. Obaveza koja se na ovaj način indirektno stavlja subjektu pod istragom na teret postavlja ga u neravnopravan položaj u odnosu na Komisiju. Neobično široka ovlašćenja praćena slabom sudskom kontrolom razumljivo su izazvala potrebu da se rad Komisije podvrgne kontroli i putem zaštite ljudskih prava.

U kojoj meri je takva kontrola moguća i kakvu zaštitu bi mogla dobiti pravna lica u pravu Evropske unije prvi je odlučio Sud pravde EZ u predmetima Hehst i Dau. Predmet Hehst je tako postao simbol vrlo ograničene zaštite pravnih lica putem Evropske konvencije za ljudska prava. Sud pravde EZ je jednostavno isključio mogućnost zaštite pravnih lica i poslovnih prostorija na osnovu člana 8. Evropske konvencije oslanjajući se delom i na činjenicu da Evropski sud za ljudska prava o tom pitanju nije odlučivao. Ipak, ni ovom odlukom nije isključena u potpunosti zaštita pravnih lica i poslovnih prostorija na jednom opštem nivou: "Ipak, u svim pravnim sistemima država članica, svaka intervencija javnih vlasti u sferu privatnih aktivnosti nekog lica, fizičkog ili pravnog, mora da ima zakonsku osnovu i da bude

[56] „Kada se traži ovlašćenje iz stava 7 [odobrenje nacionalnog suda za sprovođenje inspekcije – prim. S.Đ.], nacionalni sud proverava da li je odluka Komisije autentična i da li su predviđene prinudne mere arbitrarne ili preterane imajući u vidu predmet inspekcije. Prilikom ocene proporcionalnosti prinudnih mera nacionalni sudovi mogu Komisiju zamoliti, neposredno ili preko organa države članice za zaštitu prava konkurencije, za detaljna objašnjenja o razlozima zbog kojih Komisija smatra da je došlo do povrede čl. 81. i 82. Ugovora, kao i o ozbiljnosti navodnih povreda i prirodi umešanosti osumnjičenog preduzeća. Ipak, nacionalni sudovi ne mogu dovesti u pitanje neophodnost sprovođenja inspekcije niti zahtevati da im se dostave podaci iz dosijea kojima raspolaže Komisija. Zakonitost odluke Komisije može kontrolisati jedino Sud pravde." – Član 20, stav 8 Uredbe br. 1/2003.

[57] "Tužbom za poništaj (*action for annulment, recours en annulation*) se neposredno osporava zakonitost akata Zajednice. U postupku koji je pokrentu ovom tužbom Sud EZ ili Provstepeni sud ispituje zakonitost napadnutog akta koji je donela institucija Zajednice. Ako je tužba osnovana, nadležni sud ga oglašava ništavim." - M. Stanivuković, *Pojedinac pred Sudom evropskih zajednica*, op. cit., str. 70. Šire o tužbama za poništaj odluka u oblasti konkurencije, vidi: M. Stanivuković, ibidem, str. 84-85, 126-127.

opravdana razlozima zasnovanim na zakonu, te shodno tome, svi ti pravni sistemi obezbeđuju, mada u različitim oblicima, zaštitu od arbitrarne i neproporcionalne intervencije. Potreba za takvom zaštitom mora se priznati kao opšte načelo prava Zajednice. U tom smislu, treba ukazati da je Sud zauzeo stav da je sam ovlašćen da utvrdi da li su istražne mere koje je preduzela Komisija po Ugovoru o EZUČ preterane."[58] Naravno, to nije bio odgovor koji je mogao da obraduje preduzeća na prostoru Evropske unije. To nije bio ni odgovor sa kojim bi se složio Evropski sud za ljudska prava koji je, nekoliko godina kasnije u predmetu Nimic, jasno stavio do znanja da restriktivno tumačenje garancija iz Evropske konvencije, čiji je on glavni čuvar, nije bilo opravdano u predmetu Hehst. Evropski sud za ljudska prava ne vidi zašto bi, i na koji način, mogla da se napravi razlika između profesionalnih i privatnih aktivnosti, a samim tim i poslovnih i privatnih prostorija i korespondencije. Jasno je da i javna sfera svih lica u nadležnosti članica Evropske konvencije uživa jednaku zaštitu. Razlikovanje javnog i privatnog bi bilo vrlo teško, ali zapravo i potpuno nepotrebno.

Nakon predmeta Hehst moglo se možda i reći da je do sukoba ova dva suda došlo slučajno: prvi sud pred kojim se ovo pitanje našlo nije raspolagao uputstvima suda iz Strazbura, što je posebno i naglasio. Da sukob ipak nije samo posledica sudskog rasporeda potvrdio je i predmet LMV i drugi protiv Komisije. Uprkos sada vrlo jasnom uputstvu koje je stiglo od Evropskog suda za ljudska prava, sud u Luksemburgu zaključuje da nema razloga da odstupi od tumačenja u predmetu Hehst. Sada već jasan sukob Luksemburga i Strazbura dobija nastavak u predmetu Sosiete Kolas Est i još jednom Evropski sud za ljudska prava potvrđuje svoje tumačenje i ovoga puta ga jasno proširuje i na pravna lica upravo u kontekstu prava konkurencije. U ovom predmetu se implicitno zahteva obavezna prethodna sudska kontrola svake inspekcije. Konačno će nešto pomirljiviji stav, uz pozivanje na Sosiete Kolas Est, pokazati Sud pravde u predmetu Roket Frer: pravna lica uživaju zaštitu poslovnih prostorija i domaći sudovi imaju ograničenu kontrolu zahteva Komisije za dobijanje odluke o sprovođenju pretresa. Međutim, Sud pravde ćuti o zaključcima Evropskog suda za ljudska prava u pogledu obavezne prethodne sudske kontrole odluka o inspekciji.

Iako su se dva evropska suda značajno približila u svojim tumačenjima u pogledu izjednačavanja pravnih i fizičkih lica kao beneficijara prava na privatnost, razlike su ostale. U predmetu Sosiete Kolas Est Evropski sud za ljudska prava smatra da je prethodna sudska odluka za prinudno

[58] Hehstt, op. cit., pasus 19.

sprovođenje inspekcije uvek neophodna te da njeno odsustvo narušava proporcionalnost prilikom postizanja legitimnog cilja.[59] Sud pravde u predmetu Roket Frer ne ide tako daleko, jer zahteva prethodnu sudsku kontrolu nacionalnog suda tek ukoliko domaće pravo države članice zahteva obaveznu prethodnu sudsku kontrolu. Umesto toga, i u ovom predmetu Sud pravde naglašava nekoliko pravnih sredstava koja stoje na raspolaganju zainteresovanom preduzeću koja on može iskoristiti pred sudskim institucijama Evropske unije.

Možda se različiti stavovi dva suda mogu bolje razmotriti u svetlu odnosa Suda pravde i Evropskog suda za ljudska prava i njihovim međusobnim pokušajima da odrede područje svog uticaja.[60] Naime, epilog ove zanimljive sudske komunikacije[61] možda i nije imao previše praktičnog značaja. I pre i posle Hehsta Sud pravde nije u potpunosti isključio zaštitu pravnih lica. Takođe, i pre i posle Nimica zaštita iz člana 8. Evropske konvencije nije bila apsolutna i bezuslovna: stav 2 ove odredbe dozvoljava ograničenja na osnovu zakona radi postizanja legitimnog cilja koja su proporcionalna i neophodna u demokratskom društvu.

Međutim, uočljivo je da uprkos jasnim uputstvima koja su stizala iz Strazbura, nova Uredba iz 2003. godine ne samo da ova uputstva nije uzela u obzir već je delimično i proširila ovlašćenja Komisije na pretres privatnih prostorija, pravo intervujisanja lica i zatvaranja poslovnih prostorija.[62] Nije iskorišćena prilika ni da se uvede obavezna prethodna sudska kontrola, pred sudskim institucijama Evropske unije ili domaćim sudovima, kako je na to uputio Evropski sud za ljudska prava u predmetu Sosiete Kolas Est. Nakon svih ovih odluka Komisija raspolaže još širim ovlašćenjima, iako je i dalje potrebno da ispuni uslove iz stava 2, člana 8.

---

[59] Sosiete Kolas Est, pasusi 48 i 49.

[60] O suprotnoj tendenciji, uzajamnom poštovanju ova dva suda i međusobnom priznanju značaja sudske prakse, vidi: F. G. Jacobs, "The European Convention on Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the European Court of Justice", u: *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective* (Ingolf Pernice/Juliane Kokott/Cheryl Saunders), Nomos-Verlag, 2006, str. 291-296.

[61] O ovim i nekim drugim predmetima u ovom kontekstu, vidi: R. Etinski, „Respect for Private and Family Life", u: *Democracy and Human Rights in the European Union* (M. Jovanović, D. Vujadinović, R. Etinski), op. cit., str. 268-269.

[62] Pojedini autori ukazuju na to da može biti razumljivo zašto je prva Uredba iz 1962. godine zanemarila zaštitu ljudskih prava, pošto praksa Evropskog suda za ljudska prava u to vreme nije bila razvijena niti je imala odgovor na ova pitanja. Međutim, 2002. godine kada je sačinjen predlog nove uredbe, odgovore na sva sporna pitanja je dao Evropski sud za ljudska prava. Šire, videti: A. Riley, „The ECHR Implications of the Investigation Provisions of the Draft Competition Regulation", 51 *International and Comparative Law Quarterly* (2002), str. 55-89.

Evropske konvencije. Dodatna kontrola putem nacionalnih sudova uvedena predmetom Roket Frer i predviđena čl. 20, stav 8 Uredbe 1/2003,[63] neće predstavljati suviše velik teret za Komisiju ne samo zbog vrlo ograničenog dometa ove kontrole već i zbog činjenice da se nacionalni sudovi u praksi retko odlučuju da posegnu za tako drastičnim merama protiv institucija Evropske unije.[64]

Možda se pravo rešenje ovog problema nalazi u najnovijim sistemskim reformama Evropske unije. Uvođenjem Povelje o ljudskim pravima u pravni poredak Evropske unije otvorena su vrata za direktnu primenu tumačenja Evropskog suda za ljudska prava. Član 52, stav 3 Povelje EU o ljudskim pravima glasi: "U meri u kojoj Povelja predviđa prava koja odgovaraju pravima koje garantuje Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, značenje i obim ovih prava biće isti kao i kod prava garantovanih Konvencijom. Ova odredba neće ograničiti pravo Unije da obezbedi veću zaštitu. Članom 53. Povelja garantuje da nivo zaštite neće biti ispod, *inter alia*, zaštite koju pruža Evropska konvencija za ljudska prava, a preambula Povelje posebno upućuje na praksu Evropskog suda za ljudska prava. Iako član 7. Povelje sadrži odredbu koja štiti pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku, bez posebnog upućivanja na status pravnih lica i poslovnih prostorija, navedene odredbe iz Povelje bi mogle obezbediti neposrednu primenu sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava u meri koja bi omogućila efikasniju kontrolu istražnih ovlašćenja Komisije i eventualno uvela obavezu prethodne sudske kontrole odluka o inspekciji. Buduće članstvo Evropske unije u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava obezbediće kontrolu rada institucija EU, a samim tim i prava EU, pred Evropskim sudom za ljudska prava koji bi mogao sada direktno da uvede poželjne standarde iz ove oblasti u pravo Evropske unije.

[63] Zaključci Suda pravde iz predmeta Roket Frer su kasnije uneti u čl. 20. Uredbe 1/2003: „Detaljna pravila o pravu Komisije da traži od nacionalnog suda da odobri sprovođenje prinudnih mera i o načinu postupanja nacionalnog suda u takvom slučaju, sadržana u poslednja tri stava člana 20 Uredbe 1/2003, potiču iz odluke Suda EU u predmetu Roket frer u kome se postavilo ovo pitanje." – M. Stanivuković, *Sud Evropske unije i pravo konkurencije, zbirka odluka,* op. cit., str. 18-19.

[64] D. Chalmers, op. cit., str. 945.

Sanja Đajić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Novi Sad

Inviolability of Business Premises in the EU Law and the Case Law of the European Court for Human Rights

Abstract

This article aims to provide a general overview of the development of the right to inviolability of business premises in the EU law and the case law of the European Court for Human Rights. The relevance of this issue for two international legal systems comes from the powers of investigation of the European Commission for monitoring the compliance with the EU competition rules. There is general consensus that investigation powers of the Commission are substantial and sometimes overreaching, so the question was whether legal persons subject to inspections under charges for anticompetitive behaviour may claim protection under Article 8 of the European Convention for Human Rights. The first court to pronounce its finding was the European Court of Justice which denied this possibility. This decision was then followed by an interesting dialogue between two European courts. This paper is structured around the chronological overview of the cases rendered by the ECJ and ECHR. Though two courts finally agreed that legal persons may claim protection under Article 8, they still disagreed on the level of pre-inspection judicial control required under this provision. The article concludes that proximation of case laws of two courts was less than hoped for and that the firm stance of the European Court for Human Rights was disregarded in the process of adoption of a new Regulation 1/2003 which actually enhanced already wide powers of the Commission.

Key words: right to inviolability of business premises – EU competition rules – Commission investigation powers – ECJ and human rights – ECHR and ECJ.

Originalni naučni rad 347.28:347.952.1

Dr Nikola Bodiroga, docent
Pravnog fakulteta u Beogradu

VANSUDSKI IZVRŠNI POSTUPAK NA OSNOVU ZAKONA O ZALOŽNOM PRAVU NA POKRETNIM STVARIMA UPISANIM U REGISTAR

Sažetak: *Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar je uveo u pravni sistem jedan sistem namirenja na pokretnim stvarima koji odudara od dosadašnjih rešenja u ovoj oblasti. Do donošenja ovog zakona, režim založnog prava zasnovan na državini kao njegovoj osnovnoj spoljnoj manifestaciji, bio je uređen odredbama ZOO i u slučaju neispunjavanja obaveza od strane založnog dužnika vodio je sudskom namirenju. Novi sistem ustanovljen Zakonom o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar je najpre rekonstruisao sistem založnog prava, predviđajući ostanak predmeta založnog prava u državini zalogodavca i registraciju založnog prava u Registru zaloge, čime se ustanovljava naročit vid publiciteta. Namirenje može biti sudsko u skladu sa odredbama ZPP i ZIP i vansudsko u skladu sa odredbama ovog zakona. U postupku vansudskog namirenja postoje određene specifičnosti. Fizička lica zalogodavci koja ne zaključuju ugovor o zalozi u okviru privredne delatnosti su bolje zaštićena od privrednih subjekata i pravnih lica javnog i privatnog prava. U toku postupka vansudskog namirenja može se osporiti postojanje potraživanja, njegove dospelosti, kao i samog založnog prava. U tom slučaju založni dužnik može podneti (opozicijsku) tužbu. Ukoliko se tužbeni zahtev usvoji nakon što je izvršenje sprovedeno može se podneti predlog za protivizvršenje i tužba zbog pravno neosnovanog obogaćenja. Iako zamišljeno kao vansudsko namirenje, u najvažnijim pitanjima i dalje odlučuje sud. Sam postupak vansudskog namirenja jeste poseban, ali ga je nemoguće zamisliti bez shodne primene odredaba ZIP.*

Ključne reči: *zaloga na pokretnim stvarima.–sudsko izvršenje– vansudsko izvršenje.– namirenje.*

I. NOVI REŽIM ZALOGE NA POKRETNOSTIMA

Do donošenja Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar (u daljem tekstu: ZZP)[1], zasnivanje založnog prava na pokretnim stvarima je bilo praćeno njihovom predajom u državinu založnom poveriocu, odnosno lišavanjem zalogodavca državine založene pokretne stvari. Zalogodavac predaje pokretnu stvar u ruke založnom poveriocu za obezbeđenje potraživanja, i time omogućava, da se u slučaju da dužnik ne ispuni svoju obavezu o dospelosti, založni poverilac može namiriti pre ostalih poverilaca iz vrednosti založene stvari. S druge strane, založni poverilac je dužan da primljenu stvar čuva, i po prestanku svog potraživanja, neoštećenu je vrati zalogodavcu.[2]

ZZP uređuje zalogu pokretnih stvari na drugačiji način od ZOO. Predmet ZZP je zaloga, bez predaje u državinu, pokretnih stvari i prava radi obezbeđenja potraživanja poverioca, ugovor o zalozi, prava i obaveze ugovornih strana, upis založnog prava u registar, namirenje založnog poverioca i prestanka založnog prava.[3] ZOO propisuje da zalogoprimac stiče založno prava kada mu stvar koja je predmet ugovora bude predata.[4] S druge strane, ZZP predviđa da se pokretne stvari i prava zalažu upisom založnog prava u registar koji se ustanovljava u skladu sa zakonom.[5] Iako ustanovljava poseban režim založnog prava na pokretnostima ZZP ne pretenduje na sveobuhvatno regulisanje svih pitanja koja se ovde mogu pojaviti, pa se na odnose koji nisu njime uređeni primenjuju obligaciono-pravni, svojinskopravni i drugi propisi. Usled činjenice da je težište sa predaje pokretne stvari u državinu pomereno na upis založnog prava u registar, sama definicija ugovora o zalozi odudara od one koju prihvata ZOO. Ugovorom o zalozi obavezuje se zalogodavac prema poveriocu da mu pruži obezbeđenje za njegovo potraživanje tako što će se poverioćevo pravo na stvari zalogodavca upisati u registar založnog prava, odnosno u

---

[1] Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar („Službeni glasnik RS“, 57/03,61/05 i 64/06)

[2] Vidi član 966. ZOO.

[3] Vidi član 1. stav 1. ZZP.

[4] Vidi član 968. ZOO.

[5] Vidi član 1. stav 2. ZZP. Založno pravo se može zasnovati i predajom stvari u državinu, tj. ne mora se upisati u registar, ali u tom slučaju može da nastane problem kod određivanja reda prvenstva založnih prava.

Registar zaloge.[6] Za vođenje Registra zaloge nadležna je Agencija za privredne registre. U okviru Agencije poslove upisa obavlja Registrator. Smisao zasnivanja založnog prava na pokretnim stvarima, bez obzira na to da li je izvedeno u skladu sa odredbama ZOO ili ZZP, jeste da se olakša namirenje založnog poverioca. Do donošenja ZZP, založno pravo na pokretnoj stvari zasnovano u skladu sa odredbama ZOO je imalo za cilj da pruži dodatne garantije založnom poveriocu, odnosno da smanji neizvesnost u pogledu naplate potraživanja.[7] Sam založni poverilac koji je zasnovao založno pravo u skladu sa odredbama ZOO, je da bi naplatio svoje potraživanje bio dužan da se obrati sudu. Založni poverilac bi tada tražio da se stvar proda na javnoj prodaji, ili po tekućoj ceni, kad stvar ima berzansku ili tržišnu cenu.[8] Ako bi troškovi javne prodaje bili nesrazmerno veliki prema vrednosti založene stvari, sud bi mogao odluči da je poverilac proda po ceni uvrđenoj procenom stručnjaka, ili da je, ako hoće, zadrži za sebe po toj ceni.[9] Obraćanje sudu bi jedino izostalo ako se radi o ugovoru u privredi. Kada dužnik ne bi namirio svoje potraživanje iz ugovora u privredi, poverilac ne bi bio dužan da se obrati sudu, nego bi mogao da pristupi prodaji založene stvari na javnoj prodaji po isteku osam dana od dana upozorenja učinjenog dužniku kao i zalogodavcu, kad to nije isto lice, da će tako postupiti.[10] ZZP uvodi specifičan režim namirenja založnih poverilaca koji će biti predmet naše analize.

II. SADRŽINA I PREDMET UGOVORA O ZALOZI

Ugovor o zalozi sadrži naročito: dan zaključenja, ime i prezime ili firmu, prebivalište ili boravište, odnosno sedište poverioca i zalogodavca, kao i dužnika ako su to različita lica, predmet založnog prava sa potreb-

[6] Vidi član 2. stav 1. ZZP. Nasuprot tome član 966. ZOO: „Ugovorom o zalozi obavezuje se dužnik (zalogodavac) ili neko treći da mu preda neku pokretnu stvar na kojoj postoji pravo svojine da bi se pre ostalih poverilaca mogao naplatiti iz njene vrednosti, ako mu potraživanje ne bude plaćeno o dospelosti, a poverilac se obavezuje da primljenu stvar čuva i po prestanku potraživanja vrati neoštećenu zalogodavcu". Definicija ZOO je iscrpnija jer su njome obuhvaćene i najvažnije obaveze obeju ugovornih strana, dok se ZZP fokusira na sam nastanak založnog prava, odnosno na konstitutivnost upisa u Registar zaloge.

[7] Ipak, dokle god se u postupku sudskog izvršenja namiruju i određena privilegisana potraživanja (član 89.ZIP u vezi sa čl.140 i 141. ZIP), jasno je da ta dodatno obezbeđenje založnom poveriocu ne znači mnogo.

[8] Vidi član 980. stav 1. ZOO.

[9] Vidi član 980. stav 2. ZOO.

[10] Vidi član 981. stav 1. ZOO.

nim obeležjima i podatke o potraživanju koje se obezbeđuje založnim pravom.[11] Sam ugovor mora biti zaključen u pisanoj formi. ZZP uvodi pretpostvku konstitutivnosti upisa u Registar zaloge, mada može biti i drukčije propisano.[12] Ako je zalogodavac založio stvar na kojoj nema pravo svojine ili ako zaloga nije punovažna iz drugih razloga, upis u Registar zaloge ne proizvodi pravno dejstvo.[13] Založno pravo se može upisati u Registar zaloge na zahtev poverioca ili zalogodavca. Kada se upis zahteva od strane poverioca, traži se izričita izjava zalogodavca da pristaje da poverilac upiše založno pravo u Registar zaloge.[14]

Sam postupak upisa u Registar zaloge se pokreće podnošenjem zahteva. Zahtev se podnosi na propisanom obrascu i zavodi se u Registar zaloge u momentu njegovog prijema u Agenciji za privredne registre o čemu se podnosiocu zahteva izdaje potvrda. Uz sam zahtev se podnosi i zakonom propisana dokumentacija. Registrator ne ispituje tačnost podataka i verodostojnost dokumenata dostavljenih uz zahtev.[15] Odluke registrator donosi u formi rešenja ili zaključka. Rešenjem se odobrava upis u Registar zaloge ili brisanje podataka iz Registra zaloge, kada je to predmet zahteva. Zaključkom se zahtev odbacuje kada nije podnet u skladu sa zakonom.[16] Protiv rešenja ili zaključka iz člana 65v ZZP može da se izjavi žalba u roku od 15 dana od dana dostavljanja rešenje, odnosno zaključka. Žalba se podnosi ministru nadležnom za poslove privrede preko Agencije.[17] Na pitanja koja se odnose na postupak upisa u Registar zaloge, a koja ovim zakonom nisu posebno uređenja, shodno se primenjuju odredbe zakona kojima se uređuje opšti upravni postupak.[18]

Poverilac čije je založno pravo upisano Registar zaloge može se naplatiti iz vrednosti predmeta založnog prava pre ostalih poverilaca, ako mu njegovo potraživanje ne bude plaćeno o dospelosti. Pravo na namirenje ima dejstvo i prema trećem licu koje je predmet založnog prava pribavilo od za-

---

[11] Vidi član 3. stav 1. ZZP. Ugovor o zalozi ne sadrži odredbu o pravu založnog poverioca da se namiri iz vrednosti založene stvari, ako mu potraživanje ne bude plaćeno o dospelosti, dok ugovor o hipoteci tu odredbu mora da sadrži. Iz navedenog razloga se ugovor o hipoteci smatra izvršnom ispravom (član 15. Zakona o hipoteci), dok to svojstvo nema ugovor o zalozi.

[12] Vidi član 4. stav 1. ZZP.

[13] Vidi član 4. stav 2. ZZP. U svakom slučaju bi se ništavost tog upisa morala obznaniti u skladu sa pravilima upravnog postupka koja se primenjuju na upis u Registar zaloge.

[14] Vidi član 5. stav 2. ZZP.

[15] Vidi član 65b ZZP.

[16] Vidi član 65v ZZP.

[17] Vidi član 65g ZZP.

[18] Vidi član 65d ZZP.

logodavca, kao i prema docnijim pribaviocima predmeta založnog prava. To znači da sam upis u Registar zaloge ne znači za dužnika zabranu raspolaganja založenom stvari. U izvršnom postupku, kada se zasnuje sudsko založno pravo i upiše u Registar zaloge takva zabrana postoji. Svim licima koja poseduju ili imaju kontrolu nad popisanim stvarima zabranjuje se da raspolažu tim stvarima bez sudskog naloga.[19] U slučaju da je pokretna stvar na kojoj je zasnovano založno pravo upisom u Registar zaloge, istovremeno predmet namirenja po pravilima ZIP postavlja se pitanje kako operacionalizovati odredbu člana 6. stav 2 ZZP, po kojoj pravo na namirenje ima dejstvo i prema trećem licu, koje je pribavilo stvar od zalogodavca, kao i prema docnijim pribaviocima predmeta založnog prava. Lica koja stiču pravo svojine na pokretnim stvarima koja su predmet sudskog izvršenja to pravo ne izvode iz prava izvršnog dužnika, već iz akta javne vlasti, pa se onda odredba člana 6. stav 2. ZZP na njih ne bi mogla primeniti, što znači da bi se u slučaju konkurencije vansudskog izvršenja u skladu sa odredbama ZZP i sudskog izvršenja uređenog odredbama ZIP morala dati prednost sudskom izvršnom postupku, odnosno poverioci koji su se odlučili za sudski put imaju snažniji položaj.

O odnosu založnog prava nastalog po odredbama ZZP i zalžnog prava nastalog u skladu sa odredbama ZIP se izjašnjavala i sudska praksa. „Rešenje prvostepenog suda od 28.9.2006. godine, kojim je prigovor izvršnog dužnika protiv rešenja o izvršenju odbačen kao neosnovan, doneto je protivno odredbi člana 14. ZIP, kojom je propisano da o žalbi odlučuje drugostepeni sud, osim u slučaju iz člana 19. st. 1 i 2. ZIP. Iako član 19. ZIP daje mogućnost prvostepenom sudu da, ako oceni da je žalba osnovana, žalbu izvršnog dužnika izjavljenu protiv rešenja o izvršenju usvoji, to ne znači da prvostepeni sud ima ovlašćenje da, ako je žalba neosnovana, žalbu izvršnog dužnika odbije, odnosno odbaci, a kako je to u konkretnom slučaju učinio prvostepeni sud. Iz navedenog proizilazi da nije bilo mesta donošenju pobijanog rešenja od 28.9.2006. godine, pa je ovaj sud primenom člana 387. tačka 3. ZPP, u vezi člana 27. ZIP ovo rešenje ukinuo, nakon čega je pristupio ispitivanju pobijanog rešenja o dozvoli izvršenja, te je utvrdio da je isto doneto bez povreda odredaba parničnog postupka i pravilnom primenom materijalnpg prava. Odredbom člana 75. stav 1. ZIP određeno je da na popsanim stvarima izvršni poverilac stiče založno pravo u momentu kada sudski izvršitelj potpiše zapisnik o popisu. Članom 75. stav 3. ZIP određeno je da kada popis izvršen u korist više izvršnih poverilaca, red prvenstva u sticanuju založnog prava određuje se prema danu kada je predlog za izvršenje primljen u sud, a ako su predlozi

[19] Vidi član 78. ZIP.

za izvršenje primljeni istog dana, njihova založna prava imaju isti red prvenstva. Odredbom člana 89. stav 1. ZIP određeno je da ako se pored izvršnih poverilaca namiruju lica čija prava prestaju prodajom stvari, oni se uz shodnu primenu odredaba o prvenstvu namirenja u vezi sa prodajom nepokretnosti iz prodajne cene namiruju onim redom kojim su stekli založno pravo ili drugo pravo koje prodajom prestaje, ako zakonom za određena potraživanja nije drugačije propisano. Odredbom člana 139. stav 1. ZIP, a koje odredbe se prema članu 91. ZIP shodno primenjuju i na izvršenja na pokretnim stvarima radi namirenja novčanog potraživanja, određeno je da se iz prodajne cene namiruju izvršni poverilac po čijem je predlogu određeno izvršenje, založni poverioci i kad nisu prijavili potraživanje i lica kojima imaju pravo na naknadu za lične službenosti. Iako je tačno da na stvarima koja su predmet pobijanog rešenja o izvršenju postoji založno pravo trećeg lica, ono ne sprečava izvršenje, s obzirom da shodno citiranim pravilima ZIP, činjenica da na stvarima koje su predmet izvršenja postoji založno pravo u korist više poverilaca, utiče samo na redosled namirenja poverilaca, a ne predstavlja razlog koji sprečava izvršenje kasnije nastalog založnog prava. Dakle,činjenica da pre pokretanja izvršnog postupka već postoji založno pravo na stvarima na kojima je predloženo izvršenje, ne izuzima te stvari od izvršenja u smislu člana 70. ZIP".[20] Sudska praksa stoji na stanovištu da založno pravo na pokretnoj stvari zasnovano u skladu sa odredbama ZZP ne predstavlja razlog za sprečavanje izvršenja, preciznije osnov za izjavljivanje izlučnog prigovora, već se uticaj ranije nastalog založnog prava odražava samo na redosled namirenja. Ovim je otvoreno jedno od spornih pitanja ZIP, a to je namirenje založnog poverioca. Naime, ZIP operiše pojmovima „založni izvršni poverilac" (član 105.), pa se govori o namirenju založnog izvršnog poverioca i kada nije predložio izvršenje. U članu 28. ZIP, u okviru definisanja osnovnih reči i izraza, pod pojmom izvršnog poverioca se podrazumeva lice čije se potraživanje ostvaruje u postupku izvršenja i obezbeđenja. Kada su ispunjeni uslovi za donošenje rešenja o izvršenju i za sprovođenje izvršenja, sud je dužan da donese rešenje o izvršenju i preduzima radnje sprovođenja izvršenja (načelo formalnog legaliteta). S druge strane, izvršenje se može odrediti samo na osnovu izvršne ili verodostojne isprave (član 29. ZIP). Kako je odredbe ZIP protumačio Okružni sud u Novom Sadu, i založni poverilac koji nema izvršnu ili verodostojnu ispravu, namiruje se u postupku izvršenja, pri čemu je trenutak zasnivanja založnog prava presudan za određivanje redosleda namirenja. S toga po nalaženju ovog suda, lice koje je zasnovalo založno pravo na pokretnoj

[20] Rešenje Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 6767/2006 od 7.12.2006.godine.

stvari u skladu sa odredbama ZZP, pre nego što je započeo sudski izvršni postupak na pomenutim stvarima, ne bi imalo pravo da se koristi prigovorom trećeg lica (član 23. ZIP), već će se namiriti u sudskom postupku izvršenja. Kada bismo prihvatili ovo tumačenje, mogli bismo da se zapitamo šta bi bilo sa pravom založnog poverioca (stečenim u skladu sa odredbama ZZP), ako sredstva dobijena prodajom stvari ne budu dovoljna za njegovo namirenje. Njegovo založno pravo bi tada prestalo u skladu sa članom 106. ZIP, a u vezi sa članom 91. ZIP. On ne bi mogao da pokrene nov izvršni postupak, jer ne raspolaže izvršnom ili verodostojnom ispravom, niti bi se njegovo založno pravo automatski „prenelo" na druge pokretne stvari dužnika. Ovim se samo otvara jedno od pitanja u kojima je ZIP nekonzistentan, a čije rešenje se nužno odražava i na primenu ZZP. ZIP propisuje da se u postupku izvršenja namiruje i založni izvršni poverilac koji nije predložio izvršenje. Ovo izvršni nas upućuje na to da on raspolaže izvršnom ispravom, a to nije založni poverilac koji je stekao založno pravo u skladu sa odredbama ZZP (kako to tvrdi Okružni sud u Novom Sadu). On bi morao da takvu ispravu najpre ishoduje, pa onda da pristupi izvršenju.

Založnim pravom može da se obezbedi novčano potraživanje čiji je iznos izražen u domaćoj ili stranoj valuti. Obezbeđuje se određen iznos glavnog potraživanja, dužna kamata i troškovi ostvarenja naplate potraživanja. Mogu se obezbediti i buduća i uslovna potraživanja.[21] U tom slučaju se u Registar zaloge upisuje najviši iznos glavnog potraživanja do kojeg založno pravo obezbeđuje uslovno ili buduće potraživanje. U slučaju stečajnog postupka nad imovinom zalogodavca, na namirenje iz vrednosti predmeta založnog prava primenjuju se pravila zakona kojim se uređuje stečaj.[22] Poverioci koji imaju založno pravo, zakonsko pravo zadržavanja ili pravo namirenja na stvarima i pravima o kojima se vode javne knjige ili registri imaju pravo na prvenstveno namirenje na sredstvima ostvarenim prodajom imovine na kojoj su stekli to pravo. [23] Oni se namiruju kao stečajni poverioci samo ako je iznos njihovog potraživanja veći od iznos sredstava dobijenih prodajom imovine na kojoj su stekli razlučno pravo, i samo u pogledu te razlike. Razlučna prava stečena izvršenjem ili obezbeđenjem za poslednjih 60 dana pre otvaranja stečajnog postupka radi prinudnog namirenja ili obezbeđenja prestaju da važe i takvi poverioci nisu razlučni poverioci. Na osnovu rešenja stečajnog sudije, nadležni organ koji vodi odgovarajuće knjige, dužan je da izvrši brisa-

[21] Vidi član 7. stav 3. ZZP
[22] Vidi član 8. ZZP.
[23] Vidi član 49. stav. 1. Zakona o stečaju.

nje ovako stečenih razlučnih prava.[24] To znači da svi upisi izvršeni 60 dana pre dana otvaranja stečajnog postupka ostaju bez dejstva. Usled toga založni poverilac mora da vodi računa o tome da li će dužnik (vlasnik založene pokretne stvari ukoliko su u pitanju različita lica) da ode u stečaj u roku od 60 dana od dana kada je poverilac stekao založno pravo, odnosno pravo na namirenje. U stečajnom zakonu se govori o licima koja imaju založno pravo, zakonsko pravo zadržavanja ili pravo namirenja. U slučaju da je 60 dana pre otvaranja stečajnog postupka, poverilac upisao založno pravo, ono će prestati na osnovu rešenja stečajnog sudije, a ukoliko je poverilac stekao i pravo na namirenje u istom periodu i ono bi moralo da bude izbrisano. U tom smislu se morala ostvariti bolja koordinacija između ZZP i drugih procesnih zakona, pre svega ZIP i Zakona o stečaju.

Predmet založnog prava može biti individualno određena stvar kojom zalogodavac može slobodno da raspolaže. Mogu se založiti i pokretne stvari određene po vrsti, ako je ugovorom o zalozi određena količina ili broj i način na koji se mogu razlikovati od drugih stvari iste vrste.[25] Predmet založnog prava može biti i zbir pokretnih stvari, npr. roba u određenom skladištu ili prodavnici, inventar koji služi za obavljanje privredne delatnosti i dr. u skladu sa ugovorom o zalozi.[26] Založno pravo se može zasnovati i na potraživanju zalogodavca prema dužniku i u slučaju da je založni poverilac dužnik zalogodavca, osim ako se radi o potraživanju čiji je prenos zabranjen zakonom ili je vezano za ličnost, odnosno ne može se prenositi na drugog. I kada se radi o zalaganju potraživanja, založno pravo se stiče upisom u registar zaloge.[27] Kao predmet zaloge se može uzeti i svako drugo imovinsko pravo kojima imalac može slobodno da raposlaže. Na zalogu potraživanja i drugih prava se primenjuju odredbe o zalaganju stvari, osim ako zakon ne određuje nešto drugo.[28] Sve dok ne bude pismeno obavešten o zalaganju potraživanja, dužnik može da ispuni svoju obavezu samo prema zalogodavcu.

Najvažnije dejstvo zaloge potraživanja se ogleda u tome što od dana kada je primio obaveštenje dužnik svoj obavezu može da izvrši samo prema založnom poveriocu, odnosno dužan je da postupa po uputsvima založnog poverioca.[29] Dokaz za dužnika u tom smislu predstavlja izvod iz Re-

[24] Vidi član 49. stav 3. Zakona o stečaju.
[25] Vidi član 9. stav 2. ZZP.
[26] Vidi član 9. stav 3. ZZP.
[27] Vidi član 10. stav 2. ZZP.
[28] Vidi član 10. stav 4. ZZP.
[29] Vidi član 11. stav 2. ZZP.

gistra zaloge. Iako se redovno to potraživanje uplaćuje na račun koji odredi založni poverilac, ne treba zaboraviti da on na istom ima založno pravo. To znači da svako sprovođenje izvršenja protiv sredstava na računu založnog poverioca ne bi smelo da obuhvati založeno potraživanje.[30] Zalogodavac bi u tom slučaju mogao da istakne izlučni prigovor. Predmet zaloge može da bude i suvlasnički udeo pokretne stvari ili zbirka pokretnih stvari, kao i idealni deo imovinskih prava. Mogu se založiti i stvari ili prava koje će zalogodavac da pribavi u budućnosti. U tom slučaju založno pravo nastaje kada zalogodavac stekne pravo svojine na stvari, pravo potraživanja ili drugo imovinsko pravo. Sam poverilac može zahtevati upis založnog prava na budućoj stvari u Registar zaloge. ZZP se ne primenjuje na zalogu brodova i vazduhoplova koja je uređena posebnim propisima. Zalaganje hartija od vrednosti upisom prava trećih lica u Centralni registar hartija od vrednosti je takođe izvana domašaja ZZP. Zasnivanje založnog prava na pravima intelektualne svojine vrši se po odredbama ZZP i to upisom u registar žigova, registar patenata, registar malih patenata, registar modela**,** registar uzoraka, registar geografskih oznaka porekla i registar topografija.[31]

Založni poverilac je u smislu ZZP lice koje je steklo založno pravo upisom u Registar zaloge.[32] Jedan ili više založnih poverilaca mogu da odrede treće lice ili jednog od njih da preduzima pravne radnje radi zaštite i namirenja založnog potraživanja. Tada treće lice istupa u odnosu na zalogodavca kao založni poverilac. Treće lice se upisuje u Registar zaloge na mesto založnih poverilaca.[33] Zalogodavac je, u smislu ovog zakona, dužnik koji ima pravo svojine na pokretnoj stvari ili svojstvo imaoca nekog prava kojim može slobodno raspolagati. Zalogodavac i dužnik se ne

[30] U postupku izvršenja na potraživanju izvršnog dužnika u skladu sa odredbama ZIP izvršni poverilac stiče založno pravo na potraživanju dostavljanjem rešenja o zapleni potraživanja izvršnom dužniku (član 161.ZIP) . Samim rešenjem o izvršenju se zabranjuje izvršnom dužniku da potraživanje naplati ili njime raspolaže u korist trećeg lica ili svog dužnika (član 159.ZIP). Ako se pak u postupku sudskog izvršenja zapleni potraživanje obezbeđeno zalogom (ili hipotekom), izvršni poverilac stiče položaj podzaložnog (nadhipotekarnog) poverioca (član 162. ZIP).

[31] Vidi član 14. stav 3. ZZP.

[32] Vidi član 15. ZZP. Ovo znači da se zakonodavac opredelio za procesnopravno određenje založnog poveroca.

[33] Posredi je prenos procesnopravne legitimacije na osnovu ugovora, pri čemu se treće lice upisuje i u Registar zaloge namesto založnog (založnih) poverioca (poverilaca). Kako zakon određuje založnog poverioca kao lice čije je pravo stečeno upisom u Registar zaloge, to se faktički založni poverilac u navedenom pravnom odnosu, zapravo i ne vidi. Faktički založni poverilac je u tom slučaju zadržao materijalnopravnu legitimaciju, ali je procesnopravna legitimacija preneta na treće lice.

moraju poklapati, pa tako i treće lice može da pruži obezbeđenje za tuđi dug. Zalogodavac je dužan da se prema predmetu založnog prava odnosi sa pažnjom dobrog domaćina, odnosno sa pažnjom dobrog privrednika. Predmet založnog prava mora da se održava u ispravnom stanju, što podrazumebva i neophodne popravke.[34] Može se ustanoviti obaveza zalogodavca da osigura predmet založnog prava. Državina predmeta založnog prava ostaje zalogodavcu i nakon što je založno pravo upisano u Registar zaloge. Ukoliko o dospelosti ne ispuni obavezu prema založnom poveriocu, zalogodavac gubi pravo na državinu. Do tada zalogodavac ima pravo da upotrebljava predmet založnog prava prema njegovoj uobičajenoj nameni. Zalogodavac je ovlašćen da pribira plodove, mada se ugovorom o zalozi može predvideti da pravo pripada založnom poveriocu.[35] Predmet založnog prava on može da izda u zakup, kao što može i da zaključuje druge ugovorem kojima se predmet založnog prava daje na upotrebu i pribiranje plodova trećim licima, pod uslovom da ugovorom o zalozi nije nešto drukčije određeno.[36] Predmet založnog prava se može otuđiti, odnosno svojina se može preneti na treće lice. Tada zalogodavac ima obavezu da bez odlaganja upiše pravo zaloge na teret novog vlasnika, a istu obavezi ima i nov vlasnik. Zalogodavac i novi vlasnik predmeta založnog prava odgovaraju solidarno založnom poveriocu štetu koja može nastati usled njihovog propusta da u Registar zaloge upišu založno pravo na teret novog vlasnika.[37] Pribavilac stiče pravo svojine pod teretom založnog prava. Izuzetno ako zalogodavac prodaje predmet založnog prava u okviru svoje redovne delatnosti, kupac stiče pravo bez tereta.[38] Ugovorom o zalozi može se isključiti pravo zalogodavca da otuđi predmet založnog prava. Predmet založnog prava se može dalje založiti, ako ugovor ne propisuje nešto drugo. Ugovorom o zalozi može da se ograniči upotreba predmeta založnog prava i odredi način na koji zalogodavac može ubuduće da ga upotrebljava. Ugovorom o zalozi mogu se isključiti određeni načini upotrebe predmeta založnog prava.[39]

---

[34] Vidi član 18. stav 2. ZZP.

[35] Vidi član 21. ZZP.

[36] Vidi član 22. ZZP.

[37] Tužbom založnog poverioca bi zalogodavac i novi vlasnik bili obuhvaćeni kao materijalni prosti suparničari.

[38] Vidi član 23. stav 6. ZZP. Pribavilac stiče pravo svojine bez tereta, ali se onda može postaviti pitanje šta je sa pravom založnog poverioca. Na taj način je zakonodavac prodaju predmeta založnog prava pre početka namirenja izjednačio sa vansudskom ili sudskom prodajom u postupku namirenja, za šta nema opravdanja. Založni poverilac se može zaštititi ugovaranjem zabrane otuđenja u skladu sa članom 24. ZZP.

[39] Vidi član 26.ZZP.

III. OPŠTA PRAVILA NAMIRENJA

Kada je zalogodavac privredni subjekt, ugovorom o zalozi se može predvideti da založni poverilac ima pravo da predmet zaloge proda na vansudskoj javnoj prodaji ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti. Založni poverilac može i da predmet založnog prava otkupi po berzanskoj ili tržišnoj ceni, odnosno da ga zadrži za sebe po toj ceni, ako je to ugovorom predviđeno i ako predmet zaloge ima tržišnu ili berzansku cenu.[40] Svojstvo privrednog subjekta ima preduzeće, privredno društvo, imalac radnje i drugo fizičko lice koje u vidu zanimanja obavlja privrednu delatnost. Ako predmet založnog prava nema tržišnu ili berzansku cenu, založni poverilac ga može prodati na način na koji bi to učinio razuman i pažljiv čovek, čuvajući interese dužnika i zalogodavca, kad to nije isto lice.[41]

Kada se kao zalogodavac pojavljuje fizičko lice koje ugovor o zalozi zaključuje izvan okvira privredne delatnosti, nije moguće ugovorom o zalozi predvideti da će predmet založnog prava preći u svojinu založnog poverioca ukoliko njegovo potraživanje ne bude plaćeno o dospelosti.[42] Pod istim uslovima se ne može predvideti da založni poverilac može, ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dopelosti, predmet založnog prava prodati po unapred određenoj ceni ili ga zadržati za sebe. Jedina dozvoljena odredba bi bila ona koja predviđa prelazak predmeta založnog prava u državinu založnog poverioca, naravno pod uslovom da mu potraživanje ne bude plaćeno o dospelosti.[43] Tek kada nastupi dospelost potraživanja založni poverilac i zalogodavac se mogu sporazumeti da će predmet založnog prava preći u svojinu poverioca umesto isplate duga ili da će poverilac moći da ga proda po određenoj

[40] Vidi član 27, st. 1 i 2. ZZP. Nema razloga da naslov ovog člana bude „Opšte pravilo“, a govori se u njemu o pravnim licima, onda se u članu 28. govori o „Posebnom pravilu“ za fizička lica.

[41] Vidi član 27. stav 5. ZZP.

[42] Vidi član 28.stav 1. ZZP. Iz formulacije ove odredbe bi se moglo zaključiti da je takva klauzula dozvoljena ukoliko je ugovor o zalozi zaključen u okviru privredne delatnosti fizičkog lica, odnosno ako takav ugovor zaključuje privredni subjekt. Jasna je namera da se zaštite fizička lica koja ne obavljaju privrednu delatnost. Takva lica redovno pristaju na zasnivanje zaloge u skladu sa odredbama ZZP samo u stanju nužde, pa bi se njihov pristanak na takvu klauzulu u trenutku zaključenja ugovora mogao tumačiti iskorišćavanjem njihovog podređenog položaja.

[43] I ova odredba deluje problematično ako se uporedi sa odredbom člana 41. ZZP koji predviđa da u opisanoj situaciji založni poverilac stiče državinu po samom zakonu. Tada se može postaviti pitanje svrsishodnosti takve ugovorne odredbe.

ceni ili da ga po toj ceni zadrži za sebe.[44] Višak vrednosti će založni poverilac da preda zalogodavcu. Smisao zasnivanja založnog prava u skladu sa odredbama ZZP je u tome da založni poverilac ima pravo da iz cene postignute prodajom predmeta založnog prava naplati svoje potraživanje pre ostalih poverilaca zalogodavca, osim ako zakon ne određuje drukčije.[45] Ako je isti predmet založnog prava, putem upisa u Registar zaloge, založen većem broj poverilaca, redosled isplate njihovih potraživanja iz vrednosti tog predmeta određuje se prema vremenu (dan, čas i minut) prijema zahteva za upis založnog prava u Agenciji za privredne registre.[46] Imajući u vidu da je i nakon stupanja na snagu ZZP moguće zasnivanje založnog prava u skladu sa odredbama ZOO, zakonodavac je morao da odredi redosled prvenstva u slučaju postojanja različitih založnih prava na istom predmetu. U slučaju konkurencije ova dva založna prava na istom predmetu, red prvenstva se određuje prema času nastanka založnog prava. Založno pravo stečeno predajom u državinu uživa prvenstvo u odnosu na docnije stečeno založno pravo upisano u Registar zaloge, ako se zasniva na ugovoru o zalozi koji je zaključen u pismenoj formi i overen u sudu ili u drugom organu ovlašćenom za overavanje potpisa.[47] Poverilac koji tvrdi da mu je stvar bila predata u državinu pre nego što je izvršen upis u Registar zaloge u korist drugog poverioca, dužan je da dokaže da je do predaje u državinu došlo pre upisa u Registar zaloge.[48] Zakonsko založno pravo prevozioca, komisionara, otpremnika i skladištara, nastala otpremom ili prevozom stvari koje su predmet zaloge prema zakonu kojim se ure|uju obligacioni odnosi, imaju prvenstvo u odnosu na založno pravo upisano u Registar zaloge.[49] Zakonsko založno pravo poslenika za potraživanja nagrade za rad, naknade za utrošeni materijal i ostala potraživanja u vezi sa njegovim radom, nastala na osnovu ugovora o delu iz zakona kojim se uređuju obli-

[44] Vidi član 28. stav 4. ZZP. Time se sprečava ishitrenost zalogodavca koji bi mogao već u fazi zaključenja ugovora, da pristane na ovakvu odredbu koja se kasnije može pokazati nepovoljnom.

[45] Vidi član 29. ZZP.

[46] Vidi član 30. ZZP.

[47] Vidi član 31. stav 2. ZZP.

[48] Kumulativno se zahteva postojanje ugovora zaključenog u pisanoj formi koji je overen u sudu ili drugom organu nadležnom za overu potpisu i postojanje dokaza da je stvar ranije predata u državinu. Dolaze u obzir sva dokazna sredstva u skladu sa principom slobodne ocene dokaza. Ukoliko poverilac ne može da dokaže trenutak predaje stvari u državinu , prvenstvo je na poveriocu čija je zaloga registrovana.

[49] Vidi član 33. stav 1. ZZP.

gacioni odnosi, ima prvenstvo u odnosu na založna prava upisana u Registar zaloge.[50] Kada je u pitanju zakonsko založno pravo države za naplatu poreza i drugih dažbina, redosled prvenstva se određuje prema vremenu njihovog upisa u Registar zaloge.[51] U prelaznim i završnim odredbama ZZP, uređen je odnos prema založnom pravu zasnovanom u skladu sa odredbama ZIP. Ako je odlukom nadležnog suda konstituisana nedržavinska zaloga na pokretnoj stvari ili potraživanju, u skladu sa zakonom kojim se uređuje izvršni postupak ili drugim zakonom do 1. januara 2004. godine, pravo prvenstva u namirenju računa se od dana donošenja sudske odluke, ako poverilac podnese zahtev za upis zaloge u Registar zaloge do 15. januara 2004. godine.[52] Ako poverilac prekorači navedeni rok pravo prvenstva u namirenju računa se od dana upisa u Registar zaloge. Uz zahtev se prilaže i odluka suda o konstituisanju nedržavinske zaloge.[53]

IV. POSTUPAK NAMIRENJA

Sama činjenica da dužnik nije ispunio svoju obavezu o dospelosti znači da će stvar preći u državinu založnog poverioca, i to po samom zakonu.[54] U istom trenutku založni poverilac stiče i pravo da iz vrednosti predmeta založnog prava naplati svoje glavno potraživanje, dužnu kama-

---

[50] Vidi član 33. stav 2. ZZP.

[51] Član 34. ZZP koji uređuje zakonsko založno pravo države treba uporediti sa odredbama ZIP. Članom 141. ZIP kojim se uređuju prvilegisana potraživanja u postupku izvršenja radi naplate novčanog potraživanja na nepokretnostima, a koji se shodno primenjuje i na pokretne stvari (član 91. ZIP) propisuje da se odmah po namirenju troškova izvršnog postupka i potraživanja po osnovu zakonskog izdržavanja , ako se dokazuju izvršnom ispravom i ako su prijavljena najkasnije na ročištu za prodaju namiruju poreske i druge dažbine koje opterećuju nepokretnost u poslednjoj godini. Privilegisanost potraživanja poreza i drugih dažbina se odnosi na izričitoj zakonskoj odredbi, a ne na trenutku upisa u Registar.

[52] Vidi član 67. stav 1. ZZP

[53] U svakom slučaj tako se i sudska založna prava konstituisana u skladu sa odredbama ZIP upodobljavaju režimu ustanovljenom odredbama ZZP. O tome je ZIP vodio računa pa tako postoji dužnoti izvršnog suda da bez odlaganja dostavi kopiju zapisnika i popisu, odnosno zaključka o izmeni popisa organizaciji koja je ovlašćena da registruje bezdržavinsku zalogu na pokretnim stvarima (član 76. ZIP).

[54] Vidi član 35. stav 1. ZZP. Državina se stiče uspostavljanjem faktičke vlasti na stvari i to: neposredno (uspostavljanje faktičke vlasti na stvari koja se uopšte ne nalazi u nečijoj državini ili posredno (zasnivanje faktičke vlasti na stvari koja se već nalazi u nečijoj državini. Posredi je posredan način zasnivanja državine, pri čemu je pravni osnov zakonska norma, a ne volja ranijeg držaoca.

tu i troškove oko naplate potraživanja.[55] Ako nešto preostane nakon namirenja, vraća se zalogodavcu.[56] Založni poverilac ima rok od osam dana, da zalogodavcu isplati višak cene dobijen prodajom iznad iznosa potraživanja, u suprotnom duguje zateznu kamatu. Namirenje počinje tako što založni poverilac obaveštava preporučenim pismom dužnika i zalogodavca (ako to nije isto lice) i treće lice kod koga se stvar nalazi, o nameri da svoje dospelo potraživanje namiri iz vrednosti predmeta založnog prava. Dostavljanje se vrši na adresu upisanu u Registar zaloge.[57] Sam početak postupka namirenja se na zahtev založnog poverioca upisuje u Registar zaloge, pri čemu ZZP govori o dužnosti založnog poverioca da postavi takav zahtev.[58] Od trenutka kada je zalogodavcu dostavljeno obaveštenje o početku postupka namirenja, on je dužan da sarađuje sa založnim poveriocem.[59] U tom smislu je dužan da mu pruži sve potrebne informacije vezane za postupak namirenja. Iste obaveze ima i dužnik ako nije u pitanju isto lice. Povreda ovih obaveza povlači dužnost naknade štete založnom poveriocu.

Nakon što je primio obaveštenje založnog poverioca, zalogodavac je dužan da trpi namirenje iz vrednosti predmeta založnog prava. Zalogodavac je dužan da preda predmet založnog prava ili ispravu koja je neophodna za sticanje državine založnom poveriocu. To ne ovlašćuje poverioca da uspostavi državinu primenom samopomoći, već je u tom smislu propisan poseban postupak. „Kako jezičkim tako i ciljnim tumačenjem odredaba članova 1,2,4,6 i 20. ZZP može se zaključiti da založni poveri-

[55] Dok se u izvršnom postupku pravo na namirenje stiče u trenutku zasnivanja sudskog založnog prava na pokretnim stvarima koje su predmet izvršenje, ovde je taj trenutak pomeren, imajući u vidu da se založno pravo u skladu sa odredbama ZZP stiče upisom u Registar zaloge, pa je sticanje prava na namirenje vezano za nastupanje dospelosti.

[56] Ovde se računa na savesnost samog založnog poverioca koji višak treba da vrati zalogodavcu. U postupku koji se odvija u skladu sa odredbama ZIP ovo pitanje se ne postavlja, imajući u vidu ovlašćenja suda u samom postupku izvršenja.

[57] Samo pitanje dostavljanja jedno od najkritičnijih tačaka našeg građanskog sudskog postupka. Trebalo je precizirati kada se smatra da je dostavljanje izvršeno, jer se za taj trenutak vezuje početak postupka namirenja. Ceo postupak namirenja se, u suprotnom, može dovesti u pitanje jer zalogodavac i izvršni dužnik osporavaju da su dobili preporučeno pismo založnog poverioca.

[58] Ovaj zahtev proističe iz potrebe za obezbeđenjem publiciteta postupka namirenja. Ako je cilj bio upozoravanje trećih lica koja bi eventualno od trenutka početka postupka namirenja mogla steći pravo svojine, treba se podsetiti odredbe člana 42. stav 1. ZZP koja zabranjuje pravno raspolaganje predmetom založnog prava bez dozvole založnog poverioca. S druge strane, ako zalogodavac prodaje predmet založnog prava u okviru svoje redovne delatnosti zabrana otuđenja ne proizvodi pravno dejstvo prema savesnom pribavioocu i on stiče pravo svojine bez tereta (42. stav 2.).

[59] Vidi član 38. stav 1. ZZP.

lac iz Ugovora o registrovanoj zalozi, upisom u Registar zaloge, stiče založno pravo na ugovorom određenim pokretnim stvarima, ali da na opisani način ne stiče i državinu na navedenim stvarima. Državinu na pokretnim stvarima koje su predmet zaloge zadržava zalogodavac, koji je istovremeno i njihov vlasnik (što sledi iz člana 4. stav 2. i člana 17. stav 1. istog Zakona). U smislu člana 20. stav 2. istog Zakona, zalogodavac gubi pravo na državinu pokretne stvari koja je predmet zaloge ukoliko o dospelosti ne ispuni obavezu prema založnom poveriocu, te u takvoj situaciji, a u smislu člana 35. stava 1. založni poverilac stiče pravo na državinu po samom Zakonu. Navedeno, međutim ne znači da založni poverilac ima prava da sam prisilno oduzme predmet zaloge, odnosno uspostavi državinu na stvari u situaciji kada dužnik nije ispunio svoju obavezu o dospelosti, niti je zalogodavac dobrovoljno izvršio svoju obavezu predaje predmeta založnog prava založnom poveriocu. Naime, u smislu članova 36. i 37. istog Zakona, nakon što stekne pravo na državinu predmeta zaloge, založni poverilac je dužan da preduzme određene radnje, nakon čega je, a po prijemu obaveštenja založnog poverioca zalogodavac dužan da trpi da se založni poverilac namiri iz vrednosti založnog prava (u smislu člana 39. stav 1. istog Zakona). Članom 39. stav 2. i članom 40. istog Zakona, propisana je kako dužnost zalogodavca tako i pravo založnog poverioca da predmet založnog prava uzme u državinu, ali je u slučaju da zalogodavac dobrovoljno ne ispuni svoju obavezu, u članu 41. istog Zakona propisana procedura na koji se način uspostavljanje državine na stvari može sprovesti prinudnim putem. Shodno članu 41. istog Zakona, dakle, ako zalogodavac dobrovoljno ne izvrši svoju obavezu predaje predmeta založnog prava založnom poveriocu založni poverilac se može obratiti sudu zahtevom za donošenje rešenja o oduzimanju predmeta založnog prava od zalogodavca ili drugog lica u čijoj se državini predmet založnog prava nalazi.[60] Sledom iznetog dakle Zakonom o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar nije propisana mogućnost da založni poverilac sam predmet zaloge oduzme od zalogodavca u vansudskom postupku, a pod uslovima dozvoljene samopomoći. Ovakvo pravo založnog poverioca ne može se izvesti ni iz odredaba Zakona o osnovnim svojinskopravnim odnosima. Ovo stoga što založni poverilac nije držalac i to ni neposredni ni posredni, a u smislu člana 70. Zakona o osnovnim svojinskopravnim odnosima. Osim toga, pravo na samopomoć u smislu člana 76. ovog Zakona, ima samo držalac protiv lica koje ga neovlašćeno uznemirava u državini ili mu istu neovlašćeno, pod uslovom da je opasnost

[60] Kada je potraživanje predmet založnog prava, onda ova faza podrazumeva uplatu na račun koji odredi založni poverilac.

neposredna, da je samopomoć nužna i da način njenog vršenja odgovara prilikama u kojima postoji opasnost. Iz navedene norme sledi da samo držalac stvari ima prava da se pri nedozvoljenom napadu na državinu upotrebom sile od ovakvog napada odbrani, a izuzetno samopomoć se može sastojati i u uspostavljanju ranijeg državinskog stanja vraćanjem oduzete stvari pod uslovima neprekoračenja uslova za vršenje samopomoći. Međutim, i kada je neko lice držalac stvari koji bi u smislu člana 76. Zakona o osnovnim svojinskopravnim odnosima imao pravo na samopomoć i tada bi istu mogao vršiti samo ukoliko su ispunjeni uslovi, a koji se sastoje u tome da je opasnost neposredna, a da je samopomoć nužna, te da način vršenja samopomoći odgovara prilikama u kojima postoji opasnost. Navedeno znači da pravo na samopomoć mora biti vršeno vrlo restriktivno, samopomoć ne sme nikada da ide dalje od toga nego što je nužno da se neposredna opasnost od napada na državinu otkloni, a mere koje je držalac izabrao za odbranu svoje državine od protivpravnog napada trećeg lica moraju se kreirati u okviru odbrane što naći da se moraju primeniti samo one mere koje su prema okolnostima slučaja opravdane. Kada se navedene norme primene na situaciju opisanu u postavljenom pitanju sledi da založni poverilac iz Ugovora o registrovanoj zalozi nije držalac koji bi imao pravo da predmet zaloge oduzme vansudskim putem od zalogodavca, a pod uslovima dozvoljene samopomoći u smislu člana 76. Zakona o osnovnim svojinskopravnim odnosima."[61]

Izvod iz Registra zaloge Agencije za privredne registre predstavlja izvršnu ispravu u izvršnom postupku pokrenutom po predlogu založnog poverioca, kao izvršnog poverioca za sticanje državine na predmetu založnog prava ako zalogodavac odbije da ga dobrovoljno preda u državinu. Umesto vođenja posebnog parničnog postupka i ishodovanja posebne izvršne isprave kojom se nalaže predaja stvari u državinu, koristi se izvod iz Registra zaloge koji predstavlja izvršnu ispravu u skladu sa odredbama ZZP. "Pravilan je zaključak prvostepenog suda da su ispunjeni uslovi za donošenje rešenja za sticanje državine na predmetu založnog prava od strane izvršnog poverioca, koji su regulisani članom 41. Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar. Izvršni poverilac je ispoštovao prethodni postupak namirenja, s obzirom da izvršni dužnik nije ispunio svoju obavezu o dospelosti, pa je izvšni poverilac kao založni poverilac stekao

[61] Odgovori na pitanja trgovinskih sudova koji su utvrđeni na sednicama Odeljenja za privredne sporove Višeg trgovinskog suda održanim 28.10.2009 i 24.11.2009. godine i na sednici Odeljenja za privredne prestupe i upravno-računske sporove održanoj 29.10.2009.godine– Sudska praksa trgovinskih sudova– Biten 3/2009.

pravo na državinu po samom Zakonu, zbog čega je obavestio izvršnog dužnika kao zalogodavca o nameri da svoje dospelo potraživanje namiri iz vrednosti predmeta založnog prava, u skladu sa odredbama člana 35. i 36. citiranog Zakona. Kako zalogodavac – izvršni dužnik nije dobrovoljno izvršio svoju obavezu predaje predmeta založnog prava od zalogodavca ili lica u čijoj se državini predmet založnog prava nalazi i predaji tog predmeta založnom poveriocu u državinu, s tim što je uz zahtev sudu izvršni poverilac dužan da podnese overeni izvod iz Registra zaloge i Ugovor o zalozi. Izvršni poverilac je u skladu sa navedenim pravom na podnošenje zahteva sudu i obavezom prilaganja navedenih pismena, regulisanim članom 41. stav 1. i 2. citiranog Zakona, podneo prvostepenom sudu zahtev – predlog za izvršenje, uz koji je priložio izvod iz Registra zaloge i Ugovor o zalozi. Ovim članom Zakona i to stavom 3. je regulisano da se izvod iz Registra zaloge izjednačava, u slučaju tog Zakona, sa izvršnom ispravom, u slučaju podnošenja zahteva izvršnog poverioca kao založnog poverioca sudu za sticanje državine ne predmetu založnog prava.“[62] „Kako je pravni lek protiv rešenja o oduzimanju založene stvari žalba, to se ne može isticati prigovor mesne nenadležnosti suda, već se može u žalbi izjaviti da su pogrešno primenjene odredbe o mesnoj nadležnosti, što predstavlja ukazivanje na povredu iz člana 361. stav 1. ZPP.“[63]

Sudska odluka jasno ukazuje na to da izvod iz Registra zaloge predstavlja osnov za pokretanje i vođenje izvršnog postupka čiji je cilj predaja stvari u državinu založnom poveriocu. Samo u tom segmentu izvod iz Registra zaloge predstavlja izvršnu ispravu, na osnovu koje se onda donosi „rešenje o izvršenju“ čijim se sprovođenjem postiže promena držaoca. Nije izvod iz Registra zaloge podoban da se na osnovu njega sprovede postupak namirenja, već samo olakšava predaju predmeta založnog prava založnom poveriocu jer se na osnovu njega – kao izvršne isprave – može voditi izvršni postupak. Sud je obavezan da o zahtevu za predaju predmeta založnog prava odluči u roku od tri dana od dana podnošenja zahteva. Postupak oduzimanja predmeta založnog prava se sprovodi u roku od tri dana od dana donošenja rešenja. Na sam postupak za sticanje državine na predmetu založnog prava primenjuje se ZIP, ako ZZP ne propisuje nešto drugo.

[62] Rešenje Višeg trgovinskog suda Iž. 2651/2006 od 11.12.2006.

[63] Odgovori na pitanja trgovinskih sudova koji su utvrđeni na sednicama Odeljenja za privredne sporove Višeg trgovinskog suda održanim 28.10.2009 i 24.11.2009. godine i na sednici Odeljenja za privredne prestupe i upravno-računske sporove održanoj 29.10.2009.godine– Sudska praksa trgovinskih sudova– Biten 3/2009.

Izvod iz Registra zaloge predstavlja izvršnu ispravu, a rešenje o oduzimanju predmeta založnog prava, rešenje o izvršenju koje se može napadati pravnim lekom. Problem je nastao zbog toga što je ZZP bio usklađen sa ZIP 2000, a nakon toga je donet ZIP 2004, koji je uneo značajne izmene u sistemu pravnih lekova. ZZP je propisao da je pravni lek protiv rešenja o oduzimanju predmeta založnog prava prigovor, s tim da je ZIP 2004 ponovo vratio žalbu kao pravni lek koji se izjavljuje prtiv rešenja o izvršenju donetog na osnovu izvršne isprave. „U pogledu odnosa procesnih normi ZZP i odredaba ZIP treba imati u vidu da je od donošenja ZZP, ZIP promenjen i to značajno u delu kojim se uređuju pravni lekovi u postupku izvršenja i obezbeđenja. „Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar („Službeni glasnik RS“, br. 57/2003, 64/2006) donet je i stupio je na snagu u vreme važenja Zakona o izvršnom postupku („Službeni list SRJ“, br. 28/00, 73/00 i 71/01). Navedenim Zakonom o izvršnom postupku kao jedini pravni lek bio je predviđen prigovor. Prigovor je bio pravno sredstvo i poverioca i dužnika i nije se pravila razlika između pravnog leka koji se može podneti protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave ili protiv rešenja o izvršenju na osnovu izvršne isprave. Prigovor nije imao suspenzivno dejstvo, a o prigovoru je odlučivalo veće prvostepenog suda sastavljeno od troje sudija, čija je odluka o prigovoru pravnosnažna. U kontekstu tog zakona treba razmatrati i odredbe Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar koje se odnose na pravni lek. Članom 41. zakona koji nosi naslov „Poseban postupak za sticanje državine na predmetu založnog prava“, predviđeno je da je pravni lek prigovor, da o prigovoru odlučuje sud u skladu sa zakonom koji uređuje izvršni postupak, da se taj zakon primenjuje u postupku za sticanje državine, ako ovim posebnim zakonom nije predviđeno nešto drugo. Zakon je propisao i razloge zbog kojih se prigovor može izjaviti: da poveriočevo potraživanje ili založno pravo ne postoji ili je dug plaćen, o čemu se moraju podneti pismeni dokazi. U ovom trenutku na snazi je Zakon o izvršnom postupku („Službeni glasnik RS“ br. 125/2004) koji na drugačiji način uređuje sistem pravnih lekova. Zakon predviđa kao pravne lekove prigovor i žalbu. Prigovor je pravno sredstvo koje može izjaviti samo izvršni dužnik i to protiv rešenja o izvršenju donetih na osnovu verodostojne isprave, nezavisno od toga da li su ona doneta u redovnom ili skrećnom postupku. Ono što je bitno po odredbama ovog zakona je da žalba, po pravilu, ne odlaže izvršenje rešenje, ali da prigovor odlaže izvršenje i rešenja o izvršenju na donetog u skraćenom postupku, i rešenja o izvršenjuna osnovu verodostojne isprave donetog u redovnom postupku. Dakle, postoji protivrečnost ova dva zakona u odno-

su na pravni lek. U toj situaciji mogu se primeniti dva pravila: da poseban zakon derogira opšti zakon (*lex specialis derogat legi generali*) i drugo pravilo da docnije doneti zakon derogira ranije doneti zakon (*lex posterior derogat legi priori*). Ako primenjujemo oba ova pravila, to će rezultirati novom protivrečnošću: ako primenimo prvo pravilo da se primenjuje posebni zakon, u ovom slučaju Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, proizašao bi zaključak da je pravni lek prigovor. Ako primenimo drugo pravilo o primeni docnijeg zakona, u ovom slučaju Zakona o izvršnom postupku, pravni lek bi bio žalba. Ako prihvatimo da je pravni lek prigovor, onda moramo primeniti i one odredbe Zakona o izvršnom postupku koje važe za prigovor. Ove odredbe upućuju da se u slučaju izjavljivanja prigovora protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne donetog u redovnom postupku predmet dostavlja u parnicu. Ako je rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave doneto u skraćenom postupku, a prigovor je osnovan, posledica je ista: predmet se dostavlja parničnom odeljenju nadležnog suda. To je razlog zbog čega ove odredbe ne mogu biti primenljive. Naime, one bi bile u suprotnosti sa osnovnim načelom uređenom pravnog sistema, sa načelom pravne sigurnosti. Prema odredbama Zakona o založnom pravu, overen izvod iz registra ima svojsvo izvršne isprave po kojoj se može sprovesti prinudno izvršenje radi oduzimanja državine založene stvari. Ako je pravni lek prigovor i ako je prigovor osnovan, predmet bi bio dostavljen parničnom sudu, pa bi u tom slučaju u pravnoj stvari u kojoj poverilac već ima izvršnu ispravu – izvod iz registra, a izvršna isprava nije ni ukinuta, niti preinačena, niti stavljena van snage, niti poništena, morao voditi parnicu za sticanje nove izvršne isprave kojom bi se dužniku izrekla identična obaveza– obaveza predaje založene stvari. Pri tome, parnični sud ni jednom zakonskom odrebom nije ovlašćen da odlučuje o zakonitosti izvršne isprave iz člana 41. zakona, odnosno izvoda iz registrra, te nema ovlašćenje da ga poništi, stavi van snage, i slično. Imajući sve to u vidu sledio bi zaključak da je uprkos izričitoj normi Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar , u situaciji kada je nakon njegovog stupanja na snagu donet novi ZIP koji je konceptualno drugačiji od ranije važećeg, žalba pravni lek protiv rešenja o oduzimanju državine založenih stvari, jer se radi o rešenju o izvršenju na osnovu izvršne isprave. Saglasno tome, o žalbi odlučuje drugostepeni sud, a primenjuju se osim odredbi Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar i odredbe opštih zakona ZPP i ZIP. Na zakonodavcu je da otkloni nesaglasnost između vremenski ranije donetog Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar (koji je u to vreme bio skladu sa tada važe-

ćim Zakonom o izvršnom postupku), i sada važećeg Zakona o izvrnom postupku. Takve protivrečnosti može rešavati sudska praksa, ali je na zakonodavcu da ih trajno reši."[64] U cilju bolje koordinacije ZIP i ZZP, neophodno je propisati da se protiv rešenja o oduzimanju predmeta založnog prava može izjaviti žalba. U suprotnom dolazi do konfuzije između pravnih lekova u postupku izvršenja na osnovu izvršne i verodostojne isprave. Razlozi za žalbu protiv rešenja o oduzimanju predmeta založnog prava su taksativno nabrojani (nepostojanje potraživanja, nepostojanje založnog prava i isplata duga), dok su članu 15. ZIP razlozi za žalbu protiv rešenja o izvršenju na osnovu izvršne isprave navedeni *exempli causa*.

Pošto je primio obaveštenje založnog poverioca o početku namirenja, zalogodavac ne može da raspolaže predmetom založnog prava bez njegove dozvole. Ova zabrana ne važi ako zalogodavac prodaje predmet založnog prava u okviru svoje redovne delatnosti, u kojem slučaju je savestan pribavilac zaštićen, pa se njegovo pravo svojine ne dovodi u pitanje.[65] Posle izvršenog upisa početka namirenja u Registar zaloge, založni poverilac može zahtevati od suda odluku da se predmet založnog prava proda na javnoj prodaji ili po tekućoj ceni kad stvar ima tržišnu ili berzansku cenu.[66] Ako bi troškovi javne prodaje bili nesrazmerno veliki prema vrednosti predmeta založnog prava, sud može odlučiti da ga založni poverilac proda po ceni utvrđenoj procenom stručnjaka, ili da ga, ako hoće, zadrži za sebe po toj ceni.[67] Sam ZZP ne reguliše detaljnije sudsku prodaju. „Prodaja sudskim putem nije regulisana ni bilo kojim drugim procesnim zakonom. Ona se ne može vršiti po odredbama ZPP, niti ZIP sadrži takve odredbe, a ovakve odredbe ne sadrži ni Zakon o vanparničnom postupku. Ako ne postoje odredbe o postupku, ako ne postoji procesni zakon koji reguliše proceduru za ostvarenje nekog prava, onda i odredbe materijalnog prava ne mogu imati svoju primenu, pa pravo ostaje

[64] Odgovori na pitanja trgovinskih sudova koji su utvrđeni na sednicama Odeljenja za privredne sporove Višeg trgovinskog suda održanim 28.10.2009 i 24.11.2009. godine i na sednici Odeljenja za privredne prestupe i upravno-računske sporove održanoj 29.10.2009.godine– Sudska praksa trgovinskih sudova– Biten 3/2009.

[65] To znači da zalogodavac nije ograničen u pravu da raspolaže predmetom založnog prava dok mu se ne dostavi obaveštenje založnog poverioca. Ovo je još jedan argument u prilog preciziranja trenutka u kojem se dostavljanje smatra izvršenim. U slučaju otuđenja predmeta založnog prava pre dostavljanja obaveštenja, zalogodavac i novi vlasnik imaju obavezu da bez odlaganja podnesu zahtev radi upisa založnog prava u Registar zaloge na teret novog vlasnika, u suprotnom solidarno odgovaraju za štetu koja nastane založnom poveriocu.

[66] Vidi član 43. stav 1. ZZP.

[67] Vidi član 43. stav 2. ZZP.

proklamovano, a neostvarivo. Naime, sudovi ne postupaju neformalno, već postupaju po određenim procedurama, i to je osnovna tekovina uređenih pravnih sistema. Pravo da od suda zatraži sudsku prodaju založenih stvari, zalogoprimac ima prema odredbama Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, ali nijedan zakon ne propisuje proceduru po kojoj bi to pravo mogao ostvariti. Zato isto i nije faktički ostvarljivo, pa postoji potreba da zakonodavac na poseban način uredi ovo pitanje i popuni pravnu prazninu."[68]

Ovakvo rezonovanje suda zaslužuje posebnu pažnju. Govori se o mogućnostima namirenja, pa u okviru toga o sudskoj prodaji. Sud smatra da se pravo na sudsku prodaju predmeta založnog prava ne može ostvariti jer nije uređenoj nijednim zakonom, a sudska praksa ne može da popunjava prazninu koja je stvorena na navedeni način. Prodaja založene stvari po dobijanju dozvole suda, propisana je i članom 980. ZOO. Naime, ako poveriočevo potraživanje ne bude namireno o dospelosti, poverilac može zahtevati od suda odluku da se stvar proda na javnoj prodaji, ili po tekućoj ceni, kada stvar ima tržišnu ili berzansku cenu (izuzetak je ugovor u privredi gde se ne traži dozvola suda, već je dovoljno da istekne rok od osam dana od upozorenja učinjenog dužniku i zalogodavcu kada to nisu ista lica). Kako se ZOO primenjuje 30 godina, ako bi se prihvatilo ovo rezonovanje suda, nijedno potraživanje obezbeđeno ručnom zalogom nije moglo u poslednjih 30 godina da bude naplaćeno. Sud je zanemario i odredbu člana 1. stav 3. ZZP, koja nalaže primenu obligacionopravnih i svojinskopravnih propisa na pitanja koja nisu uređena ovim zakonom. Ako bismo prihvatili argumente suda nikada se nijedna sudska prodaja predmeta založnog prava ne bi mogla sprovesti, odnosno to bi značilo da nijedna sudska prodaja predmeta založnog prava tokom 30 godina važenja ZOO nije bila punovažno sprovedena, već je bila delo sudskog voluntarizma. Ono što nedostaje u ovoj sudskoj odluci jeste primena sistematskog tumačenja ZZP u vezi sa odredbama ZPP i ZIP. Na predlog stranaka sud bi odredio ročište na kome bi se u zapisniku utvrdio sporazum stranaka o postojanju novčanog potraživanja, vremenu njegovog dospeća, te saglasnost stranaka da se zasnivanjem založnog prava popisom pokretnih stvari dužnika obezbeđuje novčano potraživanje (član 270. stav 1. ZIP). Potpisani sporazum ima snagu sudskog poravnanja, odnosno izvršne isprave (član 270. stav 2.

[68] Odgovori na pitanja trgovinskih sudova koji su utvrđeni na sednicama Odeljenja za privredne sporove Višeg trgovinskog suda održanim 28.10.2009 i 24.11.2009. godine i na sednici Odeljenja za privredne prestupe i upravno-računske sporove održanoj 29.10.2009.godine– Sudska praksa trgovinskih sudova– Biten 3/2009.

ZIP u vezi sa članom 30.stav 1. tačka 1. ZIP). Nakon toga bi se moglo zatražiti izvršenje u skladu sa odredbama ZIP.

Vansudskoj prodaji se ne može pristupiti pre proteka roka od 30 dana od početka upisa namirenja u Registar zaloge. Dužnik može da ispuni dug u svakom trenutku pre prodaje predmeta založnog prava. Obavezu dužnika unutar tog roka može da ispuni i sam zalogodavac. Rok od 30 dana može da se skrati po sporazumu zalogodavca i založnog poverioca.

Založni poverilac može da stvar proda vansudski putem javnog nadmetanja ako ja to predviđeno odredbama ugovora o zalozi. Izuzetno, kad je zalogodavac fizičko lice koje ugovor o zalozi zaključuje izvan okvira privredne delatnosti, založni poverilac može pristupiti vansudskoj javnoj prodaji putem nadmetanja ako su se založni poverilac i zalogodavac o tome sporazumeli u trenutku dospelosti poveriočevog potraživanja (kada takve odredbe u ugovoru o zalozi nema jedino mu predstoji put sudske prodaje). Javna prodaja se može poveriti stručnom licu koje se redovno bavi takvom delatnošću. Predmet založnog prava se može prodati po tržišnoj ili berzanskoj ceni ako je takav način prodaje predviđen odredbama ugovora o zalozi. Izuzetno, kad je zalogodavac fizičko lice koje ugovor o zalozi zaključuje izvan okvira privredne delatnosti, to je moguće ako su se založni poverilac i zalogodavac o tome sporazumeli u trenutku dospelosti poveriočevog potraživanja. Pod tržišnom cenom se podrazumeva ona cena po kojoj se iste ili slične stvari redovno prodaju pod uobičajenim okolnostima na mestu i u vreme prodaje predmeta založnog prava.[69] Ako u mestu i u vreme prodaje predmeta založnog prava stvar nema tržišnu cenu, uzima se u obzir cena na najbližem tržištu. Berzanska cena je cena po kojoj se iste ili slične stvari prodaju na najbližoj berzi.[70] Ako predmet založnog prava nema tržišnu ili berzansku cenu, založni poverilac ga može prodati onako kako bi to učinio razuman i pažljiv čovek, čuvajući interese dužnika i zalogodavca. Prodaja se može poveriti licu koje se bavi davanjem zajmova uz zalogu kao zanimanjem ili licu koje se bavi prodajom takvih stvari kao zanimanjem, da u njegovo ime i za njegov račun proda predmet založnog prava.[71] Tada se uspostavlja solidarna odgovornost založnog poverioca i lica kome je prodaja predmeta založnog prava poverena za štetu koju prouzrokuju zalogodavcu prilikom prodaje. O mestu i vremenu održavanja prodaje moraju se obavestiti dužnik i zalogodavac, kao i treće lice kod koga se stvar nalazi. Ako je prodaja predme-

[69] Vidi član 47. stav 3. ZZP.
[70] Vidi član 47. stav 5. ZZP.
[71] Vidi član 47. stav 7. ZZP.

ta založnog prava održana bez prisustva dužnika i zalogodavca, kad to nije isto lice, založni poverilac je dužan da, bez odlaganja, obavesti svakog od njih o okolnostima koje mogu biti od značaja, a naročito o izvršenoj prodaji, načinu na koji je prodaja izvršena, postignutoj ceni i troškovima.

Zalogodavac može osporavati pravo založnog poverioca da se namiri vansudskim putem, ako u roku od 30 dana od upisa početka namirenja u Registar zaloge podnese tužbu sudu i dokaze da poveriočevo potraživanje ili založno pravo ne postoji, da potraživanje nije dospelo za naplatu ili da je dug isplaćen.[72] Podnošenje tužbe ne sprečava postupak namirenja, izuzev ako zalogodavac podnese javnu ispravu ili privatnu ispravu overenu na zakonom propisan način koja sadrži dokaz da poveriočevo potraživanje ili založno pravo ne postoji, da potraživanje nije dospelo za naplatu ili da je dug isplaćen.[73] Pri određivanju rokova i ročišta po tužbi zalogodavca, sud će uvek obraćati naročitu pažnju na potrebu hitnog rešavanja ovih sporova.[74] Samo pak podnošenje tužbe po pravilu[75] ne odlaže sprovođenje vansudskog namirenja, pa se može desiti da se sudskom odlukom, donetom po tužbi zalogodavca, u parničnom postupku utvrdi nepostojanje poveriočevog potraživanja, založnog prava, odnosno da je dug prestao ili nije dospeo, a da je vansudsko namirenje uveliko sprovedeno. Tada je osnov namirenja založnog poverioca otpao, pa se deo imovine založnog dužnika, odnosno zalogodavca ako to nisu ista lica nalazi u imovini založnog poverioca bez pravnog osnova. Iz ovog određenja sledi da zalogodavcu u toj situaciji pripada pravo na podnošenje tužbe zbog pravno neosnovanog obogaćenja. Još jedno pravno sredstvo koje bi bilo primereno u ovoj situaciji, uređeno je pravilima ZIP – predlog za protivizvršenje. Protivizvršenje se može ishodovati s pozivom na prestanak poveriočevog potraživanja u toku trajanja izvršnog postupka.[76] Tada bi o predlogu za protivizvršenje odlučivao izvršni sud uz primenu odredaba ZIP.

Najvažnija posledica prodaje (sudske ili neke druge) jeste prestanak postojanja založnog prava. Savesno lice stiče pravo svojine bez tereta pod

[72] Vidi član 49. stav 1. ZZP.

[73] Vidi član 49. stav 2. ZZP.

[74] Vidi član 49. stav 3. ZZP.

[75] Izuzetak postoji samo ako zalogodavac podnese javnu ispravu ili privatnu ispravu overenu na zakonom propisan način koja sadrži dokaz da poveriočevo potraživanje ili založno pravo ne postoji, da potraživanje nije dospelo za naplatu ili da je dug isplaćen (član 49. stav 3. ZZP). Ovde se samo postavlja pitanje ko bi bio nadležan da u toj situaciji obustavi namirenje. To može da uradi jedino sud primenom pravila kojima se uređuje izvršni postupak.

[76] Vidi član 59. stav 1. tačka 2. ZIP

uslovom da je bilo savesno, što znači da se tako može steći pravo svojine na stvari koja nije pripadala zalogodavcu, u skladu sa pravilima o sticanju od nevlasnika. Nakon što je rešenje o namirenju postalo pravnosnažno u postupku sudske prodaje, sud će rešenjem naložiti brisanje založnog prava iz Registra zaloge. Kod vansudske prodaje, založni poverilac je dužan da izda ispravu na osnovu koje zalogodavac može da zahteva brisanje založnog prava. Ukoliko bi on to odbio, zalogodavac (isto vredi i za kupca predmeta založnog prava jer mu nije u interesu da na stvari ostane teret) bi morao da podnese tužbu kojom bi tražio obavezivanje založnog poverioca na davanje navedene izjave, pri čemu bi se samom pravnosnažnošću sudske presude kojom je tužbeni zahtev usvojen, smatralo da je data izjava navedene sadržine (član 240. ZIP). Druga mogućnost bi bila sudska odluka kojom se utvrđuje da je založno pravo prestalo (član 55. ZZP).

V. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Jasno je da je namera zakonodavca bila da donošenjem ZZP uspostavi jedan brži i jednostavniji način namirenja za založne poverioce koji su u skladu sa odredbama ovog zakona obezbedili svoja potraživanja. Doduše u odredbama ZZP i dalje postoji paralelizam: mogućnost sudskog i vansudskog namirenja. Sama sudska prodaja založene stvari stvara probleme u praksi jer sudovi ne znaju po kojim pravilima da postupaju, pa se i na taj način favorizuje prodaja vansudskim putem.

Sam postupak vansudskog namirenja prate određene nedoumice koje su posledica pravnih praznina i činjenice da je ZZP donet godinu dana pre važećeg ZIP. Očigledno je postojala žurba da se uredi vansudsko namirenje založnih poverilaca, pa je ZZP donet 2003. u vreme važenja ZIP 2000, iako se znalo da usled novih ustavnih rešenja ZIP više nije mogao da opstane kao savezni zakon, jer je u oblasti svih građanskih sudskih postupaka Srbija morala da donese posebne zakone. Tako su nastale određene protivrečnosti usled činjenice da je važeći ZIP u velikoj meri odstupio od principa na kojima se zasnivao njegov prethodnik.

Osnovna ideja koja prati namirenje založnih poverilaca po odredbama ZZP je bilo nastojanje da se potisne uloga suda. Pošlo se od kritika upućenih na račun važećeg ZIP, i predstave da je činjenica da je izvršenje sudski postupak, zapravo generator problema. Trebalo je ustrojiti takav sistem pravila u kojem će samo izvršenje teći bez uplitanja suda (koliko je to moguće), te obezbediti efikasnu naplatu potraživanja obezbeđenih zalogom na pokretnostima, odnosno zalogom na potraživanjima. Sam osnov nastanka založnog prava jeste ugovor o zalozi, ali on nije osnov

prava na namirenje. Pravo na namirenje je po odredbama ZZP pravno dejstvo založnog prava upisanog u Registar zaloge.

Kada je reč o samom pravu na namirenje, primetne su nedoslednosti. U članu 27. ZZP koji nosi naslov „Opšte pravilo" govori se o ugovoru o zalozi koji zaključuje zalogodavac privredni subjekt (isto važi i za pravna lica javnog i privatnog prava). Tada se ugovorom može predvideti da založni poverilac ima pravo da predmet založnog prava proda na vansudskoj javnoj prodaji ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti. Za založnog poverioca se tada može ugovoriti pravo da predmet zaloge koji ima tržišnu ili berzansku cenu proda ili da ga po toj ceni zadrži za sebe. Kada je reč o zalogodavcu fizičkom licu koje ugovor o zalozi zaključuje izvan okvira privredne delatnosti, takve odredbe nisu dopuštene u ugovoru o zalozi, ali se zalogodavac i založni poverilac o tome mogu sporazumeti u trenutku dospelosti potraživanja. Zakonodavac je na ovaj način hteo da zaštiti fizička lica koja ne obavljaju privrednu delatnost, i kod kojih će se samim tim potreba za zasnivanjem ovakvog vida obezbeđenja ređe javljati.

Sam postupak namirenja je u nekim segmentima problematičan. Kada dužnik ne ispuni svoju obavezu o dospelosti založni poverilac stiče pravo na državinu po samom zakonu. U trenutku dospelosti založni poverilac stiče pravo da iz vrednosti predmeta založnog prava namiri svoje glavno potraživanje, dužnu kamatu i troškove oko naplate potraživanja. Postupak namirenja započinje kada založni poverilac dostavi obaveštenje preporučenim pismom dužniku i zalogodavcu, kada to nije isto lice na adresu upisanu u Registar zaloge. Nakon toga, založni poverilac ima pravo da predmet založnog prava uzme u državinu, pri čemu sam izvod iz Registra zaloge predstavlja izvršnu ispravu koja će biti osnov za donošenje rešenja o oduzimanju predmeta založnog prava. Dakle sam izvod iz Registra zaloga predstavlja izvršnu ispravu samo u postupku oduzimanja predmeta založnog prava, ali ne i u postupku njegove prodaje. Protiv rešenja o oduzimanju predmeta je predviđen prigovor kao pravni lek, iako je jasno da zbog odredaba važećeg ZIP to mora biti žalba, kao pravni lek u postupku izvršenja na osnovu izvršne isprave. O samoj žalbi odlučuje sud u skladu sa zakonom kojim se uređuje izvršni postupak.

U pogledu prodaje videli smo da postoje sudska (primenjuju se odredbe ZIP i ZPP) i vansudska u skladu sa odredbama ZZP. O načinima vansudske prodaje zakonodavac se eksplicitno ne izjašnjava. U odredbama ZZP se postavljaju ograničenja u pogledu prodaje putem javnog nadmetanja, kao i u pogledu prodaje po tržišnoj i berzanskoj ceni. O tome mora da postoji odredba u ugovoru o zalozi, odnosno sporazum zalogo-

davca (fizičko lice koje zaključuje ugovor izvan okvira privredne delatnosti) i založnog poverioca u trenutku dospelosti potraživanja. Jasno je da je ZIP u ovoj stvari precizniji i čini se pravičniji. Način prodaje pokretnih stvari u izvršnom postupku određuje zaključkom sud, pazeći na to da se postigne najpovoljnije unovčenje stvari. Ovakvo rešenje u postupku vansudske prodaje, baš zato što ja vansudska, nije moguće.

Pravo založnog poverioca da se namiri vansudskim putem zalogodavac može osporavati tužbom sudu, pozivajući se na to da poveriočevo potraživanje ili založno pravo nije dospelo za naplatu ili da je dug isplaćen (kao da se radi o opozicijskoj tužbi u izvršnom postupku). Kako podnošenje tužbe sudu ne sprečava postupak namirenja (osim ako zalogodavac podnese javnu ispravu ili privatnu ispravu overenu na zakonom propisan način koja sadrži dokaz da poveriočevo potraživanje ili založno pravo ne postoji), to se može desiti da sud usvoji ovaj tužbeni zahtev, a da je postupak vansudskog namirenja uveliko okončan. U tom slučaju zalogodavac može da povrati predmet zaloge koji se sada nalazi u imovini založnog poverioca putem protivizvršenja (primenjuju se odredbe ZIP) i putem tužbe zbog pravno neosnovanog obogaćenja (primenuju se odredbe ZPP).

Savesno lice koje kupi predmet založnog prava na sudskoj ili vansudskoj prodaji, stiče pravo svojine bez tereta. Pravo svojine koje je savesni kupac stekao ne može se osporavati zbog eventualnih propusta u postupku prodaje. ZZP govori o savesnom kupcu koji kupuje predmet založnog prava na sudskoj ili vansudskoj prodaji. Sam ZIP koji uređuje sudsku prodaju ne poznaje savesnost, jer je sama činjenica da prodaju vodi i nadzire sud kao organ vlasti, dovoljna garantija budućem kupcu da će njegovo pravo svojine biti neopterećeno. Ovde je ZZP u suprotnosti sa odredbama ZIP koji ne traži savesnost, a kako je sudska prodaja regulisana pravilima ZIP, to se one moraju primeniti i u slučaju sudske prodaje po odredbama ZZP. Kada se predmet založnog prava prodaje na vansudskoj prodaji, onda bi se mogla tražiti savesnost za sticanje svojine, kada je prodat predmet koji ne pripada zalogodavcu, odnosno primenila bi se pravila o sticanju svojine od nevlasnika.

Imajući u vidu postupak vansudskog namirenja po ZZP, analiziran u najvažnijim aspektima, postavlja se pitanje koliko je zakonodavac u svojoj nameri uspeo. Da li se uopšte ovaj postupak namirenja može nazvati vansudskim i posebnim, ako se svaka praznina i svaki problem rešava učešćem suda i primenom odredaba ZIP. U postupku vansudske prodaje, mogu nastati nepravilnosti, mogu se povrediti prava, pre svega založnog

dužnika i zalogodavca (kada to nisu ista lica), a tu povredu može da otkloni jedino sud. Dileme koje ZZP nije rešio, mogu se otkloniti primenom ZIP. U tom smislu stvoren je jedan specifičan postupak namirenja koje je u izvesnoj meri vansudsko, ali ga u najznačajnijim pitanjima ipak kontroliše sud, jedan postupak namirenja ne dovoljno poseban da bi se izbegla primena odredaba ZIP.

Nikola Bodiroga, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Belgrade

Private Enforcement based on Law on Lien Right against Chattels entered in Registry

Abstract

2003 Serbian Law on Lien Right on Chattels entered in Registry has brought significant changes in this area. Lien right regime enables lien debtor (pawnbroker) to keep removables in his possesion and sets public registry of lien right on removables and receivables. Previosly lien right on chattels has been regulated by 1978 Law on Contracts and Torts, according to which the lien debtor (pawnbroker) was deprived of his possession and the only way for lien creditor to collect his claim was through court. Since 2003 there is a new way of private enforcement of claims secured through lien right on chattels which improves the position of enforcement creditor. According to provisions of this new law, the lien creditor can choose between court sale and private enforcement. Procedure before the court is regulated by Civil Procedure Act and Enforcement Procedure Act. In this paper we analyzed the most important aspects of this private enforcement. When lien debtor (pawnbroker) is private or public company private enforcement is easier. Natural persons not involved in business activities are more protected. Some methods of sale can be organized only of natural persons have agreed upon it when claim became mature. Lien creditor´s right to collect his claim can be challenged by opposition lawsuit. If lien creditor collected his claim, although claim or lien right has extuinguished or claim hasnt become mature, lien debtor can file a motion for counterenforcement. Enforcement Procedure Act is to apply to other legal remedies as well. Private enforcement according to 2003 Serbian Law on Lien Right on Chattels entered in Registry is only private in some aspects, because the most important issues are still resolved by the court. It represents special enforcement method but this method can be successful only if Enforcement Procedure Act is applied accordingly.

Key words: lien right on chattels.–private enforcement.–court based inforcement.–claim collection.

Originalni naučni rad 343.359.2(460)
323.28(460)

Dr Tatjana Lukić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

BORBA PROTIV FINANSIRANJA TERORIZMA – PRIMER ŠPANIJE

Sažetak: *S obzirom da zakonska regulativa predstavlja polazište uspešnoj borbi protiv terorizma, veoma je važna njena adekvatnost, kako unutar država, tako i na nivou Evropske Unije i cele međunarodne zajednice. Unapređenje zakonske regulative u funkciji zaštite od terorizma mora biti višestruko povezano i sa drugim protivterorističkim merama i aktivnostima i predstavljati jednu harmoničnu celinu koja se neprekidno razvija, unapređuje i menja. U radu autor se posebno bavi merama prevencije i represije finansiranja terorizma na primeru Španije kao jedne od država Evropske Unije koja ima najviše iskustva u borbi protiv terorizma, sa posebnim akcentom na sprečavanje finansiranja terorizma i ulogu advokata u tome.*

Ključne reči: *terorizam, finansiranje terorizma, pranje novca, Španija, EU*

I Uvodna razmatranja

Shvativši realnu opasnost od savremenih oblika kriminaliteta internacionalnog karaktera, međunarodna zajednica je razvila strategiju opšte borbe protiv najopasnijih njegovih pojavnih oblika kao što je terorizam. Radi povećanja efikasnosti borbe protiv finansiranja terorizma u državama članicama Evropske Unije, Ujedinjene nacije i Evropska unija donele su brojne dokumente koji se odnose na borbu protiv finansiranja terorizma i sa njim neraskidivo povezanog pranja novca najznačajniji sledeći: 1) Konvencija protiv nedopuštene trgovine opojnim drogama i psihotropnim supstancama – Bečka konvencija[1]; 2) Konvencija protiv međunarod-

[1] United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988, http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf

nog organizovanog kriminala[2]; 3) Konvencija protiv korupcije[3]; 4) Konvencija za suzbijanje finansiranja terorizma iz 1999. godine (Konvencija o finansiranju terorizma)[4]; 5) Konvencija Saveta Evrope o pranju, traženju, privremenom i trajnom oduzimanju prihoda stečenih krivičnim delom iz 1990. godine[5]; 6) Direktiva 2005/60EC Evropskog parlamenta i Saveta od 26. oktobra 2005. godine o sprečavanju korišćenja finansijskog sistema u svrhe pranja novca i finansiranja terorizma (tzv. Treća direktiva)[6]; 7) Direktiva 2006/70/EC Komisije koja propisuje mere za primenu Direktive 2005/60/EC Evropskog parlamenta i Saveta u pogledu definicije „politički izložene osobe" i tehničkih kriterijuma za pojednostavljene mere propisane marljivosti analize klijenta, kao i izuzetaka na osnovu finansijskih aktivnosti koje se obavljaju povremeno ili na vrlo ograničenim osnovama[7].

Takođe su se pojedine institucije specijalizovale za borbu protiv finansiranja terorizma na nivou Evropske Unije kao što su Manival i Bazelski komitet.

Manival *(Committee of Experts on the Evaluation of Anty-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism)*[8] – Komitet Saveta - Evrope (osnovan 1997. godine) ima zadatak da kroz proces međusobnog ocenjivanja, vrši procenu usklađenosti sistema za borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma u državama članicama s međunarodnim standardima. Procena se vrši prikupljanjem informacija iz upitnika, kao i na osnovu posete tima evaluatora izabranog od strane sekretarijata Manivala. Evaluatori izrađ-

---

[2] United Nations Convention Against Transnational Organized Crime, 2000, http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents_2/convention_eng.pdf

[3] United Nations Convention Against Corruption, 2004, http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf

[4] International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, 1999, http://www.unodc.org/documents/treaties/Special/1999%20International%20Convention%20for%20the%20Suppression%20of%20the%20Financing%20of%20Terrorism.pdf

[5] Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, 1990, http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/141.htm

[6] DIRECTIVE 2005/60/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing, 2005, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005: 309:0015:0036:EN:PDF

[7] COMMISSION DIRECTIVE 2006/70/EC laying down implementing measures for Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council as regards the definition of 'politically exposed person' and the technical criteria for simplified customer due diligence procedures and for exemption on grounds of a financial activity conducted on an occasional or very limited basis, 2006, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:214:0029:0034: EN:PDF

[8] http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval

uju nacrt izveštaja o usklađenosti zakonodavstva i prakse u konkretnoj državi s međunarodnim standardima. Nakon određenog kruga usaglašavanja, konačna verzija izveštaja se usvaja na plenarnim zasedanjima, koja se održavaju četiri puta godišnje. Svaki izveštaj sastoji se od analize stanja, ocene stanja i preporuka za unapređenje sistema za sprečavanje pranja novca i finansiranja terorizma ocenjivane zemlje. Manival, u okviru Saveta Evrope, poseduje mehanizme pritiska na države članice radi primene navedenih preporuka i sprovođenja drugih mera na državnom nivou. Ti mehanizmi se kreću od obaveze redovnog izveštavanja Manivala o svakom napretku, preko slanja visoke diplomatske misije u državu članicu, pa do isključenja iz članstva u Savetu Evrope. Izveštaji koje usvaja Manival su javni i koriste se u procenama finansijske stabilnosti i sigurnosti ulaganja u pojedinim državama.

Osnovni standardi koji, pored ostalih, služe za ocenu usklađenosti su preporuke FATF[9]. FATF je objavio č koje se odnose na efikasno uspostavljanje sistema za borbu protiv pranja novca, pravni sistem i sprovođenje zakona, finansijski sistem i njegovu regulativu, kao i međunarodnu saradnju; i d, a odnose se na: ratifikaciju i implementaciju instrumenata UN, inkriminisanje finansiranja terorizma i sa njim povezanog pranja novca, oduzimanje terorističke imovine, prijavljivanje sumnjivih transakcija u vezi sa terorizmom, međunarodnu saradnju, alternativne načine slanja gotovog novca, neprofitne organizacije i kurire koji prenose gotovinski novac.

Bazelski komitet[12] za superviziju banaka, čiji je cilj međunarodna saradnja i unapređenje u oblasti supervizije banaka, promovisao je 25 ključnih principa koji predstavljaju minimum standarda koje treba ispuniti da bi sistem supervizije bio efikasan, uključujući:

- ***Princip br. 7 – proces upravljanja rizikom*** Supervizori treba da traže od banaka i bankarskih organizacija da imaju propisane sveobuhvatne procese upravljanja rizicima kako bi identifikovali, procenili, nadgledali i kontrolisali ili ublažili sve rizike;

---

[9] FATF je međunarodno telo osnovano u Parizu 1989. godine s ciljem razvoja i unapređenja politika za efikasnu borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma, kao i praćenja sprovođenja mera za sprečavanje pranja novca i finansiranja terorizma u zemljama članicama. U sprovođenju tih aktivnosti FATF sarađuje sa ostalim međunarodnim telima uključenim u sprečavanje pranja novca i finansiranja terorizma, kao što je Manival.

[10] http://www.fatf-gafi.org/document/28/0,3343,en_32250379_32236920_33658140_1_1_1_1,00.html

[11] http://www.fatf-gafi.org/document/9/0,3343,en_32250379_32236920_34032073_1_1_1_1,00.html

[12] *Bazelski komitet za kontrolu banaka* osnovali su 1974. godine guverneri centralnih banaka zemalja grupe G10. Komitet nema nadnacionalni autoritet kontrole i njegovi zaključci nemaju pravnu snagu. On formuliše osnovne standarde kontrole i daje preporuke na osnovu najbolje prakse, u očekivanju da ovlašćeni kontrolori to primene na način koji je pogodan za pojedinačne nacionalne sisteme Na taj način kOmitet obezbeđuje istovetan pristup i zajedničke standarde kontrole u zemljama članicama.

- ***Princip br. 18 – zloupotrebe finansijskih usluga***Supervizori treba da se uvere da banke primenjuju adekvatne procese, uključujući - striktna pravila „*Upoznaj svog klijenta*“, koji promovišu visoke etičke i profesionalne standarde u finansijskom sektoru i sprečavaju da banka namerno ili nenamerno bude iskorišćena za kriminalne aktivnosti.

Bazelski komitet je takođe usvojio **dokument o merama poznavanja i praćenja stranke za banke**[13], u kome je posebno obrađeno pitanje usvajanja pravila „*Upoznaj svog klijenta*“ u bankama.

Potrebno je spomenuti da su ove godine Evropska Unija i Sjedinjene Američke Države usvojile zajedničku antiterorističku strategiju uz puno poštovanje ljudskih prava. Naime, Evropska Unija i Sjedinjene Američke države su 03. juna 2010. godine izdale zajedničku deklaraciju koja se odnosi na nastavak saradnje u borbi protiv terorizma. Ministri unutrašnjih poslova 27-članog bloka odobrili su dokument na sastanku u Luksemburgu. Prema ovoj Deklaraciji, da bi se izbeglo nekažnjavanje u borbi protiv terorizma, država čiji su državljani osumnjičeni za terorizam, generalno ima pravo i obavezu da sprovede istragu u prvostepenom postupku i razmotri mogućnost krivičnog gonjenja za krivično delo terorizma. Zajednički napori u borbi protiv terorizma treba da rezultiraju sveobuhvatnim nizom sredstava orijentisanih na delovanje, kao što su sprovođenje zakona, pravosudna saradnja, obaveštajni rad, diplomatija, finansije i bezbednost.

II Borba protiv terorizma u Španiji

Španski Krivični zakonik[14] definiše terorističke napade i predviđa oštrije sankcije za njih u odnosu na ostala krivična dela. Na primer, dok se za ubistvo može izreći kazna zatvora od 15 do 20 godina, za ubistvo u terorističke svrhe može se izreći kazna od 20 do 30 godina zatvora. Krivični zakonik takođe zabranjuje mnoge različite oblike saradnje sa namerom izvršenja terorističkih akata. Saradnja sa teroristima ili terorističkim grupama se može sankcionisati sa 5 do 10 godina zatvora, a novčane kazne se kreću u iznosu od 18 do 24 prosečne mesečne zarade.

Što se tiče *finansiranja terorizma* i *pranja novca*, u Krivičnom zakoniku su inkriminisane obe aktivnosti. Prema Zakoniku, svako ko učini krivično delo protiv imovine u nameri da obezbedi sredstva za oružane grupe, organizacije i terorističke grupe biće kažnjen novčanom kaznom u iznosu višem od onog koji je propisan za to delo. Pranje novca je u Španiji inkriminisano i određeno kao takvo u članu 301. Krivičnog zakonika, a sve na osnovu Bečke i

[13] http://www.bis.org/publ/bcbs85.pdf

[14] Ley Organica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Codigo Penal, https://www.imolin.org/doc/amlid/Espana_Codigo%20Penal%20(Texto%20Completo).pdf

Palermske konvencije. Finansiranje terorizma je inkriminisano i određeno kao takvo u članu 571. Krivičnog zakonika. 6 marta 2001. godine. Španski Savet ministara je usvojio odluku o implementaciji rezolucije UNSCR broj 1373 u okvire španskih zakona. Međutim, treba napomenuti da ova zakonska rešenja obuvataju i situacije u kojima se pojavljuju teroristi-pojedinci, a koji nisu povezani sa većim organizacijama.

Krivična dela terorizma regulisana su članom 571. Krivičnog zakonika 10/1995 od 23. novembra i dopunjena Organskim zakonom 7/2000 od 22. decembra, Organskim zakonom 5/2000 od 12. januara o krivičnoj odgovornosti maloletnika i Organskim zakonom 20/2003. Krivična dela terorizma su struktuirana u skladu sa pretpostavkom da pripadnost, postupanje za dobrobit ili saradnja sa oružanim bandama i grupama ima za cilj podrivanje ustavnog uređenja ili ugrožavanje javnog mira, a vrše se uništavanjem ili podmetanjem požara, izazivanjem smrti i povreda opisanih u članovima 149. i 150. ili drugih povreda, otmicom, nezakonitim držanjem pod pretnjom ili prinudom i dr. Terorističko delovanje, bez obzira na pripadnost ili saradnju sa terorističkom grupom, takođe se smatra krivičnim delom.

Takođe može se kazniti svako ko u cilju prikupljanja sredstava za delovanje terorističkih grupa izvrši krivično delo protiv imovine, kao i svako ko sprovodi, organizuje ili pomaže u aktivnostima oružane bande ili terorističke grupe. Svako lice koje, iako ne pripada oružanim bandama i terorističkim grupama, deluje sa ciljem podrivanja ustavnog uređenja i mira, te preti stanovništvu, članovima društvenih, političkih ili strukovnih udruženja, i tom cilju izvrši sledeća krivična dela: ubistvo, nanošenje telesne povrede iz člana 149. i 150., nezakonito lišenje slobode, otmica, iznuda, izazivanje požara, uništenje i oštećenje iz članova 263. do 266., 323. i 560., ili posedovanje, proizvodnja, trgovina, prevoz ili snabdevanje oružjem i municijom, supstancama eksplozivnog zapaljivog karakatera i onih koje izazivaju gušenje ili njihovih komponenata, biće kažnjen u skladu sa zakonom. U skladu sa članom 515. Krivičnog zakonika, nezakonita udruženja, među kojima su naoružane grupe i teroristička tela ili grupe se takođe kažnjavaju. Da bi se sprečio nastavak kriminalne aktivnosti i njenih posledica, sud može narediti raspuštanje nelegalnog udruženja i druge mere predviđene u članu 129. Krivičnog zakonika: privremeno ili trajno zatvaranje, kao i zabranu vršenja bilo kakve aktivnosti. Krivični zakonik je uveo tzv. „međunarodnu upornost", za vršenje određenih dela, (npr. krijumčarenje droge), odnosno za one kriminalne aktivnosti vezane za prostituciju, kao i za terorizam. U konkretnom slučaju terorizma, član 580. Krivičnog zakonika navodi da „....za svako krivično delo koje se odnose na aktivnosti oružanih grupa, terorističkih tela ili grupa, odluka stranog suda biće izjednačena sa odlukom španskog suda, kao izraz poštovanja primene principa „upornosti" koja se tretira kao otežavajuća okolnost".

Organskim zakonom broj 15 od 30. juna 2003. godine[15] kojim je izmenjen i dopunjen Krivični zakon propisano je da u slučaju posebno teških krivičnih dela (uključujući i terorizam) osuđenom može biti uskraćeno pravo pristupa trećem stepenu zavodskog tretmana, osim ako nije odslužio jednu polovinu izrečene kazne. Gornja granica kazne zatvora je 40 godina u onim slučajevima u kojima je lice izvšilo dva ili viša terorističkih dela, a za jedno od njih je izrečena kazna zatvora u trajanju dužem od 20 godina. U slučaju posebno teških krivičnih dela (uključujući i terorizam), kod prelaska na treći stepen statusa (zatvorske privilegije) i obračunavanja vremena za odobravanje uslovnog otpusta, uzimaće se kao referentno vreme ukupan broj godina na koje je lice osuđeno. Posebne okolnosti će se uzeti u obzir kod uslovnog otpusta kad god bi trebalo da bude odobren u slučajevima krivičnih dela vezanih za terorizam i organizovani kriminal (aktivna saradnja, stvarna disocijacija iz terorističke organizacije, učešće u programima pomoći žrtvama i sl.). Da bi stekao ili prešao u treći stepen zavodskog statusa, zahtevaće se, pored zakonom propisanih uslova, da osuđeni treba da ispuni građanske obaveze i dužnosti, zatim da pruži nedvosmislen dokaz da je odustao od bilo kakvih terorističkim aktivnosti, i da aktivno sarađuje sa državnim organima u borbi protiv terorizma.

U Španiji postoji i posebna zakonska regulativa koja se odnosi na ***konfiskaciju, zamrzavanje i oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela***. Obaveza zamrzavanja imovine i sredstava proisteklih iz krivičnih dela usvojena je u okviru EC regulative broj 881 iz 2002. godine. Propisi koji se odnose na konfiskaciju, zamrzavanje i oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela dopunjeni su članom 127. španskog Krivičnog zakonika kojim se dozvoljava široka konfiskacija, a takođe i članom 374. kojim se posebno predviđa konfiskacija imovine stečene/proistekle iz krivičnog dela trgovine drogom. Zakon broj 12/2003[16] dozvoljava zamrzavanje bilo kog vida finansijskih transakcija, a u cilju prevencije terorističkih napada.

Suđenje okrivljenim licima za teroristička dela sprovodi se na isti način kao i okrivljenim licima za druga krivična dela, naime, u skladu sa pravilima Zakonika o krivičnom postupku[17] i Organskog zakona broj 6 od 1. jula 1985. godine[18], koji se odnosi na uređenje sudova. Ne postoji poseban krivični postupak za suđenje za teroristička dela. Licima okrivljenim za krivično delo terorizma se može suditi u opštem i u skraćenom po-

[15] https://www.imolin.org/doc/amlid/Espana_ley%20organica%2015_2003.pdf

[16] http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/fight_against_terrorism/4_theme_files/apologie_-_incitement/CODEXTER%20Profiles%20(2006)%20Spain%20E.pdf

[17] https://www.imolin.org/doc/amlid/Espana_Ley%20de%20Enjuiciamiento%20Criminal.pdf

[18] Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/ lo6-1985.html

stupku. Španski sudovi su nadležni da vode postupak u vezi sa terorističkim aktima koje su izvršili španski državljani, ali i stranci van teritorije države.

Iako ne postoji poseban krivični postupak za krivično delo terorizma, postoje posebne odredbe koji se mogu primeniti kada se sprovodi krivično gonjenje i suđenje izvršiocima terorističkih akata, a odnose se na nadležnost organa sa posebnim ovlašćenjima, prethodnu sudsku proveru određenih aktivnosti tužilaštva, preventivni pritvor i dr.

1. Ograničenja određenih osnovnih prava lica okrivljenih za terorizam

Prema Ustavu Španije (član 55.) iz 1978. godine propisana je mogućnost ograničavanja sledećih osnovnih prava i sloboda građana, u skladu sa zakonom, uz obaveznu naredbu suda i odgovarajuću parlamentarnu kontrolu, u vezi sa krivičnim gonjenjem za dela terorizma:

a) pravo lica u pritvoru da se ne sme držati duže nego što je zaista neophodno potrebno da bi se sprovele istražne radnje usmerene na utvrđivanje stvarnih činjenica, kao i da pritvoreno lice mora biti pušteno na slobodu ili izvedeno pred nadležni sud u roku od 72 sata od lišavanja slobode, koji će ispitati osnovanost i zakonitost pritvaranja;

b) pravo na nepovredivost stana, prema kome nije dozvoljen ulazak ili pretres stana bez prethodnog pristanka vlasnika ili na osnovu naredbe suda, osim u slučaju da je vršenje krivičnog dela u toku;

c) pravo na privatnost komunikacija, posebno poštanskih, telegrafskih i telefonskih komunikacija.

U skladu sa ovim odredbama Ustava, špansko zakonodavastvo predviđa sledeće mere:

a) Preventivni pritvor

U slučaju pritvaranja lica za koje postoji osnovana sumnja da su počinila krivična dela u okviru oružanih grupa ili u slučaju teroriste ili buntovnog pojedinaca, uobičajeni maksimalni rok za trajanje pritvora (od 72 sata) može biti produžen odlukom suda za dodatnih 48 sati, tako da preventivni pritvor može da traje ukupno 5 dana.

Osim toga, predviđena je mogućnost za sudiju da naredi da se pritvorenik drži u „izolaciji“, u periodu koji može biti produžen za neophodno potrebno vreme radi sprovođenja istrage u cilju utvrđivanja stvarnih činjenica, u okviru navedenog roka od 5 dana. *Incommunicado* podrazumeva da:

- pritvorenik ima pravo na stručnu pomoć branioca koji mu je dodeljen, bez prava da slobodno imenuje branioca;

- razgovor sa braniocem se prekida nakon što je iskaz zabeležen, ili nakon što je identitet utvrđen;
- pritvorenik ima pravo na lekarski pregled od strane lekara kojeg je odredio sud;
- odlaže se svaka komunikacija sa srodnicima i drugim licima;
- usmena komunikacija se ne dozvoljava;
- sud vrši presretanje svake komunikacije u pisanoj formi.

b) Ulazak u stan i pretres stana

Zakonik o krivičnom postupku predviđa da za ulazak u stan i pretres stana moraju postojati dokazi da se u stanu nalazi optuženi, posledice ili sredstva izvršenog dela, ili bilo kojih drugih predmeta koji će se koristiti u postupku. Takođe, jedan od sledećih uslova treba da bude ispunjen:

a) da je vlasnik ili držalac stana dao pristanak za pretres;
b) da postoji naredba suda, ili
c) da je izvršenje krivičnog dela toku.

Članom 533. Zakona o krivičnom postupku predviđeno je da se u stan može ući ukoliko je ispinjen bilo koji od sledećih uslova:

1) izdat je nalog za hapšenje vlasnika;
2) okrivljeni se krije u stanu;
3) u slučaju izuzetne ili hitne potrebe, kada se za pojedinca u pitanju sumnja da je izvršilac krivičnih dela, ili je u vezi sa oružanim bandama, ili terorističke i pobunjeničkim pojedinacima. U takvim slučajevima, nadležni sudija mora odmah biti obavešten, uz naznaku razloga za pretres, i rezultatima pretresa.

v) Presretanje komunikacija

U principu, pravo na privatnost komunikacija može biti ograničeno samo sudskom odlukom, a sudija koji vodi postupak nadležan je da odredi mere potrebne za presretanje komunikacija. Ipak, član 579. Zakona o krivičnom postupku navodi da, izuzetno i u hitnim slučajevima, Ministar unutrašnjih poslova ili, ukoliko je on nedostupan, Državni sekretar za bezbednost može da naredi presretanje komunikacija, u toku istrage policije, u cilju otkrivanja informacija o delima koja se odnose na aktivnosti oružanih grupa ili terorista. U ovom slučaju, nadležni sud u predmetu trebalo bi da odmah bude obavešten u pisanoj formi (čiji elementi su zakonom određeni) nakon čega sudija, takođe u zakonom propisanoj formi, treba da ili poništi ili potvrditi takav nalog, najkasnije u roku od 72 sata.

II Prevencija terorizma – bezbednosne mere

Nakon terorističkog napada 11.septembra, Španija je usvojila specifičan plan akcija koji se primenjuju u slučaju terorističkog napada sa konvencionalnim oružjem. Takođe, predviđene su preventivne mere i mere hitnog reagovanja za neutralisanje terorističkog napada ili pokušaja terorističkog napada sa hemijskim i biološkim oružjem. Španija je primenila preventivni plan za proučavanje i razumevanje ideologije, ciljeva, načina izvršenja različitih terorističkih organizacija. Španski propisi daju specifična ovlašćenja pojedinim agencijama u nastojanju da se spreče teroristički i drugi protizakoniti akti. Španska policija je zadužena za kontrolu imigracije. Civilna odbrana je odgovorna za carinu, poresku i finsnijsku kontrolu ali i za gonjenje za krivična dela krijumčarenja, trgovinu drogom i prevare.

Finansijske institucije igraju ključnu ulogu u sprečavanju - prevenciji finansiranja terorista. Ove institucije se moraju suzdržati od bilo koje transakcije u kojoj bi izdavalac sredstava ili primalac istih mogao biti terorista ili povezan sa terorističkim organizacijama. Pomenute institucije su dužne da obaveste Izvršnu službu Komiteta za prevenciju pranja novca i finansijski kriminal u slučaju da posumnjaju da je neka transakcija kriminalne prirode.

Komitet za prevenciju pranja novca i finansijski kriminal je odgovoran za prevenciju pranja novca (koje uključuje kriminalne aktivnosti povezane sa oružanim bandama ili organizacijama ili terorističkim grupama). Na čelu Komiteta nalazi se Državni sekretar za ekonomske odnose. Da bi vršio svoje funkcije, Komitet je podržan od strane *Izvršne službe*, koja potpada pod nadležnost Španske banke i ima jedinicu koja je poznata kao Nacionalna policijska brigada za istraživanje finansijskog kriminala; i *Sekretarijata*, koji je u sastavu Ministarstva za ekonomske odnose, u čiju nadležnost spada usklađivanje sa regulativom Evropske Unije koja se tiče zamrzavanja sredstava u vezi sa terorizmom.

Španija je potpisnica i nekoliko međunarodnih sporazuma koji obezbeđuju brzu i efikasnu razmenu informacija u sledećim oblastima:

- Razmena informacija o terorističkim grupama i kretanju njihovih aktivnosti;
- Razmena informacija preko oficira za vezu iz različitih zemalja;
- Razmena tehnika i iskustava sa drugim službama koje su uključene u borbu protiv terorizma;
- Razmena informacija i analiza u pogledu procene terorističkih pretnji.

III Finansiranje terorizma i pranje novca – primer Španije

SEPBLAC[19] je jedinica za borbu protiv pranja novca, osnovana je 1993. godine u Španiji prema zakonu br. 19 i Kraljevskog dekreta iz 1995 godine broj 925[20], i spada u špansku finansijsku službu. SEPBLAC je u 2008. godini primio 2904 izveštaja o sumnjivim transakcijama, a u 2007. godini 2783 izveštaja o istim. U 2009. godini primio je 590 zahteva za informisanje od drugih finansijskih službi.

Prema zakonu broj 19 iz 2003. godine[21] naloženo je finansijskim institucijama da podnose mesečne izveštaje o svakoj većoj transakciji koja se obavi, a cenzus je postavljen u visini od 50 000 eura. Zatim, svaka interna transakcija u finansijskim organizacijama koja je veća od 100 000 eura mora se prijaviti u izveštaju na mesečnom nivou, dok je za „strane menjačke kuće" određeno da moraju prijaviti svaku transakciju veću od 5 000 eura. Prema akonu broj 19 iz 1993. godine nameće AML/CFT (anti-money laundering - combating the financing of terrorism) obavezu u većini nefinansijskih poslova i profesija koje se odnose na agente za nekretnine, prodavce plemenitih metala, advokate, kazina, notare itd.

Pranje novca je u Španiji inkriminisano i određeno kao takvo u članu 301. Krivičnog zakona, a sve na osnovu Bečke i Palermske konvencije, iako ovim članom nije obuhvaćeno sve što je navedeno u pomenutim konvencijama (kao npr.posedovanje i upotreba imovine proistekle iz krivičnih dela). ***Finansiranje terorizma*** je inkriminisano i određeno kao takvo u članu 571. Krivičnog zakona i ova inkriminacija u velikoj meri obuhvata evropske standarde koi se odnose na finansiranje terorizma. Zaprećena kazna za navedena krivična dela koja se odnose na finansiranje terorizma je od 10 do 30 godina zatvora i određena je u članovima 572. i 574. KZ.

Zakonom broj 12 iz 2003. godine[22] je dozvoljeno zamrzavanje bilo kog vida finansijskih tokova, a u cilju prevencije terorističkih napada. Ovim zakonom formirana je *Komisija za borbu protiv finansiranja terorizma* (CVAFT) koja koordinira svim akcijama Španije kojima se prate finansiranja terorizma. U aprilu 2010. godina spojeni su Zakon broj 12 iz 2003, Zakon broj 19 iz 1993. i Kraljevski dekret iz 1995 godine broj 925 i tada je donet

[19] Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias http://www.sepblac.es/espanol/home_esp.htm

[20] https://www.imolin.org/doc/amlid/Spain_royal%20decree%20925_1995.pdf

[21] Law 19/1993, amanded by Law 19/2003. https://www.imolin.org/amlid2/ showLaw.do?law=5208&language=ENG&country=SPA

[22] Law 12/2003, 21 May, on Prevention and Freezing of Financing of Terrorism, https://www.imolin.org/amlid2/showLaw.do?law=7394&language=ENG&country=SPA

novi jedinstveni Zakon broj 10[23] koji reguliše preventivnu borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma, a to je sve posledica primedbi Evropske komisije koje su se odnosile na neadekvatnu implementaciju zakona u Španiji kojima se reguliše pranje novca i finansiranje terorizma.

Osnovni zadatak SEPBLAC-a je da prima, analizira i procesuira sumnjive izveštaje o transakcijama, a koje dobija od finansijskih institucija. SEPBLAC u borbi protiv pranja novca sarađuje sa Nacionalnom kancelarijom za borbu protiv droge, Ministarstvom ekonomije, državnim tužiocem, carinom, policijom, Narodnom bankom Španije i dr.

Španski propisi protiv pranja novca i finansiranja terorizma su sledeći:

- Zakon br. 10/2010 za sprečavanje pranja novca i finansiranja terorizma, koja objedinjuje dotadašnje propise i menja režim za sprečavanje pranja novca i finansiranja terorizma koji je prethodno ustanovljen u Zakonu br. 19/1993 od 28. decembra i Kraljevskom Uredbom br.925/1995 od 9. juna i Zakonom br. 12/2003;
- Kraljevska uredba br. 925/1995 od 9. juna, koja potvrđuje odredbe Zakona 19/1993 od 28. decembra koji se odnosi na posebne mere za sprečavanje pranja novca. Važi do odobrenja novih propisa;
- Kraljevska Uredba br. 54/2005 od 21. januara, koja menja odredbe Zakona 19/1993 od 28. decembra koji se odnosi na posebne mere za sprečavanje pranja novca, kako je odobreno Kraljevskom Uredbom br.925/1995 od 9. juna, i druge propise za regulisanje bankarskih i finansijskih sistema.
- Zakon br.12/2003 za sprečavanje finansiranja terorizma.

The Consei General de la Aboganca Espanola je ustanovio posebnu Komisiju za sprečavanje pranja novca koja treba da vrši analize propisa i predlaže stvaranje centralne organizacije za sprečavanje pranja novca.

IV Uloga advokata u borbi protiv pranja novca i finansiranja terorizma

Zahtev za proveru klijenta je moguć i od strane advokata. Prema odredbama članova 3-6 Zakona br.10/2010 moraju biti ispunjeni sledeći uslovi:

- Formalna identifikacija klijenta;
- Identifikacija krajnjeg korisnika (ova identifikacija treba da se sprovede pre uspostavljanja odnosa);

[23] MONEY LAUNDERING PREVENTION, New regulation against money laundering in Spain. Law 10/2010 (Official Journal of 29 April 2010) http://www.migueltorres.org/ rutina/fichero_ESP.asp?id_ficheros=162

- Poznavanje svrhe i prirode poslovnih odnosa;
- Preduzmanje razumnih mere da se proveri tačnost informacija;
- Kontinuirano praćenje poslovnog odnosa;
- Proveravanje dugoročnog poslovanja da bi se moglo garantovati da se podudaraju sa informacijama prethodno stečenim od klijenta o poslovnim profilu klijenta i rizika, kao i poreklo sredstava i garantovati da su dokumenti i informacije ažurirane.

U Španiji je ustanovljen pristup zasnovan na riziku pri proveri klijenta od strane advokata. U skladu sa članom 7. Zakona br. 10/2010 advokat može da utvrdi stepen primene mera predviđenih u članovima 4., 5. i 6. prema riziku i vrsti poslovnih odnosa kupca, proizvodu ili transakciji, u skladu sa zahtevima za prijem klijenata na osnovu člana 26. Zakona broj 10/2010. Advokati moraju biti u stanju da pokažu vlastima da su preduzete mere odgovarajuće u odnosu na rizik od pranja novca i finansiranja terorizma, a na osnovu prethodno preuzete studije o analizi rizika, koja mora biti u pisanoj formi. Pristup zasnovan na riziku ne važi samo za nove klijente, već se primenjuje i prema postojećim - starim klijentima. Prema članu 22. Zakona br.10/2010, advokati bi trebalo da se uzdržavaju od poslovnog odnosa ili transakcija u kojima se ne može izvršti prethodna provera klijenta. Prema članovima 9. i 10. Zakona br. 10/2010, pojednostavljena prethodna provera klijenta (advokati su ovlašćeni da ne primene određene mere kontrole klijenta predviđene u članovima 2. do 6.) odnosi se na:

1. Javne ustanove država članica Evropske unije ili iz trećih zemalja u slučaju reciprociteta;
2. Finansijske institucije sa stalnim sedištem u EU ili u trećim zemljama koje su predmet nadzora kako bi se obezbedila saglasnost sa zahtevima za sprovođenje kontrole klijenta;
3. Navedene kompanije čijim se hartijama od vrednosti trguje na organizovanom tržištu EU ili trećih zemalja u slučaju reciprociteta (izuzetak: Ministar ekonomije i finansija može isključiti primenu pojednostavljenih mera za pojedine klijente);
4. Pojednostavljena kontrola klijenta može se primeniti prema klijentima kod kojih postoji nizak rizik za pranje novca ili finansiranje terorizma.

U svakom slučaju, advokati moraju prikupiti dovoljno informacija radi utvrđivanja da li klijent spada u izuzetke iz ovog člana. Važno je napomenuti da postoje mere za pooštrenu kontrolu za određene tipive klijenata (kao što su npr. politički eksponirana lica). Ukoliko se aktivnosti ne vrše u prisustvu advokata i advokat je uključen u bilo kakvu aktivnost u

ime klijenta u poslovima sa nekretninama, osnivanjem kompanija ili administracijom istih i finansijskim transakcijama, uključujući i aktivnosti vezane za bankovne račune, treba podneti izveštaj kada postoji sumnja ili verovatnoća da se radi o pranju novca ili finansiranju terorizma. Ovo se odnosi i na slučaj mera za pojednostavljenu kontrolu određenih tipova klijenata (za taksativno navedene kompanije).

U skladu sa članom 8. Zakona br. 10/2010 advokati se mogu osloniti na treća lica na koja se odnosi ovaj zakon ili druge propise za sprečavanje pranja novca i finansiranje terorizma iz drugih država članica EU / treća lica ovlašćena su za primenu mera kontrole klijenta predviđenih u ovom odeljku, osim mere kontinuiranog praćenja poslovnog odnosa klijenta. Međutim, advokati će zadržati punu odgovornost za poslovni odnos ili transakciju, pa čak i ako se povreda može pripisati trećem licu.

Prema članu 18. Zakona br.10/2010 advokati imaju obavezu da prijavljuju sumnjive transakcije izvršnoj službi Komisije za sprečavanje pranja novca i finansijskog kriminala. Ipak, prema članu 22. Zakona br.10/2010, advokati ne podležu obavezama iz članova 7., 18. i 21. u vezi sa informacijama dobijenim od jednog od svojih klijenata ili u toku utvrđivanja pravnog položaja svog klijenta, ili obavljanju zadataka odbrane ili zastupanja interesa svog klijenta, ili u vezi sa sudskim postupcima, uključujući i savete o pokretanju ili izbegavanju postupka, bez obzira na to da li su primili ili dobili takve informacije pre, za vreme ili posle tog postupka. Bez obzira na odredbe Zakona br. 10/2010, advokati moraju da vode računa o dužnostima čuvanja profesionalne tajne u skladu sa važećim propisima.

Na osnovu člana 22. Zakona 10/2010, na advokate će se i dalje odnositi privilegije sadržane u španskom zakonu koje se odnose na privilegiju odnosa advokat-klijent i dužnosti čuvanja profesionalne tajne. Međutim, postoji kontradiktornost u propisima u pogledu pravnih saveta, koji prema španskom zakonu podležu pod dužnost poverljivosti, ali u skladu sa Zakonom o pranju novca potrebno ih je prijaviti. Naknada za prijavljivanje sumnjivih transakcija, iako nije posebno predviđena za advokate, postoji u članu 23. Zakona 10/2010 prema kome je propisano pravo naknade za one koji su prijavili sumnjive transakcije u dobroj nameri. Jednom kada je sumnjiva transakcija prijavljena, advokatu nije dozvoljeno da nastavi sa pružanjem pravnih saveta. Prema članu 19. Zakona 10/2010, advokat ne treba da nastavi sa pružanjem pravnih saveta i realizacijom transakcija, osim ukoliko postoji opasnost da cela operacija sprečavanja, otkrivanja ili dokazivanja pranja novca ili finansiranja terorizma bude time onemogućena.

U skladu sa članom 24. Zakona 10/2010, advokati ne smeju ne otkrivaju klijentu ili bilo kom trećem slicu da je dao informacije (tzv. zabrana tipping-off) Izvršnoj službi Komisije ili da je klijent pod istragom (ili da bi mogao biti pod istragom) za sve operacije koje bi mogle biti u vezi sa pranjem novca ili finansiranjem terorizma. Ovo se ne odnosi na slučaj kada advokat pokušava da odvrati klijenta od stupanja u nezakonite aktivnosti.

Advokati neće stupiti u poslovne odnose sa novim klijentima, ako u skladu sa proverom klijenta nije moguće da identifikuju kupca ili ukoliko su informacije dobijene u odnosu na svrhu poslovnog odnosa nedovoljne. Advokat treba da formira politiku prihvatanja novih klijenata. Prema članu 26. Zakona 10/2010, takva politika trebalo bi da sadrži opis tipa klijenata kod kojih je veći rizik od pranja novca ili finansiranja terorizma u skladu sa međunarodnim standardima. Trebalo bi da primenjuje mere izuzetnog opreza u odnosu na one klijente čiji je nivo rizika veći od prosečnog. Treba napomenuti da postoje i povećani zahtevi vezani za kontrolu klijenta koji su propisani Zakonom br.10/2010, a koji će se primenjivati u narednih 5 godina (do maja 2015. godine) od stupanja zakona na snagu, ili kada se počinju novi poslovi sa postojećim klijentima, ili u vezi sa složenim/visokorizičnim transakcijama.

V Zaključna razmatranja

Savremeni terorizam postao je najznačajniji izazov kako za državu i njene organe, tako i za međunarodnu zajednicu. Zbog toga je neophodna intenzivna priprema država kroz komplementarnost teorije i prakse u prepoznavanju i suprotstavljanju ovom vidu kriminaliteta. Terorističke aktivnosti su veoma složene i još uvek nisu dovoljno razjašnjene, naročito kada je reč o njihovim nosiocima i uopšte razlozima za njihovo postojanje. Zbog toga je uspešno suprotstavljanje terorističkim aktivnostima uslovljeno brojnim okolnostima i zahteva odmerenost, strpljenje, ozbiljan naučno istraživački rad, vrhunsku organizaciju zaštite i kontrole kako bi se na vreme uočili ciljevi i metode delovanja savremenog terorizma. Preventivne mere u borbi protiv savremenog terorizma predstavljaju veoma značajnu delatnost savremenog društva. Pored preventivnih mera koje imaju za cilj odvraćanje terorista od akcije, država preduzima i represivne mere, koje se odnose na primenu krivičnih, administrativnih i drugih mera prema izvršiocima terorističkih aktivnosti. Iako se državna zaštita mora sve više orijentisati na preventivnu akciju, ona se ne može odreći represivne funkcije. Fenomenološke osobine savremenog terorizma (internacionalizacija i

transnacionalizacija) upućuju na multidimenzijalnost pojave i multidisciplinarnost pristupa u njenom suprotstavljanju.

Na kraju treba napomenuti da su svi dosadašnji napori međunarodne zajednice na zakonodavnom nivou i nivou saradnje nacionalnih i nadnacionalnih organa koji su nadležni za borbu protiv terorizma pokazali svoj rezultat u 2009. godini. Naime, broj terorističkih napada i ljudskih žrtava u tim napadima opao je drugu godinu za redom i prema izveštaju Stejt departmenta u 2009. godini dogodilo se oko 11.000 terorističkih napada u 83 zemlje, što je pad od oko šest odsto u odnosu na prošlu godinu. I dok je broj lica poginulih u tim incidentima opao za 5% na oko 15.000 prošle godine, ukupan broj ubijenih, ranjenih i kidnapovanih u terorističkim akcijama premašio je 58.000 na svetskom nivou, što je povećanje u odnosu na 2008, kada je ta brojka iznosila 54.600.

Tatjana Lukić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Combat Against Financing of Terrorism – Spanish Model

Abstract

The paper deals with terrorism as a threat expressed the modern world. Since the legislation is a starting a successful defense against terrorism, it is important to its adequacy, both within states and at European Union and the entire international community. Improvement of legislation in protecting against terrorism must be multi-connected with other antiterrorist measures and activities and present a harmonious whole that is constantly evolving, improving and changing. The paper deals with measures of prevention and repression of terrorist financing on the example of Spain as one of the countries of the European Union, which has the most experience in fighting terrorism. Attention is paid to prevention of terrorism financing and it is closely related money laundering, and in this regard, and particularly about the role of lawyers in the implementation of prevention and repression, their obligation to report suspicious transactions, rights and obligations in this context, as well as responsibilities to act contrary to the regulations. In this paper work the author also deals with the new regulations relating to money laundering and terrorist financing in Spain from 2010. years, with an emphasis on organization and competences of state bodies.

Key words: terrorism, financing of terrorism, money laundering, Spain, EU

Originalni naučni rad 347.626.2(4+497.11)

Dr Bojan Pajtić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

UGOVORI BRAČNIH DRUGOVA U EVROPSKIM ZAKONODAVSTVIMA I SRPSKOM PRAVU

Sažetak: *Jedno od osnovnih načela obligacionog prava, kako u našem Zakonu o obligacionim odnosima, tako i u uporednim pravnim sistemima svakako jeste načelo slobode ugovaranja. Naš pravni sistem, međutim, utvrđuje ograničenja slobode ugovaranja pravnih poslova (koje zaključuju bračni drugovi). Možemo ih podeliti na opšta ograničenja, koja su karakteristična za ugovore uopšte, i posebna, koja proističu iz prirode ovih pravnih poslova, kao i društvenog interesa za očuvanje braka i zaštitu dece rođene u njemu. Rad analizira pravne poslove regulisane novim srpskim Porodičnim zakonom (ugovor o upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom, bračni ugovor, ugovor o poklonu), ugovore koje supružnici zaključuju na osnovu načela slobode ugovaranja, kao i kontrakte čija je pravna valjanost sporna, jer nisu upodobljeni prirodi braka, odnosno bračnih odnosa. U tekstu je izvršena komparativna analiza više instituta našeg pravnog sistema i ustanova sadržanih u evropskim građanskim kodifikacijama.*

Ključne reči: *Sloboda ugovaranja, bračni drugovi, bračni ugovor, ugovor o poklonu, ugovor o doživotnom izdržavanju, ugovor o upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom, Porodični zakon, Nemački građanski zakonik, Austrijski građanski zakonik, Code civil*

Jedno od osnovnih načela Obligacionog prava, kako u našem Zakonu o obligacionim odnosima, tako i u uporednim pravnim sistemima svakako jeste načelo slobode ugovaranja. Ovo načelo, istovremeno, predstavlja i temeljni princip ugovornog prava, čiju afirmaciju susrećemo još u starorimskoj definiciji – „pacta sunt servanda“ (ugovor je za-

kon za stranke, odnosno ugovorne strane). Načelo slobode ugovaranja podrazumeva da su ugovorne strane slobodne da se opredele da li će sklopiti neki ugovor, da su slobodne da opredele lice sa kojim će ga zaključiti, i da imaju ovlašćenje da, zajedno sa svojim saugovaračem, odrede sadržaj zaključenog pravnog posla. I forma ugovora predstavlja posledicu sporazuma stranaka (osim ukoliko je zakon definisao obaveznu formu ugovora kao preduslov punovažnosti pravnog posla), eventualne izmene uzajamnih prava i obaveza, kao i prestanak zaključenog ugovora. Dakle, ugovorne strane saglasnom izjavom volja slobodno uređuju svoje ugovorne odnose. Sloboda ugovaranja je veoma široko dimenzionirana, ali nije neograničena i nije uvek bezuslovna. Limiti koje pravni sistem uspostavlja definisani su, kako potrebom zaštite pravnog sistema, tako i namerom zakonodavca da očuva neke moralne vrednosti i da podsticaj afirmaciji pojedinih, za društvo važnih institucija, kao što je, u našem slučaju – bračna zajednica.

Naš pravni sistem utvrđuje ograničenja slobode ugovaranja pravnih poslova (koje zaključuju bračni drugovi) kako odredbama Zakona o obligacionim odnosima, tako i duhom i smislom srpskog Porodičnog zakona. Možemo ih podeliti na opšta ograničenja, koja su karakteristična za ugovore uopšte, i posebna, koja proističu iz prirode ovih pravnih poslova, kao i društvenog interesa za očuvanje braka i zaštitu dece rođene u njemu.

U članu 10. Zakona o obligacionim odnosima opšte ograničenje je definisano tako da je sloboda ugovaranja limitirana obavezom poštovanja prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja. Jasno je da se termin „prinudni propisi" odnosi na kogentne odredbe Zakona o obligacionim odnosima i drugih pravnih akata. Većina članova ZOO ima dispozitivan karakter, odnosno, ugovorne strane svoje odnose mogu regulisati drugačije nego što je to naznačeno, odnosno, predloženo u navedenom zakonu. To ovlašćenje omeđeno je odredbama koje imaju imperativan karakter na kojima zakon insistira, čije nepoštovanje dovodi do ništavosti ugovora. Kogentna priroda nekog člana, ili nekog stava, najčešće je eksplicitno naglašena, i retke su dileme oko toga koji je stepen njihove obaveznosti. Apsolutna ništavost pravnih poslova koji su zaključeni suprotno prinudnim propisima, ustanovljena je da bi pravni sistem bio zaštićen. Građanski kodeksi listom navode obavezu poštovanja prinudnih propisa, kao preduslov pravne valjanosti zaključenih ugovora. Neke kodifikacije sistematizuju ovu obavezu zajedno sa imperativom uvažavanja javnog poretka i dobrih običaja (kao što to čini i naš Zakon o obligacionim odnosima), a neki propisi akcenat stavljaju, pre svega, na imperativne odredbe zakona. Tako, primera radi, Italijanski građanski zakonik u članu 1322. Definiše

da „stranke mogu slobodno određivati sadržinu ugovora u granicama određenim zakonom".

Dilema se, međutim, može pojaviti oko pojma „javnog poretka", jer ta kategorija nije sadržana, niti razjašnjena u našim pozitivnopravnim propisima. Za analizu ove institucije potreban je komparativan pristup, odnosno uvid u građanske kodekse drugih zemalja, ali i uvid u doktrinarne stavove koji se ovim pitanjem bave. Tako je Code civil u članu 6. Utvrdio da je javni poredak (l' ordre public) „opšta granica preko koje volja nije mogla delovati". Naša teorija definisala je stav da javni poredak „predstavlja skup institucija i određenih pravila putem kojih se u prvom redu štite opšti interesi jednog društva u određenom periodu vremena, a koji se po pravilu izražavaju kroz imperativne propise koje pojedinci u svojim odnosima moraju poštovati."[1] Za razliku od Francuskog građanskog zakonika, Nemački i Austrijski građanski zakonici ne pominju institut javnog poretka, već, pre svega, obavezuju ugovorne strane da u svojim poslovnim odnosima imaju obavezu da se pridržavaju imperativnih odredaba zakona i dobrih običaja. Sledeći pristup francuske legislative, Zakon o obligacionim odnosima uveo je u pravni sistem pomenuti institut apsolutne ništavosti ugovora koji su u suprotnosti sa javnim poretkom. Jasno je da je javni poredak institut kojim se štite elementarni principi jedne države i jednog društva, pri čemu su ti principi u najvećoj meri definisani imperativnim odredbama pozitivnog zakonodavstva. Najčešće je ova vrsta odredaba sadržana u Ustavu, kao najvišem pravnom aktu jedne države, budući da je Ustav temelj njenog uređenja. Stav Francuskog građanskog zakonika (kojim se utvrđuje dejstvo javnog poretka na pojedinačne pravne poslove) preuzimala su i mnoga druga zakonodavstva, a srećemo ih i u Zakoniku građanskom za knjaževstvo Srbiju iz 1844. Godine – „Volja i naredba čovečija zastupa zakon, a zakon naknađa volju i naredbu čovečiju. No u onome što se tiče javnoga poretka i blagonaravlja ne može se ništa izmeniti voljom ili ugovorom". Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru iz 1888. (član 513) ističe da „Ugovor koji bi se uglavio o nečem što nije moguće ispuniti: O kakvoj stvari koja nije u trgovini i ljudskom saobraćaju, ili o djelu koje je zabranjeno zakonom, ili je protivno poštenju i blagonaravlju, ugovor je takvi posve ništav."

Kategorija dobrih običaja još je jedan od graničnika koji omeđuju ugovornu volju stranaka u obligacionom odnosu. I Zakon o obligacionim odnosima poštovanje dobrih običaja postavlja kao preduslov pravne valjanosti ugovora. Na prvi pogled, s obzirom na dispozitivnost odredaba

[1] Šire: Perović dr Slobodan, Obligaciono pravo I, Novinska ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1973, str. 97. i 98.

Zakona o obligacionim odnosima, kontradiktorno deluje činjenica da se ugovorne strane ne moraju pridržavati velike većine odredaba ovog propisa, ali ne smeju odstupiti od dobrih običaja koji niti su sistematizovani, niti pretočeni u zakonsku (ili bilo koju drugu) formu. Naprotiv, oni su promenjivi i sa razlogom se može pretpostaviti da procena mere njihovog uvažavanja i implementacije u pravni posao, odnosno neuvažavanja i izbegavanja ponašanja koje bi bilo u skladu sa dobrim običajima, u slučaju sudskog spora može dovesti do arbitrarnosti, odnosno ugroziti pravnu sigurnost savesnih ugovornih strana. Međutim, uvođenje zakonske obaveze ugovornih strana da ugovore zaključe u skladu sa dobrim običajima je, pre svega, posledica intencije zakonodavca da afirmiše ona pravila ponašanja učesnika u pravnom prometu koja su nastala ustaljenim ponavljanjem u dužem vremenskom periodu. Institut dobrih običaja Zakon o obligacionim odnosima preuzima iz velikih građanskih kodifikacija. Tako, Nemački građanski zakonik paragrafom 138. Sve ugovore koji su protivni dobrim običajima (Gutte Sitten) oglašava ništavim. Dobri običaji su, pre svega, norme moralnog karaktera[2] čije nepoštovanje ne izaziva pravnu sankciju. Ove norme su duboko ukorenjene u svesti jedne sredine. Veliki broj teoretičara – civilista[3] definisao je dobre običaje kao samo jedan aspekt pravnog poretka. AGZ je paragrafom 879, (koji ukazuje da je „ugovor, koji se ogrešuje o neku zakonsku zabranu ili o blagonaravlje, ništav“[4]), obavezao ugovorne strane da svoje odnose regulišu u granicama prinudnih propisa i morala. Švajcarski zakonik o obligacijama u članu 19. Omeđio je ugovorne strane kako obavezom poštovanja propisa prinudnog karaktera i uvažavanja javnog poretka, tako i nužnošću ponašanja usklađenog sa dobrim običajima (u pravnom prometu) i pravilima vezanim za ličnost.

Opšta ograničenja slobode ugovaranja jedinstvena su za sve obligacione ugovore. Međutim, potreba društva da se zaštiti porodica kao njegov osnovni segment, nametnula je i svojevrsne limite unutar kojih se moraju držati bračni drugovi (ili budući supružnici) prilikom sklapanja pravnih poslova. Državna prisila je mnogo prisutnija u Porodičnom, nego u Obligacionom pravu, pa se, shodno tome, posebna ograničenja kod zaključivanja imovinskih ugovora između bračnih drugova odnose na činje-

[2] Uzajamnu vezu dobrih običaja i morala opširnije je elaborirao Cigoj dr Stojan u „Obligacijsko pravo“, Splošni del, Ljubljana, 1962,str. 77.

[3] Na primer Mazeaud, Leçons de droit civil, t. II, Obligations, Théorie générale, Biens, Droit de propriété et ses démembrements, Paris, 1962, str. 94.

[4] Vidi: Austrijski građanski zakonik, prevod. Aranđelović dr Dragoljub, Grafičko preduzeće “Prosveta”, Beograd, 1921, str. 240.

nicu da su porodični odnosi dominantno regulisani normama imperativnog karaktera. Iz navedenog jasno proizlazi da su subjekti porodičnih odnosa u velikoj meri limitirani u disponiranju svojom voljom prilikom zaključivanja pravnih poslova. Prema tome, „pojmovi i principi koji se koriste, pre svega u Obligacionom pravu, ne mogu se u potpunosti preneti u Porodično pravo. Prenošenje u porodično pravo pojmova i pravila obligacionog prava kada je to moguće i potrebno ne dešava se praktično nikada bez određene promene, alternacije. To se dešava zbog činjenice da obligaciona pravila služe regulisanju odnosa između lica koja su strana jedna drugom, dok su u porodičnom pravu vezana ličnim vezama i interesima. Tako su za ugovor u obligacionom pravu nevažne neke lične osobine ugovornih strana, što je s druge strane vrlo bitno u ugovorima porodičnog prava.“[5]

Uporedna zakonodavstva na sličan način upućuju supružnike na neophodnost usaglašavanja njihove ugovorne volje sa kogentnim odredbama zakona, koje najčešće štite jednu (savesnu) ili obe ugovorne strane. Bračni drugovi moraju, dakle, pri preduzimanju pravnih poslova voditi računa o svojim, na zakonu zasnovanim, supružanskim pravima i dužnostima, jer sama činjenica da između tih lica postoje lični i imovinski odnosi koje oni ne mogu menjati svojom voljom predstavlja ozbiljno ograničenje slobode ugovaranja.[6] Ovakvo ograničenje je u društvenom interesu, ali je ustanovljeno, pre svega, da bi se ekonomski slabijem supružniku pružila potrebna zaštita od iskorišćavanja od strane nesavesnog bračnog druga.

Naši teoretičari ukazuju na činjenicu da je prilagođavanje, odnosno alteracija kod pravnih poslova koje zaključuju lica koja su u bračnoj vezi neophodna, jer „bez odstranjivanja svega što je u suprotnosti sa bračnim pravom, ugovor između supruga ne bi bio punovažan, jer bi se suprotstavljao prirodi braka i bračnih odnosa.“[7]

Nedvosmisleno je utvrđeno da bračni drugovi ne mogu zaključiti između sebe pravno valjan ugovor koji bi istovremeno bio protivan prirodi njihovih ličnih i imovinskih odnosa, odnosno prirodi braka i bračne zajednice. Naši pravni propisi na različite načine su dimenzionirali broj, vrstu i dejstvo pravnih poslova koje su supružnici mogli sklapati, bez opa-

[5] Ponjavić dr Zoran, „Ugovori kojima se uređuju lični odnosi u porodičnom pravu“, Beograd, Pravni život, br. 9/1998, str. 669.

[6] Janjić-Komar dr Marina, Korać dr Radoje, Ponjavić dr Zoran, Porodično pravo, Nomos, Beograd, 1999, str. 372.

[7] Sudžum dr Rajko, Imovinski odnosi bračnih drugova, Institut za socijalnu politiku, Beograd, 1982, str. 283.

snosti da ti ugovori budu poništeni zbog neusaglašenosti sa prinudnim propisima, javnim poretkom ili dobrim običajima. Tako je Zakon o braku i porodičnim odnosima iz 1980. Godine preuzeo rešenja iz Osnovnog zakona o braku iz 1946. Godine koja su omogućavala bračnim drugovima da zaključuju raznorodne ugovore (pod uslovom da nisu protivni zakonu), ali su odredbe o imovinskom režimu bile i ostale imperativnog karaktera, bez mogućnosti sporazumne promene istih. Članu 326. Zakona o braku i porodičnim odnosima ukazao je da: „Bračni drugovi mogu međusobno sklapati sve ugovore i njima zasnivati prava i obaveze. Oni ne mogu međusobno sklapati samo one ugovore kojima se menja imovinski režim utvrđen ovim zakonom, kao i ugovore kojima se unapred odriču prava koja im po ovom zakonu pripadaju (na primer na zakonsko izdržavanje, na udeo u zajedničkoj imovini i drugo)." Dakle, do donošenja Porodičnog zakona Republike Srbije 2005. Godine naše porodično zakonodavstvo nije dozvoljavalo izmenu bračnog imovinskog režima putem ugovora. Novi Porodični zakon vratio je, posle više decenija, institut bračnog ugovora u domaći pravni sistem, odnosno, proširio je slobodu ugovaranja supružnika i na pravnim propisom garantovanu mogućnost izmene zakonskog režima zajedničke imovine. Bračni drugovi imaju pravo da svoje imovinske odnose na postojećoj i budućoj imovini urede ugovorom.[8] U periodu koji je prethodio novom zakonu bilo je moguće zajedničku imovinu deobom pretvoriti u posebnu imovinu supružnika, ali se sporazum odnosio samo na prethodno stečenu imovinu. Pravnim poslom nije bilo moguće opredeliti sudbinu buduće, već samo postojeće imovine.

U pravnoj doktrini nailazimo na stav da supružnici ne mogu zaključiti ugovor o doživotnom izdržavanju, jer iz prirode braka, ali i kogentnih odredbi kako našeg pozitivnog, tako i uporednog prava proizlazi jasna zakonska obaveza izdržavanja između bračnih drugova (ukoliko je jedan od njih nesposoban za rad ili neobezbeđen).[9] I sudska praksa je vrlo često ukazivala na opredeljenje da je ugovor o doživotnom izdržavanju zaključen između bračnih drugova zapravo nedopušten i protivan suštini braka.[10] Međutim, ovakvim stavovima suprotstavljena su stanovišta koja govore o tome da ovakva zabrana dovodi u neravnopravan položaj supružnike poverioca izdržavanja u odnosu na svako drugo lice koje bi sa njim zaključilo ugovor. Bilo koji drugi saugovarač imao bi pravo da stekne svojinu na imovini korisnika izdržavanja, a takvo pravo bračni drug, zbog

[8] Porodični zakon, član 188.

[9] Opširnije: Mladenović dr Marko, Porodično pravo, IP „Zavet ", Beograd, 1995. str. 186.

[10] Tako: Vrhovni sud Srbije, GŽ.92/64.

zabrane zaključenja ovog pravnog posla (koja ga diskriminiše u odnosu na sve potencijalne učesnike u pravnom prometu), ne bi mogao da ostvari. Argument koji govori u prilog dopuštenosti zaključivanja navedenog ugovora (između lica koja su u bračnoj zajednici) odnosi se na činjenicu da kod zakonom predviđenog prava na izdržavanje od strane bračnog druga takvo pravo uživaju oni supružnici koji nemaju sredstava za život a nesposobni su za rad ili nezaposleni.[11] Suština ugovora o doživotnom izdržavanju svodi se na obezbeđivanje nege i izdržavanja u korist onih lica koja poseduju imovinska sredstva koja se prenose u svojinu davaoca izdržavanja, po pravilu, nakon smrti primaoca.[12] Shodno tome, navedeni pravni posao se često i sklapa sa primaocima izdržavanja koja imaju dovoljno sredstava za život. Navedena doktrinarna stanovišta, ali i činjenica da Zakon o braku i porodičnim odnosima nije ustanovio zabranu zaključivanja ugovora o doživotnom izdržavanju između bračnih drugova (a ni novi srpski Porodični zakon ne predviđa takvo ograničenje) doveli su do toga da je vremenom sudska praksa opredelila stav da ovakvi pravni poslovi nisu protivni prirodi braka i supružničkih odnosa, te ih ne treba ni poništavati.[13]

---

[11] Bračni drug ima obavezu da izdržava supružnika koji nije finansijski obezbeđen, a ta obaveza prioritetnija je nego obaveza drugih krvnih srodnika prema ugroženom licu. Tako, Okružni sud u Beogradu u presudi Gž. 12386/95 od 26.01.1996. navodi: „Odlučujući o zahtevu tužilje za izdržavanje prvostepeni sud je stavom II pobijane presude obavezao tuženog da na ime svog doprinosa za izdržavanje tužilje plaće 30% od svoje penzije, počev od 1.8.1993. godine, pa nadalje. Neosnovani su navodi u žalbi tuženog da je prvostepena presuda u ovom delu nepravilna, te da je sud neosnovano smatrao tužilju bolesnom i nesposobnom za rad, jer su deca stranaka, posebno sin, veoma dobro situirani, da pomažu majku i da su oca potpuno odbacili, da s njim ne kontaktiraju, da tuženi živi sam i da sa svojom penzijom jedva uspeva da preživi. Po nalaženju ovog suda, kod ocene pitanja da li bračni drug koji traži izdržavanje ima dovoljno sredstava da preživi ne mogu se uzimati u obzir prihodi tog bračnog druga od pomoći dece, i neobezbeđenim bračnim drugom se ne može smatrati samo onaj koji zbog nesposobnosti za rad, nezaposlenosti i nedostatka bilo kakve imovine nema nikakvih sredstava za život, već i onaj koji ima prihode, ali ti prihodi nisu dovoljni da bi podmirili osnovne životne potrebe, što je ovde slučaj. Pored toga, obaveza izdržavanja bračnog druga koji je neobezbeđen prioritetna je u odnosu na obavezu izdržavanja krvnih srodnika, odnosno dece."

[12] Vidi: Sudžum mr Rajko, Bračni imovinski režim u pravu Jugoslavije, Doktorska disertacija, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 1979, str. 319 – 327.

[13] Ovakvo opredeljenje zatičemo u obrazloženju presude Okružnog suda u Zrenjaninu, Gž. 975/98 od 30.4.1999:„U konkretnom slučaju, tužena je sa svojim bračnim drugom sada pokojnikom zaključila ugovor o doživotnom izdržavanju, kojim se kao davalac izdržavanja obavezala da će ga doživotno izdržavati, a on joj je, kao primalac izdržavanja, preneo u svojinu kuću upisanu u zemljišne knjige. Ovaj ugovor, po svojoj sadržini i cilju kome služi, ne predstavlja ugovor koji bi, u smislu člana 326. Zakona o braku i porodičnim odnosima, bio isključen u imovinskim odnosima bračnih drugova. Iako su bračni drugovi dužni da se

U pravnoj doktrini se, s razlogom, postavlja pitanje da li supružnicima treba dozvoliti da (shodno rešenju koje omogućava sklapanje ugovora o doživotnom izdržavanju) pravnim poslom „oslobode" jednog od bračnih drugova zakonske obaveze izdržavanja zajedničke dece ili drugog supružnika. U uporednoj pravnoj teoriji susrećemo stanovišta koja ukazuju da bi bračni ugovori koji definišu mogućnost „ukidanja" obaveze izdržavanja u „zamenu" za određeni udeo u zajedničkoj ili posebnoj imovini bračnog druga koji je dužnik obaveze izdržavanja drugog supružnika – bili valjani, pod uslovom da vrednost te imovine odgovara iznosu obaveze izdržavanja. Teoretičari koji zauzimaju ovakav stav ističu da zbog načela autonomije volja ugovornih strana valjanost svakog takvog ugovora treba pojedinačno procenjivati.[14] I u nekim građanskim kodifikacijama, primera radi u Nemačkom građanskom zakoniku, paragrafom 1585 dozvoljeno je zaključivanje ugovora o izdržavanju ukoliko dođe do razvoda braka. Ovim pravnim poslovima definiše se obim obaveze izdržavanja dece i bračnih drugova. Srpski Porodični zakon ne ostavlja prostor za ovakva tumačenja, niti dovodi bračne drugove u slične dileme. U stavu 2. Člana 8. Istaknuto je da odricanje od prava na izdržavanje nema pravno dejstvo, tačnije, odredbe kontrakta koje bi sadržavale takvo odricanje ne bi proizvodile pravno dejstvo. Navedenom kogentnom odredbom zakonodavac je zaštitio ekonomski slabijeg bračnog druga i sprečio da taj supružnik, na osnovu iznuđenog pravnog posla, ostane bez sredstava za izdržavanje. Mogućnost ugovornog isključivanja obaveze izdržavanja kosila bi se i sa principom „favor matrimonii", jer bi takvo ovlašćenje supružnika u pojedinim slučajevima direktno ugrožavalo stabilnost bračne zajednice. Porodični zakon Srbije imperativnom normom definiše obavezu izdržavanja bračnog druga (ukoliko nema dovoljno sredstava za sopstveno izdržavanje, a istovremeno nije sposoban za rad, odnosno nije zaposlen), kao dužnost drugog supružnika. Predmetnim zakonom zabranjeno je čak i ustanovljavanje obaveze izdržavanja bračnog druga kao predmeta pravnog posla, zbog toga što bi takav ugovor bio suprotan zakonom ustanovljenom načelu solidarnosti između supružnika.

---

međusobno pomažu i uzajamno izdržavaju, ne može se isključiti mogućnost da se obaveza izdržavanja precizira i pojača ugovorom o doživotnom izdržavanju. Ovo zbog toga što sticanje i gubitak prava na izdržavanje između bračnih drugova zavisi od određenih okolnosti za vreme trajanja braka ili posle njegovog razvoda, a pravo na izdržavanje po osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju od tih okolnosti ne zavisi. Ugovor je ništav ako je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima (član 103. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima). U ovom slučaju ni jedan od tih razloga ne stoji, pa je prvostepeni sud pravilno odlučio kada je tužbeni zahtev za poništaj ugovora odbio."

[14] Hrabar Dubravka, Status imovine bračnih drugova – neka pitanja i dvojbe, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 9, 2002, str. 59.

Pod određenim okolnostima, međutim, pravni posao u kome bi bio sadržan deo koji bi se odnosio na odricanje od prava na izdržavanje – ipak bi mogao ostati na snazi uz odstranjivanje spornih odredaba. Naime, u tom slučaju, ugovor bi bio delimično ništav u onom delu koji se odnosi na izdržavanje supružnika. Zakon o obligacionim odnosima je za slučajeve delimične ništavosti nekog pravnog posla ustanovio pravilo da ništavost pojedinih odredaba ugovora neće povlačiti ništavost celog kontrakta, ukoliko taj pravni posao može opstati bez ništave odredbe, a ona pri tom nije predstavljala uslov ugovora niti odlučujuću pobudu zbog koje su bračni drugovi i rešili da zaključe ugovor.

Apsolutno bi bili ništavi i oni pravni poslovi, odnosno onaj njihov deo, u kome bi ugovorne strane sporazumno uređivale i neka pitanja koja se odnose na izdržavanje njihove zajedničke dece. Ništavost proizlazi, kako iz kogentnih normi Porodičnog zakona, tako i iz ratifikovanih međunarodnih Konvencija (koje su činom ratifikacije postale deo domaćeg pravnog sistema) i principa zaštite prava deteta, koji je svojim sadržajem i značajem, svakako utkan i u domaći javni poredak. Ugovor kojim bi se roditelj sa kojim dete živi, nakon razvoda, u ime deteta odrekao prava na izdržavanje, stekavši zauzvrat udeo u imovini drugog bračnog druga (čime bi njegova obaveza izdržavanja zajedničkog potomka prestala da postoji), bio bi suprotan načelu o najboljem interesu deteta, ustanovljenom kako Konvencijom Ujedinjenih nacija o pravima deteta, tako i našim Porodičnim zakonom (član 6. Stav 1. Ističe princip po kome je „svako dužan da se rukovodi najboljim interesom deteta u svim aktivnostima koje se tiču deteta“). Ovo načelo je univerzalno prihvaćeno u svim modernim porodičnim zakonodavstvima. S obzirom na širinu ovog principa nije moguće predvideti modalitete njegove primene u svakoj pojedinačnoj situaciji, kao što nije moguće ni anticipirati sve sporne slučajeve koji mogu proizaći iz primene zakona. Princip koji obavezuje i roditelje i primenioca prava da se pridržavaju načela o najboljem interesu deteta predstavlja pravni standard čiji sadržaj najčešće opredeljuje sudska praksa u svakom pojedinačnom slučaju.[15] Očigledno je da najbolji interes deteta svakako ne može biti odricanje jednog od roditelja od prava deteta da bude izdržavano od oba roditelja, niti se najboljim interesom deteta može smatrati ugovaranje takvih odredaba bračnog kontrakta kojima roditelji razrešavaju uzajamne imovinske odnose na štetu zajedničke dece. Nema nikakve dileme da odricanje od prava trećeg lica, pogotovo prava zajedničkog deteta, potpada pod ovu kogentnu i nedvosmislenu odredbu zakona.

[15] Opširnije: Kovaček Stanić dr Gordana, Porodično pravo, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2005, str. 199.

Pored zabrane ugrožavanja prava deteta na izdržavanje od strane oba roditelja u našem pravnom sistemu zatičemo i instituciju ustanovljavanja prava stanovanja u korist dece i roditelja koji se neposredno staraju o njima. Princip poštovanja najboljeg interesa deteta i u ovom slučaju vodi ka ograničavanju prava supružnika da pravnim poslom uređuju uzajamne odnose. Tako, „kada se radi o stambenim odnosima, pravo stanovanja koje imaju dete i roditelj koji vrši roditeljsko pravo na stanu čiji je vlasnik drugi roditelj, takođe predstavlja egzistencijalnu zaštitu prvenstveno za dete, ali i roditelja koji vrši roditeljsko pravo, tako da ono ne bi trebalo da bude isključeno ugovorom."[16]

Svi evropski pravni sistemi i građanski zakonici dozvoljavaju bračnim drugovima sklapanje ugovora o poklonu. Štaviše, ovaj pravni posao je, dileme nema, najčešće zaključivani ugovor među supružnicima. Novi Porodični zakon obuhvatio je i ovaj pravni posao, kako zbog frekventnosti njegovog sklapanja u praksi, tako i zbog toga što ovaj institut nije bio sadržan u posebnom delu Zakona o obligacionim odnosima, te su na njega primenjivana pravna pravila iz paragrafa 561. Srpskog građanskog zakonika koji se primenjivao shodno Zakonu o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. Aprila 1941 i za vreme neprijateljske okupacije. Porodični zakon tretira ovaj ugovor u odredbi koja utvrđuje da se, ukoliko brak prestane razvodom ili poništenjem, uobičajeni pokloni koje su supružnici učinili jedan drugome u toku trajanja zajedničkog života ne vraćaju, odnosno, dolazi do povraćaja onih poklona čija je vrednost nesrazmerno velika u odnosu na vrednost zajedničke imovine, a bračni drugovi su ih učinili jedan drugom u toku trajanja zajedničkog života u braku. Ukoliko bi zahtev za povraćaj poklona predstavljao očiglednu nepravdu za drugog supružnika, bračni drug koji zahteva povraćaj, nema pravo na njega. Pokloni se vraćaju prema stanju u kome su se nalazili u trenutku prestanka zajedničkog života u braku.[17]

Naš Porodični zakon ovlašćuje bračne drugove da pored već navedenog ugovora o poklonu, mogu sklapati i bračni ugovor (koji omogućava izmenu zakonskog režima zajedničke imovine), kao i ugovor o upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom. Član 189. Podrobnije se bavi potonjim pravnim poslom. Supružnici, prema slovu zakona, imaju pravo da zaključe ugovor na osnovu koga će jedan od njih upravljati i raspolagati celokupnom zajedničkom imovinom ili nekim njenim delovima. Saglasnost volja ugovornih strana se može odnositi samo na upravljanje, sa-

[16] Kovaček Stanić dr Gordana, Porodično pravo, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2005, str. 129.

[17] Porodični zakon RS, član 190.

mo na raspolaganje, ili samo na pojedine poslove upravljanja i raspolaganja. Stav 3. Člana 189. Ukazao je da upravljanje obuhvata i raspolaganje u okviru redovnog poslovanja, osim ako nije drugačije ugovoreno. Ako predmet ugovora o upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom čine nepokretnosti, na ovaj pravni posao primenjuje se načelo publiciteta. Odredba Porodičnog zakona obavezuje ugovorne strane da izvrše upis ovakvog pravnog posla u javni registar prava na nepokretnostima. Pored navedenih pravnih poslova, supružnici međusobno mogu zaključivati mnogobrojne imenovane i neimenovane ugovore na osnovu opštih pravila građanskog prava. Načelo slobode ugovaranja važi, uz izvesna već obrazložena ograničenja (obaveza alteracije ugovora) i za bračne drugove. Pravni poslovi čiji su osnovni elementi sadržani u Porodičnom zakonu bili su predmet normativne delatnosti zakonodavca zbog toga što predstavljaju izuzetak od zakonskog režima zajedničke imovine (bračni ugovori), odnosno, izuzetak od principa po kome „zajedničkom imovinom supružnici upravljaju i raspolažu zajednički i sporazumno“[18](ugovori o upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom). Važno je ukazati i na razliku između ugovora kojima se raspolaže zajedničkom i ugovora kojima se raspolaže posebnom imovinom. S obzirom da druga vrsta ugovora ne ugrožava interese bračnog druga, za nju prirodno važe uglavnom opšta pravila građanskog prava. Opšta pravila građanskog prava omogućavaju bračnim drugovima sklapanje velikog broja pravnih poslova.

Pomenuti bračni ugovori su svojevrsna novina u našem pravu i pravnoj praksi uvedena odredbama novog Porodičnog zakona. Tačnije, radi se o institutu koji je do drugog svetskog rata bio deo našeg pozitivnog zakonodavstva, ali je već Osnovni zakon o braku zabranio zaključivanje ovih pravnih poslova. Suština bračnih ugovora ogleda se u pravu supružnika da njihovim sklapanjem regulišu uzajamne imovinske odnose na taj način, što će uvesti režim koji odstupa od zakonskog režima imovine. Bračni kontrakti mogu se zaključiti pre, ali i nakon ulaska u brak. Oni se mogu sklapati u više navrata u cilju ukidanja ili izmene odredaba prethodno zaključenog bračnog ugovora. Razlika između instituta deobe zajedničke imovine (koji je u našem pravnom sistemu postojao i do donošenja Porodičnog zakona) i bračnih ugovora sastoji se u različitim statusima imovine stečene nakon deobe, odnosno nakon zaključenja bračnog ugovora. Naime, deoba dovodi do podele zajedničke imovine koja nakon toga ima status posebne imovine supružnika, ali svaka imovina koja bude, posle izvršene deobe, stečena radom u toku trajanja bračne zajednice predstavlja – zajedničku imovinu. S druge strane, nakon sklapanja bračnog ugovora i

[18] Ibidem, član 174.

izmene zakonskog režima imovine sva novostečena imovina ima status posebne imovine.

Ponovno uvođenje ustanove bračnog ugovora u naše zakonodavstvo prirodna je posledica promene društvenog uređenja i uvođenja tržišne privrede u punom smislu te reči. Priroda ovih društvenih promena nalaže da se i u bračno-imovinskim odnosima afirmiše slobodna volja supružnika, umesto imperativnog nametanja zakonskog imovinskog režima. Međutim, pored toga što proizvodi pozitivne efekte, institut bračnog ugovora može biti zloupotrebljen za izigravanje obaveza koje je bračni drug preuzeo nekim prethodnim pravnim poslom. Poverilac nesavesnog bračnog druga može pobijati bračni kontrakt, ukoliko je on zaključen na njegovu štetu, odnosno, ukoliko je dužnik bračnim ugovorom smanjio sopstvenu imovinu u korist bračnog druga i onemogućio poverioca da naplati svoje potraživanje (jer dužnik više ne poseduje dovoljno sredstava za ispunjenje poveriočevog potraživanja). Ovakvu mogućnost predviđalo je još je Rimsko pravo, koje je uvelo takozvanu porodičnu paulijansku tužbu (actio Pauliana familiaria). Ova tužba bila je na raspolaganju poveriocu ukoliko njegov dužnik zaključi pravni posao u korist bračnog druga ili nekog drugog srodnika, i to takav pravni posao koji nanosi štetu poveriocu. Član 280. Zakona o obligacionim odnosima definisao je ovakvo pravo poverioca, ukoliko je njegovo potraživanje dospelo za isplatu. Drugi stav navedenog člana ustanovljava pretpostavku „da je pravna radnja preduzeta na štetu poverilaca ako usled njenog izvršenja dužnik nema dovoljno sredstava za ispunjenje poveriočevog potraživanja“. Kategorija „pravne radnje“ može se odnositi na sklopljene pravne poslove, ali i na propuštanje usled koga je dužnik izgubio neko materijalno pravo ili kojim je za njega nastala neka materijalna obaveza. Ukoliko je poveriocu šteta naneta zaključenjem bračnog ugovora, on taj ugovor može pobijati. Ovo ovlašćenje zasnovano je na oborivoj zakonskoj prezumpciji da je drugi bračni drug (onaj koji nije u dužničkom odnosu iz prethodnog pravnog posla) znao da sklapanje ovog kontrakta proizvodi negativne posledice za poverioca. Ova pretpostavka bazira se na bliskim vezama koje najčešće postoje između supružnika, kao posledica braka, odnosno bračne zajednice. Ovakva pretpostavka postoji i u odnosu na druge srodnike. Ona je zakonom uspostavljena i za situacije u kojima je raspolaganje učinjeno, ili ugovor zaključen, u korist dužnikovog srodnika po krvi u pravoj liniji ili u pobočnoj liniji do četvrtog stepena ili po tazbini do istog stepena. Pravna doktrina krug lica za koje važi ova prezumpcija naziva „sumnjivom porodicom“, odnosno koristi stari latinski naziv – „familia suspecta“. Budući da zakon dozvoljava sklapanje bračnih ugovora, te su oni, najčešće,

pravno valjani, ukoliko nadležni sud usvoji tužbeni zahtev poverioca, pravna radnja gubi dejstvo samo prema tužiocu i samo koliko je potrebno za ispunjenje njegovih potraživanja[19]. Rokovi u kojima se može podneti tužba za pobijanje pravne radnje precizirani su, radi zaštite principa pravne sigurnosti, odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Pomenuti rokovi iznose godinu dana (ako se radilo o teretnom raspolaganju, a u vreme raspolaganja je dužnik znao ili mogao znati da će učinjenim raspolaganjem prouzrokovati štetu svom poveriocu i ako je trećem licu – dužnikovom saugovorniku, odnosno licu u čiju je korist preduzeta neka radnja to bilo poznato ili moglo biti poznato) i tri godine za sve ostale slučajeve. Član 285. Zakona o obligacionim odnosima utvrdio je da se rokovi računaju „od dana kada je preduzeta pravna radnja koja se pobija, odnosno od dana kada je trebalo preduzeti propuštenu radnju".

Pojedina uporedna zakonodavstva šire dimenzioniraju ograničenja sa kojima se supružnici susreću kada žele da zaključe bračni, ili neki drugi obligacioni ugovor. Tako je Nemački građanski zakonik proširio broj razloga zbog kojih sloboda ugovaranja bračnih ugovora može biti ograničena, u odnosu na pravna pravila koja se na primenjuju na njihov pravni posao. NGZ uspostavlja princip da se imovinski odnosi supružnika ne mogu sporazumno urediti putem upućivanja na pravila koja više ne važe ili na pravila inostranog prava. Smisao uvođenja odredbe kojom se zabranjuje ugovaranje primene stranog prava na bračno-imovinske odnose je zaštita bračnih drugova. Postoji opasnost da bi ugovorne strane bračnim ugovorom mogle predvideti primenu nekog prava koje je za jednog ili oba supružnika mnogo nepovoljnije nego njihovo nacionalno zakonodavstvo. Ne treba zaboraviti ni činjenicu da je svako pravo podložno promeni, tako da bi promena ugovorenog prava mogla biti nepoznata bračnim drugovima, što bi po njih moglo imati izrazito negativne posledice. Nemački građanski zakonik posebno limitira slobodu ugovaranja i u pogledu implementacije onih ugovornih klauzula kojima bračni drugovi unutar odredaba bračnog kontrakta definišu obaveze trećih lica.[20]

Ukazali smo na veći broj vrsta pravnih poslova koje bračni drugovi mogu zaključivati u toku trajanja bračne zajednice. Istovremeno, skrenuli smo i pažnju na opšta i posebna ograničenja koja bitno određuju pravac i sadržaj koga se supružnici moraju pridržavati, ukoliko sklapanjem ugovora žele da regulišu uzajamne imovinske odnose. Kontrakti zaključeni su-

[19] Vidi : Zakon o obligacionim odnosima, član 284.

[20] Jauernig, Schlechtriem, Sturner, Teichmann, Vollkommer, BGB, 8. Auflage, C.H.Beck, München, 1997, str. 1246.

protno limitima koje postavlja zakonodavac ili moralnim regulama jednog društva nisu pravno valjani, i po pravilu, (kako u domaćem, tako i u uporednim zakonodavstvima) u slučaju pokretanja parničnog postupka bivaju proglašeni ništavim pravnim poslovima. Pravila Zakona o obligacionim odnosima, (slično kao i većina građanskih kodifikacija), ustanovila su, članom 106. Institut konverzije ugovora. Ovo rešenje omogućava pretvaranje ništavog u valjani kontrakt. Ako pravni posao koji je ništav (zato što je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima) ispunjava uslove za punovažnost nekog drugog ugovora, među ugovornim stranama važiće pomenuti, drugi pravni posao. Zakonodavac je postavio i uslov koji mora biti ispunjen da bi došlo do konverzije. Važenje drugog ugovora mora biti u saglasnosti sa ciljem koji su supružnici imali u vidu kada su kontrakt sklopili, i ako se može smatrati da bi oni upravo i zaključili baš taj pravni posao, da su znali za ništavost svog ugovora. U svakodnevnom životu će, sasvim sigurno dolaziti do situacija u kojima će bračni drugovi biti u uverenju da zaključuju bračni ugovor, a u suštini će zaključivati neki drugi pravni posao (kada govorimo o primeni bračnog ugovora, govorimo u futuru, zbog toga što ovi pravni poslovi predstavljaju novum u našem pravnom sistemu i sudskoj praksi, pa su sudske presude povodom osporavanja bračnih kontrakata još uvek veoma retke). Ako bi, primera radi, jedan od bračnih drugova rešio počne da se bavi voćarstvom, a drugi supružnik se saglasio da ta delatnost treba da bude obavljana na poljoprivrednom zemljištu koje je deo njihove zajedničke imovine, administrativni razlozi mogli bi ih navesti na to da se sporazumeju da vlasništvo nad nepokretnošću prenesu na onog bračnog druga kome će voćnjak postati osnovno sredstvo privređivanja. Bračni ugovor mogao bi biti veoma podobno sredstva za prenos svojinskih ovlašćenja. Ako supružnici sklope ovaj kontrakt, a ne podnesu ga nadležnom sudiji na overu, zaključeni pravni posao se neće smatrati bračnim ugovorom, jer je za njegovu valjanost neophodno poštovanje forme javne isprave. Zbog ovog propusta ugovornih strana bračni ugovor bi bio ništav. Međutim, ukoliko bi bračni drugovi posegnuli za institutom konverzije, opisani pravni posao mogao bi se, smatrati ugovorom o poklonu, jer je cilj njegovog zaključivanja besteretno ustupanje suvlasničkog udela jednog supružnika drugom bračnom drugu. Ovo je, naravno, moguće, pod pretpostavkom da se može smatrati da bi ugovorne strane zaključile ugovor o poklonu, da su znale za ništavost bračnog ugovora. Ukoliko su, dakle, ispunjeni uslovi koje je ustanovio Zakon o obligacionim odnosima, ovaj, inače ništav pravni posao, smatra se ugovorom o poklonu koga su sklopili bračni drugovi.

Naše pozitivno pravo supružnicima omogućava zaključivanje širokog spektra pravnih poslova kojima uređuju uzajamne imovinske odnose. Ovakva mogućnost proizlazi kako iz onih odredaba Porodičnog zakona koje se bave vrstama ugovora koje bračni drugovi mogu sklapati, tako i iz opšteg načela slobode ugovaranja. Nakon svega navedenog jasno je da naše zakonodavstvo, slično uporednim evropskim pravnim sistemima, ograničenja slobode ugovaranja uspostavlja kao izuzetak od pravila, i to, pre svega u onim slučajevima u kojima je potrebno zaštititi pravni sistem i moralni poredak društva, odnosno bračnu zajednicu, kao jednog od stožera tog poretka.

Bojan Pajtić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Contracts Between Spouses in European and Serbian Law

Abstract

One of the basic principles of contract law, both in the Serbian Code of Obligations and in other comparative legal systems, is certainly the principle of freedom of contract. However, our legal system establishes restrictions to this principle, especially in respect of contracts concluded between spouses. The restrictions are twofold, general that are applicable to all contracts, and specific, arising from the nature of legal affairs and public interest for the preservation of marriage and the protection of children born in it. The paper analyzes the legal affairs regulated by the new Serbian Family Law (contract on the management and disposal of common property, marriage contract, deed of donation), contracts concluded by the spouses on the basis of the principle of freedom of contract, as well as contracts the legal validity of which is disputable, because they don't correspond to the nature of marriage and marital relations. The paper gives a comparative analysis of several institutes relating to contracts between spouses in Serbian law and European civil codes.

Key words: freedom of contract, spouses, deed of donation, contract on life interest, contract on the management and disposal of common property, family law, German Civil Code, Austrian Civil Code, Code Civil.

Originalni naučni rad 336.763.5

Dr Vladimir Marjanski, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

FORMA I SADRŽINA PROSPEKTA[1]

Sažetak: *U najširem smislu prospekt je dokument koji sadrži važne podatke za procenu rizika ulaganja kapitala ili koji barem pobuđuje utisak o takvoj jednoj sadržini. U užem smislu tj. u smislu koji mu daje pravo tržišta kapitala pod prospektom se smatraju isključivo dokumenti koji se tim terminom označavaju u izvorima te grane prava. U radu se vrši analiza odredbi o formi i sadržini prospekta u našem i pravu Evropske unije. Iako se na prvi pogled može učiniti da je problem uređenja forme i sadržine prospekta isključivo tehničkog karaktera, pitanje forme, a pogotovo načina regulisanja sadržine prospekta je vrlo osetljivo. Prilikom normiranja obavezne sadržine prospekta nije lako naći ravnotežu između potrebe za obezbeđivanjem interesa investitora u pogledu informisanja o emitentu i hartijama od vrednosti (pri tome se mora uzeti u obzir da prospekt ne mora biti jedini izvor informacija) i čuvanja poslovnih tajni emitenta i potrebe za održanjem njegove konkurentske moći.*

Ključne reči: *prospekt, forma i sadržina prospekta, hartije od vrednosti, javna ponuda, emitent.*

Uvodne napomene

Forma i sadržina prospekta je detaljno regulisana kako u našem, tako i u uporednom pravu. Iako se na prvi pogled može učiniti da je problem uređenja forme i sadržine prospekta isključivo tehničkog karaktera,

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

pitanje forme, a naročito načina regulisanja sadržine prospekta je vrlo osetljivo. Prilikom normiranja obavezne sadržine prospekta nije lako naći ravnotežu između potrebe za osiguranjem interesa investitora u pogledu informisanja o emitentu i hartijama od vrednosti s jedne strane (pri tome se mora uzeti u obzir da prospekt ne mora biti jedini izvor informacija) i čuvanja poslovnih tajni emitenta i potrebe za održanjem njegove konkurentske moći s druge.[2] Stoga je u domenu regulative o sadržini prospekta potrebno naći odgovarajuću ravnotežu. Tokom narednih razmatranja će biti prvo izložena pravila našeg prava, a potom i pravila u okviru prava Evropske unije.

1. Forma i sadržina prospekta u našem pravu

U našem pravu i dalje postoji sistem dvojakog uređenja forme i sadržine prospekta. Razlikuju se forma i sadržina prospekta koji se objavljuje prilikom izdavanja hartija od vrednosti[3] i prospekta koji se obja-

[2] D. Drago, „Pravni značaj i priroda javnog poziva za upis akcija", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1-3/1996, str. 238 - 239.

[3] U našem pravu obaveza objavljivanja prospekta kada je reč o javnim ponudama postoji samo u slučaju upućivanja javne ponude u postupku izdavanja hartija od vrednosti. Osnov za uspostavljanje te obaveze je član 25 st. 1 Zakona o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata, „Sl. glasnik RS" br. 46/06 (u daljem tekstu: ZTHV). Hartije od vrednosti se izdaju javnom ponudom, uz obavezno objavljivanje prospekta za izdavanje hartija od vrednosti i upućivanje javnog poziva za upis i uplatu hartija od vrednosti, osim ako ZTHV nije drugačije određeno. Naš ZTHV ne govori o obavezi objavljivanja prospekta kada je reč o javnoj ponudi hartija od vrednosti koje su već primljene na organizovano tržište. Van organizovanog tržišta, izvan postupka izdavanja, upućivanje javne ponude nije dopušteno, jer je zabranjena trgovina hartijama od vrednosti na osnovu javne ponude van organizovanog tržišta. Drugim rečima, u našem pravu obaveza objavljivanja prospekta postoji uvek u slučaju upućivanja primarne javne ponude – ponude čiji su predmet „nove" hartije od vrednosti. U slučaju sekundarne javne ponude – ponude čiji su predmet postojeće hartije od vrednosti, ova obaveza postoji samo ako se upućivanje javne ponude vrši od strane pokrovitelja emisije u postupku izdavanja hartija od vrednosti na osnovu prethodno zaključenog ugovora o vršenju usluga organizovanja izdavanja hartija od vrednosti sa obavezom njihovog upisa radi dalje prodaje javnom ponudom. U oba slučaja (i u slučaju primarne i u slučaju opisane sekundarne javne ponude) radi se o hartijama od vrednosti koje još nisu primljene na organizovano tržište. U slučaju sekundarne javne ponude hartija od vrednosti koje su primljene na organizovano tržište ne postoji obaveza objavljivanja prospekta, jer u odnosu na njih postoji već prethodno objavljen tzv. berzanski prospekt (prospekt za uključenje hartija od vrednosti na organizovano tržište). Konačno, sekundarna javna ponuda hartija od vrednosti koje nisu uključene na organizovano tržište i istovremeno izvan postupka izdavanja (koja ne bi bila vršena od strane subjekta koji u konkretnom slučaju istupa kao pokrovitelj emisije), u našem pravu nije dopuštena, jer se trgovina (kupovina i prodaja) hartijama od vrednosti putem javne ponude može vršiti samo na organizovanom tržištu. S obzirom na to da ta vrsta javne ponude u našem pravu nije dopuštena, nema ni obaveza u vezi sa prospektom koje bi pratile tu javnu ponudu.

vljuje prilikom uvrštenja hartija od vrednosti na organizovano tržište. Formu i sadržinu prospekta za izdavanje hartija od vrednosti detaljno je uredila Komisija za hartije od vrednosti. Formu i sadržinu prospekta za uključenje na organizovano tržište određuje svojim aktom jedini organizator tržišta hartija od vrednosti kod nas, Beogradska berza. Budući da će koncept dvojakog uređenja forme i sadržine prospekta za izdavanje i prospekta za uvrštenje hartija od vrednosti na organizovano tržište u novoj regulativi biti napušten, te da će formu i sadržinu obeju prospekata svojim aktom uređivati Komisija za hartije od vrednosti, u okviru ovog članka biće izneta samo osnovna pravila o sadržini prospekta za izdavanje hartija od vrednosti, čiju je formu i sadržinu i do sada uređivala Komisija za hartija od vrednosti. To će pored ostalog biti učinjeno radi lakšeg upoređivanja sa rešenjima o sadržini prospekta u pravu Evropske unije o kojima će biti više reči u okviru narednog naslova.

Forma i sadržina prospekta za izdavanje hartija od vrednosti regulisana je Zakonom o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata (u daljem tekstu: ZTHV) i Pravilnikom o sadržini i formi prospekta i drugih dokumenata koji se podnose radi izdavanja hartija od vrednosti. Pravilnik je donela Komisija za hartije od vrednosti. Forma prospekta je detaljno regulisana u članu 12 pomenutog Pravilnika. U skladu sa njim prospekt se obavezno dostavlja (Komisiji za hartije od vrednosti) u štampanom obliku, na stranicama formata A4, pri čemu ga obavezno overava i potpisuje lice odgovorno za zastupanje izdavaoca. Pored odgovornog lica prospekt mogu potpisati i druga lica koja su učestvovala u njegovoj izradi i pripremi**.** Tekst prospekta objavljuje se na srpskom jeziku, a može biti objavljen i na stranom jeziku. Prospekt za izdavanje može sadržati grafičke i tabelarne prikaze koji su u vezi sa tekstom prospekta, zaštitni znak izdavaoca i zaštitni znak agenta, odnosno pokrovitelja emisije koji učestvuje u organizaciji izdavanja. Fotografije date u prospektu za izdavanje mogu prikazivati samo proizvode izdavaoca. Sadržaj prospekta za izdavanje hartija od vrednosti nalazi se na početku prospekta. Osim toga, prospekt mora sadržati i određene izjave, koje moraju biti unete u prospekt na tačno određenom mestu u skladu sa pomenutim Pravilnikom.[4]

[4] Svaki prospekt mora sadržati nekoliko izjava. Pre uvodnog dela prospekta, na prvoj stranici, na početku teksta daje se sledeća izjava: „Komisija za hartije od vrednosti ne odgovara za istinitost i potpunost podataka navedenih u prospektu za izdavanje hartija od vrednosti, niti za sposobnost izdavaoca hartija od vrednosti da ispuni obaveze iz hartija od vrednosti koje izdaje.“ Pre osnovnog dela prospekta, na prvoj stranici na početku teksta daju se sledeće izjave: „Prospekt za izdavanje hartija od vrednosti, sadrži sve bitne podat-

Kada je reč o sadržini prospekta, treba istaći da zakonom nije moguće obuhvatiti sve podatke koje prospekt treba da sadrži. Iako postoje određene kategorije obaveznih podataka koje je moguće identifikovati, obavezni podaci se razlikuju u zavisnosti od vrste izdavaoca, vrste hartija od vrednosti koje su predmet ponude i uslova same ponude. Stoga se ova materija obično uopštenije određuje u zakonu, a detaljno precizira podzakonskim aktima koje donosi ili treba da donese regulator tržišta kapitala. Sadržina prospekta za izdavanje hartija od vrednosti je u našem pravu regulisana u članu 26 ZTHV i detaljno precizirana u Pravilniku o sadržini i formi prospekta i drugih dokumenata koji se podnose radi izdavanja hartija od vrednosti. Sastavni deo pomenutog Pravilnika, u kome je detaljno opisana sadržina prospekta, čini Uputstvo o sadržini i formi prospekta za izdavanje akcija i dugoročnih dužničkih hartija od vrednosti (Prilog 1 i 2 uz pomenuti Pravilnik). Pomenute podzakonske akte (Pravilnik i Uputstvo) je donela Komisija za hartije od vrednosti.[5]

Budući da potrebe ovog rada to ne zahtevaju, te da obim ovog rada to svakako ne bi ni dopustio, na ovom mestu će biti izneta samo osnovna pravila o obaveznoj sadržini prospekta za izdavanje hartija od vrednosti.

Prospekt za izdavanje hartija od vrednosti mora sadržati podatke koji, s obzirom na prirodu delatnosti koju obavlja izdavalac i vrstu hartija od vrednosti koje se nameravaju izdati, omogućavaju investitorima da izvrše objektivnu procenu finansijske pozicije, stanja ukupne imovine, obaveza i kapitala, prihoda, rashoda i novčanih tokova, pravnog položaja, potencijalnih poslovnih rezultata i drugih bitnih činjenica i okolnosti u vezi sa izdavaocem, kao i procenu prava i obaveza iz tih hartija od vrednosti.[6] U prospektu za izdavanje hartija od vrednosti ne mogu se navoditi podaci koji mogu stvoriti pogrešnu predstavu kod investitora u pogledu izdavaoca, hartija od vrednosti koje se nameravaju izdati u skladu sa tim prospektom i hartija od vrednosti izdavaoca koje su već izdate.[7]

---

ke koji omogućavaju investitorima objektivnu procenu finansijskog i pravnog položaja izdavaoca hartija od vrednosti i prava i obaveza iz tih hartija od vrednosti". „U prospektu za izdavanje hartija od vrednosti nisu dati podaci koji mogu uticati na stvaranje pogrešne predstave kod investitora u pogledu izdavaoca hartija od vrednosti, hartija od vrednosti koje se nameravaju izdavati i hartija od vrednosti izdavaoca koje su već izdate"

[5] Videti ZTHV , čl. 26 st. 5.

[6] Pravilnik o sadržini i formi prospekta i drugih dokumenata koji se podnose radi izdavanja hartija od vrednosti, čl. 8 st. 3.

[7] Pravilnik o sadržini i formi prospekta i drugih dokumenata koji se podnose radi izdavanja hartija od vrednosti, čl. 8 st. 4.

Prospekt za izdavanje hartija od vrednosti sastoji se od uvodnog dela i osnovnog prospekta. Uvodni deo prospekta sadrži osnovne podatke o izdavaocu, podatke o hartijama od vrednosti koje se nameravaju izdavati i podatke o nameni sredstava dobijenih izdavanjem tih hartija od vrednosti. Osnovni prospekt sadrži detaljne podatke o izdavaocu, poslovanju izdavaoca i podatke o hartijama od vrednosti koje su izdate, a nisu povučene, odnosno nije im istekao rok dospeća.[8]

Pored potpunog prospekta, koji se dostavlja Komisiji za hartije od vrednosti, u propisima se pominje i skraćeni prospekt. Skraćeni prospekt je zapravo izvod iz prospekta koji se obavezno objavljuje prilikom upućivanja javne ponude. On sadrži podatke iz uvodnog dela prospekta. Sadržina skraćenog prospekta je propisana Uputstvom o sadržini i formi skraćenog prospekta koje takođe predstavlja sastavni deo pomenutog Pravilnika (prilog 1a i 2a). Lice koje namerava da izdaje hartije od vrednosti javnom ponudom je pored potpunog prospekta, dužno da pripremi i dostavi Komisiji za hartije od vrednosti i skraćeni prospekt, pri čemu je skraćeni prospekt dužno i da objavi prilikom upućivanja javne ponude.

Kada oceni da je to potrebno radi zaštite investitora, Komisija može od podnosioca zahteva tražiti da pojedine podatke u prospektu za izdavanje hartija od vrednosti na odgovarajući način posebno istakne.[9] Ovo se može odnositi i na skraćeni prospekt. U svakom slučaju, podaci u skraćenom prospektu moraju biti u skladu sa podacima iz prospekta i drugom dostavljenom dokumentacijom.[10] Odredbe Pravilnika koje se odnose na formu prospekta uopšte, odnose se i na skraćeni prospekt. O slabostima i neusklađenostima našeg prava sa pravom Evropske unije u domenu regulisanja forme i sadržine prospekta biće više reči u okviru zaključnih razmatranja, a posle analize odredbi o formi i sadržini prospekta u pravu Evropske unije.

2. Forma i sadržina prospekta u pravu Evropske unije

Poslednjih nekoliko godina (usvajanjem Direktive EU o prospektu 2003[11].) izvršena je temeljna reforma evropskog prava u materiji koja se odnosi na regulisanje prospekta. Pored ostalog, novina koja je uvedena

[8] ZTHV, čl. 26 st. 2.

[9] ZTHV, čl. 26 st. 4.

[10] Pravilnik o sadržini i formi prospekta i drugih dokumenata koji se podnose radi izdavanja hartija od vrednosti, čl. 14. st. 3.

[11] Direktiva broj 2003/71/EC Evropskog parlamenta i Saveta od Novembra 2003 o prospektu koji se objavljuje kada se hartije od vrednosti nude javnosti ili uvrštavaju u trgovinu na uređenom tržištu i kojom se menja Direktiva broj 2001/34/EC (u daljem tekstu: Direktiva EU o prospektu).

Direktivom EU o prospektu je da su ranije razlike u pogledu forme i sadržine između prospekta koji se objavljuje prilikom upućivanja javne ponude (tzv. prodajnog prospekta) i prospekta za uključenje hartija od vrednosti na regulisano tržište (tzv. berzanskog prospekta) uklonjene. Ovom Direktivom su obe vrste prospekta u pogledu forme i sadržine regulisane na istovetan način. To znači da jednom odobren prospekt prilikom upućivanja javne ponude hartija od vrednosti može poslužiti i prilikom uključivanja tih hartija za trgovinu na regulisanom tržištu, ukoliko i dalje traje period njegovog važenja.[12]

Različiti zahtevi u pogledu forme i sadržine dve pomenute vrste prospekta proisticali su iz činjenice da su u nekim državama EU (npr. Nemačkoj, Austriji) formu i sadržinu pomenutih dokumenata propisivala različita tela (Komisija za hartije od vrednosti i uprava organizatora tržišta).[13] Rešenjem koje postoji u Direktivi EU o prospektu, međutim, nije prekinuta samo različitost u pogledu forme i sadržine između prospekta koji je bio objavljivan prilikom upućivanja javne ponude i prospekta za uključenje hartija na regulisano tržište, već i različitost koja je u tom domenu mogla postojati između prospekta za uključenje određenih „hartija" na jedno i prospekta za uključivanje nekih drugih „hartija" na drugo tržište.[14]

Kao što je gore istaknuto, prema sadašnjem stanju u našem pravu, različitost u domenu forme i sadržine dve pomenute vrste prospekta i dalje postoji, budući da obaveznu formu i sadržinu prospekta za izdavanje propisuje Komisija za hartije od vrednosti[15], a formu i sadržinu prospekta za uključenje hartija od vrednosti na listing berze ili slobodno berzansko tržište Upravni odbor Beogradske berze[16]. Novi predlog Zakona o izmenama i dopunama ZTHV konačno napušta koncept dvojakog uređenja „prodajnog" i „berzanskog" prospekta.

Razlozi reforme evropskog prava leže i u činjenici da su direktive iz 1980. i 1989., poznavale sistem parcijalnog i kompleksnog priznavanja prospekta između država članica, što je ideju o *single passport* prospektu (tzv. jedinstvenom evropskom pasošu) u potpunosti relativizovalo. *Single passport* prospekt je takav prospekt koji nakon što ga odobri domaće nad-

---

[12] W. Groß, *Kapitalmarktrecht,* 3. Auflage, München, 2006, str. 265.

[13] C. Crüwell, „Die Europäische Prospektrichtlinie", *Die Aktiengesellschaft*, Heft 5/2003, str. 244.

[14] Kod nas ova poslednja različitost nema značaj, jer za sada postoji samo jedan organizator tržišta efektima i njegovo organizovano tržište.

[15] Videti ZTHV, član 26 st. 5.

[16] Beogradska berza je jedini postojeći organizator tržišta efektima u našoj zemlji.

ležno telo postaje podoban za prekograničnu cirkulaciju.[17] Drugim rečima, jednom dobijeno odobrenje prospekta je dovoljno.[18] Na temelju takvog prospekta je moguće prikupiti kapital javnom ponudom u bilo kojoj državi članici. To je omogućilo nesmetano upućivanje prekograničnih javnih ponuda.

Direktivom EU o prospektu nije bilo moguće, ali ni najcelishodnije obuhvatiti sve podatke koje prospekt treba da sadrži. Pomenuta direktiva posvećuje nekoliko članova obaveznoj formi i sadržini prospekta (**minimum informacija**). Prema njoj, prospekt, slično kao i u našem pravu, treba da sadrži sve informacije koje, prema posebnoj prirodi izdavaoca i hartijama od vrednosti koje su predmet javne ponude ili u pogledu kojih je podnet zahtev za uključenje na regulisano tržište, treba da omoguće investitoru da donese na informacijama zasnovanu procenu ukupne imovine (aktive) i obaveza (pasive), finansijskog položaja, dobiti i gubitaka, perspektivu izdavaoca uopšte ili bilo kog garantora, kao i da se informiše o pravima koja proističu iz tih hartija od vrednosti.[19] Prospekt minimalno treba da sadrži podatke o izdavaocu i hartijama od vrednosti koje su predmet javne ponude ili u pogledu kojih je podnet zahtev za uključenje na regulisano tržište.

U prospektu mora biti sadržan i **rezime**. Rezime treba na jasan, koncizan način, na jednostavnom (netehničkom) jeziku da obuhvati osnovne karakteristike i rizike koji se odnose na izdavaoca, garantora i hartije od vrednosti, i to na jeziku na kome je prospekt sačinjen.[20] Pri tome te informacije trebaju biti prezentovane na lako ispitiv i savremen način.[21] Bilo koja investicija u hartije od vrednosti treba da se zasniva na razmatranju prospekta u celini od strane investitora.[22]

Adresat obaveze u vezi sa prospektom (izdavalac, ponudilac ili lice koje podnosi zahtev za uključenje „hartija" na regulisano tržište) može sačiniti prospekt u jednom ili u većem broju dokumenata (**jednodelni** ili **višedelni prospekt**).

Prospekt koji se sastoji iz više posebnih dokumenata (delova), sastoji se iz 3 dela: registracionog dokumenta (eng. *registration document*), dokumenta koji se odnosi na hartije od vrednosti (eng. securities note) i rezimea (eng. *summary note*). Registracioni dokument sadrži po-

[17] Čulinović - Herc, E., „Prospekt pri javnoj i privatnoj ponudi vrijednosnih papira", *Zbornik Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci*, br. 1/2003., str. 115.

[18] U tom pogledu upućujemo na razmatranja o notifikaciji prospekta.

[19] Videti Direktivu EU o prospektu, čl. 5 st. 1.

[20] Videti Direktivu EU o prospektu, čl. 5 st. 2.

[21] Videti Direktivu EU o prospektu, čl. 5 st. 2 (a).

[22] Videti Direktivu EU o prospektu, čl. 5 st. 2 (b).

datke o izdavaocu. Dokument koji se odnosi na hartije od vrednosti prirodno sadrži podatke o hartijama od vrednosti koje su predmet javne ponude ili u pogledu kojih se podnosi zahtev za uključenje na regulisano tržište.[23] Konačno, rezime obuhvata osnovne karakteristike i rizike koji se odnose na izdavaoca, garantora i hartije od vrednosti, i to na jeziku na kome je prospekt sačinjen. U skladu sa obavezom kontinuirane objave podataka, zahteva se jednogodišnja obnova registracije kako bi se osigurala dostupnost novih podataka. O kojim se podacima radi to uređuju drugi propisi prava EU.[24] Ovaj sistem znatno ubrzava postupak odobrenja novih emisija jer u jednom odobreni registracioni dokument samo treba uneti novine, tako da se ispitivanje prospekta pri novoj emisiji ograničava samo na dokument koji se odnosi na hartije od vrednosti (eng. *securities notee*).[25]

U pogledu pojedinih hartija od vrednosti prospekt po izboru adresata obaveze može biti objavljen u formi osnovnog (*basis*) prospekta.[26] Takva mogućnost videli smo postoji i u našem pravu kada su u pitanju kratkoročne dužničke hartije od vrednosti.[27]

Poznato je da u trenutku podnošenja zahteva za odobrenje prospekta, svi uslovi javne ponude ne moraju biti poznati (npr. cena efekata, obim emisije). Stoga, ukoliko oni nisu sadržani u osnovnom ili u dopuni prospekta, konačni uslovi moraju biti prikazani investitorima i ubeleženi od strane nadležne vlasti u trenutku činjenja javne ponude čim to postane moguće i ukoliko je moguće i još pre početka njenog važenja.[28] Član 8 Direktive sadrži norme o tzv. **izostavljanju informacija**. Izričito je predviđeno da države članice trebaju da obezbede da tamo gde konačnu cenu i količinu hartija od vrednosti koje se nude nije moguće uključiti u prospekt trebaju biti određeni kriterijumi i, ili uslovi u skladu sa kojima će gornji elementi biti određeni, ili da u slučaju cene u prospektu bude prikazana barem maksimalna cena, ili da u suprotnom prihvatanje odnosno ponuda za kupovinu ili upis hartija od vrednosti može biti opozvana za ne

[23] Videti Direktivu EU o prospektu, čl. 5 st. 3.

[24] Reč je o Direktivi o podacima koje moraju redovno objavljivati društva čije su hartije od vrednosti uključene na regulisano tržište (br. 34/2001), kao i Direktivama iz domena Prava privrednih društava EU.

[25] Stoga je nadležnim vlastima država članica i dat kraći rok (rok od 10 dana) za donošenje odluke o odobrenju prospekta prilikom upućivanja naredne javne ponude hartija od vrednosti (eng. *subsequent public offer*), nego što je slučaj kada je reč o upućivanju inicijalne javne ponude (eng. *initial public offer*, skraćeno: IPO), gde je predviđen rok od 20 dana od dana podnošenja zahteva.

[26] Videti Direktivu EU o prospektu, čl. 5 st. 4.

[27] Videti ZTHV, čl. 35.

[28] Videti Direktivu EU o prospektu, čl. 5 st. 4.

manje od dva radna dana nakon konačnog određenja cene i količine hartija od vrednosti koje se nude javnosti.[29]

Opoziv ponude je dopušten ako u prospektu nisu određeni cena ili količina hartija od vrednosti koje se nude, ili oba navedena elementa ili ako nisu određeni barem kriterijumi i, ili uslovi za njihovo određivanje. Opoziv ponude je pravno zasnovan, jer cena kao bitan element ugovora (lat. *essentia negotii*) predstavlja odlučujući faktor za odluku o „kupovini", te u slučaju nedostatka njenog čvrstog utvrđivanja ili barem kriterijuma za njeno utvrđivanje ulagaču mora biti data mogućnost da ponudu za sticanjem hartija od vrednosti opozove ukoliko ona nije u skladu sa konačno utvrđenom cenom[30] (npr. data je ponuda za sticanjem po nižoj ceni, a konačno utvrđena cena je viša od ponuđene u konkretnoj ponudi određenog ulagača). Ovde, se, međutim, nameće još jedno značajno pitanje - u kojoj meri kriterijumi i uslovi moraju biti konkretni?[31] U svakom slučaju, cena mora biti barem odrediva. Stoga se obično unapred predviđa ili opseg (minimalna – maksimalna cena) ili samo maksimalna emisiona cena.[32] Na taj način javnost na prvi pogled može prepoznati sa kojom najvišom cenom može računati.[33]

U slučaju izostanka tih kriterijuma i, ili uslova za određivanje cene i količine hartija od vrednosti koje se nude javnosti, upisnik ima pravo opoziva svoje ponude, nakon objavljivanja konačne cene i količine hartija od vrednosti koje se nude. Mogućnost opoziva, videli smo, mora postojati u roku koji ne može biti kraći od 2 radna dana. U zakonodavstvima država članica može biti propisan i duži, ali svakako ne kraći rok od ovog predviđenog u Direktivi.

Konačna cena i količina hartija od vrednosti koje se nude javnosti beleže se od strane nadležne vlasti domaće države članice[34] i objavljuju u skladu sa odredbama sadržanim u članu 14 st. 2 Direktive EU o prospektu.

Uvođenjem odredbi o mogućnosti izostavljanja navedenih informacija omogućena je primena najrazličitijih metoda utvrđivanja cene efekata koji se izdaju, kao i podešavanje obima emisije u skladu sa interesovanjem koje vlada za predmetne hartije od vrednosti koje se izdaju javnom ponudom. Naš ZTHV ne sadrži takve odredbe, što naročito ograničava mogućnost izbora različitih metoda za utvrđivanje emisione cene efekata,

---

[29] Videti Direktivu EU o prospektu, čl. 8 st. 1 tač (a), (b).

[30] S. Kalss, M. Oppitz, J. Zollner, *Kapitalmarktrecht – System*, Band I, Wien, 2005, str. 260.

[31] *Ibidem.*

[32] *Ibidem.*

[33] W. Groß, *Kapitalmarktrecht*, str. 307.

[34] Domaća država članica je, po pravilu, država u kojoj je izdavalac registrovan. U pogledu ostalog videti detaljnije Direktivy EU o prospektu, član 2 st. 1 tač. (m).

kao i primenu različitih metoda raspodele i eventualne dodatne raspodele hartija od vrednosti.

Nadležni organ vlasti domaće države članice može odobriti izostavljanje još nekih informacija, koje inače čine obaveznu sadržinu prospekta, ukoliko bi objavljivanje tih informacija bilo u suprotnosti sa javnim interesom, ako bi objavljivanje tih informacija ozbiljno štetilo izdavaocu, pod uslovom da izostavljanje tih informacija ne bi dovelo u zabludu javnost u pogledu činjenica i okolnosti značajnih za procenu izdavaoca, ponudioca, garantora ili bilo kog prava koje proističe iz hartija od vrednosti na koje se prospekt odnosi, ili ukoliko su te informacije minornog značaja za procenu finansijskog položaja izdavaoca, ponudioca ili garantora.[35] Ovakav razlog za izostavljanje pojedinih informacija ne postoji u našem pravu.

Konačno, treba istaći da je Evropska komisija izdala detaljnu Uredbu EC 809/2004, na više od 250 strana, u vezi sa vrstama obelodanjivanja informacija, koje je potrebno primeniti u cilju sprovođenja Direktive EU o prospektu, a s obzirom na različite zahteve u pogledu obelodanjivanja spram vrste hartija od vrednosti. Uredba, između ostalog, sadrži i smernice u pogledu redosleda iznošenja podataka sadržanih u prospektu.

Što se tiče **forme prospekta**, uzimajući u vidu tehnološka unapređenja i obezbeđivanje uniformne primene Direktive, Evropska komisija je propisala formu prospekta i njegovih dodataka. Dovoljno je istaći da je moguće i njegovo objavljivanje u elektronskoj formi, a ne samo u štampanom obliku, kao što je to slučaj u našem pravu.

Zaključna razmatranja

Na osnovu prethodnih izlaganja postaje jasno da naše pravo u materiji regulisanja forme i sadržine prospekta nije u skladu sa pravom EU. Postoji nekoliko suštinskih slabosti našeg prava u ovom domenu.

Prvo, **naše pravo i dalje sadrži koncept dvojakog uređenja materije o „prodajnom“** (prospektu koji se objavljuje prilikom upućivanja javne ponude) i **„berzanskom“** prospektu (prospektu koji se objavljuje prilikom uključenja hartija od vrednosti na organizovano tržište). Detaljnu sadržinu i formu prospekta koji se objavljuje prilikom upućivanja javne ponude za izdavanje hartija od vrednosti podzakonskim aktima utvrđuje Komisija za hartije od vrednosti, dok formu i sadržinu prospekta koji se objavljuje prilikom uključenja hartija od vrednosti na organizovano tržište propisuje jedini organizator organizovanog tržišta efektima kod nas

[35] Videti Direktivu EU o prospektu, član 8 st. 2.

– Beogradska berza. Takvo rešenje, međutim, samo dodatno opterećuje emitenta koji izdaje hartije od vrednosti javnom ponudom. To znači da jednom odobren prospekt prilikom upućivanja javne ponude hartija od vrednosti ne može poslužiti i prilikom uključivanja tih hartija za trgovinu na organizovanom tržištu, već se novi prospekt (propekt za uključenje hartija od vrednosti na organizovano tržište) mora izraditi u skladu sa formom i sadržinom koju propisuje organizator tržišta. Koncept dvojakog uređenja materije o „prodajnom" i „berzanskom" prospektu je u Direktivi EU o prospektu napušten. Polazeći od toga da se u predlogu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o tržištu hartija od vrednosti koji je usvojila Vlada Republike Srbije septembra 2008. godine, takođe napušta koncept dvojakog uređenja ove dve vrste prospekata, takvo rešenje u skladu sa gore iznetim podržavamo.

Drugo, **naše pravo ne poznaje sistem višedelnog prospekta** koji se u pravu EU sastoji iz više posebnih dokumenata (delova): registracionog dokumenta (eng. *registration document*), dokumenta koji se odnosi na hartije od vrednosti (eng. *securities note*) i rezimea (eng. *summary note*). Ovaj sistem znatno ubrzava postupak odobrenja novih emisija jer u jednom odobreni registracioni dokument treba uneti samo novine, tako da se ispitivanje prospekta pri novoj emisiji ograničava samo na dokument koji se odnosi na hartije od vrednosti (eng. *securities note*). Stoga se zalažemo za uvođenje ovakvog sistema višedelnog prospekta i u naše pravo, umesto postojećeg u kome se razlikuju uvodni deo prospekta i osnovni prospekt. Oni za sada sadrže iste podatke, pri čemu su podaci detaljnije izneti u tzv. osnovnom delu prospekta.[36]

Treća zamerka se odnosi na obaveznu sadržinu prospekta i **nemogućnost izostavljanja određenih informacija u prospektu**. U našem pravu ne postoji mogućnost izostavljanja informacija koje se odnose na vrednost efekata i obim emisije. Stoga kod nas još uvek nije moguća primena tzv. otvorenih postupaka za utvrđivanje emisione cene hartija od vrednosti (postupak aukcije i stvaranja knjige – *eng. bookbuilding*), kao i primena tzv. mera iz okvira pomoćne stabilizacije kursa hartija od vrednosti (npr. *Green shoe* opcije). U skladu sa tim ne postoje ni gore opisana pravila o mogućnosti opoziva ponude nakon konačnog utvrđivanja cene efekata i obima emisije. Pored toga, za uvođenje normi o mogućem izostavljanju pomenutih informacija zalažemo se, jer će time biti omogućeno korišćenje svih savremenih standarda vezanih za vršenje inicijalne javne ponude.

[36] Videti ZTHV, čl. 26 st. 2 i Pravilnik o sadržini i formi prospekta i drugih dokumenata koji se podnose radi izdavanja hartija od vrednosti, čl. 13.

Vladimir Marjanski, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Form and Content of a Prospectus

Abstract

In the widest sense, a prospectus is a document containing information important for assessment of capital investment or it is at least meant to create an impression of such content. In the narrow sense, i.e. in the sense given to it by the Capital market law, only documents denoted as such by the Capital market law are considered to represent prospectus. This paper analyses provisions dealing with the form and content of a prospectus in domestic and EU law. Although one could assume that the determination of the form and content of a prospectus is exclusively a problem of technical character, the issue of the way in which the form and especially the content of a prospectus is regulated is very sensitive one. It is difficult for legislator which regulates the mandatory content of prospectus to find the balance between the interest of the investor in gaining the information on the issuer and securities (one must bear in mind that the prospectus does not have to be the only source of information) and the interest of the issuer to safeguard his business secrets and his competitive power.

Key words: prospectus, form and content of a prospectus, securities, public offer, emitent.

Originalni naučni rad 347.771

Dr Sandra Fišer-Šobot, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

POSREDNA POVREDA PATENTA[1]

Sažetak: *Nosilac patenta ima pravo da spreči svako treće lice da nudi i isporučuje proizvode koji čine bitne elemente pronalaska licima koja nisu ovlašćena na korišćenje tog pronalaska, ako je ponuđaču ili isporučiocu poznato ili mu je iz okolnosti slučaja moralo biti poznato da je taj proizvod namenjen za primenu tuđeg pronalaska. Ako treće lice bez saglasnosti nosioca patenta nudi i isporučuje proizvode koji nisu pronalazak, ali čine njegov bitan deo, ono ne vrši zahvatanje u isključiva ovlašćenja nosioca patenta. Međutim takvo postupanje se u patentnom pravu shvata kao jedna vrsta povrede patenta - posredna povreda patenta.*

Predmet ovog rada je pojmovno određenje posredne povrede patenta, utvrđivanje odnosa između posredne i neposredne povrede i analiza pretpostavki koje moraju biti ispunjene za postojanje posredne povrede patenta. Završna razmatranja će biti posvećena zahtevu nosioca patenta za naknadu štete u slučaju posredne povrede njegovog subjektivnog prava.

Ključne reči: *patent, neposredna povreda patenta, posredna povreda patenta*

1. Uvod

Patent je isključivo subjektivno pravo na ekonomsko iskorišćavanje patentiranog pronalaska. U ostvarivanju svog isključivog prava nosilac patenta ima pravo da spreči svako treće lice koje nema njegovu sagla-

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

snost da patentirani pronalazak ekonomski iskorišćava, odnosno da vrši neko od isključivih ovlašćenja iz patenta. Pored toga, nosilac patenta ima pravo da spreči svako treće lice da nudi i isporučuje proizvode koji čine bitne elemente pronalaska licima koja nisu ovlašćena na korišćenje tog pronalaska, ako je ponuđaču ili isporučiocu poznato ili mu je iz okolnosti slučaja moralo biti poznato da je taj proizvod namenjen za primenu tuđeg pronalaska. Ako treće lice bez saglasnosti nosioca patenta nudi i isporučuje proizvode koji nisu pronalazak, ali čine njegov bitan deo, ono ne vrši zahvatanje u isključiva ovlašćenja nosioca patenta. Međutim, takvo ponašanje se u patentnom pravu shvata kao posredna povreda patenta.

Predmet ovog rada je pojmovno određenje posredne povrede patenta, utvrđivanje odnosa između posredne i neposredne povrede, analiza pretpostavki koje moraju biti ispunjene za postojanje posredne povrede patenta i pravo nosioca patenta na naknadu štete u slučaju posredne povrede njegovog subjektivnog prava.

Naše patentno pravo poznaje institut posredne povrede patenta više od decenije, ali je ovom pitanju, i pored njegove nesporne važnosti, posvećena nedovoljna pažnja. Značaj preciznog određenja posredne povrede patenta je u tome što svaka nedorečenost nosi opasnost od neopravdanog proširenja dejstva patentnopravne zaštite i narušavanja pravne sigurnosti.

2. Povreda patenta

„Povreda subjektivnog prava znači stanje suprotno subjektivnom pravu, ili opasnost da takvo stanje nastane“[2]. Subjektivno pravo je povređeno kada titular ne može da vrši svoja ovlašćenja iz subjektivnog prava ili kada mu je njihovo vršenje otežano.

Povreda subjektivnog prava patenta može biti neposredna i posredna.

3. Neposredna povreda patenta

Neposredna (direktna) povreda patenta je takva povreda kojom se povređuje neko od isključivih ovlašćenja nosioca patenta. Do pojma neposredne povrede kao i uslova koji moraju biti ispunjeni za njeno postojanje možemo doći analizom čl. 52 st. 1 i st. 2 tač. 1-4 *Zakona o patentima*[3] iz 2004. godine (u daljem tekstu: ZOPat 04). Naime, potrebno je da se radi o povredi nekog od isključivih ovlašćenja nosioca patenta. Drugo, radnje ekonomskog iskorišćavanja zaštićenog pronalaska treba da su predu-

[2] Stanković, Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1996, str. 225.

[3] Sl. list SCG 32/04 i 35/04 (ispr.).

zete od strane neovlašćenog lica. Treće, o povredi možemo govoriti samo ukoliko je ona izvršena u okviru vremenskog i teritorijalnog važenja patenta. I na kraju, treba da se radi o radnji koja nije obuhvaćena nekim od sadržinskih ograničenja patenta.[4]

Za postojanje neposredne povrede nema značaja da li je povredilac znao da ostvaruje isto tehničko dejstvo koje se ostvaruje i patentiranim pronalaskom.[5]

Postoje dve osnovne vrste neposredne povrede patenta. Moguće je da povredilac koristi sva obeležja pronalaska i da preduzima radnje koje su u isključivoj nadležnosti titulara patenta, odnosno da u potpunosti reprodukuje pronalazak.[6] Druga vrsta neposredne povrede postoji ako povredilac ne koristi sva obeležja pronalaska, nego vrši određene izmene u cilju prikrivanja povrede i izbegavanja zahteva titulara patenta.[7]

4. Posredna povreda patenta

Ukoliko jedno lice, bez saglasnosti nosioca patenta nudi i isporučuje proizvode koji čine bitne elemente pronalaska licima koja nisu ovlašćena za korišćenje tog pronalaska, a pri tom mu je poznato ili mu je iz okolnosti slučaja moralo biti poznato da je taj proizvod namenjen za primenu tuđeg pronalaska, on čini *posrednu (indirektnu) povredu patenta*.[8]

Institut posredne povrede patenta je nastao u nemačkoj sudskoj praksi,[9] a potom je prihvaćen i u zakonodavstvu. Polazna ideja je bila sledeća. Ako jedno lice neovlašćenim licima isporučuje proizvode, koji sami nisu patentibilni, ali koji služe za izvođenje patentiranog postupka, odnosno koji se ugrađuju u patentirani proizvod, ono na poseban način učestvuje i doprinosi izvršenju neposredne povrede patenta. Prema tome, posredna povreda je shvatana kao poseban *oblik učestvovanja* u radnji neposredne povrede patenta.[10] Drugim rečima, o posrednoj povredi prava se

[4] Isto tako, Marković S., *Patentno pravo*, Beograd, 1997, str. 325.

[5] Vlašković B., *Sadržaj i povreda patenta*, Kragujevac, 1999, str. 87.

[6] Videti više kod Vlašković B., *Sadržaj i povreda patenta*, str. 87 i fus. 315.

[7] Videti više kod Vlašković B., *Sadržaj i povreda patenta*, str. 88 i fus. 317.

[8] Videti čl. 52(2)(5) ZOPat 04.

[9] Sudska praksa Suda Rajha (u daljem tekstu: RG) je razvila institut posredne povrede prava kao poseban oblik učestvovanja u povredi patenta. Kasnije je taj institut u svojoj praksi preuzeo i Vrhovni savezni sud Nemačke (u daljem tekstu: BGH).

[10] Videti više kod Krasser R., *Patentrecht – ein Lehr- und Handbuch zum Deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht*, 5. Auflage, München, 2004, str. 831. Videti kritike shvatanja posredne povrede kao oblika učestvovanja u izvršenju neposredne povrede kod Blum R., Pedrazzini M., *Das*

moglo govoriti samo u slučaju postojanja neposredne povrede. Prema danas dominantnom shvatanju, posredna povreda patenta predstavlja samostalnu radnju, koja je nezavisna od radnje neposredne povrede.

Posredna povreda patenta je u našem pravu prvi put regulisana u *Zakonu o patentima*[11] iz 1995. godine (u daljem tekstu: ZOPat 95), a prihvaćena je i u ZOPat 04 uz određene izmene.

Uvođenjem posredne povrede patenta se proširuje dejstvo patenta i na proizvode koji nisu ni pronalazački ni novi.[12] Nosiocu patenta je na ovaj način pružena šira pravna zaštita - ne samo kad je patent već povređen neovlašćenim vršenjem nekog od isključivih ovlašćenja nosioca patenta, nego i pre izvršenja radnji neposredne povrede. Naime, titular patenta uživa pravnu zaštitu i kad su izvršene radnje koje su *podobne* da dovedu do neposredne povrede. Postavlja se pitanje na koji način je ovo moguće opravdati. Stvaranje koncepta posredne povrede patenta je bilo nužno da bi se nosiocima patenta omogućila efektivna pravna zaštita. *Ratio* postojanja posredne povrede prava je da se titularu patenta olakša sprovođenje njegovih prava. Naime, često se neposredni povredilac patenta ne može lako utvrditi. Ovo važi naročito za patente dodeljene za pronalaske postupka, jer se postupci često mogu izvoditi na takav način da nosilac patenta za to nikada ne sazna. Titular patenta bi imao još veći problem ako bi neposrednih povredilaca bilo više jer bi tada morao da protiv svakog od njih pokreće poseban sudski postupak.[13] Zbog toga je za titulara najbolje da može da zabrani isporuku i nuđenje prozivoda koji čine bitne elemente pronalaska i tako spreči nastanak neposredne povrede prava.[14]

4.1. Odnos neposredne i posredne povrede patenta

Posredna povreda patenta je u ZOPat 04. određena kao samostalna. Odnos između neposredne i posredne povrede patenta nije odnos akcesornosti. Uslov za postojanje posredne povrede patenta nije naknadno izvr-

---

schweizerische Patentrecht – Kommentar zum Bundesgesetz vom 25. juni 1954. betreffend die Erfindungspatente, Band III, Bern, 1961, str. 432,433.

[11] Sl. list SRJ 15/95.

[12] Haedicke M., Schadenersatz bei mittelbarer Patentverletzung, *GRUR*, 2009, Heft 3-4, str. 273.

[13] Videti više o tome kod Vlašković B., *Sadržaj i povreda patenta*, str. 97.

[14] Titular se „može zadržati na isporučiocima i tako zlo neotkrivene, a postojeće povrede patenta od strane nepoznatog kupca saseći u korenu". Navedeno prema Benkard, *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz*, München, 1969, str. 396. Videti više o tome i kod Gaul-Bartenbach, *Handbuch des gewerblichen Rechtsschutzes*, 2. Auflage, Köln- Marienburg, 1974, str. 280.

šenje ili nastupanje neposredne povrede patenta. Jasno je da se sa izvršenjem posredne povrede patenta u značajnoj meri povećava verovatnoća da će doći i do neposredne povrede, ali za postojanje posredne povrede nije odlučujuće da li je treće lice ponuđeni ili isporučeni proizvod zaista i koristilo na način na kojim se vređa patent.

4.2. Teorijsko objašnjenje posredne povrede patenta

Posredna povreda patenta je institut *sui generis*. Učenje o posrednoj povredi je nastalo i razvijalo se u nemačkoj sudskoj praksi i teoriji. Danas mnoga, pre svega evropska zakonodavstva, poznaju i regulišu ovaj institut. Budući da su se shvatanja o posrednoj povredi od nastanka pa do danas menjala, neophodno je izvršiti detaljniji osvrt na evoluciju učenja o posrednoj povredi patenta.

U osnovi preovlađivala su dva shvatanja. Prema prvom, posredna povreda predstavlja zahvatanje u subjektivno pravo, dok drugo shvatanje posrednu povredu određuje kao ugrožavanje patenta. Prvo učenje je bilo dominantno u ranijoj nemačkoj doktrini. Naime, posredna povreda je shvatana kao poseban *oblik učestvovanja* u izvršenju neposredne povrede. Shodno tome posredna povreda je bila moguća samo ako postoji i neposredna povreda patenta. Vremenom je, međutim, navedeno shvatanje napušteno, jer nije moglo da pruži odgovore na brojne probleme i sporove koji su nastajali u praksi. Danas preovlađujuće shvatanje u nemačkoj pravnoj misli, koje i mi smatramo valjanim, posrednu povredu patenta određuje na drugačiji način. Radnje nuđenja i isporuke su takve da *mogu* da dovedu do povrede patenta i predstavljaju *ugrožavanje* (*die Gefärdung*) patenta. Drugim rečima, zakonodavac je stvorio činjenično stanje posredne povrede patenta koje njegovog titulara treba da zaštiti i od ugrožavanja patenta.[15] Lice koje ugrožava patent mora da snosi odgovornost. Međutim, posredni povredilac neće odgovarati za (neposrednu) povredu patenta, nego za to što se pravu neovlašćeno „približio“ i time povećao opasnost od neposredne povrede. Samo povećanje opasnosti kao takvo nije dovoljno. Pored toga mora postojati pravna i faktička mogućnost posrednog povredioca da sopstvenim delovanjem može da otkloni opasnost. Naime, obaveza izbegavanja ugrožavanja može postojati samo onda kad je onaj ko preduzima radnje znao za povećanje opasnosti i kad su izvori smetanja bili pod njegovom kontrolom.[16]

Opasnost od neposredne povrede patenta je povećana kada posredni povredilac nudi i isporučuje proizvod koji čini bitan element pronalaska.

[15] Videti više kod Busche J., Mittelbare Patentverletzung – zu den dogmatischen Grundlagen eines Rechtsinstituts, *GRUR*, 2009, Heft 3-4, str. 239.

[16] Videti više kod Busche J., nav. delo, str. 239.

Posredni povredilac mora da se uzdrži od takvog ponašanja, odnosno mora da izbegne povećanje opasnosti kad mu je poznato ili mu je iz okolnosti slučaja moralo biti poznato da je taj proizvod namenjen za primenu tuđeg pronalaska.[17]

Pravilna kvalifikacija i razumevanje posredne povrede ima veliki teorijski i praktični značaj. Između ostalog, način određenja indirektne povrede neposredno utiče na zahteve nosioca patenta. Ako se posredna povreda shvati kao ugrožavanje, titular patenta bi od povredioca mogao da zahteva prestanak ugrožavanja. Nasuprot tome, ako se posredna povreda odredi kao zahvatanje u subjektivno pravo nosilac patenta bi mogao da zahteva naknadu štete[18].

4.3. Uslovi za postojanje posredne povrede patenta

Za postojanje posredne povrede potrebno je *kumulativno ispunjenje* zakonom tačno utvrđenih *objektivnih* i *subjektivnih uslova*. Zahtev kumulativnosti je razumljiv ako se u obzir uzmu razlozi postojanja ovog instituta, njegova svrha, kao i opasnosti po odvijanje prometa ukoliko bi on bio preširoko shvaćen.

4.3.1. Objektivni uslovi

Prema našem pravu da bi mogli govoriti o posrednoj povredi patenta potrebno je da se steknu određeni objektivni uslovi. Prvo, posredno je moguće povrediti patent izvršenjem dve radnje – *nuđenjem* i *isporukom*. Proizvodnja ovih delova ne može da dovede do posredne povrede patenta. Prema ranijem nemačkom patentnom pravu[19] posredna povreda se mogla izvršiti samo radnjom isporuke. Danas patentna prava koja poznaju institut posredne povrede prava[20] predviđaju da ju je moguće izvršiti nuđenjem ili isporukom. Izričito navođenje radnje nuđenja u zakonu, prema našem mišljenju, treba da ukaže na to da već nuđenje predstavlja ugrožavanje patenta.

Radnju *nuđenja* treba shvatiti kao ponudu proizvoda trećem licu uz istovremenu spremnost za isporuku ili mogućnost isporuke[21]. Nuđenje predstavlja pripremnu radnju za stavljanje u promet proizvoda koji čini

[17] Videti čl. 52(2)(5) ZOPat 04.

[18] Videti više i kod Haedicke M., nav. delo, str. 275.

[19] Ovo se odnosi na nemačko patentno pravo do donošenja aktuelnog PatG iz 1981. godine.

[20] Države koje poznaju posrednu povredu prava su kao uzor za ovu normu koristile čl. 30 KKP. Kao primer videti čl. 52(2)(5) ZOPat 04., čl. 10 PatG, čl. 58(3) HrZOPat.

[21] Fišer S., *Patent kao subjektivno pravo*, Novi Sad, 2007, str. 116.

bitan elemenat pronalaska. *Isporuka* predstavlja telesnu predaju proizvoda drugom licu. Saopštenje pronalazačke ideje, bilo u formi vodiča za postupanje, uputstva za upotrebu ili crteža ne predstavlja isporuku u smislu čl. 52(2)(5) ZOPat 04[22].

Postavlja se pitanje zašto naš zakonodavac govori o «nuđenju *i* isporuci». Da li to znači da radnje moraju postojati kumulativno da bi govorili o posrednoj povredi. Iako nuđenju logički sledi isporuka, smatramo da ove radnje treba posmatrati kao samostalne tj. da je svaka od njih pojedinačno podobna za posrednu povredu patenta. Prema tome, i jedna i druga radnja pojedinačno uz ispunjenje ostalih uslova čine činjenično stanje posredne povrede.

Drugo, navedene radnje vode posrednoj povredi ako su izvršene *prema licima koja nisu ovlašćena za korišćenje tuđeg pronalaska*. ZOPat 04. predviđa da titular patenta ima pravo da spreči svako treće lice koje nema njegovu saglasnost da nudi i isporučuje proizvode koji čine bitne elemente pronalaska licima koja nisu ovlašćena za korišćenje tog pronalaska. Nasuprot tome, nuđenje i isporuka su dopušteni licu koje je ovlašćeno na iskorišćavanje patentiranog pronalaska i tada neće doći do posredne povrede patenta. Drugim rečima, nuđenje i isporuka proizvoda koji čine bitne elemente pronalaska ne spadaju u isključiva ovlašćenja nosioca patenta. Zbog navedenog smatramo da bi bilo bolje da je posredna povreda patenta regulisana u posebnoj normi, odnosno odvojeno od isključivih ovlašćenja iz čl. 52(2)(1)-(4) ZOPat 04.

U ovlašćena lica spada titular patenta, ali takođe i lica koja je on ovlastio na korišćenje putem licence ili je na drugi način dao svoju saglasnost. Nosilac patenta može dozvoliti iskorišćavanje pronalaska i prećutno npr. kad se titular saglasi sa isporukom uređaja za izvođenje patentiranog postupka u celini ili jedne njegove faze. U određenim slučajevima je saglasnost nosioca patenta za iskorišćavanje supstituisana zakonskim normama. Naime, ovlašćenje na iskorišćavanje može proizlaziti i iz samog zakona (pravo ranije upotrebe, prinudna licenca, iscrpljenje ovlašćenja).

Treće, o posrednoj povredi se može govoriti samo ako su radnje povrede izvršene u okviru sadržinskog, vremenskog i teritorijalnog dejstva patenta. Nasuprot tome, neće postojati neovlašćeno korišćenje u „patentno slobodnoj oblasti“. To znači da nije moguće da dođe do posredne povrede ako se iskorišćavanje vrši u inostranstvu, jer je to izvan teritorijalnog dejstva patenta, ili ako se pronalazak iskorišćava po proteku patentne zaštite, jer se tu radi o patentno „slobodnom“ vremenu, ili ako se pronala-

[22] Videti više kod Krasser R., *nav. delo*, str. 834.

zak koristi u lične i nekomercijalne svrhe, jer je takvo korišćenje van sadržinskog domašaja patenta.

Četvrto, predmet nuđenja ili isporuke mora biti *proizvod*. Proizvod predstavlja stvar kojom se ne ostvaruje zaštićeno pronalazačko učenje, ali čija primena može dovesti do povrede patenta. Pojmom *proizvod* su obuhvaćeni svi telesni predmeti kao pojedinačni delovi patentiranog uređaja, uređaja za izvođenje patentiranog postupka ili koji predstavljaju pomoćno sredstvo[23] za izvođenje pronalazačke ideje. Takođe, telesnim se smatraju i proizvodi u tečnom ili gasovitom stanju, kao i podaci u digitalnom obliku[24]. Za proizvod je bitno da se uklapa u celinu patentiranog proizvoda ili postupka. Nasuprot tome, modeli, crteži, kao i uputstva za rukovanje ili upravljanje ne predstavljaju proizvod u smislu čl. 52(2)(5) ZOPat 04.

Peto, ponuđeni ili isporučeni proizvod mora predstavljati *bitan element* patentom zaštićenog tuđeg pronalaska. Zahtev da proizvod mora predstavljati bitan element patentiranog pronalaska je bio potreban da se posredna povreda ne bi shvatala preširoko. Koji proizvodi čine bitne elemente patentiranog pronalaska je značajno pitanje zbog sledećeg. Članom 52(2)(5) ZOPat 04. je dejstvo patenta prošireno i na proizvode koji čine bitne elemente pronalaska, odnosno na proizvode koji ne prolaze ispitivanje nadležne službe u Zavodu za intelektualnu svojinu. Stoga, odgovor na ovo pitanje direktno određuje obim patentnopravne zaštite.

Bitnim se mogu smatrati oni elementi koji se prema patentnom spisu zahtevaju za izvođenje zaštićenog tehničkog znanja i koji se, u datom slučaju međusobno povezani, razlikuju od stanja tehnike.[25] U ranijoj nemačkoj teoriji i praksi su bitnim smatrani delovi koji su individualizovani prema funkciji pronalaska.[26] Danas je opšteprihvaćeno pravilo Vrhovnog saveznog suda Nemačke (u daljem tekstu: BGH) da su podobna sva ona sredstva, koja vrednosno ili ekvivalentno ispunjavaju jedno ili više obeležja odnosnog patentnog zahteva.[27] Prema tome, u obzir dolaze i ekvivalentna sredstva. Međutim, kod ekvivalentnih sredstava može biti problematično utvrđivanje postojanja subjektivnih uslova.

---

[23] Videti više kod Nieder M., Die mittelbare Patentverletzung – eine Bestandsaufnahme, *GRUR*, 2006, Heft 12, str. 977.

[24] Nieder M., nav. delo, str. 977.

[25] Krasser R., *nav. delo*, str. 834.

[26] Videti više kod Nieder M., nav. delo, str. 977 i 978; Scharen U., Die Behandlung der (so genannten) mittelbaren Patentverletzung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, *GRUR*, 2008, Heft 11, str. 944 i 945. Isto tako Vlašković B., Posredna povreda patenta u Zakonu o patentima SR Jugoslavije, *Pravo i privreda*, br. 5-8/98, str. 889.

[27] Scharen U., nav. delo, str. 945.

Smatramo da se jedan proizvod može smatrati bitnim samo ako se *neposredno* koristi za izvođenje pronalazačke ideje, odnosno pronalaska. Nasuprot tome, proizvodi koji neposredno ne doprinose izvođenju zaštićenog pronalazačkog učenja nisu obuhvaćeni čl. 52(2)(5) ZOPat 04.

4.3.2. Subjektivni uslovi

Za postojanje posredne povrede patenta je nužno da postoje određeni subjektivni elementi na strani ponudioca, odnosno isporučioca. U subjektivnom smislu je za postojanje posredne povrede potrebno da je ponudiocu ili isporučiocu bilo poznato ili mu je iz okolnosti moralo biti poznato da je taj proizvod namenjen za neovlašćenu primenu tuđeg patentiranog pronalaska. Nasuprot tome, lica koja neznajući doprinesu izvršenju neposredne povrede patenta ne smatraju se posrednim povrediocima. Subjektivan uslov pretpostavlja *znanje* posrednog povredioca da je ponuđena ili isporučena roba pogodna za iskorišćavanje zaštićenog pronalaska i da postoji namera ponuđenog lica da pronalazak koristi. S druge strane, zahtev znanja ili očiglednosti se ne odnosi na postojanje patentnopravne zaštite i na nepostojanje ovlašćenja korisnika[28].

Činjenično stanje posredne povrede će postojati ako je ponudiocu ili isporučiocu *bilo poznato* ili mu je iz okolnosti slučaja *moralo biti poznato* da je proizvod *namenjen* za primenu tuđeg pronalaska. Pored *objektivne podobnosti* proizvoda da se njegovom upotrebom povredi patent, ponudilac/isporučilac mora znati i *volju (odluku)* kupca za iskorišćavanje zaštićenog pronalaska. Isporučilac na osnovu objektivnih okolnosti i saznate namere trećeg lica treba da računa da će u slučaju isporuke odnosnog proizvoda primalac isti koristiti na način kojim se zahvata u zaštitno polje patenta.

Znanje pronudioca/isporučioca o tome da je proizvod namenjen za primenu tuđeg pronalaska se mora odnositi samo na podesnost i namenu sredstva. Ono se ne mora odnositi na druge stvari.[29] Postojanje znanja isporučioca se procenjuje na osnovu okolnosti konkretnog slučaja. Ono se može odrediti na osnovu planova kupca, kome je proizvod ponuđen ili isporučen. Ako je npr. ponuđenom ili kupcu ukazano u uputstvu za upotrebu na upotrebu protivnu patentu svakako da postoji znanje ponudioca/isporučioca[30]. Pored toga, podaci koje kupac da u vezi sa porudžbinom ili pripremne radnje koje preduzme mogu da ukažu kako planira da koristi

[28] Tako Krasser R., *nav. delo*, str. 838; Nieder M., nav. delo, str. 979

[29] Tako Benkard, *nav.delo*, str. 401. Isto tako Vlašković B., Posredna povreda patenta u Zakonu o patentima SR Jugoslavije, str. 887.

[30] Videti više kod Nieder M., nav. delo, str. 979.

isporučeni proizvod.[31] Takođe, ako je kupac iste proizvode već ranije koristio za primenu tuđeg pronalaska, onda pri nepromenjenim okolnostima, treba pretpostaviti su ponuđeni ili proizvodi koji će biti isporučeni namenjeni za istu svrhu.[32]

Drugi alternativni uslov je da je ponudiocu/isporučiocu iz okolnosti slučaja *moralo biti poznato* za šta će se koristiti ponuđeni/isporučeni proizvod. Isporučiocu su činjenice morale biti poznate ako je prema okolnostima slučaja *očigledno* da je proizvod namenjen za primenu tuđeg pronalaska. Očiglednost postoji kad se proizvod može primeniti samo na način kojim se vređa patent, odnosno kad druga upotreba nije zamisliva[33].

Formulacija *moralo mu je biti poznato* znači da isporučilac zbog nepažnje nije znao da će kupac proizvod koristiti ili da on može biti korišten na način kojim se vređa patent. Navedena formulacija treba da olakša položaj nosioca patenta, jer u slučaju kad je namena i podobnost proizvoda očigledna, on ne mora da dokazuje postojanje znanja isporučioca. Da li je namena proizvoda isporučiocu bila očigledna procenjuje se sa stanovišta stručnog posmatrača. Ne uzimaju se u obzir subjektivne sposobnosti i znanje posrednog povredioca.[34] Očiglednost nedostaje ako je objektivni stručni posmatrač ne može utvrditi bez ikakve sumnje. Primer je kad se proizvod može koristiti i na patentno-slobodan, ali i na način kojim se vređa patent.[35] Ako se objektivno utvrdi očiglednost, posredni povredilac se ne može pozivati na to da nije znao za namenu proizvoda, odnosno njegovo neznanje nema pravni značaj.[36]

Ranije je ZOPat 95. predviđao da posredna povreda nije moguća ako su u pitanju proizvodi koji su uobičajeni na tržištu[37] čak i onda kad ponudilac ili isporučilac zna sve gore navedene činjenice. Ovakvo rešenje je opravdano kritikovano,[38] a ZOPat 04. ga ni ne sadrži.

4.4. Naknada štete kod posredne povrede patenta

Nosilac patenta ili sticalac isključive licence imaju pravo na tužbu protiv svakog lica koje povredi njihovo pravo neovlašćenim preduzima-

---

[31] Videti više kod Krasser R., *nav. delo*, str. 837.

[32] Krasser R., *nav. delo*, str. 837.

[33] Videti više kod Nieder M., nav. delo, str. 978.

[34] Vlašković B., Posredna povreda patenta u Zakonu o patentima SR Jugoslavije, str. 888.

[35] Nieder M., nav. delo, str. 979.

[36] Krasser R., *nav. delo*, str. 839.

[37] Čl. 78(2) ZOPat 95.

[38] Videti kritike kod Marković S., *Patentno pravo*, str. 329.

njem bilo koje radnje iz čl. 52 i 53 ZOPat 04.[39] Tužbom se, između ostalog, može zahtevati naknada štete zbog povrede prava.[40] Shodno tome, titular patenta je ovlašćen da zahteva naknadu štete i u slučaju izvršenja posredne povrede patenta.

Smatramo nespornim da pravo na naknadu štete postoji uvek kad je izvršena neposredna povreda patenta. Zahtev za naknadu štete zbog posredne povrede patenta postoji uvek kad dođe do odgovarajuće primene isporučenog proizvoda uz pomoć posrednog povredioca. Ovo je potvrđeno i u nemačkoj sudskoj praksi[41].

Kao što smo videli zakon činjenično stanje posredne povrede patenta određuje kao samostalnu radnju za čije postojanje nije nužno izvršenje neposredne povrede. Shodno tome, postavlja se pitanje da li je i pod kojim uslovima moguće odobriti naknadu štete za posrednu povredu patenta kad postojanje neposredne povrede patenta nije moguće utvrditi. Formulacija čl. 92 i 93 ZOPat 04. ne daje odgovor na ovo pitanje. Smatramo da se u skladu sa svim napred navedenim posredna povreda mora shvatiti kao ugrožavanje patenta, a ne kao njegova povreda. Shodno tome, nosilac patenta u slučaju posredne povrede nema pravo da zahteva naknadu štete zbog povrede patenta. On može da zahteva prestanak ugrožavanja i eventualno da zabrani buduće nuđenje i isporuku spornog proizvoda[42].

[39] Videti čl. 92(1) ZOPat 04.
[40] Čl. 93(4) ZOPat 04.
[41] BGH, GRUR 2005, 848 – *Antriebscheibenaufzug*.
[42] Videti više kod Haedicke M., nav. delo, str. 276.

Sandra Fišer-Šobot, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Indirect Infringement of a Patent

Abstract

A person, other than a patent owner, infringes a patent when he offers for sale or supplies products that constitute essential elements of an invention to parties unauthorized to use such invention, if the offerer or supplier knows or has demonstrable grounds to know that such products are intended for the use of an invention owned by somebody else. This is called indirect infringement of a patent.

The idea of indirect infringement was originally developed in German theory and practice. Nowadays legislations have accepted general principles of indirect infringement.

Legal regulation of indirect infringement strengthens the patentee's position by giving him rights against those who are essentially involved, but do not directly take part in the (direct) infringement. It is especially useful if the direct infringer is not possible to detect or if there is more than one direct infringer. For indirect infringement to take place, objective and subjective conditions must be satisfied. Those conditions have to be cumulatively fulfilled. A patentee is entitled to claim damages only when the indirect infringement is followed by the direct infringement.

Key words: patent, direct infringement of a patent, indirect infringement of a patent.

Originalni naučni rad 342.53(497.11)“1888“

Dr Maša Kulauzov, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

JEDAN ILI DVA DOMA ZAKONODAVNOG TELA? RAD USTAVOTVORNOG ODBORA OBRAZOVANOG 1888. GODINE[1]

Sažetak: *Autor u tekstu izlaže tok rada Ustavotvornog odbora sazvanog 1888. godine radi izrade ustavnog nacrta. Posebna pažnja je posvećena analizi predloga članova Odbora koji se odnose na strukturu predstavničkog tela. Razmotrena su i mišljenja članova Odbora o tome na koji bi se način kvalitet zakonodavnog rada i obrazovna struktura jednodomne skupštine mogli podići na viši nivo.*

Ključne reči: *Ustavotvorni odbor, dvodomno narodno predstavništvo, Državni savet, Narodna skupština, kralj, Ustav za Kraljevinu Srbiju od 1888. godine.*

Kralj Milan Obrenović je 15. oktobra 1888. godine obrazovao Veliki ustavotvorni odbor kojem je poverena izrada nacrta novog ustava. Sam kralj je za sebe zadržao mesto predsednika, dok su za potpredsednike Odbora postavljene vođe sve tri stranke: Jovan Ristić[2], Milutin Garašanin[3] i

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

[2] Jovan Ristić (1831 – 1899) kao državni stipendista studirao je istoriju u Nemačkoj i Francuskoj, a 1852. godine promovisan je za doktora filozofije u Hajdelbergu. Krajem 1861. godine postavljen je za diplomatskog zastupnika (kapućehaju) u Carigradu, gde je s puno uspeha vodio pregovore sa Portom o povlačenju turskih garnizona iz srpskih gradova. Kao jedan od namesnika za vreme maloletstva kneza Milana i kralja Aleksandra Obrenovića, ostvario je velik uticaj u spoljnoj i unutrašnjoj politici. U nekoliko navrata vršio je funkcije ministra inostranih dela i predsednika vlade. Kao jedan od

Sava Grujić[4]. Odbor je brojao 85 članova imenovanih iz redova višeg sveštenstva, najviših državnih činovnika, narodnih poslanika, zemljoradnika, zanatlija i trgovaca, kao i 12 sekretara.[5]

Mada je u našoj istorijskopravnoj literaturi dosta pisano o ovom Ustavotvornom odboru i njegovim odlukama[6], u radu je posebna pažnja posvećena proučavanju predloga članova Odbora koji se odnose na strukturu narodnog predstavništva. Mišljenja smo da su rasprave vođene u Od-

---

najistaknutijih srpskih diplomata, Ristić je bio srpski predstavnik na Berlinskom kongresu 1878. godine, gde je uložio mnogo napora da u diplomatskim i službenim, ali i nezvaničnim razgovorima izloži srpsko pitanje. Najvažniji ciljevi srpske politike su u tom trenutku bili sticanje nezavisnosti i teritorijalno proširenje Srbije. Iskusan i vešt političar, Ristić je pregovarao o uslovima pod kojima je Austro – Ugarska pristajala da zastupa srpske interese na Kongresu. Ristić je prestao da se aktivno bavi politikom kada je kralj Aleksandar 1. aprila 1893. izvršio državni udar, proglasivši se pre vremena punoletnim, i zbacio vladu na čijem se čelu Ristić nalazio. Detaljnije v. Jovan Ristić (S. Jovanović), *Narodna enciklopedija srpsko – hrvatsko – slovenačka*, priredio Stanoje Stanojević, knjiga 3, Sremski Karlovci – Novi Sad – Beograd 2000 (u daljem tekstu NE), str. 785 – 786.

[3] Milutin Garašanin (1843 – 1898), sin Ilije Grašanina, završio je artiljerijsku školu u Mecu. Vršio je funkcije ministra unutrašnjih dela, ministra inostranih dela, kao i predsednika vlade od 1884. do 1887. godine. Vlada na čijem je Garašanin bio čelu zavela je krut policijski režim i vodila rat sa Bugarskom 1885. godine. Pala je sa vlasti 1887. godine jer se Garašanin oštro protivio razvodu braka kralja Milana od kraljice Natalije Obrenović. Milutin Garašanin postao je šef Napredne stranke 1886. godine, a ostvario je i značajnu diplomatsku karijeru kao poslanik Srbije u Beču i Parizu. Detaljnije v. Milutin Garašanin (S. Jovanović), NE 1, str. 456 – 457.

[4] Sava Grujić (1840 – 1913) nakon završene Vojne akademije u Beogradu, nastavio je školovanje na Vojnoj akademiji u Petrogradu. Odigrao je značajnu ulogu u srpsko – turskim ratovima 1876 – 1878. godine, najpre kao načelnik artiljerije, a potom i kao pukovnik srpske vojske. Ostvario je uglednu vojničku karijeru u toku koje mu je dodeljen čin generala 1887. godine. U nekoliko navrata vršio je funkciju ministra vojnog i predsednika vlade. Bio je i poslanik Srbije u Sofiji, Atini, Petrogradu i Carigradu. Sa kraćim prekidima bio je predsednik Državnog saveta u periodu između 1903. i 1910. godine, nakon čega je penzionisan. Detaljnije v. Sava Grujić (S. Jovanović), NE 1, str. 529.

[5] J. M. Prodanović, *Ustavni razvitak i ustavne borbe u Srbiji*, Beograd 1936, str. 283.

[6] V. o tome R. Milošević, *Timočka buna 1883. godine*, Beograd 1923, str. 253 – 291; Ž. Živanović, *Politička istorija Srbije u drugoj polovini devetnaestog veka (1858 – 1878)*, knj. 2, Beograd 1924, str. 380 – 395; S. Jovanović, *Vlada Milana Obrenovića (1878 – 1889)*, knj. II, Beograd 1927, str. 385 – 394 = *Sabrana dela Slobodana Jovanovića*, priredili Radovan Samardžić i Živorad Stojković, tom 5, Beograd 1990, str. 350 – 357; S. Jovanović, *Dvodomni sistem*, *Političke i pravne rasprave*, knj. II, Beograd 1932, str. 49 – 53 = *Sabrana dela Slobodana Jovanovića*, priredili Radovan Samardžić i Živorad Stojković, tom 2, Beograd 1990, str. 256 – 258; J. M. Prodanović, *Ustavni razvitak i ustavne borbe u Srbiji*, Beograd 1936, str. 280 – 300; M. Popović, *Poreklo i postanak ustava od 1888. godine*, Beograd 1939, str. 90 – 93; 97 – 123.

boru o Državnom savetu i kvalifikovanim poslanicima izuzetno značajne za praćenje razvoja ideje o uvođenju dvodomnog zakonodavnog tela u ustavni sistem Srbije. Iako je u ustavnom nacrtu predviđena jednodomna skupština, Državni savet sa zakonodavnim kompetencijama preuzima u izvesnoj meri ulogu gornjeg doma u zakonodavstvu, dok kvalifikovani poslanici predstavljaju inteligenciju koja će u uslovima postojanja dvodomnog predstavničkog tela biti birana za senatore.

Tok rada Ustavotvornog odbora

Prva sednica Velikog ustavotvornog odbora otvorena je besedom kralja Milana 22. oktobra 1888. godine.[7] Nakon što je objavljen sastav Odbora, pristupilo se rešavanju nekoliko prethodnih pitanja. Najpre je rešavano o tome da li da javnosti bude omogućen uvid u rad Odbora. Kako su članovi Odbora mahom bili partijske ličnosti, očekivalo se da će biti izloženi pritiscima svojih stranačkih kolega na koji način da glasaju u Odboru. Zato je, da bi se obezbedila njihova samostalnost i nezavisnost u radu, odlučeno da odborske sednice budu držane u tajnosti. Potom je većinom glasova rešeno da se ne pristupa reviziji postojećeg, već da se izradi sasvim nov ustav. Usvojen je predlog predsedništva da se izrada ustavnog nacrta poveri jednom užem odboru. U njega bi, pored predsednika i potpredsednika Velikog ustavotvornog odbora, ušlo još devet članova, po tri iz Liberalne, Napredne i Radikalne stranke. Ovaj uži odbor bi odmah pristupio pisanju ustavnog projekta, koji bi potom bio razmatran u plenumu Velikog ustavotvornog odbora. Nakon što su izabrani članovi užeg odbora, prva odborska sednica je zaključena.[8]

Diskusija užeg odbora o strukturi narodnog predstavništva počela je 1. novembra pod predsedništvom kralja Milana. Članovi Napredne stranke Milan Kujundžić[9], Marko Stojanović i Mihailo Pavlović izjasni-

[7] Zapisnici sa sednica Ustavotvornog odbora objavljeni su u redakciji tadašnjeg ministra prosvete dr Vladana Đorđevića pod nazivom *Gornji dom Srbije – rad Velikog ustavotvornog odbora* u listu *Otadžbina – književnost, nauka, društveni život* , knj. XXVI – XXXI, sv. 101 – 121, Beograd 1890 – 1892.

[8] V. Đorđević, *Gornji dom Srbije – rad Velikog ustavotvornog odbora*, *Otadžbina – književnost, nauka, društveni život*, knjiga XXVI, sveska 101, Beograd 1890, str. 125 – 139.

[9] Milan Kujundžić Aberdar (1842 – 1893) završio je gimnaziju u Beogradu, a potom upisao pravni odsek beogradskog Liceja. Prekinuvši studije prava 1862. godine, studirao je filozofiju u Beču, Minhenu, Parizu i Oksfordu gde je i diplomirao. Po povratku u zemlju predavao je filozofiju na Velikoj školi, a vršio je i funkcije sekretara Ministarstva unutrašnjih dela i ministra prosvete. Bio je i jedan od vođa Ujedinjene omladine srpske, urednik lista *Mlada Srbadija*, sekretar Srpskog učenog društva, sekre-

li su se za dvodomni sistem. Ovakav stav naprednjaka u pogledu sastava predstavničkog tela je razumljiv, ukoliko se ima u vidu da je dvodomno narodno predstavništvo oduvek bilo okosnica političke ideologije Napredne stranke i glavna tačka njenih političkih programa i ustavnih nacrta. Putem senata bio bi proširen uticaj ove stranke jer bi u gornji dom ušla činovnička inteligencija, većinom članovi Napredne stranke. Ipak, ni među naprednjacima nije postojala puna saglasnost u pogledu organizacije zakonodavnog tela. Tako se vođa Napredne stranke Milutin Garašanin, svestan da ustav mora biti donet kao rezultat kompromisa sa radikalima kao najjačom i najbrojnijom političkom partijom u Srbiji, te da će radikali insistirati na jednodomnoj skupštini, izjasnio u odboru za jednodomni sistem. Od liberala jedino je Stojan Bošković[10] predlagao uvođenje gornjeg doma smatrajući ga potrebnim radi čuvanja ustava i odmerenosti u radu. Međutim, ni Bošković nije bio bespogovorni pristalica dvodomnog sistema, već zagovornik kompromisa sa strujom koja se zalagala za jednodomno predstavničko telo. Liberali Jovan Avakumović[11] i Stojan Ribarac[12] predlagali su uvođenje jednodomne skupšti-

---

tar, potpredsednik i predsednik Narodne skupštine. U okviru svog plodnog pesničkog stvaralaštva, pisao je patriotsku poeziju u kojoj poziva omladinu da se digne na oružje i izvojuje slobodu za srpski narod. Detaljnije v. Milan Kujundžić Aberdar (V. Petrović), NE 2, str. 485 – 486.

[10] Stojan Bošković (1833 – 1908) nakon završene gimnazije i Liceja u Beogradu, bio je gimnazijski profesor u Šapcu, Negotinu i Zaječaru, a od 1872. godine profesor opšte istorije na Velikoj školi u Beogradu. Vršio je i funkcije ministra prosvete i državnog savetnika. Kao ministar prosvete ustanovio je Prosvetni savet i uveo profesorski ispit. Ostvario je i diplomatsku karijeru kao poslanik Srbije u Bukureštu, Atini, Parizu i Briselu. Nameravao je da napiše voluminozno delo iz oblasti opšte istorije, ali je stigao da završi samo prve dve knjige svoje *Istorije sveta za narod i školu* (1866; 1872) u kojima je opisao period do izbijanja krstaških ratova. Detaljnije v. Stojan Bošković (S. Jovanović), NE 1, str. 253.

[11] Jovan Avakumović (1841 – 1928) studirao je pravne i državne nauke u Nemačkoj, Francuskoj i Švajcarskoj. Bio je jedan od najpoznatijih beogradskih advokata i sudija Kasacionog suda od 1881. do 1887. godine. Kao istaknuti član Liberalne stranke izgradio je uglednu političku karijeru u toku koje se nalazio na čelu ministarstva pravde i ministarstva inostranih dela, a u dva navrata vršio je i funkciju predsednika vlade (1892/93; 1903). Bio je šef Liberalne stranke od 1889. do 1892. godine, a 1893. godine je izabran za redovnog člana Srpske kraljevske akademije. Detaljnije v. Jovan Avakumović (S. Jovanović), NE 1, str. 3.

[12] Stojan Ribarac (1855 – 1922) nakon završenog Pravnog fakulteta u Beogradu, bavio se advokaturom u Požarevcu. Posle Majskog prevrata došao je na čelo Liberalne stranke, kojoj je 1904. godine promenjen naziv u Nacionalna stranka. Bio je dugogodišnji narodni poslanik i ministar u raznim vladama. Kao ministar pravde u Novakovićevoj vladi 1909. godine istakao se davanjem široke amnestije političkim krivcima. U periodu od 1918. do 1920. učestvovao je u vladama Stojana Protića, gde je značajno doprineo dava-

ne, ali uz uslov da se obezbedi ulazak inteligencije u zakonodavno telo. Njihovo mišljenje delio je i vođa Liberalne stranke Jovan Ristić. Svi radikalski predstavnici u užem odboru, Sava Grujić, Pera Velimirović[13], Rista Popović i Mihajlo Đorđević izjasnili su se za jednodomni sistem, uslovivši svoj pristanak na ustavni projekt usvajanjem jednodomne organizacije predstavničkog tela.

Na jednodomnoj skupštini insistirao je i kralj Milan: "Da bi inteligencija ušla u skupštinu narod se mora primorati da po negde bira jednog ili dva čoveka koji su završili više škole. Ako se ne primora, narod ih neće birati, skupština će biti seljačka, t.j. staleška skupština."[14] Za te školovane poslanike čije je uvođenje kralj Milan predlagao, ustalio se u odboru naziv *kvalifikovani poslanici* zbog viših stručnih kvalifikacija koje su posedovali u odnosu na ostale članove zakonodavnog tela. Državni savet bi, po kraljevom mišljenju, trebalo da dobije funkciju stalnog zakonodavnog odbora: „Da bi se izbegla prenagljenost, moglo bi se Državnom savetu dati da oceni da li su zakonski predlozi saglasni sa ustavom i da pregleda njihovu formalnu, pravničku izradu, a ne da ih ocenjuje sa političkog gledišta." U pogledu sastava Državnog saveta, kralj je smatrao da je najbolje da mu skupština predloži kandidate, od kojih bi on postavio polovinu za savetnike, a zatim da on skupštini predloži kandidate od kojih bi ona birala polovinu. Osim toga, kralj je mislio da bi svi bivši predsednici Ministarskog saveta trebalo da budu vanredni članovi Državnog saveta.[15] Ovakav Državni savet koji se sastojao iz postavljenih, izbornih i članova po položaju, poslužio je kao uzor prilikom uređenja Senata prema *Ustavu Kraljevine Srbije* od 1901. godine.[16]

---

nju amnestije osuđenima u Solunskom procesu. Izuzetno je cenjen u Liberalnoj stranci, kao njen reorganizator i odličan besednik. Detaljnije v. Stojan Ribarac (S. Jovanović), NE 3, str. 763.

[13] Pera Velimirović (1848 – 1921) završio je politehničke nauke u Cirihu 1872. godine. U politici je najpre bio sledbenik Svetozara Markovića, a potom i jedan od osnivača Radikalne stranke. U toku svoje bogate državničke karijere vršio je funkcije državnog savetnika i senatora, ali se najduže zadržao na položaju ministra građevina. U dva navrata bio je i predsednik Ministarskog saveta, drugi put u trenutku kada je Austro – Ugarska anektirala Bosnu i Hercegovinu. Pretsedavao je Narodnim predstavništvom koje je izabralo za kralja Petra Karađorđevića i donelo *Ustav* od 1903. godine. Detaljnije v. Pera Velimirović (S. Jovanović), NE 1, str. 335.

[14] V. Đorđević, *Gornji dom Srbije – rad Velikog ustavotvornog odbora*, *Otadžbina – književnost, nauka, društveni život*, knjiga XXVI, sveska 102, Beograd 1890, str. 275 – 276.

[15] Isto, str. 276.

[16] V. o tome član 70 *Ustava Kraljevine Srbije* od 1901. godine, štampan u Državnoj štampariji Kraljevine Srbije, Beograd 1900, str. 23.

U pogledu broja kvalifikovanih poslanika, koji po mišljenju Jovana Ristića predstavljaju nauku i iskustvo i inače ulaze u gornji dom, postojala su različita mišljenja u užem odboru. Dok je Ristić smatrao da takvi poslanici treba da čine jednu polovinu narodnog predstavništva, kralj je mislio da je dovoljno da ih bude jedna četvrtina. Na kraju je zauzet stav da se bira trideset školovanih poslanika, po tri iz svake županije. Oni bi bili birani zajedno sa ostalim poslanicima, na opštim i neposrednim izborima, tajnim glasanjem. Aktivno biračko pravo za izbor kvalifikovanih poslanika pripadalo je svim kategorijama birača, bez ustanovljavanja imovinskog i starosnog cenzusa kakav je obično propisan za biranje senatora. Za kvalifikovanog poslanika mogao je biti izabran svaki srpski državljanin koji je završio fakultet ili stručnu školu u rangu fakulteta, u zemlji ili inostranstvu. Pored fakultetski obrazovanih lica, za kvalifikovane poslanike su mogli biti birani, bez obzira na stručnu spremu, i bivši predsednici i potpredsednici Narodne skupštine, bivši i sadašnji predsednik, potpredsednik i članovi Državnog saveta, i penzionisani generali i pukovnici (čl. 100 ustavnog projekta).[17] Na sednici plenuma Ustavotvornog odbora održanoj 1. decembra 1888. godine je predloženi član 100 ustavnog projekta užeg odbora o kvalifikovanim poslanicima jednoglasno usvojen.[18]

Kvalifikovani poslanici predstavljali su zamenu za tzv. *vladine* ili *kneževe poslanike* predviđene u članu 45 *Ustava za Knjažestvo Srbiju* od 1869. godine. Da bi inteligencija ušla u skupštinu, knez je prema *Ustavu* od 1869. godine imao pravo da na svaka tri poslanika postavi jednog iz reda ljudi bogatih znanjem i iskustvom u narodnim poslovima. To su zapravo bili činovnici i advokati koji prema članu 48 stav 1 *Namesničkog ustava*[19] nisu mogli biti birani za narodne poslanike.[20]

Nakon što je doneta odluka da državni savetnici ne mogu biti penzionisani protiv svoje volje, uži odbor je okončao raspravu o pitanjima koja se tiču narodnog predstavništva.[21]

---

[17] V. Đorđević, *Gornji dom Srbije – rad Velikog ustavotvornog odbora*, *Otadžbina – književnost, nauka, društveni život*, knjiga XXVI, sveska 102, Beograd 1890, str. 277 – 281.

[18] V. Đorđević, *Gornji dom Srbije – rad Velikog ustavotvornog odbora*, *Otadžbina – književnost, nauka, društveni život*, knjiga XXIX, sveska 116, Beograd 1891, str. 495.

[19] Uobičajen naziv za *Ustav za Knjažestvo Srbiju* od 1869. godine jer je donet na inicijativu Namesništva, koje je nakon ubistva kneza Mihaila vršilo kneževsku vlast za vreme maloletstva kneza Milana Obrenovića.

[20] *Ustav za Knjažestvo Srbiju* od 1869. godine, štampan u Državnoj štampariji Kraljevine Srbije, Beograd 1900, str. 16.

[21] V. Đorđević, *Gornji dom Srbije – rad Velikog ustavotvornog odbora*, *Otadžbina – književnost, nauka, društveni život*, knjiga XXVI, sveska 102, Beograd 1890, str. 282 – 283.

O strukturi narodnog predstavništva vođena je rasprava na sednici Velikog ustavotvornog odbora održanoj 27. novembra 1888. godine. Nakon što je pročitan član 75 ustavnog projekta užeg odbora koji glasi: „Narodno predstavništvo je Narodna skupština – Narodna je skupština obična i velika", za reč se javio narodni poslanik Đorđe Pavlović, pristalica dvodomnog sistema. On je istakao da se u dvodomnom narodnom predstavništvu donose kvalitetniji zakoni, jer su rezultat sveobuhvatne rasprave vođene u oba doma parlamenta. I narodni poslanik Milorad P. Šapčanin[22] delio je Pavlovićevo mišljenje o gornjem domu kao garantu kvalitetnijeg zakonodavstva i brani od prenagljenosti jednodomne skupštine: „U mladim narodima, kao što je naš, vrlo često iskaču na površinu nove, neoprobane, neiskusne snage, koje svojom mladalačkom aktivnošću, svojom zvučnom frazeologijom, svojim laskanjem masi narodnoj, i njenim najružnijim instinktima, vrlo brzo dobiju veliku popularnost. Ako je u dotičnoj državi jednodomni predstavnički sistem, onda takvi mladi i nezreli politički radnici imaju u njemu prevagu, a starije oprobane snage moraju da sede skrštenih ruku, i da gledaju kako celokupno zakonodavstvo njihove otadžbine, kako sudbina države, postaje igračka mladalačkih strasti i potpunog nepoznavanja državnih poslova." Zato je, po njegovom mišljenju, neophodno ustanoviti gornji dom u koji bi ušli ljudi bogati znanjem i iskustvom. Senat sastavljen od iskusnih i zrelih ljudi bio bi činilac stabilnosti i kontinuiteta u ostvarivanju nacionalne politike, jer bi njegovi članovi sprečavali olake i brzoplete promene zakona, koje bi mogle ugroziti pravnu sigurnost u zemlji. General Jovan Belimarković[23] je isticao da je senat faktor stabilnosti u državi, koji sprečava ishitrene po-

[22] Milorad P. Šapčanin (1847 – 1895) završio je Bogosloviju u Beogradu. Po okončanju studija postavljen je najpre za beležnika šabačke Konzistorije, a potom za pisara šabačke eparhije. Predavao je crtanje u Nižoj šabačkoj gimnaziji, da bi 1866. godine bio premešten u Beograd i postavljen za pisara u Ministarstvu prosvete. Bio je i sekretar i upravnik Narodnog pozorišta, a od 1893. godine administrator kraljeve civilne liste i kruninih dobara. Autor je tri zbirke lirskih pesama, a pisao je i drame, pripovetke i školske udžbenike. Detaljnije v. Milorad P. Šapčanin (V. Petrović), NE 4, str. 977 – 978.

[23] Jovan Belimarković (1827 – 1906) po završetku Gimnazije i Liceja u Beogradu, bio je vojni pitomac na Artiljerijskoj školi u Berlinu. Proizveden je u čin inženjerskog potpukovnika 1850, a naredne godine se vratio u Srbiju. U vojnoj službi je vrlo brzo napredovao i 1877. stekao čin generala srpske vojske. Istakao se vojnim zaslugama kao komandant Šumadijskog korpusa u drugom srpsko – turskom ratu 1877 – 1878. godine. Vršio je i funkcije ministra vojnog, državnog savetnika i vojnog izaslanika u Crnoj Gori. U periodu od 1889. do 1893. godine bio je član Namesništva koje je vršilo kraljevsku vlast za vreme maloletstva kralja Aleksandra Obrenovića. Detaljnije v. Jovan Belimarković (V. Belić), NE 1, str. 145.

teze i radikalne rezove u zakonodavnoj politici koji bi bili neminovni u jednodomnoj skupštini, ukoliko se promeni politička većina: "Ustavi se za to grade da se zauzda samovolja ne samo pojedinaca nego i samovolja mase, koja u svome zanosu, ruši i obara i ono što je za nju najbolje... Zbog tih neuračunljivih zanosa i strasti koje kadšto ovladaju masama ja sam za dva doma."

Nasuprot pristalicama dvodomnosti, radikal Gligorije Geršić[24] se oštro protivio uvođenju gornjeg doma, navodeći da je senat aristokratska ustanova bez korena u tradiciji srpskog naroda. Po Geršićevom mišljenju, ustanovom gornjeg doma bi se samo produbio jaz između inteligencije i naroda, te zato narod treba da bira inteligenciju u skupštinu. Uz to, gornji dom je suvišan budući da je prema ustavnom projektu predviđeno zadržavanje Državnog saveta koji bi pretresao svaki zakonski predlog pre nego što se podnese skupštini. Liberal Alimpije Vasiljević[25], zagovornik dvodomnog sistema, protivio se Geršićevom stanovištu navodeći da je i sâm Geršić sigurno svestan koliko je vremena potrebno da seljak počne svojevoljno da bira inteligenciju u skupštinu. Vasiljević je osporavao i Geršićev stav da je gornji dom aristokratska ustanova jer postoji i u Švajcarskoj, Francuskoj, Americi gde nema aristokratije: „Gornji dom nije aristokratski dom, nego je to jedna politička brana protivu poplave popularnih zabluda, i strasti, protivu nerazmišljenih, lakomislenih, po državu opasnih struja." Pored toga, Vasiljević je smatrao da dvodomno predstavničko telo omogućuje kvalitetnije zakonodavstvo i smanjuje opasnost od uvlačenja vladaoca u političke borbe. U prilog dvodomne skupštine izja-

[24] Gligorije Geršić (1842 – 1918) studirao je pravo u Beču i Pešti. Po povratku u zemlju predavao je Rimsko i Međunarodno pravo na Velikoj školi, ali je već 1867. otpušten iz državne službe zbog svog učešća na omladinskoj skupštini koja je te godine održana u Beogradu. Aktivni član Ujedinjene omladine srpske, bio je član uredništva *Srpskog dnevnika* i *Zastave*. Geršić je bio jedan od pokretača *Videla* i istaknuti član Radikalne stranke. Vršio je funkcije ministra pravde, državnog savetnika i senatora. U spoljnoj politici se zalagao za oslanjanje na Rusiju, a prodor Austro – Ugarske na Balkan smatrao je glavnom preprekom za oslobođenje i ujedinjenje jugoslovenskih naroda. Zauzimao se za stvaranje Balkanskog saveza i pravo naroda na samoopredeljenje. Jedan je od najplodnijih srpskih pravnih pisaca, autor brojnih rasprava iz međunarodnog i državnog prava. Detaljnije v. Gligorije Geršić (S. Jovanović), NE 1, str. 463 – 464.

[25] Alimpije Vasiljević (1831 – 1911) završio je Bogoslovski fakultet u Kijevu, gde je i magistrirao. Po povratku u zemlju predavao je filozofiju na Velikoj školi i pisao književne kritike. Vršio je funkcije ministra prosvete i državnog savetnika, a ostvario je i diplomatsku karijeru kao poslanik Srbije u Petrogradu. Za vreme srpsko – turskih ratova 1876 – 1878. godine bio je u kneževoj pratnji, kao zastupnik vlade u vrhovnoj komandi. U toku 1877. i 1878. bio je ministar za oslobođene predele, sa zadatkom da uredi upravu u prisajedinjenim okruzima. Detaljnije v. Alimpije Vasiljević (S. Jovanović), NE 1, str. 319.

snio se i član Državnog saveta Mojsilo Gavrilović podržavajući pri tom Vasiljevićeve argumente o prednostima dvodomnog sistema.

Profesor Velike škole Kosta Alković, pristalica jednodomnog sistema, je smatrao da su kvalifikovani poslanici daleko efikasnije sredstvo za sprečavanje brzopletog i ishitrenog odlučivanja u zakonodavnom telu nego što je Senat: "Lakše je inteligenciji, kad je u skupštini, sprečiti nekakvu prenagljenost, nego je iz gornjeg doma ispravljati, jer je onda sukob gotov." Radikal Ranko Tajsić[26] se oštro protivio uvođenju Senata smatrajući ga gospodskom skupštinom odvojenom od naroda. Po njegovom mišljenju, jaz između naroda i inteligencije može se smanjiti samo ukoliko ljudi bogati znanjem i iskustvom budu birani u jednodomnu skupštinu na opštim i neposrednim izborima, zajedno sa običnim poslanicima. Budući da bi u tom slučaju celokupno biračko telo učestvovalo u izboru inteligencije u skupštinu, školovani poslanici bi u predstavničkom telu vodili računa o opštenarodnim potrebama, a ne samo o svojim uskim staleškim interesima. [27]

Diskusiju o uređenju zakonodavnog tela zaključio je kralj Milan ističući da je u interesu i naroda i vladaoca da se ustanovi jednodomna skupština: „ Kada bi ovde bila reč samo o građenju zakona, onda bi lasno bilo. Mi bi u skupštinu poslali sve same pravnike, pa bi imali najlepše zakone. Ali nije to glavno, već je glavno ustavom osigurati da onaj koji plaća obe poreze, i novčanu i krvnu, da onaj koji snosi državne terete i daje vojnika, da on ima upliva na unutrašnju i spoljnu politiku. Moje je ubeđenje da bi između dva doma u Srbiji bilo večitog sukoba. Šta da radi vladalac između takva dva doma, i to u zemlji u kojoj se za sve što ne valja čini odgovornim samo Kralj? Prema stupnju naše kulture nema uslova za gornji dom. Zadovoljimo se za sada garancijom koju će nam dati kvalifikovani poslanici i državni savet. A inteligencija neka izvojuje sebi poverenje narodno, pa sa njime neka osvoji celu narodnu skupštinu."[28]

---

[26] Ranko Tajsić (1843 – 1903) pojavio se na političkoj pozornici 1874. godine kada je prvi put izabran za narodnog poslanika. Narodni tribun i vešt govornik, Tajsić je dugi niz godina biran za narodnog poslanika, kad god je Radikalna stranka učestvovala u izborima. Više puta je bio u zatvoru zbog političkih krivica. Zbog učešća u Ivanjdanskom atentatu na kralja Milana 1889. godine, osuđen je u odsustvu na smrt, jer se u to vreme nalazio u emigraciji u Crnoj Gori. Pomilovan je posle ženidbe kralja Aleksandra Obrenovića 1900. godine, nakon čega se vratio u Srbiju. Detaljnije v. Ranko Tajsić (J. Prodanović), NE 4, str. 512.

[27] V. Đorđević, *Gornji dom Srbije – rad Velikog ustavotvornog odbora*, *Otadžbina – književnost, nauka, društveni život*, knjiga XXVII, sveska 108, Beograd 1891, str. 493 – 502.

[28] Isto, str. 506 – 507.

Nakon kraljevog govora pristupilo se pojedinačnom glasanju o članu 75 ustavnog projekta u kojem je predviđena jednodomna skupština. Navedeni član usvojen je u odboru većinom od čak osamdeset glasova.[29] Čak i najveći zagovornici dvodomnosti poput Alimpija Vasiljevića i Jovana Belimarkovića, koji su se na odborskim sednicama vrlo otvoreno zalagali za uvođenje Senata, glasali su za jednodomnu skupštinu. Svesne da ustav mora biti donet kao rezultat političkog kompromisa sa Radikalnom strankom koja je oduvek insistirala na jednodomnom predstavničkom telu, ni najvatrenije pristalice dvodomnog sistema nisu insistirale na uvođenju gornjeg doma.

Nakon što je u Odboru izrađen predlog ustava, kralj je izjavio da će tražiti od Velike narodne skupštine da prihvati predlog "od korice do korice", bez izmena. Kralj je zahtevao da svi članovi Odbora preuzmu na sebe obavezu da će svaki član njihove partije glasati za ustavni nacrt.[30] Svi liberali, naprednjaci i vanstranački članovi Odbora su glasali za predlog. Od radikala se jedino Dimitrije Katić[31] uzdržao od glasanja, sa obrazloženjem da nije učestvovao u radu poslednjih odborskih sednica, pa kako nije upoznat sa rezultatima rada Odbora, ne može glasati ni za ni protiv.[32]

Sastanak za potpisivanje ustavnog projekta održan je 10. decembra 1888. Svi članovi Ustavotvornog odbora osim Dimitrija Katića i Ranka Tajsića su potpisali ustavni projekt, a zatim je kralj zaključio sednice Odbora.[33]

Velika narodna skupština se sastala 11. decembra, a *Ustav* je izglasan 21. decembra, tako što je Skupština primila nacrt Ustavotvornog odbora „od korice do korice". Sutradan, 22. decembra, kralj je u svečanoj sednici potvrdio novi ustav i zaključio sednice Skupštine.[34]

---

[29] Isto, str. 507.

[30] V. Đorđević, *Gornji dom Srbije – rad Velikog ustavotvornog odbora*, *Otadžbina – književnost, nauka, društveni život*, knjiga XXXI, sveska 121, Beograd 1892, str. 89.

[31] Dimitrije Katić (1845 – 1899) završio je trgovačku školu u Beogradu 1859/60. godine s "prevashodnim" uspehom. Po završetku školovanja bavio se trgovinom u Beogradu naredne dve godine. Prvi put je izabran za narodnog poslanika 1874. godine, da bi od tada pa sve do svoje smrti bio neprekidno biran, osim 1884. i 1898. godine. Bio je član glavnog odbora Radikalne stranke. Najpre je 1889. godine izabran za potpredsednika Narodne skupštine, da bi 1891. godine bio prvi put izabran za predsednika zakonodavnog tela. Kao staložen i umeren čovek i vrstan političar, pokazao je veliku sposobnost i savesnost u rukovođenju skupštinskim sednicama. Detaljnije v. Dimitrije Katić (J. Prodanović), NE 2, str. 270 – 271.

[32] V. Đorđević, *Gornji dom Srbije – rad Velikog ustavotvornog odbora*, *Otadžbina – književnost, nauka, društveni život*, knjiga XXXI, sveska 121, Beograd 1892, str. 94 – 96.

[33] Isto, str. 97 – 98.

[34] S. Jovanović, *Vlada Milana Obrenovića (1878 – 1889)*, knj. II, Beograd 1927, str. 392 – 397 = *Sabrana dela Slobodana Jovanovića*, priredili Radovan Samardžić i Živorad Stojković, tom 5, Beograd 1990, str. 356 – 360.

* *
*

Ustavom od 1888. godine predviđeno je jednodomno zakonodavno telo. Senat nije uveden jer je, budući bez korena u tradiciji srpskog naroda, smatran aristokratskom ustanovom čiji bi članovi u narodnom predstavništvu zastupali samo svoje uske staleške interese. Ipak, i protivnici jednodomnog sistema su bili svesni da bi putem ustanove senata kvalitet zakonodavnog rada bio podignut na znatno viši nivo. S jedne strane, jer bi u senat ušli predstavnici intelektualne elite, obrazovani ljudi koji su često već posedovali značajno iskustvo u vršenju državnih poslova. S druge strane, dva doma podrazumevaju sporiju i složeniju zakonodavnu proceduru putem koje se otklanja opasnost od ishitrenog i brzopletog donošenja zakona.

Zbog navedenih prednosti dvodomnog zakonodavnog tela, u *Ustavu* od 1888. godine nije predviđen čist jednodomni sistem. On bi podrazumevao skupštinu u koju bi ulazili samo obični narodni poslanici, u čijim bi rukama bila skoncentrisana sva zakonodavna vlast. Članom 100 *Ustava* propisan je izbor trideset školovanih poslanika (tzv. *kvalifikovani poslanici*) u skupštinu, čime je obezbeđeno učešće inteligencije u donošenju zakona.[35] Da bi se sprečili nagli i nepromišljeni potezi u zakonodavstvu, Državnom savetu je dodeljena funkcija stalnog zakonodavnog odbora. Tako skupština nije mogla da odlučuje o jednom zakonskom predlogu dok ne bi saslušala mišljenje Državnog saveta o njemu (čl. 145 st. 2 *Ustava*).[36] Kvalifikovani poslanici i zakonodavne kompetencije Državnog saveta bili su neka vrsta zamena za gornji dom koji 1888. godine nije uveden u ustavni sistem Srbije.

[35] *Ustav za Kraljevinu Srbiju* od 1888. godine, štampan u Kraljevsko – srpskoj državnoj štampariji, Beograd 1888, str. 16.

[36] Isto, str. 24–25.

Maša Kulauzov, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

One or Two Houses of Legislative Body? Work of Constitutional Committee of 1888

Abstract

The conclusions of Constitutional Committee (convened on October 22nd, with task to prepare the new constitution) concerning the structure of National Assembly were presented in this paper. The conclusions of the Committee regarding the structure of National Assembly served as a model for the provisions of the Constitution of the Kingdom of Serbia of 1888. Although the Constitution of 1888 did not introduce Senate, some substitutes for the upper house of the legislature were envisaged by committee members. Namely, to improve the intellectual structure of the Assembly, it was provided in the Constitution that each electoral unit had to have two deputy candidates with university degree. On the other hand, to improve quality of legislative work, State Council obtained certain legislative power.

Key words: Constitutional Committee, bicameral National Representative Body, State Council, National Assembly, king, Constitution of the Kingdom of Serbia of 1888.

Originalni naučni rad 340.12:342.2

Mr Dragutin Avramović, asistent
Kriminalističko-policijske akademije u Zemunu

VLADAVINA PRAVA I PRAVNA DRŽAVA – ISTOST ILI RAZLIČITOST?

Sažetak: *Uporednim istorijskim obuhvatom razvoja koncepata vladavine prava i pravne države, autor nastoji da ukaže na niz sličnosti i razlika koje prate njihov nastanak i razvoj. Pored sličnog i nesumnjivog teorijskog i filozofsko-pravnog uticaja, differentia specifica ostaje u različitoj istorijsko-institucionalnoj osnovi dve pravne tradicije iz kojih izrastaju ove doktrine. Tako se vladavina prava prvenstveno shvata kao vrednosno ispunjeni (materijalni) pojam, političko načelo, dok se pravna država tretira više kao formalni pojam, zasnovan na pravnom pozitivizmu (pravno načelo). Međutim, i pored brojnih razilaženja u teoriji, čini se da je danas moguće staviti znak jednakosti između vladavine prava i pravne države. Savremena teorija tretira formalne i materijalne aspekte pravne države organski povezanim, ne stvarajući više veštačke podele između proceduralnog i supstantivnog pristupa. Uravnotežujući materijalnu i formalnu stranu, koncept vladavine prava, ali očigledno i pravne države, kreću se ka uspostavljanju osobenog ekvilibrijuma, približavajući se jedno drugom. Ukoliko se remodeluju teorijski stavovi o pravnoj državi, moguće je da će ovaj pojam, iako iščezava iz upotrebe pod pritiskom globalno „jačeg", popularnijeg i operativnijeg pojma vladavine prava, ipak opstati.*

Ključne reči: *Vladavina prava, Pravna država, Thick i thin Rule of Law.*

Već mnogo decenija pravna teorija ostaje zarobljena brojnim istim pitanjima, dihotomijama na koje je svaki pravni teoretičar spreman da ponudi svoj odgovor u skladu sa vlastitim uviđanjem stvari, trenutnim dok-

trinarnim koordinatama, usvojenim sistemom vrednosti i tradicijom, društvenim okolnostima, itd. To su večna, velika pitanja – država i/ili pravo, političko i/ili pravno, moć i/ili pravo, legalitet i/ili legitimitet, pozitivizam i/ili jusnaturalizam, suverenost i/ili podela vlasti, autokratija i/ili demokratija, kolektivizam i/ili individualizam, socijalizam i/ili liberalizam, komutativna i/ili distributivna pravda, formalno i/ili materijalno? A, iznad svega, pravna država i/ili vladavina prava? Na početku traganja za odgovorom na ovako složena pitanja, pored teorijskopravnog pristupa, korisno je iskoračiti i u prošlost, ne bi li se sagledale tendencije i pratio zajednički uporedni razvoj pojmova, u ovom slučaju pravne države i vladavine prava, i pri tome uočile moguće tačke dodira i razlozi eventualnog njihovog kasnijeg divergiranja ili konvergiranja.

1. Koreni ideja

Mada su se pojmovi pravne države i vladavine prava konačno idejno oformili tek u teoriji XIX veka, u novijoj literaturi snažno je izražena tendencija da se koreni i začeci ovih instituta otkrivaju kako u političkoj pragmatici, tako i u pravnoj doktrini starog veka. U stvarnosti antičkog atinskog državnog uređenja, koje predstavlja jedan od prvih i najtipičnijih istorijskih primera demokratije, mnogi pisci prepoznaju elemente pravne države i vladavine prava, dok su radikalniji skloni tvrdnjama da su tada oni već i postojali. Takva konceptualizacija je postala čak i donekle pomodna u poslednjih nekoliko decenija.[1] Razmišljanja u tom pravcu proizlaze iz činjenice da se već tu u izvesnom obliku afirmisao princip podele vlasti, ali i nezavisnosti sudstva, zakonitosti, principi *ne bis in idem* i *res iudicata*, pa čak u određenom stepenu garantovanja sloboda i prava građana. Kada je u Atini posle Solonovih reformi uvedena demokratska republika, zaista je došlo do jednog konzistentnijeg vida podele vlasti, u kome su se pojavljivali Narodna skupština – eklezija,

[1] O tome govore već i sami naslovi nekih od novijih knjiga, poput Ostwald, M., *From Popular Sovereignty to the Sovereignty of Law: Law, Society, and Politics in Fifth-Century Athens*, Berkeley 1986; Sealey, R., *The Athenian Republic: Democracy or Rule of Law?* University Park, PA – London 1987; Harris, E., *Democracy and the Rule of Law in Classical Athens*, Cambridge 2006; Farenga, V., *Citizen and Self in Ancient Greece – Individuals Performing Justice and the* Law, Cambridge 2006; Hansen, H. M., *Polis*, Oxford 2006; Jones, N.F., *Politics and Society in Ancient Greece*, London 2008, Munn, M., *The School of History – Athens in the Age of Socrates,* Berkeley, Los Angeles – London 2000, itd. Ovde ne navodimo izuzetno veliki broj članaka koji koriste ove termine u svojim naslovima. Detaljniji pregled starijih članaka sa takvim pristupom v. kod Avramović, S., „Elementi pravne države i individualna prava u Atini", *Pravna država u antici – pro et contra,* Beograd 1998, a u poslednjih desetak godina je nastalo još dosta takvih radova.

kao osnovni zakonodavni organ, upravno veće – bule i brojni magistrati, kao pretežno izvršna vlast i veliki porotni sud – helieja, kao centralni sudski organ.[2] Zbog toga je opravdan utisak da Lokova i Monteskijeova ideja o odvojenosti sve tri grane vlasti, naravno počivajući na drugačijim osnovama, nije bila nepoznata ni u antici, štaviše, da je njome bila donekle inspirisana. Pored kakve-takve podele vlasti, Atinjani su naročito mogli da se uzdaju u nezavisnost i objektivnost svojih sudova, koji su većim delom imali porotni karakter, gde se predmet porotnom veću dodeljivao na sam dan suđenja, a sudije su birane kockom, kako bi se izbegla korupcija. Svaka stranka nezadovoljna odlukama nižih sudova je uvek imala mogućnost obraćanja helieji kao najvišem sudu, iz čega se zaključuje da je postojala i višestepenost u odlučivanju. Stoga se mnogi autori, naročito anglosaksonske provenijencije, koji u Atini donekle prepoznaju svoje savremene ustanove, dive činjenici da su slobode i prava građana bili zaštićeni na način koji, ne samo na formalnom nivou, prevazilazi realni nivo njihove zaštite u mnogim savremenim državama. Kroz brojna multidisciplinarna istraživanja u poslednjih dvadesetak godina pomno se analizira stvarni stepen realizovanja političkih sloboda, naročito slobode govora, ostvarivanje principa jednakosti, participacije građana i mnogih drugih principa koji formiraju same temelje savremene vladavine prava i pravne države, a naročito zakonitosti, kao jedne od paradigmatičnih osobina demokratskog polisa.[3] Da bi u državi sprečili bilo koji oblik samovoljnog postupanja Atinjani su striktno insistirali na poštovanju zakona, ubeđeni u njihovu ispravnost, prevashodno zbog toga što su ih sami stvarali, a opštost je bila glavna njihova osobina. Na osnovu postojanja svih ovih elemenata, poslednjih decenija je, naročito u angloameričkoj antropološko-pravnoj literaturi, učestalo stanovište da su pravna država i vladavina prava već tada postojali u praksi. Mada se izvesni tragovi pravne države i vladavine prava u političkom i državnom životu Atine zaista ne mogu negirati, ti obrisi mogu da služe samo

[2] Naravno, ni ovde, kao ni u savremenim uslovima, potpuno čist model podele vlasti nije moguć, tako da je i u Atini donekle postojalo preplitanje nadležnosti između ovih organa, tako da je zakonodavnu vlast delom vršilo i upravno veće bule, pa i helieja, eklezija je imala mogućnost razmatranja odluka izvršnih organa kroz postupak *ephesis*, itd. O tome vidi više Todd, S., *The Shape of Athenian Law*, Oxford 1995, 57, 114, 159, kao i MacDowell, D., *The Law in Classical Athens*, London 1978, 30.

[3] Od najnovijih radova vid. više Ober, J., „What the Ancient Greeks Can Tell Us About Democracy", *Annual Review of Political Science,* Vol. 11, June 2008, - Princeton/Stanford Working Papers in Classics Paper No. 090703; Rothchild, J., „Introduction to Athenian Democracy of the Fifth and Fourth Centuries BCE", October 9, 2007, Wayne State University Law School Research Paper No. 07-32.

za poređenje sa nekim elementima modernog vremena i koncepta. Jer, zbog potpuno drugačijih društvenih, političkih, ekonomskih, pravnih i drugih konteksta, teško da ovakva hrabra poređenja i zaključivanja mogu dobiti ozbiljniju podršku.

Začeci ideje o pravnoj državi, vladavini prava i zakona mogu se pre naći u dubokoj prošlosti pravnopolitičke misli. Naravno, prvenstveno je grčka filozofija predstavljala pogodno tle za razvoj pojedinih elemenata takvih modela. Platon je u temelje svog filozofskog sistema postavio ideju o postojanju tri društvene grupe –upravljača, vojnika i proizvođača. U njegovoj idealnoj državi ulogu upravljača bi imali mudri ljudi – filozofi jer, po Platonovom mišljenju, najgore je za državu da je vodi demos, koji predstavlja običnu masu. Međutim, Platon je ipak evoluirao u svom razmišljanju, kao da je shvatio da je njegov koncept o vladavini filozofa manjkav, pošto nema ljudi koji su bez izuzetka istovremeno u svemu i mudri i pravedni.[4] Stoga je prišao stanovištu da je uz vladavinu ljudi neophodna i vladavina zakona, s tim što su „zakoni neophodna, ali i nedovoljna zamena za individualizovanu vladavinu mudrih ljudi".[5] Korak dalje u odnosu na Platona učinio je Aristotel, koji se nije više dvoumio između vladavine ljudi i vladavine zakona, nego je primat dao ovoj drugoj,[6] doduše shvatajući i neophodnost vladavine ljudi koji moraju primenjivati zakone.

Rimska državna i pravna misao je, kao i u skoro svim drugim oblastima, čvrsto bila oslonjena na grčko iskustvo. Najbliži ideji pravne države i vladavine prava je bio Ciceron. Po njegovom mišljenju, postojanje dobrih zakona je predstavljalo garanciju dobrog državnog uređenja: „... pravi zakon predstavlja ispravno načelo koje je u saglasnosti sa prirodom; primenjiv na sve, pouzdan i večan, on naredbom priziva na dužnost, a zabranom odvraća od nedela; ...Tog zakona nas ni senat ni narod ne mogu osloboditi".[7] Ta ideja, mada je utihnula sa krizom republike, je neprestano tinjala i u vreme principata, pa i dominata, mada je ta-

[4] Platon, *Zakoni* (prevod Vilhar, A.), Beograd, 1990, 713c: „Nijedna ljudska priroda nije sposobna da svim što je ljudsko upravlja sama, sa neograničenom vlašću a da, pri tome, ne bude ispunjena obešću i nepravdom".

[5] Čavoški, K., *Pravo kao umeće slobode – Ogled o vladavini prava*, Beograd 1994, 16. Vid. naročito Ostwald, M., *From Popular Sovereignity to the Sovereignity of Law*, Berkeley – Los Angeles 1986.

[6] Aristotel, *Politika* (prevod Stanojević-Crepajac, LJ.), Beograd, 1960, 1287a: „Bolje je dakle da vlada zakon nego jedan između građana...Prema tome, zahtevati da vlada zakon, znači zahtevati da vlada bog i zakoni, a zahtevati da vlada čovek znači dopustiti i životinji da vlada, jer požuda je nešto životinjsko, a strast kvari najbolje ljude kada su na vlasti. Stoga zakon predstavlja razum bez prohteva".

[7] Ciceron, *Država* III, 22 (prevod Šijački-Manević, B.), Beograd 2002, 102.

da preovlađivao princip *princeps legibus solutus*, kao i Ulpijanova maksima *Quidquid principi plaquit, legis habet vigorem.*[8] Preko helenističke tradicije, autokratska misao o vladaru kao "oduhovljenom zakonu" preneta je kao dominantna u Vizantiju, a koncept o ograničenosti vladara stidljivo se pojavio u naznakama tek u vizantijskim zbornicima u vreme vladara Makedonske dinastije iz IX veka, pogotovo u zborniku *Epanagoge*, gde su prvi put definisana prava, ali i dužnosti cara, čime se on donekle vezuje zakonima.[9] Ova vizantijska tradicija se prepoznaje i u srednjovekovnoj Srbiji, prvenstveno u poznatim odredbama Dušanovog zakonika, u kojima se car samoograničava zakonom i garantuje nezavisnost sudstva.[10]

2. Račvanje ideja

Istorijske okolnosti u srednjem veku na izvestan način označavaju razdelnu tačku kasnije nastalih doktrina pravne države i vladavine prava. U srednjovekovnoj Nemačkoj nije bilo uslova za razvijanje čak ni obrisa ideje pravne države, jer je taj period karakterisala feudalna rasparčanost i apsolutistički način vladavine u udeonim kneževinama, bez tragova koncepata koji bi podsećali na pravnu državu, iako neki autori uočavaju da je u starom običajnom germanskom pravu bilo moguće nazreti ideju prava na otpor vladaru ukoliko krši pravila.[11] Stoga bi se moglo učiniti da koncept pravne države u Nemačkoj nastaje u XIX veku kao *deus ex machina* za nemačku tradiciju. Doduše, još 1798. godine *Wilhelm Petersen* (koji je pisao pod pseudonimom *Placidus*) je prvi skovao termin *Rechtsstaat*, kao antipod pojmu policijska država (*Polizeistaat*), u kom značenju se najpre koristio, ukazujući na kantovsku tradiciju.[12] Važan oslonac nastanka ove

---

[8] Digesta 1, 4, 1.

[9] Vidi više Ostrogorski, G., *Istorija Vizantije* (Sabrana dela VI), Beograd 1969, 236; o prethodnom razvoju Šarkić, S., *Pravne i političke ideje u istočnom rimskom carstvu*, Beograd 1984.

[10] Dušanov zakonik – Bistrički prepis, (prevod Bogdanović, D.), Beograd, 1994, čl. 167.:"Naredba carska: Ako car napiše pismo ili iz srdžbe, ili iz ljubavi, ili iz milosti za nekoga, a to pismo narušava Zakonik i nije po pravdi i po zakonu, kako piše Zakon, sudije - tom pismu da ne veruju, samo da sude i vrše po pravdi".

[11] „Kralj i narod imaju uzajamnu obavezu da čuvaju pravo od povređivanja i kvarenja, ali u slučajevima kada kralj propusti da obavlja tu svoju dužnost, njegovi podanici mogu uzeti stvari u svoje ruke i zbaciti ga", vidi više Tierney, B., „'The Prince is Not Bound by the Laws.' Accursius and the Origins of the Modern State", *Comparative Studies in Society and History* 5/1963, 378, 392.

[12] Hueschling, L., *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* Paris 2002, 36-37. Tačnije, termin koji je *Petersen* iskoristio je bio *Schule der Rechts-Staats-Lehre*, podrazumevajući pod tom 'školom' ideje Kanta i njegovih sledbenika, vidi više Costa, P. – Zolo, D., *The Rule of Law – History, Theory and Criticism*, Dordrecht 2007, 87.

ideje svakako je moglo biti i poznavanje doktrine *rule of law*, te iskustva Američke i Francuske revolucije, kako se to obično ističe u literaturi, ali, čini nam se, i Nemcima najbliže, Nizozemske revolucije u XVI veku. Među glavnim borcima protiv apsolutizma Španije tokom te revolucije bio je Viljem I Oranski, čija je porodica držala ogromne posede i u Nemačkoj. Nakon dve godine borbe 1581. godine ujedinjene provincije su proglasile nezavisnost severne Nizozemske, a za stathaltera izabrale Viljema I Oranskog. U *Proglasu o nezavisnosti*, koji u suštini predstavlja prvu političku deklaraciju modernog doba, konstatuje se da je vladalac koji zanemari interese svojih podanika tiranin, te da mu se ne treba pokoravati.[13] Pravo na pobunu, kao jedno od bazičnih načela prirodnog prava, ovde je prvi put u kontinentalnoj pravnoj tradiciji dobilo svoju praktičnu primenu.[14] Stoga bi se moglo verovati da su i iskustva Nizozemske revolucije uticala na nastanak koncepta pravne države u Nemačkoj, naročito imajući u vidu poreklo vladara Holandije iz dinastije zasnovane sa Viljemom Oranskim, koji je održavao čvrste veze sa svojom porodicom u Nemačkoj. U svakom slučaju, nesporno pod različitim istorijskim uplivima, Nemačka je postala kolevka kontinentalnoevropskog koncepta *Rechtsstaat*, koji se konačno artikulisao u XIX veku.

S druge strane, spoznaja pojma i doktine *rule of law* u Engleskoj predstavlja kontinuiran, dugi evolutivni istorijski proces koji se rano pokreće još u srednjem veku, kroz institucionalizaciju ideje o ograničenju monarha i neophodnosti garantovanja osnovnih sloboda i prava, zbog čega se ova zemlja smatra rodonačelnikom ideje vladavine prava. Kao prvi dokument u kome su njeni začeci došli do izražaja uzima se već *Magna Carta Libertatum* iz 1215. godine, iako je to u osnovi bio jedan tipičan feudalni dokument, kroz koji su feudalci tokom višegodišnjih nastojanja uspeli da ograniče vlast kralja i obezbede zaštitu od nezakonitog hapšenja, lišenja imovine, samovoljnog nametanja poreza. Time su se prvi put u političkoj praksi ozbiljnije obezbedile garancije slobode ličnosti, dok je tek

[13] Već u prvim rečenicama Proglasa stoji: „A kada se on (vladar, prim. D. A.) ne ponaša tako, već nasuprot tome, njih pritiska, tražeći načine da krši njihove stare običaje i privilegije, tražeći od njih ropsku pokornost, on onda nije više vladar, nego tiranin, i podanici ne treba ni da ga gledaju na drugi način. A pogotovo kada se to učini s namerom, bez saglasnosti država (provincija, prim. D. A.), one ne mogu samo da ospore njegov autoritet, već i da legalno pristupe izboru drugog vladara radi svoje odbrane. To je jedini način koji je preostao podanicima čije uljudne peticije i ukazivanja nikako nisu mogle da omekšaju vladara ili da ga odgovore od tiranskog postupanja; i to je ono što zakoni prirode naređuju u cilju odbrane slobode, koju mi moramo da prenesemo potomstvu, čak i po cenu opasnosti za naše živote“ (prevod D. A.), *http://www.fordham.edu/halsall/mod/1581dutch.html*.

[14] Downing, B., *The Military Revolution and Political Change*, Princeton 1992, 227.

interpretacija ovog dokumenta tokom Engleske revolucije dala novu dimenziju konceptu *rule of law*.[15] Ali, nekako u isto vreme kad i *Magna Carta*, nagoveštena je i engleska doktrina o vladavini prava, najpre od strane Henri de Brektona.[16] Taj proces se nastavlja donošenjem mnogih značajnih akata kojima se postepeno ograničava vlast monarha. Ona se profilisala, u skladu sa engleskom tradicijom nepisane ustavnosti, kroz brojne pojedinačne političke dokumente koji su usledili tokom revolucije, a pre svega kroz Peticiju o pravima (*Petition of Rights*) iz 1628. godine, *Habeas Corpus Act* iz 1679. godine, Bil o pravima (*Bill of Rights*) iz 1689. godine.[17]

Teorijsku podlogu nastanka doktrine vladavine prava, ali i pravne države, nesumnjivo čine bazične postavke škole prirodnog prava, što nedvosmisleno govore i već pomenuti primeri. Utemeljujući ideju prirodnog prava, Hugo Grocije je postavio temelje daljim razmišljanjima koja je najjasnije formulisao Džon Lok, ističući da samo postojanje prirodnog prava pojedinaca za sobom povlači i odgovarajuća ograničenja državne vlasti, koja će omogućavati njihovo poštovanje. Ukoliko je, prema Loku, vladar nespreman na ograničenje svoje vlasti u korist prirodnih prava članova zajedice, postoji legitimno pravo na pobunu i usklađivanje pozitivnog prava sa

---

[15] Jedan broj istaknutih pisaca osporava preveliki značaj koji se pridaje ovom dokumentu, smatrajući da u vreme u kome je nastala ona nije imala domete koji su joj se kasnije pripisivali, već da je svoj nesumnjivi značaj stekla tek kasnije, J. C. Holt, *Magna Carta*, 2nd ed., Cambridge 1992, 1–22.

[16] *Henry de Bracton,* engleski sudija iz sredine 13. veka, u svom delu *De legibus et consuetudinibus Angliae*, nastoji da opiše celokupno englesko pravo. Mada pri tom izričito ne pominje *rule of law*, kroz tekst se na više mesta mogu nazreti embrionalni oblici te doktrine, pa čak i određivanje odnosa vladara prema pravu, u čemu neki vide prvu formulaciju vladavine prava: „Jer on se naziva *rex* ne zato što vlada, nego zato što vlada dobro, jer on je kralj dotle dok vlada dobro, a tiranin kada sprovodi svoju premoć nasiljem nad narodom koji mu je poveren da o njemu brine. Neka, zbog toga, umeri svoju vlast zakonom, koji obuzdaje silu, neka živi u skladu sa zakonima, jer je čovečanski zakon - propisao da zakoni vezuju zakonodavca… Ništa više ne priliči suverenu nego da živi - prema zakonima i nema veće suverene vlasti do one koja vlada u skladu sa zakonima, pa on mora da na pravilan način vodi računa o pravu i onome što mu ono nameće, jer ga pravo čini kraljem“ (prevod D. A.), vid. Bracton, H., *On the Laws and Customs of England*, vol. III, Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press 1968, 305–06. Latinski original ovog teksta, kao i njegov engleski prevod, su dostupni na internet adresi *http://hlsl-5.law.harvard.edu/bracton/.*

[17] O istorijskom razvoju ideje u Engleskoj, pogotovo pod uticajem Revolucije, vidi više: Basta, L., *Politika u granicama prava*, Beograd 1984, *passim;* Baker, J., „Human Rights and the Rule of Law in Renaissance England“, *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 2/2004; Tamanaha, B. Z., *On the Rule of Law – History, Politics, Theory*, Cambridge 2004, 30.

prirodnim pravom. Lok smatra da je princip podele vlasti jedan od važnih instumenata pomoću kojih se može postići ograničenje vladara. Taj princip, koji će postati jedan od osnovnih elemenata vladavine prava i pravne države, dalje je razvio Monteskje, što naročito jasno oslikava njegov stav u delu *O duhu zakona*: "Sve bi bilo izgubljeno kad bi isti čovek ili isto telo vladaoca, plemića ili naroda vršilo sve tri vlasti: vlast donošenja zakona, vlast izvršenja državnih akata i vlast suđenja zločina ili sporova među pojedincima".[18] Pokoravanje zakonu je vrhovni princip koji proklamuje Monteskje i tvrdi da je zakon taj koji postavlja granice slobode, mada i sami zakoni mogu biti izopačeni i iskvareni.[19] Zbog toga bi se moglo reći da je već Monteskje nagovestio razliku između pojmova vladavine prava i pravne države. Drugi istaknuti francuski mislilac iz vremena uoči Revolucije, Žan-Žak Ruso, svojim shvatanjem opšte volje (*volonté générale*), koja predstavlja centralnu ideju njegove pravno-političke misli, doprinosi i razvoju ideje o vladavini prava i pravnoj državi. Zakon mora biti izraz „opšte volje" i narodne suverenosti, pa zbog toga mora biti zaštićen od uticaja pojedinačnih volja, a naročito od volje apsolutističkog vladaoca.

Među velikim misliocima koji su pripremili nastanak modernog pojma pravne države posebno mesto zauzima Emanuel Kant, koji se smatra duhovnim ocem koncepta *Rechtsstaat*. Njegova idealna država podrazumeva ljudsku slobodu, koja se preko zakona dovodi u sklad sa slobodom drugih. Unutrašnja sloboda ličnosti podrazumeva da pojedinac postupa u skladu sa zakonima koje sam prihvata, dok se spoljašnja sloboda odnosi na okolnost da pravo stvaraju sami pojedinci, odnosno građani, učestvujući u zakonodavnom procesu.[20] Zakon je legitiman samo u slučaju kada uključuje pristanak celokupnog naroda. Ovim, ali i mnogim drugim stanovištima, su mislioci i pre XIX veka omogućili konačno formulisanje pojma pravne države.

3. Od modernog utemeljenja koncepata ka njihovoj interpretativnoj transformaciji

Konačno utemeljenje pojma pravne države vezuje se za sredinu XIX veka i Roberta fon Mola. Kroz Molovu misao *Rechtsstaat* se uobličava kao materijalni pojam. Prema njegovom mišljenju pravna država predstavlja osobeni tip države, koji je definisan prevashodno njenom svrhom.

[18] Monteskje, *O duhu zakona,* XI 6 (prevod A. Mimica), Beograd 1989, 176.

[19] Vukadinović, G., *Pravna država – shvatanja srpskih pisaca o pravnoj državi u prvoj polovini dvadesetog veka,* Novi Sad, 1995, 16.

[20] Popović, S., *O pravnoj državi – neka razmatranja*, Beograd, 1995, 60.

Molova koncepcija stavlja u prvi plan državu kao socijalni mehanizam identičan sa sopstvenom svrhom, odnosno ciljem, a to je prvenstveno ostvarenje individualne slobode građana, koja predstavlja osnovni ideal. Zato Mol kaže: „Pravna država ne može imati drugi cilj do taj: da zajednički život naroda uredi tako da svaki član bude na isti način podržan i potpomognut u mogućem slobodnom i svestranom iskorišćavanju svih svojih snaga. Lako je međutim uvideti u čemu se nalazi osnov za postojanje takve podrške i potpore. Sloboda građanina je kod takvog životnog nazora najviše načelo".[21] Tako je ideja pravne države u svom prvobitnom obliku podrazumevala vezivanje države za ideju ljudskih prava i prirodno pravo.

Takvom određenju pojma pravne države *in statu nascendi* u Nemačkoj, veoma se približila anglosaksonska doktrina vladavine prava koju je uobličio A.V. Dajsi (*A. V. Dicey*) krajem XIX veka. Dajsi smatra da je suprematija parlamenta oličena u njegovoj pozitivnopravnoj suverenosti, koja čini formu engleskog konstitucionalizma, dok ideja vladavine prava čini njegovu suštinu.[22] Upravo stoga se srž vladavine prava nalazi u pojmu konstitucionalizma, kao teorije i prakse ograničene vlasti, tj. vlasti ograničene pravom (*Rule or Supremacy of Law*)[23], čime se obezbeđuju garancije osnovnih sloboda i prava. Pored nepostojanja samovoljnog odlučivanja o pravima pojedinaca, Dajsi kao glavne elemente suprematije prava podrazumeva jednakost pred zakonom i pravnu sigurnost.[24] Na taj način je stvoren zajednički imenitelj koji u priličnoj meri zbližava materijalno viđenje pravne države, iz vizure kontinentalnog pravnika, sa *common law* konceptom vladavine prava.

Rano definisanje kontinentalnog pojma pravne države kao materijalnog načela – vrednosno ispunjenog pojma, ne odstupa bitno od bazičnih ideja doktrine *rule of law*. Međutim, i tada su se ove dve koncepcije razlikovale u pogledu poimanja odnosa države i prava, što je kasnije dovelo do njihovog udaljavanja. Naime, u nemačkoj teoriji je preovladavalo shvatanje o neraskidivoj vezi – simbiozi između države i prava, pri čemu se država sagledavala sa stanovišta uprave. To je velikim delom bila posledica okolnosti što se tada u Nemačkoj težilo za ujedinjenjem, koje bi moglo da se sprovede jedino uz pomoć snažne podrške države. Bizmarkova uspešna uprava koja počiva na isticanju državne moći kao

[21] Cit. prema Šarčević, E., „Pojam pravne države – Ka razumijevanju pravne države", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 4/1989, 417.

[22] Jovanović, M., „Javno mnjenje i vladavina prava", *Pravni život*, 12/1997, 1189.

[23] Tadić, LJ., „Metamorfoze 'pravne države'", *Pravna država – Rule of Law – Rechtsstaat – L'Etat de droit*, 9.

[24] Čavoški, K., *op. cit.*, 44.

sredstva ujedinjenja, baca drugačije svetlo i na prvobitno postavljeni materijalni koncept pravne države kod Mola. Pravna država se u ovoj fazi oslobađa okova svoje svrhe i sve više se pretvara u formalno načelo, pozitivistički shvaćen koncept, prilično rezervisan prema ljudskim pravima. „Mada je brzo stekao značaj u političkoj i pravnoj sferi, koncept *Rechtsstaat* je skoro nestao iz ustavnopravne doktrine na kraju XIX veka, kao rezultat izrastanja pravnog pozitivizma. On je uglavnom zadržao svoje značenje u upravnom pravu i prerastao u prost princip legaliteta. Još preciznije, *Rechtsstaat* princip se uže shvatao kao neophodnost sudske kontrole upravnih akata, uglavnom na proceduralnim osnovama, a ne kao ustavna kontrola zakonodavnih akata. Njegov glavni cilj je bio da pruži zaštitu od nezakonitih ili arbitrarnih upravnih odluka, a ne da omogući ostvarenje osnovnih ljudskih prava. Drugim rečima, koncept *Rechtsstaat* je primarno bio shvaćen u formalnom ili '*thin*' smislu".[25]

Reklo bi se da ovaj momenat predstavlja razdelnu tačku između doktrine pravne države i vladavine prava. Pojam pravne države postaje sadržajno ispražnjen, desupstancionalizovan, sveden na formalni princip. Država se vezuje isključivo za pozitivno pravo, a ideja pravne države doživljava ispražnjenje. Pozitivistički shvaćena pravna država, kao kod Kelzena, može biti svaka država ukoliko poseduje „pravni poredak", bez obzira na njegovu sadržinu.[26] S druge strane: „Po svojoj biti, teorija vladavine prava je antipozitivistički utemeljena; zbog toga je u njoj vrlo teško jasno razgraničiti pozitivnopravni, moralni i prirodnopravni normativitet".[27] Zbog toga i danas postoje izvesne nesuglasice među autorima evrokontinentalne i *common law* pravne tradicije. Otud angloamerički autori i dalje često tretiraju kontinentalne pravnike kao „pozitiviste", koji izjednačavaju pojam pravne države sa principom zakonitosti.[28]

---

[25] Pech, L., „The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union", *Jean Monnet Working Paper* 04/09, NYU School of Law 2009, 32.

[26] Na takvim postavkama Kelzen gradi svoje viđenje: „A tada se pokušaj da se država legitimira kao pravna država otkriva kao potpuno nepodoban, pošto svaka država mora da bude pravna država: ako se pod 'pravnom državom' podrazumeva država koja 'ima' pravni poredak. Jer, ne može postojati država koja nema ili još nema pravni poredak, pošto je svaka država samo jedan pravni poredak. Što ne predstavlja nikakav vrednosni sud. Taj pojam pravne države ne sme se, naravno, pobrkati sa onim koji znači pravni poredak sasvim određene sadržine, naime takav koji pokazuje izvesne institucije kao što su slobode i prava, garancije za saobraženost pravu organa – funkcija i demokratske metode stvaranja prava. Samo u jednom tako uobličenom sistemu normi videti 'istinski' pravni poredak, to je prirodnopravna predrasuda", Kelzen, H., *Čista teorija prava*, Beograd 1998, 82.

[27] Basta, L., *op. cit.*, 118.

[28] O tome vidi više Mitrović, D., *O pravnoj državi i drugim pravnim temama*, Beograd 1998, 78.

Međutim, sa stupanjem na snagu novog Ustava Nemačke 1949. godine, pravna država postaje *thick* ustavni princip, sa obe svoje komponente – formalnom i materijalnom, na kojem treba da počiva ceo pravno-politički sistem i kome se sve državne aktivnosti moraju prilagođavati.[29] Tako danas, pod snažnim uticajem nemačke doktrine, ponovo dolazi do približavanja koncepata pravne države i vladavine prava. Među plejadom nemačkih autora XX veka, čiji je fokus interesovanja savremena pravna država, nezaobilazno je ime Gustava Radbruha (*Gustav Radbruch*). Njegov vapaj za ponovnim uspostavljanjem pravne države utemeljene na izvesnim vrednostima, nakon mračnog doba nacizma, u kome po njegovom mišljenju ona uopšte nije ni postojala, je urodio plodom. Njegov *credo* je bio: „Treba da tražimo pravdu, i da istovremeno vodimo računa o pravnoj sigurnosti, jer je i ona sama jedan deo pravde, treba da ponovo izgradimo pravnu državu, koja će po mogućstvu zadovoljiti obe ideje. Demokratija je svakako jedno dobro vredno hvale, ali pravna država je kao nasušni hleb, kao voda za piće i kao vazduh za disanje, a najbolje u demokratiji je upravo to što je samo ona podobna da obezbedi pravnu državu".[30] Ideja prava ponovo dobija značenje primene određene *ideje* prava, a ne samo *pojma* prava uopšte, na odnos pojedinca prema državi.[31]

Ipak, angloamerička pravna tradicija nešto više insistira na postojanju dihotomije formalno-materijalno, dok većina nemačkih autora i sudija vide proceduralne i supstantivne komponente *Rechtsstaat*-a kao neodvojive.[32]

---

[29] „U takvom rečniku, naravno, tip pravne države ustanovljen sa *Grundgesetz* je jasno supstantivni. Član 20(3) *Grungesetz*-a, koji pripada delu odredbi koje čine njegovu srž, vezuje zakonodavnu vlast ustavnim poretkom i vezuje izvršnu i sudsku vlast kako zakonom, tako i pravom, i pravom i pravdom. *Grundgesetz* ne sadrži samo duboku posvećenost ljudskim pravima, nego je posvećenost ljudskim pravima shvaćena kao inherentna u okviru koncepta pravne države. Usvajanje ovakvog supstantivnog viđenja vladavine prava predstavlja zaokret u nemačkoj pravnoj tradiciji, koji zamenjuje pozitivističko sagledavanje pravne države koje je preovlađivalo u Vilhelmovskom i Vajmarskom periodu", (prevod D. A.), Neuman, J., „The U.S. Constitutional Conception of the Rule of Law and the Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz", *Columbia Law School*, June 1999, *Public Law & Legal Theory Working Paper Group*, No. 5, p. 4.

[30] Radbruh, G., „Zakonsko nepravo i nadzakonsko pravo", u *Filozofija prava*, Beograd 1998, 231.

[31] Radbruh, G., *Filozofija prava*, Beograd 1998, 186.

[32] „Šta više, nasuprot stavu koji zauzima većina anglo-američkih naučnika, koji su skloni da daju prednost formalnim koncepcijama nad supstantivnim, važno je podvući da većina, ako ne i svi ustavi i sudovi u Evropi odbacuju tu dihotomiju, i sagledavaju formalne i supstantivne komponente vladavine prava kao nezavisne, ali ne kao uzajamno isključujuće. Uistinu, formalne i proceduralne komponente vladavine prava u liberalnim i demokratskim evropskim principima (proporcionalnost, zabrana retroaktivnosti, pristup sudovima, zaštita osnovnih prava, itd.) treba da služe supstantivnim vrednostima (ljudsko dostojanstvo, i-

Naime, kao što se pravna država može pojmiti u materijalnom i formalnom smislu, tako se i vladavina prava u novijoj literaturi iz *common law* sveta sagledava kroz dve prizme. S jedne strane stoji *thick* varijanta, bazično analogna materijalnom shvatanju pravne države, a s druge *thin* koncept, koji u osnovi odgovara formalnom razumevanju pravne države. Prvi pojam, koji se označava pridevom *thick* (gust, debeo), podrazumeva u osnovi Hajekov koncept vladavine prava i uključuje moralne i vrednosne elemente, tako da se vladavina prava doživljava kao sama srž pravednog društva, vezujući se za ideju slobode i demokratije. Drugi pojam, određen pridevom *thin* (tanak, mršav), je više okrenut formalnim i instrumentalnim aspektima vladavine prava, gde demokratija i moral nisu toliko važni, nego zaštita imovinskih prava i efikasno pravosuđe, a osnovni cilj prava je da se obezbedi društvena stabilnost. Pravo mora biti javno, konzistentno, jasno i prihvaćeno od većine naroda. Međutim, svaka *thick*, supstancijalna vladavina prava, mora ispunjavati minimalne zahteve *thin* teorije. U pokušaju da to što slikovitije predstavi, Randal Pirenbum (*Randall Peerenboom*), autor koji je među prvima i formulisao ove dve teorije, opisuje odnos *thin* i *thick* koncepcije vladavine prava preko koncentričnih krugova. Pri tom, manji krug predstavlja jezgro, osnovne elemente *thin* koncepta, koji je okružen različitim *thick* koncepcijama odnosno socijalnim i političkim filozofijama.[33] Kao što je pomenuto, Pirenbum naglašava postojanje većeg broja varijanti *thick* vladavine prava, s obzirom na to da, kako ističe, u suštini postoje različite koncepcije vladavine prava.[34]

Vladavina prava još uvek možda u nešto većoj meri naginje metapravnom, s obzirom da izrasta na temeljima jusnaturalizma, dok je pravna država i dalje nešto više formalno zasnovana i okrenuta pravnom pozitivizmu.[35] Razlika bi se mogla naći i u tome što je vladavina

---

ndividualna autonomija, socijalna pravda, itd.) na kojima su ta društva zasnovana. Kristališući široki set pravnih standarda i moralnih vrednosti, vladavina prava ispunjava mnogostruke i vredne funkcije. Pravno govoreći, ona daje posebnu koherentnost i svrhu celokupnom političko-pravnom sistemu", (prevod D. A.), Pech, L., *op.cit.,* 44.

[33] Vid. Peerenboom, R., „Varieties of Rule of Law", *Asian Discourses of Rule of Law*, London 2004, 5.

[34] O različitim shvatanjima i konceptualnim razlikama pri definisanju *thick* i *thin* vladavine prava kod savremenih autora (Pirenbuma, Fulera, Raza i drugih) vidi više kod Avramović, D., „Jedan novi pogled na vladavinu prava", *Pravni život* 14/2009, 359.

[35] „Nešto lapidarnije rečeno, temeljne su razlike u posebnoj političko-organizacijskoj osnovi državne vlasti i vrijednosnoj podlozi pravnog sustava kao kriterijuma vladavine prava. Ponešto drukčijim riječima, metapozitivni kriteriji jesu kriteriji pravnosti odgovarajućih poredaka koji počivaju na ideji vladavine prava, čime se izvanpravne vrijednosti pokazuju kao pravne vrijednosti", Čepulo, D., *Prava građana i moderne institucije*, Zagreb 2003, 44.

prava ipak u osnovi politički princip, dok se *Rechtsstaat* pokazuje kao prevashodno pravno načelo. Dalje, vladavina prava ljudska prava tretira primarnim, „preegzistentnim" u odnosu na državnu vlast, dok je kod pravne države situacija suprotna, te se stoga vladavina prava pokazuje više kao materijalno zasnovan koncept.[36] „Vladavina je prava dakle (za razliku od pravne države, prim. D. A.) više od same ustavnosti: ona uključuje i zahtjeve koji se tiču sadržaja ustava... Prema tome, vladavina prava nije vladavina zakona, već vladavina po pravu, metapravna doktrina ili politički ideal. Ta će vladavina prava biti uspješna samo utoliko ukoliko se sam zakonodavac osjeća obvezan primijeniti je. U demokraciji to zapravo znači da će pokoravanje ili nepokoravanje vladavini prava ovisiti o tome da li je prihvaća javno mnjenje, u stvari o tome da li je postala dio osjećaja za pravdu koji prevladava u određenoj zajednici".[37]

Čini se da danas vladavina prava postaje sve više praktični princip, a pravna država teorijski koncept, prilično zastarela i prevaziđena.[38] Međutim, i jedan i drugi institut se sve više koriste kao retoričke formule (doduše, u znatno većoj meri *rule of law*),[39] ali i kao politički i ekonomski instrumenti međunarodnog poretka i pritiska,[40] te je zna-

[36] Tako Živković ističe: „Britansko shvatanje vladavine prava ima u vidu vladavinu subjektivnih, pre svega preegzistentnih prava, pri čemu su nedovoljno razlučeni pravni i moralni aspekti pojma prava. Dotle, kontinentalno shvatanje ovog pojma, bez obzira da li se upotrebljava izraz 'vladavina prava' ili 'pravna država`, ima u vidu vladavinu objektivnog prava, tj. važećih i promenljivih zakona, pri čemu se izaz 'pravo' shvata pre svega u pravnom smislu, a tek potom u moralnom smislu", Živković, M., „Pravna država i moderan pravni sistem", *NBP- Žurnal za kriminalistiku i pravo* 1/2010, 4.

[37] Von Hajek, F., *Politički ideal vladavine prava*, Zagreb 1994, 47.

[38] Pri tom je nesumnjivo da je nemački princip *Rechtsstaat* još u svom začetku krajem XIX i početkom XX veka snažno uticao na evropsku pravnu doktrinu, naročito u zemljama kao što su Italija (*Stato di diritto*), Francuska (*Etat de droit*) i Španija (*Estado de derecho*). Vid. više Costa, P. – Zolo, D., *op. cit.*, 87.

[39] Vidi više izvanredan tekst Maccormick, N., „Rhetoric and the Rule of Law", u: *Recrafting the Rule of Law* (ed. Dyzenhaus, D.), Oxford – Portland OR 1999, 163.

[40] Poslednjih decenija XX veka Svetska banka, Međunarodni monetarni fond i druge međunarodne finansijske institucije su počele da uslovljavaju dodeljivanje finansijske pomoći i sklapanje finansijskih aranžmana učvršćicanjem vladavine prava (šta god to značilo) u zemljama primaocima. Tako je „vladavina prava" postala jedna od najčešće ponavljanih fraza (tako Tamanaha, B. Z., *op. cit.*, 2), a da pri tom njena puna sadržina nije bila sasvim jasno određena. Vidi više Avramović, D., „Vladavina prava – međunarodno priznata vrednost?", referat na međunarodnom skupu: Evropska zajednica naroda i univerzalne vrednosti, Sremski Karlovci 2008, *www.natef.net/downloads/Dragutin %20Avramovic.pdf*. Najžešću, čak ekstremnu kritiku zloupotrebe koncepta *rule of law* u ekonomskoj sferi dali su nedavno Mattei, U. – Nader, L, *Plunder – When the Rule of Law is Illegal*, Oxford 2008.

čenje tih pojmova usled preterane upotrebe donekle devalvirano, istrošeno, kanonizirano i obesmišljeno. Uz to, postepeno se gubi razlika među njima, čak i na terminološkom nivou, pa se ovi koncepti neretko koriste i doživljavaju sinonimski.[41] Ne treba da čudi što je među pravnicima, učesnicima Čikaškog kolokvijuma Međunarodnog udruženja za pravne nauke, saglasnost postignuta oko toga da pojmu *Rule of Law* odgovara pojam pravne države (*Rechtsstaat*).[42] Mada ekvivalentnost ne znači i identičnost, današnji pozitivnopravni i politički vokabular, pa i teorijska vizura, sve više klize u tom pravcu. I ustavi zemalja koje počivaju na evrokontinentalnoj pravnoj tradiciji sve više se pozivaju na anglosaksonski koncept, pa sve češće koriste termin vladavina prava, promovišući na taj način jedan novi normativni ideal i *conditio sine qua non*.[43] Da li zbog rasprostranjenosti i opšteprihvaćenosti engleskog jezika? Ili zbog prednosti tog modela? Ili, pak, zbog procesa globalizacije i širenja liberalizma, koji postaje vladajuća ideologija na mapi sveta, čiji je *alter ego* princip vladavine prava?

Bez obzira na uzroke, čini se da se savremena teorija postepeno približava onom trenutku kada će se razlike između ova dva pojma potpuno izbrisati i kada će „jači" i popularniji pojam sasvim potisnuti (progutati, apsorbovati, usisati) onaj drugi, tradicionalni, manjeg operativnog kapaciteta. I dok se *rule of law* kao koncept u hodu adaptira zahtevima savremenih tendencija i remodeluje se uvođenjem raznih derivata (u obliku *thick, thin*, pa čak i *thicker*) u cilju njegove elastičnosti, veće sveobuhvatnosti i što šire primenljivosti, dotle se koncept pravne države i dalje uglavnom bori sam sa sobom, najčešće još uvek lavirajući između materijalnog i formalnog shvatanja.

Ukoliko termin i koncept pravne države uopšte bude preživeo asimilativnu moć skoro magijskog pojma *rule of law* i ekspanzivnost *common law* koncepata u savremenom pravu, on bi mogao opstati samo ukoliko se potisne dihotomija njegovog materijalnog i formalnog aspekta i ukoliko

[41] No, ima autora koji ukazuju na činjenicu da se ovi pojmovi ipak ne mogu u potpunosti tretirati kao ekvivalenti: „Okolnost da je pojam *rule of law* jednak (i prevodiv) sa *Rechtsstaat* (*Stato di diritto*, *État de droit*), ne znači da prethodni predstavlja tačan ekvivalent bilo kome od ovih drugih. Tačnije, to prosto znači da različite kulturno ograničene pojave ipak dozvoljavaju određivanje zajedničkih kulturno nepromenljivih funkcija. Nećemo dodatno podvlačiti makroskopske razlike među različitim konceptima o kojima se radi (engleski i nemački, odnosno uopštenije, evropsko-kontinentalni)", Costa, P. – Zolo, D., *op.cit.*, 103.

[42] Mitrović, D., *op. cit,* 71.

[43] Uzmimo za primer samo novi Ustav Republike Srbije iz 2006. godine, koji već u čl. 3 ističe vladavinu prava kao prvo i osnovno ustavno načelo, definišući u st. 1 da je vladavina prava „osnovna pretpostavka Ustava i počiva na neotuđivim ljudskim pravima".

bi se u većoj meri teorijski afirmisao integralistički koncept, koji bi se mogao nazvati „ekvilibrijumska“ pravna država.

4. Umesto zaključka

Savremeno poimanje i instituta vladavine prava i pravne države podrazumeva obuhvat i proceduralnih i sadržinskih aspekata. Same procedure ne mogu egzistirati mimo minimalnog vrednosnog stava. To je egzemplarno pokazalo tretiranje pravne države u nacističkoj Nemačkoj: iako se tada pravna država, ako je uopšte i postojala, shatala kao prevashodno formalni princip, nesumnjivo je postojao i snažan ideološki uticaj, baziran i pravdan kroz decizionističku teoriju Karla Šmita (*Carl Schmitt*).

Pravna država i vladavina prava, mada u osnovi predstavljaju dva distinktivna istorijsko-institucionalna koncepta,[44] danas dele iste vrednosne osnove (liberalizma/neoliberalizma), samo metodi sprovođenja u praksi (primene) ostaju bitno drugačiji, shodno različitostima ove dve pravne tradicije.[45] Ta krucijalna činjenica nosi za sobom neizbežnu konsekvencu da materijalno i formalno stanovište ne isključuju jedno drugo, već da je potpuno elaboriranje pravne države i vladavine prava, pogotovo danas, moguće samo imajući u vidu obe strane ovih koncepata. Procedure bez određene ideje nisu potrebne niti smisaone. Jer svaka procedura mora imati cilj koji se njom želi postići. Sam postupak primene određenog in-

[44] „Razliku između engleske teorije centrirane oko odnosa dva učenja: učenja o suverenitetu parlamenta i učenja o vladavini prava, i nemačke teorije o *Rechtsstaat*-u treba razumeti u svetlu razlike između političkih struktura dve zemlje i posebno u svetlu drugačije uloge koju je nemačka buržoazija imala u konstitucionalnom razvoju“, Nojman, F., *Vladavina prava*, Beograd 2002, 236.

[45] Bazična razlika između kontinentalnog i anglosaksonskog viđenja ova dva instituta se u osnovi sastoji u izvorima prava, tj. u različitom karakteru ova dva velika pravna sistema. *Rechtsstaat* se zasniva na postojanju zakona, po pravilu pisanog, čvrsto ustanovljenog, relativno unifikovanog sistema pravnih normi (*Staatsrecht*), dok je *rule of law*, barem kako ga je video Dajsi, koncept koji u krajnjoj liniji počiva na temeljima fleksibilnog *judge-made law*, na običajima, društvenoj praksi i percepciji. To i jeste jedan od glavnih razloga što koncept *rule of law* izmiče definisanju i što se, skoro po pravilu, svi vraćaju Dajsijevom viđenju, ali se potom, manje ili više, postepeno nužno udaljavaju od njega u različitim pravcima. Uostalom, dugi tok vremena od sto i više godina, koliko nas danas deli od izvorne Dajsijeve ideje, morao je ostaviti svoje tragove, pogotovo zbog toga što je *rule of law* jedan otvoreni koncept, više podložan promenama kroz tumačenje (interpretativnim promenama), fleksibilnijeg sadržaja, veoma eluzivan. Takva njegova priroda je nužno doživela i odgovarajuću teorijsku transformaciju, koja u osnovi označava konvergiranje kontinentalnog i *common law* shvatanja. Tako se XX vek završio jednim novim anglosaksonskim, dualističkim viđenjem koncepta *rule of law*, kao *thick* i *thin rule of law*.

stituta podrazumeva izvesno vrednovanje.[46] „Ekvilibrijumsku" pravnu državu, kako bi se možda ona danas mogla nazvati, kao i vladavinu prava, je moguće dostići jedino kroz tretiranje formalnih i materijalnih aspekata organski povezanim, i ne stvarajući veštačke podele, prisutne u teoriji, između proceduralnog i supstantivnog pristupa. S obzirom na otvorenost ovih koncepata, kao i na njihovo korišćenje kao retoričkih formula-mantri, skoro je izvesno da oni iza dimne zavese (stvorene isticanjem formalnih elemenata, odnosno *thin* koncepta) neminovno kriju u sebi barem minimum ideološkog sadržaja. Tako se nijedan od ovih koncepata ne sme svoditi na princip legaliteta, pozitivističko utemeljenje, jer bi tada njihova upotrebna vrednost ozbiljno bila dovedena u pitanje, utoliko pre što oba nesumnjivo imaju kako svoju normativnu, tako i svoju praktičnu dimenziju.

Ako bi se pravna država pojmila kao „ekvilibrijumska", kao sintetički, materijalno-formalni princip, takav pojam bi se sasvim približio stanju u kome postaje sinonimski sa vladavinom prava. Međutim, ipak, ova aporija će biti večno otvoreno pitanje i zavisiće od subjektivnih sudova teoretičara različitih linija razmišljanja. Bojno polje ostaje otvoreno – država *versus* pravo, političko *versus* pravno, jusnaturalizam *versus* pozitivizam, materijalno (supstantivno) *versus* formalno (proceduralno). Skoro je sigurno da isključivi odgovori na ovakve dileme ne mogu biti adekvatni. Možda je bolje na drugi način postaviti stvari kako bi dobili realniju sliku – država i pravo, političko i pravno, jusnaturalizam i pozitivizam, materijalno i formalno. Ili, drugim rečima – državnopravni poredak, političko-pravni poredak, integralističko shvatanje prava, „ekvilibrijumska" pravna država (vladavina prava).

---

46 „Kao što se lako može izvući iz te 'liste želja', formalna škola nije isključivo preokupirana sadržinom ili osobinama pravnih normi, nego se isto tako brine o tumačenju i primeni zakona. Drugim rečima, formalna koncepcija vladavine prava često takođe sadrži u sebi sklad sa izvesnim institucionalnim zahtevima (princip podele vlasti i, naročito, nezavisno sudstvo, pravo sudske kontrole, itd.), kao i sa individualnim procesnim pravima (na primer, pravom na izjašnjavanje, pravom na efektivnu pravnu zaštitu, pravom na pristup sudovima, itd.), uprkos Razovom insistiranju na tome da, prema njegovoj koncepciji, vladavina prava 'ne govori ništa o osnovnim pravima'. U okviru zapadne pravne tradicije, takvo *thin* razumevanje vladavine prava je kritikovano zbog njegove indiferentnosti prema sadržini ili supstantivnim ciljevima prava. Prema mišljenju supstantivne ili materijalne škole – treći pristup koji je razgraničio Kreig (*Craig*) – ne samo da vladavina prava zahteva sklad sa izvesnim formalnim zahtevima, već ona takođe obuhvata elemente političkog morala, kao što su demokratija i supstantivna prava pojedinaca", (prevod D. A.), Pech, L., *op. cit.*, 27.

Dragutin Avramović, LL.M., Assistant
Academy of Criminalistic and Police Studies Zemun

Rule of Law and Rechtsstaat – Identity or Divergency?

Abstract

By examining comparative historical growth of the rule of law and legal state (*Rechtstaat*) concepts, the author tries to point to a number of similarities and differences pertaining to their origin and development. Different historical and institutional backgrounds of the two doctrines remain their crucial *differentia specifica*, nevertheless their strong and similar impact in theory and legal philosophy. The rule of law is considered rather as a value loaded material notion (as a political principle), while the legal state is more treated like a formal concept, grounded upon legal positivism (as a legal principle). Nevertheless numerous theoretical discrepancies, it seems that now prevails the tendency of equating those two notions.

Contemporary legal theory treats formal and material elements of those institutions to be essentially linked, without artificial separation between procedural and substantial approach. By balancing material and formal side, the concept of rule of law, but evidently the one of legal state as well, tend towards shaping a specific equlibrium, approaching to each other. If theoretical inquiries of legal state would be re-modeled, as the author suggests, it may furnish a possibility for that concept to survive, although it is actualy stepping back in front of the stronger, more popular and more operative global concept of the rule of law.

Key words: Rule of Law, Rechtsstaat, Thick and thin Rule of Law.

Originalni naučni rad 340.132.3(470)

Mr Dragana Ćorić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

RUSKA PRAVNA TEORIJA O STEČENIM PRAVIMA I RETROAKTIVNOSTI[1]

Sažetak: *Ruska pravna teorija je nedovoljno prostora posvetila ovom značajnom pitanju.Sem nekolicine autora koji su se ciljano bavili ovom tematikom, ostali su materiju retroaktivnosti proučavali sporadično , shodno potrebama pravne oblasti kojom se inače bave. Sam termin i problem zaštite stečenih prava je još manje obrađivan, i nalazimo ga tek u radovima autora pred kraj 20. veka i to više kao sporedno pitanje koje je razmatrano u okviru neke od originernih pravnih oblasti. Sistematizovane studije,članaka ili ozbiljnijeg rada na ovu temu nema,ali je evidentan pomak, i teorijski i praktični na ovom polju. U prilog tom i tako pozicioniranom interesovanju za stečena prava i retroaktivnost idu i procesi demokratizacije koju su zahvatili Rusiju i sve prisutniji govor o ljudskim pravima, njeno raspadanje na Zajednicu nezavisnih država i uopšte trusna politička situacija na celom području, kao i posthladnoratovsko pomirenje sa SAD. Najveću pažnju su u svojim udžbenicima ovoj materiji pridali Šeršenevič i Tile, prvi u prvoj deceniji 20 veka, drugi u poslednjoj deceniji 20. veka, i to u okviru razmatranja odnosa prava i vremena*

Ključne reči: *ruska pravna teorija, stečena prava, Šeršenevič, Tile*

Uvodne napomene

Udžbenici *Teorije države i prava* u prvim decenijama nakon Drugog svetskog rata su prepuni opštih socijalističkih floskula, opravda-

[1] Rad je nastao u okviru naučnoistraživačkog i razvojnog projekta „HARMONIZACIJA PRAVA REPUBLIKE SRBIJE I PRAVA EVROPSKE UNIJE“ (teorijskopravni, sociološkopravni, istorijskopravni, pozitivnopravni i ekonomski aspekti), sprovedenog na Pravnom fakultetu u Novom Sadu 2005-2010, za 2010. godinu

nja određenog socijalističkog državnog uređenja i koristima koje rusko društvo, kao prilično hermetično, može da ima . Ideološki okvir je bio prilično moćan te tako nalazimo samo sumarno spominjanje principa prava (koji su zapravo ništa drugo nego principi pravne države). Među njima se navode princip neretroaktivnosti zakona,kao poslednji u nizu,posle opšteobaveznosti zakona, neprotivurečnosti zakonskih rešenja(kojih je posebno u socijalističkim pravnim sistemima, bilo dosta i čak i posle posebno istaknute potrebe tj obaveze humanosti kažnjavanja.[2]

Najveću pažnju su u svojim udžbenicima ovoj materiji pridali Šeršenevič i Tile, prvi u prvoj deceniji 20 veka, drugi u poslednjoj deceniji 20. veka, i to u okviru razmatranja odnosa prava i vremena. Naime, već je poznato da je odnos prava i vremena dvojak, da se može razlikovati vreme u pravu i pravo u vremenu. Vreme u pravu se ,kako je konstatovao Šeršenevič, ne iscrpljuje samo institutom roka, čije se razmatranje, po prirodi stvari i povezanosti sa zastarelošću i održajem automatski prebacuje u oblast građanskog prava, već je bitno i vremensko važenje prava. Svaki zakon ,naime,mora imati svoj početni i krajnji momenat delovanja, te su samim tim,kao pitanja specijalne prirode, bitna upravo pitanja početka primene i prestanka primene zakona, kao i pitanje šta treba činiti u slučaju „preklapanja" dejstva dva zakona i njihove istovremene važnosti,ili u slučaju pridavanja povratne snage nekom propisu.

Tile, sa druge strane, veću pažnju posvećuje upravo teorijskom utemeljenju celog problema i traga, kroz stotine godina promišljanja,za adekvatnim teorijskim rešenjem,koje bi jednako bilo primenljivo i u praksi.

Inače prvi radovi o tematici odnosa prava i vremena su se u ruskoj pravnoj teoriji pojavili u drugoj polovini 19.veka, što je posledica nedovoljne razvijenosti teorije prava kao samostalne nauke u ovom periodu. Ako imamo u vidu da SAD beleži prve ovakve presude već krajem 18.veka i početkom 19.veka, te da je sa druge strane i sama srpska pravna teorija tek u skoro poslednjoj dekadi 19.veka imala prvo ciljano delo Geršića o ovoj tematici, možemo konstatovati da rusku pravnu teoriju bar prati konstantni razvoj, bez padova, kao što je slučaj u drugim pravima.Evidentno je buđenje pravne nauke i posebno teorije u drugoj polovini 19.veka, pri čemu jedino Rusiju ne zahvata talas revolucionarnih dešavanja, budući da je apsolutistička monarhija bila dominantna sve do 1917.godine. Najstariji rad o ovom specifičnom odnosu, uopšteno uzev datira iz

[2] Л.С.Явич: „Общая теория права",Издательство Ленинградского Университета, Ленинград, 1967, str 156.

1868.godine[3], autora Pahmana. Slede radovi A.D. Gradovskog iz 1873 godine[4],A.M.Korkunovog iz 1897. godine,A.A. Roždestvenskog, i Šeršeneviča iz 1910.godine.[5] Primetan je dvostruki pristup samoj tematici: da se posmatra kao deo materije o primeni prava ili kao izvor prava. Vidno je da su pristupi bitno drugačiji, a samim tim je i različit nivo značaja koji se daje materiji odnosa vremena i prava uopšte. Tako su Korkunov i Hvostov posmatrali ovu problematiku u kontekstu materije primene prava, dok se Roždestvenski prvi od njih bavio širim pitanjima:odnosom između starog i novog zakona, delovanjem prava u vremenu uopšte kao pravnom pojavom, prestankom dejstva zakona, kao i opstankom prava koja su stečena za vreme važenja starog zakona.

Nešto ozbiljniji radovi dolaze tek posle Drugog svetskog rata, B.P.Kravcova 1946. godine, i J.A.Sokolova 1949.godine[6]. Drugi rad je neuporedivo značajniji jer sadrži razmišljanje autora o odnosu retroaktivnosti i prava stečenih za vreme važenja prethodnog zakona .Autor, Sokolov je stao na stanovište da se osnov sticanja takvih prava mora razmatrati u svakom slučaju, te da nije moguć njihov opstanak ako su stečena suprotno propisima koja važe sada.tj u momentu pisanja ovih knjiga. Period posle Drugog svetskog rata je obeležilo još jedno dvojstvo razmišljanja o materiji odnosa vremena i prava. Sa naučne strane, odnos vremena i prava je posmatran je isključivo u okviru primene prava, dok ga je udžbenička literatura posmatrala kao jedan od brojnih pravnih fenomena, samim tim ne pridajući mu neki posebni značaj..

Tile je učinio pionirski pomak u izučavanju temporalned imenzije prava, pomerivši granice prvo svojim samostalnim delom,a kasnije koautorskim delom sa M.I.Blumom (1969.)[7], koje se bavilo pitanjem temporalnog važenja krivičnih zakona, i u vezi sa tim načelom legaliteta.

---

[3] POdaci o istorijatu razvoja ruskog i kasnije sovjetskog, te opet nakon raspada SSSR-ruskog prava u ovoj oblasti su preuzeti is studije:N.M.ĮOraševič: Evolucия naučnogo znanия po probleme prava i vremeni, Pravovedenie, br 2/2009, str.154-172.

[4] Ovo je inače prva sistemska studija ne samo o vremenu i pravu, nego i o povratnom dejstvu opštih pravnih akata. Dolazi u približno vreme kada i Geršićeva studija (1888. godine), te nakon uvida u sažetak studije Gradovskog, konstatujemo da im je inspiracija bila ista.

[5] Interesantno je spomenuti istorijski milje u vremenu nastanka ovih dela.Godine 1868, nekoliko meseci pre objavljivanja Pahmanovog dela, je izvršen atentat na Aleksandra II Romanova, koga je nasledio Aleksandar III.Korkunovljevo delo se pojavljuje u zenitu vladavine cara Aleksandra III,kada se zemlja suočava prvi put sa ozbiljnim ekonomskim problemima i socijalnim nemirima, dok 1910.godine,kada izlazi Šeršenevičevo delo, počinju pripreme za agrarnu reformu , po austrijskom modelu.

[6] N.M.ĮOraševič,navedeno delo, str.160.

[7] N.M.ĮOraševič,navedeno delo, str.167.

Oba autora su stala na stanovište, da je pridavanje povratne snage zakonima ponekad moguće, ali je u slučaju krivičnih zakona apsolutno protivurečno načelu zakonitosti, i narušava subjektivna prava. Ostalo je doduše nejasno, na čija subjektivna prava su aludirali, budući da isto nije precizirano. Naime, treba imati u vidu ,da krivični zakoni i ostali javnopravni zakoni nemaju identičan odnos u osnovi kao privatnopravni zakoni. Kod krivičnih zakona je, kao ni u jednoj drugoj oblasti,posebno izražena represivna funkcija državnih organa. Subjektivna prava bi se u smislu ranije navedene postavke, mogla tumačiti kao subjektivna prava, ne države,već počinilaca krivičnih dela. Počinioci krivičnih dela *bi mogli imati subjektivna prava u smislu očekivanja ranije zaprećenih kazni i primene prema njima zakona koji je bio na snazi onda kada je krivično dleo počinjeno, ali ne bi mogli da imaju i pravo da se prema njima obavezno primeni blaži zakon u smislu zakona koji predviđa blažu kaznu za počinjeno krivično delo.*Dakle, primena blažeg krivičnog zakona je postavljena kao mogućnost, ne kao obaveza(sa čime bi se svakako složili i neki naši domaći autori).

Sedamdesetih godina 20.veka sledi svojevrsno zatišje inspirisano učvršćivanjem osnova socijalističkog prava. Naizgled iste floskule, koje su se bazirale na podeli rada i zajedničkoj, tj društvenoj imovini, upravljanje imovinom i ljudima putem komsomola i drugih oblika društvenog i političkog organizovanja, oblikovale su i pravo i oblasti bavljenja samog prava .Materija temporalnog važenja zakona se više od decenije ne spominje ni u udžbenicima, a tek kraj 80-ih godina donosi revitalizaciju mišljenja o tome. Pojavljuju se radovi G.I. Petrova, *koji teoriju države i prava smatra upravo najpozvanijom naukom da kristališe stavove o važenju prava u vremenu i prostoru*. Posebno je značajno naglasiti i njegovo spominjanje retroaktivnog dejstva propisa, prvo posle nekoliko decenija ćutanja ruske pravne teorije(iako je praksa poznavala slučajeve dodeljivanja retroaktivnog dejstva zakonima i drugim opštima pravnim aktima).

Petrovljeve ideje je 90-ih godina nastavio Rabinovič[8], smatrajući vreme, koje je čista filozofsko-pravna kategorija, osnovnom kategorijom, najopštijeg karaktera, koja pripada samo teoriji države i prava . No i pored impozantne bibliografije ruskih autora, koji su se, kako je ranije navedeno, sporadično bavili temporanom dimenzijom prava, jedina sistematska dela su dela Šeršenevića i Tilea. Zbog toga sledi i prikaz teorija ove dvojice inače malo poznatih ruskih autora.

[8] Rabinovič P.M.: Vremя v pravovom regulirovanii, filosofsko-юridičeskie aspekty,Pravovedenie, 3/1990, str.19.

Eršenevičev legalizam

Prvo izdanje Eršenevičeve knjige je izašlo iz štampe između 1910 i 1912. godine.U periodu previranja i pripreme agrarne reforme, za vreme vladavine poslednjeg ruskog cara Nikolaja II Romanova, Eršenevič[9] je u svom delu stao na legalističko stanovište,u smislu potpunog opravdanja postojećeg zakonodavnog stanja i svih postojećih rešenja. Nalet svojevrsne germanizacije, putem recepcije rešenja raznih pravnh i ekonomskih problema iz nemačkog i austrijskog prava(koje su i tada bile među najrazvijenijim državama) je prisutan i u ovom delu, uz veoma rudimentarno spominjanje i vrednih i značajnih rešenja iz francuskog prava.

Prilikom razmatranja početnog momenta važenja nekog zakona, Eršenevič navodi kao krucijelni problem ogromnu državnu teritoriju, povezanu sa ponegde slabom naseljenošću. Osnovni zakon Rusije od 23.aprila 1906. godine je predvideo nemogućnost stupanja zakona na snagu pre objavljivanja, te je tako već u startu umanjena mogućnost povratnog dejstva zakona(čl.91 ovog zakona). Posle objavljivanja zakona, isti stupa na snagu i to od momenta kada je objavljen.No iako važi na teritoriji cele Rusije, ne može se zahtevati njegova primena u onim gubernijama u kojima taj službeni dopis, sa objavljenim zakonom nije stigao, jer se smatra da onda ta gubernija nije ni obaveštena o novom propisu.

Iako je Eršenevič kritikovao ranije u istoj ovoj knjizi identičan način stupanja na snagu propisa u Francuskoj[10],u koncentričnim krugovima,ovde u Rusiji je, nazvan *„sistemom postepenog stupanja na snagu"* postavio kao jedini mogući i pravilan. Opravdanje je bilo- velika teritorija države.Svakako da izvesne sumnje i u ovom sistemu postoje,kao što su: šta ako taj propis *nikada* ne stigne u neku guberniju; šta ako propis primi lice koje nije ovlašćeno za prijem takvih pismena - da li će se onda cela gubernija opravdati svojim neznanjem ako ne postupe po tom propisu, kao i kakve sankcije se mogu primeniti prema licu koje je nesavesno obavilo ovaj deo svog posla.

No,*vacatio legis* je kao period u kom je obavezno upoznavanje adresata sa sadržinom propisa, i ovde neizbežan. Ocena je, da je građanima nekad potrebno više vremena da se potpuno pripreme za suštinske izmene

[9] Eršenevič G.F : Общая теория права, Tom 2,Юridičeskiй koledž MGU, Moskva, 1995, str.363.U pitanju je reprint knjige.

[10] Eršenevič, navedeno delo, str.362. Prilikom analiziranja francuske zakonodavne prakse, posebna pažnja je bila posvećena upravo zabrani retroaktivnosti, utvrđenoj Ustavom od 24.juna 1789.godine.Naime , tamo je navedeno da zakonodavac mora „sam sebe da ubedi da zakonima ne pridaje povratno dejstvo", jer bi tako činio najveći zločin protiv i sebe kao institucije i protiv društva.

u svom pravnom sistemu, te da treba dozvoliti i izuzetke u smislu postavljanja dužeg roka za upoznavanje sadržine zakona, iako je sam zakon već stupio na snagu. Šeršenevič dalje razlikuje tri vrste zakona:

1.„čvrsti zakoni"- vreme njihovog trajanja nije vremenski oročeno,dakle traju neograničeno dok ih zakonodavac ne izmeni ili zameni poptuno novim propisom. Iako se teži što dužem i efikasnijem trajanju svih propisa, to je upravo usled promenljivih društvenih okolnosti nemoguće. Novi izraz volje zakonodavca može biti upravljen neposredno na suspenziju nekog propisa koji se pokazao necelishodnim, ili su jendostavno izmenjen društvene prilike koje us diktirale donošenje nekog propisa.

Navodi se interesantan slučaj Krivičnog zakonika Rusije iz 1903. godine[11] koji je objavljen u odgovarajućem službenom glasilu,ali nikad nije stupio na snagu. I u tom slučaju je bilo potrebno prilikom donošenja novog krivičnog zakonika konstatovati prestanak važenja Zakonika iz 1903, jer u suprotnom bi se našli u paradoksalnom situaciji da imamo dva propisa koji su oba postojeća, kasniji je stupio na snagu, raniji nije, ali budući da nije zvanično derogiran, raniji propis može uvek stupiti naknadno na snagu te derogirati-kasniji.

2. *propisi čije je trajanje vremenski oročeno*- koji nose u sebi „klicu smrti" [12] i koriste se da „premoste" situaciju u kojoj neki odnosi nisu još potpuno razrešeni,a njihov značaj je takav da svako dalje odlaganja nanosi štetu. U ovom periodu je bila izražena praksa donošenja odredbi i uredbi, koja su se odnosila na rečavanje pitanja o kojima se inače raspravljalo u zakonodavnom postupku i taj zakonodavni postupak još nije okončan.

3. *prelazni propisi*- imaju za cilj da olakšaju oštru izmenu u pravnom sistemu i otklone nedoumice u pogledu toga, koji propis se treba primenjivati do donošenja ili stupanja na snagu novog propisa. Specifičnost ovih zakona je u tome što njihovo dejstvo prestaje postepeno, sa merom likvidacije tih odnosa koje su oni regulisali.

Sam princip neretroaktivnog dejstva propisa,koji je najneposrednije povezan koliko materijalnopravno sa sadržinom propisa, toliko i sa momentom početka važenja nekog propisa, može,kako smatra Šeršenevič[13], biti „naručen" od strane zakonodavca jedino u slučaju odbrane celishodnosti. Volja zakonodavca je,naime,najjača i najviše pozicionirana, i jedina ima kapacitet da se izbori sa problemima posebno faktičke prirode, uvođenja povratne snage. Tako, pod faktičkom nemogućnošću uvođenja povratne snage podrazumeva se nestanak uslova, ali i posledica potrebe,

[11] Šeršenevič, navedeno delo.str.214.
[12] Šeršenevič, navedeno delo.str.213.
[13] Šeršenevič, navedeno delo, str 24.

da se uvede samo povratno dejstvo, npr. ako umre prestupnik, čije je ranije počinjeno delo označeno novim zakonom kao prestup.U tom slučaju se ni prestupnik ne može kazniti.

Sa druge strane, postoji i problem *faktičke necelishodnosti uvođenja povratne snage.* Ako je državna vlast rešena da stvori jedan stabilan sistem, uspostavi poverenje građana u međusobnim odnosima i u sistem kao takav, ***onda se ne sme upuštati u avanturu prihvatanja povratnog dejstva i njenog uvođenja, izuzev ako je u pitanju zaštita društvenog interesa***.[14] Ruski zakoni su u ovom periodu striktno priznavali *pro futuro* važenje propisima, izuzev ako sam zakon nije odredio nešto drugo. Ovde je postavljeno i jedno interesantno pitanje. Organi uprave, sudovi ili administracija ne mogu dati po svom nahođenju nekom propisu povratno dejstvo,čak i kad bi to bilo celishodno. Pridavanje povratnog dejstva je isključivo u okviru moći zakonodavnog organa***. Prava koja su stečena po ranijem zakonu ostaju nedirnuta i nakon donošenja novog zakona,dok se jedino prosta očekivanja(čija realizacija nije ni započeta za vreme važenja starog zakona)nalaze pod„udarom novog zakona"***i njihova realizacija postaje moguća samo pod novim uslovima[15].

Šeršenevič je ipak opravdano sumnjato u ispravnost i pravičnost principa stečenih prava i njihove zaštite.. Koncept stečenih prava je uporediv sa konceptom prirodnih prava, opšte zastupljenim u filozofiji prava. Spor je vidljiv prvo na terminološkom nivou, jer prirodna prava se nazivaju i pravima stečenim rođenjem, pa ih je moguće nazvati „rođenim"'pravima,pravima u pogledu kojih postoji neraskidiva veza između njih i njihoovg adresata. Onda shodno tome,možemo govoriti i o „nerođenim" pravima, pravima koja stičemo u toku života,čiji način sticanja može biti prilično promenljiv(kao i način gubitka, uostalom). Šeršenevič govori ovde o svojevrsnoj diskriminaciji i pridavanju prioriteta zaštite prirodnim pravima, dok se ostala prava koja se stiču tokom života,a koja on smatra jednako vrednim i značajnim pravima , ostavljaju u drugom planu i često se čak i onemogućava njihovo sticanje[16].

Ovde se spominje i jedan malo poznat princip, *lex benignor retro agit*, tj da se zakon koji je povoljniji za građane može primenjivati retroaktivno,po samoj prirodi stvari. Navedeno je inspirisano izuzetkom u pri-

[14] Samo odmeravanje i utvrđivanje društvenog, opšteg ili javnog interesa može biti korišćeno kao sredstvo za zaštitu i nelegitimnog sistema, ili ostvarivanje pojedinačnih interesa.Stoga je pravilno utvrđivanje društvenog interesa, kao interesa naroda ili interesa većine, od krucijalnog značaja.

[15] Šeršenevič. navedeno delo, str.215.

[16] Šeršenevič. navedeno delo, str.216

meni retroaktivnih propisa, koja se ocrtava u primeni krivičnog zakona koji je blaži za počinioca. Broj izuzetaka se u ovom slučaju proširuje,jer je moguće i prećutnim putem ustanoviti retroaktivnost,kada je vidljivo po samoj sadržini norme da joj treba pridati povratnu snagu.

Kao veoma interesantno pitanje, izdvaja se povratna snaga interpretativnih zakona. Veliki broj teoretičara je, konstatuje Šeršenevič,ustal protiv ovakvog tumačenja, smatrajući da objašnjavanje prethodno donete norme jeste njen novi oblik a samim tim je u pitanju i nov zakon koji je sadrži. Ako bismo hteli da ijedna takva norma dobije povratnu snagu,potrebno je da joj zakonodavac posebnim ukazom prida povratnu snagu, a to ovde ne čini. Naravno, dosta teoretičara smatra da u ovom slučaju postoji jedinstvo sa ranije donetim propisom, i da nikakva retroaktivnost ne dolazi u obzir. Značajno je spomenuti da interpretativni zakon, shodno tumačenju Gradovskog a koje citira i sam Šeršenevič„, ne mora nužno da vodi reviziji postojećih završenih stanja i odnosa[17]“.

Tileov idealistički pogled

Ovaj idealizam je u slučaju Tilea skoro čiste prirodnopravne osnove. Prema njemu,ideja povratnog dejstva zakona se javlja u stvarnosti više kao ideja koja osvetljava uticaj volje zakonodavca u sferi lične slobode i odgovornosti čoveka . Upravo zato je ovaj princip nedopustiv, jer se u privatnu sferu građana,posebno u onaj deo koji im pripada po samom rođenju, ne može dirati[18].U društvu, čovek jeste i mora ostati slobodnim. Čak i prestupnik koga kažnjavaju,posmatra se kao nezavisno i slobodno biće. Do činjenja prestupa je stigao svojom voljom, jer je „kalkulišući“ između nečinjenja i kazne koja mu je zaprećena u slučaju da bude uhvaćen, odlučio da postupi kao u drugom slučaju.-potčinio se posledicama sa čijim nastupanjem je bio upoznat odranije.

Čak i kad zakonodavac predviđa u zakonu rešenje za pitanja koja se mogu javiti u vezi sa delovanjem novog zakona,ipak se ne mogu regulisati sve situacije. Primera radi, prilikom stupanja na snagu Osnova građanskog zakonodavstva, bio je izdat detaljan prelazni zakon- Ukaz Prezidijuma Vrhovnog Sovjeta SSSR od 10.4.1962. godine.Sadržao je rešenja za više od 50 različitih slučajeva,koji su smatrali najverovatnijima da će se desiti u prelaznom periodu dok novi zakon u potpunosti ne stupi na snagu. No i pored toga su u primeni konstatovani brojni nedostaci,koji su potpadali bilo pod neposrednu primenu zakona ili nadživljavanje starog

[17] Šeršenevič,str.42.

[18] A. A. Tille: Vremя, prostranstvo, zakon. Deйstvie sovetskogo zakona vo vremeni i prostranstve. M., Izdatelьstvo „Юridičeskaя literatura“, Moskva,1965,str.12.

zakona, a neretki su upravo bili slučajevi retroaktivne primene nekih odredaba zakona koji je bio smatran najzaštićenijim upravo od – retroaktivnosti.

Tile razlikuje tri vrste zakona: zakone koji direktno stupaju na snagu i važe od momenta stupanja na snagu ubuduće, zakone sa povratnom snagom,kao i situaciju nadživljavanja starog zakona. Posebno je interesantno navesti kako Tile objašnjava termin *nadživljavanja starog zakona.*

Tile ovde staje na stanovište da *je nadživljavanje starog zakona*, radi odnosa koji su započeti za vreme njegovog trajanja, krajnje neprirodno, nelogično i besmisleno,jer kako tvrdi „nad prošlim se ne može vladati".[19] Delovanje na prošle akte je nemoguće,jer oni su se već desili i njihov tok kao ni posledice nije moguće promeniti niti izbrisati. Ako je npr. zakon donet 1.januara jedne godine predviđa svoje stupanje na snagu 1.januara godine koja prethodi godini svog donošenja, to prema Tileu je sve, samo ne pravni niti logički pristup. Iz ovoga bi proizašlo, da je zakon bio u obavezi da se primenjuje i pre nego što je zapravo bio donet iako je važio stari zakon. Dakle, Tile ne prihvata ni mogućnost ustanovljavanja ove fikcije.Stečena prava ali i obaveze, koji su stečeni po režimu starog zakona, se kako je to ranije primećeno nalaze „ u procepu", i treba ih zaštiti.

Tile poznaje dva modaliteta pridavanja povratnog dejstva zakonima: izričito i prećutno[20]. U drugom slučaju, budući da izričita zapovest zakonodavca izostaje, retroaktivnost se ustanovljava na osnovu tumačenja samog teksta , ili po prirodi same materije koja je u pitanju.Tile opravdano smatra prećutno ustanovljavanje retroaktivnosti-lošim, jer ostavlja prostor za različite zloupotrebe , kao i za naknadno ustanovljavanje retroaktivnosti od strane tumača zakona, iako to nije bila originerna intencija zakonodavca prilikom donošenja zakona.

I Tile ističe princip primene krivičnog zakona koji je blaži za počinioca. On smatra da zabrana povratne snage u globalu protivureči retroaktivnosti samoj koja ublažava kaznu ili je čak i ukida[21]. I nemački pravnik Binding, navodi Tile dalje, je istakao slično mišljenje, posebno apostrofirajući poznavanje okolnosti koje mogu dovesti do osuđujuće presude za neko lice. Bez toga, svaka osoba može živeti u konstantnom strahu od budućih propisa, koji mogu najpravilnije i najbolje ponašanje oglasiti-prekršajem u nekom budućem momentu. Sama primena blažeg zakona se može posmatrati sa aspekta ličnosti prestupnika, ali i sa aspekta opšteg interesa. U prvom slučaju je konstituisana *tzv.teorija milosrđa*, koja nije

[19]A. A. Tille,navedeno delo, str.28-30
[20] A. A. Tille,navedeno delo, str.40.
[21]A. A. Tille, ibid.

imala nekog većeg uspeha ,jer se onda milosrđe i zahtevani konstantni humani odnos prema svim počiniocima počeo smatrati stečenim pravom svih počinilaca krivičnih dela,čak i onih koji su počinili najteža krivična dela. Naravno, primena jednako ili blagih ili strogih kazni se može posmatrati kao prenaglašavanje „bezdušnosti ili blagonaklonosti države u prevenciji i kažnjavanju kriminaliteta“[22]. No treba svakako imati u vidu da donošenje strožijeg zakona nije nehumani akt,nego država ocenjuje da je povećana društvena opasnost tog dela u datom trenutku i da ovim želi sprečiti dalji porast kriminaliteta te vrste. Stečena prava ovde ne postoje, niti postoji potreba za njihovom zaštitom,jer onda i samo postrožavanje sankcije gubi smisao.

Zaključne napomene

Kolektivno obaveštavanje adresata, o novo uspostavljenim pravima i obavezama se i u Rusiji smatralo- ekonomičnijim,iako pravna praksa poznaje i druge modalitete. Dugo vremena je u primeni bio princip stupanja na snagu zakona nakon proteka određenog vremena ali ne od objavljivanja zakona, već od dana dostavljanja služenog glasila nadležnom državnom organu. Iako je ovo ustanovljeno iz razloga obezbeđivanja jednakosti svih građana,koji su živeli u udaljenim delovima zemlje, isti argument se pretvorio u svoju negativnu suprotnost,jer dostavljanje je ponekad trajalo nedeljama ili nije ni izvršavano. Dešavalo se,da je jedan pravni akt stupio na snagu u jednoj oblasti a u drugoj nije. Stoga,kao jedinstven je uzet datum objavljivanja propisa, kao validan od kog se može početi računati *vacatio legis*[23].

Navedenu digresiju pravimo upravo zbog toga što su oba pitanja- i objavljivanja zakona i poštovanja stečenih prava-pitanja pravne sigurnosti, njenog postojanja i ostvarivanja.Uvreženo je mišljenje da posebno ruska pravna teorija svojim rešenjima odudara od „uobičajenih“, širom zastupljenih rešenja. No prikaz stavova upravo dva najpoznatija ruska teoretičara, Šerševeniča i Tilea, je pokazao da su njihove polazne premise, pa čak i celokupne teorije manje ili više u skladu sa evropski poznatim teorijama.

[22] Tille, str.35.
[23] V. Tille: Vremя, prostor, zakon, str.112.

Dragana Ćorić, LL.M., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Russian Legal Theory About Protection of Acquired Rights

Abstract

Russian legal theory was and still is very specific, regarding its development and results that it made. As for the question of protection of acquired rigts, we can say that there are not sistematic works about this issue, in earlier nor in modern legal theory. Nonethe less, there are few authors, which work must me mentioned, such as Šeršenevič and Tile. This paper's aim is to show how their conception, only because of lack of interest for them, are pretty much the same as all other theories, western, american, etc, that we know.

Key words: russian legal theory, acquired rigths, Šeršenevič, Tile

Originalni naučni rad 341.9(4):347.426.6

Mr Petar Đundić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ULOGA VOLJE STRANAKA PRILIKOM ODREĐIVANJA MERODAVNOG PRAVA ZA VANUGOVORNU ODGOVORNOST ZA ŠTETU U EVROPSKOM MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU

Sažetak: *Rad se bavi autonomijom volje stranaka prilikom određivanja merodavnog prava za građanskopravne delikte u međunarodnom privatnom pravu evropskih zemalja. U njemu je sadržan uporednopravni prikaz kolizionih rešenja iz nacionalnih prava država članica Evropske unije, ali i onih koja se javljaju u modernim kodifikacijama zemalja koje nisu članice EU. Takođe, značajna pažnja je posvećena mestu koje sporazum stranaka o merodavnom pravu ima u Uredbi Evropskog parlamenta i Saveta o pravu koje se primenjuje na vanugovorne obaveze (Rim II). Mogućnost da štetnik i oštećeni postignu sporazum u pogledu merodavnog prava nakon što se štetni događaj već odigrao duže vreme je prisutna u nacionalnim zakonima evropskih država. Međutim, pravo stranaka da sporazum o merodavnom pravu zaključe unapred, pre izvršenja delikta je novost koja je pre donošenja Uredbe Rim II bilo prisutno u zakonodavstvima svega nekoliko država. Ovo koliziono rešenje daje strankama koje se već nalaze u ugovornom odnosu priliku da za svoje celokupne odnose (ugovorne i vanugovorne) predvide primenu jednog prava. Time se povećava predvidivost pravnih situacija stranaka u slučaju nastanka spora i štiti pravana sigurnost. Savremene tendencije prisutne u materiji sukoba zakona kada je u pitanju vanugovorna odgovornost za štetu trebalo bi da ima u vidu i srpski zakonodavac prilikom reforme nacionalnog zakonodavstva koja se trenutno odvija.*

***Ključne reči**: autonomija volje, vanugovorna odgovornost za štetu, međunarodno privatno pravo EU, Uredba Rim II, sukob zakona.*

1. Uvodne napomene

Mogućnost da stranke postignu sporazum u pogledu prava koje će biti primenjeno na njihov odnos povodom građanskopravnog delikta ne predstavlja novost u evropskom međunarodnom privatnom pravu. Od kraja sedamdesetih godina XX veka autonomija volje u ovoj materiji zauzima sve značajnije mesto u zakonodavstvima evropskih zemalja.[1] Ova tačka vezivanja, prema pojedinim autorima, predstavlja temeljno načelo evropskog međunarodnog privatnog prava.[2] Pravo izbora kao tačku vezivanja u materiji vanugovorne odgovornosti prvo prihvataju zakoni Austrije, Švajcarske i Lithenštajna.[3] Ovaj primer su sledile gotovo sve savremene kodifikacije koje u različitim oblicima daju oštećenom i štetniku mogućnost da se sporazumeju u pogledu merodavnog prava.[4]

Kako se može objasniti ovakvo jednodušno prihvatanje volje stranaka kao tačke vezivanja, imajući u vidu da se odnos zakonodavaca i pravnih pisaca prema njoj u prošlosti (i to ne samo u oblasti vanugovorne odgovornosti)[5] može opisati rečju „skepticizam“?[6] U pravnoj doktrini se objašnjenje prvenstveno traži u analogiji između prava stranaka u kolizionopravnoj i materijalnopravnoj sferi. Premisa počiva na ideji da je u onim oblastima u kojima postoji pravo stranaka da raspolažu svojim privatnopravnim interesima u supstancijalnoj sferi, to isto valja dozvoliti i kada je

[1] T. K. Graziano, Freedom to Choose the Applicable Law in Tort – Articles 14 and 4(3) of the Rome II Regulation, u knjizi: J. Ahern, W. Binchy (ed.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (A New International Litigation Regime)*,Leiden, Boston, 2009, str. 114.

[2] J. von Hein, Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht*, 73/2009, str. 486.

[3] Vidi S. Leible, *Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionrecht*, Bonn, 2008, str. 25.

[4] Vidi član 42. nemačkog Uvodnog zakona za Građanski zakonik (1994), član 1.43. Građanskog zakonika Litvanije (2000), član 54. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Estonije (2002), član 101. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Belgije (2004), član 113. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Bugarske (2005), član 33. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Makedonije, član 34. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Turske (2007), član 1219. Građanskog zakonika Ruske Federacije (2008). Izuzetak u ovom smislu je Zakon o međunarodnom privatnom pravu Velike Britanije (1995), koji ne prihvata mogućnost sporazuma stranaka o merodavnom pravu za građanskopravne delikte.

[5] Vidi Th. M. De Boer, Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation, *Yearbook of Private International Law*, vol. IX/2007, str. 19.

[6] Vidi S. Lieble, *op. cit*., str. 25.

reč o određivanju merodavnog prava. Ako je u pitanju oblast u kojoj su dominantni privatnopravni interesi (a to je nesumnjivo slučaj sa obligacionim odnosima između privatnopravnih subjekata) potrebno je sačuvati mogućnost da učesnici odnosa raspolažu sopstvenim pravima i obavezama, pa i na posredan način – tako što će u odnosima sa inostranim elementom odrediti merodavno nacionalno pravo. Time se objašnjava postojanje mogućnosti da stranke odrede merodavno pravo u određenim oblastima prava i potpuno odsustvo ove tačke vezivanja kada su u pitanju neke druge oblasti.[7] Budući da oštećeni kod građanskopravnog delikta, po pravilu, može da odluči da zaključi poravnanje sa štetnikom, pa i da odluči da li će uopšte zahtevati zaštitu svojih prava ili ne, ovom subjektu je potrebno ostaviti i mogućnost da se sa štetnikom sporazume u pogledu toga koje će pravo biti primenjeno na njihov odnos.[8]

Razlozi pravne sigurnosti i predvidivosti merodavnog prava takođe govore u prilog prihvatanja sporazuma stranaka u materiji građanskopravnih delikata. Ako se strankama dozvoli da izaberu merodavno pravo, time se eliminišu sve dileme u pogledu ovog pitanja i učvršćuje pravna sigurnost.[9] Konačno, ni razlozi praktičnog karaktera nisu zanemarljivi. Sporazum stranaka može olakšati posao suda i ubrzati sprovođenje postupka i donošenje odluke. To je posebno slučaj kada štetnik i oštećeni postignu sporazum o primeni prava države suda.

Autonomija volje stranaka, prema tome, danas sa razlogom predstavlja deo „opštih načela evropskog međunarodnog privatnog prava delikata."[10] Zbog toga se mogućnost sporazuma o merodavnom pravu javlja kao jedan od temelja zakonodavnog akta kojim je izvršena unifikacija kolizionih normi u materiji vanugovorne odgovornosti u državama članicama Evropske unije i najmodernije kodifikacije ovog tipa danas u Evropi. Uredbu br. 864/2007 Evropskog parlamenta i Saveta od 11. jula 2007. godine o pravu koje se primenjuje na vanugovorne obaveze (Rim II)[11] dužni su da primenjuju od 11. januara 2009. godine nacionalni sudovi svih država članica (sa izuzetkom Danske) i to na slučajeve prouzrokovanja štete koji su nastupili nakon njenog stupanja na snagu (20. avgusta 2007. godine).[12] Značaj Uredbe o pravu koje se

[7] Vidi Th. M. De Boer, *op. cit*., str. 20.

[8] T. K. Graziano, *op. cit*., str. 115.

[9] *Ibidem*.

[10] T. K. Graziano, General Principles of Private International Law of Tort in Europe, u knjizi: J. Basedow, H. Baum, Y. Nishitani (ed.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Prespective*,Tübingen, 2008, str. 249.

[11] Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ 2007, L 199/40.

[12] Vidi članove 31. i 32. Uredbe

primenjuje na vanugovorne obaveze (u daljem tekstu: Uredba) proističe iz činjenice univerzalnosti u primeni. Naime, njene kolizione norme imaju prednost u odnosu na kolizione norme u nacionalnim pravima država članica, na osnovu dobro poznatog pravila o supermatiji prava EU u odnosu na nacionalno pravo, a pravo koje je na osnovu njih merodavno primenjuje se bez obzira da li koliziona norma ukazuje na pravo države članice ili treće države.[13]

Nastavak rada sadrži analizu rešenja iz člana 14. Uredbe koji štetniku i oštećenom pruža mogućnost postizanja sporazuma o merodavnom pravu. Izlaganje uvažava razliku između dve osnovne situacije koje su praktično moguće – sporazum o merodavnom pravu postignut *post factum*, nakon nastupanja štetenog događaja, i sporazum koji su stranke postigle pre nego što se delovanje štetnika materijalizovalo u vidu nastanka štete. Pokušaćemo da pokažemo korisnost i potencijalno veliki praktični značaj sporazuma o merodavnom pravu koji su postignuti pre nastanka građanskopravnog delikta, te da ukažemo na potrebu da srpski zakonodavac predvidi ovakvo rešenje prilikom predstojeće reforme kolizionog zakonodavstva. Rad se posebno osvrće na rešenja iz Uredbe koja ograničavaju slobodu izbora stranaka kod sporazuma zaključenih pre nastupanja štetnog događaja, kao i na ona koja ograničavaju autonomiju volje uopšte.

2. Sporazum o merodavnom pravu postignut nakon nastupanja štetnog događaja

Odredba stava 1. člana 14. pod a) daje mogućnost strankama da podvrgnu vanugovorni odnos pravu po svom izboru, **na osnovu sporazuma zaključenog nakon što je nastupio štetni događaj**. U pitanju je normativno rešenje koje se može nazvati uobičajenim u međunarodnom privatnom pravu evropskih država. Većina evropskih nacionalnih prava koja prihvataju autonomiju volje u ovoj oblasti ograničavaju mogućnost izbora na slučajeve kada je građanskopravni delikt već izvršen.[14] Razlog za ograničenje autonomije stranaka na situacije kada je štetni događaj već nastupio je u svim ovim nacionalnim pravima isti. Ograničenje je zasnovano na shvatanju da strankama ne treba dozvoliti da se nepovratno odreknu svojih prava sporazumom koji bi bio postignut pre nastanka vanugovornog odnosa,[15] odnosno, na želji da se pruži zaštita slabijoj strani u

[13] Vidi član 3. Uredbe.

[14] Takav je slučaj sa zakonskim rešenjima u Švajcarskoj, Nemačkoj, Litvaniji, Estoniji, Belgiji, Bugarskoj, Makedoniji, Turskoj i Rusiji.

[15] Vidi C. W. Fröhlich, *The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome-II Regulation (A Comparative Study of the Choice Law Rules in Tort Under European, German and English Law)*, Hamburg, 2008, str. 29.

situacijama kada su pregovaračke pozicije očigledno nejednake.[16] Ono prvenstveno ima u vidu poziciju oštećenog kao slabije strane u odnosu povodom prouzrokovanja štete, te potrebu da se ovom subjektu pruži zaštita od moćnih protivnika, kao što su, na primer, osiguravajuća društva.[17]

Kakvi su izgledi da štetnik i oštećeni postignu sporazum *ex post facto*? Praktični značaj ove mogućnosti nije velik. Razlozi za takav zaključak su očigledni i ne zahtevaju naročito široku elaboraciju. Nakon što se štetni događaj već odigrao, interesi stranaka se dijametralno razlikuju. Njihova pozicija u sporu koji bi trebalo da usledi u vezi sa plaćanjem naknade za prouzrokovanu štetu zavisi od sadržine supstancijalnog merodavnog prava. U takvoj situaciji je teško očekivati postizanje saglasnosti, jer se nijedna od stranaka neće saglasiti sa primenom prava koje je za nju nepovoljnije u odnosu na ono do kojeg vodi koliziona norma koja se primenjuje u odsustvu izbora. Navedeno normativno rešenje ipak nije bez praktičnog značaja.

Tako, na primer, Graciano (*Graziano*) navodi da su se stranke u verovatno najpoznatijem slučaju iz oblasti međunarodnog privatnog prava građanskopravnih delikata kojim se bavio Sud Evropske unije, u slučaju Bir (*Bier*)[18], složile sa primenom prava Holandije, iako su u prvom trenutku i štetnik i oštećeni insistirali na primeni svog nacionalnog prava (prava Francuske, odnosno Holandije).[19] Motivacija za postizanje sporazuma nalazila se u činjenici da se pred holandskim sudovima u žalbenom postupku nije mogla ispitivati pravilnost primene stranog prava. Na taj način su stranke sačuvale mogućnost da odluka prvostepenog suda bude preispitana u drugostepenom postupku, budući da prethodno pomenuto ograničenje nije važilo u slučaju kada je prvostepena odluka doneta primenom domaćeg prava.[20] Razlog da se stranke saglase sa primenom *lex fori* nakon nastanka spora može se nalaziti i u želji da se postupak učini bržim i jeftinijim, tako što će sud izbeći potrebu da utvrđuje sadržinu stranog prava.[21] Slično tome, de Bur (*de Boer*) ukazuje na praksu holandskih sudova da prilikom rešavanja sporova sa inostranim elementom upozore stranke na mogućnost postizanja sporazuma u pogledu prava koje će biti primenjeno. Sudovi ove države, prema onome što autor navodi, rado

[16] Vidi Th. M. De Boer*, op. cit*., str. 27.

[17] Vidi Th. M. De Boer, Facultative Choice of Law - The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law, *Recueil des cours*, vol. 257/1996, str. 333.

[18] Predmet 21/76 *Handelskwekerij G. J. Bier v. Mines de potasse d'Alsace SA*, presuda, 30. novembar 1976. godine.

[19] T. K. Graziano, Freedom to Choose the Applicable Law in Tort, str. 116.

[20] *Ibidem*.

[21] Vidi T. K. Graziano, *Europäisches Internationales Deliktsrecht*, Tübingen, 2003, str. 31.

strankama sugerišu postizanje sporazuma o primeni domaćeg prava, sa argumentom da bi utvrđivanje sadržine stranog prava „prouzrokovalo znatno odlaganje donošenja odluke."[22]

Ni član 14. ni uvodni deo uz Uredbu ne sadrže bilo kakvu naznaku ograničenja autonomije volje stranaka u odnosu na pravo čiju primenu mogu izabrati. U malom broju evropskih nacionalnih zakonodavstava autonomija volje stranaka kod građanskopravnih delikata svedena je na mogućnost izbora prava države suda.[23] Odsustvo ovakvog ograničenja u Uredbi može se tumačiti jedino kao pružanje ovlašćenja strankama da izaberu primenu bilo kog prava na svoj odnos, dakle i prava koje nije ni u kakvoj vezi sa njihovim odnosom ili činjenicama slučaja. Naravno, drugo je pitanje da li stranke imaju interesa da izvrše takav izbor i koliko je takva mogućnost realna.

3. Sporazum o merodavnom pravu postignut pre nego što je štetni događaj nastupio

Ako mogućnost da se stranke sporazumeju o merodavnom pravu za vanugovornu odgovornost *ex post facto* ne predstavlja revolucionarnu novinu u evropskom međunarodnom privatnom pravu, isto se ne bi moglo tvrditi za sporazum stranaka koji anticipira nastupanje štetnog događaja. Pre usvajanja Uredbe, tako široka autonomija volje postojala je u kolizionom zakonodavstvu tri države, od kojih su samo dve države članice EU.[24]

Zbog toga ne iznenađuje činjenica da je u prvom predlogu Uredbe koji je podnela Evropska komisija izostavljena mogućnost zaključenja sporazuma o merodavnom pravu *ex ante*.[25] U obrazloženju uz tekst predloga, Komisija je navela jedino da je pratila skorašnja rešenja iz nacionalnih međunarodnih privatnih prava, pomenuvši izričito nemačko i holandsko zakonodavstvo. Mogućnost zaključenja sporazuma o merodavnom pravu pre nego što je nastupio štetni događaj uneta je u tekst predloga Uredbe tek prilikom prvog razmatranja teksta od strane Evropskog parlamenta.[26] Krajnji rezultat zakonodavnog procesa je odredba koja dozvolja-

[22] Th. M. De Boer, Facultative Choice of Law, str. 330, 331.

[23] Vidi član 132. švajcarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu (1987), član 54. estonskog Zakona, član 1.43. Građanskog zakonika Litvanije i član 1219. Građanskog zakonika Ruske Federacije.

[24] U pitanju su zakonodavstva Austrije, Holandije i Lihtenštajna. Vidi T. K. Graziano, *Europäisches Internationales Deliktsrecht*, str. 27, fusnota br. 140.

[25] Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non-contractual obligations ("Rome II"), Brussels, 22.7.2003, COM (2003) 427 Final.

[26] Vidi A. Dickinson, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2008, str. 540.

va strankama da se unapred sporazumeju o pravu merodavnom za vanugovornu odgovornost, ali samo uz odgovarajuća ograničenja.

Odredba o kojoj je reč ima u vidu prvenstveno situacije u kojima među strankama već postoji ugovorni odnos koji prethodi nastupanju delikta. Ako nema ugovora, štetnik i oštećeni neće biti u kontaktu, pa bi postizanje sporazuma o pravu merodavnom u slučaju nastupanja vanugovorne odgovornosti predstavljalo kuriozitet. Tekst Uredbe u celini je obeležen svešću o mogućoj povezanosti ugovornog i vanugovornog odnosa, što se može zaključiti na osnovu stava 3. člana 4. koji sadrži klauzulu odstupanja od opšteg pravila da se na vanugovorni odnos primenjuje pravo mesta nastupanja direktne štete. Od primene ovog prava (ili prava zajedničkog redovnog boravišta stranaka), naime, može se odstupita ako postoji očigledno bliža veza sa drugim pravom. Očigledno bliža veza, pri tome, može se naročito zasnivati na ranije postojećoj vezi između stranaka, **kao što je ugovor koji je tesno povezan sa deliktom**.

Ako je između stranaka zaključen ugovor, u slučaju prouzrokovanja štete i nastanka vanugovorne odgovornosti, postoji interes da na njihov celokupni odnos bude primenjeno isto pravo. Ovakav interes je naročito prisutan kod štetnika. U većini nacionalnih pravnih sistema u Evropi danas postoji slobodna konkurencija tužbenih osnova. Kada je istim aktom odgovornog lica prouzrokovana šteta oštećenom, u vidu povrede fizičkog integriteta ili umanjenja vrednosti imovine, i izvršena povreda ugovorne obaveze, potencijalni tužilac može da se opredeli za podnošenje deliktne tužbe ili tužbe zasnovane na povredi ugovora.[27] U slučaju odnosa sa inostranim elementom stvari se dodatno komplikuju na osnovu činjenice da se merodavno pravo za ugovorni i vanugovorni odnos određuju na osnovu različitih kolizionih normi države suda. Izborom merodavnog prava unapred i za slučaj vanugovorne odgovornosti, izbegava se neizvesnost u pogledu merodavnog prava koja bi postojala zbog mogućnosti različite kvalifikacije tužbenih zehteva. Izvesnost pravnih situacija pogoduje obema stranama u odnosu, a ne samo štetniku.

Međutim, pasus br. 31 u uvodnom delu Uredbe sadrži naznaku da se evropski zakonodavac rukovodio i drugim razlozima, a ne samo željom da se postigne pravna sigurnost, kada je predvideo mogućnost sporazuma stranaka. U ovom delu dokumenta, navodi se i da je „potrebno pružiti zaštitu slabijoj strani nametanjem izvesnih uslova prilikom izbora.“ U nastavku ra-

[27] O konkurenciji tužbenih zahteva u materiji odgovornosti za štetu prouzrokovanu proizvodom sa nedostatkom vidi P. Đundić, *Međunarodna nadležnost i merodavno pravo u sporovima o odgovornosti za proizvode sa nedostatkom*, magistarska teza, Novi Sad, 2007, str. 24-26.

da biće reči o tim ograničenjima, prvo kada su u pitanju sporazumi postignuti pre nego što je nastupio štetni događaj, a zatim o ograničenjima autonomije volje kod određivanja merodavnog prava za vanugovorne obaveze uopšte.

3. 1. Sporazum može biti postignut između stranaka koje obavljaju komercijalnu delatnost

Mogućnost izbora merodavnog prava pre nastupanja štetnog događaja stav 1. Člana 14 pod b rezerviše za slučajeve kada „sve stranke obavljaju komercijalnu delatnost". Cilj ovog ograničenja nalazi se u tome da se pruži zaštita slabijoj strani u odnosu. Prema obrazloženju uz izmenjeni predlog Komisije, formulacija koja je predložena bi trebalo da zaštiti zaposlene i potrošače od „nepromišljenog izbora".[28] Što se tiče uslova da sve stranke obavljaju komercijalnu delatnost, reč „stranke" se odnosi na subjekte koji zaključuju sporazum o merodavnom pravu, a ne na stranke u postupku koji je pokrenut tužbom za naknadu štete.[29] Ako se kao jedna od stranaka u tom postupku nađe lice koje nije učestvovalo u zaključenju sporazuma, sud koji postupa mora utvrditi da li je ovaj subjekt stupio u prava i obaveze stranke koja je zaključila sporazum.[30]

Jedno od pitanja koje zahteva tumačenje od strane sudova je pitanje da li je moguće izbeći ograničenje iz člana 14, indirektnim izborom merodavnog prava preko sporazuma o pravu merodavnom za ugovor, a na osnovu stava 3. člana 4. Uredbe. Ako se na njega odgovori potvrdno, pravilo o „akcesornom vezivanju" (eng. *accessory attachment*), koje se javlja, na primer, i u nemačkom i belgijskom nacionalnom zakonodavstvu, dovelo bi do toga da se autonomija volje za ugovor zaključen između strana od kojih bar jedna ne obavlja komercijalnu delatnost indirektno proširi i na njihov vanugovorni odnos.[31] U pravnoj doktrini se javljaju gledišta da je tako nešto moguće.[32] Ipak, ona se iznose bez šireg obrazloženja i zasnovana su na je-

[28] Amended proposal for a European Parliament and Council Regulation on the law applicable to non-contractual obligations ("Rome II"), Brussels, 21.2.2006, COM (2006) 83 final, str. 3, amandman 25.

[29] A. Dickinson, *op. cit*., str. 543.

[30] *Ibidem*.

[31] Graciano navodi da su zakoni Nemačke i Belgije predstavljali glavnu inspiraciju tvorcima Uredbe, a da ova dva zakonodavstva dozvoljavaju indirektan izbor merodavnog prva za delikt, preko izbora merodavnog prava za ugovor, iako je zaključenje samostalnog sporazuma o merodavnom pravu za delikt pre njegovog nastupanja zabranjeno. Autor, međutim, i sam navodi da bi tumačenje prema kojem je ovo moguće bilo suprotno ciljevima Uredbe. Vidi T. K. Graziano, Freedom to Choose the Applicable Law in Tort, str. 125,126.

[32] C. W. Fröhlich, *op. cit*., str. 32, 33; J. von Hein, *op. cit*., str. 487; A. Briggs, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford, 2008, str. 419.

zičkom, odvojenom tumačenju članova 4. i 14. Uredbe. Ako se pođe od ciljeva koje su tvorci Uredbe želeli da postignu i imaju u vidu dokumenta nastala u procesu njenog donošenja, neminovan je zaključak da je takvo tumačenje neopravdano. Nema nikakvog razloga za to da zakonodavac zabrani jednoj kategoriji subjekata izbor merodavnog prava za građanskopravne delikte, ako ta zabrana jednostavno može da se zaobiđe na indirektan način, preko izbora merodavnog prava za ugovor.

Sa druge strane, potpuno je različito pitanje da li je uvođenje ograničenja prava izbora za stranke koje ne obavljaju komercijalnu delatnost opravdano i da li je to bio jedini način da se slabija strana u odnosu spreči u tome da se odrekne zaštite koja joj je pružena u pravu merodavnom na osnovu objektivne tačke vezivanja. Zbog toga je pre donošenja konačnog zaključka o odnosu između stava 3. člana 4. i stava 1. člana 14. pod b Uredbe potrebno sagledati na koji način će ovo pitanje tumačiti sudska praksa, a naročito kakav stav će o tome zauzeti Sud Evropske unije u postupku odlučivanja o prethodnom pitanju. Ako sudovi budu smatrali da je ovo ograničenje neopravdano, vrlo je moguće da će ono biti derogirano takvim tumačenjem.[33]

Rešenje kojim je mogućnost izbora merodavnog prava *ex ante* ograničena na stranke koje obavljaju komercijalnu delatnost inspirisano je, po svemu sudeći, normom člana 32. nemačkog Zakonika o građanskom postupku koja dozvoljava strankama da zaključe sporazum o nadležnosti suda pre isticanja tužbenog zahteva samo u situaciji kada sve one obavljaju komercijalnu delatnost.[34] Ono je s pravom kritikovano u pravnoj literaturi zbog paternalističkog odnosa prema strankama koje ne obavljaju komercijalnu delatnost. Ističe se da i stranke koje ne ispunjavaju ovaj uslov imaju interesa da postignu sporazum o merodavnom pravu unapred, te da se zaštita slabije strane u ovom odnosu može postići i manje rigidnim ograničenjima.[35] Posebno je značajan argument da nema razloga smatrati da je autonomija volje podložnija zloupotrebama u materiji vanugovornih, u odnosu na ugovorne odnose, te da se zaštita slabije strane može postići ograničenjima koja su slična onima u oblasti ugovora.[36] Naime, Uredba Rim I sadrži kolizione norme za ugovore zaključene sa potrošačima i ugovore o radu, ali ugovornim stranama ne zabranjuje da izaberu merodavno pravo, već samo sprečava potrošača, odnosno zaposlenog da se ovakvim izborom odrekne zaštite prisutne u imperativnim normama

[33] Takvo tumačenje zagovara Fon Hajn (*von Hein*). Vidi J. von Hein, *op. cit*., str. 490.

[34] R. Plender, M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, Third Edition, London, 2009, str. 765.

[35] Vidi C. W. Fröhlich, *op. cit*., str. 31.

[36] *Ibidem*, str. 32.

prava koje bi bilo merodavno u odsustvu izbora.[37] Pojedini autori ističu analogiju između sporazuma o merodavnom pravu za građanskopravni delikt i prorogacionih sporazuma na osnovu Uredbe Brisel I, koja slabijoj strani pruža mogućnost da se pozove na klauzulu o izboru nadležnog suda koja je sadržana u ugovoru o osiguranju, ugovoru sa potrošačima ili u ugovoru o radu, kada smatra da je to za nju povoljnije.[38] Zbog kontrasta između slobode izbora merodavnog prava za potrošače i zaposlene kod ugovora, sa jedne strane, i potpunog odsustva mogućnosti da ovi subjekti izaberu unapred pravo merodavno za građanskopravni delikt, sa druge, verovatno je da će u budućnosti doći do izmene kritikovanog rešenja iz Uredbe, u pravcu liberalizacije stranačkog izbora. Na taj način bi bila postignuta odgovarajuća proporcija i ravnoteža među kolizionim normama za obligacione odnose koje važe u Evropskoj uniji.

3. 2. Sadržina sporazuma mora biti „slobodno utvrđena"

Ovaj uslov za punovažnost izbora merodavnog prava kada je reč o sporazumu zaključenom pre nego što je nastupio štetni događaj odnosi se zapravo na zahtev da obe stranke učestvuju u utvrđivanju odredaba sporazuma, tj. u procesu pregovaranja o njegovoj sadržini.[39] Na osnovu objašnjenja koje je Evropski parlament dao prilikom prvog čitanja teksta predloga Uredbe, jasno je da taj uslov neće biti ispunjen kada su u pitanju adhezioni ugovori.[40] Prvobitna intervencija Evropskog parlamenta sadržala je i zahtev da sporazum bude zaključen između stranaka sa „jednakom pregovaračkom snagom", ali je on izostavljen u konačnom tekstu.[41] Može se pretpostaviti da je formulacija koja je insistirala na jednakoj pregovaračkoj snazi stranaka bila zasnovana na svesti da i u odnosu između dve stranke koje obavljaju komercijalnu delatnost postoji ona kojoj je neophodno pružiti zaštitu.[42]

---

[37] Vidi stav 2. člana 6. i stav 1. člana 8. Uredbe broj 593/2008 Evropskog parlamenta i Saveta od 17. juna 2008. godine o pravu koje se primenjuje na ugovorne obaveze (Rim I), (Regulation (EC) of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ 2008, L 177/6.

[38] Vidi Th. M. De Boer, Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation, str. 28.

[39] Odredba stava 1. člana 14. pod b u originalu, na engleskom jeziku pominje „*...an agreement freely negotiated...*"

[40] A. Rushworth, A. Scott, Rome II: Choice of law for non-contractual obligations, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2008, str. 293.

[41] Vidi A. Dickinson, *op. cit*., str. 540.

[42] U vezi sa ovim pitanjem vidi S. Symeonides, The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons, *Tulane Law Review*, 82/2007-

U pogledu konačnog teksta člana 14. Uredbe, *travaux préparatoires* govore u prilog zaključka da je sadržina sporazuma slobodno utvrđena samo u slučajevima kada su stranke individualno pregovarale o ovom pitanju.[43] Prema tumačenjima koja su prisutna u teoriji, ovo ne znači da je svaka klauzula o izboru merodavnog prava prisutna u ugovoru čiji je tekst unapred pripremila jedna od ugovornih strana automatski nevažeća. Suština pomenutog zahteva je u tome da je i strana kojoj je prezentovan ugovor u standardnoj formi imala istinsku priliku da se upozna sa sadržinom odredbe o izboru merodavnog prava, da slobodno pregovara o toj odredbi i utiče na njenu sadržinu.[44]

4. Pravo koje stranke mogu izabrati

Pod „pravom" koje stranke mogu da izaberu za svoj vanugovorni odnos podrazumeva se pravo određene države. Takav zaključak proizilazi iz tumačenja osnovnog kolizionog pravila iz člana 4. Uredbe koji govori o „pravu države u kojoj je nastupila šteta, nezavisno od države u kojoj se odigrao događaj koji je izazvao štetu i nezavisno od države ili država u kojima je nastupila indirektna posledica tog događaja" kao merodavnom. Isto tako, stav 2. člana 14. govori o „državi čije je pravo izabrano" u odredbi o odstupanju od primene prava oko kojeg su stranke postigle sporazum. Pojedini autori ističu da je nemogućnost da državno pravo bude potpuno zamenjeno autonomnim pravnim izvorom paralelno sa ovakvom zabranom koja postoji u sistemu uspostavljenom na osnovu Rimske konvencije, odnosno Uredbe Rim I.[45] Sa druge strane, sudeći prema pasusu broj 13 u uvodnom delu uz Uredbu Rim I, u materiji ugovornih obaveza ugovornim stranama je dozvoljena materijalnopravna autonomija volje – mogućnost da zamene dispozitivne odredbe inače merodavnog državnog prava dispozitivnim odredbama nekog izvora autonomnog karaktera.[46] Tako nešto se ne pominje u Uredbi kada je reč o autonomiji volje stranaka kod vanugovornih obaveza. Jedan od argumenata protiv ideje da se strankama dozvoli ovakva sloboda u materiji građanskopravnih delikata je činjenica da je donošenje Uredbe u mnogim državama članicama označilo prvi put prihvatanje punovažnosti

---

2008, str. 1772. Autor smatra da je zaštita slabije strane nedosledno sprovedena na osnovu konačne formulacije člana 14, budući da se njome ne štiti slabija strana koja obavlja komercijalnu delatnost u ugovorima kao što je, na primer, ugovor o franšizingu.

[43] A. Rushworth, A. Scott, *op. cit*., str. 293.

[44] Vidi R. Plender, M. Wilderspin, *op. cit*., str. 772. U tom smislu, takođe, A. Dickinson, *op. cit*., str. 563.

[45] Vidi R. Plender, M. Wilderspin, *op. cit*., str. 768, 769. Takođe, A. Dickinson, *op. cit*., str. 552.

[46] Vidi o tome kod J. von Hein, *op. cit*., str. 490, 491.

izbora merodavnog prava za vanugovorni odnos pre nastupanja štetnog događaja, što je značajan korak „čije bi rezultate trebalo pažljivo pratiti pre nego što se autonomija volje u ovoj oblasti proširi još dalje."[47]

Jedno od pitanja koje se nužno postavlja u situacijama kada se strankama poveri određivanje merodavnog prava je pitanje odnosa prema „cepanju statuta" – mogućnosti da se na različite aspekte istog vanugovornog odnosa voljom stranaka primeni različito pravo. Ako se ponovo ima u vidu paralela sa režimom koji je uspostavljen Rimskom konvencijom, odnosno Uredbom Rim I kada je reč o kolizionim normama za ugovore,[48] gde se depesaž izričito dopušta, izostanak bilo kakve reference u tom smislu u Uredbi Rim II može se uzeti kao indikativan.[49] Razlozi pravne sigurnosti, interesi koherentnosti u primeni pravnih normi i činjenica da se u kolizionim normama koristi reč „pravo" u jednini, govore u prilog tumačenja da je strankama dozvoljeno da vanugovorni odnos svojom voljom podrede samo jednom pravu.[50] Takođe, trebalo bi imati u vidu da je tekst pasusa broj 31 u uvodnom delu Uredbe nastao tek nakon usaglašavanja i to tako što je iz njega izbačen deo na kojem je insistirao Evropski parlament i koji govori o „izboru prava koje se primenjuje na **pitanje** u vezi sa deliktom,"[51] čime je izbegnuto potencijalno tumačenje prema kojem je dozvoljen izbor različitih prava za pojedina, različita pitanja u vezi sa vanugovornim odnosom.

5. Izbor mora biti izvršen izričito ili sa razumnom sigurnošću proisticati iz okolnosti slučaja i ne može uticati na prava trećih lica

Ova odredba stava 1. člana 14. odnosi se kako na sporazume postignute nakon štetnog događaja, tako i na one koji su nastali pre njegovog nastupanja. Cilj joj je da sud primeni pravo do kojeg je došao na osnovu člana 14. Uredbe samo onda kada stvarna volja stranaka ukazuje na primenu tog prava. Mada se na prvi pogled ovo pitanje može učiniti suvišnim, kao problem se može javiti dilema da li su stranke izvršile izričit izbor merodavnog prava? Ona je posebno aktuelna kada je reč o sporazumima koji se zaključuju pre nastupanja delikta, s obzirom na to da će tada

[47] *Ibidem*, str. 491. Suprotno: T. K. Graziano, Freedom to Choose the Applicable Law in Tort, str. 119.

[48] Stav 1. člana 3. Uredbe Rim I.

[49] Vidi X. E. Kramer, The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European private international law continued, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 26/1, 2008, str. 423.

[50] A. Dickinson, *op. cit*., str. 552.

[51] *Ibidem*. Naglasak autora.

najčešće ugovor zaključen između stranaka sadržati klauzulu o merodavnom pravu za ugovorni odnos. Da li se tada može reći da se izbor odnosi i na vanugovorni odnos koji je nastao naknadno? Mnogo toga bi trebalo da zavisi od načina na koji je formulisana sama klauzula o izboru merodavnog prava. Jedina sigurna opcija za stranke je da u ugovornoj klauzuli izričito pomenu da se izbor merodavnog prava odnosi i na vanugovorne odnose ili na celokupne odnose među njima. U slučaju kada se u ugovoru upotrebljene neodređenije formulacije (na primer, kada su pomenuti svi sporovi koji proističu iz ugovora ili u vezi sa ugovorom), ugovorna klauzula o izboru merodavnog prava može da posluži kao jedna od indicija koja ukazuje na to da je izbor izvršen prećutno.[52]

Sa druge strane, postavlja se i pitanje kada se sa razumnom sigurnošću može zaključiti da su stranke želele primenu nekog prava na vanugovorni odnos iako sporazum o tome nije postignut izričito? Utvrđivanje prećutne volje stranaka zasnovano je na pretpostavci o tome da su stranke želele primenu određenog prava, ali da to nisu izričito saopštile.[53] Plender i Vilderspin (*Plender, Wilderspin*) ističu da ne postoji nikakva suštinska razlika između odredbe člana 14. Uredbe i odredbe stava 1. člana 3. Uredbe Rim I koja kod izbora merodavnog prava za ugovor insistira na tome da izbor bude izvršen izričito ili da jasno proističe iz odredaba ugovora ili okolnosti slučaja.[54] Britanski autori na osnovu ove tvrdnje izvode dva zaključka. Prvi je da se sve okolnosti koje ukazuju na prećutan izbor merodavnog prava za ugovor mogu analogno primenjivati kada je reč o izboru merodavnog prava za delikt, a drugi da sud nema pravo da na osnovu određenih objektivnih činjenica izvodi zaključak o tome koje su pravo stranke mogle da izaberu kao merodavno, ako je jasno da kod njih nije bilo stvarne volje da o tome postignu sporazum.[55]

Pored nesporne ispravnosti tvrdnje da tzv. hipotetičku autonomiju volje treba isključiti ako je cilj suda utvrđivanje stvarne volje stranaka, potrebno je istaći da pomenuto gledište ipak zanemaruje razliku između ugovornog i vanugovornog odnosa stranaka koja nesumnjivo postoji, bez obzira na povezanost ugovora i delikta. Naime, Uredba Rim I daje nadležnom sudu mogućnost da zaključak o volji ugovornih strana izvede posredno, na osnovu odredaba ugovora i okolnosti slučaja. Odredbe ugovo-

[52] Vidi o tome *Ibidem*, str. 554, 555.

[53] Moglo bi se spekulisati da je nesigurnost ovakvih pretpostavki razlog zbog kojeg je turski zakonodavac, na primer, predvideo da se sporazum stranaka o merodavnom pravu može postići samo izričito. Vidi stav 5. člana 34. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Turske (2007).

[54] R. Plender, M. Wilderspin, *op. cit*., str. 772.

[55] *Ibidem*, str. 773, 774.

ra mogu da sadrže indicije na osnovu kojih se indirektno dolazi do prećutne volje ovih subjekata. Ako se posredno zaključivanje o volji u pogledu merodavnog prava za ugovor naknadno odvede još jedan korak dalje i na osnovu indicija koje se vezuju za ugovorni odnos odredi i merodavno pravo za vanugovorni odnos stranaka, može se osnovano tvrditi da bi zaključivanje po analogiji odvelo sud suviše daleko od onoga što bi bila istinska volja štetnika i oštećenog. Umesto toga neophodan je oprezniji pristup koji kod određivanja merodavnog prava za vanugovorne odnose daje prednost okolnostima koje nisu vezane isključivo za ugovorni odnos.

U vezi sa navedenim problemom je i pitanje da li stranke mogu da postignu prećutni sporazum o merodavnom pravu nakon pokretanja sudskog postupka. Načelno ne postoji nijedan razlog da se ovakav sporazum isključi, tim pre što je praksa postizanja izričitog sporazuma o primeni *lex fori* raširena u sudskoj praksi pojedinih evropskih država, na način koji je već opisan u ovom radu. Međutim, kada je prećutan sporazum u pitanju trebalo bi voditi računa o tome da se insistiranje na prećutnom sporazumu stranaka o primeni domaćeg prava ne dovede do toga da se kolizionim normama oduzme imperativni karakter. S tim u vezi, činjenicu da se nijedna od stranaka u postupku povodom naknade štete zbog izvršenog građanskopravnog delikta nije pozvala na merodavnost stranog prava, ne bi trebalo tumačiti tako da su stranke time izrazile prećutni pristanak na primenu domaćeg prava.[56]

Prema odredbi o kojoj je reč, izbor merodavnog prava ne može da utiče na prava i obaveze trećih lica. U pitanju je ograničenje koje je slično onom iz stava 2. člana 3. Rimske konvencije, odnosno Uredbe Rim I. U ovim aktima je predviđeno da naknadna izmena sporazuma o pravu merodavnom za ugovor koji su postigle stranke ne može štetno uticati na prava trećih lica. Kada je u pitanju sporazum o pravu merodavnom za delikt, izraz „treća lica" obuhvata prema obrazloženju uz prvobitni predlog Evropske komisije, pre svega, osiguravača štetnika od odgovornosti.[57] Kao lica koja su ovom odredbom zaštićena pominju se i srodnici oštećenog lica, kao i osiguravač oštećenog.[58] Naravno, ona se ne odnosi na lice koje je kao pravni sledbenik stranke koja je postigla sporazum stupilo u

[56] Ovakva praksa je uzela maha kada su u pitanju ugovorni sporovi sa inostranim elementom rešavani pred Trgovinskim (sada Privrednim) sudom u Beogradu. Prosto nepozivanje tužioca na činjenicu da je merodavno strano pravo uz podnošenje tužbe pred domaćim sudom smatra se dovoljnim za zaključak da je postignut prećutni sporazum između stranaka. Vidi presudu Višeg trgovinskog suda Pž. 120/2005 od 17. februara 2005. godine. Citirano u bazi Paragraf.net.

[57] Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non-contractual obligations ("Rome II"), str. 22.

[58] Vidi T. K. Graziano, Freedom to Choose the Applicable Law in Tort, str. 122.

njena prava i obaveze.[59] Ograničenje ima u vidu tipičnu situaciju u kojoj oštećeni podnosi tužbu direktno protiv osiguravača štetnika, kada eventualni sporazum o merodavnom pravu koji su postigle stranke neće obavezivati tuženog (osiguravača).

6. Sporazum stranaka i imperativne norme

U slučaju kada su u trenutku nastupanja štetnog događaja svi elementi vanugovornog odnosa vezani za jednu državu, a stranke su postigle sporazum o primeni prava neke druge države, njihov izbor ne utiče na primenu normi prava prvopomenute države od kojih nije moguće odstupiti na osnovu sporazuma.[60] Prema objašnjenju uz prvobitni predlog Evropske komisije, u takvoj situaciji vanugovorni odnos je čisto internog karaktera za državu članicu i njegova internacionalizacija nastupa jedino na osnovu volje stranaka.[61] Na osnovu istog izvora moguće je zaključiti da cilj navedene odredbe nije da poništi volju stranaka u celini, već samo da onemogući zanemarivanje imperativnih normi one države čije bi pravo inače bilo primenjeno u odsustvu drugačije volje stranaka.[62]

Stav 3. člana 14. sadrži obavezu suda države članice koji primenjuje Uredbu da primeni imperativnu normu prava Evropske unije u slučaju kada su svi elementi vanugovornog odnosa vezani za jednu ili više država članica, a stranke su postigle sporazum o primeni prava države nečlanice. Čini se da je ova odredba suvišna, imajući u vidu da je članom 16. Uredbe predviđeno da imperativne norme prava države suda imaju prednost u primeni u odnosu na odredbe inače merodavnog prava. Po definiciji, u imperativne norme prava države članice spadaju i norme prava Unije, te se njihova primena podrazumeva.[63] Interesantno je, međutim, tumačenje koje polazi od toga da se stav 3. člana 14. odnosi na drugačiju kategoriju imperativnih normi u odnosu na član 16. Uredbe. Prema tom tumačenju, prvopomenuta odredba obezbeđuje primenu normi prava EU koje su imperativne u smislu unutrašnjeg pravnog poretka države članice, ali nemaju karakter imperativnih normi u međunarodnom smislu, na koje se odnosi član 16. Uredbe.[64] Primena normi prava EU od kojih nije moguće od-

[59] Vidi u tom smislu A. Dickinson, *op. cit*., str. 552.

[60] Stav 2. člana 14. Uredbe.

[61] Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non-contractual obligations ("Rome II"), str. 22.

[62] *Ibidem*. Vidi, takođe, A. Dickinson, *op. cit*., str. 557, 558.

[63] Vidi predmet C-381/98 *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc.*, presuda, 9. novembar 2000. godine.

[64] Vidi R. Plender, M. Wilderspin, *op. cit*., str. 780. Sami autori, međutim, ističu da se ne može sa sigurnošću tvrditi da postoje norme prava EU koje su imperativne samo u unutrašnjem pravnom poretku države članice, imajući u vidu sklonost Suda EU da ovakve

stupiti na osnovu sporazuma stranaka se vrši „onako kako je ono implementirano u državi suda". Time se naglašava da je reč o nacionalnim propisima kojima je implementirano pravo Unije u državi suda.

7. Pravo merodavno za sporazum o merodavnom pravu

Odredba člana 14. Uredbe upućuje sud na to da primeni pravo oko kojeg su stranke postigle sporazum. Sama odredba, međutim, ne kaže ništa o tome koje je pravo merodavno za pitanje da li su stranke postigle saglasnost volja i da li je sporazum punovažan. Problem se može javiti ako, na primer, jedna od stranaka tvrdi da sporazum o primeni određenog prava nije nastao zbog toga što je na njenoj strani postojala neka mana volje. Prilikom suočavanja sa ovim problemom sudu stoje na raspolaganju dve mogućnosti. Prva je da se pojam sporazuma tumači autonomno, bez oslonca na neko nacionalno pravo. Druga opcija je da se ovo pitanje ostavi nacionalnom pravu, što bi značilo ili primenu *lex fori* ili prava koje je merodavno na osnovu kolizione norme države suda.

Osim činjenice da je posao suda olakšan ako primenjuje sopstveno pravo na pitanje postojanja i punovažnosti sporazuma o merodavnom pravu, nema nikakvog drugog opravdanja za primenu *lex fori* u ovakvim slučajevima.[65] Autonomno tumačenje pitanja u vezi sa sporazumom o merodavnom pravu na osnovu odredaba Uredbe i smernica koje utvrđuje Sud EU bi nesumnjivo podstaklo jednoobraznost u primeni prava. Takav pristup Sud EU već primenjuje kada je reč o pitanjima punovažnosti sporazuma o nadležnosti suda koji se procenjuju u skladu sa članom 23. Uredbe Brisel I. Međutim, takva interpretacija podrazumeva da sam zakonodavni akt koji se tumači sadrži dovoljno detaljne uslove za nastanak i punovažnost sporazuma kojima se kroz praksu može naknadno dati autonomno značenje. To je slučaj sa članom 23. Uredbe Brisel I, ali ne i sa članom Uredbe koja strankama daje pravo izbora merodavnog prava za delikt.[66] Sve što u ovom smislu kaže član 14. Uredbe je da sporazum mora biti zaključen izričito ili sa razumnom sigurnošću proisticati iz okolnosti slučaja. Zbog toga se najrazumnijom čini opcija da se na sporazum o merodavnom pravu primenjuje ono pravo koje je merodavno na osnovu kolizione norme foruma. Ako se sporazum o merodavnom pravu tretira kao bilo koji drugi ugovor, u državama članicama EU ovo bi značilo primenu člana 10. Uredbe Rim I koji u pogledu postojanja i punovažnosti

---

norme smatra imperativnim i u odnosima sa inostranim elementom (odnosima koji su povezani sa državama nečlanicama).

[65] A. Rushworth, A. Scott, *op. cit.,* str. 292.

[66] Vidi o tome kod A. Dickinson, *op. cit*., str. 545. i dalje.

ugovora ili bilo koje njegove odredbe predviđa primenu putativnog *lex causae* – prava koje bi bilo merodavno da je ugovor punovažan. U slučaju izbora merodavnog prava, to je ono pravo koje su stranke izabrale za regulisanje njihovog odnosa koji je nastao izvršenjem delikta. Stranka koja tvrdi da nije pristala na sporazum o merodavnom pravu može se pozvati na pravo države svoga redovnog boravišta, kako bi osporila postojanje svog pristanka, ako je na osnovu okolnosti slučaja jasno da ne bi bilo razumno primenjivati norme navodno izabranog prava na procenu njenih postupaka.[67]

8. Građanskopravni delikti kod kojih je mogućnost sporazuma o merodavnom pravu isključena

Uredba zabranjuje strankama da postignu sporazum o merodavnom pravu u slučaju štete koja je prouzrokovana aktom nelojalne konkurencije ili aktom kojim se konkurencija ograničava.[68] Razlog za ovu zabranu je činjenica što je u ovoj materiji dominantan javni u odnosu na privatne interese,[69] te je nemogućnost da stranke slobodno raspolažu svojim pravima i obavezama na supstancijalnopravnom terenu preneta i na kolizionopravni.[70] De Bur ističe da je zabrana neopravdana u situaciji koju predviđa Uredba – kada akt nelojalne konkurencije pogađa interese samo jednog učesnika na tržištu.[71] Tada Uredba nalaže primenu osnovnog kolizionog rešenja iz člana 4, ali zabrana sporazuma o merodavnom pravu važi i za takve slučajeve.[72] Međutim, slučajevi u kojima su u oblasti zaštite konkurencije pogođeni samo partikularni interesi jednog subjekta praktično ne postoje. Odredbu koja govori o tome bi trebalo tumačiti tako da se ona odnosi na **neposrednu** povredu interesa pojedinačnog subjekta. Bilo kakv akt povrede konkurencije na slobodnom tržištu istovremeno predstavlja narušavanje ravnoteže na tržištu i na **posredan način** ugrožava i šire društvene interese.

Sa druge strane, opravdana je primedba da tvorci Uredbe nisu do kraja dosledno postupali prilikom isključivanja autonomije volje iz oblasti odnosa u kojima dominiraju javni interesi. Takav je slučaj, na primer,

---

[67] Vidi T. K. Graziano, T. K. Graziano, Freedom to Choose the Applicable Law in Tort, str. 123.

[68] Stav 4. člana 6. Uredbe.

[69] Vidi J. von Hein, Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? Rome II and European Choice-of-Law Evolution, *Tulane Law Review*, 82/2007-2008, str. 1694.

[70] Vidi Th. M. De Boer, Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation, str. 24.

[71] *Ibidem*.

[72] Vidi stav 2. člana 6. Uredbe.

sa pitanjem odgovornosti za štetu prouzrokovanu zagađenjem životne sredine kada je interes društvene zajednice jednako angažovan kao kod zaštite konkurencije.[73] Ipak, Uredba u ovom slučaju ne zabranjuje zaključivanje sporazuma o izboru merodavnog prava.

Autonomija volje je isključena i kod odgovornosti koja nastupa zbog povrede prava intelektualne svojine.[74] Razlog za to je nešto drugačiji u odnosu na oblast zaštite konkurencije. Prema pasusu broj 26 u uvodnom delu Uredbe, pravilo o određivanju merodavnog prava u ovakvim situacijama bi trebalo da očuva univerzalno prihvaćeno načelo *lex loci protectionis*. Zbog toga je za vanugovornu odgovornost nastalu usled povrede prava intelektualne svojine merodavno pravo države u kojoj je to pravo intelektualne svojine zaštićeno.[75] Zabranom da se dejstvo ove norme derogira sporazumom stranaka sprečavaju se ovi subjekti da izaberu kao merodavno pravo države koje uopšte ne priznaje postojanje odgovarajućeg prava intelektualne svojine.[76]

9. Zaključak

Uredba koja sadrži unifikovane kolizione norme u materiji vanugovorne odgovornosti na nivou Evropske unije u potpunosti je u skladu sa tendencijama prisutnim u nacionalnim međunarodnim privatnim pravima evropskih država, kada je reč o značaju autonomije volje kao tačke vezivanja. Način na koji je formulisan član 14. Uredbe ukazuje na to da je volja stranaka kod određivanja merodavnog prava za delikte jedno od dva osnovna koliziona rešenja na kojima počiva ovaj akt (pored primene prava države na čijoj teritoriji je nastupila direktna šteta). Zapravo, sud koji primenjuje Uredbu će, pre nego što primeni kolizionu normu sa objektivnom tačkom vezivanja, uvek morati da proveri da li je među strankama postignut sporazum o merodavnom pravu.

Sve veću ulogu autonomije volje u ovoj oblasti bi trebalo da ima u vidu i srpski zakonodavac prilikom predstojeće reforme osnovnog izvora međunarodnog privatnog prava u Srbiji. Naime, Ministarstvo pravde Republike Srbije je januara 2009. godine oformilo radnu grupu sa ciljem da pripremi predlog zakona koji bi zamenio Zakon o rešavanju sukoba zako-

---

[73] Th. M. De Boer, Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation, str. 25.

[74] Vidi stav 3. člana 8. Uredbe.

[75] Vidi stav 1. člana 8. Uredbe.

[76] K. Kreuzer, Tort Liability in General, u knjizi: A. Malatesta (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and other Non-contractual Obligations in Europe (The "Rome II" Proposal)*, str. 55, 56.

na sa propisima drugih zemalja, donet još 1982. godine kao savezni zakon tadašnje SFRJ. Osnovno koliziono rešenje, kada je reč o određivanju merodavnog prava za delikte se nalazi u stavu 1. člana 28. važećeg zakona. Prema toj odredbi, za vanugovornu odgovornost za štetu, ako za pojedine slučajeve nije drugačije određeno, merodavno je pravo mesta gde je radnja izvršena ili pravo mesta gde je posledica nastupila, zavisno od toga koje je od ta dva prava povoljnije za oštećenog. Tumačenjem koje je prihvaćeno u sudskoj praksi,[77] oštećenom je data mogućnost da bira između primene zakona mesta delovanja štetnika i zakona mesta nastupanja štete u slučaju multilokalnih delikata. Takvo tumačenje je ovo koliziono rešenje učinilo bliskim onima koja se javljaju u novijim evropskim zakonodavstvima.[78] Ono, međutim, nije omogućilo strankama da postignu sporazum o merodavnom pravu kojem bi sud pružio dejstvo. Priliku da se ta mogućnost izričito unese u tekst budućeg zakona ne bi trebalo propustiti, bez obzira da li će se srpski zakonodavac opredeliti za to da, anticipirajući buduće članstvo Srbije u Evropskoj uniji, preuzme rešenja iz Uredbe[79] ili da propiše sistem kolizionih normi koji će biti u većoj meri nezavisan od evropskog uzora. Naročito bi bilo značajno predvideti mogućnost da se stranke sporazumeju o merodavnom pravu za vanugovorni odnos unapred, pre nego što je nastupio štetni događaj. Time se strankama koje se već nalaze u ugovornom odnosu omogućuje da dugotrajno eliminišu neizvesnost u pogledu merodavnog prava, bez obzira da li će osnov odgovornosti jedne od njih biti ugovor ili građanskopravni delikt.

[77] Vidi Stavovi Privrednih sudova Srbije, Donji Milanovac, jun 1993. godine, Pravo i privreda br. 7-8/1993, str. 146.

[78] Vidi član 33. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Makedonije (2007); član 50. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Estonije (2002); član 40. Uvodnog zakona za Građanski zakonik Nemačke (1994). Svi ovi zakoni kao merodavno pravo za građanskopravni delikt predviđaju pravo mesta u kojem je preduzeta štetna radnja, ali ako je do manifestacije štete došlo na teritoriji neke druge države, na zahtev štetnika se može primeniti pravo mesta nastupanja štete.

[79] Vidi Zakon o međunarodnom privatnom pravu Bugarske (2005).

Petar Đundić, LL.M., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

The Role of Party Autonomy in Choice of Law for Non-Contractual Liability in European Private International Law

Abstract

The paper concentrates on the principle of party autonomy in choice of law for torts and its application in Private International Law of European countries. It contains a comparative survey of choice of law rules in national legislation of EU member states, as well as of those embodied in modern national codifications of non-EU countries. Furthermore, a considerable attention is given to the role which parties' agreement on applicable law plays in Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II). A possibility for the person liable and the person sustaining damage to reach an agreement on the law applicable to their non-contractual relationship is available in national laws of European countries for a long time. However, the right of parties to reach an agreement on applicable law ex ante, i.e. before the harmful event has taken place had existed in only few national legal systems before the Rome II Regulation was enacted. That choice of law rule gives the parties which are already in contractual relationship with each other an opportunity to agree on the application of a single law to their entire relationship (both contractual and non-contractual). This could enhance predictability of parties' legal position in the event of dispute and protect legal certainty. Modern tendencies in choice of law for non-contractual liability should also be taken into consideration by Serbian legislator in the current process of legislative reform.

Key words: Party autonomy, non-contractual liability, Private International Law of the EU, the Rome II Regulation, conflict of laws.

Originalni naučni rad 341.645.5

Mr Bojan Tubić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

OPRAVDANOST UKIDANJA SUDSKE KONTROLE ODLUKA ADMINISTRATIVNOG TRIBUNALA UJEDINJENIH NACIJA U SVETLU POTREBE KONTROLE AKATA MEĐUNARODNIH ORGANIZACIJA[1]

Sažetak: *Sudska kontrola odluka međunarodnih organizacija nije razvijena, osim u okviru Evropske unije, zbog posebnog karaktera njenih akata. Mali broj organizacija poseduje sudska tela, a gde ona postoje uglavnom su neznatne mogućnosti za sudsku kontrolu njihovih akata. Sistem sudske kontrole je ipak poželjan i u nekim slučajevima neophodan. U članu 11 Statuta Administrativnog tribunala Ujedinjenih nacija postojala je mogućnost da se podnese žalba Međunarodnom sudu, protiv odluka ovog Tribunala. Komitet je mogao da zahteva savetodavno mišljenje od Međunarodnog suda ukoliko je smatrao da je tužba osnovana. Ovaj postupak je ukinut 1995. godine i u tom periodu samo su tri odluke Tribunala bile osporavane. Cilj sudske kontrole je pretežno bio da obezbedi da države članice UN i Generalni sekretar mogu da osporavaju odluke Tribunala, ali takođe i da bi se zaštitilo osoblje UN. Međunarodni sud je izabran da obavi ovu sudsku kontrolu, jer su države smatrale da značajne odluke Tribunala treba da budu razmatrane pred najvišim sudskim organom UN. Presude nekog drugog suda ne bi imale isti značaj, posebno kada je pitanje bilo o tumačenju Povelje UN. Ovaj postupak je imao svojih nedostataka. Osoblje UN nije moglo da se direktno obraća Međunarodnom sudu, već su morali da svoj zahtev upute Komitetu. Međunarodni sud*

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

je institucija koja je primarno stvorena da bi rešavala sporove između država i verovatno da ne može da primeni međunarodno administrativno pravo na najbolji način. Međutim, ovaj sistem je mogao biti zamenjen a ne ukinut. Reformisani postupak je mogao da zadovolji interese i država članica i osoblja UN. Države su mogle da zadrže svoje pravo da isprave pravne pogreške koje se odnose na odredbe Povelje UN. Takođe, u ovom izmenjenom sistemu, Međunarodni sud je mogao da ojača svoju ulogu u radu UN, kao njen glavni sudski organ.

Ključne reči: *Administrativni tribunal, Ujedinjene nacije, sudska kontrola, Međunarodni sud.*

Uvod

Sudska kontrola odluka međunarodnih organizacija nije danas na zadovoljavajućem nivou. Izuzetak je Evropska unija koja ima veoma razvijen sistem kontrole svojih akata, što je neophodno zbog njihovog obavezujućeg karaktera za države članice i pojedince. Mali broj organizacija poseduje sudska tela, a tamo gde postoje ima malo prilika za sudsku kontrolu nadležnosti tih organizacija. Ovo pak, ne znači da ovaj oblik kontrole nije poželjan, a nekada i neophodan, naročito kod organizacija koje donose značajne i obavezujuće odluke. Jedan od pozitivnih primera sudske kontrole je bila mogućnost da se pred Međunarodnim sudom ispituju odluke Administrativnog tribunala Ujedinjenih nacija (ATUN).

Uvođenje sistema kontrole Administrativnog tribunala UN

Statut Administrativnog tribunala UN, koji je usvojen 1949. godine nije predviđao sudsku kontrolu odluka ovog tela. Član 10, stav 2 Statuta je predviđao da su odluke ovog Tribunala obavezujuće i da protiv njih nije moguće uložiti žalbu. Ova odredba je imala značajnu ulogu u savetodavnom mišljenju Međunarodnog suda u slučaju *Effect of Awards of Compensation Made by the UN Administrative Tribunal,*[2] koje je iniciralo uvođenje postupka sudske kontrole u Statut ATUN. Početkom 1953. godine generalni sekretar UN okončao je ugovore o zaposlenju sa 11 radnika Sekretarijata UN bez njihove saglasnosti. Ono je bilo zasnovano na njihovom odbijanju da odgovore na neka pitanja koja im je postavio Istražni komitet UN. Ovi službenici su se žalili Tribunalu na odluke o njihovom otpuštanju, koji je odlučio u njihovu korist i zahtevao

[2] Case Effect of Awards of Compensation Made by the UN Administrative Tribunal, ICJ Reports 1954, str. 53.

da budu vraćeni na posao ili da budu kompenzovani.[3] Generalni sekretar je, na osmoj sednici, 1953. godine, tražio dodatne prihode kako bi pokrio troškove kompenzacije. Neke države članice su prigovorile da Generalna skupština UN nema obavezu da sprovodi odluke o kompenzaciji i odbile su da izglasaju dodatne prihode. Generalna skupština je tada usvojila rezoluciju kojom se od Međunarodnog suda traži da donese savetodavno mišljenje o tome da li je legalno da odbije sprovođenje odluke Tribunala. Sud je dao mišljenje da su odluke obavezujuće za Skupštinu. Statut Tribunala je propisivao da je presuda konačna i bez prava na žalbu. Nije postojao pravni osnov po kojem bi Skupština, kao nesudski organ, mogla da kontroliše presude Tribunala. Sud je još istakao da kada bi presude nekog tribunala bile podložne kontroli nekog drugog organa, osim samog tribunala, to bi moralo da bude predviđeno u samom statutu ili nekom drugom pravnom aktu. Statut ATUN nije sadržavao ovakvu odredbu. Međunarodni sud je pored ovoga zauzeo stav i da Generalna skupština ima ovlašćenja da izmeni Statut, na osnovu člana 11 i na taj način omogući obraćanje nekom drugom organu.[4] Na ovaj način je Skupštini dato pravo da nekom drugom organu, pored Tribunala, omogući da vrši sudsku kontrolu.

Nakon ove presude pokrenut je postupak izmene članova 11 i 12 Statuta ATUN, koji je završen donošenjem Rezolucije Generalne skupštine 957 (H). Ovim izmenama je predviđeno da ukoliko neka država članica UN, Generalni sekretar ili neko lice protiv kojeg je doneta presuda Tribunala prigovori na presudu na osnovu toga da je Tribunal prekoračio svoju nadležnost ili da je propustio da obavlja funkciju koja mu je poverena, ili da je pogrešio u pitanjima prava u odnosu na odredbe Povelje UN, ili je načinio suštinsku grešku u postupku, koja je za rezultat imala uskraćivanje pravde, mogu u roku od 30 dana od dana donošenja presude da podnesu pisanu tužbu Komitetu koji je osnovan za ovakva pitanja i da traže od njega da zahteva savetodavno mišljenje Međunarodnog suda po ovom pitanju. Dalji tok postupka je takav da Komitet u roku od 30 dana od prijema tužbe odlučuje da li postoji dovoljno osnova za tužbu. Ukoliko odluči da ima osnova tražiće od Suda savetodavno mišljenje. Ukoliko se tužba ne podnese ili se ne traži savetodavno mišljenje u predviđenim rokovima, presuda Tribunala postaje konačna. Ukoliko se traži mišljenje, Generalni sekretar će ga ili sprovesti ili će zatražiti od Tribunala da donese novu presudu u skladu sa mišljenjem Suda.

[3] H. Schermers, N. Blokker, International Institutional Law, The Hague, 1995, str. 435.

[4] Case Effect of Awards of Compensation Made by the UN Administrative Tribunal, op.cit., str. 56.

Nadležnost Međunarodnog suda na osnovu Statuta Administrativnog tribunala UN

Od Međunarodnog suda je zatraženo da ispita samo tri presude ATUN. To su Tužbe za reviziju presude br. 158,[5] 273[6] i 333.[7] U svim ovim slučajevima Sud je potvrdio da je njegova savetodavna funkcija diskrecione prirode i da nije u obavezi da donese savetodavno mišljenje. Međutim, odbijanje Suda ne sme biti arbitrerno već mora biti logički argumentovano.

Postavilo se i pitanje ovlašćenja Suda u ovim slučajevima, odnosno da li funkcioniše kao apelacioni sud sa mogućnošću ponovnog suđenja, u odnosu na niži sud tj. ATUN. U Reviziji presude br. 158 Sud je zauzeo stav da njegov zadatak nije da ponovo sudi u nekom sporu nego da odgovori na postavljena pitanja koja se tiču prigovora protiv presude UNAT. Takođe, on ne može da svojim mišljenjem zameni odluku Tribunala u meritumu slučaja. Njegova uloga je da utvrdi da li okolnosti slučaja pokazuju da je neki prigovor na presudu osnovan. Osporavanje presude Tribunala može biti samo uz pozivanje na posebne osnove spomenute u članu 11 Statuta Tribunala.[8]

Specifična je uloga Komiteta u ovim postupcima. On je u suštini političko telo kome je povereno da obavlja neke sudske funkcije.[9] Službenik koji je strana u postupku pred Tribunalom isključen je iz postupka odlučivanja Komiteta. Međutim, država tužilac, koja nije strana u početnom postupku može da učestvuje u donošenju odluke da li je presuda Tribunala podobna za savetodavno mišljenje Suda.

Sporovi koje Sud rešava na osnovu nadležnosti da obavlja sudsku kontrolu odluka Administrativnih tribunala ne odnose se na države nego na pojedince i Sekretarijat UN ili neke druge međunarodne organizacije. Na osnovu značajne razlike u prirodi zadataka koje obavlja Sud u odnosu na administrativne tribunale ne može se član 11 Statuta ATUN tumačiti tako da daje mogućnost Sudu da ponovo sudi slučaj u meritumu, kao apelacioni sud. Sud ne može formalno da poništi presudu ATUN. I pored toga što član 92 Povelje UN postavlja Sud na najviše mesto u hijerarhiji sudova UN, ne postoji prava materijalnopravna nadređenost Suda u odnosu na Tribunal, koja bi omogućila da dođe do ponovnog suđenja po žalbi na pitanja u meritumu.

---

[5] *Fasla Case,* Application for Review of Judgment No. 158, ICJ Reports 1973, str. 166.

[6] *Mortished Case*, Application for Review of Judgment No. 273, ICJ Reports 1982, str. 325.

[7] *Yakimetz Case,* Application for Review of Judgment No. 333, ICJ Reports 1987, str. 18.

[8] ICJ Reports, 1973, op.cit., str. 188.

[9] H. Thierry, Le Tribunal Administratif des Nations Unies, in International Justice, Vol. XXVI, 1997, str. 263.

Problemi u postupku sudske kontrole

Sud je bio suočen sa pitanjem da li je Komitet za reviziju telo koje je ovlašćeno Poveljom da otpočne postupak dobijanja savetodavnog mišljenja i da li se može smatrati organom UN koji je na osnovu člana 96, stav 2 Povelje ovlašćen da traži ovakvo mišljenje. Na osnovu člana 22, Generalna skupština je ovlašćena da osnuje dodatne organe za vršenje svojih funkcija. Komitet je međutim, obavljao sudsku funkciju i nije se mogao smatrati organom Skupštine, koja obavlja samo političke funkcije. Takođe, član 101 omogućava Skupštini da reguliše odnose sa svojim službenicima, a pod tim se može razumeti i ovlašćenje da osnuje jedan tribunal koji bi uređivao te odnose.[10]

Komitet je političko telo ali su njegovi zadaci po svojoj prirodi sudski ili kvazi sudski. On je odlučivao da li će tužba ići dalje u proceduru i formulisao je pitanja koja su adekvatno odražavala zahteve tužioca. Sud je prihvatio činjenicu da je Komitet politički organ sa posebnim sudskim funkcijama i primetio da ona ne mora biti u suprotnosti sa zahtevima jednog sudskog postupka.[11] Sistem revizije zavisi od dva sudska tela – Tribunala i Suda, a ne samo od Komiteta kao političkog tela, čiji je zadatak samo da obezbedi neophodnu vezu u postupku kontrole.

Funkcija Komiteta je bila da pregleda zahteve kojim se od Suda traži savetodavno mišljenje. Sud je naglasio da je ipak važno ocenjivati zadatke Komiteta sa aspekta funkcija Generalne skupštine od kojih je jedna regulisanje odnosa među službenicima. Tako da je Komitet razmatrao prigovore na presudu kako bi procenio da li postoji dovoljan osnov za upućivanje zahteva za donošenje savetodavnog mišljenja. Ukoliko bi utvrdio da postoji neki od osnova za reviziju on bi podneo zahtev za donošenjem savetodavnog mišljenja. Ovo znači da je njegova uloga nešto više od toga da samo zahteva mišljenje na presudu Tribunala. Sud je smatrao da je neophodno da bi se pitanje kvalifikovalo na osnovu člana 96, stav 2 da ono bude pravno pitanje i da proistekne iz aktivnosti datog organa.[12]

Svaka država članica može da pokrene postupak kontrole podnošenjem zahteva Komitetu da zatraži savetodavno mišljenje o valjanosti konkretne odluke Tribunala. Na ovaj način, države koje nisu bile učesnice u nekom sporu mogu da osporavaju presudu koju su prihvatile strane u sporu pred Tribunalom. Komitet ipak ne traži savetodavno mišljenje u ime neke države članice, sekretarijata ili službenika, nego u svoje sopstveno ime. Država (SAD) je inicirala postupak pred Komitetom u Reviziji pre-

[10] ICJ Reports 1973, op.cit., str. 172.
[11] Ibid., str. 176.
[12] Ibid., str. 174-175.

sude broj 273. Službenik je tvrdio da je ovaj postupak sudske kontrole manjkav jer, između ostalog, krši opšte principe sudske kontrole, time što omogućava trećoj strani da ističe prigovore na presudu u kojoj nije imala neko pravo ili interes. Sud je primetio da činjenica ko inicira postupak pred Komitetom nema uticaja na postupak. Država članica može da poseduje pravni interes da traži kontrolu presude naročito u slučajevima tumačenja Povelje UN. Postoji opšte pravilo da svaka strana ugovornica nekog ugovora može da traži razjašnjenje bilo koje ugovorne odredbe. Tada se to ne smatra intervencijom treće strane. Očigledno je da je za Sud jedino bitna odluka Komiteta a ne pitanje motiva određene države.

Član 11 je dozvoljavao službeniku da traži sudsku kontrolu, što je napredak u odnosu na odredbe člana XII Statuta Administrativnog tribunala MOR.[13] Međutim njegov položaj nije ravnopravan u ovom postupku. Iako Komitet zadržava nezavisni status ipak postoji određena veza između njega i organizacije koja ga je osnovala. Takođe, službenik nije član samog Komiteta, što ga dovodi u neravnopravan položaj. On može da izloži svoj slučaj, ali ne može da učestvuje u diskusiji i odlučivanju. Ovo pravo se, međutim daje državi članici UN ukoliko je ona članica Komiteta. Međunarodni sud je primetio da postoji nejednakost pred Komitetom, ali da interesi stabilnosti i efikasnosti UN preovlađuju i da će Sud pomoći ovom organu Generalne skupštine UN da obavlja svoju funkciju.[14]

Osnovi za reviziju

Statut Administrativnog tribunala UN predviđa četiri osnova za kontrolu i to: kada je ATUN prekoračio svoju nadležnost, kada je pogrešio u nekom pravnom pitanju koje se odnosi na odredbe Povelje UN, kada je propustio da ustanovi svoju nadležnost koja mu je poverena i kada je počinio neku suštinsku proceduralnu grešku.

ATUN može da razmatra samo pitanje nepoštovanja uslova ugovora o zapošljavanju službenika Sekretarijata UN i uslova imenovanja službenika. Ovi uslovi uključuju sve postojeće regulative i pravila koja su na

[13] Član XII Statuta Administrativnog tribunala MOR-a: „1. U svakom slučaju u kojem Rukovodeće telo Međunarodne organizacije rada ili Administrativni odbor Penzionog fonda osporava neku odluku Tribunala kojom on potvrđuje svoju nadležnost, ili smatra da odluka Tribunala ima neku grešku u postupku donošenja, pitanje zakonitosti ove odluke Tribunala će Rukovodeće telo podneti Međunarodnom sudu radi donošenja savetodavnog mišljenja. 2. Mišljenje koje donese Sud će biti obavezujuće."

[14] ICJ Reports 1982, str. 347. Videti: M. Amr, The Role of the International Court of Justice as the Principal Judicial Organ of the United Nations, The Hague, 2003, str. 353.

snazi u vreme njihovog navodnog nepoštovanja. Statut ATMOR uključuje u nadležnost Tribunala, pored nepoštovanja ugovornih uslova, i oblasti nadležnosti važne za rešavanje sporova u odnosu na kompenzaciju za nanetu povredu. Sud je ovaj osnov za reviziju tumačio striktno i nije prihvatao liberalniji pristup.

Još jedan osnov za reviziju jeste i kada dođe do greške u nekom pravnom pitanju koje se odnosi na Povelju UN. U članu 11 se ne navodi izričito na koje odredbe Povelje se tačno misli ali se može pretpostaviti da se to uglavnom odnosi na Glavu XV ovog akta. Članovi 100 i 101 stvaraju obaveze za Generalnog sekretara, koji je glavni administrativni službenik UN. Tribunal mora povremeno da tumači i primenjuje odredbe Povelje i kada to radi, njegova presuda se odnosi na pravna pitanja u vezi sa Poveljom i podložna je reviziji. Sud je nadležan da utvrdi da li je Tribunal zaista načinio grešku pri tumačenju i primeni Povelje i tu je Sud zauzeo striktan stav. Tako je u slučaju Revizije presude broj 33, jedan službenik tvrdio da greška u pitanjima prava uključuje i opštije kategorije principa Povelje i da je propust Tribunala da uskladi presudu sa tim opštim principima takođe greška u pravu, kao i pogrešno tumačenje neke posebne odredbe Povelje. Sud je, međutim, naglasio da postoji dobar razlog za formulaciju člana 11 i da pozivanje na grešku u presudi zbog nepoštovanja principa Povelje, bez pozivanja na neku posebnu odredbu može poslužiti za prikrivanje jednog napada na suštinu odluke Tribunala.[15] Iako su odredbe Glave XV posebno relevantne u ovom kontekstu, Sud nije vezan samo njima, nego može da razmatra i druge odredbe kada je to potrebno. U Reviziji presude broj 333, tužilac, službenik, tvrdio je da je Tribunal pogrešio u tumačenju i primeni člana 8 Povelje koji obezbeđuje da UN neće postavljati ograničenja za učestvovanje u radu glavnih i pomoćnih organa UN. On je tvrdio da je ova odredba sastavljena dovoljno široko da uključi svako ograničenje nametnuto pojedincu da učestvuje na osnovu jednakosti. Sud je odbacio ove tvrdnje i istakao je da član 8 zabranjuje diskriminaciju na osnovu pola. Takođe je odlučio da Tribunal ne može biti odgovoran za pogrešku u pogledu ovog prava, ukoliko navodna greška nije izneta pred Tribunal.[16]

Sud je zauzeo sličan pristup i kod pitanja vezanih za Službeničke regulative i pravila. Član 101, stav 1 ovlašćuje Skupštinu da donese regulative koje se odnose na imenovanje službenika, a pravila stvara Generalni sekretar kao dalju elaboraciju regulativa koja su tada formalno prihvaćena i usvojena u Skupštini u formi rezolucije. Na ovaj način regulative i pra-

[15] ICJ reports, 1987, op. cit., str. 52.
[16] Ibid., str. 70.

vila zasnivaju svoju zakonitost na Povelji UN i zbog toga su obavezujuće za Generalnog sekretara. Sud je međutim, u Reviziji presude broj 273 odlučio da nije svako pitanje tumačenja tih akata pitanje prava koje se odnosi na odredbe Povelje. Zbog toga bi bilo pogrešno pretpostaviti da zbog toga što pravo koje primenjuje Tribunal ili neki drugi organ UN zasniva svoju zakonitost na Povelji, znači da je svaki prigovor na tumačenje Tribunala službeničkih regulativa i pravila pitanje za savetodavno mišljenje Suda.[17]

Treći osnov kontrole jeste slučaj kada je Tribunal propustio da ustanovi svoju nadležnost. U Reviziji presude boj 158, tužilac je tvrdio da je Tribunal propustio da ustanovi nadležnost barem na četiri načina: tako što je propustio da u potpunosti razmotri njegove zahteve za naknadu štete za povredu ličnog ugleda, propuštajući da razmotri njegov zahtev za povraćajem neizbežnih troškova, propuštajući da uputi Generalnog sekretara da ponovo razmotri pitanje premeštaja i propuštajući da izjavi da je njegovo opozivanje u Jemen i neobnavljanje ugovora urađeno zbog nepriličnih motiva.[18] Sud je smatrao da ovaj osnov treba posmatrati odvojeno od ostalih i da ga treba usko tumačiti tako da se odnosi samo na izuzetne slučajeve. On je zauzeo stav da procena da li je bilo propusta u zasnivanju nadležnosti u odnosu na neke navode ne može biti samo formalna potvrđujući da je konkretni zahtev pomenut u materijalnom delu presude. Ova procena mora biti realna i odnositi se na pitanje da li se Tribunal osvrnuo na ta pitanja i da li je izvukao sopstvene zaključke o prekršenim obavezama i kompenzaciji koja treba da bude dodeljena.[19] Sud je istakao da se Tribunal osvrnuo na pitanje tužioca u pogledu nadoknađivanja troškova, i to tako što je odbio zahtev. Na taj način nije došlo do propusta u uspostavljanju nadležnosti, nego do raspravljanja slučaja u meritumu. Takođe on je naveo da neće doći do izbegavanja nadležnosti u slučaju propusta da se obavi istraga ili utvrde činjenice, ukoliko ta i slična pitanja nisu pokrenule stranke u postupku pred Tribunalom.[20]

Četvrti osnov za kontrolu odluka Tribunala je kada on učini određene proceduralne greške koje za rezultat imaju uskraćivanje pravde. U Reviziji presude broj 158 tužilac se pozvao na četiri navodne greške u postupku i to: uskraćivanje pravde od strane Tribunala, pa je zbog njegovog propusta da zasnuje nadležnost i zbog nepoštovanja propisanih postupaka doneta potpuno neadekvatna odluka, zatim propust da se u potpunosti razmotre ne-

[17] ICJ Reports 1982, op.cit., str. 358.
[18] ICJ Reports 1973, op.cit., str. 184-207.
[19] Ibid. str. 193.
[20] Ibid. str. 203.

ki zahtevi, propust da se i spomenu određeni zahtevi što je odstupanje od normalnog sudskog postupka, kao i propust da se pruži adekvatno obrazloženje.[21] U ovom slučaju, Sud se osvrnuo na tvrdnju da je rezonovanje u odluci Tribunala bilo neadekvatno. On je primetio da u članu 11 ne postoji nedostatak obrazloženja kao osnov za reviziju, ali da to ne isključuje mogućnost da propuštanje da se iznesu razlozi za presudu može predstavljati jednu od proceduralnih grešaka navedenih u toj odredbi.[22]

Ukidanje postupka kontrole Administrativnog tribunala UN

Priroda i teškoće sistema kontrole predviđenog članom 11 Statuta ATUN izazivali su određene zabrinutosti kod nekih država članica UN.[23] 1993. godine, Australija, Francuska, Island i Benin su zajednički predložile Generalnoj skupštini UN da razmotri ukidanje postupka na osnovu člana 11 Statuta ATUN, zbog nezadovoljavajućih rezultata. Tokom rada u Šestom komitetu, nekoliko delegata je ukazalo na teškoće u ovom postupku. Istaknuto je da je on nezadovoljavajući iz nekoliko razloga, uključujući i činjenicu da su osnovi za kontrolu usko postavljeni, da su tehnički i sudski po svom karakteru, dok je Komitet za tužbe političko telo. Takođe istaknuto je da je veliku većinu tužbi Komitet odbacio, da je postupak izazvao određena očekivanja kod službenika i izazvao troškove i odlaganja nesrazmerne njegovom rezultatu, kao i da su sumnje u pogledu adekvatnosti ovog postupka izneli pored članova Komiteta i Sud, članovi Petog i Šestog komiteta, službenici i pravnici. Navedeno je i da Sud nije odgovarajući forum za ove slučajeve, jer je njegova prava funkcija da rešava sporove između država. Rešenje problema bi bilo ne u menjanju i prilagođavanju postupka, već u njegovom napuštanju, uz eventualne ideje o uspostavljanju alternativnog mehanizma – sličnog ombudsmanu.[24] Na osnovu ovog izveštaja Šestog komiteta, Generalna skupština je zahtevala od Generalnog sekretara da pripremi izveštaj o ovom pitanju. On je pozvao države članice da podnesu svoje komentare na član 11 Statuta. Većina država se složila da sistem kontrole nije uspeo da obezbedi adekvatnu zaštitu. Iznet je stav da Komitet nije odgovarajući forum za pregledanje tužbi, jer je to političko telo koje vrši pravne ili kvazi pravne zadatke. Ne sastoji se od pravnih stručnjaka, niti su njegove odluke zasnovane na

[21] Ibid. str. 208.

[22] Ibid. str. 211.

[23] Kaiyan Homi Kaikobad, The International Court of Justice and Judicial Review, Kluwer Law International, The Hague, 2000, str. 271.

[24] Summary record of the 36th Meeting, Sixth Committee, 23 November 1993, Doc. A/C.6/48/SR.36, 18 January 1994.

pravnom rezonovanju. Jedan značajan broj država je naglasio činjenicu da je većina tužbi podnetih Komitetu nije podneta Sudu za donošenje savetodavnog mišljenja – samo tri od 92 zahteva su prosleđena Međunarodnom sudu. U sva ta tri slučaja, Sud je podržao odluke Tribunala. Države članice su istakle da Sud nije odgovarajući forum za rešavanje sporova između osoblja i Sekretarijata UN i da bi ga trebalo osloboditi tereta da odlučuje o administrativnim pitanjima. Takva pitanja nisu po svom značaju u kategoriji onih o kojima Sud obično odlučuje, a to su sporovi između država. Istaknuti su prigovori i na osnove za kontrolu jer su oni veoma uski i po svojoj prirodi izuzetno tehnički.

Sve države su se saglasile da ovakav sistem kontrole treba da se promeni, ali nije postignut konsenzus o tome da li neki drugi sistem i kakav treba ustanoviti umesto ovog starog. Jedan broj država je podržao ideju o dvostepenosti, gde bi Tribunal bio poslednja instanca, a ombudsman bi vršio kontrolu pre iznošenja spora pred Tribunal. Druga grupa država se protivila svakoj dvostepenosti i pravu žalbe i smatrala je da odluka Tribunala treba da bude konačna, čime bi se došlo na situaciju pre izmena iz 1955. godine.

Generalni sekretar je u svom izveštaju zaključio da većina predstavnika na 48. sednici Šestog komiteta ne veruje da će samo neke izmene postupka kontrole dovesti do nastanka jednog efikasnog sistema. Oni smatraju da Komitet treba da bude ukinut i da se ne treba zameniti nekim drugim mehanizmom. Tako bi presude Tribunala bile konačne i bez prava na žalbu. Generalni sekretar je u svom izveštaju rekao da postupak kontrole na osnovu člana 11 nije bio konstruktivan i koristan element žalbenog sistema, već je izazvao konfuziju i kritike koji podržavaju stav da bi najbolje rešenje bilo ukidanje postojeće procedure.[25] Generalni sekretar je dodao da možda ne bi bilo u najboljem interesu UN da ukine u potpunosti postupak kontrole i oduzme pravo državama članicama da traže kontrolu kada veruju da je Tribunal prekoračio svoju nadležnost ili kada je pogrešio u nekom pravnom pitanju vezanom za odredbe Povelje. Ova dva osnova se ne odnose na suštinu spora između osoblja i UN ali se odnose na osnovna ustavna pitanja podele vlasti između legislature i sudstva.

Šesti komitet je na svojim zasedanjima u novembru 1994. godine razmotrio ovaj izveštaj Generalnog sekretara. Neki predstavnici država su ponovili stavove svojih vlada upućene Generalnom sekretaru i većina je

[25] Report of the UN Secretary-General on the Review of the Procedure provided for under Article 11 of the Statute of the Administrative Tribunal of the United Nations, Doc. A/C.6/49/2, 17 October 1994, str. 12.

jasno izrazila nezadovoljstvo ovim sistemom kontrole. Komitet je ponovio sve nedostatke ovog sistema. Došlo je jedino do neslaganja oko pitanja da li da se ovaj postupak samo ukine ili da se obezbedi neko alternativno rešenje. Zbog toga je odloženo donošenje odluke za pedesetu sednicu Šestog komiteta, koja je održana 1995. godine. Ponovo su članovi ovog tela izrazili neslaganje sa postupkom iz člana 11 Statuta ATUN, koja su bila identična onima sa prethodnih zasedanja. Na svojoj sednici od 9. novembra 1995. godine, ovaj organ je usvojio nacrt rezolucije kojom se izričito ukida postupak iz člana 11 Statuta. Nije predložen neki drugi postupak umesto ovog ukinutog sistema kontrole, ali je u stavu 3 rezolucije naglašena važnost, za osoblje i UN, obezbeđivanje jednog poštenog efikasnog i brzog unutrašnjeg sistema pravde u okviru UN, uključujući i efikasne mehanizme za rešavanje sporova. Ovaj nacrt je došao pred plenarno telo 11. decembra 1995. godine i toga dana je Generalna skupština usvojila Rezoluciju 50/54 kojim je sistem ustanovljen članom 11 izbrisan iz Statuta ATUN.

Razlozi uvođenja kontrole i njeni efekti

Svrha uvođenja sistema kontrole iz člana 11 je bila da se obezbedi sudska zaštita osoblju UN, ali to nije bio i jedini i najvažniji razlog. Glavni motiv je bio da se državama članicama i Generalnom sekretaru omogući da osporavaju presude Tribunala kada nisu sa njima zadovoljni. Sudska zaštita službenika UN je bila sekundarni osnov kojim se davala podrška i opravdanje postupku sudske kontrole. Činjenica da je postupak izmena člana 11 otpočeo nekoliko meseci nakon datog mišljenja u slučaju *Effect of Awards of Compensation* pokazuje da je ovaj postupak bio direktna posledica nezadovoljstva država članica zbog toga što nisu imale pravo da utiču na odluke Tribunala i da spreče primenu odluka o kompenzaciji. Službenici UN su u to vreme bili zadovoljni odlukom Tribunala i mišljenjem Suda. Bila bi to velika zloupotreba ovlašćenja da je tada Skupština dala samo državama članicama pravo da otpočnu postupak kontrole a da to pravo uskrati službenicima UN. Tako da je Skupština morala da prihvati jednakost u ovom pitanju, pa je i zainteresovanim službenicima dato ovo pravo.

Međunarodni sud je zauzeo stav da činjenica što neka država članica ima pravo da pokrene postupak kontrole nije nužno u suprotnosti sa osnovnim pravilom sudskih sistema. Sve strane ugovornice Povelje UN imaju interes za tumačenjem i primenom ovog multilateralnog ugovora. Ovaj interes im je dao pravo da ispituju neku presudu Tribunala, za koju misle da sadrži grešku u nekom pitanju prava koje se odnosi na odredbe

Povelje. Pravo država članica da pokrenu postupak kontrole, čak i ako su dve strane u postupku zadovoljne presudom, opravdano je činjenicom da sve države članice imaju pravo da traže da se Povelja tačno primenjuje i tumači.

Generalna skupština UN je izabrala Međunarodni sud da vrši sudsku kontrolu odluka ATUN. Ona nije osnovala neki novi međunarodni žalbeni tribunal ili neko kvazi sudsko telo sastavljeno od pravnika, da kontroliše ove odluke. Mnoge države su se opredeljivale za ovakvo rešenje da se Sudu daju takva ovlašćenja, jer su verovale da će određene odluke Tribunala imati suštinsku ustavnu važnost i trebalo bi da budu otvorene za ispitivanje od strane država, pred najvišim sudskim organom UN. Odluka nekog apelacionog tribunala ne bi imala istu važnost kao što bi to imalo mišljenje Suda, posebno u pitanjima koja se tiču tumačenja Povelje UN. Takođe, mnoge države su upoznate sa jurisprudencijom Suda, uključujući njegov tradicionalan pristup pravnim problemima, pa isti stepen kontinuiteta ne bi bio postignut pred nekim novim apelacionim tribunalom.

Sudu je dato pravo kontrole 1955. godine ali je prvi put korišćeno tek 1973. godine i kasnije još samo dva puta – 1982. i 1987. godine. Komitet za tužbe povodom kontrole presuda Administrativnog tribunala je razmatrao ukupno 92 tužbe, ali je samo tri prosledio Sudu. Ovaj mali broj odluka Suda ne mora da znači da je sistem kontrole bio neefikasan nego se može smatrati da je Komitet imao stroge kriterijume kontrole, kao i da je Tribunal dobro obavljao svoj posao i nije davao službenicima osnov za tužbu.

Još jedan pokazatelj, osim samog broja savetodavnih mišljenja jeste i odnos između zahteva za savetodavnim mišljenjem podnetih Sudu i broja onih koje je Sud odbio. Nijedan zahtev nije odbijen što ukazuje na to da je Sud savesno obavljao svoje dužnosti, kao glavni sudski organ UN.

Zaključak

Nesumnjivo je da su postojali nedostaci ovog sistema kontrole. Službenici nisu imali pravo pristupa Sudu, što je bilo izvor nejednakosti u sistemu kontrole, jer nisu mogli da podnesu pisane podneske direktno Sudu, niti su mogli da iznesu usmeno svoje argumente. Sud je instanca koja je stvorena primarno za rešavanje sporova između država, tako da možda ne može na najbolji način da primeni i tumači međunarodno administrativno pravo. Međutim, i pored svih njegovih nedostataka, sistem kontrole je mogao biti modifikovan, a ne ukinut. Ovo je moglo biti urađeno reformisanjem Komiteta tako da njegov sastav i postupak odgovaraju prirodi

njegovih zadataka. Ovakav modifikovan sistem bi imao prednost u ispunjavanju zahteva država članica i službenika. Države bi zadržale pravo i mogućnost da isprave greške u pitanjima prava koje se odnose na odredbe Povelje UN. Takođe, modifikovan sistem bi nastavio da pruža priliku Sudu da aktivnije učestvuje u radu organa UN, opravdavajući tako svoju poziciju glavnog sudskog organa UN.

Bojan Tubić, LL.M., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

The Justification of the Abolishment of Judicial Control of the UN Administrative Tribunal Decisions in the Light of the Need to Review Acts of International Organizations

Abstract

The judicial control of decisions of international organizations is currently underdeveloped, except in the European Union, due to special character of its acts. A small number of organizations have judicial bodies and where they exist there are few possibilities for judicial control of their acts. However the system of control is desirable and in some cases necessary. In the Article 11 of the UN Administrative Tribunal Statute there was a possibility to lodge an appeal to the International Court of Justice, against the decisions of the ATUN. The Committee could request and advisory opinion from the ICJ if it considered that the application was well founded. This procedure was abolished in 1995 and in this period only three decisions of the ATUN were questioned. The purpose of this judicial review was mainly to provide to the UN member states and Secretary General to question the Tribunal decisions, but also to protect the UN staff. The ICJ was nominated to perform this judicial control because states wanted that significant decisions of the Tribunal should be discusses before the highest judicial organ of the UN. The judgments of any other tribunal would not have the same significance, especially when the question was about the interpretation of the UN Charter. This procedure had its shortcomings. The UN staff members could not address directly the Court, but they should refer their application to the Committee. The ICJ is an institution created primarily for dispute settlement between the states and it probably cannot implement international administrative law in the best way. However, this system could have been modified and not abolished. The reformed procedure could satisfy the interests of both member states and staff members. The states could keep their right to correct the legal mistakes related to the provisions of the UN Charter. Also, in this modified system the ICJ could strengthen its position in the activities of the UN, as its main judicial organ.

Key words: Administrative Tribunal, United Nations, judicial control, International Court of Justice.

Originalni naučni rad 347.426(37)

Mr Samir Aličić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

UBISTVO ROBA, IZGUBLJENO NASLEĐE I *LEX AQUILIA*[1]

Sažetak: *U radu se razmatra primena tužbe iz Akvilijevog zakona (actio legis Aquiliae), odnosno tužbe zbog protivpravne štete (actio damni iniuriae) u situaciji kada usled ubistva roba dođe do gubitka nasleđa ili legata. Autor analizira tekstove klasičnih rimskih pravnika sa ciljem da utvrdi na koji način okolnost da je ubijeni rob bio imenovan za naslednika ili da je njegovo oslobođenje bilo uslov za sticanje nasleđa ili legata utiče na aktivnu legitimaciju i način procene štete u postupku po akvilijanskoj tužbi.*

Ključne reči: *Akvilijev zakon (lex Aquilia), rimsko pravo, vanugovorna odgovornost, šteta, privatni delikti.*

1. Uvod

Tužba zbog protivpravne štete (*actio damni iniuriae*), u izvorima alternativno označena i kao tužba iz Akvilijevog zakona (*actio legis Aquiliae*), u rimskom klasičnom pravu podiže se protiv lica koje drugome nanese imovinsku štetu tako što namerno ili iz nehata uništi ili ošteti tuđu stvar. Ovom tužbom tužilac može da zahteva najvišu vrednost koju je uništena ili oštećena stvar imala u toku godinu dana koji su prethodili deliktu (po prvom poglavlju Akvilijevog zakona, ako se radi o ubistvu robova ili životinja koje se ubrajaju u stoku), ili najvišu vrednost koju je stvar imala u periodu od trideset dana koji su prethodili deliktu (u skladu sa tre-

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

ćim poglavljem Zakona, ako se radi o povredi roba ili životinje, ili o uništenju ili oštećenju ostalih stvari).[2]

U romanistici je poznato da rimski pravnici klasičnog perioda prilikom procene štete nisu uzimali u obzir samo tržišnu vrednost uništene ili oštećene stvari (*quanti id fuit; quanti ea res erit*), nego ukupni imovinski interes oštećenog lica (*id quod interest; utilitas*).[3] Pored raznih drugih gubitaka koji mogu da nastanu usled uništenja stvari,[4] klasičari prilikom procene štete u akvilijanskom postupku uzimaju u obzir i vrednost izgubljenog nasleđa ili legata. Gubitak nasleđa može da nastane kao posledica uništenja stvari na više načina. Jedan od njih je uništenje tablica testamenta,[5] kojim problemom smo se bavili u ranijim radovima.[6]

Ovom prilikom pozabavićemo se jednom drugom situacijom: ubistvom roba-naslednika, ili roba čije je oslobođenje uslov za sticanje nasleđa ili legata. Cilj istraživanja je da se putem analize klasične kazuistike utvrdi na koji način okolnost da je rob bio imenovan za naslednika, ili da je njegovo oslobođenje postavljeno kao uslov za sticanje nasleđa ili legata, utiče na primenu tužbe iz Akvilijevog zakona u slučaju njegovog ubistva? To podrazumeva dve stvari.

Prvo, mora se utvrditi da li i na koji način to utiče na aktivnu legitimaciju za podizanje tužbe, odnosno da li je podizanje tužbe zbog protivpravne štete u ovakvim slučajevima moguće, pod kojim uslovima, i od strane kojih lica?

Drugo, treba utvrditi kako se procenjuje šteta, tj. da li se u štetu uračunava samo vrednost ubijenog roba, ili i vrednost izgubljenog nasleđa, ili i jedno i drugo?

---

[2] D.9.2.2pr; D.9.2.27.5.

[3] D.9.2.21.2.

[4] Između ostalog, to podrazumeva i vrednost izgubljenog suvlasničkog udela (D.9.2.19; D.9.2.20), stvarnog prava (poput plodouživanja i upotrebe - D.4.3.7.4; D.9.2.12; D.9.2.11.10; D.43.24.13pr) ili savesne državine (D.9.2.17) koju je neko imao na tuđoj stvari. Takođe, podrazumeva i štetu nastalu usled smanjenja vrednosti drugih stvari (na primer, u slučaju ubistva jednog od konja iz četvoroprega - D.9.2.22.1; G.3.212; I.4.3.10), izgubljenu zaradu i troškove lečenja (u slučaju povrede slobodnog čoveka - D.9.2.5.3; D.9.2.7pr; D.9.2.13pr; D.19.2.13.4; PSI.14.1449), nemogućnost naplate obligacionog potraživanja (zbog uništenja pisanog dokaza o postojanju obligacije - D.2.13.10.3; D.47.2.32.1, ubista roba-saučesnika u proneveri pre nego što je ispitan - D.9.2.23.4 ili uništenja predmeta zaloge - D.9.2.30.1; D.20.1.27), kao i vrednost izgubljenog ploda povređene robinje ili domaće životinje (D.9.2.27.22; D.9.2.39).

[5] D.9.2.40-42

[6] Vidi: S. Aličić: *Akvilijanska odgovornost za štetu prouzrokovanu uništavanjem dokumenata u klasičnom rimskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu Vol. 42., Br. 3, 2008. str. 329-348.

2. Ubistvo roba-naslednika

Najjednostavnija situacija u kojoj se u slučaju ubistva roba u procenu štete po akvilijanskoj tužbi u obzir uzima i izgubljeno nasleđe je ona kada neko ubije tuđeg roba kojeg je treće lice pre toga u testamentu imenovalo za naslednika:

D.9.2.23pr ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Otuda Neracije piše da, ako bi rob koji je imenovan za naslednika bio ubijen, i nasleđe ulazi u procenu*.[7]

Ovaj koncizni tekst ne postavlja veće teškoće za analizu. Ulpijan citira pravnika Neracija, koji kaže da će u slučaju ubistva roba koji je imenovan za naslednika njegov gospodar moći da po akvilijanskoj tužbi zahteva ne samo vrednost ubijenog roba, nego i vrednost nasleđa koje nije mogao steći zbog njegovog ubistva.

Radi se, naravno, o situaciji kada je treće lice imenovalo roba za naslednika. U tom slučaju nasleđe pripada gospodaru.[8] Naime, rob može biti imenovan za naslednika od strane trećeg lica, ali ne može zadržati nasleđe.

Pravnici ne raspravljaju o tome zbog čega bi neko imenovao tuđeg roba za naslednika. Moguće je da se radilo o situacijama kada bi hteo da podigne ugled roba u očima gospodara i time popravi njegov položaj, ili o prikrivanju namere da imovina pripadne gospodaru. O motivu pravnici ne raspravljaju, jer on sa aspekta primene *actio damni iniuriae* nema značaja.

U svakom slučaju, da bi se izgubljeno nasleđe moglo uzeti u obzir prilikom procene štete, rob mora biti ubijen pre nego što je gospodar stekao nasleđe. Podrazumeva se i da sadržina testamenta u kome je rob imenovan za naslednika mora biti objavljena, bilo pre bilo posle ubistva roba, da bi gospodar mogao dokazati da je rob imenovan za naslednika.

3. Smrtno ranjavanje i ubistvo roba-naslednika od strane dva različita lica

Mnogo složeniji za analizu je sledeći Julijanov fragment, od kojeg, zbog njegove obimnosti, navodimo najpre prvi deo:

---

[7] D.9.2.23pr ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Inde Neratius scribit, si servus heres institutus occisus sit, etiam hereditatis aestimationem venire.* Klasičnost ovog fragmenta nikad nije ozbiljnije dovođena u pitanje. R. H. Below: *Heredis institutio eines Servus und lex Aquilia*, Festschrift Hans Lewald, Basel 1953., str. 18-19. Vidi za *actio furti* D.47.2.52.28 i za *condictio furtiva* D.13.1.3.

[8] Below, *op. cit.,* str. 16.

D.9.2.51 JULIJAN, iz osamdeset šeste knjige Digesta: *Rob je tako ranjen, da je sigurno da će od tog napada umreti; u međuvremenu je postavljen za naslednika i posle toga preminuo od napada drugog (lica); pitam, da li se protiv obojice može podići tužba zbog ubistva po Akvilijevom zakonu? Odgovor: Obično, naravno, kažu da je „ubio" (occidisse) onaj koji je na bilo koji način izazvao uzrok smrti; ali po Akvilijevom zakonu očigledno je da odgovara samo onaj koji je primenom sile i, praktično, rukom, izazvao uzrok smrti, budući da je očevidna interpretacija (porekla) termina od caedendo (sekući/udarajući) i od caede (seci/udaraj). S druge strane, smatra se da Akvilijevom zakonu podležu ne samo oni koji su nekog tako ranili, da su ga odmah lišili života, već isto tako i oni od čijih će rana nečiji život sigurno prestati. Prema tome, ako je neko robu naneo smrtonosnu ranu, i neko drugi ga posle nekog vremena tako udario da je pre vremena preminuo, budući da je umirao od prethodne rane, treba zaključiti da obojica odgovaraju po Akvilijevom zakonu. 1. Ovde se sledi mišljenje starih koji su ukoliko je rob bio ranjen od više njih tako da se ne zna od čijeg je udarca preminuo presuđivali da svi podležu Akvilijevom zakonu.*[9]

Činjenično stanje je sledeće. Rob je smrtno ranjen. Nedugo zatim, imenovan je za nečijeg naslednika. Nakon toga, ubijen je od strane drugog lica.

Pravno pitanje je, da li oba lica, i ono koje je roba smrtno ranilo i ono koje ga je nakon toga ubilo, mogu da budu tužena akvilijanskom tužbom od strane gospodara ubijenog roba?

Julijanov odgovor je potvrdan: obojica mogu biti tuženi. On smatra da, iako izraz *occidere* koji se pominje u prvom poglavlju Akvilijevog zakona označava prevashodno ubistvo u najjednostavnijem smislu, odnosno momentalno lišavanje života drugog lica, treba prihvatiti tumačenje da se pod to podvodi i slučaj kada je neko tako ranjen da će nakon izvesnog

[9] D.9.2.51 IULIANUS libro octagensimo sexto digestorum *Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit: quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit. respondit: occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo praebuit: sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi et quasi manu causam mortis praebuisset, tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede. rursus Aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum. igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri. 1. Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret, cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt.*

vremena umreti. Ipak, okolnost da je rob umirao od prve rane ne oslobađa onog koji ga je kasnije dokrajčio od odgovornosti. Julijan se, po analogiji, poziva na mišljenje starih pravnika (*veteres*), koji su u situaciji kada bi više lica tuklo roba, tako da se nije moglo ustanoviti od čijeg je udarca preminuo, davali kumulativno akvilijansku tužbu protiv svih učesnika u ubistvu. To znači da će gospodar moći da od svakog delikventa pojedinačno naplati puni iznos štete.

Sve do ovog momenta, rasprava se svodi na pitanje kazualiteta, i iz nje se vidi da okolnost da je rob imenovan za naslednika od strane trećeg lica nema značaja u pogledu pasivne legitimacije. I da se radilo o ubistvu roba koji nije imenovan za naslednika, obojica učinilaca bi mogla biti tužena. Međutim, iz nastavka Julijanovog teksta se vidi da okolnost da je rob imenovan za naslednika ima značaja sa jednog drugog aspekta. Naime, procena štete neće biti ista po obe tužbe:

D.9.2.51.2 JULIJAN, iz osamdeset šeste knjige Digesta: *Međutim, procena vrednosti preminulog neće biti ista za oba lica; jer, onaj koji je prvi ranio platiće toliko koliko je čovek u prošloj godini najviše vredeo, tristo šezdeset pet dana unazad od dana ranjavanja, a onaj koji je kasnije, odgovaraće za onoliko koliko je čovek najviše mogao vredeti u protekloj godini u kojoj je izgubio život, u kojoj će sumi takođe biti i nasleđe. Dakle, na ime istog ubijenog roba jedan će morati da isplati veći, drugi manji procenjeni iznos, čemu se ne treba čuditi, jer se smatra da je svaki od njih dvojice ubio čoveka po različitom osnovu i u različito vreme. A ako bi neko pomislio da smo ovo besmisleno konstatovali, neka razmisli da bi bilo mnogo besmislenije da je konstatovano da nijedan od njih dvojice ne podleže Akvilijevom zakonu, ili jedan više nego drugi, kad niti delikte treba ostaviti nekažnjenim, niti bi se moglo lako utvrditi koji od njih dvojice pre podleže Zakonu. Mnogo toga je u pravu građana opšte prihvaćeno zbog korisnosti, protivno razumu onog koji raspravlja, što se može dokazati bezbrojnim stvarima; za sada ću biti zadovoljan jednom. Ako su više njih odneli gredu da bi je ukrali, budući da je svaki ponaosob nije mogao poneti, smatra se da svi podležu tužbi zbog krađe, mada bi se na osnovu suptilnog zaključivanja moglo reći da niko od njih ne podleže, jer, uistinu, niko je nije odneo.*[10]

[10] D.9.2.51.2 IULIANUS libro octagensimo sexto digestorum *Aestimatio autem perempti non eadem in utriusque persona fiet: nam qui prior vulneravit, tantum praestabit, quanto in anno proximo homo plurimi fuerit repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus, posterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo, quo vita excessit, in quo pretium quoque hereditatis erit. eiusdem ergo servi occisi nomine alius maiorem, alius minorem aestimationem praestabit, nec mirum, cum uterque eorum ex diversa causa et diversis temporibus occidisse hominem intellegatur. quod si*

Lice koje je smrtno ranilo roba odgovaraće, u skladu sa prvim poglavljem Akvilijevog zakona, na iznos najviše vrednosti koju je rob imao u toku 365 dana koji su prethodili ranjavanju. Međutim, onaj koji ga je nakon toga lišio života biće tužen na iznos najviše vrednosti koju je rob imao 365 dana pre ubistva. U konkretnom slučaju, to znači da će odgovarati na viši iznos, jer će u sumu, pored vrednosti samog roba, biti uračunato i nasleđe koje je gospodar mogao da stekne. Naime, u vreme kada je prvo lice smrtno ranilo roba, on još nije bio imenovan za naslednika. Samim tim, vrednost štete je manja.

Mada ovo rešenje može biti protivno formalnoj logici, Julijan ga objašnjava razlozima opšte koristi (*contra rationem disputandi pro utilitate communi*),[11] Mišljenja nekih autora da je deo koji se odnosi na *utilitas commune* interpolisan od strane Justinijanovih kompilatora je opovrgnuto.[12]

Ipak, na osnovu sledećeg Ulpijanovog teksta znamo da nisu svi pravnici delili Julijanovo mišljenje da se u slučaju smrtnog ranjavanja roba godina računa unazad od momenta ranjavanja, a ne od momenta kada je rob umro:

D.9.2.21pr ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Zakon kaže: „koliko je taj čovek u onoj godini najviše vredeo". Ova klauzula se odnosi na procenu štete koja je učinjena. 1. Godina se, međutim, računa unazad, od kada je ubijen; a ako je bio smrtno ranjen i naknadno, posle du-*

---

quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur. multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest: unum interim posuisse contentus ero. cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse.

[11] H. Ankum: *Utilitatis causa receptum. Sur la mèthode pragmatique des juristes romains classiques*; RIDA 15/1968., str. 119-133., posebno 130-133.

[12] G. Longo: *"Utilitas publica";* LABEO 18/1972., str. 20. Jedini cilj Longove kritike je da pruži podršku sopstvenoj teoriji da je izraz *utilitas publica* postklasičan, i da je uvek kada se nalazi u klasičnim tekstovima interpolisan od strane Justinijanovih kompilatora. Longo, *op. cit*., str. 7-71. Da je ovaj izraz klasičnog porekla, i, štaviše, tipičan za Julijanov pravni rečnik, dokazao je obimnim istraživanjem V. Scarano Ussani: *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano 1987., vidi posebno str. 11-20. Autentičnost ovog fragmenta, kao i Julijanovo načelno protivljenje korišćenju sofizama iz grčke dijalektike potvrđuje i Ćerami. P. Cerami: *Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano (A proposito di D.35.2.88pr)*, IVRA 12/1971., str. 133-136. Od izvora koji ovo potvrđuju, vidi posebno D.50.17.65. Julijanovi stavovi mogu biti dobar podsetnik svima koji bi eventualno želeli da prikažu pravničku veštinu klasičnog perioda kao „sistematsku nauku", proisteklu iz grčke dijalektike, da su klasični pravnici po pravilu davali prednost subjektivnom osećanju pravičnosti nad metodama formalne logike.

žeg perioda, preminuo, tada ćemo po Julijanu godinu računati od kada je ranjen, iako Celz piše suprotno.[13]

Ulpijan se slaže sa Julijanom, što ukazuje da je to verovatno bilo većinsko mišljenje, ali pominje da se Celz protivi ovom rešenju. To znači da bi Celz u slučaju koji Julijan analizira u tekstu D.9.2.51 verovatno protiv oba lica dao tužbu na iznos štete koji bi uključivao kako vrednost roba, tako i izgubljenog nasleđa. Naime, on bi godinu računao unazad od momenta smrti roba i u situaciji kad je rob smrtno ranjen pa posle dužeg vremena preminuo. O tome da li je Celzovo mišljenje imalo sledbenika među rimskim pravnicima u izvorima nema podataka.

Napomenimo i to da ni jedan tekst ne sugeriše da bi neki pravnik u situaciji sličnoj onoj u fragmentu D.9.2.51 dao tužbu samo protiv jednog lica, npr. samo protiv onog koje je roba smrtno ranilo, ili samo protiv onog koje ga je ubilo.

4. Ubistvo roba koga je gospodar testamentom oslobodio i imenovao za naslednika

Za razliku od tekstova koje smo do sada razmatrali, u kojima se raspravlja o situaciji kada je ubijen rob koga je treće lice imenovalo za naslednika, u sledećem fragmentu radi se o slučaju kada je gospodar sopstvenog roba u testamentu imenovao za naslednika i oslobodio:

D.9.2.23.1 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Julijan kaže, ako je ubijen rob koji je oslobođen i imenovan za naslednika, ni substitut ni zakonski naslednik ne mogu putem tužbe iz Akvilijevog zakona da zahtevaju procenjenu vrednost nasleđa, koje mu još nije moglo pripadati dok je bio rob; koja izreka je tačna. Prema tome, pravi se samo procena cene (roba), jer se smatra da je samo u tome interes supstituta; ja, međutim, mislim da se ne može praviti ni procena cene, jer ako je naslednik, onda je i slobodan.* [14]

---

[13] D.9.2.21pr ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Ait lex: 'quanti is homo in eo anno plurimi fuisset'. quae clausula aestimationem habet damni, quod datum est. 1. Annus autem retrorsus computatur, ex quo quis occisus est: quod si mortifere fuerit vulneratus et postea post longum intervallum mortuus sit, inde annum numerabimus secundum Iulianum, ex quo vulneratus est, licet Celsus contra scribit.*

[14] D.9.2.23.1 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Iulianus ait, si servus liber et heres esse iussus occisus fuerit, neque substitutum neque legitimum actione legis Aquiliae hereditatis aestimationem consecuturum, quae servo competere non potuit: quae sententia vera est. pretii igitur solummodo fieri aestimationem, quia hoc interesse solum sub-*

Ulpijan se slaže sa Julijanom da u situaciji kada je ubijen rob koga je njegov gospodar testamentom oslobodio i imenovao za naslednika ni testamentarni supstitut ni zakonski naslednik ne mogu akvilijanskom tužbom da zahtevaju vrednost nasleđa.

Međutim, u pogledu mogućnosti procene vrednosti samog roba pravnici nisu saglasni. Julijan kaže da supstitut i zakonski naslednik mogu da zahtevaju samo cenu, odnosno tržišnu vrednost ubijenog roba, jer samo u tome vidi njihov imovinski interes. Ulpijan se sa ovim ne slaže. On tvrdi da oni nemaju nikakvog imovinskog interesa ni u pogledu vrednosti roba, jer da je rob ostao živ, i da je po testamentu postao slobodan i naslednik, substitut ili zakonski naslednik ne bi dobili ništa. Njima ubistvo roba-naslednika u stvari koristi, te se ne može praviti ni procena vrednosti roba.[15] Ulpijanov stav, bez sumnje, deluje logičnije. Budući da raspolažemo samo Ulpijanovom kritikom, ali ne i izvornim Julijanovim mišljenjem, ne može se ništa reći o tome koji su razlozi za ovakav Julijanov stav.[16]

---

stituti videretur: ego autem puto nec pretii fieri aestimationem, quia, si heres esset, et liber esset. Gerke smatra da je ovaj fragmet interpolisan. T. J. Gerke: *Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche der "lex Aquilia" (Mit einem vergleichenden Ausblick auf die geschichtliche Entwicklung der Ansprüche aus Furtum)*, SDHI 23/1957., str. 66-68.

[15] Tako i N. Natali: *La legge Aquilia (ossia il damnum iniuria datum) – Studio sul lib. IX, tit. II del Digesto*, Roma 1896.str. 185-186.

[16] Sasvim sigurno, rešenje koje zastupa Julijan deluje nelogično. Međutim, kako smo već videli, Julijan nije pridavao veliki značaj zaključcima zasnovanim na logičko-dijalektičkim metodama. Ovome bi se moglo prigovoriti da to što Julijan daje tužbu zbog protivpravne štete i u situaciji kada nikakve štete zapravo nema nije samo nelogično, nego apsurdno. Međutim, treba voditi računa da prilikom utvrđivanja iznosa štete u postupku po *actio damni iniuriae* Rimljani utvrđuju, kako bi današnji pravnici rekli, „formalnu", a ne „materijalnu" istinu. Utvrđuje se najviša vrednost koju je rob imao godinu dana pre delikta. Npr., prema samom Ulpijanu, ukoliko je u toku godine koja je prethodila ubistvu robu koji je bio poznati slikar odsečen palac, procenjivaće se vrednost koju je imao pre nego što je onesposobljen, koja, dakako, može biti višestruko veća (D.9.2.23.3). Štaviše, i kod drugih pravnika, a ne samo kod Julijana, nalazimo situacije u kojima su striktno tumačenje odredbe o proceni najviše vrednosti roba u toku godine i penalne karakteristike Akvilijevog zakona doveli do toga da se tužba daje i u situaciji kada nikakve štete zapravo nema. Tako, Paul razmatra sledeću situaciju. Dužnik se stipulacijom obavezao da će predati roba Stiha ili roba Pamfila, po svom izboru. Ugovorena je, dakle, alternativna obligacija. Stih je vredeo deset hiljada sestercija, a Pamfil dvadeset hiljada. Pre nego što je nastupila docnja, poverilac je ubio manje vrednog roba, Stiha. Paul smatra ne samo da se šteta u ovom slučaju procenjuje na vrednost vrednijeg roba, nego da bi tako bilo čak i u situaciji da je Pamfil umro pre ubistva Stiha, i da se obligacija ugasila! (D.9.2.55 PAULUS libro vicensimo secundo quaestionum *Stichum aut Pamphilum promisi Titio, cum Stichus esset decem milium, Pamphilus viginti: stipulator Stichum ante moram occidit: quaesitum est de actione legis Aquiliae. respondi: cum viliorem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor. quanti igitur fiet aesti-*

U gore navedenom tekstu raspravlja se o pravu testamentarnog supstituta kojeg je imenovao gospodar, ili o pravu zakonskih naslednika gospodara da podnesu tužbu zbog protivpravne štete protiv lica koje je ubilo roba. Međutim, Marcel kaže da tužba iz Akvilijevog zakona nije moguća ni od strane naslednika oslobođenog roba:

D.9.2.36.1 MARCEL, iz dvadeset prve knjige Digesta: *Ako gospodar roba, kojeg je Ticije smrtno ranio, imenuje za naslednika i oslobodi ga, i kao njegov naslednik se kasnije pojavi Mevije, Mevije neće imati protiv Ticija tužbu iz Akvilijevog zakona, naravno po mišljenju Sabina, koji je smatrao da se na naslednika ne prenosi tužba koja ne može da pripada ni preminulom; jer zaista bi bilo besmisleno ako bi se dogodilo da naslednik zahteva cenu zbog ubistva onog čiji je naslednik. Ali, ako ga je gospodar oslobodio i imenovao za naslednika na delu (zaostavštine), sanaslednik može da tuži po osnovu Akvilijevog zakona posle njegove smrti.*[17]

U ovom primeru gospodar je roba, kojeg je pre toga izvesni Ticije smrtno ranio, u testamentu imenovao za naslednika i oslobodio. Gospodar je umro pre roba, i rob je postao naslednik i slobodan. Nedugo zatim i on je umro od posledica zadobijene rane. Kao njegov naslednik se pojavio Mevije. U tekstu se ne kaže da li je Mevije testamentarni ili intestatski naslednik oslobođenika, a to u ovom slučaju ni nema značaja.

Pravno pitanje je: da li Mevije ima akvilijansku tužbu protiv Ticija?

Odgovor na postavljeno pitanje je negativan. Bez ikakve sumnje, gospodar je dok je bio živ imao akvilijansku tužbu, ali nasledniku oslobođenog roba ona neće pripadati. Dakako, ne samo zato što je u njegovom imovinskom interesu bilo da on umre kako bi dobio nasleđe, nego i zato

---

matio, utrum decem milium, quanti fuit occisus, an quanti est, quem necesse habeo dare, id est quanti mea interest? et quid dicemus, si et Pamphilus decesserit sine mora? iam pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor? et sufficiet fuisse pluris cum occideretur vel intra annum. hac quidem ratione, etiamsi post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse.)

[17] D.9.2.36.1 MARCELLUS libro vicensimo primo digestorum *Si dominus servum, quem Titius mortifere vulneraverat, liberum et heredem esse iusserit eique postea Maevius extiterit heres, non habebit Maevius cum Titio legis Aquiliae actionem, scilicet secundum Sabini opinionem, qui putabat ad heredem actionem non transmitti, quae defuncto competere non potuit: nam sane absurdum accidet, ut heres pretium quasi occisi consequatur eius, cuius heres exstitit. quod si ex parte eum dominus heredem cum libertate esse iusserit, coheres eius mortuo eo aget lege Aquilia.*

što je rob umro kao slobodan čovek. U skladu sa time, imovinski interes oslobođenikovog naslednika ne može se proceniti niti na vrednost nasleđa, niti na vrednost samog čoveka.

Međutim, u poslednjoj rečenici ovog teksta Marcel navodi jedan nešto manje jasan slučaj. Ukoliko je rob oslobođen i imenovan za sanaslednika na delu zaostavštine, onda će njegov sanaslednik imati pravo da zbog njegovog ubistva tuži na osnovu Akvilijevog zakona.

U tekstu, na žalost, nema obrazloženja za ovakav stav, koji deluje nelogično, i u suprotnosti sa gore navedenim. U čemu se može sastojati imovinski interes sanaslednika? Da je rob ostao živ, bio bi slobodan, te se njegova vrednost ne može procenjivati. Tim pre ne može se procenjivati ni vrednost dela zaostavštine, koju bi dobio da je ostao živ, jer u tom pogledu ubistvo roba sanasledniku, u stvari, koristi.

Da li se radi o primeni sličnog principa kojeg se drži i Julijan u ranije citiranom tekstu D.9.2.23.1? Možda su neki pravnici davali akvilijansku tužbu gospodarevim naslednicima, ali ne i naslednicima oslobođenog roba?

Ipak, izgleda da ovaj tekst treba tumačiti na drugačiji način. Reči *quod si ex parte eum dominus heredem cum libertate esse iusserit* mogu da znače da je gospodar roba delom imenovao za naslednika, i **delom** oslobodio, u smislu da deo slobode, u iznosu polovine sopstvene vrednosti, rob mora da otkupi od sanaslednika. Osim što bi ovo tumačenje pružilo rešenje koje bi u većoj meri bilo usklađeno sa pravnom logikom, njemu u prilog govore i drugi argumenti. Pre svega, Marcel uopšte ne kaže da bi sanaslednik mogao da akvilijanskom tužbom zahteva vrednost dela nasleđa koji bi rob dobio. On samo saopštava da u slučaju smrti roba sanaslednik može zbog toga da tuži na osnovu Akvilijevog zakona (*coheres eius mortuo eo aget lege Aquilia* - D.9.2.36.1). Ovo sugeriše da se pre radi o tužbi na vrednost samog roba, tačnije, deo njegove vrednosti. Dodajmo i to da se iz Marcelovog izlaganja može zaključiti da je rob imenovan za naslednika nakon što je ranjen. I ovo umanjuje mogućnost da je nasleđe ulazilo u procenu, izuzev ako Marcel ne prihvata manjinsko mišljenje koje zastupa Celz, prema kome se u slučaju kada rob posle dužeg vremena premine od rane izračunava najviša vrednost koju je rob imao u toku godinu dana pre smrti, a ne pre ranjavanja (D.9.2.21pr). Na kraju, Marcel se poziva na pravno pravilo ustanovljeno od strane Sabina, prema kome se nasledniku ne može preneti tužba koja nije mogla pripadati ni ostaviocu (*scilicet secundum Sabini opinionem, qui putabat ad heredem actionem non transmitti, quae defuncto competere non potuit* - D.9.2.36.1). Prema tome, sanasledniku ne može da pripadne akvilijanska tužba na deo nasleđa, jer ni ostavilac to ne bio mogao da zahteva akvilijanskom tu-

žbom. Međutim, ostavilac je imao akvilijansku tužbu na iznos vrednosti roba. Dakle, ne bi bilo u neskladu sa Sabinovom regulom, koju Marcel citira, da se sanasledniku dopusti akvilijanska tužba na deo vrednosti roba, koji bi rob morao da otkupi od sanaslednika da bio dobio slobodu.

5. Ubistvo roba čije je oslobođenje uslov za nasleđe

Pored ubistva roba-naslednika, klasični pravnici razmatraju i jednu sličnu situaciju, kada do gubitka nasleđa dođe usled ubistva roba čije je oslobođenje uslov za nasleđe:

D.9.2.23.2 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Na isti način Julijan piše, ako sam imenovan za naslednika pod uslovom „ako oslobodim Stiha", i ako je Stih ubijen posle smrti testatora, treba zaključiti da u procenu (štete) treba uključiti i vrednost nasleđa; naime, uslov se ne može ispuniti zbog ubistva; a ako je ubijen za života testatora, nasleđe se ne procenjuje, jer se retroaktivno ispituje kolika je bila njegova najveća vrednost.*[18]

Ulpijan citira Julijana, koji analizira sledeći slučaj. Neko je u testamentu imenovan za naslednika pod uslovom da oslobodi roba Stiha. Rob je ubijen posle smrti testatora, a pre prihvatanja nasleđa, odnosno pre nego što je gospodar stigao da ga oslobodi i tako ostvari uslov za nasleđe.

Po Julijanu, u procenu štete po akvilijanskoj tužbi protiv lica koje je ubilo Stiha uračunava se nasleđe koje je izgubljeno zbog toga što nakon ubistva roba više ne može da se ispuni uslov. Iako bi *etiam hereditatis pretium* moglo da se čita kao *isto tako i vrednost nasleđa*, izgleda da se ipak uračunava samo vrednost nasleđa, a ne i roba kojeg bi naslednik svejedno morao da oslobodi.[19] *Etiam* verovatno potiče od Ulpijana a ne od Julijana, i odnosi se na *idem Iulianus scribit*.

Nije jasno da li na kraju teksta (*propter occisionem enim defecit condicio: quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare, quia retrorsum quanti plurimi fuit inspicitur*) Ulpijan iznosi svo-

[18] D.9.2.23.2 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Idem Iulianus scribit, si institutus fuero sub condicione, 'si Stichum manumisero' et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum: propter occisionem enim defecit condicio: quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare, quia retrorsum quanti plurimi fuit inspicitur.*

[19] Gerke, *op. cit.,* str. 91.

je mišljenje ili i dalje citira Julijana.[20] U svakom slučaju, smisao teksta je ovaj: ako je rob ubijen za života testatora, onda se procenjuje samo vrednost ubijenog roba, a ne i vrednost nasleđa. Naime, testator je dok je bio živ mogao da izmeni uslov. Ako to ne bi učinio, i ako bi i nakon ubistva Stiha zadržao njegovo oslobođenje kao uslov za nasleđe, pravnici su smatrali da je u testamentu postavio nemoguć uslov, a takav uslov bi smatrali nepostojećim. Uslov mora biti moguć ne samo u momentu kada je nastao testament, nego i u momentu kada testament stiče pravnu snagu, tj. u trenutku smrti testatora.[21]

Gerke smatra da je gornji fragment interpolisan[22] i kao argumet navodi sledeći Pomponijev fragment:

D.30.54.2 POMPONIJE, osma knjiga po ugledu na Sabina: *Ali i ako bi smrt roba koji ti je legiran pod uslovom da ga oslobodiš sprečila oslobođenje, ništa manje ti se ne duguje legat, jer nije do tebe, što do oslobođenja nije došlo.* [23]

Ovaj tekst nedvosmisleno govori da će u slučaju kada je rob čije je oslobođenje uslov za sticanje legata umro legat ipak pripasti legataru. Na prvi pogled, to je u kontradikciji sa fragmentom D.9.2.23.2, te bi moglo da deluje kao argument u prilog teoriji o interpolaciji ovog pasusa od strane Justinijanovih kompilatora.

Međutim, treba primetiti da se u Pomponijevom tekstu ne kaže kada je rob umro, dok se u tekstu D.9.2.23.2 izričito kaže da nasleđe neće pripasti nasledniku ukoliko je do ubistva došlo *post mortem testatoris*, i da situacija ne bi bila ista ukoliko bi do ubistva došlo pre smrti testatora. Zbog toga, neki romanisti ukazuju da je u gore citiranom fragmentu D.30.54.2 Pomponije mislio na situaciju kada je nemogućnost izvršenja uslova nastupila pre smrti testatora, odnosno ako je rob umro pre testatora.[24] Ovo tumačenje deluje ispravnije, jer je u skladu sa pravilom da uslov u testamentu mora biti ispunjiv u momentu smrti testatora. Okolnost da naslednik nije odmah nakon smrti testatora oslobodio roba i preuzeo nasleđe uticaće na to da na njega prelazi rizik naknadno nastale nemogućnosti ispunjenja uslova. U tom slučaju, ako ispunjenje uslova kasnije posta-

[20] G. MacCormack: *Impossible Conditions in Wills*, RIDA 21/1974., str. 270.

[21] MacCormack, *op. cit.,* str. 270-276.

[22] Gerke, *op. cit.,* str. 93.

[23] D.30.54.2 POMPONIUS libro octavo ad Sabinum *Sed et si servi mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset, si eum manumisisses, nihilo minus debetur tibi legatum, quia per te non stetit, quo minus perveniat ad libertatem.*

[24] MacCormack, *op. cit.*, str. 282-283.

ne nemoguće zbog smrti roba, on gubi nasleđe. Međutim, ukoliko je rob umro pre smrti testatora, a testator njegovo oslobođenje zadržao kao uslov, onda će se smatrati da je testator postavio nemoguć uslov, i legat će ipak pripasti legataru. Jer, sa ponašanjem legatara se ni na koji način ne može dovesti u vezu činjenica da do oslobođenja roba nije došlo (*quia per te non stetit, quo minus perveniat ad libertatem* - D.30.54.2). Dakle, ovaj tekst nije u neskladu sa Ulpijanovim fragmentom D.9.2.23.2, i ne pruža osnov za sumnju u njegovu klasičnost.

6. Zaključak

Rimski klasični pravnici prilikom primene akvilijanske tužbe u slučaju ubistva roba vode računa o okolnosti da je rob bio imenovan za naslednika, ili da je njegovo oslobođenje postavljeno kao uslov za sticanje nasleđa, i to kako u pogledu aktivne legitimacije, tako i u pogledu procene štete.

Ukoliko je ubijen rob koga je treće lice postavilo za naslednika, budući da bi u tom slučaju nasleđe pripalo gospodaru, on može da tužbom zbog protivpravne štete od lica koje je ubilo roba zahteva kako tržišnu vrednost samog roba, tako i nasleđa koje nije mogao steći. Da bi se i nasleđe uračunalo u procenjenu štetu, rob mora biti ubijen pre nego što je ga je gospodar stekao. Klasični pravnici ne raspravljaju o okolnosti da li je rob ubijen pre ili posle smrti testatora. U svakom slučaju, podrazumeva se da je neophodno da je sadržina testamenta poznata.

Pravnici su saglasni da se procenjuje najviša vrednost koju je rob imao godinu dana pre ubistva. Dakle, nije važan momenat u kome je rob imenovan za naslednika. Međutim, ukoliko je rob najpre smrtno ranjen, nakon toga imenovan za naslednika, pa posle dužeg vremena preminuo, tekstovi klasičnih pravnika nude različita rešenja u pogledu procene štete. Po mišljenju Julijana i Ulpijana, koje je verovatno bilo i većinski prihvaćeno, protiv onog ko je smrtno ranio roba daće se tužba samo na vrednost roba, a ne i na vrednost nasleđa, jer oni godinu računaju unazad od momenta ranjavanja. Međutim, po mišljenju Celza, godina se računa unazad od momenta kada je rob umro, što znači da će se akvilijanskom tužbom moći zahtevati i nasleđe.

Ukoliko je bilo više saizvršilaca, svi odgovaraju kumulativno na puni iznos štete, u koju će biti uračunato i nasleđe. Ipak, i kod kumulativne odgovornosti vodi se računa o visini nanete štete. Ukoliko je najpre jedno lice smrtno ranilo roba, koji je nakon toga imenovan za naslednika, pa rob zatim bude ubijen od nekog drugog lica, oba lica mogu biti kumulativno tužena za ubistvo. Ali, lice koje ga je ranilo odgovaraće samo za

vrednost roba, dok će ono koje ga je kasnije ubilo odgovarati i za vrednost nasleđa.

Akvilijanska tužba u slučaju ubistva roba-naslednika dopušta se po pravilu samo ako je imenovan za naslednika od strane trećeg lica. Situacija je potpuno drugačija ukoliko je rob u testamentu imenovan za naslednika i oslobođen od strane samog gospodara. Pravnici su jednoglasni u oceni da testamentarni substitut ili zakonski naslednik gospodara neće moći da zahteva vrednost nasleđa, ali nisu saglasni da li se u takvom slučaju može zahtevati vrednost roba.

Ni u slučaju kada je rob smrtno ranjen, pa posle od strane gospodara u testamentu imenovan za naslednika i oslobođen, nadživeo gospodara i umro kao slobodan čovek, naslednicima roba se ne daje akvilijanska tužba. Ipak, može se dati tužba na deo vrednosti ubijenog roba u situaciji kada je robu u testamentu podarena sloboda samo delom, uz obavezu da ostatak otkupi od sanaslednika.

Pored ubistva roba naslednika, klasični pravnici uračunavaju izgubljeno nasleđe ili legat u procenu štete po akvilijanskoj tužbi i u slučaju kada je ubijen rob čije je oslobođenje bilo uslov za sticanje nasleđa ili legata. Izgleda, međutim, da se u ovom slučaju akvilijanskom tužbom moglo zahtevati samo izgubljeno nasleđe ili legat, a ne i vrednost roba kojeg bi gospodar morao da oslobodi. Neophodno je da je rob ubijen u periodu nakon smrti testatora, a pre nego što ga je gospodar oslobodio i prihvatio nasleđe. Ukoliko je ubijen pre smrti testatora, smatraće se da testament sadrži nemoguć uslov i gospodar roba će moći da primi nasleđe ili legat, te nema uslova da se primeni akvilijanska tužba.

Samir Aličić, LL.M., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Slave Killing, Lost Legacy and *Lex Aquilia*

Abstract

If a slave was killed whom a third party set for a successor, Roman classical jurists in assessing damages in proceedings on Aquilia complaint counted, in addition to the value of the slave, the loss of inheritance that the master could not have acquired.If a slave is appointed in a will as a successor and freed by the master, jurists are unanimous in their opinion that the testamentary substitute or legal heir of the master, testamentary coheir, or heir of the slave will not be able to claim the value of heritage on Aquilian complaint. Only in some cases, some jurists allow Aquilian complaint to the value of the slave. Classical jurists also discuss the case when a slave, whose release was the condition for obtaining inheritance or legacy, was killed after the death of the testator, and before his master freed him and accepted the heritage.In that case, the Aquilian complaint may require lost inheritance or legacy.

Key words: Aquilian law (lex Aquilia), Roman law, extra-contractual liability, damages, private delicts, heritage, legacies, the will, the condition, slavery.

Originalni naučni rad 347.98(497.11)

Marko Knežević, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

O PROBLEMU BLAGOVREMENOSTI PRIGOVORA MESNE I ZALEČIVE STVARNE NENADLEŽNOSTI U PARNIČNOM POSTUPKU*

Sažetak: *Protivrečenost između odredaba Zakona o parničnom postupku koje se odnose na blagovremenost prigovora mesne i zalečive stvarne nenadležnsoti (čl. 17 st. 2 i čl. 20) i opšte odredbe čl. 284 st. 1 o blagovremenosti procesnih prigovora centralna je tema ovog rada. Problem se obrađuje tako što se prethodno sagledava teoretska koncepcija prekluzivnosti prigovora nenadležnosti i određuje se forma kroz koju ona treba da ostvari postulirani cilj. Potom se na takvim premisama i u skladu sa koncepcijom drugih instituta preispituju stavovi teorije i prakse, te se i daje argumentacija za rešenje konkretnog problema.*

Ključne reči: *ispitivanje nadležnosti, prigovor nenadležnosti, prekluzija, zalečenje nenadležnosti, načelo procesne ekonomije, koncentracija postupka, odgovor na tužbu.*

I. Uvod

1. Zakonom o parničnom postupku iz 2004. g.[1] parnična procedura u Srbiji je posle relativno dugo vremena pretrpela značajne promene. Jedna od takvih je i nova koncepcija pripremanja glavne rasprave i u okviru toga koncepcija odgovora na tužbu. Aspekat takvog novog zakonskog uređenja odgovora na tužbu jeste i određivanje dužnosti tuženom da u odgovoru na

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

[1] SG RS br. 125/04, 111/09, u daljem tekstu ZPP. Citiranje odredaba bez dodatnih označenja u ovom radu odnose se na one iz ZPP.

tužbu istakne (eventualne) procesne prigovore (čl. 284 st. 1). Radi se o odredbi koja s obzirom na svoj odnos sa odredbama ZPP o pojedinim procesnim prigovorima opravdava naslovljavanje ovog rada kao jednog «problema». Naime, pitanje blagovremenosti pojedinih procesnih prigovora je u ZPP regulisano zasebno, i to na način koji je u koliziji sa čl. 284 st. 1. Primer za to je prigovor mesne i zalečive stvarne nenadležnosti; zasebna pravila o blagovremenosti takvih prigovora (koja su inače u potpunosti preuzeta iz prethodnika ZPP[2]), predviđaju da ih je moguće blagovremeno izjaviti i nakon davanja odgovora na tužbu (čl. 17 st. 2 i 20).

2. Naznačena protivrečnost odredaba vrlo brzo je uočena, kako u nauci, tako i u praksi, i do danas je dobila svoj izraz u dva suprotstavljena mišljenja. Jedno, po kome primat imaju specijalne odredbe o prigovoru, i drugo po kojem treba dati prednost opštoj odredbi za procesni prigovore. Zajedničko je za oba, čini se, da nisu detaljno razrađena; argumentacija koja se uopšte daje nije posebno iscrpna, a ponegde stavovi do kraja nisu poštovani. Iako je u ishodištu tačno da konačno rešenje problema podrazumeva optiranje jedne od dveju opcija u pogledu primata odredaba o blagovremenosti prigovora, što bi značilo i priklanjanje jednom od suprotstavljenih mišljenja, put do njega podrazumeva sagledavanje smisla oročavanja (tj. prekluzivnosti) prigovora nenadležnosti, odnosno šire celine koju upravo ono stvara, te na tako izgrađenim premisama i u skladu sa koncepcijom ZPP sveobuhvatno tumačenje citiranih odredaba.

II. Teoretska koncepcija prekluzivnosti prigovora nenadležnosti

A. Nadležnost: opšta procesna pretpostavka relativnog značaja

1. Prema standardnom učenju nadležnost u svojoj ukupnosti, dakle kao genusni pojam, predstavlja opštu procesnu pretpostavku. To bi značilo da ona mora postojati tokom celog postupka, te da svaki nedostatak u pogledu nje u postupku povodom pravnih lekova bi povlačio za sobom ukidanje presude u najmanju ruku. Da je nadležnost kao kategorija važna, pokazuju nam i primeri iz nekih ustava.[3]

---

[2] To su Zakon o parničnom postupku iz 1956. g. (SL FNRJ br. 4/1957 i docnije izmene; u daljem tekstu ZPP 56) i Zakon o parničnom postupku iz 1976. g. (SL SFRJ br. 4/77 i docnije izmene; u daljem tekstu ZPP 76).

[3] Tako Ustav Kraljevine Srbije iz 1888. g. predviđa kao pravo svakoga da mu sudi samo nadležan sud (čl. 150); tako i Vidovdanski Ustav iz 1921. g. (čl. 6). S druge strane, nadležnost sudova se samo zakonom može određivati (čl. 143 st. 2 Ustava Srbije). U nemačkoj teoriji se nadležnost suda uzima kao pretpostavka i deo prava na prirodnog (zako-

2. Ovako načelno određenje nadležnosti ipak ne odgovara savremenom procesnom pravu. Njegova karakteristika naprotiv jeste relativni značaj nadležnosti, obeležje koje je zapravo samo izraz opšteg pristupa oblikovanju parničnog postupka oličenog u relativizaciji pojedinih načela, instituta i pravila u korist praktičnih razloga, primarno procesne ekonomije. Reč je o pristupu koji je naročito naglašavao *Klajn*, po kojem nijedno načelo postupka ne treba da ima apsolutni primat, već mu treba onoliko prostora dati koliko je to u skladu sa praktičnim ciljem postupka i celishodnosti[4], o pristupu povodom kojeg *Marković* navodi da «savremeni postupak ne trpi dogmatizam».[5] Prema tome, u kontekstu nadležnosti to znači da se njen značaj vrednuje i spram takve ocene ona dobija odgovarajući položaj u sistemu parnice[6], koji kako je već naglašeno ima izraz relativnosti.[7] S druge strane, ako se pogleda razvoj procesnog prava od kraja XIX veka do danas, vrednovanje nadležnosti pokazuje tendenciju opadanja; u sve većoj meri vrednosti koje predstavljaju različite vrste nadležnosti podležu interesima ubrzanja postupka, dovodeći time u pojedinim sistemima i do sasvim izmenjenog shvatanju nekih pitanja ustrojstva sudova.[8]

B. Smisao prekluzivnosti prigovora nenadležnosti

1. Na navedenim premisama vrednovanja konretnih vrsta nadležnosti, i u tom smislu očigledan izraz prevage interesa procesne ekonomije, tj. želje za koncentrisanjem postupka, uspostavljena je prekluzivnost pri-

---

nitog) sudiju (v. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München [2004], § 29 Rn. 19).

[4] *Klein/Engel*, Der Zivilprozeß Oesterreichs, Meinnham/Berlin/Leipzig (1927), S. 218-219.

[5] *Marković*, Teorija građanskog parničnog postupka, sveska prva, Beograd (1948), br. 35. Zato i *Fasching*, Die Weiterentwicklung des österreichischen Zivilprozeßrechts im Lichte der Ideen Franz Kleins, in *Hofmeister* (Hrsg), Forschungsband Franz Klein, Wien (1988), S. 101 konstatuje da je *Klajnov* parnični postupak najslobodniji, jer ga ni jedna dogma nije obeležavala.

[6] Slikovito *Klajn* kritikuje apsolutno izjednačavanje značaja svih pitanja u parnici kroz jednaku mogućnost napadanja odluka o njima, navođenjem da parnica nije lanac jednakih karika. *Klein*, Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses, Wien (1900), S. 240.

[7] Tako, neke norme o nadležnosti nisu prinudnog karaktera, već su dispozitivne (mogućnost zaključenja prorogacije); neke vrste nadležnosti se ispituju samo povodom prigovora, a neke i sud može po službenoj dužnosti; neke s druge strane samo do određenog trenutka u razvoju prvostepenog postupka; odluka o odbijanju prigovora nenadležnosti može se doneti zajedno sa odlukom o glavnoj stvari; neke odluke suda o nadležnosti uopšte se ne mogu pobijati pravnim lekovima i sl.

[8] B. infra ad. f. 24.

govora nenadležnosti, a kroz nju i režim vremenski ograničenog ispitivanja nadležnosti.[9] Polazna premisa je činjenica da koncentracija postupka, između ostalog, podrazumeva da se sva pitanja procesne prirode, dakle primarno procesne pretpostavke, reše u početnim fazama postupka kako bi se meritorna rasprava mogla odvijati nesmetano; po prirodi stvari, to važi i za ispitivanje nadležnosti. Da bi se to obezbedilo, s jedne strane je uspostavljena obaveza suda da po pravilu pazi *ex offo* na nadležnost[10], a s druge strane prekluzivnost ispitivanja nadležnosti, koja podrazumeva da sud pazi na nadležnost (*ex offo* i/ili po prigovoru) samo do određenog trenutka u postupku; ako se pitanje nadležnosti do tada ne postavi, ono postaje irelevantno, jer nastupa prekluzija ispitivanja. Osnovna pretpostavka za postizanje naznačenog cilja jeste totalna prekluzija u smislu da ona nastupa kako za stranku, tako i za sud. Kao *ratio* navedenog režima se javlja teza da bilo kakvo bavljenje suda pitanjem nadležnosti u nekom kasnijem stadijumu postupka bilo njegovo usporavanje u toj meri da je nesrazmerno vrednostima koje bi se sačuvale. Odgovor na pitanje koja vrsta nadležnosti treba da potpada pod takav režim rezultat je pravnopolitičke procene zakonodavca koja se u osnovi svodi na vrednovanje konkretne vrste nadležnosti, tj. na odmeravanje interesa;[11] tamo gde prevagnu interesi procesne ekonomije nad vrednostima koje predstavlja odnosna vrsta ili vid nadležnosti, uspostavlja se prekluzivnost ispitivanja. Otuda je to i najopštiji pojam pod kojim se razmatra prekluzivnost prigovora, te je i procesna ekonomija njen smisao.

2. Posmatranje prekluzije ispitivanja nadležnosti sistemski, u prvom redu u odnosu na opšti mehanizam odlučivanja o procesnim prigovorima, pokazuje da bi se njen navedeni *ratio* trebao *de facto* precizirati. Suštinski, ne bi svako bavljenje suda pitanjem nadležnosti u daljem postupku značilo usporavanje postupka, već samo onda ako bi sud zaista bio nenadležan; oglašavanje nenadležnosti i posledice koje ga prate, prema tome,

[9] U pogledu načela procesne ekonomije i načela koncentracije u nauci postoji dosta velike razlike, koje idu od negiranja pripadnosti načelima (*Leipold* in *Stein/Jonas*, Zivilprozessordnung, Bd. 3, 22. Aufl., Tübingen [2005] vor § 128 Rn. 4), preko njihovog potpuno razdvojenog razmatranja (*Stanković*, Građansko procesno pravo, prva sveska, Parnično procesno pravo, 7. izdanje, Niš [2007], str. 238-242) do shvatanja da je koncentracija postupka samo deo načela procesne ekonomije (*Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Wien [1990], Rz. 708). Čini se da je poslednje stanovište najprihvatljivije, jer se teško može odvojiti potreba za koncentracijom od opšteg zahteva procesne ekonomije – radi se o odnosu posebnog i opšteg. To je i vladajuće učenje i u domaćoj nauci, bez obzira na sam metod njihove obrade.

[10] Up. *Klein/Engel*, nav. delo (f. 4), S. 120-121.

[11] Upoređivanje štetnih posledica do kojih može doći kao metod izričito ističe *Blagojević*, Načela privatnoga procesnoga prava, Beograd (1936), str. 295.

predstavljaju trošak na račun procesne ekonomije koji treba da se spreči prekluzijom ispitivanja. U tom smislu i njen smisao se vidi samo u nemogućnosti da se sud oglasi nenadležnim, tj. u institutu zalečenja nenadležnosti (ili zasnivanja nadležnosti do tada nenadležnog suda).[12] Osnov za takav stav pronalazimo u mehanizmu odlučivanja o procesnim prigovorima, jer van hipoteze da je sud nenadležan, kao moguće bavljenje suda pitanjem nadležnosti preostaje još samo ulaganje neosnovanog prigovora. Međutim, u toj situaciji je praktično nemoguće da dođe do usporavanja postupka, jer čak i da nema prekluzije ispitivanja postoji drugo sredstvo koje će biti u službi procesne ekonomije – sud ne mora niti posebno da raspravlja, niti da odlučuje posebno o prigovoru nenadležnosti, a tuženi nije ovlašćen da zbog uloženog prigovora odbije da dalje raspravlja.[13] Rečeno se može i braniti činjenicom da se zakonske redakcije prekluzije ispitivanja zapravo formulišu kroz izričito regulisanje zalečenja nenadležnosti.[14] Najzad, i skoro celokupna teorija kada govori o smislu prekluzije ispitivanja nadležnosti, misli na saniranje negativnih posledica utvrđivanja nenadležnosti u kasnijem razvoju postupka. Stoga, *via facti* prekluzija ispitivanja nadležnosti se svodi na zalečenje nenadležnosti, sa svim reperkusijama i na prekluzivnost prigovora; sva dalja izlaganja u vezi prekluzivnosti prigovora i odnosiće se na zalečenje nenadležnosti. S druge strane, shodno izloženom, na teoretskom planu ima osnova da se razlikuje prekluzija ispitivanja nadležnosti i zalečenje nenadležnosti.

3. Određenje da je zalečenje nadležnosti uspostavljeno da se postigne ušteda u vremenu i sredstvima tako što se sud neće moći oglasiti nenadležnim ni po prigovoru ni po službenoj dužnosti suviše je uopšteno, možda čak i neutralno, da bi se iz njega video konkretan smisao instituta;

---

[12] Termin zalečenje nenadležnosti vodi poreklo iz austrijskog prava i doktrine, i kao takav je prihvaćen u kod nas u vremenu nakon Prvog svetskog rata. Usvajanjem ZPP 56 domaća terminologija se menja, i iz upotrebe nestaje navedeni termin, što je i danas tako; umesto toga, i zavisno od teoretskog pogleda na institut, govori se o (tzv.) prećutnoj (tacitnoj, prekluzivnoj) prorogaciji. Smatramo da je zalečenje nadležnosti ipak najpogodniji termin, naročito zbog potrebe da se ovaj pojam odvoji i razgraniči od prorogacije, te i zbog pogodnosti i preciznosti koje atribut zalečiva nenadležnost daje. V. i *infra ad.* 4.

[13] V. čl. 291 st. 3 i čl. 302 ZPP. Radi se o *Klajnovom* metodu (v. *Klein/Engel*, nav. delo [f. 4] S. 125) koji je u mnogome doprineo ubrzanju postupka; v. i *Kralik*, Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der Zivilprozeßordnung von 1895, in *Hofmeister* (Hrsg), nav. delo (f. 5), S. 90-91.

[14] U ZPP se iz zakonske formulacije zalečenja nenadležnosti (čl. 17 st. 2 i 20 – sud se ne može od određenog trenutka oglasiti nenadležnim) gradi zapravo i prekluzija ispitivanja. Ista situacija je i u nemačkom (§ 39 *dZPO*) i austrijskom pravu (§ 104 III *JN*), stim da se zalečenje nenadležnosti formuliše na jezički malo drugačiji način (nenadležan sud od određenog trenutka postaje nadležan).

ono bi navodilo na zaključak da zalečenje podjednako «sankcioniše» propuštanje i suda i tuženog da uoče nenadležnost. Međutim, čini se da primarno opravdanje treba tražiti u sferi ponašanja tuženog, tj. u prekluziji njegovog prigovora nenadležnosti. U tom kontekstu, radi se zapravo o režimu formalnog reda, i u tom smislu o važenju eventualne maksime, koja ovde nije ništa drugo do zakonom propisani izraz prevencije zloupotreba i težnje za obezbeđenjem savesnog parničenja, a kroz to i postizanje koncentracije postupka. [15] [16] Tuženom se ne sme ostaviti na volju da bira trenutak u postupku kada će prigovoriti,[17] jer bi time značajno mogao da parališe postupak. Da bi se to zaista i obezbedilo, odnosno da bi postojala istinska prekluzivnost prigovora, potrebno je da u istom momentu nastupi i prekluzija ispitivanja za sud (tamo gde ima ovlašćenje *ex offo*), tj. da prekluzija prigovora istovremeno ima značenje zalečenja nenadležnosti.

---

[15] Up. *Klein/Engel*, nav. delo (f. 4), S. 124, 131.

[16] U kontekstu savremene nemačke i austrijske nauke obaveza tuženog da izjavi prigovor nenadležnosti se može podvesti pod opštu obavezu stranaka da podržavaju postupak (nem. *allgemeine Prozessförderungspflicht der Parteien*). Naime, radi se obavezi stranaka da preduzimaju svoje radnje na način i u vremenu tako da se postupak što brže reši; u nauci se takva obaveza u velikoj većini konkretizuje samo na planu radnji koje se tiču merituma, dok se procesni prigovori tek posredno dovode u vezu (up. *Leipold*, nav. delo [f. 9], vor § 128 Rn. 196 ff.; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Wien [2009], Rz. 422). Međutim i obaveza stranaka da blagovremeno izjave procesne prigovore itekako doprinosi bržem okončanju postupka. Što se tiče našeg prava, izričito zakonsko određenje opšte obaveze podrške postupka kao u *dZPO* (§ 282) i *öZPO* (§ 178) ne postoji. Ipak, naše je mišljenje da takva obaveza postoji, što se može i iz pojedinih odredaba ZPP i izvesti (up. u tom smislu za austrijsko pravo pre izričitog normiranja navedene obaveze *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, II/1, 2. Aufl., Wien [2002], Einl. Rz. 71): obaveza stranaka da se savesno parniče i zabrana zloupotrebe procesnih ovlašćenja (čl. 9 st. 1 i 3), sadržaj tužbe i odgovora na tužbu (čl. 187, 284), dužnost stranaka da u svojim izlaganjima iznesu sve činjenice, ponude dokaze za svoje tvrdnje i da se izjasne na protivnikove navode (čl. 300 st. 1). Izostajanje direktnih sankcija za kršenje većine posebnih obaveza koje ulaze u opštu obavezu, i to u vidu prekluzije (kao u *dZPO* i *öZPO*), ne bi trebalo uzeti kao argument za negiranje njenog postojanja (na kraju, i postoji sankcija u vidu prekluzije novota u žalbi [čl. 359 st. 1 ZPP]; ona je dakle samo pomerena na kasniji stadijum postupka). Radi se zapravo o čistom izrazu obaveze savesnosti i poštenja, lojalnog parničenja. To potvrđuje i *Markićević*, Poštenje i savesnost u građanskoj parnici, Novi Sad (1972), str. 77-78, koji u kontekstu meritornog raspravljanja ističe da stranke imaju dužnost da sarađuju sa sudom i pomažu mu da se stvar svestrano pretrese a da se zbog toga postupak ne odugovlači, te već tada anticipira postojanje opšte obaveze stranaka da podržavaju postupak (ona je tek Novelom iz 1976. g. uvedena kao takva u *dZPO*).

[17] *Kayser* in *Saenger* (Hrsg), Zivilprozessordnung, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden (2007), § 39 Rn. 1; tako i *Hüßtege* in *Thomas/Putzo*, Zivilprozessordnung mit GVG, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften, Kommentar, 29. Aufl., München (2008), § 39 Rn. 2.

Prema tome, primarni smisao zalečenja nenadležnosti jeste prevencija zloupotrebe procesnih ovlašćenja, koja ima svakako za cilj koncentrisanje postupka. Više kao uzgredna posledica jeste onemogućavanje da sud utvrdi nenadležnost po službenoj dužnosti u kasnijem razvoju postupka, jer sud u situacijama kada pazi *ex offo* na nadležnost ima dužnost da je proveri *a limine litis*;[18] na osnovu toga, i teza o primarnom smislu se potvrđuje, jer tamo gde sud nema navedeno ovlašćenje, celokupno zalečenje nenadležnosti se odnosi na težnju za obezbeđivanjem savesnog parničenja. Potvrdu naše teze nalazimo i u literaturi, gde se kao jedno od sredstava za koncentraciju postupka, i to u smislu oblikovanja postupka, izričito navodi prekluzivnost pojedinih procesnih prigovora, tj. i prigovora zalečive nenadležnosti, ne i zalečenje nenadležnosti kao takvo.[19]

4. Teoretska koncepcija prekluzivnosti prigovora nenadležnosti, na osnovu rečenog, iskazuje se u relativizaciji značaja pojedinih vrsta i tipova nadležnosti, u prevazi interesa procesne ekonomije. Forma kroz koju prekluzivnost treba da manifestuje svoj smisao jeste zalečenje nenadležnosti. To je važno ne samo zbog rešenja konkretnog problema blagovremenosti prigovora mesne i zalečive stvarne nenadležnosti u ZPP, već i zbog teoretske dileme prirode zalečenja nenadležnosti. Poznato je, naime, da u domaćoj teoriji ima mišljenja da zalečenje nenadležnosti zapravo predstavlja zaključenje prećutnog prorogacionog sporazuma.[20]

---

[18] Ispitivanje nadležnosti po službenoj dužnosti *Klajn* opravdava upravo sprečavanjem zloupotreba izjavljivanja prigovora nenadležnosti (*Klein/Engel*, nav. delo [f. 4], S. 121).

[19] *Fasching*, nav. delo (f. 9), Rz. 711. Indirektno *Culja*, Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije, Beograd, 1936, § 110 t. 3; *Starović/Keča*, Građansko procesno pravo, 3. izdanje, Novi Sad (2004), str. 97 i pored sasvim drugačije teoretske percepcije nemogućnosti da se sud oglasi nenadležnim od određenog trenutka, takođe potvrđuju našu tezu; prekluzija u rešavanju mesne nenadležnosti i vreme za ulaganje prigovora prema njima propisani su da bi se sprečile zloupotrebe i poremećaji postupka. Up. i *Triva/Dika*, Građansko parnično procesno pravo, 7. izdanje, Zagreb (2004), § 32 t. 6, kao i *Leipold* in *Stein/Jonas*, Zivilprozessordnung, Bd. 4, 22. Aufl., Tübingen (2008), § 296 Rn. 1.

[20] Od 15. izdanja *Poznić/Rakić-Vodinelić*, Građansko procesno pravo, Beograd (1999) br. 177; *Jakšić*, Građansko procesno pravo, 2. izdanje, Beograd (2007), br. 1440 i sled. Teorija međunarodnog privatnog prava, barem za zalečenje međunarodne nenadležnosti, prihvata u potpunosti tezu o prećutnoj prorogaciji (*Stanivuković/Živković*, Međunarodno privatno pravo, 4. izdanje, Beograd [2010], br. 4.95; *Varadi/Bordaš/Knežević/Pavić*, Međunarodno privatno pravo, 9. izdanje, Beograd [2007], str. 508; *Jakšić*, Međunarodno privatno pravo, Beograd [2008], § 3 br. 193; *G. Knežević/Pavić*, Međunarodno privatno pravo, Beograd [2008], str. 51). Sudska praksa, očigledno inspirisana citiranom teorijom MPP (u pojedinim odlukama su integralno preuzeti tekstovi domaćih autora), u zalečenju nenadležnosti uopšte vidi konkludentni pristanak tuženog da se zaključi proroga-

Pored već istaknutih protivargumenata da se radi o suštinski različitim fenomenima[21], važan je i sam smisao zalečenja; radi se o čisto procesnom fenomenu, koji ima za osnovu tezu da jedna vrsta nadležnosti nije toliko bitna da bi se proveravala tokom celog postupka. Za nju je uspostavljen režim zalečivosti zbog toga, a ne zato što je eventualno prorogabilna. Mislimo čak i obratno: prorogabilnost jedne nadležnosti je posledica zalečivosti takve nenadležnosti, ne i obrnuto, što bi se nametalo iz shvatanja o prećutnoj prorogaciji.[22]

III. Zalečenje stvarne i mesne nenadležnosti u ZPP

A. Vrste zalečivih nenadležnosti u ZPP: kvalitativni aspekt

1. Vrste zalečivih nenadležnosti u ZPP određene su precizno, i ne daju povoda nikavim polemikama. Svaka mesna nenadležnost je zalečiva (čl. 20), dok to važi samo u jednom vidu za stvarnu nenadležnost; zalečenje nastupa samo kada postoji stvarna nenadležnost u užem smislu, i to onda kada je viši sud prvog stepena nenadležan jer se radi o stvari iz kompetencije nižeg suda prvog stepena – u svetlu današnje organizacije sudova nenadležnost višeg suda zbog nadležnosti osnovnog suda (čl. 17

---

cioni sporazum (VTS Pž. 3065/2005 od 3.10.2005.g. = Sudska praksa trgovinskih sudova, Bilten 4/2005; Okr. sud u Valjevu Gž. 347/2008 od 28.02.2008.g. = Elektronska baza podataka Paragraf-leks). Uporednopravno, ova koncepcija je zastupljena u starijoj doktrini (*Najman*, Komentar građanskog parničnog postupka, preveo S. Gregorević, Beograd [1935], str. 207; ali već tada protiv *Pollak*, System des österreichisches Zivilporzeßrechtes, mit Einschluß des Executionsrechtes, I-III, 2. Aufl., Wien [1930-1932], S. 300-301), dok je danas sasvim napuštena (v. za austrijsku *Rechberger/Simotta*, nav. delo [f. 16], Rz. 272 ; za nemačku *Bork* in *Stein/Jonas*, Zivilprozessordnung, Bd. 1, 22. Aufl., Tübingen [2003], § 39 Rn.1-2, koji ipak naglašava da deo nemačke sudske prakse pogrešno kod ovog fenomena, doduše samo u pogledu međunarodne nenadležnosti, polazi od teze o prećutnoj prorogaciji).

[21] Iako se može doći do istih rezulata kao i kod prorogacije, radi se sasvim različitim mehanizmima zasnivanja nadležnosti; dok je to kod prorogacije volja stranaka, to je kod zalečenja nenadležnosti propust suda i tuženog da uoče nenadležnost, jedna uzgredna posledica (ponegde dvostruke) prekluzije (tako već *Culja*, nav. delo [f. 19], § 74 t. 2; *Triva/Dika*, nav. delo [f. 19], § 57 t. 4; *Stanković*, nav. delo [f. 9], str. 123). Takođe, negira se da se propuštanju tuženog da izjavi prigovor može pripisati namera da zaključi prorogacioni sporazum (*Pollak*, nav. delo [f. 20] , S. 300-301); zato se i kaže da je viđenje propuštanja prigovora nenadležnsoti kao konkludentnog pristanka na tužiočev izbor suda «materijalnopravna dikcija» ovog fenomena (*Paulus*, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Berlin [2004], Rn. 40 Fn. 19)

[22] To u našem sistemu ima i potvrdu kroz zalečenje jednog vida stvarne nenadležnosti i isključive mesne, koje su u potpunosti neprorogabilne. Postavlja se pitanje kako zapravo opravdati prećutnu prorogaciju kada izričita nije dozvoljena?

st. 2). Na prvom mestu, takav režim omogućava da se vrlo pouzdano utvrde kriterijumi koji su vodili zakonodavca pri njegovom uspostavljanju, preciznije interes koji ima prevagu nad ostalim koji su u opticaju. Aspekat nadležnosti uopšte koji treba da utiče na (pretpostavljeni) kvalitet suđenja zauzuma u tom smislu centralno mesto. Ušteda u vremenu i sredstvima do koje se dolazi putem zalečenja nenadležnosti opravdana je samo ako ne vodi smanjenju garantija ispravnosti presuđenja. Svaki stvarno nadležan sud je isti po kvalitetu, pa mesna nenadležnost ne može uticati na kvalitet presuđenja. Tim pre to se neće dogoditi ako postupa viši sud a trebao je niži sud. U oba slučaja, u najmanju ruku, kompetentnost nenadležnog i nadležnog suda je ista.[23] [24]

B. Problem nastupanja zalečenja nenadležnosti u teoriji i praksi

1. Postavljeni problem u pogledu blagovremenosti prigovora stvarne i mesne nenadležnosti, na podlozi gore prikazane teoretske koncepcije, transformiše se u problem zalečenja nenadležnosti. Za nas, prema tome, pravo je pitanje nastupa li zalečenje nenadležnosti propuštanjem isticanja prigovora u odgovoru na tužbu? Kao što je u na početku navedeno, u nauci su povodom nastale dileme prisutna dva shvatanja. Prvo, koje na postavljeno pitanje odgovara negativno i u tom smislu odriče bilo kakvo dejstvo čl. 284 st. 1 na vreme za izjavljivanje prigovora nenadležnosti (otuda

[23] U domaćoj nauci se ovaj režim zalečenja nenadležnosti, bez obzira na teoretsko opredeljenje, opravdava izričito ili latentno očuvanjem garantija za ispravnost presuđenja. V. *Poznić/Rakić-Vodinelić*, nav. delo (f. 20), br. 135; *Marković*, Građansko procesno pravo, I/1, Beograd (1957), br. 218 samo za zalečenje stvarne nenadležnosti; *Stanković*, nav. delo (f. 9), str. 109 samo za zalečenje mesne nenadležnosti; indirektno *Keča*, Građansko procesno pravo, Beograd (2009), str.74-75, koji značaj nadležnosti neposredno vezuje za zalečenje nenadležnosti. Ipak kritički *Culja*, Građanski parnični postupak FNRJ, Zagreb (1957), § 53 t. 2 smatra da i pored toga što je viši sud kvalifikovaniji od nižeg suda, neopravdano i neekonomično je onemogućiti da se u početnim stadijumima postupka prvi oglasi nenadležnim i ustupi predmet drugom. Ipak, navedenu argumentaciju treba posmatrati i iz ugla ondašnje organizacije postupka i sudova (1957. g.), kada je prvostepena nadležnost višeg suda prvog stepena uticala na mogućnost izjavljivanja revizije.

[24] Kriterijum obezbeđivanja garantija ispravnog presuđenja nije prisutan u Austriji, ali ni u Hrvatskoj (kao zemlji u kojoj je bio izražen kroz važenje ZPP 76), jer je svaka mesna i stvarna nenadležnost zalečiva (v. *Fasching*, nav. delo [f. 9], Rz. 216; *Triva/Dika*, nav. delo [f. 19], § 57 ... t. 4). U Nemačkoj postoji identitet zalečivosti i prorogabilnosti (sa razlikom u pogledu posebne uslove za zaključivanje prorogacionog sporazuma; v. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, nav. delo [f. 3], § 37), što pogledom na takve vrste pokazuje da opšti pristup pri njihovom uređenju nije bio obeležen kvalitativnim momentom (to u prvom redu proizilazi iz činjenice da je i stvarna nenadležnost zalečiva, a tamo gde nije ne znači [uvek] i očuvanje garanitija za ispravno presuđenje).

se odriče i dejstvo na zalečenje nenadležnosti), i praksa prihvata.[25] U osnovi, ovo mišljenje ne ide dalje od sagledavanja problema na relaciji hijerarhijskog odnosa normi; *Petrušić*, koja jedina daje obrazloženje svog stava, ističe da

> [o]kolnost da je zakonodavac predvideo obavezu tuženog da u odgovoru na tužbu navede procesne prigovore, može uputiti na pogrešan zaključak da ih tuženi može istaći samo u odgovoru na tužbu, što, naravno, nije tačno, s obzirom da je vremenski režim isticanja procesnih prigovora određen posebnih propisima.[26]

Sudska praksa takođe sagledava problem samo u kontekstu pravila *lex specialis derogat legi generali*, stim da zapravo negira bilo kakvo dejstvo obaveze iz čl. 284 st. 1 u pogledu isticanja procesnih prigovora.[27] Suprotno shvatanje, zanemaruje odnos citiranih odredaba, i potvrdno odgovara na naše pitanje. Autori koji zastupaju ovaj stav, čini se da ga opravdavaju tezom da od upuštanja u raspravljanje tuženi ne može više da ističe (prekluzivne) procesne prigovore, pa kako se tuženi u odgovoru na tužbu upušta u raspravljanje, to je i poslednji momenat za takve prigovore.[28] Međutim, stavovi ovih autora do kraja nisu dosledni, jer na drugim mestima kada govore o ispitivanju nadležnosti, odnosno o zalečenju ne-

---

[25] *Petrušić*, Posledice propuštanja rokova u novom parničnom procesnom pravu Republike Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu XLIV (2004), str. 139 f. 45; *Stanković*, nav. delo (f. 9), str. 106, 373; *Boranijašević*, Odgovor na tužbu, Pravni život 13/2008, str. 277; VTS Pž. 10282/2006 od 6.7.2007.g. = Elektronska baza podataka Paragraf-leks; pravni stav VTS izražen kroz odgovor na pitanje trgovinskih sudova utvrđen na sednicama Odeljenja za privredne sporove od 19. i 20. septembra 2005. g. i Odeljenja za privredne prestupe i uprvno-računarske sporove od 26. septembra 2005.g. = Bilten sudske prakse trgovinskih sudova br. 3/2005.

[26] nav. delo (f. 25), str. 139, f. 45.

[27] Prema VTS, nav. pravni stav (f. 25), sud može da odbaci kao neblagovremeno istaknut samo onaj procesnopravni prigovor čije ograničenje proizilazi iz nekih drugih odredaba zakona, a ne iz odredbe čl. 284 st. 1, kao što je to primer sa prigovorom mesne nenadležnosti, čiji je rok za izjavljivanje ograničen odredbom čl. 20 st. 1.

[28] Tako razumemo kada *Keča*, nav. delo (f. 23), str. 182 navodi da upuštanje tuženog u raspravljanje bez osporavanja mesne ili stvarne nadležnosti višeg suda znači da nastupa prekluzija u pogledu takvih prigovora, jer na istom mestu ističe da upuštanje u raspravljanje, tj, meritorna odbrana, može da usledi već u odgovoru na tužbu. Izričito *Jakšić*, nav. delo (f. 20), br. 1694-1695 naglašava da za razliku od uređenja ZPP 76 gde je pripremno ročište bilo poslednji procesni momenat kada je tuženi mogao da izjavi prigovor mesne ili zalečive stvarne nenadležnosti, u sistemu ZPP to je odgovor na tužbu, što potvrđuje i čl. 284 st. 1, pa ako je tuženi u njemu propustio isticanje navedenih prigovora, nastupa prekluzija; takođe, na drugom mestu (br. 1614-1615) navodi da nakon upuštanja u raspravljanje tuženog, a ZPP mu nalaže da to učini već u odgovoru na tužbu, on gubi pravo na izjavljivanje takvih prigovora.

nadležnosti, ipak ostaju kod vremenskih granica iz čl. 17 st. 2 i 20[29], odnosno različito tretiraju zalečenje mesne i stvarne nenadležnosti.[30]

V. Sopstveno mišljenje

1. Kao prethodno i logično postavlja se pitanje zašto je zakonodavac u citiranim članovima predvideo baš navedene vremenske trenutke za zalečenje nenadležnosti? Trebalo bi u tom smislu poći od samog smisla zalečenja nenadležnosti i njegove konstrukcije – prigovor nenadležnosti se oročava tako da zalečenje postigne svoj cilj; postizanje cilja, a to je s jedne strane rešavanje na početku postupka pitanja nadležnosti (obezbeđivanje lojalnog parničenja tuženog) a s druge strane onemogućavanje odugovlačnja postupka (prevencija zloupotreba procesnih ovlašćenja tuženog), prema tome, može se postići samo ako prigovor zalečive nenadležnosti usklađen sa koncepcijom (pripremnog) postupka. Ako pogledamo naša ranija domaća rešenja, kao i uporednopravno, dobijamo potvrdu naše teze; uprošćeno, prekluzija prigovora nenadležnosti, tj. zalečenje nenadležnosti, nastupa najkasnije onda kada tuženi ima teret da se upusti u meritorno raspravljanje.[31] Omogućavanje pri-

---

[29] *Keča*, nav. delo (f. 23), str. 75 ostaje kod doslovnog teksta odredaba članova 17 st. 2 i 20, kao i *Jakšić*, nav. delo (f. 20), na više mesta (br. 597, 1440-1443, 1485, 1491).

[30] *Jakšić*, nav. delo (f. 20), iako izričito smatra da neisticanje prigovora nenadležnosti u odgovoru na tužbu znači prekluziju za prigovor mesne i zalečive stvarne nenadležnosti (br. 1615, 1695), navodi da zalečenje nastupa samo za mesnu nenadležnost (br. 1616).

[31] Najpoželjnije uređenje podrazumeva da se prigovor može izjaviti samo na početku postupka, tj. pre momenta kada tuženi ima teret da se upusti u raspravljanje; takvo uređenje je postojalo u izvornoj verziji *öZPO* (sledstveno i u GPP) gde je bilo predviđeno prvo ročište kao ročište koje se odmah zakazivalo po podizanju tužbe na kome su se rešavala samo procesna pitanja, uključujući pod pretnjom prekluzije i pitanje zalečive nenadležnosti (§ 240 *aF öZPO*, § 335 GPP). I sadašnje austrijsko pravo podrazumeva da se prigovor stvarne i mesne nenadležnosti može izjaviti zaključno sa upuštanjem u raspravljanje, nikako nakon toga (izuzetak važi za slučaj kada stranku ne zastupa advokat ili notar, kada je prethodno sud mora poučiti o mogućnosti prigovora); v. *Rechberger/Simotta*, nav. delo (f. 16) Rz. 270-273. U nemačkom pravu, nasuprot, u jednoj hipotezi se javlja isti problem kao i kod nas. Naime, nasuprot opštoj odredbi da sve procesne prigovore tuženi treba istovremeno da istakne pre nego što počne da rasparavlja u meritumu, a ako je određen rok za davanje odgovora na tužbu, onda u okviru tog roka (§ 282 III *dZPO*), stoji postoji posebna odredba za zalečenje nenadležnosti koja predviđa da će postupajući sud, koji je inače nenadležan, postati nadležan ako tuženi ne istakne prigovor u tom pogledu do usmenog upuštanja u raspravljanje (§ 39 *dZPO*; ako se postupak odvija kod nižeg suda prvog stepena [nem. *Amtsgericht*], onda je neophodno da prethodno usledi pouka suda u pogledu mogućnosti prigovora nenadležnosti). Problem u istom intezitetu postoji i za prigovor arbitražnog ugovora, jer je odredba u pogledu blagovremenosti identično redigovana kao i za zalečenje nenadležnosti (1032 I *dZPO*). Na nivou komunitarnog prava, u pogledu zalečenje nenadležnosti u stvarima gde se primenjuju Brisel I i II uredbe ono nastupa ako se tuženi «upusti u postupak» (nem. *Einlassung auf das Verfahren*) što je širi pojam od upuštanja u raspra-

govora zalečive nenadležnosti nakon tog trenutka, ne samo da logički nije ispravno, već i omogućava upravo ono što zalečenje treba da spreči, i za šta postoji činom postojanja zalečenja nenadležnosti pravnopolitičko opravdanje – odugovlačenje postupka, prvenstveno kroz zloupotrebu procesnih ovlašćenja.[32] Tako posmatrano može se zaključiti da zalečenje nenadležnosti prema čl. 17 i 20, onako kako smatra prvo shvatanje u nauci (ali i praksi), ima donekle svoje opravdanje u sistemu ZPP 76, gde je pripremanje glavne rasprave bilo drugačije uređeno, sa najvažnijom karakteristikom da je teret tuženog da se upusti u raspravljanje bio (u poređenju sa ZPP) u bitnome olakšan.[33] Odgovor na tužbu u jednom apsolutnom smislu nije bio obavezan, što znači da niti je sud obavezno morao da naloži tuženom da odgovori na tužbu (čl. 285 st. 1 ZPP 76)[34], niti da je tuženi tada morao da odgovori na tužbu, u smislu da bi u protivnom snosio negativne posledice po svoj položaj u parnici (čl. 285 st. 4 ZPP 76).[35] Tuženi je ipak imao teret da se upusti u raspravljanje, jer bi se protiv njega donela presuda zbog izostanka, ali zaključno sa pripremnim ročištem, a ako se ono nije održavalo zaključno sa prvim ročištem za glavnu raspravu (čl. 332 st. 1 ZPP 76).[36] Kada se ovo ima u vidu, čini se i skladnim uređenje zalečenja stvarne i mesne nenadležnosti, jer je ono bilo postavljeno tako da je sinhrono sa teretom upuštanja u raspravljanje; ako su navedena ročišta bila poslednja prilika da se tuženi meritorno izjasni, onda su ona bila poslednja prilika da on izjavi i prigovor mesne odnosno zalečive stvarne nenadležnosti.[37] U tom smislu, navedena ročišta su bila sam početak

---

vljanje o glavnoj stvari (v. čl. 24 Brisel I i čl. 18 Brisel II; v. *Mayr* in *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Wien [2006], § 104 JN Rz. 26).

[32] To je uostalom imperativ za svaki prekluzivni prigovor.

[33] Pod upuštanjem u raspravljanje prodazumevamo upuštanje u meritorno raspravljanje, svaku radnju kojom tuženi pokazuje svoj stav prema osnovanosti tužbenog zahteva.

[34] Samo u postupku u privrednim sporovima sud je obavezno nalagao tuženom da dâ odgovor na tužbu (zakonska fomulacija koja je i danas prisutna: obaveza suda da dostavi tužbu tuženom na odgovor [v. čl. 495 st. 1]); i ovo je pravilo trpelo izuzetke (u hitnim slučajevima sud ne bi zahtevao davanje odgovora na tužbu [čl. 495 st. 3])

[35] U teoretskom smislu, dakle, za tuženog nije postaojao nikav procesni teret da odgovori na tužbu, jer je karakteristično za procesno pravo da nema obaveza u kontekstu materijalnopravnih kategorija; preciznije, obaveze u pravom smislu su retkost u procesnom pravu, a upuštanje u raspravljanje nije takav primer. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, nav. delo (f. 3), § 100 Rn. 10. V. *Poznić/Rakić-Vodinelić*, nav. delo [f. 20], br. 35-36; za pojmovno razlikovanje procesne obaveze i procesnog tereta up. *Jauernig, Zivilprozessrecht,* 29. Auf., München (2007), §26 koji daje kriterijume.

[36] Iscrpno za režim presude zbog izostanka u ZPP 76 *Poznić*, Komentar Zakona o parničnom postupku prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama, Beograd (2009), uz čl. 332.

[37] Treba napomenuti da je postojao raskorak između prirode konkretnog trenutka nastupanja zalečenja nenadležnosti. Ako je održavano pripremno ročište, propuštanje pri-

postupka. Ovu tezu potvrđuje i tadašnje uređenje zalečenja stvarne i mesne nenadležnosti u postupku za izdavanje platnog naloga, gde je takođe bila uspostavljena navedena sinhronost, odnosno gde je zalečenje tako bilo uspostavljeno da nastupa u onom trenutku kada tuženi prvom prilikom ne ospori nadležnost.[38] Trebalo bi ipak istaći da je rešenje ZPP 76, barem izričit zakonski tekst, ostavljalo prostora i za postizanje neželjenih dejstava.[39]

2. Pripremanje glavne rasprave ZPP u bitnome menja, i to suštinski samo kroz reformisanje odgovora na tužbu. Sada ga sud obavezno nalaže tuženom (čl. 281), i ono što je najvažnije, tuženi ima teret da ga dâ, tj. ima teret da se u njemu upusti u raspravljanje, jer u protivnom može se doneti presuda zbog propuštanja (čl. 338). Ovde se pokazuje koncepcijska neusklađenost odredaba o zalečenju nenadležnosti, jer s jedne strane se nalaže tuženom, pod pretnjom donošenja presude zbog propuštanja, da se upusti u raspravljanje u odgovoru na tužbu, a s druge strane mu se do-

---

govora do njegovog završetka značilo je zalečenje nenadležnosti; suprotno, ako nije održavano, zalečenje bi prema slovu zakona nastupalo tek kada bi se tuženi bez isticanja prigovora upustio u raspravljanje na prvom ročištu za glavnu raspravu. Redakcija druge solucije otvarala je dalje pitanje: nastupa li zalečenje nenadležnosti i onda kada tuženi izostane sa glavne rasprave, a da pre toga nije preduzimao nikakvu radnju u postupku. *Culja*, nav. delo (f. 23), § 101 t. 2, kao i *Starović/Keča*, nav. delo (f. 19), str. 232, po nama opravdano, zastupaju opšte pravilo da u svim slučajevima gde se predviđaju posledice upuštanja tuženog u raspravljanje, one nastupaju i onda kada protekne vreme utvrđeno procesnim redom za preduzimanje takve radnje, što bi značilo da bi u navedenoj dilemi nastupilo zalečenje nenadležnosti.

[38] Sud je mogao da se oglasi mesno nenadležnim samo do izdavanja platnog naloga (čl. 453 st. 1 ZPP 76), dok je tuženi prigovor mesne nenadležnosti mogao da izjavi samo u prigovoru protiv platnog naloga (čl. 453 st. 2 ZPP 76), koji je bio i poslednja prilika da se tuženi upusti u raspravljanje, jer u protivnom platni nalog bi postao pravnosnažan; da je prigovor značio upuštanje u raspravljanje govori i to da nakon njega nije bilo moguće doneti presudu zbog izostanka (v. praksu kod *Poznića*, nav. delo [f. 37]). Što se tiče zalečenja stvarne nenadležnosti, ona nije bila izričito regulisana, ali je praksa izgradila stav analogijom sa zalečenjem u opštem parničnom postupku (čl. 17 st. 2 ZPP 76), tako da je ona nastupala ako sud do izdavanja platnog naloga nije uočio stvarnu nenadležnost a tuženi je nije istakao u prigovoru protiv platnog naloga (VSBH R. 415/90 od 31.01.1991. g. = Sudska praksa 1991/10, str. 58). U nauci je prihvaćen citirani stav prakse (*Poznić*, nav. delo [f. 37], uz čl. 454; bez pozivanja na praksu *Triva/Dika*, nav. delo [f. 19], § 170 t. 3), stim da treba napomenuti da je još za vreme ZPP 56 formiran isti stav (*Culja* u *Culja/Triva*, Komentar Zakona o parničnom postupku, I, Zagreb [1957], uz čl. 19).

[39] Vladajuće shvatanje u nauci i praksa su dozvoljvali da tuženi, iako je odgovorio na tužbu, istakne prigovor zalečive nenadležnosti na prvom ročištu koje je sledilo; tako *Culja*, nav. delo (f. 23), § 101 t. 2 konstatuje da su postojale dve vrste upuštanja u raspravljanje – ona koja je značila sprečavanje kontumacione presude i za koju je bilo dovoljno da se i pismeno ospori tužbeni zahtev, i ona koja je imala za posledicu neku prekluziju do tada nepreduzetih radnji (npr. prigovora nenadležnosti), za koju je bilo merodavno tek usmeno upuštanje. Za praksu u tom pravcu v. *Poznić*, nav. delo [f. 37], uz čl. 20 t. 3.

pušta da izjavi prigovor nenadležnosti, jedan čisto procesni prigovor, i kasnije, nakon odgovora na tužbu. S druge strane, stvar je još više upadljivija kada se uzme u obzir zahtev ZPP u pogledu kvaliteta tereta tuženog da se upusti u raspravljanje. Više nije dovoljno da se tuženi bilo kako, pa makar i paušalno, upusti u raspravljanje, već on to mora da uradi supstancirano – ako osporavajući tužbeni zahtev osporava i tužiočeve tvrdnje on mora da navede svoje viđenje stanja stvari (čl. 284 st. 2), jer u protivnom se uzima da odgovor na tužbu nije ni dat (čl. 285). Imajući to u vidu, zalečenje nenadležnosti samo u verziji čl. 17 i 20 ne ostvaruje svoj smisao, i preti da preraste u svoju suprotnost; time što tuženi ne mora da izjavi prigovor prvom prilikom, a to je odgovor na tužbu, otvaraju se vrata mogućnosti odugovlačenja postupka kroz zloupotrebu prigovora (tuženi će čekati tek prvo ročište koje sledi) koja će rezultovati sasvim neopravdanim utroškom vremena i truda.[40]

3. Zalečenje mesne i stvarne nenadležnosti koje je zaista posebno regulisano treba tumačiti tako da ono nastupa onda kada sud (gde može) ne uoči nenadležnost i kada tuženi ne istakne odgovarajući prigovor u odgovoru na tužbu. Karakter odredbi ne bi trebao ovde da bude presudan, jer specifičnost tumačenja procesnog prava daje prostora za ponekad slobodnije tumačenje, kome ovde treba pribeći.[41] Smisao zalečenja nenadležnosti i novog uređenja odgovora na tužbu postupka u tom smislu su baza za tumačenje.[42] Time se teza o neophodnosti, u najmanju ruku, sinhronosti tereta upuštanja u raspravljanje i obaveze izjavljivanja prigovora zadrža-

[40] Od prijema odgovora na tužbu do prvog ročišta koje se zakazuje proći će određeno vreme, jer ono ne treba samo da se blagovremeno zakaže, već i upoznavanje suda sa odgovorom na tužbu po prirodi stvari podrazumeva određeno vreme. S druge strane, sav rad koji utrošio nenadležan sud biće uzaludan – upoznavanje sudije sa procesnim materijalom iz tužbe i odgovora na tužbu, formiranje radnih hipoteza, identifikovanje spornih činjenica i sl. Sav taj utrošak je neopravdan, jer zakon upravo kroz zalečenje nenadležnosti, u tim konkretnim situacijama smatra da je važnija procesna ekonomija od konzistentnog poštovanja pravila nadležnosti.

[41] U domaćoj teoriji, a naročito u nemačkoj i austrijskoj, naglašava se da pravila tumačenja procesnog prava pokazuju dosta specifičnosti u odnosu na opšta pravila tumačenja prava. Tako se prednost mora dati teleološkoj metodi naspram gramatičkog tumačenja, ali svakako u okvirima zabrane arbitrernosti. V. za domaću teoriju *Poznić/Rakić-Vodinelić*, nav. delo (f. 20), br. 58; *Stanković*, nav. delo (f. 9), str. 31; za nemačku teoriju ali i iscrpnu praksu v. umesto svih *Vollkommer* in *Zöller*, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationlem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen, 26. Aufl., Köln (2007), Einl. Rn. 92 ff.

[42] *Leipold*, nav. delo (f. 19), § 296 Rn. 156ff zato i kritikuje i teoriju i praksu koja tretira § 39 *dZPO* kao specijalnu odredbu; po njemu primat ima opšta odredba o prekluziji procenih prigovora, i to zbog svog cilja, te ukoliko tuženi ne izjavi prigovor zalečive nenadležnosti u odgovoru na tužbu koji mu je sud naložio, nastupa zalečenje.

va. Problematična redakcija čl. 17 i 20 se pokazuje se na taj način kao previd zakonodavca, kao mehaničko preuzimanje odredaba ZPP 76 bez ispitivanja podobnosti sa novom koncepcijom pripremnog postupka koju je sam i uspostavio.[43] Potvrda toga, odnosno potvrda da navedena teza u ZPP još uvek postoji, pored postojanja obaveze iz čl. 284 st. 1, pokazuje (neizmenjeno takođe) uređenje zalečenja mesne i stvarne nenadležnosti u postupku izdavanja platnog naloga (čl. 460); sud se može samo do izdavanja platnog naloga oglasiti mesno ili stvarno nenadležnim (svakako u skladu sa granicom u vezi tipa stvarne nenadležnosti iz čl. 17 st. 2), a tuženi može osporiti mesnu ili zalečivu stvarnu nadležnost samo u prigovoru protiv platnog naloga, ne i nakon njega.[44] Na kraju, i uređenje zalečenja drugih vrsta nenadležnosti, u drugim zakonima, pokazuju to.[45]

4. Poseban argument koji ide u prilog našem stavu proizilazi takođe iz ciljnog tumačenja. Naime, dosledna primena režima zalečenja nenadležnosti prema jezičkom tumačenju čl. 17 i 20 stoji u koncepcijskom raskoraku i sa presudom zbog propuštanja. Ako tuženi odgovor na tužbu nije granica blagovremenosti prigovora nenadležnosti, onda u situaciji kada tuženi propusti odgovor na tužbu nije došlo do zalečenja nenadležnosti. S druge strane, propuštanje odgovora na tužbu nema značenje totalne prekluzije tako da tuženi ne može više da preduzme nikakvu parničnu rad-

[43] Interesantno je u tom smislu i mišljenje u nemačkoj nauci povodom redakcije § 1032 *dZPO* o prigovoru postojanja arbitražnog ugovora – mišljenje da specijalni karakter norme nije uverljivo, imajući u vidu «notorno aljkav rad zakonodavstva». *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., München (2005), Kap. 7 Rn. 1. Inače, nasuprot takvom stavu, većina teorije i praksa u nemačkoj pri tumačenju citirane norme, kao i onih u vezi zalečenja nenadležnosti (v. f. 42) daju prednost pravilu *lex specialis derogat legi generali* (*Jauernig*, nav. delo [f. 35], § 12 VI; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, nav. delo [f. 3], § 38 Rn. 26, § 174 Rn. 33 Fn. 34; *Geimer* in *Zöller*, nav. delo [f. 42], § 1032 Rn. 1; nemački Savezni sud [*BGH*] uzima u obzir samo hijerarhiju normi [BGH = Neue Juristische Wochenschrift 2001, S. 2176]).

[44] Da je bila intencija zakonodavca da razdvoji trenutke zalečenja i tereta upuštanja u raspravljanje, i ovde bi se dopustilo da tuženi ističe prigovore i u nastavku postupka, nakon prigovora protiv platnog naloga i njegovog stavljanja van snage.

[45] Prigovor zalečive međunarodne nenadležnosti, prema teoriji i praksi, tuženi već u odgovoru na tužbu treba da istakne; propusti li to, nastupa zalečenje međunardne nenadležnosti (izričito Okr. sud u Valjevu Gž. 347/2008 od 28.02.2008. g. = Elektronska baza podataka Paragraf-leks; v. iscrpno *Dika* u *Dika/Knežević/Stojanović*, Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu, Beograd [1991], uz čl. 49 t. 24-25, uz čl. 50). Prekluzija prigovora postojanja arbitražnog ugovora nastupa upuštanjem u raspravljanje tuženog (čl. 14 Zakona o arbitraži, SG RS 46/2006), što znači da ga on mora istaći već u odgovoru na tužbu; propusti li to, nastupa zalečenje apsolutne nenadležnosti, jer na kraju postojanje arbitražnog sporazuma ima značenje nenadležnosti suda (nepostojanja redovnog pravnog puta u najširem smislu).

nju. U prvom redu to važi za sve navode, tj. prigovore koji se tiču apsolutnih (ali i nezalečivih) procesnih pretpostavki; ako na njih sud pazi po službenoj dužnosti tokom celog postupka, onda to znači da prigovor tuženog nikako ne može imati obeležje prekluzivnosti, pa čak i da je izričito propisana;[46] sud pre donošenja svake presude, pa tako i one zbog propuštanja, treba da proveri postojanje procesnih pretpostavki.[47] Imajući to u vidu, dozvoljavalo bi se da tuženi i nakon propuštanja odgovora na tužbu, a do donošenja presude, izjavi uspešno prigovor mesne ili stvarne zalečive nenadležnosti, tj. ono nalaže sudu obavezu da u tom intervalu pazi na zalečivu stvarnu i isključivu mesnu nenadležnost. Pitanje je koliko je ovakvo rešenje u skladu sa koncepcijom pripremanja glavne rasprave, i da li je to u skladu sa smislom zalečenja nenadležnosti. Dopuštalo bi se da se odloži donošenje presude zbog propuštanja usled oglašavanja suda nenadležnim, i to u onim situacijama gde je inače predviđeno zalečenje nenadležnosti, dakle kod onih nenadležnosti koje su već zakonskom kvalifikacijom zalečivosti relativnog značaja. Tome još treba pridodati kvalitativni aspekti zalečivih nadležnosti u našem sistemu – zalečenje ne može da utiče na postulirani kvalitet presuđenja (v. *supra ad* III. A.). Interesantno je ipak da i *Jakšić*, koji zastupa mišljenje o primatu čl. 284 st. 1, u ovoj konkretnoj situaciji ga ne primenjuje; on čak navodi da sud u slučaju propuštanja odgovora na tužbu treba da ispituje i mesnu nadležnost, na koju on inače pazi samo po prigovoru tuženog, te ako je nema treba da odbaci tužbu.[48]

---

[46] Up. *Fasching*, nav. delo (f. 9) Rz. 1397 koji u ishodištu isto navodi, stim da ističe da takvi navodi tuženog mogu biti povod da sud *ex offo* ispita procesne pretpostavke. Slično i *Klein/Engel*, nav. delo (f. 4), S. 125 koji smatra da u tom slučaju prekluzija nastupa, ali da tuženi nakon toga ima pravo da skrene pažnju sudu da on nije ispunio svoju obavezu da po službenoj dužnosti pazi na nenadležnost, odnosno da «provocira ispitivanje suda po službenoj dužnosti».

[47] Izričito *Culja* u *Culja/Triva*, Komentar Zakona o parničnom postupku, II, Zagreb (1957), uz čl. 321 I 1 6); *Poznić*, nav. delo (f. 37), uz čl. 332 t. 1 pored toga navodi još i sudsku praksu u tom pravcu; *Jakšić*, nav. delo (f. 20), br. 2269; *Rechberger* in *Rechberger* (Hrsg), nav. delo (f. 31), §§ 396-397 Rz. 7. S druge strane, ni tuženi nije uvek prekludiran u svojim navodima povodom merituma, i štaviše ne nastupaju nikakve posledice prekluzije onda kada ne postoje uslovi za presudu zbog propuštanja Tako i *Petrušić*, nav. delo (f. 25), str. 134, f. 21; *Jakšić*, nav. delo (f. 20), br 597.

[48] nav. delo (f. 20), br. 2270. Dalje navodi da sud treba isto tako da postupi onda kada se mesna nadležnost zasniva na prorogacionom sporazumu. Ipak, po njemu, u tim situacijama tužilac će moći da izdejstvuje presudu zbog propuštanja ako otkloni nedostatke u vezi sa čl. 103 i 78; tako npr. on bi mogao da naknadno podnese dokaz o postojanju sporazuma o mesnoj nadležnosti ili da podneskom zahteva da se tužba dostavi nadležnom sudu (br. 2271). Čini se da je ovaj stav teško opravdati. Prvo, ako tuženi ima obavezu u skladu sa čl. 284 st. 1 da istakne prigovor mesne i zalečive stvarne nenadležnosti u odgo-

5. Loša strana uređenja zalečenja mesne i stvarne nadležnosti u ZPP, na šta ukazuju i primeri *dZPO* i *öZPO*, jeste štetan uticaj na jednakost stranaka.[49] Isticanje prigovora nenadležnosti pod pretnjom prekluzije već u odgovoru na tužbu onemogućava sud da suštinski pouči neukog tuženog; teško može sud u nalogu za davanje odgovora na tužbu da kroz frazu «tuženi je dužan da istakne procesne prigovore u odgovoru na tužbu», na šta je inače obavezan, dovoljno pouči neukog tuženog da on može da stavi prigovor mesne ili stvarne nenadležnosti – radi se o veoma kompleksnim pitanjima, koja su čak i pravnicima koji se ne bave parničnim postupkom teška.[50] Ne samo da je potrebno usmeno poučiti takvog tuženog o mogućnosti izjavljivanja prigovora, već i postojeća pisana pouka suda kroz naznačenu frazu može da donese više štete nego koristi – ističe se da tuženog treba upoznati i sa dejstvom uspešnog prigovora, da on ne znači okončanje parnice već nastavak pred drugim sudom, za šta možda on i nema interesa.[51] Srećna okolnost je da su stranke, iako imaju postulacionu sposobnost u prvostepenom postupku, u najvećem broju slučajeva zastupane putem advokata. Ovaj problem se nažalost pokazuje samo kao potvrda kursa zakonodavca u pogledu uobličavanja parnične procedure, koji ne vodi dovoljno računa o obezbeđi-

---

voru na tužbu, onda dosledno to podrazumeva da propuštanje odgovora na tužbu znači i prekluziju za prigovor (za zalečenje nenadležnosti na kraju ne bi trebalo da bude bitno da li je uopšte dat odgovor na tužbu, ili je dat bez prigovora). S druge strane, čak i da ne nastupi zalečenje, posledice koji se navode, a koje su izgleda bazirane na nemačkom pravu, nemaju nikakvog zakonskog uporišta kod nas. Tako, u domaćem parničnom postupku za razliku od nemačkog tužba se ne odbacuje nikada zbog mesne nenadležnosti (a ni zbog stvarne), već se po službenoj dužnosti predmet ustupa nadležnom sudu (čl. 21 st. 1). Upravo zbog toga, kod nas je nepoznat zahtev tužioca da se stvar dostavi nadležnom sudu (nem. *Überweisungsantrag*), koji u *dZPO* postoji da bi se ublažile (teške) posledice nenadležnosti. Takođe, ako sud nema ovlašćenja da *ex offo* ispituje neisključivu mesnu nadležnost (čl. 20 st. 1), kako onda može to da čini samo za slučaj propuštanja odgovora na tužbu – takva vrsta nenadležnosti je za sud u svim mogućim situacijama irelevantna sve dok je blagovremeno tuženi ne istakne; konsekventno to važi i za nadležnost na osnovu prorogacije, tako da je odredba čl. 64 st. 4 da je tužilac dužan da uz tužbu podnese i prorogacioni sporazum irelevatna i stoji kao nepodobni ostatak ZPP 76 (izvorna verzija ZPP 76 je predviđala da sud po službenoj dužnosti ispituje i mesnu nadležnost, gde je navedena obaveza tužioca imala svoj smisao; već izmene iz 1990. g. menjaju takav režim, i uspostavljaju takav kakav i danas postoji).

[49] To bi bio i jedini pravi razlog za davanje prednosti tumačenju prema izričitoj redakciji specijalnih odredaba.

[50] Treba naglasiti da ni načelo poučavanja nekih stranaka nije najsrećnije redigovano u ZPP. V. o tom problemu *Keča*, O načelu pomoći neukoj stranci u parničnom postupku, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu XLII 1-2 (2008), str. 309-319.

[51] V. *Mayr* in *Rechberger* (Hrsg), nav. delo (f. 31), § 104 JN Rz. 19.

vanju jednakosti stranaka. Paradoksalno promene ZPP se pravdaju obezbeđivanjem evropskih standarda, usaglašavanjem sa preporukama Saveta Evrope te obezbeđivanju prava na pravično suđenje; zato se i efikasnost uzdiže kao izgleda jedini kvalitet pravne zaštite koja se pruža u parničnom postupku, i u tom smislu se sve odjednom opravdava načelom o suđenju u razumnom roku. S druge strane, ZPP u sebi sadrži ozbiljne mane u pogledu ravnopravnosti stranaka, a time i prava na pravično suđenje, i to je već oštro kritikovano u nauci.[52]

6. S obzirom na izmene i dopune ZPP iz 2009. g. (SG RS 119/09), pitanje režima zalečenja stvarne i mesne nenadležnosti u postupcima u sporovima male vrednosti posebno se se pokazuje kao aktuelno, jer je podizanje cenzusa za ovu vrstu postupka dovelo do njegovog sporovođenja u širim razmerama, naročito u postupcima u privredim sporovima. Kako se u njima ne zahteva od tuženog odgovor na tužbu, niti se održava pripremno ročište, zalečenje stvarne i mesne nenadležnosti nastupa najkasnije na prvom ročištu za glavnu raspravu; tada on, naime, snosi teret da se upusti u raspravljanje, jer će se inače doneti presuda na osnovu izostanka (čl. 276).[53] U tom smislu u ovom postupku stvar postavlja isto kao u opštem parničnom postupku prema ZPP 76, pa imaju važenje odredbe čl. 17 st. 2 i 20. Ipak, kao sporno bi moglo da se postavi pitanje da li zalečenje nastupa onda kada se tuženi, bez osporavanja nadležnosti, podneskom pre održavanja glavne rasprave upustio u raspravljanje. S osloncem na analogiju sa zalečenjem u opštem parničnom postupku, te u skladu sa smislom instituta, moglo bi da se brani tumačenje po kojem bi već u tom trenutku nastupala prekluzija prigovora, odnosno zalečenje nenadležnosti; time bi se sprečile moguće zloupotrebe i eventualna odugovlačenja postupka.

[52] U osnovi, mane se tiču situacija kada stranka je stranka neuka. *Jakšić*, nav. delo (f. 20), br. 1609 ističe da je rešenje ZPP o fikciji da odgovor na tužbu nije ni dat ako sadrži formalne ili sadržinske nedostatke, čime se stvara mogućnost za donošenje presude na osnovu propuštanja, neodrživo sa stanovišta prava na pravično suđenje, jer stavlja tuženog u teži položaj od tužioca; tužilac, naime, ako tužba koja nije uredna, ima mogućnost da je ispravi, tj. ne odbacuje se momentalno (ako nema punomoćnika advokata). Kritika upućena zakonskoj redakciji načela poučavanja neukih stranaka (*Keča*, nav. delo [f. 50], str. 314 i sled) bazira se takođe na ideji o doslednom poštovanju i obezbeđivanju ravnopravnosti stranaka kao pravnopolitičkom cilju najvišeg ranga.

[53] Iako citirani član ne spominje to izričito, presudu zbog izostanka sprečiće i prethodno osporavanje tužbenog zahteva putem podneska. Tako i *Bodiroga*, Presuda zbog izostanka prema novom ZPP-u, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu LV 1 (2007), str. 146; Okr. sud u Beogradu Gž. 5328/06 od 13.6.2006. g. = Bilten Okružnog suda u Beogradu br. 76 (2007); Okr. sud u Novom Sad je zahtevao da u toj situaciji tuženi obrazloženo ospori tužbeni zahtev (Gž. 7323/06 od 21.06.2007 = Bilten Opštinskog suda u Novom Sadu [interni] 4/2007, str. 22, br. 9).

Međutim, bilo bi to suviše riskantno, jer bi se ovde ozbiljno mogla dovesti u pitanje jednakost stranaka – poučavanje uopšte ne bi usledilo, čak ni u formi u kojoj to radi u opštem parničnom postupku, jer sud ne šalje tužbu na odgovor, već tuženog poziva na ročište za glavnu raspravu i poučava ga o posledicama izostanka sa njega (čl. 275 st. 3); o mogućnosti i dejstvu prigovora nenadležnosti, te o nastupanju prekluzija ukoliko ga ne izjavi u podnesku u kojem bi se upustio u raspravljanje, prema tome, nema govora. Rešenje prisutno u *öZPO* za gotovo identičnu situaciju, po kojem bi takvo upuštanje u raspravljanje značilo zalečenje nenadležnosti ako stranka nije zastupana po advokatu, bilo bi najbolja solucija.[54] Ipak, za nju je teško naći zakonskog oslonca u ZPP, i pitanje je da li bi praksa to primenjivala.[55] U tom smislu se i nameće potreba izričitog zakonskog preuređenja zalečenja nenadležnosti, i to ne samo za ovaj postupak, već uopšte, s obzirom na prikazan problem i relativnu teškoću ponuđenog rešenja.

[54] Iako u austrijskom parničnom postupku ne postoji više malični postupak kao posebna vrsta postupka ili modifikacija opšteg, odgovarajući uprošćeni mehanizam rešavanja takvih sporova kao u ZPP ipak postoji; postupak pred sreskim sudovima ima obrise uprošćene forme (nema obaveznog odgovora na tužbu, zapisnik je uporšćen i sl), i što je najvažnije za bagatelne stvari je predviđen tzv. bagatelni priziv, koji upravo odgovara najznačajnijoj karakteristici našeg maličnog postupka – žalbi protiv presude. Za postupak pred sreskim sudovima i bagatelni priziv v. *Rechberger/Simotta*, nav. delo (f. 16), Rz. 940ff, 1024; za zalečenje nenadležnosti kada stranka nema punomoćnika advokata (ili notara) v. *Mayr* in *Rechberger* (Hrsg), nav. delo (f. 31), § 104 JN Rz. 18-19 kao i *Fucik* u istom delu, § 441 Rn. 1.

[55] Naročito zbog stava sudske prakse da i punomoćnike advokate treba poučavati o mogućim posledicama propuštanja nekih parničnih radnji; tako za posledice izostanka sa ročišta VSS Rev. 1186/06 od 13.09.2006. g. = Bilten Okružnog suda u Beogradu br. 74, str. 103 (2006); Okr. sud u Valjevu Gž. 1593/06 od 16.11.2006 = Izbor sudske prakse 12/2008, str. 59, br. 92.

Marko Knežević, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

On the Problem of Timely Use of Challenges to Venue of Court and Subject Jurisdiction in Civil Procedure

Abstract

The collision in Civil Procedure Code between provisions which determine timely contest of the venue of the court and subject matter jurisdiction (Art. 17 sub. 2 and art. 20) and one that determine general rule for raising challenges to the allowability of the complaint (Art. 284 sub. 1) is in the focus of this paper. The problem is elaborated in that sense that first the theoretical conception of preclusive nature of contesting the jurisdiction is analyzed and the form in which it should achieve its' postulated goal. On those premises and according to the conception of the other institutes the opinions in the theory and practice are questioned, thus argumentation for the solution of the named problem is given.

Key words: determination of the jurisdiction, challenge to the jurisdiction, preclusion, healing of the lack of the jurisdiction, principle of procedural economy, concentration of the procedure, defendant's answer.

Pregledni članak 336.6

Cvjetana Cvjetković, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

UTANJENA KAPITALIZACIJA KAO EVAZIONI INSTRUMENT

Sažetak: *Postoje različiti načini finansiranja privrednih društava, ali kombinacija finansiranja putem zajmovnog i sopstvenog kapitala je, svakako, najčešća. Oba načina finansiranja imaju uticaj na način utvrđivanja oprezive dobiti. Ako je pozajmljeni kapital suviše veliki u odnosu na pozajmljeni, govorimo o pojavi koja se naziva utanjena kapitalizacija. O utanjenoj kapitalizaciji više puta se izjašanjavao i Evropski sud pravde. U nastojanju da maksimalno suzi prostor za evaziju, srpski zakonodavac se, počevši od 2001.godine, pridružio krugu zemalja koje u svom poreskom zakonodavstvu imaju posebne odredbe posvećene utanjenoj kapitalizaciji.*

Ključne reči*: utanjena kapitalizacija; sopstveni kapital; pozajmljeni kapital; slučaj Lankhorst-Hohorst.*

I
Uvodna razmatranja

S obzirom da se utanjena kapitalizacija definiše kao situacija u kojoj je sopstveni (akcijski, vlasnički) kapital suviše mali u poređenju sa pozajmljenim kapitalom, jedno od ključnih pitanja prilikom sagledavanja ovog fenomena je i pitanje strukture kapitala, odnosno, odnosa između pozajmljemog i sopstvenog kapitala (eng.: *debt-equity ratio*).

Naime, društvo kapitala (korporacija) se može finansirati na dva osnovna načina: izdavanjem akcija i zaduživanjem. Najveći broj se finansira kombinovanom primenom oba ova načina. Vlasnički način finansiranja

proizvodi, prevashodno, statusnopravna dejstva, a dužnički način finansiranja obligacionopravna dejstva.

Sopstveni kapital čine osnovni kapital (podeljen je na akcije ili udele u zavisnosti od pravne forme društva), rezerve (zakonske ili statutarne) i neraspoređena dobit, a pozajmljeni kapital čine sve obaveze društva, kako na osnovu poslovnih ugovora (npr. ugovora o kreditu), tako i na osnovu obligacionih hartija od vrednosti koje je društvo izdalo (obveznice).

Atraktivnost sopstvenog kapitala, kao izvora finansiranja korporacija, proizlazi iz činjenice da njegovo prisustvo obezbeđuje osnovu za privlačenje kapitala iz ostalih izvora finansiranja, tj pruža sigurnost ostalim ulagačima. Prednost finansiranja sopstvenim kapitalom ogleda se i u tome što isplata prava po osnovu sopstvenog (akcijskog) kapitala može biti obustavljena, posebno u poslovnim godinama kada korporacija ostvaruje loše poslovne rezultate, ili kada vrši investicije koje daju prinos tek po proteku dužeg perioda. Odlučivanje o raspodeli dobiti je u nadležnosti skupštine akcionara.[1] Sa druge strane, zajmodavcu se kamata mora isplaćivati, u skladu sa ugovorom, u fiksnom iznosu bez obzira na visinu dobiti. I pored navedenih pozitivnih svojstava, na određenom stepenu rasta i razvoja korporacije, sopstveni kapital postaje nedovoljan za finansiranje, posebno za finansiranje investicija. U takvim uslovima, se okreću ka finansiranju putem zajma. Zaduživanjem, ne samo da se rešava problem nedostatka finansijskih sredstava, već se istovremeno dolazi do kapitala koji je realno jeftiniji od sopstvenog, i to kako sa stanovišta zajmodavca, tako i sa stanovišta preduzeća. Sa stanovišta zajmodavca, davanje zajma predstavlja manje rizičan posao od kupovine akcija. Prinosi zajmodavaca su fiksirani, irelevantno je da li privredno društvo otvaruje dobit ili ne-ono svoje obaveze na osnovu ugovora o zajmu mora ispuniti, čak i po cenu odlaska u stečaj. Čak i u slučaju likvidacije, interesi zajmodavca su bolje zaštićeni, jer u likvidacionom postupku zahtevi zajmodavaca imaju prioritet u odnosu na zahteve akcionara.[2] Sa druge strane, zajmodavcima nisu data određena prava koja imaju akcionari, poput prava učešća u dobiti i rukovođenju privrednim društvom. [3] Sa stanovišta privrednog društva, finansiranje zaduživanjem stvara mogućnost poreskih ušteda, jer kamata predstavlja rashod za koji se umanjuje poreska osnovica.

[1] V. : čl. 290. Zakona o privrednim društvima, Službeni glasnik RS, 125/2004 (u daljem tekstu :ZPD)

[2] V. : čl. 360. ZPD.

[3] V. : čl. 208. ZPD.

Dakle, kakav će biti odnos između pozajmljenog i sopstvenog kapitala zavisi, pre svega, od ekonomskih razloga, koji su, opet, posledica razlika u pravnom tretmanu kapitala i pozajmica. No, na strukturu kapitala mogu uticati i poreski razlozi: zbog njih najčešće i dolazi do utanjene kapitalizacije.[4]

II
Pojam utanjene kapitalizacije

Posmatrano u globalu, o tome kakav će biti debt-equity odnos treba da odluči samo privredno društvo. Međutim, u određenim slučajevima visok debt-equity odnos daje signal poreskoj administraciji da se događa nešto neuobičajeno jer korporacije mogu, često, u poreske svrhe, svesno prikazivati sopstveni kapital kao pozajmljeni. U tim slučajevima dolazi do pojave tzv.utanjene kapitalizacije (eng.: thin capitalization). Utanjena kapitalizacija, dakle, predstavlja situaciju u kojoj je struktura kapitala takva da je udeo sopstvenog kapitala minimalan u poređenju sa udelom kapitala koji je dobijen u obliku kredita od strane povezanog lica[5], a sve u cilju izbegavanja plaćanja poreza.

Što se tiče naziva, termin thin capitalization se u srpskom poreskom pravu prevodi kao utanjena kapitalizacija [6], dok se npr.u hrvatskom pravu prevodi kao potkapitalizacija. Imajući u vidu značenje pojma kapitalizacija [7], čini se, da su oba termina adekvatna jer ukazuju na osnovni smisao ovog koncepta. Naime, kod utanjene kapitalizacije, za razliku od kapitalizacije, prisutna je suprotna tendencija, tendencija da vlasnički kapital bude što manji, te se pribegava svesnom prikazivanju vlasničkog kapitala kao pozajmljenog.

Ponegde u literaturi, umesto termina utanjena kapitalizacija , srećemo se i sa terminom „skrivena kapitalizacija“ (eng.: *hidden capitalization*), odnosno, pojava se u žargonu naziva i polugom kapitala, polugom (eng.: *gearing*).[8]

---

[4] D. Popović, *Poresko pravo*, Beograd 2009, str.334.

[5] Ibid. str. 334.

[6] V.: čl.62 Zakona o porezu na dobit pravnih lica, Službeni glasnik RS, 25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10 (U daljem tekstu: ZPDPL)

[7] Kapitalizacija predstavlja pretvaranje dela viška vrednosti u dodatni kapital, njome se povećava vlasnički kapital, širi se polje njegove eksploatacije i stvaraju uslovi za povećanje bogatstva njegovih vlasnika. Stoga je, u načelu, u interesu vlasnika kapitala da se kapitalizacija izvrši u što je većoj mogućoj meri.

[8] O tome više: G. Richardson, D. Hanlon, L. Nethercott, *An Anglo-American Comparison*, International Tax Journal, Vol.24, Issue 2.

-

http://heinonline.org_HOL_PDF_handle=hein.journals_intaxjo24&collection=journals&id=144&print=31&sectioncount=1&ext=.pdf (23.3.2010.)

III
Uzroci utanjene kapitalizacije

1. Različit poreski tretman kamata i dividendi

Glavni razlog zbog kojeg dolazi do utanjene kapitalizacije je u različitom poreskom tretmanu kamata, kao prihoda od pozajmljenog kapitala, i dividendi, kao prihoda od sopstvenog kapitala. Svi pokazatelji ukazuju da je fiskalni tretman kamata povoljniji od fiskalnog tretmana dividendi. U poreskom bilansu koji sastavlja korporacija, sve kamate, koje su plaćene u cilju obavljanja poslovne aktivnosti, se tretiraju kao trošak poslovanja, te se za iznos plaćenih kamata umanjuje osnovica poreza na dobit pravnih lica. Zbog toga je korporacija, koja u ukupnoj strukturi kapitala ima visoko učešće pozajmljenih sredstava, izložena znatno nižem poreskom opterećenju. Dakle, kamate, načelno, imaju karakter odbitne stavke u poreskom bilansu, izuzev kamata zbog neblagovremeno plaćenih poreza, doprinosa i drugih javnih dažbina [9]. Ovo rešenje je adekvatno, jer navedene kamate imaju penalni karakter, te bi bilo sasvim neopravdano pružiti poreskom obvezniku, koji ne ispunjava svoje obaveze prema državi, poresku pogodnost, u smislu umanjenja poreske osnovice za iznos plaćenih kamata. S druge strane, dividende nisu predviđene kao odbitna stavka, prilikom utvrđivanja poreske osnovice. Sem toga, u nekim zemljama, dividende su izložene višim stopama poreza po odbitku, u odnosu na kamate, što, svakako, doprinosi njihovom nepovoljnijem poreskom tretmanu.[10]

Tabela br. 1

Elementi	Preduzeće „X“koje se finansira sopstvenim kapitalom	Preduzeće „Y“koje se finansira putem zajmovnog kapitala
Dobit	750	750
Rashodi na ime kamata	0	350
Dividende	350	0
Dobit pre oporezivanja	750	400
Iznos poreza na dobit preduzeća (40 %)	300	160
Dobit nakon oporezivanja	450	240
Neraspoređena dobit	100 [11]	240

[9] V.: čl.19 ZPDPL.

[10] Zakon o porezu na dohodak građana (u daljem tekstu: ZPDG) Sl. glasnik RS, br. 24/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006 i 65/2006 31/2009,44/2009, 18/2010, u čl. 64. predviđa jedinstvenu stopu poreza za oba ova vida prihoda od kapitala.

[11] Ovaj iznos se dobije, kada se od dobiti, preostale nakon oporezivanja, isplate dividende.

Ova tabela prikazuje efekat poreskih ušteda, koje ostvaruje preduzeće koje se finansira putem zajmovnog kapitala. Naime, polazi se od pretpostavke, da preduzeće „X", koje se finansira sopstvenim kapitalom, i preduzeće „Y", koje se finansira putem zajmovnog kapitala, ostvaruju istu dobit(750) i da imaju iste troškove kapitala, i to preduzeće „X" na ime dividendi, a preduzeće „Y" na ime kamate(350). Uprkos tome, različiti poreski tretman kamata i dividendi(iznos kamate se odbija od poreske osnovice), omogućava preduzeću koje se finansira putem zajmovnog kapitala, da ostvari veći iznos neraspoređene dobiti, koju može, između ostalog, upotrebiti za reinvestiranje, te, na taj način, osigurati veće prihode u narednim periodima. Na taj način fiskus ostaje uskraćen za deo prihoda po osnovu ostvarenja korporativnih preduzeća.[12]

Različiti poreski tretman kamata i dividendi, proizvodi značajne poreske posledice, ukoliko se kamata isplaćuju rezidentu države, sa kojom država izvora kamate ima zaključen ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Prilikom isplate dividendi i kamata, kao prihoda od kapitala, isplatilac je dužan obračuna i naplati porez po odbitku.[13] Kada se kamate isplaćuju nerezidentima, kamata je, najčešće, prema ugovorima o izbegavanju dvostrukog oporezivanja , podvrgnuta nižoj stopi poreza po odbitku u odnosu na dividende, a ponekad, se čak predviđaju nulte stope.[14] Ovo rešenje je opšteprihvaćeno, a temelji se na članu 11. OECD Model ugovora o oporezivanju dohotka i imovine iz 1992.godine (eng.: OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, u daljem tekstu OECD Model).[15]

Određene poreske implikacije, zbog različitog fiskalnog tretmana kamata i dividendi, nastaju ne samo u nacionalnim okvirima jedne zemlje, već i na *međunarodnom planu*, pod pretpostavkom da između zemlje uvoznice kapitala i zemlje izvoznice kapitala postoji sporazum o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. [16] Pretpostavimo da je između država A i B zaključen ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, koji

[12] D. Malinić, *Politika dobiti korporativnog preduzeća*, Beograd, 2007, str.155.

[13] V. : čl. 99. ZPDG.

[14] To je, na primer, slučaj u ugovorima koje je zaključila Holandija.

[15] Čl. 11. predviđa u st. 1. da pravo oporezivanja kamata ima država rezidentnosti primaoca kamata. Međutim, st. 2. sadrži izuzetak od ovog pravila, te predviđa da pravo oporezivanja ima i država izvora kamate, u skladu sa njenim propisima. Ovakva odredba - je izraz nespremnosti država da se odreknu oporezivanja kamata ostvarenih na njenom području. St. 3. je od izuzetne važnosti. Ovaj član predviđa da ako je stvarni korisnik kamate nerezident, porez koji naplaćuje država izvora ne može biti veći od 10 % od bruto iznosa kamata.

[16] G. Ilić-Popov, *Osnovica poreza na dobit korporacija*, Beograd 1994, str.224.

sadrži klauzulu, koja predviđa da će primeniti nulta stopa poreza po odbitku na kamate, koje će biti isplaćene rezidentu druge države ugovornice. Preduzeće „X“,rezident države A, koje ima visoko učešće zajmovnog kapitala u ukupnoj strukturi kapitala, kao matično društvo, pozajmljuje veliki iznos, od preduzeća „Y“, kao zavisnog društva, koje je rezident države B, koja ima status poreskog utočišta. Kamate isplaćene preduzeću „Y“, u skladu sa ugovorom, neće biti podvrgnute porezu po odbitku u zemlji izvora, niti u zemlji primaoca kamate, jer u ovom slučaju, država B, kao zemlja sa statusom poreskog utočišta, ne oporezuje kamate. Dakle, visoko učešće pozajmljenog kapitala u strukturi kapitala, između ostalog, omogućuje da se osnivanjem povezanog lica u zemljama sa statusom poreskog raja, kamate izuzmu od oporezivanja. U ovakvim uslovima, dolazi do favorizovanja poslovanja preko filijale, koja se tretira kao nezavisno pravno lice u odnosu na matično preduzeće, jer zakonodavstva skoro svih savremenih zemalja predviđaju rešenje po kome se kamate priznaju kao odbitna stavka u poreskom bilansu samo kada se zajam daje filijali, kao nezavisnom pravnom subjektu u odnosu na matično preduzeće, a izbegava se poslovanje preko stalne poslovne jedinice.

Dakle, da rezimiramo :utanjena kapitalizacija je, prevashodno, vid međunarodnog poreskog planiranja. Navedeni primer pokazuje da su finansiranjem putem zajmovnog kapitala na dobiti oba društva. Zaključak o obostranom dobitku je, svakako, pojačan činjenicom da, budući da je reč o povezanim licima, dobit ostaje pod nadzorom istih lica.

2. Sprečavanje ekonomskog dvostrukog oporezivanja

Jedan od razloga zbog kojeg dolazi do utanjene kapitalizacije, jeste i nastojanje poreskih obveznika da spreče ekonomsko dvostruko oporezivanje dividendi, kao prihoda od sopstvenog kapitala. Podsticaj ka utanjenoj kapitalizaciji, pogotovo, postoji ako se prilikom oporezivanja dobiti korporacija primenjuje klasični(apsolutni) sistem. Ovaj modalitet oporezivanja dobiti korporacija podrazumeva da se, najpre, ukupna dobit (raspoređena i neraspoređena dobit), na nivou korporacije, oporezuje porezom na dobit, a potom raspoređena dobit (dividende), na nivou akcionara, oporezuje porezom na dohodak. Dividenda se dva puta oporezuje, ali zbog različitosti poreza i poreskog obveznika, govorimo o *ekonomskom* dvostrukom oporezivanju.[17]

Iz svega navedenog, izvodimo zaključak da je korporacija, u čijoj strukturi dominiraju pozajmljena sredstva, izloženo znatno manjem poreskom

[17] V. : Božidar Jelčić, Financijsko pravo i financijska znanost, Zagreb 1998, str. - 250-253.

opterećenju od preduzeća koje se, uglavnom, finansira sopstvenim kapitalom. Zbog toga korporacije, često, *svesno* prikazuju sopstveni kapital kao pozajmljena sredstva, tako što zaključuju ugovor o zajmu sa povezanim licem. Samim tim postavlja se pitanje razlikovanja utanjene kapitalizacije od odobravanja zajma od strane povezanog lica. U slučaju utanjene kapitalizacije, nije sporna visina kamatne stope; ona odgovara nivou „van dohvata ruke". *Sporan je*, međutim, *odnos između pozajmljenih i sopstvenih sredstava*: taj odnos je artificijelno visok u korist pozajmljenih sredstava, pa se, otuda, kod dužnika javljaju artificijelno visoki iznosi troškova kamate.[18]

Pored mogućnosti da se iz utanjene kapitalizacije dobije odgovarajuća poreska beneficija, ovaj fenomen može, takođe, da bude rezultat odluke koju je korporacija donela iz čisto ekonomskih razloga (npr. u situaciji kada investitor želi da obezbedi relativno siguran izvor prihoda, odnosno tačno utvrđen prihod).[19]

IV
Mere protiv utanjene kapitalizacije

Iako su poreske vlasti širom sveta postale svesne da se pretežno finansiranje zajmovnim kapitalom koristi kao instrument minimizacije poreske obaveze, čini se da ne postoji konsenzus u pogledu mera za njeno sprečavanje.

Pored određenog broja zemalja koje se ne obaziru na fenomen utanjene kapitalizacije [20], većina njih primenjuje jednu od sledećih mera:primena pravila o zabrani zloupotrebe prava, primena principa „van dohvata ruke" i propisivanje maksimalnog fiksnog odnosa između pozajmljenih i spostvenih sredstava.

Neki autori tvrde da zemlje koje nemaju pravila o utanjenoj kapitalizaciji, gubitak poreskih prihoda uslovljenih tom činjenicom, nadomešćuju makroekonomskim koristima koje nastaju kao posledica povećanih investicija u te zemlje. Naime, zahvaljujući nepostojanju propisa o utanjenoj kapitalizaciji, takve zemlje će privući investicije koje na drugi način ne bi mogle privući. [21]

1. Primena opštih pravila o zabrani zloupotrebe prava

Ovaj pristup podrazumeva sagledavanje svih okolnosti, u svakom konkretnom slučaju, kako bi se utvrdilo da li je cilj određene transakcije, suprotno intenciji zakonodavca, izbegavanje poreske obaveze. U većini

[18] D. Popović, *nav.delo*, Beograd 2009., str.335.
[19] G. Ilić-Popov, *nav.delo*, Beograd 1994, str.226.
[20] Između ostalih: Švedska, Kipar, Finska.
[21] G. Richardson, D. Hanlon, L. Nethercott, *nav.delo*, str.63.

zemalja kontinentalnog prava, koje su prihvatile opšte pravilo o zabrani zloupotrebe prava, ovo pravilo svoj izvor ima u *doktrini fraus legis*.[22] Ova doktrina podrazumeva da se prava priznata zakonom ne smeju koristiti na način, koji je u suprotnosti ca ciljem, zbog kojeg je to pravo ustanovljeno. Zemlje koje su se opredelile za ovaj pristup, suočavaju se sa brojnim teškoćama.[23] Javljaju se dileme u pogledu tumačenja ovog pravila, prisutna je opasnost od subjektivizma i sl. U zemljama precedentnog prava, pravilo o zabrani zloupotrebe prava svoj izvor ima u *doktrini substance over form*. Ova doktrina podrazumeva da je suština važnija od forme, te da poreske vlasti transakciju treba da oporezuju, ne prema zakonskom obliku, nego prema ekonomskoj stvarnosti.

2. Primena principa „van dohvata ruke"[24]

U nekim zemljama, poput Norveške, Finske, Danske, princip „van dohvata ruke" je osnovni instrument utvrđivanja *prihvatljivog* odnosa između pozajmljenog i sopstvenog kapitala. Samim tim, nameće se pitanje: šta se podrazumeva pod prihvatljivim odnosom između pozajmljenog i sopstvenog kapitala? Naime, reč je o odnosu koji bi se uspostavio da su zajmodavac i zajmoprimac nepovezana lica. Dakle, struktura ukupnog kapitala preduzeća se upoređuje sa strukturom koja bi postojala na otvorenom tržištu. Nakon upoređivanja, ukoliko se uspostavi da je udeo pozajmljenog kapitala, u ukupnoj strukturi kapitala, veći od udela koji bi se formirao na slobodnom tržištu između nepovezanih lica, onda će poreska administracija „višak" pozajmljenog kapitala tretirati, u poreske svrhe, kao sopstveni kapital, a kamatu koja je isplaćena na osnovu tog „viška" pozajmljenog kapitala kao dividendu.[25] O primeni principa „van

[22] Kada je reč o zemljama koje pripadaju evropsko-kontinentalnom pravnom krugu, pravilo o zabrani zloupotrebe prava je prihvaćeno u nemačkoj, Mađarskoj, Austriji, Francuskoj, Holandiji.Španiji, Švedskoj i Švajcarskoj.

[23] Tako, na primer, u Mađarskoj, postoji posebno pravilo poreskog prava kojim se zabranjuje zloupotreba prava, od 1999. godine, ali ga poreske vlasti, do sada, nijednom, nisu primenile.

[24] Pricip „van dohvata ruke" (eng.: *arm lenght principle*) je jedan od ključnih pojmova u vezi sa transfernim cenama. Poštovanje ovog principa podrazumeva da se transakcija među povezanim licima odvija u skladu sa tržišnim zakonitostima, kao da je reč o nepovezanim licima. O tome više: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD,Paris 2001.

[25] Na nešto drugačiji način se postupa u engleskom poreskom pravu: kada se kamata isplaćuje nerezidentnom poveriocu koji poseduje 75% ili više akcija zajmoprimca, kao i u slučajevima kada su zajmoprimac i rezidentni poverilac filijale nerezidentnog društva, koje poseduje 75% ili više akcija zajmoprimca i zajmodavca, takva isplata se *uvek* tretira kao isplata dividendi.

dohvata ruke", u situaciji kada preduzeće posluje u uslovima koji su različiti od onih uslova koji bi se formirali na slobodnom tržištu, govori i član 9. OECD Modela. Jedna od dilema, koja se javlja pri primeni ove mere za sprečavanje utanjene kapitalizacije, je *kako tretirati „višak" pozajmljenih sredstava u zemlji izvoznici kapitala*? U zavisnosti od odluke, zemlja izvoznica kapitala mora preduzeti čitav niz mera. Nakon što prihvati kvalifikaciju „viška „pozajmljenih sredstava, koje je izvršila zemlja uvoznica kapitala, mora preduzeti određene mere u cilju sprečavanja ekonomskog dvostrukog oporezivanja (npr., da prizna poreski kredit po osnovu poreza po odbitku na dividende, a ne po osnovu poreza po odbitku na kamate i sl.).

3. Propisivanje fiksnog odnosa: pozajmljeni kapital-sopstveni kapital

Neke zemlje, u nastojanju da onemoguće utanjenu kapitalizaciju, utvrđuju maksimalni dopušteni odnos između pozajmljenih i sopstvenih sredstava. Tako, na primer, u SAD taj odnos je 3:1, u Francuskoj 1.5 : 1, odnosno za banke 3:1, u Italiji i Velikoj Britaniji 1:1 i sl. U Švajcarskoj, odnos između pozajmljenih i vlastitih sredstava zavisi od tipa privrednog društva, odnosno, od toga da li se radi o finansijskoj organizaciji, trgovačkom ili industrijskom preduzeću. U nekim zemljama, poput Češke, fiksni odnos je različito regulisan, u zavisnosti od toga da li se radi o povezanim ili nepovezanim licima. Čim udeo dužnikovih sredstava, koje je pozajmio od povezanih lica, pređe zakonom propisani fiksni odnos, „višak" zajma počinje se tretirati kao sopstveni kapital, a kamata na „višak" zajma, odnosno, kamata na deo zajma iznad zakonom utvrđenog limita, neće se priznati kao rashod u poreskom bilansu, već će se tretirati kao dividenda.

Ovoj meri za sprečavanje utanjene kapitalizacije se upućuju određene zamerke. Pored toga što je veoma teško razgraničiti sopstveni i pozajmljeni kapital, teško je i utvrditi koji je odnos između pozajmljenih i sopstvenih sredstava optimalan. Osim toga, moglo bi doći do podsticanja korišćenja kredita u onim situacijama, kada bi primenom principa „van dohvata ruke", odnos između pozajmljenih i sopstvenih sredstava bio niži od fiksnog odnosa, utvrđenog zakonom.

Komitet za fiskalne poslove pri OECD-u *preporučuje* primenu principa „van dohvata ruke" kao fleksibilnijeg u odnosu na metodu propisivanja fiksnog odnosa između pozajmljenog i sopstvenog kapitala. Kod primene principa „van dohvata ruke", iako postoji opasnost od subjektivizma poreskih vlasti, uzimaju se u obzir okolnosti svakog konkretnog slu-

čaja, jer pozajmljivanje među povezanim licima može biti uslovljeno istinskim tržišnim razlozima. Osim toga, nije svejedno da li se zajam uzima između nepovezanih ili povezanih lica, o čemu bi, svakako, trebalo voditi računa. Na kraju treba istaći da propisivanje fiksnog odnosa nije adekvatno rešenje , pre svega zbog vrlo razvijenih finansijskih i poslovnih odnosa koji mogu postojati između pojedinih zemalja.

Neki autori [26] ističu da bi najedekvatnije rešenje bilo, u slučaju propisivanja maksimalnog dopuštenog odnosa između pozajmljenog i sopstvenog kapitala, dodeljivanje diskrecionog ovlašćenja poreskom organu, u smislu zamene ovog pravila principom „van dohvata ruke". Ovakvo rešenje ne uzima u obzir potrebu korporacija za izvesnošću u pogledu snošenja poreske obaveze.

V
Regulisanje utanjene kapitalizacije u zemljama Evropske unije-primer iz prakse Evropskog suda pravde

U zemljama članicama Evropske unije prisutni `su različiti pristupi fenomenu utanjene kapitalizacije. Neke od njih, poput Finske i Švedske, uopšte, nemaju odredbe posvećene ovom fenomenu. Na regulisanje utanjene kapitalizacije, u okvirima EU, ogroman uticaj imalo je donošenje Direktive o oporezivanju kamata i autorskih nakanada[27] i presuda Evropskog suda u slučaju *Lankhorst-Hohorst*.

Savet EU je 2003. godine doneo Direktivu o oporezivanju kamata i autorskih naknada, čiji je primarni cilj bio da ukine poreze po odbitku na kamate i autorske nakanade, koje su isplaćene u odnosima između povezanih pkompanija. Iako se donošenjem ove Direktive, s jedne strane, rešava problem ekonomskog dvostrukog oporezivanja kamata i autorskih naknada, s druge strane, ukidanjem poreza po odbitku na kamate, podstiče se finansiranje putem zajmovnog kapitala, kada je reč o odnosima među povezanim licima.

U slučaju *Lankhorst-Hohorst*[28], Evropski sud je doneo odluku, da su odredbe nemačkog poreskog zakonodavstva o utanjenoj kapitalizaciji, suprotne članu 43. Ugovora o osnivanju Evropske unije, koji garantu-

[26] G. Richardson, D. Hanlon, L. Nethercott, nav.delo, str.51-54.

[27] Puni naziv ove direktive glasi: Direktiva 2003/49/ES o oporezivanju kamata i autorskih nakanda isplaćenih u odnosima između povezanih preduzeća, koja se nalaze u različitim zemljama članicama.(eng. *Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation aplicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member states).*

[28] Case of Lankhorst-Hohorst GmbH v Finanzmt Steinfurt (case C-324/00). http: //www.economy-point.org/1/lankhorst-hohorst-desicion.html(20.3.2010.)

je pravo, privrednim subjektima, na obavljanje poslovne aktivnosti, bilo gde, na području država članica Evropske unije. Naime, do donošenja presude Evropskog suda u ovom slučaju, nemačko pozitivno pravo o utanjenoj kapitalizaciji, se primenjivalo, jedino, u slučaju da je društvo-zajmodavac nerezidentno trgovačko društvo, odnosno, pravila se nisu primenjivala na kamate koje su isplaćene kompanijama koje su imale pravo na poreski kredit. Iako ovo pravilo eksplicitno ne vrši diskriminaciju na temelju rezidentstva matične kompanije, Sud je ustanovio da je ipak reč o o diskriminaciji zato što su jedino nemačke kompanije ovlašćene na ovaj kredit.

U navedenom slučaju, nemačko rezidentno društvo, Lankhorst-Hohorst, koje je u potpunosti, bilo u vlasništvu holandskog društva Lankhorst-Hohorst BV (a, ono je bilo u vlasništvu drugog holandskog društva-LTBV), je uzelo zajam od holandskog društva LTBV. Iz navedenog, proizlazi da su Lankhorst-Hohorst i LTBV povezana lica, a s obzirom na to, da je u Nemačkoj, u to vreme, na snazi bio propis, po kome je dopušteni odnos između pozajmljenog i sopstvenog kapitala bio 3:1, uzimanjem zajma od društva LTBV, taj odnos je bio narušen, te su se primenjivale odredbe o utanjenoj kapitalizaciji, koje su „višak" kamate kvalifikovale kao dividendu, jer je društvo-zajmodavac bilo nerezident. Evropski sud je ovo pravilo proglasio diskriminatornim, jer stavlja u različit pravni položaj rezidente i nerezidente. Sud je odbio prigovor da su pravila o utanjenoj kapitalizaciji neophodna da bi se zaštitila poreska osnovica, te da ovaj prigovor ne može „nadjačati" čl.43 Ugovora o osnivanju EU.

Sud je obrazložio svoju odluku ističući da Ugovor o osnivanju Evropske unije, predviđa da se diskriminatorna pravila, jedino, mogu opravdati postojanjem opšteg interesa, a gubitak, u ovom slučaju, poreskih prihoda u Nemačkoj, ne može se smatrati povredom opšteg interesa. Sem toga, posmatrano sa stanovišta Evropske unije, u navedenom primeru, nije ni došlo do gubitka poreskih prihoda na nivou Unije, jer, iako, s jedne strane, imamo gubitak poreskih prihoda u Nemačkoj, s druge strane, došlo je do povećanja poreskih prihoda u Holandiji. Naime, tržište Evropske unije se tretira kao jedinstveno tržište.

Presuda Evropskog suda pravde u slučaju *Lankhorst*-Hohorst imala je veliki uticaj na nacionalna pravila o utanjenoj kapitalizaciji određenog broja država članica. Tako, na primer, u Nemačkoj, je primena pravila o utanjenoj kapitalizaciji proširena i na situacije kada je društvo-zajmodavac rezident, u Španiji, odredbe o utanjenoj kapitalizaciji ne primenjuju se kada su strane, iz ugovora u zajmu, rezidenti bilo koje države članice i sl. Međutim, čini se da ovaj slučaj ne mora proizvesti značajne posledice

u zemljama u kojima se pravila o utanjenoj kapitalizaciji primenjuju i na „domaće" i na „inostrane" zajmove. [29]

Čini se, da je donošenjem Direktive o oporezivanju kamata i autorskih naknada, Savet EU, dao prećutnu saglasnost na različite manipulacije koje omogućava pretežno finansiranje putem zajmovnog kapitala. U cilju poštovanja načela zabrane diskriminacije i očuvanja jedinstvenog tržišta Unije, mnoge države će izgubiti deo svojih planiranih poreskih prihoda. U mnogim zemljama EU odredbe o utanjenoj kapitalizaciji neće se primenjivati, kada su učesnici transakcije, rezidenti bilo koje države članice, jer je svrha tih odredbi da se sačuvaju poreski prihodi, ali, kada se ima u vidu karakter Unije, na nivou Unije, cilj nije da se sačuvaju poreski prihodi u granicama pojedinih nacionalnih država, već u okviru Unije. Čini se, da će se pravo Unije razvijati u tom pravcu da će se odredbe o utanjenoj kapitalizaciji primenjivati, jedino, u situacijama kada su uključeni subjekti iz trećih država.

VI
Utanjena kapitalizacija u srpskom pozitivnom pravu

Izmenama sistema oporezivanja dobiti preduzeća, učinjenim pre nekoliko godina, srpski zakonodavac je prvi put dotakao fenomen utanjene kapitalizacije. Naime, u Zakonu o porezu na dobit korporacija iz 1991. godine, ova materija nije bila posebno regulisana. Ovakav stav, zakonodavac je zauzeo imajući u vidu neznatne razmere ovog fenomena, odnosno, imajući u vidu da ovaj fenomen nije proizvodio značajnije poreske implikacije u praksi. Stupanjem na snagu Zakona o porezu na dobit preduzeća 2001.godine, Srbija se priključila krugu zemalja koje imaju posebne odredbe o utanjenoj kapitalizaciji. Ovakvo rešenje je, svakako, u skladu sa savremenim trendom u oblasti oporezivanja, da se maksimalno suzi prostor za evaziju poreza.

Tretman kamata i dividendi

Za razliku od dividende, kamata, u srpskom pozitivnom pravu, načelno ima karakter odbitne stavke, prilikom utvrđivanja poreske osnovice poreza na dobit pravnih lica. Naime, na teret rashoda u poreskom bilansu, priznaju se ukupno obračunate kamate, izuzev kamata zbog neblagovremeno plaćenih poreza, doprinosa i drugih javnih dažbina.[30] Često se, u ci-

[29] V.: G. Green G., J: Levy, End of thin capitalization rules as we know them, 2003,International Tax Review, Vol.14, Issue 9. http://heinonline.org_HOL_PDF_handle= hein.journals_intaxr14&collection=journals&id=26&print=3&sectioncount=1&ext=.pdf (23.3.2010.)

[30] V. : st. 1. čl. 19. ZPDPL.

lju izbegavanja plaćanja poreza, uspostavlja takva struktura kapitala u kojoj je udeo sopstvenog kapitala znatno manji, u poređenju sa pozajmljenim kapitalom, koji se dobija uzimanjem kredita od *povezanog lica.* Često je u navedenoj transakciji prisutan, pored fenomena utanjene kapitalizacije, i *slučaj kredita sa obeležjem transferne cene*. Naime, kamatna stopa se ugovara u visini, koja znatno odstupa od tržišne, a sve u cilju što većeg erodiranja poreske osnovice i smanjenja poreskog opterećenja. Stoga je predviđeno da se u slučaju uzimanja kredita od povezanih lica, obračunata kamata umanjuje u skladu sa principom „van dohvata ruke".[31] Srpsko pozitivno pravo, sadrži i jednu važnu odredbu, koja nastoji da spreči poslovne manipulacije između stalne poslovne jedinice i njene nerezidentne centrale, a sve u cilju uticaja na iznos poreske obaveze. Naime, kamata i pripadajući troškovi po osnovu zajma odobrenog stalnoj poslovnoj jedinici od strane njene nerezidentne centrale, ne priznaju se kao rashod u poreskom bilansu stalne poslovne jedinice.[32] Međutim, ova odredba podstiče na poslovanje putem filijale, kao nezavisnog pravnog subjekta i, samim tim, stvara mogućnost odbitka kamate, koja se isplaćuje povezanom licu, od poreske osnovice. S druge strane, dividenda nema karakter odbitne stavke prilikom utvrđivanja poreske osnovice poreza na dobit pravnih lica. Do stupanja na snagu izmena i dopuna ZPDG, u martu 2010.godine, radi izbegavanja ekonomskog dvostrukog oporezivanja, bilo je prihvaćeno rešenje po kome oporezivi prihod od kapitala po osnovu dividendi, za rezidente Republike, čini 50% bruto dividendi. Dakle, bio je na snazi sistem delimične integracije, i to na nivou primaoca dividendi. Ovakvim rešenjem se omogućavalo delimično izbegavanje ekonomskog dvostrukog oporezivanja . Međutim, navedenim izmenama naša zemlja se priključila krugu zemalja koje usvajaju klasični (apsolutni)sistem poreza na dobit korporacija za koji je svojstveno dvostruko ekonomsko oporezivanje dividendi. Čini se, da se navedenim rešenjem stvara podsticaj za finansiranje putem zajmovnog kapitala.

Sprečavanje utanjene kapitalizacije

U nastojanju da spreči utanjenu kapitalizaciju, srpski zakonodavac se opredelio za propisivanje maksimalnog fiksnog odnosa između pozajmljenih i sopstvenih sredstava, uprkos shvatanju koje je dominiralo u teoriji, pre stupanja na snagu ZPDP, o primeni principa „van dohvata ruke", kao najbolje mere za sprečavanje utanjene kapitalizacije, imajući,

[31] V. : st. 2. čl. 19. ZPDPL.
[32] V. : st. 1. čl. 20. ZPDPL.

pre svega, u vidu fleksibilnost njegove primene u poređenju sa zakonskim propisivanjem maksimalnog fiksnog odnosa između pozajmljenih i sopstvenih sredstava. Srpski zakonodavac ne propisuje različiti fiksni odnos, u zavisnosti od toga da li se radi o povezanim ili nepovezanim licima, ali, s druge strane, ima u vidu posebnosti osnovne poslovne aktivnosti, te propisuje znatno veći maksimalni dopušteni odnos između pozajmljenih i vlastitih sredstava, kada je reč o bankama i drugim finansijskim organizacijama.

Naime, kod duga prema poveriocu sa statusom povezanog lica, poreskom obvezniku, izuzev banci, priznaje se kao rashod u poreskom bilansu iznos kamate i pripadajućih troškova na zajam, odnosno kredit do visine četvorostruke vrednosti obveznikovog sopstvenog kapitala. Za banke limit je desetostruki iznos obveznikovog sopstvenog kapitala. Sopstveni kapital, ZPDPL definiše kao razliku između aktive na osnovu koje obveznik ostvaruje prihod i dugova sa njom povezanih, s tim što su aktiva i dugovi uprosečeni za stanje na dan1. januara i 31.decembra tekuće godine.[33]

S obziroma na to da je za dividende i kamate, kao prihode od kapitala, predviđena ista stopa, u slučaju pretežnog finansiranja trgovačkog društva putem zajmovnog kapitala, ne dolazi do gubitka poreskih prihoda, kada su, i zajmodavac i zajmoprimac rezidenti Republike Srbije. Međutim, radi ostvarivanja određenih ciljeva ekonomske politike, ZPDPL ustanovljava određene poreske podsticaje koji stvaraju mogućnost evazije, pa i putem pretežnog finansiranja posredstvom zajmovnog kapitala. Pretpostavimo da preduzeće „ X“ kao matično društvo, osnuje društvo „Y“, kao društvo za radno osposobljavanje,profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje invalidnih lica. Potom društvo „X“ donosi odluku o promeni načina finansiranja, tako da iznos pozajmljenog znatno premašuje iznos sopstvenog kapitala, te zaključuje ugovor o zajmu sa društvom „Y“. Na ovaj način se ostvaruje značajna poreska ušteda, jer kamate imaju karakter odbitne stavke, a dobit se transferiše društvo koje će biti oslobođeno plaćanja poreza na dobit pravnih lica.

VII
Zaključna razmatranja

Jedno od najspornijih pitanja u oblasti međunarodnog poreskog prava, poslednjih godina, jeste i pitanje utanjene kapitalizacije. Poreske vlasti su postale svesne da se debt-equity ratio može koristiti kao efikasan mehanizam za smanjivanje poreske obaveze ne samo u nacionalnim okvirima, već i na mećunarodnom planu.

[33] V.: čl. 62 ZPDPL.

Imajući u vidu činjenicu da kamate, prilikom utvrđivanja poreske osnovice, imaju karakter odbitne stavke, a dividende nemaju, korporacije su zainteresovane da u strukturi svog kapitala imaju veće učešće pozajmljenih nego sopstvenih sredstava. Ukoliko, ipak sopstveni kapital dominira, često se pribegava svesnom prikazivanju sopstvenog kapitala kao pozajmljenog, u cilju smanjenja poreskog opterećenja. Osnovni mehanizam kojim se to postiže je uzimanje zajma od strane povezanog lica, s tim da se u ulozi zajmodavaca i zajmoprimca najčešće javljaju matična kompanija i njena filijala različite rezidentnosti.

Donošenje Direktive o oporezivanju kamata i autorskih nakanada i presuda u slučaju Lankhorst-Hohorst, ukazuju na to da organi Unije tolerišu utanjenu kapitalizaciju u Uniji, jer gubitak poreskih prihoda jedne zemlje članice, istovremeno, znači povećanje poreskih prihoda druge zemlje članice.

Iako se srpska naučna javnost pre stupanja na snagu Zakona o porezu na dobit preduzeća izjašnjavala u pravcu usvajanja principa "van dohvata ruke" kao mere za sprečavanje utanjene kapitalizacije, rukovođen opasnošću od subjektivizma i nedovoljnom obučenošću i stručnošću poreske administracije, srpski zakonodavac se opredelio za propisivanje maksimalnog dopuštenog odnosa između pozajmljenog i sopstvenog kapitala.

U prilog principu „van dohvata ruke" govori i činjenica da ovaj princip lakše može prepoznati da li je transakcija preduzeta u dobroj veri ili nije. Fleksibilnost je, svakako, jedna od ključnih prednosti ovog principa, ali o njegovom uvođenju u poreski sistem Srbije može se razmišljati tek kada se stvore odgovarajuće pretpostavke za to, u smislu stručne, efikasne i dobro obučene poreske administarcije koja će moći da se suoči sa izazovima koje sa sobom nosi primena ovog principa.

Cvjetana Cvjetković, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Thin Capitalization as an Instrument of Tax Avoidance

Abstract

The term thin capitalization refers to corporations that are financed primarily by debt capital as opposed to equity capital. Thin capitalization is a problem from a tax perspective because returns on equity capital are not deductible, while returns on debt capital are deductible to tax base of corporation tax. Even though taxation authorities realize that thin capitalization may be used as an instrument of tax minimization, there is no consensus on the taxation policy for avoiding thin capitalization. In many cases the European Court of Justice decided issue of thin capitalization. The European Court of Justice's decision in the case of Lankhorst-Hohorst almost certainly means that thin capitalization rules within the EU are ineffective. Serbian legislation on thin capitalization is built on the fixed-ratio approach, despite the recommendations of the OECD and the Serbian scientific community.

Key words: thin capitalization; debt capital; equity capital; the Case of Lankhorst-Hohorst;

Originalni naučni rad 242.71(497.113 Srem)„1899“

Uroš Stanković, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRIROĐENJA SREMACA U REGISTRIMA MINISTARSTVA UNUTRAŠNJIH DELA SRBIJE ZA 1899. GODINU

***Sažetak*:** *Iz finansijskih nedaća koje su ih zadesile u poslednjoj deceniji XIX veka mnogi žitelji Srema izlaze na kraj iseljavanjem iz Austro-Ugarske. Iseljenike je put često vodio u prostorno najbližu susednu zemlju, Kraljevinu Srbiju. Oni koji su uspeli da se snađu u novoj domovini želeli su da povezanost sa njom dobije i pravni izraz, odnosno da stupe u srpsko podanstvo (državljanstvo) putem prirođenja (naturalizacije). Kako je ova oblast skoro u potpunosti spadala u nadležnost Ministarstva unutrašnjih dela, u registrima tog ministarstva su beleženi svi podnesci na bilo koji način povezani sa prijemom u državljanstvo. Autorov cilj je da prikaže postupke prirođenja Sremaca zabeležene u registrima Ministarstva unutrašnjih dela za 1899. godinu i analizira njihovu usklađenost sa tadašnjim pozitivnim pravom.*

***Ključne reči*:** *Srem, Sremci, prirođenje, naturalizacija, podanstvo, državljanstvo, registri, Ministarstvo unutrašnjih dela Srbije, 1899. godina.*

I

U poslednjoj deceniji XIX i početkom XX veka ekonomske prilike u tadašnjem Sremu su bile relativno nepovoljne. Sremsku županiju je, kao prirodna posledica ubrzane industrijalizacije, zahvatilo intenzivno ekonomsko raslojavanje među stanovništvom. Ovaj proces najviše je pogodio niži, ali nije mimoišao ni srednji sloj stanovništva, koji su brzo „gubili materijalnu osnovu svoje egzistencije“[1] Domaća industrija koja je bila nedovoljno

[1] L. Rakić, *Iseljavanje iz Vojvodine krajem XIX i početkom XX veka*, *Zbornik za istoriju* 23 (1981), Novi Sad 1981, str. 149.

razvijena i sporo se razvijala, najčešće nije mogla da ponudi Sremcima rešenje za novonastale ekonomske probleme. Neki od njih su izlaz iz ove neugodne situacije morali da potraže u iseljavanju iz Austro-Ugarske. Iz podataka Ugarske državne statistike vidimo da je, uprkos visokom prirodnom priraštaju, rast stanovništva Srema u međupopisnom periodu 1890–1900 (9,4%), neuporedivo manji u odnosu na prethodno međupopisno razdoblje, 1880-1890 (16,9%).[2] Prema podacima Hrvatske državne statistike (Sremska županija je bila deo Kraljevine Hrvatske i Slavonije), Srem je u periodu između 1899. i 1913. godine napustilo 15560 lica, pri čemu se broj iseljenika iz godine u godinu uvećavao.[3] No kako je statistika beležila samo iseljenike bez dozvole, broj emigranata je svakako bio još veći i ne može se iskazati sasvim pouzdano.[4] Ovakav, krajnje nepovoljan migratorni saldo, uočili su mnogi autori, a pre svega S. Ćurčić.[5]

Jedna od najčešćih destinacija emigranata je bila tada susedna država, Kraljevina Srbija. Neki od Sremaca u Srbiji su se zadržali samo privremeno, ali je bilo i onih koji su se u novoj postojbini trajno nastanili. Čvrsto se vezavši za novu domovinu, Sremci su želeli da vezi daju i normativni izraz. On se ogledao u sticanju srpskog podanstva naturalizacijom. Za gotovo kompletnu proceduru koja se odnosila na prijem novih podanika bilo je nadležno Ministarstvo unutrašnjih dela, zbog čega je sasvim logično da su sve predstavke vezane za podanstvo beležene u registrima Ministarstva. Zabeleške su se javljale u vidu molbi za uverenje o budućem prirođenju, molbi za produženje važnosti tog uverenja ili pak molbi za naturalizaciju.

U registrima Ministarstva unutrašnjih dela za 1899. godinu zabeleženo je 7 „predmeta podanstva“ čiji su akteri Sremci.[6] Možemo ih podeliti na

---

[2] N. Gaćeša, *Demografski razvitak Vojvodine od početka XVIII veka do 1981. godine* u: *Radovi iz agrarne istorije i demografije*, Novi Sad 1995, str. 532.

[3] A. Radenić, *Položaj i borba seljaštva u Sremu od kraja XIX veka do 1914*, Beograd 1958, str. 143; V. Krestić, *Iz prošlosti Srema, Banata i Bačke*, Beograd 2003, str. 221.

[4] Vidi Rakić, *nav. delo*, str. 152-153; Radenić, *nav. delo*, str. 143-144. Treba napomenuti da je situacija u drugim delovima današnje Vojvodine – Banatu i Bačkoj, bila još nepovoljnija. Između 1890. i 1900. Srem beleži značajan porast broja stanovnika (sa 347022 na 379617, odnosno 10,8%), za razliku od Bačke (sa 697023 na 744252, odnosno 6,8%), a pogotovo Banata (sa 610609 na 632308, tj. samo 3,6%). *Ungarisches Statistisches Jahrbuch 1901 und 1914*, navedeno prema: Gaćeša, *nav. delo*, str. 532. S. Kicošev i D. Rađević objašnjavaju ovakvu demografsku statistiku Srema upravo „izostankom veće migracije kod njegovog stanovništva“. S. Kicošev, D. Rađević, *Populacioni razvoj Srema*, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* 102 (1997), Novi Sad 1997, str. 184.

[5] S. Ćurčić, *Promene broja i nacionalne strukture stanovnika u Sremu tokom XX veka*, *Zbornik radova Prirodno-matematičkog fakulteta* 3 (1973), Novi Sad 1973, str. 320.

[6] Sasvim je moguće da „sremskih“ predmeta podanstva ima i više. Naime, od ukupno 271 predmeta podanstva iz 1899. godine u Arhivu Srbije je sačuvano svega 52 (dakle, jedva petina!). Registri i protokoli Ministarstva unutrašnjih dela samo ponekad navode iz

sačuvane i nesačuvane. Sačuvanih ima pet, i to su postupci za prirođenje Terezije Miler, svršene učenice Više ženske škole u Beogradu rođene u Čereviću, Rumljanina Dušana Jankovića, učitelja pevanja i muzike u kragujevačkoj gimnaziji „Miloš Veliki", Miše Petrovića, kelnera iz Zemuna, svršenog bogoslova Mirka Stajića, čije nam je mesto rođenja nepoznato, i činovnika Železničke direkcije Koste Dimitrijevića, rodom iz Sremske Mitrovice.[7] Nesačuvanih je dva i, mada nam je njihov tok nepoznat, sa sigurnošću znamo da su se odigrali. Izvori zahvaljujući kojima možemo da se upoznamo sa molbom za prirođenje koju je podneo Vojin Nenadović iz Šida su prva knjiga registra i druga knjiga protokola Ministarstva unutrašnjih dela. Pored registra i protokola, o naturalizaciji lekara zaječarske opštine, Zemunca Dušana Petrovića, nas obaveštavaju Srpske novine, u kojima je objavljena vest da je ovaj Sremac postao srpski podanik.[8]

II

Šesnaestogodišnji postupak prijema Terezije Miler u srpsko podanstvo počeo je 1883. godine. Tada je njena majka, diplomirana babica Franciska Miler zatražila uverenje da će biti naturalizovana zajedno sa troje maloletne dece. Molba nije sačuvana, ali o njenom postojanju govori uverenje u čijem uvodu tadašnji ministar unutrašnjih dela Milutin Garašanin navodi kako je Milerova zatražila da zajedno sa maloletnom decom Avramom, Maksimom i Terezijom bude primljena u srpsko podanstvo, a u izreci kaže da ne postoje nikakve prepreke za prirođenja kada molilja podnese uredan otpust iz sadašnjeg državljanstva.[9] Treba napomenuti da

---

koje države potiče podnosilac podnesaka, a gotovo nikad mesto njegovog rođenja, pa se o tome moramo obavestiti posredno – uvidom u odluke o prirođenjima objavljivane u službenom listu, *Srpskim novinama*. Ipak, van domašaja našeg saznanja ostaju oni za koje znamo da su ugarski državljani a nisu prirođeni i među takvima bi se vrlo lako mogao naći još neki Sremac.

[7] Arhiv Srbije, *Ministarstvo unutrašnjih dela – policajno odeljenje* (u daljem tekstu: *MUD-PO*) IV/191 (1899), *Postupak prirođenja Terezije Miler*; *MUD-PO* VII/91 (1900), *Registar MUD-PO* II/1899, del. br. 18723, *Postupak prirođenja Dušana Jankovića*; *MUD-PO* VIII/6 (1899), *Postupak prirođenja Miše Petrovića*; *MUD-PO* IX/84 (1899), *Postupak prirođenja Mirka Stajića*; *MUD-PO* IX/184 (1899)*, Postupak prirođenja Koste Dimitrijevića.*

[8] *Registar MUD-PO* I/1899, del. br. 10563, *Protokol MUD-PO* III/1899, del. br. 10563, *Molba Vojina Nenadovića za prirođenje*; *Registar MUD-PO* II/1899, del. br. 18758; *Protokol MUD-PO* VI/1899, del. br. 18758, *Molba Dušana Petrovića za prirođenje*; *Srpske novine,* br. 292 od 29. decembra 1899.

[9] Arhiv Srbije, *MUD-PO* IV/191(1899), *Uverenje ministra unutrašnjih dela br. 8732 od 20. avgusta 1883.*

Franciska Miler nije imala aktivnu legitimaciju za podnošenje molbe. Naime, odredba člana 126 *Srpskog građanskog zakonika* (u daljem tekstu: SGZ, 1844) je izričito propisivala da maloletnu decu zastupa otac (u daljem tekstu ćemo videti da je on bio živ, primedba U. S). Za dodatno učvršćenje ovakvog stava predočićemo i član 6 SGZ, koji kaže da će se norme tog pravnog akta primenjivati i na strance koji sklapaju pravne poslove u Srbiji.[10]

Dobivši uverenje o budućem prirođenju, Milerova ga je prevela na nemački jezik, a zatim se radi dobijanja otpusta obratila Sremskoj županiji, sa sedištem u Vukovaru. Datum podnošenja molbe nije nam poznat (jer u izvorima ne postoji original, već samo overeni prevod na srpski jezik, primedba U. S), ali njena sadržina jeste. Franciska Miler požalila se Županiji da kao sirota, opterećena sitnom decom, nije mogla da ostane u mestu rođenja, jer tamo nije uspela da nađe posao koji bi joj omogućio da izdržava sebe i potomstvo. Da bi obezbedila sredstva za izdržavanje bila je primorana da pređe u Srbiju, u Beograd, i potraži zaposlenje kao babica. „Službu" je zaista i dobila, ali budući strankinja, ne za stalno. Zbog toga se obraća Županiji s molbom da poradi kod nadležne vlasti da joj na osnovu uverenja srpskog ministra unutrašnjih dela izda otpust iz ugarskog državljanstva, pošto bez njega ne može da postane srpska podanica. Moli da njen predmet bude što pre rešen, kako ona i deca kasnije ne bi pali na teret čerevićkoj opštini.

U odgovoru na molbu Županija je uputila molilju da u smislu člana 24 *Zakonskog članka L o sticanju i gubitku ugarskog državljanstva* (u daljem tekstu: Zakonski članak L, 1879) dokaže da je poslovno sposobna, da ne duguje ni državni ni opštinski porez i da se na teritoriji zemalja ugarske krune protiv nje ne vodi krivična istraga koja još nije okončana. Dobila je i objašnjenje kako će to učiniti - kao dokaz poslovne sposobnosti služiće uverenje nadležnog suda da je punoletna i ne stoji pod starateljstvom; potvrdu da nema neizmirena poreska dugovanja predstavljaće svedočanstvo opštinskog poglavarstva potkrepljeno rešenjem nadležnog poreskog ureda i, najzad, nepostojanje krivične istrage dokazaće posebna „svjedodžba" opštinskog poglavarstva. Još jedan segment molbe je nepotpun. Iz nje se vidi da molilja želi da se važnost otpusta proširi i na njenu maloletnu decu, te joj Županija napominje da u skladu sa tačkom 8 *Naredbe ugarske kraljevske vlade od 9. ja-*

[10] U XIX veku državljanstvo je smatrano za ugovorni odnos između države i pojedinca, pa su se norme koje su regulisale njegovo sticanje i gubljenje nalazile u građanskim zakonicima. Više o tome vidi: D. Milkov, *Upravno pravo II – upravna delatnost,* Novi Sad 2003, str. 283.

nuara 1881. godine priloži i krsne listove koji će potvrditi njihovo maloletstvo, zato što punoletnici mogu samostalno da traže raskid podaničke veze.[11]

Ne znamo kako se odvijao postupak prirođenja Terezije Miler između 1883. i 1889. godine, pošto u izvorima nema podataka o tome. Ali jedno je sigurno – njena majka nije uspela da u skladu sa članom 4 *Uredbe o srpskom prirođenju i otpuštenju Srba iz njihovog otačastva* (u daljem tekstu: Visočajna uredba, 1844) pribavi i podnese otpust u roku od godinu dana od dobijanja uverenja o budućem prirođenju. Stoga je saglasno Visočajnoj uredbi (čl. 4) bila prinuđena da nakon 6 godina ponovo zamoli za uverenje. Ni na ovaj dokument ne nailazimo u izvorima, ali dokaz njegovog postojanja je dopis Uprave grada Beograda ministru unutrašnjih dela, u kome mu šalje molbu Franciske Miler i preporučuje da iz razloga navedenih u izveštaju Kvarta dorćolskog od 19. septembra 1889. godine (koga u predmetu takođe nema, primedba U. S) ispuni želju molilje. Sadržina molbe se ne spominje, ali izgleda da je Uprava prenela ministru kako Milerova želi prijem u srpsko podanstvo. Do takvog zaključka dovode nas dva pismena - prvo je naredba izvesnog Đ. P. Radovanovića, načelnika u Ministarstvu unutrašnjih dela, Upravi grada Beograda da molilji skrene pažnju kako ne može da bude naturalizovana bez otpusta iz sadašnjeg državljanstva, a drugo pismo Franciske Miler adresirano na ministra unutrašnjih dela, u kome tvrdi da je Uprava njen podnesak pogrešno okvalifikovala kao molbu za prirođenje bez prethodnog podnošenja otpusta umesto kao molbu za uverenje o budućoj naturalizaciji i moli da se ta greška ispravi.[12]

Uz molbu Franciska Miler je predala i uverenje o vladanju. Sud opštine varoši Beograda predstavio je Milerovu vlastima kao babicu dobrog vladanja i primernog ponašanja, koja neće pasti na teret državi i opštini.[13] Ove informacije beogradskog suda molilji su u potpunosti omogućavali da dokaže svoje „imanije, stanje, zanimanje, kačestva i moralna svojstva“, što je od nje zahtevao član 3 Visočajne uredbe.

Po prijemu molbe tadašnji ministar unutrašnjih dela, radikalski prvak Kosta Taušanović, postupio je prema dogovoru koji je 1888. sklo-

[11] Arhiv Srbije, *MUD-PO* IV/191(1899), *Rešenje Sremske županije u Vukovaru No 10346 od 19. decembra 1884* (overeni prevod).

[12] Arhiv Srbije, *MUD-PO* IV/191 (1899), *Dopis Uprave grada Beograda ministru unutrašnjih dela br. 11541 od 2. oktobra 1889; Naredba načelnika Ministarstva unutrašnjih dela Đ. P. Radovanovića Upravi grada Beograda br. 14031 od 3. oktobra 1889; Pismo Franciske Miler ministru unutrašnjih dela od 7. oktobra 1889.*

[13] Arhiv Srbije, *MUD-PO* IV/191 (1899), *Uverenje Suda opštine varoši Beograda br. 11870 od 19. septembra 1899.*

pljen između njega i Državnog saveta o proceduri izdavanja uverenja, pa je pre konačnog odgovora na pitanje treba li ispuniti želju molilje upitao Savet ima li on šta da „primeti protivu toga".[14] U dopisu Savetu datiranom desetog, a poslatom 12. oktobra, upoznaje ovu ustanovu da je Franciska Miler beogradska babica rodom iz Čerevića u Austro-Ugarskoj i podanica iste države tražila da joj se izda uverenje da će zajedno sa troje maloletne dece biti primljena u srpsko državljanstvo i kako prema mišljenju Uprave grada Beograda za prirođenje ne postoje nikakve smetnje. Predsednik Saveta Đorđe Cenić je 13. oktobra odgovorio ministru kako institucija na čijem se čelu nalazi nema nikakve primedbe u vezi sa izdavanjem traženog dokumenta. Sada je ministar nesmetano mogao da odluči o molbi. To se dogodilo 16. oktobra; Franciski Miler je predočeno da će zajedno sa decom biti prirođena kada podnese uredan otpust iz sadašnjeg podanstva, uz napomenu da uverenje traje godinu dana.[15]

Milerovoj ni ovog puta nije pošlo za rukom da dobije i podnese otpust u zakonskom roku. Iz tog razloga je 1897. godine po treći put morala da moli za uverenje o budućem prijemu u srpsko podanstvo. Obrazlažući ponovnu molbu, kaže kako od 1889. godine bezuspešno pokušava da dobije otpust. Smatra da njena nastojanja nisu urodila plodom zbog „tušte dece". Ovaj put uverenje traži samo za sebe i maloletnu ćerku Tereziju, koja završava Višu žensku školu[16] (najverovatnije zbog toga što su ostala deca u međuvremenu postala punoletna). Pored molbe, podnosi i poresku

[14] Ministar unutrašnjih dela i Državni savet sporazumeli su se 1888. godine da se Savet kada su u pitanju vanredna prirođenja (ona gde molilac ne ispunjava uslov neprekidnog sedmogodišnjeg života u Srbiji, čl. 44 SGZ) izjašnjava već prilikom izdavanja uverenja o budućem prirođenju, a ne tek kod naturalizacije u užem smislu. Sporazum je bio iznuđen situacijom nastalom zbog primene člana 2, stav 4 *Trgovinskog ugovora sa Austro-Ugarskom* (1881), kojim je bilo propisano da austrijski i ugarski državljani neće biti primani u srpsko državljanstvo dok ne podnesu otpust iz austrijskog ili ugarskog, a otpust nisu mogli da dobiju bez uverenja srpskih vlasti o budućoj naturalizaciji. Vidi Arhiv Srbije, *MUD-PO* XXXVI/85 (1891), *Dopis Državnog saveta ministru unutrašnjih dela No 2350 od 5. septembra 1891*; G. Niketić, *Građanski zakonik Kraljevine Srbije,* Beograd 1909, str. 24-25.

[15] Arhiv Srbije, *MUD-PO* IV/191 (1899), *Dopis ministra unutrašnjih dela Državnom savetu No 14371 od 10. oktobra 1889*; *Dopis predsednika Državnog saveta ministru unutrašnjih dela No 2003 od 13. oktobra 1899*; *Uverenje minstra unutrašnjih dela No 14686 od 16. oktobra 1889*.

[16] Viša ženska škola osnovana je 1863. godine, *Zakonom ustrojstva više ženske škole u Beogradu* (u daljem tekstu: Zakon) radi „obrazovanja ženske mladeži u znanjima višim, nego što se u osnovnim školama uči, a naročito poradi pripreme odraslih devojaka za učiteljke osnovnih škola ženskih" (čl. 1 Zakona). Nakon osnivanja imala je tri razreda, koje su učenice morale da završe za jednu godinu (čl. 2 Zakona). Izmenom Zakona od 1866. broj razreda je najpre povećan na četiri, a *Zakonom o ustanovljenju petog razreda u višoj ženskoj školi* (1875) škola je dobila i peti.

knjižicu kao dokaz da uredno plaća porez. Ministar unutrašnjih dela Mika Kr. Đorđević[17] imao je razumevanja za situaciju u kojoj se molilja našla i produžio važnost uverenja za još godinu dana.[18]

Sa dobijanjem otpusta, što je za njenu majku posle 16 godina uzaludnih pokušaja postalo utopija, Terezija Miler je imala više sreće. Desetog januara 1899. godine Okružno načelstvo u Velikom Mezeriću (Češka) je na zahtev Leopolda Milera, s boravištem u Beogradu, izdalo uverenje da je njegova ćerka Terezija otpuštena iz austrijskog podanstva kako bi mogla da pređe u srpsko. O tome je Milerova 27. januara pisanim putem izvestila ministra unutrašnjih dela Jevrema Andonovića[19], ujedno ga moleći da bude prirođena. Molbi je pridodala i overeni prevod otpusta.[20] Protivnost ovako podnete molbe zakonskim propisima vidljiva je već na prvi pogled. Samo njeno podnošenje uopšte nije bilo moguće, jer je molilja otpust dobila na osnovu uverenja o budućem prirođenju čiji je rok istekao 1898. godine. Osim toga, ministru je očigledno promakla nesposobnost Milerove da samostalno izjavi pravno relevantnu volju, jer se punoletstvo sticalo sa navršenom 21 godinom (čl. 37 SGZ), a ona je u tom trenutku imala svega osamnaest. Uz sve to, molilja nije podnela uverenje nadležnog suda pomoću koga je trebalo da da podatke o zanimanju, vladanju i imovnom stanju.

Bez obzira na nepotpunost podneska, ministar nije tražio njegovu dopunu niti iskoristio diskreciono pravo koje mu je davao član 1 *Raspisa o postupku prirođenja* (u daljem tekstu: Raspis, 1860) – da nadležnom okružnom načelstvu (u ovom slučaju Upravi grada Beograda) naredi da sasluša molilju o tome kada i kako je prešla u Srbiju (da li s urednom put-

---

[17] Mihailo-Mika Kr. Đorđević (1850, Kragujevac – 1901, Pariz), pravnik i političar. Član Radikalne stranke od 1882. do 1895, kada je isključen zbog ulaska u vladu Nikole Hristića. Pripadao je oportunističkoj struji stranke (tzv. „dvorskim radikalima"), koja je zagovarala približavanje radikala Dvoru. Ministar pravde (1890-1891, 1894-1895), inostranih (1891-1892) i unutrašnjih dela (1896-1897). Poslanik Srbije u Parizu (1892-1893) i Bukureštu (1897-1899). Državni savetnik (1900).

[18] Arhiv Srbije, *MUD-PO* IV/191 (1899), *Molba Franciske Miler za uverenje o budućem prirođenju od 28. aprila 1897*; *Uverenje minstra unutrašnjih dela br. 9981 od 28. maja 1897*.

[19] Jevrem Andonović (1842, Jagodina – 1910, Beograd), pravnik i političar. Istaknuti član Liberalne stranke. Nakon rascepa u svojoj partiji (1894) predvodi njenu desnu struju, tzv. „nezavisne liberale", pristalice tesne saradnje s Dvorom. Sudija Apelacionog (1881-1887) i Kasacionog suda (1890-1894), ministar pravde (1894) i unutrašnjih dela (1897-1899) i državni savetnik (1903). O Jevremu Andonoviću vidi: Odrednica *Andonović Jevrem* (LJ. Krkljuš), *Srpski biografski rečnik I,* Novi Sad 2004, str. 151-152.

[20] Arhiv Srbije, *MUD-PO* IV/191 (1899), *Molba Franciske Miler za prijem u srpsko podanstvo od 27. januara 1899*; *Prevod uverenja o otpustu Terezije Miler iz austrijskog državljanstva No 14139 od 10. januara 1899*.

nom ispravom ili bez nje), da li je od prelaska granice neprekidno boravila u zemlji, je li produžavala važnost pasoša svoje države i da li ga sada ima, ima li još punoletnih članova njene porodice koji žele da postanu prirođeni Srbi i proveri kakav je molilja „ustalac" na poslu (drugim rečima, koliko je marljiva). Nema ni zahteva da se Uprava izjasni o podnetoj molbi (čl. 1 Raspisa).

Odluka o prirođenju Terezije Miler doneta je dva dana po prijemu njene molbe. Uverivši se da molilja ispunjava uslove za redovnu naturalizaciju, predviđene članom 44 SGZ – neprekidno živi u Srbiji više od 7 godina i podnela je otpust iz pređašnjeg državljanstva, ministar odlučuje da se Milerova uvede u krug srpskih podanika. Nakon prirođenja novoprimljenu državljanku je čekalo polaganje zakletve na srpsko podanstvo (čl. 5 Visočajne uredbe). Ta svečanost odigrala se 9. februara, po postupku predviđenom članom 2 Raspisa – u prisustvu jednog od članova Uprave grada Beograda i katoličkog sveštenika Jonasa Goldmana (koji je overio tekst zakletve). Milerova je obećala da će stupajući u srpsko sažiteljstvo kao i svi rođeni Srbi biti verna srpskom kralju, savesno se pridržavati Ustava, zakona i uredbi, tačno snositi i plaćati danak, dajanija i sva ostala zemaljska bremena i dobrovoljno ispunjavati sve dužnosti svojstvene srpskom sažitelju. Zapažamo da u tekstu nedostaje obećanje podanice da će slušati zemaljske vlasti i pokoravati im se (čl. 5 Visočajne uredbe). U skladu sa članom 3 Raspisa Uprava je ministra unutrašnjih dela o položenoj zakletvi obavestila već 9. februara, a Terezija Miler primila je „građanski dekret" (uverenje o državljanstvu, čl. 5 Visočajne uredbe) 21. februara.[21]

*
* *

Protivno više nego jasno formulisanoj normi Visočajne uredbe da stranci s prebivalištem u Srbiji molbe za prirođenje treba da podnose okružnim načelstvima mesta prebivališta, učitelj pevanja i muzike u kragujevačkoj gimnaziji „Miloš Veliki" Dušan Janković se radi dobijanja uverenja o budućoj naturalizaciji obratio neposredno ministru unutrašnjih dela. Tvrdi kako je iz svog mesta rođenja Rume u Austro-Ugarskoj pre osam godina prešao u Srbiju. Za uverenje moli zbog toga što namerava da

[21] Arhiv Srbije, *MUD-PO* IV/191 (1899), *Rešenje ministra unutrašnjih dela No 1929 od 29. januara 1899*; *Zakletva Terezije Miler na srpsko podanstvo od 9. februara 1899*; *Izveštaj Uprave grada Beograda ministru unutrašnjih dela No 3154 od 9. februara 1899*; *Revers o prijemu uverenja o državljanstvu od 21. februara 1899*.

ostane da živi u Srbiji. Tokom osam godina provedenih u ovoj zemlji izvršavao je sve građanske dužnosti. O njegovom vladanju i uredno izmirenim poreskim obavezama minstar može da se obavesti preko Načelstva Kragujevačkog okruga. Konstatuje da, pošto ima stalno zaposlenje kao učitelj pevanja i muzike u kragujevačkoj gimnaziji, neće nikom pasti na teret.[22]

Jankovićeva molba u Ministarstvo je pristigla takođe 3. jula. Za razliku od postupka prirođenja Tereze Miler, ministar Andonović je ovog puta našao za shodno da sazna nešto više o moliocu, pa je sekretar Ministarstva po njegovom nalogu uputio Načelstvu Kragujevačkog okruga dopis koji je sadržao naredbu da se od Dušana Jankovića zatraži podnošenje dokaza o plaćenom porezu. Nalaže se i da Janković bude saslušan o svemu što traži Raspis, a nakon toga njegovo saslušanje pošalje Ministarstvu, uz mišljenje Načelstva da li treba izdati uverenje.[23]

Pošto se molilac u tom trenutku nije nalazio u mestu prebivališta već u Šapcu, Kragujevačko načelstvo zamolilo je Načelstvo Podrinskog okruga da sasluša Jankovića u vezi sa dopisom ministra unutrašnjih dela od 3. jula, a potom pošalje zapisnik saslušanja u Kragujevac. Saslušanje je izvršeno 15. jula u Šapcu. Dušan Janković je kazao kako se iz poreske knjižice vidi da je platio porez, kako za ovu tako i sve prethodne godine. Ima 36 godina i nije oženjen. Podnosi uverenje o vladanju koje mu je izdala kragujevačka opština. Kao što vidimo, Podrinsko načelstvo nije u celosti odgovorilo na zahtev za ukazivanjem pravne pomoći; molilac nije saslušan o načinu na koji je prešao u Srbiju, stalnosti njegovog boravka u zemlji, putnoj ispravi, članovima porodice koji bi želeli da promene podanstvo i vrednoći. Zapisnik je upućen kragujevačkom načelstvu 16. jula, dan nakon saslušanja.[24]

Prirodno je da ovakva sadržina primljenog zapisnika nije ni izbliza zadovoljila Kragujevačko načelstvo. Stoga je šabačkim kolegama 19. jula poslalo novi dopis, kojim obaveštava da nije dobilo priloge pomenute u molioćevom saslušanju i moli da oni budu poslati. Istovremeno traži da se Janković upita da li je u Srbiju prešao urednim pasošem svoje zemlje i svemu ostalom što se navodi u Raspisu. Podrinsko načelstvo po drugi put

---

[22] Arhiv Srbije, *MUD-PO* VII/91 (1900)*, Molba Dušana Jankovića za uverenje o budućem prirođenju od 3. jula 1898*.

[23] Arhiv Srbije, *MUD-PO* VII/91 (1900), *Dopis Ministarstva unutrašnjih dela Načelstvu Kragujevačkog okruga No 15102 od 3. jula 1898*.

[24] Arhiv Srbije, *MUD-PO* VII/91 (1900), *Dopis Načelstva Kragujevačkog okruga Načelstvu Podrinskog okruga No 11958 od 6. jula 1898*; *Saslušanje Dušana Jankovića u Načelstvu Podrinskog okruga od 15. jula 1898*; *Dopis Načelstva Podrinskog okruga Načelstvu Kragujevačkog okruga No 11368 od 16. jula 1898*.

je saslušalo Dušana Jankovića 27. jula, mnogo detaljnije nego 12 dana ranije. Na postavljena pitanja molilac je dao sledeće odogovore: u Srbiju je došao 1889. godine i u njoj stalno boravio, a u Austro-Ugarsku je za to vreme otišao svega nekoliko puta, i to tokom školskih raspusta; granicu je prešao validnim pasošem, čiju važnost nije produžio jer za tim nije imao potrebu; austrijsku putnu ispravu sada nema, pošto ju je bacio; od porodice ima majku i sestru, ali one neće da pređu u srpsko podanstvo; u Austro-Ugarskoj ima kuću vrednu 15000 dinara, ali je ona majčina, dok u novoj domovini nema ništa osim plate. Sem uverenja kragujevačke opštine o vladanju i poreske knjige, podnosi i uverenje direktora svoje gimnazije o ustalaštvu. Nasuprot prvom, drugo saslušanje je obuhvatalo sve elemente predviđene članom 1 Raspisa.[25]

Izvršivši saslušanje, Podrinsko načelstvo poslalo je 27. jula zapisnik i propratnu dokumentaciju kragujevačkom, s napomenom da će uverenje o vrednoći molilac naknadno dobiti od direktora svoje gimanzije, kome je pisao tog dana. Sve dobijene akte Načelstvo Kragujevačkog okruga je 31. jula prosledilo ministru unutrašnjih dela zajedno sa beleškama o Jankovićevim ličnim podacima – uverenjima o vladanju i vrednoći. Sud opštine grada Kragujevca okarakterisao je vladanje Dušana Jankovića kao dobro i dodao da se molilac za dobrog smatra i u kragujevačkom građanstvu, ali nije dao infomacije o njegovom imovnom stanju. Potvrdivši da je molilac njen zaposleni, kragujevačka gimnazija dala je ocenu njegovog vladanja identičnu onoj iz uverenja kragujevačkog suda. Razume se da je zbog ovakvih svojstava Janković dobio i pozitivnu preporuku Načelstva, koje je sugerisalo ministru da ispuni moliočevu želju. Ministar Andonović je poslušao sugestiju i 7. avgusta izdao Rumljaninu uverenje o budućem prirođenju.[26]

Iako je Kraljevska kotarska oblast u Rumi dobila Jankovićev zahtev za otpustom iz ugarskog državljanstva 11. oktobra, povodom njega u narednih nekoliko meseci nije preduzela ništa. Njeno nečinjenje prinudilo je Rumljanina da 11. avgusta 1899. godine pisanom izjavom zamoli ministra unutrašnjih dela da mu ponovo izda uverenje o budućem prirođenju. Ponovnu molbu objasnio je nepostupanjem rumske kotarske oblasti, kojoj se u cilju dobijanja otpusta obratio još prošle godine. Đorđe Genčić, koji

[25] Arhiv Srbije, *MUD-PO* VII/91 (1900), *Dopis Načelstva Kragujevačkog okruga Načelstvu Podrinskog okruga br. 12430 od 19. jula 1898*; *Saslušanje Dušana Jankovića u Načelstvu Podrinskog okruga od 27. jula 1898*.

[26] Arhiv Srbije, *MUD-PO* VII/91 (1900), *Dopis Načelstva Podrinskog okruga Načelstvu Kragujevačkog okruga od 27. jula 1898*; *Dopis Načelstva Kragujevačkog okruga Ministru unutrašnjih dela br. 13061 od 31. jula 1898*; *Rešenje ministra unutrašnjih dela No 16793 od 7. avgusta 1898*.

je na mestu ministra nasledio Jevrema Andonovića 31. jula 1899, izašao je u susret moliocu i 13. avgusta produžio važnost uverenja izdatog prošle godine.[27]

S ponovljenim zahtevom za raskid državljanske veze s Ugarskom Dušan Janković je imao više sreće. Kraljevska županijska oblast u Vukovaru je 10. septembra 1899. godine poslala njegov prošlogodišnji podnesak Odseku za unutrašnje poslove hrvatsko-slavonsko-dalmatinske vlade, koji ga je 7. januara 1900 otpustio iz podanstva. Time je Jankoviću otvoren put ka podnošenju molbe za prirođenje. On se potrudio da ovakav razvoj situacije brzo iskoristi, pa je 16. januara napisao molbu i zajedno s otpustom je uputio ministru unutrašnjih dela. Međutim, podneti otpust nije bio overen, pa je Ministarstvo unutrašnjih dela 17. januara obavestilo Načelstvo Kragujevačkog okruga da molioca upozori kako taj dokument treba da overi u austrougarskom konzulatu u Beogradu. Načelstvo je ovu primedbu predočilo Jankoviću 19. januara. Ne znamo tačan datum kada je molilac ispravio nedostatak svog podneska, ali se to u svakom slučaju moralo dogoditi pre 6. februara, jer je tada naturalizovan rešenjem zastupnika ministra unutrašnjih dela Andre Đorđevića. Čin zakletve na podanstvo obavio je 28. februara kragujevački protojerej Miloje Barjaktarović[28], o čemu je Načelstvo istog dana izvestilo ministra unutrašnjih dela. Uverenje o državljanstvu došlo je u Jankovićeve ruke 18. marta.[29]

*
* *

[27] Arhiv Srbije, *MUD-PO* VII/91 (1900), *Molba Dušana Jankovića za uverenje o budućem prirođenju od 11. avgusta 1899*; *Rešenje ministra unutrašnjih dela br. 18723 od 13. avgusta 1899*.

[28] Prota Miloje Barjaktarović (1830, Jovanovac – 1903, Kragujevac), jedan od najistaknutijih radikala u kragujevačkom kraju. Predsednik mesnog i okružnog odbora Radikalne stranke u Kragujevcu i član njenog Glavnog odbora. Jedan od organizatora manifestacije „Crveno barjače", kada je na zgradu kragujevačke topolivnice istaknuta crvena zastava sa natpisom „Samouprava" (1876). Poslanik u velikim narodnim skupštinama 1877. i 1888, vanrednim skupštinskom sazivima za 1889. i 1890. i redovnom zasedanju 1893-1895. O proti Barjaktareviću vidi: Odrednica *Barjaktarović Miloje* (I. Komnenović), *Srpski biografski rečnik I,* Novi Sad 2004, str. 427.

[29] Arhiv Srbije, *MUD-PO* VII/91 (1900), *Odpust Dušana Jankovića iz ugarskog podanstva br. 58 od 7. siečnja 1900*; *Molba Dušana Jankovića za prirođenje od 16. januara 1900*; *Dopis Ministarstva unutrašnjih dela Načelstvu Kragujevačkog okruga od 17. januara 1900*; *Beleška o saopštenju primedbe Ministarstva unutrašnjih dela Dušanu Jankoviću od 19. januara 1900*; *Rešenje zastupnika ministra unutrašnjih dela br. 2433 od 6. februara 1900*; *Zakletva Dušana Jankovića na srpsko podanstvo od 28. februara 1900*; *Izveštaj Načelstva Kragujevačkog okruga ministru unutrašnjih dela br. 2848 od 28. februara 1900*.

Kelner beogradske kafane „Slavija“ Miša Petrović svoju molbu za uverenje o budućem prirođenju podneo je Upravi grada Beograda. Na početku molbe upoznaje Upravu s ličnim podacima – rodom je iz Zemuna u Austro-Ugarskoj, austrougarski podanik, star 46 godina, oženjen i otac jednog deteta. Supruga se zove Efemija, a ćerka Vasilija; Vasilija je stara 17 godina. U Srbiju je prvi put došao 1876. godine, i to za stalno; u Austro–Ugarsku se više nije vraćao. Od dolaska u Srbiju radio je kao kelner i plaćao porez na prihod koji je ostvarivao od zarade. Prelazio je u Austro-Ugarsku s austrijskim pasošem do pre godinu dana, kada njegovi odlasci u tu državu prestaju. Putnu ispravu je izgubio, a novu nije izvadio. Namerava i dalje da ostane u Srbiji, zbog čega uz molbu prilaže poresku knjižicu i uverenje opštinskog suda o vladanju i moli Upravu da od nadležnog organa izdejstvuje izdavanje uverenja da će zajedno sa suprugom i ćerkom biti naturalizovan kada podnese uredan otpust iz sadašnjeg podanstva. U skladu sa članom 1 Raspisa, o molbi se izjasnila i Efemija Petrović, koja se u svemu složila sa onim što je njen suprug izložio.[30] Mada molba nije govorila ništa o vrednoći molioca i godinama njegove supruge, Uprava nije upozorila Petrovića da dopuni podnesak.

U uverenju od 14. avgusta 1898. godine Sud opštine grada Beograda navodi kako je na osnovu prikupljenih dokaza ustanovio da je kelner Miša Petrović dobrog vladanja, stalno nastanjen u Srbiji od pre 22 godine i srednjeg imovnog stanja.[31] Obim podataka potpuno je udovoljavao zahtevima Visočajne uredbe.

Veličina srpske prestonice je bila tolika da Upravi nije mogao biti poznat svaki njen stanovnik, pa se u cilju prikupljanja informacija koje bi joj bili od pomoći pri formiranju mišljenja o moliocu 2. septembra obratila Kvartu vračarskom, na čijoj teritoriji je Petrović živeo i radio. Kvart je preporučio Upravi da podnosilac molbe i njegova supruga budu naturalizovani, jer svojim vladanjem to zaslužuju. Polazeći od te preporuke Uprava je 22. septembra Ministarstvu unutrašnjih dela uputila Petrovićevu molbu, s mišljenjem da bi na nju trebalo pozitivno odgovoriti. Ni posle

[30] Arhiv Srbije, *MUD-PO* VIII/6 (1899), *Molba Miše Petrovića za uverenje o budućem prirođenju od 2. septembra 1899*. Ovde ostavljamo po strani pitanje da li je član 1 Raspisa o izjašnjavanju supruge o prijemu u srpsko podanstvo bio u saglasnosti sa odredbom SGZ (čl. 48) da će strankinja udata za srpskog podanika bez procedure prijema postati srpska podanica ako njena država isto pravo daje srpskoj podanici udatoj za stranca. U prilog stavu o neusaglašenosti ta dva propisa govorilo bi i mišljenje Kasacionog suda od 23. marta 1883. da austrijske podanice prelaze u srpsko državljanstvo činom udaje za srpskog podanika, jer tako postupa i Austro-Ugarska sa srpskim državljankama. Vidi: Niketić, *nav. delo,* str. 33.

[31] Arhiv Srbije, *MUD-PO* VIII/6 (1899), *Uverenje Suda opštine beogradske br. 2312 od 14. avgusta 1898.*

slanja molbe u Ministarstvo nije rasvetljeno kakav je molilac ustalac. Ipak, ostali podaci o njemu su za ministra bili dovoljni da izda uverenje o budućoj naturalizaciji.[32]

Da bi mogao da dobije otpust iz ugarskog državljanstva Petrović je u skladu sa članom 24 Zakonskog članka L u zemunskom gradskom poglavarstvu izvadio uverenja da je poslovno sposoban, ne duguje porez i ne stoji pod krivičnom istragom. Te potvrde i molbu za otpust iz podanstva predao je Poglavarstvu, koje je primljeni materijal poslalo Odeljenju za unutrašnje poslove hrvatske vlade. Hrvatska vlast otpustila je Mišu, Efemiju i Vasiliju Petrović iz podanstva 29. januara 1899. godine.[33]

Kako je dobijanjem otpusta kelner „Grčke kraljice" Miša Petrović ispunio sve uslove za redovnu naturalizaciju, po drugi put se uputio u Upravu grada Beograda i podneo joj molbu za priroćenje. Navodi kako mu je uverenjem ministra unutrašnjih dela od 24. septembra prošle godine garantovano da će biti naturalizovan kada bude podneo uredan otpust iz dosadašnjeg državljanstva. Oslanjajući se na tu garanciju, on je tražio i dobio otpust, koga sada prilaže zajedno sa tri svedočanstva Gradskog poglavarstva u Zemunu. Osim tih dokumenata, podnosi na uvid i uverenje ministra unutrašnjih dela o budućem priroćenju i poresku knjižicu. Moli Upravu da utiče na nadležni organ da ga primi u srpsko podanstvo zajedno sa ženom Femom i maloletnom ćerkom Vasilijom. Petrovićeva supruga i ovog puta se saglasila sa molbom.[34]

Uprava grada Beograda je 16. februara poslala molbu Kvartu varoškom i zamolila ga za mišljenje o Petroviću. S obzirom na to da je ustaljena praksa u postupcima naturalizacije bila da se Načelstvo o ličnosti molioca obavesti jedanput, i to već prilikom podnošenja molbe za uverenje o budućem priroćenju (baš kao što je i Uprava učinila u Petrovićevom slučaju, primedba U. S), ovakav postupak Uprave je suvišan. Bilo kako bilo, Kvart je sutradan odgovorio da mu je podnosilac molbe poznat kao kelner boljih lokala sa njegove teritorije i stoga stoji na stanovištu da zaslužuje priroćenje. Pošto joj je Kvart vratio spise predmeta, Uprava ih je

---

[32] Arhiv Srbije, *MUD-PO* VIII/6 (1899), *Dopis Uprave grada Beograda Kvartu vračarskom No 20720 od 2. septembra 1898*; *Dopis Kvarta vračarskog Upravi grada Beograda No 9887 od 4. septembra 1898*; *Dopis Uprave grada Beograda ministru unutrašnjih dela No 22528 od 22. septembra 1899*; *Rešenje ministra unutrašnjih dela No 20535 od 24. septembra 1899*.

[33] Arhiv Srbije, *MUD-PO* VIII/6 (1899), *Svjedočbe Gradskog poglavarstva u Zemunu broj 14200 od 6. decembra 1898*; *Svjedočba Gradskog poglavarstva u Zemunu broj 15209 od 20. decembra 1898*; *Odpust Mihaila Petrovića iz ugarskog državljanstva br. 6583 od 29. siečnja 1899*.

[34] Arhiv Srbije, *MUD-PO* VIII/6 (1899), *Molba Miše Petrovića za priroćenje od 16. februara 1899*.

prosledila Ministarstvu unutrašnjih dela uz sugestiju da Petrović bude primljen u podanstvo.[35]

Molba Mihaila Petrovića bila je predmet odlučivanja ministra unutrašnjih dela Jevrema Andonovića 21. marta 1899. godine. Oba uslova za prirođenje iz SGZ bila su ispunjena, pa se rešenje o prirođenju molioca nametalo samo po sebi. Zakletvu na podanstvo Petrović je položio 29. marta 1899. godine pred jednim od članova Uprave grada Beograda i beogradskim protom Novicom Lazarevićem. Poput situacije viđene prilikom zaklinjanja Terezije Miler, ni Petrović se nije zakleo na poslušnost zemaljskim vlastima. Posle okončanja ceremonije Uprava je izvršila obavezu izveštavanja ministra o polaganju zakletve. Revers kojim priznaje da je primio uverenje o državljanstvu Miša Petrović je potpisao 5. aprila.[36]

*
* *

Mirko Stajić, svršeni bogoslov, je svoju molbu za prijem u podanstvo u suprotnosti sa članom 3 Visočajne uredbe uputio direktno ministru unutrašnjih dela. Molilac kaže kako ministar iz priloženog uverenja može da vidi kako on u Srbiji boravi 18 godina i da je za sve to vreme bio dobrog vladanja. Rođen je u Sremu, u Austro-Ugarskoj, a želi da stupi u srpsko podanstvo jer nema nameru da se vraća u državu rođenja. Ministra moli da ga kao dosadašnjeg srpskog štićenika, u skladu sa članom 7 *Uredbe o zaštiti begunaca* (1860), „izuzetno od § 44 Srpskog građanskog zakonika primi u srpsko podanstvo“[37], kako bi mogao da se javi ministru vojnom radi odsluženja vojne obaveze u stalnom kadru. Pravda se da ne može da dobije otpust iz sadašnjeg državljanstva zato što je u otadžbini zbog neodazivanja na poziv austrougarske Regrutne komisije oglašen za vojnog begunca. Ove, 1899. godine, tražio je od VI pukovske komande da ga regrutuje za stalni kadar, ali mu je ona skrenula pažnju da najpre

[35] Arhiv Srbije, *MUD-PO* VIII/6 (1899), *Dopis Uprave grada Beograda Kvartu varoškom No 3906 od 16. februara 1899*; *Dopis Kvarta varoškog Upravi grada Beograda br. 1676 od 17. februara 1899*; *Dopis Uprave grada Beograda ministru unutrašnjih dela No 6655 od 17. marta 1899*.

[36] Arhiv Srbije, *MUD-PO* VIII/6 (1899), *Rešenje ministra unutrašnjih dela No 6475 od 21. septembra 1899*; *Zakletva Miše Petrovića na srpsko podanstvo od 29. marta 1899*; *Dopis Uprave grada Beograda br. 7520 od 1. aprila 1899*; *Revers o prijemu srpskog podanstva od 5. aprila 1899*.

[37] Ta uredba, svojesvrstan propis o azilu, dopuštala je strancu koji iz svoje zemlje prebegne na teritoriju Srbije da posle 7 godina boravka na njoj položi zakletvu na srpsko podanstvo bez podnošenja urednog otpusta iz dotadašnjeg državljanstva (podvukao U. S).

zamoli ministra unutrašnjih dela za prirođenje. Sada je punoletan i ima pravo samoopredeljenja. Moli da mu se odgovor na molbu saopšti preko Načelstva Podrinskog okruga. Učtivo poziva ministra da ga naturalizuje, jer mu je „nemoguće u Austro-Ugarsku vraćati se".[38]

Uverenje koje molilac u pismu spominje izdao je 14. aprila 1899. godine Sud opštine šabačke. Sud je, razmotrivši prikupljene dokaze, utvrdio da svršeni bogoslov Mirko Stajić od pre 18 godina živi u Srbiji, da je u Šapcu završio osnovnu školu i gimnaziju, a u Beogradu bogosloviju, dobrog je vladanja i primerno se ponaša[39]. O Stajićevom imovnom stanju se, međutim, ne izjašnjava.

Premda Stajićeva molba nije sadržala gotovo nijedan od elemenata propisanih Raspisom, ministar nije ocenio celishodnim da je vrati Načelstvu Podrinskog okruga radi saslušanja molioca o preostalim neophodnim podacima, nego je odmah prešao na donošenje odluke o njoj. Želja Mirka Stajića da stupi u srpsko državljanstvo nije se ostvarila. U dopisu Ministarstva unutrašnjih dela Načelstvu Podrinskog okruga od 17. aprila 1899. navedeno je da molilac prema rešenju ministra unutrašnjih dela broj 20651 izdatom 25. septembra 1898. ne može da bude prirođen bez podnošenja urednog otpusta. Podnosiočevoj tvrdnji da je u Srbiji dugo nastanjen ne može se pridati značaj zato što je „podržavao vezu podanstva sa Austro-Ugarskom", što dokazuje uverenje konzularne agencije u Šapcu broj 1141 od 17. avgusta 1898. da je on austrougarski vojni begunac.[40] Član 7 Uredbe o zaštiti begunaca, koji je predviđao da zaštićenik može biti prirođen i bez podnošenja otpusta, i nesporna činjenica da to što je neko u sopstvenoj zemlji oglašen dezerterom pre govori o neodržavanju nego o održavanju državljanske veze mogu da nas dovedu u dilemu da li je odluka doneta u ovom postupku prirođenja zakonita. Ali ako se ponovo osvrnemo na uverenje šabačkog suda videćemo da se Stajić školovao u Srbiji, što bi značilo da je u nju prešao još kao dete a ne posle oglašavanja za vojnog begunca, pa o primeni normi o povlašćenom sticanju podanstva nema ni govora. Tako dolazimo do zaključka da je rešenje ipak bilo zakonski utemeljeno. Ali njegova saglasnost sa zakonskim propisima ne može da nas odvrati od utiska da ministar u ovom primeru nije pokazao zavidno poznavanje propisa o prijemu u državljanstvo, jer se obrazloženje odbijanja molbe protivi i pravu i logici.

---

[38] Arhiv Srbije, *MUD-PO* IX/84 (1899), *Molba svršenog bogoslova Mirka Stajića za prirođenje od 15. aprila 1899.*

[39] Arhiv Srbije, *MUD-PO* IX/84 (1899), *Uvera Suda opštine šabačke No 5306 od 14. aprila 1899.*

[40] Arhiv Srbije, *MUD-PO* IX/84 (1899), *Dopis ministarstva unutrašnjih dela Načelstvu Podrinskog okruga No 9073 od 17. aprila 1899.*

Načelstvo je sadržinu rešenja prosledilo Sudu opštinske šabačke. Tu je Stajiću saopšten negativan odgovor na molbu.[41]

*
* *

Mitrovčanin Kosta Dimitrijević, zaposlen kao činovnik u Železničkoj direkciji, zamolio je Upravu grada Beograda 6. septembra 1899. godine da „izradi" da mu se izda uverenje o budućem prirođenju kada podnese otpust iz austrougarskog podanstva (moločeva greška, pošto su u skladu sa prirodom zajednice između Austrije i Ugarske postojali austrijsko i ugarsko podanstvo, kao što smo mogli da vidimo u postupku prirođenja Terezije Miler, primedba U. S). U nastavku podneska saznajemo nešto više o moliocu. Rođen je 20. novembra 1834. godine u Sremskoj Mitrovici, u Beograd je prešao 23. avgusta 1889. godine sa suprugom i dvoje dece, srednjeg je imovnog stanja, već 10 godina radi u državnoj službi i stanuje u Dušanovoj ulici broj 4. Istinitost ovih navoda potkrepljuje priloženim uverenjem Suda opštine grada Beograda br. 2347 od 31. avgusta 1899. godine i poreskom knjižicom broj 019249, za koju moli da mu se nakon uviđaja vrati radi dalje upotrebe. Dimitrijevićevu molbu usvojila je njegova žena Julka.[42] Podnesak je bez sumnje bio nepotpun – molilac nije napisao na koji način je došao u Srbiju, da li je eventualno u međuvremenu odlazio iz nje i gde, a nema ni izjašnjavanja dvoje punoletnih članova porodice o prirođenju.

Beogradski opštinski sud je uverenjem od 31. avgusta potvrdio da je Kosta Dimitrijević činovnik Železničke direkcije, dobrog vladanja i ponašanja, s boravištem u Beogradu od pre 11 godina i srednje imućan[43], tako da se možemo uveriti o svim svojstvima molioca navedenim u Visočajnoj uredbi.

Uprava je molbu 7. septembra uputila na mišljenje Kvartu dorćolskom. Pošto ni Kvart nije raspolagao nikakvim informacijama o moliocu, 11. septembra ga je doveo na saslušanje. Dimitrijević je istakao kako želi da bude naturalizovan zajedno sa suprugom Julkom i ćerkom Olgom, koja ima 22 godine. Ima još jedno dete, punoletnog sina Vladana, ali će on

[41] Arhiv Srbije, *MUD-PO* IX/84 (1899), *Dopis Načelstva Podrinskog okruga Sudu opštine šabačke No 6389 od 21. aprila 1899*; *Beleška Suda opštine šabačke o saopštenju rešenja ministra unutrašnjih dela Mirku Stajiću No 5463 od 21. aprila 1899.*

[42] Arhiv Srbije, *MUD-PO* IX/84 (1899), *Molba Koste Dimitrijevića za uverenje o budućem prirođenju od 6. septembra 1899.*

[43] Arhiv Srbije, *MUD-PO* IX/84 (1899), *Uverenje Suda opštine varoši Beograda br. 2347 od 31. avgusta 1899.*

sam zatražiti prijem u podanstvo.[44] Zaposlen je u Železničkoj direkciji već 10 godina i ima mesečnu platu od 200 dinara. Saslušani su i Dimitrijevićevi supruga i ćerka i obe su po pitanju prirođenja zauzele isti stav kao suprug, odnosno otac. Način na koji je molilac s porodicom prešao granicu i trajnost njegovog boravka u Srbiji ostali su nerasvetljeni i posle saslušanja. To ipak nije omelo Kvart da stane na stanovište da Dimitrijević treba da bude primljen u srpsko podanstvo jer je poreska knjižica svedok da je redovno izmirivao poreske obaveze, a uverenje beogradskog opštinskog suda potvrđuje da je dobrog vladanja i ponašanja i srednjeg imovnog stanja. Četrnaestog septembra Uprava je molbu poslala ministru unutrašnjih dela, sa pozitivnom preporukom. Odsustvo nekih podataka o moliocu nije zasmetalo ni ministru Genčiću, pa je 17. septembra izdao traženo uverenje.[45]

Ne želeći da zbog proteka roka validnosti uverenja oduži prirođenje, Kosta Dimitrijević trudio se da na vreme dobije otpust. Njegov trud bio je krunisan uspehom – rešenjem Kraljevsko-ugarskog Ministarstva unutrašnjih dela 30. decembra je otpušten iz podanstva zajedno sa suprgom Julkom, rođenom Marinović, i maloletnom ćerkom Olgom.[46] Nakon toga naturalizacija je mogla da se nastavi. Na osnovu dobijenog otpusta Kosta Dimitrijević zamolio je 5. februara 1900. ministra unutrašnjih dela da ga primi u srpsko podanstvo. Već sledećeg dana zastupnik ministra unutrašnjih dela Andra Đorđević je pozitivno odgovorio na molbu, tako da je činovnik Železničke direkcije postao još jedan u nizu prirođenih Srba. Za razliku od prijema u podanstvo, koji se odlikovao velikom ekspeditivnošću, procedura koja se nadovezuje na naturalizaciju tekla je znatno sporije. Naime, zakletvu čija se sadržina podudarala sa onom iz člana 5 Visočajne uredbe, Kosta Dimitrijević je položio tek 27. februara, uz prisustvo Raspisom određenih službenih lica. Izveštaj o tome Uprava je poslala mi-

[44] U arhivskom fondu Ministarstva unutrašnjih dela za 1899. godinu čuva se i postupak prirođenja izvesnog Vladana Dimitrijevića, takođe činovnika Železničke direkcije, rodom iz Pančeva. Arhiv Srbije, *Registar MUD-PO* II/1899, del. br. 21537; *MUD-PO* XX/178 (1900). Iz uverenja ugarskog ministarstva unutrašnjih dela o otpustu Koste Dimitrijevića vidi se da je Pančevo bilo njegovo poslednje prebivalište u Ugarskoj. Poklapanje mesta prebivališta starijeg Dimitrijevića sa mestom rođenja mlađeg i činjenica da su obavljali isti posao prilično su uverljivi argumenti da se radi o ocu i sinu.

[45] Arhiv Srbije, *MUD-PO* IX/84 (1899), *Dopis Uprave grada Beograda Kvartu dorćolskom No 21943 od 7. septembra 1899*; *Saslušanje Koste, Julke i Olge Dimitrijević u Kvartu dorćolskom No 5582 od 11. septembra 1899*; *Dopis Uprave grada Beograda ministru unutrašnjih dela No 22524 od 14. septembra 1899*; *Uverenje ministra unutrašnjih dela No 20853 od 17. septembra 1899*.

[46] Arhiv Srbije, *MUD-PO* IX/84 (1899), *Otpust Konstantina, Julke i Olge Dimitrijević iz ugarskog državljanstva broj 126619 od 30. decembra 1899* (overeni prevod).

nistru 28. februara, dok je uverenje o podanstvu predato novom podaniku 9. aprila.[47]

III

Prirođenja Vojina Nenadovića i Dušana Petrovića nisu se razlikovala od prethodnih pet samo po tome što nisu sačuvana, već i po toku naturalizacije. To su ujedno i jedine dve dodirne tačke između dva postupka, jer su i između njih postojale razlike u proceduri prijema u podanstvo i, naročito, ishoda.

Sudeći prema trećoj knjizi protokola, Vojin Nenadović iz Šida je „ponovo" zamolio da bude primljen u srpsko podanstvo. Sa prethodnom molbom (ili molbama) se u izvorima ne srećemo, ali osnovne karakteristike najnovijeg podneska i njegova sudbina su poznati. Molba je u Ministarstvo stigla 11. maja 1899. godine, bila je nepotpuna i zbog toga stavljena ad acta.[48]

Kako je Dušan Petrović na tlu Srbije živeo manje od 7 godina, njegov put do naturalizacije je prema članu 44 SGZ vodio preko odobrenja Državnog saveta i kralja. Njihova odobrenja su u većini vanrednih prirođenja predstavljala samo formalnost, pa ni u Petrovićevom slučaju nije bilo drugačije. Rešenjem Državnog saveta od 28. septembra 1899. godine, s kojim se saglasio i kralj Aleksandar Obrenović, molilac je prirođen, pošto je podneo uredan otpust iz dosadašnjeg državljanstva.[49]

IV

Iz sedam prikazanih postupaka prirođenja Sremaca zabeleženih u registrima Ministarstva unutrašnjih dela za 1899. godinu možemo izvući nekoliko zaključaka. Podnosioci sedam molbi za prirođenje najčešće su živeli u Beogradu i, sudeći prema profesijama koje su obavljali, podjednako pripadali nižim i srednjim slojevima stanovništva. Nekadašnji žitelji

[47] Arhiv Srbije, *MUD-PO* IX/84 (1899), *Molba Koste Dimitrijevića za prirođenje od 4. februara 1899*; *Rešenje ministra unutrašnjih dela No 2357 od 6. februara 1900*; *Zakletva Koste Dimitrijevića na srpsko podanstvo od 27. februara 1900*; *Izveštaj Uprave grada Beograda ministru unutrašnjih dela br. 3744 od 28. februara 1900*; *Revers o prijemu uverenja o državljanstvu od 9. aprila 1900*.

[48] Arhiv Srbije, *Protokol MUD-PO* III/1899, del. br. 10563, *Molba Vojina Nenadovića za prirođenje*.

[49] *Srpske novine*, br. 292 od 29. decembra 1899.

Sremske županije tražili su prirođenje najčešće zbog toga što su u Srbiji pronašli stalno zaposlenje. Od poznatih molilaca najviše dolazi iz Zemuna, sremskog grada najbližeg Srbiji, što je i razumljivo, jer su Zemunci zbog prostorne blizine Beograda mogli najlakše da pređu granicu. Sremci su u srpsko podanstvo gotovo isključivo primani redovnim putem – posle ispunjenja uslova iz SGZ i Visočajne uredbe, dok vanredni prijem, koji je podrazumevao odobrenje Saveta i kralja, predstavlja izuzetak. I uskraćivanje naturalizacije je retkost, a kada ga je bilo, opravdanje za takav postupak ministra dali su zakonski propisi. U samim postupcima prirođenja primetne su brojne nepravilnosti, kako u sferi materije državljanstva u užem smislu tako i onoj koja se tiče primene drugih pravnih pravila usko povezanih s njom. Blaga odudaranja od zakonskih normi srećemo i po okončanju prijema u podanstvo, u vidu nepotpunih tekstova položenih zakletvi.

Naravno, izloženi uzorak je isuviše mali da bi mogao da posluži za postavljanje opštih teza o socijalnoj strukturi molilaca i načinu na koji su Sremci primani u srpsko podanstvo; iznošenje takvih zaključaka podrazumevalo bi studiozno proučavanje svakog konkretnog postupka prirođenja Sremaca koji su se naselili u Srbiju između 1890. i 1900. godine, što prevazilazi mogućnosti istoričara pojedinca. Međutim, osvrt na naturalizacije zabeležene u registrima Ministarstva unutrašnjih dela za jednu godinu, može, premda u krajnje ograničenoj meri, da osvetli socijalnu strukturu podnosilaca molbi, uzročno-posledičnu vezu između nepovoljnih ekonomskih kretanja u Sremu i odluka pojedinih Sremaca da promene podanstvo (naročito ako se uzmu u obzir razlozi za ovakve odluke navedeni u samim molbama), odnosu Kraljevine Srbije prema moliocima i karakteru postupka prirođenja. Stoga ga treba posmatrati kao podstrek za buduća istraživanja u ovoj do sada potpuno neistraženoj oblasti, sponi između demografije i pravne istorije.

Uroš Stanković, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Citizens of Srem's Naturalizations in Serbian Home Department's Rolls for the Year 1899.

Abstract

In the last decade of the nineteenth century many citizens of Srem tried to cope with economic disaster by emigrating from Austro-Hungary. The emigration was mainly directed towards the closest neighboring country, the Kingdom of Serbia. The immigrants who tied to new homeland permanently wished to get legal confirmation of that bond through the procedure of naturalization. As this procedure almost exclusively fell within the jurisdidiction of Serbian Home Department, the Department's rolls contain every application form in any way connected to naturalization. The author aims to show the citizens of Srem's naturalization procedures recorded in the Home Department's rolls for the year 1899. and analyze their accordance with the nineteenth century Serbian law.

Key words: Srem, citizens of Srem, naturalization, admittance to citizenship, citizenship, rolls, Ministry of Internal Affaires of Serbia, the year 1899.

Pregledni članak 351.74:061.1EU

Milana Pisarić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

UNAPREĐENJE RAZMENE PODATAKA U OKVIRU PREKOGRANIČNE POLICIJSKE I PRAVOSUDNE SARADNJE U KRIVIČNIM STVARIMA NA NIVOU EVROPSKE UNIJE – „PRUMSKI PROCES“

Sažetak: *Treći stub Evropske unije zasniva se na policijskoj i pravosudnoj saradnji u krivičnim stvarima. Da bi prekogranična policijska i pravosudna saradnja bila efikasna, od suštinskog je značaja da se između nadležnih organa država članica potrebne i precizne informacije mogu razmenjivati brzo i efikasno, a da bi se takva razmena mogla obavljati, neophodno je uspostavljanje odgovarajućih postupaka koji bi predstavljali brz i efikasan način razmene podataka. Cilj rada je da prikaže kako je potreba za takvom razmenom podataka prepoznata od strane nekoliko zemalja članica Evropske unije i kako je tekao proces formulisanja pravila za sprovođenje odgovarajuće razmene podataka koja su na kraju postala sastavni deo aquis communitaire prava EU, a time i obavezujuće za sve zemlje članice EU. Ovaj proces poznat je kao Prumski proces.*

Ključne reči: *EU, prekogranična saradnja, baze podataka, razmena podataka, Prumski sporazum, Prumska odluka.*

1. Uvodna razmatranja

Treći stub Evropske unije zasniva se na policijskoj i pravosudnoj saradnji u krivičnim stvarima. Da bi prekogranična policijska i pravosudna saradnja bila efikasna, od suštinskog je značaja da se između nadležnih organa država članica potrebne informacije mogu razmenjivati brzo i efikasno, a da bi se takva razmena mogla obavljati, neophodno je uspostavljanje odgovarajućih postupaka koji bi predstavljali brz i efikasan način razmene

podataka. Zajedničko korišćenje podataka u okviru prekogranične saradnje trebalo bi ima za posledicu odgovarajuće garancije za tačnost i bezbednost podataka tokom prenosa, obrade i skladištenja, snimanja i razmene podataka, kao i garancije za ograničenu upotrebu podataka koji se razmenjuju. Iz tog razloga sedam zemalja članica Evropske unije (ali van pravnih okvira Evropske unije) potpisale su u nemačkom gradu Prumu međunarodni Sporazum o policijskoj saradnji a u vezi sa uspostavljanjem neophodnih procedura za efikasnu razmenu podataka za potrebe prekogranične saradnje u krivičnim stvarima. Nakon stupanja na snagu Sporazuma između Kraljevine Belgije, Savezne Republike Nemačke, Kraljevine Španije, Francuske Republike, Velikog Vojvodstva Luksemburg, Kraljevine Holandije i Republike Austrije o unapređenju prekogranične saradnje, posebno u borbi protiv terorizma, prekograničnog kriminala i ilegalnih migracija (u daljem tekstu: Prumski sporazum), [1] zemlje potpisnice podnele su Savetu EU inicijativu, u konsultaciji sa Evropskom komisijom, a u skladu sa odredbama Ugovora o Evropskoj uniji, sa ciljem da se suštinske odredbe Sporazuma iz Pruma uključe u pravni okvir Evropske unije. Savet EU je inicijativu navedenih zemalja prihvatio i doneo Odluku 2008/615/JNA o unapređenju prekogranične saradnje, posebno u borbi protiv terorizma i prekograničnog kriminala od 23. juna 2008.godine. Time su suštinske odredbe Prumskog sporazuma postale deo *acquis communautaire* prava EU, i time i obavezujuće za sve zemlje članice EU. [2]

2. Sporazum o unapređenju prekogranične saradnje, posebno u borbi protiv terorizma, prekograničnog kriminala i ilegalnih migracija („Prumski sporazum“) [3]

2.1. Istorijska pozadina

U zaključcima sa sastanka u Tampereu, oktobra 1999.godine Savet EU je utvrdio postojanje potrebe za boljom razmenom informacija između nadležnih organa država članica u cilju otkrivanja i istraživanja krivičnih dela.[4] U Haškom programu za jačanje slobode, bezbednosti i pravde u

[1] Tekst Sporazuma moguće je preuzeti sa internet stranice: www.eu-consent.net.

[2] Tekst Odluke moguće je preuzeti sa internet stranice: www.europarl.europa.eu.

[3] The Convention between the Kingdom of Belgium, the Federal Republic of Germany, the Kingdom of Spain, the French Republic, the Grand Duchy of Luxembourg, the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Austria on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism, cross-border crime and illegal migration.

[4] Evropska unija je, počev od 1999. godine, ustanovila praksu po kojoj se na svakih pet godina formulišu programi saradnje u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova država

Evropskoj uniji novembra 2004.godine, [5] Savet EU je istakao svoje uverenje da je neophodan inovativni pristup prekograničnoj razmeni informacija zasnovan na principu dostupnosti podataka. [6] Haškim programom Savet EU je pozvao države da u potpunosti koriste nove tehnologije i da omoguće recipročno jedne drugama pristup nacionalnim bazama podataka, istovremeno predvidevši mogućnost stvaranja centralizovane baze podataka (na osnovu studija koje su pokazale vrednost i celishodnost postojanja takvog jednog centralizovanog sistema). [7] Da bi se uspostavio novi, odgovarajući pristup razmeni podataka u oblasti policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima, nemački Ministar spoljnih poslova Oto Šili predložio je 2003. godine uspostavljanje bliže saradnje između Francuske, Belgije i Luksemburga, da bi se takva inicijativa naknadno uputila i Austriji. [8] Francuska je istupila iz pregovora zbog toga što francuski Ustav nije dozvoljavao da policijski službenici stranih država postupaju na teritoriji Francuske na bilo koji način. [9] Predstavnici Nemačke, Austrije i zemalja Beneluksa su

---

članica. U programima su formulisani prioriteti i smernice za izgradnju Prostora slobode, bezbednosti i pravde. Prvi takav program formulisan je za vreme finskog predsedavanja EU 1999. godine i poznat je pod nazivom Tampere program za period 1999-2004. godine, a sledili su Haški program za period 2005-2009. godine i Stokholmski program za period 2010-2014. godine.

[5] Prostor slobode, bezbednosti i pravde prvi put se pominje u Preambuli Ugovora iz Amsterdama iz 1997. godine, kojim je utvrđen cilj stvaranja Prostora slobode, bezbednosti i pravde *(Area of Freedom, Security and Justice)*. Prostor slobode podrazumeva obezbeđivanje slobode kretanja ljudi i nastanjivanja na teritoriji EU; a pri tom pravo slobodnog kretanja ljudi i nastanjivanja nije isključivo predviđeno kao pravo za građane država članica, već i za građane trećih država, pod određenim uslovima. Prostor bezbednosti podrazumeva zaštitu osnovnih sloboda i prava građana EU od posledica ozbiljnog kriminala. Prostor pravde podrazumeva obezbeđivanje jednakog pristupa pravdi (sudovima i ostalim nadležnim organima) svim građanima EU, kao i produbljivanje pravosudne saradnje. Više o tome videti na internet stranici: - http://eubezbednost.ccmr-bg.org.

[6] Princip dostupnosti je definisan je kao mogućnost da ovlašćeno službeno lice jedne zemlje članice kome je za potrebe sprovođenja zakona potrebna informacije koju - poseduje druga zemlja članica može od te zemlje članice relevantnu informaciju da traži, - a da je zemlja članica dužna da tu informaciju učini dostupnom za navedenu namenu, uzimajući u obzir potrebe istrage u toku u toj zemlji članici.

[7] Kao rok za postizanje ovog cilja postavljen je 1. januar 2008.godine.

[8] F. Gandini**,** *From Prüm to Brussels? The incorporation of the Prüm instruments into the EU-acquis*, DNA data exchange in Europe, European Conference on international DNA data exchange in criminal justice, Herleen, 5-6 june 2008, preuzeto sa internet stranice: www.dna-conference.eu/ppt/gandini.doc.

[9] Ipak, do sastanka Saveta u Briselu 2004. godine Francuska je uspela da izmenama Ustava stvori mogućnost za saradnju sa stranim policijskim službenicima na teritoriji Francuske, te je ponovila svoju spremnost da učestvuje u potpisivanju budućeg sporazuma.

pripremili tekst sporazuma koji je podržan na sastanku ministara unutrašnjih poslova u Briselu 28. maja 2004. godine, što je rezultiralo zajedničkom deklaracijom čijih jedanaest tačaka čine osnovu budućeg sporazuma.[10] Na sastanku ministara u Luksemburgu 24. septembra 2004. godine započeli su zvanični pregovori, da bi nakon devet rundi pregovora i nekoliko ekspertskih pregovora koji se tiču podataka u vezi sa DNK profilima i otiscima papilarnih linija i zaštite tih podataka, na trećem ministarskom sastanku 26. novembra 2004. godine u Beču dogovoreno da se ne stvara centralna evropska baza podataka, već da se saradnja zasniva na decentralizovanoj razmeni podataka iz nacionalnih baza podataka. [11] Zvanični pregovori finalizovani su 27. maja 2005. godine kada je sedam država Evropske unije potpisalo sporazum u nemačkom gradu Prumu sa ciljem poboljšanja prekogranične saradnje, a naročito u borbi protiv terorizma, prekograničnog kriminala i nelegalne migracije. [12] Sporazum su potpisale sledeće države: Belgija, Nemačka, Španija, Francuska, Luksemburg, Holandija i Austrija. Potpisivanjem Sporazuma države su se obavezale, između ostalog, da jedna drugoj omoguće automatski pristup nacionalnim bazama podataka u u vezi sa DNK profilima, otiscima papilarnih linija i registracijama vozila.

2.2. Cilj i sadržina Sporazuma

Sporazum je potpisan sa ciljem da pomogne državama da poboljšaju razmenu informacija u okviru prekogranične saradnje a radi sprečavanja i suzbijanja kriminala u tri oblasti, koje su obuhvaćene odredbama Ugovora o EU (radi se o terorizmu, prekograničnom kriminalu i ilegalnim migracijama). Međutim, Sporazumom su stvorene nove osnove za saradnju u oblasti unutrašnje bezbednosti, jer je predviđena mogućnost automatskog pristupa nacionalnim bazama podataka u pogledu DNK profila, otisaka prstiju i o registracijama vozila.

Prumski sporazum sastoji se od Preambule i osam poglavlja.

U *Preambuli Sporazuma* zemlje potpisnice su istakle da u kontekstu slobode kretanja pojedinaca postoji potreba za poboljšanjem efikasnosti postojeće saradnje u cilju borbe protiv terorizma, prekograničnog kriminala i ilegalnih migracija, u čemu žele da odigraju pionirsku ulogu uspostavljnjem najviših standarda saradnje, naročito u pogledu poboljšanja razmene

[10] Pri tom, nije prihvaćen predlog Nemačke da se u tekst uključe i odredbe koje bi se odnosile na raster pretraživanje.

[11] Nemačka je redovno preko Saveta ministara za pravosuđe i unutrašnje poslove izveštavala ostale zemlje članice EU o napretku pregovora za sve vreme njihovog trajanja.

[12] Zvaničnici zemalja potpisnica simbolično su se opredelili su se za grad Prum, jer se nalazi blizu tromeđe Nemačke, Belgije i Luksemburga.

informacija u okviru policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima. U *uvodnom poglavlju* zemlje potpisnice se izrazile nameru da u roku od tri godine podnesu inicijativu da se sadržina Sporazuma uključi u pravne okvire Evropske unije. U *drugom poglavlju se* obavezuju da će formirati i održavati baze podataka u vezi sa DNK profilima, otiscima prstiju i registracijama vozila, te da će nastojati da obezbede dostupnost podataka iz nacionalnih baza podataka drugim zemljama potpisnicama Sporazuma, kao i automatsku razmenu informacija u pogledu podataka iz baza (automatsko pretraživanje i upoređivanje podataka). Takođe, naglašeno je da će zemlja potpisnica moći da vrši pretraživanje DNK profila samo u nekodiranom delu DNK profila, a da referentna informacija neće sadržavati nikakav podatak preko kog bi se direktno mogao identifikovati pojedinac. Što se tiče razmene podataka u vezi sa registracijama vozila, predviđeno je da je ista moguća samo na osnovu potpunog broja šasije vozila ili potpunog registracionog broja vozila. Takođe, ovo poglavlje sadrži odredbe o razmeni podataka u vezi sa masovnim događajima sa prekograničnom dimenzijom.[13] U *trećem* poglavlju sadržane su odredbe o posebnim merama za prevenciju terorizma, a naročito u pogledu obezbeđivanja informacija o licima za koje se sumnja da će izvršiti određenu terorisitičku aktivnost. *Četvrto* poglavlje sadrži odredbe o merama borbe protiv ilegalnih migracija; *peto* poglavlje se bavi ostalim oblicima saradnje, dok *šesto poglavlje* sadrži uslove za upotrebu oružja, municije i opreme. [14] *Sedmo poglavlje* sarži odredbe koje se tiču zaštite podataka koji se razmenjuju. Naročito je interesantna odredba kojom se ističe potreba da nivo zaštite podataka bude najmanje jednak nivou zaštite podataka koji nalaže Konvencija Saveta Evrope o zaštiti pojedinaca u pogledu automatske obrade ličnih podataka. *Osmim* poglavljem predviđeno je formiranje Komiteta ministara koji bi donosio odluke neophodne za implementaciju i primenu Sporazuma.

3. Od Prumskog sporazuma do Prumske odluke [15]

Prumski sporazum predstavlja međunarodni sporazum u pogledu prekogranične saradnje policijskih organa, i bez obzira što su ga potpisale (odnosno, naknadno mu pristupile) zemlje članice EU, nastao je van pra-

[13] Pravila koja su sadržana u drugom poglavlju Spoarzuma su upravo suština sporazuma koja je implementirana u Odluku, pa će ova pravila biti detaljnije razmatrana kod pregleda pravila iz same Odluke.

[14] Poglavlja 3-7 nisu relevantna za temu ovog rada, naročito iz razloga što ne predstavljaju suštinu Sporazuma koja je inkorporisana u Odluku. Više o tome videti u tekstu Sporazuma, koji je dostupan na internet stranici: www.eu-consent.net.

[15] Podaci o postupku transformacije odredaba Prumskog sporauima u Odluku Saveta mogu se pronaći na internet stranici: http://eur-lex.europa.eu/.

vnih okvira i mehanizama EU. [16] Međutim, još u uvodnom delu Sporazuma izražena je namera i spremnost potpisnica da najkasnije u roku od tri godine od stupanja Sporazuma na snagu podnesu inicijativu Savetu EU da se sadržina Sporazuma uključi u pravne okvire Evropske unije. [17]

Član 50. Prumskog sporazuma predviđa da će isti stupiti na snagu devedeset dana nakon deponovanja drugog instrumenta ratifikacije, što se dogodilo 1. novembra 2006. godine. [18] Međutim, i pre nego što je Sporazum stupio na snagu i druge zemlje članice Evropske unije izrazile su spremnost da pristupe Sporazumu. Već u junu 2006. godine zainteresovanost za pristupanje Sporazumu izrazila je Finska, da bi do aprila 2007. godine, svih 10 zemalja Evropske unije učinile isto. [19] Savet EU je Okvirnom odlukom od 18. decembra 2006. godine (*2006/960/JHA*), koja se odnosi na pojednostavljivanje postupaka razmene informacija i obaveštajnih podataka između organa za sprovođenje zakona država članica Evropske unije, postavio pravila prema kojima države članice mogu da razmene postojeće informacije i obaveštajne podatke brzo i efikasno u cilju sprovođenja istraga u krivičnim stvarima pod uslovom reciprociteta. Nakon toga Nemačka je iskoristivši predsedavanje Komisijom, uputila inicijativu Savetu EU da se važenje Sporazuma proširi i na ostale zemlje članice EU. Savet EU je 15. februara 2007. godine prihvatio inicijativu da se važni elementi Prumskog sporazuma iuključe u pravo EU, što bi određena pravila iz Sporazuma učinilo obavezujuće za sve zemlje članice. Okvirna odluka prosleđena je Evropskom parlamentu 28. februara 2007. godine. Iako Parlament nema pravo saodlučivanja povodom odluka koje se tiču saradnje u policijskim i pravosudnim stvarima, [20] Savet EU je ipak bio

[16] Ipak, u čl. 47 samog Sporazuma, navedeno je da će se odredbe Sporazuma primenjivati isključivo ako su i dokle god su u saglasnosti sa pravom EU.

[17] Osnov za uvođenje pravila iz Pruma koji su izvorno nastali van okvira Evropske unije pronađen je u članu 34(2)(c) Ugovora o EU, prema kom se odluke u trećem stubu (pravosudna i policijska saradnja u krivičnim stvarima) kvalifikovanom većinom - slično - kao kod Šengenskog procesa – uključivanja Šengenskog sporazuma u pravne okvire EU. Prumski sporazum se inače nezvanično naziva i Šengenskim sporazumom III, iz razloga što su slični putevi uključivanja u pravne okvire EU, a i zbog činjenice da su pet potpisnika Prumskog sporazuma bili potpisnici i Šengenskog sporazuma iz 1985. godine i Šengenske konvencije iz 1990.godine.

[18] Austrija i Španija su bile prve zemlje koje su deponovale instrument ratifikacije deponentu, Nemačkoj. Belgija i Luksemburg su ratifikovale Sporazum februara 2007. godine.

[19] Finska, Portugal, Italija, Slovenija, Grčka, Švedska, Rumunija,Finska, Portugal, Italija, Slovenija, Grčka, Švedska, Rumunija, Bugarska, Slovačka i Mađarska.

[20] Prema članu 39 Ugovora o EU, Savet EU je dužan da konsultuje Parlament, i ostavi mu najmanje 3 meseca za saopštavanje mišljenja. U konkretnom slučaju, Nemačka je urgirala mišljenje za 7. jun 2010.godine.

dužan da Parlament konsultuje, o čemu je Parlament dostavio mišljenje 7. juna 2007. godine, [21] da bi 12. juna 2007. godine na satanku Saveta ministara pravosuđa i unutrašnjih poslova bila doneta odluka o uključivanju suštinskih oredaba Prumskog sporazuma u Odluku. [22]

Konačno, 23. juna 2008. godine donošenjem Odluke 2008/615/JNA o unapređenju prekogranične saradnje, posebno u borbi protiv terorizma i prekograničnog kriminala, suštinske odredbe Prumskog sporazuma postale su deo *acquis communautaire* prava EU, i time i obavezujuće za sve zemlje članice EU.

4. Odluka 2008/615/JNA o unapređenju prekogranične saradnje, posebno u borbi protiv terorizma i prekograničnog kriminala („Prumska odluka“) [23]

„Prumska odluka“ sadrži odredbe koje se zasnivaju na suštinskim pravilima Prumskog sporazuma, a postavljene su sa ciljem da poboljšaju razmenu informacija u prekograničnoj policijskoj i pravosudnoj saradnji u krivičnim stvarima. Shodno tome, države članice su se obavezale da omoguće jedna drugoj pravo *online* pristupa svojim automatizovanim bazama podataka DNK profila, daktiloskopskim bazama podataka i bazama podataka u vezi sa registracijama vozila. Pri tom, cilj Odluke nije uspostavljanje jedinstvene nadnacionalne baze podataka, nego su pravila zasnovana na „umrežavanju“ nacionalnih baza podataka država članica, koje bi pod određenim uslovima trebalo da omoguće dostavljanje ličnih i drugih podataka radi poboljšanja razmene informacija u cilju sprečavanja krivičnih dela i održavanje javnog reda i bezbednosti u vezi sa masovnim događajima sa prekograničnom dimenzijom.

Odluka sadrži nekoliko vrsti odredaba:

(a) odredbe o uslovima i postupku za automatsku razmenu podataka u vezi sa DNK profilima, daktiloskopskih podataka i podataka u vezi sa registracijama vozila (poglavlje 2);

(b) odredbe o uslovima obezbeđivanja podataka u vezi sa masovnim događajima sa prekograničnom dimenzijom (poglavlje 3);

(v) odredbe o uslovima obezbeđivanja podataka u cilju sprečavanja terorističkih napada (poglavlje 4);

---

[21] Više o tome videti na internet stranici: http://www.europarl.europa.eu/sides/ getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P6-TA-2007-0228.

[22] S. Kierkegaard**,** *The Prüm decision – An uncontrolled fishing expedition in 'Big Brother' Europe*, Computer Law & Security Report, Vol. 24, Iss. 3, 2008, str. 247.

[23] Council Decision 2008/615/JHA f 23 June 2008 on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime.

(d) odredbe o uslovima i postupku za ubrzanje prekogranične policijske saradnje kroz različite mere (poglavlje 5).

Polazeći od toga da bi bliža policijska i pravosudna saradnja u krivičnim stvarima trabalo da se sprovodi u skladu sa poštovanjem osnovnih prava i sloboda, posebno prava na poštovanje privatnosti i prava na zaštitu ličnih podataka, bilo je neophodno ustanoviti poseban režim zaštite podataka, koji bi bio prilagođen specifičnoj prirodi različitih oblika razmene podataka, a naročito određene specifičnosti prekograničnog *online* pristupa bazama podataka. [24] U tom smislu značajne su odredbe Odluke koje propisuju pravila zaštite podataka prilikom automatskog pretraživanja i upoređivanja relevantnih podataka.

4.1. Automatska razmena podataka

Pravila o automatskoj razmeni podataka sadržana su u drugom poglavlju Odluke, i odnose se na automatsku razmenu:

1) podataka u vezi sa DNK profilima,
2) daktiloskopskih podataka, i
3) podataka u vezi sa registracijama vozila.

Zajedničko za automatsku razmenu tri navedene vrste podataka je da Odluka predviđa za države članice obavezu da jedna drugoj po *online* zahtevu omoguće automatski pristup bazama podataka (najkasnije u roku od 15 minuta). [25] Automatska razmena podataka se zasniva na *online* pretraživanju i upoređivanju relevantnih podataka u nacionalnim bazama podataka država članica, po sistemu „pogotka" *(hit/no hit system)*. Princip sistema „pogotka" ogleda se u tome što se na osnovu *online* zahteva *(online request)* jedne države vrši automatsko pretraživanje i upoređivanje anonimnih relevantnih podataka u nacionalnoj bazi podataka druge države, a dodatni lični podaci razmenjuju se između država članica tek nakon pogotka, tj. podudaranja upoređivanih podataka o čemu država koja je tražila pretraživanje/upoređivanje automatski biva obaveštena *(matching report)*. Dalji postupak snabdevanja i prijema ličnih podataka sprovodi se na osnovu posebnog, dodatnog zahteva *(follow-up request)* i to u skladu sa nacionalnim propisima država članica, uključujući i pravila o međunarodnoj pravnoj pomoći.

Istovremeno, države članice imaju obavezu da odrede instituciju preko koje bi se zahtevi za automatsko pretraživanje sprovodili (*national*

[24] S obzirom da kod *online* pristupa bazama podataka nije moguće da države članice upravljaju bazama u smislu *ad hoc* prethodne provere, neophodno je bilo uspostaviti sistem koji bi obezbedio permanentno praćenje postupaka razmene.

[25] Prema Aneksu uz Odluku o implementaciji Prumske odluke.

contact point). Određivanje nacionalne institucije za kontakt se može urediti tako da se odredi jedna institucija zadužena za sve tri vrste podataka ili se za svaku vrstu podataka određuje druga institucija.[26]

Pod obavezom obezbeđenja nesmetanog pristupa nacionalnim bazama podataka podrazumeva se da su države članice dužne da preduzmu sve potrebne mere kako bi omogućile automatsko pretraživanje i upoređivanje podataka tokom 24 časa svih sedam dana u nedelji. U slučaju tehničke greške nacionalne institucije za kontakt su dužne da jedna drugu obaveste o istom, da bi obezbedile alternativni način za razmenu podataka, uz obavezu da što je pre moguće obezbede ponovno nesmetano obavljanje automatskog pretraživanja i upoređivanja podataka.[27] Što se tiče komunikacionog sistema za elektronsku razmenu podataka između različitih nacionalnih baza podataka, pravilima o implementaciji predviđeno je da su države članice dužne da koriste mrežu transevropskog servisa za telekomunikaciju između administratora (*Trans European Services for Telematics between Administrations (TESTA II) communications network)*.[28]

4.1.1. Automatska razmena podataka u vezi sa DNK profilima

Odredbama koje uređuju automatsku razmenu podataka u vezi sa DNK profilima, države članice se obavezuju da formiraju i održavaju nacionalne baze podataka DNK profila za potrebe vođenja krivičnog postupka. Dalje, države članice se obavezuju da će obezbediti ograničenu dostupnost relevantnih podataka iz svojih nacionalnih baza podataka DNK profila na osnovu zahteva druge države članice.[29] Za potrebe istrage u krivičnim stvarima, države članice će drugim državama članicama preko nacionalnih institucija za kontakt dozvoliti pristup relevantnim podacima u svojim bazama podataka DNK profila, uz ovlašćenja da sprovedu automatska pretraživanja poređenjem DNK profila. Relevantni podaci o DNK profilima odnosiće se samo na nekodirani deo DNK i neće sadržavati nikakve podatke iz kojih bi se pojedinac na kog se podaci odnose

[26] Ovlašćenja i postupanje tih institucija uređeni su pravilima Odluke koja sadrži - tehnička i administartivna pravila za sprovođenje Prumske odluke.

[27] Prema odredbi člana 5. Odluke o implementaciji Prumske odluke.

[28] Funkcionisanje mreže nadgleda Evropska komisija.

[29] U skladu sa članom 8. Odluke o implementaciji Prumske odluke, zahtev za automatsko pretraživanje/ upoređivanje u bazi podataka DNK profila sadržaće sledeće podatke: kod zemlje koja zahteva pretraživanje/upoređivanje, datum, vreme i identifikacioni broj zahteva; DNK profil i njegov referentni broj; tip DNK profila kojim se rukuje (neidentifikovani DNK profil ili referentni DNK profil); podatak koji ne potreban za kontrolu sistema baze i kontrolu kvaliteta procesa automatskog pretraživanja.

mogao direktno identifikovati, dok će relevantni podaci o neidentifikovanim DNK profilima biti prepoznatljiva kao takvi.

Pretraživanja se mogu vršiti samo u pojedinačnim slučajevima a moguće je vršiti i upoređivanje neidentifikovanih DNK profila iz baze jedne zemlje članice sa DNK profilima druge zemlje.[30]

Rezultat automatskog pretraživanja može da pokaže da se podudaraju DNK profil koji se upoređuje sa DNK profilom sa kojim se upoređuje, a koji postoji u bazi podataka, ili da podudaranja upoređivanih podataka nema. Nacionalna institucija za kontakt zemlje koja je vršila upoređivanje će biti automatski obaveštena o podudarnosti, odnosno nepodudarnosti upoređivanih podataka, nakon čega se dodatni podaci mogu tražiti samo u skladu sa pravilima o međunarodnoj pravnoj pomoći zemlje članice od koje se dodatni podaci traže.

Takođe, predviđena je mogućnost da država članica može od druge države tražiti pomoć u prikupljanju i analizi biološkog materijala u toku istrage i snabdevanju prikupljenim materijalom, ukoliko se pojedinac nalazi na teritoriji države od koje se pomoć traži. [31]

Problem u vezi sa sprovođenjem obaveze formiranja DNK baza podataka i omogućavanja pristupa istim predstavlja činjenica da pravila o prikupljanju bioloških uzoraka, stvaranja DNK profila i baza podataka DNK profila nisu harmonizovana. Naime, na nivou Evropske unije ne postoje standardizovana pravila o DNK bazama podataka. Postoji značajna raznolikost u okviru postojećih DNK baza podataka u smislu unosa i kriterijuma skladištenja uzoraka, zahteva anonimnosti, uklanjanja stavki iz baze podataka, te broja unosa profila u bazu.[32]

---

[30] Ukoliko se vrši pretraživanje neidentifikovanog DNK profila, pa se utvrdi da se - isti ne poklapa ni sa jednim profilom u bazi podataka ili rezultat upoređivanja bude poklapanje sa neidentifikovanim DNK profilom, neidentifikovani DNK profil se može tad preneti u baze podataka ostalih država članica i ako se taj poklapa sa referentnim DNK profilom i / ili sa neidentifikovanim DNK profilom u bazama podataka drugih država, o ovom poklapanju će automatski biti saopštene države i DNK referentni podaci će se preneti na zahtev države članice (član 9.Odluke o implementaciji).

[31] Isto je moguće ukoliko su ispunjeni sledeći uslovi: da država članica bliže odredi svrhu za koju je potrebno prikupljanje i snabdevanje ćelijskim materijalom; da država članica obezbedi naredbu nadležnog organa u skladu sa pravom zamoljene države, pokazujući da bi uslovi za prikupljanje i ispitivanje ćelijskog materijala bili ispunjeni - ukoliko bi pojedinac bio prisutan na teritoriji države članice; da su ispunjeni uslovi za prikupljanje i ispitivanje ćelijskog materijala i za snabdevanje DNK profila iz propisa zamoljene države.

[32] Tako se u nekim zemljama DNK profili svih osuđenih lica unose u bazu podataka (Austrija); češći je slučaj da se u bazu unose DNK profili osuđenih lica izvršilaca samo određenih (najtežih) krivičnih dela (Belgija, Francuska i Nemačka) ili onih koji su osuđeni na kazne zatvora u dužem trajanju (Holandija); u Francuskoj nije dozvoljeno policiji da

Zbog toga je u pravilima o implenetaciji Odluke predviđeno da bi države članice trebalo da koriste postojeća standardna pravila u vezi sa razmenom podataka DNK profila, kao što su: Evropski standardni set *(European Standard Set (ESS))*[33] ili Interpolov standardni set lokusa *(the Interpol Standard Set of Loci (ISSOL))*.[34] (član 7 Odluke o implementaciji).

4.1.2. Automatska razmena daktiloskopskih podataka

U cilju sprovođenja Odluke, države članice bi trebalo da obezbede dostupnost relevantnih podataka iz nacionalnih automatizovanih sistema za prepoznavanje otisaka papilarnih linija (daktiloskopsih podataka) koji su formirani za potrebe sprečavanja i istraživanja krivičnih dela. Dostupnost daktiloskopskih podataka podrazumeva da će države članice nacionalnim institucijama za kontakt drugih država članica dozvoliti pristup podacima u relevantnim automatizovanim sistemima za prepoznavanje otisaka papilarnih linija i omogućiti im da izvrše automatsko pretraživanje upoređivanjem daktiloskopskih podataka.

Relevantni podaci će sadržati samo daktiloskopske podatke i referentni broj i neće sadržati nikakve podatke iz kojih bi se lice na koje se podaci odnose moglo direktno identifikovati, dok relevantni podaci koji se ne odnose na pojedinca čiji je identitet utvrđen (neidentifikovani daktiloskopski podaci) moraju biti prepoznatljivi kao takvi.

Svaka država članica dužna je da obezbedi da daktiloskopski podaci koji se prenose budu odgovarajućeg kvaliteta za poređenje u okviru automatizovanih sistema za prepoznavanje otisaka. Zamoljena država članica

---

uzme uzorke bez pristanka lica; u nekim zemljama neophodno je postojanje sudske naredbe za uzimanje uzoraka (na primer, Holandija, Luksemburg i Malta). Neke zemlje, kao što su Italija, Portugalija i Grčka, još uvek nemaju posebne zakone o bazama podataka DNK profila. Što se tiče dužine čuvanja DNK profila u sistemima, DNK profili osuđenih - učinilaca krivičnih dela čuvaju se i do 40 godina nakon presude u zemljama poput Nemačke, ili 10 godina posle smrti osuđenog, npr. u Finskoj . U principu, profili osumnjičenih lica koji su oslobođeni od optužbe uklanjaju iz baze podataka. Međutim, u Engleskoj i Velsu, zadržavaju se DNK profili čak i od nevinih lica, i to bez sudske naredbe. Preuzeto sa internet stranice: http://www.southampton.ac.uk/ilaws/ newsandevents/Brussels_2009/ Presentation_on_the_Pr%C3%BCm_Decision.pdf.

[33] Radna grupa Evropske mreže Instituta za forenzičke nauke predložila Evropski standardni set koji uključuje set od 7 lokusa: TH01, vWA, FGA, D21S11, D3S1358, D8S1179 and D18S51, i koji sada čini jezgro svih nacionalnih DNK baza podataka u Evropi. Više o tome videti na internet stranici: http://www.promega.com/ profiles/1201/ProfilesinDNA_1201_06.pdf .

[34] Više o tome videti na internet stranici: http://www.interpol.int/Public/ Forensic/dna/loci.asp.

će proveriti kvalitet prenesenog podatka bez odlaganja, te ukoliko podatak bude neodgovarajućeg kvaliteta, o tome će obavestiti državu koja upoređivanje/pretraživanje zahteva. Zahtevi se obrađuju u roku od 24 sata u potpuno automatizovanom postupku prema redosledu prema kom su pristizali zahtevi za pretraživanje/upoređivanje.

Pretraživanja se mogu vršiti samo u pojedinačnim slučajevima i u skladu sa propisima države članice u čijem sistemu se pretraživanje vrši. Ukoliko je rezultat pretraživanja upoređivanjem relevantnih podataka podudarnost istih, dalje traženje drugih ličnih podataka u vezi sa relevantnim podacima sprovodiće se u skladu sa propisima države u čijem sistemu je pretraživanje vršeno, a naročito u skladu sa propisima o međunarodnoj pravnoj pomoći.

4.1.3. Automatska razmena podataka u vezi sa registracijama vozila

Za potrebe sprečavanja i istraživanja krivičnih dela i drugih dela u nadležnosti sudova ili javnih tužilaštava u državi članici, kao i za potrebe održavanja javnog reda, države članice će jedna drugoj preko nacionalnih institucija za kontakt omogućiti pristup nacionalnim bazama podataka o registracijama vozila, u pogledu:

(a) podataka koji se odnose na vlasnika vozila, i

(b) podataka koji se odnose na vozila.

Pretraživanje u tim bazama podataka može se sprovoditi samo na osnovu potpunog broja šasije ili potpunog registracionog broja, i to isključivo u skladu sa propisima države članice u čijoj bazi se upoređivanje traži.

Podaci u vezi sa registracijama vozila (uključujući i registarske tablice i brojeve šasija) razmenjuju se preko nacionalnih platformi povezanih sa *online* aplikacijom "EUCARIS" (the EUropean CAR and driving licence Information System), kojom upravlja istoimeno preduzeće, sa sedištem u Hagu.[35]

4.2. Zaštita podataka

Šesto poglavlje Odluke posvećeno je zaštiti podataka u vezi sa automatskim pretraživanjem i upoređivanjem podataka. [36] Imajući u vidu sveobuhvatnu razmenu podataka koji proizilaze iz bliže policijske i pravosudne saradnje, u Odluci je kao jedan od ciljeva postavljeno garantovanje

[35] EUCARIS je jedinstveni sistem koji pruža mogućnost zemljama članicama EU da razmenjuju informacije u vezi sa registracijom vozila, u bori protiv krađe vozila i registracionih prevare, a koje se nalaze u nacionalnim automatizovanim bazama podataka. O tome videti više na internet stranici: /www.eucaris.net/.

[36] Odredebe 24-32. Odluke.

odgovarajućeg nivoa zaštite podataka. Polazeći od nivoa zaštite kod obrade ličnih podataka iz Konvencije Saveta Evrope od 28. januara 1981.godine o zaštiti pojedinaca u pogledu automatske obrade ličnih podataka, Dodatnog protokola od 8. novembra 2001. godine uz Konvencije i principa iz Preporuke R (87) 15 od 17. septembra 1987. godine Saveta Evrope kojim se reguliše korišćenje ličnih podataka u policijskom sektoru, u Odluci je predviđeno da nivo zaštite podataka u svakoj državi članici treba da bude najmanje jednak nivou zaštite koji je postavljen pomenutim propisima. S tim u vezi, predviđeno je da se sa postupcima razmene podataka na osnovu ove Odluke neće započeti sve dok odredbe Odluke ne budu implementirane u nacionalna zakonodavstva zemalja članica (o čemu će Savet EU jednoglasno doneti odluku). [37]

Iz tog razloga predviđeno je da je obrada podataka u skladu sa odredbama o pretraživanju/ upoređivanju podataka dozvoljena samo u cilju:

(a) da se utvrdi da li u poređenju podataka u vezi sa DNK profilima ili daktiloskopskih podataka postoji podudaranje,

(b) da se pripremi i dostavi zahtev policije ili suda za pravnu pomoć u skladu sa nacionalnim zakonodavstvima, ukoliko se upoređivani podaci podudaraju.

Dalje je predviđeno da je obrada i upotreba ličnih podataka u državi članici dozvoljena samo za namene za koje su podaci prosleđeni, a u druge svrhe isključivo uz prethodno odobrenje države članice u čijem sistemu je pretraživanje vršeno (ovakvo odobrenje se može izdati pod uslovom da je obrada za druge svrhe dozvoljena po nacionalnom zakonodavstvu te države članice).

Takođe, propisano je da se nakon postupanja sa podacima za potrebe upoređivanja ili pružanja odgovora na automatski zahtev za pretraživanje i upoređivanje isporučeni podaci brišu, osim ukoliko su neophodni za dalju obradu (a na osnovu propisa o međunarodnoj pravnoj pomoći država članica).

Što se tačnosti i relevantnosti podataka i vremena skladištenja istih tiče, Odluka sadrži sledeća pravila:

1) Ukoliko se po službenoj dužnosti ili na osnovu obaveštenja pojedinca na kog se podaci odnose, utvrdi da se u bazi podataka nalazi netačan podatak ili podatak koji se tu ne bi trebalo nalaziti, država članica je dužna da isti ispravi ili izbriše;

2) Lični podaci koje država članica nije trebalo da ustupi ili primi, država članica je dužna da izbriše;

[37] Ovaj stav se ne primenjuje na one države članice u kojima je razmena podataka već otpočela u skladu sa Prumskim sporazumom od 27. maja 2005.godine.

3) Lični podaci koje država članica ustupila ili primila, brišu se: (a) ako nisu više neophodni za potrebe zbog koje su ustupljeni; (b) nakon isteka maksimalnog perioda za čuvanje podataka utvrđenog u nacionalnom zakonodavstvu države članice koja je podatke ustupila.

Odluka takođe sadrži pravila o tehničkim i organizacionim merama za obezbeđenje zaštite i bezbednosti podataka. Za tu svrhu institucije koje ustupaju/primaju podatke će preduzeti korake kako bi obezbedili da lični podaci budu zaštićeni od slučajnog ili neovlašćenog uništavanja, slučajnog gubitka, neovlašćenog pristupa, neovlašćenog ili slučajnog menjanja i neovlašćenog objavljivanja. Da bi se takva zaštita mogla obezbediti, predviđena su sledeća pravila:

(a) Samo posebno ovlašćena službena lica u nacionalnim institucijama za kontakt mogu da obavljaju automatsko pretraživanje ili upoređivanje. Spisak ovlašćenih lica za automatsko pretraživanje ili upoređivanje mora biti dostupan na zahtev drugih država članica;

(b) Svaka država članica će obezbediti da o svakom ustupanju/ prijemu podataka automatski bude sačinjena beleška, uključujući i belešku o tome da li postoji ili ne postoji podudarnje. Beleška treba da sadrži informacije o: podacima koji su ustupljeni/primljeni; datumu i tačnom vremenu isporuke/prijema podatka; imenu ili referentnoj šifri pretraživača i imenu ili referentnoj šifri administratora baze podataka; razlogu za pretraživanje; identifikaciji službenog lica koje je izvršilo pretraživanje i službenog lica koji je naredio pretraživanje ili ustupanje podataka.

4.3. Implementacija Odluke

U odredbi člana 36. Prumske odluke predviđeno je da postoji obaveza država članica da poglavlje o automatskoj razmeni podataka u vezi sa DNK profilima, daktiloskopskih podataka i podataka u vezi sa registracijama vozila implementiraju u nacionalna zakonodavstva do avgusta 2011. godine, što za države članice može predstavljati izazov, naročito u pogledu nivoa razvoja i primene informacione tehnologije. Istovremeno, predviđeno je da države same snose troškove uspostavljanja relevantnih baza podataka i implementacije Odluke (član 34).

Istog dana kada je doneta Prumska odluka, Savet EU je usvojio Odluku 2008/616/JNA o implementaciji Odluke 2008/615/JNA o unapređenju prekogranične saradnje, posebno u borbi protiv terorizma i prekograničnog kriminala *(Council Decision 2008/616/JHA of 23 June 2008 on the implementation of Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime)*. Odluka sadrži tehnička i administartivna pravila za spro-

vođenje Prumske odluke. Države članice treba da poštuju zajedničke tehničke specifikacije u vezi sa svim zahtevima i odgovorima u vezi sa pretraživanjem i upoređivanjem podataka, a koje specifikacije su detaljno utvrđene u Aneksu ove Odluke.

5. Zaključak

Stvaranje odgovarajućih okvira za razmenu podataka između zemalja članica bilo je neophodno da bi policijska i pravosudna saradnja u krivičnim stvarima u okviru EU zaista bila efikasna. Polazeći od principa dostupnosti podataka definisanog u Haškom programu, a prepoznavši potrebu uspostavljanja inovativnih mehanizama za razmenu podataka, nekoliko zemalja EU sporazumele su se da jedna drugoj omoguće automatsko pretraživanje i upoređivanje relevantnih podataka u nacionalnim bazama podataka (*Prumski sporazum*). Nakon toga usledio je proces uključivanja Sporazuma u pravne okvire EU, da bi konačno njegove suštinske odredbe postale obavezujuće za sve zemlje članice EU(*Prumska odluka*). Ostaje otvoreno pitanje, da li će države članice biti u stanju da primene pravila iz Odluke i time zaista unaprede razmenu podataka za potrebe prekogranične saradnje u krivičnim stvarima (*Prumski proces*).

Milana Pisarić, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Improving the Exchange of Data in the Cross-Border Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters Within the European Union – „The Prum Process“

Abstract

The third pillar of the European Union is based on police and judicial cooperation in criminal matters. In order the cross-border police and judicial cooperation to be effective, it is essential that the competent authorities of Member States can exchange necessary and accurate information as quickly and efficiently as possible. To perform such an exchange, it is necessary to establish appropriate procedures that would represent a fast, efficient and inexpensive means of data exchange. The aim of this paper is to show how the need for such an exchange of information was recognized by several EU member states and to present the process of formulating rules for the proper implementation of data exchange that ultimately became part of the acquis communautaire of EU law and therefore binding on all EU member states. This process is called the Prum process.

Key words: EU, cross-border cooperation, database, exchange of data, Prum treaty, Prum decision

Pregledni članak 338.43.02:061.1EU

Luka Baturan, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

FONDOVI ZA FINANSIRANJE ZAJEDNIČKE POLJOPRIVREDNE POLITIKE EVROPSKE UNIJE

Sažetak: *Zajednička poljoprivredna politika (skr. ZPP) Evropske Unije je u periodu 1962-2007. godine finansirana preko Evropskog fonda za smernice i garancije u poljoprivredi (skr. EAGGF). Fond je predstavljao deo opšteg budžeta Unije. U početku su se sredstva Fonda koristila prvenstveno za subvencionisanje domaće poljoprivredne proizvodnje i finansiranje izvoza poljoprivrednih proizvoda u treće zemlje. U kasnijim fazama razvoja ZPP, pored ovih mera podrške tržištu, iz sredstava EAGGF finansiraju se i druge mere kao što su direktna pomoć farmerima, sistem (shema) direktnih plaćanja, pomoć ruralnom razvoju i dr. Radi lakšeg finansiranja velikog broja različitih vrsta rashoda, EAGGF je podeljen na Odeljenje za garancije i Odeljenje za smernce. U početku je planirano da se budžet EAGGF najvećim delom puni sredstvima prikupljenim od naplate dažbina na uvoz poljoprivrednih proizvoda iz trećih zemalja. Ipak, zbog naglog smanjenja obima uvoza prihodi od uvoznih dažbina su se smanjili tako da je teret finansiranja ZPP ubrzo najvećim delom pao na budžete država članica.*

Zbog rasta značaja politike ruralnog razvoja koja predstavlja „drugi stub ZPP“, umesto do tada jednog jedinstvenog fonda od 1. januara 2007. godine finkcionišu dva: Evropski fond za garancije u poljoprivredi (skr. EAGF) i Evropski poljoprivredni fond za ruralni razvoj (skr. EAFRD). EAGF pre svega finansira izvoz poljoprivrednih proizvoda u treće zemlje, mere intervencije na domaćem tržištu, direktna plaćanja farmerima, promociju poljoprivrednih proizvoda na domaćem tržištu i tržištima trećih zemalja, dok se preko EAFRD finansiraju mere ruralnog razvoja.

Na ZPP se od njenog nastanka troše ogromna budžetska sredstva. U jednom trenutku je čak 70% zajedničkog budžeta trošeno na ZPP, da bi poslednje decenije poljoprivredni budžet stabilizovan na nivou od oko 43%. Da bi se održao balans i da bi se izbeglo probijanje strogih budžetskih ograničenja koja su postavljena, uspostavljen je mehanizam finansijske discipline. Takođe, pokušava se izgraditi efikasan sistem kontrole trošenja sredstava iz poljoprivrednih fondova, da bi se sprečile nezakonitosti.

Ključne reči: *Evropski fond za smernice i garancije u poljoprivredi EAGGF, Evropski fond za garancije u poljoprivredi EAGF, Evropski poljoprivredni fond za ruralni razvoj EAFRD, zajednička poljoprivredna politika Evropske Unije, budžet Evropske Unije.*

Uvod

Rimskim ugovorom o Evropskoj ekonomskoj zajednici iz 1957. godine predviđa se uspostavljanje zajedničke organizacije tržišta za poljoprivredne proizvode. Da bi takvo tržište moglo funkcionisati, paralelno sa njim se uspostavlja i zajednička poljoprivredna politika (skr. ZPP). Za stvaranje zajedničke organizacije poljoprivrednih tržišta predviđeno je korišćenje svih neophodnih mera, među kojima su pobrojane: regulisanje cena poljoprivrednih proizvoda, subvencije za proizvodnju i prodaju, organizacija skladištenja i distribucije proizvoda, kao i zajednički režim uvoza i izvoza. Radi ispunjenja zacrtanih ciljeva ostavljena je mogućnost osnivanja *različitih usmeravajućih i garantnih fondova za pomoć poljoprivredi*.

Iako su ciljevi ZPP i osnovna načela dogovoreni, vlade država članica oklevale su sa otpočinjanjem njene primene. Dogovor je postignut tek 14. januara 1962. godine nakon mukotrpnih pregovora koji su zapamćeni kao tzv. „prvi poljoprivredni maraton". Toga dana, Evropski Savet donosi odluku da se otpočne sa uvođenjem ZPP i zajedničkog tržišta poljoprivrednih proizvoda. Takođe, doneta je odluka da se pristupi osnivanju posebnog fonda preko kojeg će se ostvarivati finansiranje ZPP.

Evropski fond za smernice i garancije u poljoprivredi (EAGGF)

Kao rezultat dogovora, Savet 20. aprila 1962. godine donosi Uredbu br. 25/62[1] kojom se uspostavlja Evropski fond za smernice i garancije u poljopri-

[1] *Regulation No.25 on the financing of the common agricultural policy, OJ 30, 20.4.1962, p. 991-993.*

vredi (skr. EAGGF[2]). Ovaj Fond predstavljao je sastavni deo budžeta Zajednice. Preko njega je finansirana ZPP sve do njegovog ukidanja 2005. godine, kada su umesto jednog ustanovljena dva nova fonda. Upravljanje Fondom vršila je Evropska komisija, a postojao je i poseban Komitet za EAGGF koji je sastavljen od predstavnika Komisije i država članica koji joj je pomagao.

Sredstva EAGGF su se u početku koristila za podršku tržištu poljoprivrednih proizvoda, koja obuhvata refinansiranje izvoza u treće zemlje, intervencije radi stabilizacije tržišta, te za sprovođenje zajedničkih mera radi ostvarenja ciljeva ZPP. U kasnijim fazama razvoja ZPP pored podrške tržištu, uvode se i drugi vidovi finansiranja poljoprivrede kao što su direktna pomoć farmerima, pomoć ruralnom razvoju i dr. koji se takođe finansiraju preko Fonda, u potpunosti ili delimično.

Budžet EAGGF utvrđivao se odlukom Saveta godinu dana unapred, s tim što su odobrena sredstva odlukom Saveta mogla u toku godine biti i povećana. Prelazak finansiranja ZPP na EAGGF odvijao se sukcesivno, u tranzicionom periodu od tri godine. U početku je poljoprivreda samo delimično bila finansirana iz sredstava Fonda. Taj udeo se postepeno uvećavao da bi po okončanju tranzicionog perioda Fond postao jedino sredstvo finansiranja ZPP.

Radi lakšeg finansiranja velikog broja različitih vrsta rashoda, EAGGF je nakon „drugog poljoprivrednog maratona" Uredbom Saveta br. 17/64[3] podeljen na dva odeljenja, Odeljenje za garancije i Odeljenje za smernice.

Preko Odeljenja za garancije EAGGF finansirane su subvencije za izvoz proizvoda u treće zemlje i intervencije na domaćem tržištu. Kada su kasnijim reformama[4] uvedena direktna plaćanja kao vid subvencija farmerima, a zatim i jedinstveni sistem (shema) plaćanja farmerima, finansirani su iz sredstava ovog Odeljenja.

Sredstva Odeljenja za smernice koristila su se za finansiranje strukturnih prilagođavanja radi efikasnijeg funkcionisanja zajedničkog tržišta ili nje-

---

[2] *European Agricultural Guidance and Guarantee Fund (EAGGF).* Iako je ranije bio poznatiji po svojoj francuskoj skraćenici *FEOGA (Fonds Européen d'Orientation et de Garantie Agricole),* danas se sve češće upotrebljava engleska verzija, koja će biti korišćena i u ovom radu.

[3] *Regulation No.17/64/EEC of the Council of 5 February 1964 on the conditions for granting aid from the European Agricultural Guidance and Guarantee Fund, OJ 34, 27.2.1964, p. 586-594.*

[4] *Council Regulation (EC) No 1782/2003 of 29 September 2003 establishing common rules for direct support schemes under the common agricultural policy and establishing certain support schemes for farmers and amending Regulations (EEC) No 2019, (EC) No 1452/2001, (EC) No 1453/2001, (EC) No 1454/2001, (EC) 1868/1994, (EC) No 1251/1999, (EC) No 1254/1999, (EC) No 1673/2000, (EEC) No 2358/71 and (EC) No 2529/2001, OJ L 270, 21.10.2003, p. 1-69.*

govog daljeg razvoja, pod uslovom da njihovo finansiranje ne spada u nadležnost Evropske investicione banke ili Evropskog socijalnog fonda. Te zajedničke mere odnose se pre svega na prilagođavanje i unapređivanje uslova proizvodnje i prodaje poljoprivrednih proizvoda i razvoj njihovog tržišta.

Troškovi politike ruralnog razvoja (tzv. „drugi stub ZPP“) delimično su finansirani iz zajedničkog budžeta preko EAGGF (i to jednim delom kroz Odeljenje za garancije, a drugim kroz Odeljenje za smernice), a delimično direktno iz budžeta država članica.[5]

Udeo budžeta za poljoprivredu u ukupnom budžetu Unije bio je sve vreme postojanja ZPP izuzetno visok, i taj procenat je tek poslednjih godina počeo da opada. Umesto 72,9% ukupnog budžeta EU, koliko se 1985. godine izdvajalo za ZPP, taj procenat je 2005. godine iznosio „samo“ 43,1%. Procentualno smanjenje rashoda za ZPP praćeno je povećanjem izdvajanja za strukturne fondove. Sa 13,9% koliko se 1985. godine izdvajalo za strukturne fondove, taj procenat je 2005. godine narastao na 35,5%.

U apsolutnim iznosima, budžet EAGGF je u periodu 1999 – 2003. godine varirao u intervalu od 41 do 47 milijardi evra. Što se tiče povećanja ukupe sume godišnjeg budžeta Unije, pa tako i poljoprivrednog budžeta sredinom 90-tih godina 20. veka, treba napomenuti da je ono rezultat pre svega povećanja BDP u državama članicama i proširenja Unije, a ne dodatnog opterećenja budžeta država članica.

Najveći deo poljoprivrednog budžeta trošen je preko Odeljenja za garancije. U tabeli je vidljiva raspodela sredstava po odeljenjima, za period 1999-2003. godine. Preko Odeljenja za garancije trošeno je od 39,5 do 47,9 milijardi evra godišnje, što u proseku čini oko 92% budžeta EAGGF. Naspram toga, na troškove Odeljenja za razvoj odlazi tek manji deo poljoprivrednog budžeta, od 1,3 do 5,5 milijardi evra godišnje.

U početku je planirano da se punjenje budžeta EAGGF najvećim delom vrši sredstvima prikupljenim od naplate dažbina na uvoz poljoprivrednih proizvoda iz trećih zemalja, a tek manjim delom od direktnih uplata država članica. Međutim, očekivanja kreatora ZPP su se ubrzo pokazala nerealnim. Uvoznici su se jednostavno opredelili da proizvode koje su do tad uvozili iz trećih zemalja, a koji su višestruko poskupeli zbog plaćanja uvoznih prelevmana, potraže u drugim članicama Zajednice. Na ovaj način je uvoz poljoprivrednih proizvoda iz trećih zemalja drastično smanjen, a time i očekivani prihodi od uvoza. Zbog toga je teret finansiranja ZPP ubrzo najvećim delom pao na budžete država članica.

---

[5] *Council Regulation (EC) No.1257/1999 of 17 May 1999 on support for rural development from the European Agricultural Guidance and Guarantee Fund (EAGGF) and amending and repeailing certain Regulations, OJ L 160, 26.6.1999, p. 80-109, Art. 35.*

Evropski poljoprivredni garantni fond (EAGF)

Od reformi početkom 90-tih godina 20. veka, kada je finansiranje ZPP u pitanju do izražaja dolazi njen drugi stub, za koji se iz godine u godinu izdvaja sve više sredstava iz poljoprivrednog budžeta.[6] Zbog specifičnosti mera za podsticanje ruralnog razvoja, odlučeno je da se njihovo finansiranje odvija preko posebnog fonda. Uredbom Saveta br. 1290/2005[7] umesto do tada jednog jedinstvenog Evropskog fonda za smernice i garancije u poljoprivredi, od 1. januara 2007. godine funkcionišu dva nova fonda: Evropski poljoprivredni garantni fond (skr. EAGF[8]) i Evropski poljoprivredni fond za ruralni razvoj (skr. EAFRD[9]). Oba fonda predstavljaju deo opšteg budžeta Unije. Ovim je zamenjen dotadašnji instrument finansiranja ZPP koji je funkcionisao od formiranja EAGGF 1962. godine.

EAGF prevashodno finansira izvoz poljoprivrednih proizvoda u treće zemlje, mere intervencije na domaćem tržištu, direktna plaćanja farmerima, zajedničke mere usmerene na promociju poljoprivrednih proizvoda na domaćem tržištu i tržištima trećih zemalja. Tu su još i mere koje se odnose na veterinarsku i fitosanitarnu zaštitu, unapređenje poljoprivrednih proizvoda, očuvanje genetskih potencijala u poljoprivredi, istraživanja u oblasti poljoprivrede i dr. Troškovi funkcionisanja EAGF ne isplaćuju se iz sredstava Fonda.

Godišnji budžet EAGF utvrđuje se u skladu sa opštim budžetom, finansijskim okvirom za konkretan vremenski period i međuinstitucionalnim sporazumom, tako da ne sme premašiti planirani iznos niti narušiti zacrtani neto balans. Štaviše, i prilikom donošenja novih propisa iz oblasti ZPP mora se voditi računa o tome da se ni njima ne naruši postignuti balans.

Isplata sredstava farmerima ne odvija se direktno sa računa EAGF. Ta se sredstva prvo transferišu specijalizovanim i akreditovanim agencijama za plaćanja država članica, koje ih dalje raspodeljuju krajnjim korisnicima. Komisija sredstva prenosi u mesečnim ratama.

---

[6] Budžetom EU za 2010. godinu predviđeno je da na ruralni razvoj bude potrošeno oko 13 milijardi evra ili oko 23% ukupnog budžeta namenjenog poljoprivredi.

[7] *Council Regulation (EC) No 1290/2005 of 21 June 2005 on the financing of the common agricultural policy OJ L 209, 11.8.2005, p. 1–25.*

[8] *European Agricultural Guarantee Fund, EAGF. Council Regulation (EC) No 1290, Art. 2.* U naučnoj literaturi se dosta često koristi i francuski naziv *Fonds européen agricole de garantie, FEAGA.*

[9] *European Agricultural Fund for Rural Development, EAFRD. Council Regulation (EC) No 1290, Art. 2.* U naučnoj literaturi se dosta često koristi i francuski naziv *Fonds européen agricole pour le développement rural, FEADER.*

ZPP je od svog nastanka u žiži interesovanja evropske javnosti zbog toga što se na nju troše ogromna budžetska sredstva (u jednom trenutku je čak 70% zajedničkog budžeta odvajano za poljoprivredu). Bilo je dosta pokušaja da se ti rashodi smanje, tako da je poljoprivredni budžet poslednje decenije stabilizovan na nivou od oko 43% opšteg budžeta. Fišlerovim reformama iz 2003. godine uspostavljen je i mehanizam finansijske discipline kojim treba sprečiti da troškovi ZPP probiju zacrtanu gornju granicu, a taj mehanizam je zadržan i u Uredbi 1290/2005. Komisiji se nalaže da prati da li se sredstva EAGF troše planiranim tempom, te da o tome obaveštava Evropski parlament i Savet kroz mesečne izveštaje.

Propisana je i stroga procedura za sprovođenja budžetske discipline, kako bi se sprečila eventualna mogućnost narušavanja predviđenog neto balansa. Ako se takva mogućnost uoči još u toku izrade nacrta budžeta, Komisija je dužna da sačini i Savetu dostavi predlog mera za njeno otklanjanje. Ukoliko se mogućnost narušavanja balansa pojavi u toku sprovođenja budžeta a Komisija ne može u okviru svojih ovlašćenja da je otkloni, dužna je da tada sačini predlog mera koje se dostavljaju Savetu na odlučivanje. Svoju odluku o predloženim merama Savet donosi u roku od dva meseca od momenta kad mu je predlog dostavljen, nakon što prethodno sasluša mišljenje Evropskog parlamenta.

Evropski poljoprivredni fond za ruralni razvoj (EAFRD)

Sredstva EAFRD namenjena su finansiranju zajedničkih programa koji se odnose na pomoć razvoju seoskih područja zemalja članica Unije. Izdvajanjem finansiranja ruralnog razvoja u poseban Fond, nezavisan od onog kojim se finansira poljoprivreda, ističe se značaj koji on dobija poslednjih decenija kao drugi stub ZPP.

U skladu sa politikom čvrstog budžetskog ograničenja, Komisija određuje maksimalni iznos sredstava koji se stavlja na raspolaganje EAFRD. Kada je nadležnost za finansiranje programa ruralnog razvoja u pitanju, važno je istaći da je ona podeljena tako da se jedan deo svakog programa finansira iz zajedničkih sredstava kroz EAFRD, a drugi iz nacionalnih budžeta država članica. Visina udela kojim EAFRD finansira svaki pojedinačni program ruralnog razvoja određuje se za svaki program pojedinačno, tako da se ne pređe zacrtani gornji limit.

Države članice podnose zahteve Komisiji za finansiranje svakog pojedinačnog programa ruralnog razvoja. Isplate iz zajedničkog budžeta za svaki pojedinačni program se vrše u godišnjim ratama.

Budžet poljoprivrednih fondova u periodu 2007–2013. godine

Poljoprivreda se u EU finansira iz budžeta Unije, najvećim delom preko EAGF i EAFRD. Finansijski okvir predstavlja višegodišnji okvirni plan strukture budžetskih prihoda i rashoda EU, koji se kasnije svakim godišnjim budžetom preciziraju. S obzirom da se njegova struktura suštinski razlikuje od strukture finansijske perspektive za period 2000-2006. godine, ne može se vršiti njihovo neposredno poređenje. Ono što je ostalo skoro nepromenjeno jesu ukupna izdvajanja za poljoprivredu. Ona će se kretati na nivou od oko 43 milijarde evra godišnje, kao što je bio slučaj i u godinama koje su prethodile donošenju finansijskog okvira. Međutim, ako sredstva koja se izdvajaju za poljoprivredu posmatraju kroz procenat GNI, vidi se da je on u periodu od 1993-1999. godine iznosio u proseku 1,05%, da bi u periodu 2000-2006. godine spao na 0,94% GNI u EU.[10] Iz tog ugla gledano, može se reći da je poljoprivredni budžet smanjen, iako je u apsolutnim iznosima ostao nepromenjen.

U novoj strukturi budžetskih rashoda poljoprivreda više neće biti najvažnija stavka. Ovog puta najviše sredstva planirano je za finansiranje održivog rasta, dok izdaci za poljoprivredu (prvi stub), stabilizovani na nivou od oko 43 milijarde evra godišnje dolaze na drugo mesto. Pošto je u posmatranom periodu planiran konstantan rast opšteg budžeta sa 133 milijarde evra 2007. na 158 milijardi 2013. godine, udeo poljoprivrednog budžeta će se stalno smanjivati. Tako su planirani izdaci za poljoprivredu 2007. iznosili 33%, a do 2013. godine bi trebalo da spadnu na 26,6% ukupnog godišnjeg budžeta. Iako postoje neki izdaci koji se troše na poljoprivredu a koji se knjiže pod drugim stavkama, ukupna izdavanja na poljoprivredu do 2013. godine ne bi trebali da pređu ⅓ ukupnog budžeta.[11]

Može se reći da poljoprivredni budžet za 2010. godinu nije doneo nikakva iznenađenja u odnosu na zacrtani finansijski okvir. Troškovi finansiranja poljoprivrede i ruralnog razvoja su navedeni u Odeljku 5 budžeta.[12] Planirano je da za ove namene bude potrošeno oko 56 milijardi evra. Od te sume, na ruralni razvoj otpada 13 milijardi ili 23%, što znači da će na prvi stub ZPP biti potrošeno oko 43 milijarde evra ili 76%.

Od prvih reformi ZPP, stalna su nastojanja da se smanji podrška cenama poljoprivrednih proizvoda (intervencije na tržištu) te da se ušteđena sredstva preraspodele za druge namene. Od 43 milijarde evra koliko ove

[10] Internet sajt *European Commission*.
[11] Prokopijević, Miroslav: „Evropska Unija, uvod“, str. 457.
[12] *Title 05 – Agricultural and Rural Development.*

godine iznosi budžet ZPP, za cenovnu podršku namenjeno je tek nešto manje od 4 milijarde evra. Za direktnu pomoć i sistem jedinstvenih plaćanja (SPS/SAPS), planirani troškovi dostižu nešto manje od 40 milijardi evra. Od te sume, na sistem jedinstvenih plaćanja otpada 33 milijarde evra, dok ostatak čine sredstva namenjena direktnim isplatama farmerima. Od ostalih troškova, koji ukupno ne prelaze 500 miliona evra, treba napomenuti da je za finansiranje predpristupne pomoći trećim državama (program IPARD i zaostala plaćanja za program SAPARD), planirano oko 130 miliona.

Zloupotreba sredstava EAGF i EAFRD

Od interesa je za zajednicu da se sredstva iz zajedničkih fondova namenski troše. Zbog velikih zloupotreba sredstava iz zajedničkih fondova, državama članicama je naloženo da usvoje neophodne propise i uspostave efikasan sistem kontrole koji će pratiti na koji se način troše sredstva EAGF i EAFRD. One su dužne da sprečavaju pojavu nezakonitosti, te da obezbede povraćaj nepravilno utrošenih sredstava. Komisija je ovlašćena da nadzire da li i na koji način države članice vrše kontrolu trošenja zajedničkih sredstava. U tom smislu, Komisija može suspendovati (u celini ili delimično) isplate i usvojiti neophodne finanijske ispravke tamo gde sistem kontrole zakaže. Takođe, može i sama povratiti nezakonito potrošena sredstva. Ipak, u izveštaju Revizorskog suda za 2008. godinu[13] priznaje se da je sistem kontrole zakonitosti plaćanja samo „delimično efikasan“, pogotovu kad se radi o merama ruralnog razvoja.

Zaključak

Kao jedna od najvažnijih zajedničkih politika EU, ZPP je u toku svog višedecenijskog razvoja izazivala brojne protivrečnosti među državama članicama. Najviše problema i sukoba kada je ZPP u pitanju stvara njen veoma složen način finansiranja, koji je dugo vremena doprinosio da ona bude najskuplja zajednička politika Unije. Od svog nastanka, ZPP se finansirala zajedničkim sredstvima preko Evropskog fonda za smernice i garancije u poljoprivredi. Budžet fonda predstavljao je deo opšteg budžeta Unije, i preko njega su finansirane različite mere, čiji je broj rastao u toku razvoja ZPP. Zbog raznolikosti tih

[13] *Annual Report of the Court of Auditors on the implenentation of the budget concerning the financial year 2008, together with the institutions' replies, OJ C 269, 10.11.2009., p. 1-256, paragraph 5.63.*

mera, EAGGF je ubrzo po svom osnivanju podeljen na Odeljenje za garancije i Odeljenje za smernice.

Zbog sve većeg značaja politike ruralnog razvoja na koju se izdvaja sve više sredstava iz poljoprivrednog budžeta, pojavila se potreba da se njegovo finansiranje obavlja preko posebnog fonda. Zbog toga je 2005. godine doneta Uredba kojom se umesto EAGGF uvode dva nova fonda preko kojih će biti finansirana ZPP, a to su Evropski poljoprivredni garantni fond i Evropski poljoprivredni fond za ruralni razvoj. Oba fonda predstavljaju deo opšteg budžeta Unije, s tim što se preko EAGF finansira prvi, a preko EAFRD drugi stub ZPP.

Veliki rast rashoda za poljoprivredu primorao je administraciju u Briselu da osmisli način da se oni nekako ograniče. Zbog toga je propisano sprovođenje stroge budžetske discipline, koja treba da održi izdatke za ZPP u projektovanim granicama. Zbog velikih zloupotreba poljoprivrednih fondova uspostavljena je i procedura kojom se vrši praćenje i kontrola rashoda, sa ciljem da se ovim neželjenim pojavama stane na put. Ipak, procene govore da su razmere zloupotreba i dalje velike.

Luka Baturan, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

European Union Funds for Financing Common Agricultural Policy

Abstract

Common Agricultural Policy (CAP) of the European Union was financed by European Agricultural Guidance and Gurantee Fund (EAGGF), in period 1962-2007. the Fund represented a part of the Union's general budget. In the beginning, the assets of the Fund were primarily used to subsidize the domestic agricultural production and finance export in third countries. In the late phases of CAP development, beside those interventions on domestic market, other precautions, such as direct payments to farmers, single payment schemes, rural development measures etc. are also being financed from the EAGGF assets. For easier financing of a big number of different kinds of expenses, the EAGGF was devided on Guarantee and Guidance sections. At first, it was planned that the EAGGF budget fills with assets collected from taxes on import of agricultural products from third countries. Still, because of rapid export decrease, incomes from export taxes were reduced, so the burden of financing CAP mostly fell on budgets of member states.

Because of the relevance of rural development policy which represents „second pillar CAP", instead of a previous unique fund, as of January 1st 2007 there are two operative funds: European Agricultural Guarantee Fund (EAGF) and European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD). Before all, EAGF finances export of agricultural products in third countries, interventions on the domestic market, direct payments to farmers, some informative and promotive actions taking into consideration the agricultural products on the internal market of the Community and in third countries, while over EAFRD rural development measures are being financed.

Since its establishment, enormous assets have been spent on CAP. In one moment even 70% of common budget was spent on CAP, in order

that agricultural budget was stabilized on the level about 43% in the last decade. To keep the balance and to avoid a breakthrough strict budget limitation, a mechanism of financial discipline was constituted. Also, there are attempts to build system of assets spending control from agricultural funds to prevent illegalities which damage interests of Union.

Key words: European Agricultural Guidance and Gurantee Fund EAGGF, European Agricultural Guarantee Fund EAGF, European Agricultural Fund for Rural Development EAFRD, Common Agricultural Policy, European Union budget.