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

ZBORNIK RADOVA
COLLECTED PAPERS

XLV 1 (2011)

NOVI SAD, 2011.

ZRPFNS, Godina XLV Novi Sad, br. 1 (2011)

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), prof. dr Gérard Marcou (Francuska),
prof. dr Peter Mader (Austrija), doc. dr Branislav Ristivojević,
mr Radmila Dabanović, Marko Knežević

Menadžer časopisa

Stefan Samardžić

Sekretarijat Uredništva

dr Vladimir Marjanski, mr Dragana Ćorić, 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 brojeva 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 Zoran Radivojević, redovni profesor
Dr Vesna Knežević-Predić, redovni profesor
Nova arhitektura Evropske unije 11

Dr Đorđe Popov, redovni profesor
Neke karakteristike ofšor poslovanja 39

Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Maistorije, sokalnici i seoski popovi 59

Dr Jožef Salma, redovni profesor
Ugovorna odgovornost – u evropskom, uporednom i domaćem pravu – 69

Dr Danica Popov, redovni profesor
Kvalifikovana državina u funkciji sticanja prava svojine održajem 109

Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor
Mr Svetlana Stanarević, asistent
Modeli ostvarivanja bezbednosti u školama u Republici Srbiji 127

Dr Ištvan Feješ, redovni profesor
Modeli ispitivanja okrivljenog i svedoka u savremenom
krivičnom postupku 141

Dr Saša Knežević, vanredni profesor
Ograničavanje lične slobode zadržavanjem osumnjičenog 167

Dr Snežana Brkić, vanredni profesor
Upotreba nezakonitih dokaza u krivičnom postupku Srbije 183

Dr Sanja Đajić, vanredni profesor
O dokaznom postupky pred Međunarodnim sudom pravde:
studija tri slučaja 215

Dr Marko Đurđević, docent
Ugovor o poklonu za slučaj smrti 241

Dr Marko Trajković, docent
Pravo i moral u svetlu prihvatanja i prinude 257

Dr Janko Veselinović, docent
Pravna priroda i obaveze ugovornih strana kod ugovora o ugostiteljskim
uslugama (ugovora o smeštaju i pansionu) 271

Dr Tatjana Lukić, docent
Informacije (obaveštenja) službi bezbednosti kao dokaz u krivičnom postupku 289
Dr Dragiša Drakić, docent
Pravno-teorijska razmatranja o pojedinim aspektima vršenja sudske vlasti u krivičnim stvarima 309
Dr Nataša Deretić, docent
Značaj Justinijanovog kodifikatorskog rada u oblasti bračnih odnosa 327
Dr Slobodan Orlović, docent
Prikaz nastavnih predmeta iz ustavnopravne materije – cilj, ishod i sadržaj predmeta 347
Dr Jelena Vidić, docent
Zakon kao pravni osnov pozivanja na nasleđivanje u bivšim socijalističkim zemljama (Rusija, Češka, Mađarska i Bugarska) 369
Dr Sanja Radovanović, asistent
Tehnološke mere u sistemu zaštite autorskog prava 399
Mr Ognjen Vujović, asistent
Injurija i telesne povrede u Zakonu XII tablica 413
Mr Atila Dudaš, asistent
Shvatanja o kauzi ugovora u domaćoj civilistici u periodu do usvajanja Zakona o obligacionim odnosima 435
Mr Anđela Stojanović, istraživač pripravnik
Načelo određenosti krivičnog zakona (*lex certa*) u praksi Evropskog suda za ljudska prava 455
Cvjetana Cvjetković, asistent
Osnovni pravni instrumenti uzajamne pomoći u poreskim stvarima u Evropskoj uniji 469
Milana Pisarić, asistent
Stanje i tendencije u suprotstavljanju kompjuterskom kriminalu na evropskom nivou 487
Sandra Samardžić, asistent
Pravna pitanja biomedicinski asistirane reprodukcije: reproduktivni turizam 507
Uroš Stanković, asistent
Autentična tumačenja Zakona o povraćaju zemalja (1839) 521
Luka Baturan, asistent
Opravdanost uvođenja privremenog ograničenja slobodnog izvoza pšenice u Srbiji 535
Jovana Đuričić, saradnik u nastavi
Usaglašena praksa i/ili svesni paralelizam na oligopolističkom tržištu 549

PRIKAZI

Dr Magdolna Sič, vanredni profesor
Tamás Nótári: Law, Religion and Rhetoric in Cicero's Pro Murena. Passau, Schenk Verlag, 2008. 200 str. 563

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Dr Nedica Dašić, asistent
Međunarodni aspekt razvrstavanja ugostiteljskih objekata za smještaj u zemljama okruženja 569

Jovana Pušac, asistent
Odgovornost izvođača radova za nedostatke projekta 591

Gordana Ćirković, sudijski pripravnik
Procesna legitimacija privatnih tužilaca pred Sudom EU posle Lisabonskog ugovora 605

ODELJAK ZA STUDENTE

Veljko Turanjanin, student doktorskih studija
Pomaganje u izvršenju krivičnog djela u srpskom krivičnom pravu 629

In memoriam Prof. dr Obrad Perić 651

TABLE OF CONTENTS

Zoran Radivojević, Ph.D., Full Professor
Vesna Knežević-Predić, Ph.D., Full Professor
The New Architecture of the European Union 11

Đorđe Popov, Ph.D., Full Professor
Some Characteristics of Offshore Operations 39

Srđan Šarkić, Ph.D., Full Professor
Craftsmen (Maistorije), so-called *Sokalnici* and Parish Priests 59

József Szalma, DSC, Dr. hc., Full Professor
Contractual Liability – in European, Comparative and Serbian Law – 69

Danica Popov, Ph.D., Full Professor
The Qualified Possession Turn Into Ownership 109

Ljubomir Stajić, Ph.D., Full Professor

Svetlana Stanarević, LL.M., Assistant
Models of Achieving Security in Schools in Republic of Serbia 127

Ištvan Feješ, Ph.D., Full Professor
Interrogation Models in Contemporary Criminal Procedure 141

Saša Knežević, Ph.D., Associate Professor
Limitation of Personal Freedom by Detention of Suspect 167

Snežana Brkić, Ph.D., Associate Professor
The Use of Illegally Gathered Evidence in the Criminal Trial 183

Sanja Đajić, Ph.D., Associate Professor
The Evidentiary Procedure before the International Court of Justice:
the Case Study of Three Judgments 215

Marko Đurđević, Ph.D., Assistant Professor
Gift on the Occasion of Death 241

Marko Trajković, Ph.D., Assistant Professor
Law and Morality in the Light of Acceptance and Constraint 257

Janko Veselinović, Ph.D., Assistant Professor
Housing and Bed and Board Contract 271

Tatjana Lukić, Ph.D., Assistant Professor
Intelligence as Evidence in Criminal Proceedings 289
Dragiša Drakić, Ph.D., Assistant Professor
Legal Theory Considerations into Individual Aspects of Judicial Prerogatives in Criminal Matter 309
Nataša Deretić, Ph.D., Assistant Professor
The Importance of Justinian's Codification Work in the Field of Marital Relations 327
Slobodan Orlović, Ph.D., Assistant Professor
Review of the Subject of Constitutional Law Matter – Objective, Outcome and Content of the Subjects 347
Jelena Vidić, Ph.D., Assistant Professor
Law as the Legal Basis to Claim Inheritance in the Former Socialist Countries (Russia, The Czech Republic, Hungary and Bulgaria) 369
Sanja Radovanović, Ph.D., Assistant
Technological Measures of Protection in the Copyright System 399
Ognjen Vujović, LL.M., Assistant
Iniuria and Physical Injuries in the Law of XII Tables 413
Attila Dudás, LL.M., Assistant
Theoretical Points of View on the Notion of Cause (Consideration) of Contracts in the Serbian Doctrine of Civil Law till the Adoption of the Law on Obligations 435
Anđela Stojanović, LL.M., researcher - trainee
The Principle of Certainty of Criminal Law (lex certa) in Case Law of the European Court of Human Rights 455
Cvjetana Cvjetković, Assistant
Basic Legal Instruments of Mutual Assistance in Tax Matters in European Union 469
Milana Pisarić, Assistant
Status and Tendencies in Combating Computer Crime at European Level 487
Sandra Samardžić, Assistant
Legal Issues of Biomedical Assisted Reproduction: Reproductive Tourism 507
Uroš Stanković, Assistant
Authentic Interpretations of Return of the Lands Act (1839) 521
Luka Baturan, Assistant
Justification of Introducing the Temporary Restrictions of Free Export of Wheat in Serbia 535
Jovana Đuričić, Junior Assistant
Concerted Practice and/or Conscious Parallelism on an Oligopolistic Market 549

PRIKAZI

Dr Magdolna Sič, vanredni profesor
Tamás Nótári: Law, Religion and Rhetoric in Cicero's Pro Murena. Passau, Schenk Verlag, 2008. 200 str. 563

SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

Nedica Dašić, Ph.D., Assistant
The International Aspect of Classification of Accommodation Facilities in the Surrounding Countries 569

Jovana Pušac, Assistant
The Responsibility of the Contractor for Project Deficiencies 591

Gordana Ćirković, judicial trainee
The *locus standi* of Private Applicants before the Court of Justice of the European Union After Lisbon Treaty 605

SECTION FOR STUDENTS

Veljko Turanjanin, student of doctoral studies
Some Questions about Complicity in the Committing Crimes 629

In memoriam Prof. dr Obrad Perić 651

Originalni naučni rad 061.1EU

Dr Zoran Radivojević, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Nišu

Dr Vesna Knežević-Predić, redovni profesor
Fakulteta političkih nauka u Beogradu

NOVA ARHITEKTURA EVROPSKE UNIJE[1]

***Sažetak**: Lisabonski ugovor doneo je značajne promene u pogledu arhitekture Evropske unije. Najvažniju novinu, svakako, predstavlja njeno značajno pojednostavljenje čime se praktično gube tri stuba na kojima je do sada EU počivala. Uspostavljanje jedinstvene strukture Unije ostvareno je stvaranjem novih i jačanjem postojećih elemenata jedinstva. Nestanak Evropske zajednice, „osamostaljivanje" Evropske zajednice za atomsku energiju, konstituisanje Evropske unije kao jedinstvenog pravnog subjekta i uvođenje jedinstvenih vrednosti novi su elementi njenog jedinstva. U isto vreme Lisabonskim ugovorom ojačani su već postojeći elementi izraženi kroz jedinstveni institucionalni mehanizam i jedinstvena pravila o izmeni osnivačkih ugovora i članstvu. Međutim, konstituisanje Unije kao jedinstvenog entiteta nije potpuno dokinulo elemente ranije trostubne arhitekture. U oblastima koje su i pre Lisabonskog ugovora odstupale od komunitarnog stuba ostala su značajna odstupanja u pogledu prirode i domašaja ovlašćenja koja su poverena glavnim organima Unije. Reč je najpre o zajedničkoj spoljnoj politici i politici bezbednosti, kojoj je sada pridodata i odbrambena politika, i gde je postojeći model međudržavne saradnje tek neznatno načet. Nasuprot tome, u oblasti policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima, koja je postala deo šire oblasti slobode, bezbednosti i pravde, međudržavni model je napušten u nekim svojim najvažnijim elementima, s tim što je odložena primena određenih bitnih elemenata naddržavnog modela saradnje.*

[1] Ovaj članak je rezultat istraživačkog rada u okviru projekta br.179079 „Politički identitet Srbije u regionalnom i globalnom kontekstu" Fakulteta političkih nauka u Beogradu koji finansira Ministarstvo nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

***Ključne reči**: Lisabonski ugovor, Evropska unija, elementi jedinstva i različitosti, komunitarni model, metod međudržavne saradnje.*

1. UVOD

Evropska unija, osnovana ugovorom iz Mastrihta, imala je tripartitnu strukturu. Ona je ustanovljena kao zajednički okvir pod koji su smeštene kako postojeće evropske zajednice (tzv. prvi ili komunitarni stub)[2], tako i novi oblici saradnje: zajednička spoljna politika i politika bezbednosti (kolokvijalno - drugi stub EU) i saradnja u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova (kolokvijalno – treći stub EU). Otuda je arhitektura Unije obično predstavljana slikom antičkog hrama koji počiva na tri samostalna stuba, tek simbolično natkriljena jedinstvenim krovom.

Ovako definisana arhitektura Unije posledica je suštinskih razlika između evropskih zajednica, koje predstavljaju oblast integracije i druga dva stuba, koje predstavljaju oblasti saradnje. Evropske zajednice, naime, odlikuje naddržavnost ili nadnacionalni karakter[3], nasuprot drugom i trećem stubu u kojima postoji klasična međudržavna saradnja[4] i gde države ne trpe nikakvu vlast iznad sebe.

Uprkos tripartitnoj strukturi, Evropska unija nije prema osnivačkom ugovoru predstavljala prost zbir ili konglomerat različitih elemenata. Osnovne komponente iz kojih je Unija sastavljena imale su i neke zajedničke elemente, a to su: a) jedinstveni ciljevi; b) jedinstveni institucional-

---

[2] Više o tome: Z. Radivojević, Prvi stub Evropske unije - acquis communautaire, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Vol. XLIV, 2004, str. 61-83; isti autor, Komunitarna tekovina, Priručnik za školu evropskih integracija, Podgorica, 2005, str. 81-100.

[3] Njihova naddržavnost oličena je zbirom sledećih osobina: a) u procesu odlučivanja učestvuju organi u kojima nisu predstavljene države članice, a to su Evropski parlament i Komisija; b) osnovni princip odlučivanja u organu u kome su predstavljene države članice – Savetu – jeste većinsko glasanje i ponderacija glasova, a ovako donete odluke obavezuju sve države, bez obzira na to kako su glasale; v) odluke institucija ne obavezuju samo države članice, već stvaraju prava i obaveze za fizička i pravna lica; g) obavezna nadležnost pravosudnih organa za rešavanje sporova iz domena komunitarnog prava i obavezni i konačni karakter njihovih presuda. Za dalju analizu: V.Knežević-Predić, Ogled o suverenosti: suverenost i Evropska unija, Beograd, 2001, str. 83-84.

[4] Međudržavni model saradnje odlikuje: a) dominacija organa u kome su predstavljene države (Saveta u odnosu na Komisiju i Evropski parlament); b) dominacija principa jednoglasnosti u donošenju odluka; v) donošenje odluka koje obavezuju samo države članice; i g) odsustvo pravosudne kontrole.

ni mehanizam; v) zajednički principi; g) jedinstveni postupak izmena i dopuna osnivačkih ugovora; i d) jedinstveno članstvo.[5]

Kasnije revizije osnivačkih ugovora evropskih zajednica i Evropske unije nisu izmenile trostubnu arhitekturu Unije. Amsterdamski ugovor je unutar postojeće konstrukcije samo izvršio preraspodelu nadležnosti tako što je oblast koja obuhvata vize, azil, imigraciju i uopšte slobodu kretanja ljudi, prebacio u celosti iz trećeg u prvi stub. Zbog toga je naziv trećeg stuba promenjen u policijsku i pravosudnu saradnju u krivičnim stvarima. Ugovor iz Nice, takođe, nije ništa bitnije izmenio u arhitekturi Unije, pošto se uglavnom bavio institucionalnim reformama za slučaj povećanja broja država članica.[6]

Prvi pokušaj pojednostavljenja strukture Evropske unije vezan je za donošenje Ugovora o ustavu za Evropu.[7] Uspostavljajući Uniju kao poseban i samosvojni entitet koji treba da zameni Evropsku zajednicu, ovaj dokument je postojeća tri stuba praktično spojio i integrisao u jedinstvenu strukturu, s tim što su ostale specifičnosti u oblasti zajedničke spoljne politike i politike bezbednosti. U manjoj meri posebna regulativa zadržana je u oblasti policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima, koja postaje deo šireg prostora slobode, bezbednosti i pravde.[8]

Neprihvatanje Ugovora o ustavu, posle neuspešnih referenduma u Francuskoj i Holandiji, nije označilo definitivni kraj ideje o jedinstvenoj Uniji. Do formalnog ukidanja tripartitne strukture Unije došlo je na osnovu Lisabonskog ugovora.[9] Njegovim stupanjem na snagu pre-

---

[5] Više o elementima jedinstva Evropske unije: V.Knežević-Predić, Z.Radivojević, Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 21-37.

[6] Za pregled dosadašnjih institucionih reformi videti: Z.Radivojević, V.Knežević-Predić, Institucije Evropske unije, Sven, Niš, 2008, str. 27-80.

[7] Tekst Ugovora usvojen je na sastanku Evropskog saveta u Briselu 18. juna 2004. godine; Treaty establishing a Constitution for Europe (CIG 87/04); Protocols and Annexers I and II (CIG 87/04 ADD 1); Declarations (CIG 87/04 ADD 2). Ugovor su najviši predstavnici tadašnjih 25 država članica Evropske unije potpisali u Rimu 29. oktobra iste godine; za tekst videti: Official Journal of the European Union, C 310, 2004. Više o novinama koje sadrži ovaj ugovor u pogledu strukture Unije: J.C.Pirs, The Constitution for Europe: A Legal Analysis, Cambridge, 2006, pp.91-95; D.Chalmers et al., European Union Law, Text and Materials, Cambridge, 2006, pp.78-81; M.Živković, Ugovor o Ustavu za Evropu, Evropsko zakonodavstvo, 10/2005, str. 52-53.

[8] Članovi I - 41-42 i III - 257-277 i 294-312 Ugovora o ustavu za Evropu.

[9] Tekst Ugovora usvojen je na sastanku Evropskog saveta u Lisabonu 19. oktobra 2007. godine. Svečano potpisivanje obavljeno je 13. decembra iste godine u Lisabonu. Ugovor se sastoji iz dva dela: prvi sadrži izmene i dopune Ugovora o Evropskoj uniji, a drugi izmene i dopune Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, koji je sada preimenovan u Ugovor o funkcionosanju Evropske unije. Ovim ugovorima pridodato je 37 protokola i 65 deklaracija, a dan pre usvajanja Lisabonskog ugovora

stala je da postoji Evropska zajednica[10], dok je Evropska zajednica za atomsku energiju zadržala svoju pravnu samostalnost kao posebna pravna ličnost izvan Evropske unije. Tako su konačno nestala tri stuba na kojima je do sada počivala Unija, a ona se konstituisala kao jedinstveni entitet koji uživa svojstvo pravnog lica i međunarodnopravni subjektivitet.

Iako ukida stubove i time pojednostavljuje strukturu Unije, Lisabonski ugovor nije dokinuo bitne razlike koje postoje u posebnim oblastima delovanja ove organizacije. Po uzoru na rešenja iz Ugovora o ustavu za Evropu, ovaj ugovor posebno izdvaja i reguliše oblast zajedničke spoljne politike i politike bezbednosti, kao i policijsku i pravosudnu saradnju u krivičnim stvarima. Razmatranje elemenata jedinstva u novoj arhitekturi Unije i odstupanja u posebnim oblastima njenog delovanja biće predmet pažnje u ovom radu.

2. POJEDNOSTAVLJENA STRUKTURA UNIJE

Pojednostavljenje strukture Unije u Lisabonskom ugovoru prvenstveno je ostvareno uvođenjem nekih novih elemenata jedinstva, ali i zadržavanjem postojećih elemenata zajedništva. Kao novi elementi predviđeni su *jedinstveni pravni subjektivitet* i *jedinstvene vrednosti Unije*, dok su od već postojećih elemenata zadržani *jedinstveni institucionalni mehanizam, jedinstvena pravila o izmeni osnivačkih ugovora i članstvu.*

2.1. Jedinstveni pravni subjektivitet

U početnim fazama svog razvoja Evropska unija nije predstavljala poseban i samosvojan pravni entitet niti je dokinula samostalnost postojećih Evropskih zajednica. One su sačuvale svoj puni pravni subjektivitet zasnovan na posebnim osnivačkim ugovorima, dok je Unija predstavljala zajednički okvir koji povezuje suštinski različite oblike saradnje država

(12. decembra 2007. godine) prihvaćen je u Strazburu prilagođeni tekst Povelje o osnovnim pravima u Evropskoj uniji (objavljen u Official Journal of the European Union, 14. 12. 2007, C 303/2), koja se, takođe, nalazi među prilozima. Ugovor je objavljen u Official Journal of the European Union, 17. 12. 2007, C 306, a njegov konsolidovani tekst u Ibid., 9. 5. 2008, C 115/22. Prevedeni tekst može se naći u M.Janjević, Konsolidovani ugovor o Evropskoj uniji, Službeni glasnik, Beograd, 2009. Više o ovom Ugovoru: V.Knežević-Predić, Z.Radivojević, Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije, Beograd, 2009, str. 55-74; R.Vukadinović, Uvod u institucije i pravo Evropske unije, Kragujevac, 2008, str. 14-17.

[10] Član 1 Ugovora o EU.

članica. Otuda i shvatanje preovlađujućeg dela tadašnje doktrine da Evropska unija zbog svoje hibridne prirode nije poseban subjekt unutrašnjeg i međunarodnog prava, već samo zbirno ime, jedinstveni okvir unutar koga su Zajednice i dalje zadržale svojstvo pravnog lica i potpuni međunarodnopravni subjektivitet.[11]

Međutim, kako se Evropska unija razvijala, tako su se sve glasnije i učestalije čuli prigovori da se prenaglašavanjem samostalnosti Evropskih zajednica zanemaruju elementi zajedništva i jedinstva Unije. Proces postepenog jačanja pravne ličnosti Unije zaokružen je Lisabonskim ugovorom koji izričito predviđa da Evropska unija „zamenjuje i nasleđuje Evropsku zajednicu" i uživa pravni subjektivitet.[12] Unija se tako konstituiše kao jedinstveni entitet koji ima svojstvo pravnog lica i raspolaže međunarodnopravnim subjektivitetom.

Nasuprot tome, Evropska zajednica nestaje sa scene kao posebna pravna ličnost, a ugovor kojim je osnovana prestaje da važi. Na njeno mesto stupa Evropska unija koja pravni osnov svog subjektiviteta i delovanja zasniva na dva ugovora jednake snage: Ugovoru o Evropskoj uniji i Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije. Na ta dva ugovora temelji se Unija kojoj države članice poveravaju ovlašćenja radi postizanja zajedničkih ciljeva.

Jedinstveni pravni subjektivitet Evropske unije, kao uostalom i ranijih evropskih zajednica, ispoljava se na dva paralelna koloseka: unutar nacionalnih pravnih sistema i na nivou međunarodnog pravnog poretka. U internim pravnim sistemima država članica Unija se pojavljuje kao pravno lice. U tom pogledu Lisabonski ugovor ne ostavlja nikakvu sumnju. On sadrži izričitu odredbu kojom se Uniji formalno priznaje svojstvo pravnog lica sa svim pravima i obavezama koje iz tog statusa proizilaze. Na teritoriji država članica Unija, dakle, uživa najširu pravnu i poslovnu sposobnost koja je njihovim zakonodavstvom priznata nacionalnim pravnim licima. Ona može da zaključuje ugovore sa drugim fizičkim i pravnim licima, da stiče i raspolaže pokretnom i nepokretnom imovinom, uključujući i pravo da bude strana u postupcima pred unutrašnjim sudovima.[13]

Za razliku od svojstva pravnog lica, status subjekta međunarodnog prava Evropske unije nije izričito regulisan. Lisabonski ugovor, kao i raniji osnivački ugovori[14], ne sadrži odredbu o priznanju njenog međuna-

[11] Više o tome: V.Knežević-Predić, Ogled o suverenosti: suverenost i Evropska unija, Beograd, 2001, str. 161-162.

[12] Članovi 1 i 47 Ugovora o EU.

[13] Članovi 47 Ugovora o EU i 335 Ugovora o funkcionisanju EU.

[14] Više o tome: V.Knežević-Predić, Međunarodnopravni subjektivitet Evropske unije, Revija za evropsko pravo, 1999, br.1, str. 73 i dalje.

rodnopravnog subjektiviteta, ali ima odredbe kojima se uređuju posebni vidovi subjektiviteta Unije. Na prvom mestu to je sposobnost Unije da zaključuje međunarodne ugovore. Novinu predstavlja odredba kojom se propisuje da Unija može zaključivati međunarodne sporazume kada je to predviđeno osnivačkim ugovorima ili kada je to potrebno za ostvarivanje, u okviru politika Unije, nekog od ciljeva utvrđenih ugovorima, kada to predviđa obavezujući pravni akt Unije ili kada je verovatno da će taj sporazum uticati na zajednička pravila ili izmeniti njihovu sadržinu.[15]

Izmenama koje donosi Lisabonski ugovor izričito je priznato i pravo predstavljanja. Aktivno pravo predstavljanja Unija ima u odnosu na treće države i međunarodne organizacije. Delegacije Unije uživaju privilegije i imunitete u skladu sa opštim pravilima međunarodnog prava i međunarodnim sporazumima koje je Unija zaključila sa trećim državama. Delegacijama EU, kao organima predstavljanja, rukovodi Visoki predstavnik za spoljne poslove i politiku bezbednosti.[16] U oblasti zajedničke spoljne i bezbedonosne politike Uniju u međunarodnim odnosima predstavlja predsednik Evropskog saveta.[17]

2.2. Jedinstvene vrednosti

Vrednosti na kojima počiva Evropska unija nisu bile izričito navedene u ranijim osnivačkim ugovorima. Umesto toga, kao opšti cilj predviđeno je da Unija na dosledan i solidaran način organizuje odnose između država članica i njihovih naroda. Iz ovako široko definisanog generalnog cilja mogle su se izvesti dve osnovne organizacione vrednosti na kojima se temeljilo delovanje Unije, a to su doslednost i solidarnost.[18] Uz to, od stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora kao principi na kojima Unija počiva i koji su zajednički državama članicama navode se sloboda, demokratija, poštovanje ljudskih prava i osnovnih sloboda i vladavina prava.[19]

---

[15] Videti Naslov V Petog dela Ugovora o funkcionisanju EU (članovi 216-219).

[16] Videti Naslov VI istog dela Ugovora o funkcionisanju EU (članovi 220-221).

[17] Član 15, stav 6 Ugovora o EU. Više o tome: K.Köhler, European Foreign Policy after Lisbon: Strenghening the EU as an International Actor, Caucasian Review of International Affairs, 2010,Vol. 4 (1), pp. 6-8.

[18] Princip doslednosti zahteva da subjekti prava EU (države, institucije i fizička i pravna lica kao individualni subjekti) deluju koordinirano i usaglašeno pri izvođenju aktivnosti koje istovremeno spadaju u domen različitih stubova. Princip solidarnosti, pak, implicira opštu obavezu svih subjekata pravnog sistema EU da sistematski sarađuju i zajednički deluju kada je to moguće i podesno. Više o tome: V.Knežević-Predić, Z.Radivojević, Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije, Beograd, 2009, str. 34-35.

[19] Član 6 Zajedničkih odredbi Ugovora o EU.

Lisabonski ugovor po prvi put sadrži posebnu odredbu o vrednostima na kojima se temelji Evropska unija One su zajedničke državama članicama u kojima vladaju pluralizam, zabrana diskriminacije, tolerancija, pravda, solidarnost i jednakost polova. Te jedinstvene vrednosti su: *poštovanje ljudskog dostojanstva, sloboda, demokratija, jednakost, vladavina prava* i *poštovanje ljudskih prava*, uključujući i prava pripadnika manjina.[20]

Navođenje jedinstvenih vrednosti Unije u osnivačkom aktu ima višestruki pravni značaj. Pre svega, Sud pravde EU i nacionalni sudovi dužni su da o njima vode računa prilikom primene prava EU. Sve institucije Unije imaju, takođe, obavezu da poštuju jedinstve vrednosti u postupku donošenja sopstvenih odluka.[21] Ista obaveza nametnuta je kandidatima za članstvo u Uniji i svim državama članicama. Od država kandidata zahteva se da poštuju osnovne vrednosti onako kako su propisane osnivačkim ugovorom i da budu posvećene njihovom unapređenju.[22] S druge strane, postojanje opasnosti od ozbiljnog kršenja vrednosti Unije od strane država članica ili njihovo ozbiljno i trajno kršenje mogu da dovedu do suspenzije nekih članskih prava koja proističu iz osnivačkog ugovora, uključujući i pravo glasa u Savetu.[23]

Poštovanje ljudskog dostojanstva je ne samo jedno od osnovnih prava čoveka, već i stvarna osnova i pretpostavka za uživanje drugih ljudskih prava. Na međunarodnom i domaćem planu nema nijednog pravnog instrumenta o ljudskim pravima koji u svoj katalog zajemčenih prava ne uvršćuje ljudsko dostojanstvo. Poštovanje dostojanstva svakog ljudskog bića danas je postalo opšteprihvaćeni standard ljudskih prava.

Iako osnovane prevenstveno radi ostvarivanja ekonomskih ciljeva, evropske zajednice i Evropska unija u svojim osnivačkim aktima imaju brojna pravila koja se temelje na ljudskom dostojanstvu. Takve su, recimo, odredbe o pravu građanstva EU, pravu na zaštitu ličnih podataka[24], zabrani diskriminacije[25], kao i čitav niz članova koji uređuju oblast slobode, bezbednosti i pravde.[26]

---

[20] Član 2 Ugovora o EU.

[21] A.M.Guerra Martins, The Treaty of Lisbon – After all another Step towards a European Constitution, Ceci n'est pas une Constitution – Constitutionalisation without a Constitution, I.Pernice-E.Tanchev (eds.), Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 64-69.

[22] Član 49 Ugovora o EU.

[23] Član 7 Ugovora o EU.

[24] Videti članove 9 i 16 Ugovora o EU

[25] Članovi 18-25 Ugovora o funkcionisanju EU.

[26] Članovi 67-89 Ugovora o funkcionisanju EU.

Dostojanstvu ljudske ličnosti posvećena je i prva glava Povelje o osnovnim pravima EU o čijoj će pravnoj prirodi kasnije biti reči. Ona počinje rečima da je ljudsko dostojanstvo nepovredivo i da se mora poštovati i štititi. Polazeći od dostojanstva kao suštinskog činioca postojanja same ljudske ličnosti, Povelja garantuje pravo na život i lični integritet, zabranjuje mučenja i druge oblike nečovečnih ili ponižavajućih postupaka i kazni, ropstvo i prinudni rad. Kao relativno nova dodata su prava na području medicine i biologije (zabrana reproduktivnog kloniranja, eugenske prakse ili korišćenje ljudskog tela kao izvora finasijske dobiti).[27]

Ugovor iz Lisabona sadrži niz odredaba koje su inspirisane slobodom koja, takođe, predstavlja jednu od vrednosti Unije. U prvom redu to je odredba koja kao poseban cilj Unije navodi stvaranje oblasti slobode, bezbednosti i pravde, bez unutrašnjih granica i uz obezbeđenu slobodu kretanja ljudi. Sloboda je predstavljala izvor inspiracije i prilikom formulisanja tradicionalnog cilja Unije koji se sastoji u stvaranju unutrašnjeg tržišta i ukidanju prepreka između država članica za slobodno kretanje dobara, lica, usluga i kapitala.[28] Pored toga, ona je u osnovi svih odredaba koje regulišu slobodnu konkurenciju.[29]

S druge strane, pomenuta Povelja o osnovnim pravima EU sadrži posebno, drugo poglavlje koje nosi naslov „Sloboda“. U njemu su uglavnom preuzeta osnovna građanska i politička prava (pravo na slobodu i bezbednost, poštovanje privatnog i porodičnog života, sloboda mišljenja, izražavanja, okupljanja i udruživanja, pravo na imovinu), ali i neka prava koja imaju poseban značaj za Uniju, kao što su, recimo, sloboda izbora zanimanja i vođenja poslova ili pravo na azil i zaštitu prilikom preseljenja, proterivanja ili izručenja.[30]

Demokratija predstavlja još jednu vrednost koja je uvek imala uticaj kako na evropske zajednice, tako i na Uniju. Zahtev za većom demokratičnošću institucija, stalno prisutan u radu ove organizacije, dobio je na snazi i značaju posle uvođenja opštih i neposrednih izbora za Evropski parlament. Uostalom i sve dosadašnje reforme i izmene osnivačkih ugovora težile su povećanju demokratičnosti i delotovornosti Unije.

Lisabonski ugovor ne predstavlja u tom pogledu izuzetak, budući da čitav niz izmena koje on donosi imaju upravo za cilj dalju demokratizaciju Unije. U tekst Ugovora o EU po prvi put je unet poseban Naslov II koji

[27] Videti članove 1-5 Povelje.
[28] Član 3, stavovi 2 i 3 Ugovora o EU.
[29] Članovi 101-106 Ugovora o funkcionisanju EU.
[30] Videti članove 6-19 Povelje.

sadrži odredbe o demokratskim principima. Prema ovim odredbama, institucije, organi i tela Unije u svojim aktivnostima poštuju princip jednakosti svojih građana. Funkcionisanje Unije zasnovano je na principu predstavničke demokratije. Građani su na nivou Unije predstavljeni u Evropskom parlamentu, a države članice u Evropskom savetu i Savetu. Svaki građanin ima pravo da učestvuje u demokratskom životu Unije. Institucije svoje odluke donose javno i na način što je moguće bliži građanima. Kao osnovni demokratski principi u radu Unije izričito su navedeni javnost, transparentnost i doslednost uz učešće predstavničkih udruženja i civilnog društva.

Poštujući princip predstavničke demokratije, Lisabonski ugovor potvrđuje da političke partije na evropskom nivou doprinose formiranju evropske političke svesti i izražavanju volje građana Unije. Saglasno tom principu, dopušta se da najmanje milion građana Unije iz većeg broja država članica pokrene inicijativu kojom poziva Komisiju da u okviru svojih nadležnosti podnese odgovarajući predlog pravnog akta o nekom pitanju za koje građani smatraju da ga je neophodno regulisati. Pored toga, povećanju demokratičnosti Unije doprinose odredbe Ugovora o ulozi nacionalnih parlamenta u njenom dobrom funkcionisanju, kao i princip supsidijarnosti.[31]

Vladavina prava kao vrednost Unije ima za cilj da uspostavi sklad između potrebe vršenja javnih ovlašćenja i poštovanja pojedinačnih prava.[32] Neke od izmena sadržane u Lisabonskom ugovoru upravo su usmerene u pravcu osiguranja vladavine prava. Takav je slučaj sa odredbama koje se odnose na institucije, kao i onima koje proširuju nadležnost Suda pravde. U istom cilju je uz ovaj Ugovor usvojena posebna deklaracija o primatu prava EU.

Kad su u pitanju institucionalne odredbe, novina je što su po prvi put jasno i precizno definisane funkcije svake institucije i određen način njihovog vršenja. Tako Evropski parlament zajedno sa Savetom vrši zakonodavne i budžetske funkcije. Uz to, Parlament obavlja funkciju političke kontrole i daje mišljena u slučajevima predviđenim ugovorima. Pored zakonodavne i budžetske funkcije, Savet ima zadatak da utvrđuje politiku i usklađuje aktivnosti u skladu sa uslovima koji su utvrđeni ugovorima. Evropski savet, pak, ne može da vrši zakonodavne funkcije, već samo daje podsticaje za razvoj Unije i utvrđuje njenu opštu političku orijentaciju i prioritete.[33]

---

[31] Članovi 9-12 Ugovora o EU. Više o tome: De Burca, The European Union on the Road from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty, Jean Monnet Working Paper, 2008, no 9-10; dostupno na sajtu: www.jeanmonnetprogram.org

[32] A.M.Guerra Martins, op.cit., p. 67.

[33] Članovi 14-16 Ugovora o EU.

S druge strane, nadležnost Suda pravde proširena je na neke oblasti u kojima je ona ranije bila isključena ili ograničena. Radi se konkretno o policijskoj i pravosudnoj saradnji u krivičnim stvarima o čemu će kasnije više biti reči. Pored toga, Lisabonski ugovor omogućava fizičkim i pravnim licima da lakše pokrenu postupak pred Sudom pravde protiv akata organa Unije. Prema novom rešenju oni će moći to da čine i kada se radi o aktima koji imaju regulatorni karakter i ne sadrže mere implementacije, pod uslovom da ih ovi akti neposredno, ali više ne i pojedinačno pogađaju.[34] Na taj način je praktično olakšan pristup individualnih subjekata Sudu pravde.

Princip nadređenosti prava EU u slučaju sukoba sa nacionalnim pravom država članica uključen je, takođe, u vladavinu prava. Ugovor iz Lisabona, za razliku od neprihvaćenog Ugovora o ustavu[35], ne sadrži izričitu odredbu koja propisuje primat prava Unije u odnosu na pravo država članica. Umesto toga, u posebnoj Deklaraciji o primatu podseća se da „na osnovu dobro ustanovljene prakse Suda pravde EU ugovori i pravo koje je usvojila Unija na osnovu ugovora imaju prednost u odnosu na pravo država članica pod uslovima koji su utvrđeni navedenom praksom“. Unošenjem u tekst ove deklaracije, koja nesumnjivo nema pravnu snagu osnivačkog ugovora, puna primena principa nadređenosti ipak nije dovedena u pitanje, budući da je on čvrsto utemeljen i široko prihvaćen u sudskoj praksi.[36]

Jednakost kao vrednost ima poseban zanačaj za Evropsku uniju jer su se evropske integracije od samog početka zasnivale na principima jednakosti i zabrane diskriminacije. Kroz kasnije izmene osnivačkih ugvora i praksu Suda pravde područje primene ovih načela značajno je prošireno. U Lisabonskom ugovoru i Povelji o osnovnim pravima EU jednakost, takođe, dobija posebno mesto i ulogu. Kao jedan od od ciljeva Unije navedena je borba protiv socijalnog isključivanja i diskriminacije, kao i unapređenje jednakosti između muškaraca i žena.[37] Radi postizanja tog cilja Unija poštuje princip jednakosti svojih građana i izričito priznaje jednaki tretman muškaraca i žena u oblasti zapošljavanja, rada, plaćanja i obavljanja profesionalnih aktivnosti.[38]

U Povelji o osnovnim pravima EU, treće poglavlje koje nosi naslov „Jednakost', polazi od opšte postavke o jednakosti pred zakonom i zabra-

[34] Član 263, stav 4 Ugovora o funkcionisanju EU.
[35] Član I-6 Ugovora o ustavu za Evropu.
[36] A.M.Guerra Martins, op.cit., p. 68.
[37] Član 3, stav 3 Ugovora o EU.
[38] Član 157 Ugovora o funkcionisanju EU.

ni diskriminacije na osnovu pola, rase, boje kože, etničkog ili socijalnog porekla, jezika, vere, političkih ubeđenja ili imovinskog stanja. Pored ovih već poznatih oblika diskriminacije, izričito se zabranjuje razlikovanje na osnovu genetskih osobina, uverenja, invaliditeta, godina starosti i seksualne orijentacije. Još jednom je potvrđena klasična zabrana diskriminacije na osnovu državljanstva i bliže razrađena jednakost između muškaraca i žena u svim oblastima profesionalnog života uz dopuštanje mogućnosti za preduzimanje afirmativne akcije.[39]

Ugovor iz Lisabona posvećuje posebnu pažnju poštovanju ljudskih prava i čini značajne korake u pravcu preciznijeg regulisanja kako sadržaja, tako i mesta i uloge ljudskih prava u pravnom poretku EU. Njime je konačno otklonjena dilema u pogledu pravnog karaktera Povelje o osnovnim pravima EU. Povelja je, naime, prihvaćena u formi međuinstitucionalnog sporazuma Evropskog parlamenta, Saveta i Komisije 2000. godine u Nici. Činjenica da ona nije predstavljala međunarodni ugovor između država članica stvarala je značajne sumnje u pogledu pravne obaveznosti njenih odredaba, a samim tim i nedoumice o njihovom mestu i ulozi u pravnom poretku EU.

Za razliku od tvoraca neprihvaćenog Ugovora o ustavu za Evropu, koji su u sam tekst Ugovora uneli kompletan katalog ljudskih prava[40], autori Lisabonskog ugovora opredelili su se za svojevrstan *come back* Povelji[41], ali uz značajno pojašnjenje. Član 6 Ugovora o EU izričito propisuje da prava, slobode i principi sadržani u Povelji, kako je ona prilagođena 12 decembra 2007. godine u Strazburu, imaju istu pravnu snagu kao i odredbe osnivačkih ugovora. Međutim, postoji jedno ograničenje: odredbe Povelje, kaže se u stavu 2 ovog člana, neće ni na koji način proširiti ovlašćenja EU koja ostaju određena ugovorima. Iako u značajnoj meri pojašnjava pravni osnov zaštite ljudskih prava i olakšava tumačenje njihove sadržine, ovakva formulacija[42]ostavlja brojne nedomuce, koje će, kao i u nizu slučajeva ranije, dobiti svoj odgovor u jurisprudenciji Suda pravde, do sada inače ne baš sklonom da se na Povelju oslanja[43]

---

[39] Videti članove 20-25 Povelje.

[40] Videti članove od II-61 do II-114 neprihvaćenog Ugovora o ustavu za Evropu.

[41] Povelja nije uključena u integralni tekst Lisabonskog ugovora, već je data u jednom od aneksa.

[42] Stav 3 člana 6 Ugovora o EU.

[43] Ovom pitanju posvećena je obimna literatura iz koje preporučujemo J.D. de la Rochèr, Protection of Fundamental Rights in the EU: Community of Valuesh Opt-Out, Ceci n'est pas une Constitution – Constitutionalisation without a Constitution, I.Pernice-E.Tanchev (eds.), Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 119-129.

Naredna nedoumica koju Lisabonski ugovor otklanja jeste odnos EU prema Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Pristupanje ovoj Konvenciji, koje je decenijama bilo izvor rasprava u okviru evropskih zajednica, a potom i EU, izričito je dozvoljeno, uz ogradu da to neće uticati na ovlašćenja koja su definisana ugovorima. Kao potvrdu duboko ukorenjene sudske prakse, Lisabonski ugovor predviđa da osnovna prava, onako kako su zajemčena Evropskom konvencijom i kako proističu iz zajedničke ustavne tradicije država članica, predstavljaju opšte načelo prava EU koje njeni pravosudni organi štite.[44]

Sa svoje strane Savet Evrope se potrudio da stvori ugovorni pravni osnov u sistemu Konvencije za pristupanje EU. Pošto je 1. juna 2010. godine stupio na snagu Protokol br.14 uz ovu Konvenciju, koji u čl. 59 izričito propisuje mogućnost pristupanja EU, usledile su i operativne aktivnosti na tom planu. Naime, već 4. juna iste godine Savet je ovlastio Komisiju da započne pregovore sa Savetom Evrope o pristupanju Unije Konvenciji. U pregovorima koji se započeli 7. jula sa predstavnicima Komiteta ministara pred pregovaračima našla su se brojna otvorena pitanja, od kojih je verovatno najznačajnije pitanje pravosudne kontrole, odnosno razgraničenja nadležnosti između Suda pravde EU i Evropskog suda za ljudska prava u ovoj oblasti.[45]

Politički mehanizam nadzora nad poštovanjem jedinstvenih vrednosti nije pretrpeo bitne izmene. Kao i do sada, centralno mesto u postupku utvrđivanja opasnosti od kršenja vrednosti EU ima Savet koji je ovlašćen da uputi odgovarajuću preporuku državi. Za utvrđivanje masovnog i ozbiljnog kršenja jedinstvenih vrednosti i izricanje mere suspenzije države članice nadležan je Evropski savet.[46]

---

[44] Član 6, stavovi 2 i 3 Ugovora o EU. Više o tome: A.M.Guerra Martins, op.cit., pp. 71-73.

[45] Rezultat tih pregovora treba da bude usvajanje teksta sporazuma o pristupanju EU Evropskoj konvenciji koji će zaključiti Komitet ministara Saveta Evrope i Savet EU, a odobriti Evropski parlament. Za stupanje na snagu tog sporazuma biće potrebna ratifikacija svih 47 država ugovornica Evropske konvencije izvršena u skladu sa njihovim ustavnim propisima.

[46] Član 7 Ugovora o EU. Pored ovih načelnih odredaba, Lisabonski ugovor sadrži niz odredaba koje su posvećene pojedinim pravima fizičkih lica, na primer, pravu na jednakost i pravu građanstva EU (član 9 Ugovora o EU), pravu na učešće u demokratskom životu (član 10, stav 3), pravu na pristup dokumentima (član 15, stav 3) i pravu na zaštitu podataka (član 16). Zabrani diskriminacije i građanstvu EU posvećen je Deo II Ugovora o funkcionisanju EU (članovi 18-25).

2.3. Jedinstveni institucionalni mehanizam

Jedinstveni institucionalni mehanizam kojim raspolaže EU treba da obezbedi usklađenost, efikasnost i kontinuitet politika i akcija radi unapređenja njenih vrednosti, ostvarivanja ciljeva i očuvanja interesa, kao i interesa njenih građana i država članica.[47] Okosnicu složenog institucionalnog mehanizma EU čini sedam glavnih organa ili institucija, kako ih nazivaju osnivački ugovori. To su Evropski parlament, Evropski savet, Savet, Komisija, Sud pravde EU, Evropska centralna banka i Računovodstveni sud. Kako vidimo, status glavnog organa sada su stekli Evropski savet i Evropska centralna banka, dok je Računovodstveni sud ponovo uvršćen u katalog organa koji sačinjavaju institucionalni okvir Unije, pošto mu je taj status bio oduzet prema neprihvaćenom Ugovoru o ustavu.[48] U ostale organe Unije spadaju Ekonomski i socijalni komitet i Komitet regiona kao njeni savetodavni organi, kao i Evropska investiciona banka koja se prvenstveno bavi finansijskim pitanjima.[49]

Svaka institucija dužna je da deluje u okviru nadležnosti koje su joj poverene osnivačkim ugovorima i u skladu sa predviđenim procedurama i uslovima. Pored toga, institucije imaju obavezu da međusobno ostvaruju korektnu saradnju.[50]

Lisabonski ugovor sadrži veći broj konkretnih izmena u pogledu sastava, načina rada, odlučivanja i nadležnosti kako glavnih organa ili institucija, tako i savetodavnih organa Unije. Ovim ugovorom nastavljen je ranije započeti tren jačanja uloge Evropskog parlamenta u odnosu na druge organe. Nesumnjivo najznačajnija novina je proširenje njegovih ovlašćenja u zakonodavnoj i budžetskoj oblasti. U pogledu sastava novina je da maksimalni broj poslanika iznosi 750 plus predsednik Parlamenta, s tim što nije unapred izvršena raspodela poslaničkih mesta između država članica, već su samo dati kriterijumi na osnovu kojih će to učiniti Evropski savet svojom odlukom.[51]

Uključujući Evropski savet u jedinstveni institucionalni sistem Unije, Lisabonski ugovor je značajno ojačao njegov položaj i uticaj. U tom pogledu važnu novinu predstavlja uvođenje funkcije predsednika Evrop-

---

[47] Član 13, stav 1 Ugovora o EU.

[48] Članovi I-19 i I-31 Ugovora o ustavu za Evropu.

[49] Više o tome: Z.Radivojević, Institucionalne novine u Lisabonskom ugovoru, Pravni život, 2009, br.14, Tom VI, str. 56-59.

[50] Član 13, stav 2 Ugovora o EU.

[51] Članovi 14 i 16 Ugovora o EU i 223-234, 289 i 314 Ugovora o funkcionisanju EU. Više o tome: V.Knežević-Predić, Z.Radivojević, Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije, Beograd, 2009, str. 63-64.

skog saveta, umesto dosadašnjeg predsedavajućeg koji se po sistemu rotacije menjao na svakih šest meseci. Predsednik se bira na period od dve i po godine i njemu su uglavnom poverena ovlašćenja proceduralne i reprezentativne prirode. Druge novine vezane su za ovlašćenje Evropskog saveta da donosi obavezujuća akta i neke njegove potpuno nove funkcije, kao što je pravo da odlučuje o formacijama Saveta ili da menja ugovorom propisan zakonodavni postupak i način odlučivanja u ovom organu.[52]

Lisabonski ugovor sadrži odredbe koje suštinski menjaju dosadašnji status i neka ovlašćenja Saveta. Reč je o izmenama u pogledu formacija i predsedavanja, položaja u postupku usvajanja zakonodavnih akata i budžeta, načina odlučivanja i javnosti rada ovog organa. Bitnu novinu predstavlja napuštanje sistema odmeravanja glasova, tj. ponderisanog glasanja koji je primenjivan u ovom organu više od pet decenija. Umesto toga, usvojeno je načelo jedna država – jedan glas, uz zadržavanje kvalifikovane većine kao osnovnog načina glasanja i uvođenje sistema „dvostruke većine“.[53]

U odnosu na Komisiju, Lisabonski ugovor donosi promene sastava, uslova za imenovanje i postupka izbora njenih članova, kao i kandidovanja i ovlašćenja predsednika Komisije. Najuočljiviju novinu predstavlja uvođenje funkcije Visokog predstavnika Unije za spoljne poslove i politiku bezbednosti koji treba da prevaziđe dosadašnji dualizam između ranijeg Visokog predstavnika EU za spoljnu politiku i politiku bezbednosti i komesara zaduženog za spoljne poslove. Međutim, uprkos spajanju ovih funkcija u jednoj ličnosti Visoki predstavnik se opet pojavljuje u dvostrukoj ulozi, jer je istovremeno član Saveta i potpresednik Komisije. Pored toga, uvodi se Evropska služba za spoljne poslove koja stoji na raspolaganju Visokom predstavniku.[54]

Lisabonski ugovor predviđa određene novine u pogledu organizacije pravosudnog sistema EU. One se odnose na naziv i sastav pravosudnih organa, broj opštih pravobranilaca i postupak imenovanja sudija i pravobranilaca. Kad je reč o nazivu, najveću promenu predstavlja preimenovanje dosadašnjeg Suda pravde u Sud pravde EU, jer je taj novi naziv za-

---

[52] Članovi 15 i 48 Ugovora o EU i 235-236 Ugovora o funkcionisanju EU. Bliže o tome: Z.Radivojević, Nova institucionalna reforma Evropske unije, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2009, br.1, str. 196-200.

[53] Članovi 16 Ugovora o EU i 237-243 Ugovora o funkcionisanju EU. Videti o tome: Z.Radivojević, Institucionalne novine u Lisabonskom ugovoru, Pravni život, 2009, br.14, Tom VI, str. 48-52.

[54] Članovi 17-18 i 27 Ugovora o EU i 244-250 Ugovora o funkcionisanju EU. Više o tome: V.Knežević-Predić, Z. Radivojević, Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije, Beograd, 2009, str. 68-69.

pravo zajednička oznaka za celokupni pravosudni sistem Unije. Prema Lisabonskom ugovoru samo Sud pravde EU ima status institucije Unije. U njegov sastav, kao posebni pravosudni organi, sada ulaze Sud pravde, Opšti sud i specijalizovani sudovi.[55]

Kad su u pitanju druge institucije, najznačajniju izmenu predstavlja uključenje Evropske centralne banke u listu glavnih organa EU. Priznajući Banci taj status, Lisabonski ugovor je izmenio način imenovanja predsednika, potpresednika i članova Izvršnog odbora, kao i njen procesni položaj u postupku pred Sudom pravde. Uz to, po prvi put je u Ugovor unet odeljak koji sadrži posebne odredbe o državama članicama čija je valuta evro.[56]

S druge strane, Ekonomski i socijalni komitet i Komitet regiona zadržali su savetodavni status, uz nešto drugačije određen sastav i duži mandat njihovih članova i funkcionera. U isto vreme ojačan je njihov uticaj i položaj u postupku pred Sudom pravde i u odnosu na Evropski parlament.[57]

2.4. Jedinstvena pravila o izmeni osnivačkih ugovora i članstvu

Ugovor iz Lisabona razlikuje uobičajeni, odnosno redovni i pojednostavljeni ili uprošćeni postupak izmene osnivačkih ugovora. Uobičajeni postupak izmene i dopune može inicirati vlada bilo koje države članice, Evropski parlament ili Komisija. Predlog izmena može se odnositi na povećanje ili smanjenje ovlašćenja EU. Taj predlog upućuje se Savetu koji ga prosleđuje Evropskom savetu i o tome obaveštava parlamente država članica. Pošto pribavi mišljenje Evropskog parlamenta i Komisije, Evropski savet o predlogu odlučuje prostom većinom.

Ukoliko prihvati predlog da se razmotre predložene izmene, predsednik Evropskog saveta saziva Konvenciju koju čine: predstavnici parlamenata država članica; šefovi država ili vlada članica; predstavnici Evropskog parlamenta i predstavnici Komisije. Evropska centralna banka biće konsultovana ukoliko se predložene izmene odnose na monetarnu oblast.

Zadatak Konvencije je da razmotri predloge izmena i dopuna i konsensusom usvoji preporuke za konferenciju predstavnika država članica.

[55] Članovi 13 i 19 Ugovora o EU i 251-257 Ugovora o funkcionisanju EU. Bliže o tome: Z.Radivojević, Organizacija pravosudnog sistema Evropske unije prema Lisabonskom ugovoru, Izazovi evropskih integracija, 2009, br.4, str. 117-129.

[56] Član 13, stavovi 1 i 3 Ugovora o EU i članovi 127-141 i 282-284 Ugovora o funkcionisanju EU. Detaljna pravila o njenom radu i funkcionisanju nalaze se u Protokolu br. 4 o Statutu Evropskog sistema centralnih banaka i Evropske centralne banke.

[57] Članovi 13, stav 4 Ugovora o EU i 300-307 Ugovora o funkcionisanju EU.

Ovu konferenciju, po završetku rada Konvencije, saziva predsednik Saveta i njen je zadatak da se postigne opšta saglasnost o amandmanima na ugovore. Da bi amandmani stupili na snagu potrebno je da ih usvoje sve države članice u skladu sa svojim ustavnim propisima. Ako dve godine po potpisivanju ugovora kojim se menja Ugovor o EU i Ugovor o funkcionisanju EU četiri petine država članica ratifikuju izmene, a jedna ili više članica naiđe na prepreke u tom procesu, o tome se obaveštava Evropski savet.

Evropski savet može, prostom većinom i po dobijenom odobrenju Evropskog parlamenta, odlučiti da ne saziva Konvenciju ukoliko to ne zahtevaju razmere predloženih izmena. U tom slučaju on će utvrditi mandat konferencije predstavnika vlada država članica za izmene koje je potrebno izvršiti u ugovorima.[58]

Pojednostavljenu proceduru izmena inicira isti krug subjekata: vlada bilo koje države članice, Evropski parlament i Komisija. Predlog izmena se upućuje Evropskom savetu, s tim da se on može odnositi samo na unutrašnje politike i delovanje Unije. Pošto pribavi mišljenje Evropskog parlamenta i Komisije, kao i Evropske centralne banke ukoliko je reč o izmenama u monetarnoj oblasti, Evropski savet jednoglasnom odlukom usvaja sve ili neke od predloženih izmena. Izmene stupaju na snagu kada ih odobre sve države članice u skladu sa svojim ustavnim propisima.[59]

Lisabonski ugovor predviđa neke posebne situacije u kojima se može primeniti pojednostavljena procedura izmene osnivačkih ugovora. Prvi je slučaj kada Ugovor o funkcionisanju EU ili naslov V Ugovora o EU propisuju jednoglasnost u Savetu i tada Evropski savet može svojom odlukom ovlastiti Savet da pređe na kvalifikovanu većinu. Izuzetak u tom pogledu predstavljaju odluke vezane za vojna pitanja i odluke iz oblasti odbrane. Pored toga, u slučajevima za koje Ugovor o funkcionisanju EU propisuje da Savet usvaja zakonski akt u posebnom zakonodavnom postupku, Evropski savet može svojom odlukom predvideti prelazak na redovni zakonodavni postupak.

Evropski savet dužan je da obavesti nacionalne parlamente o postojanju inicijative da se donese neka od ovih odluka. Ukoliko bilo koji od nacionalnih parlamenata izrazi nesaglasnost u roku od šest meseci od obaveštenja, odluka neće biti doneta. Samo ako nijedan od parlamenata ne izrazi svoje protivljenje, Evropski savet može jednoglasno, pošto pribavi odobrenje Evropskog parlamenta za koje je potrebna većina njegovih članova, usvojiti takvu odluku.[60]

---

[58] Član 48, stavovi 1-5 Ugovora o EU.
[59] Ibid., stav 6 člana 48.
[60] Ibid., stav 7 člana 48.

Lisabonski ugovor detaljnije reguliše postupak učlanjenja u Uniju. Kada je o uslovima za članstvo reč, oni su slični sa do sada važećim ugovorima. Ugovor, naime, zahteva da je kandidat evropska država i da poštuje osnovne vrednosti Unije, kao i da je posvećen njihovom unapređenju. Država kandidat podnosi molbu za učlanjenje Savetu, o čemu se obaveštavaju Evropski paralament i parlamenti država članica. Savet odlučuje o molbi jednoglasno, pošto konsultuje Komisiju i pribavi odobrenje Evropskog parlamenta. Pri odlučivanju se uzimaju u obzir i kriterijumi o pogodnosti kandidata koje utvrđuje Evropski savet.

Uslovi prijema i nužna prilagođavanja osnivačkih ugovora regulišu se, kao i do sada, posebnim sporazumom koji se zaključuje između države koja pristupa EU i država članica. Taj sporazum stupa na snagu pošto ga potvrde sve strane ugovovornice u skladu sa svojim ustavnim procedurama.[61]

Novina koju donosi Lisabonski ugovor tiče se istupanja iz članstva. Ne samo da se ovaj institut po prvi put pojavljuje u osnivačkim ugovorima, već je dosta detaljno regulisan i sam postupak istupanja. Pravo je svake članice da, u skladu sa postupkom koji propisuje njen pravni poredak, odluči da istupi iz EU. Ona o toj nameri obaveštava Evropski savet koji utvrđuje smernice za pregovore o istupanju. Sporazum koji proistekne iz ovih pregovora zaključuje u ime EU Savet, kvalifikovanom većinom i pošto pribavi odobrenje Evropskog parlamenta. Predstavnik države koja želi da istupi iz EU ne učestvuje u glasanju u Savetu i Evropskom savetu. Osnivački ugovori prestaće da se primenjuju na tu državu danom stupanja na snagu sporazuma o istupanju ili, ako do njegovog stupanja na snagu ne dođe, dve godine posle saopštavanja namere o istupanju. Međutim, Evropski savet može jednoglasno i uz saglasnost sa državom o kojoj je reč odlučiti da taj rok produži.[62] Država koja je istupila iz EU može ponovo postati njen član po postupku koji je propisan za prijem novih članica.

3. ODSTUPANJA U POSEBNIM OBLASTIMA DELOVANJA UNIJE

Konstituisanje EU kao jedinstvenog entiteta koji zamenjuje i nasleđuje evropske zajednice nije uklonio sve značajne razlike u posebnim oblastima delovanja Unije. Reč je o oblastima koje su i pre Lisabonskog ugovora nesumnjivo odstupale od komunitarnog stuba, a to je zajednička spoljna politika i politika bezbednosti kojoj je sada pridodata i odbrambena politika (u daljem tekstu ZSPPB) i policijska i pravosudna saradnja u krivičnim stvarima (u daljem tekstu PPSKS).

[61] Član 49 Ugovora o EU.
[62] Član 50 Ugovora o EU.

3.1. Zajednička spoljna i bezbedonosna politika

Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora ZSPPB postala je deo šire oblasti spoljnjeg delovanja EU (u daljem tekstu SD). U isto vreme, za nju je kreiran posebni pravni režim. U oblast SD, osim ZSPPB, spadaju i zajednička trgovinska politika, saradnja sa trećim državama i humanitarna pomoć, restriktivne mere, zaključivanje međunarodnih sporazuma i odnosi EU sa međunarodnim organizacijama i trećim državama, kao i delegacije EU.

Za tako definisanu oblast Ugovor o EU propisuje jedinstvene ciljeve i principe. Za ciljeve SD se može reći da su to zapravo značajno unapređeni ciljevi ZSPPB i to: zaštita vrednosti EU, osnovnih interesa, bezbednosti, nezavisnosti i integriteta; konsolidacija i podrška demokratiji, vladavini prava, ljudskim pravima i načelima međunarodnog prava; zaštita mira, sprečavanje sukoba i jačanje međunarodne bezbednosti u skladu sa ciljevima i načelima Povelje Ujedinjenih nacija, sa principima Završnog akta iz Helsinkija i sa ciljevima Pariske povelje, uključujući one koje se odnose na spoljne granice; podsticanje održivog ekonomskog i društvenog razvoja, kao i razvoja životne sredine u zemljama u razvoju sa prevashodnim ciljem da se iskoreni siromaštvo; ohrabrenje uključivanja svih država u svetsku ekonomiju između ostalog i progresivnim ukidanjem ograničenja u međunarodnoj trgovini; pomoć razvoju međunarodnih mera za zaštitu i povećanje kvaliteta životne sredine i održivog upravljanja svetskim prirodnim bogatstvima, da bi se osigurao održivi razvoj; pomoć narodima, državama i regionima koji su suočeni sa prirodnim katastrofama ili katastrofama koje su rezultat delovanja čoveka; unapređenje međunarodnog sistema zasnovanog na snažnijoj multilateralnoj saradnji i dobrom globalnom upravljanju. Pri ostvarenju ovih ciljeva EU se rukovodi principima „koji su inspirisali njen nastanak, razvoj i proširenje i koje želi da unapredi u široj zajednici: demokratija, vladavina prava, univerzalnost i nedeljivost ljudskih prava i sloboda, poštovanje ljudskog dostojanstva, principa jednakosti i solidarnosti i poštovanje osnovnih principa Povelje Ujedinjenih nacija i međunarodnog prava“.[63]

Polazeći od ovih ciljeva i principa, Evropski savet utvrđuje strateške interese i ciljeve EU u celokupnoj oblasti SD. Tim odlukama, koje su donete na preporuku Saveta, i to jednoglasnošću država članica, određuje se i trajanje aktivnosti, kao i sredstva EU i država članica koja će biti angažovana. Neophodne izvršne odluke Savet donosi potom u postupcima koji su različiti za različite segmente SD. Pra-

[63] Član 21 Ugovora o EU.

vo da inicira proces odlučivanja uživa Visoki predstavnik za spoljnu politiku i politiku bezbednosti u ovoj oblasti, a Komisija za preostale oblasti SD.[64] Neophodnu konzistentnost SD obezbeđuju Savet i Komisija.[65]

Da ZSPPB nije tek jedan segment SD EU ukazuje i član 2 Ugovora o funkcionisanju EU u kome nalazimo možda ne do kraja preciznu, ali dugo željenu klasifikaciju ovlašćenja EU. Stav 4 ovog člana ukazuje, naime, da ZSPPB izmiče klasičnoj podeli na isključiva ovlašćenja i konkurentna ili podeljena ovlašćenja za razliku od drugih segmenata SD. Naime, svi drugi segmenti su izričito svrstani ili se daju svrstati prema pomenutom kriterijumu analizom relevantnih odredaba Ugovora o funkcionisanju EU.[66] Nasuprot tome, već pomenuti član 2 Ugovora izrekom izdvaja ZSPPB i kaže: „Unija je nadležna da, u skladu sa odredbama Ugovora o Evropskoj uniji, utvrđuje i sprovodi spoljnu politiku i zajedničku bezbednost, što uključuje i postepeno definisanje zajedničke odbrambene politike.» Tako se kao pravni osnov delovanja EU u oblasti ZSPPB pojavljuje samo Ugovor o EU i to Glava 2 Naslova V koji, kako se već da naslutiti, propisuje poseban pravni režim delovanja za institucije EU.

Naravno, glavni organi EU su i ovde ti koji vrše ovlašćenja. Ipak, njihova uloga je u ZSPPB bitno drugačija. Tako je čak upitno da li Komisija u ovoj oblasti uopšte ima pravo inicijative. Naime, član 30 Ugovora o EU propisije da svaka država članica, Visoki predstavnik sa spoljnu politiku i politiku bezbednosti ili Visoki predstavnik uz podršku Komisije mogu zatražiti od Saveta da razmotri određeno pitanje ili mu uputiti neku inicijativu ili predlog. Uloga Evropskog parlamenta svedena je na njegovo pravo da bude konsultovan o glavnim aspektima i osnovnim opredeljenjima u ovoj oblasti. Pri tome je obaveza redovnog kosultovanja nametnuta ne Savetu, već Visokom predstavniku koji treba da obezbedi da se mišljenju Parlamenta obezbedi dužna pažnja. Parlament, uz to, ima pravo da Savetu uputi pitanja vezana za ZSPPB, a Visokom predstavniku i preporuke.[67]

---

[64] Član 22 Ugovora o EU.

[65] Ibid.

[66] Zajednička trgovinska politika (članovi 3, 206, 207 Ugovora o funkcionisanju EU); saradnja sa trećim državama i humanitarna pomoć (članovi 208- 211), ekonomska, finansijska i tehnička saradnja sa trećim državama (članovi 212 i 213), humanitarna pomoć (član 214); restriktivne mere (član 215); međunarodni sporazumi (članovi 216-219); odnosi sa međunarodnim organizacijama, trećim državama i delegacije EU (članovi 220 i 221).

[67] Član 36 Ugovora o EU.

Da procesom odlučivanja dominiraju organi u kojima su predstavljene države članice, to jest Evropski savet i Savet, izričito potvrđuje stav 1 člana 24. Evropski savet utvrđuje strateške interese i ciljeve, definiše opšte smernice ZSPPB i donosi neophodne odluke, dok Savet uobličava i, takođe, donosi odluke neophodne za njeno definisanje i sprovođenje.[68] Pri tome, oni „odlučuju jednoglasno, osim u slučajevima kada je to na drugi način utvrđeno ugovorom".[69]

Kao izričite izuzetke od pravila jednoglasnosti Ugovor o EU navodi odluke Saveta kojima se, na bazi odluke Evropskog saveta o ciljevima i strateškim interesima EU, definiše akcija ili stav EU, odluke Saveta kojima se definiše akcija ili stav EU donete na predlog Visokog predstavnika, odluke neophodne za sprovođenje već definisane akcije ili stava i odluke o imenovanju Visokog predstavnika.[70] Dakle, ne samo da je predstavljanje interesa država članica obezbeđeno, već je i njihova jednoglasnost pravilo, a ne izuzetak.

Istini za volju, Ugovor o EU ostavlja mogućnost državama članicama da prošire domen primene kvalifikovane većine za odluke koje nemaju odbrambene i bezbednosne implikacije. Za to je, dakako, potrebna njihova jednoglasna odluka.[71] Istovremeno, Ugovor o EU propisuje i obratan mehnizam koji omogućava državi članici koja se pozove na svoje obrazložene vitalne interese da spreči donošenje odluke kvalifikovanom većinom. U tom slučaju, Visoki predstavnik, zajedno sa tom članicom, pokušava da iznađe adekvatno rešenje, a ukoliko u tome ne uspe, Savet može, kvalifikovanom većinom, odlučiti da pitanje uputi Evropskom savetu, koji o takvom zahtevu odlučuje jednoglasno.[72] Uz sve to, Ugovor o EU zadržava institut „konstruktivnog uzdržavanja" koji je u pravo EU uveo još Ugovor iz Amsterdama. Ta ustanova državi članici omogućava da se jednostranom izjavom izuzme iz procesa odlučivanja o određenom pitanju. U tom slučaju, odluka neće obavezivati ovu državu, ali ona mora priznati i poštovati njen obavezujući karakter za EU.[73]

Akti koji proističu iz takvog procesa odlučivanja jesu smernice, koje imaju nesumnjivo veliki politički značaj, dok su odluke akti koji, osim političkog, imaju i obavezujući pravni karakter. Time je u velikoj meri pojednostvljena klasifikacija dokumenta kojima EU sprovodi svo-

[68] Član 26 Ugovora o EU.
[69] Član 24 Ugovora o EU.
[70] Član 31, stav 2 Ugovora o EU.
[71] Stav 3.
[72] Ibid.
[73] Član 31, stav 1 Ugovora o EU.

ju ZSPPB, što predstavlja značajan korak napred. Ono što, međutim, odluku iz oblasti ZSPPB udaljava od preostalog dela SD je izričito isključenje mogućnosti da ona ima zakonodavni karakter.[74] Ova karakteristika odluke u ZSPPB je veoma interesantna, obzirom da pravni sistem EU poznaje podelu pravnih akata na zakonodavne i one koji taj karakter nemaju, pri čemu se zakonskim smatraju samo akti doneti na osnovu zakonodavne procedure.[75]

Kao što je lišena isključivog prava iniciranja akata u oblasti ZSPPB, tako Komisija ne uživa ni izvršnu, a još manje nadzornu funkciju. Naime, izvršna ovlašćenja u oblasti ZSPPB poverena su Visokom predstavniku za spoljnu politiku i politiku bezbednosti i državama članicama. Što se obaveza država u tom pogledu tiče, Ugovor o EU ih definiše kao obavezu država da aktivno i bezrezervo, u duhu lojalnosti i uzajamne solidarnosti podržavaju spoljno delovanje Unije i deluju u skladu sa preduzetim merama. Takođe, države se obavezuju da unapređuju uzajamnu političku solidarnost i da se uzdrže od aktivnosti koje su suprotne interesima Unije ili bi mogle da ugroze njenu efikasnost.[76] Sve to je daleko od obaveze država članica da preduzmu sve potrebne mere kako bi obezbedile izvršenje svih obaveza koje za njih proističu iz drugih segmenata SD.

Imajući u vidu pomenute principe koji uređuju prirodu obaveza država u oblasti ZSPPB, ne čudi što je mehanizam političke kontrole izvšavanja obaveza rudimentaran, dok je pravosudni mehanizam kontrole u tolikoj meri ograničen da se čak može dovesti u pitanje samo njegovo postojanje. Naime, Evropskom parlamentu je, kako smo već napomenuli, dopušteno da Savetu postavlja pitanja vezana za ZSPPB. Od Parlamenta se, takođe, zahteva da dva puta godišnje razmotri napredak u sprovođenju ZSPPB, uključujući i zajedničku politiku bezbednosti i odbrambenu politiku.[77] Pozicija Suda pravde EU je još slabija. Njegova nadležnost u ovoj oblasti je izrekom isključena. Izuzetak u tom smislu predstavlja tzv. zaštita komunitarne baštine i kontrola zakonitosti odluka kojima se uvode sankcije protiv fizičkih i pravnih lica iz domena ZSPPB.[78] U prvom slučaju, zadatak Suda je da spreči da se postupci predviđeni u oblasti ZSPPB „preliju“ na preostali deo SD, kao i obratno.[79]

[74] Članovi 24 i 31 Ugovora o EU.
[75] Član 289 Ugovora o funkcionisanju EU.
[76] Član 21, stav 3 Ugovora o EU.
[77] Član 36 Ugovora o EU.
[78] Član 39 Ugovora o EU.
[79] Član 40 Ugovora o EU.

3.2. Policijska i pravosudna saradnja u krivičnim stvarima

Kad su u pitanju odredbe kojima je regulisana policijska i pravosudna saradnja u krivičnim stvarima, Lisabonski ugovor već na načelnom nivou donosi značajne izmene u odnosu na dosad važeće ugovore. Pre svega, raniji naslov VI Ugovora o EU[80] postao je sada deo šireg Naslova V pod nazivom „Oblast slobode, bezbednosti i pravde" u okviru Dela III Ugovora o funkcionisanju EU kojim su regulisane politike i unutrašnje akcije Unije. Detaljne odredbe o pravosudnoj saradnji u krivičnim stvarima i policijskoj saradnji sadržane su u Glavama 4 i 5 pomenutog Naslova V, zajedno sa osnovnim odredbama (Glava 1), politikama kontrole spoljnih granica, azila i imigracije (Glava 2) i pravosudnom saradnjom u građanskim stvarima (Glava 3).

Prebacivanje materije iz nekadašnjeg trećeg stuba Unije u Ugovor o funkcionisanju EU uticalo je u znatnoj meri na otklanjanje nekih razlika u ovlašćenjima glavnih organa koje su postojale između evropskih zajednica i policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima. U tome se ogleda svojevrsna supranacionalizacija[81] ove oblasti koja je praćena napuštanjem međudržavnog modela saradnje. Elementi tog procesa mogu se uočiti u nizu odredaba Lisabonskog ugovora kojima je regulisana pravosudna saradnja u krivičnoj oblasti.[82] Najznačajnije od njih odnose se na jačanje uloge Evropskog parlamenta u procesu odlučivanja (primena redovnog zakonodavnog postupka čija je glavna odlika upravo to što se Parlament pojavljuje kao ravnopravni zakonodavac sa Savetom)[83], ukidanje posebnih vrsta pravnih akata koje su institucije donosile u ovoj oblasti (umesto zajedničkih akcija, zajedničkih stavova, okvirnih odluka, odluka i konvencija[84] ubuduće će se donositi regulative, direktive i odluke) i proširenju nadležnosti Suda pravde EU (ovlašćenje Suda da u najkraćem roku odlučuje o prethodnom pitanju koje je pokrenuto pred nacionalnim sudom države članice, a odnosi se na lice u pritvoru).[85]

---

[80] Članovi 29-41 Ugovora o EU, izmenjen Ugovorom iz Nice

[81] J.Zemanek, The criminal cooperation within the Area of Freedom, Security and Justice under Treaty of Lisbon, Ceci n'est pas une Constitution – Constitutionalisation without a Constitution, I.Pernice-E.Tanchev (eds.), Nomos, Baden-Baden, 2009, p. 168

[82] Više o tome: A.Čavoški, Saradnja u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova prema Ugovoru iz Lisabona, Evropsko zakonodavstvo, 2008, br.25-26, str. 7-11.

[83] Članovi 75, 78-79, 81-85 i 87-88 Ugovora o funkcionisanju EU.

[84] Članovi 30-31, 34 i 37 Ugovora o EU, izmenjen Ugovorom iz Nice. Više o tome: V.Knežević-Predić, Z. Radivojević, Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije, Beograd, 2009, str. 122-124.

[85] Član 267 Ugovora o funkcionisanju EU. Bliže o nadležnosti Suda pravde u oblasti pravosudne i policijske saradnje u krivičnim stvarima: Z.Radivojević, V. Knežević-Predić, Institucije Evropske unije, Niš, 2008, str. 195-197.

Međutim, nestanak stubovske, tripartitne strukture Unije nije doveo do uspostavljanja pune unutrašnje koherentnosti i jedinstva EU u oblasti policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima. Metod međudržavne saradnje još uvek nije definitivno napušten u ovoj oblasti što je najvećim delom posledica uvažavanje nacionalnih pravnih tradicija i osobenosti pravnih sistema država članica. Pre svega, šira oblast slobode, bezbednosti i pravde u koji je uključena policijska i pravosudna saradnja u krivičnim stvarima spada u okvire podeljene ili konkurentne nadležnosti gde pravo regulisanja pripada i EU i državama članicama.[86] Pravo države da uređuje ovu oblast ograničeno je legislativnim delovanjem EU. Države, dakle, mogu usvajati samo one mere koje regulišu materiju nepokrivenu merama EU ili su potrebne za njihovu implementaciju. Države će, takođe, ponovo steći pravo da uređuju ovu oblast ukoliko EU odluči da u njima više ne vrši svoja ovlašćenja.[87]

S druge strane, ojačana je uloga nacionalnih parlamenata u zakonodavnom procesu i političkoj kontroli. Nacrte svojih akata glavni organi Unije (Evropski parlament, Komisija, Savet, Sud pravde i Evropska centralna banka), kao i grupa država članica dužni su da dostavljaju nacionalnim parlamentima koji proveravaju da li je predlog u skladu sa načelom supsidijarnosti. Ova obaveza važi i za sve nacrte pravnih akata koji se tiču pravosudne saradnje u krvičnim stvarima i policijske saradnje. Ukoliko jedna četvrtina nacionalnih parlamenata prihvati obrazloženo mišljenje o nepoštovanju načela supsidijarnosti nacrt akta mora biti preispitan od strane predlagača koji nakon toga može odlučiti da predlog podrži, promeni ili da ga povuče. Uz to, nacionalni parlamenti moraju biti obavešteni o sadržaju i rezultatima nadzora nad sprovođenjem politike Unije u oblasti policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima. [88]

Države članice zadržale su punu nadležnost u oblasti održavanja javnog reda i mira i očuvanja unutrašnje bezbednosti. U odnosu na pravosudnu saradnju u krivičnim stvarima i policijsku saradnju Sud pravde EU nije nadležan da kontroliše zakonitost ili srazmernost operacija koje preduzimaju policijski organi u primeni zakona ili održavanju javnog reda i mira.[89] Radi jačanja i promovisanja operativne saradnje država članica predviđeno je osnivanje Stalnog komiteta za untrašnju bezbed-

[86] Član 4, stav 2 j Ugovora o funkcionisanju EU.

[87] Član 2, stav 2 Ugovora o funkcionisanju EU. Više o tome: V.Knežević-Predić, Z.Radivojević, Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije, Beograd, 2009, str. 58-59.

[88] Članovi 69-70 Ugovora o funkcionisanju EU i 7 Protokola o primeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti.

[89] Članovi 72 i 276 Ugovora o funkcionisanju EU.

nost. U radu ovog savetodavnog tela, zaduženog za koordinaciju akcija nadležnih organa država članica, mogu da učestvuju predstavnici organa Unije i njenih pomoćnih tela, dok se Evropski parlament i nacionalni parlamenti obaveštavaju o aktivnostima komiteta. Države članice ipak i dalje ostaju potpuno slobodne da uspostavljaju pogodne oblike međusobne saradnje i koordinacije između nadležnih službi koje su zadužene za nacionalnu bezbednost. Savet je nadležan da usvaja mere kojima se obezbeđuje, podržava i dopunjava administrativna saradnja između službi država članica.[90]

Lisabonski ugovor sadrži još neke odredbe koje naginju modelu međudržavnog regulisanja u oblasti policijske i pravosudne saradnje. Tako pravo predlaganja pravnih akata u ovoj oblasti pored Komisije sada ima i jedna četvrtina ukupnog broja država članica, za razliku od ranijeg rešenja po kome su pravo zakonodavne inicijative države članice mogle da koriste pojedinačno.[91] Iako Komisija i države članice u pogledu predlaganja akata nisu više ravnopravni, smatra se da je ta promena korisna i razumljiva,[92] jer će inicijativa iza koje ne stoji samo jedna država imati veće izglede da bude prihvaćena u Savetu i Evropskom parlamentu.

Obaveze država članica u pogledu približavanja svojih zakonskih i podzakonskih propisa od značaja za međusobno priznavanje sudskih odluka i saradnju policijskih i pravosudnih organa u krivičnoj oblasti koja ima prekograničnu dimenziju ograničena je na minimalna pravila. Evropski parlament i Savet mogu, naime, utvrditi minimum pravila koja se odnose na uzajamno prihvatanje dokaza između država članica; prava lica u krivičnom postupku; prava žrtava krivičnih dela i druge specifične elemente krivičnog postupka. Pri tome se vodi računa o razlikama između pravnih tradicija i sistema država članica, uz mogućnost da države predvide viši nivo zaštite lica u krivičnom postupku.

Kad su u pitanju materijalni propisi krivičnog prava, postoji mogućnost da se utvrde minimalna pravila za definisanje krivičnih dela i sankcija u toj oblasti, posebno za teške oblike kriminala sa prekograničnom karakterom (terorizam, trgovina ljudima, seksualno iskorišćavanje žena i dece, ilegalni promet droge i oružja, pranje novca, korupcija, falsifikovanje sredstava plaćanja, dela iz oblasti informatičkog i organizovanog kri-

[90] Članovi 71 i 73 Ugovora o funkcionisanju EU.

[91] Uporedi član 76 Ugovora o funkcionisanju EU sa članom 34 Ugovora o EU, izmenjen Ugovorom iz Nice.

[92] J.Zemanek, op.cit., p.169.

minala).[93] Međutim, u oblasti prevencije kriminaliteta isključeno je svako približavanje i harmonizacija propisa država članica.[94]

Pored redovnog zakonodavnog postupka koji se u navedenim slučajevima primenjuje, postoji mogućnost korišćenja posebnog zakonodavnog postupka u kome Savet odlučuje jednoglasno posle dobijenog odobrenja Evropskog parlamenta. Na ovaj način može se, između ostalog, osnovati kancelarija Evropskog javnog tužilaštva u okviru Biroa za pravosudnu saradnju (Eurojust). Evropsko tužilaštvo biće nadležno da pokreće istragu, krivično goni i podiže optužnice protiv izvršioca krivičnih dela i njihovih saučesnika za dela protiv finansijskih interesa Unije. Ono će u tom svojstvu postupati pred nadležnim nacionalnim sudovima država članica. Evropski savet može da proširi nadležnost Evropskog tužilaštva, posebno u vezi sa organizovanim kriminalom koji ima prekogranični karakter.[95] Kao drugi slučaj u kome se primenjuje posebna zakonodavna procedura predviđeno je utvrđivanje uslova i granica u okviru kojih policijski i pravosudni organi jedne države članice mogu intervenisati na teritoriji druge države, zajednički i uz saglasnost te države.[96]

Budući da oblast policijske i pravosudne saradnje obuhvata i neka osetljiva pitanja za suverenost država, Lisabonski ugovor sadrži zaštitne klauzule (poznate kao „emergency brake“) koje članice mogu koristiti kada ocene da su im povređeni nacionalni interesi. Ukoliko, naime, smatraju da predlog pravnog akta može uticati na osnovne aspekte nacionalnog pravnog sistema ili pravosudnog sistema u krivičnoj oblasti, države članice imaju pravo da se obrate Evropskom savetu i tako suspenduju redovni zakonodavni postupak. Posle rasprave i postignutog konsenzusa Evropski savet u roku od četiri meseca vraća predlog akta Savetu čime se nastavlja redovan zakonodavni postupak. Ukoliko se, pak, ne postigne dogovor u navedenom roku, najmanje devet država koje žele da nastave sa saradnjom na osnovu predloga spornog pravnog akta moraju da obaveste Evropski parlament, Savet i Komisiju koji im daju odobrenje za uspostavljanje takve saradnje.[97] Ovde je reč o bližoj policijskoj i pravosudnoj saradnji u krivičnim stvarima, što predstavlja još jednu novinu predviđenu Lisabonskim ugovom.[98]

Prelaznim odredbama koje su sadržane u posebnom protokolu odložen je početak primene nekih odredaba iz oblasti pravosudne i policijske

[93] Članovi 82-83 Ugovora o funkcionisanju EU.
[94] Član 84.
[95] Član 86.
[96] Član 89.
[97] Članovi 82, stav 3 i 83, stav 3.
[98] A.Čavoški, op.cit., str. 9

saradnje na period od 5 godina. One se odnose na dejstvo pravnih akata koji se donose u redovnom i posebnim zakonodavnim postupcima, kao i nadležnost Komisije i Suda pravde u ovoj oblasti.[99] Najzad, posebnim protokolom koji se odnosi na stav Ujedinjenog Kraljevstva i Irske prema oblasti slobode, bezbednosti i pravde predviđeno je oslobađanje ovih država od obaveza iz ove oblasti, uključujući i one koje su postojale pre Lisabonskog ugovora.[100]

4. ZAKLJUČAK

Analiza nove arhitekture EU u svetlu relevantnih odredaba Lisabonskog ugovora ukazuje na značajno jačanje elementa njenog jedinstva. Ipak, to snaženje kohezionih faktora nije sledilo model ujednačenog, jednosmernog i linearnog rasta. Jedan pravac snaženja sledio je liniju ustanovljenja novih elementa jedinstva. Nestanak Evropske zajednice, „osamostavljivanje“ EVROATOM-a i konstituisanje EU kao jedinstvenog pravnog subjekta svakako je najznačajniji novi element jedinstva. Drugi pravac jeste snaženje već postojećih elemenata jedinstva, mada ne podjednako po obimu i intenzitetu za sve elemente. Promene koje je Lisabonski ugovor doneo u oblasti ovlašćenja institucija ili postupku usvajanja obavezujućih odluka predstavljaju rečiti primer u tom pogledu.

Isti zaključak može primeniti i kad su u pitanju odstupanja u pojedinim oblastima delovanja. Čini se da ni tu promene nisu bile ujednačene, linearne niti jednosmerne. Ono što je, međutim, ostalo isto, i što predstavlja konstantu jeste metod: ranije oblasti međudržavne saradnje povezuju se sa komunitarnim oblastima i tako kreiraju nove, šire celine. Istovremeno, zadržavaju se osobenosti i jednog i drugog modela. Pri tome, komunitarni model je zadržan u celini i pravosudno zaštićen tamo gde je već postojao. Sudbina međudržavnog modela je, međutim, ponešto složenija. Negde je on tek neznatno načet, kao što je to slučaj sa ZSPPB. U oblasti PPSKS međudržavni model je napušten u nekim svojim bitnim – možda i najbitnijim segmentima. Međutim, a duhu tako često primenjivane i, uprkos brojnim kritikama, dosada uspešne politike kompromisa, odložena je primena određenih bitnih elemenata komunitarnog modela u ovoj oblasti.

[99] Članovi 5 i 10 Protokola o prelaznim odredbama.
[100] Član 4 bis Protokola.

Zoran Radivojević, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Niš

Vesna Knežević-Predić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Political Sciences Belgrade

The New Architecture of the European Union

Abstract

The Lisbon Treaty has brought significant changes into the architecture of the European Union. The most important novelty, however, is the establishment of a full unity of the Union structure achieved by creating new and strengthening the existing elements. The new elements of this unity are the disappearance of the European Community, the „independence“ of the European Atomic Energy Community, consituting the European Union as a single entity and the introduction of EU values. At the same time, the Lisbon Treaty has strengthened the existing elements of the common institutional mechanisms, rules on amending the founding treaties and EU membership.

However, consituting the Union as a single entity which has replaced and succeeded the European Communities has not abolished the EU elements of diversity. In the areas that differed, even before the adoption of the Lisbon Treaty, from the community pillar, there remain significant differences in the nature and the scope of competences of the Union institutions. This mainly regards the common foreign and security policy, which now includes the defense policy, where the existing model of interstate cooperation has been only slightly interfered with. In contrast, in the field of police and judicial cooperation in criminal matters, which has become part of a larger Area of Freedom, Security and Justice, the inter-state model of cooperation has been abandoned in some of its most important elements. However, the implementation of some of the important elements of the supranational model has been postponed.

Key words: Lisbon Treaty, European Union, elements of unity, and diversity, communiti model, method of interstate cooperation.

Originalni naučni rad 336.227.3

Dr Đorđe Popov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NEKE KARAKTERISTIKE OFŠOR POSLOVANJA[1]

***Sažetak**: Poslovanje na ofšor lokacijama je jedna od karakteristika savremene svetske privrede. Ofšor kompanije posluju i na teritoriji Srbije, a vlasnici su im ili državljani Srbije stranci. Takođe na tržištima zemalja članica Evropske Unije je izuzetno veliko učešće kompanija sa ofšor lokacija, među koje spadaju neke od najpoznatijih. Ono što je omogućilo procvat ofšor poslovanja u svetu su dva osnovna faktora: pravo formulisanja pravnih normi i teritorija. To dakako ne znači da te pravne norme neće biti kreirane tako da njihovo korišćenje od strane kompanija i pojedinaca neće nanositi štete drugima. Legalno ofšor poslovanje u poreskim rajevima prema tome znači pre „dozvoljeno na osnovu zakona", nego poslovanje u skladu sa dobrim poslovnim običajima. Međunarodne organizacije često upotrebljavaju pojmove „ofšor finansijski centri", ili pak „međunarodni finansijski centri" što može da implicira da nema razlike između pojmova „ofšor" centra i „poreskog raja". Međutim, razlike između njih nisu samo jezičke nego i suštinske, tako da upotreba istog termina za različite fenomene u međunarodnim ekonomskim odnosima može dovesti do konfuzije. Treba znati i da kada je reč o poreskim rajevima oni nisu na marginama svetske ekonomije, nego integralni deo savremene svetske poslovne prakse. Oni su postali jedan od najvažnijih instrumenata postojećeg globalizovanog finansijskog sistema i istovremeno jedan od važnih uzroka finansijske nestabilnosti. Ofšor delatnost ugrožava naplatu poreza najviše u zemljama sa najvećim bruto proizvodima po glavi stanovnika u svetu. Takođe zahvaljujući ofšor poslovanju distribucija priho-*

[1] Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu: „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)", koji se realizuje na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

da i troškova globalizacije se vrši još više u korist malobrojne elite, a na štetu ogromne većine stanovništva. U tom smislu poreski rajevi su u samom središtu procesa globalizacije, ili u najmanju ruku u središtu specifičnog tipa globalizacije čiji smo svedoci od početka 80-tih godina prošlog veka, odnosno od početka prevlasti neoliberalne paradigme u svetskoj privredi.

***Ključne reči**: Ofšor, ofšor finansijski centri, ofšor kompanije, ofšor trustovi, onšor, poreski raj, poresko planiranje, konsolidovani bilans, ofšor bankarstvo, neoliberalna globalizacija.*

I

Ofšor poslovanje postalo je jedno od obeležja poslednjih decenija XX i početka XXI veka. U procesu uključivanja Srbije u Evropsku Uniju svakako je nužno imati saznanja o karakteristikama i značaju ofšor poslovanja u svetu i EU, ali isto tako i u Srbiji. Ovo tim pre što veliki deo kompanija koje su aktivne Srbiji nezavisno od toga da li su u vlasništvu stranaca ili u vlasništvu građana Srbije posluje sa ofšor lokacija.

Ofšor je pravno područje na kome se razdvaja realno i pravno mesto odvijanja ekonomske transakcije sa ciljem da se izbegnu neki, a po mogućnosti više oblika pravne regulative (poreska, finansijska, itd).

Preciziranja radi treba istaći da postoje *ofšor finansijski centri* koji mogu biti locirani praktično u svakoj zemlji, a uloga im je da nude finansijski usluge svojim nerezidentnim klijentima sa osnovnom namerom da se izbegne pravna regulativa njihove domicilne zemlje. Ofšor centre ne treba poistovećivati sa *poreskim rajevima*. Oni služe da pomognu pravnoj i knjigovodstvenoj evidenciji aktivnosti kompanija i pojedinaca u poreskim rajevima, ali su po pravilu locirani u razvijenim zemljama. Razlog za to je činjenica da je za uspešno funkcionisanje ofšor centra potreban veliki broj visokostručnih, a istovremeno i visokospecijalizovanih profesionalaca koje je, po pravilu barem na početku, teško okupiti na nekoj od egzotičnih lokacija za koje se obično pretpostavlja da se na njima nalaze poreski rajevi.

Najveći ofšor centri su London i Njujork. Tako naprimer u Londonu na poznatoj „kvadratnoj milji“ Londonskog Sitija radi 338.000 ljudi, dok je naprimer na drugoj strani na Kajmanskim ostrvima zaposleno u finansijskim uslugama svega 5.400[2] osoba. To bi moglo da

[2] Vidi: National Audit Office (NAO), 2007, Managing Risk in the Overseas Territories, London, Tabela 15.

znači da su ili zaposleni na Kajmanskim ostrvima ekstremno sposobni, ili pak ono što zaista i jeste da su ova ostrva u stvari samo mesto za knjiženje sa relativno malo stvarnih bankarskih aktivnosti. To, potvrđuje napred iznetu tezu da se najveći deo finansijskih transakcija koje se knjiže u poreskim rajevima u stvari organizuje negde drugde, tj. u ofšor finansijski centrima. Npr. finansijska transakcija može biti organizovana u Londonu, Njujorku, Frankfurtu ili na nekom drugom mestu gde se mogu naći odgovarajući specijalisti. Ali da bi se izbeglo dejstvo poreskih zakona SAD ili Nemačke transakcija se može registrovati, odnosno knjižiti, u nekom od poreskih rajeva. Na takvim mestima najveći broj banaka ima samo mejlboks filijale, drugim rečima filijale pravno egzistiraju, ali u stvarnosti u njima se ne obavljaju nikakvi ozbiljni poslovi.

Smisao *poreskih rajeva* je da se u njima kreiraju takva zakonodavstva koja olakšavaju transakcije između subjekata koji nisu rezidenti te teritorije. Te međunarodne transakcije su minimalistički pravno regulisane, a po pravilu učesnicima se pruža pravno regulisana zaštita tajnosti da transakcije neće biti povezane sa onima koji su je obavili. Takve transakcije su onda *„ofšor“* što treba da znači da se registruju na pravnom području koje je različito od onoga gde se transakcija zaista odigrala. To može i da znači da pojam „ofšor“ ima više veze sa legislativom nego sa geografijom.[3]

II

S obzirom na porast broja poreskih rajeva raste konkurencija među njima. Stoga poreski rajevi pokušavaju da se specijalizuju za pojedine vrste operacija. Tako imamo:

1. Mesta za registrovanje firmi koja služe pre svega za registrovanje ofšor kompanija koje se posle koriste za transakcije među drugim poreskim rajevima.

2. Registracioni centri. Ove lokacije služe da se preko njih kapital investira u zemlju porekla, a preko ofšor lokacije. Ovi centri za razliku od prethodnog tipa moraju raspolagati i sa određenim brojem eksperata koji treba da pruže odgovarajuće usluge klijentima koji koriste kompanije registrovane na toj lokaciji.

3. Lokacije koje insistiraju na tajnosti. Na ovim lokacijama kao npr. Lihtenštajnu prevashodni elemenat na kome zasnivaju svoju konkurentnost je tajnost.

[3] Vidi: Palan, Ronen, 2003, The offshore world- Sovereign markets, virtual places, and nomad millionaires, Ithaca, Cornell Univ. Press.

4. Pružaoci specijalizovanih usluga. Ove lokacije nastoje da razviju usluge koje su potrebne za pojedine specifične vrste poslovnih aktivnosti. Tako npr. Bermuda i Džernsi privlače tržište osiguranja, Kajmanska ostrva hedž fondove, itd.

5. Mesta za pružanje usluga vlasnicima krupnog kapitala. Ovakva mesta- Švajcarska, Njujork, London- razvijaju resurse potrebne za upravljanje imovinom deponenata koji spadaju u najbogatije ljude sveta.

6. Konkurencija u oporezivanju. Ove lokacije nastoje da privuku klijente nudeći porez koji je niži nego bilo gde, uz istovremeno visok stepen finansijske sigurnosti i malu verovatnoću da transakcije mogu biti otkrivene.

I pored tajnovitosti kojom su okruženi „poreski rajevi" ipak postoje izvesna saznanja o njihovoj ulozi u procesu globalizacije svetske ekonomije.

Pre svega treba istaći da lokacije na kojima se nalaze poreski rajevi koriste dve osnovne kategorije: *pojedinci* i *kompanije*. Obe kategorije koriste slične tehnike radi izbegavanja plaćanja poreza kao što su ofšor kompanije i ofšor trustovi, ali sa različitim namerama. Važno je na ovom mestu podvući da je u pojedinim slučajevima vrlo teško napraviti razliku između *izbegavanja* i *utaje* poreza. Imajući u vidu kompleksnost poreske regulative vrlo često i same kompanije i pojedinci koji koriste usluge ofšor centara nisu sasvim načisto na kojoj se strani fine linije koja razdvaja ova dva pojma nalaze.

Međunarodne organizacije često upotrebljavaju pojmove „ofšor finansijski centri", ili pak „međunarodni finansijski centri" što može da implicira da nema razlike između pojmova „ofšor" centra i „poreskog raja"[4]. Međutim, kao što se iz ovoga rada vidi razlike između njih nisu samo jezičke nego i suštinske, tako da upotreba istog termina za različite fenomene u međunarodnim ekonomskim odnosima može dovesti do konfuzije.

Poreski rajevi nastaju početkom dvadesetog veka pre svega sa ciljem izbegavanja i utaje poreza. Na drugoj strani termin „ofšor finansijski centar" se uglavnom koristi za finansijske centre koji su specijalizovani za finansijske operacije nerezidenata. Najveći ofšor finansijski centar je, kao što je već istaknuto, London, ali i International Banking Facilities u

[4] Francuzi za poreski raj koriste termin *paradise fiscaux, „*finansijski raj" što je možda i bolji termin od termina poreski raj jer oni služe i za druge finansijske namene osim izbegavanja oporezivanja. Španci na drugoj strani koriste termin *asilos de impuesto* – azili za izuzeće od oporezivanja, ali koriste i termin *paradisos fiscales*- što ih približava francuskom pojmu, Italijani pak kada govore o poreskim rajevima koriste termin *rifugio fiscale*. U nemačkom se upotrebljava termin *Steuerhafens*

SAD i japansko ofšor tržište. No, i neki poreski rajevi su nastojali s obzirom na obim operacija koji bi se u njima potencijalno mogao odvijati da se razviju i u ofšor finansijske centre.

Treba reći i da se uslovi poslovanja identični onima kakvi su u poreskim rajevima često mogu naći i u najrazvijenijim zemljama. Tako da i neke od njih pružaju uslove kao i poreski rajevi, odnosno de fakto su njihove teritorije ili delovi tih teritorija poreski rajevi, što inače odudara od uobičajenih predstava. Naprimer, u Velikoj Britaniji su propisi o prebivalištu kvintesencija mogućnosti da i njena teritorija za nekoga predstavlja „poreski raj". Tako po ovim propisima svako lice koje se useljava u Veliku Britaniju, ali istovremeno i deklariše da ima nameru da se vrati u svoju zemlju u budućnosti, nije u obavezi da plaća porez u Britaniji na prihode ostvarene širom sveta[5]. Takođe u V. Britaniji je izuzetno lako osnovati kompaniju čak i bez ozbiljne provere identiteta od strane državnog registra. Isto tako je moguće koristiti akcije koje glase na donosioca na osnovu člana 779 Zakona o privrednim društvima. Registru je moguće prijaviti direktore kompanija uz navođenje adrese koja se nalazi bilo gde. To praktično znači da je moguće formirati kompaniju u V. Britaniji bez da registar tačno zna ko ustvari stoji iza aktivnosti te kompanije[6].

III

Ono što je omogućilo procvat ofšor poslovanja u svetu su dva osnovna faktora: *pravo formulisanja pravnih normi* i *teritorija*. Bez obzira da li se radi o suverenim državama ili različitim oblicima sizerenskog statusa[7] bitan elemenat za formiranje poreskog raja je pravo te teritorije da kreira sopstveno domaće pravo. To dakako ne znači da te pravne norme neće biti kreirane tako da njihovo korišćenje od strane kompanija i pojedinaca neće nanositi štete drugima. Legalno poslovanje u poreskim rajevima prema tome znači pre „dozvoljeno na osnovu zakona", nego poslovanje u skladu sa dobrim poslovnim običajima.

---

[5] Ovaj propis kako kažu Palan, Murphy, Chavagneux[5] „koriste horde ruskih oligarha, arapskih šeika, američkih utajivača poreza i evropskih magnata (ali i tajkuna sa zapadnog Balkana). Oni su se doselili u London, tj. registrovali boravak, deklarisali da imaju nameru da se vrate u svoje zemlje jednog dana, i koriste teritoriju Velike Britanije kao „poreski raj."

[6] Becht, Meyer, Wagner, Where do firms incorporate? CEPR Discussion Paper, no. 5875, Oct. 2006.

[7] Ovakav status npr. ima čitav niz teritorija koje se na ovaj ili onaj način vezuju za britansku krunu: Džersi, ostrvo Man, brojna karipska ostrva, itd.

Međutim, optuživati samo vlasti poreskih rajeva za štete koje nanose poreskim sistemima drugih država bilo bi veliko pojednostavljivanje. U stvarnosti najveći broj poreskih rajeva ima malobrojno i slabo obrazovano stanovništvo, samo poneki od njih imaju univerzitete ili istraživačke centre koji bi mogli svojim uslugama da opsluže globalnu poslovnu zajednicu. Poreski rajevi su mesta koja koriste svoje jedino preimućstvo – pravo na kreiranje sopstvenih pravnih normi- da bi pružili prostor nerezidencijalnoj zajednici advokata, bankara i finansijera koji čine tražnju za pravnim statusom koji im poreski raj može pružiti.

No, na drugoj strani treba znati i da „kada je reč o poreskim rajevima treba shvatiti da oni nisu na marginama svetske ekonomije, nego integralni deo savremene svetske poslovne prakse“[8]. Oni su postali jedan od najvažnijih instrumenata postojećeg globalizovanog finansijskog sistema i istovremeno jedan od važnih uzroka finansijske nestabilnosti[9].

Podaci pokazuju da je u svetu aktivno između 46 i 60 poreskih rajeva. Procena je da je u njima registrovano preko dva miliona IBC- (Međunarodnih poslovnih kompanija)[10], i stotine hiljada fondova, trustova, hedž fondova kao i osiguravajućih društava. Preko 50% bankarskih kredita i oko 30% stranih investicija potiču formalno, tj. kao zemlje porekla registruju poreske rajeve. Fizička lica prema nekim podacima u njima drže 12 triliona dolara uloga[11].

Paradoksalno, ali ovi podaci pokazuju kako korporacije, i svetska poslovna elita nastoje da izbegnu dejstvo zakona domicilnih zemalja u čijem su kreiranju sami učestvovali. Elita pre svega nastoji da izbegne oporezivanje, na taj način istovremeno izbegavajući da učestvuje i u zajedničkim troškovima svoje države kao što su odbrana i bezbednost, zdravstvo, obrazovanje i infrastruktura.

Procvat „ofšor poslovanja“ i njegovog registrovanja u „poreskim rajevima“ omogućila je činjenica da se ekonomske transakcije odvijaju simultano u dve sfere: u „fizičkoj“ sferi gde se odvija razmena roba, usluga i finansijskih produkata, ali i u pravnoj sferi gde se odvija promena vla-

---

[8] Palan, Murphy, Chavagneux, Tax havens, Cornell University Press, Ithaca- London, 2009, str. 4.

[9] Imena poreskih rajeva i mesta sa ofšor jurisdikcijom ponavljaju se permanentno u svakoj finansijskoj krizi i skandalu koji je izbio u poslednjih dvadeset godina bez obzira da li se radi o krizi u istočnoj Aziji, Rusiji ili pak Argentini. Identična je situacija i sa pojedinim kompanijama npr. Parmalat, Refko, Enron, kao i Madof-ova piramidalna šema, itd.

[10] O ovom terminu detaljnije kasnije.

[11] Frank, Robert, 2007, Richistan- A journey through the 21st century wealth boom and the live of new rich. London- Piatikus.

snika.[12] Ekonomisti se obično fokusiraju na proučavanje prve- „ fizičke“, a pravnici i računovođe se koncentrišu na drugu. Međutim, čini se da je za kompletno razumevanje procesa koji se odvijaju potrebno istovremeno proučavanje obe ove sfere.

Svaka promena vlasnika, kao što je poznato zahteva eksplicitni ili implicitni ugovorni aranžman. Konsekventno tome pravna sfera ekonomskog života normalno funkcioniše ako je priznati organ vlasti u stanju da formuliše prihvatljiva „pravila igre“ pod kojima će se sklapati ugovorni aranžmani.

U principu „ pravila igre“ mogu formulisati različiti tipovi vlasti . Ipak u savremenom svetu država je postala glavni, ali istina ne i jedini, izvor koji ima pravo da definiše ta pravila. Na drugoj strani iako izgleda da je svet izdeljen jedino na nacionalne države realnost ipak izgleda nešto drugačije. Pre svega u stvarnosti veliki deo ekonomskog života odvija se tako da su ugovorne strane locirane u različitim državama, pa prema tome funkcionisanje svetskog tržišta zahteva međunarodno proširenje pravne regulative. Pošto najveći deo zemalja, pre svega one ekonomski najsnažnije- podstiče međunarodnu trgovinu i investicije one takođe nastoje da internacionalizuju pravne norme koje regulišu međunarodnu trgovinu. Najveći deo vlada u svetu koji prihvaća pravila otvorene tržišne privrede suočava se sa dilemom: ići na efikasan i možda logičan način za regulisanje pravne sfere na svetskom tržištu tj. prihvatanje seta međunarodnih pravila ponašanja, ali i zakona koji bi bili kreirani i koordinisani od strane neke vrste globalne vlade. No, to bi pretpostavljalo odricanje dela suvereniteta svake pojedinačne države uključiv i dela monopola nad prinudom kao i dela sudske vlasti. Svojevremeno Liga Naroda i posle drugog svetskog rata Ujedinjene Nacije bile su kreirane i sa tom namerom, ali najveći deo država u svetu nije bio spreman da se odrekne dela svoga suvereniteta.

Stoga se u praksi razvio jedan drugi model. Pravni subjekti bez obzira da li se radi o firmama ili fizičkim licima kao i svaki oblik ekonomske aktivnosti uključiv usluge i finansijske proizvode su ograničeni pravnim sistemom suverene teritorije na kojoj su locirani. Ako se pravni subjekti sele na drugu teritoriju, onda su primarno predmet pravne regulative te druge teritorije. Svaka ekonomska transakcija mora imati u pravnoj sferi oznaku neke suverene vlasti koja je registruje i odobrava. Registrovanje svakog pravnog subjekta, robe i usluge po teritorijalnom principu znači, sledstveno tome istovremeno i njihovo registrovanje kao poreskih obveznika na toj teritoriji.

[12] O ovome: Common, John, The Legal foundations of capitalism, Madison: University of Wisconsin Press, 1959.

Međutim, sa razvojem saobraćaja i svetske trgovine pravni subjekti postaju sve mobilniji na međunarodnom planu te se često postavlja pitanje u kojoj državi su oni dužni da plaćaju porez. U osnovi ovde postoje dve solucije: ili se porez plaća u zemlji gde je ostvarena zarada, ili pak u zemlji gde je pravni subjekt lociran. Svaka od ovih solucija pruža poreskim obveznicima i mogućnosti za izbegavanje i utaju poreza.

IV

Pošto se ljudi kreću iz jednog mesta u drugo, a imajući u vidu da je i kapital takođe mobilan, lokacija svake transakcije podložne oporezivanju mora biti formalno obrađena u okviru pravne sfere[13]. Država ima suvereno pravo da insistira na pravilima koji uspostavljaju vezu sa njenim poreskim obveznicima. Na drugoj strani postoji univerzalno prihvaćen princip da jedna država ne može drugoj diktirati takva pravila.

Problemi oko poreske jurisdikcije nastaju imajući u vidu da se često dešava da se fizička i pravna lokacija oporezive transakcije ne poklapaju. To znači da se, kao što je već istaknuto, fizički transakcija odvija u jednoj zemlji, a da je moguće da pravno bude registrovana u drugoj. Činjenica da različite zemlje primenjuju različite poreske propise sa različitim stopama oporezivanja iste transankcije pruža mogućnost za takozvano „*poresko planiranje*“ kojem pribegavaju kompanije koje posluju u više zemalja, i/ili imaju sedište u jednoj a posluju u drugoj zemlji. Po pravilu profit se nastoji registrovati u zemljama sa niskim poreskim stopama, a troškovi knjigovodstveno prebaciti u zemlje sa visokim porezima, jer se na taj način prikazuje manji profit[14].

Utaja poreza je kriminalni čin u najvećem broju zemalja, no u manjem broju njih npr. Švajcarskoj i Lihtenštajnu to je prekršaj[15].

---

[13] „Da bi nastala poreska obaveza mora postojati neka veza između poreske jurisdikcije na jednoj strani i poreskog obveznika i transakcije koja je predmet oporezivanja na drugoj strani“. Schmidt Report, 1999, General principles relating to the use of offshore tax havens. http//www. Schmidtreport.co.uk

[14] Poresko planiranje na međunarodnom planu se razvilo u ekstremno lukrativan biznis i u njemu su angažovani neki od najbolje plaćenih eksperata u svetu uopšte. A zemlje poreski rajevi služe u ovakvim transakcijama na taj način što koristeći svoja suverena prava kreiraju takve propise zahvaljujući kojima fizička lica i kompanije pravno mogu redukovati, ili potpuno prekinuti svoje veze sa zemljom porekla.

[15] Pravno posmatrano razlika je značajna. Tako da je naprimer, dosada, najčešći odgovor švajcarskih vlasti na zahteve drugih zemalja za saradnjom i odgovarajućim podacima bio da se radi o „prekršaju“ što ne stvara obavezu dostavljanja podataka.

Na drugoj strani je izbegavanje plaćanja poreza koje se nalazi u sivoj zoni između pridržavanja poreskih propisa i poreske utaje. To je prostor koji je angažovao brojne računovođe, advokate, bankare i poreske eksperte. Kompanije i pojedinci kada je reč o izbegavanju plaćanja poreza nastoje da postignu jedan od tri cilja: da plate manje nego što bi bilo obračunato striktnom primenom propisa, drugo da porez plate u zemlji u kojoj profit nije ostvaren ali je poreska stopa niža, i treće da porez plate kasnije nego što bi to bilo po važećim propisima.

V

Postoje različiti načini kako bogati pojedinci i kompanije nastoje da izbegnu plaćanje poreza u svojim matičnim zemljama ili onima u kojima su poreske stope visoke. Najjednostavniji metod prekida veza između poreskog obveznika i njegove zemlje je *preseljenje u zemlju sa niskim porezima*. Takve lokacije su pored Monaka, San Marina, Švajcarske i Velika Britanija, Bahami i Dubai koje su se specijalizovale za pružanje realnih ili virtuelnih boravišta bogatim pojedincima.

Tako naprimer Monako uopšte ne oporezuje fizička lica. Na drugoj strani situacija u Švajcarskoj je nešto složenija. Postoje federalni, kantonalni i opštinski porezi. Ali kantoni su vrlo pragmatični kada je reč o strancima. Rešenje je nađeno u sklapanju posebnih sporazuma, kada je reč o oporezivanju, sa bogatim pojedincima iz inostranstva[16]. Ovde je važno napomenuti da isti tretman nije omogućen građanima Švajcarske.

Slične pogodnosti za strance nudi i Velika Britanija uspevši, kao što je već istaknuto, da na taj način privuče veliki broj svetskih bogataša. Dubai, je pak razradio ambiciozan plan za privlačenje bogatih ljudi razvijajući specifičnu kombinaciju „poreskog raja“ i slobodne carinske zone.

Međutim, preseljenje u poreski raj može ponekad biti isuviše radikalan potez za neke pojedince. Stoga postoje i mnogo soficistiranije tehnike za izbegavanje plaćanja poreza. Naprimer, „*permanentni turista*“, tj. osoba koja formalno nije stanovnik nijedne zemlje. Ukratko, „permanentni turista“ organizuje svoju papirologiju tako da ga sve zemlje tretiraju kao turistu, odnosno osobu koja je na proputovanju. Na kraju krajeva ispada da „permanentni turista“ pošto nije rezident nijedne zemlje nije nigde ni

[16] Tako je naprimer Mihael Šumaher na osnovu takvog sporazuma u Nionu, tretiran kao lice bez prihoda. Njemu je omogućeno da porez plaća na osnovu svojih izdataka u Švajcarskoj, a ne na osnovu prihoda.

predmet oporezivanja, vojne obaveze, itd.[17] „Permanentni turizam“ je veliki biznis hiljade: publikacija, vebsajtova i profesionalaca angažovani su u servisiranju ove pojave. Na drugoj strani vrlo je teško ustanoviti tačan broj „permanentnih turista“ i iznosa utaja i izbegavanja plaćanja poreza koje nastaju kao rezultat ovog fenomena.[18]

No, ne može svako iz raznoraznih razloga, da se preseli u drugu zemlju ili da postane permanentni turista. Alternativa za bogate pojedince je da deo svoga kapitala koji je mobilan podvedu pod neki od brojnih instrumenata ofšor izbegavanja plaćanja poreza, kao što su npr. kompanija, fondacija ili trust. Dobit od kapitala kao što su recimo dividende i kamate se tada ne prijavljuju u zemlji prebivališta[19].

Tajnost ofšor banaka omogućava pojedincima pristup njihovom novcu preko debitnih i kreditnih kartica izdatih na ofšor lokacijama. Kartice se koriste „*onšor*“ ali su vezane na bankarski račun sa ofšor teritorije na kojoj poreski obveznik drži svoja sredstva radi izbegavanja plaćanja poreza. Može se postaviti pitanje kako je to moguće, ako kartice po pravilu glase na ime osobe koja je koristi. No, relativno je lako na ofšor lokacijama pribaviti anonimnu karticu[20]. Kako izgleda u praksi stanje sa platnim karticama pokazuje i primer Berklejs banke. Prema podacima za 2006. godinu 81% imalaca platnih kartica na ofšor lokacijama, građana Velike Britanije, deklarisalo je da nema nikakvih oporezivih prihoda i investicija na teritoriji Velike Britanije[21].

Takođe kompanije mogu na vrlo jednostavan način osnivati filijale u nekom od poreskih rajeva. Njihovo prisustvo se može lako prikriti pre svega usled tajnosti koja je karakteristika poreskih rajeva, ali i zbog toga što je kompanijama dozvoljeno da podnesu kao finansijski izveštaj samo jedan obračun. Taj obračun se po pravilu radi na tkzv. „konsolidovanom principu“. „ Konsolidovan“ znači da su transakcije između različitih delova korporacije eliminisane iz obračuna. Tako da je moguće da postoje stotine i hiljade filijala koje su zahvaljujući ovakvoj mogućnosti knjiženja skrivene od očiju javnosti.

---

[17] Maurer, Bill, 1998, Cyberspetial sovereignties- Offshore finance, digital cash, and the limits of liberalism, Indiana Journal of Global Legal Studies, No. 52, str. 505.

[18] „Permanentni turista se kreće ispod radarskog snopa, te je vrlo teško uočljiv“. Palan, Murphy, Chavagneux, Tax havens, Cornell University Press, Ithaca- London, 2009, str. 83.

[19] Takvo ponašanje je, po pravilu, nedozvoljeno stoga se u poreskim rajevima vrlo pažljivo proverava da li su oni dužni da vlastima zemlje prebivališta dostavljaju takve podatke.

[20] Vidi: Palan, Murphy, Chavagneux, op. cit. str. 83.

[21] Gutcher, Lianne, 2006, Bank braced for demands to hand over offshore information, The Scotsman, May 4.

Važno je takođe napomenuti da kod multinacionalnih kompanija po pravilu matična kompanija poseduje vlasničku kontrolu nad najvećim brojem članica grupe preko vlasništva nad udelima, ali istovremeno svakoj filijali ostaje pravni subjektivitet i ona je obveznik poreza. Ovo je posledica činjenice da u srži multinacionalne korporacije leži ekonomski a ne pravni koncept.[22]

Kao i u slučaju fizičkih lica kompanije mogu biti oporezovane ili prema lokaciji na kojoj stvaraju profit, ili prema mestu tj. državi registracije. Na osnovu prvog principa država potencijalno može da oporezuje sve profite koji su realizovani na njenoj teritoriji bilo da su ih ostvarile strane ili domaće kompanije. Primenom principa mesta registracije u državi registracije teoretski se naplaćuju porezi na čitav profit kompanije bez obzira u kojoj podružnici kompanije, tj. na teritoriji koje države su ostvareni. Ovde je problem za poreske vlasti činjenica, koja je u radu već spomenuta, da je svaka podružnica kompanije pravno lice i registrovana, po pravilu u drugoj zemlji pa se prema tome može oporezovati samo ono što je na određenoj teritoriji i registrovano. Ako se pak želi primeniti prvi princip vrlo je teško precizno utvrditi koliki je udeo profita realizovan na teritoriji te zemlje od ukupnog profita kompanije.

Osnov za oporezivanje je profit, a ne promet kompanije. Tako multinacionalne kompanije nužno nemaju potrebu da sele svoje realne aktivnosti na ofšor lokacije, dovoljno je da u cilju izbegavanja oporezivanja knjigovodstvenim operacijama tamo prikažu što veći deo profita. A onda se koriste prednostima niskih poreza i tajnosti, dok im pravo na izradu „konsolidovanih“ bilansa omogućava da prikriju knjigovodstvene operacije kojima sele profite na lokacije poreskih rajeva.

VI

Poreski rajevi su u cilju ofšor poslovanja razvili čitav niz neprozirnih korporativnih struktura koje olakšavaju kompanija da sele kapital i profite iz zemalja sa visokim u zemlje sa niskim poreskim stopama.

Osnovni metod za izbegavanje poreza je osnivanje filijale ili kompanije na lokaciji poreskog raja. Poreski rajevi su odgovorili na takve potrebe kreiranjem perfektnog instrumenta – *Međunarodne biznis korporacije* (IBC). IBC-s su vrlo prilagodljive kompanije, koje se u poreskim rajevi-

[22] Robe, J.P., 1997, Multinational enterprises: The Constitution of a pluralist legal order. In: Global law without a state.

ma osnivaju u formi društava sa ograničenom odgovornošću bilo da se radi o filijali onšor kompanije, ili pak kao potpuno nezavisne kompanije. Njihova osnovna svrha je da olakšaju transfer profitabilnog dela poslovanja pod jurisdikciju teritorije u kojoj se primenjuju niske stope oporezivanja. IBC-s mogu poslovati ofšor i uvećavati kapital koristeći akcije, obveznice i druge instrumente. One se isto tako mogu koristiti za to da postanu legalni posednici vlasničkih prava, kao i za poslovanje na finansijskim tržištima, upravljanje investicionim fondovima, ali i kao deo kompleksnijih finansijski struktura.

Za razliku od većine država na lokacijama poreskih rajeva se obično ne primenjuju uobičajena pravila kod formiranja društava sa ograničenom odgovornošću, tj. ne traži se definisanje sedišta kompanije, imena i adrese osnivača, informacija o rukovodstvu i dostavljanje godišnjih bilansa na reviziju. Tipična „ofšor“ IBC, ima sledeće karakteristike:

– *Izostajanje podataka o vlasnicima*. Ako vlasnici to žele njihov identitet može, na ofšor lokacijama zahvaljujući pravnoj regulativi, biti vrlo efikasno zaštićen. Ili se ne saopštavaju podaci o vlasnicima ili se pak identitet stvarnih vlasnika skriva iza imena nominalnih vlasnika kompanija. Jedna od mogućnosti je i da se neki od stanovnika zemlje poreskog raja imenuje za nominalnog direktora[23].

– Ako se i traži registracija sedišta firme to je često samo „*mejlboks*“ adresa.

– U najvećem broju poreskih rajeva firme *nisu u obavezi da dostavljaju svoje obračune* bilo kojoj instituciji, čak ni poreskoj upravi, između ostalog i zato što uopšte nema poreza.

– *Zaštita od poverilaca*. U mnogim poreskim rajevima suvlasnici mogu da uplate samo po jedan dolar ili evro kao svoj ulog i to je jedina garancija za dugove koje društvo sa ograničenom odgovornošću načini. Drugim rečima to znači da je to društvo nesposobno da izvrši obaveze prema poveriocima.

– *Mali troškovi osnivanja*. Troškovi osnivanja IBC u poreskim rajevima su minimalni i kreću su u rasponu između 100 i 500 dolara[24].

– Neki poreski rajevi dozvoljavaju i kreiranje IBC sa namenom da se nude na prodaju. Ovakve kompanije se formiraju od strane profesionalca koji ih onda oglašavaju i prodaju zainteresovanim pojedincima. Tako se može postati vlasnik kompanije praktično preko noći.

---

[23] To kao i angažovanje lokalnih profesionalaca predstavlja nevidljivi deo prihoda poreskog raja.

[24] IBC su, kao što je već istaknuto, u poreskim rajevima najčešće oslobođene svih poreza i taksi, izuzev što možda treba da plate minimalnu godišnju taksu za licencu.

Imajući sve napred izneto u vidu ne treba da iznenadi podatak da u svetu postoji više od dva miliona IBC registrovanih u poreskim rajevima i da njihov broj raste za 10 do 15% godišnje[25].

Korporacije izuzete od oporezivanja. Specijalizovane tehnike omogućavaju korporacijama u poreskim rajevima da se izuzmu od oporezivanja. Poreskim administracijama država je poznato da IBC registrovane u poreskim rajevima skrivaju svoje poslovne operacije i stoga zahtevaju prezentovanje realne aktivnosti takvih korporacija. Ukoliko ono izostane one tada tretiraju IBC kao da su poslovale na njihovim teritorijama i u skladu sa tim ih i oporezuju. Stoga su poreski rajevi morali da nađu odgovor na ovakva ponašanja poreskih uprava, pre svega razvijenih zemalja.

Klasično je rešenje koje je ponuđeno na ostrvu Džersi. Na prvi pogled izgleda da se na Džersiju insistira na konvencionalnom načinu osnivanja korporacija. Tako u članu 123 stav 1 poreskog zakona Džersija stoji da je kompanija „ rezident Džersija ako se njenim poslovanjem rukovodi i kontroliše sa ostrva“. Međutim, u stavu 9 istog člana stoji „ kancelarijom direktora kompanije izuzete od oporezivanja smatra se i ona koja se ne mora nalaziti na Džersiju“. To „smatra se“ može se tumačiti i tako da se ona može nalaziti bilo gde i da ne može biti predmet kontrole i oporezivanja na Džersiju. Na drugoj strani pošto je kompanija formalno upravljana sa Džersija ona ne može biti predmet oporezivanja ni bilo gde drugde. Vlasti Džersija u praksi nisu ni pokušavale da odgovore na pitanje ako kancelarija nije na Džersiju, gde je onda? Odgovorni na Džersiju su svakako znali da je verovatni odgovor nigde, ali i da mogućnost da bude bilo gde pruža kompaniji poreske pogodnosti[26].

Promena domicila. Jedan od odgovora na pokušaje detaljnije regulacije ofšor poslovanja je i promena domicila. Ona pretpostavlja relokaciju sa pravnog područja na kome je kompanija registrovana. Tako naprimer kompanija koja je registrovana na Gibraltaru može biti relocirana naprimer na ostrvo Man. Originalni datum osnivanja kompanije i njena egzistencija ostaju netaknuti usled relokacije, ali može da se menja njen statut, mesto registracije, sedište, regulativa na osnovu koje se registruje kao i organ odgovoran za registraciju. Prednosti za onoga ko želi da izbegava porez su očigledne. Pre svega na nagoveštaj istrage može se prijaviti sedište na drugoj lokaciji. Sada onaj ko je pokrenuo istragu mora da otpočne često skupi i mukotrpan postupak ispočetka.

---

[25] Izvor: INCSR / US International Narcotic Control Strategy Report/ March 2008.

[26] Ova vrsta kompanija usled pritiska EU više ne egzistira na Džersiju, ali su model preuzeli drugi poreski rajevi.

Relokacija može da pomogne u upornom izbegavanju plaćanja poreza pošto otežava dobijanje validnih informacija.

Ortakluk sa ograničenom odgovornošću. (LLP) Ovaj tip kompanije je razvijen u poslednjoj deceniji da olakša tajnovitost i da zaštiti kompanije registrovane u poreskim rajevima od poverilaca. LLP stvara novi sloj konfuzije u pogledu vlasništva i imovine[27]. Iako ovakav ortakluk pravno egzistira u poreskom raju on nije poreski obveznik u njemu. Umesto toga članovi ovakvih društava se oporezuju ako preduzmu poslovnu transakciju kao LLP. To dozvoljava razdvajanje prava vlasništva od dohotka koji je iz njega proistekao. Porezi se dele na različite zemlje što pruža kompaniji mogućnost kompleksnog poreskog planiranja.

Društvo sa zaštićenim delovima. (PCC). Mnogo složenija forma privrednog društva je Društvo sa zaštićenim delovima. Ovakva društva su najpre formirana na ostrvu Džernsi 1997. No, ovo nije ostala jedina lokacija koja je dozvoljavala formiranje ovakvih kompanija. Ne zadugo ona su mogla da se formiraju i na Malti, Holandskim Antilima, na mnogim od Karipskih ostrva, ali i u nekim švajcarskim kantonima. Društvo sa zaštićenim delovima posluje kao da je sastavljeno od posebnih kompanija osim što su one delove istog pravnog entiteta. Postoji „gornji nivo“ koji obezbeđuje menadžment za čitavu kompaniju, ali tu su i više posebnih delova koji se nazivaju „ćelije“. Ćelija je pravno nezavisna i odvojena od ostalih, kao i od „gornjeg nivoa“. Svaka ćelija ima svoje posebno ime i imovinu, a obaveze i poslovi svake pojedinačno su odvojeni od ostalih. Usled nedostatka transparentnosti vrlo često je teško ustanoviti da li je kompanija ćelija neke druge kompanije, ili se pak radi o poslovanje između različitih kompanija, pošto one mogu imati različita imena.

Društva sa zaštićenim delovima (PCC) se obično koriste za osiguranje od različitih vrsta rizika kod kolektivnog investiranja koje obuhvata različite tipove fondova. Takvi aranžmani obezbeđuju plaćanje nižih taksi na transakcije kao rezultat činjenice da se kapital kreće unutar iste kompanije, tj. transferiše između raznih ćelija iste. Važna je i pravna zaštita usled složene strukture kompanije, tj. ograničenog rizika za čitavu kompaniju u slučaju stečaja jedne „ćelije“.[28] Čak i kod legitimnog korišćenja PCC naprimer u sektoru osiguranja potreban je dodajni oprez pošto osiguranik kod takvog društva nikada ne može biti siguran koja sredstva kog dela kompanije se koriste za pokrivanje rizika.

---

[27] Tako su naprimer četiri velike revizijske kuće Deloitte Touche, Pricewaterhouse, Ernst&Jyoung i KPMG lobirale za kreaciju ovakvog tipa društava na Džersiju i pretile da će napustiti Veliku Britaniju ako to ne omogući.

[28] Vidi: Sharman, Jason, Havens in a storm- The struggle for global tax regulation, Ithaca, Cornell Univ. Press, 2006.

Na drugoj strani ovaj tip društva predstavlja skoro neprobojan zid za ljubopitljive oči poverilaca. Kada jedna ćelija postane insolventna, poverioc koji je dao kredit toj ćeliji može da potražuje samo imovinu te ćelije i ni jedne druge. Poverioci najčešće ne znaju da investiraju u PCC dok to ne postane prekasno. PCC se koriste, pre svega, za izbegavanje obaveza koje su nastale na osnovu poslova u drugim zemljama, tj. onima u kojima PCC nije registrovan.

Fondacije, trustovi i Anstalt. Popularne tehnike za izbegavanje i utaju poreza su i formiranje ofšor trustova i fondacija[29]. Trust je ugovorni odnos između dva lica koji kreira barijeru između pravnog vlasnika imovine i njenog korisnika. Ovaj instrument dozvoljava prenos imovine i finansijskih sredstava sa pravnog vlasnika imovine na drugu osobu, a u korist trećeg.Trustovi omogućavaju tajnost zato što ne zahtevaju nikakvu registraciju u najvećem broju pravnih jurisdikcija, a i tamo gde se registracija zahteva kao npr. u Velikoj Britaniji (samo u svrhu oporezivanja) to se ne prezentuje javnosti[30].

U slučajevima kada se trust formira ofšor staraoci su po pravilu profesionalci (računovođe, advokati, službenici trust kompanija), sa zadatkom da obezbede da prihodi budu oslobođeni od poreza. Pošto je trust lociran ofšor ne postoji obaveza da se dohodak beneficiara koji ne živi u poreskom raju prijavi poreskim organima. Dohodak beneficiara se uplaćuje na njegov ofšor bankovni račun bez da to bilo ko iz njegove matične zemlje mora znati. Ovakva procedura čini da je utaja poreza relativno jednostavna. Možda je važno napomenuti i to da se trustovi ne formiraju samo iz razloga izbegavanja poreza, moguće je i da pojedinci žele da sakriju deo svoje imovine npr. od supruge, porodice ili poslovnih partnera.

Fondacije su sledeći metod da se prikrije imovina. Fondacija se formira kao pravno lice odvojeno od kompanije. Fondacija nema vlasnike i deoničare. Formalno pravno ona se formira radi ostvarenja specifičnih ciljeva, a najveći broj poreskih rajeva dozvoljava formiranje privatnih fondacija.

Sledeći dobro poznati metod za prikrivanje imovine je Anstalt što je specijalnost Lihtenštajna. Anstalt je hibrid između fondacije i trusta. Nastao je 1920-tih kao instrument koji je korišćen pretežno od strane bogatih porodica radi izbegavanja poreza na nasleđe. Ne postoji obaveza upisa

[29] Trustovi su nastali, istina ne u ovoj formi, još za vreme krstaških ratova kada su engleski vitezovi pre polaska na dugi put u Svetu zemlju ostavljali pouzdanim ljudima da upravljaju njihovom imovinom.

[30] Trustovi se koriste u ofšor svrhe od 1920. na kanalskim ostrvima, no intenzivnije se koriste od početka 60-tih godina prošlog veka.

u javni registar Anstalt-a dogod se on koristi samo u porodične svrhe. Fondacije i Anstalt-i koji ne obavljaju ekonomske aktivnosti u Lihtenštajnu nisu u obavezi da računovodstveno evidentiraju svoje aktivnosti ako to ne žele. Ovome treba dodati i to da su advokati i bankari obavezani propisima Lihtenštajna na čuvanje tajne. Prema nekim procenama u Lihtenštajnu je osnovano blizu 80.000 ovakvih institucija i skoro 30% prihoda države potiče iz ovog izvora[31].

Ofšor bankarstvo i druge finansijske institucije U poreskim rajevima moguće je lako dobijanje licence za osnivanje banaka. Atraktivnost ofšor banaka je očigledna posledica nekoliko činjenica: nepostojanja poreza na kapital, poreza na dividende i kamate, poreza na kapitalne transfere i na kapitalnu dobit. Ne postoji devizna kontrola, a propisi su fleksibilni i slabo kontrolisani. Stoga ne iznenađuje što sve najveće svetske kao i banke srednje veličine kao i najveći broj malih banaka imaju najmanje jednu podružnicu u nekom od poreskih rajeva[32].

Poreske rajeve koriste tri tipa finansijskih institucija. Pre svega najveći broj banaka osnovanih na tim lokacijama su samo mejlboks banke. One ili uopšte nemaju kancelarije i zaposlene ili su samo minimalno fizički prisutne na području pod tom jurisdikcijom. Te banke se vrlo često bave nedozvoljenim aktivnostima[33]. Tako se, prema nekim istraživanjima 40% svih finansijskih aktivnosti takvih institucija može podvesti pod nedozvoljene.[34]

Drugi tip ofšor banaka služi kao podružnice velikih onšor banaka. One vrlo često nose i imena tih poznatih banaka . Ali pravno one imaju svoj poseban subjektivitet. Banke koriste ove podružnice kako za legalne tako i za nedozvoljene aktivnosti. Takođe multinacionalne korporacije osnivaju svoje ofšor banke u poreskim rajevima radi finansiranja sopstvenih aktivnosti.

I na kraju postoje i prave ofšor banke koje su locirane i adekvatno upravljane na pravnom području na kome su osnovane. Prema nekim podacima krajem prošlog veka bilo je oko 4000 takvih banaka koje su bile

---

[31] Peillon, V. and A. Montebourg. 2000/ :La Principaute du Liechtenstein- paradis des affaires et de la delinquance financiere, Rapport d`information de l`Assemblee nationale, no. 2311,18/2000.

[32] Tako naprimer na Bahamima bankama izdato 4300 dozvola za rad. Na Kajmanskim ostrvima na svakih 120 stanovnika registrovana je jedna banka. Vidi: Riedly, Timothy. 2007. What makes the Cayman Islands a successful international financial service center.BIS Review 72/2007 no. 1.

[33] BIS-Bank for International Settlements, 2003, Shell banks and booking offices, Committee on Banking Supervision, Basel.

[34] Dupuis-Danon, M., Finance criminelle, 2end edition, Paris, 2004.

locirane pretežno u Latinskoj Americi i na Karipskim ostrvima. U tu vrstu banaka je prema tim procenama tada bilo uloženo oko 5 triliona dolara[35].

Osiguravajuća društva. Praktično sva onšor osiguravajuća društva osnivaju podružnice na ofšor lokacijama. Atraktivnost ofšor lokacije ogleda se pre svega u malim odbicima od profita, kao i u niskoj ili neprecizno utvrđenoj obaveznoj rezervi i niskim kapitalnim standardima. U poslednje tri decenije došlo je do strahovitog rasta broja ofšor osiguravajućih društava. Njihov broj se procenjuje na blizu 5000 širom sveta sa oko 20 milijardi dolara premija. Prvi ofšor centar koji se specijalizovao za osiguranje su bila Bermudska ostrva. Polovinom protekle decenije su vodeća reosiguravajuća društva kao Minhen Re i Švis Re počela da posluju na ovim ostrvima[36].

Na drugoj strani izgleda da su kanalska ostrva i ostrvo Man počeli da razvijaju, kada je reč o osiguranju, operacije koje se mogu koristiti za pranje novca. Tako naprimer mala osiguravajuća kompanija može biti osnovana sa niskom dobiti ponekad nedovoljnom da se plati i jedan zaposleni, ali ona može staviti na stranu ekstremno visoke rezerve, navodno recimo za slučaj buduće krize, i te rezerve plasirati tamo gde one neće biti oporezovane. Osiguravajuće kuće ovog tipa često imaju samo jednog ili dva „klijenta“[37].

Investicioni fondovi i trgovina derivatima. Poreski rajevi privlače i značajan deo novih finansijskih institucija radi korišćenja poreskih pogodnosti ali i zbog toga što se često radi o rizičnim investicionim poduhvatima koje je teško podvesti pod onšor regulaciju. Tako npr. izuzetno veliko učešće imaju hedž fondovi. *Hedž*[38] *fondovi* su investicioni pulovi u kojima su članovi bogata fizička lica ili institucije[39].

Prema nekim podacima 55%[40] hedž fondova je locirano ofšor raspolažući sa 49% ukupnog kapitala ovih fondova[41].

---

[35] Vidi: Palan, Murphy, Chavagneux, op. cit. str. 95.

[36] Džernsi, Kajmanska ostrva, Dablin i Gibraltar su se takođe uključili u ove poslove

[37] To su ustvari osobe koje žele da sakriju svoj kapital.

[38] Riter/Silber/Udel, Principi novca, bankarstva i finansijskih tržišta, izd.Udruženje banaka Srbije, Beograd, 2009, str. 275.

[39] Po pravilu članstvo je otvoreno samo za fizička lica koja raspolažu sa bar 5 miliona dolara u investicijama i koja imaju godišnji prihod iznad 200.000 dolara. Sa tako ekskluzivnom klasom investitora, propisi za zaštitu nesofisticiranih investitora se ne primenjuju tako da ti fondovi mogu da primenjuju i strategije koje su suviše rizične za prosečnog investitora.

[40] International Financial Services, London, 2007.

VII

Iz napred navedenog se vidi da ofšor lokacije i poreski rajevi nisu samo sredstvo za izbegavanje i utaju poreza nego da istovremeno imaju i značajnu ulogu u svetu finansija.

Individualno posmatrani poreski rajevi se mogu učiniti malim i beznačajnim za svetsku privredu, ali uzeti zajedno oni igraju vrlo važnu ulogu u njoj, čineći jedan od nosećih stubova „neoliberalne globalizacije". Tačno je da većina država u svetu nastoji da kreira poreske podsticaje za izabrane industrijske sektore i grane privrede, ali principijelno oni ne prave razliku između domaćih i inostranih subjekata. Nasuprot toga regulativa poreskih rajeva usmerena je ka nerezidentima koji u njima registruju svoje ofšor poslovanje[42].

Njihovo postojanje i delatnost ugrožava naplatu poreza najviše u zemljama sa najvećim bruto proizvodima po glavi stanovnika u svetu. Takođe zahvaljujući postojanju poreskih rajeva distribucija prihoda i troškova globalizacije se vrši još više u korist malobrojne elite, a na štetu ogromne većine stanovništva. U tom smislu poreski rajevi su u samom središtu procesa globalizacije, ili u najmanju ruku u središtu specifičnog tipa globalizacije čiji smo svedoci od početka 80-tih godina prošlog veka, odnosno od početka prevlasti neoliberalne paradigme u svetskoj privredi.

Poreski rajevi kontinuirano u cilju podsticanja ofšor poslovanja razvijaju nove forme regulative i nove forme društava kao odgovor na permanentan pritisak da se sprovode pravila OECD, EU i razvijenih zemalja pojedinačno kojima se nastoje ograničiti pogodnosti koje pruža ofšor poslovanje, i na taj način, pre svega, suziti prostor za izbegavanje i utaje poreza.

Diskusija o ofšor poslovanju se obično koncentriše oko tri glavna pitanja: izbegavanje poreza, regulativa naročito finansijska, i kriminal uključiv pranje novca, trafiking i pronevere. Ofšor poslovanje intenzivira diskusiju o suverenim pravima teritorija da kreiraju pravne norme, naročito kada one mogu nanositi štete drugim državama.

---

[41] Na drugoj strani SAD odnosno. država Delaver su najznačajnija onšor lokacija ovih fondova sa oko 40% onih koji su locirani onšor. No, kada je reč o ofšor fondovima vredi napomenuti da su oni po pravilu upravljani sa drugih lokacija. Tako se iz Njujorka upravlja sa 45% svih hedž fondova koji su locirani ofšor.

[42] Zvuči ironično, ali pojedini poreski rajevi kao npr. Džersi i Lihtenštajn izuzetno strogo sankcionišu poresku nedisciplinu sopstvenih građana.

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

Some Characteristics of Offshore Operations

Abstract

Offshore operations are not on the margins of the world economy. They are an integral part of modern business practice. They have become one of the most important instruments in the contemporary globalized financial system. Offshore operations and tax havens are not only conduits for tax avoidance and evasion but belong more broadly to the world of finance, for the business of managing the monetary resources of an organization, country or individuals.

Offshore business operating in tax havens is at the heart of a particular type of globalization that is characterized by a growing gap between the very rich and everyone else. Tax havens are financial conduits that, in exchange for a fee, use their one principal asset- their sovereignty- to serve a nonresident constituency of accountants and lawyers, bankers and financiers, who bring a demand for offshore operations.

Key words: offshore, offshore financial centres, offshore companies, offshore trusts, onshore, tax havens, tax planning, neoliberal globalization

Originalni naučni rad 316.343(497.11)“04/14“

Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

MAISTORIJE, SOKALNICI I SEOSKI POPOVI[1]

Sažetak: *U radu se raspravlja o pravnom položaju tri kategorije stanovništva srednjovekovne Srbije, koje su, pored meropaha, Vlaha i otroka, spadale u takozvane sebre (zavisno seosko stanovništvo). To su seoske zanatlije, najčešće nazivani maistorije, potom dosta zagonetan stalež koga izvori nazivaju sokalnici i deo seoskih popova. Analizirajući podatke iz preostalih pravnih spomenika, autor pokušava da razjasni neke kontroverze vezane za pravni položaj zanatlija, sokalnika i seoskih popova.*

Ključne reči: *Seoske zanatlije, majstorije, sokalnici, seoski popovi, povelje, Dušanov zakonik.*

Prema manje-više usvojenom mišljenju gotovo svih istraživača srednjovekovnog srpskog prava, u srednjovekovnoj Srbiji u stalež *sebara* - zavisnog seoskog stanovništva spadali su *meropsi* (zavisni seljaci), *Vlasi* (zavisni stočari), *otroci* (neka vrsta robova), *maistorije* (zavisne zanatlije), *sokalnici* (stalež nejasnih prava i obaveza) i jedna grupa seoskih popova. Kako sam o pravnom položaju meropaha, Vlaha i otroka već pisao u prethodnim brojevima *Zbornika,*[2] tekst koji sledi predstavlja logički nastavak

---

[1] Rad je posvećen projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (Srbija i EU“, koji se finansira sredstvima Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

[2] Videti *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* XLIV/2 , str. 23-36 i XLIV/3, str. 37-51 (2010).

Maistorije

Povelja kralja Milutina manastiru Svetog Stefana u Banjskoj (izdata između 1313. i 1318. godine) kao i povelja njegovog sina Stefana Dečanskog manastiru Dečani (izdata oko 1330), nam svedoče da su na vlastelinstvima ova dva manastira živele različite vrste zanatlija. To su bili kovači, zlatari, sedlari, šavci (krojači), drvodelje, strugari, kožari, grnčari i zidari. Ali sve ove *maistorije,* imali su iste obaveze kao i *sokalnici*, kategorija stanovništva čiji pravni status nije dovoljno jasan, što je nedvosmisleno rečeno u tekstu *Svetostefanske povelje*: **А ковачиѥ оуроч'нии, и древоделиѥ, и шьв'ци, и стрьгоуниѥ, и сѥдлариѥ, и грьн'чариѥ, и зьд'ци, и златариѥ вси да орю и косѥ како и сокал'ници.**[3] Sličnu odredbu sadrži i *Dečanska hrisovulja*: **Ковачиѥ и златариѥ и сѥдлариѥ и шьв'ци и в'си маисториѥ да работаю ıако и сокал'ници...**[4] U sledećem poglavlju ista povelja dodaje: **А сено да косѥ ıако и мероп'си тако и сокал'ници и вс'и маисториѥ.**[5]

Navedeni podaci iz izvora nam pokazuju da su u srednjovekovnoj Srbiji živele različite kategorije zanatlija, ali ne kao autonoman, slobodan stalež, već kao zavisno stanovništvo blisko meropsima (zavisnim seljacima). Pored svojih zanatlijskih obaveza oni su morali da izvršavaju još neke feudalne dužnosti. Na Dečanskom vlastelinstvu, na primer, morali su da oru jedan mat[6] pšenice, mat ovsa, mat prosa i vinograd da seku jedan mat.[7]

Izgleda da do sredine XIV veka u Srbiji nije postojala velika potreba za zanatlijama, jer *Svetostefanska povelja* naređuje: **Оу коіѥмь любо сѥле кои любо маисторь, ако имѥ имати много сыновь, ıѥдинь оть нихь на отчине месте да остаіѥ, а инии да соу работ'ници.**[8] Dakle, samo jedan od zanatlijinih sinova je mogao da nastavi očev posao, dok su svi ostali postajali *rabotnici* (*meropsi,* zavisni seljaci). Ta činjenica potvrđuje da su poljoprivredni radnici bili mnogo traženiji i potrebniji. Ali, izgleda da su se prilike u drugoj polovini XIV veka promenile jer izvori spominju čitava zanatlijska sela koja su radila za potrebe dvora i plemstva. U jednoj povelji cara Uroša čelniku Musi iz 1363. godine, pominju

---

[3] S. Novaković, *Zakonski spomenici srpskih država srednjega veka,* Beograd 1912, str. 628, LXXV (u daljem tekstu *Zak. spom.*).

[4] *Zak. spom.,* str. 650, XXV.

[5] *Zak. spom.,* str. 650, XXVI.

[6] Jedan mat iznosi 939,18 kvadratnih metara. Detaljnije o tome videti S. Ćirković, *Mere u srednjovekovnoj srpskoj državi, Mere na tlu Srbije kroz vekove,* Beograd 1974, str. 41-64 = *Rabotnici, vojnici, duhovnici,* Beograd 1997, str. 135-161.

[7] *Zak. spom.,* str. 650, XXIV.

[8] *Zak. spom.,* str. 627, LXVI.

se trinaest sela koja su se bavila različitim zanatima: jedno konjuško selo, dva lovačka, dva stanička (komordžijska), dva mađerska (kuvarska), četiri posteljštačka (koji su tkali platno za carev dvor i snabdevali carsku riznicu rubljem i odelom), i jedno zlatarsko selo.[9] U svojoj znamenitoj raspravi o srpskom selu, Stojan Novaković je između ostalog, zapisao: „Imena sela po zanatima, kao Kolari, Sedlari, Tulari, Štitari, Kožuari, Kovači, Zlatari (u srezu kozničkom pod Kopaonikom), Kamenari, Grnčari, Lončari, Koritnik, Korićani, Stapari, Češljari, Strelari (na istom kraju) ništa drugo nisu nego takođe jedan znak ovih naselja, koja su od davnašnjih vremena bila nastanjena po pojedinim krajevima, baveći se svojim zanatom i svojom veštinom.“[10]

Sokalnici

Pored zavisnih zanatlija pet povelja srpskih vladara i Dušanov zakonik pominju takozvane *sokalnike,* kategoriju stanovništva čiji pravni status nije baš sasvim jasan. Ispitivanje pravnih spomenika pokazuje nam da su feudalne obaveze sokalnika bile slične obavezama meropaha, ali kvantitativno manje. Povelja kralja Vladislava manastiru Svete Bogorodice Bističke (oko 1234) naređuje da *sokalnik* mora da ore upola manje od meropha, ali treba da kosi seno i daje *obrok* (obezbeđivanje hrane kraljevim dostojanstvenicima)[11] isto kao i *meropah.* Slične odredbe sadrže i *Svetostefanska* i *Dečanska* hrisovulja.[12] Da je sokalnik stojao nešto više na društvenoj lestvici od meropha, jasno svedoči povelja kralja Milutina manastiru Svetog Đorđa (Georgija Gorga) na Seravi kod Skoplja (često nazivana i *Skopska povelja* od 1299-1300): sinovi seoskih popova koji se ne opismene, neće biti vraćeni u stalež meropaha, već sokalnika **(И поповсци синовє кои книгоу нє изоучє, да соу сокалници а да сє нє помєропшє).**[13] Neki pravni spomenici nas obaveštavaju da su *sokalnici* morali da daju pratnju manastirskim dostojanstvenicima. Već pomenuta povelja kralja Vladislava manastiru Svete Bogorodice Bističke zapoveda da *sokalnik* mora da krene na put, jašući konja (verovatno u nečijoj pratnji), kada mu to zapovedi igu-

[9] A. Solovjev, *Jedna srpska župa za vreme carstva, Glasnik Skopskog naučnog društva* III (1927), str. 25-42.

[10] S. Novaković, *Selo* (sa dopunama S. Ćirkovića), Beograd 1965, str. 61.

[11] Detaljno o *obroku* raspravlja M. Blagojević, *Obrok i priselica, Istorijski časopis,* knj. XVIII (1971), str. 165-188.

[12] *Zak. spom.,* str. 590, VI: **Сокальникь да орє поль дроугє м'ти всакє ралиє. Сено да коси сь меропхомь ієднако... И кьги приходи крааль или властєлинь, или гость, да приплака оу оброкь како и меропьхь.** Videti i str. 625, XLV; 628, LXXXI, 650, XXVI.

[13] *Zak. spom.,* str. 620, LXX.

man **(поуть да тера и сь конємь колико вєли стареи).**[14] Prema podacima *Svetostefanske hrisovulje* sokalnikov sin, kada se oženi i ako zadobije poverenje igumana i bratije, dobiće na korišćenje konja **(А сокалничики... нь кади на жєнитвоу поидє, ако боудє достоинь, игоумєнь з'говоривь сє сь братиами да моу дадє конь).** Sa konjima koji su im bili na raspolaganju sokalnici su morali da tegle jednom godišnje žito i vino, po naređenju igumana **(Сокал'ници да доносє оу годишти товарь жита и товарь вина откоудоу имь рєчє игоумєнь).** Kada putuju zajedno sa igumanom ili kaluđerima, radi nekih crkvenih poslova, sokalnici će se hraniti o trošku manastira; ali, kada putuju sami, hraniće se „svojim brašnom" **(Сокал'никь кьда сь игоумєномь или сь калоугієромь камо грєдє на црьков'ни посьль, да сє црьков'нымь хрании, а кьди самь грєдє, своіє браш'но да носии).** Pored toga sokalnici su morali da pomažu prilikom šivenja za potreba kralja i crkve **(Сокал'ниици да помагаю шити црьквє и трапєзє и кралієвехь полать).**[15] Najzad, član 107 Dušanovog zakonika pominje sokalnika kao sudijinog činovnika (možda izvršitelja presuda): *Kto se najde otbiv sudijina sokalnika ili pristava, da se pleni i da mu se uzme vse što ima.*[16]

Ko su zapravo bili sokalnici, ne postoji saglasnost među istraživačima srednjovekovnog srpskog prava. Đuro Daničić u svom *Rječniku iz književnih starina srpskih* je izneo mišljenje da je sokalnik neka vrsta kolona koji je dužan da plaća danak koji se naziva *soć* (*colonus qui tributum soćь dictum pendere tenebatur,srl. socamannus*). Uz njegovo mišljenje pristalo je još nekoliko autora, a može se naći i u nekim rečnicima. [17] Prema tumačenju Stojana Novakovića reč sokalnik izvedena je od izraza *sokalnica,* što znači *kuhinja,* i u tom značenju reč se sreće u srpskom prevodu *Sintagme Matije Vlastara.* Dakle, sokalnik bi prema ovom tumačenju bio kuvar ili hlebar ili možda zidar koji se koristio za podizanje ognjišta.[18] U posebnoj raspravi posvećenoj sokalnicima, Borislav Radojković

---

[14] *Zak. spom.,* str. 590, VI.

[15] *Zak. spom.,* str. 626, LIX; 628, LXXXI; 626, LIII; 627, LX.

[16] S. Novaković, *Zakonik Stefana Dušana, cara srpskog,* Beograd 1898 (reprint 2004), str. 82 i 211 (u daljem tekstu *Zakonik*).

[17] Đ. Daničić, *Rječnik iz književnih starina srpskih,* knjiga III, Beograd 1864, str. 134; F. Miklosich, *Lexicon palaeoslovenico-graeco-latinum,* Vindobonae 1856, p. 868; B. Petranović, *O ropstvu po srpskim spomenicima i štatutima primorskih dalmatinskih gradova, Rad XVI* (1874), str. 62-63; *Rječnik Jugoslavenske Akademije Znanosti i Umjetnosti, tom XV,* Zagreb 1956, str. 887; P. Skok, *Etimologijski rječnik hrvatskoga ili srpskoga jezika, uredili akademici M. Deanović i Lj. Jonke, priredio za tisak V. Putanec, knjiga treća,* Zagreb 1973, str. 302.

[18] S. Novaković, *Zakonik,* str. 211 i *„Soće" i „sokalnik" u srednjovekovnoj Srbiji, Godišnjica Nikole Čupića,* XXVI (1907), str. 118-128. Većina naučnika smatra da su so-

je nastojao da dokaže vezu između sokalnika i *soknice* - skladišta za smeštaj žitnog desetka (soća). Prema njegovom mišljenju, najveći broj sokalnika bili su niži činovnici (neki su bili i sudski izvršni organi), čiji je zadatak bio da ubiraju žitni porez – *soće,* te da ga dalje transportuju do *soknice* (skladišta), kojom su i rukovali.[19] Preciznom jezičkom analizom Aleksandar Solovjev je ustanovio da je reč *sokalnik* u tesnoj vezi sa izrazima *sokalnica* i *sokal,* ali ne i sa terminima *sok* i *soće.* On je ukazao na činjenicu da je srpski prevodilac *Sintagme Matije Vlastara* grčku reč **έστία** = vatra, ognjište preveo sa *sokalnica.* Prema njegovom mišljenju sokalnici su oslobođenici, poluslobodni ljudi, koji se u vreme donošenja Dušanovog zakonika nisu mnogo razlikovali od meropaha i otroka.[20] D. Janković smatra da su sokalnici nekadašnji robovi, koji su postali lične vlasteoske sluge, čiji je osnovni zadatak da budu kuvari, ali i da prenose robu, popravljaju građevine i slično.[21] Prema poslednjem tumačenju Luja Margetića sokalnici su bili meropsi sa elegantnijim i „otmenijim" dužnostima, vezanim za činjenicu da su posedovali konje. Stoga razloga oni su bili potpuno ili delimično

---

kalnici bili kuvari, pekari ili zanatlije uopšte, sa nekim dodatnim feudalnim obavezama. Videti V. Mažuranić, *Prinosi za hrvatski pravno-povjestni rječnik,* Zagreb 1908 – 1922 (reprint 1975), str. 1346; J. Gerasimović, *Staro srpsko pravo,* Beograd 1925, str. 88; T. Taranovski, *Istorija srpskog prava u nemanjićkoj državi, I deo, Istorija državnog prava,* Beograd 1931, str. 57 = *Klasici jugoslovenskog prava, knjiga 12,* Beograd 1996, str. 91; M. Dinić, *Sokalnici, Prilozi za književnost, jezik, istoriju i folklor* 28 (1962), str. 149-157; V. Mošin, *Spomenici za srednovekovnata i ponovata istorija na Makedonija, knjiga I,* Skopje 1975, str. 235-236.

[19] B. Radojković, *O sokalnicima, rasprava iz socijalnih odnosa u staroj srpskoj državi srednjeg veka, Srpska Kraljevska Akademija, posebna izdanja, knjiga CXX, društveni i istoriski spisi, knjiga 48,* Beograd 1937. Autor se na isto pitanje vratio još dva puta u posebnim raspravama: *Još nekoliko reči o sokalnicima,* Beograd 1941, i *Nova tumačenja nekih članova Zakonika Stefana Dušana, Pronijari i sokalnici,* Beograd 1965. Slično mišljenje zastupaju i M. Polićević, *Ustrojstvo pravosuđa u staroj srpskoj državi u XIII i XIV veku, Arhiv za pravne i društvene nauke,* XXIII (1923), str. 273; M. Dolenc, *Dušanov zakonik,* Ljubljana 1925, str. 74, 83, i R. Grujić, *Vlastelinstvo Svetoga Đorđa kod Skoplja, Glasnik skopskog naučnog društva,* I (1925), str. 67-68.

[20] A. Solovjev, *Sokalnici i otroci u uporedno-istorijskoj svetlosti, Glasnik skopskog naučnog društva,* XIX (1938), str. 103-132. Nastojeći da pobije etimologiju koju je izneo A. Solovjev, L. Margetić, *Bilješke o meropsima, sokalnicima i otrocima, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* XXXV, 1-3 (1991), str. 104, je naglasio da se grčka reč **έστία** u *Nomokanonu Svetoga Save* prevodi sa *povarnica.* M. Dinić, nav. delo, nap. 44, je smatrao da dužnosti sokalnika ne treba uvek dovoditi u vezu sa etimologijom same reči. Takvom shvatanju suprotstavlja se B. Radojković; njegovo je mišljenje da se razjašnjenje problema sokalnika ne može postići bez ispravnog tumačenja porekla samog izraza (*Nova tumačenja,* str. 37).

[21] D. Janković, *Istorija države i prava feudalne Srbije (XII – XV vek),* Beograd 1957, str. 36-37.

izuzeti od nekih feudalnih obaveza. Margetić nalazi da je pravni položaj sokalnika vrlo sličan statusu takozvanih *arimana,* koji se spominju u oblasti istarskog grada Poreča, i *knapa,* poznatih iz dokumenata gradova Bakra, Bribira i Novog u Vinodolskoj župi (danas u Hrvatskoj).[22]

Seoski popovi

Niže, seosko sveštenstvo predstavljalo je relativno brojan i heterogen stalež, koji je samo delimično spadao u sebre. Njihov faktički položaj, vrlo verovatno se malo razlikovao od meropaškog.[23]

Dušanov zakonik pravi jasnu razliku između tri grupe seoskih popova: 1) popovi baštinici; 2) popovi koji su dobili od svojih gospodara tri njive, i 3) popovi koji su dobili od svojih gospodara više od tri njive.

Pravni i društveni položaj popova baštinika bio je definisan članom 31 Dušanovog zakonika, koji počinje rečima: *I popove baštini da si imaju svoju zemlju baštinu i da su svobodni...*[24] Tekst člana 31 jasno svedoči da je popovima bilo dozvoljeno da poseduju zemlju, kao i da je ostavljaju svojim naslednicima. Njihovo svojinsko pravno ovlašćenje bila je baština (puno pravo svojine). Povelje, proglašene pre Dušanovog zakonika, pominju seoske popove koji su posedovali čak i neka manja sela. Svetostefanska hrisovulja, na primer, pominje nekog popa Cerovca, koji je bio vlasnik sela Vojtešina i seoske crkve; pop Branko je posedovao selo Podrima, a pop Srđ je bio vlasnik nekog sela na reci Ibru.[25]

Pravni položaj preostale dve kategorije seoskih popova bio je regulisan drugim delom člana 31 Dušanovog zakonika koji glasi: ... *a ini popove koji ne imaju baštine, da im se dade tri njive zakonite, i da jest popovska kapa*[26] *svobodna; ako li veće uzme, ot te-zi zemlje da rabota crkvam po zakonu.*[27] Dakle, u slučaju da pop nema imanja (zemlju), daće mu se

---

[22] L. Margetić, nav. delo, str. 102-108. Videti od istog autora i raspravu *Knapi frankapanskih (i zrinskih) primorskih posjeda, Starine 58* (1980), str. 177-191. Videti i odrednicu *Sokalnik* (Đ. Bubalo), u *Leksikon srpskog srednjeg veka, priredili S. Ćirković i R. Mihaljčić,* Beograd 1999, str. 680-682.

[23] O seoskim popovima videti: V. Marković, *Pravoslavno monaštvo i manastiri u srednjovekovnoj Srbiji,* Sremski Karlovci 1920; R. Grujić, *Srednjovekovno srpsko parohijsko sveštenstvo,* Skoplje 1923, i *Lična vlastelinstva srpskih crkvenih predstavnika u XIV i XV veku, Glasnik Skopskog naučnog društva,* XIII (1934), str. 53-64.

[24] Novaković, *Zakonik,* str. 29 i 164.

[25] *Zak. spom.,* str. 624, XXVI-XXXVIII.

[26] *Kapa* i *glava* su izrazi koje srednjovekovno srpsko pravo koristi da bi označilo fizička lica. Detaljnije o tome videti S. Šarkić, *Natural Persons (Individuals) and Legal Persons (Entities) in Serbian Medieval Law, Zbornik radova Vizantološkog instituta,* 45 (2008), str. 223-229.

[27] Novaković, *Zakonik,* str. 29 i 164.

tri njive na korišćenje, što se smatralo dovoljnim za zadovoljenje egzistencijalnih potreba. Ti popovi bili su takođe izuzeti od feudalnih rabota, ali su morali da plaćaju opšteobavezni porez – *soće.* Ali, popovima koji su verovatno imali mnogoljudnije porodice, tri njive nisu bile dovoljne za zadovoljenje osnovnih životnih potreba, pa su oni od svojih feudalnih gospodara dobijali nešto više. Za taj višak, morali su prema Zakoniku, da izvršavaju feudalne obaveze (*ot te-zi zemlje da rabota crkvam po zakonu*). Ove dve grupe popova nisu smele da napuštaju svoja feudalna vlastelinstva, što jasno kaže član 65 Dušanovog zakonika: *Pop koji ne ima svoga stasa*[28] *da mu se dade tri njive zakonite. I pop, koji je gode, ot svoga gospodara da ne grede nikamo; ako li gospodar ne ime hraniti po zakonu, da dojde ka svojemu arhijereju, i arhijerej da reče onomu-zi vlastelinu da hrani popa po zakonu, da ako on-zi gospodar ne ime čuti, da jest pop svobodan kude mu gode. Ako li bude pop baštinik, da ga nest voljan otgnati, takmo da jest svobodan*.[29] Kao što se jasno vidi, pop koji nema svoga imanja, može da traži od svoga vlastelina tri njive za izdražavanje porodice, ali ne sme da napusti feudalni posed (vezan je za zemlju). Međutim, ako vlastelin odbije da mu da tri njive, pop ima pravo da se požali svom duhovnom starešini (*arhijereju* – višem svešteniku kome je neposredno potčinjen). Arhijerej je dužan da upozori vlastelina na njegovu obavezu, a ako se ovaj ogluši, pop postaje slobodan i može da napusti vlastelinstvo (*da jest pop svobodan kude mu gode*). Popa baštinika niko nije smeo da otera sa njegovog imanja i on je bio u potpunosti slobodan.

Seoski popovi su obično bili izuzeti od feudalnih obaveza koje su po pravilu imali meropsi, što se jasno vidi iz teksta nekoliko povelja. Svetostefanska hrisovulja, na primer, naređuje da seno treba da kose meropsi, sokalnici i maistorije (zanatlije), svi jednako, izuzev popa **(в'си ієд'нако...разве попа).** Ista povelja izuzima popove od davanja izvesnih količina meda, što je bila obaveza ostalih stanovnika na vlastelinstvu **(Трьн'ка пєта презь лето, разве попа, всакомоу да сє оузимаа).**[30] Povelja kralja Milutina manastiru Gračanica (1321-1322) kaže da popovi nisu imali obavezu da love zečeve **(И да ловє три дни заієцє заманицомь разве поповь).**[31] Seoski popovi su dobijali od meropaha poseban dohodak koji se nazivao *bir duhovni.* Prema tekstu povelje koju je car Dušan dodelio manastiru Svetih Arhanđela Mihajla i Gavrila kod Prizre-

[28] *Stas* znači imanje. Reč je izvedena od grčkog **ατάσις,** što doslovno znači *stajanje, mesto stajanja, stajalište.*

[29] Novaković, *Zakonik,* str. 53 i 185.

[30] *Zak. spom.,* str. 625, XLV; 627, LXXI.

[31] Ibid. 623, XXVIII.

na (1348), dohodak se sastojao od lukna žita ili dva dinara od svakog meropaškog bračnog para **(И да даю бирь доуховноу наодрицомь, лоукно жита волпа два динара).**[32] Polovinu duhovnoga bira zadržavala je crkva za sebe, a druga polovina pripadala je seoskim popovima, svedoči tekst Žičke hrisovulje **(...поповска бирь, что доходи оть поповь, половина да сє оузима сиієи црькви).**[33]

Seoski popovi su morali da plaćaju višem sveštenstu (episkopima i arhiepiskopima) posebne takse za njihovo postavljanje (hirotoniju). Prema tekstu *Sintagme Matije Vlastara,* taksa zvana *kanonik* ili *vrhovina*[34] iznosila je: na 30 meropaških kuća jedan perper (zlatnik) i 2 srebrnika (dinara), 1 ovan, 6 krina (kabla) ječma, 6 mera vina, 6 mera brašna i 30 kokošaka. Osim toga, trebalo je davati episkopu „poklone zakone“ tri puta godišnje.[35]

Izgleda da je broj seoskih popova na vlastelinstvima bio relativno visok. Potpunih podataka nemamo, ali kako nam svedoči Dečanska hrisovulja, na vlatelinstvu toga manastira bilo je u selu Grmočelu osam popova na 50 kuća, a u selu Krastavljani živelo je 4 popa na 50 kuća. U selu Ljubolići bilo je 7 popova na 74 kuće. Prema procenama Stojana Novakovića, na svim vlastelinstvima u Srbiji živeo je po jedan pop na 20 kuća.[36] Stoga su pojedine povelje nastojale da ograniče broj seoskih popova. Povelja manastiru Svetog Đorđa kod Skoplja naređuje da sinovi seoskih popova koji ne nauče da čitaju postanu sokalnici **(И поповсци синовє кои книгоу нє изоучє, да соу сокалници а да сє нє помєропшє).**[37] Prema Dečanskoj hrisovulji samo je sin popa mogao da postane pop; sin jednog meropha, čak i ako se opismeni, ostaje meropah **(И да сє попь одь попа стави, а мероп'шикь ако книгоу изоучи, да іє меропьхь).**[38]

---

[32] Ibid. 629, CLI.

[33] Ibid. 572, VI.

[34] Detaljnije o ovom porezu videti odrednicu *Kanonik* (M. Janković) u *Leksikon srpskog srednjeg veka,* Beograd 1999, str. 275.

[35] S. Novaković, *Matije Vlastara Sintagmat, azbučni zbornik vizantijskih crkvenih i državnih zakona i pravila, slovenski prevod vremena Dušanova,* Beograd 1907, str. 543. O merama pomenutim u tekstu videti raspravu S. Ćirkovića, navedenu u napomeni 6.

[36] S. Novaković, *Selo,* str. 172.

[37] *Zak. spom.,* str. 620, LXX.

[38] Ibid. 651, XLIV.

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

Craftsmen (Maistorije), so-called *Sokalnici* and Parish Priests

Abstract

Serbian legal sources show us that in the mediaeval Serbia existed different kinds of craftsmen (blacksmiths, woodworkers, tailors, tanners, potters, sadlers, masons, goldsmiths), but not as a free class, rather as a dependent population, close to *meropsi* (villagers). Beside their handicraft's duties, they were obliged to exercise different services, but their obligations were lesser.

Five Serbian Charters and Dušan's Law Code mention so-called *sokalnici,* a class of people whose legal status has been the object of many discussions and hypotheses. The examination of legal documents shows that the feudal duties of so-called *sokalnici* were similar to that of villagers, but quantitatively lesser. According to the latest interpretation it seems that *sokalnici* were villagers who had some „more elegant and more honourable" duties, connected with the possession of horses. That is the reason why they were completely or partially exempted from some services.

Lesser, parish priests, living in villages, were relatively numerous and heterogeneous class that in entirety did not belong to the commoners. However, the legal status of the majority of parish priests was close or identical to the commoners' and that is the reason why we are speaking of them in this paper. Dušan's Law Code makes clearly difference between three groups of parish priests: 1) priests with patrimonial lands (*popovi baštinici*), who were free; 2) priests who got from their masters three fields were exempted from the feudal sevices, but not from the tributes; 3) priests who got from their masters more than a three fields. They had to exercise the feudal duties *according to the law* on that eceeding land.

Key words: Craftsmen, so-called *sokalnici,* parish priests, commoners, villagers, charters, Dušan's Law Code, hereditary estate (*baština*).

Originalni naučni rad 347.447.52

Akademik Jožef Salma, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

UGOVORNA ODGOVORNOST
– u evropskom, uporednom i domaćem pravu –

***Sažetak**: Autor u ovom radu razmatra pojam, domen primene i osobenosti ugovorne odgovornosti na osnovu domaće i uporedne teorije i prakse, imajući u vidu reformu, odnosno evropsku harmonizaciju Zakona o obligacionim odnosima Republike Srbije. Osnovna osobina ugovorne odgovornosti je da potiče iz povrede ugovora (neizvršenje, nepravilno izvršenje i docnja). Međutim, ugovorna odgovornost nesavesnog ugovarača prema drugoj savesnoj strani može da nastane i iz razloga ništavosti ugovora, tj. povodom toga što je povređen imperativni propis zakona (povreda javnog poretka). Bitna osobina ugovorne odgovornosti je i u tome što se ona može smanjiti klauzulama o redukciji ili isključenju, saglasno pravilima o autonomiji volje. Kod ugovorne odgovornosti, pod uslovom da je povređen ugovor, odgovornost može da nastupi i onda ako nije nastala šteta, ukoliko je to predviđeno datom vrstom klauzule o odgovornosti. Za razliku od toga, osnovni uslov deliktne odgovornosti je da je došlo do štete, tj. protivpravnog umanjenja tuđe imovine ili povrede telesnog ili psihičkog integriteta ličnosti.*

***Ključne reči**: Ugovorna odgovornost; pravne osobine, vrste i obim ugovorne odgovornosti; konkurencija ugovorne i deliktne odgovornosti*

I
Uvodne napomene

Domaća literatura se više bavila deliktnom[1] nego ugovornom odgovornošću. U domaćoj literaturi postoje značajni radovi kojima se ugovorna

[1] V. na primer Obren *Stanković,* Naknada štete (Novčana naknada neimovinske štete, Naknada za pojačane napore i umanjenje životne aktivnosti, naknada imovinske štete, naknada štete u obliku rente), posthumno izdanje, Nomos, Beograd, 1998.

odgovornost obrađuje po pojedinačnim aspektima[2], ali ne postoji rad koji bi ugovornu odgovornost obradio na sistematski i celovit način. Izuzetak doduše čine sistematska dela obligacionog prava u kojima su na osnovama upoređivanja deliktne (vanugovorne) i ugovorne odgovornosti izvršene korelacije te dve odgovornosti. Naravno, autor ni po obimu niti u pogledu celine problematike ugovorne odgovornosti nije u mogućnosti, niti ima za cilj da ovim radom „zameni" nedostajuću domaću literaturu, već samo da pokuša da na osnovu teorijske, uporedno-pravne analize, kao i analize domaćeg važećeg prava, dâ opšti pregled važnijih pitanja.

U uporednom pravu vladajući je princip odvojene primene pravila o ugovornoj i vanugovornoj odgovornosti, tačnije, pravilo je da se na isti odštetno-pravni odnos ne može ustanoviti dvostruka odgovornost odgovornog lica, istovremeno i deliktna i ugovorna (*princip dekumulacije* ugovorne i deliktne odgovornosti). Postoje izuzetni slučajevi kada se *kumuliraju*[3] ili barem *isprepliću* pravila a *ugovornoj* i pravila o *deliktnoj* odgovornosti[4]. Takav je slučaj kod osiguranja od odgovornosti kod koga se na osnovu ugovora prenosi odgovornost sa potencijalnog štetnika, osiguranog lica na osiguravača. Prema oštećenom trećem licu osiguravač odgovara prema pravilima o ugovornoj odgovornosti, bar u primarnoj parnici. U sekundarnoj ili regresnoj parnici gde je tužilac osiguravajuće društvo, a tuženi štetnik, osigurano lice, regres se raspravlja po pravilima o deliktnoj odgovornosti. No takav je slučaj i odgovornost za savesno vođenje pregovora kod koga je odgovornost deliktna, zato što je povređen imperativni zakonski princip savesnosti i poštenja[5], ali se mera odgovornosti delom određuje prema pravilima o ugovornoj odgovornosti.

---

[2] V. na primer Slobodan *Perović*, Zabranjeni ugovori, Sl. list SFRJ, Beograd, 1975; *ibid*, Teorija nedozvoljene kauze u praktičnoj primeni, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1-3/1972; Miodrag *Orlić*, Zaključenje ugovora, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1993.

[3] Upor.: Henri et Léon Mazeaud, Jean *Mazeaud*, Leçons de Droit civil, Tome deuxième, Obligations, Biens, Édition Montchrestien, Paris, 1962, str. 331-334. Kumulacija je ipak izuzetna. Pravilo je dakle da se primenjuju ili pravila o kontraktualnoj ili pravila o deliktnoj odgovornosti, u zavisnosti od toga da li se radi o povredi ugovora ili o građanskopravnom deliktu. Upor. braća *Mazeaud*, op. cit., str. 321. tač. III, i str. 332, tač. 404. U novijem komentaru francuskog Code civil-a, povodom čl. 1147. (V. npr., Code civil 102e édition, Dalloz, Paris, 2003, str. 979.) potvrđuje se načelo nekumulacije ugovorne i deliktne odgovornosti: Princip du non-cumul des résponsabilités contractuelle et delictuelle.

[4] Kao na primer kod odgovornosti nesavesno vođenje pregovora, jer je osnovni stav literature da je to deliktna odgovornost, ali se na meru odgovornosti primenjuju pravila o ugovornoj odgovornosti.

[5] V. čl. 12. ZOO.

Korelacija ugovorne i vanugovorne odgovornosti postoji i u tom smislu da u slučaju da za ugovornu odgovornost što drugo nije predviđeno, shodno se primenjuju opšta pravila o deliktnoj odgovornosti.[6]

II
Pojam i obim ugovorne odgovornosti

A) Građanski delikt, istovremeni krivični delikt i povreda ugovora (ugovorna odgovornost)

Dok je deliktna odgovornost posledica povrede *opšteg pravnog akta*, nepoštovanja opšte zabrane prouzrokovanja štete drugom, ugovorna odgovornost nastaje povredom *individualnog pravnog akta*, tj. ugovora, akta stranaka, povredom ugovornih obaveza.

Iz takve korelativne definicije proističe, pored zajedničkih osobina (prouzrokovanje štete drugom), niz *posebnosti* ugovorne odgovornosti.

U materiji građanskopravne odgovornosti vlada načelo *potpunosti naknade*, tj. pravilo „kolika je šteta, tolika je i naknada". Pri tome je naknada jednako potpuna i onda kada je građanski delikt prouzrokovan najmanjom krivicom (nehatom) i onda kada je prouzrokovana najvećom krivicom (umišljajem). Takvo pravilo je ustanovljeno u švajcarskom pravu, kao i u domaćem pravu, za razliku od austrijskog prava koje u zavisnosti od stepena krivice određuje potpunost ili nepotpunost naknade. Potpunost naknade kao građanskopravne sankcije je posledica privatnog zaštitnog cilja građanskog deliktnog prava koji se sastoji u tome da se imovina oštećenog vrati u pređašnje ravnotežno stanje, tj. u stanje koje je postojalo pre protivpravne deliktne radnje.

Deliktno građansko pravo se ne bavi kažnjavanjem štetnika već obeštećenjem oštećenog. Ako je po sredi *istovremeni građanski i krivični delikt*, načelo represije, tj. kažnjavanje primenjuje krivično pravo. Građansko deliktno pravo pak primenjuje načelo povraćaja u pređašnje imovinsko stanje oštećenika (*in integrum restitutio*). U slučaju istovremenog građanskog i krivičnog delikta, nema prigovora *ne bis in idem*-a (ne dvaput po istoj pravnoj stvari), budući da su krivični i građanski postupak po pravilima materijalnog prava razdvojeni različitim ciljevima - prvi kažnjavanjem učinioca, drugi obeštećenjem oštećenog, iako su posledice (povreda poretka i povreda pravom zaštićene imovine i ličnosti oštećenog) nastupile iz istog činjeničnog stanja.[7] To shodno vredi i za korelaciju ugovorne i krivične odgovornosti.

---

[6] V. čl. 269. ZOO.

[7] V. József *Szalma*, Differenzierung zwischen der Bürgerlichrechtlichen und der Strafrechtlichen Haftung in der Doktrin und in den Kodifikationen des 19. und 20. Jahr-

Za razliku od građanskog deliktnog prava, *kontraktualna (ugovorna) odgovornost nije uvek vođena idejom o potpunosti* naknade. Od tog principa kontraktualna odgovornost odstupa ukoliko *ugovor* čija povreda povlači ugovornu odgovornost sadrži *klauzulu o redukciji ili isključenju odgovornosti* ili uopšte klauzulu o odgovornosti za slučaj povrede ugovorenih dužnosti (obaveza) ugovornih strana. Naravno, ukoliko *ugovor nema klauzulu o odgovornosti* za slučaj povrede ugovora, *važe supsidijarna pravila deliktnog prava*, u ovom slučaju, načelo o potpunosti naknade. Mogućnost, odnosno dopuštenost kontraktualne redukcije odgovornosti proističe iz toga što je ugovorna odgovornost posledica povrede *individualnog akta*, akta stranaka - ugovora, njihovih ugovorom predviđenih uzajamnih prava i obaveza, kao i javnim poretkom i dobrim običajima ograničene *slobode ugovaranja*, dakle uz ograničenje mogućnosti ugovorne redukcije odgovornosti prema pravilima o javnom poretku, dobrim običajima i imperativnim propisima. Postoje i slučajevi kada posebni propisi isključuju ugovornu odgovornost za namerno prouzrokovanu povredu ugovora. U najvećem broju pravnih poredaka ništavo je putem ugovornih klauzula isključenje ili redukcija odgovornosti za krivično delo.

U inostranoj (francuskoj) doktrini se s pravom ističe kriterijum razlikovanja deliktne i ugovorne odgovornosti na planu *jedinstva ugovorne* i *diverzibilitetu deliktne* odgovornosti.[8] Jedinstvo ugovorne odgovornosti se manifestuje u tome što je njeno poreklo u ugovoru, kao delu volje stranaka i u krivici zbog neizvršenja, protivno toj saglasnoj volji. Diverzibilitet deliktne odgovornosti najpre proističe iz vrlo različitih činjeničnih stanja (npr. saobraćajni udes, dejstvo stvari, šteta od

---

hunderts, Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, sectio iuridica, tomus L. Budapest, 2009, str.187-211.; József *Szalma*, Differenzierung zwischen der Zivilrechtlichen und der Strafrechtlichen Haftung in der Theorie und in den Kodifikationen des 19. und 20. Jahrhunderts, Rechtsgeschichtliche Vorträge, Budapest 2009. str. 3-25.; Jožef *Salma*, Odgovornost za štete od dejstva stvari, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2009, str. 7-31.; József *Szalma*, Szerződésen kívüli (deliktuális) felelősség az európai és a magyar magánjogban (Vanugovorna – deliktna - odgovornost u evropskom i mađarskom privatnom pravu), Budapest (zajedničko izdanje: ELTE ÁJK – Pravni fakultet u Budimpešti Univerziteta ELTE - i Bíbor Kiadó, Miskolc), 2008; o odnosu krivične i građanske deliktne odgovornosti, v. str. 238.; Jožef *Salma*, Pravne osobine građanskopravne odgovornosti (Razgraničenje građansko-pravne od krivično-pravne odgovornosti), Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1-2/2008, Novi Sad, str. 79-98.

[8] V. na primer René *Savatier*, Traite de la responsabilité civil en droit Fançais, civil, administratif, professionell, procédural. Préface de Georges Ripert, Tome premier – Le suorces de la responsabilité civil, Deuxième édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon et R. Durand –Auzias, 1951, str. 136-137. tač. 109.

opasnih proizvoda itd.), kao i iz toga što deliktna odgovornost može biti i subjektivna i objektivna (nezavisna od krivice).

Još jedna važna razlika postoji i u tome što je ugovorna odgovornost zasnovana na *autonomiji volje*. To znači da strane tu odgovornost mogu urediti u granicama slobode ugovaranja, a deliktna, kao zasnovana na opštoj zakonskoj zabrani prouzrokovanja štete drugom, na *imperativnom načelu*.[9] No, od te imperativnosti u pravilima deliktnog prava ima odstupanja, upravo na osnovu načela o autonomiji volje, što znači da strane u slučaju spora o visini deliktne odštete mogu da se *poravnaju*.[10]

Odšteta (naknada štete) je kod deliktne odgovornosti u principu *potpuna*, tj. onolika kolika je i šteta[11], a kod ugovorne se svodi samo na tzv. *ugovorni interes* (*dommage-intérêts*), koji se plaća kao naknada štete zbog skrivljenog neizvršenja ugovora.[12] Po nemačkoj teoriji (Rudolf *Ihering*) negativni ugovorni interes (*negative Vertragsinteresse*), kao naknada štete se plaća ukoliko je ugovor ništav zbog toga što je predmet postao nemoguć, od strane ugovornika koji je prilikom zaključenja ugovora znao za razloge nemogućnosti. [13]

Nakon reforme obligacionog prava (Schuldrechtsreform) od 2002. godine[14], *nemačko pravo* zadržava tradicionalne pojmove pozitivnog i negativnog interesa. Po novijim komentarima Nemačkog građanskog zakonika u vezi sa § 249. koji predstavlja opštu odredbu o obimu naknade štete, povodom naknade pozitivnog i negativnog interesa se ističe da se ranije stanje, tj. stanje pre povrede obaveze (Pflichtverletzung) iz obligacije može uspostaviti na različite načine. Prvi je tzv. *pozitivni interes*, interes ispunjenja (positive, bzw. Erfüllungsinteresse), a drugi je *negativni inte-*

---

[9] Upor. *Savatier*, Traite de la responsabilité civil en droit Fançais, civil, administratif, professionell, procédural, op. cit., str. 137-145, tač. 110-113.

[10] Upor. *Savatier*, Traite de la responsabilité civil en droit Fançais, civil, administratif, professionell, procédural, op. cit., str. 138-139.

[11] V. par. 249. Nemačkog građanskog zakonika; čl. 190. Zakona o obligacionim odnosima Republike Srbije.

[12] V. *Savatier*, Traite de la responsabilité civil en droit Fançais, civil, administratif, professionell, procédural, op. cit., str. 141.; Raymond *Saleilles*, Étude sur la théorie générale de Obligation, troisième édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon et Durand–Auzias, 1925, str. 164. tač. 153.; Henri et Léon *Mazeaud*, Jean *Mazeaud*, Leçons de Droit civil, Tome deuxième, Obligations, Biens, Édition Montchrestien, Paris, 1962, str. 322-333.

[13] V. Rudolf *Ihering,* Jahrbuch für Dogmatik, IV, str. 16. Upor. *Saleilles*, Étude sur la théorie générale des Obligations, op. cit., str.173, 180. tač. 164.

[14] V. npr. *Kohte*, Miklitz, Rott, Tonner, Willingmann, Das neue Schuldrecht, Kompaktkommentar, Luchterhand, by Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Neuwied, München, I-II, 2003, tomus I, str. 350, par. 320. BGB (Einrede des nichterfülltes Vertrags).

res, interes neispunjenja (negative, bzw. Vertrauensinteresse). Oba dovode do povraćaja u pređašnje stanje, jedina je razlika u načinu obeštećenja. Pozitivni interes se nadoknađuje zbog *izostanka ispunjenja* obligacije. On je moguć samo onda ukoliko se izostala dužna prestacija dužnika ipak može ispuniti, a to je slučaj kada je *ugovor ostao u važnosti* (mogući izuzetak čini § 311 II 1). Nasuprot tome, *negativni interes* se nadoknađuje onda kada je *ugovor postao nepunovažan*, tj. ostao bez dejstva. U ovom slučaju poverilac može da traži i *izgubljenu dobit* zbog izostanka ispunjenja. Pozitivni interes podrazumeva veći iznos naknade nego negativni, ali to može biti drugačije jer se po §122 I iznos negativnog interesa ograničava iznosom pozitivnog. Međutim, ovo ograničenje negativnog interesa pozitivnim nije opšte pravilo.[15]

Po pravilima savremenog *austrijskog prava* dužnik se ponaša protivno ugovoru, tj. vređa ugovor, kada je povredio (zakonska) *zaštitna pravila povodom potrebne pažnje* (Sorgfaltspflichten) ukoliko time prouzrokuje štetu poveriocu na njegovim drugim dobrima. Ovaj slučaj se naziva *pozitivnom povredom ugovora* (positive Vertragsverletzung).[16]

Po pravilima *švajcarskog prava* neispunjenje obligacije nastupa kada je izostala dužnikova obaveza prema ugovorenom načinu, vremenu i mestu ispunjenja. U tom pogledu se imaju u vidu dva bitna činjenična stanja. Prvo je da je tokom vremena nastupila *nemogućnost ispunjenja* za dužnika (Säumnis des Schuldners). Druga grupa činjenica se odnosi na slučaj *nepravilnog ispunjenja* (Schlechterfüllung). Razlikuje se naknadna nemogućnost od početne, kao i objektivna od subjektivne.[17]

---

[15] V. BGHZ – *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen*, – Odluke Saveznog Vrhovnog suda u građanskim stvarima, tom, strana) - 57,191,193; 69, 53, 56; Neue Juristische Wochenschrift, 88, 2234, 2236). Hans *Prütting*, Gerhard *Wegen*, Gerd *Weinreich*, BGB Kommentar, 2. neu bearbeitete Auflage, Luchterhand, Wolters Kluwer Deutschland, Neuwied, 2007, str. 372. Randnummer 17, 2. Komentar Dieter *Medicus*-a.

[16] V. *Koziol - Welser*, Bürgerliches Recht, Band II: *Welser*, Schuldrecht allgemeiner Teil, Schuldrecht, besonderer Teil, 13. Auflage, Manz Verlag, Wien, 2007. str. 87. Pod zaštitnim obavezama se podrazumeva da pravna dobra poverioca treba da se zaštite od štete koja može nastati dužnikovom nesavesnom radnjom. To se odnosi i na štetu koja je nastala povodom nedostataka proizvoda (Mangelvolgeschaden). Takođe, nesavesnost dužnika obuhvata i odgovornost za tzv. propratnu štetu (Begleitschaden) a povodom povrede zaštitnih obaveza. V. dalju literaturu *Jud*, Schadenersatz bei mangelhafte Leistung, 2003; Rudolf *Welser*, Gewährleistung und Schadenersatz, Juristische Blätter, 1976, 127; *ibid,* Gewährleistung und Schadenersatz: Vorrang und Kombination von Ansprüchen, Schadensberechnung, Frotz -FS, 1993, 137. *Ibid*, Schadenersatz statt Gewährleistung, 1994; *ibid*, Gewährleistungsreform – Konsequenzen für die Rechtssprechung, Krejci-FS, 2001, 1319.

[17] Theo *Guhl*, Das schwezerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Bearbeitet von Alfred *Koller*, Anton K. *Schnyder,* Jean Nicolas *Druey*, Schulthess Verlag, Zürich, 2000, str.240., Randnummer 1-2.

U *zajedničkom evropskom pravu* postoje brojna dela posvećena ugovornoj odgovornosti među kojima se u novije vreme ističu dela Hajna Keca (Hein Kötz).[18]

U inostranoj i domaćoj literaturi[19] sporno je da li *odgovornost za nesavesno vođenje pregovora* (*culpa in contrahendo*), ili tzv. predugovorna odgovornost[20], po svojoj pravnoj prirodi ugovorna ili vanugovorna (deliktna) odgovornost. Postoji i stanovište da se radi o mešovitom slučaju, tj. o deliktnoj odgovornosti koja ima primese ugovorne odgovornosti. Rešenje pitanja pravne prirode ove odgovornosti ima pravni značaj, jer utiče na obim i oblik odgovornosti. Ukoliko je ona ugovorna odgovornost, nadoknađuje se ugovorni interes. Ako je u pitanju deliktna odgovornost, šteta se nadoknađuje po principima o potpunosti naknade. Iako postoje argumenti u prilog teorije o ugovornoj odgovornosti u savremenom domaćem i uporednom pravu, preteže stanovište o deliktnoj prirodi predugovorne odgovornosti, sa potrebnim korekcijama. Stanovište o ugovornoj prirodi ove vrste odgovornosti polazi od toga da su pravila o pregovorima vezana za ugovor, jer se pregovori vode u cilju zaključenja ugovora. Stoga nesavestan pregovarač odgovara savesnom pregovaraču analogno pravilima o povredi ugovora, dakle, u osnovi se radi o ugovornoj odgovornosti. Protivnici ove teorije smatraju da ovde ne može biti reči o ugovornoj odgovornosti, budući da u fazi pregovora ugovor još nije nastao, te ne može biti reči o povredi ugovora. Pristalice shvatanja o deliktnoj prirodi predugovorne odgovornosti smatraju da je nesavesno vođenje pregovora (u osnovi vođenje pregovora bez namere za zaključenjem ugovora ili odustanak od daljeg vođenja pregovora bez opravdanog razloga) povreda imperativne zakonske odredbe o savesnom ponašanju u obligacionim odnosima. Otuda je nesavesno pregovaranje povreda imperativne odredbe zakona a ne ugovora, što je karakteristika delikta. Međutim, u literaturi se ukazuje na to da se kod culpa in contrahendo ne može zahtevati naknada cele štete, već samo one koja je nastala iz nesavesnosti pregovarača, čime se ovaj oblik odgovornosti približava ugovornoj odgovornosti.

---

[18] V. Hein *Kötz* - Axel *Flessner*, Europäisches Vertragsrecht, Band I.: Abschluss, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages, - Die Beteiligung Dritter am Vertrag, 1996. Hein *Kötz*, Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, Juristenzeitung, Nr. 6/2002, str. 257-264.

[19] V. u pogledu stavova uporedne i domaće literature, zakonodavstva i prakse, odn. evoluciju instituta pregovora Jožef *Salma*, Odgovornost za štetu prouzrokovanu nesavesnim vođenjem pregovora, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, br. 3/2010, str. 53-78.

[20] Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora je u našem pravu uređena u čl. 30. ZOO.

B) Redukcija ugovorne odgovornosti na osnovu kontraktualnih klauzula i zakonskih propisa

Iako se mera ugovorne odgovornosti, za slučaj povrede ugovornih obaveza prepušta autonomiji volje ugovornika, putem klauzule o odgovornosti, postoje i zakonske odredbe, kojima se, u nedostatku ugovorne klauzule, propisuje redukcija ili utvrđivanje mere odgovornosti. Takođe, treba imati u vidu i opšte uslove poslovanja koji se prema zakonu smatraju sastavnim delom ugovora, ukoliko jedna ugovorna strana ima unapred utvrđene, javno objavljene, svima pod jednakim uslovima dostupne uslove poslovanja.

Opšta karakteristika ugovornih klauzula o redukciji odgovornosti za štetu je da se odšteta plaća u unapred ugovorenom iznosu za slučaj povrede ugovora, bez obzira na to da li je stvarno nastupila šteta ili, ukoliko je nastupila, bez obzira na njenu visinu, tj. odšteta odgovara iznosu predviđenom u ugovoru. Međutim, to je princip od kojeg postoje odstupanja po pojedinim vidovima ugovorne odštete (na primer, kod ugovorne kazne).

(I) Redukcija odštete na osnovu ugovora

Razni su mogući načini ugovornog utvrđivanja mere ugovorne odgovornosti. Među njima su najpoznatije, i u ugovornoj praksi najčešće primenjivane, sledeće: (1) klauzula o apstraktnoj šteti, (2) klauzula o penalima, (3) klauzula „puno za prazno“ kod ugovora o alotmanu (tj, angažovanju turističkih kapaciteta), (4) ugovorna kazna (stipulatio poena), (5) odustanica.

1) Klauzula o *apstraktnoj šteti* predviđa iznos odštete za slučaj povrede ugovora. Ona se unapred predviđa u ugovoru a njen povod je povreda ugovora (neizvršenje, neblagovremeno izvršenje ili delimično izvršenje, pod uslovom da je predviđeno izvršenje ugovorne obaveze u celini, a ne sukcesivno). Ona se plaća nezavisno od toga da li je povreda ugovorne obaveze stvarno dovela do štete. Plaća se u iznosu koji je predviđen u ugovoru.

2) Klauzula o *penalu.*[21] Klauzula o penalu je vrsta *apstraktne odštete* koja se najčešće primenjuje u trgovinskim ugovorima, pre svega u ugovoru o prevozu. Penalom se odšteta najčešće određuje u procentualnom iznosu u odnosu na vrednost prevezene robe (Na primer 3% od ukupne vrednosti robe za svaki dan zakašnjenja u isporuci). Penal se plaća zbog zadocnjenja u odnosu na ugovoreni termin isporuke.[22] Po svojoj pravnoj

[21] V. na primer Ambroise *Colin* et Henri *Capitant*, Traité de droit civil, tome II Obligations, Paris, Librairie Dalloz, 1959, str. 510. tač. 913. podtačka 1.

[22] Upor. R. *Savatier*, Traite de la responsabilité civil en droit Fançais, civil, administratif, professionell, procédural, op. cit., str. 141. tač. e), 142-143. tač. 112.

prirodi klauzula o penalu je ujedno *kontraktualna kazna* za povredu ugovora. Ona stimuliše blagovremeno ispunjenje kod hitnih isporuka, na primer, u slučaju kvarljivih proizvoda.

3) Klauzula *„puno za prazno“*.[23] Klauzula „puno za prazno“ je moguća ugovorna klauzula u ugovoru o alotmanu. Ugovor o alotmanu, tj. ugovor o angažovanju ugostiteljskih kapaciteta je ugovor između turističke agencije i ugostitelja na osnovu koga agencija u vanturističkoj sezoni rezerviše za turističku sezonu određeni broj smeštaja kod ugostitelja sa punim ili delimičnim pansionom u korist potencijalnih gostiju. Na osnovu ove rezervacije ugostitelj plaća agenciji ugovorenu proviziju. Ukoliko ugovor o rezervaciji ugostiteljskih kapaciteta sadrži klauzulu „puno za prazno“, turistička agencija plaća naknadu za puni obim rezervisanih pansiona, bez obzira na to da li je postigla potpuno popunjavanje kapaciteta, čak i onda ako je ugostitelj uspeo da popuni nepopunjene kapacitete iz sezonske, tekuće turističke ponude, te na taj način nije pretrpeo štetu. Izuzetak čini slučaj, kada je agencija blagovremeno, u zakonskom roku obavestila ugostitelja da nije u mogućnosti da popuni sve rezervisane kapacitete.

4) Klauzula o *ugovornoj kazni*.[24] Ugovorna kazna se može predvideti i za građanskopravne i za trgovinske ugovore, kao sankcija za povredu ugovora. Povod je neizvršenje ili neblagovremeno izvršenje ugovora. Predviđa se unapred u ugovoru, a plaća se u ugovorom predviđenom iznosu u slučaju povrede ugovora. Specifičnost ove vrste klauzule o odgovornosti je u tome što u slučaju da je šteta zbog neizvršenja veća od ugovorenog iznosa, može se tražiti pored ugovorne kazne i razlika između ugovorenog iznosa do iznosa stvarno pretrpljene štete. Međutim, ukoliko je šteta manja od ugovorenog iznosa ili nema štete, plaća se ugovoreni iznos odštete. Otuda ugovorna kazna ima dvostruku prirodu. Nekad ima karakter apstraktne, a nekad konkretne odštete. Isplata ugovorne kazne ne oslobađa od isplate glavnog duga, ukoliko je ona ugovorena za docnju. Međutim, ukoliko je ugovorena za neispunjenje, plaćanje ugovorne kazne oslobađa dužnika od ispunjenja glavnog duga.[25]

5) Klauzula o *odustanici.*[26] Iako je po definiciji klauzula o odustanici „brz i lagani način“ jednostranog odustanka od ugovora, njenim plaćanjem,

---

[23] V. čl. 896. st. 1-3., čl. 887. st. 3-4. ZOO.

[24] V. čl. 270-276., posebno, čl. 275 st. 1.i 2. ZOO RS prema kome: (1) Poverilac ima pravo ugovornu kaznu i kad njen iznos premaši visinu štete koju je pretrpeo, kao i kad nije pretrpeo nikakvu štetu. (2) Ako je šteta koju je poverilac pretrpeo veća od iznosa ugovorne kazne, on ima pravo zahtevati razliku do potpune naknade štete.

[25] V. čl. 273. st. 4. ZOO.

[26] V. čl. 82-83. ZOO.

bez daljih odštetno-pravnih posledica, ona ima funkciju obezbeđenja izvršenja ugovora. Potonje u tom pogledu, što će strana koja odustaje od ugovora biti dužna da plati ugovoru vernoj strani iznos odustanice. Na taj način odustanica ujedno ima i funkciju apstraktnog obeštećenja. Odustanica se razlikuje od *kapare* i po tome, što se kapara plaća unapred, a odsutanica *ad hoc*, povodom odustanka od ugovora. Ugovaranje odustanice obično dovodi do prestanka obaveze plaćanja glavnog duga. Ukoliko je nešto ipak izvršeno na osnovu ugovora, dolazi do restitucije.

II Redukcija ugovorne odgovornosti na osnovu zakona

1) Diferencijalna šteta

Odgovornost za diferencijalnu štetu je vrsta ugovorne odgovornosti koja ne proističe iz neke ugovorne klauzule već iz odredaba zakona o potpunosti naknade. Ukoliko u zakonu nema posebne odredbe, kao što je to slučaj sa važećim pravom kod nas, diferencijalna šteta proističe iz načela pacta sunt servanda (ugovor je zakon za strane) i njegova povreda povlači odgovornost nesavesnog prema savesnom ugovaraču. Doktrina o diferencijalnoj šteti je razvijena pre svega u nemačkom pravu. U nas je malo primenjivana u praksi, mada bi za to bilo osnova. Diferencijalna šteta se primenjuje pre svega u ugovoru o kupoprodaji, naročito nepokretnosti. Ona predstavlja razliku između ugovorene cene i cene nepokretnosti iste vrste i kvaliteta u slučaju (neosnovanog) odustanka prodavca. Podrazumeva ne samo povraćaj u pređašnje stanje već i plaćanje razlike između ugovorene cene i cene slične nepokretnosti prema vremenu odustanka, odnosno primerenom vremenu za kupovinu slične nepokretnosti. Tako, na primer, ukoliko bi kupovina nepokretnosti iste vrste i kvaliteta od drugog prodavca bila skuplja, prodavac koji je neosnovano odustao od ugovora, bi bio dužan ne samo da vrati isplaćenu cenu, već i razliku do cene nepokretnosti iste vrste i kvaliteta, od vremena njegovog odustanka i primerenom vremenu za kupovinu nove, druge adekvatne nepokretnosti.

2) Opšti uslovi poslovanja

Opšti uslovi poslovanja[27] (allgemeine Geschäftsbedingungen) su jednostrano utvrđeni uslovi (javnih ili privatnih) preduzeća prema kojima se svima pod jednakim uslovima nude usluge i proizvodi po unapred objavljenim i dostupnim pravilima. Obično ovi uslovi sadrže cene usluga

[27] V. čl. 142-143. ZOO.

(npr. kod javnih železničkih transportnih preduzeća, javnih preduzeća za prevoz putnika i njihovih prtljaga u javnom saobraćaju, kod osiguravajućih društava uključene i isključene rizike, kao i visinu naknade kod fakultativnog osiguranja za slučaj realizacije rizika osiguranja, cene i vrste usluga javnih komunalnih preduzeća, tarife i usluge vodoprivrednih preduzeća i dr.). Osnovna pravna karakteristika ovih uslova je da ako postoje, *po sili zakona čine sastavni deo ugovora*[28] koji se sa tim preduzećem, koje ih je ustanovilo, od strane saugovornika, korisnika zaključuje, bez obzira na to da li je to u ugovoru naznačeno. Budući da su opšti uslovi ustanovljeni jednostrano, te izražavaju u neku ruku monopolsku poziciju, oni su podvrgnuti *dvostrukoj kontroli*: 1) *Pravosudna kontrola*. Pravosudna kontrola znači da se pred parničnim sudom mogu osporiti ukoliko su izraz zloupotrebe monopolskog položaja. U našem pravu uspešno osporavanje deluje samo prema licu koje je podnelo tužbu. Međutim u inostranom (na primer u mađarskom) pravu, uspešno osporavanje opštih uslova od strane tužioca, deluje i prema ostalim zainteresovanim licima. 2) *Upravnopravna kontrola*. U našem pravu, opšti uslovi poslovanja javnih preduzeća su podvrgnuti zahtevu davanja saglasnosti odgovarajuće skupštine, tj. prethodnoj kontroli, u zavisnosti od toga da li je po sredi javno preduzeće lokalnog, pokrajinskog ili republičkog značaja, tj. u zavisnosti od toga ko je osnivač. Nama se čini da važeće odredbe Zakona o obligacionim odnosima zahtevaju doradu u svetlu novijih evropskih normi (smernica) vezanih za opšte uslove poslovanja, kao i evropskih normi o zaštiti potrošača.[29]

3) Zaštita potrošača kao zakonski upliv u nivo kontraktualne odgovornosti.

Zaštita potrošača je relativno nova oblast evropskog prava. Sastoji se od niza smernica (pravila za harmonizaciju). Njihov je cilj da se potrošač štiti ne samo individualno (na primer klasičnim pravilima o zaštiti zbog skrivenih fizičkih ili pravnih nedostataka) već i kolektivno[30] (kao što je to slučaj kod zaključivanja ugovora na daljinu, u fizičkom odsustvu ugovarača, izvan poslovnih prostorija privrednika, zaključivanjem ugovora u elektronskom saobraćaju, odgovornost proizvođača za štete od proiz-

[28] V. čl. 142. st. 1. ZOO, nadalje čl. 648, 671, 684, 836, 894 i 902. ZOO.

[29] U našoj pravnoj terminologiji se odomaćio izraz direktiva, ali smatram da je izraz smernica u značenju primereniji, te će u ovom smislu biti u upotrebi u ovom radu.

[30] V. József *Szalma*, Verbraucherrecht in Serbien im Lichte gemeinschafstrechtlicher Vorgaben, In: *Welser* (Hrsg) Konsumentenschutz in Zentral- und Osteuropa, Manz Verlag, Wien, 2010, str. 167- 196, posebno, str. 167-170.

voda /Produkthaftung/, nelojalna konkurencija[31] i dr.). Povećana zaštita potrošača u Evropi je usledila zbog toga što su proizvođači i prodavci masovnih proizvoda u faktičkom monopolu naspram potrošača i kao pojedinaca (individualnih ugovornika ugovora o kupoprodaji) i kao apstraktnog kolektiviteta.[32] Potonje zbog toga što mane u proizvodima mogu biti mogu da se tiče čitave serije jedne vrste proizvoda. Delom su ove smernice uključene u važeće zakonodavstvo Srbije, a u toku je donošenje novog zakona.[33]

4) Redukcija odgovornosti kod ugovora o osiguranju povodom obaveznog osiguranja od odgovornosti za štete nanete u saobraćaju kao i kod fakultativnog osiguranja.

(1)*Sistem delimitacije i limitacije sume osiguranja.* U našem pravu u domenu obaveznog osiguranja od odgovornosti za štete nanete trećem licu u saobraćaju (skraćeno: auto-odgovornost) evolucija zakonodavstva je sadržavala i sistem limitacije i sistem delimitacije sume osiguranja. Suma

[31] V. sledeće evropske smernice: RL, 2005/29/EG od 11. maja 2005 o zabrani nelojalne konkurencije na zajedničkom tržištu, tj. nedozvoljenim poslovnim praksama, RL 85/374/EG o odgovornosti za štete od proizvoda; RL 92/59/EG od 29. jula 1992 o opštoj sigurnosti od proizvoda; RL 84/450/EG o reklami koja dovodi potrošača do zablude; RL 92/28/EWG od 31. marta 1992 o humanim lekovima; 93/13/ EWG smernica o kontroli ugovornih klauzula u opštim uslovima poslovanja kod potrošačkih ugovora koji sadrže neuobičajene odredbe koje su izraz neravnopravnosti prodavca i kupca; 87/102/ EG od 22. decembra 1986 o približavanju administrativnih normi članica zemalja koji se tiču zaštite potrošača; 2003/31/ EG o zaključivanju pravnih poslova elektronskim putem, kao i 99/93/ EG o elektronskom potpisu; RL 97/7/EG o zaštiti potrošača koji zaključuju pravne poslove na daljinu; RL 90/314/EWG od 13, juna 1990 o paušalnom putovanju i dr. Na nivou Evropskog parlamenta i Saveta 2008. godine je izrađan Nacrt nove jedinstvene smernice o zaštiti potrošača sa ciljem da se integrišu razne parcijalne smernice u jedinstven „kodeks“ o zaštiti potrošača, od 8. 10. 2008. g., KOM (2008) 614, konačan tekst 2008/0196.

[32] V. *Szalma*, Verbraucherrecht in Serbien im Lichte gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, op. cit., str. 167-197.

[33] Zakon o zaštiti potrošača, Službeni glasnik RS br. 75/2005, stupio na snagu 24. 09. 2005.; Zakon o zaštiti konkurencije, Službeni glasnik RS br. 79/2005 od 16. 09. 2005., stupio na snagu 24. 09. 2005.; Zakon o odgovornosti proizvođača za stvari sa nedostatkom, Službeni glasnik RS br. 101/2005 od 21. 11. 2005., stupio na snagu 21. 11. 2005; Zakon o cenama, Službeni glasnik RS br. 79/2005 od 21. 11. 2005., stupio na snagu 29. 11. 2005.; Zakon o oglašavanju, Službeni glasnik RS br. 79/2005, stupio na snagu 24. 09. 2005. 2009. godine sačinjen je i Predlog zakona o opštoj bezbednosti proizvoda. Zatim, 17. avgusta 2009. godine pripremljen i novi Predlog zakona o zaštiti potrošača sa ciljem da se propisi u oblasti zaštite potrošača usklade sa smernicama EU. Učinilo nam se da se u ovom Predlogu vodilo računa da se priprema nov evropski integrisani „kodeks“ (smernica ili uredba, još nije rešeno) o zaštiti potrošača (2009).

osiguranja je naknada koju osiguravač isplaćuje korisniku osiguranja na ime obeštećenja. Osnovno je pravilo da ako za datu vrstu osiguranja ni zakon, ni opšti uslovi poslovanja osiguravača, niti ugovor nešto posebno ne predviđaju, suma osiguranja je jednaka vrednosti nastale štete. (a) *Sistem delimitacije odgovornosti*. Po osnovu pravila da je osiguranje od odgovornosti kontraktualni prenos odgovornosti sa štetnika na osiguravača povodom zakonom ili ugovorom predviđenih rizika (opasnosti od štete), uz plaćanje naknade tj. premije osiguranja, suma osiguranja je, u nedostatku drugih pravila, jednaka nastaloj šteti. Radi se dakle o posebnom vidu ugovorne odgovornosti kod koga ne odgovara, bar primarno štetnik, već osiguravač, po deliktnim pravilima o potpunosti naknade. U sekundarnoj, *regresnoj parnici* pokrenutoj od strane osiguravača protiv štetnika nakon isplate sume osiguranja trećem, oštećenom licu, osiguravač kod obaveznog osiguranja od auto-odgovornosti ima pravo da se u visini isplaćene sume osiguranja regresira od štetnika (osiguranika u ugovornom odnosu osiguranja) ako je ovaj štetu prouzrokovao namerno, grubom nepažnjom ili pod uticajem opojnih sredstava (actiones liberae in causa). (b) Međutim, sistem *limitacije* sume osiguranja znači da zakon može predvideti obavezu za osiguravača da ugovara minimum ili maksimum sume osiguranja kod auto-odgovornosti. Od 70-ih godina prošlog veka u nas je do danas primenjivan sistem limitacije sume osiguranja kod ove vrste ugovorne odgovornosti.

(2)*Podosiguranje*. Kod fakultativnog osiguranja strane (osiguravač i osiguranik) mogu ugovoriti nižu sumu osiguranja u odnosu na štetu koja se očekuje u slučaju potpune ili delimične štete.[34]

(3) *Franšizne klauzule*.[35] Franšizne klauzule (samopridržaj) u ugovoru o osiguranju predstavljaju iznos koji se odbija od sume osiguranja, koji snosi sam osiguranik. Postoje različite vrste franšiznih klauzula. Osnovne su integralna i odbitna franšiza. *Integralna* franšiza znači da do određene visine štete osiguranik sam snosi štetu, bez obaveze osiguravača, a preko tog ugovorenog iznosa osiguravač snosi celinu odštete. *Odbitna* je ona franšiza kod koje se ugovorom predviđeni iznos uvek odbija od sume osiguranja, tj. odštete.

(4) Redukcija putem *limitacije rizika* osiguranja. Kod fakultativnog osiguranja, bilo u opštim uslovima poslovanja, bilo neposredno u ugovoru, osiguravač može predvideti koje će rizike pokriti osiguranjem, a koje neće. Na primer, kod osiguranja useva može se uključiti rizik propasti useva od grada, ali ne i od dejstva domaćih ili divljih životinja. Kod oba-

[34] V. čl. 936. ZOO.
[35] V. čl. 936. st. 1. ZOO.

veznog osiguranja rizici se propisuju zakonom, kao što je to slučaj sa našim pravom u pogledu a) obaveznog osiguranja vlasnika motornih vozila od odgovornosti za štete nanete trećim licima od rizika *saobraćajnog udesa* i b) kod obaveznog *osiguranja putnika u javnom prevozu* lica i njihovog prtljaga, gde su zakonom propisani rizici *smrti, telesnog oštećenja, kao i uništenje, oštećenje ili gubitak putnikovih prtljaga*. Kod ove vrste osiguranja sam zakon određuje maksimalni iznos odštete za svaki od ovih rizika. Ugovor ove vrste obavezno zaključuju prevoznik i osiguravajuće društvo. On je posebna vrsta ugovora u korist trećeg lica, pri čemu je korisnik osiguranja putnik. v) Obavezno *osiguranje putnika u javnom vazdušnom saobraćaju* od rizika *saobraćajnog udesa*. Što se tiče gubitka ili oštećenja prtljaga, avio prevoznici u svojim opštim uslovima poslovanja često predviđaju apstraktno obeštećenje, tj. isplaćuju unapred propisanu novčanu naknadu čija je visina nezavisna od stvarne vrednosti sadržaja putnikovog prtljaga. g) Obavezno *osiguranje depozita građana* kod banaka koje zaključuju sa osiguravajućim društvom, radi pružanja povećane sigurnosti novčanog depozita građana.

(5) *Reosiguranje*. Reosiguranje se po pravilu vrši za rizike čije bi nastupanje bilo po učestalosti, bilo po vrednosti predstavljalo preterano veliki ekonomski teret za osiguravača. U ovakvim slučajevima se na osnovu ugovora o reosiguranju zaključenog između primarnog osiguravača i reosiguravača deo rizika prenosi sa primarnog osiguravača na reosiguravača, uz plaćanje premije reosiguravaču od strane primarnog osiguravača. Obično se radi o podeli visokih rizika od štete između domaćeg i inostranog osiguravajućeg društva koje se bavi poslom reosiguranja.

5) Odgovornost za štetu kod ugovora o zastupanju odnosno punomoćju

Zastupanje može biti zakonsko i ugovorno, odnosno zasnovano na opštem aktu preduzeća,[36] opšte i posebno, za preduzimanje pravnih i faktičkih radnji. U okviru pravnih radnji može se odnositi na zaključenje pravnog posla, kao što je poslovno punomoćje[37] ili punomoćje u korist trgovačkog putnika.[38] Takođe može se odnositi na preduzimanje parničnih radnji (parnično punomoćje). Odgovornost kod zastupanja koja tereti zastupnika prema zastupanom je ugovorna odgovornost koja nastupa u slučaju prekoračenja granica ovlašćenja od strane zastupnika. Ukoliko zastupani odbije da dâ odobrenje za posao zaključen van granica ovlašćenja za

[36] V. čl. 84. st. 2. ZOO.
[37] V. čl. 95-96. ZOO.
[38] V. čl. 97. ZOO.

zastupanje[39] zastupnik i zastupani solidarno odgovaraju za štetu koju je druga strana pretrpela, ako ona nije znala niti je morala znati za prekoračenje ovlašćenja.[40] Opoziv punomoćja ili njegovo sužavanje nema dejstvo prema trećem licu koje je zaključilo ugovor sa punomoćnikom. Ali tada vlastodavac ima pravo da zahteva od punomoćnika naknadu štete koju bi zbog toga pretrpeo, osim ako punomoćnik nije znao niti morao znati za opozivanje, odnosno za sužavanje punomoćja.[41]

II
Povodi (razlozi) i subjekti ugovorne odgovornosti

Opšti razlog ugovorne odgovornosti. Subjekti odgovornosti

Opšti razlog ugovorne odgovornosti je *povreda ugovornih obaveza*. Ona može da bude *jednostrana*, ali i *obostrana*. Drugim rečima, moguće je da je ugovor povredila samo jedna strana ili su ugovor povredile obe ugovorne strane. U pogledu *odgovornog lica* primenjuje se na supsidijaran način opšte pravilo građanskog deliktnog prava prema kome svako ko drugome protivpravno prouzrokuje štetu dužan je da je nadoknadi. Ukoliko je povreda ugovora jednostrana za štetu je odgovorna *nesavesna strana*, a pravo na naknadu ima *savesna*, tj. lice koje je ostalo verno ugovoru. Ako je do povrede ugovora došlo ponašanjem obe ugovorne strane, tada su obe nesavesne strane dužne da naknade drugoj onu štetu koja je prouzrokovana sopstvenom nesavesnošću, odnosno koju su strane prouzrokovale svojom radnjom ili propuštanjem. Kada je zaključen ugovor o osiguranju od odgovornosti, primarni subjekat odgovornosti je *osiguravač*. Ukoliko je zaključen ugovor o *jemstvu*[42] primarno je odgovoran glavni dužnik, a sekundarno jemac. Poverilac je dužan da potraživanje najpre zahteva od glavnog dužnika i tek ako ne dobije ispunjenje od njega, može se obratiti jemcu. Ova pravila se odnose na slučaj običnog ili supsidijernog jemstva. Međutim, ukoliko je u pitanju jemstvo plaćanja (jemac platac)[43], poverilac se ne mora držati reda prvenstva i može se direktno obratiti jemcu placu, pri čemu ovaj nema pravo na prigovor reda prvenstva, kao što je to slučaj kod običnog jemstva. Poseban slučaj predstavlja jemstvo za naknadu štete. Ovo jemstvo ne pokriva primarni dug iz osnovnog, jemstvom obezbeđenog ugovora, već samo sekundarni dug, dug odštete, tj. štetu nastalu usled neizvršenja ugovora.

---

[39] U smislu čl. 87. st. 1-4. ZOO.
[40] V. čl. 87. st. 5. ZOO.
[41] V. čl. 93. st. 1. i 2. ZOO.
[42] V. čl. 308, 331, 338, 346, 353, 437, 449, 591/2, 796. i 1095. ZOO RS.
[43] V. čl. 1004. ZOO.

Pojedini (bliži) razlozi ugovorne odgovornosti

Tri su pojedinačna razloga koji se u uporednom i domaćem pravu navode kao razlozi (osnovi) ugovorne odgovornosti: 1) neizvršenje ugovora, 2) neblagovremeno izvršenje ugovora (docnja) i 3) delimično izvršenje ugovora kad je ugovorna obaveza predviđena kao celovita, tj. ako se ne radi o izvršenju putem sukcesivnih prestacija, odnosno, nepravilno izvršenje ugovora.[44]

1) *Neizvršenje ugovora*.[45] Neizvršenje ugovora (*Nichterfüllung*, u nemačkom pravu[46] i *inexecution* u francuskom pravu[47]) se sastoji u nepo-

[44] U inostranoj (francuskoj) nauci ovu podelu razloga ugovorne odgovornosti je na osnovu temeljnog uporedno-pravnog i teorijskog istraživanja (imajući u vidu francusko, nemačko i englesko pravo) – u delu koje po mnogo čemu ni danas nije prevaziđeno - prihvatio i detaljno razradio: *Constantinesco,* Leontin-Jean, Inexecution et faut contractuelles en droit comparé – Droit Farançaise, Allemand, Anglaise, Kohlhammer Verlag, Stuttgart/Librairie enciclopedique, Bruxelles, 1960. U *domaćem pravu opšta pravila o ugovornoj odgovornosti*, povodom neizvršenja, nepravilnog izvršenja i docnje, predviđena su u čl. 262-269. ZOO.

[45] Za važeće domaće pravo v. čl. 122-132 ZOO; prigovor neispunjenja: čl 122-123. ZOO; raskid zbog neispunjenja kod dvostrano obaveznih ugovora: čl. 124. ZOO; raskid kod fiksnih ugovora: čl. 125 ZOO. Pozitivno pravo, kod raskida, predviđa kao opšte pravilo, (1) pored *restitucije* /čl. 132. st. 1-3. ZOO/ i (2) pravila o odštetno-pravnoj *odgovornosti*: Svaka strana duguje drugoj naknadu za koristi koje je u međuvremenu imala od onoga što je dužna vratiti, odnosno naknaditi /čl. 132. st. 4. ZOO/. Pri tome strana koja vraća novac dužna je platiti zateznu kamatu od dana kada je isplatu primila /čl. 132. st. (5) ZOO/. Važeće domaće obligaciono pravo propisuje, da kad dužnik ne ispuni obavezu ili zadocni sa ispunjenjem, poverilac ima pravo zahtevati i naknadu štete koju je usled toga pretrpeo. /V. čl.262. st. (2) ZOO/. Za štetu zbog zadocnjenja sa ispunjenjem odgovara i dužnik kome je poverilac dao primeren naknadni rok za ispunjenje. /V. čl. 262. st. (3) ZOO/.Dužnik odgovara i za delimičnu ili potpunu nemogućnost ispunjenja i ako tu mogućnost nije skrivio ako je nastupila posle njegovog dolaska u docnju, za koju odgovara. /V. čl. 262. st. (4) ZOO/. Ali se dužnik oslobađa odgovornosti za štetu ako dokaže da bi stvar koja je predmet obaveze slučajno propala i da je on svoju obavezu na vreme ispunio. /V. čl. 262. st. (5) ZOO/. Generalno pravilo predviđa da se dužnik oslobađa odgovornosti i za štetu ako dokaže da nije mogao da ispuni svoju obavezu, odnosno da je zakasnio sa ispunjenjem obaveza zbog okolnosti nastalih posle zaključenja ugovora koje nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći. /V. čl. 263. ZOO/. Važeće pravo sadrži i odredbe o ugovornom proširenju odgovornosti (čl. 264. ZOO) o kontraktualnom ograničenju i isključenju odgovornosti, pri čemu se ne može isključiti odgovornost za nameru i krajnju nepažnju (čl. 265. ZOO); o obimu naknade pri čemu se u obim uključuje kako prosta šteta tako i izmakla korist. (Čl. 266. ZOO). U slučaju da su strane ugovorile ugovornu kaznu, poverilac ima pravo zahtevati ugovornu kaznu i kad njen iznos premaši visinu štete koju je pretrpeo kao i kad nije pretrpeo nikakvu štetu. (Čl. 274. ZOO). V. i pravo jemca-placa glavnog duga na regres od glavnog dužnika, čl. 1013. ZOO; posledice neizvršenja ugovora kod kapare, koje se sastoje u pravu da savesna strana može po svom izboru tražiti izvršenje ugovora, ako je to još moguće, ili tražiti naknadu štete, a kaparu uračunati u naknadu ili vratiti, ili se zadovoljiti primljenom kaparom - čl. 80. ZOO.

štovanju (povredi) ugovorom ustanovljenih obaveza.[48] Neizvršenje se može sastojati u propuštanju isplate novčanog duga ili predaje obećane stvari, odnosno neizvršenju obećane usluge. Neizvršenje se dakle po pravilu sastoji u izostanku nekog *činjenja, aktivne radnje* (dare, facere ili prestare), posebno onda ako se ugovorna obaveza sastoji u dužnosti činjenja. Ali neizvršenje se može sastojati i u izostanku *nečinjenja*, ukoliko ugovorna obaveza glasi na nečinjenje.

2) *Docnja.*[49] Ugovornik koji je ugovor ispunio sa zadocnjenjem, tj. posle ugovorenog roka za izvršenje obaveze odgovara drugoj strani za štetu koja je usled toga nastala. Strane obično predviđaju rok za izvršenje svojih obaveza. Do docnje dolazi kada tako utvrđeno vreme izvršenja nije ispoštovano. Naravno, do docnje može doći usled opravdanih razloga, na primer, zbog propasti generične stvari usled više sile ili slučaja kada ne nastupa odgovornost za docnju. Kada rok za izvršenje nije utvrđen, rok može do proistekne iz prirode ugovora. Kada su stranke bez tačnog naznačenja roka ugovorile klauzulu „*prompt*“, to znači da je izvršenje hitno. Uz docnju dužnika može se pridružiti i docnja poverioca, ako je povodom duga dužnika predviđena korelativna obaveza poverioca, na primer, da poverilac pripremi teren za isporuku naručene robe. Tada svako odgovara za svoj propust u vezi blagovremenosti izvršenja obaveze. Rok za izvršenje ugovora se razlikuje od roka kao uslova u pravnotehničkom smislu. Kada od roka zavisi nastupanje ili prestanak dejstva nastalog pravnog po-

---

[46] V. noviju *nemačku* literaturu: *Flessner*, Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung, in: ZEuP, 1997, str. 255- 320; H.G. *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag, Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen, Tübingen, 1975; P. *Schlechtriem*, Abstandnahme vom Vertrag, in: *Basedow* (Hrsg) Europäische Vertragsrechtvereinheitlichung und deutsches Recht, Tübingen, 2000, str. 159-177. Za *austrijsko* pravo v. Rudolf *Welser*/ Brigitte *Jud*, Zur Reform des Gewährleistungsrechts, in: Verhandlungen des Vierzehnten Österreichischen Juristentages, 2000, Bd. II/1; Wien, 2000 i dr.

[47] V. u novijoj francuskoj literaturi: *Larrumet*, Pour la resposabilité contractuelle, Études P. Catala, Litec, Paris, 2001, p. 543; *Rémy*, Responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept, RTD civ. 1997, p. 323; *Savaux*, Fin de la responsabilité contractuelle? RTD civ. 1999, p. 1; *Serlooten*, Mélanges Hébraud, Responsabilité professionnelle, Univ. Toulouse, 1981, p. 805; *Tallon*, Mélanges Cornu, Pourquoi parler de faut contractuelle, PUF, 1994, p. 614; *Viney*, La responsabilité contractulle en question, Études Ghestin, LGDJ, 2001, p. 921.

[48] V. par. 323. st. 1 i 2. *Nemačkog* građanskog zakonika. V. par. 918. st 1. i par. 919. *Austrijskog* opšteg građanskog zakonika (ABGB). V. čl. 107 *švajcarskog* Zakonika o obligacijama (OR). V. Filippo *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, 2. Auflage, Springer, Wien-New York 2003, str. 276- 294. V. i čl. 1611. *francuskog* Code civil-a koji predviđa odgovornost za štetu povodom raskida ugovora.

[49] V. za docnju dužnika čl. 278 i 324. ZOO, a za docnju poverioca čl. 325, 326. i 420. ZOO, a za posebne slučajeve docnje poverioca čl. 290-294. ZOO.

sla, tako da on tada nema karakter uslova kontraktualne odgovornosti. Rok zastarelosti potraživanja takođe se bitno razlikuje od roka za izvršenje ugovora, budući da istekom roka zastarelosti poverilac ugovornog potraživanja gubi pravo na pravozaštitni zahtev, tj. tužbu pred sudom. Međutim fiksni rokovi, tj. rokovi koji su po prirodi ili po ugovoru bitni elementi ugovora, a tiču se ispunjenja, njihovo nepoštovanje dovodi do raskida ugovora po sili zakona (*ex lege*), činjenicom bezuspešnog isteka roka za ispunjenje.

3) *Delimično ispunjenje, odnosno nepravilno ispunjenje.*[50] Odgovornost za delimično ispunjenje postoji kada je data obaveza utvrđena na način da dužnik ima da ispuni obavezu u celini. Nema odgovornosti za delimično ispunjenje ako je obaveza ugovorena u vidu periodičnih davanja, kao što je plaćanje zakupnine, isplata kupoprodajne cene kod ugovora o kupoprodaji na rate[51] itd. Pojam nepravilnog ispunjenja je širi od toga i obuhvata sve vrste povrede ugovora tokom i do kraja izvršenja. U nemačkoj nauci Karl Larenc (Karl Larenz) navodi primer majstora koji su prihvatili rad obnove krova jedne kuće. Obavezu su ispunili, ali su pre završetka radova učinili grešku time što je jedan od njih paleći cigaretu, upalio ceo krov, pri čemu je u sporu povodom oštete sud odlučio da je izvođač obavezan na ponovno izvođenje kao i na snošenje sve štete do koje je došlo požarom.[52]

Larenc, analizirajući u Nemačkoj i u Francuskoj opšte prihvaćenu trojnu podelu razloga ugovorne odgovornosti, ukazuje na to da je u nemačkoj učinjen pokušaj sinteze, tj. svođenje na jedan jedini razlog ugovorne odgovornosti koji bi inkorporisao sve ostale. Taj sintetički razlog bi bila *povreda ugovora*, jer obuhvata i nemogućnost ispunjenja, docnju i sve ostale moguće slučaje koji povlače ugovornu odgovornost.[53] Međutim, Larenc iako ne osporava korisnost sinteze, (opravdano) je skeptičan

---

[50] V. čl. 301, 310, 323 i 372. ZOO.

[51] V. čl. 542-551. ZOO. Po čl. 546. ZOO prodavac može raskinuti ugovor ukoliko kupac dođe u docnju sa početnom otplatom. Prodavac umesto da raskine ugovor može od kupca tražiti od kupca isplatu celog ostatka cene.

[52] V. Karl *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I. Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1979. (Schädigung durch Schlechtleistung und sonstige Pflichtverletzungen; Vereinbarung einer Vertragsstrafe), str. 298-299. *Leonhard* to naziva *propratnom štetom* (Begleitschaden), a Heinrich *Stoll* povredom tzv. *zaštitne obaveze* (Schuztpflicht) čija se pravila ne nalaze direktno u ugovoru već u zakonu, u pravilima o dužnosti sprečavanja štete. V. *Stoll*, Die Lehre von den Leistungsstörungen,, 1936; *ibid*, Abschied von der Leher von der Leher über Leistungsstörungen, AcP (Archiv für zivilistische Praxis), 136, 257.

[53] V. *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, op. cit., str. 297, Par. 24.

prema ideji uopštavanja ugovorne odgovornosti u jednom jedinom pojmu, ukazujući na mnoštvo posebnosti, koji se jednim pojmom ne mogu obuhvatiti. Ukazuje na složeni odnos primarne obaveze i ugovorne odgovornosti (*Leistungspflicht*). Naime, isplata (ugovorne) odštete po pravilu ne oslobađa dužnika od ispunjenja preuzete obaveze. Ukazuje i na pozitivni i negativni interes, na probleme oko tereta dokazivanja i dr.[54]

Pokušaj sinteze je učinjen na osnovu odredaba Mađarskog građanskog zakonika i u mađarskoj nauci u pojmu povrede ugovora (*szerződésszegés* – povreda ugovora).

Prednost sintetičkog izraza ugovorne odgovornosti je u tome što do odgovornosti dolazi samo onda i u meri u kojoj su povređene ugovorne obaveze ugovornih strana. Sintetički pristup ukazuje na to da poreklo ugovorne odgovornosti primarno nije u zakonu, već u ugovoru.

Posebnosti ugovorne odgovornosti u pogledu uslova odgovornosti

Postoje opšti i posebni uslovi građanskopravne odgovornosti. Opšti uslovi su potrebni kod svih vrsta odgovornosti: 1) da je šteta nastupila 2) da je šteta prouzrokovana protivpravnom radnjom, 3) da postoji uzročna veza između radnje i posledice. 4) Posebni uslov je postojanje krivice štetnika. Krivica je zato poseban uslov jer se ne traži kod svih vrsta odgovornosti, već samo kod subjektivne odgovornosti. Krivica, naime, nije uslov odgovornosti kod objektivne odgovornosti, tj. kod odgovornosti imalaca za delovanje opasnih stvari i opasnih delatnosti. Uslov protivpravnosti, kao i krivica mogao bi da bude i poseban uslov, zato što se ne traži kod svih vrsta odgovornosti (npr. kod imisione deliktne odgovornosti). Odgovornost se izuzetno ustanovljava i za slučaj da nema protivpravnosti, kada uprkos koncesioniranju, administrativnom dopuštenju, postoji odgovornost ako postoji ugrožavanje ili ako je šteta nastupila preko granica administrativnih limita ili limita tolerancije.[55]

1) Dok je kod deliktne odgovornosti neophodno da je došlo do *štete* (osim tzv. imisione ili ekološke odštetne odgovornosti, gde je dovoljno da postoji opasnost za nastupanje štete za neodređeni, širi krug subjekata[56]), kod ugovorne odgovornosti *nastupanje štete nije nužni uslov odgovornosti.* Dovoljno je da je došlo do povrede ugovora, tj. do (skrivljenog) neizvršenja,[57] naročito kada su u ugovoru za neizvršenje ili neblagovremeno izvršenje strane unapred predvidele neki vid apstraktne štete koja se plaća i kada šteta nije nastupila.

---

[54] V. *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, op. cit., str. 298-308.

[55] V. čl. 156. ZOO.

[56] V. čl. 156. ZOO.

[57] Upor. Henri et Léon Mazeaud, Jean *Mazeaud*, Leçons de Droit civil, Tome deuxième, Obligations, Biens, Édition Montchrestien, Paris, 1962, str. 329-331.

2) Uslov *protivpravnosti* kod ugovorne odgovornosti se sastoji u povredi ugovorne obaveze, a ne u povredi opšte odredbe zakona o zabrani prouzrokovanja štete. Stoga se protivpravnost ugovorne odgovornosti svodi na povredu ugovorom utvrđenih prava i dužnosti. Bliži razlozi i obim odgovornosti se mogu predvideti u ugovoru.

Teret dokazivanja u pogledu ovog uslova snosi oštećena strana, tj. savestan ugovornik.

3) Kod ugovorne odgovornosti se *uzročnost* pretpostavlja za svu štetu koja nastaje posle fakta neizvršenja, odn. povrede ugovora, pod uslovom da se dokaže povreda ugovora. To znači da nesavesna strana koja je povredila ugovor savesnoj strani odgovara za svu štetu koja je nastala posle povrede ugovora. Ova pretpostavka je oboriva, te nesavesna strana ima pravo da dokazuje da je šteta nastala iz nekog drugog uzroka, a ne iz uzroka povrede ugovora.

4) U pogledu *krivice* se kod ugovorne odgovornosti primenjuje pravilo o *pretpostavljenoj krivici*. To znači da se smatra da je nesavestan ugovornik kriv za svu štetu koja je nastala iz neizvršenja. Teret dokazivanja nesavesnosti ima oštećeni ugovornik, ali ako on dokaže da je druga strana povredila ugovor, pretpostavlja se da je druga, nesavesna strana, ujedno kriva i samim tim odgovorna za svu štetu koja je nastala posle trenutka povrede ugovora. Međutim, ova pretpostavka je oboriva, pri čemu teret dokazivanja snosi nesavestan ugovornik, tj. strana koja je povredila svoje ugovorom ustanovljene obaveze. U materiji deliktne odgovornosti, po klasičnoj teoriji, važi načelo *dokazane krivice* prema kojem teret dokazivanja krivice, kao i ostalih uslova odgovornosti, snosi oštećeno lice.

Posebnosti ugovorne odgovornosti u pogledu osnova odgovornosti

Osnov odgovornosti je *razlog* zbog kojeg zakon ustanovljava građanskopravnu odgovornost. On ujedno određuje i *vrstu* odgovornosti (subjektivna, objektivna, odgovornost za sopstvene radnje, odgovornost za radnje drugog). U građanskopravnoj doktrini glavni razlozi odgovornosti su: 1. *krivica* (subjektivna odgovornost), 2. *uzročnost* (objektivna odgovornost), 3. odgovornost zbog *propuštanja zakonske dužnosti* (odgovornost za radnje drugog). Opšta karakteristika ugovorne odgovornosti je da je to odgovornost za sopstvene radnje i to usled *krivice*. Strana koja je povredila ugovor se, po osnovu oborive pretpostavke, smatra krivim za svu štetu koja je nastala po povredi ugovora. Međutim, od ovog pravila postoje odstupanja kada se odgovara nezavisno od krivice, tj. *objektivno*. To će biti slučaj kod šteta za proizvode, povodom ugovora o kupoprodaji takvih stvari, kod odgovornosti za opasnih sportskih aktivnosti, kod ugo-

vora o lečenju, kod odgovornosti medicinskih institucija povodom rizičnih poduhvata po zdravlje. Naravno, postoji niz mogućih razloga ekskulpacije (na primer, kao što je slučaj sa dopuštenim domenom pristanka oštećenika i dr.).

Posebni slučajevi ugovorne odgovornosti

Raskid, ništavost i rušljivost ugovora

1) *Opšta pravila o raskidu ugovora i odgovornost za raskid*.[58] Postoje dva osnovna oblika raskida ugovora. Prvi je jednostrani, a drugi je obostrani. *Jednostrani* raskid može biti motivisan i nemotivisan. 1) *Motivisani* raskid je uslovljen nelojalnim ponašanjem druge ugovorne strane, tj. da je ugovorna strana izjavu o raskidu dala zbog toga što je saugovorač prethodno povredio ugovor, tako da sa svoje strane nije ispoštovao svoje ugovorom preuzete obaveze. U takvom slučaju davalac izjave o raskidu ne odgovara za kontraktualnu štetu, pošto je izjavu o raskidu dao zbog nesavesnosti druge ugovorne strane. 2) *Nemotivisani* jednostrani raskid je takav slučaj u kojem davalac jednostrane izjave o raskidu ugovora tu izjavu dao nezavisno od „ugovornog“ ili „neugovornog“ ponašanja druge strane. U tom slučaju odgovornost za nastalu štetu snosi izjavilac nemotivisanog raskida.[59] *Obostrani raskid* može da bude motivisan i nemotivisan (ponašanjem druge ugovorne strane). Tada se shodno primenjuju prethodna pravila. 3) Raskid, međutim, može biti i *sporazuman*. Pravna karakteristika sporazumnog raskida je u tome, što će strane uređuju pravne posledice raskida, uključiv i naknadu štete nastale usled raskida ugovora.

Raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti (*clausula rebus sic stantibus*) je ustanovljen zbog nepredvidljivih i neotklonjivih okolnosti, koje

[58] V. raskid kod formalnih ugovora čl. 68. i 69. st. 2 ZOO; raskid zbog neispunjenja čl. 124-132. i 497. ZOO; jednostrani raskid čl. 124, 125. st. 3, 126, 127, 128 i 130 ZOO; raskid po izjavi o raskidu ili po sili zakona, čl. 124. (prava jedne strane kad druga strana ne ispuni svoju obavezu), čl. 125 (raskid kod fiksnih ugovora), raskid kod delimičnog neispunjenja zbog događaja za koji nije odgovorna ni jedna strana čl. 137. st. 2. ZOO.

[59] ZOO naizgled uređuje samo slučajeve motivisanog raskida. U čl. 17. ZOO se predviđa dužnost ispunjenja obligacija (pacta sunt servanda). Samim tim Zakon određuje da je ugovor zakon za stranke. Iz toga bi se olako moglo zaključiti da je nemotivisani raskid nedopušten. Ali ostale odredbe ukazuju na slučajeve dopuštanja raskida, bez obzira na ugovorno ili neugovorno (tj. savesno) ponašanje druge ugovorne strane, kao što je to slučaj, npr. kod raskida ugovora zbog promenjenih okolnosti ili otkaz ugovora o podstanarskom odnosu. Nemotivisan raskid, tj. izjava o raskidu bez obzira na ponašanje druge ugovorne strane podrazumeva tužbu savesne strane za osudu na činidbu, ali ako je na strani izjavioca raskida u međuvremenu nastala naknadna nemogućnost izvršenja, posebno, s njegove strane skrivljena, tada preostaje njegova odštetnopravna odgovornost.

su naročito otežale izvršenje obaveze jedne strane, tako da bi ugovor bio nepravičan, po opštem mišljenju, uprkos pravilu *pacta sunt servanda* (ugovor je zakon za stranke[60], te se ima izvršiti onako kako on glasi). Po važećem pravu[61], sankcije su dvojake: (1) raskid i povraćaj, (2) održavanje ugovora uz korekciju da se smanjenjem obaveze olakša položaj ugovornika kome je usled nepredvidljivih okolnosti ispunjenje obaveze postalo otežano. Odštetnopravni zahtev se po pozitivnom pravu ne predviđa, budući da su promenjene okolnosti izazvane spoljnim i nepredvidljivim događajima, a nisu izazvane od strane ugovornih strana. Oštećena strana se može odlučiti za raskid ugovora sa povraćajem u pređašnje stanje ili da zatraži smanjenje svoje obaveze uz održavanje ugovora na snazi.

2) *Ugovorna odgovornost povodom ništavosti ugovora.* Postoje tradicionalna načela odgovornosti za ništavost ugovora. Prvo je pravilo *fraus omnia corrumpit*, tj. da onaj koji je znao za razlog ništavosti snosi (odštetne) posledice ništavosti. Drugo je *Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non est convalescere*, što u prevodu Valtazara *Bogišića* u Opštem Imovinskom zakoniku za Crnu Goru od 1888. godine glasi „što se grbo rodi, vreme ne ispravi“. Ovim se iskazuje, da je ugovor koji je povredio javni poredak, dobre običaje i imperativne propise ništav od početka (ex tunc), čija je osnovna sankcija povraćaj u pređašnje, predugovorno stanje, stanje pre zaključenja ništavog ugovora, što znači da ona strana koja je pre poništaja izvršila prestaciju ima pravo da traži povraćaj, a ona koja do tada to nije učinila, nije više u obavezi.

Po jednom delu *francuske doktrine* odgovornost strane krive za ništavost ugovora nije ugovorna već deliktna odgovornost, budući da se radi o strani kojoj se može pripisati krivica za povredu javnog poretka, dakle imperativne odredbe zakona.[62]

Osnovno pravilo *nemačkog prava* je da je ugovornik koji napada ugovor zbog ništavosti ili rušljivosti, obavezan da naknadi štetu koju su saugovornik ili treće lice pretrpeli zbog toga što su verovali u punovažnost ugovora.[63]

Savremeno *domaće* obligaciono pravo polazi od toga da je ništavost ugovora rezultat povrede javnog poretka, dobrih običaja i imperativnih pro-

---

[60] V. čl. 17. ZOO.

[61] V. čl. 133-136. ZOO.

[62] Henri, Léon et Jean *Mazeaud*, Leçons de Droit civil,op. cit., str. 269, tač. 336 (Responsabilité délictuelle de l'auteur de la faute nullité).

[63] V., §122 nemačkog Građanskog zakonika, kao i komentar, in: *Prütting*, Wegen, Weinreich, BGB Kommentar, 2. Auflage, Luchterhand, 2007, str. 114. i 115. Randnummer 4. *Jauernig*, Schlechtriem, Stürner, Teichmann, Vollkommer, BGB 8. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1997, str. 59.

pisa.[64] Naime, nesavestan ugovornik, a to je onaj koji je u vreme zaključenja ugovora znao ili je bio dužan da zna za razloge ništavosti, pored obaveze restitucije, dužan je da drugoj savesnoj ugovornoj strani naknadi nastalu štetu. U tom pogledu, u savremenom civilnom pravu je diskutabilna sankcija *oduzimanja predmeta prestacije od nesavesnog ugovarača* u korist fiskusa (budžeta opštine mesta zaključenja ugovora) koju naše pravo[65] propisuje za nesavesnu stranu bez obzira na to da li je pre poništenja svoju obavezu ispunila ili nije[66] (pravilo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).[67] Sankcija je inače zadržana u Prednacrtu novog zakona o obligacionim odnosima Srbije iz 2009. godine.[68] Nama se čini da je zadržavanje ove sankcije diskutabilno. Principijelno gledano, naime, civilno pravo se ne bavi kažnjavanjem već *restitucijom*, tj. privatnopravnim ciljem da se imovinsko stanje ugovornika vrati u stanje koje je postojalo pre zaključenja ugovora, te institucija oduzimanja predmeta prestacije u korist opštine nije stvar civilnog, već kaznenog prava.[69] Gotovo nijedan (klasični) evropski građanski zakonik ne predviđa sankciju oduzimanja, tj. civilnopravu konfiskaciju u korist fiskusa. *Francusko pravo* predviđa drugo rešenje za slučaj da je jedna (nesavesna) strana ništavog ugovora ispunila prestaciju, a druga (savesna) nije. Naime, u takvom slučaju savesna strana ima obe prestacije, i ono što nije dala i ono što je dobila. Francusko pravo je taj problem umesto oduzimanja prestacije nesavesne strane, koja se nalazi kod savesnog ugo-

[64] V. čl. 10. ZOO u vezi čl. 103. i posebno čl. 104. st. 1. i 2. ZOO.

[65] V. čl. 104. st. 2. ZOO.

[66] Sankcija oduzimanja predmeta prestacije nesavesne strane u korist države kod ništavih ugovora je uvedena u svim nekadašnjim tzv. socijalističkim zemljama, pod uticajem *Građanskog zakonika RSFSR* iz 1927. godine. Od klasičnih civilnih kodeksa je pre sovjetskog ova sankcija uvedena u *Opštem Imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru* Valtazara Bogišića od 1888. godine. V. Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru, prvobitno objavljeno na Cetinju u državnoj štampariji, 1888, (fototipsko reprint izdanje, Forum, Novi Sad. 1980. godine, sa predgovorom Tomice *Nikčević*), str. 201, čl. 600 st. 2: „Kad su obojica nepošteno radili, tada davalac ne može više tražiti povraćaja, nego će primalac u crkovnu kasu dati to što je primio." Potrebno je imati u vidu da je svojevremeno, u Bogišićevo vreme, postojala personalna unija između vrhovnog verskog i civilnog vladara. Dakle, ono što je tada bila „crkovna kasa" ujedno je bila i državni budžet.

[67] V. Jožef *Salma*, *Načelo nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans i ništavost ugovora*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2004, str. 487-496.

[68] V. *Vlada RS*, *Komisija za izradu Građanskog zakonika*, Prednacrt, Građanski zakonik Republike Srbije, Druga knjiga, *Obligacioni odnosi*, Beograd, 2009, str. 45., čl. 116 (čl. 104. ZOO).

[69] V. sledeće naše radove: József *Szalma,* Közrendsérelmes szerződések és jogi következményei*,* A magánjogi kodifikáció eredményei, Novotni Kiadó, Miskolc, 2010, str.115-153.; József *Szalma* Közrendsérelmes szerződések és jogi következményei, Magyar Jog, Budapest, br. 11/2010, str. 641-655.

vornika, u korist javne svojine ili fiskusa, rešavalo putem *tužbe zbog neosnovanog obogaćenja* (condictio ob causam finitam).[70] Ima međutim, reformskih evropskih zemalja koje su instituciju oduzimanja prestacije nesavesne ugovorne strane, tj. one koja je znala da zaključuje ugovor protivan javnom poretku i dobrim običajima, kao građanskopravnu sankciju za ogrešenje o poredak, bar privremeno zadržale, kao što je to slučaj sa važećim, više puta izmenjenim *Mađarskim građanskim zakonikom*. Ali je oduzimanje prestacije nesavesne strane u korist fiskusa počev od reformi civilnog prava u Mađarskoj (1989) retka sankcija, sa vrlo redukovanom i restriktivnom primenom.[71] Novi Mađarski građanski zakonik usvojen 2009.

---

[70] V. na primer Ambroise *Colin* et Henri *Capitant*, Traité de Droit civil, Tome II, Obligations, Paris, Librairie Dalloz, 1959, str. 444., tač. 792. V. i: Philippe *Malaurie*, L'ordre public et le contrat, Édition Matot-Braine, Reims, 1953; *Bonnecase*, La notion de bonnes moers, Etude Capitant, Paris, 1939; *Bedier*, Les pricipes de la législation française sur le maintien de l'ordre public, Paris, 1938; Juliot de la *Morandiere*, L'ordre public en droit civil interne, Etude Capitant, Paris, 1939; *Koshembahr-Lyskowski,* Conventions contra bonas mores, Melanges Cornil, Paris, 1926 ; *Ripert,* Georg, L'ordre public économique, Mélanges Gény, Paris, 1935; ibid, Cours Doctorat, Paris 1929-30; *Senn,* Des origines et du contenu de la notion de bonnes moers, Requeil Gény, Paris, 1934; *Alglave,* Définition de l'ordre public en matière civil, Revue pratique de droit, 1868, p. 444; *Dabin*, Autonomie de la volonté et Lois imperatives: ordre public et bonnes moers, Annales de Droit et de Science Politique, Lourain, 1940, p. 190; *Kayser,* Les nullités d'ordre public, Rev. Trim. Dr. Civ, 1933, p. 1115; *Mezger*, L'arbitrage commercial et l'ordre public, Rev. trim.dr. com. 1948, p. 611; *Capitant*, René, Introduction à l'étude de l'illicite, l'imperatif juridique, Paris, 1928.

[71] Čl. 237. st. 4. Mađarskog građanskog zakonika u *Polgári Törvénykönyv a gyakorlatban*, Kiegészítve a vonatkozó kollégiumi határozatokkal (Građanski zakonik u praksi sa načelnim stanovištima Vrhovnog suda), Novissima Kiadó, Budapest, 2006, str. 53. Prema ovoj odredbi sudija na predlog javnog tužioca može dosuditi predmet prestacije strane u korist države, zbog toga što je svesno zaključila ugovor koji je zabranjen, protivan moralu, na prevaru ili na prisilu odnosno na drugi fraudolozan način. U literaturi se navodi da se ova odredba sve ređe primenjuje u sudskoj praksi. V. npr. A *Polgári Törvénykönyv magyarázata*, (Komentar MGZ), KJK KERSZÖV, Budapest, 2002, str. 809-810. Po autorima: *Jobbágyi* Gábor, *Fazekas* Judit, Kötelmi jog (Obligaciono pravo), Szent István Társulat, Budapest, 2007, str. 67. prema 13. Načelnom stanovištu Vrhovnog suda Mađarske oduzimanje u korist države može se ostvariti pod tri restriktivna uslova: 1. da bi zbog ništavosti trebalo predmet prestacije vratiti drugoj strani, 2. da bi ova prestacija trebala da se vrati po pravilima o restituciji nesavesnoj strani, tj. onoj koja je svesno zaključila zabranjen ugovor, ugovor protivan moralu, odnosno onom ko je protivzakonito vršio prinudu, ili na drugi način postupio fraudolozno i 3. treba da je inicijativa za oduzimanje potekla od javnog tužioca. U praksi se dešavalo da je ova inicijativa odbijena. *Bíró* György, in: Kötelmi jog (Obligaciono pravo), Novotni Kiadó, Miskolc, 2010, str. 348, navodi da je dosuđivanje predmeta prestacija u korist države kod ništavih ugovora u odnosu na reparacioni karakter građanskog prava, strana penalna sankcija, koja inače znači odbijanje povraćaja predmeta prestacije nesavesnoj ugovornoj strani, te da po 21. Načelnom mišljenju Vrhovnog suda Mađarske ova sankcija se primenjuje samo izuzetno.

godine[72], koji doduše još nije stupio na snagu, odustaje od institucije oduzimanja predmeta prestacije nesavesnoj stranci zabranjenog ugovora.[73]

Ima možda međutim, razloga i za oduzimanje prestacije nesavesne strane, nezavisno od krivičnopravne inkriminacije, kod tradicionalnih *nemoralnih ugovora*. Detaljniji pristup pojmu nemoralnih ugovora bi prevazišao okvire ovog rada. Građanskopravno gledano, nemoralni ugovori dotiču osnovne principe na kojima je zasnovana pravna organizacija društva. To mogu biti svi ugovori koji su protivni zabrani diskriminacije, tj. klauzule koje vređaju jednakost građana pred zakonom, koje razlikuju ugovorna prava po polu - muškarca i žene, ugovorne odredbe koje u pravima razlikuju starije i mlađe osobe, ugovorne klauzule koje po pravima čine razliku u zavisnosti od nacionalne i verske ispovesti ugovornih strana, ugovor koji sprečava slobodu mišljenja i slobodu savesti, koji ograničava slobodu naučnog stvaralaštva, itd. Takav bi bio i ugovor koji je protivan načelu *favor matriomonii*, tj. koji ugrožava postojanje braka i porodice. Opsežno je polje ništavosti ugovora zbog trgovine ljudskim organima. Donacija je dopuštena, ali je trgovina zabranjena. Sve oblasti je zaista teško inkriminisati pravilima krivičnog prava. Ali isto tako, u civilnom pravu, njihova potpuna enumeracija je skopčana sa teškoćama. Mora se priznati da se pojam nemoralnih ugovora svodi na vrednosni sud o o tome šta je dobro, šta je zlo. Pored nesigurnosti, postoje u građanskom pravu stabilne vrednosti koje čine branu slobodi ugovaranja koje, uprkos tome što su privatnopravnog porekla, ulaze u pojam javnog poretka i dobrih običaja. Kao što je gore navedeno, to su vrednosti koje se odnose na jednakost građana pred zakonom, slobodu savesti, zaštitu fizičkog i psihičkog integriteta ličnosti, porodičnog života, uključiv i ličnu sferu, odn prava ličnosti (pravo na ime, nepovredivost stana, lične korespondencije, ličnopravnu komponentu autorskog i pronalazačkog prava, i dr.). Enumeracija je otvorena, zato što je teško ustanoviti „večite“ kriterijume koji bi pokrili sve slučajeve, budući da su vrednosni sudovi podložni promeni. Zbog dodirnih tačaka teško je razgraničiti nemoralne ugovore od ugovora protivnih *dobrim običajima*. Ukoliko su nemoralni ugovori zasnovani na vrednosnim sudovima, onda ugovori protivni dobrim običajima su oni koji se protive opšte prihvaćenim trajnim nepisanim pravilima. Zabrane dobrih običaja, uz zakonsku sintagmu „dobrih“, ulaze u domen zakonom shvaćene zabranjenosti, samo

[72] V. 2009. évi CXX. Törvény A Polgári Törvénykönyvről (120. Zakon o Građanskom zakoniku), Magyar Közlöny (Službeni list Mađarske), Budapest, br. 165, od 20. novembra 2009. godine, str. 42103, Zabranjeni ugovori, par. 5:76.

[73] V. Új Polgári Törvénykönyv (2009. évi CCII. Törvény a Polgári Törvénykönyvről) – 22. zakon o novom Građanskom zakoniku od 9. novembra 2009), Árboc Kft, Budapest, 2009.

ako su opšte prihvaćeni. Stoga i ugovorna odgovornost povodom ništavosti, zato što je ugovor protivan dobrim običajima, dolazi u obzir samo pod tim uslovom, tj. da je običajna zabrana opšte prihvaćena. [74]

Posebno je pitanje ništavosti ugovora zbog *povrede imperativne forme*. Važeći tekst zakona[75] omogućava sanaciju nedostataka u formi čime dolazi do *konvalidacije* ugovora ukoliko su strane u celini ili u pretežnom delu *izvršile* ugovor, pod uslovom da se konvalidacija ne protivi *svrsi* (cilju) propisane obavezne forme.[76] Svrha forme, po klasičnoj doktrini (na primer Flume)[77] može biti *privatna* (zaštita interesa stranaka) i *javna* (zaštita opštih interesa). Prednacrt novog Zakona o obligacionim odnosima[78] ostaje pri ranijem rešenju. Međutim, predviđa se i alternativa po kojoj strana koja je zaključila konsensualni ugovor, iako je dati ugovor formalan, pa je svoju obavezu ispunila, a druga nije, nema pravo da traži povraćaj, ali ima pravo na naknadu štete.[79]

U slučaju *delimične ništavost*[80] kada se ugovor održava na snazi uz poništaj ništavih odredaba, po našem mišljenju, treba analogno primenjivati pravila vezana za ugovornu odgovornost koja nastupa u slučaju ništavosti ugovora u celini[81], tj. pravilo da strana koja je znala za ništavost po-

---

[74] V. čl. 10, 103. i 104. ZOO.

[75] V. čl. 73. ZOO.

[76] Nemačko pravo ne dopušta konvalidaciju povrede zakonom propisane obavezne forme putem uzajamnog izvršenja. Naime Zakonik po par. 125. propisao obaveznu formu, pa ako strane tu formu nisu ispoštovale, naknadnim izvršenjem ili ispunjenjem ne mogu sanirati ništavost ugovora, ugovor ostaje ništav. V. *Jauernig*, Schlechtriem, Stürner, Teichmann, Vollkommer, BGB, 8. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1997, str. 64. Randnummer 12. U tom smislu i *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, 1992, Par. II. 15 III 4 c. Posle revizije Nemačkog građanskog zakonia od 2002. godine formulacija par. 125. je ostala ista. Noviji komentatori (*Prütting*, Wegen, Weinreich, BGB, Kommentar, 2. Auflage, Luchterhand, 2007.str. 126, Randnummer 21.) ističu, da ostaje generalna posledica ništavosti zbog nedostataka u formi, ali postoje izuzuzetni slučajevi sanacije tih nedostataka kao što je to slučaj kod par. 311, 494, 502, 518, 766, 2301, - ali, sanacija nema povratno dejstvo.

[77] V. Werner *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, Springer Verlag, tom II., Das Rechtsgeschäft, 1965. *Ibid*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, 1992, Par. II. 15 III 4 c. V. i: *Häsemayer*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971; *Köbl*, Die Bedeutung der Form im heutigen Recht, Deutsche Notar-Zeitschrift, 1983, str. 207. *Jauernig*, Schlechtriem, Stürner, Teichmann, Vollkommer, BGB, 8. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1997, str. 64.

[78] V. čl. 72. Predncarta.

[79] V. Vlada Republike Srbije, Prednacrt, Građanski zakonik Republike Srbije, druga knjiga, Obligacioni odnosi, Beograd, 2009. godine, str. 32.

[80] V. čl. 105. ZOO.

[81] V. čl. 104. ZOO.

jedinih odredaba treba da nadoknadi drugoj savesnoj ugovornoj strani štetu koja je nastala zbog poništaja tih odredaba. Po našem mišljenju, u slučaju *konverzije ništavog ugovora* u punovažan[82], u načelu ne nastupa ugovorna odgovornost između ugovornih strana, budući da konverzija treba da bude zasnovana na sporazumu strana o izboru konvertiranog ugovora koji stupa na mesto zabranjenog, naravno pod kontrolom javnog poretka od strane suda.[83] Kod *konvalidacije* ništavog ugovora *zbog povrede bitne forme* putem uzajamnog celovitog izvršenja ili izvršenja u pretežnom delu[84] po našem mišljenju, takođe nema odštetno-pravne odgovornosti, budući da je na osnovu zakona obostrano ispunjenje dovelo do osnaženja (konvalidacije) ugovora. Uslov je, međutim, da takvo osnaženje nije u protivnosti sa ciljem radi kojeg je forma ustanovljena. Naše je mišljenje da ukoliko je bitna forma ustanovljena radi zaštite interesa ugovornih strana, onda je ovakva konvalidacija dopuštena. Ukoliko je, međutim, forma imala za cilj zaštitu opštih interesa, ovakva konvalidacija nije dopuštena. Kod *zelenaških ugovora*[85] je izričito propisano da se na zelenaški ugovor shodno primenjuju odredbe Zakona o obligacionim odnosima o posledicama ništavosti[86]. Iskorišćeno lice uz održavanje ugovora na snazi, može tražiti smanjenje obaveze na pravičan iznos u roku od pet godina od zaključenja ugovora.[87]

(3) *Ugovorna odgovornost povodom rušljivosti.* Klasični slučajevi rušljivosti ili napadljivosti (relativne ništavosti) ugovora koji se nište tek na zahtev zainteresovane strane, sa dejstvom za savesnu stranu ex nunc, a u pogledu egzistencije ugovora ex tunc, se svode na *mane volje*[88], tj. na slučajeve *zablude*, *prevare* i *prinude*.[89] U ovu grupu spadaju i ugovori poslovno nesposobnih lica.[90] Budući da je *zabluda* nesvesna nesaglasnost između volje i izjave, *per definitionem* isključuje nesavesnost bilo koje ugovorne strane, te bi po tome, *odgovornost za štetu trebala da bude isključena* kada se ugovor poništava zbog bitne izvinjavajuće zablude. No, prema pravilima pozitivnog prava nije tako. Zakon o obligacionim odnosima na opšti način predviđa[91] odgovornost za poništenje rušljivih ugovora, što bi se primenji-

[82] V. čl. 106. ZOO.
[83] Na osnovu čl. 109. ZOO.
[84] V. čl. 103. u vezi sa čl. 73. ZOO.
[85] V. čl. 141. st. 1-4. ZOO.
[86] V. čl. 141. st. 2. ZOO.
[87] V. čl. 141. st. 4. ZOO.
[88] V. čl. 111-117. ZOO.
[89] B. čl. 111-117. ZOO.
[90] V. čl. 111. ZOO.
[91] V. čl. 115. ZOO.

valo dakle na sve mane volje, a samim tim i na zabludu. Zakon propisuje da je ugovarač na čijoj je strani uzrok rušljivosti odgovoran svom saugovoraču za štetu koju trpi zbog poništenja ugovora, ako ovaj nije znao niti je morao znati za postojanje uzroka (razloga) rušljivosti ugovora. Iz ove odredbe Zakona zaključujemo da *de lege lata,* tj. po slovu i smislu Zakona, odgovornost za štetu onoga koji je bio u zabludi, u slučaju rušljivosti, ima isti tretman kao kad je po sredi prevara i prinuda. U pogledu odgovornosti za zabludu (generalnu) odredbu Zakona o obligacionim odnosima razumemo tako da odgovornost ugovorne strane u zabludi, naspram druge ugovorne strane postoji samo onda, ukoliko je lice u zabludi bilo dužno da zna za razlog rušljivosti, inače, po nama, - *per definitionem* zablude, kao nesvesne nesaglasnosti između volje i izjave, - ne odgovara. U srpskoj literaturi još je Dragor *Hiber* na osnovu uporednopravne analize ukazao da postoji izvinjavajuća i neizvinjavajuća zabluda, sa teorijskim i praktičnim posledicama ove distinkcije.[92] Pri tome je razgraničenje *(tertium divisionis)* između ove dve kategorije u tome da li je lice u zabludi bilo ili nije bilo dužno da zna za činjenicu od značaja za zaključenje ugovora. U tom smislu tumačimo i odredbu Zakona o obligacionim odnosima[93] u kome je izričito propisano da u slučaju poništaja ugovora zbog zablude, druga savesna strana ima pravo da traži naknadu pretrpljene štete.[94] Za razliku od zablude, kod *prevare*[95] *i prinude*[96] jedna strana je uvek savesna (prevareni, prinuđeni saugovorač), a druga strana je nesavesna (strana koja je svesno dovela svog saugovornika u zabludu ili strana koja je izvršila apsolutnu ili relativnu prinudu). Stoga je kod ovih potonjih rušljivih ugovora *nesavesna strana* (prevarant i prinudilac) i po logici i po pozitivnom pravu s pravom *odgovorna za štetu* drugoj savesnoj strani, prevarenom ili prinuđenom licu za štetu koju ona trpi zbog poništaja ugovora.[97] U svakom slučaju, čini se da bi ugovornu odgovornost povodom zablude trebalo izdvojeno, zasebno tretirati, posebno onda kada je ona izvinjavajuća (tj. ako lice u zabludi nije bilo dužno da zna za bitne okolnosti ili elemente ugovora, kao što bi to bilo slučaj kod tzv. trgovačkih ugovora, kada se traži visoka profesionalnost i dužnost poznavanja okolnosti). Naime, izvinjavajuća zabluda ne podrazumeva nesavesnost lica u zabludi, te

---

[92] V. Dragor *Hiber*, Pojam bitne zablude pri zaključenju ugovora, doktorska disertacija, Beograd, 1991.

[93] V. Čl. 61. st. 3. ZOO.

[94] V. Jožef *Salma*, Obligaciono pravo, Izdavački centar Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2009. str. 254.

[95] V. čl. 65. ZOO.

[96] V. čl. 60. u vezi čl. 115. ZOO.

[97] Upor. čl. 115. i 116. ZOO.

bi po tome trebalo da isključi odgovornost prema drugoj strani. To bi bilo opravdano, pošto mogućnost zablude, pogrešne predstave svesti o stvarnosti, ovde o bitnim elementima pravnog posla, čini sastavni deo rizika pravnog posla. No, pozitivno pravo ustanovljava odgovornost, kako smo izneli u prethodnim izlaganjima i lica u zabludi, koje traži poništaj, naspram druge, kako Zakon kaže „savesne" strane, tj. strane koja trpi poništaj. Zapravo su obe strane savesne. Ukoliko je po sredi jednostrana zabluda druga strana zaista trpi štetu usled poništaja, te je zakonodavac, možda tim povodom, ustanovio odgovornost za štetu lica u zabludi u korist drugog saugovornika. No, tada bi lice u zabludi, tužilac trebalo da odgovara ne zbog nesavesnosti, jer toga nema, već tako reći objektivno, bez krivice. Trebalo bi imati u vidu i mogućnost obostrane zablude, te je u tom slučaju pitanje kako bi se rešila odgovornost u hipotezi da samo jedna od njih traži poništaj.

Po francuskoj doktrini, odgovornost za zabludu se svodi na pravo lica u zabludi da zahteva restituciju, ali se obično ne pominje pravo na naknadu štete.[98]

U Zakonu o obligacionim odnosima propisana je *odgovornost ograničeno poslovno sposobnog lica* koje je nesavesnim postupanjem izazvalo zabludu. Naime, ograničeno poslovno sposobno lice odgovara za štetu nastalu poništenjem ugovora, ukoliko je lukavstvom uverilo svog saugovorača da je poslovno sposobno.[99] Ovo pravilo nije usamljeno, prihvataju i druga zakonodavstva, odnosno uporedno-pravna teorija.

Posebni slučajevi profesionalne ugovorne odgovornosti

U posebne slučajeve profesionalne ugovorne odgovornosti spadaju (1) Odgovornost za štete povodom ugovora o radu, (2) povodom ugovora o sportskom angažmanu, (3) povodom ugovora o turističkom putovanju, (4) odgovornosti lekara odnosno medicinskog osoblja, (5) odgovornost kod građevinske izgradnje, (6) odgovornost za štete od proizvoda, (7) odgovornost za nelojalnu reklamu.

Dok je kod građanskopravnih ugovora mera krivice za ugovornu odgovornost odstupanje od pažnje dobrog domaćina[100], standard krivice kod profesionalne odgovornosti je povišen, tako da odgovornost

[98] V. *Savatiér*, Traite de la responsabilité civil en droit Fançais, civil, administratif, professionell, procédural, op. cit., str. 151. tač. 120. Upor. *Colin-Capitant*, Traité de Droit civil, Tome II, Obligations, op. cit., str.421-445. posebno, str. 425-430., tač. 749-756., str. 429-430, tač. 760- 791.

[99] V. čl. 116. ZOO.

[100] V. čl. 18. ZOO.

nastaje ukoliko je privrednik odstupio od dobrih poslovnih običaja, kod privrednih, odn. trgovinskih ugovora[101], odnosno kod ostalih profesionalnih ugovora od standarda date struke, medicinske, graditeljske i dr[102].

(1) Odgovornost povodom ugovora o radu i službi. Ugovor o radu se između ostalog karakteriše po tome što stvara trajni ili privremeni radni odnos između saugovorača – poslodavca i zaposlenog, s obavezom zaposlenog da obavlja radne zadatke, s jedne, i obavezom poslodavca da isplati radniku ugovorenu zaradu, s druge strane. Ugovor o službi se od ugovora o radu razlikuje po subjektima. U ovom slučaju je poslodavac država, državni organ ili organ lokalne samouprave, a druga strana je službenik, koji nakon zasnivanja radnog odnosa najčešće obavlja zakonom uređenu nadležnost (na primer sudija). Odgovornost za štetu može biti trojaka, u zavisnosti od uzročnosti: (1) Ako je šteta nastala zbog toga što poslodavac nije obezbedio potrebne uslove za rad (potrebnu zaštitu na radu kod rizičnih radnih zadataka, na primer, u rudniku), te je zaposleni zbog toga pretrpeo štetu radeći bez potrebne zaštite. U ovom slučaju se radi o odgovornosti poslodavca za štetu koju je zaposleni pretrpeo na radu. (2) Ukoliko je zaposleni za vreme radnog vremena trećem licu prouzrokovao štetu, po pravilima o odgovornosti za radnje drugog primarno odgovara poslodavac, ali se on može regresirati od zaposlenog, ako je štetu prouzrokovao isključivo svojom namernom krivicom. Oba ova vida odgovornosti se rešavaju u principu po pravilima o posebnim slučajevima deliktne odgovornosti. (3) Povreda ugovora o radu, može biti obostrana, na primer da poslodavac ne isplati ugovorenu zaradu ili da zaposleni ne obavi svoj radni zadatak iz ugovora. U ovim slučajevima se odgovornost raspravlja po pravilima o ugovornoj odgovornosti.

Ugovor o radu je u načelu *obligacija sredstava*. To znači da zaposleni ne odgovara za to što nije postigao konačni cilj, ukoliko je sve učinio po pravilima sruke i ugovora da ga postigne. Međutim, ukoliko je ugovor o radu u kombinaciji sa *ugovorom o delu*, onda se radi o *obligaciji rezultata*, te zaposleni, odnosno poslenik (na primer, izvođač građevinskih radova) je dužan da postigne konačan cilj, tj. da blagovremeno završi ugovorenu gradnju, inače odgovara za štetu zbog docnje. No, isto tako, ako je po sredi građevinsko preduzeće, ono odgovara za štetu zbog odstupanja od ugovorenog kvaliteta. U pogledu sigurnosti zaposlenih, kao ugovor sa

[101] V. Jožef *Salma*, Građanskopravni i trgovinski ugovori – Osnovna teorijska i metodološka pitanja njihove kodifikacije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2010, str. 37-64.

[102] V. čl. 18. i čl. 21. ZOO.

naknadom, ugovor o radu obavezuje kao obligacija rezultata koji uključuje odgovornost preduzeća, poslodavca i za profesionalnu bolest, u granicama ugovorene uplate socijalnog i zdravstvenog osiguranja.[103] Po odredbama nemačkog Građanskog zakonika predmet ugovora o radu (službi) može biti svaki rad ili služba, pri čemu je za obećanu službu (rad) poslodavac u obavezi da isplati ugovorenu zaradu (naknadu).[104] U nemačkom pravu u praksi se pokazala potreba za razlikovanjem ugovora o radu (službi) i ugovora o delu.[105] Dok je ugovor o radu orijentisan na rezultat službe, kod ugovora o delu poslenik obavezan na konačni rezultat rada.[106]

(2) Odgovornost sportista i sportskih organizacija[107]. Radi se o posebnom slučaju odgovornosti, jer od okolnosti slučaja, najčešće od uzročnosti, zavisi da li je po sredi deliktna ili ugovorna odgovornost, da li se radi o odgovornosti za svoje radnje ili za radnje drugog, i zatim da li je odgovornost zasnovana na krivici ili je ona objektivna, tj. nezavisna od krivice. Takođe, u zavisnosti od okolnosti, posebno uzročnosti, zavisi ko će biti pozvan na odgovornost. (a) *Kada je po sredi ugovorna odgovornost.* Ugovorna odgovornost sportista ili sportskih organizacija postoji kada je bilo jedna (organizacija), bilo druga (sportista) ugovorna strana povredila ugovorom preuzete obaveze, npr. sportska organizacija nije isplatila ugovorenu naknadu, ili kada sportista nije obavio sportsku dužnost (po pravilu ne rezultat, već potrebnu aktivnost, budući da se u principu radi o obligaciji sredstava - *obligation moiyen*-, a ne cilja – *obligation résulté* -)[108]. Od toga je odvojeno pitanje nagrade za postignuti ciljani ko-

---

[103] Upor. Contrat de travail, in: *Code civil*, 102e édition, Dalloz, Paris, 2003, str. 977. tač. 92. bis.

[104] V. §611 Nemačkog građanskog zakonika.

[105] V. par. 631-651. Nemačkog građanskog zakonika.

[106] V. na primer *Prütting-Wegen-Weinreich*, BGB Kommentar, op. cit., str. 1066, Dienstvertrag (ugovor o radu odn. službi), str. 1067, Werkvertrag (ugovor o delu). O odgovornosti zaposlenih prema poslodavcu v. par. 619 a BGB. V. autorove radove: József *Szalma*, A munkaszerződés köz- és magánjogi jellegzetességei, különös tekintettel az európai és magyar jogfejlődésre (Javnopravne i privatnopravne osobine ugovora o radu sa posebnim osvrtom na evoluciju u evropskom i mađarskom pravu), Publicationes Universitatis Miskolciensis, Sectio Juridica et Politica, Tomus XXI/2, Miskolc University Press, 2003, str. 724-776.; József *Szalma*, Tamás *Prugberger*, Arbeitsvertrag und Vertragsinstitute im öffentlichem Dienst, Pravni život, Beograd, br. 12/2007, tom 4. str. 721-739.

[107] Ova materija nije uređena važećim Zakonom o obligacionim odnosima. Obično građanski zakonici ili posebni zakoni uređuju ovu oblast kao poseban slučaj građanskopravne kontraktualne ili deliktne odgovornosti. U domaćoj literaturi ovom problematikom se bavio Dragan *Kostić* in: Odgovornost sportista i sportskih organizacija, disertacija, Institut za uporedno pravo, Beograd; *ibid,* Pravna priroda i osnov građanskopravne odgovornosti u sportu, Pravni život, br. 9-10/1992, str. 1323; *ibid*, Pojam opasne stvari, Savremena Administracija, Beograd, 1975, str. 42-46.

[108] Prema francuskom pravu, sportska organizacija prema gledaocima u pogledu njihove sigurnosti ima obligaciju sredstava u vremenu odvijanja sportske aktivnosti (npr.

načni rezultat. (b) *Kada je po sredi deliktna odgovornost.* Ukoliko je sportista povredio pravila o sportu i time naneo telesnu povredu, prouzrokovao smrt ili invaliditet drugom sportisti odgovoran je za tako nastalu štetu. U slučaju borilačkih sportova gde su česte povrede, polazi se od pretpostavke pristanka oštećenika koji je opšti razlog isključenja odgovornosti, ali se ta pretpostavka odnosi samo do granice poštovanja sportskih pravila. Ukoliko je došlo do izričite izjave o pristanku, ona je ništava ako se pristanak odnosi na tešku telesnu povredu (trajnog telesnog oštećenja), ugrožavanje života (izazivanje smrti). (v) *Kada je po sredi objektivna odgovornost*. Ukoliko je šteta nastala usled dejstva opasne stvari. neke opasne sportske sprave ili opasne sportske delatnosti (na primer, borilačko sportsko takmičenje), u načelu se primenjuju pravila o objektivnoj odgovornosti imaoca stvari ili vršioca te delatnosti. Ali ako je uzrok štete u nepravilnoj izradi sportskih sprava (na pimer otpadanje skija, lom pritke kod gimnastičkog razboja) za štetu odgovara proizvođač. Ukoliko je šteta potekla od nepravilnog postavljanja sportskih sprava (na primer, nedovoljnog pričvršćivanja, koša, gola i dr.) odgovara imalac, odnosno eventualno solidarno sa njim onaj koji je bio dužan da ove sprave postavi na stručan i bezbedan način. (g) *Subjektivna odgovornost* postoji onda kada šteta ne potiče od opasne sportske sprave ili opasne sportske delatnosti. (5) *Subjekti odgovornosti* zavise od toga na koga ukazuje uzročnost, tj. od toga usled čije radnje ili propuštanja je došlo do štete. Tako na primer, kod borilačkih sportova postoji obavezan lekarski pregled, pre ili tokom sportskog takmičenja. To može da bude propust sportske organizacije (u smislu da nije obezbedila takav pregled), ali može biti odgovoran i sportski lekar zbog pogrešne lekarske dijagnoze o mogućnosti nastavka daljeg takmičenja. Ukoliko je šteta nastala usled gibanja masa na bini, za štetu je u načelu primarno odgovoran organizator sportske manifestacije, zbog propusta potrebnog obezbeđenja. Ali ako je šteta nastala zbog toga što je deo publike izazvao nerede, za štetu su odgovorni oni koji su to učinili.

(3) Odgovornost organizatora turističkog putovanja. Odgovornost organizatora turističkog putovanja za sigurnost putnika u pogledu prevoza relevantnog za putovanje je obligacija sredstava. Što znači da organizator odgovara za štetu ako nije preduzeo sve što je potrebno za sigurnost putnika, u skladu sa profesionalnim pravilima.[109]

---

gimnastike). V. *Code civil*, 102e édition, Dalloz Paris, 2003, str. 974, komentar uz čl. 1174. Francuskog građanskog zakonika, tač. 72.

[109] Upor. *Organisation de voyages*, Civ. 1re, 29 mai 1990, Bull. Civ. I. No 128, in: *Code civil*, 102e édition, Dalloz Paris, 2003, str. 974., komentar uz čl. 1174. francuskog GZ, tač. 71.

(4) Odgovornost lekara odn. medicinskog osoblja. U suštini, odgovornost lekara je ugovorna odgovornost i u principu ima karakter obligacije sredstava. Lekar i medicinsko osoblje odgovara za štetu povodom neuspešnog lečenja, ako se nisu držali pravila profesije u pogledu dijagnostike i lečenja.[110]

(5) Odgovornost kod građevinske izgradnje. Izvođač građevinske izgradnje (kod nas se pogrešno naziva investitorom prema terminologiji Zakona o obligacionim odnosima) obavezan je da na osnovu projekta izgradi u ugovorenom roku i način izvrši naručenu građevinsku izgradnju (stana, stambene zgrade, poslovnog prostora i sl.) na određenom zemljištu, inače odgovara za svu štetu naručiocu. Naravno, naručilac je obavezan da za to isplati ugovorenu cenu.[111] Varijantom sa klauzulom „*ključ u ruke*", izvođač se obavezuje da pored izgradnje objekta realizuje sve obaveze neophodne da bi objekat bio podoban za namensku upotrebu.[112]

(6) Odgovornost za štete od proizvoda. Ova vrsta posebne odgovornosti (Produkthaftung) je izrasla iz odgovornosti za skrivene mane. Od potonjeg se razlikuje po tome što povlači odgovornost ne samo prodavca, već i proizvođača, naročito onda, ukoliko se pokaže da se uzrok štete nalazi u grešci u proizvodnji. Osim toga, ova je odgovornost specifična i u pogledu vrste štete. Radi se o ugrožavanju zdravlja i života, dakle, ne samo imovine. Po sredi je odgovornost proizvođača lekova, proizvođača stvari i postrojenja opasnih za ljudsko zdravlje. Kod lekova je obavezan uput o načinu upotrebe. Primarno je odgovoran onaj ko je stavio u promet stvari opasne po život i zdravlje građana, makar i na osnovu dozvolom administrativnih organa, ali je sekundarno i regresno odgovoran onaj koji je proizveo opasnu stvar. Veoma je značajna domaća ili međunarodna licenca i dozvola za upotrebu. Kao i objektivna, naučno i stručno zasnovana adminstrativna prethodna i naknadna kontrola kvaliteta proizvoda, saglasno evropskim zajedničkim pravilima.

(7) Odgovornost za nelojalnu reklamu i reklamu koja dovodi u zabludu potrošače. Evropske smernice zabranjuju nelojalnu reklamu proizvoda ili usluga. Reklamno pravo sadrži osnovno pravilo da reklama ne

---

[110] Upor. *Code civil*, 102e édition, Dalloz Paris, 2003, str. 974., komentar uz čl. 1174. francuskog GZ, str. 958., tač. 9. Za domaće pravo v. Jakov *Radišić*, Odgovornost medicinskih poslenika, Institut za uporedno pravo, Beograd; *ibid*, Lekar i pacijent kao ugovorni partneri, Pravni život, Beograd, br. 11-12/1993, str. 2027.; *ibid*, Odgovornost lekara i medicinskih ustanova zbog sekundarnih šteta, Pravni život, Beograd, br. 9/1996, str. 201.; *ibid*, Pravna priroda odgovornosti medicinskih poslenika i njihov odnos prema pacijentima, Pravni život, Beograd, br. 11-12/1993, str. 1759.

[111] V. čl. 630. ZOO.

[112] V. čl. 640. st. 1. ZOO.

sme da sadrži neistinite podatke, kao i pravilo da ne sme da bude „nelojalna“ prema drugom sličnom proizvodu i ne sme da dovede nejasnim porukama potrošače u zabludu oko stvarnih svojstava proizvoda. Odgovornost tereti onoga koji naručuje nelojalnu reklamu (reklamera).

Posebni slučajevi ugovorne odgovornosti kod teretnih ugovora

U posebne slučajeve ugovorne odgovornosti kod teretnih ugovora spadaju pitanje odgovornosti u slučaju (1) prigovora neizvršenja ugovora, (2) zaštite od pravnih i fizičkih nedostataka, (3) raskida ugovora zbog neispunjenja i (4) nemogućnost ispunjenja.

(1) Prigovor neizvršenja ugovora. Prigovor neizvršenja ugovora (*exceptio non adimpleti conractus*) je prigovor materijalnopravne prirode. Predstavlja sredstvo odbrane tuženog ugovornika-dužnika koji se sastoji u tome da tuženi dužnik iz dvostrano obaveznog ugovora ima pravo da se usprotivi tužbi radi ispunjenja, uz dokaz da pre tužbe ni sam tužilac nije ispunio svoju dospelu obavezu.[113] Ovo pravilo proističe iz *uzajamnosti* i *istovremenosti* obaveza iz dvostrano obaveznih ugovora. (*Zug um Zug Leistung*). U nemačkom pravu, bar u delu teorije je zastupljen stav da uspešan prigovor neizvršenja ima za rezultat *odbijanje* tužbenog zahteva tužioca.[114] No po našem pravu, osnovno procesno-pravno dejstvo prigovora neizvršenja ugovora je u *usvajanju* tužbenog zahteva tužioca, ako sud nađe da je tužba osnovana. Međutim, ukoliko tuženi dokaže da ni sam tužilac pre podnošenja tužbe nije bio spreman da izvrši svoju obave-

[113] V. čl. 122. i 123. ZOO. Prema čl. 122. st. 1. ZOO u dvostranim ugovorima nijedna strana nije dužna ispuniti svoju obavezu ako druga strana ne ispuni ili nije spremna da istovremeno ispuni svoju obavezu izuzev ako je što drugo ugovoreno ili zakonom određeno, ili ako što drugo proističe iz prirode posla.

[114] V. na primer u novijoj literaturi Silvia *Dullinger*, Bürgerliches Recht, Band II. Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. aktualisierte Auflage, Springer - New York, 2010, str. 30. tač. 2/43. (Ovaj princip je u reformisanom nemačkom BGB-u prihvaćen kod kupoprodaje i zakupa). V. ABGB, par. 1052. i par. 1062. Ali, princip vredi i za sve ostale sinalagmatične dvostrano obavezne ugovore. Po Dulingeru ukoliko tužilac, povodom prigovora neispunjenja odbije da izvrši svoju obavezu, sud će odbiti njegov tužbeni zahtev. (*Dullinger*, op. cit., str. 31, Randnummer 2/45). Inače, u *austrijskom* pravu exceptio non rite adimpleti contractus je zasnovan na par. 1052. ABGB, i proističe iz opšteg pravila o exceptio doli. V. *Gschnitzer*, Österreichisches Schuldrecht, Korrigierter Nachdruck, Springer Verlag, New York, 1991, str. 92.

Nemačko pravo, u par. 320. BGB-a određuje da obe ugovorne strane dvostrano obaveznog ugovora imaju pravo da odbiju zahtev za ispunjenje, ako druga strana nije spremna na izvršenje svoje obaveze. Prigovor neispunjenja se smatra podvrstom (retencionog) prava zadržavanja iz par. 273. BGB. Tako, na primer, kupac ima pravo da odbije plaćanje cene sve dotle dok prodavac nije obezbedio pravo svojine na kupljenoj stvari. (http://dejure.org/gesetye/BGB/320.html).

zu, pošto je pozvan na ispunjenje, sud će zahtev tužbe usvojiti uz uslov istovremenog ispunjenja tužiočeve obaveze. Ovakva presuda predstavlja perfektan izvršni naslov uz uslov da je pre pokretanja ili tokom izvršnog postupka tužilac ispunio svoju obavezu. Tuženi dužnik, zbog nesavesnosti tužioca, može dati i izjavu o raskidu ugovora. Stanovište o usvajanju zahteva tužioca uz uslov ispunjenja njegove obaveze prema tuženom je usvojeno i u dobrom delu uporedno-pravne doktrine. U nemačkoj doktrini (*Blomeyer*) u tom smislu, uspešan prigovor neizvršenja ima karakter odložnog (dilatornog) uslova.[115]

(2) Zaštita od fizičkih i pravnih nedostataka. Osnovna ideja ovih instituta je u tome da roba nema skrivene fizičke nedostatke koji umanjuju obećanu ekvivalentnu vrednost, odnosno da prenosilac obećava da nema starijeg obligacionog ili stvarnog prava na osnovu kojeg treće lice može da oduzme stvar sticaocu.[116]

(9) Raskid ugovora zbog neispunjenja. U pozitivnom pravu ovo je slučaj motivisanog raskida, tj. kada jedna strana izjavom o raskidu raskida dvostrano obavezan ugovor zato što je druga strana povredila ugovor. Davalac izjave o raskidu ima pravo na naknadu štete.[117]

(10) Nemogućnost ispunjenja. U doktrini su poznati različiti oblici nemogućnosti ispunjenja: početna, naknadna; uzrokovana ponašanjem druge strane ili trećeg lica, dejstva više sile ili slučaja; apsolutna i relativna nemogućnost. Početna nemogućnost podrazumeva nepostojanje ugovora, kada se u našem pravu, pod uticajem francuske doktrine, primenjuju analogna pravila o ništavosti (osim pravila o konverziji). Naknadna nemogućnost ne utiče na egzistenciju već na izvršenje ugovora. I početna i naknadna nemogućnost mogu biti pravna i faktička. Početna pravna nemogućnost je zapravo identična sa zabranjenim predmetom, te dovodi do ništavosti, budući da je jedan od uslova punovažnosti ugovora dopuštenost predmeta. Relativna nemogućnost postoji kada sam dužnik ne može da ispuni preuzetu obavezu, ali to može učiniti treće lice. Tada se izvrše-

---

[115] V. Jožef *Salma*, Obligaciono pravo, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2009. g. str. 417, i u fn. br.1336 navedenu domaću i inostranu literaturu.

[116] V. čl. 121 st. 1-3. ZOO, *materijalni nedostaci* kod kupovine, čl. 478-486: u pogledu odgovornosti za skrivene nedostatke, v. čl. 482. ZOO. Za *pravne nedostatke* kod kupovine, v. čl. 508-515. ZOO RS. Od fizičkih nedostataka se ima razlikovati *garancija za ispravno funkcionisanje tehničkih proizvoda* (v. čl. 501-507. ZOO). Kod potonjih se ne radi o skrivenom, već o funkcionalnom nedostatku. Prodavac, odnosno proizvođač kod garancije za ispravno funkcionisanje tehničkih proizvoda (na primer, pegla, automobil, kosilica za travu i dr.) garantuje na osnovu garantnog lista da tehnički proizvod odgovara nameni, tj. da funkcioniše. U suprotnom odgovara za štetu.

V. čl. 501-507. ZOO.

[117] V. čl. 124. ZOO.

nje može poveriti tom trećem licu na trošak ugovornika koji se našao u nemogućnosti. Apsolutna nemogućnost je slučaj kada ne samo dužnik već bilo ko drugi nije u mogućnosti da izvrši prestaciju. Nemogućnost može nastupiti i usled propasti stvari, i to usled više sile ili slučaja. Tada dužnik nije odgovoran ako je predmet obaveze individualno određena stvar. Ako su po sredi alternativne obaveze, pa je od dve obligacije propala jedna, dolazi do tzv. koncentracije obaveze. Složena obligacija postaje jednostavna, svodi se na preostalu obavezu. Ukoliko je propast stvari skrivljena, odgovara ona strana čijom radnjom ili propuštanjem je došlo do propasti.[118]

III
Zaključne napomene

Ugovorna odgovornost je značajna oblast tekuće reforme Zakona o obligacionim odnosima (2007-2009) koja je usmerena na pravnu harmonizaciju sa evropskim pravilima. U radu je učinjen pokušaj da se evolucija ugovorne odgovornosti analizira u svetlu kontinentalnih tradicionalnih kodeksa (Nemački građanski zakonik, Francuski građanski zakonik, Austrijski građanski zakonik, Švajcarski zakon o obligacijama i Mađarski građanski zakonik), kako u teoriji, tako i u praktičnoj primeni prava. Uzeti su u obzir i značajne reforme Zakona o obligacionim odnosima predložene u Prednacrtu novog zakona o obligacionim odnosima iz 2009. godine koje se delom odnose i na ugovornu odgovornost, u pogledu neispunjenja, neizvršenja, nepravilno ispunjenja i docnje. U radu je zauzet stav da pojam povrede ugovora nije dovoljan za sve slučajeve u kojima je opravdana ugovorna odgovornost, iako inkorporiše neizvršenje, nepravilno izvršenje i docnju. Ugovorna odgovornost, naime, sadrži i problematiku povrede ne samo ugovora već i imperativnih zakonskih propisa, kao što je to slučaj sa ništavim ugovorima koji su protivni javnom poretku, dobrim običajima i prinudnim propisima. U slučajevima rušljivosti ugovora (mana volje, kao što su zabluda, prevara i prinuda), sporno je da li odgovornost treba proširiti i na zabludu, kao slučaj nesvesne nesaglasnosti između volje i izjave. Nesporno je da se ugovorna odgovornost ima ustanoviti za slučaj bar jednostrane, a u svakom slučaju kod obostrane svesne nesaglasnosti između volje i izjave, kod prinude i prevare, čiji je nosilac nesavesni ugovornik. Raskid ugovora je poseban kompleks pitanja, pošto je on nekad motivisan povredom ugovora od strane druge ugovorne strane. On, zatim može biti jednostran, obostran, kao i sporazuman.

[118] Upor. čl. 137. i čl. 138. ZOO.

Posebna pravila su predviđena za raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti. U slučaju sporazumnog raskida strane se obično sporazumeju i o odgovornosti, tj. o odšteti. Ugovorna odgovornost, po tome što je ugovorno pravo vođeno načelom o autonomiji volje, ima tu osobinu da strane mogu unapred ugovoriti odštetu za slučaj povrede ugovora (kao što su klauzula o ugovornoj kazni, klauzula o penalu za zadocnjenje u isporuci proizvoda, klauzula o odustanici, klauzula o supsidijernom jemstvu i jemstvu plaćanja, klauzula „puno za prazno" kod alotmana, limitacija sume osiguranja kod ugovora o osiguranju, pravila opštih uslova poslovanja, i dr.). U radu je ukazano da ove i druge klauzule o odgovornosti u izvesnom smislu predstavljaju ugovornu limitaciju odštete za slučaj povrede ugovora, za razliku od deliktne odgovornosti gde, u principu, vlada načelo o potpunosti naknade.

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

Contractual Liability
– in European, Comparative and Serbian Law –

Abstract

Contractual liability is an important topic of the ongoing reform of the effective Serbian Law on Obligations (2007–2009), which aims to harmonize the national legislation in this field with the laws of the European Union.

In this paper the author analyzes the evolution of the traditional European civil codes (the German BGB, French Code civil, the Austrian ABGB the Swiss OR and the Hungarian Civil Code), with due attention to the doctrine and jurisprudence, taking into account the proposed reforms of the effective Serbian Law on Obligations concerning issues of contractual liability, such as the legal consequences of nonperformance, misperformance, default, etc.

The author is of the opinion that the notion of the breach of contract doesn't cover all the cases in which contractual liability arises, although it embraces nonperformance, misperformance and default. The notion of contractual liability, namely, covers not only the cases of breach of contract, but the infringement of public policy, good morals and mandatory rules, which all lead to the nullity of the contract. In cases of voidable contracts (that is in case of defects of contractual will, such as mistake, deceit and duress) it is questionable whether the scope of contractual liability should be extended to mistake, which is a case of nonconscious discrepancy between contractual will and its expression. It is undisputable that contractual liability arises in case of deceit and duress, to the burden of the party acting in bad faith.

The rescission of contract entails a separate complex of legal issues, since it may be justified by the other party's breach of the contract. It can also be one-sided, two-sided or by a mutual agreement. Furthermore, specific rules apply to rescission of contract due to changed circumstances.

In case of termination of a contract by mutual agreement, the parties usually agree on the extent of liability, that is on the extent of indemnification. Contractual liability is also specific that, according to the principle of parties' autonomy, the parties always may in advance agree on the extent of damages for the case of breach of contract, in a form of a clause on liquidated damages, forfeit money, suretyship for indemnification, the limitation of the sum insured in insurance contracts, clauses in the general conditions of business, etc. The author calls attention to the fact that these clauses in certain extent limit the scope of the indemnification for breach of a contract, according to which this liability differs from the liability for torts, where the principle of full indemnification applies as a rule.

Key words: contractual liability, divergences of contractual liability from the liability for torts

Originalni naučni rad 347.232.4

Dr Danica Popov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

KVALIFIKOVANA DRŽAVINA U FUNKCIJI STICANJA PRAVA SVOJINE ODRŽAJEM

Sažetak: *Održaj je originarni način sticanja prava svojine na osnovu kvalifikovane, uzukapione, državine koja je trajala zakonom određeno vreme. U slučaju održaja uzukapient, koji nije vlasnik, ali ima državinu stvari i prema njoj se ponaša kao da je vlasnik, istekom roka za održaj stiče pravo svojine, a vlasnik, koji svoje pravo nije vršio u tom roku gubi pravo svojine. Održaj ima za cilj da se prevaziđe nesklad između faktičkog i pravnog stanja na taj način što, držalac stvari, čija državina ima određene kvalitete protekom vremena utvrđenog zakonom, postaje njen vlasnik. U zavisnosti od stepena kvalifikovanosti državine potrebne za održaj, razlikuju se redovni i vanredni održaj. Za redovan održaj se zahteva državina koja je zakonita, svojinska, savesna i prava, i protek vremena od tri godine za pokretne stvari i deset godina za nepokretnosti. Vanredni održaj se odlikuje manjim stepenom kvalifikovanosti državine i dužim rokovima održaja. Državina treba da bude samo savesna, ali ne i zakonita. Što se tiče rokova, oni iznose, deset za pokretne stvari i dvadeset za nepokretnosti. Predmet rada je razmatranje državine podobne za održaj (zakonita, savesna i prava*).

Ključne reči: *održaj, kvalifikovana državina, redovan održaj, vanredan održaj, zakonita državina, savesna državina i prava državina.*

Održaj (*usucapio*) je jedan od originarnih načina sticanja prava svojine na osnovu državine koja ima određene kvalitete (uzukapiona državina) i koja je trajala zakonom utvrđeno vreme. „Vreme pretvara fakat u

pravo uz uslov da postoji volja sticaoca."[1] Održaj ima za posledicu da se faktička vlast, pretvara u pravnu, tj. da državina kao faktičko stanje, pod određenim uslovima prerasta u subjektivno pravo. Ako neko lice duže vremena drži stvar kao da je njen vlasnik, on će uz ispunjenje ostalih zakonskih uslova, zaista postati njen vlasnik. Isto tako, ako neko izvršava sadržaj nekog prava kao da mu ono pripada, i ukoliko su ispunjeni i ostali zakonski uslovi, održajem će postati titular tog prava. Cilj održaja je da se otkloni trajniji nesklad između državine i svojine, da se stabilizuje određeno stanje koje već duže vremena faktički postoji. Pretvaranje faktičkog stanja u pravno „je faktor pacifikacije odnosa u kojima postoje otvorena pitanja, čime se doprinosi ostvarenju važne društvene potrebe za stabilnošću i izvesnošću u pravnim odnosima".[2] Cilj održaja je, dakle višestruk, pored interesa sticaoca (uzukapienta) postoji opšti interes za pojednostavljenje i umirenje pravnog poretka. Povećava se stepen pravne sigurnosti u društvenim odnosima, i poverenje u pravni promet, jer se sticanjem prava svojine putem održaja, otklanja sumnja pripadaju li zaista stvari i prava onima koji ih imaju u državini.

Kvalifikovana državina (savesna i zakonita) uz odgovarajući protek vremena je jedan od bitnih uslova za sticanje prava svojine održajem. Prema ZOSPO (čl. 28.-stav 1-3), savestan i zakonit držalac pokretne stvari na kojoj drugi ima pravo svojine, stiče pravo svojine na toj stvari održajem protekom roka od tri godine. Savestan i zakoniti držalac nepokretne stvari na kojoj drugi ima pravo svojine, stiče pravo svojine na toj stvar održajem protekom deset godina.

Ukoliko je državina bila samo savesna, ali ne i zakonita, rokovi za održaj su duži jer je kvalifikovanost državine manja. Stoga, savestan držalac pokretne stvari na kojoj drugi ima pravo svojine, stiče pravo svojine na toj stvari održajem protekom deset godina, a ukoliko je u pitanju nepokretnost, rok za održaj iznosi dvadeset godina.

Održaj je supsidijarni način sticanja svojine. Pravila o održaju primenjuju se kada nije moguće sticanje od nevlasnika, jer dopuštaju sticanje svojine u većem broju slučajeva (širi je domen primene održaja od sticanja od nevlasnika).[3]

Održajem mogu da se stiču i neka prava pod pretpostavkom da su podobna za sticanje održajem. Nisu sva prava podobna za sticanje putem

---

[1] U predgovoru knjige Arsena Čubinskog: O zastarelosti u građanskom pravu, Beograd 1927, Živojin M Perić ističe misao autora monografije, da je kod održaja"činilac opet volja pojedinca, jer ako se onaj u korist koga se navršio održaj odn. zastarelost ne pozove na njih neće biti održaja ni zastarelosti", str. 7.

[2] O. Stanković, M. Orlić, Stvarno pravo, Beograd, 1996, str. 129.

[3] R.Kovačević,Kuštrimović, M Lazić, Stvarno pravo, Niš, 2006, str.147.

održaja i o tome je u pravnoj teoriji bilo različitih shvatanja od onih da se sva prava sa trajnim izvršenjem mogu steći održajem, pa sve do negiranja mogućnosti držanja i sticanja prava održajem. Prema članu 54. ZOSPO, održajem se može steći pravo stvarne službenosti, jer je stvarna službenost, državina prava. „Stvarna službenost stiče se održajem kada je vlasnik povlasnog dobra faktički ostvarivao službenost za vreme od 20 godina, a vlasnik poslužnog dobra se tome nije protivio". U nekim stranim pravima, ni sve vrste stvarnih službenosti nisu podobne za sticanje održajem nego samo one koje su vidljive[4], ili one koje su kontinuirane[5]. Naše pravo ne pravi nikakvu razliku između stvarnih službenosti u pogledu njihove podobnosti za sticanje održajem, jer su sve stvarne službenosti bez izuzetka podobne za sticanje održajem. „Stvarna službenost se ne može steći održajem ako je vršena zloupotrebom poverenja vlasnika ili držaoca poslužnog dobra, silom, prevarom ili ako je službenost ustupljena do opoziva" (član 54, stav 2. ZOSPO).

Da bi se održajem moglo steći pravo stvarne službenosti potrebno je da sticalac držalac tog prava, tj. da postoji stanje u kojem on za sebe faktički izvršava ovlašćenja koja čine sadržaj tog prava, kao da mu to pravo pripada. Njegova državina mora biti efektivna , jer naše pravo ne priznaje tabularnu državinu, pa ni tabularni održaj. Ne samo da je dozvoljeno kontratabularno sticanje stvarnih službenosti nego „titular stvarne službenosti stečene održajem koja nije upisana u zemljišnu knjigu može svoje pravo sa uspehom isticati i prema savesnom sticaocu prava vlasništva na poslužnom dobru".[6]

Sticaočeva državina treba neprekidno da traje čitavo vreme koje je potrebno za sticanje prava stvarne službenosti putem održaja. Sticalac treba da bude savestan i da državinu prava nije stekao, *vi, clam, precario.*

U zavisnosti od stepena kvalifikovanosti državine koja je neophodna, održaj može biti redovan i vanredan.

Ako je državina zakonita svojinska, savesna svojinska i prava, takav držalac ima državinu podobnu za redovan održaj. Prema ZOSPO, državina je zakonita, ako se zasniva na punovažnom pravnom osnovu koji je potreban za sticanje prava svojine. Za sticanje prava svojine redovnim održajem, nije dovoljno da je državina samo zakonita, nego ona mora istovremeno biti i svojinska. To znači da mora da se zasniva na punovažnom pravnom osnovu koji bi zajedno sa načinom sticanja (predajom po-

[4] Italijanski građanski zakonik, član 1061.

[5] Francuski građanski zakonik, član 690, 691.

[6] Zaključak (br.2, tačka3.) zauzet na Savetovanju građanskog i građansko-privrednog odelenja Saveznog suda, Vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina, (Bilten sudske prakse Saveznog suda, 25/1986, 44).

kretne stvari i upisom u katastar nepokretnosti nepokretnih stvari) doveo do prenosa prava svojine na držaoca da je njegov prethodnik bio vlasnik stvari.

Za vanredni održaj je karakteristično da se odlikuje manjom kvalifikovanošću državine ali dužim rokovima za održaj. Prema ZOSPO za vanredni održaj dovoljno je samo da državina bude savesna, zakonitost državine se ne zahteva. Za razliku od redovnog održaja savesnost se kod vanrednog održaja ceni drugačije, jer savestan je onaj držalac koji opravdano veruje da je vlasnik stvari, a zapravo nije. To znači da je držalac kod vanrednog održaja u dvostrukoj zabludi, pogrešno veruje da je njegov prethodnik bio vlasnik, kao i da postoji zakoniti osnov njegove državine iako on ne postoji.

Kvalifikovana državina

Svaka državina ima određene kvalitete koji određuju stepen njene usklađenosti sa pravnim poretkom. Državina objektivno ima ili nema valjan pravni osnov, objektivno jeste ili nije stečena na pravom dozvoljen način. Reč je o objektivnim kvalitetima državine koje ako postoje čine državinu zakonitom. U našem pravu pojam zakonitosti državine u sebi uključuje i to da, državina mora biti prava (nije stečena silom, prevarom ili zloupotrebom poverenja). Ovaj pojam zakonitosti koji se zahteva po našem pravu bi bila, zakonitost u širem smislu za razliku od zakonitosti u užem smislu koja podrazumeva samo zasnivanje državine na punovažnom pravnom osnovu. Pored ovih objektivnih kvaliteta (zakonitost i da državina bude prava), državina ima i subjektivni kvalitet (savesnost ili nesavesnosti). Ova klasifikacija državine na zakonitu i nezakonitu, savesnu i nesavesnu potiče još iz rimskog prava i poznaju je skoro sva savremena prava. U rimskom pravu je to bila: *possessio iusta i possessio iniusta,* odnosno, *possessio bone fidei* i *possessio male fidei*. Pravni poreci su s obzirom na kvalitete državine utvrdili i pravne posledice koje ona proizvodi. Pravne posledice mnogo zavise od kvaliteta državine iako svi kvaliteti nemaju isti značaj.

Zakonita državina

Zakonita državina u užem smislu je ona koja se zasniva na punovažnom pravnom osnovu za sticanje državine, a nezakonita ona koja je nastala bez pravnog osnova ili na pravnom osnovu koji nije punovažan, ili na pravnom osnovu koji nije podoban za sticanje onog prava koje se vrši. Pravni osnov (titulus) može se zasnivati na volji stranaka (pravni posao, testament), na odluci suda ili drugog državnog organa kao i direktno na

osnovu uslova utvrđenih zakonom. Da bi državina bila zakonita, potrebno ja da je, pravni osnov (titulus) punovažan, i da takav ostane sve vreme trajanja državine. Ukoliko se naknadno ustanovi da na primer ugovor nije bio valjan ili se sudska odluka preinači, izmeni zakon itd. ne može se govoriti o zakonitoj državini.

Da bi državina bila zakonita titulus mora objektivno postojati i biti pravno valjan. Titulus za koji neko samo smatra da postoji, tzv. putativni titulus, ne daje državini kvalitet zakonitosti. Ako se za titulus, makar i naknadno utvrdi da nije pravno valjan, ili otpadne, državina je nezakonita. Prestankom pravnog osnova i zakonita državina postaje nezakonita.[7]

Sam pravni osnov po sebi (titulus), nije dovoljan da bi se stekla zakonita državina, jer „punovažnim pravnim osnovom se samo dobija pravo na državinu neke stvari, a ne i sama državina".[8]

Državina zasnovana na pravnom osnovu koji je ništav je nezakonita. Ali ako je pravni osnov državine rušljiv, to neće uticati na njenu zakonitost, ako taj osnov na kome se zasniva ne bude poništen. Tek u slučaju poništenja rušljivog pravnog osnova i državina koja je na njemu zasnovana postaće nezakonita.

Prema Francuskom građanskom zakoniku, ako se pravo na poništaj rušljivog pravnog posla ostvari u propisanom roku onda državina nevlasnika ne može dovesti do redovnog održaja zato što je izgubila na svojoj kvalifikovanosti jer je postala nezakonita. Konvalidacijom rušljivog pravnog posla zakonita državina egzistira kao da rušljivosti nije bilo.[9] U francuskoj teoriji i praksi dominantno je gledište da tzv. deklarativni akti nisu podobni da državinu učine zakonitom u smislu potrebnog uslova za održaj (sudska presuda, deoba i sl.). Izuzetak predstavlja presuda kojom se stvar dosuđuje na javnoj dražbi, zato što se poistovećuje sa prodajom. Poravnanje takođe nije u načelu podobno da da državinu učini zakonitom sa gledišta održaja osim kada je ono ekvivalentno kupoprodaji ili trampi. [10]

Naslednikova državina je u pogledu zakonitosti ista kao i ostavioćeva. Ako je ostavilac bio nezakoniti držalac, i njegov naslednik je nezakonit. To je posledica pravila da naslednik stupa u istu poziciju u kojoj se nalazio ostavilac. Nasleđivanje se ne može smatrati samostalnim pravnim osnovom (*titulus pro herede*) za sticanje svojine održajem. [11]

---

[7] Č. Rajačić, Stvarno pravo, I dio, Zagreb, 1956. str.13.
[8] Austrijski građanski zakonik , par, 320.stav 1.
[9] Francuski građanski zakonik, čl. 2267.
[10] O. Stanković, M. Orlić, op. cit. str. 86.
[11] R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, op. cit. str.150.

Prava koja prihvataju rimsku konstrukciju državine, prema kojoj se državinom smatra samo ona faktička vlast koju držalac vrši kao da je vlasnik stvari, zakonitom smatraju samo onu državinu koja se zasniva na pravnom osnovu potrebnom za sticanje prava svojine. Germanska konstrukcija državine je šira, jer se državinom smatra svaka faktička vlast na stvari. Zakonita državina ona koja se zasniva na bilo kom pravnom osnovu koji ima za posledicu sticanje državine (ne samo pravni osnov za sticanje svojine).

Prema ZOSPO, „Državina je zakonita ako se zasniva na punovažnom pravnom osnovu koji je potreban za sticanje prava svojine, i ako nije pribavljena silom prevarom ili zloupotrebom poverenja“.[12]

Iako se prema ovom članu zakonitom državinom smatra ne samo ona koja se zasniva na punovažnom pravnom osnovu (zakonita državina u užem smislu) nego i istinita, ispravna, prava državina, (zakonita u širem smislu) mi ćemo se ovde ograničiti na razmatranje samo zakonite državine u užem smislu, a kasnije na zakonitu državinu u širem smislu (prava, istinita).

Definicija zakonite državine prema ZOSPO, je neadekvatna, jer uzima, da je punovažan samo onaj pravni osnov koji je podoban za sticanje prava svojine, a ne i ostalih stvarnih prava. Kada bi se ovo pravilo doslovno primenilo, državina, na primer, zakupca, zalogoprimca i sl. smatrala bi se nezakonitom iako se zasniva na punovažnom pravnom osnovu, (ugovoru o zakupu, zalozi i sl.) jer ovaj osnov nije podoban za sticanje prava svojine. Ovo rešenje odstupa od objektivne konstrukcije državine koja je prihvaćena u našem pravu i predstavlja ostatak napuštene subjektivne konstrukcije državine.

U Obrazloženju Zakona se kao razlog ovakvog definisanja navodilo: „Odredba člana 72. definiše zakonitu državinu, vrlo značajnu kod sticanja prava svojine održajem. Zakonita državina zasniva se na punovažnom pravnom osnovu koji je potreban za sticanje prava svojine, pod uslovom da nije pribavljena silom, prevarom ili zloupotrebom poverenja. Tako se u definiciji zakonite državine pojavljuje i neistinita državina. Ovo je urađeno zbog toga što je po predratnim pravnim pravilima sadržanim u Austrijskom građanskom zakoniku, uslov za sticanje svojine održajem bio da je državina zakonita, istinita i savesna“. U „Obrazloženju Zakona“ ipak ne stoji zbog čega se zakonita državina definiše kao zakonita i istinita jer Austrijskom građanskom zakoniku „državina stvari je zakonita kada počiva na punovažnom osnovu (*Titel)* to jest na nekom za pribavljanje pogodnom pravnom osnovu. U protivnom sluča-

[12] Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa, član 72. stav 1.

ju državina je nezakonita“,[13] dok se ne zahteva da ona istovremeno bude i istinita. Istinita odn. neistinita državina se posebno regulišu u § 345.

Iz definicije zakonite državine prema ZOSPO, može se zaključiti: a) da pojam zakonite državine obuhvata istovremeno zakonitu i pravu državinu; b) zakonita državina zasniva se na punovažnom pravnom osnovu za sticanje prava svojine, a ne i drugih stvarnih prava i c) pravno dejstvo zakonite državine posebno se ogleda kod sticanja prava svojine putem održaja, a ne i kod sticanja održajem drugih stvarnih prava.

Zakonska formulacija da je „državina zakonita ako se zasniva na punovažnom pravnom osnovu koji je potreban za sticanje prava svojine ukazuje na dve stvari: prvo, „ako se zasniva“ ukazuje da konkretan pravni osnov za sticanje prava svojine (pravni posao, nasleđivanje, odluka državnog organa i sticanje po samom zakonu) mora u vreme držanja, faktički, objektivno postojati, a ne da on postoji tek subjektivno, u uverenju držaoca da drži po nekom pravnom osnovu (*tituilus iuris*) koji u stvari ne postoji ne zasniva se na pravnom osnovu, jer tada postoji pravno irelevantan tzv. putativni titulus; i drugo, – navođenje da se zakonita državina mora zasnivati na „punovažnom pravnom osnovu“, ukazuje na potrebu da konkretan pravni osnov državine, bude punovažan tokom čitavog držanja, a ne da u razdoblju držanja, u početku državina bude punovažna, a naknadno nepunovažna (npr. odluka državnog organa naknadno bude ukinuta), jer se do tada zakonita državina pretvara u nezakonitu (*possessio non iusta).*[14]

Prema našoj sudskoj praksi, „državina se smatra zakonitom, ako je zasnovana na pismenom neoverenom kupoprodajnom ugovoru, ukoliko postoje uslovi za konvalidaciju“.[15]

Razlikovanje zakonite od nezakonite državine je od posebnog značaja jer se: a) zakonita državina zahteva kao jedan od uslova za sticanje stvarnih prava, na primer, za sticanje prava svojine, potrebno je pored pravnog osnova (titulusa) i da se izvrši predaja stvari u državinu; b) zakonita državina je jedan od elemenata potrebnih za sticanje prava svojine redovnim održajem, a vreme održaja je kraće; v) zakonita državina je jedan od uslova za podizanje petitorne tužbe, *actio Publiciana* (tužba iz pretpostavljenog prava svojine), jer je podiže, „lice koje je pribavilo individualno određenu stvar po pravnom osnovu i na zakonit način, a nije znalo niti je moglo znati da nije postalo vlasnik (pretpostavljeni vlasnik)“[16].

---

[13] Austrijski građanski zakonik, § 316.

[14] B. Vizner, op. cit. str. 475.

[15] Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev, 3168/97, od 10.septembra 1997, Zbirka sudskih odluka, knjiga 22, sveska I za 1997.

[16] Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, član 41.

Van navedenih slučajeva sticanja prava svojine putem održaja (član 28) i prava na petitornu tužbu *actio Publiciana* (član 41) ZOSPO, pri regulisanju sticanja prava svojine (članovi, 20–36) ne navodi da je potrebna zakonita državina nego samo savesna državina (čl. 22–27).

U nekim slučajevima svojstvo zakonite državine ne predstavlja posebnu pogodnost za držaoca u odnosu na nezakonitu. Na primer, državina uživa pravnu zaštitu bez obzira na to da li je zakonita ili nezakonita, pravo stvarne službenosti stiče se održajem kako na osnovu zakonite tako i na osnovu nezakonite državine.

Prava državina

Prava državina, je ona koja nije pribavljena silom (*vi*), prevarom (*clam*) ili zloupotrebom poverenja (*precario*), u suprotnom državina je manljiva (*possessio vitiosa*).

Termin istinita, za pravu i neistinita za manljivu državina potiče iz Austrijskog građanskog zakonika (§ 345–347), dok Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, manljivu, neistinitu državinu naziva samovoljnom držinom.

Državina je stečena silom (*vi*), kada je stečena samovoljnim, prinudnim uspostavljanjem faktičke vlasti na tuđoj stvari protiv dotadašnjeg držaoca upotrebom fizičke (neposredne ili posredne)- *vis apsoluta*, ili psihičke (nedopuštena pretnja)-*vis compulsiva,* sile. Državina je stečena fizičkom silom kada je nasilna radnja bila neposredno usmerena protiv dotadašnjeg držaoca. Državina je manljiva i kada je stečena silom koja je neposredno usmerena na stvar, a posredstvom te stvari na samog držaoca (na primer, neko upotrebljava stvar za sebe, koja je do tada bila u državini drugog lica). Sa fizičkom silom izjednačava se i nedopuštena pretnja, ako je ona bila takvog intenziteta da je izazvala opravdan strah kod ranijeg držaoca usled čega on nije mogao da se usprotivi uspostavljanju faktičke vlasti drugog lica na svojoj stvari. Strah je opravdan kada je takvog intenziteta da izaziva ozbiljnu opasnost kojom se ugrožava život, zdravlje, ili imovina držaoca ili njemu bliskih lica. Državina će biti manljiva i kada je neko stekao državinu koristeći pretnju koju je kod držaoca izazvalo treće lice. Nedopuštenu pretnju u slučaju pribavljanja državine trebalo bi utvrđivati analogno pretnji kod zaključivanja pravnih poslova koja je regulisana Zakonom o obligacionim odnosima (član 60).

Državina stečena prevarom (*clam*) je ona do koje se došlo izazivanjem ili održavanjem u zabludi dotadašnjeg držaoca, sa namerom da se na njegovoj stvari stekne državina. Austrijski građanski zakonik umesto „prevarom“ koristi termin „potajno“ pod kojim se podrazumeva sticanje

državine bez znanja dotadašnjeg držaoca (na primer krađom). Iako se u ZOSPO, u članu 72, stav 1, upotrebljava naziv prevara, na drugom mestu Zakona, u članu 78,stav 2, umesto prevara, stoji potajno. Možda je termin potajno bolji jer obuhvata i sticanje državine krađom koja se ne može podvesti pod pojam prevare. Imajući u vidu da ZOSPO,ni u jednom članu ne spominje da se državina može steći krađom čini se da je i u članu 72, stav 1, trebalo da umesto „prevarom", stoji „potajno".

Državina je stečena zloupotrebom poverenja (*precario*), kada neko nastoji samovlasno da pretvori u trajno pravo ili trajno stanje, ono što mu je dato samo na korišćenje, do isteka roka ili do opoziva. «Prekarijum je ugovor po kojem je jedna strana prepustila drugoj neku stvar na besplatnu upotrebu do opoziva, ili do isteka roka».[17]

Prema Austrijskom građanskom zakoniku, državina je stečena molbom, na izmoljen način, ako neko, „i ono što mu se od drage volje dopušta, bez primanja trajne obaveze na sebe da se to i dalje čini, pokušava da pretvori u trajno pravo".[18]

Nemački građanski zakonik ne sadrži odredbe koje se odnose na pravu i manljivu državinu, ali se u pravu uzima da je manljiva državina ona koja je stečena na samovlasan način (*fehlerhaft*), tj. putem zabranjenog samovlašća (*verbotene Eigenmacht*).[19]

Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, manljivu državinu definiše na sledeći način: „Samovoljnom nazivlje zakon onu držinu koja je dobivena nasiljem, krišom ili kakvim prijevarnim uzećem ili zadržajem".[20]

U rimskom pravu viciozna državina je: *„Possessio qui a me vi aut clam aut precario possederit*". Za razliku od prekarističke državine, rimsko pravo je poznavalo i tzv. *precarium,* koji je u početku imao značenje samo faktičkog odnosa, da bi kasnije postao neimenovani obligacioni ugovor: „*Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quimdiu is qui concessit partitur*"– prakarijum je ono što se daje na njegovu molbu na korišćenje dotle dok to onaj ko je dao dopušta.

Sticanje državine zloupotrebom poverenja, karakteriše to da je držaocu stvar u izvesnom smislu bila poverena tako da je njegov položaj u pogledu nje bio ograničen nečijom „višom" vlašću, i da je on tu tuđu, višu, vlast jedno vreme u početku priznavao barem prividno, a kasnije je svoj položaj, protivpravnim samovlasnim aktom poboljšao na uštrb položaja

[17] M. Vedriš, Osnove imovinskog prava, "Informator", Zagreb, 1976. str. 115.
[18] Austrijski građanski zakonik, § 345.
[19] J.Hedemann, Sachenrecht des Burgerlichen Gesetzbuches, 3 auflage, Berlin, 1960. str. 42.
[20] Opšti imovinski Zakonik za Crnu Goru, član 818, stav 1.

„višeg“ držaoca. Na primer, stvar je stečena zloupotrebom poverenja, ako je neko dobio stvar u neposrednu državinu na osnovu ugovora o zakupu, pa je po proteku ugovorenog roka odbije da vrati zakupodavcu, ili se još za vreme trajanja ugovorenog roka zakupa ponašao kao da negira pravo zakupodavca.[21]

Pojmovi zakonite i prave državine se ne podudaraju. Državina može biti zakonita, ali manljiva (na primer, kupac silom oduzme stvar koja se nalazi u državini prodavca, a stekao je na osnovu punovažnog ugovora o prodaji).

U našoj pravnoj teoriji postoje mišljenja da je pored razlikovanja zakonite i savesne državine, razlikovanje prave od manljive državine suvišno, jer kvalitet manljive državine ionako ulazi u pojam nesavesnosti.„Posjed stečen *vi, clam* ili *precario* ujedno je i nepošten. Prema tome između neistinitosti i nezakonitosti postoji kvalitativna razlika, a između neistinitosti i nepoštenja samo kvantitativna razlika“. [22]

Značaj podele na pravu (istinitu), i manljivu (vicioznu) državinu je od višestrukog značaja, i dolazi naročito do izražaja kod državinske zaštite. Iako se državinska zaštita pruža svakom držaocu stvari i prava od uznemiravanja ili oduzimanja državine (član 75. ZOSPO) ipak manljiva državina, uživa samo relativnu državinsku zaštitu. Prema ZOSPO član 78, stav 2 „I držalac koji je državinu stekao silom, potajno ili zloupotrebom poverenja ima pravo na zaštitu, osim prema licu, od koga je na takav način došao do državine, ako od nastalog smetanja nisu protekli rokovi iz člana 77. ovog zakona“[23].

Kvalitet prave državine dolazi do izražaja i u slučaju zaštite prava svojine putem *actio Publiciana*, pošto se za ovu tužbu između ostalog zahteva i pretpostavka da je tužilac „individualno određenu stvar pribavio po pravnom osnovu i na zakonit način“ (član 41 ZOSPO). Za razliku od pravog držaoca manljivom držaocu, pod uslovom da ispunjava i ostale uslove za sticanje prava svojine održajem, potrebno je da stvar drži duže vreme. Manljivi držalac uopšte ne može održajem steći pravo stvarne službenosti.

Iako u ZOSPO nije predviđen, naša sudska praksa i pravna teorija stoje na stanovištu da manljiva državina postoji i na strani univerzalnih i singularnih sukcesora koji su u vreme sticanja državine znali ili mogli znati da je državina njihovih prethodnika bila manljiva. Prema D. Stojanoviću, „manlji-

[21] N. Gavela, Posjed stvari i prava, op. cit. str. 84.

[22] M. Vuković, Pravila građanskih zakonika, Zagreb, 1961. str. 108.

[23] Prema članu 77, rokovi u kojima se može zahtevati sudska zaštita od uznemiravanja odn. oduzimanja državine su 30 dana od dana saznanja za smetanje i učinioca, a najkasnije u roku od godinu dana od nastalog smetanja.

vost državine postoji i kod univerzalnog sukcesora manljivog držaoca kao i kod singularnog sukcesora, koji je pri sticanju državine znao ili morao znati za manljivost državine svog prethodnika".[24]

Sporno je da li državina koja nije prava može dovesti do sticanja prava svojine vanrednim održajem pod uslovom da ostale pretpostavke postoje. Većina pravnih pisaca zastupa stanovište da izostanak prave državine ne može dovesti u pitanje sticanje prava svojine vanrednim održajem, ako je ona savesna i svojinska. Čini se da zahtevima morala više odgovara rešenje po kome manljiva državina ne može dovesti do sticanja prava svojine održajem, jer je državina stečena na način koji pravni poredak ne odobrava (otimanjem tuđe stvari, pribavljanjem uz pretnju uzimanjem stvari a da držalac to ne zna, u potaji, odbijanjem da se vrati ono što je primljeno samo do opoziva ili do isteka roka itd.). Ne može se manljiv držalac poistovetiti sa onim držaocem koji to nije. Manljiva državina ne može dovesti do sticanja prava svojine redovnim održajem, pa nema razloga da se to dopusti u slučaju vanrednog održaja, jer je stečena na način koji pravni poredak ne dopušta.[25] Na primer, Francuski građanski zakonik, za apsolutni održaj zahteva da je državina prava, bez obzira što ne mora biti ni zakonita ni savesna (čl. 2262). Za razliku od francuskog po Nemačkom građanskom zakoniku kada je u pitanju nepokretnost, dovoljno je da je uzukapijent upisan u zemljišne knjige i da ima efektivnu državinu, a ne traži se da državina bude prava (par. 900).

Savesna državina

Prema ZOSPO, „državina je savesna ako držalac ne zna ili ne može znati da stvar koju drži nije njegova" (član 72, stav 2). Kvalitet savesnosti procenjuje se prema subjektivnom uverenju držaoca (*bona fides)* da li mu je poznato ili je prema postojećim okolnostima moglo biti poznato da stvar koju drži nije njegova odn. da pripada nekom drugom. Kao u slučaju definisanja zakonite državine zakonodavac je i u definiciji savesne načinio isti propust jer se priklonio subjektivnoj konstrukciji državine i subjektivno uverenje držaoca (znao ili mogao znati) vezuje za svojinsku državinu (da stvar koju drži nije njegova). Kada bi se ova definicija savesne državine bukvalno tumačila nijedan nesamostalni držalac stvari ne bi bio savestan jer zna da stvar koju drži nije njegova. Isto važi i za savesnost držaoca prava stvarne službenosti, jer i on zna da poslužno dobro, čiji je on držalac prava upotrebe, nije njegovo. Imajući u vidu da je ZOSPO, ra-

[24] D. Stojanović, Stvarno pravo, op. cit. str. 27; isto i Nemački građanski zakonik, § 859. i Grčki građanski zakonik, član 984.

[25] Z.Rašović, Stvarno pravo, Podgorica 2002, str. 160.

đen po uzoru na germansku, objektivnu konstrukciju državine, ovaj bi se kvalitet državine trebao tumačiti šire, tako da se ne odnosi samo na svojinskog držaoca, nego na bilo kog držaoca. Zato bi definicija savesne državine više odgovarala duhu Zakona kada bi glasila „državina je savesna ako držalac ne zna ili ne može znati da nema pravo na stvar koju drži". Savestan je onaj držalac koji veruje u pravni osnov svoje državine tj. opravdano smatra da je i titular prava čiju sadržinu faktički vrši. Savesni držalac nije svestan da se njegova faktička vlast razilazi od pravnog stanja. Ta njegova zabluda o svom sopstvenom pravu mora biti objektivna, tj. takva da on prema normalnim okolnostima nije morao da sumnja da nije stekao pravo koje faktički vrši".[26]

Za pojam savesnosti nije dovoljna činjenica da je držalac u izvinjavajućoj, opravdanoj, zabludi o pravu čiju sadržinu vrši, nego se zahteva da nije ni mogao ni morao prema objektivnim prilikama i okolnostima posumnjati da nije titular prava čiju faktičku vlast vrši. „Pošto je savesnost jedno unutrašnje duševno stanje, ono se teško može ustanoviti. To je, u stvari jedan društveni standard, i uzima se da postoji savesnost ako je taj standard ispunjen, i obrnuto, uzima se da ne postoji ako nije ispunjen".[27]

Sličnu definiciju savesne i nesavesne državine kao i ZOSPO, sadrži Austrijski građanski zakonik. „Ko iz verovatnih osnova stvar koju drži smatra za svoju jeste pošten (savestan) držalac. Nepošten (nesavestan) držalac je onaj koji zna ili koji iz okolnosti mora pretpostavljati da stvar koju on drži, drugome pripada".[28]

Nemački građanski zakonik, takođe na negativan način definiše pojam savesnosti. „Sticalac nije savestan kada mu je poznato, ili mu usled grube nepažnje nije poznato da stvar ne pripada otuđiocu (§ 932.stav 2). Neki građanski zakonici ne prave razliku između savesne i zakonite državine, nego ih poistovećuju. Prema Građanskom zakoniku Italije (član 1147), „savestan je onaj držalac koji drži stvar ne znajući da time vređa pravo drugoga, ali pod uslovom da ovo neznanje nije posledica grube nepažnje". Kod Francuskog građanskog zakonika je to nerazlikovanje zakonite i savesne državine drastičnije izraženo. Prema članu 550„Držalac je savestan kada drži stvar kao vlasnik, na osnovu kojim se prenosi svojina, ali čije mane on ne zna".

Savestan je držalac onaj koji ne zna da mu ne pripada pravo na državinu (na primer, drži stvar verujući da na to ima pravo jer je sa njenim vlasnikom zaključio ugovor o zakupu, povodom kojeg mu je stvar predata u

[26] D. Stojanović, Stvarno pravo, op. cit. str. 27.
[27] A. Gams, Stvarno pravo, op. cit.str.241.
[28] Austrijski građanski zakonik, par 326.

državinu, a ne zna da je taj ugovor iz nekog razloga ništav, i da stoga nije ni nastalo njegovo pravo zakupa). Da bi držalac bio savestan potrebno je da njegovo neznanje da mu pravo na državinu ne pripada bude opravdano. Ono je opravdano ako je držalac prilikom sticanja državine, postupao sa dužnom pažnjom koja se uobičajeno zahteva u konkretnim okolnostima.

„U situaciji kada se posjed ne podudara sa pravom na posjed, savestan je posjednik onaj koji ne zna niti bi iz okolnosti trebao znati da mu ne pripada pravo da posjeduje, odnosno da posjeduje sa onim sadržajem s kojim posjeduje. A trebao bi to znati kad god bi to mogao saznati da je postupao sa onolikom pažnjom s kojom bi postupala svaka druga osoba na njegovom mjestu. Naprotiv, nesavjestan je onaj koji zna ili bi iz okolnosti mogao znati da mu ne pripada pravo na taj posjed".[29]

Savesnost državine pravnog lica, ceni se prema savesnosti njegovih organa, tj. prema savesnosti onih fizičkih lica preko kojih pravno lice realizuje svoju poslovnu sposobnost (zastupnici pravnog lica). Ako se državina pribavlja putem zakonskog zastupnika, savesnost se ceni prema savesnosti zastupnika, a ne zastupanog. Nacrt zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima SR Srbije, pravi razliku između zastupanja poslovno nesposobnog lica sposobnog za rasuđivanje i onog koji nije sposoban za rasuđivanje. U prvom slučaju državina poslovno nesposobnog lica, nesposobnog za rasuđivanje je savesna, ako je savestan njegov zastupnik. Ako je poslovno nesposobno lice sposobno za rasuđivanje, njegova državina je savesna, kada su savesni i to lice i njegov zakonski zastupnik.[30] Za državinu koja se stiče preko punomoćnika (ugovorno zastupništvo) potrebno je da budu savesni kako vlastodavac tako i punomoćnik. Ima mišljenja da je u oba slučaja i kod zakonskog i kod ugovornog zastupništva, za sticanje državine, potrebna savesnost kako zastupanog tako i zastupnika.[31]

Za redovan održaj se zahteva da državina bude savesna i svojinska. To znači da držalac koji nije vlasnik ne zna niti može znati da stvar koju drži nije njegova. Savesna izvedena državina (ona koja postoji u slučaju kada držalac ne zna ili ne može znati da nije imalac drugog stvarnog ili obligacionog prava čiju sadržinu vrši)nikada ne može dovesti do održaja. Izvedena državina može dovesti do sticanja drugih stvarnih prava užih od prava svojine. Na primer, onaj ko ima osnov za plodouživanje može održajem steći pravo plodouživanja ali ne i pravo svojine.

---

[29] N. Gavela, Posjed stvari i prava, op. cit. str. 85.

[30] Nacrt zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima, SR Srbije, iz novembra 1989. član 221.

[31] A. Ehrenzweig, System des ostereichischen allgemeinen Privatrechts, Bd.I Sachenrecht, Wien, 1957, str. 214, u našoj literaturi, A. Gams, Osnovi stvarnog prava, Beograd, 1968, str. 241.

Za vanredan održaj dovoljno je samo da državina bude savesna. Savesnost se u ovom slučaju razlikuje od savesnosti koja se zahteva kod redovnog održaja. Ona se u slučaju vanrednog održaja tumači šire jer je savestan onaj držalac koji opravdano veruje da je vlasnik. Prema tome on se nalazi u dvostrukoj zabludi, najpre, pogrešno veruje da je prethodnik vlasnik, a s druge strane, pogrešno veruje da postoji zakoniti osnov njegove državine.

Kod vanrednog održaja potrebno je da držalac opravdano ne zna za onu okolnost, ili okolnosti, zbog koje je izostalo sticanje svojine.[32]

Savesnost državine se pretpostavlja.[33] Držalac je savestan sve dok se suprotno ne dokaže. Ova oboriva pravna pretpostavka o savesnosti državine teret dokazivanja savesnosti državine prebacuje na tužioca koji treba da dokaže da je državina tuženog nesavesna. Pretpostavku o savesnosti državine sadrže i Austrijski građanski zakonik (§ 328), Italijanski građanski zakonik (član 1147) kao i naši predratni zakonici, Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju iz 1844, (§ 223), Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru iz 1888, (član 816.stav 2).

Državina postaje savesna ako je u trenutku sticanja držalac bio savestan, a nesavesna ako je držalac u momentu sticanja znao ili morao znati da nema pravo na državinu. U ovom drugom slučaju, imajući u vidu, pretpostavku o savesnosti državine, na onom ko ima pravni interes, je teret dokazivanja nesavesnosti.

Savesnost držaoca treba da postoji ne samo u vreme sticanja državine nego tokom čitavog vremena državine („*mala fides superveniens nocet*"-naknadna nesavesnost državine škodi). Rimsko pravo imalo je drugačije shvatanje u odnosu na savremena, kada je u pitanju naknadna nesavesnost držaoca, dotadašnjeg savesnog držaoca. Naknadna nesavesnost ne čini nesavesnim državinu koja je bila savesno stečena („*mala fides superveniens non nocet"*). Pooštravanje savesnosti i zahtev da ona postoji za sve vreme održaja potiče od kanonista. Pod njihovim uticajem je Inosens III postavio načelo:»*Unde oportet et qui praescribit in nulla temporis parte rei habet conscienciam alinae*»,iz čega je nastalo pravilo «*Mala fides superveniens nocet.*» Ovo pravilo je kasnije inkorporisano u neke građanske zakonike kao što su srpski, nemački itd. Savesnost za sve vreme državine je značajno u slučaju sticanja prava svojine putem održaja. Prema ZOSPO se zahteva da savesna državina kao uslov za sticanje prava svojine održajem (vanredni održaj), treba da postoji sve vreme koje je za-

[32] Z Rašović, Stvarno pravo, Podgorica 2002. str. 159.
[33] ZOSPO, član 72 stav 3.

konom određeno jer „vreme počinje teći onog dana kada je držalac stupio u državinu stvari, a završava se istekom poslednjeg dana vremena potrebnog za održaj“.[34]

Držalac je savestan ako se dokaže da je bio savestan u momentu sticanja državine i u momentu isteka roka za održaj. U međuvremenu se pretpostavlja njegova savesnost a ko tvrdi suprotno mora to i da dokaže.

Savesnost se ne procenjuje jednako prilikom sticanja državine i tokom proteka roka na koje držalac drži stvar. Savesnost se ceni po jednom strožem kriterijumu u vreme sticanja državine, a po drugom, blažem kriterijumu kasnije, dok teče vreme potrebno za održaj.[35] U vreme sticanja državaine držalac je nesavestan ako je znao ili je prema prilikama morao znati, pri čemu je ovo njegovo pogrešno verovanje posledica grube nepažnje (*culpa lata)*. Pogrešno verovanje da je prethodni držalac vlasnik ne čini ga nesavesnim ako je posledica obične nepažnje (*culpa levis*). Zato će savesna državina postati nesavesna ako držalac zaista sazna da nema pravo na državinu, a ne i ako je samo bio u prilici da to sazna. „Od držaoca se ne može zahtevati da kasnije, dok teče zakonski rok za održaj, stalno proverava da li je stvar stekao od vlasnika, te da li je sledstveno tome i sam postao vlasnik. Posledica toga je da ga propuštanje mogućnosti da sazna da je prethodnik bio nevlasnik ne čini nesavesnim, bilo da je to propuštanje posledica obične ili grube nepažnje; držalac postaje nesavestan tek ako stvarno sazna da je stvar nabavio od nevlasnika“.[36]

ZOSPO predviđa još jedan slučaj kada savestan držalac postaje nesavestan. To je slučaj kada mu je dostavljena tužba kojom drugo lice osporava njegovo pravo na državinu stvari i zahteva da mu se stvar vrati. Od trenutka dostavljanja tužbe savestan držalac postaje nesavestan, ali vlasnik može dokazivati da je savestan držalac postao nesavestan i pre dostavljanja tužbe.[37] Od trenutka kada mu je tužba dostavljena držalac se smatra nesavesnim pod uslovom da tužbeni zahtev na predaju stvari tužioca bude usvojen. Ako sud odbije tužbu, ili ne udovolji tužbenom zahtevu kao i kada tužilac odustane od tužbenog zahteva, tada dostavljanje tužbe držaocu ne utiče na savesnost njegove državine. Ovu zakonsku odredbu da je samo „vlasnik ovlašćen da dokazuje da je savestan držalac postao nesavestan pre dostavljanja tužbe“ treba šire tumačiti, i to pravo dozvoliti i nekom drugom titularu stvarnog prava. Na primer, držalac stvari kao zakupac može biti savestan, ali njegovu nesavestnost može do-

[34] ZOSPO, član 30, stav 1.
[35] Č. Rajačić, Stvarno pravo, op. cit. str.176.
[36] O. Stanković, M. Orlić, Stvarno pravo, op. cit.str.133.
[37] ZOSPO, član 39.stav 7.

kazivati ne samo vlasnik, nego i plodouživalac jer upravo on ima interesa imajući u vidu da plodovi pripadaju savesnom držaocu. Bilo bi suprotno pravnoj prirodi tih odnosa ako bi se ustvrdilo da u takvom slučaju pravo dokazivanja nesavesnosti neposrednog držaoca ne pripada plodouživaocu nego samo vlasniku. Vlasnik u takvom slučaju nema interesa da dokazuje nesavestnost držaoca jer plodovi svakako ne pripadaju njemu, nego ili neposrednom držaocu (ako je bio savestan) ili plodouživaocu (ako neposredni držalac nije bio savestan).[38]

Kvalitet savesnosti ne podudara se sa kvalitetom zakonitosti državine. Državina može biti zakonita, a nesavesna i obrnuto nezakonita, a savesna.Na primer, onaj ko kupi stvar od lopova ima zakonitu državinu jer se ona zasniva na punovažnom pravnom osnovu – ugovoru o prodaji, a nesavesna ako zna ili prema prilikama može da zna da kupuje stvar od lopova, ako ne zna niti je mogao znati da kupuje od lopova, onda je njegova državina ne samo zakonita nego i savesna. Nezakonita, a savesna državina postoji u slučaju kada, na primer, držalac primi stvar na čuvanje, ali opravdano veruje (izvinjavajuća zabluda), da mu je stvar poklonjena; ili držalac stekne stvar od naslednika koji je tu stvar utajio, a držalac, ne zna za ovu činjenicu.

[38] N. Gavela, Posjed stvari i prava, op.cit. str.87.

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

The Qualified Possession Turn Into Ownership

Abstract

Possession is prima facie evidence of ownership. Possession is ninetents of the law, means that possession is good against all other, except the true owner. The possession ripens into ownership if it is qualified and by effluxion of time. In Serbian law there are two kinds of adverse possession ripens into ownership. The first one is named ordinary and second one extraordinary adverse possession. Ordinary possession need to be legal, conscientious and genuine. Extraordinary possession is only conscientious, but in a wide sense. Adverse possession destroys the title of the owner and vests it in possessor. An occupation of land inconsistent with the right of the true owner: the possession of those against whom a right action has accured to the true owner. It is actual possession in the absence of possession by the rightful owner and without lawful title. If the adverse possession continues, the effect at the expiration of the prescribed period is that not only the remedy but the title of former owner is extinguished. The person in adverse possession gains a new possessory title which cannot, normally exceed in extent of duration the interest of the former owner.

Key words: possession, qualified possession, ordinary possession, extraordinary possession, legal possession, conscientious possession, genuine possession

Originalni naučni rad 351.75:373

Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Mr Svetlana Stanarević, asistent
Fakulteta bezbednosti Beograd

MODELI OSTVARIVANJA BEZBEDNOSTI U ŠKOLAMA U REPUBLICI SRBIJI[1]

Sažetak: *Ovaj rad predstavlja naučno-stručnu analizu prikupljenih podataka o projektima i programima koji su se bavili bezbednošću učenika i bezbednošću škole uopšte i to u periodu od 2000. godine do danas, a koje su finansirale i podržale dve ključne institucije koje se bave mladima. To su pre svih Ministarstvo prosvete, a zatim i Ministarstvo za omladinu i sport, koje je posle donošenja Nacionalne strategije za mlade (2008) podržalo mnoge projekte koji se bave problemima mladih.*

Tekst je rađen i s namerom da se izdvoje ključni elementi za predstavljanje i analizu projekata i programa koji su realizovani ili čija realizacija i dalje traje širom Republike Srbije, a zatim da se da kritična ocena svakog od njih kako bi se na kraju došlo do optimalnog modela i programa zaštite bezbednosti škola u Republici Srbiji što i jeste cilj projekta.

Kao prvo, navedeni su kriterijumi koji su poslužili odabiru projekata koji će ući u polje analize i predstavljanja, a zatim i kriterijumi ili parametri po kojima ćemo oceniti pozitivne i negativne strane svakog od njih.

Tekst koji sledi deo je realizacije projekta Fakulteta bezbednosti koje finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije pod nazivom „Bezbednost i zaštita organizovanja i funkcionisanja baspitno obrazovnog sistema u Republici Srbiji“

[1] Ovaj rad je rezultat rada na projektu 47017 koga finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije

***Ključne reči**: bezbednost škola, učenici, oblici i nosioci ugrožavanja, modeli i programi zaštite.*

Uvod

Danas u svetu ima sve više snaga bezbednosti koje u svom radu koriste sve sofisticiranija sredstva za zaštitu bezbednosti i zbog toga troše velike svote novca. Ipak, i pored toga bezbednost svih segmenata društva je još više ugrožena. Sva društva su posebno osetljiva na bezbednost mladih, naročito populacije u školama. Dramatični događaji širom sveta (ali i kod nas) u kojima je došlo do drastičnih ugrožavanja bezbednosti učenika i škola, pored zaprepašćenja, izazvali su i odgovarajuću reakciju države i njenih organa. U tom smislu i naša zemlja nije izuzetak, te je proteklih desetak godina bilo više pokušaja da se bezbednost škole podigne na viši nivo a sve s ciljem da se pronađe optimalan model zaštite bezbednosti mladih.

Da bi se osnažili kapaciteti zainteresovanih institucija za rešavanje problema bezbednosti u školama Republike Srbije i povećala vidljivost brojnih projekata i programa koji se sprovode već deset godina, odlučili smo da na pristupačan i metodološki ispravan način prikupimo, klasifikujemo, obradimo, analiziramo i predstavimo informacije o projektima koji su se sprovodili ili se i dalje sprovode širom Srbije. Naime, smatramo da je ovo prvi i osnovni korak ka ostvarenju cilja akreditovanog projekta „Bezbednost i zaštita organizovanja i funkcionisanja baspitno obrazovnog sistema u Republici Srbiji“ a to je izrada optimalnog modela zaštite bezbednosti mladih u školama. Dosadašnji pokušaji u vidu monografija, naučno-stručnih radova i odbranjenih doktorskih disertacija, po pravilu, bavili su se parcijalnim rešenjima tako da danas ne postoji celovita studija i naučno-stručna analiza dosadašnjih modela i programa zaštite bezbednosti škola

Za početak, definisali smo određene kriterijume na osnovu kojih su neki projekti obuhvaćeni analizom, a neki ne. Takođe, utvrdili smo i parametre na osnovu kojih ćemo na isti način, po unapred utvrđenom redosledu predstavljati ključne informacije, činjenice i rezultate i krajnje domete odabranih projekata. U tom smislu navodimo sledeće kriterijume:

Kriterijumi za odabir projekata:

1. Projekti koje je finansiralo Ministarstvo prosvete (od 2000.) i Ministarstvo za omladinu u sport (od 2008/2009)
2. Realizacija projekata minimum šest meseci
3. Projektom obuhvaćene najmanje tri škole
4. Postojanje evaluacije projekta od nadležnih institucija

Kriterijumi za predstavljanje projekata:

5. Širina tematskog obuhvata
6. Obuhvat populacije uključene u projekat
7. Vreme trajanja projekta
8. Rezultati projekta i njihova održivost
9. Reakcija zajednice na rezultate projekta
10. Kontakt, sajt, mejl, publikacija za šire upoznavanje sa projektom

Tekst koji sledi ukazaće na bogatstvo i raznolikost pristupa rešavanju problema bezbednosti u školama, ali isto tako i na neka ograničenja koje su mnogi projekti ispoljili upravo zbog jednostranog sagledavanja problema bezbednosti i svođenja na pojedina pitanja iz ove oblasti. Kao što će se na kraju utvrditi, malo je projekata koji su imali širi, obuhvatniji (holistički) pristup tretiranja svih bezbednosnih problema, koji mogu da proizađu iz određenih odnosa unutar škole ili na osnovu specifičnosti komunikacije škole sa zajednicom. Ovaj pregled može da posluži nadležnim institucijama i svim zainteresovanim stranama u čijoj je nadležnosti i fokusu interesovanja upravo ova problematika, da uspešnije kreiraju politiku bezbednosti dece i mladih u školskom okruženju, da izdvoje ključne elemente te politike na osnovu pozitivnih i održivih rešenja, koje su pojedini projekti dali/kreirali i konačno da usmere buduće aktivnosti svih aktera u društvu koji su prirodom posla upućeni na ove teme.

Složenost problema bezbednosti škole

Problem vezan za bezbednost škole[2] (u školi, oko škole, na putu do škole, obuhvatom školske populacije, ali i svih drugih aktera koji su na bilo koji način upućeni na školu), uopšte nije nov problem. Još je Sokrat govorio da „*Deca sada vole luksuz, ona imaju loše vladanje, pokazuju nepoštovanje starijih i vole brbljanje umesto učenja. Deca se više ne dižu kada ulaze stariji u prostoriju. Ona protivreče svojim roditeljima....*“. Neprimereno ponašanje dece nikako nije nova pojava, koja pored osta-

[2] Bezbednost škole možemo definisati kao stanje zaštićenosti škole kao institucije (učenika i zaposlenih posebno) od svih oblika i nosilaca ugrožavanja ili od svih bezbednosnih rizika i pretnji. Takođe je primereno i tvrđenje, po kome se ovaj pojam definiše kao odsustvo opasnosti od ugrožavanja i povređivanja svih vrednosti škole, a te vrednosti su: učenici, zaposleni u školi (nastavno i nenastavno osoblje) i druga lica (koja iz bilo kog razloga dolaze u školu), nastava, školska imovina i poslovanje i rad škole. Kada je reč o elementima bezbednosti škole neophodno je jasno razgraničiti ko su subjekti bezbednosti, koje su štićene vrednosti, šta ih najčešće ugrožava i na koji način da se zaštite.

lih ugrožavajućih pojava, može štetno da deluje na bezbednost škole i školskog okruženja i koja je karakteristična samo za savremeno društvo i oblik obrazovanja i vaspitanja koji poznajemo danas. Mnoge ugrožavajuće pojave postojale su i ranije, ali je njihova zastupljenost bila znatno manja, a intenzitet njihovog delovanja mnogo slabiji. Sve složenija bezbednosna problematika u školi posledica je veoma složene bezbednosne situacije u čitavom društvu, kako na lokalnom tako i na globalnom planu.

Narušena i ugrožena bezbednost škole može da postane ozbiljan društveni problem i zato je važno proučavati i sagledavati/tretirati sve aspekte bezbednosti školske sredine.[3] Mnoštvo neodgovarajućih i nestručnih pokušaja uglavnom zasnovanih na potrebi stvaranja medijske slike da se „nešto čini“ ili iz ličnih ambicija (da ne kažemo finansijskih interesa) posledica je neodgovarajućeg tretmana društva u celini, oličenom u nedostatku državne strategije i programa za zaštitu bezbednosti šklola. U razmatranju navedenog problema treba uvažiti pristup koji će zadovoljiti sve neophodne kriterijume, odnosno standarde, za funkcionisanje bezbedne škole (sigurnost i bezbednost svih vrednosti škole). Među glavnim okosnicama našeg pristupa je i uverenje da, ma kako kvalitetno i permanentno gradili strateške poteze, planove i politiku to nije dovoljno ukoliko se ona kreira samo spolja, sa najviše instance „odozgo“, bez poznavanja konteksta u kome škole žive i rade i potreba koje škole imaju na regionalnom ili lokalnom nivou.[4]

U dosadašnjim istraživanjima problem bezbednosti škole najčešće se proučavao kroz oblike nasilja u školi. Na osnovu te polazne premise mnoga istraživanja imaju neke zajedničke elemente. Već na prvi pogled jasno je da koncept koji govori o bezbednosti ovih institucija treba da bude mnogo širi. Naime, nasilništvo možemo da sagledamo kao pojavu nanošenja duševnog, fizičkog bola ili povreda drugom licu, pri čemu je to česta pojava ugrožavanja mladih u svakodnevnom životu i u raznim

[3] To je problem sa kojim se zapadne, razvijene zemlje suočavaju već više decenija i pritom razvijaju razne programe i strategije za rešavanje, dok se na prostoru Srbije poslednjih godina pažnja uglavnom sporadično ukazivala i usmeravala ka pojedinačnim slučajevima, aktuelna onoliko koliko je medijski pokrivena. Od *demokratskih promena* ovaj problem je sve više u centru pažnje istraživača. Ipak, ne postoji objedinjena i sveobuhvatna strategija na državnom nivou.

[4] Današnja naučna interdisciplinarnost, kompleksni izazovi života i rada ne samo da zahtevaju nego i nameću različite uglove posmatranja i jasnije sagledavanje dimenzija problema bezbednosti škole, a zatim i utvrđivanje smernica za strateško delovanje i pokretanje brojnih aktivnosti u društvu kako bi se na najbolji način taj problem i rešavao.

okolnostima, a i zakonom kažnjiva. Primetićemo da su izostavljene mnoge druge opasnosti ili pretnje koje mogu da ugroze, pored učenika, i druge učesnike u školskom radu i životu. Dakle, osim pretnji po život, zdravlje ili imovinu pojedinaca od strane lica koja se nasilno ponašaju, postoje mnogi samodestruktivni oblici ugrožavanja, kao što su sociopatološke pojave, zatim pojave ugrožavanja koje nisu nastale delovanjem čoveka već prirode – dakle elementarne nepogode, razni oblici degradacije prirode, potom razni oblici diskriminacije, nejednakosti i oblici ugrožavanja koji nisu zakonom kažnjivi, a ipak narušavaju mir, slobode i prava pojedinaca itd.

Složenost ovog problema obavezuje nas da u pristupu rešavanja problema bezbednosti u školama, učestvuje više naučnih disciplina i zahteva sadejstvo mnogobrojnih stručnjaka i eksperata različitih profesionalnih opredeljenja, kao i učešće brojnih institucija i organizacija.

Kako je već najavljeno u uvodu, u tekstu koji sledi ovom prilikom analiziraćemo (zbog ograničenosti prostora) dva projekta koji se bave bezbednošću škole u Srbiji i na osnovu toga uspostaviti kriterijume na osnovu kojih ćemo predstaviti čitav niz projekata u seriji tekstova koji će uslediti.

Projekat 1. – Učenjem do bezbednosti

Ovaj projekat je jedan od prvih celovitih pokušaja da se na sistematičan način, primeren školi, pokuša rešiti problem bezbednosti mlade populacije obuhvatnije nego što je to samo nasilje. Autori projekta pošli su od premise da se problemi bezbednosti škole ne mogu razdvojiti od problema bezbednosti na stadionima, u disko-klubovima, na ulici, u kući itd. Dalje, autori polaze od činjenice da je najbolje biti zaštićen kada umeš sam da se zaštitiš, a poluge sistema su tu samo da ti pomognu da u tome i uspeš. Ovo zato što mnoga ugrožavanja i nastaju upravo zato što ih mladi nisu prepoznali kao moguća ugrožavanja, a kada se ona dogode država i škole reaguju tek kada treba otkloniti posledice. Tako, na primer, mnogo je lakše nekoga edukacijom odvratiti od toga da postane narkoman, kriminalac, sektaš ili nasilnik, nego ga resocijalizacijom vratiti na pravi put.

Pilot projekat *Učenjem do bezbednosti* realizovan je školske 2005/2006. godine, na osnovu podrške Saveta za prevenciju problema razvoja dece i mladih pri Ministarstvu prosvete i sporta Republike Srbije. Ovim projektom predviđeno je da se u prvoj fazi koja je trajala jednu školsku godinu u 20 škola i četiri grada u Republici Srbiji (Novi Sad, Beograd, Kragujevac i Niš), kao fakultativan uvede novi nastavni predmet pod nazivom *Bezbednosna kultura*.

Opšti cilj izučavanja ovog predmeta bio je da učenici prvog razreda srednje škole steknu nova teorijska i praktična znanja iz različitih oblasti bezbednosti o potrebi, načinima i sredstvima zaštite ličnih i opštih društvenih vrednosti od različitih oblika i nosilaca ugrožavanja bez obzira na mesto i vreme njihovog ispoljavanja. Posebni ciljevi su bili usmereni ka razvijanju specifičnih veština i izgrađivanju pozitivnih stavova kada su u pitanju poštovanje drugih i drugačijih ličnosti, poštovanje ljudskih prava i bezbednosnih principa. Takođe, važan cilj je i uspostavljanje i izgradnja pozitivnog i kooperativnog odnosa prema svim institucijama društva koje se staraju o stabilnom i pravnim normama uspostavljenom stanju bezbednosti.

Osnovni zadaci projekta Učenjem do bezbednosti, a realizovani kroz predmet Bezbednosna kultura jesu:

1. Da učenici izučavanjem relevantnih sadržaja steknu nova znanja i integrišu ih sa ranije stečenim znanjima o:

– savremenim izvorima, oblicima i nosiocima ugrožavanja bezbednosti mladih sa posebnim osvrtom na školu i porodicu;

– metodama i sredstvima zaštite;

– pravima i obavezama u datim situacijama i

– reagovanju (samostalno i kolektivno) na mogući nastanak krizne situacije

2. Da se učenici osposobe da:

– prepoznaju opasne – konfliktne situacije među svojim vršnjacima i u društvu;

– prepoznaju opasne materije i sredstva po zdravlje ljudi i ekosistem i

– upoznaju sredstva i metode sopstvene i kolektivne zaštite od različitih oblika ugrožavanja (požari, kriminalitet, zloupotreba narkotika i lekova i nezdrave hrane, nasilništva, destruktivnog delovanja sekti, trgovine ljudima i ljudskim organima i slično.

3. Da se učenici upoznaju sa:

– metodama, sredstvima i reakcijama društva na opasne (nebezbedne) situacije;

– metodama i sredstvima i reakcijama službi bezbednosti u kriznim situacijama i

– osnovnim normama nacionalnog i međunarodnog prava na zaštiti manjina, razvoju tolerancije, i ostvarivanju osnovnih normi ljudskih prava.

4. Da učenici steknu lična uverenja o neophodnosti:

– poštovanja principa u ostvarivanju bezbednosne kulture;

– uspostavaljanja, održavanja i razvoja odnosa tolerancije, poverenja i poštovanja kolektivnog duha, pozitivne atmosfere kao bitnog uslova za podizanje nivoa bezbednosne kulture pojedinca i društva;

– izgradnje i unapređenja kooperativnog odnosa sa društvanom zajednicom i njenim specijalizovanim organima i

– prihvatanje navika, veština i osobina dobrih i uspešnih građana koji se staraju o sopstvenoj bezbednosti ali i bezbednosti društva i međunarodne zajednice.

Direktni realizatori nastave iz predmeta *Bezbednosna kultura* bili su diplomirani studenti Fakulteta bezbednosti (sa radnim iskustvom, prosekom iznad 8,00, položenim stručnim ispitom za profesore, poznavanjem rada na računaru), koji su prethodno prošli jednonedeljnu obuku/pripremnu nastavu kao predfazu projekta. Tokom obuke dobili su potrebne smernice, uputstva i radne materijale (pisane tekstove, video zapise i sl.) za izvođenje nastave. Angažovani nastavnici do punog radnog vremena predviđeni su da obavljaju i funkciju menadžera bezbednosti.[5]

Konačni rezultati projekta

1. Posle pripremne obuke i realizacije završnog elaborata polaznika odabrano je 18 kvalitetnih nastavnika i predavača, koji su angažovani za dalju realizaciju projekta. Prema nalogu Ministarstva prosvete i sporta, a na osnovu podataka da je kod njih bilo najviše problema u proteklom periodu, odabrane su sledeće škole: U Beogradu (Grafička škola, Škola za brodarstvo, brodogradnju i hidrogradnju, Tehnička škola za obradu drveta, unutrašnju dekoraciju i pejzažnu arhitekturu, Gimnazija „Sveti Sava“, Tehnička škola „Kolubara“), u Kragujevcu (Prva kragujevačka gimnazija, Prva tehnička škola, Medicinska škola „Sestre Ninković“ i Tehnička škola za mašinstvo i saobraćaj), u Novom Sadu (Srednja mašinska škola, Tehnička škola „Jovan Vukanović“, Saobraćajna škola „Pinki“, Elektro-

[5] U našoj zemlji sistematizacijom radnih mesta nije predviđena i pozicija menadžera bezbednosti u školama. Na osnovu inostranog iskustva, a delom i kao rezultat projekta o kome se u ovom tekstu govori funkcija menadžera bezbednosti je veoma značajna i visoko pozicionirana u okviru top menadžmenta svake organizacije i institucije, pa tako i škole. Kada je reč o njegovom mestu u organizaciji škole, odnosno osnovnim zadacima i funkciji, bavi se: procenom bezbednosne situacije, predlogom i aktivnostima na sprovođenju mera za otklanjanje opasnosti, odlučivanjem o bezbednosnim ciljevima, načinima i sredstvima za njihovo ostvarivanje, uspostavljanjem organizacije sposobne za zaštitu i adekvatan odgovor na bezbednosne izazove i pretnje, izradom bezbednosne analize, pružanjem pune sigurnosti svim učenicima, zaposlenima i posetiocima, kontrolom sprovođenja uspostavljenih mera bezbednosti, pružanjem informacija, edukacijom, razvijanjem saradnje sa svim relevantnim institucijama iz okruženja i sl.

tehnička škola „Mihajlo Pupin“, Gimnazija „Jovan Jovanović Zmaj“) i u Nišu (Gimnazija „Bora Stanković“, Gimnazija „Stevan Sremac“, Ekonomska škola i Trgovinska škola).

2. Tokom školske 2005/2006. godine nastavu iz predmeta Bezbednosna kultura pohađalo je ukupno 1 817 učenika prve godine u izabranim školama.[6]

3. Početak realizacije projekta propratili su brojni štampani mediji u Republici Srbiji (*Politika, Glas javnosti, Danas, Građanski list, Večernje novosti, Blic, PSS Security systems*) kao i *RTS*, *Televizija Novi Sad* i neki lokalni mediji.

4. Prikupljeni završni izveštaji nastavnika/predavača ukazuju na sledeće: 1) da je interesovanje za predmet *Bezbednosna kultura* bilo izuzetno; 2) da su pojedine teme izazivale posebnu pažnju, pre svega, zato što učenici nisu imali mogućnosti da ih čuju na nekom drugom mestu; 3) da postoji izrazita potreba za ovakvim predmetom (možda čak i kao izborni predmet); 4). da je uspostavljena odlična saradnja sa institucijama iz lokalne zajednice i roditeljima i 5) da su kao menadžeri bezbednosti pomogli otkrivanju nasilja u porodici kod pojedinih učenika, način distribucije narkotičkih sredstava u školskom dvorištu, sprečene tuče i drugi incidenti i slično. Takođe, uočeno je da saradnja sa rukovodstvom škole nije uvek bila na zadovoljavajućem nivou, jer su se pojedini direktori plašili da se pri realizaciji projekta ne pokaže stvarno stanje stvari, koje su oni često prikrivali. Osim toga, ni Ministarstvo prosvete i sporta u čitavom projektu koje je posle određenih kadrovskih promena nije pokazalo interes za dalji rad.

5. Kao rezultat rada na projektu napisana je i publikovana knjiga/udžbenik *Bezbednosna kultura mladih – kako živeti bezbedno*, koja je trebalo da omogući mladima da lakše, bolje i pravilnije sagledaju sadržaje koji će im omogućiti da bezbednije i bolje žive. Cilj pisanja ove publikacije bio je da se napravi potpuno nov pristup načinu rešavanja problema mladih, gde bi mladi uz roditelje, nastavnike i druge aktere iz okruženja postali osnovni i najvažniji subjekti zaštite sopstvene bezbednosti, a ne pasivni objekt koji će neko drugi da štiti. Na taj način mladi se stavljaju u poziciju da svojim znanjem prepoznaju, preventivno deluju i spreče sve pojave i ponašanja koja ih mogu ugroziti, što i jeste suština samog koncepta bezbednosne kulture.

---

[6] Treba naglasiti da je prijavljivanje učenika bilo potpuno dobrovoljno i da je broj prijavljenih prevazišao sva očekivanja s obzirom na to da je nastava organizovana fakultativno posle redovnih časova koje su učenici imali. Broj prijavljenih ukazuje na razumevanje problema sa kojim se učenici sreći i želju da ga što bezbolnije reše. Interesantno je da je projekat izazvao još veće interesovanje roditelja i škola i gradova u kojima se nije sprovodio.

Projekat – program 2 – Škola bez nasilja – ka sigurnom i podsticajnom okruženju za decu[7]

Realizacija programa *Škola bez nasilja – ka sigurnom i podsticajnom okruženju za decu* započela je 2005/2006. godine. Sprovodi se u saradnji sa Ministarstvom prosvete, Ministarstvom zdravlja, Ministarstvom rada i socijalne politike, Savetom za prava deteta Vlade Republike Srbije, Zavodom za unapređivanje obrazovanja i vaspitanja, a od 2008/2009 i sa Ministarstvom unutrašnjih poslova i Ministarstvom omladine i sporta.

Glavni cilj programa Škola bez nasilja jeste stvaranje bezbedne i podsticajne sredine za učenje, rad i razvoj. U okviru ovog programa nasilje je definisano kao svaki oblik ponašanja koji ima za cilj namerno nanošenje psihičkog ili fizičkog bola drugome.

S obzirom na postavljeni cilj, trajanje programa nije vremenski ograničeno; program je razvojni i nastoji da postane sastavni deo vaspitnog rada u školama. Program je, pre svega, namenjen deci, nastavnicima i zaposlenima u školi, ali i roditeljima i čitavoj lokalnoj zajednici.

Trenutno se sprovodi u 197 osnovnih i 9 srednjih škola širom Srbije. Programom je obuhvaćeno oko 140 300 učenika i 13 200 odraslih iz 64 mesta u Srbiji. Sertifikat o uspešno realizovanom programu dobila je 101 škola.

Konkurs za škole koje žele da se uključe u program stalno je otvoren, a uključivanje novih škola odvija se svakog polugodišta u skladu sa finansijskim mogućnostima. Izbor prijavljenih škola obavlja se na osnovu prijava škola geografske distribucije, raspoloživih sredstava kao i kapaciteta škole i lokalne zajednice.

Prvi korak u realizaciji programa usmeren je ka uočavanju problema i omogućavanju zaposlenima u školi da se upoznaju sa objektivno utvrđenim činjenicama o nasilju u njihovoj školi. Istraživanje o vrstama i intenzitetu nasilja sprovedeno je u svim do sada uključenim školama, a istraživanje u prvih 50 škola sprovedeno je na uzorku od 26 947 učenika i 3 397 odraslih donelo je podatke da je 65% učenika bar jednom, a 24% više puta bilo izloženo nekom obliku nasilnog ponašanja u periodu od tri meseca. Najzastupljeniji oblici nasilnog ponašanja jesu: verbalno nasilje, širenje laži i spletkarenje, te pretnje i zastrašivanja.

Komponente programa

Svaka škola formira tim koji je zadužen za podršku programu i praćenje realizacije programa u školi. To je ujedno i tim za zaštitu dece od nasilja, zlostavljanja i zanemarivanja, koji je propisan Posebnim

[7] www.unicef.rs/skola-bez-nasilja-30.html

protokolom za zaštitu dece od nasilja, zlostavljanja i zanemarivanja. Ovaj protokol donelo je Ministarstvo prosvete, a on se odnosi na sve obrazovno-vaspitne ustanove. Program je razvijen kroz četiri komponente:

– istraživačka komponenta – istraživanje iskustava i stavova svih u školi o nasilju, obrada i prezentacija rezultata nastavnicima, deci, roditeljima i lokalnoj:

– edukativna komponenta – obuka nastavnika i školskog osoblja, o veštinama komunikacije, o otvorenom dijalogu između dece i odraslih, o preventivnoj ulozi školskih pravila, o restituciji, tj. nadoknadi štete, o pozitivnoj disciplini, o konstruktivnoj intervenciji, o formiranju unutrašnje zaštitne mreže i spoljašnje zaštitne mreže u školi;

– vršnjačka edukacija – rad sa vršnjacima na prepoznavanju i otkrivanju nasilja, vršnjačkoj zaštiti, izgradnji uzajamnog poverenja i smanjenju nasilnog ponašanja među vršnjacima i

– komponenta porodica/mediji/lokalna zajednica – promocija uzajamne saradnje i mobilisanje javnosti za izgradnju savezništva i aktivno delovanje na smanjenju nasilja u zajednici.

Primena programa i trajna ugradnja u školski program rada/školski kurikulum traje najmanje jednu školsku godinu. U ovom procesu škola prolazi kroz sedam koraka:

1. Podizanje svesti o problemu – prihvatanje da se u školi događa nasilje.
2. Formiranje unutrašnje zaštitne mreže (UZM) – donošenje procedura i mehanizama za njeno trajno funkcionisanje.
3. Uspešno funkcionisanje UZM – definisanje procedure za evidentiranje nasilja i preduzimanje mera zaštite.
4. Formiranje spoljašnje zaštitne mreže (SZM) – uključivanje doma zdravlja, centra za socijalni rad, opštine i policijske uprave u funkcionisanje programa u školama.
5. Obraćanje za pomoć dece/porodica izloženih nasilju – uspostavljanje poverenja u unutrašnji i spoljašnji tim pomagača (zaštitne mreže).
6. Funkcionisanje sistema intervenisanja – definisanje procedura za pravovremen i konstruktivan odgovor na nasilje, interventne i preventivne aktivnosti primenjuje se u školskoj praksi.
7. Samoprocena škole – da li je škola postala bezbedno okruženje za decu/učenike; roditelji i nastavnici smatraju da škola može samostalno da nastavi sa programom i smatraju da je škola sigurnije mesto za razvoj.

Iako je tematski fokusiran samo na nasilje, program *Škola bez nasilja* je sveobuhvatan u metodologiji/načinu na koji pristupa ovom problemu i kako razvija pojedine segmente rada. Da bi se uspešno realizovao u

jednoj školi potrebno je vreme, predanost ka promenama i promeni načina razmišljanja i stavovima svih u školskom okruženju. Za uspešno sprovođenje programa, potrebna je i velika podrška i aktivno učešće rukovodstva škole, svih zaposlenih, nesmetan protok informacija između učenika i nastavnika, nastavnika i roditelja, implementacija programskih sadržaja u prioritetne aktivnosti škole, kao i dobra saradnja sa institucijama u lokalnoj zajednici (dom zdravlja, centar za socijalni rad, policija i druge.). Takođe, važno je i kontinuirano obezbeđivanje sredstava za intenzivnije sprovođenje programa.

Kao značajan produkt ovog programa izašle su i određene publikacije kao što su: *Priručnik za roditelje – Šta je danas bilo u školi*, *Fer igra – Igra u kojoj se igra Fer*, *Nasilje u školama* – monografija autora Dragana Popadića i drugi brojni lifleti, reklamni pamfleti u okviru kampanja koje su se sprovodile i slično.

Program Škola bez nasilja je od početka medijski veoma dobro propraćen, prisutan u mnogim kampanjama koje promovišu i poznate javne ličnosti (Saša Đorđević, Ana Ivanović i drugi), ali i tema značajnih konferencija, javnih skupova i drugih manifestacija, kako na lokalnom tako i na nivou države.

Rezultati koji su ostvareni projektima/programima koji su napred prezentovani, navode nas na već u teoriji prepoznate činjenice o tome šta je škola i koje mesto u društvu ona zauzima. Školu možemo posmatrati izolovano od društva, ili u širem kontekstu delom tog društva, pa samim tim možemo izdvojiti različite uglove analize:

– škola kao izvor straha, mesto gde se gubi kreativnost (kao osnovna odlika detinjstva), sputava duh, daje skučena slika čoveka i sveta prilagođena političkim potrebama ili

– škola kao mesto sigurnosti, mesto gde se razvija kreativnost, maštovitost, mesto gde se oslobađa duh i dešava socijalizacija ličnosti.

Prvi ugao posmatranja je nažalost činjenica/realnost na koju se često nailazi u praksi i koja može biti generator brojnih izvora nebezbednosti, pa se samim tim mora što pre prevazići i drugi ugao posmatranja i analize koji je poželjan pozitivan, te mu stoga treba težiti i truditi se na svaki mogući način dostići ga.

Na različite načine i iz raznih aspekata možemo posmatrati problem bezbednosti u školi, pa samim tim i postaviti mnoga pitanja:

– Gde je izvor nebezbednosti? (škola, uže ili šire okruženje, društvo u celini)

– Gde je ključ rešenja problema? (škola, uže ili šire okruženje, društvo u celini)

Odgovori na ova pitanja usmeravaju nas ka više pravaca i ka različitim uglovima analize problema nebezbednosti škole. Škola nije mašina već jedan otvoren, aktivan sistem, koji mora da se nosi sa mnogim problemima i da obavlja više funkcija. Školski sistem, inače, proističe iz načina artikulisanja tri „funkcije". Jedna od njih je funkcija proizvodnje. S ciljem da stvori jednog društvenog aktera, a takođe i jednog subjekta, jer obrazovni projekat nikad ne vodi računa samo o prilagođavanju, školski sistem obavlja funkciju proizvodnje. Funkcija proizvodnje ne ograničava se samo na pitanje nastavnog programa, na sadržaj gradiva i planova. Podrazumeva se da *forma*, ono što se obično naziva pedagogijom, obuhvati i jedan kulturni model.

Druga funkcija obrazovnog sistema jeste funkcija selekcije, formiranje školske hijerarhije, jedne klasifikacije sposobnosti. Kroz dužinu školovanja, kroz smerove, kroz prirodu diploma, škola klasifikuje učenike i postavlja ih u hijerarhiju.

Konačno, škola je takođe organizacija koju definiše njena funkcija integracije. Ta funkcija ostvaruje se prvenstveno kroz sposobnost školske organizacije da prihvati i prizna zajednicu i život omladine.

Obrazovanje je rezultat života i sazrevanja u zajednici.[8] Demokratski problem u obrazovanju nije primarno problem podučavanja dece, to je problem stvaranja zajednice u okviru koje deca ne mogu a da ne sazrevaju kao demokratična, inteligentna, disciplinovana, slobodna i časna bića željna da podele zadatke generacije.

Škola ne može da proizvede ovaj rezultat, samo zajednica to može da učini.[9] Kada je reč o školi kao zajednici važno je prepoznati čvrste veze koje se grade između svih aktera škole, s jedne strane, a zatim i između škole i šire društvene zajednice, s druge strane. Rezultati oba navedena projekta su to upravo i pokazala.

Zaključak

Jedan od prioritetnih zadataka društva (podrazumevajući sve nivoe – od najvišeg do najnižeg) jeste da obezbedi sigurno i bezbedno okruženje za sve u školskim sredinama. Učenici, roditelji, rukovodstvo škole, školska administracija, tehnička služba i drugi članovi školske sredine, ali i šire zajednice moraju raditi kooperativno u ostvarivanju tog cilja. Ukoli-

[8] Havighurst, J. P. and Neugarten, B.L. 1967, str. 226. prema: Snežana Radovanović: *Škola i društvena sredina*, Institut za pedagogiju i andragogiju Filozofskog fakulteta u Beogradu, 1997.

[9] *Isto*, str. 226.

ko se stvara ili postoji veštačka podvojenost između škole i ostalih elemenata društva, šteta se podjednako nanosi i jednoj i drugoj strani.

Na školu posredno ili neposredno, više ili manje, utiču društveno-ekonomski činioci u tom društvu, sistem društvenih odnosa, zatim, sve one aktivnosti kojima se ostvaruju ciljevi društva, promene u društvu, kao i brojne institucije. U školi se, takođe, kroz sadržaj i metode rada prelamaju i drugi elementi društvene sredine, sistemi vrednosti, ideja, pravila ponašanja, tradicija i običaji datog društva. Međutim, sve to predstavlja najširi nivo društva a može se reći i globalni. Škola nije neposredno povezana sa takvom najširom društvenom sredinom, mada je neosporno njome uslovljena.

U razmatranju odnosa između škole i uže ili šire zajednice postoji mnogo nepoznatog i na teorijskom i na saznajnom, kao i na metodološkom i na praktičnom planu. To u punoj meri važi za našu zemlju, možda čak i više nego za druge zemlje. Činjenica je da nedostaje dovoljno teorijskih i naučnih pretpostavki da se kritički razmatra i problematizuje stvarnost i utvrde dugoročna institucionalna i sistemska rešenja za pojedinačne bezbednosne probleme na lokalnom, ali i na svakom drugom nivou. Praksa može da ponudi dobra i primenljiva rešenja, aki često može i da učiniti problem još složenijim. U svakom slučaju, dobar teorijski okvir na čijoj izgradnji još treba raditi, u znatnoj meri može da omogući prevazilaženje praktičnih problema.

Ljubomir Stajić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Svetlana Stanarević, LL.M., Assistant
Faculty of Security Studies Belgrade

Models of Achieving Security in Schools in Republic of Serbia

Abstract

This work represents scientific and expert analisys of data colected on project and programms that deal with student safety and security of schools in period since 2000 onwards, which were financed and supported by two key institucion deeling with youth. Those two institutions are Ministry of Education and Ministry of Youth and Sport, which is after passing Nacional Youth Strategy supported many projects that deal with the youth problems.

The text has been made with the purpose to isolate key element for the presentation and analysis of projects and programs realized and which realization is still in progress in the Republic of Serbia, and then to give a critical evaluation of each one in order to come to an optimal model and programs to protect security of schools in the Republic of Serbia, which is the purpose of the project.

First of all, named criteria used for selection of projects that will enter the field of analysis and presentation, and then the criteria or parameters by which we evaluate the pros and cons of each.

The following text is part of Faculty of Security Studies financed by Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia named by „Safety and Protection of Organization and Functioning of Educational System in Republic of Serbia“.

Key words: school safety, students, forms and holders of endangering, models and programmes of protection.

Originalni naučni rad 343.143/.144

Dr Ištvan Feješ, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

MODELI ISPITIVANJA OKRIVLJENOG I SVEDOKA U SAVREMENOM KRIVIČNOM POSTUPKU

Sažetak: *Iako materijalni dokazi postaju sve važniji, lična dokazna sredstva imaju centralno mesto i nezamenljiva su i u savremenom krivičnom postupku. Da bi se informacioni potencijali memorije ispitivanih lica maksimalno iskoristili, permanentno se radi na usavršavanju taktike i tehnike ispitivanja. Razvijeni su razni modeli ispitivanja i na neke ćemo se osvrnuti u ovom radu.*

Ključne reči: *Krivični postupak, ispitivanje, modeli.*

I UVOD

Ispitivanje[1] je jedna od ***najčešćih*** i ***najznačajnijih*** istražnih radnji, kojom se, uz poštovanje zakonom predviđenih formalnosti , pribavlja dokazna građe od tzv. ličnih dokaznih sredstava (ili ličnih izvora). Ispitivanje, naime, omogućava saznanje ***sadržine sećanja*** ispitanika o određenim okolnostima, važnih za otkrivanje i dokazivanje krivičnog dela i izricanje krivične sankcije. Zbog toga su preporuke i pravila kriminalističke taktike, koje se odnose na organizaciju, planiranje, spro-

[1] Može se zapaziti neuobičajena dinamika u pogledu zakonske terminologije za označavanje uzimanja izjave od okrivljenog, svedoka i veštaka u našim krivičnim postupnicicma.

Tako, **Zakonik o krivičnom sudskom postupku iz 1929.g**. koristi *jedinstvenu* terminologiju i govori o «*ispitu*» i okrivljenog , svedoka i veštaka.

vođenje i fiksiranje rezultata ispitivanja veoma značajne. One obezbeđuju **zakonitost** i **efikasnost** ispitivanja i pružaju značajan oslonac praksi[2] .

Uprkos dinamičnom razvoju kriminalističke tehnike i izuzetnom porastu uloge materijalnih dokaza, lična dokazna sredstava ne gube važnost iz više razloga. Kod većeg broja krivičnih dela uopšte nema ili ima samo minimalnih materijalnih dokaza (npr. usmeno izneta uvreda, kleveta, lažno svedočenje, itd.). Nadalje, materijalni dokazi, po pravilu, sami po sebi nisu dovoljni. Za utvrđivanje njihove dokazne validnosti neophodni su i lični dokazi. Drugim rečima, materijalni dokazi se najčešće moraju kombinovati sa ličnim dokazima,jer retko kad mogu sami sebe «legitimirati» tj. potvrditi svoju autentičnost: ko, kako, gde i na koji način ih je pribavio, kojim metodima su obrađeni itd. Nasuprot tome, lični dokazi su pogodni za «samolegitimaciju». Svedok prosto kaže otkud mu je poznata činjenica koju saopštava i ujedno i odgovoran je za istinitost navoda.

Često prisustvo ličnih dokaznih sredstava u krivičnom postupku i njihov značaj je u i u vezi sa sistemom modernog krivičnog postupka,naročito sa načelima neposrednoasti, usmenosti i kotradiktornosti. Zbog toga, i pored rasta značaja materijalnih dokaza, iskazi raznih subjekata sa

---

Zakonik o krivičnom postupku iz 1953. g. i **Zakon o krivičnom postupku iz 1977**.g. koristi *različite* termine: «*ispitivanje* « okrivljenog i «*saslušanje»* svedoka i veštaka.

Zakonik o krivičnom postupku iz 2001.g opet *ujednačava* terminologiju,i govori o «*saslušanju*» okrivljenog, svedoka i veštaka. Tu terminologiju zadržava i **Zakonik o krivičnom postupku iz 2006**. g. koji nije stupio na snagu (ukinut 3.9.2009.g, Sl. glasnik RS 72/2009).

Izmenama i dopunama ZKP iz 2009.g (Sl. glasnik RS 72/2009),opet je promenjena terminologija i koriste se *različiti* termini : »*saslušanje*» okrivljenog « i «*ispitivanje*» svedoka i veštaka.

Za diskusiju je da li je opravdana ova dinamika. Ovim **Izmenama i dopunama ZKP,** u odnosu na ZKP iz 1953.g. napravljen je «pun krug». Rešenje je naime potpuno suprotno. Sada se okrivljeni «saslušava» a svedok i veštak «ispituje».
Razlozi za ovu promenljivu, nestabilnu terminologiju mogu biti različiti i u njih se ovde ne možemo upuštati. Treba međutim napomenuti, da korišćenje raznih termina za procesnu radnju uzimanja izjave od okrivljenog, svedoka i veštaka, nisu naročito opravdana,jer *suštinske* razlike među njima nema. Štaviše, sušitnske razlike nema ni u odnosu na uzimanje izjave lica u okviru prikupljanja obaveštenja od građana od strane policije, u pretkrivičnom postupku. Naravno, neka odstupanja su nužna zbog različitog procesnog položaja okrivljenog, svedoka veštaka i lica koja daje obaveštenja. Terminološke razlike nema ni u ZKP Nemačke i Austrije. Koristi se izraz »die Vernehmung». Mi ćemu u daljem tekstu koristiti termin «ispitivanje».

[2] Tremmel, F.-Fenyvesi ,Cs.- Herke,Cs., Kriminalisztika ,Tankönyv és atlasz, Budapest-Pécs,2005. str. 339.

svim svojim slabostima, i ispitivanje kao način njihovog pribavljanja su još uvek nezamenljivi[3].

Na osnovu rečenog, može se lako zaključiti,da je objektivnost iskaza i dalje jedno od ključnih pitanja dokazivanja u krivičnom postupku, kako u pripremnoj fazi postupka tako i u sudskom delu.

Zbog toga, čine se premanenti napori, da se usavrše postojeći i izgrade novi modeli ispitivanja, koji će doprineti da se informacioni potencijal ličnih dokaznih sredstava maksimalno iskoristi.Drugim rečima, da se od ispitanika[4] dobije najveći mogući broj korisnih novih informacija, da se činjenice sačuvane u sećanju ispitanih lica u najvećoj mogućoj meri iskoriste za potrebe organa progona i suda, uz poštovanje njihovih zakonom garantovanih prava .Ukratko, da se dobije istinit i celovit iskaz.

U daljem izlaganju upoznaćemo se sa nekim modelima ispitivanja koje je razradila kriminalistička taktika sa osloncem na kriminalističku psihologiju,logiku i druge naučne oblasti.

II KLASIČNI MODEL

Klasičan model ispitivanja kriminalističke taktike preporučuje , da se ispitivanje rasčlani na nekoliko faza. Oni imaju svoju ulogu u procesu dobijanja iskaza i čine jedan logičan tok. U pogledu toga, koje osnovne elemente treba da sadrži struktura ispitivanja, u teoriji postoji suštinska saglasnost, ali nema saglasnosti o broju etapa u koje se grupišu ti neophodni elementi.

1. Stavovi teorije

a/ U skromnoj **domaćoj** kriminalističkoj literaturi opšte je prihvaćena **trodeoba** toka ispitivanja svedoka i okrivljenog .

U tom smislu ***Branislav Simonović***[5]***, Živojin Aleksić-Milan Škulić***[6]***, Vladimir Krivokapić***[7] ***i Marinko Kresoja***[8] razlikuju 3 etape

---

[3] Naročito je problematičan iskaz oštećenog u svojstvu svedoka,ali je i nezaobilazan jer je često i jedini svedok.

[4] Ispitanikom smatramo lice od koga se u toku krivičnog progona u širem smislu (pretkrivični i krivični postupak) pribavlja iskaz: građanin na informativnom razgovoru, svedok, osumnjičeni, okrivljeni. Tu spadaju i veštaci, mada oni svoj nalaz i mišljenje najčešće daju u pismenoj formi, a njihovo usmeno saslušanje je po pravilu usmereno na objašnjenje pismenog nalaza i mišljenja.

[5] Simonović,B., Kriminalistika , Kragujevac,2004. str. 160-165.

[6] Aleksić,Ž.-Škulić,M., Kriminalistika , Beograd, 2009. str. 174.

[7] Krivokapić,V., Kriminalistika,Taktika III,Beograd, 1997. str. 51, 62, 83

– faza upoznavanja
– faza slobodnog izlaganje svedoka
– faza pitanja.

Ove faze manje-više detaljno razrađuju.Tako npr.*Simonović* uvodnu fazu rasčlanjuje na

– uspostavljanje kontakta
– upoznavanje svedoka sa pravima i obavezama
– uzimanje personalnih podataka od svedoka.

Ističe da je ispitivanje u svojstvu svedoka po» *pravilu neobičan i teskoban doživljaj u životu čoveka*» i zbog toga je «*veoma važno uspostaviti kontakt sa svedokom ,pripremiti ga da maksimalno aktivira svoje potencijale kako bi dao veran iskaz»*.Od uspostavljanja kontakta «*zavisi sudbina ove radnje*». Osnovni strateški cilj uspostavljanja kontakta je formiranje povoljne atmosfere u kojoj će se odvijati ispitivanje. U svakom slučaju ispitivanje treba početi tako, što će se svedok pitati o činjenicama koje su ispitvaču već poznate iz drugih izvora. »*Na taj način već na početku se može proveriti iskrenost svedoka*».

Naglašava važnost spontanog pripovedanja. Poziva se na *Hellwig*-a,prema kome je eksperimentalno utvrđeno, da je broj grešaka u spontanom izlaganju znatno manji nego u iskazu koji je pribavljen postavljanjem pitanja i potpitanja. Spontano pripovedanje nije, naime, pod uticajem ispitivača. Ispitivač treba da ćuti i pažljivo sluša. Zainteresovanost stimuliše ispitanika.

Faza ispitivanja (postavljanja pitanja)po ovom autoru je najteži deo»*jer treba od svedoka saznati činjenice o kojima nije mogao ili nije hteo da se izjasni u slobodnom izlaganju»* a sa druge strane ispitivač treba da uloži maksimalan napor da formulacijom i načinom postavljanja pitanja ne deluje u pravcu falsifikovanja sećanja.

Vladimir Vodinelić[9], posebno obrađuje taktiku i tehniku ispitivanja dobronamernih i lažnih svedoka.

Postupak ispitivanja takođe deli u suštini na 3 faze,naglašavajući neophodnost pripremanja ispitivača pre ispitivanja.

Prvo stupanje u razgovor. Saopštava se svedoku zašto je pozvan i postavljaju mu pitanja o identitetu.Ova personalna pitanja omogućuju i *»neprisiljenu konverzaciju*» koja služi za uspostavljanje kontakta. Od dobrog početka često zavisi mnogo,zbog toga naglašava da»*ovaj postupak nije formalnost*».

---

[8] Kresoja ,M., Kriminalistika,Temerin-Novi Sad, 2006. str.277.
[9] Vodinelić,V, Kriminalistika , Beograd, 1996. str. 217-227.

Slobodno izlaganje svedoka je sledeća faza,u kojem ispitivač treba pažljivo da prati i pravi beleške o suštini izlaganja i skicira pitanja koja će postaviti kasnije i da ne prekida neumesnim pitanjima svedoka.»*On sluša misli...Pokušava da shvati ličnost svedoka.Da li svedok ostavlja utisak čoveka koji govori istinu*?»

Postavljanje pitanja sledi kada je svedok završio spontani iskaz.Pitanja moraju da počnu sa beznačajnim detaljima koje prethodike kritičnom događaju i da obezbede izlaganje činjenica onim redom kako su se dešavale.

Prema ovom autoru u praksi se primenjuje sledeći načini ispitivanja:

– ispitivač postavlja pitanja bez značaja za temu ispitivanje ali zanimaju svedoka i zbog toga su možda asocirane sa kritičnim događajem

– isptivač postavlja pitanja o okolnostoima koje su neposredno prethodile kritičnom događaju,koje mogu probuditi sećanja na važne detalje samog događaja

– Ispitivač traži od svedoka da detaljno opiše sve što je tog dana radio pre kritičnog događaja i na taj način ga dovede do kritične okolnosti

Izuzetno mogu se predočavati svedoku radi oživljavanja sećanja neke okolnosti ili predmeti povezani sa kritičnim okolnostima, koje je svedok zaboravio.Može se svedoku npr.pročitati šta su drugi svedoci rekli o nekom događaju koji je *prethodio* ili *sledio* činjenicama koje je ispitivani svedok zaboravio,

– Ispitivanje na mestu krivičnog dela.

Kad ispitivač posumnja da je svedok lažan, treba da postavlja brza, precizna pitanja u pogledu detalja,na koje se lažac nije mogao pripremiti.Kad ispitivač insistira na detaljima, svedok mora neizbežno da izađe iz kruga unapred pripremljenih odgovora. Kad se svedok dovoljno zapleo u protivrečnosti,ispitvač će mu predočiti dokazna sredstva koja opovrgavaju njegove tvrdnje.Posle toga će ga upozoriti još jednom da je davanje lažnog iskaza krivično delo i da je za njega najkorisnije da iznosi istinu.

Ivan Kostić[10], za razliku od većine kriminalista, ispitivanje deli samo na *dva* osnovna stadijuma:

– prvi deo ima za cilj upoznavanje ličnosti u vidu intervjua

– drugi deo, samo saslušanje.

Zatim izlaže niz radnji i postupke koji se logički nadovezuju jedna na drugu nazivajući ih «mere psihološke strategije»:

– pridobijanje i motivisanje stranke na razgovor,uspostavljanje pozitivnog nekad i prisnog odnosa

[10] Kostić, I., Kriminalistička psihologija, Beograd , 2000. str. 171.

– navođenje na temu ,pravljenjem uvoda i veštim postavljanjem prigodnih pitanja
– razvijanje komunikacije podsticanjem na razgovor o glavnoj temi
– razgovor o glavnoj temi
– završavanje komunikacije rezimiranjem podataka i izvlačenjem zaključaka
– pridobijanje stranke za buduću saradnju.

U krajnoj liniji u odnosu na gore prikazanu trodeobu toka saslušanja nema suštinske razlike.

b. Prednosti rasčalanjivanja ispitivanja na faze sa različitim, logički povezanim funkcijama, ističu i brojni **inostranstrani** kriminalisti .

Pavišić i saradnici[11] nagalašavaju da se ispitivanje dobronamernih svedoka vrši po određenim stadijumima .

Ističu, da je vrlo ozbiljna greška ispitivanje svedoka «*na brzinu*» bez pripreme i upoznavanja sa situacijom. Jednako je loše autoritativno postupanje.Više uspeha se može očekivati od dobro pripremljenog ispitivanja, čak i ako svedok nije dobronameran, nego od grubih pretnji raznim sankcijama za odbijanje iskaza.

Prvi stadijum počinje utvrđivanjem identiteta ispitanika i drugih pitanja *ad personam* i saopštavanjem zašto je pozvan.Ta prva pitanja i prvi razgovori omogućavaju uspostavljanja prirodnog kontakta koji posle služi za uspostavljanje određenog odnosa poverenja. Od dobrog početka mnogo zavisi.Treba pronaći pravi ton. Na osnovu tih prvih ličnih kontakata ispitivač i ispitanik stvaraju sliku jedan o drugom.

U *drugom stadijumu* ispitanik se poziva da u spontanom izlaganju iznese sve što zna u vezi slučaja

U *trećem stadijumu* ispitivač postavlja pitanja.Na osnovu odgovora na njih ispitivač treba konačno da zauzme stav, da li svedok laže ili je dobronameran .Treba se čuvati prenagljenih zaključaka.Iskaz svedoka može biti neistinit iz razih razloga,laž je samo jedan od njih.Vrlo su česti pogrešni iskazi dobronamernih svedoka.Oni iznose svoju subjektivnu istinu,što se ne mora poklapati sa objektivnom stvarnošću, u uverenju da kazuju objektivnu istinu.Sećanja izazvana pitanjima nisu sasvim pouzdana.Ako pitanja sadrže mnogo detalja,može doći i do falsifikovanja sećanja.

Na *kraju* ispitivanja treba proveriti istinitost sadržaja iskaza.

---

[11] Pavišić,B.-Modly,D.-Veić,P., Kriminalistika , Knjiga prva , Zagreb, 2006. str. 403-405.

Horst Clages[12] saslušanje deli na:

– kontaktni razgovor
– poučavanje i opominjanje svedoka/okrivljenog
– uvodni razgovor
– pitanja *ad personam*
– saslušanje o predmetu razgovora
– sastavljanje zapisnika.

Napominje da se iskaz svdoka «*redovno uzima u tri faze....Svedoku se daje mogućnost da stanje stvari, odnosno svoja zapažanja opiše u vidu pripovedanja*.»[13]

«*Ako je okrivljeni voljan da dâ svoj iskaz, stanje stvari treba da opiše i izloži sveobuhvatno i konzistetno (slobodno izlaganje). Ispitivač po mogućnosti treba da izbegava njegovo prekidanje pitanjima*».Konzistetno,povezano izlaganje «*podstiče sećanje i reprodukciju opaženog*»[14].

Flórian Tremmel – Csaba Fenyvesi- Csongor Herke [15] ističu da je ispitivanje veoma složen proces ali da se ipak može u suštini podeliti na *četiri* etape:

– pripreme ispitivanja
– početak ispitivanja
– razgovor o glavnoj stvari
– fiksiranje i kontrola iskaza

Ovakva šema krije u sebi široku lepezu raznih mogućih taktičkih varijanti.

Priprema obuhvata

– temeljno proučavanje spisa predmeta
– upoznavanje ličnosti ispitivanog
– određivanje glavnih pitanja ispitivanja
– sačinjavanje plana ispitivanja (mesto, vreme, redosled pitanja, dokazi za predočavanje itd.)
– *Početak ispitivanja* treba da obuhvati proveru identiteta, razne opomene i sl.ali ne sme da se ograniči samo na ove službene aspekte. Važno je uspostaviti lični kontakt ,što će značajno uticati na dalji tok ispitivanja.

---

[12] Horst Clages (Hrsg.) , Der rote Faden ,Grundsaetze der Kriminalpraxis,Heidelberg , 2004.,str.199.

[13] Horst Clages (Hrsg.) , Der rote Faden ,Grundsaetze der Kriminalpraxis,Heidelberg , 2004.,str.203.

[14] Horst Clages (Hrsg.) , Der rote Faden ,Grundsaetze der Kriminalpraxis,Heidelberg , 2004.,str.207

[15] Tremmel,F.- Fenyvesi, Cs.- Herke,Cs., Kriminalisztika ,Tankönyv és atlasz , Budapest-Pécs, 2005.str.341-343.

Razgovor o glavnoj stvarije centrani deo i ima dva dela:
– slobodno izlaganje ispitanika
– faza pitanja

U *četvrtoj fazi* se pismeno fiksira iskaz. Na to treba obratiti pažnju. Iz zapisnika treba da se vidi zakonit tok i da verno odrazi živu reč (stil,karakteristični izrazi) ispitanika.Iskaz se proverava već u toku razgovora o glavnoj stvari. Sastavljanje zapisnika je šansa da se pogodnim pitanjima još jednom proveri iskaz.

Endre Bócz i saradnici[16] dele ispitivanje na sledeće etape:
– uvodni deo
– slobodno izlaganje
– faza pitanja
– ocena i provera iskaza
– fiksiranje iskaza

Preporuke i pravila kriminalističke taktike su u funkciji stvaranja povoljne psihičke situacije ,da se eliminiše subjektivizam, i da se pribavi što potpuniji i istinit iskaz.»*Pravilno odabrana taktika može doprineti da ispitanik ne govori samo već ionako poznate stvari ,već da u iskazu iznese nove kvalitetne činjenice i tako i protivno eventualnoj svojoj prvobitnoj nameri, ipak pomogne postupku »*[17].

Friedrich Geerds[18] naglašava važnost priprema. Ispitivanje « *ne počinje dolaskom ispitanika*». Neophodno je prethodno proučavanje akata. Sve što je u aktima mora biti «*u glavi ispitivača ili na papiru*»,ako želi obaviti uspešno ispitivanje. Razlikuje nekoliko osnovnih strategija samog ispitivanja:

1. *Strategija prepada*-osumnjeničenom se «*očita lekcija*»suočavanjem sa njegovim (ne)delom ili se iznenadi na neki drugi način.Taj momenat iznenađenja treba da iskoristi ispitivač da bi dobio bilo kakav paušalni iskaz, koji kasnije dopunjuje pitanjima.Relativno je retko primenljiva strategija.

2. *Strategija sondiranja*- tipična strategija za ispitivanje. Nakon uzimanja ličnih podataka, prelazi se na osnovnu temu razgovora.Ovaj način postupanja najčešće nosi najmanji rizik.Nakon slobodnog izlaganja ispitanika, sledi faza pitanja.

3. *Strategija omekšavanja*-najopasniji za ispitanika. Nakon brižljivih pripremnih radnji i pitanja vezanih za ličnu sferu ispitanika i postavljanjem pitanja o sporednim predmetima neopaženo se prelazi na glavnu temu. Ovo je zahtevan metod,pri kojem se ne smeju praviti greške.

---

[16] Bócz,E.,(ur.) , Kriminalisztika ,Budapest ,2004. str.772-783.
[17] Bócz,E.(ur.), Kriminalisztika , Budapest ,2004. str.759.
[18]Geerds ,F., Kriminalistik , Luebeck ,1980. str.212.

Bez obzira na na izabrani model,koji se uvek mora prilagođavati konkretnoj situaciji, redovno je neuralgična tačka kako započeti ispitivanje. Radi se o problemu» *prva tri minuta*». U skoro svim slučajevima,po mišljenju ovog poznatog autora, uspešna taktika je započeti ispitivanje u mirnom,prijateljskom tonu,koji se po potrebi može i promeniti (npr.ako ispitanik ima očigledno lažnu priču).

Dalji tok zavisi u svakom pojedinačnom slučaju, od ličnih svojstava i pravnog položaja ispitanika, vrste i težine krivičnog dela i u prvom redu od stepena rasvetljenosti krivičnog dela.

I ovaj autor preporučuje da meritorni deo saslušanja počne sa samostalnim izlaganjem, »*jer se tako mogu saznati neke stvari na koje se dotad nije ni mislilo*»[19] Posle toga , pre ili kasnije, mora se preći na pitanja,koja moraju biti kratka i jasna.

2. Zakonik o krivičnom postupku[20]

ZKP Srbije propisuje da se okrivljenom *mora obezbediti* mogućnost spontanog izlaganja, kako na saslušanju u istrazi tako i na glavnom pretresu (čl. 85. st. 5. i čl. 320. st. 4.).

Do izmena ZKP 2009[21] identično je bilo i u o pogledu svedoka. Međutim,nakon izmena ZKP 2009.g. situacija se menja.

Ispitivanja svedoka u istrazi ostaje isto kao i ranije i ne razlikuje se od saslušanja okrivljenog,i njemu se mora obezbediti mogućnost spontanog izlaganja po čl.103.st.1. ZKP. Međutim, na glavnom pretresu , ***nema više slobodnog izlaganja svedoka***, već po čl 331. st.1. ZKP, ***odmah*** se prelazi na ***postavljanje pitanja***. Izričito je propisano kad i koja lica su ovlašćena i kojim redosledom na postavljanje pitanja. Redosled zavisi od toga , ko je predložio ispitivanje svedoka. Ako je ispitivanje svedoka naredio sud po službenoj dužnosti ,prvo pita predsednik veća ,pa ostala lica ovlašćena na postavljanje pitanja, utvrđenim redom .Ako je ispitivanje svedoka predložio tužilac, pitanja postavlja prvo on,pa odbrana itd...Ova novina ima neke sličnosti sa unakrsnim ispitivanjem u anglosaksonskom pravu. Svedoka prevenstveno ispituju stranke a ne sud. Time jača uloga stranaka. Sudija ima uglavnom kontrolnu ulogu[22] (osima kada je ispitivanje naređeno po službenoj dužnosti,kada svedoka prvi ispituje sudija odn. predsednik veća), da sprečava nedozvoljena pitanja. Opravdanje za ovu

[19] Geerds , F., Kriminalistik , Luebeck ,1980. str.212.in fine

[20] Sl.list SRJ br.70/ 2001, 68/2002 i Sl. glasnik RS br.58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007,20/2009 i 72/ 2009

[21] Sl. glasnik RS 72/2009

[22] Grubač, M., Krivično procesno pravo, Beograd, 2009.str.414.

novinu se može videti u jačanju stranačkih elemenata i skraćenju trajanja gl.pretresa.Međutim, smatram , da je postignut zapravo kontra efekat. Sada se *potpuno ispitivanje* svedoka sa spontanim iskazom obavlja *jedino u istrazi*. Na glavnom pretresu ,kod iskaza «pitanje-odgovor», od svedoka se *ne zahteva* celovit, logičan i detaljan iskaza,već da odgovori na postavljena pitanja. Znači,esencijalni, *najvažniji* deo ispitivanja svedoka,spontani iskaz je rezervisan samo za istragu. Ovo je u suprotnosti sa preporukama naučno zasnovanog teorijskog modela prikazanog gore, koji naglašava važnost spontanog iskaza. Slobodno, spontano i kontinuirano izlaganje svedoka, bez sugestivnog i ograničavajućeg uticaja pitanja[23], je *najznačajniji* izvor novih kvalitetnih informacija. Bez toga, krajnji rezultat je, da se važni detalji gube i sećanje svedoka ostaje neiskorišćeno.

Imajući u vidu značaj dokazivanja svedocima, na taj način je težište dokazivanja velikim delom, faktički prebačeno u istragu. Umesto glavnog pretresa, zapravo jača istraga ,gde po prirodi stvari,stranački elementi postupka ne mogu doći do punog izražaja, gde je i prisustvo stranaka samo moguće, ne i obavezno(uz minimalan broj izuzetaka).Istina,načinom postavljnja pitanja, može se *faktički* postići da se ispitivanje svedoka na glavnom pretresu mnogo ne razlikuje ni sada od ispitivanja u istrazi.Naime, ako se svedoku postavljaju uopštena pitanja npr.» Ispričajte šta se desilo dana ...» Ali to je samo *mogućnost* dobijanja spontanog iskaza od svedoka i to nije istovetno sa *obavezom* obezbeđenja mogućnosti davanja spontanog iskaza. Da li će do spontanog iskaza doći, zavisi od lica ovlašćenog na postavljanje pitanja i sudije odn. predsednika veća.

Veće može odrediti da se odstupi od redovnog toka raspravljanja na glavnom pretresu na osnovu čl. 297 ZKP, ali to ovlašćenje se ne odnosi na mogućnost da se svedoci eventualno ispitaju drugačije nego što je izričitim odredbama čl. 331. određeno.

Kada svedok nema priliku da spontano izloži svoja sećanja i da tako oživi i osveži svoje sećanje, može imati značajnih teškoća u davanju odgovora na postavljena pitanja. Loše formulisana, dvosmislena i nejasna pitanja lako mogu zbuniti i najdobronamernijeg ali nesigurnog svedoka, što lako može dovesti do konfuznih odgovora.Na osnovu čl.332. ZKP može biti pročitan njegov raniji iskaz ili deo iskaza, tu dolazi u obzir i iskaz dat u istrazi. Tako, može doći do situacije da umesto usmenog spontanog izlaganja svedoka, bude pročitan njegov spontani iskaz dat u istrazi. To svakako ne doprinosi jačanju načela neposrednosti i usmenosti i oupšte, glavnog pretresa i ne može biti zamena za spontani iskaz.Jedina

[23] O negativnom efektu pitanja videti i izlaganje dalje pod III/1

korist od izostavljanja spontanog iskaza na glavnom pretresu ,može biti lakše razotkrivanje lažnog iskaza. Svedok može zaboraviti šta je ranije rekao a nije bilo istinito,pa se bez konteksta naučenog lažnog iskaza ne može više setiti neistinitih navoda ili se može lako zbuniiti i zapetljati u protivrečnosti. Ipak,smatram da ta korist nije dovoljna protivteža gubitku spontanog iskaza.

Nemački ZKP poznaje *slično, ali mnogo opreznije* rešenje u pogledu ispitivanja svedoka i veštaka, koje bi bilo mnogo primerenije i našem krivičnom postupku.

U istrazi se svedok (i veštak [24]) ispituju na «klasičan « način. Svedok se poziva da sve što mu je poznato »konzistentno izloži», tj. izloži u formi spontanog, logiči povezanog iskaza.[25]

Na glavnom pretresu je ispitivanje može biti drugačije, slično našem ZKP-u. Ako stranke saglasno predlože, predsednik veća **može** prepustiti njima ispitivanje svedoka (i veštaka) koga su one predložile. Tada svaka stranka ispituje prva svedoka (i veštaka) koga je ona predložila[26]. Prema tome, u nemačkom ZKP ovaj vid «unakrsnog» ispitivnja je samo **mogućnost a ne i obaveza. Ta mogućnost se međutim u praksi ne koristi.**[27]

III ALTERNATIVNI MODELI

Pored «doterivanja» klasičnog modela, pritisnuti potrebama prakse za sve većom količinom informacija, naučnici i praktičari stalno traže i neke nove puteve i ulažu napore za izgrađivanjem novih, efikasnijih alternativnih modele ispitivanja.U nastavku izlaganja osvrnućemo se na neke od ovih alternativnih modela ispitivanja.

1. »Model» prakse

Praksa je često sklona da iz raznih razloga (neznanje,nedostatak vremena ,sredstava itd.) ignoriše i dobro razrađene, naučno fundirane modele i zakonske propise i da ide nekim svojim putevima diskutabilne vrednosti .

Istraživanja sprovedena među policajcima u Velikoj Britanij i SAD su pokazala da su policajci svesni značaja saslušanja svedoka. Policajci u Njujorku su skoro bez izuzetka tvrdili da su u rasvetljavanju krivičnih de-

[24] Po čl.85.nem.ZKP, odredbe o ispitivnju svedoka važe i za ispitivnje veštaka.
[25] Čl .69.st.1.nem.ZKP
[26] Čl.239.st. 1.nem.ZKP
[27] Beulke,W., Strafprozessrecht,Heidelberg,2006.str.226.

la najvažniji svedoci[28]. Ispostavilo se i to, da radnici policije troše 86% radnog vremena na ispitivanje svedoka. Slični rezultati su dobijeni i u Velikoj Britaniji[29].

U istraživanju policijske tehnike ispitivanja, krajem 1980-tih godina, u SAD[30],preslušavani su magnetofonski snimci ispitivanja koje su vodili iskusni islednici sa prosečno 1o godina prakse. Snimci su pokazali, da je islednik ,najčešće posle kratakog predstavljanja, zamolio svedoka da u slobodnoj formi ispriča sve čega se seća.Ali ,ispostavilo se, da je ispitivač već samo nakon prosečno *7,5* sekundi *prekinuo* izlaganje svedoka i *postavio neko pitanje*.Više puta se u toku analiziranih saslušanja desilo da svedoci uopšte nisu ni stigli završiti svoje izlaganje.Ovakva tehnika je u suprotnosti sa preporukama naučno zasnovanih teorijskih modela prikazanih gore. Svi oni naglašavaju važnost spontanog iskazivanja. Slobodno i kontinuirano izlaganje svedoka,bez sugestivnog i ograničavajućeg uticaja ispitivačevih pitanja je vrlo značajan izvor novih kvalitetnih informacija. Završetak intervjua bez dovršene priče svedoka je sigurno dovodilo do gubitka brojnih, relevantnih informacija. Dalji problem je, da se zbog stalnog prekidanje izlaganja , kod svedoka formira razumno očekivanje, da će njegovo izlaganje ubrzo opet biti prekinuto.Zbog toga podsvesno nastoji, da «*pametno*« iskoristi vreme na raspolaganju do sledećeg prekida. Svoje izlaganje *skraćuje, sažima i izostavlja detalje koje smatra nevažnim* .Svedok se na ovaj način navodi da *ne čini* nikakve napore u pravcu celovitog i detaljnog iskaza,već da daje samo kratke i površne odgovore na postavljena pitanja. Rezultat je da važni detalji izostaju i ostaju nepoznati ispitivaču. Očigledno je bilo da islednici izrazito preferiraju kratka pitanja sa kratkim odgovorima, nasuprot mnogo efikasnijim otvorenim pitanjima.Ali otvorena pitanja[31] imaju nezgodnu stranu što je za odgovor na njih najčešće potrebno mnogo duže vreme.U tipičnom intervjuu bila su 3 otvorena pitanja i 24(!) kratka zatvorena pitanja[32] na koje je trebalo dati i kratak odgovor. Kod brzih, zatvorenih pi-

[28] Sanders,G., The usefulness of eyewitness research from perspective of police investigators, Unpublished manuscript , State University of New York , 1986.

[29]Kebbel,M.-Milne,R., Police officers perception of eyewitness factors of forensic investigations. Journal of Social Psychology, 1998.str.138.

[30] Fisher,R.-Geiselman,E.-Raymond,D., Critical analysis of police interviewing techniques, Journal of Police Science and Administration, 1987/15

[31] Otvorena pitanja su uopštena i ispitanik ničim nije ograničen u svom izlaganju.

[32] Kod zatvorenih pitanja ispitanik mora da izabare jedan odgovor od više ponuđenih ili nagoveštanih alternativa. Sugestivno dejstvo ovakvih pitanja je veliko. Treba ih svakako doslovce unositi u zapisnik da bi se kasnije mogao pravilno oceniti njihov suge-

tanja svedok je u proseku imao samo 1 sekundu da se psihički pripremi na sledeće pitanje. To je previše kratko vreme za sabiranje misli, aktiviranje sećanja i za koncentraciju na reprodukciju sećanja. Saznanje informacija uskladištenih u memoriji svedoka je strateški zadatak ispitivača. U tom cilju, na adekvatan način, treba da doprinese aktiviranju sećanja i pomogne u što tačnijoj reprodukciji. Izložena tehnika je *potpuno nepogodna* za realizaciju ovog cilja.Pored loše tehnike ispitivanja, slabom krajnjem rezultatu su doprineli i neuvažavanje ličnih osobina ispitanika.Kriminalistička psihologija i kriminalistička taktika preporučuje znatno diferenciraniji pristup ispitivanju, u zavisnosti od pola,starosti,psihičke konstitucije ispitanika i sl. Prisutnost drugih lica,drugih svedoka,radoznalih prolaznika,kratkoća raspoloživog vremena itd., takođe mogu biti značajan ometajući faktor.

Jednim drugim istraživanjem u Engleskoj ,[33] analizirani su intervjui policajaca koji najmanje 5 godina rade na ispitivanjima.Pokazalo se, da je u bezmalo svim posmatranim slučajevima, postupak ispitivanja bio *skoro isti* (isti način vođenja, isti stil postavljanja pitanja), nezavisno od ličnosti svedoka,okolnosti, vrste i težine krivičnog dela. Dominatna su bila *kratka, zatvorena* pitanja,kojim su ispitivači prosto «mitraljirali»ispitanike. Otvorenih pitanja je bilo jako malo. Pauze između pitanja *uopšte* nije bilo. Bilo je i puno *sugestivnih* pitanja.Odgovori na njih , trebali su potvrditi verziju ispitivača o krivičnom delu[34].Rezultat je bio, znatan i neizbežan gubitak korisnih informacija i porast broja pogrešnih i beskorisnih informacija. Naime, ako se saslušanje temelji jedino na pitanjima ispitivača,tada će iskaz najverovatnije sadržati samo ona saznanja ispitanika koja su u nekoj vezi sa postavljenim pitanjima.Pošto ispitivač postavlja pitanja na osnovu svojih saznanja i na osnovu toga šta on smatra bitnim,teško da se tako mogu dobiti za ispitivača *sasvim* nove informacije. Na taj način, već postojeća saznanja ispitivača bitno ograničavaju mogućnost saznanja sasvim novih činjenica. Saslušanja se tako zapravo više svode na *potvrdu* verzije ipitivača o događaju nego na sredstvo saznanja novih činjenica. Ispitivači su često postavljali pitanja i *pre* nego što je svedok *započeo* svoj iskaz. Postavljanje meritornih pitanja o nekim detaljima pre samo-

---

stivni efekat. Videti: Kube/Störzer/Timm(Hrsg.), Kriminalistik , I ,Stuttgart ,etc.1992. str.563.

[33] George,R., A field evaluation of the interview. Unpublished masters thesis. Polytechnic of East London,1991.

[34]Verovatno i kod nas postoje nedostaci u tom pogledu, .Naime neki nedostaci prakse subjektivnog karaktera kao što su neznanje,nemar,nepripremljenost,nestrpljenje nedostatak takta i sluha za potrebe nekih kategorija ispitanika , imaju univerzalni karaktera i ne poznaju granice. Zbog toga bi takva istraživanja bila korisna i kod nas.

stalnog pripovedanja svedoka je pogrešno. Pitanja naime, neizbežno kanališu svedokovu pažnju i izlaganje u određenom pravcu,mogu ga zbuniti i učiniti nesigurnim i to u fazi kad je najpotrebnije da sredi svoje misli i sećanja. Do provere istinitosti iskaza,otklanjanja nejasnoća i praznina pitanjima po prirodi stvari treba da dođe tek *nakon završetka* spontanog pripovedanja.Značaj samostalnog izlaganja je i u tome da ispitanik može iznositi i stvari koje ispitivač eventualno i ne želi pitati. No, to ne znači da se pitanja već u ranoj fazi saslušanja *uopšte* ne mogu postavljati,jer se ispitaniku mora nekako staviti do znanja o čemu se očekuje njegov iskaz.Ali , ona treba da budu uopštena, i da služe kao orijentir saslušanom ,o kom istorijskom događaju treba da iskazuje i da omogućavaju konzistentan iskaz. Najpogodniji metod je da se nakon prvog kratkog iskaza postave tzv.vodeća(*«leading»)* pitanja kojima se omeđava tema.Svedok se zamoli, da ponovo ,sad već na osnovu ovih usmeravajućih pitanja, ispriča svoja sećenja.Time mu se pomaže da ponovo preživi u mislima događaje i da se seti činjenica kojih se dotad nije sećao.Ovako se može nenamerno i odati da je iskaz naučen,tj. lažan.

Veoma je važno , da se samostalno izlaganje svedoka strpljivo sasluša , i da se pitanjem ili primedbom prekida, samo ako je to *stvarno neophodno*: kad ispitanik zastane i ne zna kako da nastavi, kad se udaljava se od teme i sl. Uspešni mogu biti i razni «*neutralni impulsi*» npr. »*da,da*», » *šta je bilo posle*», »*aha*», »*svašta*» i [35]sl.

Aktivna pažnja ispitivača olakšava izgradnju adekvatnog kontakta,jača poverenje u ispitivača,aktivizira i ispitanika i budi u njemu želju da saopšti što više informacija.Strpljivost je naročito potrebna , ako ispitanik nije u stanju da samostalno ispriča svoja sećanja.Tada treba ići korak po korak.Ono što je rečeno treba još jednom proveriti, uneti u zapisnik i pogodnim pitanjem podstreknuti ispitanika da krene dalje.Npr.»*Možemo li dakle upisati u zapisnik da vas je okrivljeni udario pesnicom u lice. Dobro. A šta se desilo posle toga?*» .Pažljivim praćenjem izlaganja svedoka , mogu se vrlo često saznati informacije za postavljanje dobrih pitanja u kasnijoj fazi saslušanja.Tako se može uočiti i vrlo značajna *neverbalna komunikacija*[36].

Nevezano, spontano izlaganje , odražava stav ispitanika o tome, šta on smatra važnim,koji su bitni elementi izloženog događaja.Sugestivno dejstvo pitanja ne dolazi do izražaja, ne deformiše iskaz i tako se može doći do novih važnih činjenica. Negativna strana je da mogu izostati

[35] Kube/Störzer/Timm (Hrsg.) ,Kriminalistik , I , Stuttgart ,etc.1992.str.str.589.

[36] Detaljnije: Bender/Röder/Nack, Tatsachenfesstellug vor Gericht, I, Müchen, 1981. str. 8o-87.

objektivno važne činjenice koje ispitanik samatra nevažnim. To se može kasnije pitanjima ispraviti[37].

2. Reid-ova tehnika ispitivanja[38]

Metod je u SAD razvio ***John E.Reid*** sa saradnicima i danas se predaje u prvom redu policajcima ali i na tečajevima za civile.Cilj je, efikasno ispitivanje.Osnova metoda je teza da rutinirani ispitivač, pomoću ovog metoda, može na osnovu verbalnih saopštenja i neverbalnih reakcija ispitanika oceniti da li je iskaz lažan ili istinit.Zbog toga , pre stvarnog ispitivanja, treba sprovesti tzv.»*test ponašanja*», putem unapred određenih tendencioznih pitanja, kojima se nastoji izazvati neka reakcija u ponašanju ispitanika.Cilj testa je utvrđivanja stepena spremnosti na saradnju i verodostojnosti budućeg iskaza ispitanika . Sprovodi se *pre* samog ispitivanja. Detaljno se analizira i neverbalna komunikacija,tipiziranjem obrazaca ponašanja da bi se moglo zaključiti šta se može očekivati od stvarnog ispitivanja.Među ovima se cene takvi markantni i «*izdajnički»* teleseni pokreti kao što su « *ispitanik se povlači u sebe,ruke sklapa na grudima i izbegava kontakt očima*»(neverbalni znaci) ili «*postavljeno pitanje ponavlja,postavlja kontra pitanje ,odgovara samo uopšteno,kasni sa odgovorom,izbegava direktan odgovor»* (verbalna komunikacija)[39].

Drugim rečima, cilj je da se utvrdi da li će ispitanik govoriti istinu ili ne.

Po autoru ovog metoda, već pre samog ispitivanja se može izgraditi racionalan stav o tome , da li je ispitanik potencijalni učinilac.Do stvarnog ispitivanja dolazi samo ako je ispitivač uveren da ispitanik laže , a verovatno je on i učinilac .Kad se pređe na stvarno ispitivanje njegov cilj je da se u postupku u *devet koraka* neposrednim uticanjem, *slomi otpor* navodnog učinioca i *navede ga na priznanje*.

U *prvom koraku* ispitivač saopštava ispitaniku da ne sumnja u njegovu krivicu.U ovoj fazi je najvažnije tzv.»*formiranje teme*».To je monolog ispitivača u kome on

- nudi moralna ili psihološka *opravdanja* dela(*metod minimiziranja lične odgovornosti*) ili
- predočava zapanjujuću količinu stvarnih ili *izmišljenih* dokaza o krivici ispitanika (*tehnika maksimalizacije*).

---

[37] Bócz,E.,(ur.), Kriminalisztika , Budapest, 2004. str.774-775.

[38] Naved.prema Bócz,E.,(ur.), Kriminalisztika , Budapest ,2004. str.859.

[39] Detaljan katalog ovih signala sastavio je Inbau .Poznati su i drugi metodi napr.tzv.» *Behaviour –Analysis*» ili «*test laži*» koji je sastavio Majesky.

Ovim metodima se nastoji uveriti ispitanik da je u bezilaznom položaju i da mu se ponudi da prizna i tako «*sebi olakša dušu*». Dalji koraci su usmereni na otklanjanje eventualnog otpora ispitanika i povećanja verovatnoće priznananja. Tu se nalaze i predočavanje izmišljenih dokaza.*Zadnji korak* je sačinjavanje zapisnika.

Ova tehnika ima brojne nedostatke. U Evropi pravni propisi u najvećem broju zemalja zabranjuju korišćenje fiktivnih «dokaza» jer je to obmana ispitanika.Već je samo polazište diskutabilno. Psihološka istraživanja su dokazala da laž nema specifične manifestacije koje bi se mogle prepoznati u toku »*testa ponašanja*» (čije je mesto i uloga sa pravnog aspekta i inače vrlo diskutabilno).Uočeni verbalni i neverbalni znaci mogu najviše pružiti samo neke labave pretpostavke da je ispitanik najverovatnije i učinilac.Neprihvatanje primedaba i protivljenje ispitanika i naširoko-nadugačko opisivanje bezizlaznosti njegovog položaja, te nuđenje priznanja isticanjem pozitivnih moralnih ,psiholoških i pravnih efekata, ispitivač može navesti i nevinog na priznanje.I pored svih nedostataka ovaj metod se eksperimentalno predaje i u Evropi u nekim državama (npr. u Nemačkoj u Bavarskoj) .

U pogledu američke prakse policijskog ispitivanja, posle obimnih istraživanja ***Richard A.Leo***[40] je utvrdio 25 taktičkih zahvata koji su rašireni u praksi .Veoma je česta taktika predočavanje dokaza,isticanje interesa osumnjičenog, naglašavanje stručnosti isposobnosti ispitivača, omalovažavanje moralne težine dela pa i pozivanje na fiktivne dokaze.Relativno se retko primenjuje taktika «*dobrog i lošeg islednika*».Autor je naveo da se može iskazati čvrsta korelacija između broja taktičkih zahvata u toku ispitivanja,težine dela,rasne pripadnosti osumnjičenog i težine i količine dokaza.Što je teže krivično delo primenjivano je više tehnika da se izdejstvuju samooptužujuća priznanje.Što je više dokaza bilo na raspolaganju,smanjivao se broj tehnika i uloženih napora za postizanje priznanja .

3. Engleski[41] PEACE model

Ovaj model je izgrađen nakon nekoliko veoma sumnjivih osuda u Engleskoj i Velsu osamdesetih godina prošlog veka,koji su izazvali veliku pažnju javnosti i oštre kritike na rad policije i sudova.U tom pogledu naročito se ističe slučaj koji je postao poznat pod nazivom «Drvo iz Kardifa» (***«The Cardiff Tree Case»).*** Optuženi je oglašen krivim za navodno ubistvo jedne prostitutke, ali je presuda posle ukinuta, jer se uglavnom

[40] Naved.prema Bócz,E.,(ur.) , Kriminalisztika , Budapest , 2004. str.859.
[41]Naved.prema Bócz,E.,(ur.) , Kriminalisztika , Budapest , 2004. str.860.

zasnivala na priznanju, pri kojem su korišćeni nezakoniti metodi saslušanja.Posle nekoliko sličnih slučajeva, koji su značajno negativno uticali na autoritet pravosuđa, od 1986 .g. svako saslušanje se snima.Na osnovu analize ovih snimaka, u Ujedinjenom Kraljevstvu konstruisan je model saslušanja pod nazivom «***Planning and Preparation,Engage and Explain,Account,Closure,Evaluate***» skraćeno ***PEACE***. Model je zapravo složeni sistem metodoloških preporuka za optimalno sprovođenje saslušanja. Obuhvata planiranje i pripremu saslušanja, razne varijacije uspostavljanja kontakta,analizu toka interakcije,ocenu relevantnosti dobijenih informacija i adekvatno fiksiranje toka saslušanja. Model se uči na specijalnim edukativnim seminarima na kojima se teoretska nastava povezuje sa konkretnim metodima njegove primene u praksi. Seminar ima sledeću strukturu:

– razvijanje komunikativne sposobnosti
– poznavanje toka obrade informacija
– tehnike postavljanja pitanja i ispitivanja
– suzbijanje otpora i nespremnosti ispitanika na saradnju
– primena raznih delova strukture ispitivanja, naročito značaj i uloga pripremnih i završnih radnji
– postupanje sa braniocima
– poznavanje prava

Pored ovih kurseva, sve je veći naglasak na istraživanju faktora koji utiču na motivacioni proces iskaza okrivljenog. Ova istraživanja zasad samo delimično potvrđuju mit da su ispitivači sposobni da primenom specijalnih tehnika slome otpor okrivljenog ili da mogu uticati na njihov iskaz[42]. Nije mogla biti potvrđena ni česta primedba policajaca da su okrivljeni nespremni na saradnju i da je vrlo teško sa njima postupati.Nasuprot tome, ispostavilo se, da su ispitivači često bili nepripremljeni, nesigurni, nemetodični i primenjivali su pogrešne tehnike. To je često uticalo i na spremnost okrivljenog da da iskaz.

4. Kognitivni intervju

Važnost i nezamenljivost iskaza je podstakla napore u pravcu izrade novih efikasnijih tehnika ispitivanja .Nakon opsežnih istraživanja u kome su učestvovali brojni psiholozi i ispitivači, ***Ron Fisher*** i ***Ed Geiselman*** su 1992.g konačno uobličili jedan novi metod i nazvali ga «***kognitivni inter-***

[42]Istraživanje koje je sproveo John Baldwin,pokazalo je da se od 600 snimljenih saslušanja, samo u 20 slučajeva mogao nesumnjivo utvrditi uticanja ispitivača na iskaz. Naved. prema Bócz, E., (ur.), Kriminalisztika, Budapest, 2004. str. 859.

vju»[43] zbog korišćenja raznih kognitivnih tehika usmerenih na efikasno aktiviranje sećanja. Cilj razvijanja ovog metoda je bio da se ***poveća kvantitet i kvalitet informacija*** dobijenih od ispitanika. Naučno je i potvrđeno da daje više podataka. Danas postoje dve verzije, originalna i poboljšana (često se naziva i revidirana). Originalna verzija sadrži kognitivne tehnike a poboljšana verzija uz kognitivne tehnike naglašava i veštine socijalne interakcije i komunikacije[44].

Originalni metod kognitivnog intervjua koristio je 4 tehnike za osveženje pamćenja:

1. rekonstrukcija konteksta u procesu sećanja
2. instrukcija svedoku da ispriča sve što zna
3. prisećanje na događaj sa promenjenim redosledom
4. tehnika promene perspektive

1. Cilj ***prve tehnike***, je oživljavanje pamćenja i rekonstrukcija događaja. Svedok se upućuje da *u mislima* obnovi kontekst događaja.Svedoku se kaže da se u mislima vrati na mesto događaja ,da se priseti detalja o izgledu lice mest izvrši i rekonstrukciju događaja.Upozorava se da ne žuri , i da će posle dobiti priliku da u formi slobodnog izalaganja iznese svoje sećanje bez prekidanja.Kako je praksa pokazala svedoci se vrlo često ponovo uživljavaju u situaciju .Zatvorenih očiju nastoje oživeti sećanja na mesto,vreme i druge okolnosti kritičnog događaja.

2. ***Druga tehnika*** nastoji da prevaziđe negativne efekte tradicionalne tehnike prakse, stalnog prekidanja izlaganja svedoka. Svedok se poziva da u formi slobodnog izlaganja *iznese sve čega se seća,* pa i *sitne detalje* .To je jako važno prema autorima metoda, jer se ovako mogu saznati najvažnije informacije.Cilj nije samo izbegavanje gubitka informacija,već i sakupljanje što veće količine informacija, koje svedok smatra inače nevažnim i koje bi zbog toga najverovatnije prećutao. Videli smo, da postavljanje brzih kratkih pitanja dovodi do neželjenog skraćivanja i sažimanja odgovora,a to neminovno dovodi do izostavljanja sitnih detalja.Pri tome, svedok sam ceni koji su detalji važni a koji nisu.Pošto ne zna koji bi detalji u konkretnom slučaju bili važni, za ispitanika nevažni detalji ali za ispitivača možda važni , nužno se gube.Zbog toga je važno da ispitivač sazna svaku moguću informaciju tj. da svedok *ne vrši selekciju informacija* ,već da saopšti sve što zna.

3. ***Treća tehnika*** je prisećanje na događaj *obrnutim redosledom*. Ova tehnika dolazi u obzir nakon izlaganja sećanja normalnim redosle-

[43] Fisher,R.,-Geiselman,E., Memory-enhencing techniques for inwestigative interviewing: The cognitive interview,Springfield,IL.,1992.

[44] Pavišić,B.-Modly,D.-Veić,P., Kriminalistika, Knjiga prva , Zagreb , 2006. str.4o8.

dom. Kada svedok u mislima izvrši rekonstrukciju događaja, neki detalji lako mogu izostati. Prisećanjem na događaj obrnutim redosledom toka događanja, poništava se prvobitna, u sećanju izgrađena rekonstrukcija događaja. Vrši se ponovna rekonstrukcija, sad obrnutim redom. Nedostaci prvobitne rekonstrukcije se mogu otkloniti i tako dobiti dodatne informacije.

4. ***Četvrta tehnika*** se takođe zasniva na poništavanju već izgrađene misaone rekonstrukcije na osnovu sećanja i ponovne izgradnje u nadi da će se pri tome aktivirati dodatni mehanizmi sećanja i tako doći i do dodatnih informacija. Svedok se zamoli da se *zamisli u ulozi nekog drugog značajnog učesnika u događaju i da opiše šta bi moglo to lice videti od događaja*. Npr. svedok-mušterija menjačnice se zamoli da ispriča kako bi video razbojništvo da je on bio blagajnik menjačnice. I ova tehnika može doneti značajne nove informacije,ali postoji opasnost da svedoka u nameri da dobro ispuni zadatak neosnovano mašta šta je po njegovom mišljenju mogao videti dotični učesnik, tako da postoji opasnost od pogrešnih informacija.

Kognitivni intervjua je struktiran na specifičan način i sastoji od 7 čvrsto povezanih faza. Ta strukrura je razvijena početkom devedesetih godina koristi i danas. Tehnike osveživanja pamćenja su razmeštene na poseban način,broj zatvorenih pitanja je smanjen na minimum a na njihov račun preferiraju se otvorena pitanja,data je mogućnost svedoku za duže, neometano, slobodno pripovedanje i predviđena je mogućnost pauza.

U *prvoj fazi* se uspostavlja lični kontakt sa svedokom,što će biti osnova za saradnju i dalji rad sa njim.

U *drugoj fazi* dolazi do izlaganja ciljeva intrvjua.

U *trećoj fazi* počinje pravo saslušanje.Inicira se slobodno izlaganje. Svedok se zamoli da rekonstruiše u mislima ceo događaj. Posle se poziva da to i *ispriča od početka do kraja*.Mogu se dati pauze da se što bolje koncentriše.Stav ispitivača treba da je neutralan u toku celog intervjua.

U četvrtoj fazi se postavljaju pitanja.Tu se koristi tehnika apela i podsticanja da se pokuša prisetiti svega, pa i najsitnijih detalja. Pitanja treba da budu otvorenog tipa,mada, pri kraju se mogu koristiti i zatvorena pitanja za nedvosmisleno raspravljanje nekih detalja.U toku postavljanja pitanja ispitivač se vraća na nejasne delove iskaza i pomoću postavljenih pitanja nastoji ih pojasniti.

U *petoj fazi* se koriste dve preostale tehnike osveživanja pamćenja. Od ispitivačeve procene zavisi da li će prvo zahtevati izlaganje događaja obrnutim redosledom ili promenom perspektive posmatranja. Treba pozvati svedoka da koristi sva svoja čula u pri sećanju. Mogu biti u pitanju razni zvuci,boje, mirisi sl. koji pomažu pri sećanju.

U *šestoj fazi* ispitivač rezimira saslušanje i to usaglašava sa svedokom.Tada je još uvek moguće da se pojave novi detalji u sećanju.Nakon toga svedok i ispitvač uklađuju konačan tekst zapisnika u bitnim tačkama.

Sedma, zadnja faza, je zaključenje saslušanja i odlazak svedoka.

U grubim crtama ovako izgleda struktura kognitivnog intervjua.Razni autori obično dodaju još i pregršt saveta u pogledu tehnike postavljanja pitanja,vođenja saslušanja,neverbalne komunikacije i sl.

Kognitivni intervju je napravio sjajnu karijeru u SAD i Evropi (Engleska, Nemačka i dr.)[45]. Jednodušna je ocena da se na ovom tehnikom može dobiti *veća količina kvalitetnih informacija* nego klasičnim metodima ispitivanja. Dalja prednost metoda je da ne zahteva dugotrajnu obuku. Za savlađivanje osnova dovoljan je dvodnevni kurs. U pogledu njene primene kod nas nemam informacija. U kriminalističkoj literaturi se sporadično pominje.

5. Struktuirano saslušanje pomoću kartica

«*Strukturairano saslušanje*» znači određeni utvrđeni i standardizovani redosled radnji ispitivanja.Metod su razvili *Frank Adler* i *Max Hermanutz*[46] u Nemačkoj, sa ciljem da se dobije objektivni i celoviti iskaz. Oslanja se na metod kognitivnog intervjua, kartica sa slikama i na rezultate istraživanja ovih i drugih autora.

Korišćenje karata sa slikama se dobro pokazalo u radu sa decom.Postavilo se pitanje da li bi korišćenje karata i kod ispitivanja odraslih dalo dobre efekte. Eksperimenti koje su sproveli *Adler* i *Hermanutz* su potvrdili da korišćenje karata ima dobre efekte na ispitivače. Ispitivanje se lakše struktuira, ne odstupa se lako od utvrđene procedura ispitivanja i mala je mogućnost da se nešto važno zaboravi. Podstaknuti ovim pozitivnim efektima,preneli su celokupan tekst toka ispitivanja na kartice.U interesu lakše orijentacije ispitivača,na kartama su i pojednostavljeni grafički prikazi. Kartice služe *isključivo kao pomoć ispitivaču*, ispitanik ne vidi sadržinu karata. Kartice prema tome koristi ispitivač. Nakon završetka jednog koraka u postupku ispitivanja,uzima sledeću karticu sa opisom sledećeg koraka i postupa prema intrukcijama na njoj. Ako ispitanik insistira,može mu se i pokazati kartica nakon završetka dotične faze uz objašnjenje čemu služi.Uče-

[45]Boros, J., Kriminalisztika és pszichológia, in: Tanulmányok Erdősy Emil professzor tiszteletére, Pécs, 2002. str. 169.

[46] Adler, F. - Hermanutz, M., Strukturierte vernehmen mit Vernehmungskarten, Kriminalistik , br. 8-9/2010, str. 499-511.

snici u eksperimentalnim testiranjima su pozitivno ocenili metod.Već su nakon nekoliko ponavljanja naučili sadržinu kartica i one su služile posle samo kao podsetnik.

Pokazalo da su kartice praktične i iskazi dobijeni pomoću njih mogli su se meritorno ceniti kao istiniti ili neistiniti. Kontrolna grupa je ispitivanje obavljala na «klasičan« način. Njihovi pribavljeni iskazi su bili mnogo nekvalitetniji i često nisu bili pogodni za ocenu istinitosti.

Idealno bi bilo da se iskaz dobije bez ikakvog uticanja ispitivača.Ovaj metod je pokušaj da se nađe put da se u najmanjoj mogućoj meri utiče na svedoka i ako je uticaj već neophodan, da bude prepoznatljiv. Minimalni uticaj ispitivača na davaoca iskaza kod ovog metoda se obezbeđuje, u prvom redu, otvorenim pitanjima. Ispitivanom licu se naznačava samo tema o kojoj treba da govori, a konkretna pitanja se postavljaju tek na kraju ispitivanja. Mogućnost naknadnog utvrđivanja uticanja proističe otud, što su teme i tok razgovora standardizovane i fiksirane na karticama i zbog toga su i prepoznatljive. Radi se o tome da se tok ispitivanja učini»*providnim*» .

Struktura ispitivanja je karaketeristična i po tome, da pre ispitivanja nema *nikakvog* razgovora. Ispitivanje počinje sa zakonom propisanim poučavanjem i opomenama ispitanika u zavisnosti od njegovog procesnog svojstva (osumnjičeni, okrivljeni,svedok) i obavlja se u ukupno 13 koraka.

Opasnost od obmane od strane ispitivača u toku ispitivanja ne postoji, niti je tehnika na bilo koji način pogodna za to. Cilj je, da se u zakonitoj formi dođe do istine i da se istovremeno ispitaniku pomogne da se korektno i iscrpno priseti događaja.

Kartice su veličine DIN A6 (tj.1/4 od formata A4) pogodne za rukovanje. Komplet sadrži 28 kartica .

Kartica br.1: - Naslov, kratko objašnjenja u vezi metoda i neka opšta uputstva.

Kartica br.2: -*Pregledna kartica*.Daje pregled toka ispitivanja u 13 koraka podeljenih u 2 celine .To omogućava da ispitivač predstavi sebi u mislima tok ispitivanja. Kartica služi za svojevrsnu mentalnu pripremu,što treba da jača samopouzdanje ipitivača.Upozorava ispitivača , da se obave ili dopune pripreme ako su propuštene ili su nedovoljne .Neophodno je isplanirati i način fiksiranja sadržine ispitivanja.Formu će odrediti procesno svojstvo ispitanika i ispitivača.Svakako je najsavršeniji metod snimanja na video traku uz kasniji prepis u formi službene beleške ili zapisnika. Konkretni tok ispitivanja je dat na kasnijim karticama, korak po korak.

Kartica br.2. je podeljena na dva dela:

Kartica 2.,deo 1.: *Struktuiranje i planiranje.* Sadrži opis 6 početnih koraka: 1.Sopstvena mentalna priprema; 2.Postavljanje prema ispitaniku; Samokontrola; 2.Korišćenje dosadašnjih saznanja; 3.Planiranje strukture saslušanja; 4.Planiranje dokumentovanja saslušanja; Otvaranje saslušanja; 5.Pouke i opomene; 6.Otvaranje razgovora i uspostavljanje kontakta.

Kartica br.2., deo 2.:*Saslušanje lica*-sadrži opis 7 sledećih koraka: 7. Neutralna nerelevantna tema; Saslušanje o događaju; 8. Motiviranje za slobodno pripovedanje; 9. Tehnike postavljanja pitanja pri saslušanju; 10.Raspraviti sva pitanja; 11.Povećati kognitivni napor; 12.Konfrontacija sa ostalim dokazima; Zatvaranje razgovora; 13. Otpuštanje ispitanika.

Kartica br.3 i 4: sadrže *pouke i opomene* predviđene zakonom.Ispitivanje počinje poukama i opomenama koje propisuje zakonu.

Kartica br. 3.: *Pouke i opomene za svedoka*- navode se zakonski članovi koji se odnose na materiju. Najbolje je da ispitivač saglasno konkretnoj situaciji sam pripremi ovu karticu.

Kartica br.4.: *Pouke i opomene za okrivljenog*.Ako se on odluči nakon toga da ne da iskaz,saslušanje je završeno.

Posle pouka i opomena više *nema razlike* u karticama između ispitivanja okrivljenog(osumnjičenog) i svedoka.

Kartica br.5: -*Pitanja o ličnim podacima*.Pored identifikacije , ova pitanja ujedno pružaju priliku da se nađe neka neutralna tema,koja se ne odnosi na događaj ,o kome se može započti razgovor sa ispitanikom ,što je prilika za njegovo kakvo- takvo upoznavanje.Polazi se od toga , da ličnost koja se bar donekle poznaje i u koga se ima poverenje , bolje može oceniti nego potpuni neznanac. Sticanje poverenja u slučaju nepoznatih ispitanika može se poboljšati sa tzv.»*baseline*»-om.Time se može postići uspešnije razlikovanje istinitih od neistinitih iskaza.

Kartica br.6:-*Fundiranje toka saslušanja*.Kada je nađena nerelevantna tema, odmah se inicira spontan iskaz ispitanika o tome.Cilj je , da se dobije «*baseline*».Na osnovu informacija iz «*baseline*»-a , može se izvršiti ocena istinitosti dela iskaza koji se odnosi na kritični događaja.Ovaj cilj nedvosmisleno treba i saopštiti ispitaniku.Ispitivaču je na kartici predložena sledeća formulacija*: »Ja bih želeo od vas saznati šta se desilo.Da bih mogao sve shvatiti i pravilno oceniti,koristićemo jednu metodu: porazgovaraćemo o temi koji nema nikakve veze sa događajem na mestu X».*

Time je ispitaniku nedvosmileno saopšteno šta je cilj ovog uvodnog razgovora.Ispitaniku se takođe odmah saopštava, da brojna pitanja koja

će se postaviti nisu usmerena na njegovo nepotrebno šikaniranje, već mu se zapravo tako pruža prilika da se izjasni o svim okolnostima.

Kartice br. 7-12: -*Izlaganje nerelevantne teme.*Pre izlaganja nerelevantne teme, ispitanik se i drugi put poziva, sa osloncem na metod kognitivnog intervjua, da u formi slobodnog pripovedanja izloži , šta ima da kaže.Ovo treba da uveri ispitanika, da se od njega očekuje što je moguća veća količina informacija. Posle toga, traži se od njega da događaj ispriča obrnutim redosledom zbivanja,kao i da poneke delove detaljnije opiše npr. okolinu, razgovore, razna lica. Za svaki od ovih koraka izrađena je posebna kartica sa prostim grafikama.Naročit naglasak je *na nesugestivnom* postavljanju pitanja.

Kartica br.13:-*Saslušanje o kritičnom događaju.*Ispitanik se uvodi u taj deo jednom pogodnom formulacijom »*Sad ste upoznali način postavljanja pitanja i sve ste vrlo dobro radili.Da porazgovaramo sada o....*».Samo po sebi se razume da se ispitanik sme pohvaliti samo ako je stvarno i zaslužio,ako to nije slučaj pohvalu treba izostaviti.

Kartice br.14-19:-*Izlaganje ispitanika o kritičnom događaju.Centralni deo* ispitivanja.Oslanja se na tehnike kognitivnog intervjua.

Tok ispitivanja je isti kao i u slučaju razgovora o nerelevantnoj temi:Ispitanik se zamoli da ispriča *sve što zna*,čak i ono što smatra *nevažnim*.Zatim, da događaj ispriča obrnutim redosledom, da se detaljno osvrne na neke delove izlaganja ,npr. na okolinu,razgovore,razna lica itd.

Kartice br.20-23: -*Postavljanje pitanja.*Nakon što je ispitanik završio slobodno izlaganje,slede pitanja.Pitanja mogu biti različita .Prvo treba razjasniti netačnosti precizirajućim pitanjima (npr.»*koliko je tačno bilo sati* ?») i otkloniti moguće protivrečnosti i praznine u iskazu. U toku spontanog izlaganja ispitanika , beleže se pitanja i tek se sada postavljaju (uputstvo kartice br.2o).Ispitanik se *ne prekida* u izlaganju radi postavljanja pitanja.

Pitanja se mogu odnositi na objektivne ili subjektivne elemente krivičnog dela i brojne druge teme.

Nakon toga , daljim pitanjima se razjašnjavaju eventualne protivrečnosti sa iskazima drugih lica i materijalnim dokazima.Iskaz ispitanika se «*konfrontira*» sa ovima i otud i izraz «*Konfrontirajuća pitanja* « na kartici br.22.Pri tome je važno da se ne smeju tvrditi nepostojeće ili neproverene činjenice.

Kartica 23. sadrži upozorenje ispitaniku da se mogu pojaviti nove činjenice korišćenjem raznih metoda istraživanja(npr.daktiloskopskim veštačenjem) i da će se njegov iskaz tada morati konfrontirati i sa njima.

Kartice 24-25: -*Završetak ispitivanja*. Pre konačnog završetka ispitivanja, ispitaniku se pruža mogućnost dopune iskaza.Nakon toga se zapisnik završava i potpisuje.

Kartice 26. i 27. su prazne. Ispitivač može uneti neke svoje beleške.

Kartica 28. sadrži informacije o daljoj literaturi.

Struktuirano saslušanje je moguće kod svake vrste saslušanja.Konkretne situacije mogu biti vrlo različite. U principu ,ipitivanje je struktuirano po različitim fazama toka ispitivanja.Koraci su uvek isti.

Metod je još i u Nemačkoj u eksperimentalnoj fazi. Ostaje da se vidi u kojoj meri će biti prihvaćen u praksi.

IV ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Polazna tačka našeg izlaganja je da u krivičnom postupku veliki broj dokazne građe proističe još uvek iz nečijeg iskaza ili je na drugi način organski povezan sa iskazima. Iako materijalni dokazi stiču sve veći značaj i bez obzira na sve prednosti materijalnih dokaza, oni najčešće ne mogu opstati bez ličnih dokaznih sredstava.Naime, materijalne dokaze najčešće prezentuju veštaci a potvrđuju (ili negiraju) iskazi svedoka i osumnjičenog/okrivljenog .Otisak prsta, zrno ispaljeno iz vatrenog oružja itd., dokaznu vrednost dobija samo ako njihovu autentičnost i dokazne informacije koje proističu iz njih, potvrde veštaci i/ili svedoci i /ili osumnjičeni/okrivljeni. Jak materijalni dokaz, u kontekstu sa slabim iskazima znatno će izgubiti na dokaznoj snazi, i obrnuto,objektivno slab materijalni dokaz, u kontekstu sa dobrim iskazima, može biti vrlo ubedljiv. Može se zato konstatovati, da materijalni dokazi dokaznu snagu najčešće stiču u kontekstu sa ličnim dokaznim sredstvima.

Zbog značajne uloge ličnih dokaznih sredstava, dokazi o krivičnom delu su često veoma « nesigurni jer po pravilu potiču iz izvora koji su nesigurni(iskaz svedoka,okrivljenofg i veštaka)[47]». Brz razvoj nauke i tehnike je budio nadu, da će lična dokazna sredstva u krivičnom postupku izgubiti dosadašnju centralnu ulogu, i da će na mesto njih stupiti objektivni naučni dokaz. Dokazi dobijeni objektivnim naučnim metodima , trebali bi potisnuti u drugi plan,u prvom redu nesiguran i subjektivno obojen iskaz svedoka. To bi bio kvalitativan skok u dokazivanju u krivičnom postupku. Međutim, ta nadanja se zasad nisu ostvarila. Istina, materijalni dokazi imaju sve veći značaj, zbog brojnih razloga koji kumulativno deluju.Na jednoj strani, je ogroman porast mogućnosti novih naučnih metoda i teh-

[47] Grubač, M., Krivično procesno pravo, Beograd, 2009. str. 204.

nika koje se primenjuju pri otkrivanju i obradi materijalnih dokaza. Time raste i stepena objektivnosti i ubedljivosti materijalnih dokaza .Sa druge strane, sve su veće teškoće pribavljanja ličnih dokaznih sredstava , naročito iskaza osumnjičenog/okrivljenog ali i svedoka. Stalno raste broj garancijalnih zakonskih propisa, koji objektivno posmatrano otežavaju pribaljanje takvih dokaza. Pored toga, prisutna je i tendencija izrazitog rasta zastrašivanja, podmićivanja i nezainteresovanosti svedoka. Ako se i pribave iskazi svedoka, okrivljenog i veštaka u zakonitoj formi, ostaje problem njihove objektivnosti.

Uprkos teškoćama, lični izvori su i dalje osnovna dokazna sredstava i nema izgleda da će u doglednoj budućnosti potpuno izgubiti značaj ali je realno očekivati, nastavak tendencije smanjivanja njihovog značaja. Protivteže ovoj tendenciji, mogu biti nove tehnike ispitivanja, koja mogu kvalitativno poboljšati stepen iskorišćenosti informatcionog potencijala saslušanih lica. Ali, u pravu je *Geerds* kad ističe, da nema čudotvornih metoda i sredstava,već da su preporuke kriminalistike samo *pomoć* pri ispitivanjima u krivičnom postupku. Zbog toga, one se ne smeju kruto shvatati i ne vode uvek i nužno do uspeha[48]. Izuzetno je važna uloga ispitivača i njegove inteligencije, iskustva, stručnosti, pronicljivosti i kreativnosti u pristupu i ophođenju sa ispitivanim licem.

Naučno zasnovane novine malo vrede, ako ih praksa ignoriše i nastavlja da radi po sopstvenim, često pogrešnim i neefektivnim ali komotnim metodima. Napori naučnika imaju smisla i njihovi rezultati dobijaju verifikaciju, samo ako *stvarno* unapređuju praksu. A da se to ostvari,neophodna je *adekvatna obuka* ispitivača i stvaranje *objektivnih uslova*(adekvatna zakonska regulativa,tehnička opremljenost sl.) za primenu savremenih naučnih dostignuća u praksi . Savremen sistem obuke i kritična primena novih naučnih dostignuća uz zadovoljavajuće objektivne uslove,omogućava ispitivaču da u maksimalnoj meri iskoristi informacioni potencijal memorije ispitanika. Nauka jedino tako može doprineti poboljšanju prakse.

[48] Geerds , F., Kriminalistik, Luebeck , 1980, str. 212.

Ištvan Feješ, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Interrogation Models in Contemporary Criminal Procedure

Abstract

The paper is divided onto four major parts.

In the introductory part the author states that personal evidence (statements of whiteness, suspect, accused, convicted and expert) play still a very important role in collecting evidence in criminal procedure, even though the significance of physical evidence is growing.

In the second part the classical model of interrogation is presented, which is based on the division of interrogation onto three parts. This model is accepted by majority of authors.

The third part is devoted to alternative models.

The fourth part contains concluding remarks. Here the author underlines that scientific novelties are valuable only if they contribute to the practice, and this contribution is only possible if the interrogators are trained adequately and if objective conditions for the application of the novelties are provided.

Key words: Criminal Procedure, interrogation, models

Originalni naučni rad 342.721:343.126

Dr Saša Knežević, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Nišu

OGRANIČAVANJE LIČNE SLOBODE ZADRŽAVANJEM OSUMNJIČENOG*

Sažetak: *Pravo na ličnu slobodu jedno je od najvažnijih prava iz kataloga osnovnih ljudskih prava i sloboda, sadržanog u najvažnijim aktima međunarodno pravnog karaktera, i ustavima država zasnovanih na vladavini prava. Ovo pravo čini samu bit ljudske egzistencije, i stoga je neophodna njegova pravna artikulacija.*

Lična sloboda znači pravo na sigurnost građana, da on neće biti uhapšen i zadržan u zatvoru od strane državnih organa, kao i pravo da se slobodno kreće i nastanjuje. Međutim, iz same prirode krivično pravne zaštite društvenih vrednosti, proističe potreba da se ograniči pravo na ličnu slobodu u izuzetnim okolnostima, uključujući pritvaranje osumnjičenih.

Zadržavanje osumnjičenog je mera procesne prinude, kojom se, na osnovu policijske odluke, osumnjičeni privremeno zadržava, radi prikupljanja informacija i saslušanja. Osnovni principi humanosti zahtevaju da pritvoreni osumnjičeni zadržava sva prava, koja proizilaze iz principa zaštite lične slobode.

Ključne reči*: sloboda; zadržavanje; osumnjičeni; policija; procesna prinuda;*

Uvodne napomene

Pravo na ličnu slobodu predstavlja jedno od najznačajnijih prava iz kataloga osnovnih sloboda i prava čoveka, sadržanih u najvažnijim aktima međunarodnopravnog karaktera, i ustavima država zasnovanih na vla-

* Ovaj rad je sačinjen u okviru projekta „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ (br. projekta 179 046), koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

davini prava. To je posledica činjenice, da je pravo na slobodu, uz pravo na život, najznačajnije ljudsko pravo. Ovo pravo direktno je vezano za samu ljudsku egzistenciju, te, stoga, nužnom se čini njegova pravna artikulacija.

Lična sloboda podrazumeva pravo građanina na sigurnost, da od državnih vlasti neće biti uhapšen i zadržan u zatvoru, kao i pravo, da se može slobodno kretati i nastanjivati.[1] Međutim, iz same prirode krivičnopravne zaštite društvenih vrednosti proizlazi potreba ograničavanja prava na ličnu slobodu, u izuzetnim situacijama. Efikasnost sankcionisanja protivpravnih ponašanja, kojima se krše krivičnopravne norme, nalaže postojanje pravne mogućnosti ograničavanja slobode kretanja lica osumnjičenih za izvršenje krivičnih dela, iako pravo na slobodu kretanja predstavlja kvintesenciju lične slobode. Ograničenje slobode kretanja, lišenjem slobode osumnjičenog, i njegovo zadržavanje u zatvorskim uslovima, ponekad se javlja kao imperativ uspešnosti institucionalizovane društvene reakcije prema licima, osumnjičenim za izvršenje krivičnih dela.

Civilizacijski standardi, sadržani u najznačajnijim međunarodnopravnim aktima i ustavima demokratskih država, nalažu da se lična sloboda može ograničiti, samo za potrebe krivičnog postupka, i pod striktno određenim uslovima. Ograničavanje lične slobode, lišenjem slobode osumnjičenih, moguće je, prvenstveno, odlukom suda. Međutim, iz pravne pozicije policije, kao prve karike u lancu društvenog reagovanja na protivpravna ponašanja, logičnim se čini ovlašćenje ovog upravnog organa na kratkotrajna zadržavanja osumnjičenog u zatvorskim uslovima, pre njegovog sprovođenja sudskoj vlasti. Ponekad se nužnim čini i privremeno ograničavanje kretanja lica, zatečenih na mestu izvršenja krivičnog dela, kao prezumptivnih svedoka u predstojećem krivičnom postupku

Osnovni postulati zaštite ljudskih prava pretpostavljaju strogi legalitet u postupanjima policije pri ograničavanju lične slobode lica, a koja su relevantna za pokretanje krivičnih postupka, kao i za izgradnju njegove činjenične konstrukcije. Stoga se, u ovom radu, analizira međunarodnopravna, ustavnopravna, uporednopravna i pozitivnopravna dimenzija ograničavanja lične slobode građana, represivnim postupanjem policijskih organa, preduzetim pre sprovođenja osumnjičenog sudskoj vlasti.

---

[1] Dr Momčilo Grubač, Procesno-pravne garancije lične slobode građana, Preavni život, 1998, br. 9, str. 463.

1. Međunarodnopravne garantije zaštite prava na ličnu slobodu

Usled sveopšte globalizacije međunarodnih odnosa, ljudska prava postaju predmet nadnacionalnog regulisanja. Međunarodnopravnim dokumentima iz oblasti zaštite ljudskih prava izvršena je standardizacija prava, koja, na današnjem stepenu civilizacijskog razvoja, predstavljaju indikatore demokratske legitimacije svake države. Radi predupređenja nezakonitog i samovoljnog ponašanja državnih organa, između ostalog, u međunarodnopravnim dokumentima predviđena su i prava lica lišenih slobode.

Opštom delaracijom o pravima čoveka, proklamuju se pravo na život, slobodu i bezbednost, kao i zabrana torture i drugih oblika nehumanog ponašanja i pravo na zaštitu od neovlašćenog lišenja slobode (čl. 3, 5 i 9). Garantije za ostvarivanje prava lica lišenih slobode sadržane su i u *Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima*. Prema ovom međunarodnom dokumentu, osnovi za lišenje slobode i postupak lišenja slobode mogu se propisati samo zakonom (čl. 9), a izričito se zabranjuje lišenje slobode usled neispunjenja ugovornih obaveza (čl. 11).

Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda predviđa se da „Svako ima pravo na *slobodu* i bezbednost ličnosti. Niko ne sme biti lišen slobode, izuzev „u niže navedenim slučajevima i u skladu sa zakonom propisanim postupkom“. Ograničenje slobode i bezbednosti ličnosti moguće je u slučajevima zakonitog lišenja slobode, po presudi nadležnog suda; zakonitog hapšenja ili lišenja slobode zbog nepovinovanja zakonitom nalogu suda, ili u cilju obezbeđenja izvršenja bilo koje obaveze propisane zakonom; zakonitog hapšenja ili lišenja slobode radi privođenja nadležnoj sudskoj vlasti, kada postoji opravdana sumnja da je ta osoba izvršila krivično delo ili kada postoje valjani razlozi da se osoba spreči da izvrši krivično delo ili da, nakon izvršenja krivičnog dela, pobegne; lišenja slobode maloletnika, prema zakonitom nalogu, radi vaspitanja pod nadzorom ili zakonitog pritvaranja zbog privođenja nadležnoj vlasti; zakonitog lišenja slobode osoba da bi se sprečilo širenje neke zarazne bolesti, pritvaranja mentalno obolelih osoba, alkoholičara ili narkomana ili skitnica; zakonitog hapšenja ili lišenja slobode osobe u cilju sprečavanja ilegalnog ulaska u zemlju ili osobe protiv koje je u toku postupak deportacije ili ekstradicije (čl. 5).

Odredbama ovog člana Evropske konvencije se, inače, predviđa širok spektar prava lica lišenih slobode. Lica lišena slobode, saobrazno odredbama ove Konvencije, imaju pravo da, odmah, i na jeziku koji razumeju, budu obaveštena o razlozima hapšenja o optužbe protiv njih (čl. 5. st.2). Katalog prava ovih lica upotpunjen je pravom da bez odlaganja bu-

du izvedena pred sud, i pravom na suđenje u razumnom roku (čl. 5. st. 3). Integralni deo korpusa ljudskih prava lica lišenih slobode predstavljaju pravo na preispitivanje zakonitosti lišenja slobode kao i pravo na naknadu zbog lišenja slobode, preduzetog u suprotnosti sa odredbama ove Konvencije (čl. 5. st. 4. i 5).

Širok spektar prava lica lišenih slobode predviđen je *Nacrtom načela o zaštiti od neovlašćenog lišenja slobode*. Ovim načelima, predviđeno je da lica lišena slobode imaju pravo da budu obaveštena o razlozima lišenja slobode (posebno se apostrofira pritvor), da budu u najkraćem roku dovedena pred sudiju, da im se sudi u najkraćem mogućem roku i da, u razumnom roku, budu puštena na slobodu.[2] Bitnu sadržinu pravila kojima se štite prava i slobode čoveka od neovlašćenog lišenja slobode, predstavljaju i ograničenja u postupanju državnih organa pri lišenju slobode okrivljenog. Pritvor se ne može odrediti bez pismenog naloga, potpisanog od ovlašćenog sudije (čl. 6.). Period, od momenta pritvaranja, do kontakta sa sudijom, ne sme biti duži od 48. časova, a trajanje pritvora ne može biti duže od četiri sedmice, s mogućnošću produženja u posebnim situacijama (čl. 14.). Pravosudni organi imaju obavezu periodičnog preispitivanja razloga za određivanje pritvora (čl. 15). Lice lišeno slobode treba da bude obavešteno o sadržini optužbe, o pravu na odbranu, kao i o pravu na slobodnu komunikaciju sa braniocem. Zabranjena je i primena torture i drugih nehumanih uticaja na ličnost lica lišenih slobode. Nacrtom načela o zaštiti od neovlašćenog lišenja slobode, kao aktom UN-a, posebno se ističe potreba zaštite lica lišenih slobode u uslovima vanrednog stanja.[3]

Zaštita ljudskih prava pritvorenika i osuđenih je regulisana „*Skupom minimalnih pravila za postupanje sa zatvorenicima*“ usvojenih u Ženevi 1955. godine, a potvrđenih od Ekonomskog i Socijalnog Saveta OUN 1967. godine[4]

Ovim pravilima izvršena je standardizacija prava osuđenih lica, ali se predviđaju i prava uhapšenih i prtivorenih lica (tač. 84-91), koja predstavljaju civilizacijske standarde u postupanju sa licima lišenim slobode. Odredbom tač. 84 „Minimalnih pravila“ predviđa se, da se pod licem lišenim slobode smatra osoba koja je uhapšena, *zadržana u policijskom pritvoru* ili zatvoru, ali koja još nije osuđena, pa, stoga, ne može imati tretman kao osuđenik.

---

[2] Vidi: Prava čoveka-aktivnosti UN na polju krivičnog pravosuđa i sprečavanje kriminaliteta, JRKK, br. 3-4/79, str. 5.

[3] Ibid, str.6.

[4] Ova pravila su potvrđena Rezolucujom Ekonomskog i socijalnog saveta OUN br. 663 C (XXIV) od 31. 07. 1957. godine

Odredbama „Minimalnih pravila“ predviđa se široka lepeza prava pritvorenika. Pritvorenici imaju mogućnost komuniciranja sa braniocem i članovima porodice ,bez auditivnog nadzora od strane zatvorskog osoblja, pravo na korišćenje medicinskih usluga, mogućnost da se hrane o svom trošku, da nose sopstvene stvari i slično.[5]

Summa summarum, garantije za zaštitu prava lica lišenih slobode, predviđene međunarodnim dokumentima o pravima čoveka, odnose se na ostvarivanje sloboda i prava, koja mogu biti ugrožena u postupku lišenja slobode, a to su: a) zabrana samovoljnog lišenja slobode; b) pravo lica lišenog slobode da sud odluči o zakonitosti njegovog hapšenja; c) pravo na razumnu dužinu pritvora do početka glavnog pretresa; d) pravo na humano postupanje prilikom lišenja slobode. [6]

2. Ustavnopravna zaštita lične slobode

Slobode i prava čoveka mogu biti ograničene aktima državnih organa, usmerenim na ostvarivanje krivičnopravne zaštite društvenih vrednosti. Ustavom Srbije regulisan je postupak za ostvarivanje osnovnih sloboda i prava čoveka. Iz ustavnih normi proizlazi, da se prava i slobode građana mogu ograničiti, u obimu i svrsi, koje Ustav dopušta, bez zadiranja u suštinu zajemčenih prava (čl. 20. Ustava Srbije). Proklamovana neprikosnovenost slobode može se ograničiti lišenjem slobode, u slučajevima, i u postupku, utvrđenom zakonom (čl. 27. st. 1. Ustava Srbije). Pritom, lice lišeno slobode ima prava, koja čine suštinu načela *zaštite lične slobode*. To su: pravo da odmah, na jeziku koji razume, bude obavešteno o razlozima lišenja slobode, o optužbi, koja mu se stavlja na teret, kao i o njegovim pravima, kao i o pravu da, bez odlaganja, o svom lišenju slobode obavesti lice po svom izboru (čl. 27. st. 2). Lice lišeno slobode ima pravo i da se o zakonitosti lišenja slobode odluči na osnovu žalbe sudu, koju može podneti (čl. 27. st. 3).

Ustav proklamuje i obavezu čovečnog postupanja s licem lišenom slobode, uz zabranu primene nasilja i iznuđivanja iskaza (čl. 28). Ustavna proklamacija posebno apostrofira dopunska prava lica lišenih slobode bez odluke suda. Ova lica imaju pravo na ćutanje, pravo na stručnu pomoć

[5] Vidi šire o tome: Dragan Obradović, ratifikovani međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i krivičnoprocesno zakonodavstvo Državne zajednice Srbija i Crna Gora, referat sa skupa Kazneno zakonodavstvo, organizacija i funkcionisanje pravosuđa u Državnoj zajednici Srbija i Crna Gora, Zlatibor, 18-20. 09. 2003. str. 164.

[6] Dr Đorđe Lazin, Pritvor u jugoslovenskom krivičnom postupku i međunarodni standardi ljudskih prava, Zbornik srpskog udružewa za krivično pravo, Kopaonik, 1995, str. 161.

branioca, i tzv. siromaško pravo. Lice, lišeno slobode bez odluke suda, mora se, bez odlaganja, a najkasnije u roku od 48 sati, predati sudu, ili pustiti na slobodu (čl. 29).

3. Lišenje slobode – pojam i vrste

Pod lišenjem slobode smatra se „svako prinudno ograničenje prava slobodnog kretanja određenog lica, uz istovremenu obavezu boravka na određenom mestu, a u cilju pravilnog i nesmetanog vođenja i okončanja krivičnog postupka, koja je na određeni način i sankcionisana“.[7]

Iz odredaba Zakonika o krivičnom postupku Srbije proizlazi da se slobode i prava okrivljenog (ali i drugih subjekata-prvenstveno svedoka) mogu ograničiti sledećim vidovima lišenja slobode: lišenjem slobode i sprovođenjem istražnom sudiji, zadržavanjem, dovođenjem, pritvorom, pritvorom prema maloletnicima, privremenim smeštajem maloletnika, zatvorom, pritvaranjem stranaca u postupku ekstradicije i prinudnom hospitalizacijom neuračunljivog okrivljenog. Na ovom mestu izložiće se suština *zadržavanja osumnjičenog, preduzetog delatnošću policije, pre predaje osumnjičenog sudskoj vlasti.*

4. Zadržavanje

Radi ostvarivanja krivičnopravne zaštite društva, državni organi mogu primeniti represivne mere, i pre pokretanja formalnog krivičnog postupka. Upravo je zadatak tzv. pretkrivičnog postupka da stvori pretpostavke za pokretanje krivičnog postupka. S tim ciljem, organi unutrašnjih poslova mogu zadržati određena lica. Zakonik o krivičnom postupku predviđa dve vrste zadržavanja-zadržavanje *osumnjičenog* i zadržavanje *prezumptivnih svedoka* .

Zadržavanje osumnjičenog predstavlja meru procesne prinude, kojom se, rešenjem policije, lice lišeno slobode kratkotrajno zatvara, radi prikupljanja obaveštenja ili saslušanja. Ova mera predstavlja supsitut nekadašnjeg policijskog pritvora. Njena svrha je stvaranje procesnih pretpostavki za pokretanje krivičnog postupka. Stoga se, da bi se ustanovilo postojanje normativnih pretpostavki za pokretanje krivičnog postupka, policiji omogućava kratkotrajno zatvaranje osumnjičenog. Dodatnim *time out-om*, policiji se omogućava da zadrži lice lišeno slobode, za koji postoji neki od razloga za određivanje pritvora, i prikupi obaveštenja, potrebna za iniciranje krivičnog postupka.

[7] Dr Branko Petrić, Lišenja slobode u krivičnom postupku, Novi Sad, Pravo, br.12/87, str. 40.

Ovom ovlašćenju policije, može se prigovoriti s *koncepcijskog* i *nomotehničkog* aspekta. Koncepcijski je nedosledno policiju ovlastiti za preduzimanje mere, koja, fenomenološki posmatrano, predstavlja vid pritvaranja određenih lica (doduše kratkotrajnog). Osnovni postulati demokratičnosti i humanosti nalažu da se takve mere mogu odrediti isključivo radnjama suda. S druge strane, nomotehnički nedostatak ogleda se u činjenici, da je za određivanje zadržavanja dovoljno postojanje osnova sumnje da je neko lice izvršilo krivično delo, dok je za određivanje pritvora neophodan stepen uverenja osnovana sumnja. Međutim, potreba za efikasnim krivičnim progonom nagnala je zakonodavce u mnogim državama, da i policiju ovlaste za preduzimanje mera iz arsenala represivnih instrumenata ograničavanja lične slobode.

4.1. Zadržavanje osumnjičenog prema pozitivnom pravu Srbije

Odredbom čl. 229. ZKP Srbije, predviđena je mogućnost zadržavanja lica, koja su organi unutrašnjih poslova lišili slobode, zbog postojanja uslova za određivanje pritvora osumnjičenog. Napominjemo da se ova mera može primeniti prema licu, kome je pozvano radi prikupljanja obaveštenja u svojstvu osumnjičenog, ali i licu koje je, tek u postupku prikupljanja obaveštenja, steklo svojstvo osumnjičenog (čl. 226. st. 8. ZKP). Osim toga, potrebno je postojanje i nekod od osnova za određivanje pritvora. Trajanje ove represivne mere je ograničeno na 48 sati, od momenta lišenja slobode, odnosno odazivanja na poziv. Licu, koje je zadržano, organi unutrašnjih poslova moraju, u roku od dva sata, uručiti rešenje, u kome se navode: delo za koje se osumnjičeni tereti, osnovi sumnje, dan i čas lišenja slobode ili odazivanja pozivu, kao i vreme početka zadržavanja (čl. 229. st. 2. Zakonika o krivičnom postupku). Protiv ovog rešenja osumnjičeni i branilac mogu izjaviti žalbu istražnom sudiji, koji u roku od četiri sata treba da odluči o osnovanosti žalbe (čl. 229. st. 2 i 3. ZKP). Zaštiti ljudskih prava osumnjičenog bi, svakako, doprinelo i predviđanje obaveze organa unutrašnjih poslova da, po službenoj dužnosti, na svakih dvanaest sati, preispituju opravdanost rešenja o zadržavanju osumnjičenog.

Zadržani osumnjičeni ima prava, koja čine suštinu *načela zaštite lične slobode.* Reč je o pravu ovog lica da, na jeziku, koji razume, bude obavešteno o razlozima za zadržavanje, o pravu na ćutanje, kao i na stručnu pomoć advokata, i na obaveštavanje najbliže rodbine o činu zadržavanja. Zadržani osumnjičeni *mora* imati branioca „čim organ unutrašnjih poslova donese rešenje o zadržavanju“. Reč je, dakle, o obaveznoj odbrani, kojom okrivljeni, odnosno osumnjičeni, gubi svojstvo ekskluzivnog titulara prava na odbranu. Ukoliko osumnjičeni ne bi uzeo branioca, organ unu-

trašnjih poslova ima obavezu na postavljanje branioca po službenoj dužnosti, a ispitivanje osumnjičenog mora biti odloženo do dolaska branioca, a najduže osam sati. Ako, ni tada, ne bi bilo obezbeđeno prisustvo branioca, organi unutrašnjih poslova mora osumnjičenog pustiti na slobodu, ili ga odmah sprovesti istražnom sudiji (čl. 229. st. 6. Zakonika o krivičnom postupku).

Uvažavanje međunarodnopravnih standarda o postupanju sa licima lišenim slobode ispoljava se i u pravu lica lišenog slobode da pokrene postupak ispitivanja zakonitosti lišenja slobode (*habeas corpus act*) pred nadležnim istražnim sudijom (čl. 5. st. 3. ZKP). Postulati humanog postupanja s licem lišenim slobode ispoštovani su i pravom lica lišenog slobode na lekarski pregled. Obaveza je organa, koji je osumnjičenog lišio slobode i zadržao, da s njim postupa čovečno, u skladu s osnovnim postulatima poštovanja dostojanstva ličnosti.

Korpus prava lica lišenih slobode u pravu Srbije (uključujući i lica, kojima je određeno zadržavanje) proširen je sankcionisanjem, ne samo *nezakonitog,* već i *neosnovanog lišenja slobode (*čl. 27. st. 4. Ustava Srbije i čl. 560. ZKP Srbije). Ovim se manifestuje kompatibilnost odredaba ZKP Srbije o postupanja sa licem lišenim slobode sa odredbama najznačajnijih međunarodnopravnih dokumenata o zaštiti ljudskih prava, uz *proširenje opsega zaštite ovih lica*

Prema Zakoniku o krivičnom postupku Srbije, lišenje slobode je neosnovano, između ostalog, ako, po okončanja zadržavanja, *nije pokrenut krivični postupak* (čl. 560 st. 1. ZKP). Neosnovano je i lišenje slobode, i kada je organ krivičnog postupka pogrešno ili nezakonito postupao, primenjujući procesnu prinudu.C*ondicio sine qua non* prava na naknadu štete po ovom osnovu je pogrešan ili nezakonit rad državnih organa. Zadržavanje se smatra *nezakonito* određenim: ako nisu postojali uslovi za određivanje ove mere procesne prinude; ukoliko je zadržavanje nezakonito produženo; ako je do određivanja zadržavanja došlo zloupotrebom ovlašćenja organa, koji ga je odredio (policije).

Zakonom o policiji Republike Srbije (čl. 53), predviđena je mogućnost zadržavanja lica koja narušavaju javni red i mir, ako javni red nije moguće drugačije uspostaviti, odnosno ako ugrožavanje nije moguće drugačije otkloniti. Zadržavanje, pritom, može trajati najduže 24 časa. Lice, koje su izručili strani organi bezbednosti, a koje je potrebno predati nadležnom sudu, može biti zadržano najduže 48 sati (čl. 53. st. 2). Ova mera određuje se rešenjem, koje mora biti doneto i uručeno zadržanom, u roku od šest sati od privođenja u službene prostorije Zakonitost i opravdanost zadržavanja se može pobijati žalbom podnetom višem sudu, o kojoj se odluka mora doneti u roku od 48 časova (čl. 53. st. 3).

Lice, zadržano na osnovu odredaba Zakona o policiji, ima prava, koja čine srž načela *zaštite lične slobode*. Reč je o pravu, da na jeziku, koji razume, bude obavešteno o razlozima za zadržavanje, o pravu na ćutanje, kao i na stručnu pomoć advokata, i na obaveštavanje najbliže rodbine o činu zadržavanja (čl. 54. st. 1). Moguće je i odlaganje daljeg postupanja do dolaska advokata, najdiže dva sata (čl. 54. st. 3).

Zadržavanje okrivljenog, kao meru obezbeđenja ovog subjekta, predviđa i *Zakon o prekršajima* Republike Srbije. U prekršajnom postupku, sud može odrediti zadržavanje: ako se ne može utvrditi identitet okrivljenog ili prebivalište odnosno boravište, a postoji osnovana sumnja da će pobeći; ako bi odlaskom u inostranstvo izbegao odgovornost za prekršaj, za koji je predviđena kazna zatvora; ukoliko je zatečen pri vršenju prekršaja, a zadržavanje je neophodno da bi se sprečilo dalje vršenje prekršaja (čl. 166). Zadržavanje se određuje naredbom suda, u kojoj se navodi dan i čas zadržavanja, kao i osnov za određivanje ove mere (čl. 167).

Ovoj meri procesne prinude može biti podvrgnuto i lice, koje je, pod uticajem alkohola ili drugih omamljujućih sredstava, zatečeno u vršenju prekršaja. Međutim, za razliku od zadržavanja, određenog shodno čl. 166. Zakona o prekršajima, naredbu o zadržavanju ovih lica, osim suda, može narediti i ovlašćeni policijski službenik (čl. 168)! Zadržavanje je obavezno, ako vozač motornog vozila ima 1,2 grama po kilogramu alhohola u krvi, ili više, ili je pod dejstvom omamljujućih sredstava (čl. 168. st. 3). Isto tako, zadržavanje je obavezno, i ako lice odbije da se podvrgne ispitivanju na prisustvo alkohola, ili omamljujućih sredstva, u krvi (čl. 168. st. 49.) Mogućnost zadržavanja lica zatečenih pri vršenju prekršaja pod dejstvom opijata, po odluci policijskog službenika, kao i relativizacija obaveze obaveštavanja njegove porodice o zadržavanju (čl. 168. st. 5), predstavljaju odstupanja od standarda propisanih najvažnijim međunarodnopravnim aktima o zaštiti ljudskih prava.

4.2. Zadržavanje u komparativnom pravu

Zadržavanje osumnjičenog predviđaju i mnoga druga zakonodavstva U *francuskom* pravu, postoji ustanova *gardé á vue* (*držanje na oku*), koja omogućava zadržavanje osumnjičenog 24 časa, pri čemu se taj rok može produžiti za još 24 časa naredbom javnog tužioca. Dalji opstanak policijskog zadržavanja je moguć, za još 48 sati, ukoliko postoji sumnja za izvršenje krivičnog dela trgovine drogom (čl. 706-29 ZKP Francuske). Odluku o produženju zadržavanja osumnjičenog, u ovoj situaciji, donosi sudija za slobode i pritvor. Isto tako, sudija za slobode i pritvor *(le juge des libertés et de la detention*) može produžiti zadržavanje određeno od polici-

je za 72 sata, ukoliko se osumnjičeni tereti za izvršenje krivičnog dela terorizma (čl. 706-23 ZKP).[8]

Francuski Zakonik o krivičnom postupku (CPP) uvažava osnovne postulate načela zaštite lične slobode, sadržane u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (čl. 5-2). Saglasno ZKP Francuske (čl. 63-1), policijski oficir je obavezan da upozna zadržano lice sa krivičnim delom, koje mu se stavlja na teret. Ova obaveza se ne odnosi isključivo na pravnu kvalifikaciju krivičnog dela, već i na činjenice poznate policiji, iz kojih proizlazi sumnja o izvršenju krivičnog dela zadržanog osumnjičenog. Međutim, saznanja policije o novom krivičnom delu zadržanog osumnjičenog ne moraju mu se predočiti. Ukoliko se, pak, saznanje odnosi na izvršenje krivičnog dela trgovine drogom, ili terorizma, ono se mora predočiti zadržanom osumnjičenom. To je posledica mogućnosti promene režima zadržavanja u ovim situacijama.[9]

Osumnjičeni, kome je policija odredila zadržavanje, ima pravo i da o osnovu zadržavanja bude upoznat na jeziku koji razume (čl. 63-1). Ovo pravo uključuje mogućnosti angažovanja prevodioca, kao i tumača za gluvonema lica i analfabete. Osim toga, najbliža rodbina ima pravo da, bez odlaganja, odmah bude obaveštena o činu zadržavanja osumnjičenog (čl. 63-2). Isto tako, francusko pravo omogućava ostvarivanje prava na stručnu odbranu, već od samog početka policijskog zadržavanja (čl. 63-4 ZKP). Ovo pravo pripada zadržanom i po produženju zadržavanja, i to posle dvanaest sati od donošenja odluke o produžavanju zadržavanja (čl. 63-4 st. 6). Međutim, pravo zadržanog osumnjičenog na komunikaciju sa advokatom redukovano je, ukoliko su u pitanju organizovani kriminalitet, terorizam i trgovina drogom. U tim slučajevima, komunikacija sa advokatom može se ostvariti, počev od 36 sati od određivanja zadržavanja (organizovani kriminalitet), odnosno nakon 72 sata (terorizam i trgovina drogom). Katalog prava zadržanog osumnjičenog u francuskom pravu upotpunjen je pravima na obaveštenje o odvijanju krivičnog postupka (čl. 77-2 ZKP), pravom na ćutanje (čl. 63-19, pravom na zdravstvenu zaštitu (čl. 63-5), kao i pravom na dobijanje obroka u jasno određenom vremenu (čl. 64 i 65. ZKP). Zakonitost režima zadržavanja u francuskom pravu osnažena je obavezom zakonske kontrole suda i javnog tužioca, ali i mogućnošću poseta parlamentaraca policijskim stanicama.[10]

---

[8] Vidi više: J. Pradel, Prolégomenènes, Revue pénitentaire et de droit penal, No. 1, avril, 2001.

[9] Vidi: dr Mirjana Tomić-Malić, Policijski pritvor i pritvor u francuskom pravu, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, 2001, br. 2-3, str. 231.

[10] Opširnije vidi: dr Mirjana Tomić-Milić, op. cit, str 234-235.

Zadržavanje osumnjičenog, kao vid lišenja slobode, egzistira i u pravu *Engleske* i *Velsa.* Iako je ovo pravo precedentnog karaktera, donošenjem Zakona o policiji i dokazima u krivičnom postupku (*Police and Criminl Evidence Act*), iz 1984. godine, stvorena je sistematizovana normativna osnova za krivični progon izvršilaca krivičnih dela. Saglasno normama ovog zakona, policija je ovlašćena na zadržavanje osumnjičenog. Zadržavanje može trajti 24 časa, počev od momenta sprovođenja osumnjičenog u prvu policijsku stanicu na teritoriji Engleske i Velsa. Produženje policijskog zadržavanja (*Police detention*) moguće je još za dvanaest sati, odlukom glavnog inspektora policije, ako postoji razumno uverenje o neophodnosti zadržavanja radi obezbeđenja dokaza, ili pribavljanja dokaza ispitivanjem osumnjičenog, a da je, pritom, reč o ozbiljnim zločinima (*serious arrestable officence)* Pre donošenja odluke o produženju zatvaranja, osumnjičeni i njegov advokat imaju pravo na usmenu ili pismenu predstavku.

Ukoliko zadržano lice u roku od 36 sati ne bude optuženo, ono mora biti pušteno na slobodu. Eventualno dalje zadržavanje moguće je jedino na osnovu naloga magistratskog suda za dalje zadržavanje (*warrant of further detention*), iniciranog zahtevom policije. Ono može trajati najduže 48 sati. Dakle, ukupno trajanje zadržavanja osumnjičenog, pre podizanja optužnice, može trajati najduže 96 sati. Po podizanju optužbe, osumnjičeni će se pustiti na slobodu, uz jemstvo, ili bez njega, izuzev: ako su njegovo ime i adresa nepoznati, ili postoje razumne sumnje da su netačni; ako je razumno verovati da je zadržavanje neophodno radi sigurnosti samog osumnjičenog ili drugih lica, ili radi sprečavanja oštećenja svojine; ako postoji razumni osnov za uverenje da se osumnjičeni neće pojaviti na sudu, ili ga treba zaštiti od intervencije sudske uprave, ili od istraga za neki posebni prekršaj.[11] Inače, u engleskom pravu je predviđena periodična provera osnovanosti zadržavanja od strane same policije (šest sati po određivanju zadržavanja, odnosno devet sati po prethodnoj reviziji zadržavanja). Prilikom odlučivanja o opstanku određenog zadržavanja, svoje mišljenje mogu istaći osumnjičeni i njegov branilac. (čl. 15.1-15.5 *Police and Criminl Evidence Act*).

Italijansko pravo, predviđa mogućnost zadržavanja osumnjičenog, kao meru iz primarne nadležnosti *državnog tužilaštva.* Ona se može odrediti, ako postoji nemogućnost utvrđivanja identiteta osumnjičenog, ili zbog opasnosti od bekstva, a sumnja se odnosi na izvršenje krivičnih dela, za koja zakon predviđa doživotni zatvor, ili kaznu zatvor u trajanju od dve do šest godina, ili je reč o zločinima koji se odnose na oružje i eks-

[11] A. Iller, M. S., Goodwin, G. A. , Criminal Litigation, London, 1985, p. 57.

plozive (čl. 384. st. 1. ZKP). Međutim, pod ovim uslovima, zadržavanje osumnjičenog mogu odrediti i službenici *pravosudne policije* (čl. 384. st. 2). To ovlašćenje policija može realizovati usled hitnosti (čl. 384. st. 3). Policija može zadržati osumnjičenog najduže 24 sata, s obavezom na što hitnije sprovođenje osumnjičenog državnom tužiocu. Obaveza je pravosudne policije da obavesti branioca osumnjičenog o činu njegovog zadržavanja. Isto tako, o zadržavanju osumnjičenog pravosudna policija mora odmah obavestiti najbližu rodbinu (čl. 387 ZKP Italije). Zadržavanje osumnjičenog na osnovu autonomne odluke javnog tužioca može najduže trajati 48 sati (uključujući i 24 časa na osnovu odluke pravosudne policije). U tom roku, javni tužilac može saslušavati osumnjičenog. Eventulano dalje trajanje određenog zadržavanja osumnjičenog moguće je na osnovu odluke sudije za prethodni postupak, na posebnom ročištu o potvrdi zadržavanja.

U *nemačkom* pravu, isto tako, postoji mogućnost preventivnog zatvaranja osumnjičenog, pre pokretanja formalnog krivičnog postupka. Ovo ovlašćenje imaju državni tužilac i policija, pri čemu zadržavanje može trajati 24 časa. (§ *127 StPO*) Po isteku tok roka, osumnjičeni se mora predati sudu. Sud može preuzeti osumnjičenog najkasnije sledećeg dana (§ 115). Ako sud smatra da zadržavanje nije osnovano, stavlja osumnjičenog na raspolaganju državnom tužilaštvu. Ukoliko, u roku od jednog dana, tužilaštvo ne podigne optužbu, osumnjičeni se pušta na slobodu (§ 129). U *austrijskom* pravu, zadržavanje osumnjičenog, pre predaje sudskoj vlasti, može trajati najduže 48 sati (čl. 172 StPO). Sud može zadržavanje osumnjičenog zameniti pritvorom ili nekom od mera opreza.

4.3. Zadržavanje u praksi Evropskog suda za ljudska prava

Evropski sud za ljudska prava odlučivao je o zakonitosti policijskog zadržavanja osumnjičenih. Ovaj sud je, u više presuda, zauzeo stanovište da zadržavanje osumnjičenog nije u suprotnosti s pravom osumnjičenog da bude odmah izveden pred sud.

Pozivajući se na čl. 5. Evropske konvencije, Sud zauzima stanovište da svrha hapšenja i policijskog pritvaranja mora biti: privođenje lica, za koja postoji opravdana sumnja da su izvršila krivično delo, ili koje se sprema da izvrši krivično delo, ili koje pokušava da izbegne zakon, nakon izvršenja dela. Međutim, Evropski sud se izjasnio, i da puštanje osumnjičenog na slobodu, *bez podizanja optužnice, ili bez privođenja nadležnoj sudskoj vlasti, po okončanju policijskog pritvora*, samo po sebi, ne predstavlja povredu čl. 5. Evropske konvencije! Pravo na slobodu i bezbednost nije prekršeno, ako ako se uhapšeno li-

ce pusti na slobodu ,pre nego što bi bilo kakva sudska kontrola njegovog lišenja slobode bila moguća. [12]

Iz prakse Evropskog suda za ljudska prava proizlazi neophodnost neodložnog pojavljivalja lica lišenog slobode pred sudom. Sud je, u slučaju *Brogan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zaključio da je trajanje policijskog zadržavanja osumnjičenog, od četiri dana i šest sati, koje nije rezultiralo izvođenjem pred sud, nije u skladu s odredbom čl. 5. st. 3. Evropske konvencije. Isto tako, uhapšeno lice mora, odmah po lišenju slobode, biti u poziciji da inicira sudsku kontrolu postupanja, kojim mu je ograničena lična sloboda. Neodložna sudska kontrola lišenja slobode bitna je garantija protiv zlostavljanja pojedinca koji je pritvoren. [13] Saglasno odlukama Evropskog suda, sudska kontrola lišenja slobode mora biti „*automatska*“, tj. ne sme zavisiti od prethodnog podneska lica lišenog slobode.[14]

Iz prakse Evropskog suda za ljudska prava, proizlazi da potreba za pokretanjem krivičnog postupka protiv osumnjičenog za krivična dela, ili radi sprečavanja izvršenje krivičnog dela, može predstavljati inicijalno opravdanje za lišenje slobode osumnjičenog. Međutim, nastavak ograničenja lične slobode osumnjičenog mora mora biti predmet hitne sudske revizije, koja neće razmatrati isključivo zakonitost i opravdanost preduzetog lišenja slobode, već i njegovu *dalju primerenost*. Samo postojanje razumne sumnje da je izvršeno krivično delo ne mora predstavljati osnov za dalje zadržavanje osumnjičenog *do suđenja*. Osim postojanja razumne sumnje da je lice lišeno slobode izvršilo krivično delo, saglasno praksi Evropskog suda, potrebno je da postoji neki od razloga za produženje lišenja slobode, a to su: rizik od bekstva; rizik od ometanja pravosuđa; potreba da se spreči zločin ili potreba da se sačuva javni red. [15]

Presudama Evropskog suda za ljudska prava konkretizuju se kriterijumi, relevantni za produženje lišenje slobode, pre predaje osumnjičenog sudskoj vlasti. Tako, rizik od bekstva postoji: ako je osumnjičeni ranije bežao nakon optužbe za krivično delo, ukoliko je traženo njegovo izručenje, ili je jasno pokazano da se užasava pritvora, ako postoji jasni plan za bekstvo, veza osumnjičenog sa zemljom, koja mu može pomoći u bek-

[12] Odluka u slučaju Brogan i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, od 29. ovembra 1998. godine

[13] Presuda u slučaju Aksoj protiv Turske, od 18 decembra 1998. godin.

[14] Vidi: Žil Ditertr, Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava, Beograd, 2006, str. 129.

[15] Jeremy McBride, Monica Macovei, Pravo na slobodu i bezbednost ličnosti, Vodič za primenu čl. 5. Evropske konvencije o ljudskim pravima, Priručnik o ljudskim pravima br. 5, Savet Evrope, Beograd, 2004, str. 57.

stvu, i slično.[16] Rizik ometanja pravosuđa, pak, postoji: ukoliko postoje indicije da će osumnjičeni vršiti pritisak na svedoke, ako će davati informacije drugim licima pod istragom, ukoliko će uništiti dokumenta i druge materijalne dokaze, i slično. Sve ove okolnosti, ne mogu postojati *in abstracto*, već se moraju činjenično potkrepiti. Činjenica da je osumnjičeni ranije kažnjavan za slična dela može ukazivati na potrebu produženja lišenja slobode zbog potrebe sprečavanja zločina. S druge strane, potreba da se održi javni red, kao osnov za produženje zadržavanja osumnjičenog, ne mora da postoji i ako priroda izvršenog krivičnog dela ukazuje na mogućnost teže kazne.[17]

Relevantan period za procenu dopuštenosti trajanja lišenja slobode, preduzetog pre izvođenje osumnjičenog pred sud, počinje da teče od momenta hapšenja. Stoga je relevantan datum odvođenja lica u pritvor, a ne kasniji datum, kada je sudija svojim nalogom odredio pritvor.[18]S druge strane, period lišenja slobode završava se danom donošenja odluke o krivici, čak i ako je ona prvostepena.[19] Pritom je irelevantan period, između datuma izricanja osude i datuma njenog ukidanja, i vraćanja predmeta na ponovno suđenje. Sledstveno stavu Evropskog suda, lice oglašeno krivim u prvostepenom postupku ne može se smatrati pritvorenim „radi privođenja pred nadležnu sudsku vlast zbog opravdane sumnje da je izvršilo krivično delo“. Stoga, ovo lice ne potpada pod zaštitu predviđenu odredbom čl. 5. st. 3. Evropske konvencije, već je pravna situacija ovog lica regulisana odredbom čl. 5. st. 1a, koji dopušta lišenje slobode „posle osude koju je izrekao nadležni sud“.[20]

Odredbom Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, predviđa se i pravo na utuživu naknadu lica, koja su uhapšena ili lišena slobode, suprotno odredbama ove Konvencije (čl. 5. st. 5). Stoga, kršenje Evropske konvencije predstavlja lišenje slobode, preduzete saglasno domaćem zakonodavstvu, ali protivno odredbi čl. 5. st. 5 Konvencije. To nedvosmisleno proizlazi iz, već pomenute, presude Evropskog suda u slučaju Brogan protiv Ujedinjenog Kraljevstva.

---

[16] Jeremy McBride, Monica Macovei, Pravo na slobodu i bezbednost ličnosti, Vodič za primenu čl. 5. Evropske konvencije o ljudskim pravima, Priručnik o ljudskim pravima br. 5, Savet Evrope, Beograd, 2004,op. cit, str. 65.

[17] Ibid, str. 64-66.

[18] Odluka Evropskog suda u slučaju Miler protiv Francuske, od 17 marta 1997. godine, podnesak br. 21802/92.

[19] Vidi Presude u slučajevima Labita protiv Italije, od 6. aprila 2000. godine, podnesak br. 26772/95 i Vemhof protiv Nemačke, od 27. 06. 1968, serija A br. 7, str. 23. stav 9.

[20] Presuda u slučaju Kudla protiv Poljske, od 26. 10. 2000, podnesak br. 30210/96, stav 104.

Završne napomene

Kratkotrajno zatvaranje osumnjičenog, pre njegove predaje sudskoj vlasti, ponekad se javlja kao imperativ delotvorne društvene reakcije prema licima, za koje postoji relevantan stepen uverenja da su izvršila krivično delo. Ovlašćenje policije da odredi zadržavanje osumnjičenog, iako koncepcijski i nomotehnički nedovoljno utemeljeno, predstavlja jednu od mogućnosti za obezbeđenje prisustva lica lišenog slobode, s ciljem prikupljanja obaveštenja, a radi stvaranja normativnih pretpostavki za pokretanje krivičnog postupka.

Strogi legalitet pri određivanju zadržavanja obezbeđuje se nadzorom istražnog sudije nad sprovođenjem ove mere. S jedne strane, istražnu sudija, u svakom momentu, može zatražiti da mu se osumnjičeni dovede, a, s druge strane, ovlašćen je da odlučuje po žalbi za određivanje ove mere. Osim toga, garantije po osnovu načela zaštite lične slobode (pogotovo pravo na stručnu odbranu) upotpunjuju mehanizam normativnih brana od eventualnog arbitrernog i samovoljnog postupanja policije. Optimalnom nivou zaštite zadržanog osumnjičenog doprinela bi zakonska obaveza periodičnog preispitivanja opravdanosti daljeg sprovođenja ove mere, kao i legislativne promene rešenja, sadržanih u pojedinim sistemskim zakonima, a koje dozvoljavaju izvesnu relativizaciju garantija zaštite lične slobode.

Saša Knežević, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Niš

Limitation of Personal Freedom by Detention of Suspect

Abstract

The right of personal freedom is one of the most important right from the set of basic human rights and freedoms, contained in the most important acts of international legal character, and the constitutions of states based on the rule of law. This right is directly related to the very human existence, and, therefore, it is necessary to make its legal articulation.

Personal freedom means the right to security of the citizen, that he will not be arrested and detained in prison by the state authorities, as well as the right to be free to move and inhabit. However, from the very nature of Criminal Law protection of social values, arises the need to limit the right to personal freedom in exceptional circumstances, including the detention of the suspect.

Keeping the suspect is a measure of procedural compulsion, by which, through the police decision, detained prison is temporarily imprisoned, for gathering information and hearing. The basic principles of humanity require that the detained suspect retains all the rights, derived from the principle of personal liberty.

Key words: freedom; detention; suspected; police; procedural compulsion

Originalni naučni rad 343.14:342.738

Dr Snežana Brkić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

UPOTREBA NEZAKONITIH DOKAZA U KRIVIČNOM POSTUPKU SRBIJE*

***Sažetak**: Autor se u ovom radu bavi problematikom nezakonitih dokaza u srpskom krivičnom postupku. Materija je podeljena u tri dela. U prvom delu se izlaže opšta teorija o dopustivosti nezakonito prikupljenih dokaza. U drugom delu su izložena pravila o dopustivosti dokaza u odnosu na povredu prava na privatnost. Treći deo je posvećen pravilima o dopustivosti dokaza s obzirom na nezakonito ispitivanje okrivljenog. Navedena pitanja su obrađena iz aspekta odgovarajućih ustavnih odredaba, zakonskih odredaba, sudske prakse, kao i srpske pravne doktrine. Na kraju se nalaze zaključna razmatranja.*

***Ključne reči**: nezakoniti dokazi, dokazne zabrane, pravo na privatnost, nezakonito ispitivanje*

I. OPŠTA TEORIJA O DOPUSTIVOSTI NEZAKONITO PRIKUPLJENIH DOKAZA

A. Ustavna ili zakonska pravila

1. Opšta pravila o nedozvoljenim dokazima

1. Ustav Republike Srbije (Sl. gl. RS 98/2006) nema izričite odredbe o nedozvoljenim dokazima. Dakle, srpski zakonodavac je u tom pogledu imao odrešene ruke. Na ovom mestu treba ukazati na evoluciju našeg kri-

* Ovaj rad predstavlja nacionalni referat za Srbiju na XVIII Međunarodnom kongresu za uporedno pravo (sekcija V B, tema: Exclusionary rule), održanom u Vašingtonu, avgusta 2010. godine. Na fizionomiju ovog rada bitno su uticale jednoobrazne instrukcije koje su morali slediti svi nacionalni referenti. Iz tog razloga nisu razmatrana gledišta o ovoj problematici u uporednom pravu. Pošto je referat poslat u Vašington još juna 2009, on nije mogao obuhvatiti poslednje izmene i dopune ZKP Srbije (Sl. gl. RS 72/2009), koje su stupile na snagu 11.septembra 2009. godine. Stoga će on ovom prilikom biti korigovan na odgovarajućim mestima, s obzirom na nastupele zakonske izmene.

vično procesnog zakonodavstva, što je imalo uticaja i na pravila o nedozvoljenim dokazima. Dugogodišnje primenjivani Zakon o krivičnom postupku (ZKP) SFRJ iz 1976. godine je sišao sa scene donošenjem novog ZKP Savezne Republike Jugoslavije decembra 2001. godine (Sl. list SRJ br. 70/01) koji je stupio na snagu 28.03.2002. godine. Zakonodavstvo o krivičnom postupku, ranije u isključivoj nadležnosti savezne države, prema Ustavnoj povelji Državne zajednice Srbija i Crna Gora, prešlo je potpuno u nadležnost država – članica. Shodno odredbi člana 64, stava 2 Ustavne povelje, Srbija do donošenja republičkog propisa u toj materiji primenjuje zatečeni savezni ZKP kao svoj zakon i nekoliko puta ga menja (Sl. gl. RS br. 58/04; 85/05 i 115/05). Iako je ZKP iz 2001. godine ocenjen kao savremen i uspešan zakon, već 25.05.2006. godine donet je novi ZKP Srbije (Sl. gl. RS br. 46/06), koji je stupio na snagu 10.06.2006. godine, ali je nekoliko puta odlagan početak njegove primene, sa obrazloženjem da za uvođenje tužilačke istrage nisu obezbeđeni materijalno-tehnički uslovi. Zapravo, veći deo stručne i naučne javnosti je oštro kritikovao sadržinu novog zakonika i smatrao da njegovom donošenju nije ni bilo mesta, te da je trebalo pristupiti samo izmenama i dopunama postojećeg zakonika. Izgleda da ni samo Ministarstvo pravde nije imalo jasnu koncepciju o tome, s obzirom na smernice date prethodnoj radnoj grupi i s obzirom na najnovije izmene i dopune ZKP iz 2001. godine, koje su usvojene 2009. godine (Sl. gl. RS 72/2009). Stupanjem na snagu tih izmena i dopuna (11.9.2009), prestao je da važi ZKP iz 2006. godine.

2. Stav našeg prava o problematici nezakonito pribavljenih dokaza može se posmatrati kroz četiri grupe odredaba. Zakonodavac se ne zadovoljava pukom zabranom određenih načina pribavljanja i izvođenja dokaza. On izričito propisuje da se na određenim nezakonitim dokazima ne može zasnivati sudska odluka, a ako se to ipak desi, to predviđa kao žalbeni osnov. On predviđa i jednu preventivnu meru: dužnost suda da čim primeti prisustvo nezakonitih dokaza u spisu, donese rešenje o njihovom izdvajanju iz spisa, po čijoj pravnosnažnosti će i fizički izdvojiti odgovarajuće zapisnike iz spisa, staviti ih u poseban omot, zapečatiti i na posebnom mestu čuvati kod istražnog sudije, tako da se ne mogu razgledati ni koristiti u daljem toku postupka. Ova poslednja mera je predviđena zbog isključenja mogućnosti da sudeći sud, istina ne zasnivajući presudu na nezakonitim dokazima, nesvesno prida veći značaj određenim dokazima znajući za nezakonite dokaze. To bi, ukratko, bilo principijelno jezgro koncepcije o nezakonitim dokazima, koje je više-manje konstantno prisutno u našem pravu. Razlika je u (ne)postojanju opšteg procesnog načela o nedozvoljenim dokazima, u krugu izričito propisanih nedozvoljenih dokaza, rešenjima u pogledu izdvajanja zapisnika iz spisa, procesnim sank-

cijama zbog zasnivanja sudske odluke na nedozvoljenim dokazima, a po nekima i po pitanju tzv. produženog dejstva nedozvoljenosti.

3. Važeći ZKP iz 2001. godine, pre svega proširuje krug izričito određenih nedozvoljenih dokaznih sredstava na kojima se ne može zasnivati sudska odluka u odnosu na ZKP iz 1976. godine.[1] Od izričito određenih dokaza na kojima se ne može zasnivati sudska odluka treba pomenuti: odredbu člana 89, stava 10 (u vezi sa iskazom okrivljenog), člana 99 (u vezi sa iskazom svedoka), člana 116, stava 1 (u vezi sa nalazom i mišljenjem veštaka), člana 504z, stava 4 (u vezi sa nadzorom i snimanjem telefonskih i drugih razgovora ili komunikacija), člana 504r, stava 4 (u vezi sa ranijim iskazom koji je svedok saradnik dao kao osumnjičeni ili okrivljeni) i člana 504nj, stava 2 (u vezi sa iskazom prikrivenog islednika kao jedinim dokazom). Interesantno je da zakonodavac među ovim odredbama ne pominje nezakonitosti prilikom pretresanja stana i lica, kao i privremenog oduzimanja predmeta. Što se tiče obaveštenja prikupljenih od strane policije u pretkrivičnom postupku, nesporno je da ona imaju karakter dokaza samo u spoznajnom ali ne i u pravnom smislu, odnosno karakter neformalnih izvora saznanja. Ona se posle završene istrage, odnosno posle davanja saglasnosti da se podnese neposredna optužnica, izdvajaju iz spisa na osnovu pravnosnažnog rešenja istražnog sudije.

4. Kada je reč o obaveštenjima poteklim iz pretkrivičnog postupka, pomenimo još neke pomake koje je u pogledu isključenja mogućnosti njihovog korišćenja u krivičnom postupku, učinio ZKP iz 2001. godine. Radi se, pre svega, o odredbi o obaveznom izdvajanju iz spisa nakon završetka istrage, svih obaveštenja koja su policiji dali građani, a ne samo onih koja potiču od okrivljenog i prezumptivnih svedoka kojima je zabranjeno da daju svedočki iskaz i koji su oslobođeni dužnosti svedočenja. Osim toga, ukinut je veoma kritikovani član 84 starog zakona, koji je izuzetno dopuštao mogućnost upotrebe na glavnom pretresu i u postupku pravnih lekova izdvojenih obaveštenja i zapisnika, na zahtev samog okrivljenog ili po odluci sudskog veća za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora od dvadeset godina.

5. Do stupanja na snagu ZKP iz 2001. godine, zakonske odredbe o dokazima na kojima se ne može zasnivati sudska presuda bile su jasne. Pribavljanje i izvođenje dokaza bilo je vezano za odgovarajuću formu, pri čemu su procesno sankcionisane samo neke, tačno određene povrede te

[1] Tako npr. prema starom zakonu, na iskazu okrivljenog se nije mogla zasnivati sudska odluka samo ako su prema njemu upotrebljeni sila ili pretnja ili je ispitivanje obavljeno u odsustvu branioca mimo dozvoljenih slučajeva. Prema članu 89, stavu 10 važećeg ZKP, sankcioniše se ne samo upotreba sile i pretnje, nego i obmane, nedozvoljenog obećanja, iznude, iznurivanja ili drugog sličnog sredstva.

forme. Zakonodavac je taksativno propisivao na kojim dokazima se ne može zasnivati sudska presuda, odnosno kada suprotno postupanje predstavlja apsolutno bitnu povredu odredaba postupka. Pa, ipak, tadašnja pravna teorija i sudska praksa nisu bili skloni da te odredbe restriktivno tumače. U teoriji je bilo vrlo rasprostranjeno mišljenje da treba razlikovati dokaze koji su izričito dozvoljeni, dokaze koji su izričito zabranjeni, kao i dokaze koji nisu izričito ni dozvoljeni ni zabranjeni.[2] Tako je npr. i u teoriji i u praksi odavno nesporno da karakter nedozvoljenog dokaza treba da ima i poligraf, bez obzira što to zakonom nije izričito regulisano.

ZKP iz 2001. godine, pored izričitih zakonskih odredaba o nedozvoljenosti određenih dokaznih sredstava i nemogućnosti zasnivanja sudske odluke na njima, uveo je i novi član 18, stav 2. Prema prvobitnoj redakciji te odredbe, koja je važila do 11.9.2009. godine, sudske odluke se nisu mogle zasnivati na dokazima koji su sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa odredbama ovog zakonika, drugog zakona, ustava ili međunarodnog prava. Najpre se postavilo pitanje da li ova odredba predstavlja samo opšte pravilo koje je konkretizovano u onim zakonskim odredbama koje izričito propisuju na kojim dokazima se ne može zasnivati sudska odluka. Ako je to tako, ona ima samo načelni i deklarativni karakter i ne može proširivati krug izričito određenih slučajeva nemogućnosti zasnivanja sudske odluke na određenim dokazima pribavljenim suprotno zakoniku.[3] Mogli bismo reći da i u teoriji i u praksi dominira stav da ova odredba omogućava širenje kruga tih slučajeva. Gramatičkim tumačenjem došli bismo do zaključka da je nedozvoljen svaki onaj dokaz koji je u suprotnosti sa bilo kojom odredbom ZKP. U skladu sa time je i dobar deo naše sudske prakse, dok se samo ponekad tolerišu neke vrste iregularnosti prilikom pribavljanja dokaza. Neki prave razliku između povreda prilikom pribavljanja i prilikom izvođenja dokaza, pri čemu samo ovim prvim daju karakter apsolutno bitnih povreda.[4] Ima i shvatanja po kojima samo oni nedozvoljeni dokazi koji su pokriveni izričitom zakonskom odredbom mogu predstavljati apsolutno bitne povrede odredaba krivičnog postupka, dok se procesni značaj upotrebe drugih dokaza koji su prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa odredbama Zakonika, procenjuje s obzirom na opštu odredbu o relativno bitnim povredama krivič-

[2] Tako nailazimo na mišljenje da je nedozvoljeno ono dokazno sredstvo koje je protivno pravnom poretku, načelima postupka, nekoj izričitoj odredbi zakona ili društvenom moralu, iako bi inače bilo podobno za utvrđivanje činjenica koje su predmet dokazivanja (M. Grubač: „Krivično procesno pravo“, Beograd, 2006, str. 70).

[3] Takvo tumačenje je ređe i srećemo ga npr. u presudi VSS Kž. I ok 7/05.

[4] D. Subotić, «Nedozvoljeni dokazi u krivičnom postupku», Sudska praksa 3-4/2007, str. 69.

nog postupka.[5] Ipak, navedenoj formulaciji odredbe člana 18, stava 2 ZKP može se prigovoriti.[6] Čini nam se besmislenim da se svako, pa i najmanje ogrešenje o neku odredbu ZKP prilikom pribavljanja dokaza sankcioniše kao apsolutno bitna povreda odredaba krivičnog postupka. U tom slučaju, gube smisao sve one izričite zakonske odredbe koje govore o dokazima na kojima se ne može zasnovati sudska odluka. Zakonodavac bi, po našem mišljenju, trebao da sankcioniše kao apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka, osim izričito nabrojanih povreda zakona, samo još one dokaze koji su pribavljeni povredom osnovnih prava čoveka zagarantovanih Ustavom ili međunarodnim pravom. Na toj ideji počiva i sadašnja odredba člana 18, stava 2 ZKP, koja nakon poslednje procesne reforme iz 2009. godine, glasi: „Sudske odluke se ne mogu zasnivati na dokazima koji su sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa Ustavom ili potvrđenim međunarodnim ugovorom, ili su ovim Zakonikom ili drugim zakonom izričito zabranjeni." Mislimo da je ova formulacija srećnija i da će svakako eliminisati neke nedoumice koje su do sada postojale u našoj sudskoj praksi. Nazadak u tom smislu predstavlja odredba člana 16, stava 5 radne verzije Nacrta ZKP Srbije od 14.9.2010. godine, koja je slična prvobitnoj formulaciji člana 18, stava 2 ZKP iz 2001. godine.[7] Ta formulacija je lošija od važeće jer ponovo otvara staru dilemu o tome da li bilo koja suprotnost nekog dokaza sa odredbama ZKP čini taj dokaz nezakonitim i dovodi do procesne sankcije – nemogućnosti zasnivanja sudske odluke na njima.

6. Sledeća razlika između starog i novog zakona je na području procesnih sankcija zbog upotrebe nedozvoljenih dokaza. Prema ZKP iz 1976. godine, zasnivanje presude na dokazu na kome se po odredbama zakona ne može zasnivati, predstavljalo je apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka, osim ako je s obzirom na druge dokaze očigledno da bi i bez tog dokaza bila donesena ista presuda. Iza takvog rešenja krio se stav zakonodavca da je osnovni cilj postupka utvrđivanje istine i da taj cilj, kao i opšti interes za krivičnim progonom učinilaca krivičnih dela ne treba da trpe zbog nediscipline ili zloupotrebe nekog državnog organa, ukoliko je ostala dokazna građa dovoljna za potkrepljenje odgovarajuće odluke. Ovakva zakonska formulacija je doprinosila, pa na svojevrstan način i motivisala državne organe na zloupotrebe procesnih propi-

[5] D. Subotić, op. cit., str. 70.

[6] Slična je bila i odredba člana 15 ZKP iz 2006. godine.

[7] Odredba člana 16, stava 5 radne verzije Nacrta ZKP Srbije od 14.9.2010. godine glasi: «Sudske odluke se ne mogu zasnivati na dokazima koji su sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa Ustavom, ovim zakonikom, drugim zakonom ili opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima.»

sa. Zbog toga je često bila na udaru oštre kritike procesne teorije. Važeći ZKP iz 2001. godine je ukinuo pomenutu relativizaciju, tako da sada svako zasnivanje presude na nedozvoljenom dokazu povlači njeno ukidanje, bez obzira na ubedljivost preostalog dokaznog materijala.[8] Za očekivati je da će ovakva odredba doprineti većem discipliniranju organa krivičnog pravosuđa.

7. Naš zakonodavac nema izričitih odredbi o tome da li se nedozvoljeni dokazi mogu posredno koristiti, npr. putem saslušanja određenih lica u svojstvu svedoka o sadržini nezakonito pribavljenog iskaza. Moramo priznati da je u našoj sudskoj praksi bilo raznih pokušaja takvog zaobilaznog korišćenja nedozvoljenih dokaza. Veoma je važno istaći spremnost viših sudskih instanci da takva nastojanja spreče.

8. U našoj teoriji i praksi postoje nedoumice u pogledu primenjivosti koncepcije o plodovima otrovnog drveta odnosno tzv. produženog dejstva nedozvoljenih dokaza i na dozvoljene dokaze do kojih se došlo preko nedozvoljenih dokaza. U svakom slučaju, sve donedavno, u našem pravu je u tom pogledu postojala pravna praznina, čije rešavanje je bilo prepušteno sudskoj praksi. Sudska praksa, pak, nije bila naročito spremna na primenu ove koncepcije. Tek ponegde se mogao naći poneki primer takvog tumačenja zakona od strane suda.[9] Mišljenje teorije je bilo podeljeno. Zagovornici produženog dejstva su isticali različite argumente: moralno-etički argument, argument prevencije, argument perfektuiranja zaštite, argument disciplinovanja procesnih organa, argument jačanja procesne discipline. Neki su do takvog zaključka dolazili na osnovu tumačenja nekih drugih zakonskih odredaba: npr. na osnovu člana 85 i člana 364, stava 1, tačke 10 tadašnjeg ZKP.[10] Neki su se zalagali za takvu koncepciju zbog njene rasprostranjenosti u stranim pravima.[11] Neki smatraju da u ovom sučeljavanju argumenata treba iznaći neko kompromisno rešenje koje će voditi računa o kriminalno-političkim ciljevima. Po njima, koncept produženog dejstva treba

---

[8] Treba pomenuti i neke slučajeve u kojima su prvostepeni sudovi prosto nastavljali sa starom praksom, iako je novim zakonom predviđeno drugačije rešenje. Zanimljivo je, međutim, da se ukinuti ZKP iz 2006. godine ponovo vratio na staru relativizirajuću koncepciju.

[9] Tako je npr. u jednom slučaju Vrhovni sud Hrvatske proglasio neupotrebljivom, bez bližeg obrazloženja, jednu fotografiju koju su organi unutrašnjih poslova načiniili na osnovu neupotrebljivog obaveštenja osumnjičenog (VSH Kž. 447/82 od 26.05.1982).

[10] S. Trajković: «Posledice upotrebe dokaza dobijenih na zakonom zabranjeni način prema odredbama novog Zakona o krivičnom postupku», Glasnik Advokatske komore Vojvodine 11/1978, str. 6; V. Bayer: „Pravno nevaljani dokazi i posljedice njihove upotrebe kod donošenja sudskih odluka u krivičnom postupku“, Pravni život 5/1978, str. 18.

[11] D. Šimatović: „Protuzakonito pribavljanje dokaza“, Odvjetnik 11-12/1981, str. 31.

prihvatiti u meri koja neće bitno uticati na ukupnu efikasnost krivičnog progona, ali će obuhvatiti teške slučajeve povrede prava protiv kojih je zaštita neophodna. Tu spadaju dokazi pribavljeni krivičnim delima koja vređaju ustavom garantovana ljudska prava.[12]

Protivnici produženog dejstva ističu njegovu neprihvatljivost sa socijalno-etičkog aspekta. „Opasan delinkvent ostaje na slobodi, društvo je nezaštićeno a oštećenikova rodbina bez zadovoljštine".[13] Osim toga, izražava se skeptičnost u pogledu uticanja ekskluzionog pravila na disciplinovanje procesnih organa.[14] Ističe se da produženo dejstvo nije podobno da proizvede željeni efekat jer ne kažnjava organ koji nepravilno postupa. Po nekima, ni zabrana korišćenja dokaznog materijala, ni produženo dejstvo nije opravdano ako je u pitanju dokaz u korist okrivljenog.[15] Najzad, neki imaju u vidu da bi ispitivanje porekla dokaza bio pretežak zadatak za sud.

Neki pisci tvrde da je naš važeći zakon po pitanju koncepcije plodova otrovnog drveta postao nedvosmislen, zahvaljujući odredbi člana 18, stava 2 ZKP. Oni smatraju da u prilog ove teorije govori formulacija „dokazi koji su sami po sebi ili **prema načinu pribavljanja** u suprotnosti sa..."[16] Interesantno je da većina drugih pisaca nije videla nikakvu revolucionarnu novinu u tom smislu u našem ZKP, tako da ćutke prelazi preko odredbe člana 18, stava 2 ZKP sa aspekta njenog uticaja na primenu teorije plodova otrovnog drveta. Neki je i danas smatraju očigledno preteranim „čistunstvom" koje je za naše pravo neprihvatljivo[17] i eksplicitni su u pogledu punovažnosti dokaza za koje se saznalo preko nevažećih dokaza i njihovog neizdvajanja iz spisa. Pri svemu tome, zanimljivo je da većina autora govori o nedozvoljenim dokazima upravo prema načinu njihovog pribavljanja, dok samo pomenuta dva autora u tom terminu vide izraz produženog dejstva nedozvoljenosti dokaza. Svakako da bi manje nedoumica bilo ako bismo imali jasnu definiciju pribavljanja dokaza. To, međutim, nije slučaj. Opšta procesna teorija

[12] I. Feješ: «Procesne sankcije», neobjavljena doktorska teza, Beograd, 1990, str. 230.

[13] M. Damaška: «Procesne posledice upotrebe dokaza pribavljenih na nezakonit način», Naša zakonitost 3-6/1960, str. 229.

[14] M. Damaška: «Okrivljenikov iskaz kao dokaz u suvremenom krivičnom procesu», Zagreb, 1962, str. 212.

[15] P. Kobe: «Rezultati prisluškivanja kao dokaz u krivičnom postupku», Naša zakonitost 11-12/1985, str. 1280.

[16] Takvo tumačenje srećemo kod M. Škulića, „Krivično procesno pravo, opšti deo", Beograd, 2007, str. 223. i G. Ilića, Revija za kriminologiju i krivično pravo 2/06, str.123.

[17] Tako, M. Grubač, op. cit., str. 251. T. Vasiljević, M. Grubač: „Komentar Zakonika o krivičnom postupku", Beograd, 2003, str. 334

govori o raznim fazama u vezi sa dokazima, ali se retko pominje i definiše njihovo pribavljanje. Izuzetak u tom pogledu predstavlja Krapac, koji pribavljanje dokaza definiše kao „djelatnost procesnih sudionika u kojoj oni provjeravaju postojanje tzv. nosilaca dokaza (svjedoka, vještaka, isprava) i osiguravaju njihovu dostupnost sudu".[18] U tom smislu shvaćen, „dokaz koji je prema načinu svog pribavljanja u suprotnosti sa...," zaista bi se mogao okarakterisati kao indirektno pravno nevaljani dokaz. Naša sudska praksa je po tom pitanju i dalje neujednačena. Tako se u jednom predmetu, teorija plodova otrovnog drveta kategorički negira, uvažavajući kao valjan dokaz potvrdu o oduzetim predmetima kojoj je prethodilo protivzakonito pretresanje,[19] dok se u jednoj kasnijoj odluci zastupa suprotan stav.[20]

2. Opšta dužnost utvrđivanja istine

1. Naš Ustav takođe ni u jednoj svojoj odredbi ne pominje dužnost suda da utvrđuje istinu u krivičnom postupku. Tu dužnost predviđa odredba člana 17 ZKP iz 2001. godine. Ova odredba je u našoj teoriji shvaćena kao proklamacija tzv. načela istine. Često se ukazuje da ta istina treba da ima posebne kvalitete po kojima se razlikuje od istine utvrđene u parničnim postupcima. Terminološki se ta razlika pokriva distinkcijom između „materijalne istine" i „formalne istine". Podvajanje materijalne i formalne istine nekad se vrši i s obzirom na razlike između mešovitih i akuzatorskih krivičnih postupaka, jer se smatra da ovi poslednji najčešće sprečavaju postizanje pune istine o predmetu odlučivanja. Ipak, sintagma „materijalna istina" je neopravdana iz filozofskog ugla posmatranja, jer istina ili postoji ili ne postoji, tj. ona je jedinstvena.

Iako je ova odredba konstantno prisutna u našim zakonskim tekstovima, treba ukazati na unekoliko promenjeni stav procesne teorije prema ovom procesnom načelu. Mogli bismo konstatovati da je ono doživelo svojevrsnu transformaciju. Od nekada glavnog procesnog principa koji je smatran i osnovnim ciljem procesa, kome su bili podređeni svi ostali procesni propisi, danas se sve više smatra da je ono relativnog karaktera i da prevagu nad njim treba da ima načelo pravičnog suđenja, recipirano iz angloameričkog prava.

---

[18] D. Krapac, «Prilog razmatranju pojma dokaznih zabrana u suvremenom krivičnom postupku», Pravni vjesnik 6/1990, str. 13.

[19] Okružni sud u Beogradu, Kž. 2333/02 od 19.12.2002 i Treći opštinski sud u Beogradu K. 582/02 od 18.06.2002

[20] VSS, Kž. I 1964/2004 od 29.12.2004.

2. Dakle, ni princip utvrđivanja istine, ni koncepcija nedozvoljenih dokaza kod nas ne predstavljaju ustavnu materiju. S druge strane, oboje su regulisani zakonikom u okviru osnovnih procesnih načela. Nesumnjivo da princip zabrane upotrebe nedozvoljenih dokaza najčešće ide na štetu načela utvrđivanja istine u postupku.[21] Ako bismo hteli ustanoviti kome od ova dva principa treba dati prednost u slučaju njihovog sukoba, rukovodili bismo se značajem vrednosti koje se njima štite. Ako pažljivo analiziramo sve izričito propisane nedozvoljene dokaze, kao i one koji im se mogu priključiti na generalan način, videćemo da iza njih stoji potreba zaštite nekih osnovnih ljudskih prava. U tom kontekstu postaju nam relevantne odgovarajuće odredbe Ustava kojima se jemče osnovna ljudska i manjinska prava, kojima svakako treba obezbediti primat.

B. Opšta pravila o nedozvoljenim dokazima u sudskoj praksi, posebno u praksi Vrhovnog suda Srbije

1. Veoma je važno istaći spremnost naše sudske prakse da spreči razna nastojanja da se zaobilaznim putem postigne vrednovanje obaveštenja prikupljenih u pretkrivičnom postupku kao dokaza u krivičnom postupku. Ranije su organi unutrašnjih poslova pokušavali na razne načine da obezbede dokaznu vrednost prikupljenim obaveštenjima. Naši vrhovni sudovi su takvu praksu smatrali protivzakonitom i odricali dokaznu vrednost takvom materijalu.Drugi zaobilazni pokušaj unošenja obaveštenja iz pretkrivičnog postupka u dokazni sistem krivičnog postupka, bilo je saslušavanje u svojstvu svedoka službenog lica organa unutrašnjih poslova o sadržini tih obaveštenja. Vrhovni sudovi su odlučno ustali protiv takve prakse. Ovakvih pokušaja je danas znatno manje, mada se još uvek ponegde mogu sresti. Takođe, ne bi bilo dopustivo da se na izjavi osumnjičenog datoj organima unutrašnjih poslova u pretkrivičnom postupku, pre njenog izdvajanja iz spisa zasniva nalaz i mišljenje veštaka.[22] Ako se presuda zasniva na nepropisno sastavljenoj krivičnoj prijavi koja sadrži obaveštenja data OUP-u, može se pobijati po osnovu iz člana 368, stava 1, tačke 10. ZKP.[23]

2. U našoj sudskoj praksi zabeleženi su i neki slučajevi koji su po svojim konsekvencama pomalo nalik na koncepciju plodova otrovnog drveta. Zani-

[21] Samo izuzetno to neće biti slučaj. Tako npr. kada neko pomoću torture izdejstvuje neistinito priznanje okrivljenog, to neće ići na štetu istine u postupku.

[22] U konkretnom slučaju, međutim, veštak za sudsku medicinu je citirao deo izjave osumnjičenog date u SUP-u, ali je nalaz dao na osnovu materijalnih tragova konstatovanih na licu mesta i zadobijenih povreda (VSS, Kž. 154/02 od 02.03.2004 i Okružni sud u Beogradu, K. 5/00 od 07.09.2002).

[23] VSS, Kž. I 2317/05 od 07.09.2006. i Okružni sud u Čačku, K. 66/05 od 15.09.2005.

mljivo je, međutim, da se tu odbacivanje određenih dokaza obrazlaže na jedan sasvim drugačiji način i bez pozivanja na produženo dejstvo. Tako npr. sud smatra da iz spisa treba izdvojiti i fotografije rekonstrukcije događaja koju su sproveli organi unutrašnjih poslova tako što im je osumnjičeni pokazao način izvršenja krivičnog dela, pri čemu je fotografisan. Smatra se da takav materijal predstavlja obaveštenje koje je dao osumnjičeni po članu 225, stavu . ZKP.[24] Slično tome, „Fotodokumentacija sačinjena od strane organa unutrašnjih poslova na mestu izvršenja dela na kojoj se vidi i osumnjičeni sa rukama vezanim pozadi, predstavlja svojevrsnu izjavu osumnjičenog o pokazivanju mesta izvršenja krivičnog dela, pa pošto ta izjava nije data u prisustvu branioca, saglasno pravilima krivičnog postupka, zasnivanjem presude na ovakvom nedozvoljenom dokazu učinjena je bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 368, stava 1, tačke 10 ZKP“[25]. Međutim, u jednom drugom predmetu, kada je okrivljeni fotografisan pored objekta u kome je izvršena krađa, nije izveden zaključak da se radi o obaveštenju organima unutrašnjih poslova.[26]

Na sličan način se obrazlaže i odbacivanje privremenog oduzimanja predmeta kao dokaza. Naime, smatra se da potpis okrivljenog na potvrdi o privremeno oduzetim predmetima suštinski predstavlja njegovu izjavu da je taj predmet oduzet iz njegovog priteženja i da bi se ta izjava mogla koristiti kao dokaz u krivičnom postupku treba da je pribavljena u skladu sa odredbama ZKP.[27]

3. Najzad, treba istaći i neujednačenost naše sudske prakse, pa čak i samog Vrhovnog suda Srbije po pitanju tumačenja odredbe člana 18, stava 2 ZKP. Većina sudova proglašava nedozvoljenim i one dokaze koji nisu izričito propisani kao takvi procesnim zakonom, ukoliko su sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa nekom odredbom Zakonika. Međutim, kad treba odrediti koje se to suprotnosti sa Zakonikom ne mogu tolerisati, nastaje prava konfuzija. Ilustracije radi, pomenimo problem validnosti naređenog veštačenja supstance na opojnu drogu u pretkrivičnom postupku od strane organa unutrašnjih poslova za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora preko deset godina. Vrhovni sud Srbije je najpre zastupao stanovište da tako naređeno veštačenje predstavlja nedozvoljeni dokaz zbog kojeg se može pobijati na njemu zasnovana presuda po članu 368, stavu 1, tački 10 ZKP.[28] Kasnije, međutim,

[24] VSS, Kž. I 698/87 od 13.10.1987.

[25] VSS, Kž. I 305/2005 od 14.9.2005.

[26] VSS, Kž. 510/01 od 27.12.2001 i Okružni sud u Beogradu K. 365/99 od 07.12.1999.

[27] VSS, Kž. I 4/2004 od 03.02.2004.

[28] Tako npr. VSS, Kž. 1060/05 od 19.09.2005 i Okružni sud u Kruševcu, K. 153/04 od 14.04.2005.

Vrhovni sud Srbije menja prvobitno mišljenje i počinje da smatra da se tim postupkom ne vređa nijedna izričita zakonska odredba koja govori o dokazima na kojima se ne može zasnivati sudska presuda, da policija nije zloupotrebila procesna ovlašćenja, već je tako postupila radi efikasnog i blagovremenog obezbeđivanja dokaza za krivični postupak. On je procenio da se ovde ne radi o apsolutnoj, već o relativno bitnoj povredi odredaba krivičnog postupka, koja ne dovodi bezuslovno do ukidanja prvostepene presude.[29] Takvo pravno shvatanje usvojeno je i na sednici Krivičnog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 15, 20. i 28. marta 2007. godine i s pravom se kritikuje.

II. PRAVILA O DOPUSTIVOSTI DOKAZA U ODNOSU NA POVREDU PRAVA NA PRIVATNOST

A. Zaštita privatnosti stana[30]

1. Ustavne odredbe

Pravo na nepovredivost stana spada u tzv. prava negativnog statusa, koja se ispoljavaju u slobodi građana od intervencije države u odnosu na njihovu privatnu ličnost. Osnovni elementi ovog prava dati su u članu 40 Ustava**.** Niko ne može bez pismene odluke suda ući u tuđ stan ili druge prostorije protiv volje njihovog držaoca, niti u njima vršiti pretres. Držalac stana i druge prostorije ima pravo da sam ili preko svog zastupnika i uz još dva punoletna svedoka prisustvuje pretresanju. Ako držalac stana ili njegov zastupnik nisu prisutni, pretresanje je dopušteno u prisustvu dva punoletna svedoka.

Bez odluke suda, ulazak u tuđ stan ili druge prostorije, izuzetno i pretresanje bez prisustva svedoka, dozvoljeni su ako je to neophodno radi neposrednog lišenja slobode učinioca krivičnog dela ili otklanjanja neposredne i ozbiljne opasnosti za ljude ili imovinu, na način predviđen zakonom.

2. Zakonske odredbe

Pretresanje stana i ostalih prostorija okrivljenog ili drugih lica može se preduzeti ako je verovatno da će se pretresanjem okrivljeni uhvatiti ili

[29] VSS, Kž. 1601/05 od 31.10.2005 i Okružni sud u Beogradu, K. 227/05 od 30.03.2005; VSS, Kž. I 1010/2006 od 13.06.2006; VSS, Kž. 1309/06 od 11.09.2006 i Okružni sud u Jagodini, K. 185/05 od 27.01.2006.

[30] U našem pravu ne postoje opšte odredbe o zaštiti prava na privatnost, ni u Ustavu, ni u Zakoniku o krivičnom postupku. U tom pogledu nije razvijena ni naša sudska praksa.

da će se pronaći tragovi krivičnog dela ili predmeti važni za krivični postupak. Pretresanje advokatske kancelarije može se preduzeti samo u pogledu određenog predmeta, spisa ili isprave.

Pretresanje naređuje sud pismeno obrazloženom naredbom. Naredba o pretresanju predaje se pre početka pretresanja licu kod koga će se ili na kome će se pretresanje izvršiti. Pre pretresanja pozvaće se lice na koje se odnosi naredba o pretresanju da dobrovoljno izda lice, odnosno predmete koji se traže. To lice će se poučiti da ima pravo da uzme advokata, odnosno branioca koji može prisustvovati pretresu. Ako se zahteva prisustvo advokata odnosno branioca, početak pretresa će se odložiti do njegovog dolaska, a najduže za tri sata.

Pretresanju se može pristupiti i bez prethodne predaje naredbe, kao i bez prethodnog poziva za predaju lica ili stvari i pouke o pravu na branioca, odnosno advokata, ako se pretpostavlja oružani otpor, ili druga vrsta nasilja, ili ako se očigledno priprema ili je otpočelo uništavanje tragova krivičnog dela ili predmeta važnih za krivični postupak.

Pretresanje se po pravilu vrši danju. Pretresanje se može vršiti i noću, kada je određeno sudskom naredbom, kao i ako je danju započeto pa nije dovršeno ili ako postoje razlozi za pretresanje od strane službenih lica organa unutrašnjih poslova i bez naredbe suda.

Držalac stana i drugih prostorija pozvaće se da prisustvuje pretresanju, a ako je on odsutan, pozvaće se njegov zastupnik ili neko od odraslih ukućana ili suseda. Zaključane prostorije, nameštaj ili druge stvari otvoriće se silom samo ako njihov držalac nije prisutan ili neće dobrovoljno da ih otvori. Prilikom otvaranja izbegavaće se nepotrebno oštećenje.

Pretresanju stana prisustvuju dva punoletna građanina kao svedoci. Lice koje sprovodi pretresanje i prisutni svedoci mogu biti samo lica istog pola, kao i lice koje se pretresa. Svedoci će se pre početka pretresanja upozoriti da paze na tok pretresanja, kao i da imaju pravo da pre potpisivanja zapisnika o pretresanju stave svoje prigovore ako smatraju da sadržina zapisnika nije tačna.

Pretresanje stana treba sprovesti obazrivo, uz poštovanje dostojanstva ličnosti i prava na intimnost, i bez nepotrebnog remećenja kućnog reda. O svakom pretresanju stana sastaviće se zapisnik, koji potpisuju lice kod koga se sprovodi pretresanje i lica čije je prisustvo obavezno. Prilikom pretresanja, oduzeće se privremeno samo oni predmeti i isprave koji su u vezi sa svrhom pretresanja. U zapisnik će se uneti i tačno naznačiti predmeti i isprave koji se oduzimaju, a to će se uneti i u potvrdu koja će se odmah izdati licu kome su oduzeti.

Tok pretresanja se može tonski i vizuelno snimiti, a predmeti pronađeni tokom pretresanja posebno fotografisati. Snimci će se priložiti zapisniku o pretresanju.

Kada se pretresaju prostorije državnih organa, preduzeća ili drugih pravnih lica, pozvaće se njihov starešina da prisustvuje pretresanju. Kada se pretresa advokatska kancelarija u odsustvu advokata kome pripada, pozvaće se predstavnik nadležne advokatske komore, a ako to nije moguće, drugi advokat, član iste advokatske komore. Pretresanje i pregledi u vojnoj zgradi sprovešće se po odobrenju nadležnog vojnog starešine.

Ako se prilikom pretresanja stana nađu predmeti koji nemaju veze sa krivičnim delom zbog koga je pretresanje naređeno, ali koji ukazuju na drugo krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, oni će se opisati u zapisniku i privremeno oduzeti, a o oduzimanju će se odmah izdati potvrda. O tome će se odmah obavestiti javni tužilac radi pokretanja krivičnog postupka. Ovi predmeti će se odmah vratiti ako javni tužilac nađe da nema osnova za pokretanje krivičnog postupka, a ne postoji neki drugi zakonski osnov po kome bi se ti predmeti imali oduzeti.

Prema članu 81, stavu 1 Zakonika o krivičnom postupku, ovlašćena službena lica organa unutrašnjih poslova mogu i bez odluke suda ući u tuđi stan ili druge prostorije i izuzetno sprovesti pretresanje bez prisustva svedoka, ako držalac stana to traži ili ako neko zove u pomoć, ili radi izvršenja odluke suda o pritvaranju ili dovođenju okrivljenog ili radi neposrednog lišenja slobode učinioca krivičnog dela ili otklanjanja ozbiljne opasnosti za ljude ili imovinu.

Držalac stan, ako je prisutan, ima pravo da protiv postupka tog organa izjavi prigovor. Ovlašćeno službeno lice organa unutrašnjih poslova je dužno da držaoca stana obavesti o ovom pravu i da njegov prigovor unese u potvrdu o ulasku u stan, odnosno u zapisnik o pretresanju stana.

U slučajevima iz člana 8, stava 1 neće se sastavljati zapisnik, nego će se držaocu stana odmah izdati potvrda, u kojoj će se naznačiti razlog ulaska u stan odnosno druge prostorije i primedbe držaoca stana. Ako je u tuđim prostorijama izvršeno i pretresanje, primeniće se odredbe o prisustvu svedoka i o obazrivom pretresanju. Pretresanje se može sprovesti i bez prisustva svedoka, ako nije moguće da se odmah obezbedi njihovo prisustvo, a postoji opasnost od odlaganja. Razlozi za pretresanje bez prisustva svedoka moraju se naznačiti u zapisniku.

Kad ovlašćena službena lica organa unutrašnjih poslova sprovode pretresanje bez naredbe o pretresanju, dužna su da o tome odmah podnesu izveštaj istražnom sudiji, a ako se postupak još ne vodi – nadležnom javnom tužiocu.

Interesantno je da naš procesni zakonodavac nije našao za shodno da izričito proglasi nevaljanim dokazima, one koji sadrže povredu zakonskih odredaba o pretresanju.

3. Jurisprudencija Vrhovnog suda Srbije

U jednom broju slučajeva bila je osporavana dokazna vrednost pretresanja izvršenog od strane organa unutrašnjih poslova bez prisustva svedoka i bez naredbe istražnog sudije. Prema stanovištu Vrhovnog suda Srbije, takvo pretresanje stana nije protivzakonito i na njemu se može zasnivati sudska odluka ako se radi o opojnoj drogi koja predstavlja dokaz u krivičnom postupku i za koju se osnovano može sumnjati da se može uništiti ukoliko se ne postupa iznenada i hitno.[31] Sličan stav zauzet je u još jednom predmetu, gde je organ unutrašnjih poslova bez naredbe suda, bez prisustva svedoka i bez pouke o pravu na branioca, pristupio pretresanju dvorišta osumnjičenog koji je otpočeo da čupa stabljike indijske konoplje i tako uklanjao tragove krivičnog dela i predmete koji mogu poslužiti kao dokaz.[32] Presuda zasnovana na tom dokazu je opstala, jer nije proglašena apsolutno bitna povreda odredaba krivičnog postupka. Ove odluke ipak zahtevaju komentar. Naime, treba imati u vidu dve različite odredbe ZKP koje „olakšavaju" posao pretresanja organima unutrašnjih poslova. Jedno je član 81, stav 4, koji u slučaju opasnosti od odlaganja ovlašćuje samo na pretresanje stana bez prisustva svedoka, ali istovremeno ne oslobađa organ unutrašnjih poslova obaveze da pribavi naredbu suda. Drugo je član 81, stav 5 ZKP, koji se odnosi na mogućnost pretresanja lica i bez sudske naredbe i bez svedoka, ako postoji sumnja da će se odbaciti, sakriti ili uništiti predmeti koje treba oduzeti kao dokaz u krivičnom postupku. U gore navedenim predmetima, nisu postojali uslovi za pretresanje stana bez sudske naredbe, već samo za pretresanje bez prisustva svedoka. Nešto „mekši" stav suda zabeležen je i u slučaju pretresanja stana izvršenog bez prisustva dva punoletna svedoka, bez navođenja razloga za to u zapisniku o pretresu. Iako je time povređena jedna zakonska odredba, sud je naložio da se utvrdi zašto to nije učinjeno, da bi se taj zapisnik mogao koristiti kao dokaz u krivičnom postupku[33]. Pravilan je stav suda da kad je u pitanju opojna droga kao predmet krivičnog dela, pretresanje lica i putničkog automobila u kome se ono našlo može se sprovesti i bez naredbe i bez prisustva svedoka.[34]

---

[31] VSS, Kž. 1309/06 od 11.09.200.

[32] VSS, Kž – I – 2243/2003 od 13.09.2004.

[33] VSS, Kž. 1491/04 od 04.11.2004 i Okružni sud u Subotici, K. 45/03 od 17.03.2004.

[34] VSS, Kž. I 2627/2006 od 23.01.2007; VSS, Kž. 2301/05 od 26.01.2006. i Okružni sud u Prokuplju, K. 6/05 od 26.10.2006.

U mnogim drugim slučajevima, rezultati dobijeni pretresanjem su smatrani nedozvoljenim dokazom, ukoliko je pretresanje obavljeno suprotno nekoj odredbi ZKP. Tako npr. ako je obavljeno noću i bez prisustva svedoka i bez navođenja razloga za to u zapisniku;[35] ako je izvršeno bez naredbe suda i bez prisustva svedoka, bez navođenja razloga pretresanja u izdatoj potvrdi, bez unošenja primedbi vlasnika stana koji potvrdu nije ni potpisao, bez obaveštavanja istražnog sudije ili javnog tužioca.[36] Takođe, ako pretresanju stana nisu prisustvovala dva punoletna građanina kao svedoci, već samo jedan, sudska odluka se ne može zasnivati na takvom dokazu.[37] Međutim, u jednoj kasnijoj odluci Vrhovni sud Srbije zauzima suprotan stav, smatrajući da se ne radi o apsolutno bitnoj povredi iz člana 368, stava 1, tačke 10 ZKP, jer bi i bez tog dokaza bila doneta ista presuda.[38] Dakle, ovde se sud rukovodio razlozima koji su odavno prestali da važe u zakonu.

4. Dopustivost indirektno nevaljanih dokaza

Kao što je već rečeno, u našoj sudskoj praksi sudovi retko primenjuju teoriju o plodovima otrovnog drveta. Međutim, kada je u pitanju nezakonito pretresanje stana ili drugih prostorija, nalazimo brojne primere u kojima se rezultati tog pretresanja smatraju nevaljanim dokazom. Dakle, sam čin pretresanja je veoma precizno regulisan zakonikom i ako te odredbe nisu poštovane, onda se ne prihvata kao dokaz ni potvrda o privremenom oduzimanju predmeta, koja je rezultirala iz takvog pretresanja. Ali, čak i u takvim slučajevima, u obrazloženjima svojih odluka sudovi se ne pozivaju izričito na pomenutu teoriju, već jednostavno navode da se radi o dokazima pribavljenim na način protivan zakonu.[39] Nama se čini da je faktičko prihvatanje teorije o plodovima otrovnog drveta u slučaju pretresanja za naše sudove logičnije i prirodnije, nego u nekim drugim situacijama, kao što je npr., ona kada se iz iznuđenog priznanja okrivljenog sazna gde se nalazi leš ubijenog. Čini nam se da veća spremnost na faktičko prihvatanje pomenute teorije u slučaju pretresanja proizilazi iz činjenice da su čin pretresanja i oduzimanje predmeta u neposrednoj i vi-

[35] VSS, Kž. 2064/05 od 21.12.2005 i Okružni sud u Somboru, K. 72/04 od 23.05.2005.

[36] VSS, Kž. 264/2004 od 25.03.2004.

[37] VSS Kž. 1849/03 od 29.12.2003. i presuda Okružnog suda u Beogradu K. 228/03 od 24.06.2003.

[38] VSS, Kž. I 57/2005(1) od 21.02.2005.

[39] Tako npr. VSS Kž. I 1964/2004 od 29.12.2004; VSS Kž. 264/2004. od 25.03.2004; VSS Kž. I 2064/2005 od 21.12.2005.

dljivoj vezi koja se lako dokazuje. Uostalom, ako stvari posmatramo kroz teorijsku prizmu, ovde se i ne radi o odnosu dva dokaza, već o odnosu jedne radnje procesne prinude (pretresanje) i dokaza pribavljenog pomoću te radnje (privremeno oduzet predmet koji se dokumentuje potvrdom).

B. Zaštita privatnosti prilikom komunikacije

1. Ustavne odredbe

Tajnost pisma i drugih sredstava opštenja je proklamovana u članu 41 Ustava. Istovremeno su omeđeni i uslovi pod kojima su dozvoljena odstupanja od tog prava. Odstupanja su dozvoljena samo na određeno vreme i na osnovu odluke suda, ako su neophodna radi vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije, na način predviđen zakonom. Za razliku od člana 8 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, naš Ustav ne poznaje osnove ograničenja ovog prava kao što su: „ekonomska dobrobit zemlje, zaštita zdravlja ili morala, zaštita prava i sloboda drugih“.

2. Zakonske odredbe

1. Naš Zakonik o krivičnom postupku poznaje nekoliko odstupanja od prava na tajnost pisma i drugih sredstava komunikacije. Tako, prema članu 85 istražni sudija, sam ili na predlog javnog tužioca može narediti da poštanska, telegrafska i druga preduzeća, društva i lica registrovana za prenos informacija zadrže i njemu, uz potvrdu prijema, predaju pisma, telegrame i druge pošiljke koje su upućene okrivljenom ili koje on šalje ako postoje okolnosti zbog kojih se sa osnovom može očekivati da će ove pošiljke poslužiti kao dokaz u postupku. Pošiljke otvara istražni sudija u prisustvu dva svedoka. Pri otvaranju će se paziti da se ne povrede pečati, a omoti i adrese će se sačuvati. O otvaranju će se sastaviti zapisnik. ako interesi postupka dozvoljavaju, sadržaj pošiljke može se saopštiti u celini ili delimično okrivljenom, odnosno licu kome je upućena, a može mu se pošiljka i predati. ako je okrivljeni odsutan, pošiljka će se vratiti pošiljaocu ako se to ne protivi interesima postupka. Ove mere se preispituju na svaka tri meseca, a mogu trajati najduže devet meseci. Sprovođenje mera se prekida čim prestanu razlozi za njihovu primenu.

2. Ako se okrivljeni nalazi u pritvoru, branilac se s njim može dopisivati i razgovarati. Branilac ima pravo na poverljiv razgovor sa osumnjičenim koji je lišen slobode i pre nego što je osumnjičeni saslušan, kao i sa okrivljenim koji se nalazi u pritvoru. Kontrola ovog razgovora pre prvog saslušanja i tokom istrage dopuštena je samo posmatranjem, ali ne i sa-

slušanjem. Do poslednjih izmena ZKP iz 2009. godine, postojalo je još jedno ograničenje prava na komunikaciju branioca sa pritvorenim okrivljenim. Naime, istražni sudija je mogao narediti da se pisma, koja okrivljeni iz pritvora upućuje braniocu ili ih branilac upućuje pritvorenom okrivljenom, predaju tek pošto ih on prethodno pregleda, ako je imao razumnog osnova za verovanje da se ona koriste za pokušaj organizacije bekstva, uticanja na svedoke, zastrašivanje svedoka ili neko drugo ometanje istrage. O zadržavanju i pregledanju pisma istražni sudija je sačinjavao belešku. Posle završetka istrage, odnosno podizanja optužnice odnosno optužnog predloga bez sprovođenja istrage, okrivljenom se više nije moglo zabraniti da se slobodno i bez nadzora dopisuje i razgovara sa svojim braniocem. Pošto su ove odredbe ukinute 2009. godine, komunikacija pisanim putem, između pritvorenog okrivljenog i branioca više nije ograničena.

3. Iako je ustavna mogućnost za to postojala i ranije, treće odstupanje uvedeno je tek Zakonikom o krivičnom postupku iz 2001. godine i odnosi se na mogućnost nadzora i snimanja telefonskih i drugih razgovora ili komunikacija drugim tehničkim sredstvima i optička snimanja lica. Ova mera je pretrpela izvesne izmene u procesnoj reformi iz 2009. godine. Ranije je to bila opšta mera, a sada je posebna mera organa gonjenja za otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela iz člana 504a ZKP. Radi se o krivičnim delima organizovanog kriminala, korupcije i drugim izuzetno teškim krivičnim delima, koja su taksativno nabrojana u zakoniku. Time je ispravljen raniji propust našeg zakonodavca, koji nije predviđao mogućnost primene ove mere na neka veoma teška krivična dela, kao što su npr. ubistva i razbojništva. Sledeće poboljšanje ove regulative vezano je za isticanje supsidijarnog karaktera ove mere. Njenoj primeni ima mesta samo ako se na drugi način ne mogu prikupiti dokazi za krivično gonjenje ili bi njihovo prikupljanje bilo znatno otežano.

Dalje, osnovi sumnje treba da se odnose na izvršenje nekog od nabrojanih krivičnih dela, a samo izuzetno i na njihovo pripremanje, ako okolnosti slučaja ukazuju da se na drugi način krivično delo ne bi moglo otkriti, sprečiti ili dokazati, ili bi to izazvalo nesrazmerne teškoće ili veliku opasnost. Mere određuje istražni sudija obrazloženom naredbom, na pismeni i obrazloženi predlog javnog tužioca. U naredbi se navode podaci o licu protiv kojeg se mera primenjuje, osnovi sumnje, način sprovođenja, obim i trajanje mera. Mere mogu trajati najduže šest meseci, a zbog važnih razloga mogu biti produžene još najviše dva puta u trajanju od po tri meseca. Izvođenje mera se prekida čim prestanu razlozi za njihovu pri-

menu. Naredbu istražnog sudije izvršavaju organi unutrašnjih poslova, Bezbednosno-informativne agencije ili Vojno-bezbednosne agencije, kojima su poštanska, telegrafska i druga preduzeća dužna da omoguće izvršenje mera. Snimanja se mogu obaviti i na javnim mestima i u prostorijama koje nisu stanovi. Organi izvršenja sačinjavaju dnevne izveštaje koje zajedno sa prikupljenim snimcima dostavljaju istražnom sudiji i javnom tužiocu na njihov zahtev. Po izvršenju mera, istražnom sudiji se dostavljaju snimci i poseban izveštaj koji sadrži: vreme početka i završetka mere, podatke o službenom licu koje je meru sprovelo, opis tehničkih sredstava koja su primenjena, broj i identitet lica obuhvaćenih merom i ocenu o svrsishodnosti i rezultatima primenjene mere. Istražni sudija može odrediti da se snimci dobijeni upotrebom tehničkih sredstava u celini ili delimično prepišu i opišu. Istražni sudija će dostaviti javnom tužiocu sav materijal.

Ako javni tužilac ne pokrene krivični postupak u roku od šest meseci od dana kada se upoznao sa materijalom ili ako izjavi da ga neće koristiti u postupku, odnosno da protiv osumnjičenog neće zahtevati vođenje postupka, istražni sudija će doneti rešenje o uništenju prikupljenog materijala. O donošenju rešenja istražni sudija može obavestiti lice prema kome su sprovođene mere, ukoliko je u toku sprovođenja mera utvrđen njegov identitet. Materijal se uništava pod nadzorom istražnog sudije, o čemu istražni sudija sastavlja zapisnik.

Zakonikom je izričito određeno da se na prikupljenim podacima ne može zasnivati sudska odluka, ako je u primeni pomenutih mera postupljeno suprotno odredbama Zakonika ili naredbi istražnog sudije. U tom slučaju primenjuju se i zakonske odredbe o obaveznom izdvajanju zapisnika iz spisa, a dobijeni podaci se smatraju službenom tajnom. Tek 2009. godine ZKP je izričito regulisao i pitanje tzv. „slučajnog nalaza“ odnosno slučajnog snimka lica ili događaja koji se odnose na neko drugo krivično delo, a ne ono pokriveno naredbom istražnog sudije. Prema članu 504z, stavu 5 ZKP, takav materijal se može koristiti u krivičnom postupku samo ako se odnosi na krivično delo koje spada u krivična dela predviđena u članu 504a ZKP.

Unekoliko drugačije i sa ZKP suprotne odredbe imamo u Zakonu o Bezbednosno-informativnoj agenciji. Prema članu 13 tog zakona, direktor Agencije može, ako je to potrebno iz razloga bezbednosti Republike Srbije, svojim rešenjem, a na osnovu prethodne odluke suda, odrediti da se prema određenim fizičkim i pravnim licima preduzmu određene mere kojima se odstupa od nepovredivosti tajne pisama i drugih sredstava opštenja, u postupku utvrđenom tim zakonom. Ta odstupanja odobrava predsednik Vr-

hovnog suda Srbije odnosno drugi ovlašćeni sudija u roku od 72 časa od podnošenja predloga. Predlog i odluka sačinjavaju se u pismenom obliku. Odobrene mere mogu se primenjivati najduže šest meseci, a na osnovu novog predloga mogu se produžiti najduže za još šest meseci. U slučaju neprihvatanja predloga, predsednik Vrhovnog suda Srbije u obrazloženju odluke navodi razloge odbijanja. Ovakvo rešenje predstavlja svojevrstan relikt prošlosti i gotovo je identično ranijim odredbama Zakona o unutrašnjim poslovima, koje su proglašene protivustavnim. Nedostatak precizne regulative o vrsti krivičnih dela, uslovima pod kojima se nadzor primenjuje, pravnog statusa prikupljenog materijala, itd. čini ove odredbe veoma spornim. Odstupanjima od ustavnog prava na nepovredivost tajne pisma i drugih sredstava opštenja može se služiti i Vojna služba bezbednosti, ali na način i pod uslovima propisanim ZKP.[40]

4. Pitanje dopuštenosti ostalih snimaka učinjenih mimo odredaba čl. 504e ZKP, u našoj teoriji i sudskoj praksi je bilo sporno. Prema nekima, tu treba da važi princip: dozvoljeno je samo ono što je izričito propisano. Prema drugima, treba imati u vidu da kod nas važi sistem otvorenih dokaznih sredstava i da je bitno da pribavljanje nekog dokaza ne predstavlja vršenje krivičnog dela.

U procesnoj reformi iz 2009. godine regulisano je i ovo pitanje tako što je predviđeno novo dokazno sredstvo: fotografije i zvučni, odnosno zvučni i video snimci. Fotografije ili zvučni, odnosno zvučni i video snimci sprovedenih dokaznih radnji u skladu sa zakonikom, mogu da se koriste kao dokaz i na njima se može zasnivati odluka suda. Kada se koriste kao dokaz, oni moraju biti prepisani i uneseni u spise krivičnog predmeta.

Fotografije ili zvučni, odnosno zvučni i video snimci koji ne spadaju pod gore navedeno, mogu se koristiti kao dokaz u krivičnom postupku, ako je utvrđena njihova autentičnost i isključena mogućnost fotomontaže ili videomontaže i drugih oblika falsifikovanja fotografija i snimaka i ako su fotografije, odnosno snimak napravljeni uz prećutnu ili izričitu saglasnost osumnjičenog, odnosno okrivljenog, kada se on ili njegov glas nalaze na fotografiji odnosno snimku.

I fotografije i snimci sa čijim se pravljenjem nije saglasio osumnjičeni, odnosno okrivljeni, ako se on ili njegov glas nalaze na fotografiji odnosno snimku, mogu da se koriste kao dokaz u krivičnom postupku, ako se na fotografiji ili snimku istovremeno nalazi i neko drugo lice, odnosno njegov glas, koje se prećutno ili izričito saglasilo sa pravljenjem fotografije ili snimka.

[40] Zakon o službama bezbednosti SRJ (Sl. list SRJ 37/2002, Sl. list SCG 17/2004).

Ako se na fotografiji ili snimku nalaze samo određeni predmeti ili događaji ili lica koja nemaju svojstvo osumnjičenog ili okrivljenog, fotografija ili snimak se mogu koristiti kao dokaz, pod uslovom da nisu nastali izvršenjem krivičnog dela.

Fotografije ili snimci koji su napravljeni bez prećutne ili izričite saglasnosti osumnjičenog ili okrivljenog koji se na njima nalaze, ili čiji je glas snimljen, mogu da se koriste kao dokaz, ako su nastali kao vid opštih bezbednosnih mera koje se preduzimaju na javnim površinama – ulicama, trgovima, parkiralištima, dvorištima škola i ustanova i drugim sličnim javnim površinama, odnosno u javnim objektima i prostorijama - zgradama državnih organa, ustanovama, školama, aerodromima, autobuskim i železničkim stanicama, sportskim stadionima i halama i drugim takvim javnim prostorijama i sa njima povezanim otvorenim površinama, kao i u radnjama, prodavnicama, bankama, menjačnicama, objektima za poslovne namene i dr. sličnim objektima u kojima se snimanje redovno obavlja iz bezbednosnih razloga. Isto tako, fotografije i snimci mogu da se koriste kao dokaz ako su nastali kao vid bezbednosnih mera preduzetih od strane držaoca stana i drugih prostorija, odnosno od strane drugog lica po nalogu držaoca stana, što se odnosi i na dvorište i druge slične otvorene prostore.

3. Jurisprudencija Vrhovnog suda Srbije

Navešćemo najpre nekoliko odluka Vrhovnog suda Srbije o tome šta se ne smatra nedozvoljenim dokazom, a time ni bitnom povredom odredaba krivičnog postupka koja bi povlačila ukidanje nižestepene presude. Tako npr. „listing“ učinjenih i primljenih telefonskih poziva koji vode ovlašćene PTT službe, predstavlja registrovanje telefonskih brojeva sa kojih su obavljeni razgovori, a ne prisluškivanje i tonsko snimanje, te zasnivanje presude na takvom listingu kao dokazu nije učinjena povreda postupka.[41] Takođe, pregled sadržaja mobilnog telefona – uvid i čitanje sadržine SMS poruka međusobno upućenih između optuženog i svedoka ne predstavlja dokaz pribavljen primenom čl. 232. ZKP (sada člana 504e ZKP), već uviđaj na pokretnoj stvari, jer se ovde ne radi o materijalu koji je pribavljen nadzorom i snimanjem telefonskih i drugih razgovora, već o zakonitom dokazu na kome se presuda može zasnivati.[42]

Jedno vreme bilo je sporno da li se radi o valjanom dokazu ako je izvršenje mere prisluškivanja povereno Bezbednosno-informativnoj agenciji,

[41] VSS Kž. I 1274/2004 od 23.09.2004.
[42] VSS Kž. I 2678/2007 od 18.02.2008.

a ne organima unutrašnjih poslova. Vrhovni sud Srbije nije priznavao takav dokaz kao valjan, sve dok nije u tom smislu dopunjena odredba ZKP.[43]

U više odluka provejava misao (koja je imala pokriće u zakoniku sve do 2009. godine) da je prisluškivanje dozvoljeno samo ako postoje osnovi sumnje da je krivično delo već izvršeno, ali ne i ako se tek priprema.[44] Zatim, nisu prihvatani kao valjani dokazi snimci vezani za neka druga krivična dela, mimo onih pokrivenih zakonom.[45] Jednom rečju, transkript razgovora može se čitati kao dokaz samo ako je pribavljen u skladu sa odredbama Zakonika.[46]

Što se tiče naše sudske prakse u vezi sa privatnim tehničkim snimcima, mišljenja su podeljena. U jednom predmetu, prvostepeni sud je odbio predlog branioca da se iz spisa izdvoji zapisnik istražnog sudije, kao i nalaz i mišljenje veštaka, s obzirom da su dati na bazi snimka koji je sačinjen od strane oštećenih. Veštačenje autentičnosti snimka je pokazalo da se ne radi o manipulacijama sa snimkom i da je lingvistički sadržaj kontinuiran. Međutim, Okružni sud je našao da je takav snimak i na njemu zasnovano veštačenje pribavljeno protivno čl. 232 ZKP (sada člana 504e ZKP). Prvostepena presuda ipak nije ukinuta jer nije bila zasnovana prvenstveno na tim dokazima.[47]

S druge strane, u nekim predmetima, sud je uvažavao kao valjan dokaz i privatno načinjene snimke bez naredbe istražnog sudije. Tako npr. kod krivičnog dela protivprirodnog bluda sa licem koje nije navršilo 14 godina i bludnih radnji, magnetofonska traka na kojoj je optuženi sam snimio svoje razgovore sa maloletnim svedocima u toku izvršenja dela, korišćena je kao validan dokaz.[48]

Najzad, naši sudovi su uglavnom bili spremni da prihvate kao zakonit dokaz video snimke načinjene iz bezbednosnih razloga u prodavnicama, sportskim stadionima i drugim objektima.[49]

---

[43] Sl. gl. RS 85/2005 od 06.10. 2005. Videti VSS Kž. I 493/2005 (2) od 08.06.2005. i VSS Kž – I – ok – 7/2005(1) od 02.02.2006.

[44] VSS Kž - – I – 1388/2007 od 25.09.2007.; Okružni sud u Nišu K. 29/2006 od 10.04.2006.

[45] Okružni sud u Beogradu Kž. 2349/04 od 27.09.2004. i Drugi opštinski sud u Beogradu K. 774/04 od 13.08.2004.

[46] VSS Kž. 690/06 od 11.05.2006.

[47] Okružni sud u Beogradu Kž. 1658/05 od 29.06.2005 i Četvrti opštinski sud u Beogradu K. 1570/04 od 15.02.2005. Vid. i Okružni sud u Beogradu Kž. 1795/02 od 17.10.2002. i Opštinski sud u Mladenovcu K. 47/02 od 30.05.2002.

[48] Okružni sud u Beogradu K. 135/86 i VSS Kž. 1199/86.

[49] Okružni sud u Beogradu Kž. 420/09 od 31.03.2009 i Drugi opštinski sudu u Beogradu K. 1196/07 od 21.11.2007; Okružni sud u Beogradu Kž. 410/09 od 12.02.2009 i Drugi opštinski sudu u Beogradu K. 682/07 od 11.11.2008.

V. Drugi napadi na privatnost koji mogu voditi nedopustivosti dokaza

Ovde na prvom mestu treba pomenuti zakonske mogućnosti pretresanja lica. Pored već navedenih opštih odredbi, koje važe za svaku vrstu pretresanja, u vezi sa pretresanjem lica, treba podsetiti na nekoliko posebnih odredaba. Tako npr. lice koje sprovodi pretresanje i prisutni svedoci mogu biti samo lica istog pola, kao i lice koje se pretresa. Ovlašćena službena lica organa unutrašnjih poslova mogu bez naredbe o pretresanju i bez prisustva svedoka sprovesti pretresanje lica prilikom izvršenja rešenja o privođenju ili prilikom lišenja slobode, ako postoji sumnja da to lice poseduje oružje ili oruđe za napad, ili ako postoji sumnja da će odbaciti, sakriti ili uništiti predmete koje treba od njega oduzeti kao dokaz u krivičnom postupku.

Prema članu 64 Zakona o policiji, ovlašćeno službeno lice je ovlašćeno da zaustavi i izvrši pregled lica, predmeta koje lice nosi sa sobom i saobraćajnog sredstva kada je to neophodno radi pronalaska predmeta podobnih za napad ili samopovređivanje. Pregledom lica smatra se uvid u sadržaj odeće i obuće. Pregledom saobraćajnog sredstva smatra se pregled svih otvorenih i zatvorenih prostora saobraćajnog sredstva i predmeta koji se prevoze. Pregled predmeta koje lice nosi sa sobom obuhvata pregled predmeta koji su kod lica ili u njegovoj neposrednoj blizini ili predmeta lica po čijem se nalogu u njegovoj pratnji oni prevoze. Prilikom pregleda mogu se koristiti tehnička sredstva i službeni psi. Službeno lice je ovlašćeno da prinudno otvori zatvoreno saobraćajno sredstvo ili predmet koji lice nosi sa sobom. Ako postoje osnovi sumnje da lice kod sebe, u saobraćajnom sredstvu ili u predmetu koji nosi sa sobom ima predmete koji mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom ili prekršajnom postupku, službeno lice je ovlašćeno da zadrži to lice do pribavljanja naloga za pretres, a najduže šest časova.

Ustavom se jemči i zaštita podataka o ličnosti. Prikupljanje, držanje, obrada i korišćenje podataka o ličnosti uređuju se zakonom.[50] Zabranjena je i kažnjiva upotreba podataka o ličnosti izvan svrhe za koju su prikupljeni, u skladu sa zakonom, osim za potrebe vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije, na način predviđen zakonom. Svako ima pravo da bude obavešten o prikupljenim podacima o svojoj ličnosti, u skladu sa zakonom, i pravo na sudsku zaštitu zbog njihove zloupotrebe.

Konvencijom OUN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala, države potpisnice se obavezuju na propisivanje ovlašćenja suda na

[50] Vid. Zakon o zaštiti podataka o ličnosti (Sl. gl. RS 97/2008).

uvid u bankarske, finansijske i komercijalne transakcije lica za koja postoji sumnja da su izvršila krivična dela. Takvo ovlašćenje se u našem pravu prvi put javlja 2001. godine u članu 234 ZKP, koji je pretrpeo izvesne izmene 2009. godine. Prema toj odredbi, javni tužilac može zahtevati da nadležni državni organ, bankarska ili druga finansijska organizacija obavi kontrolu poslovanja lica za koje postoje osnovi sumnje da je učinilo krivično delo za koje je zakonom propisana kazna zatvora od najmanje četiri godine.[51] Javni tužilac takođe može da zahteva od pomenutih organa i organizacija da mu dostave dokumentaciju i podatke koji mogu poslužiti kao dokazi o krivičnom delu ili imovini pribavljenoj krivičnim delom, kao i obaveštenja o sumnjivim novčanim transakcijama u smislu Konvencije o pranju, traženju, zapleni i oduzimanju prihoda stečenim kriminalom i o finansiranju terorizma. O zahtevu i prikupljenim podacima javni tužilac je dužan da odmah obavesti istražnog sudiju.

Na pisani i obrazloženi zahtev javnog tužioca, pod istim uslovima, istražni sudija može odlučiti da nadležni organ ili organizacija privremeno obustavi određenu finansijsku trtansakciju, isplatu, odnosno izdavanje sumnjivog novca, vrednosnih papira ili predmeta za koje postoje osnovi sumnje da potiču od krivičnog dela ili od dobiti stečene krivičnim delom, ili su namenjeni izvršenju, odnosno prikrivanju krivičnog dela. Istražni sudija donosi odluku u obliku rešenja, protiv kojeg vlasnik novčanih sredstava ima pravo žalbe. Ako javni tužilac ne pokrene krivični postupak u roku od šest meseci od dana kada se upoznao sa podacima prikupljenim primenom pomenutih mera ili ako izjavi da ih neće koristiti u postupku, odnosno da protiv osumnjičenog neće zahtevati vođenje postupka, svi dostavljeni podaci će se uništiti pod nadzorom istražnog sudije, o čemu će istražni sudija sačiniti zapisnik.

Izmenama i dopunama ZKP iz 2009. godine omogućena je još jedna nova mera ako postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično delo organizovanog kriminala, korupcije i druga izuzetno teška krivična dela iz člana 504a ZKP. To je automatsko računarsko pretraživanje ličnih i drugih sa njima povezanih podataka i njihova elektronska obrada. Mera ima supsidijarni karakter, što znači da joj se pribegava samo ako se na drugi način ne mogu prikupiti dokazi za krivično gonjenje ili bi njihovo prikupljanje bilo znatno otežano. Ta mera se izuzetno može odrediti i ako postoje osnovi sumnje da se priprema neko od datih krivičnih dela, a okolnosti slučaja ukazuju da se na drugi način delo ne bi moglo otkriti, sprečiti ili dokazati,

[51] Slična mera jeprvi put uvedena u naše procesno zakonodavstvo prilikom izmena ZKP 2002. godine, ali je tada bila vezana isključivo za krivična dela organizovanog kriminala.

ili bi to izazvalo nesrazmerne teškoće ili veliku opasnost. Mera se sastoji u automatskom pretraživanju već pohranjenih ličnih i drugih sa njima neposredno povezanih podataka i u njihovom automatskom poređenju sa podacima koji se odnose na pomenuta krivična dela i osumnjičenog, da bi se kao mogući osumnjičeni isključila lica u pogledu kojih ne postoji verovatnoća da su povezana sa krivičnim delom. Meru naređuje istražni sudija na predlog javnog tužioca. Naredba mora sadržati tačno određene podatke. Mera može trajati najviše šest meseci, a iz važnih razloga njeno trajanje se može produžiti za još tri meseca. Meru sprovode organi unutrašnjih poslova, Bezbednosno-informativna agencija, Vojno-bezbednosna agencija, organi carinske službe ili drugi državni organi odnosno druga pravna lica koja na osnovu zakona vrše određena javna ovlašćenja. I ovde je predviđeno uništavanje podataka ako javni tužilac ne pokrene krivični postupak u roku od šest meseci ili izjavi da neće zahtevati vođenje postupka ili korišćenje prikupljenih podataka.

III. PRAVILA O DOPUSTIVOSTI/EKSKLUZIJI DOKAZA S OBZIROM NA NEZAKONITO ISPITIVANJE

A. Opšte pravo na ćutanje /privilegija protiv samooptuživanja

1. Ustavne odredbe

Savremeni mešoviti postupci zadržali su saslušanje okrivljenog kao tekovinu inkvizicionog postupka. Iskaz okrivljenog ima dvostruku pravnu prirodu: on je istovremeno dokazno i odbrambeno sredstvo. Međutim, iako je okrivljeni dužan da se podvrgne krivičnom postupku, da ga trpi i da se izlaže represivnim merama u cilju obezbeđenja njegovog fizičkog prisustva, on nije dužan da se brani, da daje iskaz i da odgovara na postavljena pitanja. Smatra se da on nije dužan da sarađuje sa optužbom i sudom na fundiranju njegove osude. Drugim rečima, on uživa tzv. privilegiju od samooptuživanja. Neki to smatraju izrazom neprikosnovenosti njegovog ljudskog dostojanstva ili pak, posledicom pretpostavke nevinosti. Takav odnos prema njegovom iskazu podignut je na rang ustavnog načela i obavezuje zakonodavca. Naime, Ustav proklamuje da lice koje je okrivljeno ili kome se sudi za krivično delo nije dužno da daje iskaze protiv sebe ili protiv lica bliskih sebi, niti da prizna krivicu.

2. Zakonske odredbe

ZKP iz 2001. precizira da okrivljeni nije dužan da iznese svoju odbranu niti da odgovara na postavljena pitanja, o čemu se on mora poučiti

(član 89, stav 2). Ova odredba proklamuje pravo na ćutanje kao vid zaštite od samoinkriminacije. Pitanje je u kojoj meri je zakonodavac dosledan u obezbeđivanju realizacije ovog prava, odnosno da li se do kraja odrekao težnje da dobije iskaz okrivljenog. Iako je okrivljenom prepušten izbor načina njegove odbrane, predviđena je mogućnost primene represivnih mera u cilju obezbeđenja njegovog prisustva. Pa ipak, za razliku od nekadašnjeg zakonskog rešenja, više ne postoji obaveza organa krivičnog postupka da pouči okrivljenog da neiskazivanjem može otežati prikupljanje dokaza za svoju odbranu. Naprotiv, okrivljeni se upozorava da sve što izjavi može biti upotrebljeno protiv njega kao dokaz. Međunarodnopravni standardi zaštite okrivljenog od samooptuživanja poštuju se nemogućnošću zasnivanja sudske odluke na iskazu okrivljenog, ukoliko okrivljeni nije poučen o pravu na ćutanje. Podsećamo da više ne postoji zakonska mogućnost konvalidacije pravno nevaljanih dokaza dobijenih iskazom okrivljenog bez poštovanja određenih procesnih garancija. Nekadašnji član 84 ZKP iz 1976. godine, koji je to omogućavao, protivrečio je osnovnim civilizacijskim standardima pravičnog postupka. Zaštita okrivljenog od samooptuživanja uvažava se i u centralnoj fazi krivičnog postupka – glavnom pretresu. Naime, prema članu 320, stavu 2 okrivljeni nije dužan da se izjasni o optužbi, niti da iznosi svoju odbranu. Štaviše, propisano je da se odbijanje okrivljenog da odgovori na pitanje da li priznaje učinilaštvo, smatra poricanjem.

3. Jurisprudencija Vrhovnog suda Srbije

Ustavne i zakonske odredbe o privilegiji okrivljenog protiv samooptuživanja su nedvosmislene, tako da u našoj sudskoj praksi nisu zabeleženi slučajevi osporavanja sudske odluke zbog propuštanja suda da da odgovarajuće upozorenje okrivljenom. Nesumnjivo je pravo okrivljenog na izbor takve strategije odbrane i nesumnjiva dužnost suda da ga o tom pravu pouči, kao i pravne posledice takvog propuštanja. Može se, međutim, postaviti pitanje svrsishodnosti takvog načina odbrane okrivljenog. Tako se ne retko ukazuje da to može biti kontraproduktivno za okrivljenog, jer u praksi može izazvati još veću ubeđenost u vinost okrivljenog. Iz prakse Evropskog suda za ljudska prava proizlazi da se izvođenjem zaključaka nepovoljnih za okrivljenog, zasnovanih na ćutanju okrivljenog, krši pravo okrivljenog da ne inkriminiše sebe, ako je presuda zasnovana isključivo ili uglavnom na ćutanju okrivljenog. Iz toga sledi da pravo na ćutanje nema karakter apsolutnog prava, već da zavisi od okolnosti slučaja. U konkretnom slučaju, Evropski sud za ljudska prava bio je na stanovištu da negativan zaključak po okrivljenog, zbog

njegovog odbijanja da objasni svoje prisustvo na mestu zločina, ne predstavlja kršenje privilegije okrivljenog od samooptuživanja. Takvim rezonovanjem, Evropski sud je opravdao ponašanje kojim se direktno krši jedna od najznačajnijih posledica prezumcije nevinosti okrivljenog da teret dokazivanja leži na tužiocu.

B. Zaštita protiv nedobrovoljnog samooptuživanja

1. Ustavne odredbe

Prema članu 23 Ustava, ljudsko dostojanstvo je neprikosnoveno i svi su dužni da ga štite. Svako ima pravo na slobodan razvoj ličnosti, ako time ne krši prava drugih zajemčena Ustavom. Dalje, ljudski život je neprikosnoven, a fizički i psihički integritet su nepovredivi. Niko ne može biti izložen mučenju, nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju, niti podvrgnut medicinskim ili naučnim ogledima bez svog slobodno datog pristanka. Prema članu 28 Ustava, prema licu lišenom slobode mora se postupati čovečno i sa uvažavanjem dostojanstva njegove ličnosti. Zabranjeno je svako nasilje prema licu lišenom slobode, kao i iznuđivanje iskaza.

2. Zakonske odredbe

Zakonik o krivičnom postupku precizira da se prema okrivljenom ne smeju upotrebiti sila, pretnja, obmana, nedozvoljeno obećanje, iznuda, iznurivanje ili druga slična sredstva, da bi se došlo do njegove izjave ili priznanja, ili nekog činjenja koje bi se protiv njega moglo upotrebiti kao dokaz (član 89, stav 8 ZKP).Ukoliko se ova sredstva ipak upotrebe, sudska odluka se ne sme zasnivati na tako pribavljenim dokazima. U suprotnom, to predstavlja apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka. U ovom kontekstu još jednom podsećamo na napredak koji je u ovom smislu zabeležen u ZKP iz 2001. godine, s obzirom da je prema ranijem zakonu u vidu apsolutne povrede postupka bilo sankcionisano samo zasnivanje sudske odluke na upotrebi sile ili pretnje. Upotrebom sile, pretnje i drugih nedopuštenih sredstava od strane službenih lica, u cilju dobijanja iskaza okrivljenog, ostvaruje se biće krivičnog dela iznuđivanja iskaza (član 136 KZ Srbije). Zabrana samooptuživanja podrazumeva i da se okrivljeni ne sme prinuditi na iskaz ni primenom medicinskih intervencija. Pritiscima na volju okrivljenog primenom narkoanalize, lobotomije i sličnih intervencija, uticalo bi se na svest i volju okrivljenog, i tako bi se kompromitovala mogućnost izbora između iskazivanja i ćutanja. Prema odredbi člana 131, stava 2 ZKP nije dozvoljeno da se prema osumnjičenom, okrivljenom ili sve-

doku primene medicinske intervencije ili da im se daju takva sredstva kojima bi se uticalo na njihovu svest i volju pri davanju iskaza. Iz člana 112, stava 12 KZ proizlazi da je primena hipnoze protiv volje nekog lica jednaka upotrebi sile. Naš ZKP ne reguliše izričito da li je dopuštena primena hipnoze na zahtev ili uz pristanak okrivljenog radi osveživanja njegovog pamćenja. Dominira mišljenje da je to nedopustivo. Međutim, dopušteno je uzimanje krvi i telesni pregled okrivljenog, što je u skladu sa odlukama Evropskog suda za ljudska prava.

3. Jurisprudencija Vrhovnog suda Srbije

U praksi naše najviše sudske instance nisu zabeleženi neki sporni slučajevi. U ovom kontekstu ćemo pomenuti samo jedan stariji predmet iz 1958. godine u kome je problematizovano korišćenje narko-dijagnoze u cilju utvrđivanja eventualne simulacije duševne bolesti od strane okrivljenog. Iako eksplicitnih odredaba o tome u zakonu nije bilo (a nema ih ni sada), tadašnja najviša sudska instanca nije dozvolila upotrebu tog dokaznog sredstva sa obrazloženjem da bi se on lako mogao pretvoriti u zaobilazno korišćenje narko-analize.

V. Miranda paradigma

1. Ustavne odredbe

Prema članu 27, stavu 2 Ustava, lice koje je lišeno slobode od strane državnog organa odmah se, na jeziku koji razume, obaveštava o razlozima lišenja slobode, o optužbi koja mu se stavlja na teret kao i o svojim pravima i ima pravo da bez odlaganja o svom lišenju slobode obavesti lice po svom izboru. Prema članu 29 Ustava, licu lišenom slobode bez odluke suda, odmah se saopštava da ima pravo da ništa ne izjavljuje i pravo da ne bude saslušano bez prisustva branioca koga samo izabere ili branioca koji će mu besplatno pružiti pravnu pomoć ako ne može da je plati.

2. Zakonske odredbe

Prema članu 5 ZKP, licu lišenom slobode bez odluke suda, odmah se saopštava da nije dužno ništa da izjavi, da sve što izjavi može biti upotrebljeno kao dokaz protiv njega i da ima pravo da bude saslušano u prisustvu branioca koga samo izabere ili branioca koji će mu biti postavljen na teret budžetskih sredstava, ako ne može samo da ga plati.

Lice lišeno slobode bez odluke suda mora bez odlaganja, a najkasnije u roku od 48 sati biti predato nadležnom istražnom sudiji. U protivnom se pušta na slobodu.

Lice lišeno slobode ima i sledeća dopunska prava: 1) da se na njegov zahtev o vremenu, mestu i svakoj promeni mesta lišenja slobode bez odlaganja obavesti član porodice ili drugo njemu blisko lice, kao i diplomatsko-konzularni predstavnik države čiji je državljanin, odnosno predstavnik međunarodne organizacije ako je u pitanju izbeglica ili lice bez državljanstva; 2) da neometano opšti sa svojim braniocem, diplomatsko-konzularnim predstavnikom, predstavnikom međunarodne organizacije i Zaštitnikom građana; 3) da ga na njegov zahtev bez odlaganja pregleda lekar koga slobodno izabere, a ako on nije dostupan, lekar koga odredi organ lišenja slobode, odnosno istražni sudija; 4) da pokrene postupak pred sudom, odnosno da izjavi žalbu sudu koji je dužan da hitno odluči o zakonitosti lišenja slobode. Zabranjeno je i kažnjivo svako nasilje nad licem lišenim slobode i licem kome je sloboda ograničena. Prema takvom licu mora se postupati čovečno, sa uvažavanjem dostojanstva njegove ličnosti.

Prema članu 89, stavu 2 ZKP, okrivljeni će se poučiti da je dužan da se odazove pozivu i da odmah saopšti svaku promenu adrese ili nameru da promeni boravište, a upozoriće se i na posledice ako po tome ne postupi. Zatim će se okrivljenom saopštiti prava iz člana 4, stava 2, tačke 2 Zakonika, zašto se okrivljuje, osnovi sumnje koji stoje protiv njega, da nije dužan da iznese savoju odbranu, niti da odgovara na postavljena pitanja, pa će se pozvati da, ako to želi, iznese svoju odbranu. Prema članu 89, stavu 10 ZKP, ako okrivljeni nije poučen o pravima iz člana 89, stava 2 Zakonika, na njegovom iskazu ne može se zasnivati sudska odluka.

3. Jurisprudencija Vrhovnog suda Srbije

Prema stanovištu Vrhovnog suda Srbije, propuštanje istražnog sudije da okrivljenog upozori da sve što izjavi može biti upotrebljeno protiv njega – ne čini iskaz okrivljenog nedozvoljenim dokazom ako je okrivljeni poučen o svojim pravima saglasno odredbama ZKP, te se ne radi o bitnoj povredi odredaba krivičnog postupka. U obrazloženju Vrhovnog suda Srbije se navodi: „Prema odredbi člana 89, stava 2 ZKP, druga rečenica, okrivljenom će se saopštiti njegova prava iz člana 13, stava 3 ZKP, zatim zašto se okrivljuje, osnovi sumnje koji stoje protiv njega, da nije dužan da iznese svoju odbranu, niti da odgovara na postavljena pitanja. Prema odredbi člana 13, stava 3 ZKP, dužnost je lica koje saslušava okrivljenog da ga pre prvog saslušanja pouči o njegovim pravu da uzme branioca i da branilac može prisustvovati njegovom saslušanju. Nakon saopštavanja ovih prava okrivljenom, okrivljenog treba upozoriti da sve što izjavi može biti upotrebljeno protiv njega kao dokaz. Dakle, u odredbi člana 13,

stava 3 ZKP napravljena je jasna razlika između **prava** koja pripadaju okrivljenom sa kojima mora biti upoznat pre prvog saslušanja i **upozorenja** koja mu se tom prilikom daju. Kada se to dovede u vezu sa odredbom člana. 89, stava 2 ZKP da će se okrivljenom saopštiti njegova prava iz člana 13, stava 3 ZKP, jasno je da se misli na prava iz tog člana a ne i na upozorenja, a kada se zatim to dovede u vezu sa nedozvoljenim dokazom iz člana 89, stava 10 ZKP koji postoji samo u slučaju da okrivljeni nije poučen o svojim pravima iz člana 89, stava 2 ZKP, logično je da samo propuštanje upozorenja uz pouku okrivljenom o njegovim pravima nije dovoljno da bi se takav iskaz okrivljenog smatrao nedozvoljenim dokazom. Prema tome, na iskazu okrivljenog koji je poučen o svojim pravima i bez tog upozorenja može se zasnivati sudska odluka. To naravno ne znači da okrivljenom nije potrebno davati takvo upozorenje, međutim, izostanak istog, ne čini taj dokaz nedozvoljenim".[52] Formalno-logički posmatrano, ovakvo tumačenje Vrhovnog suda Srbije je potpuno ispravno. Međutim, nisam sigurna da je intencija zakonodavca bila takva, niti da je u zakonskom tekstu namerno napravljena terminološka i pravna razlika između pouke i upozorenja.

IV. ZAKLJUČAK

1. Dve su osnovne teorijske matrice kroz koje se u našoj teoriji obrađuju pitanja dokaza na kojima se ne može zasnivati sudska presuda: učenje o tzv. dokaznim zabranama i učenje o nezakonitim, nedopuštenim, nedozvoljenim, ništavim ili pravno nevaljanim dokaznim sredstvima. U stvari, ova dva učenja mogu se susresti u jednoj tački: pravno nevaljani dokazi su samo jedan od procesnih dometa dokaznih zabrana. Odsustvo odgovarajuće zakonske terminologije uzrokovalo je neujednačenost teorijske terminologije. Neki pisci rađe se opredeljuju za termin dokazne zabrane, koju je u nauku krivičnog procesnog prava uveo Beling. Na prostorima bivše SFRJ, to je prvi učinio Munda, a za njim su sledili Damaška, Kobe i Krapac. Danas u Srbiji, za tim terminom posežu npr. Grubač, Feješ i Škulić. U najopštijem smislu, dokazne zabrane su propisi koji ograničavaju dokazivanje zbog uvažavanja nekih drugih pravom zaštićenih bitnih vrednosti. Krapac pod dokaznom zabranom podrazumeva pravno pravilo koje zabranjuje a) da se pribavi ili izvede određeni dokaz ili da se neki dokazi pribave ili izvedu na određeni način, odnosno b) da se rezultat određene dokazne radnje (tj. određeni dokaz) upotrebi za utvrđiva-

[52] VSS, Kž. I o.k. 6/2005(2) od 14.12.2006; VSS, Kž. I 1360/2004 od 17.10.2005.

nje činjenica u krivičnom postupku. S obzirom na cilj, on razlikuje dve vrste dokaznih zabrana: sprečavajuće i otklanjajuće.[53] Momenat sprovođenja sprečavajućih dokaznih zabrana pada u fazu odlučivanja procesnog organa o prikupljanju ili izvođenju dokaza. Cilj druge grupe zabrana je da se onemogući korišćenje rezultata nekih, sa stanovišta pravnog poretka, nepoželjnih rezultata dokaznih radnji. Čas njihovog sprovođenja može pasti u fazu izvođenja dokaza, ali i u fazu ocene dokaza. Prema Feješu, jedna velika grupa dokaznih zabrana predstavlja procesne sankcije. Zabrana korišćenja određenog dokaznog materijala javlja se u vidu sankcije zbog kršenja zabrane pribavljanja dokaza.[54] Međutim, sprečavajuće i otklanjajuće dokazne zabrane ne moraju se uvek poklapati.[55] Slično tome, Grubač govori o zabrani prikupljanja i izvođenja dokaza, i o zabrani upotrebe dokaza,[56] a Škulić o zabrani korišćenja i zabrani vrednovanja određenih dokaza.[57] Takvo učenje je samo donekle blisko angloameričkoj koncepciji o ekskluziji dokaza. Opšte je poznato da ekskluziono pravilo u kontinentalnim pravima ni iz daleka nije tako široko razvijeno kao u angloameričkom pravu. To je posledica donedavno veoma ukorenjenog stava zakonodavstva i teorije da je primarni cilj krivičnog procesa utvrđivanje tzv. materijalne istine, a dokazne zabrane i ekskluziona pravila jesu sredstva koja ograničavaju postizanje tog cilja. Druga razlika je u tome što su dokazne zabrane ili nedozvoljeni dokazi u kontinentalnim pravima rezultat normativne delatnosti zakonodavca, dok se ekskluziona pravila u angloameričkom pravu razvijaju, pre svega, putem case law.

Pretežni deo udžbeničke literature ne uvodi pojam dokaznih zabrana, već sasvim površno navodi podelu dokaza na dozvoljene i nedozvoljene, s obzirom na način njihovog pribavljanja. Od starijih pisaca, njima se opširnije bave Bayer, Damaška, Aleksić i Vasiljević, a od savremenih Grubač, Feješ i Škulić.

2. Ustav Srbije ne sadrži odredbe ni o nedozvoljenim dokaznim sredstvima, ni o principu utvrđivanja istine u krivičnom postupku. Dakle, odnos između ove dve ustanove prepušten je zakonodavcu, koji ih proklamuje među osnovnim procesnim načelima. Iz dalje razrade tih načela proizlazi da istina nije više vrhovno procesno načelo, kome su podređene sve procesne ustanove. Kategorija pravno nevaljanih dokaza je detaljno nor-

[53] D. Krapac, op. cit., str. 13 i 14.

[54] I. Feješ, op. cit., str. 184.

[55] To najbolje ilustruje naše zakonodavstvo do ZKP iz 2001. godine, koje je zabranjivalo upotrebu obmane prilikom ispitivanja okrivljenog, ali to nije sankcionisalo kao dokaz na kome se ne može zasnivati sudska odluka.

[56] M. Grubač, op. cit., str. 95-98.

[57] M. Škulić, op. cit., str. 222.

mirana zakonom. U bogatoj evoluciji krivičnog procesnog prava Srbije ne može se uočiti pravolinijski razvoj ove ustanove. Nekad su prisutna napredna, a nekad i retrogradna rešenja. Pitanje pravno nevaljanih dokaza se sve donedavno nalazilo u jednoj „međufazi“, u kojoj nije bilo potpuno izvesno da li će važeći ZKP iz 2001. godine pretrpeti nužne izmene ili će ipak početi da se primenjuje veoma kritikovani ZKP iz 2006. godine. Ova dilema je, najzad, rešena procesnom reformom 2009. godine, kojom prilikom je izmenjen i dopunjen ZKP iz 2001. godine a prestao da važi više puta odlagani ZKP iz 2006. godine. Osim toga, nisu sve zakonske formulacije nedvosmislene i jasne, tako da rezultiraju različitim tumačenjima u teoriji i praksi. Što se tiče prakse Vrhovnog suda Srbije, on je često pravilno reagovao na pogrešne stavove nižestepenih sudova. Ponekad je, međutim, i njega odlikovala kolebljivost i različit pristup u sličnim situacijama. Neshvatljivo je da je naša sudska praksa ponekad sklona da zastupa stavove koji su odavno izgubili zakonsko pokriće, kao što je to slučaj sa relativizacijom apsolutno bitne povrede odredaba postupka u vezi sa pravno nevaljanim dokazima. Najzad, treba istaći da naša sudska praksa nije toliko značajna za promovisanje pravno nevaljanih dokaza u slučajevima koji nisu eksplicirani u zakonu.

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

The Use of Illegally Gathered Evidence in the Criminal Trial

Abstract

This article is dedicated to the illegally gathered evidence in serbian criminal trial. The paper consists of three parts: 1) the general theory of admissibility of illegally gathered evidence; 2) rules of admissibility of evidence in relation to violation of the right to privacy; 3) rules of admissibility of evidence in relation to illegal interrogations. There is also conclusion. There are four aspects from which those problems are reviewed: constitutional rules, statutory rules, court jurisprudence and law theory.

Key words: illegally gathered evidence, proving prohibitons, right to privacy, illegal interrogations

Originalni naučni rad 341.645:343.14

Dr Sanja Đajić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

O DOKAZNOM POSTUPKY PRED MEĐUNARODNIM SUDOM PRAVDE: STUDIJA TRI SLUČAJA

Sažetak: *Iako je dokazni postupak Međunarodnog suda pravde načelno uređen njegovim Statutom i Poslovnikom, većina dokaznih pitanja i pravila ustanovljena je u praksi. Zato je i fokus ovog rada upravo na onim slučajevima gde je utvrđivanje činjenica bilo značajno: Krfski tesnac, Vojne i paravojne aktivnosti protiv Nikaragve i Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida. Razlozi koji su opredeljivali Sud u pogledu dokaza stvorili su odgovarajući okvir i formirali standarde dokaznog postupka. Autor u radu zaključuje da se ova pravila dosledno primenjuju u praksi Suda. Najznačajnije pravilo dokazivanja je da će standard dokazivanja zavisiti od težine tužbenog zahteva, i ono će imati veću ulogu nego opredeljivanje za standard dokazivanja preko prirode postupka (parnični ili krivični). Sud koristi različite standarde dokazivanja za neposrednu i posrednu odgovornost države. Neposredni dokazi koji utvrđuju činjenice kao nepobitne i nesumnjive će biti potrebni za ustanovljenje neposredne odgovornosti države nastalu kao posledica činjenja. Posredni dokazi će biti dovoljni (ako odgovaraju standardu dokazivanja) za posredne oblike odgovornosti države koji rezultiraju iz akata nečinjenja. Težina optužbe opredeljuje i teret dokazivanja: dok se načelo actor incumbit probatio načelno uvek primenjuje, ono može biti ublaženo samim uvođenjem posrednih dokaza koji se koriste za dokazivanje posrednih oblika odgovornosti države. Ako Sud treba prvo da reši pitanje krivične odgovornosti pre nego što raspravi odgovornost države, Sud će, po pravilu,*

konstatovati da je nadležan i sposoban da odluči o krivičnoj odgovornosti. Iako će Sud tada koristiti svoju terminologiju za krivičnopravni standard dokazivanja (kao što su potpuno nepobitni dokazi), autor ističe da je zapravo reč o klasičnom krivičnopravnom standardu dokazivanja (van razumne sumnje). Ova pitanja, pak, Sud je bio u prilici da reši vrlo lako upravo zahvaljujući jednom neobičnom obeležju predmeta Konvencija o genocidu, jer je Sud raspolagao velikim brojem dokaza i presuda iz postupaka pred Međunarodnim krivičnim tribunalom za bivšu Jugoslaviju. Ovim presudama Sud je priznao najveću dokaznu snagu. Drugo dokazno sredstvo po snazi su izjave zvaničnika države koji imaju neposredno saznanje o događaju kada njihove izjave ne idu u korist njihove države. Ovakav pristup oceni dokaza je specifičan upravo za Međunarodni sud pravde.

***Ključne reči**: dokazivanje – međunarodni sudski postupak – standard dokazivanja – teret dokazivanja – odgovornost države*

Aktivnost međunarodnog pravosuđa je danas življa nego ikada ranije. Veliki je broj različitih međunarodnih sudskih i arbitražnih institucija. Uprkos razlikama koje među njima postoje, a najčešće se ogledaju u nadležnosti, funkcijama, izvorima koje će primeniti i pravilima o procesnoj sposobnosti i legitimaciji, oni i dalje zajedno čine međunarodni pravosudni sistem, jer su, iako najčešće bez formalnih veza, nužno upućene jedne na drugu.[1] Jedno od pitanja koje će svaka od ovih institucija morati da reši tokom postupka jeste utvrđivanje činjenica. Način na koji će neka sudska ili arbitražna ustanova pristupiti utvrđivanju činjenica, odnosno kako izgleda njen dokazni postupak, važno je za konačan ishod postupka. Cilj ovog rada je da ilustruje specifičnosti dokaznog postupka pred međuna-

[1] Da li postoji međunarodni pravosudni sistem aktuelna je tema međunarodnog prava. Sudovi se zaista nalaze u nekakvom odnosu, ali njihovi odnosi nisu uvek institucionalizovani niti među njima postoji jasna hijerarhija kao u domaćem pravosuđu, već je više reč o odnosu negativnih dodira. Više o ovoj temi, videti: Johnatan I. Charney, „The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals", 31 *New York University Journal of International Law & Policy* (1999), str. 697-708; Cesare P.R. Romano, „The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle", 31 *New York University Journal of International Law & Policy* (1999), str. 709-751. Više o stavu da Međunarodni sud pravde uživa viši položaj u hijerarhiji sudova zahvaljujući odredbama. Povelje UN, videti: Rodoljub Etinski, „Appearance of Specilized Tribunals and the Question of the Balanced Application of International Law" *Facta Universitatis, Law and Politics*, Vol. 1, No. 4, 2000, str. 389-395.

rodnim sudovima na primeru Međunarodnog suda pravde, i to u predmetima *Krfski tesnac*,[2] *Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi*[3] i *Primena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju genocida.*[4]

Neke osnovne napomene o dokaznom postupku

Dokazni postupak obuhvata nekoliko važnih pitanja: vrste dokaznih sredstava, pravila o dopuštenosti dokaznih sredstava, teret dokazivanja, dokazna snaga dokaznih sredstava, standardi i pretpostavke koje će sudovi koristiti u dokaznom postupku. Ponekad će se ova pravila razlikovati među sudovima jer je to logična posledica razlika u njihovim nadležnostima: sudovi opšte nadležnosti, sudovi za ljudska prava ili međunarodni krivični sudovi primeniće različita pravila dokazivanja. Međutim, u pojedinim slučajevima to neće biti posledica osnovnih razlika, već tumačenja pojedinih opštih dokaznih pravila koje većina sudova, bez obzira na vrstu nadležnosti, primenjuje u redovnom dokaznom postupku.

Dokazni postupak pred Međunarodnim sudom pravde načelno je uređen čl. 48-52 Statuta i pravilima 56-72 Poslovnika Suda. Statut daje vrlo malo informacija o dokaznim sredstvima, te ostavlja Sudu mogućnost da se o svim pitanjima dokazivanja sporazume sa strankama ili da o konkretnim pitanjima odluči tokom postupka (čl. 48.). Sud može pozvati strane da dostave neke od dokaza, te ako one to odbiju jedina sankcija, bar prema rečima Statuta, je „formalna konstatacija o odbijanju zahteva“ (čl. 49.).[5] Sud može i naložiti sprovođenje istrage preko istražnih komisija ili zahtevati mišljenje veštaka (čl. 50.).[6] O dopuštenosti dokaza u Statutu postoji samo odredba koja zabranjuje podnošenje do-

[2] *Corfu Channel* (United Kingdom v. Albania), ICJ Reports 1949, Presuda od 12. decembra 1948. U daljem tekstu: Krfski tesnac.

[3] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), ICJ Reports 1986, Presuda od 27. juna 1986. U daljem tekstu: Nikaragva.

[4] *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ Reports 2007, Presuda od 26. februara 2007. U daljem tekstu: Konvencija o genocidu.

[5] Na sličan način je ovo pitanje uređeno i članom 62. Poslovnika Suda.

[6] Poslovnik Suda dopušta Sudu da *proprio motu* pribavi dokaze sa teritorije jedne od država nakon sporazuma sa stranama u postupku, ali pri tome nije određena vrsta dokaznog sredstva koje Sud može da pribavi na ovaj način (čl. 66. Poslovnika). Član 62, stav 2 dopušta Sudu da samoinicijativno pozove lica da svedoče pred Sudom, dok čl. 67. upućuje na istražne komisije i veštake koje Sud *ex officio* može da angažuje. Član 69. Poslovnika ovlašćuje Sud da zahteva informacije od međunarodne organizacije.

kaza nakon isteka utvrđenog roka, ali saglasnost druge strane može otkloniti i ovu prepreku (čl. 52.).[7] Poslovnik Suda sadrži detaljnija pravila o dostavljanju i izvođenju dokaza pred Sudom, ali nijedan od ova dva formalnopravna akta ne sadrži ona najvažnija pravila: standard dokazivanja, dopuštenost dokaznih sredstava (osim uslova blagovremenog dostavljanja dokaza), teret dokazivanja i vrste dokaznih sredstava. Odredbe Statuta su načelnog karaktera i dalje ostavljaju dosta prostora Sudu da pojedina dokazna pravila, kao i pitanja dopuštenosti, standarda i tereta dokazivanja rešava na osnovu obeležja konkretnog slučaja. Kako to jednostavno opisuje Hajet: „Osnovno pravilo je praktičnost.“[8] Mnogi autori kritikuju ovakav pristup Suda: „međunarodni sudovi nisu voljni da sebi postave ograničenja putem precedenta ili nekog drugog skupa pravila u odsustvu jasne norme u statutu.“[9]

U pregledu koji sledi ispitaćemo prirodu dokaznih pravila i ujednačenost njihove primene u praksi Suda.

Standard dokazivanja i dokazna snaga pojedinih dokaznih sredstava

Iako se dokazni postupak pred međunarodnim sudovima prirodno nastavlja na pravila dokazivanja koja poznaju domaći pravni sistemi, postoji niz specifičnosti. Na ovom mestu možemo ukazati na dve osnovne specifičnosti. Prvo, u međunarodnom postupku dokazuju se i činjenice i pravo tako da možemo govoriti o dve vrste dokaznih postupaka gde je ovaj drugi daleko tipičniji za međunarodne sudove. To, naravno, ne isključuje značaj i potrebu utvrđivanja činjenica, ali je jasno da kada se među stranama kao sporne jave i činjenice i pravo, onda je zadatak međunarodnog suda daleko teži. Drugo, u okolnostima povećanog broja međunarodnih sudova moguće je da nekoliko sudova bude suočeno sa istim činjenicama. Razlike u načinu dokazivanja tada postaju odlučujuće zajedno sa pitanjem da li je jedan sud na bilo koji način vezan utvrđenim činjenicama pred drugim međunarodnim sudom. Kako se ove specifičnosti manifestuju u praksi i kakve od-

[7] Poslovnik Suda navodi da je konačni rok za podnošenje dokaza okončanje pisane faze postupka, nakon čega je potrebna saglasnost druge strane . Međutim, saglasnost druge strane će se pretpostaviti ukoliko ne prigovori naknadnom dostavljanju dokaza. Ako Sud i dalje smatra da je reč o važnom dokazu, može dopustiti naknadno dostavljanje dokaza i nezavisno od saglasnosti druge države. (čl. 56. Poslovnika).

[8] Keith Highet, „Evidence, the Court, and the Nicaragua Case“ 81 *American Journal of International Law* (1987), str. 9.

[9] Andrea Gattini, „Evidentiary Issues in the ICJ's Genocide Judgment“, 5 *Journal of International Criminal Justice* (2007), str. 889.

govore mogu dati međunarodni sudovi na pitanje utvrđivanja činjenica ilustrovaćemo slučajevima *Krfski tesnac*, *Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi* i *Primena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju genocida.* Posebno smo izdvojili i uporedili ova tri primera iz sudske prakse jer se Sud u njima bavio utvrđivanjem činjenica mnogo više nego u nekim drugim slučajevima, te je bio prinuđen da više vremena i pažnje posveti upravo dokaznom postupku. U sva tri primera način dokazivanja bio je uslovljen ne samo činjenicama već i pravnim pravilima na koje su se te činjenice odnosile. Dakle, sva tri predmeta pokazaće vrlo blisku vezu između početnog pravnog standarda i dokaznog standarda. Opšta pravila dokaznog postupka, koja su propisana Statutom i Pravilnikom Suda, su načelnog karaktera i ne povlače razliku između standarda koji treba primeniti i načina utvrđivanja činjenica koje su osnov za njihovu primenu. Ovakve razlike posledica su isključivo prakse Suda,[10] koja svedoči da će teži oblici odgovornosti države zahtevati više dokazne standarde, dok se lakši oblici odgovornosti mogu dokazati i posrednim dokazima.[11]

Krfski tesnac

Međunarodni sud pravde je već u svom prvom predmetu bio suočen sa zadatkom utvrđivanja činjenica u vezi sa eksplozijom podvodnih mina u Krfskom tesnacu, u teritorijalnim vodama Albanije, gde su nastradala dva britanska bojna broda. Da li je Albanija odgovorna za štetu zavisilo je od učešća Albanije u njenom nastupanju. Pred Sudom su, dakle, bila dva alternativno postavljena pitanja: da li je Albanija postavila mine, čime bi odgovarala za povredu međunarodnog prava aktima činjenja njenih organa, odnosno organa pod njenom kontrolom, ili je Albanija odgovorna jer je znala za postavljanje mina bez obzira ko je učestvovao u njihovom postavljanju. Dakle, dva različita pravna standarda se razlikuju ne samo prema obimu obaveze koja važi za državu – zabrana činjenja štete ili zabrana sprečavanja štete, aktima činjenja i nečinjenja – već i prema standardu dokazivanja koji će se ovde koristiti. U prvom slučaju moraju postojati neposredni dokazi o činjenju državnih organa koji će nesumnjivo pokazati pripisivost ovog akta državi, te je primena pravila o posrednom dokazivanju i verovatnoći ovde isključena. Neposredna odgovornost države za akte činjenja uslovljena je strožim

[10] Shabtai Rosenne, Law and Practice of the International Court of Justice, str 1039.

[11] S. Halink, "All Things Considered: How the International Court of Justice Delegated its Fact-Assessment to the United Nations in the Armed Activities Case", 40 *New York University Journal of International Law & Politics (Special Issue)* 13 (2008), str. 24.

pravilima dokazivanja.[12] Rečnikom dokaznog postupka, postojaće pretpostavka protiv odgovornosti države u ovakvim slučajevima.[13]

Drugi oblik odgovornosti dopušta posredne dokaze i ocenu verovatnoće prilikom procene sposobnosti i mogućnosti države da spreči štetu na svojoj teritoriji. Obaveza sprečavanja štete polazi od pretpostavke da je država na svojoj teritoriji sposobna da spreči nastupanje štete. Pretpostavka iz ove obaveze uslovljava i način dokazivanja njenog neispunjenja. U jednom neobičnom parničnom manevru, Ujedinjeno Kraljevstvo je pokušalo da dokaže odgovornost Jugoslavije za polaganje mina na osnovu vrlo bliske veze između Albanije i Jugoslavije koja je postojala u to vreme. Cilj ovakve strategije bio je, kako je to i Sud razumeo, da se „ukaže na poistovećivanje Albanije i Jugoslavije, bilo kao posledica zahteva Albanije Jugoslaviji da joj pruži pomoć odnosno na osnovu pristanka Albanije da Jugoslavija postavi mine.“[14] Pošto je i ovde potencijalno angažovana neposredna odgovornost Albanije za činjenje, Sud je zahtevao neposredne dokaze te je indicije i pretpostavke odbacio kao neodgovarajuće: „Ujedinjeno Kraljevstvo pokušalo je da dokaže istovetnost Albanije i Jugoslavije putem određenih pretpostavljenih činjenica i posrednih dokaza, kao što je činjenica da je u to vreme Jugoslavija raspolagala ovim minama, pri čemu su Albanija i Jugoslavija u to vreme bile u političkom i vojnom savezu na osnovu Ugovora o prijateljstvu i uzajamnoj pomoći od 9. jula 1946.“[15] Sud odbacuje predlog tužioca i smatra da ponuđeni dokazi ne mogu nesumnjivo ustanoviti odgovornost Jugoslavije a samim tim ni odgovornost Albanije za polaganje mina. Jedini neposredni dokaz koji je Ujedinjeno Kraljevstvo ponudilo bilo je svedočenje bivšeg oficira jugoslovenske ratne mornarice koji je izjavio da je par dana uoči incidenta video dva jugoslovenska ratna broda kako sa tovarom mina isplovljavaju iz

---

[12] „Iako Ujedinjeno Kraljevstvo nikada nije odustalo od svog zahteva da je Albanija ta koja je postavila mine, učinjeno je vrlo malo sa njene strane da se ovaj zahtev i dokaže.“ – Krfski tesnac, str. 15.

[13] Amerasinhe smatra da se u dokaznom postupku koriste oborive i neoborive pretpostavke, te da će u slučaju ocene zakonitosti akata suverenih država postojati pretpostavka protiv takve odgovornosti. Videti: C.F. Amerasinghe, „Presumptions and Inferences in Evidence in International Litigation“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, br. 3/2004, str. 397-398.

[14] Krfski tesnac, str. 16.

[15] *Ibidem*, str. 17. Zanimljivo je da se u spisima predmeta nalazi priložen i Ugovor o privrednoj saradnji između Jugoslavije i Albanije, koji je zaključen mesec dana nakon incidenta, kojim se, između ostalog, predviđa i stvaranje carinske unije između ove dve zemlje. (Videti: *The Corfu Channel Case*, Pleadings, Oral Arguments, Documents, vol. 5, str. 68. Dostupno na sledećoj internet stranici: http://www.icj-cij.org/docket/files/1/10913.pdf)

luke Šibenik, a potom ih je video kako se vraćaju dan nakon incidenta bez spornog tovara. Sud ovo svedočenje nije prihvatio jer njegovo svedočenje nije imalo dovoljnu dokaznu snagu koja je potrebna za neposrednu odgovornost države: „Izuzetno teška optužba protiv države zahteva odgovarajući stepen sigurnosti koji ovim nije postignut.“[16]

Međutim, posredni dokazi mogu igrati značajnu ulogu prilikom utvrđivanja odgovornosti države da spreči štetu na svojoj teritoriji. Kako je već napomenuto, obaveza nije apsolutna ali je, za razliku od prve obaveze, za tužioca mnogo lakše dokazati njenu povredu, kako zbog prirode obaveze i pretpostavke odgovornosti tako i zbog mogućnosti korišćenja posrednih dokaza: „Sud mora da ispita da li je utvrđeno, putem posrednih dokaza, da li je Albanija znala za polaganje mina u njenim teritorijalnim vodama nezavisno od njenog mogućeg učešća u ovoj operaciji. Dokaz se može izvesti posredno iz činjenica pod uslovom da ne ostavljaju prostor za bilo kakvu razumnu sumnju. Elementi činjenica na osnovu kojih se izvode ovakvi zaključci mogu biti drugačiji od onih koji su značajni za dokazivanje direktnog učešća. Ovde postoje dva činjenična niza koja se međusobno dopunjuju: prvi je ponašanje Albanije pre i nakon nesreće od 22. oktobra 1946. godine, a drugi se tiče mogućnosti opažanja polaganja mina sa albanske obale.“[17] Pošto nakon nesreće Albanija nije učinila ništa da ispita zašto je do incidenta došlo, i pošto su veštaci ustanovili da je sa osmatračnica pregled Krfskog tesnaca bio dobar u svim vremenskim prilikama, Sud je našao da je posredno dokazano da je Albanija morala znati za polaganje mina i stoga ustanovio njenu odgovornost za nastupelu materijalnu štetu, jer je propustila da obavesti brodove o opasnosti. Naravno, znanje Albanije se moglo dokazati i neposrednim dokazima, ali u njihovom odsustvu posredni dokazi su bili dovoljni da dokažu posrednu odgovornost države. Posredno dokazivanje dozvoljava veći prostor za slobodnu ocenu i zaključivanje iz zbira različitih činjenica.[18] Ograničenje ovakvom zaključivanju, bar prema mišljenju Suda u ovom slučaju, nalazi se u standardu dokazivanja, tako da činjenice moraju biti utvrđene van svake razumne sumnje. Upravo je ovakvim, donekle i zanimljivim zaključivanjem, Sud našao da je postupanje Albanije nakon incidenta bilo takvo da implicira njenu odgovornost: Albanija je telegramom protestvovala zbog toga što su britanski brodovi povredili njene teritorijalne vode pri čemu nije spomenula postojanje mina niti je

[16] Krfski tesnac, str. 16.

[17] Krfski tesnac, str. 18.

[18] Šire, videti: C.F. Amerasinghe, „Presumptions and Inferences in Evidence in International Litigation“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, br. 3/2004, str. 395-410.

protestvovala protiv njihovog postavljanja.[19] Sud ovde polazi od pretpostavke iz prvog činjeničnog niza po kojoj je Albanija, zbog obeležja tesnaca i položaja osmatračnica, morala znati za postojanje mina. Pošto je za njih morala znati, propust da ih pomene ili da protiv njih protestuje na bilo koji način, predstavlja neku vrstu saglasnosti za postavljanje mina.

Obaveza i standard dokazivanja uslovljeni su i teretom dokazivanja. U oba slučaja teret dokazivanja je na tužiocu, ali je, svakako, to mnogo lakši zadatak ako se dokazuje posredna odgovornost države za dužnost sprečavanja štete. Ako tužilac propusti da preuzme ovaj teret dokazivanja, postojaće pretpostavka protiv odgovornosti:

„Jasno je da saznanje o polaganju mina ne može biti pripisano Albaniji samo zbog toga što su mine otkrivene u albanskim teritorijalnim vodama prouzrokovale eksploziju čije su žrtve britanski bojni brodovi. Tačno je, kako i pokazuje međunarodna praksa, da ona država na čijoj teritoriji nastupi šteta, može biti pozvana da pruži odgovarajuće objašnjenje. (...) Ali to nužno ne znači da, zbog toga što ima kontrolu nad svojom teritorijom, država je nužno znala ili je morala znati za postojanje protivpravnog akta koje je na toj teritoriji počinjeno, niti da je nužno mogla znati ili morala znati za počinioce. Ova činjenica, sama za sebe i nezavisno od ostalih okolnosti, ne implicira *prima facie* odgovornost niti se ovim teret dokazivanja prebacuje na drugu stranu.“[20]

Prilikom utvrđivanja činjenica Sud je koristio različita dokazna sredstva. Najbrojniji su bili, kao i u većini predmeta pred Međunarodnim sudom pravde, različiti pisani dokazi, kao što su službeni dokumenti, javne isprave, međunarodni ugovori, domaći propisi i slično.[21] Kako nijedan nije bio neposredni dokaz, oni su imali najmanji značaj u konkretnom slučaju. Pred Sudom je saslušano deset svedoka. Najznačajnije dokazno sredstvo svakako je bio nalaz veštaka koje je direktno imenovao Sud.[22] Veštaci su izvršili rekonstrukciju događaja posmatranjem prolaska sličnog broda u noćnim uslovima. Prema nalazu veštaka, sa osmatračnica prolazak broda nije mogao biti neprimećen. Sud je najveću veru poklonio upravo nalazu veštaka: „Sud samo može priznati izuzetnu dokaznu snagu nalazu veštaka koji su ispitali lokalitet na način koji pruža sve moguće garancije za tačne i nepristrasne informacije.“[23] Ipak, veštake će daleko češće predlagati stranke nego Sud.

---

[19] Krfski tesnac, str. 19.

[20] Krfski tesnac, str. 18.

[21] Najveći broj ove obimne dokumentacije odnosio se na umešanost jugoslovenske vojske u incident i bliske veze koje su postojale između Albanije i Jugoslavije u to vreme.

[22] Veštake mogu predložiti strane, ali ih neposredno može angažovati i Sud (sadašnji član 67. Poslovnika Suda).

[23] Krfski tesnac, str. 21.

Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi

Predmet *Nikaragva* posebno je zanimljiv za različite aspekte dokazivanja pred Međunarodnim sudom pravde. Složenost činjenične građe i izostanak tužene države opredelio je i način na koji je Sud obavio zadatak ocene ponuđenih dokaza u svetlu tužbenog zahteva o neposrednoj odgovornosti SAD za različite povrede osnovnih normi međunarodnog prava o zabrani upotrebe sile. Istovremeno je Sud imao priliku da rasvetli pojedina dokazna pravila i dokazne pretpostavke, ali i da ponudi neka nova, vrlo zanimljiva rešenja.[24]

Ocenjujući izvore koji regulišu dokazni postupak, Sud polazi od odredaba Statuta i Poslovnika, ali ukazuje i na opšta pravna načela koja važe za sudski postupak kao što su slobodna ocena dokaza i standardi dokazivanja.[25] Kao jedan od izvora Sud navodi i načelo jednakosti stranaka koje u okolnostima izostanka jedne od stranaka zahteva od Suda aktivniju ulogu.[26]

Sud polazi od uobičajene i opšte prihvaćene klasifikacije dokaznih sredstava. Tako Sud prvo ocenjuje različite dokaze u pisanoj formi, kao što su nezvanični dokumenti, novinski članci, knjige i slično. Potom slede zvanični dokumenti, kao što su javne isprave, domaći propisi i međunarodni instrumenti. Prvima Sud priznaje tek ograničenu dokaznu snagu: sama za sebe ova vrsta pisanih dokaza zapravo nema nikakvu dokaznu snagu, ali može poslužiti kao dopuna drugim dokazima, kao njihovo objašnjenje ili kao dokaz notornih činjenica.[27] Drugoj kategoriji će biti priznata dokazna snaga ako neposredno dokazuju spornu činjenicu. Svedoci su tradicionalno dokazno sredstvo koje prihvata i Međunarodni sud pravde, iako saslušanje svedoka neće biti izvedeno u svakoj usmenoj raspravi. U predmetu Nikaragva Sud pažljivo klasifikuje dokaznu snagu svedočenja: ako se izjava odnosi na neposredno saznanje svedoka koji nema interes u pogledu ishoda spora, takvo svedočenje ima izuzetno visoku dokaznu snagu. Njegovo svedočenje će imati poseban značaj za Sud ako je još i uspešno testirano u postupku saslušanja u usmenoj raspravi pred Sudom.

---

[24] Pojedini autori ovu odluku smatraju najznačajnijom presudom koju je Međunarodni sud pravde do tada doneo: "Odluka u predmetu *Nikaragva* je jedna od najznačajnijih odluka ikada donetih pred Međunarodnim sudom pravde. Ona je ubedljivo 'najteži' slučaj o kojem je Sud ikada odlučivao, u okolnostima odsustva jedne od stranaka…. Dužina odluke u predmetu *Nikaragva,* njen obim i detaljna analiza su upečatljivi." – Keith Highet, "Evidence, the Court, and the Nicaragua Case", 81 *American Journal of International Law* 1 (1987), str. 1.

[25] Nikaragva, pasus 59.

[26] Nikaragva, pasus 60.

[27] Nikaragva, pasusi 62. i 63.

Ako je takvo svedočenje dato od zvaničnika države i suprotno je interesu njegove države, onda će se takvom svedočenju priznati najviša dokazna vrednost.[28] Suprotno, svedočenje zvaničnika, čak i ako se odnosi na neposredno saznanje, ali je u korist njegove države, pred Sudom neće imati značajnu dokaznu vrednost.[29] Takođe, izjava svedoka koja se ne odnosi na neposredno saznanje neće imati snagu dokaza u postupku.[30] Posebno zanimljiv aspekt u ovom postupku bio je i pokušaj korišćenja obaveštajnih dokumenata kao dokaza,[31] ali pošto su delovi obaveštajnih dokumenata isključeni zbog tajnosti izvora i ostalih podataka, prirodno je da su oni imali zanemarljivu ulogu.

Prilikom dokazivanja, Sud je koristio posredne i neposredne dokaze. Međusobni zahtevi i optužbe strana u sporu (dok se SAD nisu povukle iz postupka) bili su teški za dokazivanje: Nikaragva je optuživala SAD da su u dužem vremenskom periodu ugrožavale suverenitet i nepovredivost Nikaragve, direktno ili preko snaga kontre. SAD su, pozivanjem na kolektivnu samoodbranu i zaštitu El Salvadora, tvrdile da je Nikaragva naoružavala antivladine snage u toj latinoameričkoj državi. Sud se upustio u ispitivanje ovih činjenica, te se donekle poslužio i posrednim dokazima. Tako je, izričito ukazujući da je reč o posrednim dokazima,[32] zaključio da je u određenom vremenskom periodu zaista postojala oružana podrška Nikaragve pobunjenicima u El Salvadoru. Polazna dokazna pretpostavka zahteva od Nikaragve da dokaže negativnu

[28] „Sud smatra da izjave ove vrste, koje potiču od visokih političkih zvaničnika, ponekad čak i od najviših, imaju posebnu dokaznu snagu kada se njima priznaju činjenice i ponašanje koje ne ide u korist države koju predstavljaju. U tom slučaju ove izjave se mogu tumačiti kao priznanje.“ – Nikaragva, pasus 64. Slično, pasus 69.

[29] Nikaragva, pasus 70.

[30] Nikaragva, pasus 68.

[31] Nikaragva, pasus140-142.

[32] „Odmeravajući gore navedene dokaze, Sud mora da ustanovi značaj i okolnosti određenih izjava i indicija. Okolnosti su, prvenstveno, ideološka bliskost dva pokreta, Sandinista u Nikaragvi i oružane opozije sadašnjoj vladi u El Salvadoru; drugo, politički interes Nikragve za slabljenje i svrgavanje vlasti u El Salvadoru, i konačno, simpatije koje pokazuje Nikaragva, a naročito njena vojska, prema opoziciji u El Salvadoru. (...) U ovakvim okolnostima različite indicije koje, same po sebi ne bi mogle biti dokaz, čak ni pretpostavka postojanja vojne pomoći Nikaragve El Salvadoru, ipak moraju biti pažljivo ispitane na osnovu toga što je moguće da su ipak od značaja.“ (Nikaragva, pasus 150). „U ovom svetlu, jedan indirektni dokaz ima poseban značaj. ... Komandant Ortega je izjavio da su preduzete mere kako bi se sprečilo korišćenje vazdušnog prolaza....prema mišljenju Suda, ovo je priznanje činjenice da je postojao vazdušni put koji je korišćen za manje vazduhoplove, najverovatnije za prevoz oružja čija je verovatna destinacija bila El Salvador, čak iako Sud nije dobio konkretne dokaze o takvom transportu.“ (Nikaragva, pasus 151).

činjenicu: „Dokazi i materijali koje je dostavila Nikaragva protiv navoda o snabdevanju oružjem moraju se ocenjivati na način koji ima u vidu da Nikaragva, odgovarajući na ove optužbe, mora dokazati negativnu činjenicu.“[33] Dokazivanje negativnih činjenica zapravo označava pretpostavku odgovornosti (koju prati odgovarajuća dokazna pretpostavka) te prenos tereta dokazivanja sa tužioca na tuženog i drugačiji standard dokazivanja.[34] Na primer, da li Nikaragva ove optužbe može odbaciti putem posrednih dokaza i verovatnoće.

Ipak, zahvaljujući mreži pretpostavki i zbira drugačijih činjenica, Sud je zaključio da je: „teško moguće automatski pretpostaviti odgovornost Nikaragve za transport oružja na njenoj teritoriji kada postoje i suprotne pretpostavke koje govore o mogućem angažmanu susednih država u transportu oružja.“[35] Sud tako zaključuje da: „od jula 1979. do datuma pada režima u Nikaragvi i do početka 1981. godine je postojao prenos oružja preko teritorije Nikaragve ka oružanim snagama opozicije u El Salvadoru. Sa druge strane, dokazi su nedovoljni da bi pokazali da je prenos oružja, od početka 1981. godine i dalje tekao kao vid pomoći naoružanim snagama opozicije u El Salvadoru upravo sa teritorije Nikaragve u nekom značajnom obimu, odnosno da je vlada Nikaragve odgovorna za transport oružja u oba vremenska raspona.“[36]

U pogledu činjenica i dokaza protiv SAD, Sud je bio objektivno ograničen u njihovoj oceni zbog odluke SAD da se povuku iz postupka u meritumu. Iako je Sud preuzeo nešto aktivniju ulogu u proceni dokaza, propust države da osporava navode tužbe i dokaze na kojima se tužba zasniva ozbiljno ometaju potpuno utvrđivanje činjenica. Iako Sud pominje i načelo ravnopravnosti stranaka u postupku, moguća odbrana i podnošenje dokaza od strane tužene države je ograničeno i teretom dokazivanja: strana koja se poziva na suprotne činjenice te činjenice mora i dokazati prema načelu *actor incumbit probatio*, a njeno odsustvo nužno pasivizira Sud bar u pogledu novih činjenica i dokaza koji bi mogli biti od značaja. Dakle, načelo materijalne istine na koje se Sud posredno poziva će ipak na najbolji mogući način biti zaštićeno tek učešćem obe stranke u postupku.

---

[33] Nikaragva, pasus 147.

[34] Volfrum, citirajući i druge autore, iz ovog izvodi zaključak da u postupku pred Međunarodnim sudom ne važi pravilo rimskog prava *negativa non sunt probanda.* To, naravno, nije bezuslovno, ali svakako utiče na standard i teret dokazivanja. Videti, Rüdiger Wolfrum, “International Court and Tribunals, Evidence”, u: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, OUP, Oxford, 2006, pasus 63, dostupno na: http://www.mpepil.com/sample_article?id=/epil/entries/law-9780199231690-e26&recno=27&.

[35] Nikaragva, pasus 158.

[36] Nikaragva, pasus 160.

Tužbeni zahtevi protiv SAD bili su brojni i skoro u potpunosti uspešni. Jedini zahtev koji Sud nije usvojio odnosio se na pripisivanje SAD povreda humanitarnog prava koje su počinile snage kontre.[37] Razlozi za neuspešnost ovog zahteva su dvostruki. Prvo, pravno pravilo o pripisivanju akata privatnih lica stranoj državi Sud je postavio prilično strogo: da bi država odgovarala za takve akte mora postojati čvrsta veza između pojedinca i strane države ali je još potrebno i da je strana država izdala jasnu instrukciju za činjenje konkretnog protivpravnog akta. Reč je o pravnom standardu koji se od donošenja odluke u ovom predmetu naziva „efektivna kontrola".[38] Pravni standard pripisivanja u ovakvim okolnostima bitno određuje i standard dokazivanja te dokazivanje potrebne veze, odnosno efektivne kontrole, čini prilično teškim. Sud je, odbijajući ovaj zahtev, uputio na standard i ukazao da nisu postojali dokazi koji bi doveli do odgovornosti SAD za povrede humanitarnog prava:

„Prema tome, dokazi koji su dostupni Sudu ukazuju da su postojali različiti vidovi pomoći koje su SAD pružale snagama kontre za vođenje operacija, ali su ipak nedovoljni da bi dokazali potpunu zavisnost od pomoći SAD. Sa druge strane, dokazi pokazuju da je u početku takva zavisnost snaga kontre od SAD zaista i postojala. Međutim, da li su SAD u bilo kojoj fazi zaista i razvile strategiju i upravljali taktikom snaga kontre zavisi i od toga u kojoj meri su SAD koristile mogućnost kontrole inherentne u takvoj vrsti zavisnosti. Sud je već našao da za tako nešto ne postoji dovoljno dokaza da bi se moglo doći do takvog nesumnjivog zaključka. Prema tome, Sud *afortiori* nije u mogućnosti da u pravnom smislu izjednači snage kontre sa snagama SAD."[39]

„Sud je tako zauzeo stav da je učešće SAD, čak i da je višestruko ili odlučujuće, u finansiranju, organizovanju, obuci, pomoći i opremanju snaga kontre, u izboru vojnih i paravojnih ciljeva i planiranju celokupne operacije, i dalje nedovoljno samo po sebi, na osnovu dokaza kojima raspolaže Sud, da u svrhu pripisivanja SAD akata snaga kontre koje su izvršene tokom njihovih vojnih i paravojnih operacija u Nikaragvi. Svi oblici učešća SAD, koji su gore navedeni, pa čak i opšta kontrola koju je tužena država imala nad ovih snagama i koja je bila visokog stepena zavisnosti, ne mogu sami po sebi da znače, bez dodatnih dokaza, da su SAD upra-

[37] Snage kontre (ili kontraši kako se još nazivaju) su grupa oružanih pobunjenika protiv tadašnje vlade Sandinista u Nikaragvi. Sandinisti su bili pokret socijalističke orijentacije koji je svrgnuo vojnu diktaturu u Nikaragvi 1979. godine. Budući da su se borili protiv revolucionarne vlade Sandinista, sebe su nazivali „kontrarevolucionarima", te otuda naziv kontre. Uživali su veliku pomoć i podršku SAD.

[38] Nikaragva, pasus 114.

[39] Nikaragva, pasus 110.

vljale ili sprovodile povrede ljudskih prava i humanitarnog prava protiv države tužioca."[40]

Nalazi Suda pokazuju čvrstu vezu između pravnog standarda i standarda dokazivanja, te da su uslovi odgovornosti u bliskoj vezi sa načinom dokazivanja, nešto što je Sud već najavio u predmetu *Krfski tesnac*. Međutim, iako je ova veza jasna i logična sama po sebi, potrebno je ukazati na činjenicu da je Sud formulisao pravni standard 'efektivne kontrole' kada je već pred sobom imao ponuđene dokaze. Odluka je Suda da je ipak potrebno mnogo više od ponuđenog da bi se dokazala veza između snaga kontre i SAD da bi se ustanovila povreda ljudskih prava i humanitarnog prava, iako je ta veza bila dovoljna da se ustanovi odgovornost SAD za niz drugih međunarodnopravnih normi.

Kakve je standarde dokazivanja, vredne pomena, primenio Sud u ovom predmetu? Pored klasifikacije različitih dokaznih sredstava prema dokaznoj snazi (kao što su izjave zvaničnika države, potvrđene u postupku saslušanja svedoka u usmenoj raspravi, a koje su suprotne interesima njegove države), Sud pokazuje i kako tumačenje pravnog pravila može bitno opredeliti i standard dokazivanja u meri koja za tužioca može biti i preveliki teret.

I pored toga, Sud ne isključuje posredne dokaze i pokazuje više fleksibilnosti u okviru slobodne ocene, te mogućnosti i verovatnoće ponekad podiže na nivo posrednih dokaza.[41] Zaključivanje na osnovu dokaznih pretpostavki i posrednih dokaza može značiti i da ako strana ne ospori navode, može se pretpostaviti da je sa njima saglasna ili da su navodi tačni. Reč je o posrednom dokazivanju i dokaznim pretpostavkama, koji su slabije dokazne snage od neposrednih dokaza, i donekle suprotne pravilu *actor incumbit probatio*. Međutim, ne treba iz ovog zaključiti da je odgovornost SAD utvrđena samo na osnovu posrednih dokaza, iako je njima data mnogo veća vera nego što je to Sud učinio u predmetu *Krfski tesnac*. U obimnom dokaznom materijalu našlo se i dovoljno neposrednih dokaza.[42] Sud je ovde pokazao da prilikom odmeravanja različitih dokaza, što čini pažljivo i detaljno, donekle mora preuzeti aktivniju ulogu nego što to čini u slučajevima gde se pojavljuju obe strane.[43]

---

[40] Nikaragva, pasus 115.

[41] Sud dopušta posredne dokaze (*circumstantial evidence*) i zaključivanje na osnovu dokaznih pretpostavki (*inference*).

[42] Videti pasus 99 odluke Nikaragva.

[43] „Sud je tako bio obavezan da filtrira izjave i svedočenja te da učini više nego što je njegova uobičajena uloga prilikom odmeravanja mogućnosti i isključivanja nedovoljnih dokaza." – Keith Highet, *op. cit.*, str. 28.

Primena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida

Pedeset godina nakon slučaja Krfski tesnac i trideset godina nakon Nikaragve, Sud se opet suočio sa činjenično kompleksnim predmetom. Ova presuda ostaće zapamćena ne samo po obimu dokaznog materijala i broju činjenica koje su od Suda obe strane tražile da utvrdi, te pravila dokazivanja koja je u ovoj presudi Sud primenio,[44] već upravo i zbog jasnog povezivanja pravnog standarda o odgovornosti sa standardom dokazivanja, te ono što je bilo najavljivano u ranijim presudama će Sud ovom prilikom vrlo jasno formulisati. Sud ovde, po prvi put, objašnjava odnos individualne krivične odgovornosti i odgovornosti države za izvršenje međunarodnog ugovora,[45] a pitanje je bilo jednako važno i za način dokazivanja.

Presuda je, za razliku od prethodnih, koncipirana upravo tako da na posebnom mestu izdvaja sva pitanja u vezi sa dokazivanjem i deli ih na teret dokazivanja, standard dokazivanja i dokazna sredstva.[46]

U pogledu tereta dokazivanja Sud zaključuje da će se primeniti opšte prihvaćeno pravilo po kojem stranka mora dokazati činjenice na koje se poziva, te odbija predlog tužioca da teret dokazivanja prebaci na tuženog zbog njegove odluke da pojedine delove dokumenata, označenih kao državna tajna, ne učini dostupnim.[47] Suviše dokumenata, naročito iz arhive Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju (MKTJ), je bilo na raspolaganju tužiocu da bi se moglo opravdati prebacivanje tereta

---

[44] Videti, Andrea Gattini, „Evidentiary Issues in the ICJ's Genocide Judgment", *5 Journal of International Criminal Justice* (2007), str. 889-904; C. F. Amerasighe, „The Bosnia Genocide Case", 21 *Leiden Journal of International Law* (2008), str. 411-428. Michael Ottolenghi, Peter Prows, „Res Judicata in the ICJ's Genocide Case: Implications for Other Courts and Tribunals", *Pace International Law Review* (2009), str. 37-54.

[45] Kaseze, na primer, kritikuje povezivanje krivičnopravnih kategorija sa pravilima o odgovornosti država. Njegova kritika ide u dva pravca. Prvo, smatra da se na ovaj način proširuju obaveze, a samim tim i odgovornost država, van onih utvrđenih Konvencijom. Drugo, primena krivičnopravnih instituta, po njegovom mišljenju, nije dosledno sprovedena u ovom slučaju, jer bi dosledna primena pravila krivičnog prava, bar kad je u pitanju dokazivanje namere, mogla dovesti do odgovornosti Srbije za genocid (pozivajući se na praksu MKTJ). Šire, videti: Antonio Cassese, „On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide", 5 *Journal of International Criminal Justice* (2007), str. 875-887.

[46] Deo V presude, pasusi 202-230.

[47] Prema mišljenju pojedinih komentatora presude, Sud je mogao, pozivajući se na čl. 49. Statuta koji dopušta Sudu da zahteva dostavljanje dokumenata i formalno konstatuje ako se strana ne povinuje naredbi, da izvede zaključke na teret strane koja ne dostavlja dokaze, u ovom slučaju SR Jugoslavije. – A. Gattini, *op. cit.*, str. 891, beleška 9 i str. 892-893.

dokazivanja na tuženog.[48] Poseban problem postojao je kod dokazivanja namere da se počini genocid, *dolus specialis* kao bitni element krivičnog dela genocida. Tužilac, kako Sud i primećuje, nije ni pokušao da dokaže postojanje ovakve namere kod organa SR Jugoslavije za akte koji bi tuženoj mogli biti pripisani. Dakle, u ovom pogledu tužilac nije ni pokušao da preuzme teret dokazivanja i nije ponudio nikakve neposredne dokaze.[49] Strategija tužioca bila je da posredno dokaže postojanje *dolus specialis* preko obrasca postupanja u različitim područjima Bosne i Hercegovine, gde bi obrazac i njegovo ponavljanje trebalo da dokažu plan i specijalnu nameru.[50] Tužilac je na ovaj način pokušao da olakša teret dokazivanja promenom standarda dokazivanja.

Standardi dokazivanja su upravo bili značajan deo spora. Prethodni problem za Sud, pre upuštanja u ocenu dokaza, bio je da li će se za ocenu odgovornosti države za genocid koristiti pravila dokazivanja krivičnog prava (jer je prethodno potrebno utvrditi postojanje individualne krivične odgovornosti za genocid) i odgovarajući standardi (dokazanost van svake razumne sumnje) koji su stroži od redovnog testa dokazivanja koji bi se mogao primeniti za ocenu odgovornosti države za povredu međunarodnog ugovora u dokaznom postupku koji je daleko bliži parničnom, čime bi bili uslovljeni i nešto blaži standardi dokazivanja. Tužilac je tako tvrdio da, budući da se ne radi o krivičnom postupku, nije ni potrebno koristiti krivičnopravne standarde dokazivanja, već Sud uživa mnogo veću slobodu prilikom slobodne procene ponuđenih dokaza jer je zapravo reč o povredi međunarodnog ugovora. Sud je na ovo pitanje odgovorio u dva navrata, koristeći različitu metodologiju, i uvek sa istim zaključkom. Prvo, Sud zaključuje da „ako državu treba proglasiti odgovornom jer je povredila svoju obavezu zabrane činjenja genocida, onda se mora dokazati da je genocid, u smislu Konvencije, zaista i počinjen."[51] Pitanje je da li ovaj Sud to može ustanoviti u odsustvu pravosnažne odluke o individualnoj krivičnoj odgovornosti za genocid nadležnog krivičnog suda? Sud smatra da "različita procesna pravila i ovlašćenja ovog Suda i drugih sudova koji vode postupke protiv lica zbog činjenja krivičnih dela ne ukazuju da postoji pravna prepreka zbog koje ovaj Sud ne bi mogao utvrditi da li su genocid i drugi akti navedeni u čl. III počinjeni."[52] Sud, tako, konačno zaključuje da država može biti pro-

[48] Presuda *Konvencija o genocidu*, pasusi 204-206.
[49] Presuda *Konvencija o genocidu,* pasus 369.
[50] Presuda *Konvencija o genocidu,* pasusi 370-376.
[51] Presuda *Konvencija o genocidu* 180.
[52] Presuda *Konvencija o genocidu* 181.

glašena odgovornom za povredu Konvencije zbog genocida i saučesništva u genocidu i bez individualne krivične osude za genocid.[53] Sud, dakle, mora utvrditi da li je učinjen genocid da bi državu proglasio odgovornom, ali to ne mora biti uslovljeno individualnom krivičnom osudom. Dok je prvi deo ove teze logičan i uvodi redosled u rešavanje pravnih pitanja, a donekle i usmerava način dokazivanja, drugi deo teze ostavlja razlog za bojazan – jer, kakve su posledice odluke o postojanju genocida pre nego što su odgovorni pojedinci stvarno i osuđeni? U ovom predmetu ova će bojazan ostati samo teorijska, pošto su nalazi Međunarodnog suda pravde u svemu bili identični sa nalazima Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju. Drugo je pitanje i koliko je Sud bio iskren u predloženom rešenju i da li je otvoren prostor ostavio neiskorišćen priklanjajući se krivičnim osudama međunarodnog krivičnog tribunala. Kakve bi političke implikacije drugačijih odluka mogle biti nije teško pretpostaviti.

Sud će, dakle, upustiti se u ispitivanje da li je genocid zaista i počinjen pre nego što pristupi pripisivanju genocida tuženoj državi. Tom prilikom mora dokazati da su oba elementa genocida, akt i namera, prisutni te ti nalazi moraju biti nesumnjivi. Kako je već rečeno, tužilac je pokušao da preko obrasca postupanja i posrednim dokazivanjem dokaže postojanje namere. Sud smatra da obrazac postupanja može dokazati nameru tek u izuzetnim okolnostima zahtevajući pri tom visok stepen dokazanosti, što se u konkretnom slučaju nije desilo:

„Sud će sada da razmotri navode tužioca po kojima samo postojanje obrasca zločina počinjenih nad većim brojem zajednica, tokom dužeg vremenskog perioda, a koji su bili prvenstveno usmereni protiv bosanskih Muslimana ali i Hrvata, pokazuje neophodnu nameru. Sud se ne slaže sa ovako široko postavljenim predlogom. *Dolus specialis*, posebna namera da se uništi grupa u celini ili delimično, mora se ubedljivo dokazati upućivanjem na relevantne okolnosti, osim ako nije dokazano postojanje opšteg plana; ali da bi obrazac ponašanja mogao biti prihvaćen kao dokaz postojanja namere, on mora biti takav da može jasno dokazati postojanje takve namere."[54]

Sud konačno zaključuje da tužilac, osim za Srebrenicu, nije dokazao postojanje namere da se počini genocid, nezavisno od akta pripisivanja: „Sud zaključuje da tužilac nije dokazao postojanje ove namere na strani tuženog, bilo na osnovu osmišljenog plana ili tako da sled događaja pokazuje ustaljeni obrazac ponašanja koji može jasno ukazati na postojanje ta-

[53] Presuda *Konvencija o genocidu* 182.
[54] Presuda *Konvencija o genocidu* 373.

kve namere."[55] Standard dokazivanja je strog, iako dokazna sredstva, čini se, mogu biti i posredna. Sud ne koristi rečnik krivičnog postupka kao što su izrazi „van razumne sumnje" (*beyond reasonable doubt*), ali je standard koji primenjuje praktično tome identičan. Možda ovakvim postupanjem Sud nepotrebno uvodi terminološku konfuziju. Možda bi bolje bilo da je Sud standard nazvao pravim imenom (*beyond reasonable doubt*) umesto što je koristio izraz nepobitni dokazi (*fully conclusive evidence*). Reč je o istom standardu, ali je Sud već iz nekog razloga želeo da se distancira od krivičnopravne terminologije prilikom utvđivanja odgovornosti države. Za tim nije bilo prave potrebe jer postoje i drugi međunarodni sudovi, kao što je Evropski sud za ljudska prava, koji nemaju krivičnu nadležnost, ali za standard dokazivanja ipak koriste izraz „van razumne sumnje."[56]

Odgovor o standardu dokazivanja odgovornosti države za genocid, pored krivičnopravnog tona prilikom dokazivanja namere, Sud daje i rečnikom ugovornog prava. Sud ovde primenjuje opšta pravila o odgovornosti, ali pravi razliku između tužbenih zahteva po njihovoj težini. Dakle, definišu se pravni standardi, bliski ugovornom pravu, koji se dokazuju odgovarajućim standardom dokazivanja. U tom pogledu Sud zaključuje: „Tužbeni zahtevi koji uključuju izuzetno teške optužbe protiv države moraju se dokazati isključivo dokazima koji su u potpunosti nepobitni."[57] Sa druge strane: „U pogledu zahteva tužioca da je tuženi prekršio svoje obaveze da spreči genocid i da kazni ili izruči lica optužena za genocid, Sud zahteva dokaze visokog stepena pouzdanosti koja odgovaraju ozbiljnosti optužbi."[58] Sud povlači razliku između obaveze države da ne počini genocid i obaveze države da genocid spreči i kazni. U prvom slučaju je reč ne samo o teškoj optužbi koja će zahtevati nesumnjive dokaze, već je i reč o negativnoj obavezi koja može biti povređena aktima činjenjima. Tako će Sud od tužioca zahtevati da nesumnjivo dokaže akte činjenja. U drugom slučaju reč je o pozitivnoj obavezi – država ovu obavezu može povrediti i nečinjenjem, ali je ovakva optužba i mnogo lakša. U kontekstu dokazivanja, Sud se može zadovoljiti posrednim dokazima i ocenom celokupnog činjeničnog materijala. Tužilac ne mora dostaviti toliko ubedlji-

[55] Presuda *Konvencija o genocidu* 376.

[56] Tako, na primer, Evropski sud za ljudska prava kada odlučuje o odgovornosti države za povredu čl. 2. u vezi sa čl. 14. ili čl. 3 u vezi sa čl. 14, koristi ovaj standard. Videti, na primer: *Nahova protiv Bugarske* (Nachova v. Bulgaria), Grand Chamber, 6/7/2005, pasus 147 ili *Bekos i Kutropulos protiv Grčke* (Bekos and Koutropoulos v. Greece), pasusi 47, 65-68.

[57] Presuda *Konvencija o genocidu* pasus 209.

[58] Presuda *Konvencija o genocidu* pasus 210.

ve dokaze kao u prvom slučaju, a delimično će se teret dokazivanja time prebaciti i na tuženog koji mora dokazivati da je preduzeo bar neku radnju koja bi se mogla tumačiti kao akt sprečavanja. Povezanost pravnog standarda, vrste obaveze i načina dokazivanja Sud jasno ističe kada govori o razlici između tužbenih zahteva o činjenju genocida, i propustu da se genocid spreči i kazni.

„Konačno, Sud smatra da je naročito važno da ukaže na razlike između uslova za odgovornost države za povredu obaveze sprečavanja genocida – u smilu čl. I Konvencije – i onih koji moraju postojati da bi država bila odgovorna za činjenje genocida u smislu čl. III(e). Postoje dve osnovne razlike koje su toliko važne da je nemoguće dve povrede tretirati na isti način. Prvo, činjenje uvek zahteva pozitivan akt...dok povreda obaveze sprečavanja može proisteći iz propusta da se usvoje odgovarajuće mere za sprečavanje genocida. Drugim rečima, dok akt genocida mora biti rezultat činjenja, povreda obaveze sprečavanja može biti rezultat nečinjenja. (...)Sa druge strane, država može povrediti svoju obavezu sprečavanja čak i kada nije bila sasvim sigurna, u vreme kada je trebalo da postupa ali je to propustila da učini, da će genocid biti počinjen ili je njegovo izvršenje izvesno; da bi bila odgovorna po ovom osnovu dovoljno je da je bila svesna ozbiljne opasnosti da će genocid biti počinjen.“[59]

Kako blaži pravni standard i pozitivna obaveza države utiču na standard i teret dokazivanja, najbolje ilustruje sledeći nalaz Suda:

„Tuženi nije dokazao da je preduzeo bilo kakvu inicijativu da bi sprečio ono što se desilo, niti je preduzeo bilo kakvu radnju da otkloni mogućnost činjenja zločina. Prema tome, mora se zaključiti da organi tuženog nisu ništa preduzeli da spreče masakr u Srebrenici. Tvrdnje da su u tom pogledu bili potpuno bespomoćni nisu održive imajući u vidu njihov uticaj na VRS. Kao što je gore navedeno, da bi država bila odgovorna za povredu obaveze sprečavanja ne mora biti dokazano da je ta država imala stvarnu moć da spreči genocid; dovoljno je da je imala sredstva da to učini i da je bilo očigledno da se uzdržala od korišćenja takvih sredstava.”[60]

Izraz „dokazi visokog stepena pouzdanosti“ za optužbe o propuštanju Srbije da spreči genocid su dokazi koji su manje zahtevni za tužioca nego „dokazi koji su u potpunosti nepobitni“. Dakle, „lakša“ optužba je lakša u tome što je tužiocu sada jednostavnije da dokaže svoj tužbeni zahtev, ali i zbog toga što se teret dokazivanja delom prenosi na tuženog. Dokazne pretpostavke od kojih polazi Sud, da težina povrede zahteva odgo-

[59] Presuda *Konvencija o genocidu,* pasus 432.
[60] Presuda *Konvencija o genocidu,* pasus 438.

vorajući standard dokazivanja, po mišljenju pojedinih komentatora nisu dosledno sprovedene. Čak i dokazna pretpostavka da lakša optužba dopušta lakše dokazivanje, nije ispunjena, jer „Sud nije našao za shodno da elaborira zaključak po kome su 'vlasti SR Jugoslavije morale učiniti nešto da spreče tragične događaje koji su bili u nastajanju', što bi pomoglo budućoj praksi šta tačno znači izraz „dokaz visokog stepena pouzdanosti", naročito zato što je Sud vrlo lako došao do radikalnog zaključka da vlasti 'nisu učinile ništa'."[61]

Iako mnogo preciznije i detaljnije obrazložena, logika Suda u ovom slučaju po mnogo čemu je u skladu sa standardima postavljenim u predmetu *Krfski tesnac*. Negativna obaveza Albanije i težina tužbenog zahteva opredelili su i dokazna sredstva kojima Sud ni u jednom od ova dva slučaja nije bio zadovoljan toliko da ustanovi odgovornost tuženih država. Sa druge strane, u oba slučaja je zaključio da nije ispunjena obaveza „dužne pažnje" te da akti činjenja, koji su za tužene države bili deo pozitivnih obaveza, nisu bili preduzeti. U ovom drugom slučaju, posredni dokazi su bili dovoljni da dovedu do odgovornosti država.

Poslednje pitanje u vezi sa dokazivanjem su vrste dokaznih sredstava i njihova dokazna snaga. Sud ukazuje na izuzetno veliki obim različitih pisanih dokaza, najviše dokumenata koje su dostavile obe strane.[62] Međutim, umesto upuštanja u ocenu dokazne snage i uverljivosti pojedinih dokaznih sredstava, kao što je to Sud uradio u predmetu Nikaragva, gde je dokazna sredstva razvrstao po dokaznoj snazi, Sud upućuje na po-

[61] A. Gattini, *op. cit*., str. 899. Upućena je i nešto drugačija kritika: prema mišljenju Kasezea, Sud je vrlo lako zaključio da su vlasti SRJ morale znati šta će nastupiti, što bi već bilo dovoljno za neposrednu odgovornost tužene države za pomaganje prilikom izvršenja genocida. „Čini se da je nelogično (pored toga što nije potkrepljeno nijednim izvorom, pravilom ili načelom) zaključiti da je predvidljivost rizika genocida relevantna za obavezu države da spreči genocid kada je to irelevantno za krivično delo (ili odgovornost države) za saučesništvo u genocidu. Ako je država svesna da postoji ozbiljna opasnost da krivična dela genocida mogu biti izvršena od strane pojedinaca ili grupa koje ta država pomaže i podržava, da bi postupila u skladu sa međunarodnim pravom, ona mora bar prestati sa pružanjem pomoći. Ako to ne učini, onda ne samo da krši obavezu sprečavanja već time postaje i saučesnik u genocidu." – A. Cassese, *op. cit*., str. 887.

[62] Strane su dostavile Sudu obiman materijal koji potiče iz različitih izvora. Oni obuhvataju izveštaje, rezolucije i nalaze različitih organa Ujedinjenih nacija, uključujući tu i Generalnog sekretara, Generalnu skupštinu, Savet bezbednosti, Komisiju eksperata, Komisiju za ljudska prava, Podkomisiju za sprečavanje diskriminacije i zaštitu manjina i Specijalnog izvestioca za ljudska prava u bivšoj Jugoslaviji; dokumenta različitih međudržavnih organizacija kao što je Konferencija o bezbednosti i saradnji u Evropi; dokumente, dokazna sredstva i odluke Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju; zvanične publikacije država; dokumente nevladinih organizacija; medijske izvore, članke i knjige.

sebnu odliku postupka utvrđivanja činjenica u ovom predmetu: „Sud mora samostalno da ustanovi činjenice koje su važne za primenu prava za koje tužilac tvrdi da je tuženi prekršio. Ovaj slučaj, pak, ima jedno neobično obeležje. Mnogobrojni navodi koji su izneti pred ovim Sudom su već bili predmet postupaka i odluka Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju.“[63] Sud se, potom, oslanja na jedan novi standard ocene dokaza iz odluke istog Suda u predmetu, *Oružane aktivnosti na teritoriji Konga*,[64] i zaključuje da posebnu dokaznu snagu imaju oni dokazi koji su pribavljeni ispitivanjem lica koji imaju neposredno saznanje, koje je testirano u unakrsnom ispitivanju pred sudom, kada takva svedočenja i izjave nisu kasnije dovođeni u pitanje.[65] Ovim Sud otvara vrata za korišćenje odluka Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju. Štaviše, ovim odlukama Sud će priznati najvišu dokaznu snagu u odnosu na sva ostala dokazna sredstva. Sud će priznati značaj utvrđenim činjenicama zbog rigoroznosti postupka utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku gde se primenjuje najviši dokazni standard: van svake razumne sumnje. Dakle, izgleda da Sud ne priznaje autoritet utvrđenim činjenicama zbog nadležnosti MKTJ ili iz nekog drugog formalnog razloga (*res judicata*), već samo zbog formalnih i materijalnih garancija koje takav postupak pruža.[66] Već je napomenuto da je Sud zaključio kako je slobodan da sam utvrdi da li je genocid zaista i počinjen bez obzira što ne postoji odgovarajuća presuda. Ali ako takva presuda postoji, Sud prema njoj neće biti ravnodušan: „Sud zaključuje da će u načelu odgovarajućim nalazima Tribunala, do kojih se došlo u sudskom postupku, priznati izuzetnu dokaznu snagu, osim ako ovi nalazi nisu osporeni u žalbenom postupku. Iz istih razloga, zaključak Tribunala, na osnovu tako utvrđenih činjenica, u pogledu, na primer, postojanja potrebne namere, imaće odgovarajuću težinu.“[67]

Da se Sud rukovodio materijalnim, a ne formalnim kriterijumima prilikom prihvatanja nalaza MKTJ kao nesporno utvrđenih činjenica (ali

---

[63] Presuda *Konvencija o genocidu*, pasus 212.

[64] *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Presuda od 19. decembra 2005., I.C.J. Reports 2005.

[65] Presuda *Konvencija o genocidu*, pasus 212-213.

[66] Tako Sud odbija kao dokazna sredstva optužnice, dokaze uz optužnicu i druge odluke MKTJ kao moguće dokaze, već prihvata samo presude koje su donete u postupku. Delimično prihvata i presude koje su rezultat nagodbe (Presuda *Konvencija o genocidu* 224). Sud izbegava pitanje sukoba nadležnosti, litispendencije i presuđene stvari, mada bi bilo više nego zanimljivo da se i o ovim pitanjima izjasnio. Na ovaj način Sud sebi ostavlja priličnu slobodu u oceni dokaza, jer bi uvođenjem ovih pravila u ocenu dokaza zapravo otvorio raspravu o dopuštenosti pojedinih dokaznih sredstava.

[67] Presuda *Konvencija o genocidu*, pasus 223.

ne i kao presuđenih činjenica), vidi se i u kritici koju je Sud uputio MKTJ. Naime, u predmetu *Tadić* MKTJ je osporio mišljenje Suda u predmetu *Nikaragva* u pogledu pravnog standarda pripisivanja akata privatnih lica tuženoj državi. MKTJ je smatrao da je standard suviše strog te da kontrolu potrebnu za pripisivanje akta ne treba tumačiti kao „efektivnu", već kao opštu kontrolu. Zamenu pravnog standarda je pratila i zamena dokaznih pretpostavki, pa je MKTJ, procenjujući pripisivanje akata Vojske Republike Srpske (VRS) Jugoslaviji, koristio dokazna sredstva koja verovatno nisu ni u kategoriji posrednih dokaza. MKTJ zaključuje da se akti VRS mogu pripisati JNA koristeći indicije (komandna struktura JNA odgovarala je komandnoj strukturi VRS, SR Jugoslavija je isplaćivala zarade VRS, JNA i VRS su imale iste vojne i političke ciljeve, SR Jugoslavija je snabdevala VRS i pružala joj pomoć, i SR Jugoslavija je zastupala interese Republike Srpske tokom zaključivanja Dejtonskog sporazuma)[68] i dokaze kao što su novinski članci i biografije bivših oficira JNA.[69]

Sud je oštro odgovorio na kritiku koju mu je uputio MKTJ:

„Sud je pažljivo razmotrio razloge Žalbenog veća, ali nije u mogućnosti da se složi sa njegovim zaključkom. Prvo, Sud ističe da MKTJ nije bio pozvan u predmetu *Tadić*, niti to postoji kao mogućnost, da odlučuje o pitanjima odgovornosti države pošto je njegova nadležnost krivična i odnosi se samo na pojedince. U toj presudi Tribunal je razmatrao pitanje koje nije bilo neophodno za vršenje njegove nadležnosti. Kako je već i rečeno, Sud priznaje izuzetan značaj činjeničnim i pravnim nalazima MKTJ prilikom odlučivanja o krivičnoj odgovornosti optuženih, a u ovom slučaju Sud je u celini prihvatio presude pretresnih i žalbenih veća MKTJ koje se odnose na događaje važne za ovaj spor. Situacija nije ista kada je reč stavu MKTJ o pitanjima opšteg međunarodnog prava koja se ne nalaze u njegovoj nadležnosti i, što je još važnije, čije rešenje nije od značaja za rešavanje konkretnog krivičnog predmeta."[70]

Ipak, prihvatanjem kao nesporno utvrđenih (ali ne i presuđenih) činjenica do kojih je došao MKTJ, Sudu je zadatak dokazivanja bio značajno olakšan. Sud je bio u mogućnosti da postavi visoke standarde dokazivanja jer je raspolagao odlukama koje su već organizovale, sistematizovale, proverile i kvalifikovale relevantne činjenice. No, ostaje pitanje da li

[68] *Tadić*, predmet br. IT-94-1-A, Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju, Presuda Žalbenog veća od 15. jula 1999. godine, pasusi 146-162.

[69] *Tadić*, pasus 151, beleška 187 (Sud ovom prilikom koristi i standard dokazivanja negativnih činjenica: „Ne postoje dokazi koji ukazuju da su se ovi ciljevi promenili nakon 19. maja 1992. godine" – *Ibidem*.

[70] Presuda *Konvencija o genocidu*, pasus 403.

će Sud biti u prilici da u nekom budućem, sličnom slučaju zadrži visoke standarde dokazivanja kada ne bude više u komfornoj poziciji preuzimanja dokaznih sredstava drugih sudova.[71]

Novine koje je uveo Sud ovom presudom u postupak dokazivanja su višestruke. Jasno je definisana veza između pravnog pravila i standarda dokazivanja, prvi put je rešen odnos individualne krivične odgovornosti i odgovornosti države za protivpravni akt, u pogledu njihove međusobne uslovljenosti, redosleda rešavanja i standarda dokazivanja, i, konačno, ovom odlukom se kao dokazna sredstva, i to izuzetne dokazne snage, priznaju odluke drugih međunarodnih sudova. Ova odluka pokazuje i u kojoj meri je Sud sposoban da se izbori sa obimnim činjenicama.

U kontekstu pluralizma međunarodnih sudova

Kako danas postoji veliki broj međunarodnih sudova, moguće je, bez obzira na obim nadležnosti, da različiti sudovi raspravljaju o istim činjenicama čak i kada su tužbeni zahtevi različiti. Utvrđivanje činjenica prethodi primeni prava, te je za svaku svrhu potrebno objektivno ustanovljenje činjenica. Dokazni postupak, sa svim svojim pravilima, tada dobija poseban značaj i zapravo prethodi bilo kakvoj pravnoj kvalifikaciji činjenica. Ako bi sudovi došli do različitih zaključaka u pogledu činjenica, bez obzira što bi se mogli braniti različitim nadležnostima, strankama i zahtevima, takva situacija u suštini ne može biti opravdana i nužno baca senku na obe institucije. Drugi problem je da li utvrđeno činjenično stanje jednog suda može poslužiti za utvrđivanje činjenica drugom sudu. Sudeći po praksi Međunarodnog suda pravde u predmetima *Primena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju genocida* i *Oružane aktivnosti na teritoriji Konga*, to je moguće. Razlozi koje nudi Sud su materijalnopravne, a ne formalnopravne prirode, jer je "postupak pred Tribunalom koji vodi do konačne odluke rigorozan."[72] Sud proverava dokazni materijal koji kori-

[71] "Iako je opravdano što je Sud zapravo primenio standard "van razumne sumnje" u ovom slučaju, pitanje je da li će Sud biti u prilici da primeni ovaj standard na isti način u budućim sporovima povodom odgovornosti države za genocid ili zločine protiv čovečnosti. Uz sva ovlašćenja kojima Sud raspolaže na osnovu čl. 48-52 Statuta, činjenica je da Sud jednostavno nije dovoljno opremljen da prikupi sve podatke koji su neophodni da bi zadovoljio standard dokazivanja analogno onom koji se koristi u krivičnim predmetima. Kako smo videli, oslanjanje na rad MKTJ je bilo neizbežno, svakako u pogledu činjenica, ali i u pogledu pravne kvalifikacije. Jasno je da bi se Sud našao u mnogo težem položaju, ako ne i u nemogućoj situaciji, da je morao odlučivati u sličnom predmetu bez 'podrške' sudskih nalaza jednog međunarodnog krivičnog suda." –A. Gattini, *op. cit*., str. 903.

[72] Presuda *Konvencija o genocidu* 220.

sti Tribunal i zadovoljava se pretpostavkom da je dokazivanje u krivičnom postupku tako visokog standarda da može zadovoljiti zahteve dokaznog postupka i pred Međunarodnim sudom pravde. Međutim, primeri pokazuju da će MKTJ ponekad koristiti sporne dokaze, kao u predmetu Tadić, ali se u ovom delu Međunarodni sud pravde ogradio od nalaza MKTJ ne zbog dokaza već zbog pravnog standarda koji je MKTJ primenio. Zamislivo je da će se slični problemi javljati i pred drugim međunarodnim sudovima, gde bi standardi dokazivanja trebalo da odigraju ključnu ulogu u odlučivanju čijim činjenicama će biti data prednost.[73]

[73] O opasnostima različitih dokaznih postupaka za iste činjenice, videti: Christine Van Den Wyngaert, „Disparities between Evidentiary Rules before International Coruts and Tribunals: Can a Clash Be Avoided?“, 4 *Fairness and Evidence in War Crimes Trials*, 1/2006, Article 7.

Sanja Đajić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Novi Sad

The Evidentiary Procedure before the International Court of Justice: the Case Study of Three Judgments

Abstract

Though evidentiary procedure before the International Court of Justice has been regulated by the Statute and Rules of the Court, most of evidentiary issues and rules have been clarified and established in the case law. That is why the focus of this article is on those cases where factual background played an important role: the *Corfu Channel* case, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* and the *Genocide* case. The reasoning the Court used in these cases provides a comprehensive framework and standard-setting for evidence in international procedure. The author here argues that most of the rules have been diligently followed by the Court in subsequent cases, the most important of which equates the standard of evidence with the gravity of charges rather than pre-selecting the type of evidence depending on the characterization of the procedure (criminal or civil). The Court will use different standards of evidence for direct and indirect forms of State responsibility. Direct and fully conclusive evidence will be generally required for grave charges of direct responsibility of State which may result from commissions. Circumstantial evidence and inference will be used (if capable of passing the adequate standard of evidence) only for indirect forms of State responsibility which may result as a consequence of omissions rather than commission. The gravity of charge will also determine the burden of proof: while the principle of *actor incumbit probatio* always applies it may still be softened by simple resort to indirect evidence and inference applicable for indirect forms of State responsibility. If the Court needs to settle issues of criminal law before turning to State responsibility, the Court will find itself competent and capable of solving these issues. Though the Court will use its own terminology for standards in criminal law matters (such as fully conclusive evidence), the author argues that the standard of

evidence thus used by the Court in no way differs from standard of criminal evidence (beyond reasonable doubt). Such issues, however, were easily resolved by the Court due to an uncommon feature of these cases, as the Court had at its disposal a variety of evidentiary materials and judgments of international criminal tribunals. These international criminal judgments were given the utmost probative value as the method of evidence. Other methods of evidence which will have the probative value of the highest rank would be the testimonies of persons directly involved in the events especially if their testimony runs against the interest of their State. This particular approach to evidence seems to be originally coined by the Court.

Key words: evidence – international procedure – standard of evidence – burden of proof – State responsibility

Originalni naučni rad 347.472(37)

Dr Marko Đurđević, docent
Pravnog fakulteta u Beogradu

UGOVOR O POKLONU ZA SLUČAJ SMRTI

***Sažetak**: Donatio mortis causa je u rimskom pravu bilo dobročino raspolaganje koje je realizovano na osnovu saglasnosti volja koja je proizvodila pravno dejstvo tek u slučaju smrti i posle smrti poklonodavca. Poklonoprimac nije imao nikakvo pravo prema poklonodavcu za njegovog života, a sticao je svojinu na predmetu poklona u času poklonodavčeve smrti i samo pod uslovom da ga je nadživeo. Posmrtni poklon (donatio post mortem) je ugovor na osnovu koga se pravni odnosi između poklonodavca i poklonoprimca zasnivaju od momenta zaključenja, još za života poklonodavca. Poklonoprimac ima prema poklonodavcu potraživanje na predaju predmeta poklona, s tim što su predaja stvari i prenos svojine odloženi do momenta smrti poklonodavca. Sticanje svojine poklonoprimca ne zavisi od toga da li će nadživeti poklonodavca. Ako umre ranije, pravo da traže predaju i prenos svojine imaju njegovi naslednici. Donatio mortis causa i donatio post mortem imaju bitno drugačija pravna dejstva. Ipak, često se u pravnoj teoriji poklonom za slučaj smrti označava saglasnost volja koja nema dejstva koja je donatio mortis causa imalo u rimskom pravu ili, se obrnuto, u novijoj zakonodavnoj praksi, posmrtnom poklonu, pripisuju pravne posledice koje su se vezivale za poklon za slučaj smrti.*

***Ključne reči**: poklon, poklon za slučaj smrti, donatio mortis causa, posmrtni poklon, donation post mortem*

I UVOD

Na horizontu dobročinih pravnih poslova koje poznaje srpsko pravo, na jednom polu nalazi se poklon, a na drugom zaveštanje, odnosno legat.

Poklon je saglasnost volja, ugovor koji proizvodi dejstvo za života ugovornih strana. Iz saglasnosti poklonodavca i poklonoprimca rađa se u času njenog postizanja obligacioni odnos u kome je poklonodavac dužnik, a poklonoprimac poverilac. Na osnovu ugovora poklonodavac raspolaže jednom svojom stvari a poklonoprimac stiče svojinu na njoj, ne dajući za to nikakvu naknadu. Da bi poklonoprimac stekao svojinu, poklonodavac ima obavezu da mu preda stvar i prenese svojinu, a poklonoprimac pravo da to zahteva. Na dejstvo poklona ne utiče ni smrt poklonodavca, ni smrt poklonoprimca, kao ni činjenica da je poklonoprimac umro pre poklonodavca. Ako bi se desilo da poklonodavac umre posle zaključenja ugovora, a pre nego što je izvršio svoju obavezu, predaja stvari i prenos svojine teretiće njegove naslednike. Ukoliko poklonoprimac umre pre nego što mu je poklon predat i preneta svojina, njegovi naslednici imaju pravo da od poklonodavca zahtevaju da poklon bude uručen njima. Nakon zaključenja ugovora poklonodavac ne može da se predomisli i odustane od namere da učini poklon. On nema pravo da naknadnom izjavom raskine ugovor i opozove poklon, jer izjavom jedne strane ugovornice dejstva ugovora, stvorena saglasnošću dve volje, ne mogu biti izmenjena.

Legat je jednostrana izjava poslednje volje zaveštaoca[1]u formi zaveštanja, koja proizvodi pravno dejstvo tek u slučaju smrti i od momenta smrti zaveštaoca. Pre smrti zaveštaoca legatar nema nikakvo pravo na osnovu legata, nego samo nadu, prosto očekivanje da će kada ostavilac umre imati potraživanje prema oneratu. Zaveštalac može uvek da opozove testament i tako da spreči da legat proizvede pravno dejstvo. Opozivost je sadržana u zakonskoj definiciji testamenta[2] i proističe iz njegove suštine, jer je izjava poslednje volje, koju zaveštalac može da izmeni do „svog poslednjeg daha“.[3] Smrt legatara pre zaveštaoca utiče na dejstvo legata. Ako legatar umre ranije, legat pada, jer usled prethodne smrti legatara ne može biti zasnovan pravni odnos koji je nakon smrti zaveštaoca trebalo da nastane između njega i onerata.

U klasičnom rimskom pravu[4] između poklona i legata stajao je *donatio mortis causa.* Nastajao je saglasnošću volja poklonodavaca i poklonoprimca i na osnovu nje poklonodavac je, u iščekivanju svoje smrti, raspola-

---

[1] Uporediti: „Isporuka ili legat po svome pojmu i u vezi sa nasleđem postoji samo onda kada se radi o zaveštanju poslednje volje. Taj akt vredi dakle kao zaveštanje na slučaj smrti“ (Lazar Marković, *Nasledno pravo*, Beograd, 1930, str. 258).

[2] Zakon o nasleđivanju, Službeni glasnik RS, br. 46/95, čl. 78.

[3] Michel Grimaldi, *Droit civil, Successions*, 6e éd., Paris, 2001, str. 270.

[4] Sima Avramović, *Razlike u sadržini i pravnoj prirodi rimskog testamenta i tzv. legatskog testamenta starog grčkog prava*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1/1987, str. 12; Marijan Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb, 2008, str. 425.

galo nekom svojom stvari u korist poklonoprimca. Dejstvo saglasnosti bilo je uslovljeno time da poklonoprimac nadživi poklonodavca. Ako bi poklonoprimac nadživeo poklonodavca, ona je imala pravno dejstvo, jer bi mu u tom slučaju stvar koja je predmet raspolaganja definitivno pripala. Poklonodavac je mogao i nakon postignute saglasnosti da se predomisli i da odstupi od svoje prvobitne namere da poklonoprimcu posle smrti ostavi korist. Njegovo raspolaganje je bilo uvek opozivo, osim ako se te mogućnosti unapred odrekao, u kom slučaju je bilo neopozivo.[5]

Donatio mortis causa nije bio ni poklon, ni legat, ali je imao obeležja i jednog i drugog.[6] Legatu je bio nalik po tome što ga je poklonodavac jednostrano mogao opozivati sve do smrti i što je njegovo dejstvo zavisilo od toga da li će poklonoprimac nadživeti poklonodavca. Čak i kada se poklonodavac bio odrekao prava na opoziv, veza sa legatom nije prestajala. Da bi stekao stvar koja mu je bila namenjena poklonoprimac je morao da nadživi prenosioca, isto kao što je legatar morao da nadživi zaveštaoca. Samo ukoliko nadživljavanje poklonodavca nije bilo predviđeno kao uslov, saglasnost volja je važila kao poklon *inter vivos*.[7] Na drugoj strani, *donatio mortis causa* bio je vrlo blizak poklonu *inter vivos* po tome što je za njegov nastanak bila neophodna saglasnost volja i što se od prenosioca nije zahtevalo da ima testamenti factio activa[8]

Poklon za slučaj smrti bio je dopušten i vrlo praktikovan način dobročnog raspolaganja imovinom za slučaj smrti na osnovu saglasnosti volja. Rimljani su njime mogli da ostvare istu onu svrhu koju su mogli da postignu i legatom, ali su se ipak radije služili poklonom za slučaj smrti, jer su tako izbegavali vrlo stroga i komplikovana pravila o testamentarnim formama. Tako je bilo sve do onog vremena u kome su i za jedan i za drugi vid raspolaganja imovinom *mortis causa* počela da važe ista pravila u pogledu forme, kada je poklon za slučaj smrti polako počeo da gubi praktični značaj.

II POKLON ZA SLUČAJ SMRTI U UPOREDNOM PRAVU

Prelazeći puteve recepcije, *donatio mortis causa* je prispeo u savremene pravne sisteme. Neki su prema njemu zauzeli odbojan stav, a drugi

[5] Vu – Van - Mau, *La prohibition de la donation a cause de mort*, Revue trimestrielle de Droit civil, 1953, str. 248.

[6] Živojin Perić, *Karakterne crte ugovora o poklonu,* Arhiv, knj. IX (XXXVI), br. 3/1924, str. 172.

[7] Vu – Van – Mau, *nav. članak*, str. 250.

[8] Ž. Perić, *nav. članak*, str. 172.

ga prihvatili, doduše u različitim vidovima. Prava koja su ga prihvatila i priznala nisu zauzela isto stanoviše o tome da li na njega treba da budu primenjena pravila o ugovoru o poklonu ili pravila o legatu ili pak, o ugovoru o nasleđivanju.

1. Francusko pravo

U srednjovekovnom francuskom pravu, poklon *mortis causa* nastavio je da postoji uporedo sa poklonom *inter vivos* i legatom. Na području južne Francuske, na kome je važilo pisano pravo, zadržao je izgled koji je imao u rimskom pravu i vrlo često se koristio umesto testamenta, kada je ostavilac hteo da posle svoje smrti ostavi svojoj ženskoj deci neku korist iz imovine. Na teritorijama države na kojima je bilo primenjivano običajno pravo, ali ne na svim, poklonodavac i poklonoprimac su ga sačinjavali u slučajevima u kojima je poklonodavcu pretila smrtna opasnost za koju je verovao da je neće preživeti. Sredinom osamnaestog veka iščezao je iz pravnog života.[9] Zato ga francuski Građanski zakonik ne pominje u pravilima o dobročinim raspolaganjima. [10]

U savremenom francuskom pravu, besplatno raspolaganje na osnovu saglasnosti volja koje bi imalo obeležja koja je *donatio mortis causa* imao u rimskom pravu nije dopušteno, jer je suprotno principu o specijalnoj neopozivosti poklona. Poklon za slučaj smrti smatra se ugovorom o poklonu kod koga neopozivost ima posebno značenje, jer je njegovo konstitutivno obeležje, predviđeno u samoj definiciji iz Građanskog zakonika.[11] Zbog toga što je ugovor o poklonu naročito neopoziv, ugovorne strane se ne mogu sporazumeti da u njega unesu odredbe na osnovu kojih bi nepos-

[9] Neposredan povod bilo je donošenje Ordonanse od 1731. kojom je bilo određeno da posle njenog stupanja na snagu u Francuskoj mogu postojati samo dva oblika dobročinog raspolaganja, poklon između živih i testament, a da pokloni za slučaj smrti, osim onih koji se čine na osnovu bračnog ugovora, mogu biti učinjeni jedino u formi testamenta. (Marcel Planiol, Georges Ripert par André Trasbot et Yvon Loussouran, *Traité pratique de droit civil francais*, T.V, *Donations et testaments*, 2e éd, Paris, 1957, str. 19.)

[10] U osnovnom pravilu o dobročinim rapolaganjima francuski Građanski zakonik je predvideo da se dobročino može raspolagati isključivo poklonom među živima i testamentom („*La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne. Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament*“, article 893, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 10 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007, navedeno prema http://www.legifrance.gouv.fr, 11.04. 2011).

[11] „*La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte*“ (article 894 CC, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 10 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007, navedeno prema http://www.legifrance.gouv.fr, 11.04. 2011).

redno ili posredno bilo omogućeno poklonodavcu da jednostrano odustane od ugovora i poklon opozove, kao što su odredba o potestativnom uslovu koji zavisi usključivo od volje poklonodavca i odredba o poklonu buduće imovine[12].

Buduća imovina (*les biens à venir*) je pojam koji u francuskom pravu označava dve kategorije stvari: one koje poklonodavac nema u svojini u momentu kada zaključuje ugovor o poklonu i one koje će posle smrti ostati iza njega. Taj pojam obuhvata imovinu u celini ili jedan njen deo, ali i jednu određenu stvar[13] i suprostavlja se pojmu sadašnje stvari. Sadašnje stvari su one na kojima poklonodavac ima pravo svojine, a buduće one koje poklonodavac očekuje da će steći, ali na kojima u momentu raspolaganja nema nikakvo pravo. Prvu kategoriju sačinjavaju dve vrste: stvari koje u momentu zaključenja ugovora pripadaju prenosiocu i stvari na kojima on ima pravo modifikovano uslovom. Obe vrste mogu biti predmet poklona *inter vivos.* Buduće stvari su predmet poklona buduće imovine - *donations de biens à venir* odnosno ugovornog nasleđivanja (*institution contractuelle*), što je drugi naziv za istu stvar.[14]

Ugovor o poklonu budućih stvari potpada pod udar zabrane sporazuma o budućem nasledstvu (*pactes sur succession future*),[15] izuzev u slučajevima u kojima su propisani izuzeci (kod bračnog ugovora, u korist nadživelog supružnika ili u korist nekog trećeg lica, na primer zajedničkog deteta).[16] Domašaj zabrane je preciziran u sudskoj praksi tako da ona obuhvata poklone koji su podvrgnuti uslovu da stvari koje su njihov predmet postoje u imovini poklonodavca u momentu njegove smrti. Takvi ugovori, u kojima su ugovorne strane odredile da imaju za predmet neku stvar koja u momentu zaključenja ugovora ne pripada poklonodacu, ali koja će se naći u njegovoj imovini u času njegove smrti, smatraju se u francuskoj pravnoj teoriji poklonima za slučaj smrti (donationes mortis causa). Oni si protivni principu o specijalnoj neopozivosti. Nasuprot tome, ovom principu se ne suprostavljaju pokloni koji treba da budu izvršeni nakon smrti poklonodavca, jer se takvim ugovorima ustanovljava jedno neopozivo pravo za poklonoprimca, čije izvršenje je odloženo do momenta smrti poklonodavca i u kojima činjenica smrti ima ulogu neodređenog roka. Takvi pokloni nisu *donationes mortis causa*, pokloni za slučaj smrti, nego *donationes post mortem*, [17] posmrtni pokloni.

---

[12] Philippe Malaurie, *Les successions, Les libéralités,* 3e éd., Paris, 2008, str. 231.
[13] François Terré, Yves Lequette, *Droit civil, Les successions*, 3 e éd, Paris, 1997, str. 430
[14] Christian Jubault, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Paris, 2005, str. 510.
[15] F. Terré, Y. Lequette, *nav. delo*, str. 357.
[16] C. Jubault, *nav. delo,* str. 510.
[17] F. Terré, Y. Lequette, *nav. delo*, str. 358.

2. Švajcarsko pravo

U švajcarskom pravu poklon za slučaj smrti je dozvoljen način dobročinog raspolaganja imovinom. U Zakoniku o obligacijama uređen je u pravilima o ugovoru o poklonu, formulacijom u kojoj je rečeno: „*Pokloni čije izvršenje je utvrđeno o smrti poklonodavca podvrgnuti su pravilima koja se odnose na raspolaganja za slučaj smrti*“.[18] Uprkos tome što za njega važe pravila o raspolaganjima mortis causa, poklon za slučaj smrti nije pravni posao za slučaj smrti. To je saglasnost volja, ugovor koji obavezuje poklonodavca od momenta zaključenja i on ne može više raspolagati stvari koja je predmet ugovora. Na osnovu ugovora, poklonoprimac ima potraživanje prema poklonodavcu, a ne samo prosto očekivanje.[19] Ipak, poklon za slučaj smrti u švajcarskom pravu ne važi ni kao ugovor o poklonu *inter vivos,* nego kao jedna vrsta sporazuma o nasleđivanju.[20] Zbog toga se na njega primenjuju sva pravila koja uređuju ove sporazume, i to kako ona koja regulišu materijalnopravne uslove za njihovo zaključenje, tako i ona koja postavljaju zahteve u pogledu forme.[21]

3. Austrijsko pravo

Austrijski Građanski zakonik sadrži dve norme o poklonu za slučaj smrti koje su smeštene među pravila o ugovoru poklonu. Prema prvoj, „*darivanje, čije ispunjenje treba da sleduje tek po smrti darivaoca, važi kao isporuka, ako se pazilo na propisane formalnosti*“.[22] Po drugoj, „*ono će se samo onda kao ugovor smatrati, ako je obdarenik na nj pristao, ako se darivalac izrečno odrekao prava opozivanja, i ako je pismena isprava o tome obdareniku predata*“.[23]

---

[18] „ *Les donations dont l'exécution est fixe au décès du donateur sont soumises aux règles concernant les dospositions pour cause de mort*“(article 245.2. Code des obligations, navedeno prema http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/220.fr., 11. 04. 2011.).

[19] Pierre Cavin, *Traité de droit privé suisse,* T. VIII, 1, *La vente, L'échange, La donation,* Fribourg, 1978, str. 184.

[20] P.Cavin, *nav. delo*, str. 182; Pierre Engel, *Contrats de droit suisse*, 2e éd, Berne, 2000, str. 126.

[21]Takvo stanovište je zauzeto u švajcarskoj sudskoj praksi (v. Recueil officiel des arretês du Tribunal fêdéral, II e partie, 89 87 JT 1963 599, navedeno prema Georges Scyboz, Pierre- Robert Gilliéron, *Code civil suisse et Code des obligations (annotés)*, Editions Payot Laussane, 1972, 245).

[22]§ 956. st. 1. austrijskog Građanskog zakonika (navedeno prema Dragoljub Aranđelović, *Opšti Austrijski Građanski zakonik*, Beograd, 1922, str. 266).

[23]§ 956. st. 2. austrijskog Građanskog zakonika, navedeno prema D. Aranđelović, *nav. delo*, str. 266).

Poklon za slučaj smrti može, dakle, da važi ili kao legat ili kao ugovor (o poklonu). Kao legat važi ako su ispunjeni materijalni i formalni uslovi koji se po Građanskom zakoniku traže za ovu vrstu dobročinog raspolaganja („poklonodavac" mora imati aktivnu testamentarnu sposobnost, „poklonoprimac" mora biti sposoban za nasleđivanje, a izjave moraju biti date u formi koja je predviđena za legat). Poklon za slučaj smrti važi kao ugovor samo ako su ispunjeni naročiti uslovi. Potrebno je da je jedan ugovornik učinio obećanje drugom da će mu neka njegova stvar pripasti u svojinu posle njegove smrti i da je drugi ugovornik takvo obećanje prihvatio. Međutim, prosto obećanje i njegovo prihvatanje nisu dovoljni. Neophodno je još da budu ispunjeni i dodatni uslovi koji se inače ne traže kod ugovora o poklonu među živima: 1) da je poklonodavac učinio obećanje poklona u formi pismene isprave; 2) da je poklonoprimac prihvatio obećanje u istoj formi; 3) da je isprava o poklonu predata poklonoprimcu. Pored ovih formalnih uslova, za punovažnost poklona za slučaj smrti kao ugovora, potrebno je još i da se poklonodavac izričito odrekao prava na opozivanje. Ako ovi dodatni zahtevi nisu ispunjeni ili ako se poklonodavac nije odrekao prava na opozivanje, poklon za slučaj smrti ne važi kao ugovor, nego kao legat.

III SRPSKO PRAVO

1. Staro pravo

Najstarije srpsko pravo, sadržano u Nomokanonu Svetog Save, pravilo je razliku između dve vrste poklona koje jedno lice čini u vezi sa svojom smrti. Jedno su bili posmrtni darovi, a drugo darovi za slučaj smrti. O posmrtnom daru Nomokanon je imao sledeće pravilo*:* „*Posmrtni darovi su oni kada neko želi da (dotično dobro) poseduje (za života) on sam, a ne onaj koji dar prima, a (nakon njegove smrti) primalac, a ne njegov prirodni naslednik*".[24] Darovi za slučaj smrti bili su oni koje je poklonodavac činio u iščekivanju smrti. Njih je bilo tri vrste. Prvoj su pripadali pokloni koje je poklonodavac činio bez ikakve neposredne bojazni, već samo u iščekivanju prirodne smrti. U drugu su bili svrstani pokloni koje je poklonodavac činio pod pretnjom smrti, koja nije dolazila od poklonoprimaca nego od nekog trećeg. U treću vrstu, spadali su pokloni koje je poklonodavac činio u vezi sa smrtnim opasnostima koje bi ga vrebale na predstojećem putovanju (na primer, napad razbojnika ili neprijatelja

[24] Nikola Dučić, *Krmčija Moračka*, Poglavlje dvanaesto, 3, str. 63 (prevod za potrebe ovog rada prof. dr Aleksandar Loma).

u ratu, brodolom, zaseda itd). Pokloni druge i treće vrste, „pokloni pod pretnjom smrti“ i „pokloni skopčani sa smrtnom opasnošću na putovanju“, razlikovali su se po tome što je na predmetu poklona koji je poklonodavac činio pod pretnjom smrti koja je dolazila od trećeg lica poklonoprimac odmah sticao svojinu, dok je na poklonu učinjenim u vezi sa putovanjem, skopčanim sa smrtnom opasnošću, na koje poklonodavac kreće, poklonoprimac postajao vlasnik tek po poklonodavčevoj smrti.[25]

2. Pozitivno pravo

Ne može se pouzdano utvrditi kakva je bila dalja sudbina pravila iz Svetosavskog Nomokanona tokom srednjeg veka. Uglavnom, u Građanskom zakoniku od 1844, čija se pravna pravila na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. i za vreme neprijateljske okupacije[26] primenjuju na ugovor o poklonu, ne nalaze se ni izbliza tako potpune norme o poklonu za slučaj smrti kakve je imao Nomokanon. U njegovom tekstu poklon za slučaj smrti je pomenut u § 568., sledećim rečima: „*Poklon na slučaj smrti učinjeni smatra se kao legat ili isporuka i po tome će se suditi*“. Ugledajući se u mnogo čemu na tekst austrijskog Građanskog zakonika, koji mu je poslužio kao predložak, srpski Zakonik je i u uređenju ovog poklona izgleda, hteo da preuzme rešenja austrijskog. Ipak, prilikom preuzimanja zaboravljena je druga norma iz austrijskog kodeksa, po kojoj će se poklon za slučaj smrti „kao ugovor smatrati, ako je obdarenik na nj pristao, ako se darivalac izrečno odrekao prava opozivanja, i ako je pismena isprava o tome obdareniku predata“. Zbog toga što je ona bila izostavljena, pravna doktrina je izvodila zaključak da srpski Zakonik, govoreći o poklonu na slučaj smrti, ne misli na ugovor nego na legat,[27] jednostranu izjavu volje zaveštaoca u formi testamenta.[28]

---

[25] Uporediti: „*Postoje tri vrste darova u slučaju smrti. Jedna je kada se daruje bez ikakve neposredne bojazni, već samo u iščekivanju prirodne smrti. Druga je kada se daruje pod pretnjom smrti koja dolazi spolja a ne od primaoca, koji u tom slučaju smesta preuzima na sebe vlasništvo. Treća je kada (darodavac nešto nekome) daruje s obzirom na opasnosti skopčane sa (svojim predstojećim) putovanjem; u tom slučaju primalac ne preuzima vlasništvo dok davalac ne umre. To čini onaj koji strepi od razbojnika ili neprijatelja u ratu ili od brodoloma, od zavera i zaseda, ili pak od silnika ili starosti*“ (N. Dučić, *nav delo,* Poglavlje dvanaesto, 4, str. 63, prevod za potrebe ovog rada prof. dr Aleksandar Loma).

[26] Sl. list FNRJ 86/ 46.

[27] Uporediti: „§ 568. koji smo gore citirali ne odnosi se na taj slučaj; on, kao što smo videli, misli samo na isporuku (legat: § 469 Građ. Zak.) i to što se ta odredba o isporukama nalazi u Gl: XVIII., Drugi deo, gde joj nije mesto, jer je ovde reč o ugovoru o poklonu (jednom pravnom poslu *inter vivos*) to se objašnjava time da se takva odredba nalazi i u § 956 Austr. Građ. Zakonika („Schenkung auf den Todesfall“) odakle ju je

2.1. Teorijski pojam poklona za slučaj smrti

Prema shvatanju predratnih pisaca, srpsko pravo priznaje važnost saglasnosti volja poklonodavca i poklonoprimca na osnovu koje predaja poklona treba da usledi nakon smrti poklonodavca.[29] To gledište usvajaju i savremeni autori. [30] Takva saglasnost važi kao ugovor o poklonu. Da bi proizvodila dejstvo, koje ima poklon, potrebno je budu ispunjeni svi materijalnopravni uslovi koji su neophodi za ovaj ugovor [31] i da bude izražena u obliku javne isprave. [32] Nikakvi drugi, dodatni zahtevi se ne postavljaju, pogotovo ne da poklonoprimac mora nadživeti poklonodavca.

Poklon za slučaj smrti u domaćoj pravnoj doktrini je shvaćen dakle, kao ugovor o poklonu *inter vivos* u kome je uglavljena posebna pogodba da će predmet poklona biti predat poklonoprimcu posle smrti poklonodavca.[33] Saglasnost volja vezuje ugovorne strane od momenta njenog postizanja. Iz nje se rađa obligacionopravni odnos u kome poklonoprimac ima potraživanje koje glasi na predaju stvari koja je predmet ugovora, a ne samo prostu nadu ili očekivanje.[34] Od momenta zaključenja ugovora on ima ulogu poverioca a poklonodavac dužnika. Poklonoprimcu pripadaju prava koja svaki poverilac ima na osnovu obligacije. Tako, on može da traži da mu poklonodavac pruži obezbeđenje da će njegovo potraživa-

---

redaktor našeg Građ. Zak. na svaki način uzeo.“ (Ž. Perić, *nav. članak*, str. 166); Dragoljub Aranđelović i Mehmed Begović, *Nasledno pravo po građanskom zakoniku Kraljevine Srbije sa kratkim pregledom šerijatskog naslednog prava*, Beograd, 1940, str. 152.

[28] Uporediti: „Ako zaveštalac, kaže se u § 469 [srpskog Građanskog zakonika – napomena M.Đ], u svom testamentu ostavi jednu ili više stvari poimence nekome drugome, a ne nasledniku, ta se stvar ne smatra kao pravo nasleđe, nego kao jedna vrsta poklona, na slučaj smrti, i to se naziva isporuka ili legat“(L. Marković, *nav. delo*, str. 257).

[29] Uporediti: „U svakom slučaju, ugovorni poklon za slučaj smrti dozvoljeni su i u našem pravu a na osnovu opšteg načela o autonomiji volje pojedinaca u privatno pravnim odnosima osveštanoga u §§ -ima 13 i 538. Građ. Zak. (v. i § 540 istoga Zakonika): takvi pravni poslovi nisu protivni ni javnom poretku ni javnom moralu“ (Ž. Perić, *nav. članak*, 166); „Ali pokloni za slučaj smrti koje predviđa tač. 2. § 956 austr. zak. mogući su i po našem zakoniku, i ako naš zakonodavac ovu odrebu nije uneo u § 568. Jer, takvi pokloni nisu protivni javnom poretku i moralu i zato su po §§ 13, 538 i 540 dopušteni“(D. Aranđelović, M. Begović, *nav. delo*, str. 152).

[30] Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1986, str. 608; Stojan Mihajlović, *Darovanje za slučaj smrti,* Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br.7-8/1977, str. 44.

[31] Ž. Perić, *nav. članak*, str. 172.

[32] S. Perović, *nav. delo,* str. 608.

[33] Uporediti: „Ugovor o daru u kome je uglavljeno da će stvar biti predata obdareniku posle smrti darivaoca, mora biti sastavljen u formi javne isprave“ (Mihailo Konstantinović, *Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, čl. 522. st. 1.).

[34] Ž. Perić, *nav. članak*, str. 166.

nje biti namireno.[35] Jedino što ne može da zahteva je da mu pre časa smrti poklonodavca bude predat predmet poklona.

Posebna pogodba u ugovoru po kojoj stvar treba da bude predata poklonoprimcu posle smrti poklonodavca ima, u odnosu na dejstvo saglasnosti, karakter odložnog roka[36] nedodređenog trajanja, [37] koji ističe u času smrti poklonodavca. Posle smrti poklonodavca, poklonoprimac ima, u pogledu namirenja svog potraživanja, položaj koji posle delacije imaju ostali poklonodavčevi poverioci, bez obzira na pravni osnov iz koga potiče njihovo potraživanje.[38] Ukoliko bi poklonoprimac umro pre poklonodavca, činjenica njegove prethodne smrti, uopšte ne utiče na obavezu poklonodavca da preda stvar i prenese svojinu na njoj. U tom slučaju, pravo da zahtevaju predaju i prenos svojine iamaju lica koja su po osnovu nasleđivanja postala naslednici poklonoprimca.[39]

Pošto je poklon sa posebnom pogodbom da će stvar biti predata poklonoprimcu posle smrti poklonodavca po svojoj pravnoj prirodi ugovor o poklonu sa odložnim rokom, na njega se primenjuje princip o neopozivosti, po kome onaj „ko jedanput poklon učini, ne može ga više natrag uzeti". Poklonodavac može da opozove poklon samo u slučajevima u ko-

---

[35] Uporediti: „Ako se ostavi po strani mogućnost da poverilac, još prilikom nastanka obligacije, obezbedi njeno izvršenje nekim od sredstava obezbeđenja, on može pod određenim uslovima preduzimati i neke mere sračunate na obezbeđenje dužnikove imovine" (Živomir Đorđević, Vladan Stanković, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1987, str. 597).

[36] Uporediti: "Poklon za slučaj smrti nije nikakav osnov za nasleđivanje. Poklonoprimac se ne tretira kao naslednik, već kao poverilac iz jednog ugovora čije je pravno dejstvo u pogledu predaje predmeta poklona bilo odloženo do smrti poklonodavca"(v. S. Perović, *nav. delo,* str. 608).

[37] S. Mihajlović, *nav. članak*, str. 44.

[38] Uporediti: «Zatim, kod ugovornoga poklona *mortis causa*, poklonoprimac čije pravo ima karakter tražbenoga prava, ovlašćen je da sa ostalim poveriocima konkuriše u njegovoj zaostavštini" (Ž. Perić, *nav. članak*, str. 170).

[39] U izgrađivanju pojma ugovora o poklonu za slučaj smrti u posleratnoj pravnoj teoriji i postavljanju demarakacione linije prema ugovoru o nasleđivanju, sa kojim se ponekad u praksi mešao, sudovi su dali značajan doprinos. U tom smislu vredi citirati odluku koju je u nekadašnjoj SFRJ doneo Vrhovnog suda Hrvatske, u kojoj je razlika između poklona za slučaj smrti i ugovora o nasleđivanju bila lepo naglašena: „Ali što se tiče darovanja za slučaj smrti (*donatio mortis causa*), ovaj sud smatra da se takav pravni posao ne može izjednačiti s ugovorom o nasleđivanju. Ovaj potonji ugovor spada u pravne poslove za slučaj smrti, dok za darovanje za slučaj smrti, uprkos svom nazivu spada u pravne poslove među živima, čiji je učinak odgođen do časa smrti darodavca. Smrt darodavca ovde je uvjet ili rok do kojeg je odgođen pravni učinak inače perfektnog pravnog posla, dok je kod ugovora o nasleđivanju smrt disponentan dio činjeničnog stanja, tj. pravna činjenica bez koje pravni posao nije potpun. Prema tome bi i po Zakonu o nasleđivanju darovanje za slučaj smrti bio dozvoljen pravni posao" (Rešenje Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 281/67 od 16. februra 1967, *Zbirka sudskih odluka,* knj. 12, sv. 1, 17, str. 38).

jima zakon propisuje da poklonodavac ima pravo na opoziv.[40] On ne može da jednostrano odustane od ugovora po sopstvenom nahođenju i da tako spreči da nakon njegove smrti stvar pripadne poklonoprimcu.[41]

Može se zaključiti da poklon za slučaj smrti, takav kakav je shvaćen u našoj pravnoj doktrini, nije *donatio mortis causa* rimskog prava. Oni su slični po tome što nastaju saglasnošću volja. Razlike su mnogo veće i značajnije. Da bi saglasnost volja u poklonu za slučaj smrti imala pravno dejstvo nije neophodno da poklonoprimac nadživi poklonodavca, što je rimsko pravo tražilo za *donatio mortis causa*. Pored toga, poklon za slučaj smrti, budući da je shvaćen kao ugovor, je neopoziv, izuzev u taksativno nabrojanim slučajevima u kojima po zakonu može biti opozvan svaki poklon, dok je *donatio mortis causa* bio opoziv, a samo izuzetno neopoziv. Jednom rečju, poklon za slučaj smrti nije pravni posao *mortis causa* nego dvostrani pravni posao *inter vivos*, ugovor o poklonu *post mortem* ili posmrtni poklon, koji se od običnog, redovnog, poklona razlikuje samo po tome što je izvršenje obaveze poklonodavca na predaju stvari i prenos prava svojine odloženo posle smrti poklonodavca.

4. Pojam poklona za slučaj smrti prema Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije

Koncept poklona za slučaj smrti koji je predložen u Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije razlikuje se od pojma koji je usvojen u pravnoj teoriji. Druga knjiga Prednacrta, Obligacioni odnosi,[42] sadrži dva pravila pod naslovom „Poklon za slučaj smrti".

U prvom pravilu poklon za slučaj smrti je definisan kao ugovor. To je *„ugovor o poklonu u kome je predviđeno da će se izvršiti posle smrti poklonodavca...*".[43] Ovim pravilom je određeno da kao poklon za slučaj smrti važi ugovor o poklonu sa posebnom pogodbom da će predaja predmeta poklona biti izvršena posle smrti poklonodavca.[44] Za važnost ugo-

[40] Uporediti: „ Ko jedanput poklon učini, ne može više natrag uzeti, osim u osobitim slučajevima" (Srpski Građanski zakonik, § 568).

[41] S. Perović, *nav. delo*, str. 608; S. Mihajlović, *nav. članak,* str. 42.

[42] Druga knjiga Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, Obligacioni odnosi, objavljena je 2009. godine u Beogradu, u izdanju Generalnog sekretarijata Vlade Republike Srbije.

[43] Uporediti: „Ugovor o poklonu u kome je predviđeno da će se izvršti posle smrti poklonodavca, mora da bude sastavljen u pismenoj formi uz overu potpisa od strane nadležnog organa" (Prednacrt GZRS, Obligacioni odnosi, čl. 680. st. 1.)

[44] Prednacrt je u osnovi preuzeo rešenje koje je već bilo predloženo u Skici za Zakonik o obligacijama i ugovorima. Ipak, formulacija koja je bila upotrebljena u Skici je za nijansu preciznija od one iz Prednacrta jer se iz Skice, jasnije nego iz Prednacrta, vidi da

vora potrebni su isti materijalnopravni uslovi koji se traže za svaki poklon. Prednacrt samo postavlja nešto strože formalne zahteve od onih koje traži za običan poklon. Za redovan poklon dovoljna je obična pismena forma, osim ako je njegov predmet nepokretna stvar. Tada je neophodno da ugovor bude zaključen u formi javne isprave. Formalnosti koje obuhvata forma javne isprave propisane su i kod poklona za slučaj smrti, bez obzira da li ima za predmet pokretnu ili nepokretna stvar.

Druge, posebne, materijalnopravne uslove Prednacrt ne postavlja, pogotovo ne da poklonoprimac mora da nadživi poklonodavca. Ništa od onoga što je rečeno u predloženom pravilu na to ne upućuje. Da je Komisija za izradu građanskog kodeksa pod poklonom za slučaj smrti imala u vidu saglasnost volja čije dejstvo zavisi od uslova da poklonoprimac nadživi poklonodavca, morala bi to naglasiti u tekstu. Po tome sudeći, Komisija je poklon za slučaj smrti zamislila kao ugovor o poklonu u kome su se poklonodavac i poklonoprimac sporazumeli da potraživanje poklonoprimca nastane već u momentu zaključenja ugovora, a da predaja predmeta poklona, na kome poklonodavac zadržava svojinu za svog života, i prenos svojine uslede nakon smrti poklonodavca.

Prema drugom pravilu „*poklonodavac može da raskine po svojoj volji ugovor o poklonu za slučaj smrti poklonoprimca, a raspolaganje predmetom takvog ugovora, bilo pravnim poslom među živima, bilo pravnim poslom za slučaj smrti, smatra se raskidanjem ugovora u pogledu poklonjenih predmeta obuhvaćenih raspolaganjem*“.[45] Njegov tekst je sličan onom iz Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima, ali nije istovetan. Naime, prema Skici darodavac je mogao raskinuti po svojoj volji ugovor ugovor o daru za slučaj smrti, a raspolaganje predmetom poklona naknadno preduzetim pravnim poslom među živima ili pravnim poslom za slučaj smrti, takođe se smatralo raskidanjem ugovora.[46] Razlika između dva teksta je u tome što je u Prednacrtu, iza rečenice “poklonodavac može da raskine po svojoj volji ugovor o poklonu za slučaj smrti“, dodata reč *poklonoprimca*, iz čega bi se u prvi mah moglo zaključiti da se time htelo da jednostrani raskid ugovora bude ograničen samo na „slučaj smrti poklonoprimca“. No, bez obzira na nijanse u rešenjima[47] moglo bi se reći

---

je poklon za slučaj smrti shvaćen kao ugovor o poklonu sa naročitim uglavkom, posebnom pogodbom, da će predaja predmeta ugovora biti izvršena posle smrti poklonodavca. Uporediti: Skica, čl. 522. st. 1.

[45] Prednacrt GZRS, Obligacioni odnosi, čl. 680. st. 2.

[46] Skica, čl. 522. st. 2.

[47] U Izveštaju o otvorenim pitanjima koji je Komisija za izradu građanskog zakonika podnela javnosti na uvid u novembru 2007, u tekstu pravila o poklonu bilo je u celini preuzeto rešenje iz Skice. Uporediti: *Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije (izveštaj Komisije o otvorenim pitanjima)* Pravni život, br. 11/2007, str. 263).

da je Prednacrt, propisivanjem da poklonodavac može jednostranom izjavom da raskine ugovor, prihvatio ideju po kojoj je ugovor o poklonu za slučaj smrti jednostrano opoziv. Time je odstupljeno od shvatanja o pojmu ovog ugovora koje je već duboko ukorenjeno u pravnoj teoriji, po kome poklon za slučaj smrti, budući da je ugovor, ne može, kao ni drugi ugovori, biti jednostrano raskinut, izuzev u slučajevima pod kojima poklonodavac ima pravo da raskine i obični, redovni poklon i opozove korist koja je trebalo da pripadne ili je već data poklonoprimcu.[48]

Ukoliko bi rešenje iz Prednacrta bilo usvojeno, poklonodavac bi imao mogućnost da uvek, neposrednom ili posrednom izjavom raskine poklon za slučaj smrti. I pored toga što u njemu stoji da poklonodavac može da raskine ugovor „za slučaj smrti poklonoprimca", ono ipak, dozvoljava poklonodavacu da ugovor raskine i u drugim slučajevima. Naime, Prednacrt je priznao pravnu važnost posredno izraženoj nameri poklonodavca da opozove prethodno zaključeni poklon za slučaj smrti, propisujući da se raspolaganje predmetom ugovora naknadno zaključenim pravnim poslom *inter vivos* (na primer, prodajom, razmenom ili poklonom) ili *mortis causa* (na primer, zaveštanjem), smatra raskidanjem ranijeg ugovora. S obzirom na to da je posrednoj izjavi volje priznat pravni značaj izjave o raskidu, ne vidi se razlog zbog koga isti značaj ne bi imala neposredno izražena namera poklonodavca da poklon raskine i u drugim slučajevima, osim u slučaju smrti poklonoprimca.

4.1. Razgraničenja u odnosu na testament odnosno legat i donatio mortis causa

Sloboda jedne strane da odustane od ugovora po svojoj volji nije svojstvena ugovoru, jer ugovor nastaje saglasnim izjavama volje dva lica. Zbog toga, Zakon o obligacionim odnosima u pravilima o posebnim imenovanim ugovorima nije predvideo da je raskid po slobodnoj volji pravo bilo koje strane u ugovoru. Odstupanja od tog principa su propisana samo kod ugovora o nalogu, zbog specifične prirode odnosa između nalogodavca i nalogoprimca. Naime, nalogodavac može da jednostrano odustane od naloga, a nalogoprimac da otkaže nalog. Ipak, nalogodavčevo i nalogoprimčevo pravo podležu ograničenjima koji proizlaze iz potrebe da

[48] Uporediti: „ Može se, ipak, reći da više odgovara načelu pravne sigurnosti da poklonodavac može ovaj ugovor raskinuti iz zakonom određenih razloga, a ne po slobodnoj volji. Opozivanje po slobodnoj volji obećanja koristi odgovara pravilima testamenta i legata. Međutim, ovde je reč o ugovoru u kome je samo predaja predmeta odložena do smrti poklonodavca, pa se mogućnost jednostranog raskida treba da podvrgne opštim pravilima koja se primenjuju na ugovor o poklonu" (S. Perović, *nav. delo,* str. 608).

se u slučaju jednostranog raskida zaštite interesi druge ugovorne strane koji bi mogli biti povređeni. Zbog toga, nalogodavac može biti obavezan da nadoknadi štetu koju je prouzrokovao nalogoprimcu odustankom od ugovora bez osnovanog razloga,[49] a nalogorprimac bi mogao biti građanskopravno odgovoran ako bi otkazao nalog u nevreme.[50] Nasuprot tome, poklodavac u ugovoru o poklonu za slučaj smrti mogao bi da jednostrano raskine ugovor kad god hoće i ne bi odgovarao poklonoprimcu, čak ni ako bi pretrpeo imovinski gubitak zbog raskida.

Pravo poklonodavca da jednostrano, po sopstvenom nahođenju, u bilo koje doba, odustane od ugovora koje je predloženo u Prednacrtu, ne samo što udaljava poklon za slučaj smrti od njegovog teorijskog pojma koji je prihvaćen u doktrini i uopšte, od koncepcije o obligacionopravnim ugovorima koja je prihvaćena u Zakonu o obligacionim odnosima, nego ga i vrlo približava sferi opozivih pravnih poslova za slučaj smrti. Opozivost je prirodno svojstvo izjava volje za slučaj smrti, bez obzira da li su jednostrane (testament ili legat u savremenom pravu) ili dvostrane (*donatio mortis causa* u rimskom pravu). Naime, naknadno izjavljenom namerom da odustane o prvobitne namere da jednom licu ostavi neku korist posle svoje smrti, zaveštalac ne vređa interese tog lica, jer sve do zaveštaočeve smrti ono nema nikakvo pravo, već samo prostu nadu da će mu pravo u budućnosti pripasti. Jednostrana, poslednja izjava volje, isto kao i saglasnost volja u *donatio mortis causa* rimskog prava, deluje tek u slučaju smrti i posle smrti. Poklon za slučaj smrti iz Prednacrta nema takav karakter, jer je ugovor - vezuje ugovorne strane od momenta zaključenja, stvara pravo za poklonoprimca i obavezu za poklonodavca. To nije pravni posao *mortis causa*, ali mu je ipak, pripisano svojstvo koje imaju takvi pravni poslovi.

Pošto je opozivost svojstvo i ugovora o poklonu za slučaj smrti koncipiranog u Prednacrtu i legata odnosno testamenta, između njih bi u budućnosti mogla postojati uža i poroznija granična zona. Linija razgraničenja mogla bi se povući samo po još dva osnova: broju volja potrebnih da bi jedan, odnosno, drugi proizveo dejstvo i značaju činjenice prethodne smrti. Za poklon za slučaj smrti potrebno je sudelovanje dve volje, poklonodavca i poklonoprimca, a za legat samo jedne, zaveštaoca. Međutim, razgraničenje po ovom osnovu ima relativni značaj, jer se mora uzeti u obzir da je i za dejstvo legata potrebna pozitivna izjava legatara da prihvata korist koja mu je testamentom određena. Od njegove pozitive izjave zavisi da li će legat opstati sa onim pravnim dejstvima koje je zaveštalac u

[49] ZOO, čl. 765. st. 2.
[50] ZOO, čl. 766. st. 2.

svojoj izjavi odredio. [51] Jedina suštinska razlika između poklona za slučaj smrti i legata ostala bi u pogledu pravnog značaja činjenice prethodne smrti. Kod prvog, smrt poklonoprimca pre smrti poklonodavca ne bi uticala na realizaciju potraživanja na predaju stvari i prenos svojine. Kod drugog, naprotiv, prethodna smrti legatara sprečava da nastane pravo iz legata.

IV ZAKLJUČAK

Donatio mortis causa, u rimskom pravu je bilo, u principu, uvek opozivo dobročino raspolaganje na osnovu saglasnosti volja poklonodavca i poklonoprimca koja je imala dejstvo u slučaju smrti i tek posle smrti poklonodavca, koje je zavisilo od uslova da poklonoprimac nadživi poklonodavca. U savremenom uporednom pravu poklon za slučaj smrti je ili nedopušten ili važi kao legat ili kao ugovor o nasleđivanju. U srpskom srednjovekovnom pravu, poklon za slučaj smrti je postojao pored posmrtnog poklona (poklona post mortem). U pozitivnom pravu, u okviru opšteg načela o autonomiji volje priznato je dejstvo saglasnosti volja poklonodavca i poklonoprimca na osnovu koje su predaja predmeta poklona i prenos prava svojine odloženi posle smrti poklonodavca. Iako ova saglasnost važi kao ugovor o poklonu za slučaj smrti, smrt poklonodavca nije uslov ovom poklonu, jer ugovor vezuje strane od momenta zaključenja i nije opoziv. Po svojim dejstvima ona je posmrtni poklon. U Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije, saglasnost volja koja je uređena rešenjima predloženim pod naslovom „Poklon za slučaj smrti“ takođe je posmrtni poklon, ugovor o poklonu *inter vivos*, a ne *donatio mortis causa* rimskog prava, iako mu se, zbog zakonom predviđenog prava poklonodavca da slobodno, jednostranom izjavom raskine ugovor, vrlo približava.

[51] M. Grimaldi, *nav. delo*, str. 268

Marko Đurđević, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Belgrade

Gift on the Occasion of Death

Abstract

A gift on the occasion of death (donatio mortis causa) in Roman law was a contractual disposition, made during the life of the donor, and in his contemplation of his own death, which took effect upon the donor's death. The donee had no claim against the donor during the donor's life. Only on the occasion of the donor's death, had the donee assumed property rights over the subject matter of the gift. The transfer of property was conditional upon the donee outliving the donor. In contrast, a post-mortem gift (donatio post mortem) a contract modality with a suspensive term (délai suspensif). It gave the donee the claim against the donor during the donor's lifetime, but delayed until the occasion of the donor's death. Here, the transfer of property rights was not conditional upon the donee outliving the donor, as the donnee's inheritors could succeed to his rights against the donor. A post-mortem gift and a gift on the occasion of death had significantly different legal effects in Roman law. Still, the confusion among the two is not uncommon in contemporary legal doctrine and legislation. For instance, some agreements are sometimes labeled as gifts on the occasion of death, even though they do not possess characteristics of the Roman donatio mortis causa. On the other hand, a post-mortem gift is occasionally being assigned certain characteristics, which are in fact typical for a gifts on the occasion of death.

Key words: gift, gift on the occasion of death, donatio mortis causa, post-mortem gift, donatio post mortem

Originalni naučni rad 340.12:17

Dr Marko Trajković, docent
Pravnog fakulteta u Nišu

PRAVO I MORAL U SVETLU PRIHVATANJA I PRINUDE*

***Sažetak**: U radu, nastojimo da odredimo problem prihvatanja prava i morala, kao i prinude koja se može javiti kao uslov prihvatanja prava i morala. U proces prihvatanja prava i morala, uključeni su moralni sud i moralno uverenje. Problem se javlja, kada želimo da odredimo način prihvatanja prava i morala od strane zajednice. Da li je neophodna prinuda? Zapravo, da li je u takvim situacijama ona, uopšte opravdana?*

***Ključne reči**: pravo, moral, moralni sud, moralno uverenje, prihvatanje, prinuda.*

UVOD

Svako pravilo koje je prihvaćeno u zajednici, koje karakterišu sledeća obeležja: značaj, način donošenja pravila morala, priroda moralne odgovornosti, oblik pritiska morala je pravilo morala, a sva ona zajedno predstavljaju „moral“ zajednice[1] Očito je da moral, u tom smislu nije ute-

* Ovaj članak je razultat istraživačkog rada u okviru projekata br. 179046 „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ Pravnog fakulteta u Nišu koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

[1] Pitanja javnog morala ili morala zajednice su iznad prava. Na primer, prava šteta od pornografije nije kako neki smatraju to što vređa ljude, već što vređa osnovne društvene institucije, kao što je brak. O tome iscrpnije videti u: R. P. George, *The Concept of Public Morality*, The American Journal of Jurisprudence, University of Notre Dame, Volume 45, 2000, p. 17-32. Pod javnim moramo mi podrazumevamo ne samo prava i slobode, nego zahtev za boljim životom zajednice, koji bi zato morao da bude podupret pravom. O tome detaljnije videti u: H. M. Clor, *The Death of Public Morality*, The American Journal

meljen samo u autonomnim principima moralnog delatnika, nego na činjenici o postojanju prihvaćenih pravila u zajednici.[2] Taj društveni moral se može nazvati „pozitivni moral", kako ga Hart naziva u radu „Pravo, sloboda i moralnost".[3] U njegovom određenju, polazi se od terminologije kojoj su bili skloni utilitaristi, koja razlikuje pozitivni moral, moral stvarno prihvaćen i zajednički datoj društvenoj grupi, od opštih moralnih principa koji se upotrebljavaju u kritici postojećih društvenih institucija, uključujući i pozitivni moral. Takve opšte principe možemo nazvati „kritičkim moralom".

1. DRUGAČIJA SPOZNAJA PRIHVAĆENOG MORALA

Razlikovanje između „pozitivnog" i „kritičkog" morala, polazi od pretpostavke o mogućnosti moralne kritike samog morala.[4] Dalje, posmatranje morala vodi nas preko granica obaveza i ideala priznatih određenoj društvenoj grupi, prema principima i idealima koji se upotrebljavaju u moralnoj kritici same zajednice, pa ipak i tu ostaju značajne veze s temeljnim oblikom društvenog morala. Uvek je moguće da ćemo otkriti mnogo toga što treba kritikovati, kada počnemo da istražujemo prihvaćeni moral u našoj vlastitoj ili u nekoj drugoj zajednici. Tada se u svetlu spoznaja s kojima raspolažemo on može pokazati nepotrebno represivnim, okrutnim ili neprosvećenim. Može smetati ljudskoj slobodi.[5] Postojeći moral društva može proširiti svoju zaštitu od zla samo na njegove vlastite pripadnike ili samo na određene klase, ostavljajući ostale obespravljenim. U tom tipu kritike, koju bi trebalo priznati kao moralnu kritiku implicitno je prisutna pretpostavka da društveni poreci, uključujući prihvaćeni moral, moraju da ispunjavaju dva formalna uslova – racionalnost i generalnost. Takva kritika implicira, da se društveni poredak ne bi smeo temeljiti na uverenjima za koja

---

of Jurisprudence, University of Notre Dame, Volume 45, 2000, p. 33–49. Javni moral, uključuje moralne principe koji se odnose na pravnu zabranu ubistva, pljačke, silovanja, ropstva. Dakle, odnosi se na pravno delovanje zajednice. Prema Kristoferu Volfu, javni moral obuhvata sledeća pitanja: poligamiju, incest, pornografiju, homoseksualizam, samoubistvo, pomoć pri samoubistvu, eutanaziju, kocku, alkoholizam, abortus. O tome detaljnije videti u: C. Wolfe, *Public Morality and the Modern Supreme Court*, The American Journal of Jurisprudence, University of Notre Dame, Volume 45, 2000, p. 65–92.

[2] Detaljnije o tome videti u: B. Constant, *The Liberty of the Ancient Compared with That of the Moderns*, Cambridge University Press, 1988, p. 309–312, 316–319.

[3] H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, The Harry Comp Lectures, Oxfor University Press, London, 1978, p. 6.

[4] R. P. George, *The Concetpt of Public Morality*, p.17.

[5] H. M. Clor, *The Death of Public Morality*, p. 34.

se može pokazati da su pogrešna a, drugo, da zaštita od zla, koju moral pruža kroz radnje i obzire koje zahteva treba da bude proširena na barem sve ljude koji su u stanju i spremni su da se drže takvih ograničenja. Mogućnost kritičkog morala zavisi od mogućnosti formulisanja principa koji su racionalni i generalni. Šta to znači da su principi kritičkog morala racionalni? Da li to znači, kao što su smatrale pristalice „racionalističkog" prirodnog prava, da ti principi proizlaze iz razuma (*ratio*)? Naša tvrdnja da ovo ili ono predstavlja neku vrednost znači da je to „dobro po sebi", to da je „dobro po sebi" znači da predstavlja vrhovnu vrednost za određenu osobu. Ako prihvatimo stav, o opravdanosti sprovođenja morala zajednice putem prava, onda moramo da prihvatimo i kritički princip koji je u središtu celokupnog morala da ljudska beda i ograničenje privatnih sloboda jesu zla, i da je zbog toga potreban i kritički pristup moralu i njegovo zakonsko sprovođenje.[6] Istovremeno, moramo da iznesemo te generalne principe koji navode na ovakvo sprovođenje morala a sadržani su u blagostanju zajednice. Ti principi nas navode da se držimo vrednosti pri sprovođenju morala i eventualnom ograničenju privatne sfere ljudskog života.[7]

Zadatak je kritičkog morala da utvrdi vrednosne pretpostavke koje su sadržane u pozitivnom moralu odnosno „popularnom" moralu, i da ih preformuliše u kritičke principe, na temelju kojih ćemo biti u stanju da izmenimo naše svakodnevne vrednosne sudove i standarde moralnog rasuđivanja.

2. PRAVNO-MORALNA PRINUDA I SLOBODA

U Engleskoj je 1954. godine osnovano parlamentarno telo – pod nazivom Volfendonov komitet – sa zadatkom da prouči mogućnosti legislativnih promena u krivičnom pravu s obzirom na seksualne delikte. Navedeni Komitet je 1957. godine podneo izveštaj u kojem su predložene određene izmene u postojećem pravu s obzirom na seksualne delikte.[8] Te su legislativne promene predstavljale između ostalog pobedu principa kojim se rukovodio Volfendonov komitet u svom radu na pripremanju predloga Parlamentu.[9] Izveštaj Komiteta temeljio se na principima koje je moguće

[6] Detaljnije o tome videti u: H. M. Clor, *The Death of Publics Morality*, p. 34.

[7] Detaljnije o tome videti u: R. P. George, *The Concept of Publics Morality*, p. 17–33.

[8] Predlog Komiteta je glasio da, homoseksualna praksa između osoba starijih od 21 godine ne predstavlja krivični delikt.

[9] *Izveštaj Komiteta o homoseksualnim deliktima i prostituciji* (*Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution*) iz 1957. godine. Navedeno prema: T. Morawetz , *The Philosophy of Law (An Introduction)*, Macmilan, New York, 1980, p. 137–138.

pripisati Milovoj argumentaciji u eseju „O slobodi“[10]. Predmet eseja bio je da utvrdi vrlo jednostavno načelo koje bi moralo apsolutno vladati u postupcima društva prema pojedincu kad ono treba na nešto da ga prinudi ili da ga nadzire bilo da se ono služi sredstvima fizičke prinude u obliku zakonskih kažnjavanja ili moralnom prinudom javnog mišljenja. Samozaštita je jedina svrha zbog koje društvo može pojedinačno ili kolektivno da se meša u slobodu svakog od svojih članova.[11] Jedini cilj zbog koga sila može pravedno da se primeni nad bilo kojim članom društva je sprečavanje nanošenja nepravde drugom. Njegova vlastita korist fizička ili moralna nije dovoljna. On ne može biti pravedno prisiljen da nešto čini ili da se uzdrži od nečega, jer će to biti bolje za njega. Ovo je dobar razlog da mu se zameri, da ga uverimo, ili nagovorimo, ili da se pozabavimo njime, ali ne da ga prisilimo, ili da mu se nanese zlo u slučaju da on postupi drugačije. Da bi to mogli da učinimo njegovo postupanje mora da bude usmereno na nanošenje zla drugom. On je odgovoran društvu samo za ono svoje ponašanje koje se tiče ostalih. U delu koji se tiče isključivo njega njegova je nezavisnost s obzirom na pravo apsolutna. Pojedinac je neograničeni gospodar nad samim sobom nad svojim telom i dušom.[12] Predlog Volfendonovog komiteta, sledi u svemu Milovu argumentaciju.

Lord Devlin je 1959. godine u predavanju pred Britanskom akademijom pokušao da ospori principe kojima se rukovodio Volfendonov komitet u izradi predloga legislativnih promena s obzirom na seksualne delikte za koje je smatrao da potiču iz učenja Bentama i Mila.[13] On osporava Milovu argumentaciju u dva pravca. Odbacuje njegov kriterijum koji označava granicu između područja dopuštene intervencije i područja nedopuštene intervencije krivičnog prava. Pokušava da pokaže da ne postoji bilo koji drugi a ne samo Milov kriterijum pomoću kojeg bi se mogla povući jasna granica između ponašanja koje može biti predmet regulacije krivičnog prava i ponašanja koje to ni pod kojim uslovima ne sme biti.[14] Devlin tvrdi, da je ovo određenje zla arbitrarno i usko. Jer Mil smatra, da predmet regulacije mogu biti samo ponašanja kojima se nanosi neko zlo interesima ostalih osoba sadržanim u njihovim subjektivnim pravima a ne

[10] DŽ. S. Mil, *O slobodi*, Plato, Beograd, 1998.

[11] H. M. Clor, *The Death of Public Morality*, p.36.

[12] T. Morawetz , *The Philosophy of Law (An Introduction)*, p. 144.

[13] Devlin je naslovio svoje predavanje, a i kasnije objavljenu – 1965. godine – zbirku eseja koja sadrži i navedeno predavanje *Nametanje morala*. Celokupna rasprava koju je on u svojim predavanjima inicirao od tada se označuje frazom „provođenje morala kroz pravo” ili „provođenje morala putem prava“.

[14] P. Devlin, *The Enforcment of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965, p. 56.

bilo kojim njihovim interesima. Prema Devlinu, navedeno određenje zla nije potpuno.[15] Drži, da na ponašanje privatnih osoba utiče čitav niz okolnosti u zajednici koje mogu biti predmet pravne regulative. Postupci privatnih osoba su deo strukture zajednice. Ti postupci utiču na nazore u zajednici i na taj način oblikuju uslove življenja za sve pripadnike zajednice pa čak i za one koji nemaju bilo kakvog udela ili interesa u tim postupcima. Tolerancija ili, netolerancija proizvode uslove življenja za sve pripadnike zajednice a ne samo za neke. Devlin smatra, da se ne može praviti razlika između javnog i privatnog morala na isti način kao što se ne da praviti razlika između privatnih i javnih saobraćajnica.[16] Dakle, Devlin osporava Milovu argumentaciju pomoću jednog šireg određenja privatnih interesa, koje mu služi da odbaci distinkciju između javnog morala i područja privatnosti. Svako delovanje je javnog karaktera jer ni jedno nije izvan ili nezavisno od strukture zajednice. Sledi, da mora propasti svaki pokušaj a ne samo ovaj da se povuče granica između zla koje zaslužuje javnu sankciju i radnji koje ne smeju biti predmetom takve sankcije. Pošto je pokazao da u principu svaka radnja može imati štetne posledice po ostale osobe koje ih nisu dužne trpeti, pokušava da odgovori na pitanje kako je moguće meriti te štetne posledice. Kako će zakonodavac ustanoviti da se radi o dovoljno velikom zlu koje opravdava intervenciju prava? Dopušta da nije dovoljno kazati odgovarajući na postavljeno pitanje da neka praksa nanosi štetu nekim osobama, ili da ona uključuje neke štetne promene u zajednici. Na drugoj strani, previše bi bilo zahtevati da šteta bude očevidna putem nekog nespornog i objektivnog testa pre nego se dopusti intervencija zakonodavca. Devilin tvrdi, da ako se pravne institucije mogu upotrebiti da bi se omogućilo privatnim osobama da deluju prema vlastitim sklonostima, tada se te iste institucije mogu upotrebiti i da bi se provele sklonosti koje su sadržane u shvatanju većine pripadnika zajednice da zajednici preti višak slobode ili samovolje.[17] Devlin nije mišljenja, da samo shvatanje zgražavanja i ogorčenja predstavljaju zlo kojim se opravdava intervencija prava.[18] Ako zakonodavac drži da je intervencija prava dopuštena s obzirom na zla koja nisu „opipljiva“ on je u poziciji ili da nameće vlastite nazore o

[15] R. Hittinger, *The Hart-Devlin Debate Revisited*, The American Journal of Jurisprudence, University of Notre Dame, Volume 32, 1987, p. 44.

[16] P. Devlin, *The Enforcment of Morals*, p. 69.

[17] Zakonodavac se ne sme obazirati na postojanje protivnog shvatanja, da bi ustanovio kada neka praksa ima za posledicu netolerantni stupanj zla, nego mora istražiti jakost i dubinu tog netolerantnog shvatanja u zajednici. On mora obratiti pažnju na široko raširenu netoleranciju, ogorčenje i zgražavanje.

[18] P. Devlin*, The Enforcment of Moral*, p. 72.

tome kojim se neopipljivom zlu valja protiviti ili da prihvata javno mnjenje. Smatra, da zakonodavac nema bilo koje pravo da nameće svoje vlastite nazore pripadnicima zajednice nego se treba prikloniti javnom mnjenju. Ako zakonodavac postupi na bilo koji drugi način on će postupiti arbitrarno. Priznaje, da zakonodavac mora odvagnuti posledice svake svoje odluke u odnosu na individualnu slobodu i da se mora protiviti svim zahvatima u sferu slobode koji nisu nužni. Ali u slučajevima kad postoji jako i duboko osećanje kod većine pripadnika zajednice da je ugroženo zajedničko blagostanje zakonodavac ne sme ustuknuti pred područjem individualne slobode. Zakonodavac sme vlastito shvatanje o značaju slobode sprovoditi samo u slučajevima, kada je volja pripadnika zajednice slaba ili nedefinisana.

3. MORALNI SUD

Jedan od Devlinovih kritičara bio je i Herbert Hart. U radovima „Društvena solidarnost i nametanje morala“ i „Nemoralnost i izdaja“ Hart razlaže i kritikuje Devlinovo shvatanje zastupano pred Britanskom akademijom.[19] Postavlja pitanje o kakvim se to osećanjima radi na temelju kojih je moguće opravdati upotrebu krivičnog prava?[20] Upozorava, da prema Devlinu, sama netolernacija, zgražavanje ili ogorčenje nad određenim ponašanjem ne opravdavaju u dovoljnoj meri upotrebu krivičnog prava, nego da je intervencija krivičnog prava dopuštena samo onda kada su prisutna sva tri elementa.[21] Za njega je – kaže Hart – od naročitog značaja kombinacija netolerancije, zgražavanja i ogorčenja koja predstavljaju silu nad moralnim zakonom i bez čijeg prisustva se ne da opravdati s dovoljno uverljivosti individualna sloboda izbora. Dakle, on pravi razliku između pukog negativnog moralnog suda zajednice i suda koji je prouzrokovan zajedničkim stupnjem netolerancije, zgražavanja i ogorčenja. Ako se pod moralom može smatrati taj spoj netolerancije, zgražavanja i ogorčenja tada se postavlja pitanje čime se može opravdati intervencija prava u području tako određenog morala? Smatra, da je Devlinov odgovor jednostavan i jasan. On tvrdi, da skup pojedinaca ne čini zajednicu nego je čini, između ostalog, zajednički ili javni moral. Taj moral je nužni uslov opstanka zajednice. Iz tog razloga zajednica sme upotrebiti pravna sredstva da bi sačuvala vlastiti moral.

---

[19] H. L. A. Hart, *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, UCLR 35, *Imorality and Treason*, The Philosophy of Law, Oxford University Press, Oxford, 1977

[20] H. L. A. Hart, *Social Solidaryty and the Enforcment of Morality*, p. 35.

[21] H. L. A. Hart, *Imorality and Treason*, p. 61–62.

Hart, priznaje da je konsenzus moralnih sudova u određenim slučajevima od suštinskog značaja da bi se neka zajednica održala, ali iz toga još ne sledi da je sve ono na šta bi javni moral mogao da stavi veto od jednakog značaja za zajednicu. Smatra, da zato valja postaviti dva pitanja. Prvo je, da li je neka praksa koja vređa moralno osećanje štetna? A drugo je, kakve su posledice te prakse u odnosu na opšte principe morala? Neprimerenost je Devlinovog pristupa vidljiva iz njegovog upoređenja između zabrane seksualne nemoralnosti i zabrane izdaje ili subverzivne delatnosti. U predavanjima na Univerzitetu u Stanfordu 1962. godine – objavljenim godinu dana kasnije pod naslovom „Pravo, sloboda i moralnost“[22] – Hart proširuje vlastitu argumentaciju iz „Nemoralnosti i izdaje“. Polazi od sledećih pitanja: da li je činjenica da je određeno ponašanje nemoralno prema standardima zajednice dovoljna da se opravda sankcionisanje tog ponašanja putem prava? Da li je sprovođenje moralnosti putem prava samo po sebi moralno? I da li je nemoralnost sama po sebi zločin?[23] Hart smatra, da rasprava o sprovođenju morala putem prava nužno uključuje očigledno iz napred navedenih pitanja – i pitanja o moralu kao i pitanja moralnosti. Drugim rečima, nije dovoljno – da bi se opravdalo sprovođenje moralnosti putem prava – samo uputiti na činjenicu da je u nekim zajednicama široko prihvaćena praksa da se neko ponašanje koje je prema opšte usvojenim standardima zajednice ispravno sprovodi pod pretnjom krivično-pravne sankcije, nego svako ko istraje na pitanju da li zajednica ima pravo ili da li je za neku zajednicu moralno dopušteno da sprovodi vlastiti moral putem prava, mora biti spreman da raščlani neke opšte principe kritičkog morala. Hart razlikuje pozitivni moral od kritičkog.[24] Pozitivni moral je stvarni prihvaćeni moral, dok kritički moral sadrži opšte principe morala koji se upotrebljavaju u kritici postojećih društvenih institucija uključujući i pozitivni moral. Tvrdi, da nema bilo kakve evidencije koja bi podržala to stanovište prema kojem osoba nužno mora odstupiti od celokupnog morala zajednice ako se ne slaže sa svim konvencionalnim pravilima pozitivnog morala. Nadalje naglašava, da Devlinovo učenje sadrži nešto mnogo zanimljivije nego što je to koncepcija prema kojoj moral predstavlja mrežu nevidljivih niti. Devlin, izjednačava zajednicu s njenim vlastitim moralom u datom istorijskom razdoblju pri

[22] H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, The Harry Comp Lectures, Oxfor University Press, London, 1978. U ovom radu, Hart se osvrće i na učenje Džejmsa Stefana, sudije i istoričara, i najpoznatijeg kritičara Milovog učenja u 19. veku, jer između njegovog i Devlinovog stava, prema Hartu, postoje određene sličnosti. Mada je Stefanovo učenje ekstremnije od Devlinovog.

[23] H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, p. 11.

[24] H. L. A. Hart, *Positisim and Separation of Law and Morals*, p. 13.

čemu je promena u moralu zajednice ravna njenoj destrukciji. Hart smatra, da je navedeno stanovište neprihvatljivo i da se temelji na zbrkanoj predrasudi o tome šta zajednica stvarno jeste. Njegov prigovor Devlinu može se sumirati na sledeći način: ako se pođe od konvencionalnog određenja zajednice apsurdno je iz toga izvoditi zaključak da svaka praksa koja je prema merilima zajednice nemoralna preti samoodržanju zajednice. Ako se pođe od artificijelnog određenja zajednice prema kojem se zajednica sastoji od moralnih ideja i sudova njenih pripadnika u određenom istorijskom razdoblju ne da se opravdati da svaki takav moralni *status quo* treba da ima pravo da sačuva vlastitu, samu po sebi neizvesnu egzistenciju upotrebom sile. Bez obzira da li je reč o konvencionalnom ili artificijelnom određenju pojma zajednice njegova je argumentacija neprihvatljiva.[25]

Nakon što je sumirao Hartovu kritiku, Devlin je odgovorio da ne tvrdi da bilo koja devijacija morala zajednice preti njenoj egzistenciji ništa više nego što tvrdi da bilo koja subverzivna delatnost preti njenoj egzistenciji.[26] Tvrdi, da su obe delatnosti po svojoj prirodi u stanju da ugroze egzistenciju zajednice, tako da ni jedna ne sme biti stavljena izvan dohvata prava. Odgovor upućuje na neke promene u njegovoj argumentaciji. Upućuje na to da osnovnu tvrdnju kako zajednica ima pravo da sprovodi vlastiti moral, treba razumeti kao poricanje tvrdnje da zajednica nikada nema to pravo. Očito da razume navode iz izveštaja Volfendonovog komiteta o postojanju područja privatnog morala koji nije „predmet prava“ . Čini se, prema novoj belešci, da njegov argument sada uključuje samo tvrdnju kako ne bi trebalo postavljati takve prepreke, jer je moguće da prkošenje ustanovljenom moralu bude toliko duboko da to ugrožava sam moral a time i egzistenciju zajednice. On je s puno odobravanja pročitao izlaganje komiteta o ispravnom razlikovanju krivičnog dela i greha: „U ovoj oblasti funkcija prava je, kao što smo videli, da sačuva javni red i pristojnost, da zaštiti građane od onoga što ih može uvrediti i naneti im štetu, a takođe i da obezbedi dovoljnu zaštitu protiv iskorišćavanja i kvarenja drugih... Nije, po našem mišljenju, funkcija prava da se meša u privatni život građana ili da zahteva da se nameće neki obrazac ponašanja, više no što je to nužno zbog ispunjenja ciljeva koje smo predvideli... Mora postojati sfera privatnog morala i nemorala koja nije ukratko i bez uvijanja rečeno, posao prava“.[27] Ono što je dovedeno u pitanje kada je ugrožen naš javni moral jeste sam op-

[25] H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, p. 56.

[26] P. Devlin, *The Enforcment of Morals*, p. 75.

[27] *Report of the Committe on Homosexual Offences and Prostitition*, p. 9–10,24.

stanak zajednice i on veruje da društvo ima pravo da se samo zaštiti i ne pozivajući se na moralnost koja ga održava u zajednici. Da li je ovo održiv argument? Hart, reagujući na njegovo centralno mesto u Devlinovom predavanju, smatra, da se on oslanja na nerazumevanje onog što društvo jeste.[28] Ako se pođe od iole konvencionalnijeg shvatanja pojma društva, smatra Hart, apsurdno je sugerisati da svaka praksa koju društvo smatra duboko nemoralnom i odvratnom ugrožava njegov opstanak. Međutim, ako se usvoji veštačka definicija društva po kojoj se ono sastoji od posebnog sklopa moralnih ideja i stavova koje njegovi članovi slučajno poseduju u određenom vremenu ne može se tolerisati da društvo ima pravo da to postojeće moralno stanje silom održava. Dakle, po Hartu, argument lorda Devlina nije održiv bilo da se pojam društva shvati u konvencionalnom ili veštačkom smislu.

Pošto je sažeo Hartovu kritiku Devlin komentariše, da on ne tvrdi da svako odstupanje od zajedničke moralnosti društva ugrožava njegov opstanak išta više nego što tvrdi da bilo koja podrivačka delatnost ugrožava njegov opstanak. Tvrdio je, da su obe ove delatnosti po svojoj prirodi sposobne da ugroze opstanak društva, tako da ni jedna ne može biti izvan okvira prava. Prema njemu, moramo shvatiti drugi korak u argumentu, ključnu tezu da je društvo ovlašćeno da kroz pravo prinudnim putem nameće svoju javnu moralnost, kao ograničen samo na pobijanje postavke da društvo nikad nema takvo pravo.

4. PROBLEM MORALNOG UVERENJA

U radu „Lord Devlin i nametanje morala“ i eseju „Sloboda i moral“ Ronald Dvorkin razjašnjava moralno stanovište.[29] Motiv je spor sa Devlinom oko toga šta je društveni moral. Devlin je zastupao tezu koja je formalno identična sa Dvorkinovim shvatanjima: da krivični zakon treba da bude izveden iz javnog morala. Međutim, sadržinski oni tvrde drugačije stvari i imaju potpuno suprotne stavove povodom konkretnog praktičnog pitanja.[30] Prema njemu, Devlin ne razume šta znači ne odobravati na osnovu moralnih principa i tvrdi da je naša moralna praksa složena.[31] Dvorkin, podseća da pojmovi kao što su „moralno stanovište“ ili „moralno uverenje“ u konvencionalnoj upotrebi funkcionišu kao reči za oprav-

[28] H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, p. 51.

[29] R. Dworkin, *Lord Devlin and Enforcment of Morals*, YLJ 75 i R. Dvorkin, *Suština individulanih prava*, CID, Podgorica, 2001, str. 297.

[30] A to je tretman homoseksualizma od strane zajednice.

[31] R. Dworkin, *Lord Devlin and Enforcment of Morals*, p. 16.

danje i kritiku, ali i kao reči za deskripciju. Dakle, koriste se i u antropološko-deskriptivnom i u normativnom smislu. Ovaj prvi smisao upućuje na stavove koje neka grupa ili zajednica ima u vezi sa pitanjem prikladnosti ljudskog ponašanja, osobina i ciljeva. Međutim, značajnije je ovo normativno, principijelno značenje koje se upotrebljava da bi stanovišta koja oni opisuju suprotstavili predrasudama, racionalizacijama, stvarima lične odbojnosti i ukusa, proizvoljnim stavovima. Dvorkin, uvodi razliku između stanovišta koja moramo uvažavati mada ih smatramo pogrešnim i stanovišta koja ne moramo uvažavati zato što ona narušavaju neka osnovna pravila moralnog rasuđivanja. Ta osnovna pravila rasuđivanja su onaj osnovni skup principa najvišeg reda koji se uvažavaju u našem društvu i civilizaciji. Ukratko, moralno stanovište se od nemoralnog razlikuje po nivou i stepenu koherentnosti, osnovanosti, razložnosti, argumentovanosti, principijelnosti i doslednosti pozicije koja se zastupa. Od svih ovih nezavisnih kriterijuma kako ih Dvorkin naziva za njegove namere, doslednost je posebno značajna. Od teoretičara koji predlaže izvesnu moralnu, pravnu i političku teoriju kao opravdanje svojih principa i svojih postupaka, traži se da je obrazloži bolje od drugih predloženih shvatanja i teorija i da se što je moguće doslednije pridržava u svojim postupcima. Ovakvo shvatanje zahteva jačanje javne sfere kao „arene“ za zajedničku razmenu argumenata i razloga.[32] Prema Dvorkinu, pretpostavljeni argumenti odnose se na ovu konstrukciju. Oni su podvrsta *reductio ad apsurudum* i koriste mogućnost da ono što je nemoralno može postati subverzivno za društvo. Čak i ovaj ograničeni zaključak ne mora da nas ubedi da je opasnost po društvo koju predstavlja bilo koja nepopularna praksa toliko mala da bi mudra politika smotrene zaštite slobode pojedinaca od prolazne histerije bila podizanje ustavnih prepreka i zabrana povremenog preispitivanja odgovarajućeg rizika. Priznajući da pretnja duboko usađena u istinskoj javnoj moralnosti može po svoj prilici ugroziti opstanak društva, pa prema tome mora biti stavljena iznad praga pravne brige. Kako ćemo znati kad je opasnost dovoljno jasna i prisutna da opravda ne samo ispitivanje nego i delovanje? Šta je još potrebno osim činjenice snažnog javnog neodobravanja da bi se pokazalo da postoji stvarna pretnja? Ovo je drugi argument Devlina. Osnovana pretpostavka ovih stavova je da društvo ima pravo da se pridržava sopstvenih

[32] Zato moramo priznati postojanje sukoba unutar široko shvaćene moralne zajednice, pa moral zajednice po njemu nije prost zbir, kombinacija ili funkcija njenih članova. To bi pre bio trenutni presek mnoštva diskusija i rasprava koje funkcionišu u jednom društvu, uz pretpostavku da postoji dovoljan konsenzus oko bazičnih principa moralnosti. Uspeh svake prakse u društvu zavisi od postojanja dovoljne, elementarne količine saglasnosti; inače bi se zajednica raspala i ništa ne bi moglo da funkcioniše.

moralnih ubeđenja i da štititi svoje društvene institucije od ponašanja koje ogromna većina njegovih članova ne odobrava. Prema Dvorkinu, naša konvencionalna moralna praksa složenija i strukturisanija, nego što Devlin smatra i da zbog toga on pogrešno razume šta znači reći da krivično pravo treba da bude izvedeno iz javne moralnosti.[33] Možemo poći od činjenice da pojmovi kao „moralno stanovište" i „moralno ubeđenje" u našoj konvencionalnoj moralnosti funkcionišu kao reči za opravdanje i kritiku kao i za opisivanje. Istina je da mi ponekad govorimo o moralu grupe, moralnosti, moralnim uverenjima, moralnim stanovištima ili moralnim ubeđenjima, eventualno u antropološkom smislu, misleći na statove grupe o prikladnosti ljudskog ponašanja, osobina ili ciljeva.[34] U tom smislu kažemo, da je moralnost u nacističkoj Nemačkoj bila zasnovana na predrasudama ili da je bila iracionalna. Neke od ovih termina upotrebljavamo u disktintivnom smislu, što se posebno odnosi na termine moralno stanovište i moralno ubeđenje, kako bismo označili kontrast između onoga što oni znače i predrasuda, racionalizacija, stvari lične obojenosti i ukusa, proizvoljnih stavova. Jedan možda najkarakterističniji način upotrebe termina u ovom smislu je ograničeno ali značajno opravdanje nekog postupka kad su moralna pitanja oko takvog postupka nerazjašnjena ili kontroverzna.[35]

ZAKLJUČAK

Lord Devlin dokazuje, da kad zakonodavci moraju odlučivati o nekom pitanju morala, što po njegovoj hipotezi moraju kad neka praksa ugrozi kakav vredan društveni institut, onda su oni prinuđeni da se drže nekog konsenzusa o moralnom stanovištu koje zauzima zajednica kao celina. Definicija moralnog stanovišta pokazuje da on taj termin koristi u antropološkom smislu.[36] Od običnog čoveka, čija shvatanja moramo sprovoditi, putem prava ne očekuje se da rasuđuje o bilo čemu a njegov stav može pretežno biti stvar ubeđenja. Ako razložan čovek veruje, da je neka praksa nemoralna i veruje, bez obzira na to je li takvo verovanje ispravno ili pogrešno, jer je dovoljno da je iskreno i nepristrasno, da nijedan ispravno orjentisani član društva ne misli drugačije, onda je ta praksa i za

[33] R. Dworkin, *Lord Devlin and Enforcment of Moral*, p. 66.

[34] Detaljnije o tome videti: K. Greenwalt, *Insults and Epithets: Are They Protected Speech?*, Law Review, vol. 42, 1990, p. 2.

[35] J. F. Stephen, *The Doctrine of Liberty in its Application to Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1957, p. 25.

[36] R. Dworkin, *Lord Devlin and Enforcment of Moral*, p. 80.

zakonodavca nemoralna.[37] Na drugom mestu navodi, da je zajednička moralnost društva uvek mešavina običaja i konvencija, razuma iskustva i predrasuda. Devlinovi zaključci su delimično pogrešni jer zavise od upotrebe termina „moralno stanovište“ u njegovom antropološkom smislu, i u tome se slažemo sa Dvorkinom. Iako je tačno da većina ljudi misli da je određeni oblik ponašanja odvratan porok i ne može tolerisati njegovo postojanje, ostaje mogućnost da je to uobičajeno mišljenje sastavljano od predrasuda, racionalizacije i lične averzije. Prema Dvorkinu, moguće je reći da običan čovek ne može izneti nijedan razlog za svoje gledište već će samo navesti razlog koji odslikava opšte moralno stanovište koje on sam nije u stanju iskreno ili dosledno da zastupa. Savesni zakonodavac, kome je rečeno da postoji saglasnost oko nekog pitanja u moralnom smislu mora da ispita verodostojnost tog konsenzusa.

[37] R. Dvorkin, *Suština individualnih prava,* str. 308–312.

Marko Trajković, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Niš

Law and Morality in the Light of Acceptance and Constraint

Abstract

Every rule adopted by a community, characterized by the traits: significance, the manner of adopting the rules of morals, the nature of moral responsibility, the form of pressure of morals, is the rule of "public" morals. It is obvious that "public" morals are not rooted only in autonomous principles of the moral agent, but also in the fact of the existence of adopted rules in a community. At the same time, we distinguish "public morals", truly adopted by a commonly given group from "critical morals" used in the criticism of the existing social institutions.

Legislators, however, have to decide on some of the questions of "public morals", which happens when some practice threatens to affect some valuable social institute. Then they are forced to hold to a consensus of moral standpoint adopted by the community as a unity. The definition of the moral standpoint, provided in that manner, shows that that term is now used in an anthropological sense. An ordinary man, whose views we must enforce by means of law, is not expected to judge about anything, and his attitude can mainly be a matter of conviction. If a sensible man believes that some common practice is immoral regardless of whether this belief is correct or not, since for him it is honest and impartial, that no one of the correctly oriented members of the society thinks otherwise, then that practice is immoral for the legislator too. Conclusions made in this way are partly false, because they depend on the use of the term *moral standpoint* in its anthropological sense. Although it is true that the majority thinks that certain behaviour is „awful vice", and cannot tolerate it, there remains a possibility that this common opinion is made up of prejudices, rationalizations and personal aversions. Consequently, „public" morals are always a mixture of customs and conventions, reasoning, experiences and prejudices. It can be said that an ordinary man cannot provide any reason for his point of view but will supply only a reason that reflects a common moral standpoint which he himself is unable to endorse honestly and consistently. A conscientious legislator, to whom is said that there is a consent about an issue in the moral sense, ought to check the credibility of the consensus.

Key words: law, morality, moral judgment, moral conviction, acceptance, constraint.

Pregledni članak 347.74:338.48

Dr Janko Veselinović, docent
Poljoprivrednog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNA PRIRODA I OBAVEZE UGOVORNIH STRANA KOD UGOVORA O UGOSTITELJSKIM USLUGAMA (UGOVORA O SMEŠTAJU I PANSIONU)

***Sažetak**: U radu se razmatra pravna priroda ugovora o ugostiteljskim uslugama, ali i pravni položaj ugovornih strana u njemu. Ugovor o ugostiteljskim uslugama (ugovor o smeštaju i pansionu) kod nas je neimenovan ugovor i osnovni izvor prava za njega su poslovni običaji i uzanse, pa se i tom pitanju poklanja značajna pažnja. Nedostatak zakonskih normi za ovu oblast opšta je karakteristika i kod većine ostalih ugovora u turizmu. Kod ovog ugovora je sporan i sam naziv jer termin „ugostiteljske usluge" ne predstavlja, u praksi, uobičajeni pojam za prenoćište i smeštaj. Iako je i uporednom pravu ovaj ugovor često među neimenovanim ugovrorima u razvijenim turističkim državama postoji znatno više kodifikovanih poslovnih običaja iz ove oblasti, ali i adekvatne sudske prakse. U narednom periodu uz značajniji razvoj turističke privrede, treba očekivati i adekvatne pravne okvire za ugovore u turizmu.*

***Ključne reči**: ugostiteljske usluge, ugovor, smeštaj, pansion, obaveze*

1. O ugovoru o ugostiteljskim uslugama (ugovor o smeštaju i pansionu) uopšte

Ugovorom o ugostiteljskim uslugama davalac usluga (ugostitelj) obavezuje se da će drugoj ugovornoj strani (gostu) pružiti uslugu privremenog smeštaja ili pansion i dopunske ugostiteljske usluge, brinuti se o

gostu i njegovim stvarima, a gost se obavezuje da će za to platiti ugovorenu naknadu.

Ugovor o ugostiteljskim uslugama je neimenovani ugovor, što znači da nije uređen u našem pozitivnom zakonodavstvu. Izuzetak je ugostiteljska ostava koja je regulisana Zakonom o obligacionim odnosima, u kome su utvrđene obaveze ugostitelja, kao ostavoprimca i dužnosti gosta, kao ostavodavca, kao i pravo zadržaja.[1] Značajno za uređivanje ove oblasti imaju Posebne uzanse u turizmu[2] u kojima su detaljno određene obaveze ugovornih strana. Ove Uzanse svakako će postati značajan izvor prava za ovu oblast. Odrađeni značaj imaju i pravilnici koje je donela Vlada Republike Srbije koji se tiču minimalnih uslova za opremanje objekata i njihovu kategorizaciju.[3] Za oblast pružanja usluga smeštaja u domaćoj radinosti i u seoskom turističkom domaćinstvu donet je poseban pravilnik.[4]

Ugovor o ugostiteljskim uslugama prema Uzansama, obuhvata uvek usluge smeštaja ili pansiona i moguće dopunske ugostiteljske usuge (hrana i piće) , za razliku od ugovora o usluživanju hrane i pića, koji ne sadrži uslugu smeštaja.

Naziv ugovora o ugostiteljskim uslugama u Uzansama u turizmu može da se podvrgne kritici. Osnovni razlog za to je u činjenici da ugostiteljske usluge u našoj poslovnoj praksi, barem kod običnih građana, više asocira na usluživanje hrane i pića. Kako su obični građani kod ovog ugovora druga ugovorna strana (gosti) ova primedba nije zanemariva. Istina, i naš Zakon o turizmu ugostiteljsku delatnost definiše kao „ pružanje usluga smeštaja, pripremanje i usguživanje hrane, pića i napitaka u ugostiteljskom objektu...“ . Sa druge strane prema istoj definiciji ugostiteljska delatnost je i „...pripremanje hrane i dostavljanje korisnicima za potrošnju na drugom mestu“. U tom smislu naziv „ugovor o ugostiteljskim uslugama“ je manjkav jer u širem pojmu sadrži užu sadržinu. U komparativnoj pravnoj teoriji i praksi ovaj ugovor se naziva „izravni ugovor o hotelskim uslugama“[5], primer Hrvatske, ali se u nekim zemljama koriste i termini

[1] Zakon o obligacionim odnosima, Sl. List SFRJ, br. 29/1978, čl. 724–729 i 286–289

[2] Posebne uzanse u turizmu, Sl. gasnik RS, br. 33/01 (u daljem tekstu Uzanse), čl. 7- 56

[3] Pravilnik o minimalnim tehničkim i sanitarno – higijenskim uslovima za uređenje i opremanje ugostiteljskog objekta, Sl. glasnik RS, br. 41/2010, Pravilnik o standardima za kategorizaciju ugostiteljskih objekata za smeštaj, Sl. glasnik RS br. 41/2000 (sa prilozima od 1-13)

[4] Pravilnik o minimalnim tehničkim i sanitarno – higijenskim uslovima za pružanje ugostiteljskih usluga u domaćoj radinosti i seoskom turističkom domaćinstvu, Sl. glasnik RS, br. 41/2010

[5] V. Gorenc, V. Šmid, Poslovno pravo u turizmu i ugostiteljstvu, Zagreb, 1999., str. 12.

„ugovor o uslugama smeštaja i pansiona“, što je bliže samoj sadržini ugovora. U Francuskoj i Nemačkoj uobičajen je naziv „ugovor o hotelskim uslugama“.[6] Ovaj naziv prihvaćen je i u međunarodnoj konvenciji.[7] Radi boljeg razumevanja mi smo uz naziv ugovora, definisan u Uzansama, dodali pojašnjenje o njegovom osnovnom sadržinskom elementu – ugovor o smeštaju i pansionu.[8] Opisni naziv „ugovor o uslugama smeštaja i pansiona“ postojao je i u ranijim Uzansama.[9]

Ugovorne strane kod ugovora o ugostiteljskim uslugama su ugostitelj i gost. Ugostitelj može biti svaka pravna i fizička osoba koja se ovlašćeno bavi pružanjem usluga smeštaja i dopunskih usluga (usluživanje hrane, pića i sl.) To može biti hotel, ali i motel, pansion, kamp, seosko turističko domaćinstvo, fizičko lice koje pruža usluge u domaćoj radinosti i sl.

Ugostitelj je u obavezi da prihvati svaku ponudu za zaključenje ugovora o ugostiteljskim uslugama i pruži usluge smeštaja, odnosno pansiona u granicama raspoloživih kapaciteta, pod uslovom da je gost u mogućnosti i da je spreman da plati cenu, kao i da je u podobnom stanju da bude primljen u ugostiteljski objekat. Pored osnovne obaveze ugostitelja da prihvati ponudu neophodno je da on na raspolaganju ima slobodnih smeštajnih kapaciteta, ali i da na strani gosta postoji sposobnost i volja za plaćanja cene, ali je tu sadržana i mogućnost subjektivne procene ugostitelja da li je gost „podoban“ da bude primljen u ugostiteljski objekat. Ugostitelj može da odbije da primi gosta koji je skitnica ili mu je već poznat kao osoba koja ne izvršava svoje novčane obaveze. Pod „podobnim stanjem da bude primljen u ugostiteljski objekat“ moglo bi se podrazumevati zdravstveno stanje gosta, koji npr. boluje od teške infektivne bolesti. Podobnost bi se mogla ogledati i u stanju u kome se gost nalazi: prekomerni uticaj alkohola ili droge, duševna bolest, usled koje bi gost mogao da uznemirava ostale goste i sl. Ugostitelju je Uzansama [10] dato pravo na subjektivnu ocenu o tome da li je gost podoban da bude primljen u ugostiteljski objekat, ali je ovo pravo ustanovljeno samo kao mera zaštite ugostitelja i drugih gostiju i ona bi bila zloupotrebljena kada bi ugostitelj na bazi slobodne volje ili negativnog ličnog odnosa prema gostu odbio da

[6] U Italiji „contratto di albergo“, u Engleskoj „Hotel-Keeper’scontract“

[7] Konvencija AIH – FUAAV iz 1991. god. (c. Hot. 63, 70 i 79).

[8] Termin „ugovor o smeštaju i pansionu“ sveobuhvatiji je, jer termin iz uporednog prava „ugovor o hotelskim uslugama“ ima u vidu samo hotelski smeštaj i ne obuhvata druge vrste smeštaja, pa na taj način isljučuje i druge subjekte koji se bave ovom vrstom delatnosti.

[9] Posebne uzanse u ugostiteljstvu, Sl. list SFRJ, br. 28/83

[10] Uzansa 11.

mu pruži ugostiteljsku uslugu. Postojala bi zloupotreba ukoliko bi ugostitelj odbio da primi gosta zbog njegove verske, nacionalne, rasne, etničke pripadnosti. U nekim zakonodavstvima (Španija, Kanada itd.) postoje posebne odredbe, u propisima koji se odnose na turizam, kojima se izričito zabranjuje odbijanje zaključivanja ugovora koji bi za osnov imali ove razloge.[11]

Ugovor o ugostiteljskim uslugama zaključuju direktno ugostitelj i gost. Ugovor se smatra zaključenim kada ugostitelj prihvati i pismeno (pismom, telegramom, faksom itd.) potvrdi rezervaciju gosta koji je lično kod njega zatražio smeštaj ili pansion[12]. To praktično znači da je dokaz da je ugovor o ugostiteljskim uslugama zaključen pismena potvrda, data od strane ugostitelja, na usmeno ili pismeno dati zahtev za rezervaciju, od strane gosta. Rezervacija može biti i usmena, ali je gost dužan da rezervaciju datu usmeno ili telefonom pismeno potvrdi, ukoliko to ugostitelj prilikom rezervacije zahteva. On to može učiniti i „drugim savremenim sredstvima komunikacije“ i pod tim se svakako smatra i rezevacija data putem e-maila, dakle putem elektronske pošte. Ugostitelju i u tom slučaju treba ostaviti mogućnosti provere verodostojnosti takve rezervacije, odnosno činjenice da li je potvrdu uputilo zaista lice koje namerava da koristi ugostiteljke usluge. Ugostitelji u tom cilju veoma često traže i garanciju rezervacije kroz elektronsko obezbeđenje putem platnih kartica. To se realizuje davanjem podataka iz platne kartice, koji omogućavaju rezervisanje određenog novčanog iznosa po konkretnoj kartici. I prema Posebnim uzansama u turizmu[13] ugostitelj može prihvatanje zahteva za rezervaciju da uslovi plaćanjem akontacije. Uobičajena akontacija iznosi 2/3 od vrednosti naručenih usluga. Ugostitelj je dužan da potvrdi prijem akontacije u roku od 24 časa od primanja uplate. Ako nije drugačije ugovoreno, akontacija važi kao unapred plaćeni deo cene, iz kog ugostitelj ima pravo da naplati i naknadu štete od gosta.

Ugostitelj je dužan da gostu koji ima potvrđenu rezervaciju zadrži sobu do 18 časova, posle čega se, u nedostatku potrebnih obaveštenja, smatra da gost neće koristiti sobu, pa ugostitelj može njome raspolagati. Ako izda sobu drugog gostu ugostitelj nema pravo da traži naknadu štete za neiskorišćene rezervisane usluge. Ukoliko bi gost naknadno stigao, a

[11] U hrvatskom zakonodavstvu takvo ponašanje ugostitelja uzrokovalo bi administrativnu odgovornost, jer bi odbio zaključiti ugovor bez opravdanih razloga, a uz to ako je gostu prouzrokovana šteta, ugostitelj postaje i njegov dužnik. Više o tome vidi: V. Gorenc, V. Šmid, Poslovno pravo u turizmu

[12] Uzansa 7.

[13] Uzansa 10.

ukoliko prethodno nije poslao obaveštenje o vremenu dolaska, ugostitelj je dužan da mu obezbedi smeštaj u okviru raspoloživih kapaciteta.[14]

Gost koji dolazi u ugostiteljsi objekat uobičajeno se prijavljuje na recepciji hotela. Gost se legitimiše određenim dokumentom. Uobičajeno je da je to u zemlji lična karta, a u inostranstvu pasoš. Nakon provere postojanja rezervacije ovlašćeni radnik predaje gostu ključeve ili elektronsku karticu, koja omogućava gostu korišćenje smeštaja, a to je simbolički i faktički početak korišćenja usluga smeštaja i drugih usluga utvrđenim ugovorom o korišćenju ugostiteljskih usluga. Prijem gostiju u objektima kao što su vile, seoska turistička domaćinstva i sl. realizuje se na način da se gostu u dogovoreno vreme i na dogovorenom mestu smeštaj stavi na raspolaganje.

Prema Posebnim uzansama u turizmu[15] zahtev za rezervaciju smeštaja ili pansiona sadrži: vrstu ugostiteljske usluge, vreme početka i trajanja usluge, kao i adresu korisnika usluge. Rezervacija smeštaja ili pansiona može se zahtevati i na nekom od svetskih jezika, a rezervacija smeštaja i po *Međunarodnom hotelskom telegrafskom kodu* za narudžbinu soba.[16] Bitni elementi ugovora o ugostiteljskim uslugama su: predmet ugovora (vrsta ugostiteljskih usluga koja se pruža), vreme početka i trajanja usluga i cena usluga.

Predmet ugovora o ugostiteljskim uslugama može biti pružanje usluga smeštaja, pripremanje i usluživanje hrane i pića kao i druge usluge uobičajene u turizmu i ugostiteljstvu [17]. Ugovor o ugostiteljskim uslugama, koji ima za predmet usluge smeštaja može sadržavati i usluge doručka koji je uračunat u cenu.

Zaključivanjem ugovora o ugostiteljskim uslugama gost prihvata i „kućni red“ ugostiteljskog objekta u kome koristi usluge. „Kućni red“ predstavlja oblik opštih uslova poslovanja i samim tim sastavni deo ugovora o pružanju ugostiteljskih usluga.[18]

Ako je predmet ugovora pansion pod tim se podrazumevaju smeštaj i tri obroka (doručak, ručaki večera). Pod polupansionom se podrazumeva smeštaj sa doručkom i jednim glavnim obrokom (ručak ili večera). „Standardni“ pansion ili polupansion podrazumeva se usluga u trajanju od naj-

---

[14] Dakle, ugostitelj će gostu i u ovom slučaju obezbediti smeštaj ukoliko ima slobodnih mesta.

[15] Uzansa 8.

[16] Međunarodni hotelski telegrafski kod predstavlja sastavni deo Posebnih uzansi u turizmu.

[17] Uzansa 12.

[18] Međunarodni hotelski red, prihvatilo je Međunarodno hotelsko udruženje (AIH) 1981., Katmandu (Nepal)

manje tri dana. Ako je ugovorom predviđeno korišćenje pansiona ili polupansiona za kraće vreme to podrazumeva uvećanje cene, u odnosu na „standardni“ pansion ili polupansion.

Drugi bitan element ugovora o ugostiteljskim uslugama je vreme početka i trajanje usluga. Pravilo je da se ugovor o ugostiteljskim uslugama može zaaključiti na određeno ili neodređeno vreme. Smatra se da je ugovor o ugostiteljskim uslugama na određeno vreme zaključen kada ugostitelj i gost postignu saglasnost o bitnim sastojcima ugovora[19]. Po prestanku ugovora o ugostiteljskim uslugama gost je dužan da napusti sobu do vremena određenog kućnim redom, a u nedostatku takve odredbe u kućnom redu najkasnije do 14 časova.

Ako s ugostiteljem nije drukčije ugovoreno , zadržavanje sobe posle vremena određenog kućnim redom, odnosno posle 14 časova povlači plaćanje sobe za još jedan dan.

Cena je treći, bitan element ugovora o ugostiteljskim uslugama.

2. Obaveze ugostitelja iz ugovora o ugostiteljskim uslugama (ugovora o smeštaju i pansionu)

Obaveze ugostitelja iz ugovora o ugostiteljskim uslugama (ugovora o smeštaju i pansionu) su: 1.) obaveza pružanja smeštaja; 2.) obaveza pružanja drugih usluga vezanih za korišćenje smeštaja; 3.) obaveza vođenja brige o ličnosti gosta i njegovim stvarima.

2.1. Obaveza pružanja smeštaja

Osnovna obaveza ugostitelja iz ugovora o ugostiteljskim uslugama je da gostu stavi na raspolaganje prostorije za smeštaj (sobu, apartman, vilu, salaš i sl.). Ukoliko je ugovorom pobliže definisan smeštaj, sa posebnim karakteristikama, kao što su soba sa pogledom na more, jezero, reku, planinu, soba na određenom spratu i sl. ugostitelj je dužan da gostu stavi na raspolaganje baš takav smeštaj. Soba za smeštaj mora biti u potpunosti pripremljena za prijem gosta. Ugostitelj je dužan da gostu obezbedi pružanje korišćenja usluga nesmetano za vreme trajanja ugovora i to neprekidno u toku celog dana, da osigura red i tišinu i pruži pomoć gostu.

Kada je u pitanju vreme kada ugostitelj predaje prostorije za smeštaj gostu u Posebnim uzansama u turizmu[20] je ustanovljeno da je sobu predviđenu za smeštaj ugostitelj dužan da stavi na raspolaganje gostu čim je

[19] Uzansa 14., st. 2.
[20] Uzansa 19., st. 2.

ona slobodna i pospremljena, najkasnije do 14 časova, a posle toga kada se gost prijavi. U određenim slučajevima se može desiti da je gostu soba potrebna već u ranim jutarnjim časovima i da je to gost unapred najavio. Može se desiti da gost stiže avionom u ranim jutarnjim časovima i da tog dana ima planirane obaveze i soba mu je potrebna kako bi se mogao odmoriti, istuširati i presvući. Ako, u tom slučaju, gost zahteva da zauzme sobu ujutro na dan dolaska, ugostitelj ima pravo da traži naplatu smeštaja i za proteklu noć, ako soba nije mogla biti izdata zbog toga što ju je trebalo rano ujutro staviti na raspolaganje gostu.

Poslovnom praksom ustanovljeno je, što je rezultiralo i formiranjem poslovnih običaja i uzansi da ukoliko gost koristi sobu između 6 i 18 časova za dnevni odmor u trajanju od 8 časova, ugostitelj naplaćuje smeštaj po nižoj ceni, zavisno od trajanja usluge, s tim da ta cena ne može biti veća od 50% od cene smeštaja.[21]

2.2. Obaveza pružanja drugih usluga vezanih za korišćenje smeštaja

Razvoj turizma i ugostiteljstva u svetu stvorio je visoke standarde, koji uslugu smeštaja ne izjednačava sa prenoćištem, već se gostu nude i brojne druge usluge, od kojih je većina uključena u cenu smeštaja. Dodatni sadržaji i usluge zavise od vrste i kategorije ugostiteljskog objekta i nisu ni u jednom aktu do kraja formalizovane. Kao izvori prava kod nas, za ovu oblast važni su: Posebne uzanse u turizmu, poslovni običaji u ovoj oblasti i kućni red ugostitelja.

Ugostitelj je dužan da gostu pruži druge ugovorene ugostiteljske usluge, odnosno usluge koje gost zatraži u skladu sa poslovnim običajima.[22] Prema nekim autorima bez akcesornih usluga zaključeni ugovor ne bi bio ugovor o hotelskim uslugama već običan ugovor o zakupu.[23] Ugostitelj ima obavezu da gostu obezbedi da pored prostorije za smeštaj koristi i sve uređaje, zajedničke prostorije i usluge koje su u tom objektu predviđene za opštu upotrebu gosta u skladu sa štampanim informacijama i obaveštenjima ugostiteljskog objekta. Osim toga gost može upotrebljavati radio – aparate, TV prijemnike, kasetofone i sl., pod uslovom da ne remeti red i mir ostalih gostiju. Ukoliko se ovi aparati koriste na način da remete mir drugih gostiju, ugostitelj može zabraniti njihovu upotrebu.[24] Prema Posebnim uzansama[25] gost može upotrebljavati ostale

[21] Uzansa 20., st. 2.
[22] Uzansa 19.
[23] M. Fragali, Enciclopedia del diritto, Milano, 1958.
[24] Uzansa 41., st. 2 i 3.

električne aparate u sobi za smeštaj samo ako je to dozvoljeno kućnim redom.

Da bi gost mogao da kvalitetno koristi usluge smeštaja neophodno je da mu se pruže i određene informacije koje bi mu to omogućile. Ugostitelj, u tom cilju, pruža gostu, bez posebne naplate, sve informacije u vezi sa izvršenjem ugostiteljskih usluga i njegovom boravku u objektu. Ugostitelj ima obavezu da gostu pruži i informacije o kulturno – zabavnim priredbama u mestu, izletima, podacima iz voznih redova, telefonskih imenika i slično.[26]

Pilikom dolaska, odnosno odlaska gosta, u hotelima prve i druge kategorije, ugostitelj je dužan da obezbedi prenošenje prtljaga gosta od ulaza u objekat do sobe i obratno, bez naknade.[27] Ugostitelj je dužan i da probudi gosta[28] u vreme koje odredi gost, a ugostitelj je odgovoran za direktnu štetu koju je pretrpeo gost zbog neispunjenja ove obaveze.[29]

Ukoliko nije drugačije ugovoreno u cenu smeštaja su uračunate uluge korišćenja bazena, plaže i drugih sadržaja koji se nalaze u sastavu ugostiteljskog objekta. Za ulazak u objekte sa posebnim programom ili muzikom, priredbama i sl. u okviru ugostiteljskog objekta, ugostitelj može od gosta da naplati naknadu.[30]

Ugostitelj je gostu dužan da obezbedi pružanje korišćenja usluga nesmetano i da osigura red i tišinu i da pruži pomoć gostu.[31] Stavljanjem na raspolaganje smeštaja u objektu mora da prati i briga ugostitelja da se ta usluga koristi bez ometanja od strane drugih gostiju ili drugih lica. To podrazumeva i postojanje elementarnih uslova u objektu (voda, struja, telefon, grejanje...) . Ne bi se moglo smatrati da je ugostitelj ispunio svoju obavezu tako što je gostu stavio na raspolaganje sobu koja u zimskom periodu nema grejanje ili nema vode, a za objekte više kategorije se podrazumeva i postojanje uređaja za hlađenje tokom toplijeg perioda. Za pružanje pomoći gostima, u cilju nesmetanog korišćenja smeštaja, ugostitelj je dužan da odredi lice, a ugostitelj ima obavezu i da odredi lice koje će u toku noći obavljati ove dužnosti .

---

[25] Uzansa 41.

[26] Uzansa 26.

[27] Uzansa 23., st. 2.

[28] U sudskoj praksi obična šteta koju su dosuđivali sudovi sastojala se od: troškova produženog boravka u hotelskoj sobi (smeštaj i prehrana) jer je gost izgubio brodsku vezu, i cene brodske i avionske karte do mesta stanovanja. Općinski sud u Splitu, presuda IP. 1490/81 – neobjavljena, prema V. Gorenc, V. Šmid, Poslovno pravo u turizmu i ugostiteljstvu, Zagreb, 1999., str. 21.

[29] Uzansa 26.

[30] Uzansa 30., st. 2.

[31] Uzansa 24.

U pružanje dodatnih usluga možemo ubrojati i obavezu ugostitelja da, bez odlaganja, preda prispele pošiljke upućene gostu (pismena, poruke i sl.). Ako je za gosta pošiljka prispela posle njegovog odlaska, ugostitelj je dužan da pošiljuku dostavi na adresu koju je gost ostavio. Ako gost nije ostavio adresu, ugostitelj je dužan da pošiljku u roku od 24 sata vrati pošti, odnosno pošiljaocu. Za štetu nastalu neispunjenjem ovih obaveza odgovoran je ugostitelj.

2.3. Obaveza vođenja brige o ličnosti gosta i njegovim stvarima

Obaveza ugostitelja da osigura red i tišinu gostu podrazumeva da je neophodno zaštititi ličnost gosta, kako bi se time stvorili neophodni uslovi za korišćenje ugostiteljskih usluga. Obaveza vođenja brige o ličnosti gosta proizilazi iz same prirode i svrhe ugovora o ugostiteljskim uslugama. Posebnim uzansama u turizmu[32] predviđena je briga ugostitelja za njegovu ličnost, odnosno zdravlje gosta. U slučaju bolesti gosta, ugostitelj je dužan da pozove lekara na trošak gosta. Briga o zaštiti ostalih gostiju ogleda se kroz odredbu koja pruža mogućnost ugostitelju da sa gostom raskine ugovor, ako lekar utvrdi da je gost oboleo od neke zarazne bolesti i da njegova bolest ugrožava zdravlje drugih lica. I u tom slučaju ugostitelj je dužan da gostu ukaže pažnju i da mu pruži potrebnu pomoć.

Poseban vid brige o ličnosti gosta, ukoliko gostu pruža jelo i piće, tiče se njihove neškodljivosti i zdravstvene ispravnosti. U većini zakonodavstava je ustanovljen princip objektivne odgovornosti[33]. Postoji veoma bogata sudska praksa u ovoj oblasti i u uporednom i u domaćem pravu. Prema engleskim precedentima (sudskim odlukama) može se zaključiti da ugostitelj postaje dužnik za štetu koju pretrpi gost koji se otruje, oboli ili se povredi ako se utvrdi da jelo nije bilo podobno za ljudsku potrošnju[34]. Sličnu praksu imaju i sudovi u SAD-u, prema kojima ugostitelj ima objektivnu odgovornost „ako usled mana i nedostataka u hrani, zbog postojanja škodljivih sastojaka u hrani i piću, dođe do povreda gosta (trovanja, bolesti, povraćanja, itd.) Ugostitelj je odgovoran iako nije mogao otkriti i otkloniti mane u hrani i piću (npr. jer je bilo u konzervi, zatvorenoj ambalaži, originalno zatvorenoj boci i sl.[35] Po principu objektivne odgovornosti u većini zemalja procenjuje se odgovornost ugostitelja za sa-

[32] Uzansa 44 i 45.

[33] Građanski zakonik Etiopije, čl. 2558.

[34] D. Field, Hotel and Catering Law, London, 1974, str. 211.

[35] J.P. McConnell, The law of Restaurants: Review and Update, The Cornel H. R. A. Quartely, 1972, Vol. 22, br 4.

držaj posluženog jela, koji je mogao prouzrokovati opasnost po zdravlje i život gosta.

U slučaju smrti gosta, ugostitelj je dužan da o tome obavesti organe unutrašnjih poslova, druge nadležne organe i porodicu umrlog, kao i da komisijski popiše imovinu koju je gost kod sebe imao. Ugostitelj će se postarati da se poslovi vezani za rad nadležnih organa kao i iznošenje posmrtnih ostataka umrlog gosta obave na diskretan način, vodeći računa da se ovim činom drugi gosti što manje uznemiravaju.

Pored brige o ličnosti gosta ugostitelj je dužan da vodi računa o stvarima gosta, koje je doneo u ugostiteljski objekat.[36] Stvarima koje je gost doneo u ugostiteljski objekat smatraju se:

a) stvari koje se nalaze u objektu za vreme u kome gost raspolaže smeštajem;

b) stvari na kojima ugostitelj ili osoba za koju on odgovara preuzima nadzor, bilo u ugostiteljskom objektu, bilo izvan njega u jednom razumnom vremenskom trajanju pre ili posle vremena u kome gost raspolaže smeštajem.

Osnovna razlika između ove dve kategorije stvari je u činjenici da li se one „nalaze u objektu“ ili nad njima ugostitelj „preuzima nadzor“. Stvari nad kojima ugostitelj ili osoba za koju on odgovora „preuzima nadzor“ mogu biti u objektu, ali i van njega. U ovom slučaju može biti reč o novčanim ili drugim vrednostima ostavljenim u sefu kod ugostitelja ili o automobilu ostavljenom u garažu ili na čuvanom parkingu.

Ugostitelj je dužan da primi na čuvanje stvari koje gost donese i hoće da mu preda na čuvanje, izuzev ako ne raspolaže podesnim prostorijama za njih, ili ako njihovo čuvanje prevazilazi njegove mogućnosti iz nekog drugog razloga. Ugostitelj ima pravo da pregleda stvari koje gost daje na čuvanje, ali i da zahteva da stvari budu stavljene u sef. Za stvari primljene na čuvanje ugostitelj izdaje pismenu potvrdu. Ako se stvari čuvaju u posebnim sefovima, ugostitelj je dužan da gostu preda ključ od sefa. Stvari predate na čuvanje može podići gost ili lice koje on ovlasti, uz vraćanje potvrde, u prisustvu predstavnika ugostitelja.

Prema Konvenciji o odgovornosti hotelijera u vezi sa imovinom njihovih gostiju,[37]koja je ratifikovana kod nas, hotelijer će biti odgovoran za svako oštećenje, uništavanje ili gubitak imovine koju je u hotel doneo bilo koji gost koji boravi u hotelu i ima obezbeđeno spavanje. To se odnosi na svu imovinu koja je u hotelu u vreme kada je gost imao na raspolaganju smeštaj, imovina o kojoj hotelijer ili lice za koju je hotelijer odgovoran vo-

[36] Uzanse 47-53.

[37] Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori, br.2/91

di brigu van hotela u toku perioda kada gost ima na raspolaganju smeštaj kao i imovina o kojoj hotelijer ili lice za koje je on odgovoran vodi računa bilo u hotelu ili van njega u toku razumnog perioda koji prethodi vremenu i sled nakon vremena u kome je gost ima na raspolaganju smeštaj i smatraće se imovinom donesenom u hotel.[38] Prema ovoj Konvenciji odgovornost je ograničena, ali se i pojedinim državama daje mogućnost ograničenja odgovornosti do određenog iznosa.[39] Međutim, odgovornost hotelijera ne može se ograničiti kada je imovina bila deponovana kod njega i kada je odbio da primi imovinu koju je bio obavezan da primi na čuvanje u sefu.

Gost može svoj automobil da ostavi u garaži ili čuvanom parkingu ugostiteljskog objekta. Ugostitelj odgovara za nestanak automobila gosta, koji je ostavljen na jedno od ova dva mesta. Iako postoji posebna pažnja za odgovornost za slučaje nestanka ili oštećenje automobila gosta, nema jedinstvenog stava po ovom pitanju. Ovo pitanje nije zakonski uređeno, a i poslovna i sudska praksa su nedovoljni. Pravna teorija kreće se od stava da je automobil najvrednija imovina gosta i da je neophodno da ugostitelj brine o njoj,[40] do stava da čuvanje automobila mora biti posebno dogovoreno, pa čak da je to poseban ugovor. Ugostitelj ne odgovara za štetu pričinjenu automobilu i stvarima gosta, ako radnik zaposlen kod ugostitelja na zahtev gosta, odvozi ili dovozi automobil iz garaže ili ako donosi ili odnosi ma kakve stvari gosta, ako ova usluga nije bila naručena kod određenog radnika na recepciji ili kod portira ako takvog radinika nema.

Ukoliko se dogodi da gost u ugostiteljskom objektu, prilikom odlaska, zaboravi stvari ugostitelj je dužan da ih dostavi gostu, na teret gosta.[41]

3. Obaveze gosta iz ugovora o ugostiteljskim uslugama (ugovora o smeštaju i pansionu)

Obaveze gosta iz ugovora o ugostiteljskim uslugama (ugovora o smeštaju i pansionu) su: 1.) obaveza korišćenja prostorije za smeštaj i drugih usluga vezanih za korišćenje smeštaja u skladu sa kućnim redom, poslovnim običajima i uzansama; 2.) obaveza gosta da plati cenu za smeštaj i cenu drugih usluga, koje nisu uključene u cenu smeštaja.

---

[38] Aneks, čl. 1., Konvencije o odgovornosti hotelijera u vezi sa imovinom njihovih gostiju

[39] Odgovornost prema Konvenciji ograničena je na 3.000 zlatnih franaka, a zlatni franak prema toj odredbi odnosi se na jedinicu koja se sastori od šezdeset pet i po miligrama zlata finoće 900

[40] Ph. Tourneau, La responsabilite civil, Paris, 1972.

[41] Ugostitelj je dužan da gosta obavesti o nalaženju stvari i da traži uputstva o načinu njihovog dostavljanja. Ako ne bi mogao da ih uruči ugostitelj je dužan da ih čuva najmanje godinu.

3.1. Obaveza korišćenja prostorije za smeštaj i drugih usluga vezanih za korišćenje smeštaja u skladu sa kućnim redom, poslovnim običajima i uzansama

Osnovno pravilo je da gost koristi prostorije, koje su mu stavljene na raspolaganje, u svrhe koje je odredio ugostitelj, poštujući pravila kućnog red, Uzansi i drugih poslovnih običaja,[42] kao i da prostorije, uređaje, opremu i inventar koristi kao dobar domaćin.[43] Gost može da koristi prostorije samo za svoj smeštaj, kao i za smeštaj lica naznačenih u ugovoru. Ako nije drukčije ugovoreno, gost ne može koristiti prostorije za smeštaj u komercijalne svrhe, niti može u sobi da priprema (kuva) hranu. Po prestanku ugovora gost je dužan da prostorije za smeštaj preda ugostitelju u stanju u kome ih je našao, pri čemu se uzima u obzir istrošenost nastala redovnom upotrebom. Gost odgovara za štetu u prostorijama, na uređajima, opremi i inventaru koja je nastala njegovom krivicom i krivicom lica za koje odgovara.

Gostu nije dopušteno da u ugostiteljski objekat unosi lako zapaljiv ili eksplozivni materijal, oružje, materijal sa jakim i neugodnim mirisima i sl. Ukoliko gost poseduje oružje, uz dozvolu nadležnog organa, dužan je da takvo oružje deponuje u sef recepcije ugostiteljskog objekta.[44]

Obaveza korišćenja prostorije za smeštaj u skladu sa kućnim redom, poslovnim običajima i uzansama odnosi se i na poštovanje pravila koja se odnose na zabranu uvođenja životinja u ugostiteljski objekat, ukoliko to nije ugovoreno. Ako su stranke ugovorile da se životinja uvede u ugostiteljski objekat, životinja se može držati samo u prostorijama koje je ugostitelj odredio. Stranke ne mogu ugovoriti da se životinja uvodi u zajedničke prostorije.[45] Ovakva odredba u Uzansama proizilazi iz činjenice da bi ugovor između ugostitelja i gosta, kojim bi se omogućilo uvođenje životinje u zajedničke prostorije, mogao da naruši ispunjenje ugostiteljeve obaveze da i drugim gostima obezbedi nesmetano korišćenje usluga za vreme trajanja ugovora i da ima osigura red i tišinu. Uvođenje životinja poput pasa, mačaka, ali i divljih životinja kao što su zmije, pauci i sl. u zajedničke prostorije moglo bi da uznemiri ostale goste. Ugostitelj ima obavezu da na vidnom mestu istakne obaveštenje da prihvata uvođenje životinje u objekat u pratnji vlasnika.[46] Gost je odgovoran za svaku štetu

[42] Uzansa 27.
[43] Uzansa 29.
[44] Uzansa 43.
[45] Uzansa 42., st. 3.
[46] Zdravstveni status životinje (ljubimca) – koja se uvodi u ugostiteljski objekat utvrđuje se na osnovu potvrde o ispunjenju uslova zdravstvenog stanja životinje u skladu sa propisima o zdravstvenoj zaštiti životinja.

koju životinja prouzrokuje ugostitelju ili drugim korisnicima, a ugostitelj ima pravo da gostu naplati posebnu cenu za držanje životinja.

3.2. Obaveza gosta da plati cenu smeštaja i cenu drugih usluga, koje nisu uključene u cenu smeštaja

Kao naknadu za pružanje usluga smeštaja i drugih, pratećih, usluga gost ima obavezu da plati cenu. Izvršene usluge ugostitelj naplaćuje od gosta po ceni obračunatoj po cenovniku ugostiteljskog objekta, uzimajući u obzir i popust i dodatke koji proizlaze iz cenovnika i Posebnih uzansi u turizmu.

Ako je predmet ugovora pansion pod tim se podrazumevaju smeštaj i tri obroka (doručak, ručaki i večera). Pod polupansionom se podrazumeva smeštaj sa doručkom i jednim glavnim obrokom (ručak ili večera). Pod „standardnim“ pansionom ili polupansionom podrazumeva se usluga u trajanju od najmanje tri dana. Cena pansiona računa se od prvog obroka kojim je gost poslužen po dolasku, a obroci kojima gost nije bio poslužen na dan dolaska poslužiće se gostu, po njegovoj želji, na dan odlaska.[47]

Uzansama[48] je definisani način obračuna cena, uslovi odobravanja popusta, način plaćanja i prava ugostitelja za slučaj da gost ne plati cenu.

Ukoliko nije drugačije ugovoreno u cenu su uračunate usluge korišćenja bazena, plaže i drugih sadržaja koji se nalaze u sastavu ugostiteljskog objekta. Za ulazak u objekte sa posebnim programom ili muzikom, priredbama i sl. u okviru ugostiteljskog objekta, ugostitelj može od gosta da naplati posebnu naknadu. Ugostitelj posebno obračunava i naplaćuje od gosta boravišnu taksu i osiguranje. Ukoliko gost prilikom korišćenja smeštaja koristi i telekomunikacione uređaje i sredstva (telefonski razgovori mimo poziva unutar hotela i sl.) te usluge naplaćuju se posebno. Cena ovih usluga ne može biti veća 100% od važeće cene koju ugostitelj plaća za upotrebu ovih uređaja i sredstava. Dakle, ugostitelj ima mogućnost da za korišćenje ovih usluga naplati od gosta osnovnu cenu usluge i da je uveća maksimalno za 99%.

Gost ima pravo na popust od strane ugostitelja u sledećim slučajevima:

a) za decu do dve godine, ako dele krevet s roditeljima ili pratiocem ne naplaćuje se smeštaj, a hrana se naplaćuje prema cenovniku ugostiteljskog objekta (a la karte);

b) za decu do najviše 4 godine, ako dele krevet sa roditeljem ili pratiocem, naplaćuje se cena smeštaja umanjena za 60%, a hrana prema cenovniku ugostiteljskog objekta (a la carte);

---

[47] Uzansa 13., st. 2.

[48] Uzanse 30 – 39.

c) za decu do 10 godina koja koriste poseban krevet u sobi roditelja (pratioca) naplaćuje se cena usluge umanjena za 30%

Kako je određeno godište dece uslov za oslobađanje od plaćanja cene smeštaja ili njeno umanjenje roditelj ili pratilac je dužan da, u slučaju sumnje u godište deteta, verodostojnom ispravom dokaže starost deteta, inače plaća punu cenu. Ugostitelj svojim opštim uslovima može da propiše šta se smatra verodostojnom ispravom. Sigurno je da je to važeća putna isprava (pasoš), ali se može postaviti pitanje koja je to verodostojna isprava za decu do dve, odnosno četiri godine, ukoliko nemaju putnu ispavu. Svakako da je ovako široka definicija „verodostojne isprave", koju sadrže Uzanse omogućila ugostiteljima da svojim opštim uslovima maksimalno zaštite svoje interese, dok gosti sa decom, koja nemaju putnu ispravu, mogu biti dovedeni u nezavidan položaj.[49]

Za pojedine kategorije gostiju ugostitelj može da odobri posebne popuste ili niže cene od objavljenih cena, u skladu sa svojom poslovnom politikom.

Ako je ugovoreno izdavanje, odnosno korišćenje jednog kreveta u dvokrevetnoj sobi (dvokrevetna za jednokrevetnu – *single use*), gostu se naplaćuje cena umanjena za 20% od cene dvokrevetne sobe. Ako je ugovoreno izdavanje jednokrevetne sobe, a ugostitelj izda gostu sobu sa dva kreveta, naplaćuje se samo cena jednokrevetne sobe, bez prava na izdavanje ostalih kreveta drugim licima, osim ako gost na to izričito ne pristane. Postoji mogućnost da se u dvokrevetnu sobu stavi treći, pomoćni krevet. Za korišćenje takvog ležaja plaća se cena smeštaja, odnosno pansiona u dvokrevetnoj sobi umanjena za najmanje 10%. Ugostitelj ovu cenu može dodatno da umanji.

Za slučaj da gost privremeno prekine boravak u sobi, dakle na jedan ili više dana, a plati sobu, ugostitelj ne može bez pristanka gosta da izda tu sobu drugom licu. Ako gost pristane da ugostitelj za vreme njegovog odsustva izda već zakupljen smeštaj, gost nije dužan da plati uslugu za to vreme.

Gost ima mogućnost da, iako je ugovorio pansion ili polupansion tokom boravka, blagovremeno otkaže ručak ili večeru, a odbije da primi „lanč paket". U tom slučaju neiskorišćeni obroci ne uračunavaju se u cenu.[50] U opštim uslovima ugostitelja trebali bi da budu sadržani kriterijumi za određivanje „blagovremenog otkaza ručka ili večere".

---

[49] Sa druge strane smatramo da se izvod iz matične knjige rođenih, u ovom slučaju, ne može smatrati verodostojnom ispravom, jer nema sliku.

[50] U opštim uslovima ugostitelja trebali bi da budu sadržani kriterijumi za određivanje „blagovremenog otkaza ručka ili večere".

Naplata računa za izvršene usluge obavlja se odmah posle izvršenja usluga ili, ukoliko je u pitanju duži boravak, posle svakih 7 dana korišćenja usluga smeštaja ili pansiona. Od gosta se može zatražiti da unapred plati cenu noćenja. Ugostitelj je dužan da izvrši specifikaciju iznosa računa prema pruženim uslugama. U određenim slučajevima gost može da usluge, u celini ili delimično, plati unapred.[51]

Za slučaj da gost ne plati račun za izvršene usluge, bilo za usluge smeštaja ili dopunske usluge ili ne plati štetu za neiskorišćene usluge, ugostitelj ima pravo zadržavanja stvari koje je gost doneo u ugostiteljski objekat do potpune naplate potraživanja. Predmet zadržavanja mogu biti stvari koje je gost „doneo u ugostiteljski objekat".[52] Zadržavanjem ličnih dokumenata ugostitelj bi rizikovao kršenje drugih propisa i odgovornost vezanu za to. Ugostitelj je dužan da vrati gostu zadržane stvari ako gost ili neko drugi umesto njega pruži odgovarajuću garanciju da će plaćanje biti izvršeno. Ugostitelj koji zadrži stvari gosta, po osnovu prava zadržavanja, može da se obešteti iz njihove vrednosti, ali je dužan, pre nego što pristupi ostvarivanju naplate, da o svojoj nameri blagovremeno obavesti gosta. Smatraće se da je ugostitelj blagovremeno obavestio gosta po isteku roka od 15 dana od dana pismenog obaveštenja upućenog gostu, na adresu koja je naznačena u prijavi.

4. Prestanak ugovora

Ugovor o ugostiteljskim uslugama može, pored ispunjenja ugovora, prestati i sporazumom stranaka, poništenjem, prestankom pravnog lica, smrću fizičkog lica i raskidom.

Ugovor u toku trajanja mogu da otkažu i ugostitelj i gost.[53]

Ugostitelj, u toku trajanja ugovora, ima pravo da otkaže usluge gostu i raskine ugovor o ugostiteljskim uslugama ako gost:

a) grubo krši Uzanse ili odredbe kućnog reda, a naročito ako svojim ponašanjem ometa boravak drugih gostiju;

b) plati račun za izvršene usluge posle 7 dana boravka, ako nije dugačije ugovoreno;

c) oboli od neke zarazne bolesti koja predstavlja opasnost za ostale goste u ugostiteljskom objektu

Ukoliko ugostitelj otkaže ugovor zbog ponašanja gosta, koji ometa boravak drugih gostiju, pripada mu i pravo na naknadu štete od gosta.

---

[51] Prema Kodeksu poslovanja HAI – FUAAV, 1991., čl. 12 za unapred plaćeni iznos koriste se termini „naknada za rezervaciju" i „garancijski polog"

[52] Prema našem mišljenju predmet zadržavanja ne mogu biti lični dokumenti – lična karta, pasoš i drugih dokumenata.

[53] Uzanse 54 – 56.

Ugostitelj definiše svoju politiku otkaza za predmetni period, o čemu je dužan da informiše goste. Otkaz se daje u pismenoj formi i mora biti datiran (preporučeno pismo, faks sa referentnim brojem i dr.) Ako otkaz počinje da važi od datuma usmenog otkaza, pismena potvrda treba jasno da se odnosi na taj datum.[54] Ako je ugostitelj , izdao referentni broj otkaza i uručio ga gostu, ne postoji potreba otkaza u pismenoj formi.

Gostu pripada pravo da raskine ugovor i napusti ugostiteljski objekat u slučaju da ugostitelj ne ispunjava ugovorene obaveze, a posebno ako grubo krši odredbe ovih uzansi i kućnog reda. Gostu u ovom slučaju pripada pravo na naknadu štete od ugostitelja.

Ukoliko nastupe okolnosti koje gost nije mogao izbeći ili otkloniti i koje bi, da su postojale u vreme zaključenja ugovora, bile opravdan razlog da se ne zaključi ugovor, gost ima pravo da odustane od ugovora pre ili za vreme trajanja ugovora. Od zaključenja ugovora o ugostiteljskim uslugama do njegove realizacije može da prođe duže vreme i u tom vremenu mogu nastupiti nepredviđene okolnosti. Te okolnosi mogu biti: smrt u porodici gosta, bolest gosta ili bliskog srodnika, bitno promenjeno ekonomsko stanje gosta, požar ili poplave koje su uništili ili oštetili imovinu gosta i sl. Gost u ovim okolnostima treba da blagovoremeno obavesti ugostitelja. Međutim, ukoliko gost ne obavesti ugostitelja o ovim okolnostima dužan je da nadoknadi štetu za neblagovremeni otkaz ugovora. Ova odredba u Uzansama[55] ustanovljena je kako bi se od ovih nepredviđenih okolnosti zaštitio i ugostitelj, jer mu se blagovremenim obaveštenjem pruža prilika da otkazane ugostiteljske kapacitete opet angažuje.

Gost može da otkaže i pojedine usluge u pansionu ili polupansionu, ukoliko o tome obavesti ugostitelja do kraja prethodnog dana. I ovom odredbom ugostitelj se štiti od moguće štete, a sa druge strane gost dobija mogućnost da, zbog razloga koje ne mora navoditi, otkaže pojedine usluge koje mu u novim okolnistima nisu potrebne ili ih ne bi mogao koristiti. Npr. umesto ručka u hotelu zbog najavljene promene vremena otići će na izlet izvan mesta u kome se odmara i koristiće usluge ishrane izvan hotela. Gostu koji je pravovremeno otkazao obrok u pansionu ugostitelj je dužan da osigura korišćenje obroka suve hrane („lanč paket“) odgovarajuće vrednosti i kvaliteta. Međutim, neophodno je da je gost zahtevao korišćenje suvog obroka.

[54] Uzansa 15., st. 2.
[55] Uzansa 56.

Janko Veselinović, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Agriculture Novi Sad

Housing and Bed and Board Contract

Abstract

In this work not only legal nature of catering services is analyzed,but also legal position of parties in it. Catering contract (Housing and Bed and Board Contract) is unnamed in our country and the main source of law for this contract are business practices and usages. A lot of attention is paid to this question. Lack of legal norms for this area is general characteristic for most of the tourism contracts. In this contract its tittle is also debatable because term "catering services" is not usually used in practise. Although this contract is unnamed in Comparative Law ,in tourist more developed countries there are more codified business practices from this area and there is more Case Law. Having in mind development of tourist economy adequate legal conditions in tourism contract are expected.

Key words: catering services, contract, accommodation, bed and board, obligations.

Originalni naučni rad 343.14:343.9.02

Dr Tatjana Lukić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

INFORMACIJE (OBAVEŠTENJA) SLUŽBI BEZBEDNOSTI KAO DOKAZ U KRIVIČNOM POSTUPKU[1]

Sažetak: *Borba protiv savremenih oblika kriminaliteta kao što su organizovani kriminal, terorizam i druga izuzetno teška krivična dela uslovila je ne samo modifikaciju procesnih načela i procesnih pravila, nego i nužnost preispitivanja dokaznih sredstava u smislu uvođenja novih dokaza u krivični postupak. S obzirom da je sprečavanje, otkrivanje i dokazivanje u slučajevima navedenih krivičnih dela sistemsko pitanje i da je efikasnost uslovljena kohezijom preventivnih i represivnih mehanizama u svakoj strategiji sprečavanja i suzbijanja teškog kriminaliteta, sve se više i češće nameće pitanje koje je iznedrila praksa, a to je pitanje upotrebe informacija koje su prikupile službe bezbednosti kao dokaza u krivičnom postupku. U ovom radu autor se posebno bavi ovim pitanjima u smislu nužnosti i opravdanosti upotrebe informacija (obaveštenja) kao dokaza u krivičnom postupku, iskustvima i praksom u nekim drugim državama i naravno upotrebom ovih informacija u krivičnom postupku Republike Srbije. Posebno je obrađeno i pitanje kriminalističko-obaveštajne analitike i razmene informacija na nacionalnom i međunarodnom nivou.*

Ključne reči: *podatak, informacija, obaveštenje, službe bezbednosti, krivični postupak, dokaz, razmena informacija, međunarodna saradnja*

---

[1] Rad je rezultat rada na Projektu: „***Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i SRbija)***“ čiji nosilac je Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu

1. Uvodna razmatranja

Ukoliko je krivično zakonodavstvo postalo osnovni instrument zaštite društva od teških oblika kriminaliteta, onda je pretvaranje informacija u dokaze ono što je primarno i čega svi oni koji se bave prikupljanjem podataka moraju biti svesni i to u najranijoj fazi postupanja. Informacije se moraju prikupljati na način koji će omogućiti da se one pretvore u dokaze prihvatljive u krivičnom postupku. Pripremni stadijum krivičnog postupka (pretkrivični postupak i prethodni krivični postupak) generalno moraju biti tako struktuirani da omoguće da se prikupljene informacije mogu koristiti u krivičnom postupku kao dokazi. Službe bezbednosti, pravosudni i drugi organi međusobno usko sarađuju sa zajedničkim ciljem da se obezbedi uspešno krivično gonjenje i procesuiranje izvršilaca teških krivičnih dela, a sve sa ciljem da se očuva bezbednost društva i države.

Na nivou EU postoje brojni pokušaji da se poboljša i unapredi razmena informacija između raznih službi država članica (policije, pravosuđa, carina, obaveštajnih i bezbednosnih službi) i to u okviru Europol-a, Eurojust-a, European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member states of the European Union-a i SitCen-a. Saradnja se ostvaruje u vezi sa razmenom strateških informacija, što omogućava analizu rizika. Potreba za razmenom saznanja na svim nivoima u svakoj državi stimuliše i održava znatan nacionalni nivo zajedničkih konsultacija. Stvaranje velikih agencija i uvođenje mnogih novih informacionih sistema radi bezbednosti države u borbi protiv savremenih vidova kriminaliteta uslovilo je značajno povećanje saradnje. U borbi protiv savremenih oblika kriminaliteta akcenat treba staviti na povezivanje saznanja, prostor procedura radi razmene informacija, odnosno saznanja na način koji bi bio od zajedničke koristi.

Sistematsko i organizovano prikupljanje podataka, njihova obrada - analiza i distribucija određenim nivoima za određene ciljeve i unapred planiranje rezultata, zahteva formalnu i stručnu strukturu koja će ovaj proces obavljati. Podaci koji se prikupljaju imaju potencijalnu vrednost u procesu donošenja odluka nadležnih organa u primeni preventivnih i represivnih mera i radnji u borbi protiv teških oblika kriminaliteta. Prikupljeni podaci se analiziraju sa namerom da se na osnovu njih stvori novi upotrebljiv proizvod (korisna informacija)[2] koji je u najvećem broju slučajeva rezultat rada službi državne i javne bezbednosti, jer se radi o siste-

[2] LJ.Stajić & T.Lukić, Pravo privatne bezbednosti, Novi Sad 2011., str.119-121.

matskom prikupljanju podataka i različitih izvora, njihovoj analizi i pretvaranju u informaciju. Sami podaci koji se prikupljaju nisu kosrisni u izvornom obliku, već moraju biti potvrđeni iz više izvora i obrađeni analitički, a da bi se dobila korisna informacija. ***Podatak*** (činjenica) opisuje predmet (stvar ili proces) u jednom delu. ***Informacija*** je skup podataka (činjenica) koji se odnose na isti predmet, a koji su prikupljeni, sistematizovani, potvrđeni iz više izvora i analizirani od strane stručnih lica. Informacija da bi bila koristna mora biti tačna i pravovremena. Tačnost informacije je uslovljena pouzdanošću izvora i stručnošću analitičara. Ukoliko se u toku potvrde pojave kontradiktorni - oprečni podaci, analitičar mora da pronađe potvrdu iz više izvora, a izvor koji je dao podatak koji nije istinit više nije pouzdan. Na ovaj način se vrši i klasifikacija izvora prema stepenu pouzdanosti – istinitosti podataka koji se od njega dobijaju. Osim što mora biti tačna, informacija mora biti i pravovremena, jer ukoliko se do iste dođe sa zakašnjenjem, ona više nije korisna i upotrebljiva, ali i ovakva informacija ima određeni značaj u smislu da predstavlja potvrdu pouzdanosti izvora.

Kriminalističko-obaveštajna analitika

Savremena delatnost službi bezbednosti se prvenstveno temelji na posedovanju optimalne količine kriminalistički relevantnih informacija sadržanih u kompjuterizovanim kriminalističkim evidencijama koje predstavljaju svojevrsne elektronski ustrojene baze podataka. Sve klasične kriminalističke evidencije su kompjuterizovane, što omogućava brzo manipulisanje podacima i što je posebno važno, time se stvaraju mogućnosti promptne i efikasne identifikacije učinioca, odnosno stvaranja kruga osumnjičenih lica, na bazi npr. analize načina izvršenja[3]. Kompjuterizacija klasičnih kriminalističkih evidencija omogućuje brzo pretraživanje pohranjenih informacija i što je još važnije efikasnije i brže upoređivanje novopribavljenih informacija, pre svega onih koji su sadržani u raznim vrstama tragova, sa onima koji su već obrađeni i svrstani u odgovarajuće evidencione zbirke centralnih ili perifernih kompjuterskih sistema. ***Kriminalistička obaveštajna analitika*** se definiše kao proces prikupljanja, obrade i interpretacije podataka koji integriše struktuiranu metodologiju sa intelektualnom sposobnošću pronalaženja principa i značenja, kreirajući proizovod, unapređeni pogled na krivično delo i/ili kriminalitet

[3] M.Škulić, Nove metode i kompjuterski sistemi u savremenoj kriminalistici, Bezbednost br.1/2003, strana 17.

pri ostvarenju policijskih ciljeva[4]. Kriminalistička obaveštajna analitika omogućava službama bezbednosti efikasniju raspodelu ograničenih sredstava organizacije pri sprovođenju većih kriminalističkih obrada.

Aktivno prikupljanje podataka je sastavni deo svakodnevne analize u cilju održavanja vrednosti analitičkih rezultata i unapređenja postavljanja odgovarajućih prioriteta. Integracija analitičkih informacija sa sprovođenjem kriminalističkih obrada je jedini način efikasnog upravljanja istragom. Analitičke tehnike mogu se koristiti u proaktivnim i reaktivnim istragama, a analitičke tehnike koje se koriste tokom proaktivnih istraga sadrže procenu potencijalne pretnje. Kao rezultat procene pretnje mogu se preduzeti određene radnje u cilju povećanja bezbednosti kod nekih događaja, obezbeđenja pojedinaca ili mesta[5]. Pravi efekat u borbi protiv savremenih oblika kriminaliteta se može ostvariti samo prepoznavanjem indikatora i blagovremenim i pravilnim odgovorom na pretnju. U tom cilju, kriminalistički obaveštajni proces predstavlja sastavni deo policijskih mera i aktivnosti. Međutim, ovo može biti ostvareno samo u okruženju koje podržava policijski rad vođen analitičkim informacijama, odnosno koji analitičku informaciju smatra preduslovom efikasnog operativnog policijskog rada.

2. Značaj razmene informacija u borbi protiv teških oblika kriminaliteta

Svi nadležni organi koji se u pojedinim zemljama bore protiv savremenih oblika kriminaliteta će se na prvom mestu složiti da je proaktivni operativni pristup u otkrivanju i sprečavanju kriminaliteta neophodan da bi se priveli izvršioci krivičnih dela. Informacije su neophodne da bi se razotkrio profil, motivi i modus operandi izvršilaca krivičnih dela, obim i trendovi kriminaliteta, njegov uticaj na društvo. Ove informacije isključivo se mogu naći u ***operativnim bazama podataka*** (baze podataka koje se odnose na pojedinačno osumnjičena lica i otkrivene slučajeve) i u ***empirijskim bazama podataka*** (kvalitativne i kvantitativne kriminološke baze podataka). Na žalost, na globalnom nivou razmene operativnih i empirijskih baza podataka se vrše *ad hoc*, između nadležnih organa ili čak samih fizičkih lica. Ovi *ad hoc* „aran-

[4] H.Atkin, Criminal Intelligence Analysis: A Scientific Perspective, Ialeia Journal No.1/2000, str 3.

[5] M.B.Peterson, Applications in Criminal Analiysis, Praeger, 1994, strana 118.

žmani“ povećavaju zabrinutost u pogledu poštovanja ili nepoštovanja domaćeg zakonodavstva koje se odnosi na zaštitu ličnih podataka. Brojne konvencije propisuju saradnju službi bezbednosti koja se odnosi na razmenu podataka i informacija. U okviru Evropske unije postoji nekoliko sporazuma koji se odnose na prikupljanje i analizu podataka: Zajednička akcija, usvojena 1996. godine, odnosi se na ulogu oficira za vezu čija uloga se sastoji u prikupljanju podataka. Oni treba da olakšaju i ubrzaju prikupljanje i razmenu podataka i informacija kroz direktne kontakte sa nadležnim organima u drugim državama članicama i domaćom državom, i to naročito onih strategijske prirode koji se mogu koristiti za poboljšanje mera u borbi protiv internacionalnog kriminaliteta.

U nameri da se napravi korak dalje u borbi protiv savremenih oblika kriminaliteta i to na prvom mestu terorizma, Evropska komisija je želela da unapredi razmenu informacija među organima izvršne vlasti država članica EU, pa je u skladu sa tim predložila uvođenje *Evropske policije za informisanje* imenovane od strane država članica koja bi imala zadatak da omogući bolju razmenu informacija, naročito među službama bezbednosti, na principu izgradnje poverenja i uz poštovanje osnovnih ljudskih prava. U ovoj komunikaciji, Komisija je predložila pristup koji ima za cilj unapređenje slobodnog protoka informacija između organa izvršne vlasti država članica i drugih nadležnih organa radi prevencije kriminaliteta. Pod nadležnim organima se podrazumevaju policija, carina, finansijske obaveštajne jedinice, sudske vlasti i državni organi koji se bave otkrivanjem bezbednosnih pretnji, krivičnim gonjenjem i kažnjavanjem. Predlozi Komisije su uneti u Deklaraciju o borbi protiv terorizma koju je doneo Savet Evrope 25. marta 2004. godine[6] i usvojene su pravne, tehničke i organizacione mere u borbi protiv terorizma i organizovanog kriminala.

Komisija je istakla postojanje dve glavne prepreke slobodnom protoku informacija. Prva je ta da informacije teže da budu zatvorne u „pregrade“ i na organizacijskom i na pravnom nivou. Na primer, postoji stroga podela između ministarstava i službi sa nemerom da se koriste u različitim procedurama, time se utiče na prirodu i osetljivost informacija kojima barataju službe bezbednosti. Druga prepreka se odnosi na nedostatak čisto policijskih kanala za vezu - razmenu informacija, što dovodi do neslaganja oko izbora kanala i načina postupanja sa osetljivim i strogo poverljivim informacijama.

[6] DECLARATION ON COMBATING TERRORISM, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/79637.pdf

Komisija je istakla da politika razmene informacija između organa državne vlasti mora biti bazirana na nekoliko uslova. Prvo, moraju da postoje konkretne akcije u okviru nacionalnih, evropskih i međunarodnih agencija. Isto kao i u domenu bezbednosti, poštovanje ljudskih prava i osnovnih sloboda mora biti obezbeđeno. Kompatibilan sistem razmene informacija zaštićen od nezakonitog pristupa je takođe neophodan, kao što su zajednički standardi u vezi sa pohranjivanjem podataka, analizom i razmenom istih između nadležnih organa.

Glavni cilj *informacione politike* je stvaranje informacija potrebnih za borbu protiv terorizma i organizovanog kriminala koje će biti dostupne svim relevantnim organima u okviru EU kojima su te informacije potrebne radi izvršenja svojih zadataka. Informaciona politika je uvela pravo na jednak pristup bazama podataka. Jednom ustanovljen, ovaj princip bi trebao da obezbedi međusobnu razmenu podataka između nadležnih organa EU i država članica baziranih na standardima i uslovima koji se mogu primeniti u državama članicama. Od relevantnih propisa koji se odnose na ovu materiju treba spomenuti sledeće: Odluka od 28. aprila 2004. godine[7] koja se odnosi na zadržavanje podataka procesuiranih i pohranjenih u bazu podataka u vezi sa javno dostupnim servisima za elektronsku komunikaciju ili baze podataka javnih komunikacionih mreža radi prevencije, istraživanja i procesuiranja; Direktiva 2002/58/EC Evropskog parlamenta i Saveta od 12. jula 2002. godine[8] koja se odnosi na prenošenje ličnih podataka i zaštitu privatnosti u oblasti elektronskih komunikacija i Predlog Komisije Savetu i Evropskom Parlamentu od 20. oktobra 2004. godine o prevenciji i borbi protiv finansiranja terorizma kroz mere za unapređenje razmene informacija, povećanju transparentnosti i praćenju finansijskih transakcija.[9]

---

[7] Draft Framework Decision of 28 April 2004 on the retention of data processed and stored in connection with the provision of publicly available electronic communications services or data on public communications networks for the purpose of prevention, investigation, detection and prosecution of crime and criminal offences, including terrorism [JAI(2004) 8 - Not published in the Official Journal].

[8] Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) [Official Journal L 201 of 31 July 2002].

[9] Communication from the Commission to the Council and European Parliament of 20 October 2004 on the prevention of and the fight against terrorist financing through measures to improve the exchange of information, to strengthen transparency and enhance the traceability of financial transactions [COM(2004) 700 - Official Journal C 14 of 20 January 2005], ttp://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_terrorism/l33254_en.htm

3. Iskustva stranih država u korišćenju informacija (obaveštenja) službi bezbednosti kao dokaza u krivičnom postupku

Krivično gonjenje u slučajevima teških krivičnih dela, a posebno terorizma i garancije bezbednosti u pravno uređenim državama doveli su u pitanje ustavne slobode i krivičnopravne garancije u vreme vanrednih stanja. Jedno od osnovnih pitanja koje se postavlja je uloga informacija koje prikupe službe bezbednosti u smislu da li one mogu i smeju da imaju ulogu dokaza u krivičnom postupku, što je posebno značajno u istrazi, krivičnom gonjenju i suđenju okrivljenim licima za krivična dela terorizma. Posle terorističkog napada 11. septembra formirana je protiv-teroristička jedinica u okviru Europola sa ciljem prikupljanja, analiziranja i razmene informacija obaveštajnih i policijskih službi. Krajem marta 2004. godine, Evropska komisija je podnela nacrt predloga trećem stubu u vezi sa razmenom informacija i saradnjom u borbi protiv terrorizma.[10] Međutim, značajno je pomenuti i Saopštenje Komisije u okviru Saveta Evrope u vezi sa proširenjem mogućnosti pristupa informacijama organima izvršne vlasti[11] i švedski predlog Okvirne odluke o razmeni informacija (obaveštenja) službi bezbednosti između organa izvršne vlasti država članica EU.[12] Polazna tačka Saopštenja Komisije je uzajamno priznavanje i slobodni protok informacija između nadležnih organa država članica. Policijski rad i sudske aktivnosti treba da se više zasnivaju na informacijama službi bezbednosti i bez ikakvih objašnjenja, uočeno je da službe bezbednosti mogu da odigraju značajnu ulogu u tome. Švedska Okvirna odluka je preciznija u odnosu na Saopštenje Komisije, ali što se tiče pitanja koja su predmet ove odluke, sve opcije su moguće. Osnovna ideja je slobodan protok informacija između nadležnih organa izvršne vlasti pod kojima se podrazumeva državna policija, carinski ili drugi organi čija nadležnost i delokrug rada su određeni nacionalnim propisima a odnose se na otkriva-

[10] Proposal for a COUNCIL DECISION on the exchange of information and cooperation concerning terrorist offences, http://www.statewatch.org/news/2004/mar/com221.pdf

[11] COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL AND THE EUROPEAN PARLIAMENT Towards enhancing access to information by law enforcement agencies, COM (2004) 429 final, 16 June 2004.,

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0429:FIN:EN:PDF

[12] Draft Framework Decision on simplifying the exchange of information and intelligence between law enforcement authorities of the Member States of the EU, in particular as regards serious offences including terrorist acts, Council of the EU, 10215/04, 4 June 2004., https://www.agpd.es/portalwebAGPD/internacional/Europa/common/pdfs/swedish_proposalfinal_version_adopted.pdf

nje, sprečavanje ili vođenje istraga u vezi sa krivičnim delima, kao i da vrše vlast i preduzimaju mere prinude u vršenju tih aktivnosti. Ovako široko postavljena definicija ne isključuje nacionalne obaveštajne službe. Pojam informacije i obaveštajnih podataka je takođe široko postavljen i pod njima se podrazumeva „bilo koja vrsta postojeće informacije ili podatka (...) koji bi mogli da se koriste u kriminalističkoj istrazi ili kriminalističko-obaveštajnom radu za otkrivanje, sprečavanje ili dokazivanje krivičnih dela". To znači da informacije službi bezbednosti takođe spadaju u ovaj okvir. Prema Memorandumu objašnjenja, široka definicija mora da obezbedi da slobodni protok informacija ne bude onemogućen ili otežan razlikama u nacionalnim organizacijama.

Ono što je posebno važno istaći je činjenica da Okvirna odluka ne predviđa nikakvu obavezu da se razmenjene informacije koriste kao dokazi u krivičnom postupku. U slučaju da države koje su dobile određene informacije žele da iste koriste kao dokaz u postupku, potrebna je prethodna saglasnost države koja je dala informaciju i to je potrebno uraditi u okviru postojećih mehanizama međunarodne pravne pomoći. Sa druge strane, Okvirna odluka ne zabranjuje korišćenje dokaza niti ih ograničava postavljanjem određenih uslova kao što su selekcija ili pravna zaštita. Korisnost informacija isključivo zavisi od onog koji je obezbedio informaciju. U skladu sa članom 9. stav 4. onaj ko je obezbedio informaciju može da postavi izvesne uslove u vezi sa njihovim korišćenjem. Uslovi nisu bliže definisani, iako je u članu 9. stav 3. jasno određeno da su svrhe korišćenja široko određene i da se kreću od prevencije do krivičnog gonjenja, u slučajevima pokušaja izvršenja krivičnog dela, ali i kod primene propisa u vezi sa migracijama. Primetno je da su razni predlozi svi samo formalna podrška i pomoć Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i pravnoj zaštiti osumnjičenog, ali bez konkretizacije.

Rasprava u državama članicama EU o upotrebi informacija (obaveštenja) službi bezbednosti u krivičnom postupku datira još iz vremena pre terorističkog napada 11. septembra. Upotreba informacija službi bezbednosti u najranijoj fazi istrage se ne može osporiti. Mnogo veći problem je, međutim, da li ove informacije same po sebi mogu da dovedu do osnovane sumnje ili da predstavljaju dovoljni osnov za upotrebu mera prinude prema krivičnom zakonu. Takođe je diskutabilno da li ove informacije mogu da se koriste kao dokaz u krivičnom postupku. U slučaju njihovog korišćenja kao dokaza u postupku, postavlja se i pitanje posledica za pravnu prirodu i položaj odbrane tokom suđenja. U većini zemalja postoji malo prakse u vezi sa ovim pitanjem i ova problematika je tek u začetku interesovanja akademske i stručne javnosti.

U ***SAD-u***[13] i pre terorističkog napada 11. septembra je bilo dosta prostora za korišćenje informacija (obaveštenja) službi bezbednosti kao dokaza u krivičnom postupku. FISA (**Foreign Intelligence Surveillance Act)** iz 1978. godine utvrđuje procedure za fizički i elektronski nadzor i snimanje i prikupljanje stranih informacija službi bezbednosti i stranih agenata (američkih građana i lica koja imaju prebivalište na teritoriji SAD-a osumnjičenih da su kršili američke propise na američkoj teritoriji)[14]. Na osnovu ovog zakona bilo je jasno da informacije (obaveštenja) službi bezbednosti mogu biti za krivični postupak interesantni, ne samo kao trag, nego i kao dokaz. Sve ovo je je dovelo do stvaranja složenih pravnih struktura u vezi sa tajnim dokazima i tajnim prikupljanjem dokaza u interesu jedne strane (ex parte) u sudskim postupcima, a u određenom broju slučajeva čak i do tajnih suđenja i tajnih presuda. Nakon 11. septembra bezbednosna paradigma je dodatno umanjila klasične krivičnopravne garancije. Nacionalna bezbednost je osnovni argument da se ne primenjuju zakonske garancije koje su ocenjene kao prepreke.

U ***Velikoj Britaniji*** početkom 90-ih godina prošlog veka, promene u pretnjama bezbednosti sa kojima su se borile službe bezbednosti su rezultirale sve većim učešćem tih službi u krivičnim postupcima. Službena lica su bili svedoci u velikom broju krivičnih postupaka za teška krivična dela, a informacije (obaveštenja) su ili podnošeni kao dokazi u postupku ili su „otkrivani“ odbrani kao materijal koji se ne može koristiti i to u velikom broju slučajeva. Ovo se u Velikoj Britaniji najviše realizovalo u postupcima za krivična dela terorizma. Povećano učešće službe bezbednosti u krivičnim postupcima značilo je da se prilikom planiranja i prikupljanja informacija (obaveštenja) tokom istrage koja bi mogla dovesti do krivičnog gonjenja i suđenjam u konkretnom slučaju, službe bezbednosti su vodile računa o zahtevima - formalnim uslovima prikupljanja dokaza koji su propisani zakonom i obavezi njihovog otkrivanja. Pripadnici službi bezbednosti koji su tesno sarađivali sa pravosudnim organima su obezbeđivali da se preduzete mere i radnje pravilno koordinišu sa ciljem da se obezbedi korišćenje informacija (obaveštenja) kao dokaza u sudskom postupku. Iz tih razloga, kao i da se obezbedi odgovarajuća unutrašnja kontrola i poštovanje zakonskih obaveza u skla-

[13] Više videti: J.A.E. Vervaele, Terrorism and Information Sharing Between the Intelligence and Law Enforcement Communities in the US and Netherlands: Emergency Criminal law?, http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/viewFile/URN%3ANBN%3ANL%3AUI%3A10-1-101020/1

[14] http://www.law.cornell.edu/uscode/50/usc_sup_01_50_10_36.html

du sa Uredbom o istražnim ovlašćenjima iz 2000. godine (RIPA)[15], službe bezbednosti vode detaljne zapisnike o svom radu, uključujući sve sastanke sa agentima, prisluškivanje, pretraživanje i mere nadzora i snimanja. Sudovi su dozvolili službenim licima da svedoče u krivičnim postupcima anonimno, uključujući i svedočenje putem video linka što je izuzetno značajno radi očuvanja njihovog identiteta i mogućnosti da nastave da rade svoj posao. Odluku o načinu saslušanja donosi sudija u svakom slučaju posebno. Čak i tamo gde sudija donosi odluku o anonimnom i svedočenju putem video linka za svedoke koji su pripadnici službi bezbednosti, njihovi dokazi ostaju predmet unakrsnog ispitivanja od strane okrivljenog na uobičajen način. Što se tiče relevantnih informacija (obaveštenja) koji se nisu koristili kao dokaz u postupku, obaveza tužoca je da obelodani - otkrije tzv. „neiskorišćeni materijal" odbrani u skladu sa Zakonom o krivičnom postupku i istrazi iz 1996. godine.[16] Iako postoji zakonska obaveza tužioca da odbrani otkrije podatke kojima raspolaže u krivičnom postupku, Zakonom je ipak propisano da je to moguće samo u skladu sa zaštitom „osetljivih" informacija, čije otkrivanje bi moglo da nanese štetu nacionalnoj bezbednosti. Shodno tome, u slučaju kada istragu vodi tužilaštvo, javni tužilac vrši procenu bezbednosnih informacija i predlaže koje informacije se mogu staviti na uvid odbrani. Ukoliko bi otkrivanje informacija prouzrokovalo štetu javnog interesa, kao npr. kompromitovanje identiteta agenta ili posebnih istražnih radnji, tužilac može podneti zahtev nadležnom sudu da zadrži materijal. Takvi zahtevi predstavljaju vrstu zahteva za dobijanje imuniteta od javnog interesa (public interest immunity (PII)). Zahtevi za dobijanje imuniteta od javnog interesa u odnosu na materijale službi bezbednosti se postavljaju na osnovu potvrde potpisane od strane Državnog sekretara. Prilikom odlučivanja da li je zahtev osnovan, Državni sekretar posebno uzima u obzir ravnotežu interesa u sprovođenju pravde i zaštite nacionalne bezbednosti. Prilikom donošenja odluke, posebno se uzima u obzir mišljenje javnog tužioca. Ukoliko Državni sekretar smatra da razlozi uzeti u razmatranje govore u prilog neotkrivanja informacija, biće postavljen zahtev za odobravanje imuniteta. Ipak, konačnu odluku u svakom pojedinačnom slučaju donosi sud, a ukoliko zahtev bude prihvaćen, sudija će nastaviti da razmatra odluke tokom postupka.

Upotreba obaveštajnih podataka kao dokaza nije ograničena samo na krivični postupak, već se ovi podaci kao dokazi mogu koristiti i u po-

[15] http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/contents
[16] http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/25/contents

stupku pred ***Specijalnom imigracionom žalbenom komisijom (SIAC)***[17] *koji je osnovan 1997. godine i koji odlučuje o žalbama protiv odluka o deportaciji u skladu sa interesima nacionalne bezbednosti. Jedinstvena karakteristika* ***SIAC****-a je njegov postupak, koji je uređen na način da dozvoljava upotrebu tzv. „osetljivih" dokaza u koje spadaju i informacije (obaveštenja) službi bezbednosti prilikom donošenja odluka. U slučajevima gde se ne radi o osetljivim dokazima, sud zaseda u otovorenoj sednici. Žalilac i njegov advokat mogu da učestvuju u otvorenim sednicama na uobičajen način, kao i opšta javnost. Međutim, prilikom izvođenja dokaza koji predstavljaju „osetljive" informacije, sednice su zatvorene za opštu, ali i deo stranačke javnosti u smislu što žalilac i njegov advokat ne mogu prisustvovati sednici, ali žalioca zastupa u tom slučaju* posebno postavljen advokat *od strane suda samo u tu svrhu koji zastupa žalioca i postavlja unakrsno pitanja na isti način kao što čini i advokat žalioca u otvorenoj sednici.*

Holandija ima dugu tradiciju pribavljanja, skladištenja i obrade kriminalističkih podataka. Kriminalističke obaveštajne službe [*Criminele inlichtingendiensten (CIDs)*], koje su sada preimenovane u kriminalističke obaveštajne jedinice [*Criminele inlichtingen eenheden (CIEs)*], imaju zadatak pružanja informacija u kontekstu obavljanja policijskih funkcija u oblasti teškog i organizovanog kriminala. Dosta podataka se dobija od informatora i informanata, a skladište se u datotekama *CIEs*. Podatke obezbeđuju i analitički obrađuju i Opšta obaveštajna i bezbednosna služba [*Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD)*] i Vojno-obaveštajna i bezbednosno-obaveštajna služba [*Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD)*], upotrebom posebnih ovlašćenja.

Uprkos činjenici da AIVD nema ovlašćenje da sprovede sudsku istragu, izuzetno je značajna služba zbog značajnih informacija koje poseduje, a koje su od posebnog interesa za javnog tužioca, čak i u smislu izdavanja naredbe za njihovo prikupljanje. Policija je dužna da sarađuje sa obaveštajnim službama u smislu davanja potrebnih informacija. AIVD može da daje potrebne informacije javnom tužilaštvu u slučaju da ima informacije koje mogu biti relevantne za istragu ili krivično gonjenje (član 38. Zakona o bezbednosnim i obaveštajnim službama).[18] AIVD, za razliku od policije, nije obavezna da pruža informacije, već će to učiniti samo

[17] http://www.hmcourts-service.gov.uk/cms/1646.htm

[18] Bulletin of Acts, Orders and Decrees of the Kingdom of the Netherlands Act of 7 February 2002, providing for rules relating to the intelligence and security services and amendment of several acts (Intelligence and Security Services Act 2002), as amended by the Act of 2 November 2006 (Bulletin of Acts, Orders and Decrees 2006, 574), https://www.aivd.nl/english/aivd/the-intelligence-and/#Documents

radi zaštite nacionalnih interesa. Davanje informacija od strane AIVD se odvija preko dva nacionalna službenika za pitanja terorizma koji rade u okviru Kancelarije nacionalnog javnog tužioca u formi zvaničnog izveštaja. U izveštaju se ne otkrivaju izvori niti se opisuje modus operandi. Na osnovu člana 38 (3) pomenutog Zakona, službenik je nadležan da proveri osnovne dokumente radi provere ispravnosti i zakonitosti informacija. On odlučuje da li se javnom tužiocu koji rukovodi slučajem informacije prosleđuju po službenoj dužnosti putem izveštaja nacionalnoj policiji, posle obavljenih konsultacija sa Odborom generalnog tužilaštva. Oba oficira i javni tužilac koji rukovodi slučajem su obavezani da sve informacije do kojih dođu čuvaju kao službenu tajnu i to se odnosi i na postupak suđenja. Informacije službi bezbednosti se podnose Komisiji na tehničku ocenu, koja je sastavljena od predstavnika ministarstava (Ministarstva unutrašnjih poslova i odnosa sa inostranstvom, Ministarstva pravde i Ministarstva odbrane) i operativnih službi (KLPD, AIVD, MIVD). Međutim, informacije od AIVD za svrhu ove analize ne mogu se koristiti od strane policije za operativne potrebe ili svrhe istrage. Rezultati analize upućuju posebnom telu kojga čine predstavnici Generalne direkcije za javni red i bezbednost, Ministarstva unutrašnjih poslova, Generalnog direktorata za sprovođenje zakona i posebnog generalnog direktorata za bezbednost i upravljanje krizama i Ministarstva pravde. Krajnja odgovornost je na Savetu bezbednosti koji je osnovan kao pod-savet Saveta ministara. Podršku mu pruža Zajednički komitet za borbu protiv terorizma [*Gezamenlijk Comité Terrorismebestrijding*[19]], koji se sastoji od predstavnika iz državne vlasti i odeljenja javnih tužilaštava.

4. Upotreba informacija (obaveštenja) službi bezbednosti u krivičnom postupku Republike Srbije

U našem krivičnom postupku je zabranjena upotreba informacija (obaveštenja) službi bezbednosti kao dokaza u krivičnom postupku. Podaci koje službe bezbednosti prikupe u pretkrivičnom postupku se mogu koristiti samo u operativne svrhe, ali one same za sebe bez drugih dokaza ne mogu da izgrade potreban stepen osnovane sumnje za pokretanje krivičnog postupka. Obaveštenja do kojih policija dođe u pretkrivičnom postupku predstavljaju neformalne dokaze stečene po propisima i pravilima policijske službe, a ne po propisima ZKP- a o izvođenju dokaza. Presuda krivičnog suda se može zasnovati samo na formalnim dokazima koji su izvedeni u krivičnom postupku od strane

[19] http://nl.wikipedia.org/wiki/Nationaal_Co%C3%B6rdinator_Terrorismebestrijding

suda i po propisima ZKP-a koji sadrže garancije za obezbeđenje njene zakonitosti i pravilnosti. Obaveštenja u pretkrivičnom postupku policija ne prikuplja po ovim pravilima ZKP-a, niti bi imalo smisla da to radi jer bi se tako od operativne kriminalističke službe pretvorila u još jednu sudsku službu. Društveni interes nalaže da svako radi svoj posao, a osim toga, u vreme prikupljama obaveštenja okrivljeni i svedoci još i ne postoje[20]. Pošto je to tako, obaveštenja policije prikupljena u pretkrivičnom postupku ne mogu biti dokazi u krivičnom postupku jer ako bi neformalni dokazi ušli u postupak i imali istu vrednost kao i formalni dokazi prikupljeni od suda u propisanoj formi uz navedene i mnoge druge procesne garancije, značilo bi da sve te forme i garancije ne vrede ništa, iako je većina njih predviđena u samom Ustavu. Presuda bi počivala na dve vrste dokaza od kojih bi jedni bili punovažni iako su prikupljeni bez ikakvih procesnih garancija za zakonito i pravično postupanje koje ustavi priznaju građanima, a drugi samo pod uslovom da su u krivičnom postupku od strane suda pripkupljeni i izvedeni uz te garancije. Takva razlika u tretmanu formalnih i neformalnih dokaza se ne može dopustiti.

Organi unutrašnjih poslova prikupljaju ova obaveštenja da bi mogli podneti krivičnu prijavu u kojoj navode dokaze za koje su saznali prilikom prikupljanja oobaveštenja, ne unoseći u nju sadržaj izjava koje su im dali pojedini građani. Službene beleške, izjave i drugi prikupljeni materijal uz krivičnu prijavu, organ unutrašnjih poslova (BIA, VBA ili VOA) dostavljaju javnom tužiocu (član 226. stav 11.) koje on uzima u obzir prilikom donošenja odluke o postojanju osnovane sumnje koja predstavlja uslov za pokretanje krivičnog postupka. Ovaj materijal se dostavlja i istražnom sudiji uz zahtev za sprovođenje istrage koje treba da posluže istražnom sudiji prilikom donošenja odluke o otvaranju istrage (član 242. stav 5.). Po završetku istrage, ovaj materijal se odlukom istražnog sudije izdvaja iz spisa, kao i obaveštenja koja je prikupio javni tužilac u pretkrivičnom postupku (član član 178. stav 3.), a za koja ima ovlašćenje propisano u članu 235. stav 2. ZKP-a. Izuzetak od ovog pravila koji se odnosi na obaveštenja koja je u pretkrivičnom postupku prikupio javni tužilac su predviđena u članu 504đ stav 4. ZKP-a, prema kome se iskazi i obaveštenja koje je javni tužilac prikupio u pretkrivičnom postupku mogu koristiti kao dokaz u krivičnom postupku, ali se odluka ne može zasnivati samo na njima i to se odnosi samo na krivične postupke za dela organizovanog kriminala, korupcije i druga izuzetno teška krivična dela (član 504a).

[20] M.Grubač, Krivično procesno pravo, Beograd 2009., str. 247.

Ukoliko se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama Zakonika o krivičnom pstupku ne može zasnivati, postoji apsolutno bitna povreda postupka iz člana 368. stav 1. i takva presuda mora biti ukinuta i onda kada je s obzirom na druge dokaze očigledno da bi i bez tog dokaza bila doneta ista presuda. Nedozvoljeni dokazi ne obuhvataju samo one dokaze samo one dokaze za koje je Zakonikom propisano da se na njima ne mogu zasnivati sudske odluke, već i dokaze koji su sami po sebi ili načinu pribavljanja suprotni odredbama nekog drugog zakona, ustava ili međunarodnog prava (član 18. stav 2.).

Iz uporednopravnih rešenja proizilazi da je moguće korišćenje informacija (obaveštenja) službi bezbednosti kao dokaza u postupku na posredan način ***svedočenjem po čuvenju*** pripadnika službi bezbednosti u postupku o onome što su u svom operativnom radu saznali (tzv. hear-say evidence). Međutim, ova mogućnost je kod nas izričito zabranjena članom 97. stav 4. ZKP-a[21] kojim je uvedena apsolutna nemogućnost svedočenja ovlašćenog službenog lica OUP-a o sadržaju obaveštenja koje je dobilo od građana, odnosno osumnjičenog u pretkrivičnom postupku. Svedočenje po čuvenju je moguće samo u slučaju svedočenja prikrivenog islednika koji može da bude saslušan u postupku tako da se strankama ne otkrije njegov identitet. Iako njegov iskaz ima dokazni značaj, sudska odluka se ne može zasnovati samo na njegovom iskazu iz razloga pravičnosti s obzirom da je on anoniman za stranke i da sam po sebi, bez drugih dokaza, ne može biti dovoljan za donošenje presude.

Posredno korišćenje informacija službi bezbednosti u postupku je moguće primenom posebne istražne radnje koja je predviđena našim Zakonikom o krivičnom postupku, a to je automatsko računarsko pretraživanje ličnih i drugih sa njima povezanih podataka, tzv. raster pretraga (član 504lj) samo radi određivanja kruga osumnjičenih lica. Pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjivanje podataka ograničava sigurnost i tajnost ličnih podataka kao jedno od osnovnih prava čoveka. Naime, lični podaci se u skladu sa međunarodnim standardima, mogu prikupljati, određivati i upotrebljavati samo pod zakonom određenim uslovima.[22] Ova posebna istražna radnja se označava kao „rasterska potraga“, a

[21] Službeni list SRJ br. 70/2001 i 68/2002 i Službeni glasnik RS br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - dr.zakon, 49/2007, 20/2009 - dr.zakon, 72/2009 i 76/2010)

[22] Council of Europe: Convention For the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data, European Treaty Series No.108, ugovor je potpisan 08.01.1981. godine, a stupio je na snagu 01.10.1985. godine, http://www.privacy.org/pi/intl_orgs/ coe/dp_convention_108txt . Naša zemlja nije ratifikovala ovu konvenciju.

njen naziv dolazi od reči raster što znači kontrolno obeležje. Pozitivna raster potraga se koristi za utvrđivanje kruga sumnjivih lica polazeći od određenih registrovanih karakteristika. Negativna raster potraga isključuje iz dalje provere određeno lice koje nije sumnjivo. Pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjivanje podataka se odnosi na upoređivanje ličnih podataka građana koji su obrađeni u odgovarajućim bazama podataka sa podacima i registrima koji se nalaze u okviru evidencija raznih službi (službi bezbednosti, socijalnih i dr. službi). Saznanja o traženom licu uneta u jedan registar ličnih podataka upoređuju se sa drugim bazama podataka u kojima bi se sumnjivo lice moglo nalaziti. Tako dobijeni rezultat može dati više podataka o licu za koje se sumnja da je izvršilo krivično delo. Raster potraga nije manuelno pretraživanje datatoteka ili kartoteka, već kompjutersko pretraživanje. Ova radnja se može preduzeti u odnosu na osumnjičeno lice, ako postoje osnovi sumnje da je izvršilo neko od kataloški određenih krivičnih dela. Mera kompjuterskog sravnjivanja podataka doprinosi identifikaciji izvršioca krivičnog dela. Zahvaljujući napretku i razvoju informacionih tehnologija, ovom radnjom se na brz i efikasan način mogu uporediti i sravniti različiti podaci građana registrovani u određenim bazama i evidencijama baza podataka. U praksi drugih država (npr. Italija) ova mera se koristi i kod krivičnih dela vezanih za utaju poreza. Međutim, pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjivanje podataka se koristi za otkrivanje i drugih krivičnih dela, načinom sravnjivanja podataka, na primer, o kretanju preko granice, učešću u saobraćajnim nesrećama i dr. U SAD-u se na primer, ova mera koristi za pronalaženje nestalih lica ili identifikaciju lica koje protivzakonito traže ili primaju socijalnu pomoć, ali i za evidenciju i analizu poreskih prijava i finansijskih transakcija ili pranja novca. U savremenim državama postoje povezani policijski, carinski, poreski, kriminalističko – obaveštajni i drugi kompjuterski informacioni sistemi i registri. U Engleskoj, na primer, postoje brojni, horizontalno i vertikalno povezanih policijski, carinski, poreski i drugi kompjuterski informacioni sistemi, uključujući i centralni sistem baze kriminalističko-obaveštajnih podataka pohranjenih i obrađivanih u toku delovanja britanske Kriminalističko-obaveštajne službe (National Criminal Intelligence Service - NCIS).

Posebna dokazna radnja ***automatsko računarsko pretraživanje ličnih i drugih sa njima povezanih podataka*** (član 504lj ZKP) se sastoji u automatskom pretraživanju već pohranjenih ličnih i drugih, sa njima povezanih podataka i u njihovom automatskom poređenju sa podacima koji se odnose na krivično delo iz člana 504a ZKP-a[23] i na osumnjičenog, da

[23] Organizovani kriminal, korupcija i druga izuzetno teška krivična dela.

bi se kao mogući osumnjičeni isključila lica u pogledu kojih ne postoji verovatnoća da su povezana sa krivičnim delom (tzv. negativna raster pretraga). Ovu meru na predlog javnog tužioca naređuje istražni sudija na period od najviše šest meseci koji se iz posebno opravdanih razloga može produžiti za još tri meseca. Meru sprovode organi unutrašnjih poslova, Bezbednosno-informativne agencije, Vojno-bezbednosne agencije, organi carinske službe ili drugi državni organi, odnosno druga pravna lica koja na osnovu zakona vrše određena javna ovlašćenja. Iz ovako zakonski određene mere može se zaključiti da predmet pretraživanja mogu biti i baze podataka službi bezbednosti u kojima su pohranjene informacije koje su rezultat njihovog rada. Potrebno je pomenuti i Zakon o tajnosti podataka RS[24] koji omogućava nadležnim pravosudnim organima da ostvare uvid u sve baze podataka u kojima su pohranjeni podaci prikupljeni operativnim radom bezbednosnih agencija, a koji nose oznaku „državna tajna“ ili „strogo poverljivo“ uz prethodnu bezbednosnu proveru ako je to potrebno za obavljanje poslova iz njihove nadležnosti ako se ti podaci odnose na radnje sprečavanja, otkrivanja, istrage i gonjenja za krivična dela, koja sprovode nadležni državni organi, do okončanja istrage, odnosno gonjenja (član 38. stav 2. tačka 1.) iz čega jasno proizilazi postojanje mogućnosti razmene i korišćenja potrebnih korisnih informacija u suzbijanju kriminaliteta, ali bez mogućnosti da se takve informacije koriste kao dokaz u postupku. Takođe je značajno spomenuti i mogućnost iz člana 38. stav 1. ZTP prema kome su državni organi koje bira Narodna skupština, rukovodioci državnih organa koje bira Narodna skupština, sudije Ustavnog suda i sudije ovlašćeni da pristupe podacima svih stepena tajnosti koji su im potrebni za obavljanje poslova iz njihove nadležnosti bez bezbednosne provere.

5. Prikupljanje i obrada podataka na međunarodnom nivou

Svi nadležni organi koji se u pojedinim zemljama bore protiv organizovanog kriminala, terorizma i drugih teških oblika kriminala će se na prvom mestu složiti da je proaktivni operativni pristup u otkrivanju i sprečavanju kriminalnih aktivnosti neophodan da bi se priveli izvršioci krivičnih dela, uništila kriminalna mreža i oduzela i konfiskovala imovina koja potiče od ove delatnosti. Informacije su neophodne da bi se razotkrio profil, motivi i modus operandi izvršilaca krivičnih dela, obim i trendovi kriminala i njegov uticaj na društvo. Ove informacije isključivo se mogu naći u ***operativnim bazama podataka*** (baze podataka koje

[24] Službeni glasnik RS br. 104/2009.

se odnose na pojedinačno osumnjičena lica i otkrivene slučajeve) i u ***empirijskim bazama podataka*** (kvalitativne i kvantitativne kriminološke baze podataka).

Konvencija Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala[25] iz 2000. godine u članu 27. i 28. propisuje saradnju organa unutrašnjih poslova koja se odnosi na razmene podataka. Tako, prema ovoj konvenciji države potpisnice treba međusobno da sarađuju u skladu sa svojim domaćim pravnim i administrativnim sistemima i svaka država treba da usvoji sledeće efikasne mere: a) za unapređenje, i tamo gde je neophodno uspostavljanje puteva za komunikaciju između svojih nadležnih organa, agencija i službi da bi olakšali sigurnu i brzu razmenu informacija koje se odnose na sve aspekte krivičnih dela obuhvaćenih ovom Konvencijom; b) za saradnju sa drugim državama potpisnicama u sprovođenju istraga u vezi sa krivičnim delima obuhvaćenim ovom Konvencijom koja se odnose na: identitet, mesto gde se trenutno nalaze i aktivnosti osumnjičenih lica ili lokaciju drugih lica s tim u vezi, kretanje dobiti od kriminala ili imovine stečene izvršenjem takvih krivičnih dela, kretanje imovine, opreme ili drugih sredstava koja se koriste ili su namenjena za korišćenje u izvršenju takvih krivičnih dela; v) za obezbeđivanje, kada je potrebno, neophodnih predmeta ili količina supstanci za potrebe analiza ili istrage; g) za olakšanje efikasne koordinacije između nadležnih organa, agencija i službi za unapređivanje razmene kadrova i drugih eksperata, uključujući postavljanje oficira za vezu; d) za razmenu informacija sa drugim državama potpisnicama o specifičnim sredstvima i metodama koje koriste grupe za organizovani kriminal uključujući, tamo gde je primenljivo, rute i prevozna sredstva i korišćenje lažnih identiteta, izmenjenih ili lažnih dokumenata ili drugih metoda za skrivanje njihovih aktivnosti; đ) za razmenu informacija i koordiniranje administrativnih i drugih mera koje se preduzimaju prema potrebi u cilju rane identifikacije krivičnih dela obuhvaćenih ovom konvencijom.

Sa druge strane, u okviru Evropske unije postoji nekoliko sporazuma koji se odnose na prikupljanje i analizu podataka: Zajednička akcija, usvojena 1996. godine odnosi se na ulogu oficira za vezu. Njihova funkcija se sastoji u prikupljanju podataka. Oni treba da olakšaju i ubrzaju prikupljanje i razmenu podataka kroz direktne kontakte sa nadležnim organima u drugim državama članicama i domaćom državom i da doprinesu prikupljanju i razmeni informacija, i to naročito onih strategijske prirode koji se mogu koristiti za poboljšanje mera u borbi protiv internacionalnog kriminala uključujući i organizovani kriminal.

[25] Službeni list SRJ - Međunarodni ugovori br.9/2003.

Na nivou Evropske Unije značajnu ulogu u prikupljanju i obradi ličnih podataka ima Eurojust – Evropska pravda (telo Evropske Unije sa pravnim subjektivitetom, koje obezbeđuje saradnju između tužilačkih i sudskih organa država članica – o čemu će posebno biti reči kasnije u radu). U okviru svoje nadležnosti Evropska pravda, sakuplja i kompjuterski obađuje lične podatke. Postupanje sa ličnim podacima mora biti u skladu sa odredbama Konvencije Saveta Evrope od 28. januara 1981. godine o zaštiti lica prilikom kompjuterske obrade ličnih podataka[26] i amandmanima na ovu Konvenciju. Evropska pravda formira i održava bazu podataka koja predstavlja indeks podataka o istragama zajedno sa odgovarajućim ličnim i drugim podacima.

6. Zaključna razmatranja

Uspešna borba protiv savremenih oblika kriminaliteta podrazumeva postojanje i primenu jednog koherentnog i koordinisanog sistema preventivnih mera i mera krivično - pravne prinude. Međutim, prilikom preduzimanja ovih mera moraju se uzeti u obzir neke bitne činjenice savremenih oblika kriminaliteta kao što su sklonost promenama i stalnom prilagođavanju aktuelnim društvenim uslovima, korišćenje naučnih i tehničkih dostignuća u metodama kriminalne delatnosti, njegova dobra situiranost, adekvatna zaštita i visok stepen društvene opasnosti. Shodno tome, nameće se potreba stalnog usavršavanja metoda suprotstavljanja kriminalitetu, kao i stručnosti i kadrovske opremljenosti svih subjekata koji učestvuju u toj borbi. U zavisnosti od oblika, učestalosti i vrste delatnosti kriminalnih grupa, države primenjuju različite metode u borbi protiv njih, angažujući pre svega profesionalne organe ali i sve druge društvene snage koje svojom aktivnošću mogu doprineti njegovom uspešnom suzbijanju. Ipak, efikasno suzbijanje kriminaliteta je izuzetno težak zadatak. Suprotstavljanje savremenim oblicima kriminaliteta zahteva prevazilaženje dosadašnjeg načina planiranja i nužnost prihvatanja strateškog planiranja celokupne kriminalističke, odnosno operativne delatnosti, koje je mnogo opsežnije od tradicionalnog planiranja, koje se isključivo preduzimalo nakon izvršenog krivičnog dela. Zbog toga je nužno pratiti razvoj oblika kriminala, istraživati njegovu etiologiju i fenomenologiju, koristiti dostignuća drugih nauka, a metode suprotstavljanja stalno prilagođavati određenim oblicima ove kriminalne delatnosti.

[26] Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, (ETS 108).

Upotreba informacija (obaveštenja) službi bezbednosti u krivičnim postupcima dovodi u pitanje pravo na pravično suđenje. Iako postoji tendencija u uporednom zakonodavstvu, pa i neki slučajevi iz prakse Evropskog suda za ljudska prava govore u prilog tome da se informacije (obaveštenja) službi bezbednosti mogu koristiti ne samo u istrazi, već i kao dokaz u samom sudskom postupku, ovo predstavlja izuzetak koji mora biti definisan na način kojim se onemogućava svaki oblik diskrecionog ovlašćenja nadležnih organa u pogledu njihovog korišćenja u postupku. Ukoliko se dozvoli ta mogućnost, odluka o upotrebi informacija (obaveštenja) službi bezbednosti kao dokaza u krivičnom postupku mora biti predmet nezavisne sudske kontrole u svakom slučaju ponaosob, gde će sud ceniti zakonitost i pouzdanost informacija i izvora. Sa ovim u vezi nameće se i sledeće pitanje, a to je organizacija postupka same sudske kontrole u smislu da sudska kontrola ne može da bude obavljana na javnoj raspravi, ali ni in camera i inter partes. Prilika za okrivljenog i njegovog branioca da pregledaju dokumente ili direktno ispitaju svedoka je stoga ograničeno ili nepostojeće. U interesu nacionalne bezbednosti prava odbrane mogu biti ograničena, pod uslovom da su preduzete dovoljne kompenzatorne mere. Takođe, u interesu pravičnog suđenja je izuzetno važno kako je sudija i do kog stepena *obrazložio* upotrebu i pouzdanost dokaza. I na kraju potrebno je odrediti i kvalitet ovih dokaza u sudskom postupku. Na kraju, uzimajući u obzir iskustva i rešenja drugih zemalja nameće se zaključak o potrebi da se svi predlozi o slobodnom kretanju informacija između službi bezbednosti i pravosudnih organa na svim nivoima kritički ispitaju. U svakom slučaju, borba protiv terorizma ne može da posluži kao argument da se naruši pravo na pravično suđenje, vladavina prava i osnovni principi krivičnog pravosuđa.

Tatjana Lukić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Intelligence as Evidence in Criminal Proceedings

Abstract

The fight against modern forms of crime such as organized crime, terrorism and other very serious crimes caused not only modification of procedural principles and procedural rules, but also the necessity of re-examination of evidence in terms of introducing new evidence in criminal proceedings. Given that the prevention, detection and proving in cases of mentioned offenses represent the systemic issue and that the efficiency is caused by cohesion of preventive and repressive mechanisms in each strategy of preventing and combating serious crimes, the more often raised question, aroused from the practice, is the issue of the use of information gathered by the police or security services as evidence in criminal proceedings. In addition, there is the issue of use of illegal evidence, the ways in which these evidence are defined in some jurisdictions and which are the legal consequences of their use in judicial decision, whether it is based only on them, or on some other evidence beside them. The author addresses the issues of necessity and justification for use of information of security services as evidence in criminal proceedings, their definition and difference with respect to data, experiences and practices in other countries and of course their use as evidence in criminal proceedings of Serbia. Also, the paper addresses the Criminal Intelligence Analytics, exchange of information between the competent authorities at national and international level

Key words: data, information, security services, criminal procedure, evidence, data exchange, international cooperation

Originalni naučni rad 343.19

Dr Dragiša Drakić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNO-TEORIJSKA RAZMATRANJA O POJEDINIM ASPEKTIMA VRŠENJA SUDSKE VLASTI U KRIVIČNIM STVARIMA[1]

***Sažetak**: U radu se sa pravno-teorijskog aspekta razmatra problematika koja se odnosi na najbitnije aspekte vršenja sudske vlasti u krivičnim stvarima, na koji način se osvetljava i priroda vršenja sudske funkcije u krivičnom postupku.*

Nakon uvodnih razmatranja o pojmu suda uopšte, kao i pojmu krivičnog suda, autor u prvom delu svog naučnog rada analizira, a potom i daje kritički osvrt na pretpostavke pravilnog i zakonitog vršenja sudske vlasti od strane krivičnog sudije.

U centralnom delu rada autor razmatra dve suštinske sudijske delatnosti od kojih zavisi donošenje zakonite i pravedne odluke u krivičnom postupku - utvrđivanje činjenica i primenu prava. Kada je u pitanju utvrđivanje činjenica, isti zaključuje da je to najsloženiji i najodgovorniji posao kojeg sudija vrši u krivičnom postupku, koju tvrdnju potom detaljno obrazlaže ubedljivom argumentacijom. Nakon toga, autor prelazi na ništa manje kompleksnu razradu pojave koju nazivamo primena prava, pri čemu naglasak stavlja na onaj segment koji se uobičajeno naziva primena prava u užem smislu.

Na kraju izvodi zaključak, da „prilikom donošenja odluke, bez obzira na to da li se ta odluka odnosi na utvrđivanje činjenica ili na primenu prava, ličnost sudije, kao odlučujuća instanca, nikada ne bi smela biti is-

[1] Rad je nastao kao rezultat naučnog angažovanja na projektu Pravnog fakulteta u Novom Sadu pod nazivom „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbije)“ u 2011. godini.

uključena, jer sudstvo je čuvar istinskog prava a nije izvršilac prostog legaliteta".

***Ključne reči**: sud, krivični postupak, sudska vlast, utvrđivanje činjenica, primena prava, pravno-teorijski aspekt.*

Da bi se razumela priroda sudijske funkcije u krivičnim stvarima potrebno je da se prethodno odredi pojam suda uopšte, a potom i pojam krivičnog suda[2]. Najpre treba istaći da su se imenica „sud", kao i glagol „suditi", sve do sedamnaestog veka koristili isključivo kao termini pravnog jezika[3], dakle bili su deo isključivo pravnog jezičkog sveta i života, a tek nakon toga poprimili su šire jezičko značenje. Izraz „sud" jedan je od retkih izvorno pravničkih izraza, koji je vremenom dobio šire sadržinsko značenje i stekao „preimućstvo" opšteg važenja i u drugim oblastima društvenog života i delovanja[4]. Uobičajeno je u savremenoj pravnoj literaturi da se sudovi definišu kao samostalni i nezavisni državni organi koji vrše sudsku vlast[5]. U krivično-procesnom smislu sud bi se mogao definisati kao procesni subjekt koji vrši sudsku vlast u krivičnom postupku. Vršenje ovakve vlasti podrazumeva „pravo istraživanja, raspravljanja i presuđivanja"[6], u čega je uključeno i pravo izricanja krivičnih sankcija[7].

---

[2] Iako u našem sistemu pravosuđa ne postoji „krivični sud" kao poseban sud, u radu ćemo ipak koristiti ovaj izraz za označavanje onog dela inače jedinstvenog suda kojem je povereno vršenje predmeta u krivičnim stvarima.

[3] Videti npr., *Rečnik filozofskih pojmova* (prevod sa nemačkog) – osnovali F.Kirhner i K.Mihaelis, Beograd, 2004, str.605.

[4] S tim u vezi, danas je opšte prihvaćeno, bez obzira na to o kojoj oblasti društvenog života se radi, da je „suđenje, proces mišljenja čiji je rezultat sud – misao". O sistemu suda i procesu suđenja uopšte videti, M.Aćimović, *Filozofija mišljenja*, Novi Sad, 2007, str.219-227.

[5] Sudovi se često jednostavnije definišu i kao „državni organi koji vrše sudsku vlast"; Videti npr. B.Starović, R.Keča, *Građansko procesno pravo*, Novi Sad, 1995, str.37. Dugo posle Drugog svetskog rata sudovi su se u procesnoj literaturi kod nas, a pod uticajem zakonske ideološko-politički opterećene terminologije, definisali kao „samostalni i nezavisni organi društvene zajednice". Videti npr. T.Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, drugo izdanje, Beograd, 1971, str.90. Takođe, o vrsti krivičnih sudova i postupaka koji su oni sprovodili u dugom vremenskom periodu istorijskog razvoja rimskog prava zanimljivo bi bilo videti, T.Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Graz, 1955, s.135-336.

[6] Tako, M.Grubač, *Krivično procesno pravo – uvod i opšti deo*, Beograd, 2004, str.77.

[7] S tim u vezi, napred pomenuti autor pomalo nepromišljeno tvrdi da vršenje sudske vlasti u krivičnim stvarima bezuslovno podrazumeva i „pravo izricanja krivičnih sankcija krivično odgovornim učiniocima krivičnih dela". Videti, M.Grubač, ibid. Kao što je poznato, krivične sankcije, kako u našem, tako i u velikom broju stranih krivičnih prava, mogu se izreći i neuračunljivim, dakle krivično neodgovornim učiniocima protivpravnih dela koja su u za-

Uzimajući u obzir činjenicu da su krivične sankcije najrepresivnije državne prisilne mere, ne treba posebno naglašavati koliki je značaj krivičnih sudova i interes društva u pogledu njihovog efikasnog i pravilnog funkcionisanja. Stanje u krivičnim sudovima kao reprezentima državne institucionalne vlasti kažnjavanja za najteže delikte pokazatelj je stanja u pravnoj državi uopšte.

Napred pomenuta definicija krivičnog suda međutim još nam ne daje odgovor na pitanje šta sud zaista radi u krivičnom postupku, u čemu se faktički sastoji sudijska aktivnost. S tim u vezi, sudijska aktivnost u krivičnom postupku, koju smo napred opisali kao „istraživanje, raspravljanje i presuđivanje", može se pojednostavljeno opisati i svesti na dve delatnosti – utvrđivanje činjenica i primenu prava. Dakle, sud „istražuje, raspravlja i presuđuje" na taj način što utvrđuje činjenice i primenjuje pravo na tako utvrđene činjenice u krivičnom postupku. Kao proizvod primene prava javlja se sudska odluka.

U daljem tekstu pokušaćemo da u najopštijem odredimo i razgraničimo odnosne sudijske delatnosti, bez pretenzije da ulazimo u pojedinosti ove inače veoma kompleksne problematike[8] koja ulazi u oblast kompetencije pre svega opšte teorije prava, a kojoj ćemo svakako posvetiti naročitu pažnju u budućim naučnim radovima. Naš zadatak je dakle da u opštim crtama razjasnimo one sudijske aktivnosti putem kojih se od opšte norme krivičnog zakona dolazi do pojedinačne norme neke sudske presude. Odnosne aktivnosti su samosvojne prirode. Kao takve, one se razlikuju od delatnosti drugih državnih službenika, ali i drugih delatnika. Zbog toga su neki autori bez preterivanja i mogli izjaviti „da je sudovanje u svojoj ukupnosti samo za sebe država"[9].

S tim u vezi, da bi besprekorno vršili svoju državnu službu, koja je posebno osetljiva, delikatna i odgovorna kada je u pitanju suđenje u krivičnim stvarima, sudije bi morale posedovati sledeće karakteristike: *sveznanje*, kako u pogledu važećeg prava, tako i u pogledu onoga što se dogodilo; *nenadmašnu pamet*, koja je sposobna da sve što se dogodilo prosuđuje u svetlu važećeg prava; kao i *savršenu ličnu pravednost*, koja i hoće da o svemu sudi pravedno[10]. Bilo bi dobro kada bi sudije još u trenutku izbora posedovali

---

konu predviđena kao krivična, tako da vršenje sudske vlasti u krivičnim stvarima nesumnjivo obuhvata i *izricanje krivičnih sankcija krivično neodgovornim učiniocima*.

[8] U ovom radu nećemo se detaljnije baviti problematikom tumačenja (krivično)pravne norme, jer to nije predmet našeg naučnog interesovanja u istom.

[9] E. von Hippel, *Richterstellung und Richtergesetz*, in: Mechanisches und moralisches Rechtsdenken, Meisenheim am Glan, 1959, s.435.

[10] Tako, O.Hefe, *Pravda – filozofski uvod* (prevod sa nemačkog), Novi Sad, 2008, str.56.

ove karakteristike. Tome se i zakonodavac svakako nada, te propisuje da „za sudiju može biti izabran državljanin Republike Srbije koji ispunjava opšte uslove za rad u državnim organima, koji je završio pravni fakultet, položio pravosudni ispit i koji je stručan, osposobljen i dostojan sudijske funkcije“[11]. *Stručnost* za zakonodavca „podrazumeva posedovanje teorijskog i praktičnog znanja potrebnog za obavljanje sudijske funkcije“[12], *osposobljenost* se svodi na „veštine koje omogućavaju efikasnu primenu specifičnih pravničkih znanja u rešavanju sudskih predmeta“[13], dok *dostojnost* pretpostavlja „moralne osobine koje sudija treba da poseduje i ponašanje u skladu sa tim osobinama“[14]. Koliki značaj zakonodavac pridaje poslednjem uslovu za izbor vidi se iz toga što isti čak precizira koje moralne osobine sudija treba da poseduje da bi bio „dostojan“[15].

Ipak, često se događa da sudije ne obavljaju besprekorno svoju službu, jer po pravilu nisu *sveznajuće*, po *pameti nenadmašne* i *apsolutno pravedne*, a ređe – da loše izvršavaju svoje zadatke, jer nisu *stručni*, *osposobljeni* odnosno *dostojni* za obavljanje sudijske funkcije. Ako nas ovo prvo ne čudi jer smo svesni ograničenosti i nesavršenosti ljudske prirode[16], ne može da nas ne začudi sledeća pojava - da se za sudije biraju, odnosno ne razrešavaju sudijske funkcije[17], stručno-moralno unapred diskvalifikovane

---

[11] Član 43 *Zakona o sudijama*, „Službeni glasnik RS“ br. 116/2008, 58/2009 – odluka US, 104/2009 i 101/2010.

[12] Član 45 stav 2 Zakona.

[13] Član 45 stav 3 Zakona.

[14] Član 45 stav 4 Zakona.

[15] Videti, član 45 stav 5 Zakona. S tim u vezi, zakonsko preciziranje „dostojnosti“ za vršenje sudijske funkcije, navođenjem moralnih osobina koje sudija mora posedovati, besmisleno je najmanje iz dva razloga. Kao prvo, zakonodavac normira nešto što je praktički necelishodno i suštinski nemoguće definisati pravnim propisom, a što je predmet naučnog proučavanja u prvom redu etike, a u širem kontekstu i psihologije. Kao drugo, zakonodavčevo nabrajanje samo određenih moralnih osobina navodi na pomisao da sudiji za valjano vršenje sudijske funkcije druge, nenabrojane moralno-etičke karakteristike ličnosti i nisu neophodno potrebne, kao i na zaključak da je moralno-etička dimenzija ličnosti nešto što se može kvantifikovati, matematički izmeriti za potrebe izbora sudija, kao i veštački razdvojiti na svoje sastavne delove da bi se konstatovalo da li sudija poseduje i koje od zakonom traženih moralnih osobina. Stoga bi ovaj stav odnosnog člana Zakona o sudijama trebalo izostaviti.

[16] S tim u vezi, „sudije nisu kineskim zidom odvojene od ostalih ljudi. One su pod uticajem duhovne klime generacije kojoj pripadaju i dele karakteristična verovanja, pa i predrasude doba u kojem žive. Sudije takođe nisu automati i bića bez strasti koja prilikom tumačenja nalaze u pravu ono što je postojano i nepromenljivo već ga istovremeno i stvaraju. .... Sudije neizbežno učitavaju u svoje odluke, kad god to smatraju opravdanim, svoju ličnu filozofiju i poglede“. Videti, K.Čavoški, *Pravo kao umeće slobode – ogled o vladavini prava*, Beograd, 2005, str.96,97.

[17] O samom postupku imenovanja odnosno razrešenja sudija kod nas videti npr. V.Đurđić, *Imenovanje i razrešenje sudija*, Zakonodavni i institucionalni okvir nezavisnog

odnosno naknadno diskreditovane osobe[18]. Ipak, to pitanje izlazi iz domena pravne terije i ulazi u domen politike i etike, te se nećemo upuštati u predmetnu raspravu. Dakle, ako je ono prvo – ideal, kojem u izboru sudija i vršenju sudijske funkcije uvek treba težiti premda ga je teško dostići, za državu je obaveza da spreči drugu napred navedenu pojavu koja u širem kontekstu ulazi i u oblast socijalne patologije.

S tim u vezi, stručna osposobljenost sudija i njihov moralni dignitet naročito su važni u krivičnim predmetima, gde se odlučuje o najvažnijim pravnim dobrima pojedinca i zajednice. Dok je moralno-etička podobnost sudije „oboriva prirodna pretpostavka" pravilnog vršenja sudijske funkcije[19], koja se može izraziti i opisati etičko-psihološkim kategorijama[20], i koja se u praksi po pravilu svodi na dokazivanje nečije moralne nepodobnosti kada je već naneta nesaglediva šteta pojedincima i društvu kao celini, stručna osposobljenost je empirijski saznatljiva kategorija. Tako, može se reći da je neko stručan i osposobljen za vršenje sudijske funkcije kada poznaje relevantne pravne propise iz odgovarajuće oblasti, njihovo dosadašnje tumačenje[21], kao i vladajuća shvatanja u pravnoj nauci po tim pitanjima. Ipak, ova „opšta pravna znanja", koja se po pravilu stiču završetkom pravnog fakulteta koji poseduje tradiciju i kredibilitet za obrazovanje pravničkog kadra, kao i polaganjem pravosudnog ispita, moraju još biti dopunjena i „posebnim pravnim znanjima". Ova znanja podrazumevaju veštinu da se konkretan slučaj koji je predmet suđenja prosuđuje u

---

sudstva u Republici Srbiji, Niš, 2009; takođe videti, T. Lukić, *Izbori i razrešenje sudija prema pozitivnopravnom rešenju SRJ*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1-3/2000-2001.

[18] S tim u vezi, o poslednjim dešavanjima kod nas u pogledu opšteg (re)izbora odnosno (ne)izbora sudija videti npr. T.Marinković, *O ustavnosti opšteg reizbora sudija*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br.1/2009, str.283-290. Slične pojave dešavale su se i ranije na našim prostorima. Videti npr., G.Drakić, *Pravni položaj sudija za vreme šestojanuarskog režima kralja Aleksandra*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br.2/2010, str.253-262.

[19] Posredno to tvrdi i Beljanski kada kaže da *„opšta kultura*, *osećaj moralne odgovornosti*, obrazovanje i inteligencija i dalje su za sudiju preduslovi za pravno i pravično suđenje". Videti, S.Beljanski, *Psihološki aspekt istine u krivičnom postupku*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br.6, Novi Sad, 1987, str.15.

[20] S tim u vezi, Jering je rekao da je sudiji „potrebna čvrstina volje i moralna hrabrost da se pravo ostvari bez ometanja bilo kakvim obzirima, mržnjom ili prijateljstvom, sažaljenjem ili strahom od ljudi; to je osobina pravednosti u subjektivnom smislu". Tako, R. fon Jering, *Cilj u pravu* (prevod sa nemačkog), Beograd - Podgorica - Sremski Karlovci - Novi Sad, 1998, str.177.

[21] S tim u vezi, poznata je latinska izreka: *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* – poznavati zakone ne znači držati se njihovih reči, nego smisla. Videti npr. I.Klajn – M.Šipka, *Strani izrazi i izreke*, drugo izdanje, Novi Sad, 2008, str.258.

svetlu opšteg, to jest da se dovedu u međusobnu vezu činjenično stanje koje je predmet suđenja u krivičnom postupku sa odgovarajućim odredbama materijalnog i procesnog krivičnog prava. A ova veština stiče se po pravilu odgovarajućom pravosudnom praksom, naravno uz pretpostavku posedovanja napred pomenutih „opštih pravnih znanja". Konačno, u sudijski zanat spada i sposobnost za utvrđivanje činjenica. Kvalitetno vršenje ovog dela sudijskog poziva ne zavisi toliko od napred navedenih pravnih znanja, već u prvom redu od životnog iskustva, poznavanja pravila logike, kao i posedovanja odgovarajućih znanja iz domena nekih nepravnih disciplina.

Međutim, ni posedovanje svih napred pomenutih znanja i veština još nije garancija da će sudija u konkretnom slučaju pravilno utvrditi činjenice, odnosno na utvrđene činjenice pravilno primeniti pravo. Naime, oni su samo neophodna pretpostavka[22], ali ne i garant, njegovog zakonitog i pravilnog rada. Jer, svaki slučaj suđenja u krivičnim stvarima ima svoje posebnosti i „priča je za sebe". Takođe, sudija nema istu motivaciju i jednak afinitet za razrešavanje problematike u svakom predmetu. Stoga je on u obavezi da u svakom konkretnom slučaju uloži najveći napor, pažnju i energiju, kako bi posao priveo kraju na zadovoljavajući način. Da su na kraju, ne samo moguće, već i neminovne greške – svima je poznato. Ipak, one se u krivičnim postupcima moraju svesti na najmanju moguću meru, jer je krivično pravo najrepresivnija grana prava kojom se u najvećoj meri oduzimaju ili ograničavaju prava i slobode ljudi. Stoga krivični postupak nema samo pravni značaj, već je i od najvećeg etičkog, kulturalnog, političkog i opšte ljudskog značaja[23]. Kako sudijska odluka u krivičnom postupku umnogome „oblikuje ljudske sudbine"[24], svaka sudijska greška može biti pogubna. Naročito ako se uzme u obzir da se pričinjena šteta

[22] Pored ovih „personalnih" pretpostavki, za kvalitetno obavljenje sudijske funkcije i vršenja sudske vlasti uopšte značajne su svakako i „pravno - državne" pretpostavke, od kojih su najvažnije one kojima se obezbeđuje nezavisnost suda i sudija. S tim u vezi, što se tiče personalne nezavisnosti sudija, „potrebno je istaći da se sudija u vršenju sudijske funkcije može samo onda osećati nezavisnim kada je siguran da mu vršenje sudijske funkcije neće biti izvor ličnih problema" – H.Henkel, *Strafverfahrensrecht*, Stuttgart und Köln, 1953, s.146. O „istorijatu" principa sudske nezavisnosti i o značenju odnosnog principa u savremenom pravu i državi videti detaljno, K.Peters, *Strafprozess*, Karlsruhe, 1952, s.86-90. U novijoj literaturi o nezavisnosti sudija kao pretpostavci „primene prava u širem smislu" videti, M.Škulić, *Sud kao subjekt tumačenja kaznenopravne norme*, Tumačenje kaznenopravne norme i adekvatnost njene primene, Beograd, 2009, str.96-98. Takođe videti, Z.Radivojević, *Međunarodni standardi nezavisnog sudstva*, Zakonodavni i institucionalni okvir nezavisnog sudstva u Republici Srbiji, Niš, 2009.

[23] Tako, K.Peters, ibid, s.3.

[24] H.Henkel, ibid, s.141.

prouzrokovana greškom više ne može nadoknaditi i situacija vratiti u pređašnje stanje.

Sud započinje svoju aktivnost u krivičnom postupku time što utvrđuje činjenice. Činjenice se utvrđuju izvođenjem dokaza, koje sud ceni po svom slobodnom uverenju[25]. Dakle, utvrđivanje činjenica je prvi zadatak krivičnog suda. Ono prethodi primeni prava. Šta više, od pravilnog utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku zavisi i pravilna primena prava, a samim tim i donošenje zakonite i pravilne sudske odluke. No, nezavisno od toga, iskustvo govori da je ovaj segment sudijske delatnosti „najsloženiji, najteži i najodgovorniji", a samim tim i „najbitniji za suđenje"[26]. Postavlja se pitanje, zbog čega je tako?

Pre odgovora na ovo pitanje potrebno je razjasniti jedno prethodno: koje činjenice sud utvrđuje u krivičnom postupku? On utvrđuje sve činjenice na koje neposredno upućuju pravni propisi koji se trebaju primeniti konkretnom prilikom, bilo da je reč o propisima materijalnog ili procesnog krivičnog prava, izuzev onih činjenica koje se zbog svoje očiglednosti ili notornosti ne dokazuju[27]. Ove činjenice se uobičajeno u krivično-procesnoj literaturi nazivaju pravno relevantnim ili odlučnim činjenicama[28]. Tako, u materijalno relevantne činjenice spadaju one činjenice koje predstavljaju obeležja opšteg odnosno posebnog pojma krivičnog dela, zatim činjenice koje čine osnove za isključenje protivpravnosti i krivice, kao i one od kojih zavisi odmeravanje kazne. S druge strane, procesno re-

---

[25] Videti član 18 stav 1 ZKP-a – *Zakonik o krivičnom postupku*, „Službeni list SRJ", br.70/2001 i 68/2002 i „Službeni glasnik RS", br.58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - dr. zakon, 49/2007, 20/2009 - dr. zakon, 72/2009 i 76/2010. S tim u vezi, „iako su sami dokazi i način njihovog izvođenja precizno propisani, organ koji izvodi dokazivanje, odnosno koji dokazima utvrđuje činjenice da bi primenio normu, uživa slobodu da samostalno ceni dokaznu vrednost izvedenih dokaza i da prizna njihovu tačnost samo kada stekne čvrsto ubeđenje da su oni tačni" – R.Lukić, *Teorija države i prava*, druga knjiga, treće izdanje, Beograd, 1958, str.202.

[26] T.Vasiljević, *Razmišljanja o stručnom usavršavanju sudija*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, br.3, Beograd, 1968, str.367. Ipak, veliki broj autora neopravdano potcenjuje značaj utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku. Tako, neki od njih na primer tvrde da se „celokupna sudijska aktivnost svodi na primenu prava, ili se zasniva na njoj" – E.Schmidt, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Teil II, Göttingen, 1957, s.68. Ipak, ne treba izgubiti iz vida da pojedini autori pod jedinstveni izraz „primena prava" podvode i proces utvrđivanja činjeničnog stanja. U cilju pojmovne jasnoće ovo bi svakako trebalo izbegavati.

[27] Drugim rečima, „dokazivanje obuhvata sve činjenice za koje sud smatra da su važne za pravilno presuđenje, izuzev onih činjenica koje se zbog svoje očiglednosti ili notornosti ne dokazuju". Tako, S.Brkić, *Krivično procesno pravo II*, Novi Sad, 2010, str.118,119.

[28] B.Zlatarić, M.Damaška, *Rječnik krivičnog prava i postupka*, Zagreb, 1966, str.247.

levantne činjenice mogu biti one koje predstavljaju procesne pretpostavke i procesne smetnje od kojih neposredno ili posredno zavisi sudska odluka, kao i činjenice na kojima se temelji odluka o troškovima krivičnog postupka odnosno odluka o imovinskopravnom zahtevu[29]. Pored napred navedenih, nekada se u krivičnom postupku moraju utvrditi i činjenice, koje se u krivično-procesnoj literaturi nazivaju indicijama, a na osnovu kojih se logički i prema životnom iskustvu može doneti zaključak o postojanju pravno relevantnih činjenica. Takođe, ponekad se utvrđuju i tzv. pomoćne činjenice, koje služe proveravanju dokaza kao izvora saznanja o pravno relevantnim činjenicama ili indicijama[30].

Nesumnjivo je da od svih nabrojanih pravno relevantnih činjenica najveći značaj imaju činjenice od kojih zavisi postojanje odnosno isključenje postojanja opšteg pojma krivičnog dela, kao i činjenice koje predstavljaju elemente zakonskog opisa krivičnog dela koje je predmet suđenja u krivičnom postupku, premda se i nepravilnost u utvrđivanju bilo koje druge pravno relevantne činjenice može u većoj ili manjoj meri takođe negativno odraziti na donošenje zakonite i pravilne sudske odluke.

Da se sada vratimo na prethodno pitanje, zbog čega je utvrđivanje činjenica u krivičnom postupku najsloženiji i delikatniji posao za sud, i to u mnogo većoj meri nego što je to slučaj u drugim sudskim postupcima. S tim u vezi, postoji više razloga koji idu u prilog ovakvom stavu.

Kao prvo, u krivičnom postupku utvrđuje se po pravilu veliki broj, po svom karakteru i prirodi, najraznovrsnijih činjenica, od kojih se neke u drugim sudskim postupcima uopšte i ne utvrđuju[31].

Takođe, često se događa da učesnici postupka, a naročito okrivljeni, rukovođeni svojim vlastitim interesima, ne sarađuju sa sudom, već šta više pružaju otpor utvrđivanju stvarnog stanja stvari, do čega opet ne dolazi u većini drugih pravnih postupaka[32].

Suštinski problem međutim ogleda se u tome što vršenje onog dela sudijske funkcije koja se odnosi na utvrđivanje činjenica ne zavisi od toga koliko sudija dobro poznaje materijalno i procesno krivično pravo. Naime, tačno je da sud može, na osnovu relevantnih odredaba krivičnog prava, po pravilu bez većih teškoća doći do zaključka o tome koje krivično-

[29] Tako, M.Grubiša, *Činjenično stanje u krivičnom postupku*, drugo izdanje, Zagreb, 1980, str.54.

[30] O indicijama i tzv. pomoćnim činjenicama videti detaljnije, V.Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo* (knjiga druga) – *Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, drugo izdanje, Zagreb, str.5-8.

[31] Na primer, to su činjenice koje se odnose na ličnost okrivljenog.

[32] Tako, M.Grubač, ibid, str.272.

pravno relevantne činjenice mora da utvrdi u konkretnom krivičnom postupku, dok mu procesno pravo po pravilu pruža informacije o načinu, formi i mestu njihovog utvrđivanja[33]. Ipak, u potpunosti izvan oblasti regulisanja krivičnog prava ostaje odgovor na pitanje, da li činjenica postoji ili ne postoji i sa kojom konkretnom sadržinom postoji[34]. Ovo ne treba da čudi, jer „krivični proces ne temelji se samo na pravnim pravilima, već i na psihološkim, medicinskim, tehničkim, fizičkim, hemijskim i drugim datostima"[35], tako da bi sudija trebalo da poseduje barem osnovna znanja iz ovih, ali i nekih drugih, kako nekrivičnopravnih, tako i nepravnih disciplina uopšte. Ipak, valjano utvrđivanje činjenica u krivičnom postupku u prvom redu zavisi od njegovog životnog iskustva i poznavanja pravila logike, kao i sposobnosti da se ova pravila u pogodnom trenutku na ispravan način upotrebe. Svakako ne treba zanemariti značaj sudijine intuicije, kao i sposobnosti za konstruktivno mišljenje. Dakle, sudija se prilikom utvrđivanja činjenica u konkretnom krivičnom postupku koristi aparaturom logike i mišljenja, uz značajnu „podršku" životnog iskustva i intuicije, kao i elementarnih znanja iz nekih nekrivičnih disciplina. Uspeh u dokazivanju malo zavisi, ili čak uopšte ne zavisi, od poznavanja prava. U tome se ogleda nevolja sudija prilikom utvrđivanja činjenica i sva težina i odgovornost sudijskog poziva.

Konačno, otežavajuća okolnost koja stoji na putu pravilnom utvrđivanju činjenica sastoji se i u tome, što sudija retko kada ima mogućnost da neposrednim sopstvenim opažanjem konstatuje pravno relevantne činjenice u krivičnom postupku. Kada je u pitanju kriminalni događaj, kao najvažnija pravno relevantna činjenica povodom koje i zbog koje se uostalom pokreće i vodi svaki krivični postupak, sudija nikada neposrednim opažanjem ne saznaje činjenice kao elemente njegovog zakonskog opisa. Naime, pošto se krivično delo desilo u prošlosti, sudija do saznanja o odnosnim činjenicama dolazi posredno, preko drugih izvora informacija o njima. Kako svaki subjekt u krivičnom postupku i u vezi sa postupkom ima sopstvenu „sliku o delu", koja se temelji na njegovom mišljenju da se nešto desilo i verovanju

[33] Drugim rečima, da bi se činjenica koja je predmet suđenja transformisala u dokaznu činjenicu, na kojoj se jedino može zasnovati sudska odluka, neophodno je da je izvorište informacije o odnosnoj činjenici – zakonom propisani dokazni izvor (npr. svedok, veštak itd.), upotrebljen na način i u postupku kako je to zakonom propisano (npr. način i proces saslušanja svedoka i veštaka itd.). Izuzetno, to mogu biti i drugi dokazni izvori, pod uslovom da oni sami, kao i način njihovog pribavljanja odnosno upotrebe, nisu u suprotnosti sa pravnim poretkom u celini, osnovnim načelima postupka i potvrđenim međunarodnim ugovorom.

[34] Tako i T.Vasiljević, *Razmišljanja o stručnom usavršavanju sudija*, ibid.

[35] K.Peters, *Strafprozess*, ibid, s.237.

da se baš tako dogodilo, često imamo situaciju da sudija pred sobom ima više različitih, a nekad i sasvim suprotstavljenih rečeničnih iskaza koji oslikavaju predmetno dešavanje. Da nevolja bude veća, neki od njih ne odgovaraju stvarnosti onoga što se zaista dogodilo. U takvoj situaciji sudija ima zadatak da podneti i prikupljeni materijal međusobno dovede u vezu, selektira i uskladi, kako bi izgradio sopstveno mišljenje o kriminalnom dešavanju iz prošlosti. U vršenju tog posla njegovo jedino oruđe za rad je napred pomenuta „nepravna aparatura". Na kraju bi svoje mišljenje trebalo da opiše rečima, pri čemu bi opis morao verno da oslikava krivičnopravno relevantnu stvarnost izvršenog dela. A koliko je truda i napora potrebno da bi se došlo do ovog cilja, ne treba posebno naglašavati. Ako je za neku utehu, ukoliko sudija u pogledu pojedine činjenice ima dilemu, da li se ona desila ili nije i sa kakvom sadržinom se pojavila, njemu tada na raspolaganju stoji krivičnoprocesno načelo *in dubio pro reo*[36] - činjenicu će reprodukovati onako kako je to povoljnije za okrivljenog[37]. Ipak, ovo načelo služi preventivnom izbegavanju mogućnosti da se okrivljeni dovede u nepovoljniju situaciju nego što to objektivno zaslužuje, a ne - dolaženju do istine u pogledu neke činjenice[38]. Stoga ono sudiji nesumnjivo praktično olakšava suđenje, ali mu ne pomaže u „pronalaženju" činjeničnog stanja iz prošlosti koje je predmet suđenja. Da bi ispunio ovaj zadatak, sudija će očigledno morati da se osloni isključivo na sopstvene snage.

Sudija u sudskoj odluci mora obrazložiti na koji način je došao do određenog činjeničnog stanja. Ovo njegovo rasuđivanje, koje je ugrađeno u presudu ili rešenje, ne bi mogli nazvati, po uzoru na Perelmana – „pravnim rasuđivanjem"[39]. To bi pre bilo „laičko rasuđivanje" o činjenicama iz oblasti prava. O prevalentno „pravnom rasuđivanju" bi se moglo govoriti u vezi sa narednim sudijskim korakom.

Utvrđivanju činjenica dakle sleduje primena prava. To je drugi korak za sudiju koji se u praksi odvija u jednom vremensko-smislenom kontinuitetu sa utvrđivanjem činjenica. Izrazu „primena prava" moglo bi se pridati

---

[36] U pitanju je staro procesno pravilo. Pojedini autori tvrde da ga je poznavalo i Rimsko krivično pravo. Tako, K.Peters, ibid, s.240.

[37] Naš Zakonik o krivičnom postupku u članu 18 stav 3 odnosno načelo definiše na sledeći način: „Kada postoji sumnja u pogledu odlučnih činjenica koje čine obeležje krivičnog dela ili od kojih zavisi primena neke druge odredbe Krivičnog zakonika, sud će u presudi ili rešenju koje odgovara presudi odlučiti u korist okrivljenog".

[38] Naprotiv, sudija je „kapitulirao pred istinom" onog trenutka kada je, primenjujući načelo *in dubio pro reo*, priznao u krivičnom postupku da ne zna da li neka pravno relevantna činjenica postoji, odnosno sa kakvom sadržinom postoji.

[39] Videti, H.Perelman, *Pravo, moral i filozofija*, Beograd, 1983, str.95.

uže i šire značenje. U širem smislu, pod tim podrazumevamo, pored primene prava u užem smislu, još i mišljenje suda u pogledu toga koji krivično-pravni propisi se imaju primeniti na ukupno činjenično stanje koje je utvrđeno u određenom krivičnom postupku, na čega se logički nadovezuje i znanje suda u pogledu sadržine i smisla odnosnih krivično-pravnih propisa. U užem smislu, pod primenom prava podrazumevamo neposredno dovođenje u vezu i poređenje činjeničnog stanja iz protumačene krivično-pravne norme i činjeničnog stanja iz stvarnosti koje bi se pod istu moglo podvesti, kao i neposredna primena krivičnog prava koja tome sledi i koja prouzrokuje odgovarajuća krivičnopravna dejstva[40]. Premda bez onog prvog svakako ne bi bilo ni „primene prava u užem smislu", mi ćemo u radu akcenat staviti na proces primene prava u užem smislu[41].

Pre nego što razmotrimo ovaj segment primene prava hteli bismo najpre nešto da kažemo o odnosu pravne norme nekog pravnog propisa i činjenica na koje se ta norma ima primeniti. U teoriji prava uobičajeno je da se sadržina pravne norme označava terminom „činjenično stanje", dok se istim terminom označava i ono što se desilo u stvarnosti a što se može podvesti pod odnosnu normu, s tim što se daljim jezičkim preciziranjima daje do znanja o čemu je reč. Mi ćemo ovo drugo, zbog terminološkog razlikovanja, nazvati „stanje stvari". S tim u vezi, „činjenično stanje" sastoji se iz apstraktno tipizirajućih smislenih sadržaja pravnih propisa, koji se odnose na „stanja stvari" koja je zakonodavac sebi predstavio kao moguća, a pod koja može da se pripiše neko konkretno stanje stvari"[42]. „Smisleni sadržaji zakona su u svojoj smislenoj i ciljnoj opštosti oblikovani, ili tipizirano, ili nespecifično apstraktno u odnosu na moguća stanja stvari"[43]. S druge strane, „stanje stvari" sastoji se iz ciljno koherentnog konkretnog ljudskog ponašanja u prostoru i vremenu koje se može podvesti pod apstraktni sadržaj određene pravne norme, odnosno pod njeno „činjenično stanje". Dok je dakle „činjenično stanje" generalno-apstraktno, „stanje stvari" je individualno-konkretno. Oni se u svojoj međusobnoj smislenoj i ciljnoj povezanosti nalaze u odnosu roda i vrste, opšteg i individualnog, to jest – tipičnog i specijalnog.

---

[40] U „opštoj" teorijskopravnoj literaturi nešto se drugačije, formalno-terminološki, opisuje postupak primene pravne norme. Videti npr. D.Mitrović, *Uvod u pravo*, Beograd, 2010, str.352-356.

[41] „Primena prava u širem smislu" predstavlja specifičnu problematiku koja svakako zaslužuje da joj se posveti odgovarajuća pažnja u posebnom naučnom radu.

[42] G.Winkler, *Raum und Recht – Dogmatische und theoretische Perspektiven eines empirisch – rationalen Rechtsdenkens*, Forschungen aus Staat und Recht 120, Wien – New York, 1999, s.139.

[43] G.Winkler, ibid.

U vezi sa prethodno rečenim, sudija je u obavezi da „na osnovu određenog povoda odnosno ponašanja adresata prava, od mnoštva činjenica i podataka kulturno-socijalne stvarnosti u prostoru i vremenu, odredi sadržinu i obim jednog individualno-konkretnog stanja stvari u kontekstu sadržine i obima određenog generalno-apstraktnog činjeničnog stanja iz pravnih propisa, da bi mogao doneti zaključak da li postoji korespodencija ili diskrepancija među njima“[44]. Ukoliko se prilikom ovog dovođenja u vezu dvaju entiteta dođe do zaključka da među njima postoji korespodencija, može se reći da se konkretno činjenično stanje odnosno, kako smo ga nazvali, „stanje stvari“ može podvesti ili, drugačije rečeno, subsumirati pod generalno-apstraktno činjenično stanje pravne norme[45]. I obrnuto. Drugim rečima, kod „primene prava u užem smislu“ dolazi do „posredovanja dvaju svetova: sveta svakodnevne stvarnosti, sa njegovim pravno relevantnim životnim činjeničnim okolnostima, i sveta prava, sa njegovim normama koje sadrže neko trebanje“[46]. Polazeći od toga da je primena prava strukturalno ugrađena u samo pravo, jer se smisao i funkcija pozitivnog prava ispoljava i ostvaruje u prvom redu procesom njegove primene, Artur Kaufman je ukazao na to da je pravo – „prikladnost trebanja i bivstva“[47]. Do ove prikladnosti u krivičnom pravu dolazi kada se može zaključiti da se apstraktno-pojmovno činjenično stanje krivičnopravne norme materijalizovalo, konkretizovalo u nekom životnom stanju stvari, tako da među njima postoji podudarnost, kao svojevrsna ujednačenost[48] u odnosu tipično-opšteg i specijalno-konkretnog. Drugim rečima, ova ujednačenost kategorijalno različitih entiteta do nivoa njihove adekvatnosti po smislu uspostavljena je kada je „norma sa empirijom a slučaj sa normativnošću obogaćeni na taj način da jedno drugom „odgovaraju“, „pristaju““[49]. Tako, da bi jedan životni događaj - pucanje Petra na Pavla iz pištolja, što je na prvi pogled prouzrokovalo smrt ovog drugog, bilo kvalifikovano kao krivično delo ubistva potrebno je da se pucanje iz pištolja u krivičnom postupku kvalifikuje kao radnja izvršenja odnosnog krivičnog

[44] G.Winkler, ibid, s.140.

[45] S tim u vezi, ovu *moć suđenja* koja subsumira ono što je posebno pod ono što je opšte Kant bi nazvao *odredbenom*. S druge strane, moć suđenja, koja treba da nađe ono što je opšte na osnovu nečega što je kao posebno dato, mogla bi se, prema njegovom mišljenju, označiti kao *refleksivna*. Videti, I.Kant, *Kritika moći suđenja* (prevod sa nemačkog), Beograd, 1975, str.69.

[46] A.Kaufman, *O jezičnosti i pojmovnosti prava*, Pravo i razumevanje prava (prevod sa nemačkog), Beograd – Valjevo, 1998, str.14.

[47] A.Kaufmann, *Analogie und ´´Natur der Sache´´*. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. Auflage, 1982, s.18. Izvor preuzet iz, A.Kaufman, ibid.

[48] U tom kontekstu ovde bi bilo pogrešno upotrebiti izraz „izjednačenost“.

[49] A.Kaufman, *O problemu pravnonaučnog saznanja*, Pravo i razumevanje prava (prevod sa nemačkog), Beograd – Valjevo, 1998, str.161.

dela. Da bi to bio slučaj potrebno je da se dokaže da do smrti ne bi došlo da nije bilo pucanja, kao i da je Petar radnju preduzeo i posledicu prouzrokovao sa umišljajem, a najmanje iz nehata. Dakle, ukoliko između pucanja Petra i smrti Pavla ne postoji uzročna veza, ili ako ona postoji, međutim Petar nije prouzrokovao Pavlovu smrt, ni sa umišljajem, ni iz nehata, nema krivičnog dela ubistva, jer se faktička situacija ne može „prekriti" zakonskom slikom. Videli smo kako se stručno-jezički pojmovi zakona[50] moraju „otvoriti" prema stvarnosti, dok se stvarnost mora „zaodenuti" zakonskim terminima. Drugim rečima, ako se zakonski pojmovi mogu konkretizovati u svojoj životnoj stvarnosti, dok se životna stvarnost može normativno „zaodenuti", a da među njima postoji odnos adekvatnosti po smislu, tada se može reći da je došlo do primene prava u užem, pravom smislu. Ili, kako je Vinkler rekao: „Do korespodencije stanja stvari i činjeničnog stanja u logičkom zaključku supsumcije može samo onda doći kada se apstraktni pojmovi činjeničnog stanja i konkretni relevantni pojmovi činjenica stanja stvari odnose na istovrsne realne sadržaje – s jedne strane, opšti i apstraktni pojmovi mogućih činjenica iz činjeničnog stanja, a s druge strane, individualni i konkretni pojmovi stvarnih činjenica stanja stvari, kao jedno pojmovno shvatljivo, smisleno i svrhovito jedinstvo kulturalno – socijalne stvarnosti"[51].

Ipak, situacija nije tako jednostavna kao što to na prvo pogled izgleda. Naime, nekada se dešava da sudija ne zna da li se neko životno dešavanje može uopšte podvesti pod pravnu normu, a češće se događa da isti nije siguran da li se određeno dešavanje može podvesti pod jednu ili drugu normu, odnosno jedan ili drugi zakonski pojam u okviru iste norme. Ovo poslednje Karl Štos svojevremeno je slikovito nazvao „diferencijalnom dijagnozom"[52]. Razlog odnosne pojave može jednostavno ležati u činjenici da je postupak supsumcije veoma složen i ponekad ga je teško dovesti do kraja na zadovoljavajući način. Taj razlog može biti i činjenica da su zakoni u tehnici opisivanja nužno apstraktni, visokogeneralizirajući[53], a pojedini zakonski propisi ponekad i neodređeni[54],

[50] S tim u vezi, odnosni pojmovi mogu se podeliti na dve grupe: pravno relevantne pojmove i istinske, prave pravne pojmove. Videti o tome detaljnije, G.Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3. Auflage, Göttingen, 1965, s.10,11.

[51] G.Winkler, *Raum und Recht – Dogmatische und theoretische Perspektiven eines empirisch – rationalen Rechtsdenkens*, ibid, s.145.

[52] C.Stooss, *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, Zweite Auflage, Wien und Leipzig, 1913, s.75.

[53] S tim u vezi, „makoliko težili za preciznošću pravnog jezika, ipak on nikada ne može biti do kraja precizan. Stoga ostaje velika uloga tumačenja prava kao onog sredstva pomoću koga se utvrđuje tačno značenje pojednih jezičkih izraza koje upotrebljava pravnik pri stvaranju pravne norme". – R.Lukić, *Metodologija prava*, Beograd, 1979, str.217.

dok je utvrđeno činjenično stanje na koje treba primeniti pravo katkad veoma kompleksno ili nejasno. U prvoj situaciji pozitivno pravo najpre treba „protumačiti“[55], jer norma ili sistem normi koje bi trebalo primeniti ostavljaju otvorenim više mogućnosti, dok je u drugoj situaciji činjenično stanje potrebno razjasniti.

Dakle, iako je s jedne strane sudija vezan zakonom i ne može postupati protivno zakonu, niti može stvarati novo pravo u užem smislu te reči, on ipak, s druge strane, nije ni automat koji predstavlja, kao kod Monteskjea, „usta koja izgovaraju reči zakona“, odnosno kod Jeringa - „oživljen zakon koji je u njegovoj ličnosti stekao jezik“[56]. Kako je zakonu potrebno tumačenje[57], on nesumnjivo ima i stvaralačku ulogu. Doduše, sudija je u njegovoj interpretaciji dužan da primenjuje opšte prihvaćene metode tumačenja. Svoju obaveznost ova pravila crpe iz snage njihove uverljivosti, koja im daje legitimitet na opšte važenje[58]. Pored toga, tumačenje u krivičnom pravu ima i određenih specifičnosti u odnosu na opšta pravila tumačenja[59]. Neka od ovih pravila, kao što je zahtev za striktnim poštovanjem načela zakonitosti, kao i doslednim poštovanjem principa pravne države, pravednosti, srazmernosti, humanosti i krivice, potom zabranom analogije na štetu okrivljenog[60], vođenje računa o fragmentarnosti krivičnopravne zaštite, zahtev da odredbe posebnog dela treba tumačiti tako da budu u skladu sa odredbama opšteg dela krivičnog prava, kao i da neodređena zakonska obeležja i generalne klauzule treba što uže tumačiti[61], umanjuju kreativnu i

---

[54] O tome videti npr. H.Kelzen, *Čista teorija prava* (prevod sa nemačkog), Beograd, 1998, str.62,63.

[55] O tome zašto je pravu potrebno tumačenje videti detaljnije npr., G.Vukadinović, *Teorija države i prava II*, Novi Sad, 2006, str.196,197.

[56] R. fon Jering, *Cilj u pravu*, ibid, str.173.

[57] Pojedini autori ovo kritikuju i tvrde da „njegove reči ne treba tumačiti, već jedino pravilno primeniti. To jest, shodno njihovoj upotrebi od strane kompetentnih korisnika jezika“. V.Grasnik, *Ontologija versus retorika – et vice versa*, Pravo i razumevanje prava (prevod sa nemačkog), Sremski Karlovci – Novi Sad, 2001, str.185.

[58] Slično, B.Ristivojević, *Tumačenje krivičnopravne norme prema obimu: proširujuće i sužavajuće tumačenje*, Tumačenje kaznenopravne norme i adekvatnost njene primene, Beograd, 2009, str.188.

[59] Ipak, ove specifičnosti ne opravdavaju izdvajanje, iz opšte metodologije, posebne metodologije tumačenja koja bi važila samo za krivično pravo. Tako, F.Bydlinski, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, Wien, 2005, s.7-9. Preuzeto iz: Z.Stojanović, *Krivičnopravna doktrina i njen značaj u tumačenju pravne norme*, Tumačenje kaznenopravne norme i adekvatnost njene primene, Beograd, 2009, str.14.

[60] O tome videti detaljnije npr., V.Đurđić, *Analogija i tumačenje kaznenopravne norme*, Tumačenje kaznenopravne norme i adekvatnost njene primene, Beograd, 2009, str.137-178.

[61] Videti o tome više, F.Bačić, *Krivično pravosuđe i ustavnost i zakonitost*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, br.4, Beograd, 1987, str.20. Još detaljnije,

stvaralačku ulogu krivičnog sudije u odnosu na sudije u nekim drugim sudskim postupcima. Ipak, kako se primena opšte prihvaćenih metoda tumačenja zasniva u prvom redu na zakonitostima opšte i pravne logike, koje sudiji nesumnjivo ostavljaju veliku slobodu odlučivanja, a napred pomenute specifičnosti tumačenja u krivičnom pravu više usmeravaju nego što oduzimaju sudiji odnosnu slobodu u iznalaženju pravog smisla krivičnopravne norme, kreativna i stvaralačka uloga krivičnog sudija time se svakako ne može dovesti u pitanje. Uostalom, ne bi se mogao osporiti stav, da je svako tumačenje koje prevazilazi konstatovanje propisa i njegovog doslovnog teksta više nego puka primena prava – ono je nalaženje prava, ili bolje reći, „pokušaj saznanja ispravnog prava“[62]. Prednji zaključak o stvaralačkoj ulozi sudije biće još argumentovaniji ukoliko se vratimo na prethodno razmatranje i analizu uloge krivičnog sudije i metodoloških postupaka koje isti primenjuje prilikom utvrđivanja činjenica i njihovog subsumiranja pod pravo. Ovde je sudiji, pored opšte i pravne logike, svakako potrebno mnogo više. Ne treba zaboraviti ni socijalno-etičke vrednosti i kriminalno-političke potrebe o kojima sudija takođe vodi računa, naročito prilikom primene prava u užem smislu. U donošenje odluka, koje se nadovezuje na primenu prava uopšte, jednako je ugrađena, češće u manjoj a nekada u većoj meri, i lična etika[63] sudija, njihov osećaj za pravdu i pravednost. Koliko god to na prvi pogled apsurdno zvučalo, upravo je tako zahvaljujući prirodi prava. S tim u vezi, pravni filozof Koing svojevremeno je izjavio da „dejstvo važećeg pravnog poretka na sudiju odgovara uticaju etičke tradicije na osećaj pojedinca“[64]. Naime, pravo sadrži u svojim pravilima etičko iskustvo mnogih generacija. U njemu su uskladištena rešenja za određene situacije socijalnog života, koja su ljudi vekovima držali za ispravna. Zato pravna pravila nisu samo logičke premise za pravničke dedukcije, već se njima prenose i etička iskustva. „Otuda opštenje sa pravom vrši jedno prefinjeno, kultivirajuće dejstvo na moralni osećaj pravnika“[65]. I upravo zbog toga zakonodavac ne može, čak i ako bi to želeo, zabraniti

---

Z.Stojanović, *Krivičnopravna doktrina i njen značaj u tumačenju pravne norme*, ibid, str.11-29.

[62] Armin Kaufman. Citirano prema: A.Kaufman, *O problemu pravnonaučnog saznanja*, ibid, str.161.

[63] Kada ovde kažemo „etika“ mislimo svakako i na „moral“ sudije. S tim u vezi, dok nam moral samo kazuje šta je u skladu sa moralom a šta mu se protivi, etika pokušava da objasni iz kojih razloga se jedno drži za moralno, a drugo za nemoralno. Tako, *Grundfragen der Ethik* (Hrsg. U.Wiesing) , in: Ethik in der Medizin, 2.Auglage, Stuttgart, 2004, s.21.

[64] H.Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1950, s.249.

[65] H.Coing, ibid, s.249,250.

obrnut proces – uticaj lične etike[66] sudije pojedinca na primenu prava, kroz njegovu intuitivnu odluku koja izvire iz njegovog osećaja za pravdu, a samim tim i za pravo. Ipak, to ne znači da bi sudija mogao sprovoditi u postupku neku svoju „ličnu, samo njemu imanentnu etiku", koja bi se lako mogla transformisati u samovolju. Naprotiv, on u svoju odluku, kao „spoljašnju manifestaciju prava"[67], po pravilu može ugraditi samo etiku koja, neposredno ili posredno, izvire iz zakona kojem je on podređen[68]. Iz toga sledi da se u primeni prava u širem smislu trebamo čuvati i druge krajnosti – pozivanja na neko pravo „koje je više od samog zakona", kao što je „prirodno pravo"[69], „božansko pravo" ili neko treće navodno „pravo". Setimo se samo sudskog tumačenja „u nacional-socijalističkom duhu"[70]. Dakle, u primeni prava, a pod izgovorom navodnog izbegavanja krutog pravno-pozitivističkog razmišljanja, sudije ne bi smeli sprovoditi neku ličnu, samo njima imanentnu etiku, niti bi smeli da se pozivaju na neke univerzalne vrednosti koje su tobože iznad samog pozitivnog prava. Jer, prvo postupanje lako se može preobratiti u ličnu samovolju sudija, a drugo u samovolju nekog ideološko-manipulativnog aparata moći, čiji bi reprezenti bili sudije. A zajednički imenitelj i jedne i druge pojave je obespravljenost građana, koja bi se tada, da nevolja bude veća, sprovodila pod plaštom „prava" i, iznad svega, „pravde".

Na osnovu svega što smo napred rekli može se zaključiti da, ako se sudijama zaista hoće obezbediti pravosudna vlast koja garantuje poštovanje principa pravne države, od sudija se ne sme očekivati i zahtevati da

---

[66] S tim u vezi, o savesti kao elementu moralnosti individue videti, M.Trajković, *Moral u bespuću politike*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br.2, Novi Sad, 2010, str.187-192.

[67] Tako, L.J.Petražicki, *Teorija prava i morala* (prevod sa ruskog), Beograd - Podgorica - Sremski Karlovci - Novi Sad, 1999, str.458.

[68] Tako i H.Coing, ibid, s.252. Izuzetak predstavljaju situacije u kojima je „etika" koja izvire iz zakona, sa današnje tačke gledišta izmenjenih prilika, za rešavanje pojedinog slučaja neprikladna, jer je „prevaziđena i zastarela". Tada prilikom odlučivanja može doći u sukob lična etika sudije, koja odgovara duhovnim potrebama nekog društva danas, i „prevaziđena" i zato „neprikladna etika važećeg zakona". Ova situacija međutim može se razrešiti u korist one prve etike, jer pozitivno pravo nije zatvoreni, za svagda nepromenljivi sistem. Ono se nalazi u jednom „oscilirajućem pokretu" i stanju latentne promene. Odvojeno od toga je i pitanje, kako razrešiti problem „pravnih praznina". Ipak, kako ova pitanja nisu predmet našeg rada, nećemo se detaljnije baviti njima.

[69] Ovde mislimo na „prirodno pravo" kao proizvodu tzv. prirodnog stanja. O dvostrukom smislu izraza prirodno pravo videti, G.V.F.Hegel, *Enciklopedija filozofijskih znanosti* (prevod sa nemačkog), Sarajevo, 1965, str.410.

[70] S tim u vezi, o nacional-socijalističkom slomu etike ljudskog dostojanstva uopšte videti, V.Đurđić, M.Trajković, *Ljudsko dostojanstvo kao osnova čovekove prirode*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br.1, Novi Sad, 2000, str.37-42.

budu konsekventni sprovoditelji pravnog pozitivizma. Ovde bi čisto formalno pravno-državno razmišljanje donelo više štete, nego koristi. Štaviše, njega je na sadašnjem stupnju (pravne) svesti nemoguće dosledno sprovesti. Prilikom donošenja odluke u krivičnom postupku, bez obzira na to da li se ta odluka tiče utvrđivanja činjenica ili primene prava, ličnost sudije, kao odlučujuća instanca[71], nikada ne bi smela, niti može, biti isključena[72]. Ona se uliva u odluku i nju nosi[73]. Jer, „sudstvo je čuvar istinskog prava, a nije izvršilac prostog legaliteta"[74]. Ipak, potrebno je čuvati se i druge napred navedene krajnosti, kako se ovo „istinsko pravo" ne bi transformisalo u svojevrsno nepravo.

Kada je u pitanju sudska odluka kojom se u postupku konačno rešava krivična stvar, možemo ići i dalje te tvrditi, da ona čak predstavlja pojedinačnu pravnu normu kojom se konkretizuje opšta ili apstraktna pravna norma. Shodno tome, donošenje ovakve odluke od strane suda može se označiti kao „produžavanje procesa stvaranja prava iz opštega u posebno"[75].

Ipak, sudska odluka ne donosi se sebe radi, već da bi se oživotvorila kroz svoje izvršenje. Primeni prava dakle sledi njegovo (iz)vršenje. S tim u vezi, potrebno je naglasiti da je ponekad i konačnoj i izvršnoj sudskoj odluci potrebno tumačenje. U takvoj situaciji dakle tumačenju opšte norme i primeni prava u užem smislu, kao rezultat čega se javlja pojedinačna norma – sudska odluka, sleduje tumačenje te pojedinačne norme.

Tako se u dinamici pravnog života procesi stvaranja prava i njegove primene sukcesivno smenjuju, počev od delatnosti zakonodavca na planu stvaranja generalno-apstraktnog prava, preko kompleksne delatnosti suda u cilju njegove praktične primene, koja se po pravilu okončava donošenjem pravnosnažne i izvršne sudske odluke – što, kako smo videli, nije ništa drugo do svojevrsni nastavak procesa stvaranja prava „iz opšteg u posebno", kojoj se na kraju „udahnjuje život" njenim tumačenjem i izvršenjem. A u ovom celokupnom procesu sud neosporno zauzima centralno mesto.

---

[71] U krivičnom postupku prema maloletnicima ličnost sudije još više dolazi do izražaja nego u opštem krivičnom postupku. Štaviše, on je ovde centralna i dominantna figura, od koje u prvom redu zavisi da li će se ostvariti specifični ciljevi ove vrste sudskog postupka. Inače, u stručnoj literaturi sudija za maloletnike često se kvalifikuje, uzimajući u obzir prirodu poslova koje vrši, kao „sudija i vaspitač". Videti o tome više, P.A.Albrecht, *Jugendstrafrecht*, 3. Auflage, München, 2000, s.296,297.

[72] Jer, kako se slikovito izrazio Peters, odluka nije samo „isticanje zakona". Videti, K.Peters, *Strafprozess*, ibid, s.92.

[73] K.Engiš. Ovaj eminentni autor, nadovezujući se na prethodnu misao, ističe da upravo „na tome počiva odgovornost i čast, nevolja i ponos pravnika". Videti, K.Engisch, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, München, 1963, s.22.

[74] E. von Hippel, *Richterstellung und Richtergesetz*, ibid, s.433.

[75] H.Kelzen, *Čista terija prava*, ibid, str.55.

Dragiša Drakić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Legal Theory Considerations into Individual Aspects of Judicial Prerogatives in Criminal Matter[76]

Abstract

This article examines from the legal theory standpoints, problems relating to the most important aspects of exercising judicial prerogatives in criminal matter, which sheds lights on the nature of exercise of judicial function in criminal procedure.

Following introductory thoughts on the notion of the court in general and on the notion of the criminal court, in particular, the author, in the first part of the article, analyzes and later offers a critical review on preconditions for the exercise of judicial powers by the criminal judge that are both correct and legally sound.

In the central part of the article the author looks at two crucial activities of the judge upon which rendering of a legally sound and just decision in criminal procedure depends on – the determination of facts and application of the law. As for the process of determining facts, the author concludes that this is the most complex and the most responsible activity the judge undertakes in the criminal proceedings. The author supports this statement with in-detail explanation and convincing argumentation. In the next part of the article, the author offers analysis of nothing less complex notion of the application of the law, with particular emphasis on the segment of that activity often referred to as the application of the law in the narrow sense of the word.

At the end, the author concludes that "when rendering a decision, regardless of whether on determining facts or on the application of the law, the personality of the judge, as a decision maker, should never be excluded, since judiciary is a keeper of a true law and is not the executioner of legality".

Key words: court, criminal procedure, judicial prerogatives, determination of facts, application of the law, legal theory aspects.

---

[76] This article is a result of scholarly work done on the project of the Novi Sad Faculty of Law titled "Theoretical and Practical Problems in Creating and Applying the Law (EU and Serbia)".

Originalni naučni rad 347.62(37)

Dr Nataša Deretić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ZNAČAJ JUSTINIJANOVOG KODIFIKATORSKOG RADA U OBLASTI BRAČNIH ODNOSA[1]

***Sažetak**: Ovaj rad osvetljava ulogu imperatora Justinijana, koji dovršivši rad svojih prethodnika (Gregorijanov, Hermogenijanov i Teodosijev kodeks...), kodifikuje celokupno rimsko pravo u zbirci koja je poznata kao Justinijanova kodifikacija. Naravno, kada govorimo o Justinijanu, imamo na umu Tribonijana i članove njegovog tima koji su zaslužni za nastanak navedenog „najvećeg kodifikatorskog dela u vremenu antike, a možda i u istoriji prava uopšte“.[2] Kodifikovanjem i reformisanjem bračnog zakonodavstva uneto je niz novina u porodične, odnosno bračne odnose: kognatsko (krvno) srodstvo konačno potiskuje agnatsko srodstvo i postaje važna prepreka za zaključenje braka; šef porodice više nema „pravo života i smrti“ (ius vitae ac necis) nad članovima svoje porodice, ukinuta je većina paganskih obreda pri zaključenju braka kao i mnoge bračne smetnje koje su se ticale zabrane zaključenja braka između pojedinih pripadnika najviših staleža i osoba „niskog ranga“ (feminae adiectae), ukinute su i zabrane koje su se ticala „neženja“ i „onih bez dece“, a koje su bile uvedene još Avgustovim kadukarnim zakonima.*

Rimsko zakonodavstvo Justinijanovog doba nije insistiralo ni na kakvim formalnostima prilikom zaključenja braka; tražilo se samo da uzajamna saglasnost mladoženje i neveste bude jasno izražena pred nadležnim državnim organom i nakon toga zaključivao se brak. Justinijanovom zaslugom zaživelo je shvatanje da je brak ugovor posebne vrste sa jasno izraže-

[1] Rad je na engleskom jeziku predstavljen na međunarodnoj naučnoj konferenciji „*64e Session de la Societe Internationale Fernand de Visscher pour l`Antiquite*“ koja je održana u Barseloni od 28.09. – 02.10. 2010. godine.

[2] I. Puhan, *Rimsko pravo*, Beograd, 1977, str. 120.

nom namerom da se ta veza smatra brakom jer „saglasnost bračnih drugova čini brak" (consensus facit nuptias) – govorili su Rimljani. Justinijan nastavlja politiku svojih prethodnika ka učvršćivanju braka i porodice i ozdravljenju potpuno poljuljanog porodičnog i društvenog morala. Pod uticajem hrišćanstva (koje se početkom prvog veka n.e. počelo širiti preko robova i siromašnijeg sloja ljudi) i sve izrazitije moralne čistoće koju ono propoveda, kao i pod uticajem drugih (političkih) razloga, uvode se neke nove bračne zabrane, a neke od postojećih zabrana bivaju sasvim ukinute. Hrišćanstvo je izmenilo rimsko shvatanje braka kao ugovora, svojom doktrinom o braku kao ugovoru i „svetoj tajni".

U Justinijanovo doba, iako je brak uveliko pod uticajem hrišćanske vere – ne traži se crkveni blagoslov za zaključenje braka. Crkveni blagoslov će uvesti tek Lav Mudri u IX veku za Istočno Rimsko Carstvo. Brak je po Justinijanu „veza muža i žene koja sadrži trajnu životnu zajednicu". Postupak i radnje koje prate zaključenje braka – veridba, miraz, predbračni poklon, ženidbeni ugovor (instrimentum dotale, za lica iz viših staleža) sadržane su u odredbama Institucija, Digesta, Kodeksa i Novela i iste će biti analizirane u ovom radu.

Ključne reči: *rimski brak, uslovi za zaključenje braka, ukidanje pojedinih bračnih smetnji, forma braka, sponsalia, bračna davanja u vezi sa zaključenjem braka* (*dos*, *donatio ante nuptias*).

%

Period opadanja moći i propasti rimskog carstva se obično identifikuje sa postklasičnim periodom u razvoju rimske istorije i postklasičnim pravom kao pravnim poretkom u njemu. Drugo razdoblje postklasičnog perioda – *dominat* (slikovito se opisuje kao „starost rimske civilizacije, period krize i opadanja")[3], otpočinje sa Dioklecijanom (284–305), a završava se sa Justinijanom.[4] Justinijan je jedan od osamnaest rimskih imperatora sa srpskih i šire balkanskih prostora.

[3] O. Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd, 2000., str. 21.; Pomenuti romanista ostale periode u razvoju rimske države takođe slikovite objašnjava, pa je po njemu: period *kraljevstva* – detinjstvo, *republika* – mladost, a *principat* – zrelost rimske države.

[4] Razdoblje postklasičnog prava prolazi kroz dve faze: u prvoj fazi (tzv. periodu „vojne anarhije") rimsko carstvo je pretrpelo tešku pedesetogodišnju krizu, da bi se dolaskom Dioklecijana na presto, godine 284. prešlo na nov oblik ustavnog uređenja, poznat kao *dominat.* Navedeno prema: A. Romac, *Rečnik rimskog prava,* Zagreb, 1975., str. 643; D. Nikolić, *Fragmenti rimske istorije*, Niš, 1995., str. 92.

Treba podsetiti da od druge polovine trećeg veka, u toku nekoliko generacija, odbranu i sudbinu carstva preuzimaju ratnici i vladari rođeni u Srbiji, kao i šire na Balkanu. Ljudi odrasli u Sirmijumu, Naisu, Singidunumu, odlučujuće će uticati na dalju sudbinu cele Rimske imperije, na njenu postepenu transformaciju ka onoj državi i društvu koje je imalo ključnu ulogu u daljem formiranju srednjovekovne, kao i moderne Evrope.[5] *Justinijan* I, je vladao od 527–565; rođen je kao *Petrus Sabatius* ali je u čast svoga strica i poočima, cara Justina (518–527) uzeo ime Justinijan („pravedni"). Na činjenicu da je Justinijan „naše gore list" ukazuje uvaženi srpski romanista prof. dr Obrad Stanojević koji je svoju tvrdnju da je Justinijan rođen u Tauresijumu, mestu koje se po nekim izvorima nalazilo u okolini Lebana u južnoj Srbiji (tzv. „Caričin grad") obrazložio eminentnim profesorima sa univerziteta u Edinburgu – Piteru Berksu i Grantu Meklaudu koji su taj podatak prihvatili i uvrstili ga u predgovor prevoda Justinijanovih Institucija na engleski jezik.[6]

Justinijan kao obrazovan čovek, znajući da jaka država mora počivati kako na „snazi oružja, tako i na pravu", dovršava rad svojih prethodnika i daje nalog komisiji da otpočne rad na kodifikaciji rimskog prava. Justinijan je imao osnovnu nameru da pod jedan svod smesti sve bisere vekovnog promišljanja rimske pravne nauke, pa tako najviše izmena unosi u bračno, porodično i nasledno pravo.[7] *Codex Iustinianus* osim što daje sliku stanja u Justinijanovo doba, preko konstitucija koje je sam izdao (*Novellae*), pruža i dragocene podatke o prethodnom vremenu, preko carskih odluka preuzetih od prethodnika (*Codex*), preko preuzetih spisa klasičnih pravnika (*Digesta*), preko zvaničnog udžbenika (*Institutiones*), i preko dopunjenog prvobitnog zbornika carskih odluka (*Codex repetitiae praelectionis*). Justinijanove intervencije (tj. njegovog tima) u oblasti bračnog i porodičnog prava, „izraz su težnje da se zakonodavnom delatnošću objedine u neprotivurečnu celinu rimsko pravo i uticaji grčkog prava po-

[5] Prvi rimski car poreklom sa Balkana bio je Maksimin Tračanin (rođen oko 180.) koji se uzdigao od običnog vojnika, preko centuriona do upravnika provincije u vreme imp. Aleksandra Severa, koga je i pogubio i tako postao prvi rimski car niskog porekla. Drugi rimski car poreklom sa Balkana bio je Gaj Decije (rođen u okloni Sirmijuma), pripadnik lokalne aristokratije, vukao je poreklo iz Italije. Ukratko, u Sirmijumu i okolini je rođeno šest rimskih careva: Trajan Decije (249–251), Aurelijan (270–275), Prob (276–282), Maksimijan Herkul (285–310), Konstancije II (337–361), Gracijan (367–383)... Sa liste od 18 rimskih careva sa prostora Balkana i Srbije poseban pečat su ostavili Dioklecijaan, Konstantin Veliki, Justinijan. Opširnije: D.Lopandić, *Rimski carevi sa prostora Srbije i Balkana.* Beograd, 2007.

[6] *Berks and McLeod, Justinian.s Institutes,* Cornell Universitu Press, 1987. str. 8.

[7] V. Stanimirović, *Brak i bračna davanja u istoriji*, Beograd, 2006, str. 97.

znog helenizma istočnih provincija i sve nezaobilaznija dogmatska shvatanja hrišćanske crkve".[8]

Kodifikujući i reformišući bračno zakonodavstvo, Justinijan unosi niz novina u porodične, odnosno bračne odnose: kognatsko srodstvo konačno potiskuje agnatsko srodstvo, a započet proces opadanja uticaja rimske porodice s kraja republike ima za posledicu nepovratno gubljenje pozicija šefa porodice u okviru svoje porodice. Razlozi opadanja uticaja rimske porodice su između ostalog, gomilanje velikog bogatstva i velikog broja robova u rukama pojedinaca u vreme „zlatnog veka rimske istorije"; prihvataju se nove navike koje sve više vode u razvrat i nemoral. Brakovi se nerado zaključuju jer ljudi, okruženi robinjama, ne žele da ta zadovoljstva menjaju za brak i obaveze koje idu uz njega. Gramzivost je uništila poverenje, poštenje i ostale vrline starih Rimljana; umesto toga, naučila je ljude oholosti, surovosti, nepoštovanju dotadašnjih moralnih vrednosti.

Ograničenja očinske vlasti i davanje minimalnih prava potčinjenim licima, započeta još pre postklasičnog perioda, dala su vidne rezultate tek u vreme imperatora Justinijana. Zahvaljujući procesu stvaranja novih principa porodične organizacije i braka u njoj, koji je pripreman kroz vekove, postavljaju se temelji novim bračnim odnosima. Justinijan, iako hrišćanski imperator, zastupa fakultativnu formu zaključenja braka: u kojoj formi će se zaključiti brak zavisi od ličnih afiniteta budućih bračnih drugova. Justinijanovom zaslugom zaživelo je i nadživelo vekove shvatanje – da je brak ugovor posebne vrste, tj. neformalna lična veza muškarca i žene sa jasno izraženom namerom da se takva veza smatra brakom. Današnjim rečnikom rečeno, Justinijan se zalagao za tzv. *građanski brak*, koji i danas poznaju sva savremena prava. Rimsko zakonodavstvo toga doba nije insistiralo ni na nikakvim formalnostima pri zaključenju braka; dovoljan je bio samo faktički zajednički život bračnih drugova i njihova dokazana želja da se takva zajednica smatra brakom. U tadašnjoj praksi, brak je imao samo građanski značaj i bio je podložan građanskoj jurisdikciji, bez bilo kakve neposredne veze sa crkvom. Brak je zaključivan po postojećim građanskim zakonima i taj brak ukoliko je bio u skladu sa zakonskim propisima, crkva je priznavala bez ikakavog pogovora. Brak je mogao biti zaključen i pred sveštenikom ali on nije imao nikakvih građanskih posledica i smatralo se pred građanskim sudom kao da ne postoji. Zato, da bi takav brak mogao imati i građanski značaj, morao je biti za-

[8] J. Lambiri-Dimakli, *Dowri in Modern Greece*: *An Institution at the Crossroads between Persistence and Decline* (*in the 1960 s*), in Kaplan M. (*ed.*), „ *The Marriage Bargain –Women and Dowries in European History* " , New York, 1985, str. 163.

ključen po građanskim propisima, nezavisno od crkvenog braka. Imajući to u vidu, sama crkva je preporučivala svojim vernicima da najpre zaključe građanski brak, pa tek onda da se pristupi svešteniku koji će ih blagosloviti.

Justinijan, zastupajući fakultativnu formu braka, donosi *Novelu 74.* kojom je bila izmenjena dotadašnja praksa da zaključenje braka ima bilo kakve veze sa crkvom. On se obraća srednjem staležu s preporukom da mogu i u crkvi da zaključe brak, pred licem koje zastupa interese crkve na sudu („crkveni advokat") i pred grupom duhovnih lica u ulozi svedoka. Pri tome od srednjeg staleža ne zahteva da ide u crkvu radi venčanja, već samo zbog izrade i čuvanja isprave o braku. Ovakva pisana isprava o zaključenju braka kojom je potvrđivano da su se „određene godine, meseca i datuma, u godini carevanja postojećeg imperatora sa nekim konzulom, konkretna lica javila „crkvenom advokatu" i sklopila bračni ugovor (savez) potpisan od strane „advokata", supružnika i tri do četiri svedoka – služila je kao dokaz da je brak zaista zaključen, pa je kao takva smeštana u crkvenu riznicu".[9] Justinijanovo obraćanje pripadnicima srednjeg staleža nema obavezujući karakter; značajno je, zbog toga što predstavlja prvi korak ka zbližavanju građanskog i crkvenog braka, jer je zaključenje braka delimično podvrgnuto nadzoru crkve.

Kasnije, u *Noveli 117*, Justinijan čak i ne govori više o pripadnicima srednjeg staleža, već samo o licima više klase. Jedino za pripadnike viših slojeva (*illustres et senatores*) propisuje obavezno sastavljanje pismenog dokumenta: o *mirazu* koji donosi nevesta mladoženji i o *bračnom daru* od strane mladoženje u korist neveste. On se obraća licima višeg staleža koje izdvaja, rukovodeći se ekonomskim motivima, a ne religioznim, upućujući ih na uobičajeni ženidbeni ugovor (*instrumenta dotale*) iz carskog doba, kao dokaz da je brak zaključen. Propisijući da je konstitutivni elemenat bračnog ugovora *instrumentum dotale*, Justinijan je iz korena promenio bračni ugovor. U pomenutoj Noveli, za lica ostalih staleža kaže se, da ukoliko ne žele ili ne mogu da sastave određeni dokument za zaključenje braka, njihov brak je punovažan usled samo jedne saglasnosti; siromašnim licima je savetovano zaključenje braka uz prisustvo svedoka ili uz crkveni blagoslov (venčanje).

Crkveni blagoslov kao pravna forma zaključenja braka, u vreme Justinijana, ima fakultativni karakter; u obaveznom obliku pojaviće se kasnije u Zborniku careva Lava Isavrijskog i njegovog sina Konstantina Kopronima 726. godine. Sa njima otpočinje živa zakonodavna aktivnost vizantijskih careva koji su bili duboko prožeti idejom hrišćanstva, tako da

[9] S. Troicki, *Hrišćanska filozofija braka,* Beograd, 1934, str. 166.

se u njihovim novelama nalaze mnogi tragovi hrišćanskog učenja o braku. Svečane reči koje su mladenci izgovarali pri zaključenju braka sa *manus*-om: „*Ubi tu Gaius ibi ego Gaia*“ („*Gde god budeš ti s tobom biću i ja*“), bivaju zamenjene novim rečima: „*Nek onaj ko je blagoslovio svadbu u Kani Galilejskoj – blagoslovi i vas. Volite se kao muž i žena. U im e Oca, Sina i Svetog Duha. Budite jedno i u ovom i u narednom životu. Sada i Zauvek*“.[10]

Uslovi za punovažnost zaključenog braka

U vreme Justinijana brak je bio pravnim propisima uređena monogamna zajednica života između muškarca i žene. I dok je u starom pravu žena posle udaje postajala lice *alieni iuris* koje je direktno bilo podložno zapovestima *pater familias*-a, u klasičnom i postklasičnom pravu nestalo je direktne zavisnosti žene od *pater familias*-a i muža. Justinijan polazi od Modestinove definicije braka pa kaže da je brak „veza muža i žene i zajednica celokupnog života, sjedinjenje po božanskom i ljudskom pravu“,[11] odnosno da je to „veza između muža i žene koja sadrži trajnu životnu zajednicu.“[12]

Pravovaljani rimski brak mogla su zaključiti samo lica kojima je priznat *ius conubii* (bračna sposobnost); imali su je i dalje samo rimski građani i stari latini (*latini veteres*) uz ograničenja sada za pripadnike grupa vezanih za zanimanja. S hodno tome, u Justinijanovo doba, važio je propis da se „ne može zaključivati brak sa bilo kojom ženom i da treba izbegavati neka venčanja“.[13] tj. „građani se rimski pravovaljano venčavaju kada se po propisima zakona udruže muški odrasli i odrasle žene bili oni starešine ili sinovi u familiji“.[14]

I u Justinijanovo doba morali su biti ispunjeni uslovi u pogledu *različitosti polova* i u pogledu *saglasnosti volja*. Tako se brak zaključivao prostim sporazumom (*nudus consensus*) koji bi postigli budući bračni drugovi (verenik i verenica), o tome da žele da žive zajedno. Više nije uslov za zaključenje braka – saglasnost *pater familias*-a, što

[10] *Ekloga*, II,1,3,8

[11] Dig. 23.2.1.: „*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris comunicatio*“.

[12] Inst. 1.9.1: “*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens*“.

[13] Inst. 10.1: “*Erga non omnes nobis uxores ducere licet: nam quarundam nuptiis abstinendum est“.*

[14] Inst. 1.10.1: “*Iustus autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt masculi quidem puberes, feminae autem viropotentes, sive patres familias sunt sive filii familias* “.

nedvosmisleno ukazuje na gubljenje pozicije *pater familias*-a u okviru porodice. Volja za zaključenje braka morala je biti slobodno izražena potpuna, svesna i nesumnjiva; morali su je izraziti sami supružnici lično i istovremeno i to u onom trenutku kada je brak zaključen. Ukoliko se radi o licima *alieni iuris* u Institucijama je sadržana odredba koja kaže da „ako su sinovi u familiji, treba da dobiju saglasnost roditelja; to zahteva i prirodni i građanski zakon".[15] Ali je isto tako bilo određeno da lica koja imaju decu pod svojom vlašću, pa im neosnovano zabranjuju da se ožene ili udaju, mogu biti prisiljeni od strane konzula ili upravnika provincije da dozvole zaključenje braka i da daju miraz.[16]

Iz Ulpianove rečenice da „brak....nastaje ne zajednicom (postelje) nego saglasnošću volja"[17], proizilazi da je pored nesumnjivo izražene saglasnosti volja verenika (*solo consensus*), bila neophodna i *affectio maritalis* – dokazana želja (namera) da se zasnovana zajednica smatra brakom. Pod „dokazanom željom" podrazumevalo se da uzajamna saglasnost mladoženje i neveste bude javno i jasno izražena i nakon toga zaključivao se brak. Zadržan je narodni običaj da se postignuta saglasnost, kako u pogledu zajedničkog života, tako i u pogledu prirode te zajednice, izrazi u formi svečanog dovođenja verenice u verenikovu kuću (*domum deductio)*. Čin dovođenja žene u muževljevu kuću (*deductio in domum mariti*) predstavljao je momenat zaključenja braka.

Bračne smetnje (impedimentum matrimonii)

Justinijan je reformisao brak u tom smislu što je: ukinuo većinu paganskih obreda pri zaključenju braka, što je ukinuo neke od ranijih bračnih smetnji, što je uveo i neke nove zabrane (kao na primer – razlika u veri), a da su pri tome zadržane većina bračnih smetnji iz klasičnog perioda (postojeći brak, maloletstvo, duševna bolest, srodstvo, preljuba, brak tutora i staratelja, brak guvernera). Pri razmatranju bračnih smetnji uobičajeno je da se one svrstavaju ili u apsolutne ili u relativne bračnie smetnje.

---

[15] Inst. 10.: *Dum ta men filii familias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt, nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet in tantum*; prevod: L. Bakotić, *Justinijanove institucije*, Beograd, 1912, str. 22.

[16] Dig. 23.2.19: *Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex consitutione divorrum Severi et Antonini, per proconsules praesidiesque provinciarum cognitur in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.*

[17] Dig. 35.1.15: *...Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit…*

Apsolutne bračne smetnje

Duševna bolest – onemogućava zaključenje braka, „jer je za to potrebna saglasnost volja, ali ne raskida ranije zaključeni brak“[18] Da bi bila smetnja za zaključenje punovažnog braka, duševna bolest je morala da postoji u momentu zaključenja braka (kao i u prethodnim periodima). Znalo se da duševno bolesno lice ne može da doprinese rađanju zdravog naraštaja i da ne poseduje svest i volju koji su nepohodni da bi se shvatile pravne posledice izjavljene volje.

Maloletstvo – Procenu o tome da li je neko polno zreo za brak ili ne, ne daje više *pater familias* na osnovu fizičkog pregleda tela svakog od kandidata ponaosob. Bračna zrelost se u ovom periodu utvrđivala na osnovu objektivnog kriterijuma; polnu zrelost za brak muškarci su sticali sa navršenih četrnaest godina, a žene sa navršenih dvanaest godina starosti. [19]

Bračnost – I brak bez *manus*-a koji preovladava u ovom periodu, zasnivao se na monogamiji; „onoga ko istovremeno ima dve žene, izvan svake sumnje pratila je infamija“, stoji u Kodeksu.[20] S obzirom da je u Rimu ovog doba postojala je pretpostavka u korist braka; svako stalno polno življenje punopravnih muškaraca i žena smatralo se brakom. Iako se po spoljašnjem izgledu brak nije razlikovao od konkubinata, koji je takođe bio trajna veza između muškaraca i žena, konkubinat je bio neka vrsta „braka nižeg ranga“ jer takvoj vezi nedostataje namera (*affectio maritalis*) da se živi kao muž i žena; odnosno „konkubina se razlikuje od supruge prema sklonostima“, kako kaže Paulo u svojim Sentencijama (2, 20). Zanimljivo je da nisu same stranke morale dokazivati da su u braku, već je treće zainteresovano lice moralo dokazati da postoji neka smetnja da se dotična veza smatra brakom. Pri dokazivanju da je određena zajednica dvoje ljudi suprotnog pola – brak, država se zadovoljavala minimumom; za ovo je bilo potrebno na primer, faktičko življenje u toku jedne godine, iskazi svedoka o pristanku stranaka za brak ili njihovo međusobno oslovljavanje sa gospodine (*dominus*) i (*domina*) gospođo.[21] Justinijan

---

[18] Dig. (Pauli), 23.2.16, 2.: *Furior contrahi matrimonium non sinit, quia consensus opus est, sed recte contractum non impedit.*

[19] Dig. 23.2.4: “*...minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virim explesset duodecim annos*“. C. 5.60.3: “*...quemadmodum feminae post omletos duodecim annos omnimodo pubescere iudicantur, ita et mares post excessum quattuordecim annorum puberes existimentur indagatione corporis inhonesta cessante*“;

[20] C. 9,9,18.: *Eum qui duas simul habuit uxores sine dubitatione comitatur infamia. In ea namque re non iuris effectus, quo cives nostri matrimonia contrahere plura prohibentur, sed animi destinatio cogitatur.*

[21] Nov. 74.4.: …*Qui vir vocabat dominam contraherentem et iustum illa similiter nominabat, et sic eis finguntur matrimonia non pro veritate confecta…Quisquis autem in*

je u ovom oslovljavanju video jednu od razlika između braka i konkubinata. Tako, kada se strane u zajednici međusobno oslovljavaju sa gospodine i gospođo – onda postoji brak; nema li toga – onda je takva zajednica konkubinat. Radnje koje su govorile da li se radi o braku su i izvršavanje bilo kojeg bračnog obreda ili sastavljanje ženidbenog ugovora, odnosno dokumenta o mirazu.

Relativne bračne smetnje

Nečastan život i ponižavajuće zanimanje – U vreme principata, Julijevim zakonom (*Lex Iulia maritandis ordinibus*) bilo je zabranjeno senatorima i njihovim potomcima da zaključuju brakove sa osobama koje vode nečastan život ili se bave nečasnim zanimanjem. I u postklasičnom periodu zadržana je navedena zabrana zaključenja braka slobodno rođenim Rimljanima sa osobama nedoličnog ponašanja ili ozloglašenim (*turpis persona*), pod kojima su se podrazumevali: prostitutke, gladijatori, vlasnici javnih kuća odn. podvodačice, preljubnice.[22] U prvom periodu postklasičnog prava (pre Justinijana), žene sa kojima nije bilo dozvoljeno zaključiti brak, jer su vodile nečastan život i bavile se ponižavajućim zanimanjem (po tadašnjim merilima), bile su: robinje, libertinke, *scaenica* – glumica koja je tretirana kao prostitutka, *tabernaria* – ona koja je vodila krčmu i zbog toga tretirana kao podvodačica, kćeri takve žene, kćeri krčmara (*tabernarius*-a) koji je takođe tretiran kao podvodač (bez obzira da li one rade u krčmi ili ne), kćerka podvodača uopšte, kćerka učesnika spektakla u areni (*harenarius*-a), posebno kćerka gladijatora, kao i žena koja se bavila javnom trgovinom.[23] Ukoliko bi se i pored izričite zabrane sa takvom ženom zaključio brak, isti je bio ništav, a deca iz takvog braka nelegitimna.

U vreme vladavine Justinijana ukinuta je zabrana zaključenja braka pripadnicima visokih društvenih krugova (senatorima) sa licima nižeg ranga, čime je bila otklonjena važna društvena prepreka za zaključenje braka. Kao dokaz da je dopustio zaključenje braka ženama „niskog ranga“ (*feminae adiectae*) sa pripadnicima viših slojeva društva, u izvorima se navodi verski obojen odgovor Justinijana na pitanje: „Ako neko ima za ženu oslobođenicu i bude odlikovan u službi, bude upisan u senatore – da li se brak raskida, pošto *lex Papia* ne dopušta zaključenje braka između

---

abiecta degit vita, parvae quidem substantiae dominus consistens in nivissima vero vitae parte iacens, habeat etiam in his liicentiam…

[22] Dig. (Ulpianus), 23.1.12, 1: *Tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat.*

[23] R.Astolfi, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria* , SDHI, 31, 1965, str. 40

senatora i oslobođenice“[24]. U Kodeksu se iznosi stav da ovakav brak ne treba da bude raskinut, rečima: „mi poštovaoci božanske volje ne dopuštamo da u okviru istoga braka muževljeva sreća bude nesreća za ženu.“ [25] Justinijan je donošenjem navedene konstitucije dopustio zaključenje braka senatorskom redu bez obzira na pol sa oslobođenicima.[26]

U dugogodišnjoj rimskoj istoriji zanimanje glumice je tretirano kao ponižavajuće, sramotno zanimanje. Zaslugom Justinijana, status glumice se promenio u tom smislu što je od njegovog vremena dozvoljeno zaključenje braka bivšim glumicama i njihovim kćerima sa pripadnicima najvišeg staleža.[27]Pomenutoj kategoriji žena olakšan je život i ranije, u vreme vladavine Justina (529. – 523. god.) koji je dopustio glumici koja je prestala da se bavi glumom i njenoj kćeri, kao i kćeri umrle glumice – da zaključe brak, uz uslov da za to dobije odobrenje imperatora; Justinijan ide dalje sa olakšicama i 534. god. ukida zahtev za odobrenjem imperatora. [28] Od tada bivše glumice, njihove kćerke i kćerke pokojne glumice mogu da zaključuju brak kako sa „libertinima“, tako i sa slobodno rođenima, pa i s onima koji zauzimaju i najviši društveni položaj. Taj njegov postupak može da posluži kao još jedan dokaz, kako se u rimskom društvu krug bračnih smetnji i zabrana određivao prema potrebama i interesima rimskih vladara. Justinijan je dejstvo Julijevog zakona (za pripadnike visokih društvenih redova, kojim je bilo zabranjeno senatorima i njihovim potomcima da zaključuju brak sa osobama koje vode nečastan život ili se bave ponižavajućim zanimanjem), ukinuo iz ličnih razloga, kako bi se oženio Teodorom, koja je prema nekim izvorima imala najniže moguđe poreklo; „rodila se u cirkusu, gde joj je otac bio sluga, a ona se kasnije bavila svim i svačim i između ostalog, bila je i čuvena kurtizana Konstantinopolja“.

---

[24] *C.5.4.28: Si libertam quis uxorem habeat, deinde inter senatores scribatur dignitate illustratus, an solvatur matrimonium, apud Ulpianum querebatur, quia lex Papia inter senatores et libertas stare conubia non partitur.*

[25] C. 5.4.28,1.: *Nos igitur dei sequantes iudicium non patimur in uno eodemque conubio mariti felicitatem uxori fiery infortunium, ut, quantum vir in altum tollatur,tantum et coniux desrescat, immo magis penitus depereat.*

[26] Nov. 78. 3.: *...Libertas enim matris et insuper documentum nuptiale sobolem liberam et ingenuam et patri succedentem demonstrabunt*

[27] C. 5.4.23.(3): *Sed etsi mulieres post divinum rescriptum ad preces earum datum ad matrimonium venire distulerint, salvam eis nihilo minus existimationem servari praecipimus tam in aliis omnibus quam ad transmittendam quibus voluerint suam substantiam et suspiciendum sibi legibus ab aliis relictam vela b intestato delatam hereditatem.*

[28] C. 5.4. 23 (4): *Similes vero tale merentibus ab imperatore beneficium mulieribus illias etiam esse volumes, quae dignitatem aliquam, etssi non serenissimo principi supplicaverunt, ultronea tamen donatione ante matrimonium meruerint, ex qua dignitate aliam etiam omnem maculam, per quam certis hominibus legitime coniungi mulieres prohibentur, aboleri pentius oportet...*

Položaj *guvernera* je i dalje bio prepreka za zaključenje punovažnog braka iz istih razloga kao i u klasičnom periodu; guverner provincije nije mogao da zaključi brak sa ženom iz te provincije, jer su razlozi državne službe tako nalagali; današnjim rečnikom rečeno guverner bi učinio zloupotrebu službenog položaja. Pozadina toga bilo je verovanje, da bi se guverneri tim činom, osilili i postali manje poslušni prema državi koju su predstavljali i čije su interese trebali da štite. Ovom zabranom se želelo da se predupredi da tazbina bude preča od interesa države.

U Justinijanovo doba koje je uveliko pod uticajem hrišćanstva, ustanove Avgustovog bračnog zakonodavstva iz klasičnog perioda (*capacitas, celibat, orbi*)[29] – nemaju nikakvog značaja. Sada se na *celibat* (neženjstvo) ne gleda kao na nekakvo ogrešenje o pravne i moralne norme, već se ono pod uticajem hrišćanstva favorizuje, i ističe se čednost kao jedna od najviših vrlina. Tekst Konstantinove konstitucije iz 320. god. kojim se i formalno oslobođaju sankcija neženje i oni bez dece – preuzima Justinijan i nalazi mu mesto u Kodeksu.[30]

Srodstvo – Justinijanovom zaslugom kognatsko srodstvo konačno izbija u prvi plan i postaje veoma važna prepreka za zaključenje punovažnog braka. Tako, nije se mogao zaključiti brak između predaka i potomaka, bez obzira u kom se stepenu krvnog srodstva nalazili (*Ulpianus, Reg. 5,6.*). Drugim rečima, nije se mogao zaključiti brak između krvnih srodnika u uzlaznoj i silaznoj liniji (oca i kćeri, dede i unuke, majke i sina, babe i unuka). Nije mogao zaključiti brak između pobočnih srodnika, (brata i sestre, bilo da su od istog oca i iste majke ili samo jednog od njih dvoje). Najpre je Konstantin ukinuo dotadašnju praksu zaključenja braka sa krvnim srodnikom u pobočnoj liniji do četvrtog stepena (brak sa bratanicom, sestričinom, a takođe ni sa bratovljevom, odnosno sestrinom unukom), što je važilo u vreme imperatora Klaudija (41.–54. god., kako bi zaključio brak sa bratanicom Agripinom). Justinijan je u svojim Institucijama prihvatio ovu zabranu kao pravilo, pa je polna veza pobočnih srodnika ponovo proglašena incestom. [31] Navedenom zabranom se želelo da

[29] Imperator Avgust je boreći se za moralni preporod društva i sprovodeći svojevrsnu demografsku reformu – zakonskim putem sankcionisao masovne pojave neženjstva (*celibat*) i braka bez dece (*orbi*), ne dajući im između ostalog *capacitas* (sposobnost sticanja po osnovu testamenta).

[30] C. 8.57(58).1.: *Qui iure veteri caelibes habebantur, imminentibus legume terroribus liberentur atque ita vivant, ac si numero maritorum foedere fulcirentur, sitque omnibus aequa condicio capessendi quod quisque. Nec vero quisquam orbus habeatur: proposita huic nomini damna non noceant...*

[31] Inst. 1.10.2: "*fratris vel sororis filiam uxorem ducere non licet, sed neptem fratris vel sororis ducere quis potest quamvis quarto gradu sunt*".

se prekine sa praksom da u carskim porodicama bliži srodnici od četvrtog stepena sklapaju brakove, kako na rimski presto ne bi dolazili mahniti i najblaže rečeno čudni vladari.

Kodifikujući i reformišući bračno zakonodavstvo, Justinijan pored *krvnog srodstvo* kao prepreke za zaključenje punovažnog braka, uvodi i *građansko srodstvo* (ustanovljeno putem usvojenja). Tako, nije mogao biti zaključen brak između usvojitelja i usvojenika, kako u vremenu dok traje usvojenje, tako i nakon prestanka usvojenja. Kada bi usvojilac emancipovao usvojenicu, nije ni tada mogao zaključiti punovažan brak jer se smatralo da mu je usvojenica već jednom, a to znači zauvek, postala poćerka; sa usvojenicom svoga oca, sin je mogao da zaključi brak jedino ukoliko bi usvojenje bilo raskinuto, a usvojenica (polusestra) bila emancipovana.[32]

Tutorstvo je i u postklasičnom periodu bilo važna smetnja za zaključenje braka. Tako je bilo zabranjeno tutoru da uzme štićenicu za ženu, kako za sebe, tako i za svoga sina. Za to su postojala dva razloga: kao prvo, tutor je zamenjivao roditelja i još uvek se smatralo da je suprotno moralu uzeti kćer za ženu;[33] drugi razlog je bio takođe važan i sastojao se u nameri da se obaveže tutor na savesno obavljanje te uloge; da se preduprede eventualne zloupotrebe u vezi sa imovinom štićenice (jer je tutorstvo prevashodno i zasnivano kako bi se zaštitila njena imovina). Ova zabrana se odnosila ne samo na tutora i njegovu štićenicu, već i na tutorovog sina i tutorovog unuka i štićenice.[34] Takođe, između staratelja i njegove pupile, odnosno starateljevog sina i pupile koja nije navršila dvadeset šest godina starosti – nije mogao biti zaključen punovažan brak.[35]

U pogledu *tazbinskog srodstva*, Justinijan je govorio da iz obzira prema tazbini treba izbegavati zaključenje braka sa tazbinskim srodnikom u drugom stepenu: pastorkom ili snahom, jer obe spadaju u red kćeri; takođe, treba izbegavati zaključenje braka sa taštom ili maćehom.[36] Ukoli-

---

[32] Inst. 1.10.1.: *…Et haec adeo ita sunt it, quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio iungi, in tantum ut etiam dissolute adoption idem iuris maneat: itaque eam quae tibi per adoptionem filia aut neptis esse coeperit, non poteris ducere, quamvis eam emancipaveris.*

[33] Dig. 23.2.14.2: *"...quoiam in contrahendis matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendis est: contra pudorem est autem filiam uxorem suam ducere".*

[34] Dig. 23.2.59: *"Senatus consulto, quo cautum est, ne tutor pupillam vel filio suo vel sibi nuptum collocet, etiam nepos signifacatur*".

[35] Dig. 1.66: "*Non est matrimonium, si tutor vel curator pupilam suam intra vicesimum et sextum annum, non desponsam a patre nec testamento distinatam, ducant uxorem vel eam filio suo iungati;quo facto uteruque infamatur*".

[36] Inst. 1.10. (6,7): *Adfinitatis quoque veneration quarundam nuptiis abstinere necesse est. ut ecce privignam aut nurum uxorem ducere non licet, quia utraeque filiae loco sunt. Quod scilicet ita accipi debet, si fuit nurus aut privigna: nam si adhuc*

ko bi i pored svih zabrana, ipak bio zaključen brak, isti nije proizvodio pravno dejstvo – nije bio punovažan. Nisu se priznavali ni muž ni žena, ni venčanje, ni brak, ni miraz; deca iz ovakvog braka su vanbračna i prate sudbinu majke, a ne oca, itd.[37]

Preljuba – Preljuba je u prvom delu postklasičnog perioda, još uvek pod snažnim uticajem Avgustovog zakona *lex Iulia de adulteriis*, koji tretira ovaj problem. Preljuba i dalje predstavlja ozbiljnu prepreku za zaključenje braka, pa oni koji su povredili obavezu bračne vernosti, nisu mogli da zaključuju pravovaljani rimski brak. Konstantin u svojoj konstituciji iz 334. godine (Knj. II, glava 15, paragraf 1. Teodosijevog kodeksa), smatra da je preljuba žene najteža od svih grešaka koje žena može da učini, odnosno da je „preljuba isto što i zločin protiv boga", i za taj delikt je predvideo smrtnu kaznu; ukoliko bi muž odlučio da ženi poštedi život, preljuba je služila kao jedan od razloga za razvod braka.[38] Justinijan u preljubi vidi prekršaj[39], ali smatra da „preljubnica nije nedostojna ljudskog interesovanja i svi njegovi napori su usmereni na to da je nateraju na kajanje; muž nije više primoran kao ranije da otera svoju ženu preljubnicu pre nego što pokrene postupak za utvrđivanje preljube i uvek joj može oprostiti, čak i posle osude žene.[40] Da bi zaključeni brak prestao da postoji mora se najpre utvrditi preljuba i ista osuditi. Justinijanov stav prema preljubi je ublažen; za preljubu je predvideo zatvaranje žene u manastir privremeno (do dve godine); ako joj u tom periodu muž oprosti, ona mu se pridružuje i brak se nastavlja; ukoliko joj ne oprosti, ili ako muž umre u navedenom periodu od dve gosine, ženi se obrije glava i u nekom manastiru ostaje do kraja života.[41] Okolnost da je muž mogao oprostiti ženi preljubu čak i posle osude žene, za to doba je nesumnjivo novina.

Razlika u veri – bila je nova bračna smetnja koju je uveo Justinijan reformišući bračne odnose. U početku pojave same religije, hrišćanstvo nije ni primećivano; zbog mnogobožačke religije Rimljana vladala je pri-

---

est, id est si adhuc nupta est filio tuo , alia ratione uxorem eam ducere non poteris, quia eadem duobus nupta esse non potest:item si adhuc privigna tua est, id est si mater eius tibi nupta est, ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere nonlicet…

[37] Inst. 1.10.(12): *Si adversus ea quae diximus aliqui coierint, nec vir uxor nuptiae nec matrimonium nec dos intellegetur; itaque ii qui ex eo coitu nascuntur in potestate patris non sunt, sed tales sunt, quantum ad patriam potestatem pertinent, quales sunt ii quos mater vulgo concepit.*

[38] C.Th.II,15,1.

[39] C. 9.9.22. : *Si ea quae tibi stupor cognita est passim venalem formam exhibuit ac prostitute meretricio more vulgo se praebuit, adulterii crimen in ea cesset.*

[40] Navedeno prema: M. Mladenović, *Razvod braka*, Beograd, 1964, str. 50.

[41] M. Mladenović, isto.

lična verska tolerantnost u svakom pogledu, pa i u pogledu zaključenja braka; zaključenje braka nije toliko zavisilo od veroispovesti koliko od staleške razlike. Kada je nastupio period progona hrišćanstva, pristalice te nove vere su stavljene van zakona ili pod izuzetne zakone, kao neprijatelji ljudskog roda. Progon je započeo Decije (249.– 251. god.), da bi ga nastavili ostali imperatori, posebno Dioklecijan, koji izdaje 303. god. prvi edikt protiv crkve. Dioklecijanov nekadašnji suvladar, Galerije je 311. godine proglasio mir i toleranciju. Crkva u tom periodu i nije bila opasna po državu jer nije težila nikakvom socijalnom prevratu ili revoluciji. Čak, pozivajući robove da poštuju svoje gospodare, a ostale da se pokoravaju vlasti, crkva je radila na očuvanju postojećeg društvenog poretka. Tako je država sve više padala u oportunizam, praveći kompromis između hrišćanskih ideala i rimske države. Sve je to rezultiralo time, da je Konstantin Veliki, *Milanskim ediktom* iz 313. god., proglasio versku toleranciju, priznajući hrišćanstvu, odnosno hrišćanskoj crkvi, ravnopravnost sa ostalim religijama u Carstvu. Nije se stalo na tome, već je on u toku svoje vladavine, raznim pogodnostima i obilnom materijalnom pomoći, omogućio crkvi da se relativno brzo pretvori u najznačajniju, a 380. godine (trista godina nakon svog postanka) i jedinu dozvoljenu državnu religiju u Carstvu.

Milanskim ediktom Konstantina Velikog, došlo je do promena u samom gledanju na brak. Država je do tog vremena brak tretirala kao ugovor, a sada se kod zaključenja braka počinje voditi računa o veri. S obzirom da je tokom srednjeg veka, vera koju je propovedala crkva igrala ogromnu ulogu u životu svih društvenih slojeva, dogodilo se da hrišćanska crkva izmeni rimsko shvatanje braka kao ugovora, svojom doktrinom o braku kao ugovoru i „svetoj tajni“.[42] U vezi sa time, crkva će stvoriti pravila kojima je propisala obaveznu crkvenu formu zaključenja braka, što su i države srednjeg veka prihvatile. U odredbama kanonskog prava srećemo se sa shvatanjem da je „samo čovek stvoren prema slici božjoj“, tako da žena treba da bude podređena muškarcu; gotovo rob i služavka. To je doprinelo da status žene, kao roba i služavke podređene mužu, bude prisutan kroz ceo srednji vek, pa i kroz novi vek, u mnogim državama i do današnjih dana. Tek će sa francuskom buržoaskom revolucijom otpočeti borba oko smene crkvenog braka – građanskim brakom, koji priznaju skoro sva moderna zakonodavstva.

Crkva nije pravila razliku između slobodnih i neslobodnih ljudi, ali jeste između vernika i nevernika (što su po njima bili Jevreji, na primer). U

[42] Poznato je da se veliki deo verskog života u srednjem veku zasnivao na tzv. *svetim tajnama* kojih je već od XIV veka bilo sedam: krštenje, posvećenje (krizma), pričešće, pokora, poslednje miropomazanje, božje zapovesti i brak.

Justinijanovo doba razlika u veri, postaje jedna od najvažnijih smetnji za zaključenje punovažnog braka. On preuzima zabranu Konstantina, izdatu 339. god., (kojom se zabranjuje zaključenje braka između hrišćana i judejaca, pod pretnjom smrtne kazne)[43] kao i konstituciju cara Valentijana II, Teodosija i Arkadija (izdata 388. god.) u kojoj se ističe sledeće: „Neka nijedan Jevrejin ne uzme hrišćanku za ženu, niti Jevrejka da stupi u brak sa hrišćaninom; ukoliko neko nešto od ovoga ipak učini, odgovaraće kao da je učinio krivično delo – preljube. Svakome bez razlike dozvoljeno je da u ovakvom slučaju podnese tužbu".[44] Navedeni primer je jedan od dokaza o nastojanju crkve da brak kao instituciju drži pod kontrolom; brak koji bi bio zaključen između hrišćanina i judejke nije smatran punovažnim, već se na njega gledalo kao na običnu preljubu koja se na osnovu javnoga mišljenja mogla goniti i kazniti. Tužba koja se mogla podići u tom cilju imala je karakter *actio popularis*, što je značilo da ju je mogao podići svaki građanin jer se radilo o opštem interesu koji je trebalo zaštititi. Imala je penalni karakter; kazna je izražavana kroz novčani iznos. Odredba navedene konstitucije je najpre preko Justinijanovog zbornika, a potom kroz Bazilike, pa Nomokanona – postala opšte važeće crkveno pravilo.

Na hrišćanski karakter braka u vreme Justinijana upućuju mnoge odredbe Justinijanove kodifikacije; postupak i prateće radnje koje idu uz zaključenje braka, bile su regulisane odredbama Institucija, Digesta, Kodeksa i Novela. Posebno se u Digestama govori o veridbi, o mirazu, o predbračnom poklonu i samom braku.

Veridba (*sponsalia*)

O veridbi se govori u Digestama, gde se kaže da je „*veridba (sponsalia) dogovor, međusobno obećanje budućeg braka*".[45] Na drugom mestu stoji da „*veridba kao i brak, nastaje saglasnošću onih koji ih zaključuju; s toga je potrebno da se i kćerka saglasi*".[46] Novinu predstavlja okolnost da se veridba nije više morala zaključivati u obliku stipulacije (izgovaranjem svečanih reči), već neformalno[47] – putem poljupca, pred rođacima i prijateljima.

---

[43] C.Th. 14.8–6: "*Capitali periculo subiugentur*".

[44] C.1.9.6: Impp. Valentianus, Teodosius et Arcadius: *Ne quis christianam mulierem in matrimonium iudaeus accipiat neque iudaeae christianus coniugium sortiatur. Nam si quis aliquid huiusmodi admiserit, adulterii vicem commissi huius crimen obtinebit, libertate in accusandum publicis quoque vocibus relaxata…*

[45] Dig. 23.1.1: "*Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum* ".

[46] Dig. 23.1.11.: "*Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt: et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportett*".

[47] Dig. 23.1.4.: *Sufficit nudus consensus ad constituenda asponsalia* –„Za zaključenje veridbe dovoljna je neformalna saglasnost volja".

Da veridba dobija na ozbiljnosti, može se videti i iz pravila da se nevernost verenice tretira kao preljuba; u slučaju da se ne raskine stara veridba, a da se zaključi nova veridba – takvo lice dobija epitet infamnog lica. Zabranjen je bio brak između sina i verenice oca, i obrnuto, između oca i verenice sina; zatim između jednog brata i verenice drugog brata, kao i između verenika i majke verenice.[48] Tutor i staratelj pupile, kao i njihova deca, takođe su proglašavani infamnim ukoliko bi svoj položaj iskoristili pa zaključili veridbu sa istom.[49] Vremensko ograničenje veridbe koje je uveo Avgust, prihvatio je i Justinijan, koji predviđa rok trajanja veridbe od dve godine za verenike koji se nalaze u istoj teritorijalnoj jedinici, odnosno u istoj provinciji; važno mesto zauzima ustanova *arrha sponsalia*, kao neka vrsta kapare, garancije za slučaj raskida veridbe; kaparu je plaćao onaj ko bi izneverio zadatu reč. [50] O sudbini darova koje su dati prilikom veridbe govori preuzeta konstitucija Konstantina gde između ostalog stoji „da od darova koji su dani *osculo interveniente*, polovina pripada verenici, odnosno njenim naslednicima, ako verenik ili verenica umru pre braka“.[51]

Miraz (*dos*)

Miraz opstaje u Vizantiji dugo, s time što su od vremena Justinijana muževi dodavali mirazima *donatio propter nuptias* u visini unetog miraza u brak. U Justinijanovom pravu srećemo se sa znatnim ograničenjem muževljevih prava nad dobrima koja je primio na ime miraza. Muž više ne može punovažno otuđiti nepokretnosti koje su mu date na ime miraza, bez obzira da li se nalaze u Rimu ili provinciji; čak i u slučaju da se žena saglasi sa tim.[52] Miraz (*dos*) ostaje svojina žene (*res mulieris*), a muž stiče samo pravo uživanja nad miraznim dobrima. To je značilo da je muž sticao pravo da upravlja i ubira plodove sa ženinih nepokretnosti radi korišćenja za zajed-

---

[48] Inst. 1.10.2.; *Inter eas quoque personas, quae ex transverso gradu cognationis innguntur, est quaedam similis observation, sed non tanta. sane enim inter fratrem sororemque nuptiae prohibitae sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ex alterutro eorum…*

[49] C. 5.6.7.: *..Si tutor vel curator pupillam vel adultam quondam suam sibi vel filio suo nullo impetrato beneficio in matrimonio collocaverit, manet infamia contra ...* D. 23.2.14.:*Adoptivus filius si emancipetur, eam quae patris adoptive uxor fuit ducere non potest, quia novercare locum habet…*

[50] C. 5.1.2. Imperator Constantinus*: Si is, qui puellam suis nuptias pactus est, intra biennium exsequi nuptias in eadem provincial degens supersederit degens supersederit, eiusque spatii fine decurso in alterius postea coniunctionem puella pervenerit, nihil fraudis ei sit ...*

[51] C. 5.1.2.

[52] Inst. 2.8.: *Accidit aliquando ut qui dominus sit alienare non posit, et contra qui dominus non sit alienandae rei potestatem habeat….cum enim lex in soli tantummodo rebus locum habebat quae Italicae fuerant, et alienations inhibebat quae invita muliere fiebant…*

ničke bračne potrebe. Pri tome je morao da se ponaša kao dobar domaćin; za eventualnu štetu koju bi naneo miraznim dobrima, muž je odgovarao zbog namerno pričinjene štete, jer je miraz primio u svoju korist.[53]

Načela klasičnog prava o svojini nad miraznim dobrima i o restituciji miraza bila su usvojena i u postklasično vreme uz izvesne izmene. Pravilo u pogledu restitucije miraza bilo je, da muž uvek vraća miraz, bilo to ugovoreno ili ne, odnosno, čak i kada je bilo ugovoreno da se ne vraća, osim ukoliko nije bio naslednik žene.[54] I dok je za ugovaranje miraza bio dovoljan *pactum* – obični sporazum, dogovor, za vraćanje miraza koristile su se naročite tužbe (*actio rei uxoriae, actio tacita ex stipulatu*). Postupak po ovim tužbama nije bio ni malo jednostavan jer je tužilac najpre trebalo da dokaže da je baš on konstituisao miraz, zatim da dokaže iz čega se sastoji miraz i da dokaže da pravo na podizanje tužbe pripada njemu. U postklasičnom pravu ženi je bila dopuštena i vindikaciona tužba za pojedine mirazne predmete, a u korist žene zbog osiguranja restitucije miraza bila je uvedena privilegovana generalna hipoteka nad celokupnom imovinom muža.[55] Privilegovana generalna hipoteka na celokupnom imovinom muža bila je zakonska (jer se uvodila protiv volje muža) i bila je prećutna (jer je bila zasnovana na ugovoru). U vezi sa navedenom hipotekom interesantno je objašnjenje Justinijana zbog čega je ista uvedena. On naime, na jednom mestu kaže: „Uznemireni smo čestim dolascima žena koje se žale da su ostale bez svog miraza, budući da su raniji poverioci zadržali muževljevu imovinu... Zbog toga žene imaju prvenstvo nad svim poveriocima... Ženina hipoteka ima prednost nad starijim hipotekama..., jer sve što žene imaju sastoji se od miraza".[56]

Predbračni poklon (donatio ante nuptias)

Već smo rekli da od vremena Justinijana imamo uporedo postojanje miraza i poklona koji dolaze s muževljeve strane. U dominatu, predbračni poklon se po svom cilju i nameni sve više približava instituciji miraza.

---

[53] Dig. 23.3.17. : (*Paulus libro septimo ad Sabinium)*: *In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.*

[54] I. Puhan, nav. delo, str. 169.

[55] C. 5.13.1.1b. : *Et ut plenius dotibus subveniatur, quemadmodum in administratione pupillarium rerum et in aliis multis iuris articulis tacitas hupothecas inesse accipimus, ita et in huiusmodi action damus ex utroque latere hupothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis sive ex parte bmulieris pro ipsa dote praestanda vel rebus dotalibus evictis…*

[56] C. 8.17.12, 2. : *Et hec cum in personalibus statuerant actionibus, si hupothecam respiciebant, ilico iustitiae vigorem relaxabant et senioribus hupothecas novas mulieris hupothecas, si habebat actions, expellebant, nec ad fragilitatem muliebrem respicientes nec quod et corpora et substantia et omni vita sua marito fungitur, cum paene mulieribus tota substantia in dote constituta est.*

Muž upravlja predbračnim poklonom koji služi istim ciljevima kao i miraz; predbračni poklon se više ne daje radi ženinog materijalnog obezbeđenja za slučaj smrti muža, već kao potvrda muževljeve sposobnosti da obezbedi materijalnu sigurnost bračne zajednice. U vreme Justinijana, ime ove ustanove je promenjeno u *donatio propter nuptias,* jer je Justinijan dozvolio da ovaj poklon može biti ustanovljen i za vreme trajanja braka, a ne više samo pre zaključenja braka.[57] Upravo se u tom značenju u Digestama govori o poklonu između supružnika;[58] davanje poklona od strane muža, pre ili u toku braka, postaje obaveza muža, odnosno njegovog *pater familias*-a, kao što je davanje miraza bila dužnost žene, odnosno njenog oca ili nekog trećeg lica.

Zaključak:

Justinijanovo doba je plaćalo danak prethodnom „zlatnom veku rimske istorije", koje je zbog naglog bogaćenja ljudi, prihvatilo navike koje su sve više vodile u razvrat i nemoral, što se nastojalo kanalisati striktnim uslovima za zaključenje braka. Gramzivost je uništila poverenje, poštenje i ostale vrline starih Rimljana. Justinijan je pokušao da putem hrišćanstva i moralne čistote koju ono propoveda, doprinese učvršćivanju braka i porodice i ozdravljenju potpuno poljuljanog porodičnog i društvenog morala, ali na drugačijim, rekli bismo liberalnijim osnovama. Mada je i sam na prvi pogled pružio loš socijalni i pravni primer ženidbom sa Teodorom, ženom čije je poreklo nije preporučivalo za caricu, zbog čega je bio izložen društvenoj kritici, pa i preziru, kao i potrebi da modifikuje pravne norme kako bi ostvario svoje emotivno opredeljenje, on je na taj način suštinski otvorio put ka jednom zdravijem, otvorenijem shvatanju braka i mogućnostima za njegovo zaključenje izvan ustaljenih, konzervativnih socijalnih potencijala.

Iako je hrišćanstvo izmenilo dotadašnje rimsko shvatanje o braku kao ugovoru i svetoj tajni, činjenica je međutim, da hrišćanska doktrina nije od početka imala jasno definisan stav prema braku. S druge strane, zakonske odredbe u vezi sa zaključenjem građanskog braka iz vremena Justinijana, nadživele su vekove i poslužile su kao osnova za bračno zakonodavstvo u većini država nastalih na teritoriji bivše Vizantije. U tim državama je i danas jedino važeć tzv. *građanski brak* sklopljen pred nadležnim državnim organom; oni koji žele da zaključe i *crkveni brak* mogu to slobodno da urade pred nadležnim sveštenikom, ali taj čin nema nikakvo pravno dejstvo.

---

[57] Inst. 2.7.3. : *...sed primus divius Iustinus, pater noster, ...sed et constant matrimonio iustum accipiant et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur et dotibus ...*

[58] Dig. 24.1.25. : *Sed et si constant matrimonio res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est confestim ad usucapionem eius uxorem admitti ...*

Nataša Deretić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

The Importance of Justinian's Codification Work in the Field of Marital Relations

Abstract

This paper tries to describe theoretically some of the numerous questions regarding the marriage in Justinian's time (525–565). By finishing the work of his predecessors (Gregorian, Hermogenian, Theodosius), Justinian codified the whole of Roman law. Of course, when we speak about Justinian, we also have in mind Tribonian and other members of his team. He introduced many innovations in family, i.e. marital relations: cognate kinship (blood kinship) replaced agnate kinship; the head of a family had no more „right of life or death" (*ius vitae ac necis*) over the family members; marriage was reformed and a lot of restrictions were abolished as well as many pagan rituals involved in the act of getting married, and the divorce was no more „duty but right".

Under the influence of Christianity that was spread in the first century among slaves and the poor and the moral purity that had been preached by Christianity – Justinian continued the policy of his predecessors (August, Constantine, Theodosius) towards strengthening marriage and family. Even in the period of spreading Christianity across the Roman Empire, ancient Roman religious rituals were becoming less common due to decreased importance of religion and ethics. Roman legislation in that period did not insist on formalities in the process of getting married; it insisted on a mutual agreement of a bride and bridegroom and after that the marriage was contracted as a „legal union" – *consensus facit nuptias* – as the Romans said. In the Justinian time, although the marriage was under a great influence of Christianity, it required no church blessing for a contracted marriage. That condition will be introduced by Leo the Wise in the 9th century for the Eastern Roman Empire. According to Justinian, a marriage is „the relationship of a husband and wife that contains permanent life community". The procedure and the attached activities that ac-

company the act of getting married (engagement, dowry, premarital gift, prenuptial contract or *instrimentum dotale*, for the persons of higher classes) were contained in the provisions of *Institution, Digest, Codex and Novellae* and these have been referred to in the discussion about the topic in questions. Historical, comparative, legal and dogmatic methods have been used for the purpose of producing this paper.

CONCLUSION: An analysis of provisions from the mentioned parts of Justinian's codification has lead us to a conclusion that they were the foundations for matrimonial legislation (with respect to both concluding marriage and divorce) in most states of the former Byzantine empire. Even today, only a secular marriage concluded before relevant state authorities is considered to be valid. Those wishing to be married in church are free to do so in the presence of the clergyman in charge, but this act has no legal effect.

Key words: roman marriage, marital ability, novelites in the sphere of family and matrimonial relations, obstacles for concluding marriages, a church blessing (*sponsalia*), engagement, dowry.

Stručni rad 342:378.016

Dr Slobodan Orlović, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRIKAZ NASTAVNIH PREDMETA IZ USTAVNOPRAVNE MATERIJE – CILJ, ISHOD I SADRŽAJ PREDMETA

***Sažetak**: U radu su obrađeni cilj, ishod i sadržaj ustavnog prava i drugih nastavnih predmeta iz ustavnopravne materije koji se izučavaju na državnim pravnim fakultetima u Republici Srbiji i Republici Srpskoj i na Kriminalističko-policijskoj akademiji u Beogradu. Obrada, pre svega, sadržaja ovih nastavnih predmeta je nastavak ranije objavljenog rada o nekim formalnim podacima o predmetima. Rad ukazuje na potrebu kritičkog pristupa ustavnom sistemu koji je, kao deo ili celina, tema nastavnih predmeta iz ustavnopravne materije. Takvim naučnim pristupom ustavni sistem može postati skladniji i funkcionalniji što će uticati i na kvalitet nastavnih predmeta.*

***Ključne reči**: nastavni predmet, cilj, ishod, sadržaj, ustavno pravo.*

1. UVOD

U ovom radu uporednim načinom prikazani su *cilj, ishod i sadržaj* nastavnih predmeta koji se izučavaju unutar ustavnopravne materije na državnim pravnim fakultetima u Republici Srbiji i Republici Srpskoj i na Kriminalističko-policijskoj akademiji u Beogradu.[1] Analiza cilja, ishoda i posebno sadržaja nastavnih predmeta iz ustavnopravne materije je nasta-

[1] Podaci za ovaj rad su elektronskom poštom dostavljeni od strane predmetnih nastavnika i saradnika.

vak ranije objavljenog rada u kome su obrađeni uglavnom formalni podaci o tim brojnim nastavnim predmetima.[2]

Pored brojnosti (24)[3], nastavne predmete ustavnopravne oblasti karakteriše i njihova formalna neujednačenost. Ove razlike su u vezi sa statusom (obavezan ili izborni), nivoom studija na kojem se izvode (osnovne, master, doktorske), brojem kredita (veći ili manji ESPB), dužinom nastave (jedan ili dva semestra), oblicima provere znanja (kolokvijum, parcijalni ispit...), što donekle utiče i na neistovetnost sadržaja nastavnih predmeta. Na stranu to što se pod različitim imenom zapravo „krije" isti sadržaj i isti nastavni predmet, na primer – *Ustavna zaštita ljudskih prava* i *Ljudska prava*. Ipak, napravljena je kakvatakva klasifikacija nastavnih predmeta sa ciljem uvođenja reda i preglednosti u ovu masu nastavnih predmeta. Posmatranje i analiza sadržaja nastavnih predmeta zapravo omogućuju da neke od njih izdvojimo kao tipične.

Za potrebe akreditacije studijskih programa, u skladu sa važećim zakonima i podzakonskim pravnim aktima, propisana je forma silabusa nastavnih predmeta koja se sastoji od nekoliko elemenata. Taj obrazac se, pored naziva nastavnog predmeta, imena nastavnika, statusa, ocenjivanja i drugih formalnih podataka o predmetu, sastoji i od delova koji se odnose na cilj, ishod i sadržaj predmeta. Ova tri elementa nastavnog predmeta biće navedena u nastavku rada.

Analiza *sadržaja* nastavnog predmeta upoređivanjem njegovih tema i/ili oblasti, može stvoriti sliku o nivou standardizacije i sistematičnosti sadržine tog predmeta na različitim fakultetima. Ali ova, obimom i dubinom, ograničena analiza daje više kvantitativnu, a manjim delom kvalitativnu stranu sadržaja nastavnih predmeta. No i to je deo nauke i naučnog saznanja koji nam otkriva ustavnopravnu realnost, odnos između subjektivne spoznaje i objektivne stvarnosti.[4]

Sadržaj nastavnog predmeta mora ispuniti bar dva zadatka – mora da dosegne visokoškolski naučni nivo, kao i da bude koristan i interesan-

---

[2] S. Orlović, N. Rajić, „Uporedni prikaz nastavnih predmeta iz ustavnopravne materije", *Pravna riječ* 22/2010, 197-205.

[3] *Ustavno pravo, Parlamentarno pravo, Lokalna samouprava, Pravo lokalne samouprave, Izborno pravo, Izborno i parlamentarno pravo, Ustavno sudstvo, Sudska kontrola ustavnosti, Ustavno sudstvo – odabrane teme, Ljudska prava, Ustavna zaštita ljudskih prava, Ustavno pravo i zaštita ljudskih prava, Novi ustavni sistem Srbije, Politički sistem, Uporedni politički sistemi, Savremeni politički sitemi, Uporedno ustavno pravo, Uporedno ustavno pravo zemalja Evropske unije, Teorija federalizma, Pravo odbrane, Ustavno pravo – teorija konstitucionalizma i ustavne institucije, Organizacija i odgovornost vlasti, Ustavno pravo – odabrane teme, Pisani rad iz ustavnog prava*.

[4] Vid. M. Pečujlić, V. Milić, *Metodologija društvenih nauka*, Beograd 1995, 5.

tan, takav da zadovolji očekivanja studenata. Sadržaj pozitivnog nastavnog predmeta, kakvo je ustavno pravo na primer, zavisi i od pravnotehničkog kvaliteta ustavnih i dugih pravnih normi. Ako su te norme jasne, precizne, gipke,[5] onda je nastavni predmet pogodniji da ostvari bolji rezultat kada je u pitanju sticanje znanja studenata.

Nastavni predmet se posmatra, analizira i izučava da bi se ostvario *cilj* predmeta – stekla određena (naučna) spoznaja. Stoga je određivanje tj. definisanje cilja nastavnog premeta nužnost i možda prvi korak u pravcu teorijskog i praktičnog saznanja o pojedinom nastavnom predmetu - prvo o ustavnom pravu, a potom i o drugim izvedenim predmetima unutar ustavnopravne materije. *Ishod* nastavnog predmeta nije drugo do ostvarenje njegovog cilja. Ishod nastavnog predmeta je stečeno teorijsko i praktično znanje o predmetu, podobno za dalja istraživanja, analize, osavremenjivanja, radi poboljšanja samog predmeta.

Samo nastavni predmeti iz ustavnopravne materije koji odgovaraju vremenu i okolnostima pozitivno utiču na funkcionalnost ustavnog poretka. Otuda sadržaj nastavnih predmeta, na prvom mestu ustavnog prava, jeste nešto što se mora menjati i osavremenjivati nadogradnjom „klasičnog“ sadržaja ustavnog prava.

Uglavnom se smatra da nastavni predmet ustavno pravo ima dve velike teme (sadržine) koje izučava: organizaciju vlasti i ljudska prava. Teme u vezi sa organizacijom vlasti obrađuju pitanja koja se tiču položaja i međusobnog odnosa organa javne (državne) vlasti, dok se u materiji ljudskih prava izučava pravni odnos pojedinca i javnog autoriteta (državnog organa, države). Otuda sadržinske razlike u nastavnom predmetu ustavno pravo koji se izvodi na državnim pravnim fakultetima univerziteta u Beogradu, Novom Sadu, Nišu, Kragujevcu, Prištini sa sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Banjoj Luci, Istočnom Sarajevu i na Kriminalističko-policijskoj akademiji u Beogradu, nisu niti mogu biti velike. Programi nastavnih predmeta (*syllabus*-i) na ovim fakultetima ne mogu biti ni istovetni jer se na dva fakulteta izučava ustavno pravo druge države, Bosne i Hercegovine, odnosno Republike Srpske. Ali ni sadržaj ustavnog prava i drugih nastavnih predmeta iz ustavnopravne materije na državnim fakultetima u Srbiji nije potpuno isti, već postoje razlike, od fakulteta do fakulteta, a posebno kada se predmet izučava na različitim nivoima studija.

Ustavnopravna materija i posebno sadržina ustavnog prava čini osnov celokupnog pravnog sistema države, a najviše javnog prava. Stoga su prihvatljive samo manje razlike kako u sadržaju nastavnog predmeta ustavno pravo, tako i u ostalim iz njega proizašlim predmetima.

[5] Vid. R. D. Lukić, *Metodologija prava*, Beograd 1995, 175-176.

Analiza sadržaja nastavnih predmeta iz ustavnopravne materije ukazuje na više naučnih metoda koji se koriste u izučavanju: normativni, dogmatički, istoriografski, uporedni i drugi metodi. Pored toga, iz sadržaja nastavnog predmeta se može otkriti i ideološki koncept koji nosi današnje ustavno pravo i ostali predmeti.

Za jedan broj nastavnih predmeta postoje udžbenici koji pokrivaju nastavno gradivo, a autori su nastavnici tog fakulteta. Ti udžbenici ovaj put neće biti upoređeni, već ostaju kao potencijalna tema nekog budućeg rada, što bi doprinelo sveobuhvatnijem a time i kvalitetnijem vrednovanju sadržaja pojedinog nastavnog predmeta.

2. USTAVNO PRAVO

Ustavno pravo izučava najviši pravni akt jedne države – ustav (ili ustav u materijalnom smislu), koristeći teorijske i praktične naučne metode. Ustavno pravo izučava ne samo ustavne norme već i zakone, a izuzetno, i podzakonske akte koji čine ustavnopravnu materiju, sve u cilju sticanja znanja i stvaranja potpune slike o „najvažnijim“ pravnim normama, njihovoj prirodi i mestu u jednoj državi i njenom političkom sistemu.[6]

Cilj izvođenja nastave *ustavnog prava* na osnovnim akademskim studijama se definiše u silabusima ovog nastavnog predmeta sažeto u jednoj rečenici ili, pak, deskriptivno kroz navođenje tema izučavanja.

Glavni ciljevi kursa ustavnog prava na Pravnom fakultetu u Beogradu su da studenti steknu osnovna, a po potrebi, i produbljena znanja iz oblasti ustavnog prava (opšta pitanja ustavnog prava, funkcija i priroda ustava, državna vlast, civilno društvo i dr.); da razumeju složenu prirodu ustavnih institucija i pojava; da se osposobe za pravnu analizu ustavnih institucija ne zanemarujući socijalno okruženje u kojima se ostvaruju itd. Kao ciljevi kursa nabrajaju se i: proučavanje „standardne“ ustavne materije (državna vlast i društvo) i sagledavanje njenog značaja kao osnove državnog i društvenog uređenja zemlje; razvijanje kod studenata sposobnosti pravne analize i logičkog razmišljanja i njihovo podsticanje na aktivan, pravno a ne politički utemeljen, stav prema ustavnoj stvarnosti; osposobljavanje studenata da razluče trajno od privremenog, pravilno od „anomalije“ u ustavnom životu; njihovo formiranje kao pravnika koji će objedinjavati dobra obeležja pravnika-teoretičara i pravnika-praktičara.

[6] Ustavno pravo se na nekim fakultetima izučava pod tim ili korigovanim nazivom i na doktorskih studijama, što ipak neće biti predmet analize u ovom radu.

Sažeto, cilj predmeta je da kandidat (student) proširi i produbi znanje iz oblasti ustavnog prava.

Na Pravnom fakultetu u Novom Sadu obrazovni cilj ustavnog prva je sticanje prvenstveno teorijskih znanja o ustavu, ljudskim pravima, izborima, vertikalnoj i horizontalnoj organizaciji vlasti kao i osnovnim ustavnim institucijama.

Cilj ustavnog prava na Pravnom fakultetu u Nišu jeste razvijanje naučnih saznanja, akademskih veština i praktičnih sposobnosti u tumačenju i primeni pravnih pravila u oblasti ustavnog prava, zatim razvijanje kreativnih sposobnosti, ovladavanje metodima, postupcima i procesima istraživanja ustavnopravnih principa i instituta i sticanje veština u sistemu zaštite i razvoja ustavne demokratije i pravne države, sve u skladu sa savremenim pravcima razvoja ove naučne discipline.

Na Pravnom fakultetu u Kragujevcu kao cilj ovog nastavnog predmeta navodi se upoznavanje studenata sa ustavnim poretkom Srbije i sa ustavnim poretcima najvećih zemalja sveta, potom obrada društvene prakse iz koje su proistekle i u kojoj se realizuju ustavne norme i posebno proučavanje normativnog i stvarnog stanja u društvenom životu Srbije.

Sticanje neophodnih naučnih teorijskih saznanja o osnovnim pojmovima i pitanjima ustavnog prava, ovladavanje metodama naučnog istraživanja i analize uporednih ustavnih rešenja, kao i upoznavanje sa ustavnim sistemom Republike Srbije koji se preobražava u državu građanske parlamentarne demokratije, jesu ciljevi ustavnog prava na Pravnom fakultetu u Prištini sa sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

Cilj ustavnog prava sažeto je opisan na Kriminalističko-policijskoj akademiji - sticanje znanja o sadržajima važećeg Ustava, osnovnim teorijsko-pravnim pojmovima u oblasti ustavnog prava i važnijim uporedno-pravnim rešenjima.

Pravni fakultet u Banjoj Luci i Pravni fakultet u Istočnom Sarajevu opisno definišu ciljeve izučavanja predmeta ustavno pravo: obrada osnovnih pojmova, instituta i kategorija kao i teorijskih postavki ustavnog prava i ustava; osnovne faze ustavnog razvoja; organizacija, struktura i funkcionisanje organa državne vlasti i institucija ustavnog sistema; suverenitet; oblik državnog uređenja i vladavine itd.

U vezi sa ostvarenjem cilja izvođenja nastave je *ishod* predmeta koji, stiče se utisak, nije lako razlikovati od samog cilja predmeta. Tako, ishod predmeta negde ne samo da proističe iz cilja već se na veoma sličan način i definiše.

Na Pravnom fakultetu u Beogradu ishod predmeta ustavno pravo je sticanje znanja i veština koja kandidatu omogućavaju da samostalno kri-

tički razmatra širok krug pitanja ovog predmeta i da samostalno preduzima originalno istraživanje.

Na Pravnom fakultetu u Novom Sadu student nakon položenog ispita ima osnovna znanja iz ustavnog prava koja su mu neophodna za početak rada na pravnim poslovima u državnoj administraciji, lokalnoj samoupravi, pravosuđu, advokaturi.

Na Pravnom fakultetu u Nišu ishodi učenja su razrađeniji i sastoje se od očekivanja da student: shvati genezu, strukturu i prirodu ustava; usvoji osnovne elemente pravne logike evropskog kontinentalnog prava koje će dalje razvijati; razvije sposobnost da argumentovano i kompetentno diskutuje u ustavnopravnoj oblasti, razvije sposobnost sistematičnog pristupa pravnim problemima i nalazi odgovore u vezi sa pozitivno-pravnim ustavnim rešenjima; vlada terminima, pojmovima, ustavnopravnim kategorijama; razvije sposobnost analize i sinteze, utvrdi i poveže značajne relevantne pretpostavke funkcionisanja ustavne i pravne države.

Na Pravnom fakultetu u Kragujevcu ishod predmeta se određuje kao osposobljenost sudenata da shvate formalnu i materijalnu koncepciju ustavnog prava i sticanje znanja o najvažnijim političkim institucijama, o strukturi, organizaciji, funkcionisanju, ograničavanju ovlašćenja najviše vlasti jedne države putem ljudskih sloboda i prava i sl. Kao ishod se navodi i proučavanje trostruke sadržine ustavnog prava: strukture države, sastava i funkcionisanja ustavnih organa i osnovnih načela političkog režima države.

Savladavanjem studijskog programa predmeta Ustavno pravo na Pravnom fakultetu u Prištini očekuje se da student ovlada osnovnim znanjima i prepozna savremene tendencije u razvoju Ustavnog prava, usvoji civilizovane evropske ustavne vrednosti i bori se za njihovo oživljavanje i primenu na svim nivoima organizacije i funkcionisanja državne vlasti. Takođe student treba da razvije sposobnost ustavnopravne analize i sinteze, argumentovano diskutuje o svim ustavnopravnim pitanjima, sudi i analizira pozitivna ustavnopravna rešenja, izgradi se kao akademska ličnost koja poznaje i razume ustanove ustavnog uređenja, služi se pravnim terminima i koja je sposobna da edukuje i prenosi svoja znanja pravnim laicima.

Ishod predmeta je sažeto određen na Kriminalističko-policijskoj akademiji kao posedovanje znanja koja se odnose na važeća ustavnopravna rešenja i poznavanje važnijih uporednopravnih rešenja i osnovnih teorijskih pojmova u oblasti ustavnog prava.

U formularima silabusa nastavnog predmeta Ustavno pravo na pravnim fakultetima u Banjoj Luci i Istočnom Sarajevu nema rubrike „ishod predmeta“ pa je željeni ishod - ovladavanje znanjem iz ustavnog prava, vidljiv iz cilja predmeta.

Osnovni *sadržaj* predmeta (kursa) ustavno pravo, koji se grubo može sažeti na materiju o državnoj vlasti i o ljudskim pravima i slobodama, u silabusima je detaljno podeljen na teme i naslove koji se izvode po utvrđenom rasporedu. Osnovne grupe tema koje se izučavaju na ovim pravnim fakultetima su: opšta pitanja u vezi sa ustavom (pojam, vrste i dr.) i ustavnim pravom (pojam, predmet, metod i dr.), ljudska prava i slobode (pojam, tipologije, zaštita i dr.), državna vlast i političke institucije (pojam, funkcije, oblici, organizacija, organi, izbori i dr.), federalna država i oblici decentralizacije (vertikalna podela vlasti, teritorijalna autonomija, lokalna samouprava), sudska vlast, ustavno sudstvo.

Sadržaj predmeta sastoji se od teorijskih stavova i objašnjenja, komparativnih ustavnih rešenja – savremenih i istorijskih, i pozitivnog ustavnog prava u Republici Srbiji i Bosni i Hercegovini (Republici Srpskoj). Teme koje su obuhvaćene tekstom koji sledi izučavaju se pre svega na predavanjima (teorijska nastava), dok se jedan deo materije produbljeno izučava i na vežbama (praktična nastava).

Sadržaj predmeta ustavno pravo na Pravnom fakultetu u Beogradu je ispunjen tako da se studentima približe vrednosti tradicionalnog ustavnog prava i da se oni obaveste o novim pojavama i procesima u ustavnom pravu. Sadržina predmeta je podeljena na nekoliko celina: opšta pitanja ustavnog prava (pojam i svojstva ustava, donošenje i promena ustava itd), sistem vlasti (parlamentarni, predsednički i mešoviti), izborno pravo (izborni sistemi, priroda mandata), političke institucije (parlament, šef države, vlada), teritorijalna organizacija vlasti (federalna država, lokalna samouprava, teritorijalna autonomija), ustavne garancije i zaštita ljudskih prava, sudska vlast i ustavno sudstvo. Polazeći od pretpostavke da je ustavno pravo grana unutrašnjeg, a ne međunarodnog javnog prava, sadržaj predmeta ne obuhvata „ustavno pravo“ Evropske unije ili drugih međunarodnih organizacija.

Na Pravnom fakultetu u Novom Sadu sadržaj/struktura predmeta ustavno pravo počinje temama o ustavu (pojam, svojstva, klasifikacije, revizija, sistematika, temeljni principi), a potom se obrađuju slobode i prava građana (međunarodne deklaracije i standardi, državljanstvo, sistematika, tipologija, ograničenja, zaštita). Naredni delovi sadržaja podeljeni su na: izborni sistem (pojam, izborne radnje, birački spisak, izborne jedinice, broj poslanika, kandidovanje, raspodela mandata, kontrola i zaštita); društveno uređenje; federalizam (pojam, raspodela nadležnosti, položaj federalnih jedinica, regionalna država, autonomija); organizaciju vlasti (načela, vertikalna i horizontalna podela vlasti, predstavnička tela, izvršna vlast, uprava, sudovi, zaštita ustavnosti i ustavno

sudstvo); ustavni sistem i vanredne prilike; lokalnu samoupravu (tipovi, opština); državne simbole.

Pravni fakultet u Nišu vrlo detaljno razrađuje sadržaj predmeta ustavno pravo. Nakon opštih pitanja o ustavnom pravu i ustavu (predmet, sadržina, izvori, odnos ustavnog prava sa drugim granama prava, pojam ustava, razvoj ustavnosti), obrađuju se teme o ustavnom pravu Evropske unije (nastanak i razvoj EU, struktura i pravna priroda Unije, podela nadležnosti između Unije i država članica). Sledeće celine su: prava čoveka (teorija, dejstvo, podela); oblici državne vlasti (unitarna i federalna država); neposredna demokratija i predstavnički sistem (institucije, pojam, biračko pravo, mandat); izbori i izborni sistemi (principi, postupak, tehnika, metodi); političke stranke (pojam, priroda, vrste, kritika); oblici državne vlasti (podela vlasti, mešoviti sistem, jedinstvo vlasti); zakonodavna vlast (položaj parlamenta, zakonodavni postupak); izvršna vlast (položaj šefa države, položaj vlade); uprava i sudstvo (položaj i organizacija državne uprave, pravosudni sistem, sudijska funkcija, ombudsman); princip ustavnosti i zakonitosti, vladavina prava i pravna država; ustavno sudstvo (sistemi kontrole ustavnosti, položaj ustavnih sudova); lokalna samouprava i autonomija (pojam, obeležja i funkcije lokalne samouprave i teritorijalne autonomije).

Na Pravnom fakultetu u Kragujevcu pre opštih pitanja ustavnog prava i ustava (predmet i naziv ustavnog prava, pojam funkcije, sadržina, svojstva, vrste, donošenje i promena Ustava) i osnovnih izvora i načela ustavnog prava, izučavaju se teorijska pitanja ustavnog prava, poreklo ustava, istorija ustavnosti Srbije i sveta, periodizacija razvoja ustavnosti. Sadržaj predmeta dalje čine: ustavne i političke institucije; slobode, prava i dužnosti čoveka i građanina; organizacija vlasti; ustavnost i zakonitost; pravosudni sistem; Ustavni sud Srbije; teritorijalno uređenje i lokalna samouprava.

Sadržaj predmeta Ustavno pravno na Pravnom fakultetu u Prištini takođe počinje opštim pitanjima kao što su: pojam, naziv, predmet, metod i izvori ustavnog prava; pojam, donošenje, promena i podele ustava. Deo sadržaja u vezi sa teorijom o državnoj vlasti je: suverenost i legitimnost državne vlasti; teorija o odnosima državne vlasti (podela i jednistvo); pojam i institucije neposredne demokratije (referendum, narodna inicijativa). Ostali sadržaj predmeta čini: izborno pravo (biračko prvo, izborne jedinice, kandidovanje, sprovođenje izbora i raspodela mandata); političke stranke (organizacija, podela, ideologija, stranački sistemi); parlament, šef države, vlada; konfederacija, federacija (vrste, razlozi obrazovanja, nadležnosti); lokalna samouprava i autonomija; ljudska prava i slobode, vladavina prava (načela i institucije); sudstvo, tužilaštvo i ustavno sudstvo.

Na Kriminalističko-policijskoj akademiji sadržaj teorijske nastave ustavnog prava podeljen je na sledeće celine: predmet, sadržina i metod ustavnog prava; pojam, sadržina i donošenje ustava; pojava i razvoj ustavnosti u svetu i Srbiji; oblici državne vlasti (predsednički, parlamentarni, skupštinski, mešoviti i aitoritativni); ljudska i manjinska prava i slobode; ekonomsko uređenje; izborni i stranački sistem; uređenje vlasti u Republici Srbiji (parlamentarni sistem, Narodna skupština, Predsednik, Vlada, sudovi, Ustavni sud itd), autonomne pokrajine, lokalna samouprava, postupak promene ustava.

Na Pravnom fakultetu u Banjoj Luci sadržaj predmeta ustavno pravo je detaljno razrađen na veći broj tematskih celina: pojmovne, teorijske i istorijske osnove ustavnog prava i ustava; nastanak, pojam i bitna svojstva ustava (opšte i u Bosni i Hercegovini); nastanak i razvoj ustava i ustavnosti u svetu; civilno (građansko) društvo, prava i slobode čoveka i građanina; slobodna privreda i ekonomsko-socijalno uređenje; demokratija i političke institucije u ustavnom sistemu (demokratija, političke stranke, izborni sistem, parlament, šef države, vlada, vojska i policija itd); suverenitet; oblici državnog uređenja i vladavine (federacija, konfederacija, unija, republika, monarhija); sistem državne vlasti (teorije, podela, jedinstvo); razvoj jugoslovenske ustavnosti do 1990.; konstituisanje i ustavno uređenje Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine (formiranje, nadležnost, vlast); vladavina prava – ustavnost i zakonitost; pravosudni sistem – sudska vlast (opšte, Bosna i Hercegovina); ustavni sudovi (opšte, Bosna i Hercegovina); teritorijalna autonomija i lokalna samouprava (opšte, Bosna i Hercegovina); Brčko distrikt Bosne i Hercegovine; ustavno pravo Evropske unije (stvaranje, organizacije, ciljevi itd).

Na Pravnom fakultetu u Istočnom Sarajevu sadržaj predmeta je sistematizovan na tematske celine slično kao u Banjoj Luci – počinje pojmovnim, teorijskim i istorijskim osnovama ustavnog prava pa sve do ustavnog prava Evropske unije i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. U sadržaju predmeta, između ostalih, izvojena je celina koja se odnosi na ustavno uređenje država nastalih raspadom SFRJ i posebno osnove ustavnog uređenja susednih država (Republike Srbije i Republike Htrvatske).

3. IZBORNO PRAVO

Izborno pravo izučava izbore kao neposredno izražavanje političke volje građana. Izborno pravo se sastoji od pravnih i drugih (matematičkih, tehničkih) pravila koja uređuju izbore, a koja se mogu grupisati u

nekoliko celina: materijalno izborno pravo (pravo glasa i druga prava), procesno izborno pravo (izborni postupak), izborna geometrija (izborne jedinice), izborna matematika (preračunavanje glasova u mandate) i izborna tehnika (konkretna upustva o radu organa za sprovođenje izbora, biračkom mestu itd). Nastavni predmet izborno pravo nije zastupljen na svim napred pobrojanim fakultetima niti se izučava na istom nivou studija, što donekle relativizuje analizu cilja, ishoda i sadržaja ovog predmeta.

Cilj kursa izbornog prava na master sudijama Pravnog fakulteta u Beogradu je da omogući studentima da steknu produbljena znanja o značaju izbora u procesu demokratskog političkog odlučivanja. Osim toga, cilj je i da se studentima ponude produbljena naučna saznanja različitih grana javnog prava: ljudskih prava, parlamentarnog prava, upravnog prava i da im se pruže praktična znanja u vezi sa izbornim procesom. Ova znanja čine i *ishod* predmeta, proizašlog iz posmatranja iskustava drugih država i istorijskog razvoja, ali i odnosa izbornog sistema i odgovarajuće političke kulture.

Na osnovnim studijama Pravnog fakulteta u Novom Sadu obrazovni cilj predmeta izborno pravo je sticanje prvenstveno teorijskih znanja o izborima, biračkom pravu, biračkom spisku, izbornim radnjama, izbornim jedinicama, raspodeli mandata, tipovima kandidatskih lista, tehnikama glasanja. Ishod obrazovanja su stečena osnovna znanja neophodna za početak rada na pravnim poslovima u organima za sprovođenje izbora, skupštini, državnoj administraciji, lokalnoj samoupravi, pravosuđu, advokaturi.

Na osnovnim studijama Pravnog fakulteta u Banjoj Luci cilj izučavanja ovog nastavnog predmeta[7] je obrada i izučavanje: osnovnih pojmova, instituta, kategorija i teorija izbornog prava; izučavanje predstavničkog sistema i predstavničkog mandata; razvoja izbora, teorije o izborima i izbornog sistema; različitih izbornih sistema i sistema Bosne i Hercegovine; organizacije izbora, izborne tehnike, utvrđivanja rezultata i raspodele mandata.

Sadržina predmeta izborno pravo na Pravnom fakultetu u Beogradu sastoji se iz više tematskih jedinica: uvodna razmatranja (pojam, predmet, izvori izbornog prava itd); materijalno izborno pravo (aktivno i pasivno biračko pravo, pravo kadidovanja, pravo upisa u evidenciju o biračima, pravo glasanja, informisanja, kontrole izbora); izborni postupak (raspisivanje izbora, predlaganje kandidata, izborna kampanja, glasanje, utvrđi-

[7] Nastavni predmet se zove Izborno i parlamentarno pravo, a ovde opisujemo njegov deo koji se odnosi na izborno pravo.

vanje rezultata, zaštita izbornog prava); izborna geometrija (vrste izbornih jedinica, vrste predstavništva, džerimandering, veličina izborne jedinice i proporcionalnost); izborna matematika (definicija, klasifikacija, prednosti i mane izbornih sistema, većinski, proporcionalni i mešoviti izborni sistem); uzroci i posledice izbornih sistema; izborni sistemi pojedinih zemanja (Velika Britanija, Francuska, Nemačka, Irska, Italija); izborni sistemi u Republici Srbiji (parlamentarni, predsednički, pokrajinski, lokalni).

Na Pravnom fakultetu u Novom Sadu sadržaj/struktura predmeta izborno pravo (teorijska nastava) sastoji se od: uvoda (predmet, metod, odnos sa drugim granama prava); izvora izbornog prava (međunarodni i unutrašnji); razvoja izbornog prava (ograničeno, nejednako, opšte pravo glasa, većinski i proporcionalni sistemi, afirmativna akcija); samog izbornog prava (aktivno i pasivno biračko pravo, kandidovanje, upis u birački spisak, pravo glasa, metode, tehnike i postupak glasanja, informisanje o izborima, kontrola izbora, zaštita izbornog prava); i dela o organima za sprovođenje izbora (izbor i vrste organa, nezavisnost i samostalnost, nadležnost i međusobni odnosi, postupak rada, položaj u ustavnom sistemu). Praktičnu nastavu čini poseta izbornoj komisiji, razgovor, diskusija, simulacija toka izbornih radnji.

Na Pravnom fakultetu u Banjoj Luci sadržaj nastavnog predmeta Izborno i parlamentarno pravo koji se odnosi na izbore podeljen je u više celina: predmet, metodi, izvori i razvoj izbornog prava; aktivno i pasivno biračko pravo (sadržaj, priroda, subjekti); pravo kandidovanja (sadržaj, priroda, subjekti itd); pravo glasa (sadržaj, priroda, subjekti, postupak); pravo na informisanje o izborima (sadržaj, priroda, subjekti); kontrola izbora (sadržaj, subjekti, postupak); zaštita izbornog prava (institucije, instrumenti, subjekti, sankcije); izborni sistemi (većinski, proporcionalni, mešoviti); izborne jedinice (kriterijumi obrazovanja, tip, uticaj na rezultat izbora); korektivni faktori izbornog sistema (broj poslanika, izborni prag); izborni sistem u Bosni i Hercegovini (izborni sistem, biračko pravo, evidencija birača, izborni organi, izborne jedinice, kandidovanje, kampanja, glasanje, raspodela mandata, prestanak mandata, finansiranje, zaštita izbornog prava, vrste izbora u BiH).

4. PARLAMENTARNO PRAVO

Parlamentarno pravo je naučna disciplina koja za predmet izučavanja ima položaj parlamenta u političkom sistemu. Norme o parlamentu su deo ustavnog prava, ali se na nekim fakultetima parlamentarno pravo pre-

daje kao poseban nastavni predmet. U tom nastavnom predmetu prošireno i produbljeno se izučavaju organizacija, nadležnosti i funkcionisanje predstavničkog tela, kao i neka druga važna pitanja – uloga političkih partija, odnos parlamenta i drugih organa državne vlasti itd.

Na Pravnom fakultetu u Beogradu nastavni predmet parlamentarno pravo izvodi se na osnovim studijama i ima *cilj* da student proširi i produbi svoja znanja o sastavu, organizaciji i funkcionisanju parlamenta stečena iz ustavnog prava. Cilj je i da se studenti upoznaju sa parlamentarnom praksom, da aktivno pristupaju složenim problemima funkcionisanja parlamenta i da iznalaze pravno argumentovana rešenja. *Ishod* predmeta upravo je dostizanje takvog nivoa znanja i veština koji studentu omogućava da samostalno i kritički razmatra pitanja parlamentarnog prava i samostalno preduzima originalna istraživanja.

Na Pravnom fakultetu u Novom Sadu parlamentarno pravo, kao izborni predmet osnovnih studija, ima za cilj da studenti koji ga pohađaju steknu prvenstveno teorijska znanja o organizaciji parlamenta, statusu i pravima poslanika, poslaničkim grupama, zakonodavnom i drugim parlamentarnim postupcima. *Ishod* obrazovanja je određen na opšti način, kao sticanje osnovnih znanja za početak rada na pravnim poslovima u skupštini, državnoj upravi, lokalnoj samoupravi, pravosuđu, advokaturi.

Parlamentarno pravo je izborni predmet na master studijama Pravnog fakulteta u Nišu i ima za *cilj* razvijanje saznanja, sposobnosti i veština u istraživanju parlamentarnog prava. Takođe, cilj predmeta je i razvoj kreativnih sposobnosti i veština u tumačenju i primeni pravila parlamentarnih postupaka, a sve u skladu sa savremenim pravcima razvoja parlamentarnog prava kao naučne discipline.

Savladavanjem programa predmeta od studenta se očekuju sledeći *ishodi*: stečena opšta i posebna znanja o instituciji parlamenta u ustavnoj organizaciji vlasti i o ključnim institutima parlamentarnog prava; shvatanje ustavnih pravila i mehanizama u vezi sa funkcionisanjem parlamentarnog sistema; povezivanje teorijskih znanja sa političkom praksom; komparativno istraživanje parlamentarnih instituta i političkih fenomena.

Na osnovnim studijama Pravnog fakulteta u Prištini *cilj* izbornog predmeta parlamentarno pravo je izučavanje parlamentarne demokratije, razvoja i funkcionisanja glavnih parlamentarnih institucija i upoznavanje pravnih i drugih pravila kojima se reguliše ponašanje učesnika u parlamentarnom odlučivanju. *Ishod* predmeta je saznanje studenta o: prednostima parlamentarne demokratije; tekovinama evropske (i svetske) parlamentarne kulture i tradicije, neophodnim društvenim, materijalnim, kulturnim i drugim uslovima za razvoj parlamentarizma; radu i funkcionisanju parlamentarnih institucija; srpskoj parlamentarnoj demokratiji; strukturi i izvorima

parlamentarnog prava i njegovom uticaju na parlamentarne institucije u konkretnim društvenim i političkim uslovima.

Cilj izučavanja parlamentarnog prava na Pravnom fakultetu u Banjoj Luci, unutar predmeta Izborno i parlamentarno pravo, jeste sticanje znanja o ključnim organizacionim i funkcionalnim elementima institucije parlamenta u domaćim i komparativnim pravnim sistemima podele vlasti. Izučavanjem parlamentarnog prava studentima se omogućuje uvid u pravne institute parlamentarnog prava, ustavnopravnu funkciju parlamenta, kontrolu nad izvršnom vlašću i kreiranje zakonodavstva države.

Sadržaj predmeta parlamentarno pravo na Pravnom fakultetu u Beogradu podjednako se sastoji od materijalnog i procesnog parlamentarnog prava. Posebna pažnja posvećena je pravnom položaju poslanika, parlamentarnim procedurama i odnosu između parlamenta i drugih državnih organa. Sadržina predmeta obuhvata i uporedno parlamentarno pravo i parlamentarnu praksu, uz obilazak parlamenta.

Na Pravnom fakultetu u Novom Sadu sadržaj/struktura predmeta parlamentarno pravo obuhvata: uvodni deo (predmet, metod, izvori); parlamentarno materijalno pravo (unutrašnja organizacija, status poslanika, poslaničke grupe); parlamentarne postupke (ustavotvorni i zakonodavni postupak, postupak kontrole vlade, sukob domova parlamenta, odgovornost šefa države, izborni postupci, neposredno učešće građana); opšta pravila pripreme pravnih propisa (pojam, vrste, forma, struktura, jezik, logičko izražavanje i dr.); zakonodavni postupak (pojam, izvori, vrste, inicijativa, predlaganje, radna tela, amandmani, tok, učešće građana, proglašenje, premapotpis, zakonodavni veto, objavljivanje, stupanje na snagu i dr.). Praktična nastava obuhvata debate, analize skupštinskih materijala, simulacije parlamentarnog zasedanja.

Sadržaj predmeta parlamentarno pravo na Pravnom fakultetu u Nišu podeljen je u veći broj naslova, prvo materijalnog a potom i procesnog parlamentarnog prava. Sadržaj predmeta obuhvata: karakter i izvore parlamentarnog prava; instituciju parlamenta, posebno u ustavnoj i političkoj demokratiji; funkcije, ustavne nadležnosti, strukturu parlamenta (jednodomna i/ili dvodomna skupština); članove parlamenta i parlamentarni mandat – u teoriji i praksi, slobodni mandat u savremenoj državi, trajanje, prestanak i zaštita, nespojivost funkcija; političke partije i parlamentarne grupe u parlamentu; autonomiju parlamenta, unutrašnju organizaciju i rukovođenje, odbore i komisije, rukovodeće organe, parlamentarni kalendar (zasedanje, sednica, saziv); zakonodavnu proceduru (modeli zakonodavnog postupka, redovna, hitna i vanredna procedura, amandmani, budžetski postupak, vlada u zakonodavnom postupku, efekat bikameralizma na

zakonodavnu proceduru); parlament i izvršnu vlast (izbor vlade, instrumenti kontrole: poslanička pitanja, interpelacije, istražni odbori, glasanje o nepoverenju vladi); Evropski parlament: struktura, funkcionisanje i procedura.

Na Pravnom fakultetu u Prištini sadržaj ovog predmeta takođe se sastoji od opštih pitanja o parlamentu, materijalnog i procesnog parlamentarnog prava. Teme ovog predmeta su: pojam i poreklo parlamentarizma, parlamenta i parlamentarne demokratije, funkcije, struktura i mesto parlamenta u parlamentarnoj demokratiji; izvori parlamentarnog prava; odnos birača i predstavnika, slobodan mandat, trajanje, prestanak, zaštita mandata, inkompatibilitet; političke partije, parlamentarne grupe; unutrašnja organizacija parlamenta, poslovnik, zasedanja, sednice, modeli parlamentarnog saziva, parlamentarni odbori, komisije, rukovodeći organi parlamenta itd; zakonodavni postupak, inicijativa, elementi, amandmani, donošenje zakona po hitnom postupku, donošenje budžeta, uloga vlade u zakonodavnom postupku; bikameralizam, ravnopravnost domova u zakonodavstvu, donošenje federalnih zakona; parlament i izvršna vlast, podela vlasti; instrumenti parlamentarne kontrole vlade: poslaničko pitanje, interpelacije, glasanje o nepoverenju, Evropski parlament – organizacija, nadležnost, funkcionisanje i odlučivanje.

Sadržaj parlamentarnog prava na Pravnom fakultetu u Banjoj Luci čine: predmet i izvori parlamentarnog prava (Francuska, Nemačka, Ujedinjeno Kraljevstvo, Evropska unija); institucija parlamenta (pojam, struktura, zakonodavna, kontrolna i budžetska funkcija, jednodomni i dvodomni parlament, političke partije); status i prava poslanika (tipologije prava, parlamentarni mandat – početak, prestanak, slobodan, imperativan itd); parlamentarni imunitet, parlamentarna neodgovornost, prava i dužnosti poslanika); nespojivost funkcija i sukob interesa (parlamentarna inkopatibilnost, politički i ekonomski razlozi nespojivosti funkcija, neizbornost, posledice parlamentarne inkompatibilnosti, inkopatibilnost u domaćem pravu); unutrašnja organizacija parlamenta (domovi, radna tela, parlamentarne grupe, rukovodeći organi), oblici rada parlamenta (opšta pravila, zasedanja, sednice); tok parlamentarne sedice (dnevni red, odbori, debata, opstrukcija, glasanje, Narodna skupština); nadležnosti parlamenta (normativna, zakonodavna, parlamentarna kontrola vlade, izborne nadležnosti, uređenje sopstvene organizacije); parlamentarni postupci (ustavotvorni, zakonodavni); redovna procedura usvajanja zakona (uopšte i u Narodnoj skupštini Republike Srpske i Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine), posebni zakonodavni postupci; postupak kontrole rada vlade (poslaničko pitanje, interpelacija, poverenje vladi, odgovornost šefa države, postupci izbora u parla-

mentu), Evropski parlament (ustanovljavanje i razvoj, mandat, nadležnost, normativna procedura, budžetska uloga, procedura izbora i imenovanja, kontrolna funkcija).

5. USTAVNO SUDSTVO

Nastavni predmet Ustavno sudstvo se izvodi na poslediplomskim studijama – master i doktorskim. Iako ovaj predmet ima drugačije nazive na različitim fakultetima, uočljivo je da se radi o jednom predmetu koji obrađuje ustavno sudovanje i ustavni sud. Sadržaj predmeta je prilagođen master ili doktorskim studijama i utoliko se razlikuje na pojedinom kursu i fakultetu.

Na doktorskim studijama Pravnog fakulteta u Beogradu nastavni predmet sudska kontrola ustavnosti ima za *cilj* bliže upoznavanje studenata sa „četvrtom državnom funkcijom" – funkcijom kontrole ustavnosti, koja bez obzira što je novijeg datuma u svakoj državi ima ogroman značaj. Upoznavanje studenata sa prirodom i značajem ustavnog sudstva, produbljivanje stečenog znanja o organizaciji i funkcionisanju ustavnih sudova, upoznavanje prakse ustavnih sudova i specifičnosti ove državne funkcije, kao i razvijanja kod studenata sposobnosti da iznalaze rešenja složenih problema koja će biti pravno utemeljena, jesu *ishodi* ovog predmeta.

Obrazovni cilj nastavnog predmeta ustavno sudstvo na master studijama Pravnog fakulteta u Novom Sadu jeste sticanje produbljenih znanja o nadležnostima i postupcima pred ustavnim sudom, na osnovu uvida u literaturu, komparativnu ustavnost i praksu ustavnog suda. Ishod obrazovanja su znanja neophodna za pripremu doktorskog rada, kao i za vršenje složenijih pravnih poslova u ustavnom sudu, skupštini, državnoj administraciji, lokalnoj samoupravi, pravosuđu, advokaturi.

Cilj nastavnog predmeta ustavno sudstvo na master studijama Pravnog fakulteta u Nišu je razvijanje naučnih saznanja, sposobnosti i akademskih veština u oblasti ustavnog sudstva, razvoj kreativnih sposobnosti u tumačenju pravila o nadležnostima, postupku i dejstvu odluka ustavnog suda, ovladavanje specifičnim veštinama u primeni ustavnosudske zaštite i pravila ustavnosudske kontrole, sve u skladu sa savremenim razvojem. Ishod učenja je: saznanje studenta o strukturi i nastanku ustavnog sudstva i sistema ustavnosudske kontrole u pravnoj državi; sposobnost da ponudi kritičke i analitičke odgovore u vezi sa pozitivnopravnim rešenjima; sposobnost da argumentovano diskutuje, istražuje i prezentuje rezultate svog naučnog rada i tako doprinese razvoju naučne misli u oblasti ustavnog sudstva; sposobnost rešavanja problema upotre-

bom naučnih metoda i postupaka i da stečena znanja primeni u praksi ostvarenja pravne države.

Na doktorskim studijama Pravnog fakulteta u Prištini cilj nastavnog predmeta ustavno sudstvo – odabrane teme jeste razvijanje produbljenih naučnih saznanja, sposobnosti i akademskih veština u procesu istraživanja u oblasti ustavnosudske kontrole i sistema zaštite ustavnosti i zakonitosti, razvijanje sposobnosti analitičkog i kritičkog razmišljanja upoređivanjem teorijskih stavova i ustavnosudskih odluka u sistemu ustavne demokratije, ovladavanje naučnim metodama, sve u skladu sa savremenim razvojem ove naučne discipline. Ishod predmeta je sposobnost studenta da: sistematično analizira ustavnosudske odluke u sistemu zaštite ustavnosti i zakonitosti; upoređuje teorijske stavove o ustavnosudskoj kontroli i funkcionisanju ustavnog suda u ustavnom sistemu; kompetentno, naučno i argumentovano diskutuje, istražuje i prezentuje rezultate svog naučnog rada koji će doprineti razvoju naučne misli i ustavnosudske kontrole; primeni naučne metode u istraživanju tema ustavnog sudstva.

Na istom fakultetu cilj nastavnog predmeta master studija, ustavnog sudstva je izlaganje sudske i vansudske kontrole ustavnosti i zakonitosti, isticanje argumentacije u prilog postojanja ustavnog suda kao organa sudske kontrole, razrada mehanizma ustavnog sudstva (izbor i sastav suda, postupak, nadležnost, donošenje odluka i njihovo dejstvo). Ishod predmeta je određena kao sposobnost studenta da shvati značaj kontole ustavnosti i zakonitosti, da upozna mahanizam rada i odlučivanja ustavnog suda, da upoređuje uporednu sudsku praksu i kritički ocenjuje zakonske odredbe o organizaciji, načinu rada i odlučivanja Ustavnog suda Republike Srbije.

Sadržaj predmeta sudska kontrola ustavnosti na Pravnom fakultetu u Beogradu čine sledeće oblasti: pojam i značaj ustavnog sudstva; sistemi ustavnog sudstva; funkcije ustavnih sudova, izbor i sastav ustavnih sudova; postupak pred ustavnim sudovima, dejstvo odluka ustavnih sudova. Sudska kontrola ustavnosti u federacijama je predmet posebne pažnje s obzirom na njen naročit značaj u ovim državama.

Sadržaj ustavnog sudstva na Pravnom fakultetu u Novom Sadu sastoji se od sledećih jedinica: komparativno ustavno sudstvo; oblici zaštite ustavnosti (sudska, ustavnosudska, parlamentarna); nadležnosti ustavnog suda (kontrola ustavnosti i zakonitosti, sukob nadležnosti, odlučivanje o krivici šefa države i drugih državnih funkcionera, izborni sporovi, neposredna zaštita ljudskih prava, zabrana rada političke stranke, tumačenje ustava); postupci pred ustavnim sudom (pokretanje, ovlašćeni predlagači, instrumenti, tok, odlučivanje, dejstvo odluke); Ustavni sud Republike Srbije.

Sadržaj ustavnog sudstva na Pravnom fakultetu u Nišu čine sledeće teme: pojam i značaj kontrole i zaštite ustavnosti; prethodna i naknadna, apstraktna i akcesorna, obavezna i fakultativna kontrola ustavnosti; popularna tužba, sudska kontrola ustavnosti i njeni oblici; funkcije ustavnih sudova; vrste ustavnih sporova: ustavnost i zakonitost, sukob nadležnosti, federalni sporovi, suđenje visokim državnim funkcionerima, povrede osnovnih prava građana, protivustavnost i zabrana delovanja političkih partija, tumačenje ustava, mišljenja o ustavnopravnim pitanjima; izbor i sastav ustavnog suda, postupak: predlog i inicijativa, predhodni postupak, razmatranje i odlučivanje, javna rasprava; postupak po ustavnoj žalbi, vrste, dejstvo i izvršenje odluka ustavnih sudova.

Na doktorskim studijama Pravnog fakulteta u Prištini sadržaj predmeta ustavno sudstvo – odabrane teme sastoji se od sledećih oblasti: sistemi kontrole ustavnosti; sudska kontrola ustavnosti, nastanak i razvoj ustavnog sudstva; normativna kontrola ustavnosti; nadležnosti ustavnog suda; postupak pred ustavnim sudom. Na master studijama istog fakulteta predmet ustavnog sudstvo podeljen je u više celina: pojam i značaj kontrole i zaštite ustavnosti sa stanovišta pravne države; sistemi kontrole ustavnosti: sudska i vansudska, predhodna i naknadna, obavezna i fakultativna, apstraktna i akcesorna, centralizovana i decentralizovana sudska kontrola ustavnosti; kontrola ustavnosti redovnih sudova i ustavnih sudova; ustavni sudovi i sporovi: normativna kontrola, sukobi nadležnosti, federalni sporovi, sporovi o pravima građana, suđenje visokim funkcionerima, zabrana rada političkih partija, tumačenje ustava i davanje mišljenja o ustavnopravnim pitanjima; izbor i sastav ustavnih sudova Nemačke, Italije, Austrije i Srbije; postupak pred ustavnim sudom: pokretanje (Nemačka, Austrija itd), predhodni postupak – tok i procesne radnje, glavni postupak i javna rasprava – razmatranje predmeta, izjašnjavanje učesnika, preduzimanje mera, odlučivanje, postupak po ustavnoj žalbi, vrste, dejstvo i izvršavanje odluka ustavnih sudova.

6. LJUDSKA PRAVA

Nastavni predmet ljudska prava se izvodi na sva tri nivoa studija i takođe ima različite nazive. Bez obzira da li nastavni predmet nosi naziv ljudska prava, ustavna zaštita ljudskih prava, ustavno pravo i zaštita ljudskih prava itd., sadržaj se odnosi na ljudska prava i njihovu zaštitu.

Na doktorskim studijama Pravnog fakulteta u Beogradu kurs nastavnog predmeta ljudska prava ima za *cilj* da poveže materiju ljudskih prava

proučavanu u drugim predmetima na pravnom fakultetu i zaokruži znanja iz oblasti ljudskih prava. *Ishod* predmeta su produbljena naučna saznanja iz ustavnopravnog i međunarodnog konteksta ljudskih prava, a koja povezuju različite oblasti javnog prava.

U nastavnom predmetu ustavna zaštita ljudskih prava na master studijama Pravnog fakulteta u Novom Sadu kao cilj se određuje sticanje produbljenih znanja o: neposrednoj ustavnosudskoj zaštiti ljudskih prava, načelima te zaštite, subjektima aktivne legitimacije, ustavnoj žalbi, uslovima korišćenja zaštite ljudskih prava, postupku zaštite ljudskih prava pred ustavnim sudom. Ishod predmeta jesu neophodna znanja za rad na pripremi master rada i za vršenje pravnih poslova u ustavnom sudu, skupštini, državnoj administraciji, lokalnoj samoupravi, pravosuđu, advokaturi, kod zaštitnika građana i pokrajinskog ombudsmana.

Cilj nastavnog predmeta ljudska prava na master studijama Pravnog fakulteta u Nišu je razvijanje naučnih saznanja i sposobnosti u oblasti ljudskih prava, sticanje akademskih veština i razvoj kreativnih sposobnosti u zaštiti ljudskih prava pred nacionalnim i međunarodnim institucijama, sve u skladu sa savremenim razvojem ove naučne discipline. Ishod predmeta su očekivanja da student shvati genezu, strukturu i prirodu ljudskih prava, kao i međunarodnopravne i domaće standarde u oblasti ljudskih prava; razvije sposobnost za argumentovanu i kompetentnu diskusiju o realizaciji i zaštiti ljudskih prava; razvije sposobnost sistematičnog pristupa problemima i iznalaženja odgovora u vezi sa pozitivno-pravnim rešenjima materije ljudskih prava; ovlada ključnim terminima, pojmovima i kategorijama u oblasti ljudskih prava.

Na master studijama Pravnog fakulteta u Prištini cilj nastavnog predmeta ljudska prava je upoznavanje sa stanjem i razvojem ljudskih prava i sloboda, osnovnim aktima o ljudskim pravima, borbom za širenje ljudskih prava na nacionalnom i međunarodnom planu, klasifikacijom sloboda (ličnih, političkih i dr.) i mehanizmom zaštite u našem pravnom sistemu. Ishod predmeta se određuje kao razvijena svest o poštovanju i zaštiti ljudskih prava i sloboda.

Na osnovnim strukovnim studijama Kriminalističko-policijske akademije u Beogradu nastavni predmet ustavno pravo i zaštita ljudskih prava ima za cilj sticanje teorijskih i u odgovarajućoj meri praktičnih znanja iz oblasti ustavnog prava i zaštite ljudskih prava, posebno u ustavnom sistemu Srbije. Ishod ovog predmeta je posedovanje znanja o važećim ustavnopravnim rešenjima i o institucionalnim mehanizmima zaštite ljudskih prava. Na master studijama ove visokoškolske ustanove nastavni predmet policija i ljudska prava ima za cilj, takođe, sticanje znanja iz oblasti ljudskih prava, s posebnim osvrtom na osnovna policijska ovla-

šćenja i njihovu primenu u skladu sa međunarodnim standardima. Ishod predmeta je razumevanje odnosa policije i ljudskih prava, zaštite ljudskih prava i zakonite primene policijskih ovlašćenja.

Sadržaj nastavnog predmeta ljudska prava na Pravnom fakultetu u Beogradu sastoji se, pre svega, od unutrašnjeg (ustavnopravnog) aspekta ljudskih prava podeljenog u dva dela – opšti i posebni. U opštem delu izučavaju se osnovni pojmovi iz oblasti ljudskih prava, izvori, unapređenje, kontrola ljudskih prava, nadzor nad poštovanjem ljudskih prava (vrste nadzora, aktivnosti subjekata nadzora). U posebnom delu materije izučavaju se osnovna ljudska prava garantovana međunarodnim instrumentima i ugrađena (ili koja tek treba da budu ugrađena) u naš pravni sistem.

Sadržaj predmeta ustavna zaštita ljudskih prava na Pravnom fakultetu u Novom Sadu čine: pojam ustavne zaštite ljudskih prava (komparativno pravo, odnos ustavnosudske i drugih oblika zaštite ljudskih prava); osnovna ljudska prava (pojam, pravna priroda, status, ustavna država i osnovna prava, utuživost); principi zaštite (primat međunarodnog prava, ustavno garantovanje ljudskih prava i uređivanje njihove zaštite, neposredna primena u stava i ustavnopravna zaštita); oblici zaštite (indirektna, neposredna); instrumenti zaštite (ustavna žalba, izborni spor, zabrana rada političke stranke); postupci (postupak po ustavnoj žalbi); praktična nastava (analiza odluka ustavnog suda, prezentovanje i analiza spornih ustavnopravnih pitanja konkretnog predmeta).

Sadržaj predmeta ljudska prava na Pravnom fakultetu u Nišu obuhvata: pojam i obeležja ljudskih prava; osnovna prava u pravnoj teoriji i u praksi evropskih ustavnih sudova; razvoj ideje o ljudskim pravima, teorijska shvatanja; izvori ljudskih prava (unutrašnji, međunarodni); teorije o funkcijama osnovnih prava (liberalna i institucionalna, vrednosna i demokratsko-funkcionalna); pravno dejstvo osnovnih prava, adresati, dejstvo prema trećim licima; ustavna sistematika i kvalifikacija ljudskih prava; ograničenje i suspendovanje ljudskih prava; nadzor nad poštovanjem ljudskih prava, međunarodni nadzor; zaštita u domaćem pravnom sistemu (sudska, upravnosudska, ustavnosudska zaštita); ustavna žalba i ustavno sudstvo; normativna kontrola i zaštita ljudskih prava; Evropski sud za ljudska prava (organizacija, nadležnost, postupak); načelo jednakosti; liberalna, politička, ekonomska, socijalna, manjinska, individualna i kolektivna prava i slobode.

Sadržaj predmeta ustavno pravo i zaštita ljudskih prava na Kriminalističko-policijskoj akademiji sastoji se od celina koje se odnose na ustavno pravo (predmet i metod ustavnog prava, pojam, svojstva i funkcije ustava, ustavno uređenje Republike Srbije, organizacija vlasti Republike Srbije, državno uređenje Republike Srbije, pokrajinska

autonomija, lokalna samouprava) i tema u vezi sa ljudskim pravima: pojam i evolucija ljudskih prava; opšta načela ostvarivanja ljudskih prva; podela ljudskih prava (lična, politička, ekonomska, socijalna, kulturna, prava pripadnika nacionalnih manjina); ljudska prava u vanrednom stanju; zaštita ljudskih prava (upravna, sudska, vansudska, međunarodna), praktična nastava (analiza ustavnih tekstova i konkretnih primera zaštite ljudskih prava). Sadržaj predmeta policija i ljudska prava na ovoj visokoškolskoj ustanovi ima tri veće celine – o položaju policije u ustavnom sistemu vlasti, o odnosu policije i ljudskih prava (osnovna ljudska prava i slobode i policijska funkcija, faktori kršenja ljudskih prava, ambivalentnost policijske funkcije, diskreciona vlast policije, međunarodni instrumenti i standardi postupanja policije i dr) i posebni deo o ljudskim pravima i policiji (klasifikacije ljudskih prava, uslovi uživanja ljudskih prva, ovlašćenja policije u vanrednom stanju, ljudska prava od posebnog značaja za postupanje policije), kao i deo u vezi sa praktičnom nastavom (analiza pozitivnopravnih, unutrašnjih i međunarodnih akata, sudske i druge prakse).

7. ZAKLJUČAK

Pet napred opisanih nastavnih predmeta iz ustavnopravne materije[8] imaju sličan sadržaj uz, uglavnom, manje razlike. Kod nastavnog predmeta ustavno pravo razlike nisu velike a tiču se, na primer, posebnih lekcija o „ustavnom pravu“ Evropske unije na nekim fakultetima, obimnijem izučavanju istorije ustavnosti i posebno istorije ustavnosti Srbije, obimu izučavanja ljudskih prava (manje obimno na Pravnom fakultetu u Beogradu a obimnije na Pravnom fakultetu u Novom Sadu, na primer), rasporedu nastavne materije (da li se ljudska prava izučavaju pre ili posle organizacije vlasti)...

Ostali nastavni predmeti su većinom izborni, što znači da je i njihov sadržaj „slobodnije“ određen, a u cilju raznovrsnijeg sticanja znanja. Cilj i ishod nastavnih predmeta se razlikuju kako u opisu i definisanju tako i u stilu (da li je ishod nastavnog predmeta „razvijanje kod studenata...“ ili „razvijenost kod studenata...“), ali su unutar jednog fakulteta u dobrom broju „tipski“ određeni.

Obrađene nastavne predmete karakteriše zajednička ideološka paradigma. Cilj i ishod, a pogotovo sadržaj ustavnog prava i drugih nastavnih

[8] Od sedam nastavnih predmeta ranije nazvanih „baznim“ (u navedenom radu autora), izostavljena su dva: lokalna samouprava i savremeni politički sistemi.

predmeta kazuje da je u pitanju liberalni (ili liberalno-demokratski) koncept konstitucionalizma i da je to model, matrica koji prate ovi nastavni predmeti.

Jedinstven i skladan sadržaj nastavnih predmeta je svakako ideal kome treba težiti, ali njegovo dostignuće ne zavisi samo od pravno-tehničkog kvaliteta nastavnog predmeta. Teško je zamislivo da predmet posmatranja, analize i izučavanja bude ustavni poredak (sistem) koji je potpuno funkcionalan, skladan, odgovarajući vremenu i konkretnim društvenim okolnostima. Kako takvog poretka u realnom svetu još uvek nema, sadržaj nastavnog predmeta ma koliko bio pozitivistički ne sme biti apologetika, već pozivitivna kritika ustavne i druge pravne norme iz ustavnopravne materije. Takvim naučnim kritičkim pristupom nastavni predmet ostvaruje svoj cilj – sticanje znanja, ali i formira kritičku misao zarad poboljšanja ustavnog sistema. Tim pre jer željena funkcionalnost i sklad ne odlikuju sadašnji ustavni poredak u Republici Srbiji, a još manje u Bosni i Hercegovini.

Stoga, konceptualizacija cilja i njegove materijalizacije – ishoda, nije valjana bez dovoljne zastupljenosti i empirijskog metoda utvrđivanja realnih činjenica. A te činjenice mogle bi biti: ostvarenje norme, njena primenljivost i društveno okruženje, sklad pravnog i šireg društvenog sistema u kojem norma živi.

Upoređivanjem cilja, ishoda i u prvom redu sadržaja, stvara se relativno celovita slika o onome šta se u ustavnopravnoj materiji izučava na fakultetima. Ovaj prikaz je tek delom potpun, u smislu datog „vremena i prostora“, ali ne i sveobuhvatan jer je kao takav nezamisliv bez povratnog saznanja o tome kako konkretna norma živi.

Slobodan Orlović, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Review of the Subject of Constitutional Law Matter – Objective, Outcome and Content of the Subjects

Abstract

The paper deals with the objective, outcome and content of constitutional law and other subjects of constitutional law matter that is thought in public law schools in Republika Srbija and Republika Srpska, and at the Criminal police Academy in Belgrade. Processing, first of all, the content of these academic courses is a continuation of previously published work on some formal data about the courses. The paper emphasizes the need for a critical approach to the constitutional system which is, as part or whole, the topic of the constitutional law matter subjects. With such scientific approach, the constitutional system can become more harmonious and functional which will affect the quality of the academic courses.

Key words: course, objectives, outcomes, contents, constitutional law.

Originalni naučni rad 347.65(470+437.3+439+479.2)

Dr Jelena Vidić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ZAKON KAO PRAVNI OSNOV POZIVANJA NA NASLEĐIVANJE U BIVŠIM SOCIJALISTIČKIM ZEMLJAMA[1] (Rusija, Češka, Mađarska i Bugarska)

Sažetak: *U većini zemalja Evrope zakon predstavlja jedan od dva dopuštena osnova pozivanja na nasleđivanje, koji, iako slabiji pravni osnov, u njima češće nalazi svoju primenu od zaveštanja, kao pravnog osnova pozivanja na nasleđivanje. Najznačajnije činjenice na kojima su u savremenim pravnim porecima zasnovani zakonski nasledni redovi predstavljaju srodstvo, brak i vanbračna zajednica. Značaj konkretnog načina normiranja odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice u formulisanju pravila zakonskog nasleđivanja, proizlazi iz činjenice da norme ovog nasleđivanja odražavaju opšti stav jednog društva o tome, na koji način treba da budu uređene naslednopravne posledice smrti ostavioca.*

U radu se analiziraju specifičnosti u pravnoj regulativi zakonskog nasleđivanja u bivšim socijalističkim zemljama, od kojih su većina članice Evropske unije. Konkretno, analizom su obuhvaćena prava Rusije, Češke, Mađarske i Bugarske. Dakle, predmet našeg istraživanja biće posmatran kroz prizmu uporednopravnog metoda, koji je neophodan radi uočavanja određenih sličnosti i razlika u zakonskom i pravnoteorijskom pristupu sagledavanja ove problematike. Ovaj metod je kao takav najpogodniji, samim tim i za uočavanje zajedničkih rešenja i opštih pravnih principa, kojima se savremena prava Evrope rukovode u regulisanju zakonskog nasleđivanja.

Ključne reči*: zakonski deo, brak, srodstvo, vanbračna zajednica.*

---

[1] Rad je posvećen fakultetskom projektu „Teorijski o praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)“.

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

Prema postojećem stanju prava pojedinih bivših socijalističkih zemalja, odnosno, prema Građanskom kodeksu Rusije,[2] Građanskom zakoniku Češke,[3] Građanskom zakoniku Mađarske,[4] te prema Zakonu o nasleđivanju Bugarske,[5] pravno relevantne činjenice na kojima je zasnovano zakonsko nasleđivanje, predstavljaju činjenice srodstva i bračne veze, s tim što u pravima Češke i Mađarske, ovakvu pravno relevantnu činjenicu predstavlja i vanbračna zajednica između partnera istog pola.

Pravo zakonskog nasleđivanja, u svim navedenim pravima, pripada onim srodnicima, koji se nalaze u krvnom srodstvu, pri čemu je sa aspekta zakonskog nasleđivanja, irelevantno da li se radi o bračnom ili vanbračnom srodstvu, pod uslovom da je vanbračno poreklo utvrđeno, na način predviđen odgovarajućim porodičnopravnim propisima svake od ovih zemalja.[6] Za razliku od ostalih prava posmatrane grupe zemalja, tazbinsko srodstvo, samo u pravu Rusije, predstavlja pravno relevantni osnov pozivanja na nasleđe, dok adoptivno srodstvo u svima njima, predstavlja pravno relevantnu činjenicu u konstruisanju pravila zakonskog nasleđivanja. Tako, s obzirom na to, da prema Porodičnom zakonu Češke, potpunim usvojenjem nastaju odnosi, koji su identični onim, koji postoje između roditelja i dece, to usled

---

[2] Treći deo Građanskog kodeksa Rusije (nasledno pravo), stupio je na snagu 2002. godine. Tekst kodeksa videti na internet adresi: http://www.cis-legal-reform.org/civil-code/index.html.

[3] Građanski zakonik Republike Češke, donet je 1964. godine. Tekst zakonika videti na internet adresi: http://www.businessinfo.cz/cz/clanek/zakony/obcansky-zakonik/1001184/4-810/.

[4] Građanski zakonik Mađarske, donet je 1959. godine. Tekst zakonika videti na internet adresi: http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=95900004.TV.

[5] Zakon o nasleđivanju Bugarske, donet je 1949. godine.

[6] V. čl. 53. Porodičnog kodeksa Rusije iz 1995. godine (tekst kodeksa videti na internet adresi: http://zakon.kuban.ru/sk/sk.htm), Porodičnog zakona Češke iz 1963. godine (tekst zakona videti na internet adresi: http://mujweb.cz/www/vaske/rodina.htm), § 607. Građanskog zakonika Mađarske, kao i čl. 3. Porodičnog kodeksa Bugarske iz 1985. godine (tekst kodeksa videti na internet adresi: http://archive.bild.net/legislation/docs/4/civil5.html). Spomenućemo da je raniji Zakon o nasleđivanju Bugarske iz 1890. godine, - tretirao vanbračnu decu na drugačiji način od važećeg Zakona o nasleđivanju ove zemlje. Tako su vanbračna deca, čije je poreklo bilo utvrđeno – priznanjem ili sudskim putem, imala pravo samo na 1/2 od dela, na koji su imala pravo bračna deca, pri čemu su bračna deca, imala pravo da vanbračnoj deci isplate vrednost njihovog naslednog dela**.** U odnosu na srodnike svoje majke ili oca, vanbračna deca, nisu ni u kakvom slučaju, imali zakonska nasledna prava. V. o navedenom kod: Hristo Tasev: Bьlgarsko nasledstveno pravo, Sofiя, 1993., str. 14. i 35-36.

toga, između usvojenika i njegovog potomstva i usvojioca i njegovih srodnika, nastaju i uzajamna zakonska nasledna prava. Usvojenjem prestaju prava i obaveze između usvojenika i njegovih krvnih srodnika, usled čega prestaju i zakonska nasledna prava između usvojenika i njegovog potomstva prema roditelju i drugim krvnim srodnicima usvojenika, kao i nasledno pravo roditelja i ostalih krvnih srodnika prema usvojeniku i njegovom potomstvu. Do istih naslednopravnih dejstava, dovodi i zasnivanje potpunog usvojenja u pravu Rusije.[7] Izuzetak od ovoga, predviđen je jedino u slučaju, kada u skladu sa Porodičnim Kodeksom Rusije, a na osnovu rešenja suda o usvojenju, usvojenik zadržava odnose sa jednim od roditelja ili sa nekim od svojih krvnih srodnika, u kom slučaju, usvojenik i njegovo potomstvo mogu biti zakonski naslednici tih srodnika, kao što i oni mogu biti zakonski naslednici usvojenika i njegovog potomstva.[8] Međutim, ovo nasleđivanje, neće isključiti nasleđivanje između usvojenika i njegovih potomaka i usvojioca i njegovih srodnika.[9] Kada je reč o adoptivnom srodstvu, kao osnovu zakonskih naslednih prava, prema postojećim naslednopravnim propisima Mađarske, usvojenik za vreme postojanja usvojenja, nezavisno od toga da li se radi o potpunom ili drugom postojećem vidu usvojenja, koje po svojim dejstvima odgovara nepotpunom usvojenju, nasleđuje kao i krvni potomak usvojioca, što znači da se javlja kao potencijalni zakonski naslednik, ne samo iza usvojioca, već i iza usvojiočevih srodnika, kao što

[7] V. čl. 1147. st. 1-2. Građanskog kodeksa Rusije, kao i § 63. st. 1. i § 72. st. 1. Porodičnog zakona Češke.

[8] U skladu sa čl. 137. Porodičnog kodeksa Rusije, prvi izuzetak, odnosi se na slučaj zasnivanja usvojenja deteta od strane očuha ili maćehe, u kom slučaju se lična neimovinska i imovinska prava i dužnosti, između majke i usvojenog deteta, zadržavaju po njenoj želji, kada se kao usvojilac javlja muškarac, odnosno u slučaju, kada se ova prava i - dužnosti zadržavaju između oca i usvojenog deteta, a po njegovoj želji, kada se kao usvojilac javlja žena. U ovom slučaju, usvojeno dete i njegovo potomstvo, pozivaće se na nasleđivanje i iza smrti ovakvog roditelja, kao i njegovih krvnih srodnika, kao što će se i oni pozivati na nasleđe iza smrti usvojenika. Drugi izuzetak, odnosi se na slučaj, kada je do zadržavanja ličnih neimovinskih i imovinskih prava i dužnosti, došlo na molbu roditelja umrlog prirodnog roditelja deteta, odnosno, na molbu detetovog dede i (ili) babe, kada je to u interesu deteta, u kom slučaju, ovakav usvojenik može, po pravu reprezentacije, naslediti dedu i (ili) babu, sa kojim su očuvani pravni odnosi, kao što i deda i (-ili) baba posle smrti ovakvog usvojenika, istog mogu nasleđivati, kao naslednici drugog zakonskog naslednog reda. V. o navedenom kod: Bulaevskiй B.A., Vinogradova R.I., Efimov A.F., Levšina T.L., Pavlova E.A., Panteleeva I.V., Sučkova N.V., Šelıotto M.L., Šilohvost O. Ю., Яrošenko K.B: Komentariй k Graždanskomu kodeksu Rossiйskoй Federacii, Časti tretьeй, Moskva, 2007., str. 115-116.; Abova, T.E., Boguslavskiй, M.M., Svetlanov, A. G.: Komentariй k Graždanskomu kodeksu Rossiйskoй Federacii, Časti tretьeй, Moskva, 2004., str. 42.

[9] V. čl. 1147. st. 3. Građanskog kodeksa Rusije.

se i usvojilac i njegovi srodnici, javljaju kao naslednici iza usvojenika i njegovih potomaka.[10] Pritom, kada nije reč o potpunom usvojenju, usvojenik zadržava odgovarajuća zakonska nasledna prava i prema svojim krvnim srodnicima, kao što i krvni srodnici usvojenika mogu naslediti usvojenika, ali samo u slučaju, kada iza njega nisu ostali niti usvojilac, niti njegovi srodnici.[11] Međutim, u slučaju postojanja potpunog usvojenja, ne može se govoriti o postojanju uzajamnog naslednopravnog odnosa između usvojenika i njegovih krvnih srodnika.[12] Prema Porodičnom kodeksu Bugarske iz 1985. godine, postoje dva tipa usvojenja: potpuno i nepotpuno. Kod potpunog usvojenja, između usvojenika i njegovih potomaka, s jedne strane, i usvojioca i njegovih srodnika, s druge strane, nastaju uzajamna prava i obaveze, koja postoje i između krvnih srodnika, pa shodno tome i odgovarajuća uzajamna nasledna prava. Pritom, sva prava i obaveze, pa i nasledna prava, između usvojenika i njegovih potomaka sa njihovim krvnim srodnicima prestaju.[13] Nepotpunim usvojenjem, nastaju prava i obaveze samo između usvojenika i njegovih potomaka, s jedne strane i usvojioca, s druge strane, pri čemu paralelno ostaju da postoje i prava i dužnosti između usvojenika i njegovih potomaka i njihovih krvnih srodnika. Ovo znači da usvojenik i njegovi potomci nasleđuju kako usvojioca, tako i svoje krvne srodnike, ali ne nasleđuju srodnike usvojioca, s tim što roditelji ne mogu nasleđivati usvojenika.[14] Međutim, iako kod nepotpunog usvojenja, usvojenika, po pravilu, nasleđuju usvojioci, a ne roditelji, zaostavština usvojenika, ipak, može pripasti usvojenikovim roditeljima, odnosno, njegovim ostalim krvnim srodnicima, ukoliko su jedan ili oba usvojioca umrli. Prethodno proizlazi iz činjenice da prema Porodičnom kodeksu Bugarske, u slučaju smrti usvojioca, nepotpuno usvojenje prestaje, uz zadržavanje prava usvojenika, odnosno, njegovih potomaka da naslede usvojioca.[15]

---

[10] V. § 617. st. 1. i 3. Građanskog zakonika Mađarske.

[11] V. § 617. st. 2. i 4. Građanskog zakonika Mađarske.

[12] V. § 618. Građanskog zakonika Mađarske.

[13] V. čl. 61. st. 1. Porodičnog kodeksa Bugarske.

[14] V. čl. 62. Porodičnog kodeksa Bugarske.

[15] V. čl. 65. al. 2. Porodičnog kodeksa Bugarske. Spomenućemo da prema čl. 65. al. 1. Porodičnog kodeksa Bugarske, i u slučaju smrti usvojioca/laca iz potpunog vida usvojenja, sud može da donese odluku o prestanku ovog vida usvojenja, na zahtev usvojenika, njegovih roditelja, staratelja ili javnog tužioca, ako je to u interesu usvojenika. U tom slučaju, između usvojenika i njegovih potomaka i usvojioca i njegovih srodnika, doći će do prestanka uzajamnih naslednih prava, pri čemu se uzajamna nasledna prava usvojenika i njegovih krvnih srodnika ponovo uspostavljaju, osim, ako je do otvaranja nasleđa iza umrlog krvnog srodnika, došlo pre prestanka usvojenja. Više o naslednopravnim posledicama potpunog i nepotpunog usvojenja u pravu Bugarske videti: Hristo Tasev: op. cit., str. 37-40.; Gospodin Gospodinov: Nasledstvoto i delbata mu, Sofия, 1995., str. 21-24.

Kada je reč o naslednim pravima nadživelog bračnog druga, on ima pravo na zakonsko nasleđivanje, ukoliko se sa ostaviocem, u trenutku njegove smrti, nalazio u važećem braku. Dakle, zakonsko nasledno pravo bračnog druga, neće postojati u slučaju kada je brak razveden ili poništen, odnosno, kada je registrovano partnerstvo u pravu Češke prestalo odlukom suda ili je poništeno. Ovakve naslednopravne posledice razvoda i poništaja braka su samo u nekim od posmatranih prava izričito normirane, kao što je to slučaj u pravu Bugarske, s tim što spomenute naslednopravne posledice implicitno proizlaze iz odgovarajućih porodičnopravnih propisa ostalih zakonodavstva o razvodu i poništaju braka.[16]

Za razliku od vanbračne zajednice između partnera različitog pola, koja ni u jednom od posmatranih prava ne predstavlja pravno relevantnu činjenicu, u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja, vanbračna zajednica između partnera istog pola, u pojedinim od njih, ima isti naslednopravni značaj, kao i činjenica bračne veze. Tako je u pravu Češke, 01.07. 2006. godine, stupio na snagu Zakon o registrovanom partnerstvu, kojim je predviđeno da dva lica istog pola, mogu registrovati svoje partnerstvo, pred odgovarajućim matičnim uredom, u kom slučaju će jedno od dejstava ovako registrovanog partnerstva, predstavljati i uzajamno pravo zakonskog nasleđivanja između istopolnih vanbračnih partnera, koje se može ostvarivati na potpuno isti način, na koji se ovo pravo može ostvarivati i između bračnih drugova.[17] U pravu Mađarske, 01.01.2009. godine, trebao je da stupi na snagu Zakon o registrovanom partnerstvu, u čijim je odgovarajućim odredbama, bila predviđena mogućnost sticanja uzajamnih zakonskih naslednih prava između partnera različitog i istog pola, koji su registrovali svoje partnerstvo i to na isti način, na koji u ovom pravu, zakonsko nasledno pravo može ostvariti i ostaviočev bračni drug.[18] Međutim, odlukom Ustavnog suda Mađarske od 15.12.2008. godine, odred-

[16] V. čl. 98. st. 1. i 104. Porodičnog kodeksa Bugarske.

[17] Tekst zakona videti na internet adresi: http://www.partnerstvi.cz/rp-zakon-2006/zakon-115-2006.phtml#o01 Zakon č. 115/2006 Sb.., o registrovaném partnerství a o změně některých souvisejících zákonů u § 45. menja Građanski zakonik Češke u odgovarajućim
paragrafima (§ 473. st. 1., § 474. st. 1-2., kao i § 475. st. 1.), a njime se primena svih odredaba Građanskog zakonika ove zemlje, kojima se reguliše naslednopravni položaj bračnog druga, proširuje i na istopolnog registrovanog partnera. O zajednici lica istog pola u pravu Češke i ostalim evropskim pravima opširnije v. Gordana Kovaček-Stanić: Komparacija različitih evropskih pravnih koncepata o zajednici lica istog pola, Evropsko zakonodavstvo, 19-22/07, Beograd, 2007.

[18] V. § 1. (1) i § 17 (1) tač. 11-27. spomenutog zakona. Zakon o registrovanom partnerstvu je odobren od strane Parlamenta Mađarske 17.12.2007. godine. Tekst zakona videti na internet adresi: http://klub1001ejszaka.freeblog.hu/files/txt/bejegyzettelettars.htm.

be ovog Zakona su proglašene neustavnim, s pozivom na ustavno načelo posebne zaštite braka i porodice, koje je zakonodavac povredio Zakonom o registrovanom partnerstvu, jer su njime uvedeni instituti, kojim se u pogledu heteroseksualnih vanbračnih partnera, postiže isto ili vrlo slično pravno dejstvo, koje ima i brak, čime je znatno oslabljen, tj. degradiran institut braka. S druge strane, sud se izjasnio da prava, koja su zakonom data istopolnim vanbračnim partnerima, ne bi bila protivustavna, ukoliko bi se primenjivala samo na njih, a ne i na heteroseksualne vanbračne partnere.[19] U skladu sa ovom odlukom Ustavnog suda, u Mađarskoj je 01.01.2009. godine, stupio na snagu Zakon o registrovanom partnerstvu, a njime je predviđena isključivo mogućnost registracija istopolnih zajednica, pri čemu su istopolnim partnerima priznata gotovo sva prava, koja su priznata i bračnim drugovima, a između ostalog i pravo uzajamnog zakonskog nasleđivanja.

2. Zakonsko nasleđivanje u prvom zakonskom naslednom redu

Prema Građanskom kodeksu Rusije, te prema Građanskom zakoniku Češke i Zakonu o nasleđivanju Bugarske, činjenici srodstva prave nishodne linije i činjenici bračne veze, dat je najveći značaj prilikom formulisanja pravila zakonskog nasleđivanja, s obzirom na to, da u ovim pravima, potomci ostavioca i njegov bračni drug (odnosno istopolni vanbračni partner u pravu Češke), imaju prvenstvo u nasleđivanju. Međutim, za razliku od prava Češke i Bugarske, u kojima se zaostavština između prvostepenih potomaka ostavioca i njegovog bračnog druga, kao naslednika prvog naslednog reda, deli na jednake delove,[20] u pravu Rusije, sa prvostepenim potomstvom ostavioca i njegovim

[19] Odluku Ustavnog suda Mađarske 21/V/2008 od 15. 12. 2008. godine videti na internet adresi: www.alkotmanybirosag.hu/content/hu/frisshat/00210804.htm.

[20] V. § 473. st. 1. Građanskog zakonika Češke, kao i čl. 5. al. 1. i čl. 9. al. 1. Zakona o nasleđivanju Bugarske. Vrednost pravila, proklamovanog naslednopravnim propisima Bugarske, prema kojem se zaostavština u prvom naslednom redu, deli na jednake delove između bračnog druga i ostaviočevih prvostepenih potomaka, bila je umanjena Porodičnim kodeksom iz 1968. godine, kojim je sa uvođenjem zajedničke imovine bračnih drugova, uvedeno i dopunsko pravilo, u pogledu naslednih prava nadživelog bračnog druga. Prema njemu, nadživelom bračnom drugu, kada je konkurisao na nasleđe sa decom ostavioca, nije pripadalo pravo na deo od udela ostavioca u zajedničkoj imovini, već se taj udeo ostavioca, delio samo između ostaviočeve dece, što znači da se pravilo Zakona o nasleđivanju, o podeli zaostavštine na jednake delove, između nadživelog bračnog druga i njegovih prvostepenih potomaka, odnosilo samo na ostalu imovinu, koja je ulazila u zaostavštinu (na posebnu imovinu ostavioca). Napomenućemo da ovakav režim, međutim, nije važio u situaciji, kada su nadživelom bračnom drugu, konkurisali srodnici ostalih naslednih redova, u kom slučaju je bračni drug, a prema opštim pravilima nasleđivanja, imao pravo na odgovarajući nasledni deo, kako od posebne imovine ostavioca, tako i od udela ostavioca u zajedničkoj imovini

bračnim drugom, u zakonskim naslednim pravima izjednačeni su još i roditelji, kao srodnici prvog stepena prave ushodne linije. To praktično znači da u ruskom pravu, prvostepeni potomci ostavioca, njegovi roditelji, kao i njegov bračni drug, imaju isti naslednopravni položaj, s obzirom na to, da se zaostavština između svih navedenih lica, kao naslednika prvog naslednog reda, deli na jednake delove. U prvi nasledni red, u svim spomenutim pravima, ulazi i svo ostaviočevo dalje potomstvo, što znači da je primena principa reprezentacije neograničena. Ovo važi, kako u slučaju postojanja konkurencije bračnog druga, odnosno istopolnog vanbračnog partnera u pravu Češke, a u pravu Rusije i u slučaju postojanja roditelja, tako i u slučaju kada konkurencije spomenutih naslednika nema, u kom slučaju će se cela zaostavština deliti na jednake delove između prvostepenih potomaka ostavioca.[21]

U pravu Mađarske ne postoji mogućnost konkurisanja na nasleđe u svojinu od strane ostaviočevog bračnog druga, odnosno njegovog istopolnog vanbračnog partnera potomcima ostavioca, jer ostaviočevu celokupnu zaostavštinu, kao zakonski naslednici prvog zakonskog naslednog reda nasleđuju samo njegovi potomci, i to najpre njegova deca, između kojih se zaostavština deli na jednake delove, a potom i svi njegovi dalji potomci, uz neograničenu primenu principa reprezentacije. Tek ukoliko iza ostavioca nije ostao nijedan potomak, zakonsko pravo nasleđivanja u svojinu, i to kako ćemo videti, samo na određenim dobrima zaostavštine, pripada nadživelom bračnom drugu ostavioca, odnosno, njegovom istopolnom vanbračnom partneru.[22] Međutim, prethodno navedeno ne znači istovremeno i nepostojanje bilo kakvih naslednopravnih ovlašćenja nadživelog bračnog druga, odnosno njegovog istopolnog vanbračnog partnera, u konkurenciji sa potomcima ostavioca. Naime, bračnom drugu ostavioca, odnosno njegovom istopolnom vanbračnom partneru, i u konkurenciji sa potomcima ostavioca pripada zakonsko pravo nasleđivanja, koje se ogleda u njegovom pravu plodouživanja na svim onim predmetima zaostavštine, u pogledu kojih, on nema pravo nasleđivanja u svojinu (udovičko pravo). Ovo pravo prestaje onog trenutka, kada bračni drug, odnosno istopolni vanbračni partner ostavioca, sklopi novi brak ili novo registrovano partnerstvo.[23] Pravo plodouživanja može biti ograničeno sudskim putem,

---

bračnih drugova. Nakon stupanja na snagu Porodičnog kodeksa Bugarske iz 1985. godine, izmenjeno je i dvostruko tretiranje naslednih prava nadživelog bračnog druga, u zavisnosti od toga, da li on nasleđuje sa potomcima ili sa ostalim ostaviočevim srodnicima. V. Hristo Tasev: op. cit., str. 41; Gospodin Gospodinov: op. cit., str. 26-27.

[21] V. čl. 1142. u vezi sa čl. 1141. st. 2. Građanskog kodeksa Rusije, § 473. st. 2. Građanskog zakonika Češke, kao i čl. 5. al. 1. i čl. 10. al. 1. Zakona o nasleđivanju Bugarske.

[22] V. § 607. st. 1- 4. Građanskog zakonika Mađarske.

[23] V. § 615. Građanskog zakonika Mađarske.

na zahtev jednog ili više potomaka ostavioca, s tim, da do njega može doći, samo u meri, u kojoj i pored ograničenja, plodouživanje obezbeđuje potrebe bračnog druga, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, uzimajući u obzir imovinu koju je on nasledio, njegovu sopstvenu imovinu, a takođe i rezultate njegovog rada. Dakle, kvantitet ograničenja prava plodouživanja, mora biti primeren standardnim potrebama bračnog druga, odnosno njegovog istopolnog partnera, i njegovom uobičajenom izdržavanju. Prilikom ograničenja prava plodouživanja, nije postavljeno vremensko ograničenje, što znači da se ono može tražiti, sve dok postoji udovičko pravo.[24] Bračnom drugu, odnosno istopolnom vanbračnom partneru i bilo kojim naslednicima, pripada i pravo na postavljanje zahteva za otkupljenjem prava plodouživanja bračnog druga, odnosno istopolnog vanbračnog partnera. U slučaju otkupa, udovičko pravo se preobražava u nasleđivanje svojine, pa se stoga, bračni drug, odnosno istopolni vanbračni partner ostavioca, smatra zakonskim naslednikom u odnosu na njemu pripadajući deo iz zaostavštine, tako da bračnom drugu, odnosno istopolnom vanbračnom partneru, iz otkupljene imovine, u naturi ili u novcu, pripada istovetan deo, koji bi nasledilo i jedno dete ostavica u svojstvu zakonskog naslednika.[25] Otkup udovičkog prava plodouživanja može se zahtevati isključivo u roku od godinu dana od otvaranja nasleđa,[26] pri čemu sud ovakvu odluku može doneti, tek nakon prethodne ocene interesa, kako naslednika, tako i bračnog druga, odnosno istopolnog vanbračnog partnera ostavioca.

Iz svega iznetog, moglo bi se zaključiti da je u pravu Mađarske, činjenici srodstva prave nishodne linije dat veći naslednopravni značaj nego činjenici bračne veze, odnosno istopolne vanbračne zajednice, dok je u pravima Češke i Bugarske, odnos činjenice srodstva u pravoj nishodnoj liniji i činjenice bračne veze (odnosno činjenice istopolne vanbračne zajednice u pravu Češke), koordinirajući, pri čemu je ovim činjenicama dat isti naslednopravni značaj, uzimajući u obzir jednak naslednopravni položaj bračnog druga i prvostepenih potomaka ostavioca. U pravu Rusije, odnos činjenice srodstva u pravoj nishodnoj liniji i prvom stepenu prave ushodne linije, s jedne strane, i činjenice bračne veze, s druge strane, takođe je koordinirajući, pri čemu je, kao što je to slučaj i u prethodno spomenutim pravima, navedenim činjenicama dat isti naslednopravni značaj, imajući u vidu izjednačenost naslednopravnog položaja prvostepenih potomaka, roditelja i bračnog druga.

---

[24] V. § 616. st. 1 - 2. Građanskog zakonika Mađarske.
[25] V. § 616. st. 3 - 4. Građanskog zakonika Mađarske.
[26] V. § 616. st. 5. Građanskog zakonika Mađarske.

3. Zakonsko nasleđivanje u ostalim zakonskim naslednim redovima

U pravu Rusije, u odnosu na bilo koju drugu liniju, odnosno stepen srodstva, sem spomenutih, činjenici bračne veze dat je veći naslednopravni značaj, s obzirom na pravilo, prema kojem se nijedan naslednik iz daljeg zakonskog naslednog reda, neće pozivati na nasleđe, sve dok ima naslednika iz bližeg zakonskog naslednog reda.[27] Ovo znači da bračni drug ostavioca, ukoliko nema nijednog od spomenutih srodnika, kao naslednika prvog naslednog reda, može naslediti celu zaostavštinu. Iz navedenog se može zaključiti, da je odnos činjenice srodstva u pravoj ushodnoj liniji (osim kada se radi o srodstvu u prvom stepenu) i činjenice pobočnog srodstva, u svim onim stepenima, koji su pravno relevantni, u formulisanju pravila zakonskog nasleđivanja, s jedne strane, i činjenice bračne veze, s druge strane, isključujući.

Sličan naslednopravni položaj, nadživeli bračni drug, odnosno istopolni vanbračni partner ostavioca, ima i u pravu Češke. Navedena sličnost proizlazi iz činjenice, da i u ovom pravu bračnom drugu, odnosno istopolnom vanbračnom partneru ostavioca, na nasleđe mogu konkurisati još samo srodnici prvog stepena prave ushodne linije (s tim što se isti, za razliku od prava Rusije, pojavljuju u svojstvu zakonskih naslednika drugog naslednog reda), kao i u činjenici da bračni drug, odnosno istopolni vanbračni partner ostavioca, isključuje iz nasleđivanja, sve ostale naslednike u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji srodstva, čiju srodničku vezu pravo ove zemlje, priznaje kao pravno relevantnu, prilikom zakonskog nasleđivanja.

Još povoljniji naslednopravni položaj, nadživeli bračni drug, odnosno istopolni vanbračni partner, ima u pravu Mađarske, ali samo kada se radi o nasleđivanju dobara tekovine. Naime, u ovom pravu, naslednopravni položaj bračnog druga, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, u odnosu na naslednopravni položaj ostalih srodnika ostavioca, može biti dvojak, usled njegove uslovljenosti postojanjem dvojnog režima nasleđivanja, koji se u ovom pravu pojavljuje zbog uticaja činjenice porekla dobara zaostavštine na zakonski nasledni red. Tako, kada se radi o dobrima tekovine, bračni drug ili istopolni vanbračni partner, u nasleđivanju navedenih dobara, ima prednost u odnosu na bilo kog srodnika prave ushodne ili pobočne linije, čija srodnička veza sa ostaviocem, može biti pravno relevantna prilikom nasleđivanja ovih dobara. Međutim, ukoliko se radi o nasleđivanju dobara starine, situacija je obrnuta, što znači da bilo koji

[27] V. čl. 1141. st. 1. Građanskog kodeksa Rusije.

srodnik ostavioca, čiju srodničku vezu, zakon ove zemlje, priznaje kao pravno relevantnu prilikom nasleđivanja ovih dobara, ima prednost u nasleđivanju istih, u odnosu na bračnog druga, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, s tim što je ovo pravo nasleđivanja srodnika, ograničeno postojanjem prava plodouživanja bračnog druga, odnosno istopolnog vanbračnog partnera na navedenim dobrima, nezavisno od toga, kom srodniku su u svakom konkretnom slučaju, ova dobra pripala u svojinu, na ime njegovog naslednog dela.

U odnosu na sva prethodno spomenuta prava, jedino u pravu Bugarske, bračnom drugu ostavioca uvek može konkurisati veliki broj srodnika, kao potencijalnih zakonskih naslednika. Naime, osnovna karakteristika naslednopravnog položaja bračnog druga u odnosu na položaj ostalih srodnika, u pravu Bugarske, ispoljava se u činjenici da bračni drug ostavioca, ne može isključiti iz nasleđivanja nijednog pretka, kao i nijednog potomka roditelja, kao pobočne srodnike ostavioca. Pritom, naslednopravni položaj bračnog druga ostavioca u konkurenciji sa spomenutim srodnicima, u velikoj meri je uslovljen dužinom trajanja braka sa ostaviocem, ali i brojem spomenutih srodnika, sa kojima u konkretnom slučaju nasleđuje.

Međutim, pre nego što ukažemo na konkretan naslednopravni položaj bračnog druga i ostalih srodnika ostavioca, ili preciznije, na odnos ovih činjenica u svakom od posmatranih prava, a radi njegovog boljeg razumevanja, najpre ćemo izložiti karakteristike uzajamnih odnosa samih srodnika, kao zakonskih naslednika u ovim pravima.

3.1. Uzajamni odnos srodnika kao zakonskih naslednika

Karakteristika prava Rusije, u pogledu uzajamnih odnosa samih srodnika prilikom ostvarivanja zakonskih naslednih prava, ogleda se, kako smo to videli, u privilegovanju naslednopravnog položaja srodnika prave nishodne linije i prvog stepena prave ushodne linije, u odnosu na bilo koje druge srodnike ostavioca, a čiji krug je u ovom pravu postavljen na širok način.

Shodno principu pozivanja srodnika na nasleđe, prema kojem osnovno merilo predstavlja stepen srodstva, u drugi zakonski nasledni red, u pravu Rusije, ulaze ostaviočevi srodnici drugog stepena srodstva pobočne linije – njegova braća i sestre (kako punorodna, tako i polurodna), kao i ostaviočevi srodnici drugog stepena prave ushodne linije – ostaviočeve dede i babe, u očevoj i majčinoj lozi. Deca braće i sestara i polubraće i polusestara (sinovci i sinovice, bratanci i bratanice, sestrići i sestričine), dakle, samo njihovi prvostepeni potomci, mogu nasleđivati

po pravu reprezentacije.[28] Srodnici ostavioca, koji se sa njim nalaze u trećem stepenu pobočnog krvnog srodstva, odnosno, ostaviočevi stričevi, ujaci i tetke, kao i polurodni stričevi, ujaci i tetke, ulaze u krug naslednika trećeg zakonskog naslednog reda. U ovaj nasledni red, po pravu reprezentacije, ulaze i njihova deca, odnosno, ostaviočeva braća i sestre od stričeva, ujaka, tetaka, kao i od polustričeva, poluujaka i polutetaka.[29] U krug naslednika četvrtog zakonskog naslednog reda, ulaze ostaviočevi srodnici trećeg stepena srodstva prave ushodne linije, odnosno, ostaviočeve pradede i prababe i to kako u očevoj, tako i u majčinoj lozi.[30] Kao naslednici petog zakonskog naslednog reda, pozivaju se srodnici četvrtog stepena pobočnog srodstva, odnosno, deca rođenih sinovaca i sinovica, bratanaca i bratanica, sestrića i sestričina („nerođene" unuke i unuci ostavioca), kao i rođena braća i sestre ostaviočevih deda i baba („nerođene" dede i babe ostavioca).[31] U šesti zakonski nasledni red, ulaze srodnici, koji se sa ostaviocem nalaze u petom stepenu pobočnog srodstva, odnosno, unuci rođenih sinovaca i sinovica, bratanaca i bratanica, sestrića i sestričina („nerođeni" praunuci i praunuke ostavioca), deca ostaviočevih braće i sestara po stričevima, ujacima i tetkama („nerođeni" bratanci, bratanice, sestrići i sestričine), kao i deca rođene braće i sestara ostaviočevih deda i baba („nerođeni" stričevi, ujaci i tetke ostavioca). Naposletku, ukoliko nema nijednog od prethodno pomenutih naslednika, na nasleđe se, kao naslednici sedmog zakonskog naslednog reda, pozivaju tazbinski srodnici ostavioca, odnosno, njegovi pastorci i pastorke, te očuh i maćeha ostavioca.[32] U okviru bilo kog zakonskog naslednog reda, zaostavština se između naslednika uvek deli na jednake delove, osim kada je reč o naslednicima, koji nasleđuju primenom principa reprezentacije.[33]

U pravu Češke, zaostavština se deli na jednake delove, najpre između zakonskih naslednika drugog naslednog reda – roditelja ostavioca, kao njegovih srodnika prvog stepena prave ushodne linije, koji, dakle, shodno tome, imaju prednost u nasleđivanju u odnosu na bilo koje ostale srodnike ostavioca, kao njegove potencijalne zakonske naslednike.[34] Krug srodnika kao potencijalnih naslednika, u pravu ove zemlje, postavljen je pritom, na znatno uži način, nego što je to slučaj u pravu Rusije, s obzirom

[28] V. čl. 1143. Građanskog kodeksa Rusije.
[29] V. čl. 1144. Građanskog kodeksa Rusije.
[30] V. čl. 1145. st. 2. Građanskog kodeksa Rusije.
[31] V. čl. 1145. st. 2. Građanskog kodeksa Rusije.
[32] V. čl. 1145. st. 2-3. Građanskog kodeksa Rusije.
[33] V. čl. 1141. st. 2. Građanskog kodeksa Rusije.
[34] V. § 474. Građanskog zakonika Češke.

na to da, pored navedenih srodnika, obuhvata i braću i sestre i polubraću i polusestre (između kojih zakon ne pravi nikakvu razliku), odnosno, pobočne srodnike drugog stepena srodstva, između kojih se zaostavština deli na jednake delove, kao i njihove prvostepene potomke, koji nasleđuju po pravu reprezentacije, sve kao zakonske naslednike trećeg naslednog reda. Pored njih, na nasleđe se još pozivaju dede i babe, odnosno, srodnici drugog stepena prave ushodne linije srodstva, između kojih se zaostavština deli na jednake delove, kao i njihovi prvostepeni potomci, između kojih se zaostavština takođe deli na jednake delove, ali samo ukoliko nijedan od deda ili baba nije živ. Oni su naslednici četvrtog zakonskog naslednog reda.[35]

U pravu Mađarske, kako je to navedeno, ustanovljen je dvojni režim nasleđivanja, s obzirom na vrstu imovine, koja ulazi u sastav zaostavštine. Stoga, u ovom pravu, jedna pravila nasleđivanja važe u pogledu stečene imovine ostavioca, odnosno, dobara tekovine, a druga pravila nasleđivanja, kada se radi o dobrima starine. Kod pitanja odnosa tekovine i starine, kao mogućih delova zaostavštine, u pravu Mađarske, postoji pretpostavka u korist prvih navedenih dobara, prema kojoj, sva dobra zaostavštine predstavljaju tekovinu, od koje je suprotan dokaz dopušten, s obzirom na zakonsko pravilo, prema kojem granski karakter predmeta imovine, mora da dokazuje lice, koje po tom pravnom osnovu, postavlja zahtev za njegovo nasleđivanje,[36] tako da se, shodno navedenom, tekovina javlja kao ostatak vrednosti zaostavštine, koji ostane nakon namirenja vrednosti starine. Imovina ostavioca ili neki njen deo, može se kvalifikovati kao imovina po grani, samo onda, kada je prešla na ostavioca sa određenog lica i na određeni način, kako je to predviđeno Građanskim zakonikom Mađarske. Naime, karakteristično za gransku imovinu je to, da je ona na ostavioca prešla neposredno, od bilo kog njegovog pretka ili posredstvom sledećih potomaka zajedničkog pretka: brata ili sestre ostavioca ili potomka brata ili sestre ostavioca. Predmet imovine, dobijen od pretka, može se kvalifikovati kao granska imovina ako je sa pretka na ostavioca prešao putem nasleđivanja ili dobročinih davanja, pri čemu nije od značaja na koji način je imovinu predak stekao, tj. da li ju je i on nasledio, dobio na poklon ili eventualno, stekao kupovinom. Međutim, ukoliko je predmet imovine, na ostavioca prešao sa brata ili sestre ili nekog od potomaka braće ili sestara, tada uslov kvalifikovanja granskom imovinom nisu samo dobročinost ili nasleđivanje, nego je dodatan uslov i da je sam brat ili sestra, odnosno, njihov

[35] V. § 475-475 a Građanskog zakonika Češke.
[36] V. § 611. st. 3. Građanskog zakonika Mađarske.

potomak, predmet imovine stekao isključivo putem nasleđivanja ili besplatnog pribavljanja od zajedničkog pretka.[37]

Svojstvo granske imovine prestaje usled bilo kakvih promena u granskoj imovini, tako da se pravila granskog nasleđivanja neće odnositi na predmet granske imovine, koji u momentu smrti ostavioca nije postojao, predmet imovine, koji je stupio na mesto granskog imovinskog predmeta ili je kupljen iz vrednosti dobijene iz granskog imovinskog predmeta, kao i na uobičajene poklone, pri čemu, nije dozvoljeno ni nadomešćavanje ili nadoknada vrednosti granskog imovinskog predmeta, koji u momentu smrti ostavioca nije postojao (ukoliko je propao, potrošen itd.). Naposletku, pravila granskog nasleđivanja, ne odnose se ni na predmete domaćinstva – uređaje i aparate prosečne, uobičajene vrednosti, nakon proteka petnaest godina braka, odnosno istopolnog vanbračnog partnerstva, nadživelog bračnog druga, odnosno istopolnog vanbračnog partnera sa ostaviocem.[38] Granski imovinski predmet se ima izdati u naturi, a jedino kada je to necelishodno, sud može odrediti da se vrednost granskog imovinskog predmeta namiri u novcu.[39]

Kao potencijalni naslednici dobara tekovine, mogu se pozivati ostavioćevi srodnici, čiji je krug postavljen na jedan širi način, pri čemu je usvojen parentelarno-linearni sistem, sa podelom srodnika u nasledne redove, sa primenom prava reprezentacije, kao i pravom priraštaja, između najbližih srodničkih grupa, unutar istog naslednog reda. Dakle,

---

[37] V. § 611. st. 1-2. Građanskog zakonika Mađarske. Dakle, ukoliko je ostavilac nasledio nepokretnost od svog sestrića, bratanca ili sinovca, uvek je neophodno ispitati, na koji način ju je predmetni sestrić, bratanac ili sinovac stekao, pa ukoliko je spomenuti srodnik ostavioca, nekretninu kupio od oca ostavioca, takva imovina se ne može smatrati granskom imovinom. Opširnije o kvalifikovanju imovine granskom v. Eörsi Gyula, Gellért György: A Polgári Törvénykönyv magyarázata 3, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1981, str. 2801-2810.

[38] V. § 613. Građanskog zakonika Mađarske. Ukoliko bi ostavilac, granski imovinski predmet prodao i umesto njega kupio novu nekretninu, ova nekretnina neće imati granski karakter, niti će potpasti pod režim granskog nasleđivanja. Ukoliko ostavilac za kupoprodajnu cenu, dobijenu iz prodaje granskog imovinskog predmeta, ne kupi ništa, nego taj gotov novac čuva, te on ostane u zaostavštini, ni ta gotovina se neće kvalifikovati kao granska. Uobičajenim se smatraju pokloni manje vrednosti, te pokloni, koji se daju u određenim prigodama, pri čemu se uobičajenost poklona ima ceniti, uzimajući u obzir imovinske i društvene prilike konkretnih lica. Pritom, izričito treba naglasiti, da zakon koristi termin poklon. Ovo znači, da ako je ostavilac dobio na poklon, imovinski predmet uobičajene vrednosti, on neće spadati u gransko nasleđivanje. Međutim, ako je taj isti predmet, ma on bio i manje vrednosti, ostavilac nasledio od svog pretka, on će biti kvalifikovan kao granska imovina. Opširnije o predmetima imovine, na koja se ne odnose pravila granskog nasleđivanja videti: Eörsi Gyula, Gellért György*:* op. cit., str. 2817-2823.

[39] V. § 614. Građanskog zakonika Mađarske.

samo ukoliko nema potomaka, prioritet u nasleđivanju ovih dobara imaju srodnici prvog stepena prave ushodne linije, odnosno, ostaviočevi otac i majka, između kojih se dobra tekovine dele na dva jednaka dela, uz neograničenu mogućnost pozivanja na nasleđe i potomstva roditelja, primenom principa reprezentacije. Ukoliko jedan od rodonačelnika drugog naslednog reda ne postane naslednik polovine tekovine, kao ni potomstvo tog rodonačelnika, ova polovina će prirasti polovini tekovine drugog rodonačelnika, odnosno njegovim potomcima.[40] Usled nepostojanja nijednog srodnika iz drugog naslednog reda, koji mogu i hoće da naslede, pravo da naslede imaju srodnici trećeg naslednog reda, odnosno dede i babe ostavioca po ocu i po majci, kao i njihovo potomstvo neograničeno, primenom principa reprezentacije. Ako deda, odnosno baba u jednoj lozi, ne može ili neće da nasledi, a nema svoje potomke, dolazi najpre do priraštaja naslednom delu babi, odnosno, dedi u istoj toj lozi (što znači da će u ovom slučaju nasledni deo babe, odnosno dede, koji može i hoće da nasledi iznositi 1/2 zaostavštine), dok će se potomci ovakve babe, odnosno dede, pozivati na nasleđe, primenom principa reprezentacije, neograničeno. Ukoliko iza ostavioca, nisu ostali ni deda, ni baba, kao ni njihovi potomci iz jedne loze, onda će se između dede i babe iz druge loze zaostavština deliti na dva jednaka dela, uz neograničenu mogućnost pozivanja na nasleđivanje i njihovih potomaka, primenom principa reprezentacije.[41] Naposletku, u slučaju, kada iza ostavioca, nisu ostali ni dede i babe, a ni njihovi potomci, na nasleđivanje se pozivaju dalji ostaviočevi preci, dakle, njegove pradede ili prababe, čukundede ili čukunbabe i dalji preci. Međutim, naglasićemo da je u pravu Mađarske, u slučaju pozivanja predaka udaljenijih od deda ili baba, predmetna parentela nepotpuna, što znači da se potomci ovih ascendenata, nikada ne mogu pozivati na nasleđivanje, primenom principa reprezentacije. Osim toga, u ovim parentelama, ne realizuje se ni princip postepenosti, s obzirom na to, da svi dalji preci, zapravo, čine jednu grupu, pa bez obzira na stepen srodstva sa ostaviocem, svako od njih ponaosob, nasleđuje u jednakim delovima.[42]

Konkretan krug srodnika, koji imaju pravo da naslede dobra starine, razlikuje se od kruga srodnika, koji mogu naslediti dobra tekovine, s obzirom na to, da ovaj krug može obuhvatiti samo one srodnike ostavioca, koji su zajedno sa njim imali za zajedničkog pretka, lice od kojeg potiču navedena dobra, tj. od kojeg su, u krajnjoj liniji i konkretnom ostaviocu

[40] V. § 608. Građanskog zakonika Mađarske.
[41] V. § 609. Građanskog zakonika Mađarske.
[42] V. § 610. Građanskog zakonika Mađarske.

pripala dobra starine. U nasleđivanju dobara starine, važi pravilo da se prvi poziva onaj predak, odnosno njegovo potomstvo, po pravu reprezentacije, kao pripadnici naslednog reda, koji je bliže ostaviocu, isključujući na taj način udaljenijeg pretka i pored činjenice da su dobra starine, ostaviocu pripala upravo od pretka daljeg naslednog reda. Na ovaj način, na nasleđe dobara starine, poziva se najpre otac, odnosno majka i to do one vrednosti, koja je od njih ili sa njihove grane prešla na ostavioca, odnosno, potomci konkretnog roditelja, po pravu reprezentacije, koje se može primenjivati neograničeno. Ukoliko nema roditelja sa pravom na nasleđivanje granskih imovinskih predmeta, niti njihovih potomaka, ovakve predmete će nasleđivati deda, odnosno baba (ali ne i njihovi potomci), a ukoliko ni njih nema, ovakve imovinske predmete će nasleđivati dalji predak ostavioca, ali nikada preko spomenute granice u pogledu relevantne činjenice poticanja dobara starine.[43] Dakle, u pogledu nasleđivanja dobara starine, važi princip *materna maternis, paterna paternis* – odnosno pravilo da se dobra starine vraćaju u lozu od koje su potekla, a ne u drugu lozu. To znači da preci ili pojedini pobočni srodnici, kojima zakon omogućuje nasleđivanje dobara starine, moraju pripadati onoj lozi, od koje navedena dobra i potiču, te ukoliko nijedno lice iz spomenutog kruga ne postane naslednikom, dobra starine ne prirastaju precima i određenim pobočnim srodnicima druge loze, već u tom slučaju dolazi do preobražaja navedenih dobara u dobra tekovine i potpadanja navedenih dobara pod režim nasleđivanja tekovine.[44]

Na kraju, osnovne karakteristike odnosa srodnika u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji, prilikom ostvarivanja zakonskih naslednih prava, u pravu Bugarske, ogledaju se u privilegovanju naslednopravnog položaja srodnika prvog stepena prave ushodne linije, u odnosu na sve ostale srodnike, kao potencijalne zakonske naslednike, u mogućnosti istovremenog konkurisanja na nasleđivanje bilo kojih srodnika u pravoj ushodnoj liniji od drugog stepena pa nadalje i potomaka roditelja, kao pobočnih srodnika ostavioca, te u povoljnijem naslednopravnom položaju spomenutih pobočnih srodnika, u odnosu na konkurišuće im srodnike u pravoj ushodnoj liniji, odnosno pretke, kao i naposletku, u boljem naslednopravnom položaju punorodnih pobočnih srodnika drugog stepena srodstva, u odnosu na polurodne pobočne srodnike navedenog stepena srodstva. Naime, u slučaju kada ne postoji konkurencija bračnog druga srodnicima, kao naslednicima drugog ili daljih naslednih redova, zaostavština će se između roditelja, kao naslednika drugog naslednog reda, deliti na jednake delove ili će

[43] V. § 612. st. 1-2. Građanskog zakonika Mađarske.
[44] V. § 612. st. 3. Građanskog zakonika Mađarske.

pripasti u celosti jedinom nadživelom roditelju,[45] a samo ako njih nema, deliće se između naslednika trećeg naslednog reda – ostaviočevih braće i sestara, odnosno, njihovih potomaka, po pravu reprezentacije, ili između ostaviočevih daljih predaka, ili između i jednih i drugih. U trećem naslednom redu, zapravo, postoje dve grupe naslednika. U prvu grupu ulaze braća i sestre, odnosno njihovi potomci, po pravu reprezentacije, a u drugu grupu preci, od drugog stepena srodstva pa nadalje. Ove grupe naslednika, imaju različita nasledna prava. Tako, kada su iza ostavioca ostali samo naslednici u pravoj ushodnoj liniji krvnog srodstva drugog stepena ili daljih stepena (babe i dede, pradede i prababe itd.), na nasleđe će se pozivati najpre oni, koji se sa ostaviocem nalaze u bližem stepenu srodstva, u kom slučaju će se zaostavština, između njih deliti na jednake delove.[46] Ukoliko su iza ostavioca ostali samo rođena braća i sestre i njihovi potomci, braća i sestre nasleđuju na jednake delove, a njihovi spomenuti potomci, po pravu reprezentacije, a isti je slučaj i kada su ostavioca nadživeli samo polubraća i polusestre, odnosno, njihovi potomci, s obzirom na to, da će se zaostavština i u ovom slučaju, deliti na jednake delove, dok će potomci polubraće i polusestara nasleđivati, po pravu reprezentacije.[47] Međutim, kada su ostavioca nadživeli i rođena braća i sestre i polubraća i polusestre, onda će polubraći i polusestrama, na ime naslednog dela pripasti 1/2, od onog naslednog dela, koji pripada rođenoj braći i sestrama.[48] U situaciji kada su ostavioca nadživeli i braća i sestre, odnosno polubraća i polusestre, a istovremeno i spomenuti preci, 2/3 zaostavštine će se deliti na jednake delove između braće i sestara, a preostala 1/3 će se deliti između predaka ostavioca.[49] S obzirom na to, da ni sam tekst Zakona o nasleđivanju ove zemlje, prilikom normiranja konkurencije u naslednim pravima pobočnih srodnika i predaka, ne pravi razliku između punorodnih i polurodnih braće i sestara, u teoriji je izneto mišljenje, prema kojem se pravilo po kojem polubraća i polusestre imaju pravo samo na polovinu

[45] V. čl. 6. Zakona o nasleđivanju Bugarske.

[46] V. čl. 7. Zakona o nasleđivanju Bugarske. Tako, ukoliko su ostavioca nadživeli deda i baba u očevoj lozi, kao i baba u majčinoj lozi, svako od njih će naslediti po 1/3 zaostavštine. Ukoliko su, međutim, ostavioca nadživeli samo deda u očevoj lozi i pradeda u majčinoj lozi, deda u očevoj lozi, kao srodnik bližeg stepena srodstva će isključiti mogućnost da se pradeda u majčinoj lozi pojavi kao naslednik, te će shodno tome, on naslediti celu zaostavštinu. Primer preuzet iz: Hristo Tasev: op. cit., str. 48.

[47] V. čl. 8. al. 1. Zakona o nasleđivanju Bugarske.

[48] V. čl. 8. al. 3. Zakona o nasleđivanju Bugarske.

[49] V. čl. 8. al. 2. Zakona o nasleđivanju Bugarske. Tako, ukoliko su ostavioca nadživela tri brata i deda i baba, svaki od braće će naslediti po 2/9 zaostavštine, a deda i baba po 1/6 zaostavštine. Primer preuzet iz: Emil Zlatarev, Georgi Воянov, Atanas Vasilev, Irina Muleškova: Osnovi na pravoto, Kniga vtora, Sofія, 2005. str. 198.

od naslednog dela, koji dobijaju rođena braća i sestre, a koje se inače primenjuje u slučaju njihove međusobne konkurencije, ima primeniti i u slučaju istovremenog konkurisanja na nasleđe predaka i braće i sestara, odnosno polubraće i polusestara.[50] Kada iza ostavioca nisu ostali prethodno spomenuti srodnici, na nasleđe će se, kao naslednici četvrtog naslednog reda, pozivati ostali ostaviočevi pobočni srodnici, zaključno sa šestim stepenom pobočnog krvnog srodstva. Oni ne nasleđuju svi istovremeno, već se pozivaju na nasleđe, primenom pravila, prema kojem pobočni srodnik bližeg stepena srodstva isključuje iz nasleđivanja srodnike daljeg stepena srodstva.[51]

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

Uzimajući u obzir napred iznete, osnovne karakteristike naslednopravnog položaja nadživelog bračnog druga u konkurenciji sa naslednicima ostavioca, koji se sa njim nalaze u pravoj ushodnoj ili pobočnoj liniji srodstva, a posebno uzimajući u obzir konkretan naslednopravni položaj nadživelog bračnog druga, u odnosu na svaku pojedinu kategoriju ovih srodnika, o čemu će u daljim izlaganjima biti više reči, moglo bi se zaključiti da je u pravima Češke, Mađarske i Bugarske, počev od drugog zakonskog naslednog reda, prisutna tendencija poboljšanja naslednopravnog položaja bračnog druga (odnosno istopolnog vanbračnog partnera u pravima Češke i Mađarske), u odnosu na ovakav položaj konkurišućih mu srodnika. Međutim, iako ova tendencija u svim spomenutim pravima, nalazi svoju potvrdu, ona u njima ne dolazi do izražaja niti na isti način, niti u istoj meri.

Tako je u pravu Češke, odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj ili pobočnoj liniji i činjenice bračne veze, odnosno istopolne vanbračne zajednice, koordinirajući, onda kada se bračni drug, odnosno istopolni vanbračni partner pojavljuje kao naslednik u konkurenciji sa ostaviočevim roditeljima, dok je ovaj odnos isključujući, u situaciji kada bi se kao zakonski naslednici pojavljivali braća i sestre i njihovi potomci, kao srodnici drugog naslednog reda ili dede i babe i nji-

[50] V. Gospodin Gospodinov: op. cit., str. 25.

[51] V. čl. 8. al. 4. Zakona o nasleđivanju Bugarske. Al. 4. čl. 8. Zakona o nasleđivanju, u pravo Bugarske je uneta 1992. godine (DV., br. 60/92), a njom je krug zakonskih naslednika, u ovoj zemlji, proširen. Do ovih izmena, stričevi, ujaci i tetke, nisu mogli da zakonski nasleđuju ostavioca, a prema važećim naslednopravnim rešenjima, mogu. Zakonsko nasledno pravo iza ostavioca, osim spomenutim pobočnim srodnicima, a takođe, kao zakonskim naslednicima četvrtog naslednog reda, pripada još i potomcima stričeva, ujaka i tetaka, do trećeg stepena srodstva.

hovi prvostepeni potomci, kao srodnici trećeg naslednog reda. Dakle, posebno povoljan naslednopravni položaj bračnog druga ostavioca, odnosno njegovog istopolnog vanbračnog partnera u pravu Češke proizlazi najpre iz činjenice da bračni drug ili istopolni vanbračni partner ostavioca isključuje iz nasleđivanja sve napred spomenute srodnike, kao potencijalne zakonske naslednike, a pored navedenog i iz veličine njegovog zakonskog naslednog dela u konkurenciji sa roditeljima ostavioca, s obzirom na to, da bračnom drugu ili istopolnom vanbračnom partneru u ovakvom slučaju, na ime naslednopravnih ovlašćenja pripada polovina zaostavštine, dok se preostala polovina deli na jednake delove između roditelja ostavioca.[52]

U prilog posebno povoljnog naslednopravnog položaja bračnog druga, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, u konkurenciji sa ostalim srodnicima ostavioca, kada se radi o nasleđivanju dobara tekovine, u pravu Mađarske, govori činjenica da je odnos između činjenice srodstva i bračne veze, odnosno istopolne vanbračne zajednice, prilikom nasleđivanja ovih dobara, takav, da pravo da naslede ista, imaju određeni ostaviočevi srodnici prave ushodne ili pobočne linije, po hijerarhijskom redu pozivanja naslednih redova, ali samo u slučaju nepostojanja bračnog druga, odnosno istopolnog vanbračnog partnera ostavioca, koji ima pravo prvenstva u nasleđivanju celokupne stečene imovine, u odnosu na sve spomenute srodnike ostavioca.[53] Dakle, samo ako nema bračnog druga, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, koji može i hoće da nasledi dobra tekovine, kao potencijalni naslednici navedenih dobara, mogu se pozivati gore spomenuti ostaviočevi srodnici, što znači da je odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj liniji neograničeno ili činjenice srodstva u pobočnoj liniji (onda kada bi se kao zakonski naslednici pojavljivali pobočni srodnici drugog i trećeg naslednog reda) i bračne veze, odnosno istopolne vanbračne zajednice, isključujući.

Međutim, bračni drug ostavioca, odnosno njegov istopolni vanbračni partner, nema istovremeno ovakav položaj i kada se radi o nasleđivanju dobara starine, odnosno, u slučaju, kada se radi o nasleđivanju po grani, koje predstavlja specifičnu instituciju prava Mađarske, koja podrazumeva ceo jedan dopunski sistem reda zakonskog nasleđivanja. Odnos između činjenice srodstva i bračne veze, odnosno istopolne vanbračne zajednice, pri zakonskom nasleđivanju ovih dobara je supsidirajući, što znači da će bračni drug, odnosno istopolni vanbračni partner, moći da se pojavi kao naslednik ovih dobara, tek ukoliko ne-

[52] V. § 474. u vezi sa § 475. st. 1. Građanskog zakonika Češke.
[53] V. § 607. st. 4. u vezi sa § 608-610. Građanskog zakonika Mađarske.

ma nijednog srodnika, koje pravo Mađarske, predviđa kao potencijalnog naslednika na njima. S obzirom na to, da u pogledu nasleđivanja dobara starine, važi pravilo da se dobra starine vraćaju u lozu od koje su potekla, a ne u drugu lozu, to u slučaju kada nijedno lice iz one loze od koje navedena dobra potiču, ne postane naslednikom, navedena dobra potpadaju pod režim nasleđivanja tekovine, što u krajnjim konsekvencama ima za rezultat nasleđivanje ovih dobara od strane bračnog druga, odnosno istopolnog vanbračnog partnera,[54] kojem u suprotnom, u konkurenciji sa prethodno spomenutim krugom srodnika, koji imaju pravo nasleđivanja dobara starine, pripada pravo plodouživanja na tim dobrima.[55] Pravo plodouživanja se ne može ograničiti, kao u slučaju kada celu zaostavštinu nasleđuju potomci, ali se može otkupiti, na zahtev granskog naslednika ili samog bračnog druga, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, u kom slučaju će bračnom drugu, odnosno istopolnom vanbračnom partneru, pripasti pravo na trećinu granske imovine.[56]

Na kraju, u pravu Bugarske, u situaciji kada bračni drug nasleđuje sa roditeljima, kao naslednicima drugog naslednog reda, kao i kada nasleđuje sa bilo kojim daljim precima ili sa braćom i sestrama, odnosno sa potomcima braće i sestara,[57] kao naslednicima trećeg naslednog reda (dakle, ne sa svima njima, već samo sa jednom od navedenih kategorija srodnika, kao naslednicima trećeg naslednog reda), nadživelom brač-

[54] V. § 612. st. 3. Građanskog zakonika Mađarske.

[55] V. § 615. st. 1. Građanskog zakonika Mađarske.

[56] V. § 616. st. 3-4. Građanskog zakonika Mađarske.

[57] U pravo Bugarske je 1992. godine (DV., br. 60/92), kako je to navedeno, uvedena nova al. 4. čl. 8. Zakona o nasleđivanju Bugarske, kojom je došlo do proširenja kruga zakonskih naslednika, u smislu obuhvatanja ovim krugom i ostalih pobočnih srodnika ostavioca, zaključno sa šestim stepenom pobočnog srodstva (koji do ovih izmena nisu ulazili u krug zakonskih naslednika) i to pod uslovom, da iza ostavioca nisu ostali srodnici prave ushodne linije, od drugog stepena pa naviše, niti njegova braća i sestre ili njihovi potomci (a ne samo njihova deca i unuci, kao do ovih izmena), kao naslednici trećeg naslednog reda. Istovremeno je izmenjen i čl. 9. al. 2. Zakona o nasleđivanju Bugarske, u kojem se normiraju nasledna prava bračnog druga, pa se na osnovu ovih izmena, normira situacija, kada bračnom drugu konkurišu srodnici prave ushodne linije, od drugog stepena pa naviše, ili njegova braća i sestre ili njihovi potomci. Jedino nije došlo do izmene čl. 10. al. 2. ZON-a Bugarske, u kojem se navodi da se princip reprezentacije u trećem naslednom redu iza braće i sestara primenjuje, samo u pogledu dece i unuka braće i sestara, zbog čega su čl. 8. al. 4. i čl. 9. al. 2. Zakona o nasleđivanju Bugarske u protivrečnosti sa čl. 10. al. 2. ovog zakona. U teoriji se navodi, da je imajući u vidu čl. 8. al. 4. i čl. 9. al. 2. Zakona o nasleđivanju Bugarske, na prećutan način izmenjen i čl. 10. al. 2. Zakona o nasleđivanju Bugarske, te da se princip reprezentacije iza braće i sestara, svakako primenjuje neograničeno. V. Aleksandъr G. Conov: Komentar po Zakona za nasledstvoto, Sofiя, 1993., str. 25. i 27.

nom drugu će na ime naslednog dela pripasti 1/2 zaostavštine, ako je do otvaranja nasleđa došlo pre navršenih deset godina od sklopljenog braka, što znači da će se preostala polovina zaostavštine deliti na jednake delove između spomenutih srodnika ostavioca drugog ili trećeg naslednog reda. Naslednopravni položaj bračnog druga će biti još povoljniji onda kada je do otvaranja nasleđa došlo posle navršenih deset godina braka, s obzirom na to, da će bračnom drugu u ovakvom slučaju, na ime naslednog dela pripasti 2/3 zaostavštine, što znači da će srodnicima spomenutih naslednih redova, pripasti preostala 1/3 zaostavštine, koja će se između njih deliti na jednake delove.[58] Međutim, spomenuta činjenica povoljnijeg naslednopravnog položaja bračnog druga od ovakvog položaja srodnika, ne mora predstavljati pravilo u situaciji kada nadživelom bračnom drugu istovremeno konkurišu i srodnici u pravoj ushodnoj liniji srodstva (od drugog stepena pa nadalje) i braća i sestre (ili njihovi potomci), kao naslednici trećeg naslednog reda (dakle, svi oni zajedno), u kom slučaju će samo u situaciji kada je brak trajao duže od 10 godina, naslednopravni položaj bračnog druga biti bolji od položaja srodnika, s obzirom na to, da će u ovom slučaju bračnom drugu pripasti 1/2 zaostavštine, dok će od preostale zaostavštine, 2/3 u jednakim delovima pripasti braći i sestrama, odnosno njihovim potomcima, po pravu reprezentacije, a 1/3 u jednakim delovima precima. Ukoliko je, međutim, brak ostavioca i nadživelog bračnog druga, trajao kraće od 10 godina, naslednopravni položaj srodnika će biti bolji od ovakvog položaja bračnog druga, s obzirom na to, da će u ovom slučaju bračnom drugu na ime naslednog dela pripasti 1/3 zaostavštine, dok će od preostale zaostavštine, 2/3 u jednakim delovima pripasti braći i sestrama, odnosno, njihovim potomcima, po pravu reprezentacije, a 1/3 u jednakim delovima

[58] V. čl. 9. al. 2. u vezi sa čl. 6-8. al. 1. Zakona o nasleđivanju Bugarske. Tako, ukoliko na nasleđe konkurišu roditelji i bračni drug, čiji je brak sa ostaviocem trajao kraće od 10 godina, bračnom drugu će na ime naslednog dela, pripasti 1/2 zaostavštine, a druga polovina će se deliti između roditelja na jednake delove. Ukoliko su roditelji umrli, a iza ostavioca nisu ostali ni braća ni sestre, niti njihovi potomci, ali su ostali deda i baba u očevoj lozi, kao i deda u majčinoj lozi, a pored njih i bračni drug, čiji je brak sa ostaviocem trajao kraće od 10 godina, onda će bračnom drugu na ime naslednog dela pripasti 1/2 zaostavštine, dok će se preostala 1/2 zaostavštine deliti na jednake delove, između deda i baba (svakom od deda i baba će pripasti po 1/6 zaostavštine). Ako su iza ostavioca ostali samo brat i sestra, kao i bračni drug, čiji brak sa ostaviocem je trajao kraće od 10 godina, bračnom drugu će na ime naslednog dela pripasti 1/2 zaostavštine, dok će bratu i sestri, pripasti preostala 1/2 zaostavštine (svakom od njih po 1/4 zaostavštine). Ukoliko bi u svim prethodnim primerima, pošli od pretpostavke da je brak ostavioca sa nadživelim bračnim drugom, trajao duže od 10 godina, nasledni deo bračnog druga bi u svim ovim primerima iznosio 2/3 zaostavštine, a preostala 1/3 bi se delila između ostalih srodnika, na prethodno opisan način. Primeri preuzeti iz: Hristo Tasev: op. cit., str. 51-52.

precima.[59] Samo kada nema nijednog srodnika iz spomenuta tri nasledna reda, bračni drug ostavioca u pravu Bugarske, može naslediti celu zaostavštinu[60] i na taj način isključiti iz nasleđivanja ostale pobočne srodnike ostavioca do šestog stepena srodstva, kao poslednju kategoriju srodnika, koja ulazi u krug potencijalnih zakonskih naslednika ostavioca u pravu ove zemlje.

Na osnovu prethodno iznetog naslednopravnog položaja bračnog druga, posmatrano u odnosu na svaku pojedinu kategoriju konkurišućih mu srodnika, može se zaključiti da je odnos srodstva i bračne veze, u pravu Bugarske koordinirajući, kada god bi se kao zakonski naslednici pojavljivali preci, nezavisno od stepena, kao i kada god bi se na nasleđe pojavljivali braća i sestre i njihovi potomci. Odnos srodstva i bračne veze u ovom pravu je isključujući, samo onda kada bi se kao zakonski naslednici pojavljivali oni pobočni srodnici, koji nisu braća i sestre i njihovi potomci. S druge strane posmatrano, odnosno, uzimajući u obzir obim naslednopravnih ovlašćenja bračnog druga i bilo kog od prethodno navedenog kruga srodnika, nesporno je da bračni drug u konkurenciji sa njima, u najvećem broju naslednopravnih situacija, ima bolju naslednopravnu poziciju. S obzirom na to, da pravo Bugarske, od svih evropskih prava, koja predstavljaju predmet našeg istraživanja, predstavlja primer jedinog prava, u kojem se favorizuje naslednopravni položaj bračnih drugova iz brakova koji su trajali duže vremena, to je i naslednopravni položaj bračnog druga uvek bolji, u svim situacijama, kada je brak trajao duže od 10 godina, što u određenoj meri dolazi do izražaja čak i onda kada bračnom drugu na nasleđe konkurišu i dalji preci i braća i sestre ili njihovi potomci, odnosno, veći broj srodnika istovremeno, pri čemu, u najvećoj meri, dolazi do izražaja onda kada bračnom drugu na nasleđe konkuriše samo jedna kategorija srodnika (samo roditelji ili samo braća i sestre, odnosno, njihovi potomci ili samo dalji preci). Međutim, i nezavisno od dužine trajanja braka, odnosno, čak i onda kada je brak trajao kraće od 10 godina, naslednopravni položaj bračnog druga će biti povoljniji od položaja srodnika, uvek kada mu na nasleđe konkuriše samo jedna kategorija srodnika (samo roditelji ili samo braća i sestre, odnosno, njihovi potomci ili samo dalji preci), dakle, u velikom broju naslednopravnih situacija, što neće

[59] V. čl. 9. al. 2. u vezi sa čl. 8. al. 2. i čl. 6-7. Zakona o nasleđivanju Bugarske. Tako, ukoliko su ostavioca nadživeli bračni drug, čiji je brak sa ostaviocem trajao kraće od 10 godina, a pored njega sestra, brat, kao i deda i baba po majci, onda će bračnom drugu, na ime naslednog dela pripasti 1/3 zaostavštine, dok će bratu i sestri, pripasti po 2/9 zaostavštine, a dedi i babi po 1/9 zaostavštine. Primer preuzet iz: Hristo Tasev: op. cit., str. 52-53.

[60] V. čl. 9. al. 3. Zakona o nasleđivanju Bugarske (DV., br. 60/92).

predstavljati slučaj jedino kada bi mu u ovakvoj situaciji, na nasleđe konkurisali i dalji preci i braća i sestre, te njihovi potomci, odnosno, veći broj srodnika istovremeno.

4. Naslednopravni uticaj činjenice nesposobnosti za rad, izdržavanja od strane ostavioca i zajednice života sa ostaviocem u pravima Rusije i Češke

U pravu Rusije, bilo ko od srodnika, kao potencijalnih zakonskih naslednika, bez obzira na to, što prema pravilima zakonskog nasleđivanja nije pozvan u konkretnom slučaju na nasleđe (što se, po prirodi stvari, ne može odnositi samo na naslednike prvog zakonskog naslednog reda, osim, ukoliko se radi o drugostepenim i daljim potomcima, u pogledu kojih nije ispunjen uslov za primenu principa reprezentacije), može, ukoliko je nesposoban za rad u momentu otvaranja nasleđa, nasleđivati istovremeno sa naslednicima onog naslednog reda, koji su pozvani na nasleđe, ukoliko je takvo lice najmanje godinu dana pre smrti ostavioca, izdržavano od strane ostavioca, nezavisno od toga da li je između takvog lica i ostavioca postojala zajednica života.[61] U slučaju postojanja konkurencije naslednika, koji mogu nasleđivati po osnovu činjenice nesposobnosti za rad i izdržavanja od strane ostavioca, onim naslednicima, koji se u konkretnom slučaju pozivaju na nasleđivanje, ne odstupa se od opšteg pravila, prema kojem se zaostavština u okviru bilo kog naslednog reda, deli na jednake delove (osim, kada se radi o naslednicima, koji nasleđuju primenom principa reprezentacije).[62] Krajnje konsekvence postojanja kategorije zakonskih naslednika, koji mogu nasleđivati po osnovu činjenice nesposobnosti za rad i izdržavanja od strane ostavioca, ogledaju se u mogućnosti pogoršanja naslednopravnog položaja bračnog druga, ostaviočevih potomaka i njegovih roditelja, kao zakonskih naslednika prvog naslednog reda, te uopšte u mogućnosti pogoršanja naslednopravnog položaja bilo kojih drugih ostaviočevih srodnika, kao naslednika ostalih naslednih redova, koji se u konkretnom slučaju pozivaju na nasleđivanje, s obzirom na to, da svakom od spomenutih naslednika, bilo koji srodnik ostavioca, kao naslednik bilo kog daljeg zakonskog naslednog reda, uz pretpostavku ispunjenja navedenih uslova, može konkurisati na nasleđe i na taj način smanjiti veličinu naslednog dela, koji bi istima pripao da navedenog konkurisanja u nasleđu nije bilo.

Osim navedenog, u pravu Rusije, kao zakonski naslednik, može se pojaviti i bilo koje drugo lice, koje uopšte ne ulazi u krug prethodno na-

[61] V. čl. 1148. st. 1. Građanskog kodeksa Rusije.
[62] V. čl. 1148. st. 1. u vezi sa čl. 1141. st. 2. Građanskog kodeksa Rusije.

vedenih zakonskih naslednika, ukoliko je takvo lice u momentu otvaranja nasleđa, bilo nesposobno za rad i izdržavano od strane ostavioca, najmanje godinu dana pre njegove smrti i ukoliko je u istom tom periodu postojala zajednica života između ostavioca i takvog lica.[63] Kao što je to slučaj i kada se radi o nasleđivanju od strane lica, koja ulaze u krug potencijalnih zakonskih naslednika, ali koja, prema pravilima zakonskog nasleđivanja, ne bi u konkretnom slučaju bila pozvana na nasleđe, posledice proširenja kruga naslednika i na ova lica, ogledaju se u mogućnosti pogoršanja naslednopravnog položaja bilo kojih ostaviočevih zakonskih naslednika, koji se u konkretnom slučaju pozivaju na nasleđivanje, s obzirom na to, da istima, uz pretpostavku ispunjenja navedenih uslova, ova lica mogu konkurisati na nasleđe i na taj način smanjiti veličinu naslednog dela, koji bi zakonskim naslednicima pripao da navedenog konkurisanja u nasleđu nije bilo. Pritom, naslednopravni položaj ovih lica će biti isti, kao i položaj bilo kojih ostaviočevih zakonskih naslednika, koji se u konkretnom slučaju pozivaju na nasleđivanje, imajući u vidu pravilo, prema kojem prethodno spomenuta lica nasleđuju na jednake delove sa njima. U slučaju nepostojanja nijednog naslednika iz kruga potencijalnih zakonskih naslednika, zaostavština će se deliti na jednake delove samo između radno nesposobnih i izdržavanih lica, koji su živeli zajedno sa ostaviocem, što znači da u slučaju postojanja samo jednog ovakvog naslednika, cela zaostavština može pripasti upravo tom nasledniku.[64]

Ovakvim načinom regulisanja, praktično se neograničeno proširuje postojeći krug zakonskih naslednika, u koji, na ovaj način, kako se u teoriji navodi, može ući dete koje nije usvojeno, ali se faktički nalazilo na vaspitavanju i staranju kod ostavioca, njegov bivši bračni drug, lice čiji je brak sa ostaviocem poništen, kao i lice koje je sa ostaviocem održavalo faktičke bračne odnose.[65] Posmatrano sa aspekta predmeta našeg istraživanja, prethodno spomenuta odredba je od posebnog značaja, jer na osno-

[63] V. čl. 1148. st. 2. Građanskog kodeksa Rusije.

[64] V. čl. 1148. st. 2-3. u vezi sa čl. 1141. st. 2. Građanskog kodeksa Rusije.

[65] Lica, koja su održavala faktičke bračne odnose su lica, koja su zaključila brak, koji nije evidentiran u knjige građanskih stanja, odnosno lica, koja su zaključila faktički brak, koji je u SSSR-u, bio dozvoljen u periodu od 1917-1944. godine, a koji se sklapao saglasnošću volja bračnih drugova. Ukoliko niko od ovakvih lica, u vremenu postojanja faktičkih bračnih odnosa, nije zaključilo brak, koji je registrovan u knjige građanskih stanja, činjenica postojanja faktičkih bračnih odnosa, imaće pravni značaj i može biti potvrđena u sudskom postupku. V. Bulaevskiĭ B.A., Vinogradova R.I., Efimov A.F., Levšina T.L., Pavlova E.A., Panteleeva I.V., Sučkova N.V., Šelıotto M.L., Šilohvost O. Ю., Яrošenko K.B.: op. cit., str. 101-102. i 120-121.; Abova, T.E., Boguslavskiĭ, M.M., Svetlanov, A. G.: op. cit., str. 43

vu nje, uzimajući pritom u obzir i stavove iznete u teoriji u pogledu bližeg određivanja ispunjenosti uslova, koji se odnose na nesposobnost za rad, izdržavanje od strane ostavioca i postojanje zajednice života sa ostaviocem,[66] po našem mišljenju, u krug zakonskih naslednika, u pravu Rusije, može ući i vanbračni partner ostavioca, s obzirom na to, da uslov, koji se odnosi na zajednicu života između ostavioca i nekog lica, ne isključuje mogućnost postojanja ovakve zajednice upravo između lica koja su vanbračni partneri, pod uslovom da je ovakva zajednica života bila praćena činjenicom nesposobnosti za rad i izdržavanja vanbračnog partnera od strane ostavioca. Dakle, iako vanbračna zajednica ne predstavlja samostalni osnov pozivanja na nasleđivanje, do nasleđivanja između vanbračnih partnera ipak, može doći na jedan indirektan način, ukoliko se na strani vanbračnih partnera ispune sve zakonom zahtevane činjenice (nesposobnost za rad, izdržavanje i zajednica života). Ove činjenice, zapravo predstavljaju samostalan osnov za sticanje svojstva zakonskog naslednika, a ne vanbračna zajednica sama po sebi.

---

[66] U teoriji se navodi, da se u cilju odgovora na pitanja, kada se može smatrati da je neko lice bilo radno nesposobno i kada se nalazilo na izdržavanju od strane ostavioca, mogu koristiti zakonska rešenja Zakona o radnim penzijama u Ruskoj Federaciji iz 2001. godine. Prema ovom zakonu, radno nesposobnim licima smatraju se muškarci, koji su napunili 60 godina, žene koje su napunile 55 godina, građani, koji su priznati za invalide, kao i nepunoletna lica. Radna nesposobnost po uzrastu, odnosno starosti i po stanju zdravlja, utvrđuje se na dan otvaranja nasleđa, dakle, nije potrebno da je lice, u toku poslednje godine života ostavioca, bilo radno nesposobno, pri čemu se radna nesposobnost, zbog starosti ili invalidnosti, priznaje, nezavisno od toga da li je penzija bila određena na dan otvaranja nasleđa, te uopšte, nezavisno od toga da li se lice bavi radnom ili nekom drugom delatnošću, koja donosi prihode. Lice će se smatrati izdržavanim onda, kada se nalazilo na potpunom izdržavanju od strane ostavioca ili onda, kada je od strane ostavioca dobijalo pomoć, koja je za njega predstavljala stalni i osnovni izvor sredstava za život. Za pozivanje na nasleđivanje, po zakonu, u svojstvu radno nesposobnog izdržavanog lica, neophodno je da su odnosi izdržavanja, postojali ne manje od godinu dana, pre smrti ostavioca, pa ma koliko dugi bili ti odnosi, ako su prekinuti godinu dana pre otvaranja nasleđa, bivše izdržavano lice, nema pravo da nasleđuje po zakonu. Odnosi izdržavanja, mogu postojati i nezavisno od zakonske obaveze izdržavanja, a u teoriji se navodi, da upravo ovakvo izdržavanje, predstavlja u praksi, najčešći deo slučajeva pozivanja na nasleđivanje radno nesposobnih i izdržavanih lica. Činjenica da se neko lice nalazilo na izdržavanju od strane ostavioca i vremenski period ovakvog izdržavanja, mogu biti dokazani potvrdom stambenih organa, organa mesnog samopupravljanja, a najčešće sudskim putem. Naposletku, činjenica postojanja zajedničkog života sa ostaviocem, najmanje godinu dana pre njegove smrti, dokazuje se dokumentima o njihovom upisu u istom mestu stanovanja, u toku ovog perioda, potvrdom stambenih organa, organa mesnog samoupravljanja, kao i u sudskom postupku. V. o navedenom opširnije: Bulaevskiй B.A., Vinogradova R.I., Efimov A.F., Levšina T.L., Pavlova E.A., Panteleeva I.V., Sučkova N.V., Šelıotto M.L., Šilohvost O. Ю., Яrošenko K.B.: op. cit., str. 124-128.

Pod pretpostavkom ispravnosti našeg mišljenja, vanbračni partner u pravu Rusije može imati sličan naslednopravni položaj, kao i ostaviočev bračni drug, imajući u vidu da on, u slučaju ispunjenja spomenutih uslova, može, kao i bračni drug, konkurisati ostaviočevoj deci (odnosno njegovim daljim potomcima) i njegovim roditeljima, kao zakonskim naslednicima prvog naslednog reda, deleći sa njima zaostavštinu na jednake delove, s tim što bi razlika u naslednopravnom položaju vanbračnog partnera i bračnog druga ostavioca, ipak postojala. Ona se ogleda u činjenici da bračni drug, ukoliko nema ni potomaka, niti roditelja ostavioca, kao jedini naslednik prvog naslednog reda, može naslediti celu zaostavštinu i time isključiti iz prava da nasledi bilo kog ostaviočevog srodnika, kao potencijalnog naslednika daljih naslednih redova, dok bi naslednopravni položaj vanbračnog partnera bio nepovoljniji, jer se prethodno spomenuta mogućnost na njega ne bi mogla odnositi, imajući u vidu činjenicu, da bi on mogao samo konkurisati na nasleđe naslednicima onog naslednog reda, koji se u konkretnom slučaju pozivaju na nasleđivanje, što u našem primeru znači, da bi, ako nema ni potomaka, niti roditelja, kao naslednika prvog naslednog reda, vanbračni partner ostavioca mogao konkurisati na nasleđe naslednicima drugog ili eventualno, ako ni njih nema, prema istom pravilu, naslednicima trećeg ili daljih naslednih redova. S druge strane, ipak se ne sme zanemariti činjenica, da bi vanbračni partner na ovaj način, mogao naslediti celu zaostavštinu, kao naslednik poslednjeg naslednog reda, pod pretpostavkom nepostojanja nijednog srodnika iz postojećeg kruga potencijalnih naslednika.

Moglo bi se postaviti pitanje kako postupiti u onim situacijama kada se ostavilac nalazio u braku, u kojem je došlo do prestanka zajednice života, pri čemu je ostavilac zasnovao zajednicu života sa drugim licem, koja je bila praćena nesposobnošću za rad na strani ovog lica i činjenicom izdržavanja od strane ostavioca. Ovo pitanje u pravu Rusije ima poseban teorijski i praktični značaj, imajući u vidu činjenicu da Porodični kodeks Rusije ne reguliše vanbračnu zajednicu, za razliku od najvećeg broja evropskih zakonodavstava, u kojima je vanbračna zajednica regulisana zakonom. Ovo je slučaj i u našem pravu, u kojem su porodičnopravnim propisima normirani uslovi za nastanak i pravna dejstva vanbračne zajednice, te tako punovažna vanbračna zajednica ne može nastati u slučaju postojanja bračnih smetnji, u koje između ostalih spada i brak.[67] Iz prethodno navedenog jasno proizlazi da se ni u našem, niti u velikom broju ostalih prava Evrope, u slučaju postojanja braka, ne može govoriti o po-

[67] V. čl. 4. st. 1. Porodičnog zakona Srbije iz 2005. godine ("Službeni glasnik RS", br. 18/05).

stojanju vanbračne zajednice, zbog čega se u ovakvom slučaju, ne može govoriti ni o postojanju eventualnih zakonskih naslednih prava partnera iz ovakvih zajednica. Mišljenja smo da ovo nije istovremeno slučaj i u pravu Rusije. Naime, u zakonodavstvu ove zemlje, upravo zbog činjenice neregulisanja vanbračne zajednice, može se govoriti o postojanju formalno punovažnog braka, u kojem je došlo do prestanka zajednice života, s jedne strane i istovremenom postojanju zajednice života ostavioca sa drugim licem, kojem je pritom, indirektno ostavljena mogućnost zakonskog nasleđivanja. Ovo otvara praktičan problem ostvarivanja zakonskih naslednih prava partnera iz vanbračnih zajednica, koje su bile praćene nesposobnošću za rad vanbračnog partnera i izdržavanjem od strane ostavioca, s obzirom na činjenicu da mogućnost da se u svojstvu potencijalnog zakonskog naslednika, s jedne strane, pojavi bračni drug, a s druge strane, partner iz ovakvih vanbračnih zajednica, rusko zakonodavstvo, čini se, nije imalo u vidu prilikom normiranja ovog instituta. Mišljenja smo da s obzirom na to da porodično zakonodavstvo Rusije ne reguliše vanbračnu zajednicu, te da ni osnov pozivanja na zakonsko nasleđivanje u pravu Rusije ne može predstavljati vanbračna zajednica sama po sebi, već činjenica zajednice života sa ostaviocem, nesposobnosti za rad i izdržavanja od strane ostavioca, formalnopravno posmatrano, ne postoje prepreke da bilo koje lice koje je živelo u zajednici života sa ostaviocem (pod pretpostavkom ispunjenja ostala dva uslova) ostvari pravo na zakonsko nasleđivanje. Pod pretpostavkom ispravnosti navedenog mišljenja, praktične konsekvence ovakvog načina regulisanja, ogledaju se u mogućnosti da svako lice koje je živelo u zajednici života sa ostaviocem, pa makar se radilo i o vanbračnom partneru ostavioca, učestvuje u deobi zaostavštine sa redovnim zakonskim naslednicima. S druge strane, jasno je da je ovakvo rešenje suštinski veoma nepravično. Iz navedenih razloga smatramo da, ukoliko već Porodični kodeks Rusije, s jedne strane, ne reguliše vanbračnu zajednicu, dok Građanski kodeks Rusije, s druge strane, svojom veoma širokom formulacijom dopušta mogućnost tumačenja, prema kojem se u svojstvu lica koje je bilo nesposobno za rad, izdržavano od strane ostavioca i živelo u zajednici života sa njim, može pojaviti i vanbračni partner ostavioca, to bi u nekoj budućoj redakciji Građanskog kodeksa Rusije, trebalo posvetiti odgovarajuću pažnju ili preciznijem načinu normiranja pitanja kruga lica koja se mogu podvesti pod opseg ove odredbe ili, ukoliko se pod ovakvim licima već mogu smatrati i partneri iz vanbračnih zajednica, odgovarajućem načinu normiranja pitanja postojanja zakonskih naslednih prava partnera iz ovakvih zajednica, u situaciji kada između ostavioca i njegovog bračnog druga nije prestao brak, ali jeste zajednica života.

I u pravu Češke, bilo koje lice, koje je najmanje godinu dana, pre smrti ostavioca, živelo u zajedničkom domaćinstvu sa ostaviocem, ili je kao zavisno, bilo izdržavano od strane ostavioca, može konkurisati u nasleđivanju srodnicima ostavioca, osim u slučaju, kada se kao zakonski naslednici, pojavljuju naslednici prvog naslednog reda. Potencijalni broj ovih lica je neograničen, pri čemu, ona ne moraju, ali mogu biti ostaviočevi srodnici, bilo koje linije i bilo kog stepena srodstva, u kom slučaju se ovi srodnici, međutim, ne pozivaju na nasleđivanje po osnovu činjenice srodstva, već po osnovu činjenice zajedničkog života ili činjenice izdržavanja od strane ostavioca. Tako, po osnovu navedenih činjenica, spomenuta lica mogu potpuno ravnopravno konkurisati u nasleđivanju, najpre roditeljima, kao naslednicima drugog naslednog reda. Iako navedena lica dele zaostavštinu na jednake delove sa roditeljima ostavioca, oni ipak, ne mogu naslediti celu zaostavštinu, ukoliko iza ostavioca nije ostao nijedan njegov roditelj, već u tom slučaju prelaze u treći nasledni red, u kojem dele zaostavštinu na jednake delove sa ostaviočevom braćom i sestrama, odnosno polubraćom i polusestrama.[68] Međutim, ukoliko iza ostavioca, nije ostao nijedan brat ili sestra, polubrat ili polusestra, odnosno njihovi prvostepeni potomci, pravo Češke navedenim licima daje prednost u nasleđivanju, u odnosu na zakonske naslednike četvrtog naslednog reda (dede i babe ili njihove prvostepene potomke), s obzirom na to, da oni, u ovom slučaju, imaju pravo da naslede celu zaostavštinu i na taj način isključe iz nasleđivanja ove srodnike, kao naslednike četvrtog naslednog reda.[69] Mogućnost sticanja zakonskih naslednih prava od strane navedene kategorije lica, poseban značaj je imala pre donošenja Zakona o registrovanom partnerstvu iz 2006. godine, imajući u vidu da su se u ovu kategoriju naslednika, pored srodnika ostavioca, mogla svrstati i druga lica, kao što su partneri iz faktičkih heteroseksualnih ili istopolnih vanbračnih zajednica.[70] Međutim, naslednopravni položaj istopolnog registrovanog partnera, povoljniji je od onog naslednopravnog položaja, koji je mogao steći, a koji i u današnje vreme, po ovom osnovu, može imati partner iz faktičke (neregistrovane) istopolne ili heteroseksualne vanbračne zajednice, imajući u vidu potpuno izjednačenje naslednopravnog položaja istopolnog registrovanog partnera sa ovakvim položajem bračnog druga, do kojeg je došlo donošenjem Zakona o registrovanom partnerstvu iz 2006. godine.

---

[68] V. § 474 - 475. st. 1. Građanskog zakonika Češke.

[69] V. § 475. u vezi sa § 475. a Građanskog zakonika Češke.

[70] U tom smislu videti: Jiri Svoboda: International succession, (ed. Louis Garb), Published by Kluwer Law International, 2004., str. 170.; Karl Hanz Neumayer: International encyclopedia of comparative law, Volume V – Succession, Chapter 3, Intestate Succession, (ed. K. Zweigert, U. Drobnig), Published by Martinus Nijhoff Publishers, 1981., str. 8.

Postojanje lica, kojima pravo nasleđivanja, pripada po osnovu činjenice zajednice života ili činjenice izdržavanja od strane ostavioca, međutim, ne može pogoršati naslednopravni položaj nadživelog bračnog druga ili istopolnog vanbračnog partnera ostavioca, u smislu veličine njegovog naslednog dela, koji je fiksno određen i iznosi 1/2 zaostavštine, te koji će stoga i u ovom slučaju ostati nepromenjen, tako da konkurencija navedenih lica može pogoršati jedino naslednopravni položaj roditelja.[71] Međutim, mora se primetiti da je i pored svih prethodno navedenih argumenata, koji govore u prilog povoljnog naslednopravnog položaja nadživelog bračnog druga ili istopolnog vanbračnog partnera ostavioca, ovakav njegov položaj u pravu Češke, u određenoj meri relativiziran, samim postojanjem mogućnosti konkurisanja na nasleđe istima od strane bilo kojih srodnika ostavioca, kako onih, koji su potencijalni naslednici daljih zakonskih naslednih redova, tako i onih, koji uopšte ne ulaze u krug zakonskih naslednika, pa čak i od strane lica, koja se uopšte ne nalaze u srodstvu sa ostaviocem. Jasno je da će usled postojanja naslednopravnih ovlašćenja spomenute kategorije naslednika, koji ova ovlašćenja, stiču po osnovu postojanja zajedničkog domaćinstva ili činjenice izdržavanja od strane ostavioca, koje izdržavanje, ne mora postojati kao zakonom konstituisana obaveza na strani ostavioca, nadživelom bračnom drugu ili istopolnom vanbračnom partneru ostavioca, biti teže da stekne celu zaostavštinu u svojinu, nego u situaciji, kada bi mu na nasleđe mogli konkurisati samo roditelji ostavioca.

[71] V. § 474. u vezi sa § 475. st. 1. Građanskog zakonika Češke.

Jelena Vidić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Law as the Legal Basis to Claim Inheritance in the Former Socialist Countries (Russia, The Czech Republic, Hungary and Bulgaria)

Abstract

In most European countries law is one of the two permissible bases to claim inheritance which, although being the weaker legal basis, is more frequently applied in these countries than testation, as a legal basis to claim inheritance. The most important facts which classes are based upon in modern legal orders are kinship, marriage and concubinage. The significance of the particular legal regulation of the relationship of kinship, marriage and concubinage in formulating rules of intestacy stems from the fact that the rules regulating this form of inheritance reflect a general opinion of a society concerning the manner in which legal consequences of the death of decedent should be regulated.

In this paper we analise the specifities of legal regulation of intestacy in former socialist countries, majority of which are members of the European Union. More specifically, this analysis includes the laws of Russia, Czech Republic, Hungary ad Bulgaria. Hence, the subject of our research is to be observed from the perspective of comparative method, which is necessary in order to perceive certain similarities and differences in the positive law approach and that of legal theory in considering this issue. This method is, thus, the most suitable one for perceiving similar solutions and general legal principles, that modern laws of Europe are governed by when regulating intestacy.

Key words: intestate share, marriage, kinship, cohabitation.

Originalni naučni rad 347.78:004

Dr Sanja Radovanović, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

TEHNOLOŠKE MERE U SISTEMU ZAŠTITE AUTORSKOG PRAVA[1]

Sažetak: *U radu će biti obrađena pitanja koja se odnose na probleme preventivne zaštite autorskih dela putem tehnoloških mehanizama. Naime, u digitalnom okruženju nosiocima prava je nametnut pojačan rizik od neovlašćenog iskorišćavanja njihovih intelektualnih tvorevina. Iskorišćavanje dela digitalnim putem često prelazi granice do kojih titular može da kontroliše eksploataciju svog autorskog dela, a zaštita koju pružaju pravne norme se, u društvu brze razmene informacija, može pokazati kao nedovoljno efikasna. Stoga se u praksi sve češće postavljaju fizičke prepreke digitalnom iskorišćavanju autorskih dela, generično nazvane tehnološke mere zaštite. Međutim, njihova neselektivna priroda nameće ponovno preispitivanje odnosa između privatnih interesa titulara prava i javnog interesa da društvo koristi i usavršava intelektualna dobra. Pojedini segmenti ovog problema će biti u radu posebno naglašeni.*

Ključne reči: *digital rights management; digitalizacija; tehnološke mere zaštite; kontrola pristupa; kontrola iskorišćavanja; tehnološke mere zaštite integriteta dela; zaobilaženje tehnoloških mera zaštite; proizvodnja uređaja; stavljanje u promet uređaja.*

Uvod

Sadržina subjektivnog autorskog prava oblikovana je shodno različitim mogućnostima iskorišćavanja autorskih dela. U tom pogledu, poseban značaj imaju nove forme razmene podataka putem Interneta, zbog čega se pro-

[1] Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta Pravnog fakulteta u Novom Sadu „Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)“.

širuje krug isključivih autorskih ovlašćenja. S druge strane, u digitalnom okruženju nosiocima prava je nametnut pojačan rizik od neovlašćenog iskorišćavanja njihovih intelektualnih tvorevina. Naime, iskorišćavanje dela digitalnim putem često prelazi granice do kojih titular može da kontroliše eksploataciju svog dela, a zaštita koju pružaju pravne norme se, u društvu brze razmene informacija, može pokazati kao nedovoljno efikasna. Iz tih razloga, nosioci prava sve više nastoje da preventivnim merama zaštite svoje autorsko delo od neovlašćenog iskorišćavanja. Najčešće se to čini postavljanjem fizičkih prepreka, generično nazvanim tehnološke mere zaštite (poznate i kao *digital rights management* (DRM)).

Istovremeno sa razvojem primene ovih mera teče i proces pronalaženja načina za njihovo zaobilaženje. Stoga, delotvornost tehnoloških mehanizama zavisi upravo od pitanja njihove pravne zaštite, koju danas poznaje većina savremenih pravnih sistema. Ipak, normativna rešenja nisu ujednačena. Postojeće razlike zapravo odražavaju probleme u pronalaženju adekvatnog oblika zaštite, koji najviše proizlaze iz činjenice da se sankcionisanjem zaobilaženja (ili prethodnih radnji) tehnoloških mera dovodi u pitanje cilj autorskog prava uopšte.

S jedne strane, zaobilaženje tehnoloških mera zaštite omogućava vršenje pojedinih autorskih ovlašćenja bez znanja i saglasnosti autora. S druge strane, time se u pojedinim slučajevima nastoji da se otklone prepreke za preduzimanje radnji iskorišćavanja dela za koje sam zakonodavac ne zahteva saglasnost autora. Dakle, primena tehnoloških mera zaštite sa ciljem prevencije povrede prava s aspekta titulara je opravdana. Međutim, ukoliko se uzmu u obzir interesi društvene zajednice da se rezultatima intelektualnog rada u određenim slučajevima koristi i bez saglasnosti autora, tehnološke mere gube svoj legitimitet. Sledstveno, ovim vidom prevencije se vrlo često otvara pitanje povrede i drugih prava, poput potrošačkog i prava nelojalne konkurencije.

U radu ćemo ukazati upravo na ove segmente tehnoloških mera u sistemu autorskopravne zaštite.

1. Pojam i vrste tehnoloških mera zaštite

Pod tehnološkim merama podrazumeva se bilo koja tehnologija, uređaj ili komponenta koja u svom redovnom funkcionisanju sprečava ili ograničava radnje iskorišćavanja (uključujući i pristup delu[2]) zaštićenog dobra, za čije preduzimanje ne postoji ovlašćenje autora ili titulara drugog prava.[3]

[2] V: Čl. 6(3) Directive 2001/29 u vezi sa pojmom efektivnih mera, Official Journal of the European Communities, L 167 od 22. juna 2001. godine

[3] V: Čl. 6(3) Directive 2001/29

Izražavanje autorskih dela u digitalnom obliku omogućava različite načine kontrole njihovog iskorišćavanja. Stoga su raznovrsne i tehnološke mere kojima se takva kontrola ostvaruje. Ukoliko kriterijum razlikovanja ograničimo na pravni element (a ne faktički, odnosno tehnički u smislu načina na koji tehnološke mere funkcionišu), možemo izdvojiti tri grupe: tehnološke mere kontrole pristupa, tehnološke mere kontrole iskorišćavanja i tehnološke mere zaštite integriteta dela.[4]

U prvu grupu spadaju one tehnološke mere čiji je cilj da onemogući neovlašćeni pristup informacijama sadržanim u autorskom delu. Takve su, primera radi, lozinke, skremblovanje[5], kriptovanje[6] i drugi slični metodi.

Tehnološke mere kontrole iskorišćavanja usmerene su na sprečavanje neovlašćenih lica da preduzmu određene radnje koje ulaze u korpus autorskopravnih ovlašćenja. Najčešće je reč o kontroli umnožavanja. Tako, lice koje je pribavilo primerak autorskog dela u digitalnom obliku (npr. muzički CD) može da upotrebljava autorsko delo, ali zahvaljujući ugrađenim blokadama, ne može da sačinjava kopije istih. U širem smislu, u ovu grupu bi mogle da se uvrste i tehnološke mere čiji primarni cilj nije da onemoguće korisnika u iskorišćavanju dela, već da prate učestalost i obim dozvoljenog iskorišćavanja, na osnovu čega se kasnije obračunava licencna naknada.

Mere usmerene na zaštitu integriteta dela imaju za primarnu svrhu onemogućavanje lica, koja iskorišćavaju autorsko delo, da vrše bilo kakve ili samo pojedine izmene u delu. Iako se i ovim merama postiže kontrola iskorišćavanja, s obzirom na to da je reč o neimovinskom ovlašćenju, svrstane su u posebnu grupu.

2. Pravna zaštita tehnoloških mera

Savremeni zakonodavni subjekti su normativnom uređenju tehnoloških mera pristupili sa dosta opreza. Naime, obezbeđivanjem pravne zaštite ovih mera trebalo je zaokružiti sistem autorskopravne zaštite uopšte. U suprotnom bi bila dovedena u pitanje mogućnost autora da kontroliše iskorišćavanje dela u digitalnom okruženju. Međutim, takvom zaštitom bi se

[4] Podela delimično izvršena prema: K.J.Koelman, N. Helberger, *Protection of Technological Measures*, u: *Copyright and Electronic Commerce – Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, Kluwer Law International (ed. P. Bernt Hugenholtz), The Hague, London, Boston, 2000, str. 166.

[5] Skremblovanje predstavlja postupak promene redosleda podataka u toku prenošenja tako da oni nemaju nikakvo značenje ako ih primi neko kome nisu namenjeni. Prema: V. Tasić, I. Bauer, *op.cit*, str. 333

[6] Kripcija, kriptovanje, kriptografija predstavlja način šifrovanja pretvaranjem teksta u kodirane poruke koje mogu da protumače samo korisnici koji imaju ključ. Prema: V. Tasić, I. Bauer, *op.cit*, str. 93

korisnici autorskih dela stavili u nepovoljniji položaj; priznavanjem pravne zaštite i tehnološkim merama mogle bi se izigrati odredbe o ograničenjima autorskog prava. Na liniji kompromisa između ovih suprotstavljenih interesa, na kojoj inače počiva sistem autorskopravne zaštite, trebalo je pravno regulisati pitanje tehnoloških mera.

Prvi u nizu akata međunarodnog karaktera koji u svojim odredbama uspostavlja određene okvire za ovaj vid fizičke zaštite jesu *WIPO Ugovor o autorskom pravu* i *WIPO Ugovor o interpretacijama i fonogramima,* oba iz 1996. Prema članu 11. Ugovora o autorskom pravu, odnosno čl. 18. Ugovora o interpretacijama i fonogramima[7], ugovorne strane treba da obezbede odgovarajuću pravnu zaštitu i efikasna pravna sredstva protiv uklanjanja efikasnih tehnoloških mera koje autori, na osnovu ovog Ugovora ili Bernske konvencije, koriste u vezi sa iskorišćavanjem svojih prava, i da u vezi sa njihovim delima ograniče takve postupke koje sami autori nisu odobrili ili koji nisu dopušteni zakonom.

S obzirom na međunarodni karakter ugovora i činjenicu da je njima obavezan veliki broj država[8], ova odredba postala je imperativ prilikom donošenja brojnih akata i na drugim nivoima u kojima se pitanje tehnoloških mera zaštite i njihov pravni režim detaljnije regulišu.

Relevantni WIPO ugovori ne daju smernice državama potpisnicama u pravcu konkretizacije obaveze zaštite tehnoloških mera. U tom pogledu, neophodno je istaći normativna rešenja u značajnijim pravnim sistemima.

2.1. Pravna zaštita tehnoloških mera u Sjedinjenim Američkim Državama

Tehnološkim merama zaštite posvećen je odeljak 1201. DMCA (*Digital Millenium Copyright Act*). U osnovi, razlikuju se dve grupe ovih mera: one koje su usmerene na kontrolu pristupa zaštićenom delu[9] i one kojima se onemogućava nedozvoljeno vršenje autorskih prava u vezi sa zaštićenim delom (kao npr. umnožavanje i javno saopštavanje legalno

[7] Tekst WIPO Ugovora o autorskom pravu (Copyright Treaty) vidi u: V. Todorović, Međunarodni ugovori – Intelektualna i druga dobra, knjiga 7, tom I, Službeni glasnik, Beograd, 2000, str. 85-93; Ista odredba u čl. 18. WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima (Performances and Phonograms Treaty) iz 1996. godine, str. 131-145. Ugovor je ratifikovan Zakonom o potvrđivanju WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima, Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori, br. 13/2002.

[8] Prema stanju na dan 10. mart 2009. godine, 70 država je potpisalo ugovore, a mogu da mu pristupe sve države članice WIPO kojih ima 184. V: http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16, mart 2009. godine

[9] V: Čl. 1201(a), Digital Millenium Copyright Act, The U.S. Code, Title 17, www.law.cornell.edu/uscode/17/, mart 2009.

pribavljenih primeraka autorskih dela)[10]. Tako, prema odredbama DMCA, za zaobilaženje tehnoloških mera kojima se efektivno kontroliše pristup zaštićenom delu; stavljanje u promet, uvoz, nuđenje ili reklamiranje proizvoda i uređaja (i pružanje usluga) konstruisanih ili proizvedenih u svrhu zaobilaženja tehnoloških mera kojima se efektivno štite prava autora, odgovornom licu se mogu izreći građanskopravne i krivične sankcije.[11]

U smislu navedenog, pod zaobilaženjem se podrazumeva izbegavanje, deaktiviranje, pomeranje ili na bilo koji drugi način uklanjanje tehnoloških mera,[12] a kada je reč o kontroli pristupa naročito deskremblovanje[13] i dekripcija[14], bez saglasnosti titulara prava.

Na ovom mestu treba naglasiti da odnosne odredbe DMCA ne zabranjuju radnju zaobilaženja tehnoloških mera kojima se sprečava nedozvoljeno iskorišćavanje autorskih prava. Razlog tome leži u činjenici da takvi akti sami po sebi predstavljaju direktnu povredu, koja je već predmet pravne zaštite, ili su iz nje izuzeti u skladu sa *fair use* doktrinom. Uz to, zabranom proizvodnje i stavljanja u promet nisu obuhvaćeni ni svi uređaji, već samo oni koji su konstruisani ili proizvedeni sa primarnom svrhom zaobilaženja tehnoloških mera ili čija je primarna namena samo ograničenog komercijalnog značaja ili koji su plasirani na tržište (reklamirani ili promovisani) sa jasnim ciljem da omoguće potrošaču zaobilaženje tehnoloških mera.[15]

Opredeljenje američkog zakonodavca da pruži pravnu zaštitu tehnološkim merama nije isključivo. Naime, pojedini slučajevi zaobilaženja tehnoloških mera izuzeti su iz primene odnosnih odredaba, na osnovu Zakona[16] ili na osnovu odluke Zavoda za autorsko pravo.[17] U potonjem slučaju, Zavod donosi odluku na osnovu liste klasa autorskih dela za koje se suspenduje primena odredbi o zaštiti tehnoloških mera kontrole pristupa (ali ne i o proizvodnji i stavljanju u promet uređaja za zaobilaženje),[18] koju sačinjava Kongresna biblioteka (*The Library of Congress*), u saradnji sa Zavodom za autorsko pravo (*The Copyright Office*). Lista se sačinjava

[10] V: Čl. 1201(b)

[11] V: Čl. 1204.

[12] V: Čl. 1201(b)(2)(a). i 1201.(a)(3)(a).

[13] Skremblovanje predstavlja postupak promene redosleda podataka u toku prenošenja tako da oni nemaju nikakvo značenje ako ih primi neko kome nisu namenjeni. Prema: V. Tasić, I. Bauer, *op.cit*, str. 333

[14] Kripcija, kriptovanje, kriptografija predstavlja način šifrovanja pretvaranjem teksta u kodirane poruke koje mogu da protumače samo korisnici koji imaju ključ. Prema: V. Tasić, I. Bauer, *op.cit*, str. 93

[15] V: Odeljak 1201(a)(2)(A), (V), (S) i Čl.1201(b)(1)(A),(V), (S)

[16] V: Čl. 1201(d)-(j)

[17] V: Čl. 1201(a)(1)(V)-(E)

[18] V: Čl.1201(a)(1)(V)-(E)

svake tri godine (počev od 2000.), a ovlašćeni predlagači su sva zainteresovana lica, koja su dužna da obrazlože potrebu nesmetanog pristupa. Prilikom odlučivanja, Zavod naročito uzima u obzir prirodu dela i krug korisnika, kojima bi eventualno upotreba u skladu sa *fair use* doktrinom mogla da bude neopravdano uskraćena. Uspostavljena pravila se nakon isteka trogodišnjeg roka ponovo ispituju. Ne postoji automatsko produžavanje suspenzije. Dakle, klase autorskih dela sačinjavaju se za svaki period po principu *de novo*, ali se u praksi dešava da je podudarnost između prethodnih i važećih klasa skoro potpuna. Aktuelne klase su na snazi od oktobra 2009. do 2012. godine.[19]

2.2. Pravna zaštita tehnoloških mera u Japanu

Polazeći od efekata zaštite tehnoloških mera, japanski zakonodavac je ovo pitanje tretirao u dva akta: u Zakonu o autorskom pravu (*Japanese Copyright Law*) i u Zakonu o sprečavanju nelojalne konkurencije (*Japanese Unfair Competition Prevention Act*).

Zakon o autorskom pravu predviđa krivične sankcije za lica koja stavljaju u promet ili nude za upotrebu, odnosno proizvode, uvoze ili drže radi stavljanja u promet uređaje čija je jedina funkcija zaobilaženje tehnoloških mera, ili umnožavaju računarske programe razvijene za istu svrhu, odnosno takve programe predstavljaju javnosti. Sam akt zaobilaženja ne predstavlja povredu, ukoliko ga nije preduzelo lice koje takav postupak obavlja u okviru svoje poslovne delatnosti.[20]

Iz navedenih odredaba proizlazi da Zakon o autorskom pravu štiti samo tehnološke mere usmerene na zaštitu isključivih ovlašćenja autora, a ne i na pristup delu, budući da ono ne predstavlja korpus autorskog prava.

Stavljanje u promet uređaja čija je svrha omogućavanje pregleda slika, ili slušanje zvuka, ili puštanje računarskog programa u rad, ili sačinjavanje kopija slika, zvuka ili računarskog programa, kojima je pristup uz pomoć tehnoloških mera ograničen samo za određena lica, kao i njihovo oglašavanje radi stavljanja u promet, predstavlja akt nelojalne konkurencije za koji se izriče zabrana daljeg preduzimanja, odnosno naknada štete.[21]

---

[19] Rok za podnošenje predloga istekao je 2. decembra 2008. godine. V: Library of Congress, Copyright Office, 37 CFR Part 201 (Docket No. RM 2008-8), *Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies,* Federal Register/ Vol. 73, No. 249/ 29. December 2008/Proposed Rules, str. 79425, - http://edocket.access.gpo.gov/ 2008/pdf/E8-30799.pdf, januar 2009. godine

[20] V: Čl. 120. JCA (Act No. 48 of 1970) with Revisions No. 121 of 2006, - http://www.cric.or.jp/cric_e/clj/clj.html, april, 2009. godine

[21] V: Čl. 2(h) Japanskog Zakona o prevenciji nelojalne konkurencije. Tekst Zakona na engleskom jeziku: Unfair Competition Prevention Act (Act No. 47 of 1993) with Revisions No. 55 of 2006, www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/ucpa_2pdf, april 2009. godine

2.3. Pravna zaštita tehnoloških mera u Evropskoj Uniji

Na nivou Evropske unije, prvi akt koji normativno uređuje tehnološke mere zaštite jeste Direktiva o pravnoj zaštiti računarskih programa (Direktiva 91/250). Odredbama ove Direktive zabranjuje se stavljanje u promet ili držanje u komercijalne svrhe bilo kog sredstva čija je jedina svrha da olakša nedozvoljeno uklanjanje ili neutralizaciju bilo kog tehničkog mehanizma eventualno napravljenog u cilju zaštite računarskog programa.[22] Dakle, kao što iz navedene formulacije proizlazi, ne smatra se povredom sam akt zaobilaženja tehnoloških mera. Štaviše, nije sankcionisana ni proizvodnja uređaja za zaobilaženje. Ovime se izražava jasna namera evropskog zakonodavca da se zaštita fizičkih prepreka iskorišćavanja softvera svede na minimum, budući da su Direktivom precizno navedeni slučajevi u kojima se legalni pribavilac ovlašćuje na preduzimanje određenih radnji u vezi sa umnožavanjem i izmenama softvera.[23]

Izdvojeni režim zaštite tehnoloških mera računarskog programa u navedenom obimu zadržan je na nivou Evropske Unije i nakon donošenja Direktive o harmonizaciji izvesnih aspekata autorskog prava i srodnih prava u informacijskom društvu (*Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*),[24] koja postavlja okvire za tehnološke mere zaštite uopšte,[25] dok se odredbe Direktive 91/250 u ovom pitanju primenjuju kao *lex specialis*.

Direktivom 2001/29 se obavezuju države članice da na adekvatan način sankcionišu zaobilaženje bilo koje efektivne tehnološke mere, kao i proizvodnju, uvoz, distribuisanje, prodaju, iznajmljivanje, oglašavanje ili posedovanje u komercijalne svrhe uređaja, proizvoda ili komponenti koji su namenjeni zaobilaženju, odnosno pružanje usluga zaobilaženja tehnoloških mera.

U smislu navedenog, pod tehnološkim merama se podrazumeva bilo koja tehnologija, uređaj ili komponenta koja u svom redovnom funkcionisanju sprečava ili ograničava radnje iskorišćavanja (uključujući i pristup

---

[22] V: Čl. 7(1)(s) Directive 91/250, Council Directive of 14th May 1991 on the legal protection of Computer Programs (Directive 91/250), Official Journal of the European Communities, L 122/42, od 17.05.1991.

[23] V: Čl. 5. i 6. Directive 91/250

[24] V: Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Official Journal of the European Communities, L 167, od 22.06.2001.

[25] V: M. Lehmann, *The EC Directive on the Harmonization of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society – A Short Comment*, (International Review of Industrial Property and Copyright Law – IIC), 5/2003, str. 526-528

delu[26]) zaštićenog dobra za čije preduzimanje ne postoji ovlašćenje autora ili titulara drugog prava.[27] Dakle, zaobilaženje tehnoloških mera načelno ne trpi sankciju, ukoliko se ono preduzima radi vršenja ustupljenih ovlašćenja.

S druge strane, proizvodnja i plasman uređaja su obuhvaćeni ovom odredbom ukoliko je njihova primarna svrha zaobilaženje tehnoloških mera, odnosno ukoliko je neka druga svrha ograničenog komercijalnog značaja.[28]

2.4. Pravna zaštita tehnoloških mera u Srbiji

Premda nije članica Evropske unije, autorsko pravo Srbije u velikoj meri je oblikovano pod uticajem njenih direktiva.

Kada je reč o tehnološkim merama zaštite autorskih dela, u našem pravnom sistemu one su prvi put uređene Zakonom o autorskom i srodnim pravima iz 1998. godine.[29] Naime, Zakon iz 1998. godine je predviđao da se povredom prava smatra posedovanje ili stavljanje u promet tehničkih sredstava čija je isključiva namena da olakšaju otklanjanje ili onesposobljavanje tehničke zaštite računarskog programa ili drugog predmeta zaštite.[30] Kao što se iz teksta odredbe vidi, u prvom planu se nalazila fizička zaštita softvera, a zaobilaženje ugrađenih mehanizama nije bilo sankcionisano.

Na formulaciju odredbe i korišćene termine najviše je uticalo tada postojeće nadnacionalno zakonodavstvo, pre svega Direktiva 91/250, i relevantni WIPO ugovori, čiji potpisnik u to vreme Srbija još nije bila. Budući da potonji sadrže samo apstraktan zahtev za zaštitom ovih mera, srbijanski zakonodavac je naročito izdvojio računarski program kao predmet zaštite, s obzirom na to da je ovo pitanje već bilo regulisano na evropskom nivou.

Intenzivirana aktivnost na međunarodnom planu u pogledu uređenja autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu, a u tom kontekstu i tehnoloških mera, uticala je i na našeg zakonodavca. Stoga se ubrzo pristupilo pripremama i donošenju novog Zakona iz 2004. godine. Ovaj zakon uzima u obzir odredbe Direktive 2001/29, ali i činjenicu da je Srbija pristupila i WIPO ugovorima.[31] Aktuelni Zakon iz 2009. godine u pogle-

---

[26] V: Čl. 6(3) Directive 2001/29 u vezi sa pojmom efektivnih mera

[27] V: Čl. 6(3) Directive 2001/29

[28] V: Čl. 6(2) Directive 2001/29

[29] V: Zakon o autorskom i srodnim pravima, Sl. list SRJ, br. 24/98.

[30] V: Čl. 174(2) Zakona o autorskom i srodnim pravima iz 1998. godine

[31] Srbija je WIPO Ugovoru o autorskom pravu i WIPO Ugovoru o interpretacijama i fonogramima pristupila 2003. godine. V: WCT Notification No. 43, http://www.wipo.int/ edocs/notdocs/en/wct/treaty_wct_43.html, septembar 2009. godine

du odredbi o tehnološkim merama zaštite ne sadrži izmene u odnosu na prethodno važeći.

Tako, prema odredbama aktuelnog Zakona, povredu prava predstavlja proizvodnja, uvoz, stavljanje u promet, prodaja, davanje u zakup, reklamiranje u cilju prodaje ili davanja u zakup ili držanje u komercijalne svrhe uređaja koji su prevashodno konstruisani, proizvedeni ili prilagođeni da omoguće ili olakšaju zaobilaženje bilo koje tehnološke mere, i koje nemaju drugu značajniju svrhu osim navedene, kao i samo zaobilaženje tehnoloških mera ili pružanje ili reklamiranje usluge kojom se to omogućava ili olakšava.[32] Tehnološkim merama Zakon, na isti način kao i Direktiva 2001/29, označava svaku tehnologiju, uređaj ili deo koji je konstruisan da tokom svoje namenske upotrebe onemogući ili ograniči radnje u vezi sa autorskim delom ili drugim predmetom zaštite, za koje nosilac prava nije dao saglasnost.[33] Preduzimanje navedenih radnji podleže građanskopravnoj[34], prekršajnoj[35] i krivičnoj[36] odgovornosti.

3. Pojedini aspekti praktične primene normativnih rešenja

Sankcionisanjem zaobilaženja tehnoloških mera i pripremnih radnji (proizvodnja i stavljanje u promet uređaja za zaobilaženje, pružanje usluga) preventivna zaštita autorskog prava dobila je zakonske okvire. Međutim, primena normativnih rešenja u praksi otvara niz pitanja.

U prvom redu, reč je o problemima koji proizlaze iz neselektivne prirode tehnoloških mera. Ova činjenica upućuje na dva sporna aspekta.

S jedne strane, pojmom autorskog dela, kao objekta zaštite, nije obuhvaćena ideja, koja stoji u osnovi intelektualne tvorevine. Stoga se uvođenjem pravne zaštite tehnoloških mera kontrole pristupa, u pojedinim zemljama, na posredan način autorskopravna zaštita proširuje i na ovaj slobodan element. Time se ugrožava smisao autorskopravne zaštite uopšte, budući da je idejama potrebno obezbediti slobodan pristup, kako bi društvo moglo dalje da ih nadograđuje. Štaviše, razlikovanje ovlašćenih i neovlašćenih korisnika u ovom segmentu je bez značaja, jer ideja pripada svima.

Sem toga, zaštitom ove vrste tehnoloških mera proširuje se i sadržina prava autora. Naime, onemogućavanjem pristupa korisnici se spreča-

[32] V: Čl. 208(1)(3) i (4). Zakona o autorskom i srodnim pravima iz 2009, Službeni glasnik RS, br. 104/09.

[33] V: Čl. 208(2)(1) Zakona o autorskom i srodnim pravima iz 2009.

[34] V: Čl. 204-214. Zakona o autorskom i srodnim pravima iz 2009.

[35] V: Čl. 215-217. Zakona o autorskom i srodnim pravima iz 2009.

[36] V: Čl. 199(4) Krivičnog zakonika, Službeni glasnik RS, br. 85/05

vaju u upotrebi dela, za koju nije potrebna saglasnost autora, jer ne ulazi u korpus autorskopravnih ovlašćenja (u izvesnom smislu izuzetak su računarski programi, s obzirom na to da svaka upotreba podrazumeva umnožavanje, što jeste isključivo ovlašćenje autora). Istina, u pravnim sistemima koji poznaju zaštitu tehnoloških mera kontrole pristupa, postoje slučajevi u kojima odgovornost može da izostane, ali suštinski problem nije zanemarljiv: posredno proširenje autorskog prava na račun društva odnosno korisnika.

S druge strane, sistem autorskopravne zaštite počiva na uravnoteženju interesa autora i korisnika autorskih dela. U tom smislu, autoru su priznata isključiva ovlašćenja, koja su u interesu korisnika, pod određenim uslovima i u određenim situacijama, ograničena (suspenzije i zakonske licence). Tako posmatrano, ugrađivanjem tehnoloških mera kojima se sprečava neovlašćeno iskorišćavanje može se dogoditi da iskorišćavanje bude onemogućeno i licima koja imaju ovlašćenje da preduzimaju pojedine radnje.

Kada je reč o ugovornom ovlašćenju, problem se ne čini izraženim: takvi korisnici se najčešće snabdevaju potrebnim sredstvima za uklanjanje zaštitnih mehanizama (npr. lozinkama). Međutim, iz svojstva ovlašćenog korisnika (ili ostvarivanjem uslova u određenim situacijama za lica koja nisu u ugovornom odnosu sa titularom prava) dalje se, iz samog zakona, crpe dozvola za vršenje određenih isključivih ovlašćenja autora, za koje postoji fizička prepreka u vidu tehnoloških mera.

Ako se pođe od toga da je u većini pravnih sistema izostalo izričito isključenje odgovornosti za zaobilaženje tehnoloških mera u onim slučajevima u kojima saglasnost autora za iskorišćavanje dela, po samom zakonu, nije potrebna, postavlja se pitanje kakav je odnos između zakonskih ograničenja i tehnoloških mera zaštite, odnosno da li se sankcionisanjem zaobilaženja na posredan način sužava obim ograničenja uspostavljenih u opštem interesu.

Do odgovora se može doći ciljnim tumačenjem relevantnih odredbi. Naime, apsolutna zaštita tehnoloških mera postoji samo kada je reč o umnožavanju u privatne svrhe: fizičkom licu je dozvoljeno umnožavanje primeraka objavljenog dela za lične nekomercijalne potrebe, ukoliko takvo umnožavanje ne zahteva zaobilaženje tehnoloških mera ili pružanje ili reklamiranje usluge kojom se to omogućava.[37] Činjenica da se u vršenju određenih autorskih ovlašćenja bez autorove saglasnosti samo na ovom mestu zaštita tehnoloških mera postavlja kao granica, upućuje na

[37] V: Čl. 46(1) u vezi sa čl. 208(1)(4) i (5). Zakona o autorskom i srodnim pravima iz 2009.

pravi značaj odgovornosti za zaobilaženje tehnoloških mera radi vršenja zakonskih ovlašćenja. Tako, da je namera zakonodavaca bila da autoru pruži na posredan način kontrolu nad vršenjem prava i u slučajevima kada prema zakonu njegova saglasnost nije potrebna, izričito pozivanje na zabranu zaobilaženja našlo bi mesto u zajedničkim odredbama o ograničenjima prava autora ili izričito kod svakog ograničenja. S obzirom na to da su odredbe takve sadržine izostale, može se zaključiti da zaobilaženje tehnoloških mera isključivo radi vršenja ovlašćenja autora shodno zakonskim ograničenjima, sem umnožavanja u lične nekomercijalne svrhe, predstavlja osnov isključenja odgovornosti, odnosno odbranu tuženog. Uz to, činjenica da, makar za jedan slučaj dozvoljenog umnožavanja, postoji izričita zabrana zaobilaženja tehnoloških mera, ukazuje na to da se obim zakonskih ograničenja ipak sužava.[38]

Iz navedenog proizlazi da zaobilaženje tehnoloških mera zaštite ne predstavlja uvek povredu prava, jer u određenim slučajevima postoji „ovlašćenje“ da se preduzmu takve radnje. Ipak, korisnici najčešće ne raspolažu tehnološkim veštinama ili sredstvima potrebnim za zaobilaženje tehnoloških mera, zbog čega je neophodno da koriste usluge trećih lica ili da pribave adekvatna sredstva. U potonjem slučaju, zakonodavci ostavljaju izvestan prostor da se do takvih sredstava dođe, budući da je povredom prava obuhvaćena proizvodnja i stavljanje u promet onih čija je *jedina ili primarna svrha* zaobilaženje tehnoloških mera (bez obzira na to da je u pojedinim slučajevima sâmo zaobilaženje dozvoljeno). Dakle, proizvodnja i stavljanje u promet višenamenskih uređaja, kod kojih je omogućavanje zaobilaženja samo jedna (ali ne primarna) funkcija, nisu stavljeni van zakona. Stoga je praktični značaj uspostavljene zabrane zanemarljiv, budući da na tržištu dominiraju upravo potonji.[39] Međutim, za

[38] Uporednopravna doktrina dala je nekoliko predloga kako da se korisnicima olakša vršenje ovlašćenja shodno ograničenjima autorskog prava i kada su autorska dela zaštićena tehnološkim mehanizmima. Predlozi imaju više-manje istu osnovnu ideju: da se „ključ“ za uklanjanje zaštitnih mera poveri na čuvanje trećoj, neutralnoj strani. Njen zadatak bi bio da ga „ustupi“ na zahtev onih korisnika koji autorsko delo žele da iskorišćavaju pod uslovima predviđenim u okviru odredaba o ograničenjima autorskog prava (*key-escrow system*). O kritikama ovog predloga i različitim modalitetima v: D.L. Burk, J.E. Cohen, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, Harvard Journal of Law and Technology, 15/2001, str. 63; T. Armstrong, *Digital Rights Management and the Process of Fair Use*, Harvard Journal of Law and Technology, 20/2006, str. 54; J.H. Reichman, G.B. Dinwoodie, P. Samuelson, *A Reverse Notice and Takedown Regime To Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works*, Berkley Technology Law Journal, 22/2007, str.981. i dalje.

[39] V: K.J. Koelman, N. Helberger, *Protection of Technological Measures,* u: *Copyright and Electronic Commerce – Legal Aspects of Electronic Copyright Manage-*

pružanje usluga zaobilaženja bez izuzetka postoji odgovornost. U vezi sa navedenim, korisnik neće moći da vrši zakonska ovlašćenja ukoliko je autorsko delo snabdeveno tehnološkim merama za čije zaobilaženje je potrebno angažovati treća lica ili sredstva čija su proizvodnja i stavljanje u promet zabranjeni, što u praksi dodatno ugrožava opši interes uobličen kroz ograničenja autorskog prava.

Zaključak

Zaštita tehnoloških mera zasnovana je na potrebi da se sačuvaju pozicije autora, koje su ugrožene u digitalnom okruženju. Međutim, normativnim rešenjima se otvorilo niz pitanja, na koja smo u ovom radu nastojali da ukažemo. Iako su problemi samo naznačeni, zaključak koji proizlazi iz navedenog jeste da se uvođenjem tehnoloških mera u sistem autorskopravne zaštite doveo u pitanje cilj koji se normativnim uređenjem ove vrste intelektualnog stvaralaštva uopšte želeo postići. Iz tih razloga nam se čini da pravno uobličavanje tehnoloških mera nije završeno, a da će dalji tehnološki razvoj otvarati nove dileme.

ment, editor: P. Bernt Hugenholtz, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2000, str. 196.

Sanja Radovanović, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Technological Measures of Protection in the Copyright System

Abstract

Digital exploitation of works often exceed the limit to which the holder can control the exploitation of their intellectual creations, and the protection provided by legal norms are, in the era of a fast exchange of information, may prove to be insufficiently effective. For these reasons, the rights holders are increasingly opting for preventive care through placement of physical obstacles to the exploitation of copyright works, generic called technological protection measures (known as digital right management (DRM)). Simultaneously with the development of the application of these measures flows the process of finding ways to circumvent them. Therefore, the effectiveness of technological measures depends on exactly the question of their legal protection, which now exists in most of modern legal systems. However, in the normative solutions there are differences, which reflect the problems in finding adequate forms of protection. They mostly stem from the fact that the sanctioning of circumvention (or preparatory actions) of technological measures put into the question the purpose of copyright protection in general. Hence, in this paper we tried to point out the normative solutions accepted in modern legal systems and practical implications of what they have. Conclusion that arises is that the legal shaping of technological measures is not completed and that further technological developments open new dilemmas.

Key words: digital rights management; digitalization, technological measures protection, access control, exploitation control, technological measures protection of the work integrity, circumvention of technological measures protection, production of devices, marketing the devices.

Originalni naučni rad 343.6(37)

Mr Ognjen Vujović, asistent
Pravnog fakulteta u Prištini sa privremenim
sedištem u Kosovskoj Mitrovici

INJURIJA I TELESNE POVREDE U ZAKONU XII TABLICA

***Sažetak**: U radu se dokazuje da je razlog zbog koga injurija gubi svoj prvobitni opseg jezičkog i pravnotehničkog karaktera. Membrum ruptum i os fractum su svojevrsni znaci, a ne pojmovi. Znaci koji se izdvajaju iz prvobitnog „znaka protivpravnosti", iz prvobitne injurije. Na proces izdvajanja ovih delikata u posebne odredbe uticala je i potreba da se rangiraju po stepenu njihove društvene opasnosti. Sankcije nisu mogle biti pokretač procesa diferencijacije delikata iz prvobitne injurije. Odredba u Tab.VIII 4 se odnosila na razne oblike povrede tuđeg telesnog integriteta, koji za jedinu zajedničku karakteristiku imaju niski intezitet telesne povrede. Zakonodavac smatra da je urgentnije da prvo deluje po pitanju teških fizičkih povreda, pa zatim lakših. Znači, ovde nije presudniji stepen povrede nečije časti, već stepen društvene opasnosti.*

***Ključne reči**: iniuria, mambrum ruptum, os fractum, fizički integritet, društvena opasnost.*

1. UVOD

U teoriji postoji svojevrsna frustriranost zbog stalnog konflikta koji se javlja između opšteg značenja koje sa sobom nosi latinska reč *iniuria* i konkretnih formi ispoljavanja delikta kojim se ugrožava fizički i moralni integritet pojedinca, delikta injurije. To i predstavlja osnovni povod nastanka ovog rada.

Zakon u *Tab*.VIII, 4 izričito pominje delikt injuriju, ali ne daje nikakav opis radnje izvršenja ovog delikta. To je povod oprečnih shvatanja u romanističkoj teoriji. Pod upitom su ne samo mogući načini izvršenja injurije predviđene u navedenoj tablici, već i priroda ove odredbe, njen odnos sa ostale dve odredbe u Zakonu XII tablica koje govore o napadima na fizički integritet pojedinca. Prva i najuočljivija zajednička karakteristika ovih odredbi je da ponašanja koja su sankcionisale nemaju tako tragičnu posledicu kakvo bi bilo lišenje života napadnutog lica. Nekome može izgledati da je to ujedno i jedina njihova vezivna tačka, te da nema nekog posebnog opravdanja njihovo uporedno proučavanje, a još manje njihovo posmatranje kao tri oblika nekada jedinstvenog delikta injurije. Međutim, ne može se tek tako preći preko činjenice da ove odredbe arhaični zakonodavac ređa jednu za drugom. Arhaični zakonodavac materiju izlaže po asocijacijama i već ta činjenica snažno privlači pažnju i nudi opravdanje pristupu koji među ovim odredbama traži vrlo blisku vezu.

Bruns (Bruns), smešta ove delikte u osmu tablicu sledećim redom:

Tab.VIII 2. *Si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto*.

Tab.VIII 3. *Manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito*.

Tab.VIII 4. *Si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae sunto*.[1]

Kao što to Alan Votson (Watson) lepo kaže, ove odredbe stoje na početku razvoja rimskog prava zaštite imovine od oštećenja (koje je nastavljeno preko Akvilijevog zakona) i na početku razvoja injurije kao delikta koji obuhvata namerno pričinjene telesne povrede i nanete uvrede, naročito nad slobodnim osobama.[2] Iz ovog Votsonovog zaključka se može videti da je injuriju od početaka bilo teško ne samo odrediti kao isključivo deliktnu kategoriju, već je i u okviru svoje deliktne prirode štitila raznorodne objekte (i imovinu i telesni i moralni integritet). Treba dodati da je fizički integritet i sada, a naročito tada neodvojiv od moralnog integriteta. Ovako široko postavljen zaštitni objekat ukazuje da je injurija od samih početaka bila neka vrsta opšteg koncepta protivpravnosti. Iz nje su se vremenom diferencirali posebni delikti.

Za pristup sagledavanju pravog značenja i karaktera gore navedenih odredbi Zakona XII tablica pogodnim se čini kriterijum koji je, pored drugih autora, upotrebio i Cimerman (Zimmermann). Naime, on je u svom razmatranju došao do pitanja sankcija koje su predviđene za svaki od ovih prestupa. Tako Cimerman nabraja da se *Tab*. VIII 3 odnosi na prosti lom kosti pričinjen udarcem rukom ili štapom. Znači, da bi *iniuria* u

[1] C. G. Bruns, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, Tűbingen 1909[7], 29.

[2] A. Watson, „Personal Injuries in The XII Tables“, *TR*, 43/1975, 213.

Tab. VIII 4 morala ukazivati na fizičke povrede manje ozbiljne prirode, ističe Cimerman. Dakle, mogla se odnositi na šamar, udarac rukom ili nogom, udarac u uho ili udarac štapom (s tim da ovi napadi nemaju posledice predviđene u *Tab*. VIII 2 i *Tab*. VIII 3). Cimerman zaključuje da je ovo stepenovanje potpuno reflektovano sankcijama koje su predviđene za svaki od ovih prestupa. U slučaju *membrum ruptum*, primenjivao se talion. Kod *os fractum* i *iniuria* nema taliona, već obavezne kompozicije. Iznos kompozicije zavisi od toga da li je (u slučaju *os fractum*) povređena osoba slobodan čovek ili rob. Za injuriju je predviđena kazna od 25 asa.[3]

Dakle, s obzirom na sankcije izgleda da je *membrum ruptum* predstavljao najteži vid ugrožavanja telesnog integriteta pojedinca, najteži vid injurije. Međutim, samo značenje termina *membrum rumpere* je izazvalo velike kontroverze o kojima će biti reči. Pokazalo se da karakter sankcija nije dovoljan osnov za sagledavanje karaktera ovih delikata.

2. *INIURIA* U *Tab*. VIII 4

Kao uvod u razmatranje odredbe koja se nalazi u *Tab*. VIII 4 može poslužiti lucidna argumentacija Daubea (Daube) izneta u njegovom članku „Societas as a Consensual Contract".[4]

Daube konstatuje da je Zakon XII tablica predviđao kazne za veoma ozbiljne prestupe podvedene pod pojam *membrum rumpere*. Teške prestupe, ali u manjoj meri teške, podvodio je pod *os frangere*. Šamaranje drugih ljudi i slične manje prestupe kažnjavao je u odredbi sadržanoj u *Tab*. VIII 4.[5] Daube zatim postavlja pitanje: Kako objasniti ovaj način korišćenja termina *iniuria*?

U odgovoru na ovo pitanje, Daube polazi od konstatacije da ne može biti nikakve sumnje da termin *iniuria*, može jezički ukazivati na bilo koje protivpravno ponašanje. Kako kaže, jezičko formiranje ove složenice *in-iuria* je suviše jasno da bi proizvelo bilo kakve pogrešne interpretacije. Daube je mišljenja da je reč *iniuria* i pre Zakona XII tablica imala značenje protivpravnosti uopšte. Tako je, kaže on, i autorima Zakona XII tablica moralo biti sasvim jasno da amputacija uda ili lom kosti, pa i obi-

[3] R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, *Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, 1051.

[4] D. Daube, „Societas as a Consensual Contract", *Cambridge Law Journal* (*CLJ*) 6/1938, 401-403.

[5] Katančević je izneo stav da je deliktom injurija ugroženo ne telo, već čast rimskog građanina. (A. Katančević, „*Iniuria alteri facta* pretklasičnog rimskog prava", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2010, 293)

čan šamar, predstavljaju injuriju. Šamar u lice je daleko od toga da čini jedini oblik, a samim tim je daleko od toga da čini i suštinu injurije. Drugim rečima, tvrdi Daube, *iniuria* i u ovom i u slučaju *membri ruptio*, ali i *os fractio* predstavlja vidljiv fizički akt. Međutim, po njemu, kod *membrum ruptum* i kod *os fractum* nije bilo potrebe da zakonodavac, tužilac ili optuženi, pribegnu opštem pojmu protivpravnosti. Ti slučajevi su mogli biti opisani i objašnjeni jednostavnim rečima. Naime, postoji osoba čija je kost slomljena i lice koje je to učinilo. Daube tu vidi svojevrsnu sličnost sa kontraktima za čiji se nastanak nije zahtevala samo prosta saglasnost volja (realni, verbalni i literarni). Daube nalazi da je opšti termin *iniuria* za stare zakonodavce bio sasvim neophodan, ali i dovoljan tamo gde je neko fizički napadnut, ali pri tom taj napad nije ostavio, niti je po svojoj prirodi mogao ostaviti teške posledice po njegovo zdravlje i život. Slično je, po njemu, opšti pojam *consensus* korišćen za razvrstavanje kupoprodaje, najma, ortakluka i mandata. Manje teške povrede na koje se odnosi institut injurije u Zakonu XII tablica, nikada ne mogu biti potpuno nabrojane, a ni podrobno opisane. Kako Daube lepo primećuje, onaj koji je pretrpeo *membrum ruptum* ili *os fractum*, magistratu će se obratiti rečima koje opisuju te konkretne i teške akte i njihove posledice. Ovo obraćanje olakšava i činjenica da su posledice tih radnji vrlo vidljive i samim tim lako ih je izraziti. Nema razloga da drugoga optužuje za vrlo uopštenu i samim tim vrlo daleku injuriju.[6]

S druge strane, fizičke posledice radnje kao što je šamaranje nisu vidljive i zato se najlakše mogu nazvati injurijom.[7]

Znači, Daube razlog za početak izdvajanja *membrum ruptum* i *os fractum* iz prvobitne injurije vidi u tome što ovi delikti predstavljaju vidljiv fizički akt koji je moguće opisati i objasniti jednostavnim rečima. Zato se može reći da je razlog zbog koga injurija gubi svoj prvobitni op-

---

[6] D. Daube, 403.

[7] *Ibid.* Beinar (B. Beinart, „The relationship of iniuria and culpa in the Lex Aquilia“*, Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz*, *vol. I,* Napoli 1952, 285-303. Ovo je najtemeljnija studija o pitanju odnosa kulpe i injurije u Akvilijevom zakonu.) zaključuje da je rimsko pravo, zahvaljujući procesu u kome je *culpa* (kao krivica u najširem smislu) postepeno istiskivala prvobitno značenje injurije, dostiglo takav stepen da je predviđalo odgovornost u svim slučajevima fizičke povrede, ali je u slučajevima imovinske štete rezultat još uvek bio neizvestan. Kako kaže, rimsko pravo je načelno bilo protiv zloupotrebe prava, ali je malo direktnih aplikacija moguće doktrine o zloupotrebi prava.

Međutim, ukoliko i na ovo pitanje primenimo navedeni Daubeov kriterijum (nazovimo ga „vidljivost radnje i njene posledice“), onda dolazimo do zaključka da Beinar nije upravu. Naime, kod fizičke povrede, radnja i posledica su lako vidljive (Zato je tu teže izbeći odgovornost.). Kod imovinske štete to ne mora biti slučaj. Zato je tu, da upotrebimo Beinarov izraz, rezultat neizvestan.

seg, ustvari jezičkog i pravnotehničkog karaktera. Ukoliko se ovo prihvati, a ne vidi se zbog čega se ne bi moglo prihvatiti, onda se da zaključiti da sankcije nisu mogle biti pokretač procesa diferencijacije delikata iz prvobitne injurije. Dakle, sankcije nam mogu pomoći u hvatanju u koštac sa razumevanjem pravog karaktera odredbi o telesnim povredama u Zakonu XII tablica, ali, s druge strane, ne mogu ponuditi odgovor na pitanje o razlogu njihovog izdvajanja iz pra-*crimen*-a.[8]

Reklo bi se da se Daubeov stav skladno uklapa sa onim što savremena antropološka istraživanja tvrde o odnosu opažaja i pojmova i procesu formiranja pojmova.[9] U skladu sa time i *membrum ruptum* i *os fractum* su svojevrsni znaci, a ne pojmovi. Znaci koji se izdvajaju iz prvobitnog „znaka protivpravnosti", jer je vrlo lako, kako to Daube kaže, opaziti fizički akt na koji upućuju, a koji je moguće opisati i objasniti jednostavnim rečima.[10]

Daube kaže da ne smemo upasti u zamku i zaključiti da injurija nije predstavljala opšti pojam, čak i u vremenu tako dalekom od njenog nastanka.[11] Iz istih razloga je, smatra on, i uvreda bila zaštićena putem *actio iniuriarum*,[12] jer ona ne prouzrokuje bilo kakvu telesnu povredu niti se

---

[8] Sankcije upućuju na to da je umesto termina pradelikt, podesniji termin pra-*crimen*.

[9] Klod Levi-Stros, *Divlja misao*, Beograd 1978, 58-59: „Na isti način, elementi mitskog mišljenja uvek se nalaze na pola puta između opažaja i pojmova. Bilo bi nemoguće izdvojiti prve iz konkretne situacije u kojoj su nastali, dok bi pribegavanje drugima zahtevalo da misao bar privremeno može da ostavi po strani svoje projekte. Međutim, postoji nešto što posreduje između slike i pojma. To je znak, pošto ga uvek možemo definisati (kao što je to Sosir prvi učinio govoreći o posebnoj kategoriji jezičkih znakova) kao vezu između slike i pojma, koji, u tako ostvarenom spoju, igraju uloge označitelja i označenog.

Kao i slika, znak je nešto konkretno, ali on je po svojoj moći upućivanja sličan pojmu : i jedan i drugi ne odnose se isključivo na sebe same, već mogu da označe i nešto drugo. Ipak, pojam ima u tom pogledu neograničen kapacitet, dok je kapacitet znaka ograničen".

Zato je i injuriju pre Zakona XII tablica, a i dugo nakon njegovog donošenja moguće nazvati „znakom protivpravnosti".

[10] Oni se mogu nazvati i *primitivnim apstrakcijama*. Polaj je napomenuo da su termini su *ius* i *iniuria* produkti drevnog apstrahovanja (*ancient abstraction*). (E. Pólay, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest, 1986, 15.). Čini se da je bolji termin *primitivne apstrakcije* jer ukazuje na to da se one formiraju u najranijim vremenima (Ono što je zajedničko tim različitim predcivilizacijskm kulturama je nepostojanje pismenog jezika, razrađene tehnike i nepoznavanje novca (E. Fromm, *Anatomija ljudske destruktivnosti,* Zagreb 1989, 191.)). Osnovna odlika *primitivnih apstrakcija* bi bila da nisu jasno definisane. O njima se može zaključiti na osnovu njihovih pojedinačnih manifestacija. Vid. O. Vujović, „Koreni delikata *iniuria* i *convicium*", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2010, 270-271.

[11] D. Daube, 403.

[12] Elemente klasičnog pojma injurije oko kojih inače nema spora u nauci najbolje je izrazio Pleša (J. Plescia, „The Devalopment of "iniuria"", *Labeo*, 23/1977, 272.): *dolus,* zla namera, *animus iniurandi* (*dolus* se pretpostavlja); protivpravni karakter radnje (pro-

njome nanosi telesna bol. Ona se naziva injurijom jer je optuženi učinio nešto nepravedno i nešto što nije u skladu sa pravom.[13]

Iznetoj argumentaciji se može dodati i da su svi ovi posebni delikti izvučeni iz njihovog prvobitnog zajedničkog imenioca injurije zbog potrebe da se rangiraju po stepenu njihove društvene opasnosti.

Libtov (Lűbtow) smatra da, pošto Zakon i u *Tab*.VIII 2 i u *Tab*.VIII 3 govori isključivo o telesnim povredama, onda to mora biti slučaj i sa *Tab*. VIII 4.[14]

Međutim, ovome stavu Libtova se može prigovoriti da primitivnije zajednice ne mogu jasno odvojiti telesni od moralnog integriteta. Očekivati tako jasne kategorije od sastavljača Zakona XII tablica, zaista bi bilo previše. Upravo slučaj mladića o kome govori Gelije, ide u prilog takvom razumevanju problema.[15] On kaže da je postojao mladić, Lucije Veracije, koji bi svakoga koga sretne ošamario. Sa sobom je vodio i roba koji je odmah, na licu mesta, oštećenom isplaćivao sumu od 25 asa, koja je bila propisana Zakonom XII tablica. U to vreme ova suma je bila bezvredna. Neko bi rekao da šamar, ni tada, kao ni sada, nije napad na fizički, već, pre svega na moralni integritet pojedinca. Rosko Paund (Pound), u članku „Intersts of Personality", napominje da kada god se govori o individualnim interesima, uvek se, pre svega, ima u vidu interes nečije časti. Dakle, ugled hrabrog čoveka u određenoj zajednici. U Grčkoj je svaki napad na nečiju ličnost bio kvalifikovan kao hibris (*contumelia*). Znači, povreda časti, uvreda, bila je njena esencijalna tačka, a ne povreda tela. U Rimu je injurija proizvodila takve posledice na sistem sankcionisanja da je on bio skoncentrisan na odmeravanje naknade, ali ne s obzirom na karakter i stepen nanete telesne povrede, već s obzirom na stepen uvrede časti, zaključuje Paund.[16]

Međutim, čini se da je ispravnije reći da je odredba u *Tab*. VIII 4 obuhvatala razne oblike povrede tuđeg telesnog integriteta, koji za jedinu zajedničku karakteristiku imaju niski intezitet telesne povrede. Uostalom na to upućuje i niža sankcija. U tom smislu se treba priključiti napred navedenom stavu Libtova. Ali, treba naglasiti da je to stoga što primitivnije zajed-

---

tivpravnost se ne odnosi samo na prekršaj pisanog prava, već i na prekršaj običajnog prava, *boni mores*) i injurija je uvek pričinjena bez pristanka i protivno volji oštećene strane. Ovi elementi se na izvestan način mogu pronaći kod Šulca (F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951) i Kazera (M. Kaser *Das Römische Privatrecht*, München 1971).

[13] D. Daube, 403

[14] U. von Lűbtow, "Zum rőmishen Injurienrecht", *Labeo*, 15/1969, 134.

[15] Gellius, *Noctes Atticae,* 20.1.13

[16] R. Pound, „Interests of Personality", *Harvard Law Review* (*HLR*), 28/1914-1915, 357.

nice ne mogu jasno odeliti telesni od moralnog integriteta. To što Zakon XII tablica prvo govori o teškim telesnim povredama, a onda o injuriji, ne ide u prilog stava Roska Paunda. Ova okolnost upućuje na drugačiji tok misaonog procesa zakonodavca. Naime, on uvek u vidu ima ono što je Daube naveo kao vidljiv fizički akt koji je moguće jasno opisati.[17]

Zakonodavac smatra da je urgentnije da prvo deluje po pitanju teških fizičkih povreda, pa zatim lakših. Znači, neće biti da je ovde presudniji stepen povrede nečije časti, kako to Paund kaže, već stepen društvene opasnosti.

Rimljani su, ukoliko se uslovno upotrebi Sovelova terminologija, tipični predstavnici ograničene vizije čoveka i njegovih mogućnosti.[18] Kao takvi teško da su tako rado izlazili u susret pojedincu i njegovim potrebama. Pre će biti da je osnovni zaštitni objekat rimskog deliktnog prava bila zajednica,[19] počev od patrijarhalne agnatske familije, pa sve do viših oblika udruživanja. Zato je logičnije u deliktima Zakona XII tablica potražiti kategoriju društvene opasnosti nego čast pojedinca. Ukoliko u ranim društvima i može biti reči o nečijoj časti, ona je svakako u uskoj vezi sa pripadnošu određenoj zajednici i njenim interesima. Ukoliko ni danas ništa nije moguće van društva, onda tek u ranim društvima pojedinac ne postoji van zajednice, pa ni čast van fizičkog integriteta.

To što možda neka ponašanja koja kasniji izvori podvode pod delikt naveden u *Tab*. VIII 4, danas nama mogu izgledati kao uvreda, ne znači da oni i jesu bili uvreda za Rimljane u vremenu donošenja Zakona XII tablica. Neke deliktne radnje su verovatno za posledicu imale i uvredu, ali ona nije bila njihova pretežna karakteristika. Da nastane uvreda trebalo je da reč postane demistifikovana i da može samo da povredi čast, a ne i da ubije. Pravno tehnički termin za javno izrečen uvre-

---

[17] D. Daube, 403.

[18] T. Sovel, *Konflikt vizija*, Beograd 2007. Tomas Sovel u ovoj knjizi govori o ideološkim korenima političkih borbi. U tom smislu, njegova studija obrađuje ideološke korene velikih društvenih teorija od renesanse do danas. On teorije deli na one koje u osnovi imaju ograničenu ili, pak, neograničenu viziju čovekovih mogućnosti za menjanje sebe i sveta na bolje, u neke više forme.

Međutim, uslovno rečeno, može se uzeti da u osnovi rimske arhaične zajednica, kao konzervativne zajednice, leži ograničena vizija.

[19] Polaj iznosi mišljenje da je injurija u Zakonu XII tablica predstavljala delikt kojim se atakovalo na kućnu zajednicu, pre svega na paterfamilijisa kao njeno oličenje, bilo neposredno, bilo posredno (E. Polay, 75). Međutim, on odavde ne izvlači i jedini logičan zaključak koji se snažno nameće. Naime, injurija je kao takva od svojih početaka predstavljala opšti pojam protivpravnosti i to je dokaz da je ona predstavljala pra-*crimen* (Vid. fn. 8) iz koga su se izdvojili ostali delikti. Pošto je kućna zajednica osnova društva, onda injurija atakuje na sve. Zato je ona protivpravnost. Zato je pra-*crimen*, jer krivična dela čine najznačajniji deo protivpravnih ponašanja.

dljiv govor bio je *convicium*. Tek je *edictum generale de iniuriis aestimandis* promovisao tužbe *in factum* kako bi one pokrile štete nanete tuđoj reputaciji. Nakon njega sledi *edictum de convicio*. Pleša navodi da je ovaj edikt jedan od najranijih primera novog tipa edikata koji su menjali i razvijali materijalno pravo.[20]

S druge strane, kada je reč o antropološkim istraživanjima o procesu opažanja i formiranja znaka i pojmova i o njihovom odnosu, mora se naglasiti da taj proces upravo i govori u prilog stavu da je odredba o injuriji imala u vidu pre svega fizičke povrede. Injurija je uzeta iz jezika u kome je već imala jedan smisao koji je ograničavao slobodu rukovanja njom. Kao takva ona je prenapregnuta.[21] Dakle, zakonodavac je bio ograničen starim značenjem injurije i nije ga promenio. On je nasuprot naučniku igrao ulogu „domaćeg majstora" kako to Levi-Stros voli da kaže kada govori o tzv. divljoj misli. Ovde zakonodavac operiše znacima, a ne pojmovima.[22]

Tab. VIII 4 sadrži vrlo opštu formulaciju injurije, a ne specifikuje moguće radnje njenog izvršenja. Ovo je navelo Zimona (Simon) da ukaže na moguću manjkavost ove odredbe. Naime, lice koje je ranjeno mačem druge osobe, a da pri tom nisu nastupile posledice koje predviđaju druge dve odredbe, moglo je podići tužbeni zahtev na istu sumu koju bi, inače, potraživalo i u slučaju zadobijenog šamara.[23] Tako i Zulueta (Zulueta) smatra da ukoliko *membrum ruptum* znači amputaciju uda, onda će druga ozbiljna ranjavanja, koja nemaju vid amputacije, ili, pak, loma nečije kosti, potpasti u grupu prekršaja predviđenih u *Tab*. VIII 4. Ovo Zuluetu nagoni da istakne

---

[20] J. Plescia, 283.

[21] Klod Levi-Stros, *Divlja* misao, Beograd 1978, 59: „Ta razlika i sličnost lepo se vide na primeru domaćeg majstora. Pogledajmo kako on radi: iako je ponesen svojim projektom, njegova prva praktična radnja je retrospektivna; on mora da se obrati jednoj već postojećoj skupini alatki i materijala; da napravi njen prvi ili ponovni popis; najzad, i naročito, da zapodene sa njom neku vrstu razgovora da bi, pre nego što izvrši izbor, napravio pregled mogućih odgovora koje ona može da pruži na problem koji je pred nju postavljen... Delovi koje domaći majstor skuplja i upotrebljava „prenapregnuti" su kao i sastavni delovi mita, čije su moguće kombinacije ograničene zbog toga što su oni uzeti iz jezika u kome već imaju jedan smisao koji ograničava slobodu rukovanja njima. (Levi-Stros, 5, str. 35)".

[22] *Ibid*, 60: "Razlika, dakle, nije tako apsolutna kao što bismo bili u iskušenju da pomislimo; ona, međutim, ostaje stvarna utoliko što se, suočen sa stegama koje sažeto izražavaju jedno stanje civilizacije, inženjer uvek trudi da prokrči put i postavi se sa one njihove strane, dok domaći majstor, hteo-ne hteo, ostaje s ove njihove strane. Time, u stvari, hoćemo da kažemo da prvi operiše pojmovima, a drugi znacima."

[23] D. V. Simon, „Bergiff und Tatbestand der "Iniuria" im altrőmischen Recht", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische* Abteilung (*ZSS*) 82/1965, 163.

da bi u tom slučaju odredbe o teškim ranjavanjima bile izgubljene, što je po njemu, malo verovatno. Zulueta kaže da je problem lako rešiti ukoliko razliku između pojedinih oblika telesnih povreda uspostavimo s obzirom na prirodu akta, a ne s obzirom na posledicu takvog akta.[24]

Jezičko tumačenje upotrebljenih termina je, pre svega, protiv ovakvog Zuluetinog mišljenja. Jezičko tumačenje ukazuje na potrebu da ove delikte posmatramo celovito i sa stanovišta i radnje i sa stanovišta posledica koje su ti akti izazvali. Kako to lepo kaže Daube, *membrum ruptum* i *os fractum* su, za razliku od *iniuria*, mogli biti opisani i objašnjeni jednostavnim rečima.[25]

Dakle, u okvire odredbe u *Tab*. VIII 4 ulaze slučajevi ugrožavanja, pre svega, telesnog integriteta pojedinaca. To su ugrožavanja „niskog inteziteta". Takođe, druge dve odredbe imaju u vidu, pre svega, nasrtaje na nečiji fizički integritet. Zakon XII tablica nije poznavao uvredu. Možda se u *Tab*. VIII 4 mogu pronaći začeci, ali samo začeci ovog delikta, jer što je telesna povreda manjeg intenziteta, to više dolazi do izražaja moralni značaj, koji inače svaki nasrtaj na nečije telo nosi sa sobom. U ovom slučaju nema uvrede, jer da je ima, bilo bi i odgovarajućeg termina. Isto tako bi bilo i odgovarajućeg opisa radnje i posledice. Ovde postoji samo „protivpravni akt".

3. TEŽI OBLICI UGROŽAVANJA FIZIČKOG INTEGRITETA

U ovom poglavlju će biti pokušano da se utvrdi priroda delikata *membrum ruptum* i *os fractum* i njihov odnos sa deliktom *iniuria*. Pri tom će veći deo pažnje odvući delikt *membrum ruptum*. Nekako se čini da odgovor na pitanje o njegovoj prirodi predstavlja vrlo bitan reper za razumevanje ostala dva delikta.

*Tab.*VIII 2. *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio* esto

Dakle, u slučaju *membri ruptio*, sem ukoliko su stranke postigle sporazum o kompoziciji, primenjuje se talion.

Na samom početku nailazi se na problem značenja pojma *membrum ruptum* i na problemom njegovog razlikovanja od izraza *os fractum*. Na ovo pitanje u literaturi postoje dve grupe odgovora.[26] Klasifikacija ovih odgovora

[24] F. de Zulueta, *The Institutes of Gaius* 2, Oxford 1953, 217. O ovom Zuluetinom stanovištu će biti više reči u okviru sledećeg poglavlja.

[25] Vid. gore

[26] Polaj (E. Pólay, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest, 1986, 16-17) je povodom toga kako autori shvataju šta su decemviri podrazumevali pod *membri ruptio* izvršio klasifikaciju na tri grupe odgovora. Čini se da Polajeva klasifikacija nije potpuno odgovarajuća, jer

je izvršena s obzirom na to da li određena teorija pod *membrum ruptum* podrazumeva isključivo radnje koje za posledicu imaju nastupanje ili nenastupanje invaliditeta, ili, pak, u okvire *membrum ruptum* podrazumeva i radnje koje nemaju isključivo takve posledice. To bi bio kriterijum koji u obzir uzima prirodu akta kojim je naneta povreda, ali i njegovu posledicu. Jedno od drugog je nemoguće odvojiti, ma koliko se pojedini autori trudili u tome.

Ivlen (Huvelin) zaključuje da je u slučaju *membrum ruptum* reč o potpunom uklanjanju nekog dela tela, o amputaciji.[27] Polaj (Pólay) navodi da se Libtov (Lűbtow) u suštini, priključuje ovom shvatanju. Međutim, već je kod Libtova prisutno izvesno kolebanje. On iznosi stav da se kod *membri ruptio* radi o gubitku dela tela u potpunosti ili delimično, za razliku od izlečive frakture kosti.[28] Reklo bi se da je Ivlen najradikalniji predstavnik ovog pravca.

Di Paola (di Paola) pod *membrum ruptum* podrazumeva i frakture (*os frangere*) koje za rezultat imaju trajno oštećenje funkcije nekog dela tela.[29] Kazer, takođe, *membrum ruptum* posmatra kao vrstu povrede zbog koje neki organ u potpunosti gubi svoju funkciju, zbog koje nastupa invaliditet.[30] Kazerovi i Di Paolini pogledi su svrstani u grupu odgovora gde se nalaze i Ivlenova i Libtovljeva razmatranja. Neko može prigovoriti ovakvom opredeljenju. Ali, s obzirom na prihvaćeni kriterijum razvrstavanja, Kazerovo i Di Paolino shvatanje predstavljaju rafiniraniji, ali, ipak, deo prve grupe shvatanja.[31]

---

nije izabran jedinstven kriterijum klasifikacije. Naime, on Ivlenovo i shvatanje Libtova (pri tom mu se najprikladnijim čini mišljenje Libtova) svrstava u posebnu, po njemu prvu grupu, zbog njihovog stava da se pod *membrum ruptum* podrazumevaju amputacije. Jedinu tačku u kojoj se podudaraju njihovo i Kazerovo stanovište vidi u tome što obe grupe odgovora (Kazerov (Kaser) odgovor (M. Kaser, *Das altrömische ius,* Göttingen 1949) svrstava u treću grupu koju karakteriše shvatanje da u okvire *membrum ruptum* treba svrstati povrede usled kojih nastupa trajni invaliditet.) *membrum ruptum* posmatraju kao mnogo ozbiljniju vrstu povreda od onih u kategoriji *os fractum*. Međutim, Polaj ovde propušta priliku da izvede dosledan zaključak. Naime, ono što povezuje ove dve grupe odgovora je upravo trajni nvaliditet. Pri tome nije bitno da li je do njega došlo prostom amputacijom ili ne.

U drugoj grupi su, po Polaju, oni autori koji svaki zlonameran napad podvode pod *membrum ruptum*.

U ovom radu je Polajeva podela revidirana zahvaljujući težnji za pronalaženjem jedinstvenog kriterjuma po kome će biti izvršena klasifikacija teorija.

[27] P. Huvelin, „La Notion de l'"iniuria" dans le tres ancient droit romain", *Mélanges Ch. Appleton* 1903, 377.

[28] E. Pólay, 17.

[29] S. di Paola, , "La genesi storica dell delitto di `iniuria`", *Annali del Seminario giuridico dell' Universita di Catania*, 1/1947, 276-281.

[30] M. Kaser, *Das altrömische ius,* Göttingen 1949, 29.

[31] Upor. fn 26.

Na drugom kraju promišljanja (Ovde se nalaze stavovi autora koji u okvire *membrum ruptum* ne svrstavaju samo radnje koje za posledicu imaju trajni gubitak funkcije nekog dela tela, već i one koje nemaju tako teške posledice.) se nalazi Puljeze (Pugliese).[32] Aplton (Appleton), takođe, *membrum rumptum* vidi kao opštu kategoriju iz koje je tek Zakon XII tablica izvukao i u poseban delikt pod nazivom *os frangere* svrstao neka ponašanja.[33] Može se reći da im se, po ovom pitanju pridružuje i Zimon. Zimon je došao do zaključka da je *rumpere* isto što i *corrumpere*. Ove reči se mogu prevesti kao „pogoršati, pokvariti, uništiti." Tako, po njemu, svaki zlonameran atak na nečije telo spada u ovu kategoriju.[34] Stavu Apltona je veran i Birks (Birks).[35] Ovi pisci se, pre svega, oslanjaju na Digesta, iz kojih dobijamo informaciju da su *veteres* razumeli *ruperit* kao *corruperit* (pokvaren).[36] Birks okvire *membrum rumpere* proširuje i na ponašanja, koja, iako zaprećena talionom, predstavljaju lakše delikte i od fraktura kostiju. U ovome se oslanja na Zimona. Birks smatra da se može doći do apsurdnog rezultata ukoliko se prihvati uska definicija za *membrum ruptum*. Naime, on smatra da bi ogroman broj i vrsta povreda bile obuhvaćene odredbom o injuriji za koju je predviđena sankcija od samo 25 asa. Birks se ovde priključuje Apltonu koji, razmatrajući slučaj Lucija Veracija kaže da bi ovaj mladić tada mogao nanositi i snažnije udarce, a ne samo obične šamare, za istu cenu.[37]

Zuluetino shvatanje ne može ostati van ove klasifikacije iako on pokušava da potpuno pomeri optiku posmatranja problema i predlaže da razlika između *membrum rumpere* i *os frangere* bude povučena preko kriterijuma prirode akta, a ne preko njegove posledice. On ističe da se u slučaju slomljene kosti tek na osnovu konačne posledice[38] ova povreda

---

[32] G. Pugliese, *Studi sull' "iniuria"*, Milan 1941, 29.

[33] Ch. Appleton, „Notre enseignement du droit romain", *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil,* vol. 1 1926, 51 i dalje.

[34] D. V. Simon, 132.

[35] P. Birks,"The Earley History of Iniuria", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (*TR*) 37/1969, 179-185. Birks je u ovoj svojoj raspravi diskutovao sa svim značajnijim teoretičarima koji su se bavili istom problematikom. Naročito je originalan onaj deo njegove rasprave koji razmatra značenje odredbe o *os frangere*. Međusobni odnos *os frangere* i *membrum rumpere* privlači ogromnu pažnju teoretičara. U tom smislu je o frakturama u teoriji dosta toga već rečeno. Ali, teoretičari nisu značajnije analizirali odnos između odredbe u *Tab*. VIII 4. s jedne, i *os frangere*, s druge strane. Izuzetak je Birks koji je, na vrlo originalan način, iskoristio *iniuria* za definisanje *os frangere* i obratno.

[36] D. 9.2.27.13

[37] P. Birks, 181 i dalje.

[38] Zulutea želi da istakne razliku između konačne posledice neke radnje i one koja je neposredno nastupila. Iz njegovog stanovišta je moguće izvesti zaključak da Rimljani nisu bili sposobni da shvate svu kompleksnost radnje i njenih posledica. Ovo nikako ne

može klasifikovati ili kao *membrum ruptum* ili kao *os fractum*. Tako bi, po Zulueti, *membrum ruptum* ustvari predstavljao ranjavanje hladnim i oštrim oružjem, kao što je mač, bodež ili nož. Ovo bi bio svojevrstan akt privatnog rata za koji je prikladna sankcija u vidu taliona. S druge strane, udarac štapom ili pesnicom je *iniuri*a sankcionisana sa 25 asa. Ali, ukoliko je istim ovim sredstvima, koja mogu prouzrokovati *iniuria*, slomljena nečija kost onda se iznos novčane kazne množi sa 12 ili 6, tvrdi Zulueta.[39]

Ukoliko se primeni gore usvojeni kriterijum (Da li teorija u pitanju pod *membrum ruptum* podrazumeva isključivo radnje koje za posledicu imaju nastupanje ili nenastupanje invaliditeta, ili, pak, u okvire *membrum ruptum* podrazumeva i radnje koje nemaju isključivo takve posledice.), onda Zuluetino stanovište podpada u okvire druge grupe autora u kojoj su Puljeze, Aplton, Simon i Birks.

S druge strane, ako se pažljivije analizira Zuluetino stanovište, nameće se zaključak da ono, ipak, ne nudi zadovoljavajuće rešenje. Štapom ili pesnicom može biti izbijeno i nečije oko, što opet dovodi do invaliditeta. Pri tom, ta posledica može nastupiti trenutno, pa je malo verovatno da bi ondašnji zakonodavac tako tešku posledicu zanemario i isključivo obratio pažnju na oblik radnje. Iz ovoga je vidljivo da svako deliktno ponašanje mora biti posmatrano u svojoj ukupnosti, tj. i radnja i posledica. To je nešto što ni arhaični zakonodavac nije mogao izbeći.

Reklo bi se da i Votsonovo shvatanje[40] potpada u istu grupu odgovora koja u okvire *membrum ruptum* svrtava i radnje koje nemaju samo posledice u vidu invaliditeta.

Votson je, u pogledu pitanja tumačenja sadržine i međusobnog odnosa odredbi o *membri ruptio* i *ossis fractio*, primenio vrlo zanimljiv metodološki postupak.[41] Naime, oslonio se na treću glavu Akvilijevog zakona, onako kako nas o njoj izveštava Ulpijan:

Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: "Ceterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto."[42]

---

može pobiti kriterijum koji je primenjen u ovom radu, kriterijum ukupnog posmatranja radnje i posledice. Ne može ga pobiti, jer nije bitno da li ispravno razumemo posledicu, već je bitno da određenoj radnji uvek pripisujemo neku posledicu (Upor. fn. 24).

[39] F. de Zulueta, 217.

[40] A. Watson, „Personal Injuries in The XII Tables", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (*TR*) 43/1975.

[41] *Ibid*, 215.

[42] D.9.2.27.5

Votson je prihvatio gledište Daubea da ova odredba predviđa slučajeve šteta koje su manjeg inteziteta nego što bi to bilo usmrćenje robova i životinja, i nikako štetu načinjenu na neživim stvarima.[43] Po Votsonu, najmoćniji argument koji govori u prilog ovom stavu je upravo veza između *membrum rup(s)it* i *os fregit* Zakona XII tablica s jedne i *fregerit ruperit* Akvilijevog zakona sa druge strane. Osnovna svrha trećeg poglavlja Akvilijevog zakona je bila da reformiše Zakon XII tablica u pogledu povreda nanetih robovima. Naročito je to učinjeno utvrđivanjem drugačijeg načina obračunavanja štete. Na osnovu toga, Votson primećuje, Akvlijev zakon može pomoći u razumevanju odnosnih odredbi Zakona XII tablica.[44]

Votson smatra da *ruperit* u Akvilijevom zakonu odgovara pojmu *membrum rup(s)it* u Zakonu XII tablica. On i pojam *fregerit* u Akvilijevom zakonu identifikuje sa pojmom *os fractum* u Zakonu XII tablica. Međutim, već ovde Votson čini izvesnu rezervu i kaže da su ove reči, verovatno, imale isto značenje, ako ništa drugo, a ono bar s obzirom na to kako su te reči iz Zakona XII tablica interpretirane u vreme kada je donet Akvilijev zakon. Votson priznaje da se ova tvrdnja ne može dokazati, odnosno da je u sferi mogućnosti koja se nekim naučnicima može činiti većom nego drugima.[45]

U trećem poglavlju Akvilijevog zakona izraz *quod usserit ruperit fregerit iniuria* (protivpravnim paljenjem, lomljenjem ili lomom) označava načine putem kojih telesno povređivanje roba može prouzrokovati finansijski gubitak za njegovog gospodara.[46] Votson napominje, *damnum* je reč koja nosi značenje finasijskog gubitka. Naime, ova fraza pokriva sve slučajeve u kojima fizička povreda naneta robu predstavlja finansijski gubitak za gospodara.[47]

S druge strane, ništa u Akvilijevom zakonu ne odgovara odredbi sadržanoj u *Tab*.VIII.4. Votson zaključuje da ovo znači da ako je ovaj delikt pričinjen na robu, to neće prouzrokovati finansijski gubitak za gospodara. Nema gubitka njegove tržišne vrednosti, budući da rob nije onesposobljen za rad i da nema potrebe za medicinskim troškovima. Dakle, jedino se radi o minornim napadima na fizički integritet, što sasvim odgovara i relativno maloj kazni od 25 asa.[48]

Upravo zahvaljujući Akvilijevom zakonu ovaj autor izvodi zaključak da je opseg pojma *membri rup(s)it* dovoljno širok da može da obuhvati sve teže telesne povrede.

---

[43] A. Watson, 215.
[44] *Ibid.*
[45] *Ibid.*
[46] *Ibid,* 216.
[47] *Ibid.*
[48] *Ibid.*

Votson navodi da *quod usserit fregerit ruperit* obuhvata sve vrste fizičkih povreda nanetih robovima, a koje za posledicu imaju finansijski gubitak za njihove gospodare. Otuda *ruperit* ukazuje na sve ove povrede, sem onih koje su prouzrokovane paljenjem ili lomljenjem kosti. Votson kaže da čak i komentari na Akvilijev zakon pokazuju mali značaj koji je sa sobom nosio upravo pojam *fregerit*.[49]

Votson napominje da rimski pravnici zaista veoma široko interpretiraju pojam *ruperit* iz trećeg poglavlja Akvilijevog zakona. U klasičnom pravu, već od perioda kasne Republike, *ruperit* je posmatran čak mnogo šire nego što je *membrum rup(s)it* ikada mogao biti u Zakonu XII tablica. Ovu pojavu Votson ocenjuje kao danak posebim faktorima, a koji nikako ne može zatamniti poentu.[50]

Votson zaključuje, izraz *membrum rupsit* se odnosio na sve fizičke povrede sem manje teških ili lomova kostiju. Tako bi *membrum rupsit* obuhvatio primere ubodne rane koju bi pretrpeo nečiji trup, površinsku ranu ruke, ili izbijanje nečijeg oka.[51] Votson smatra da je *membrum rupsit* od samih početaka imalo široko značenje. Svoj stav zasniva na jezičkim istraživanjima koja kažu da je pojam *membrum* u klasičnom latinskom označavao „deo tela“, ali nikako nije bio ograničen u svom opsegu na udove, kao što su noga, ruka. Naprotiv, mogao je ukazivati i na oko.[52] Značenje izraza *membrum rumpere*, moglo je pretrpeti promene i zato je neophodan osvrt na njegov svojevrsan istorijat. U ovome su Votsonu pomogli lingvisti Ernu i Meje, koji su u svom „Etimološkom rečniku latinskog jezika“ napravili komparaciju sa odgovarajućim rečima i njihovim značenjem u drugim indo-evropskim jezicima. Njihov zaključak je da je prvobitno značenje reči *membrum* svakako moralo biti „deo tela (živih bića).“ Međutim, Votson na osnovu njihovih istraživanja sprovodi svojevrsno manje istraživanje i izvlači nešto drugačiji zaključak. Po njemu, prvobitno značenje reči *membrum* je bilo „jestivo meso“, zatim „jestivi deo tela“ i potom „deo tela (živih bića).“ Mnogo kasnije se razvilo značenje koje joj je pridavao klasični latinski jezik, „deo tela (kao što su ruka, noga ili oko)“. Pretposlednji oblik, koji Ernu i Meje smatraju prvim, je ono što se, po Votsonu, odnosi na period kada je *membrum* ušlo u svet prava. Ali, pri tom, ne sme se ograničiti na delove kao što su noga, ruka ili oko. Naime, kaže Votson, pod ovaj pojam su podpadali i trup, meso i tome slično.[53]

---

[49] *Ibid,* 216-217.

[50] *Ibid,* 217.

[51] *Ibid,* 218.

[52] *Ibid.,* 218 fn. 23. Naime, Alan Votson se poziva na Ernuov i Mejeov Etimološki rečnik latinskog jezika (A. Ernout, A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la lange latine*, Paris 1959[4], 395.).

[53] *Ibid,* 218.

S druge strane, nije teško pronaći odgovarajuće značenje reči *rumpere* budući da je njen osnovni smisao „iskidati, izlomiti." Votson izvlači još jedan veoma bitan zaključak. Tako iz Festovog teksta, iz njegovog fragmenta koji kaže „*Rupitias…XII significant damnum dederit*", Votson zaključuje da *rupitias* u Zakonu XII tablica dolazi u sledećem kontekstu: *he caused financial loss* (on je prouzrokovao finansijski gubitak). Dakle, ovo „lomljenje" mora biti takve prirode da se njime prouzrokuje finansijski gubitak, ili šteta.[54]

Dakle, još od najranijih vremena, zaključuje Votson, *membrum rumpere* znači „iskidati ili slomiti deo tela." *Membrum rupsit* u Zakonu XII tablica se mogao odnositi na bilo koju povredu tela, osim minornih udaraca koji za posledicu nemaju štetu u vidu „finansijskog gubitka", a za koje je predviđena kazna od 25 asa. Po Votsonu, ova fraza koja se nalazi u odredbi Zakona XII tablica sigurno je primenjiva na žrtvu kojoj je slomljena kost. Ali, nije sigurno da je norma koja je sadrži primenjiva na taj slučaj. Sasvim je moguće da je tu i dolazilo do preklapanja sa odredbom *Tab*. VIII.3. Nedostatak interesovanja za *frangere*, koji je tako očigledan u trećem poglavlju Akvilijevog zakona, govori upravo u prilog napred iznetom mišljenju, smatra Votson. Samo u tom slučaju, kaže Votson, *Tab*. VIII.3. ima nekog smisla. Ona predviđa minimalnu kaznu za slučaj loma manje kosti usled udarca pesnicom, štapom ili batinom. Kada je neka bitnija kost slomljena, ili je, pak, povreda nastupila kao rezultat mnogo ozbiljnijeg napada uz pomoć ratničkog oruđa, onda je moglo doći do primene odredbe u *Tab*. VIII.2. Upravo *Tab*. VIII.3 precizira način pričinjenja telesne povrede, „pesnicom ili štapom." To ne čini *Tab*. VIII.2. Dakle, *Tab*. VIII.2. nije imala za srhu da pokrije sve slučajeve loma kosti, već samo one „teže prirode." Tarifa u okviru *Tab*.VIII.3 nije morala biti fleksibilna budući da se za teže slučajeve primenjivala kazna iz *Tab*.VIII.2.[55]

Ovde Votson, na prvi pogled, daje veoma privlačan način razrešenja dileme oko kriterijuma po kojem bi se određena ponašanja mogla svrstati ili u kategorije *membrum ruptum* i *os fractum*, ili u kategoriju *iniuria*. Čini se da Votson vrlo originalno razrešava dilemu koju su postavili Simon i Zulueta.

Votsonov način klasifikacije težine prekršaja je, na izvestan način, komplementaran sa Kazerovim, iako su svrstani u grupe koje pružaju različite odgovore na pitanje šta spada u *membrum ruptum.* Kriterijum izlečivosti i neizlečivosti nanete povrede se, na prvi pogled, može učiniti dovoljno isključivim i na taj način neprikladnim Votsonovim stavovima. Međutim,

[54] *Ibid.*

[55] *Ibid,* 218-219.

nasuprot takvom utisku, taj kriterijum može biti upravo koristan korektiv i svojevrsna dopuna Votsonovim stavovima. Naravno, to je jedan proces koji zaslužuje posebnu naučno-istraživačku pažnju.

Nekako se čini da se može izvući zaključak da je po Votsonu *membrum ruptum* daleko obuhvatnija kategorija prekršaja i sa daleko efikasnijim i naprednijim sankcionisanjem. Ali, upravo je specifikacija prekršaja, a ne njihova neizdiferenciranost i nejasnoća, pokazatelj njihove razvijenije faze u razvoju. U svakom slučaju, ne bi predstavljalo ništa novo u istoriji zakonodavstva da promene nužno i ne donose napredak. Moglo bi se desiti da je zakonodavac iz namere da pod svoju kontrolu stavi bar lakše slučajeve telesnih povreda i da humanizuje sankcije (*os fractum*), načinio grešku, koju u trenutku izdavanja kodifikacije nikako nije mogao predvideti. Ove izmene penalnog sistema mogle su svoje dobre i loše strane pokazati tek nakon dugotrajnije upotrebe. Možda je zakonodavac želeo da izbegne prevelika i predugačka sporenja, kojih je u praksi verovatno bilo oko iznosa kompozicije. Možda je smatrao da bar u ovim lakšim slučajevima treba uvažiti isključivo razloge procesne efikasnosti. U tom smislu se može istaći da naprednija pravna praksa ne zavisi isključivo od namera. Fleksibilnost jeste odlika naprednijih pravnih sistema. Međutim, kod *membrum ruptum* ona je svakako mogla nastupiti tek u kasnijoj praksi. Jer, nasuprot onome što Votson tvrdi, verovatnije je da je u ovom slučaju u praksi više primenjivan talion nego kompozicija. Na takav zaključak nesumnjivo upućuje Zakon XII tablica koji je ovde predvideo samo talion. Verovatno da društvena svest još uvek nije rado gledala na drugačiji način sankcionisanja. Svakako da se rimski pravni sistem menjao i da su verovatno postepeno nastajala tumačenja koja bi za rezultat imala fleksibilniji pristup sankcionisanju. Ali je taj pristup bio moguć samo zahvaljujući tumačenjima. Fleksibilnija tumačenja mogu nastupiti jedino sa promenom celokupnog sistema ideja. Ne bi bilo ni prvi, a ni poslednji put da se jednom arhaičnom zakonskom tekstu udahne sasvim nov život.

S druge strane, to što Votson smatra da je u praksi više primenjivana kompozicija i da u praksi nikada nije dolazilo do primene taliona, ne može opovrgnuti veliku surovost taliona. Takođe ni shodnu veliku ozbiljnost prekršaja zaprećenog talionom.

Opšte je poznato da Zakon XII tablica predstavlja izraz svojevrsne tranzicije u kojoj se našao rimski pravni sistem. Kao svaka tranzicija i ova je uslovila ispoljavanje mnogih protivrečnosti u zakonskim rešenjima za čije razrešenje još uvek nisu sazreli uslovi.

Postoji tačka u kojoj stavovi Apltona i Birksa, sa jedne strane, i Votsona, sa druge, donekle prilaze jedni drugima, ali se ne može reći da

se podudaraju. Naime, Votson izražava sumnju da je predviđenost taliona za *membrum rumpere* nužno podrazumevala i teži položaj prestupnika. On smatra da je u praksi jedino primenjivana kompozicija.[56] Votson se poziva i na istraživanja arhaičnih sistema koja kažu da talion nije nužno prethodio novčanoj sankciji.[57] Aplton i Birks smatraju da ne mora da znači da je talion u svakom slučaju mnogo strašnija sankcija od novčane kazne. Može biti da je rimski seljak na oltar odgovornosti radije prinosio svoju telesnu patnju nego dragocene volove. Birks smatra da je tim zaključkom prekinuta svaka veza između taliona i, kako kaže, povreda ekstremne težine.[58]

Međutim, dosledna primena Votsonovih zaključaka može da Apltonu i Birksu ispostavi primedbu da i primena taliona povlači ozbiljan finansijski gubitak za kažnjenog počinioca. Dakle, može se zaključiti da talion ipak predstavlja tešku sankciju sa teškim posledicama, koja odgovara težim povredama telesnog integriteta pojedinaca. Već je ukazano da i Kazer i Di Paola, u suštini, odbacuju Apltonovo gledište, uz tvrdnju da *membrum rumere* svakako mora da bude ozbiljnije prirode od *os frangere*.

Votson želi da istakne nefleksibilnost sankcionisanja za *os frangere* nasuprot mogućnostima fleksibilnijeg određivanja kompozicije kod *membrum rumpere*. Ali, kada se već napušta teren zakonskih normi onda mora da se ima u vidu i mogućnost dugotrajnih sporova kod *membrum rumpere*, koji mogu da izrastu u prave male ratove. Ne može biti sporno da je država svoje intervencije u penalni sistem morala da otpočne postepenim eliminisanjem odmazde. Svakako da je država u tim nastojanjima polazila od lakših slučajeva, što je prirodno jer se prvobitne države nisu mogle značajnije suprotstaviti penalnom sistemu koji je pre njih ustanovljen. To, pak, govori o *membri ruptio* kao ne samo mnogo starijoj, već i mnogo tvrdokornijoj kategoriji prekršaja, sa mnogo težim posledicama po psihofizički integritet ljudi, kao i o kategoriji mnogo teže podložnoj promenama.

Na osnovu svega rečenog ukazuje se stalna potreba za dopunom „kriterijuma invaliditeta“, putem koga se uspostavlja razlikovanje *membrum rumpere* od *os frangere*.

Naime, Birks je u pravu kada kaže da su u davna vremena posledice fraktura bile nepredvidive i da su nekad mogle dovesti do trajnog invaliditeta.[59] Mora se primetiti da je primitivniji mentalitet sklon da u svemu,

[56] *Ibid,* 219
[57] *Ibid,* fn 29.
[58] P. Birks, 179.
[59] *Ibid,* 180.

pa i u ovom pitanju, procenjuje samo neposredno vidljivu posledicu nekog akta. Zato, kada je reč o kriterijumu mogućnosti ili, pak, nemogućnosti izlečenja, ili trajnom invaliditetu, potrebno je dodati da je to očekivana (s obzirom na uobičajeni tok stvari) mogućnost ili nemogućnost izlečenja. Svakako, nije se moglo očekivati od ondašnjih ljudi da poseduju sposobnost da procenjuju svu kompleksnost protivpravne radnje i njenih posledica. U tom smislu se treba saglasiti sa Votsonom koji kaže da je pojam *membrum rupsit* mogao obuhvatiti i teže prelome kostiju, a da je *os fractum* ipak rezervisan za lakše vidove povreda. Život i zdravlje su oduvek bile najcenjenije vrednosti, pa se zato ne može reći da je isplata nekog novčanog iznosa, pa bio on i enorman, mnogo teža od taliona. *Membri ruptio* nikako ne treba ograničiti na pojam amputacije. Na drugom kraju, ukoliko je *membrum ruptum* bila toliko široka zakonska kategorija, kao što to Birks tvrdi, onda nema razloga za postojanje odredbi o *os fractum*. Međutim, taj Birksov zaključak je direktno suprotstavljen izvornom materijalu.

Odmazda je mogla imati mnogo tragičnije fizičke posledice od načinjene povrede. Neko će zaključiti da možda osnov za razlikovanje *membrum ruptum* od *os fractum* treba tražiti u nemogućnosti izvršenja pravednog taliona. Ona je možda prisutnija kod lakših povreda, pa su možda zato one i izdvojene u posebnu grupu sa uspostavljenom zakonskom kompozicijom. Međutim, pre će biti da sankcije nisu mogle biti pokretač procesa diferencijacije delikata iz prvobitne injurije. Prvobitna injurija je, s obzirom na svoju heterogenost, verovatno i tretirana različitim sankcijama. Zato se i ne može reći da su sankcije razlog izdvajanja posebinih delikata iz te heterogene prakategorije. Razlog je jezičkog i pravnotehničkog karaktera, o čemu je već bilo reči. Tek sa njim dolazi do svesti i i potreba da se delikti rangiraju po stepenu njihove društvene opasnosti.

4. SANKCIJE I PRIRODA TELESNIH POVREDA

S obzirom da se počelo sa sankcijama red je da se pitanju sankcija i vrati.

I pored svih pokušaja, ne može se poreći da kazna u vidu taliona upućuje na daleko ozbiljniji delikt od onog za čije je izvršenje predviđena kompozicija.

Birks smatra da su, pre moderne medicine i njenih sredstava, frakture bile mnogo kobnije po život i zdravlje. Tako je bilo moguće da manje frakture, koje moderni lekari idenifikuju uz pomoć rentgena, tada nisu ni mogle biti uočene. Težina ovog delikta (*os fractum*), po Birksu, vidljiva

je po ogromnoj novčanoj kazni koja je predviđena. To se posebno uočava ako se ima u vidu uobičajena procena vrednosti jednog govečeta na 100 asa i jedne ovce na 10 asa, jer onda 300 asa ne može biti pokazatelj neke lake povrede. Naročito ne u tada sveprisutnom siromaštvu.[60] Konačan rezultat frakture bio je nepredvidiv, a trajni invaliditet vrlo izgledan. Za seljačke zajednice karakteristična je velika zavisnost od prirodnih ciklusa rađanja i sazrevanja biljaka. Tako žrtva i njena porodica, zbog izostanka sa redovnih seoskih dužnosti trpe veliku materijalnu štetu. Birks upravo uvažava ove razloge. On dodaje da je frakture lako iskazati kao posebnu klasu povreda, te da je to još jedan razlog za njihovo posebno grupisanje. Po njemu, slabost države ne treba tražiti u klasi povreda u okviru koje je ostvarena reforma, već u stepenu ukupnih reformi koji je, u ovom slučaju, bio mali.[61]

Votson je, već je navedeno, mišljenja i da uvid u druge arhaične pravne sisteme pokazuje da talion nije nužno prethodio novčanoj kazni. U nekima je novčana kazna prethodila uvođenju taliona.[62] Votson kaže i da nema nikakvih dokaza[63] da je talion u praksi Rima ikada primenjen. Do kompozicije je uvek dolazilo. Votson se priključuje stanovištu Simona da je vrlo moguće da su magistrati u praksi išli na ruku humanizaciji sankcija, time što su odbijali da daju *adictio* tužiocu ukoliko bi prestupnik odbio razuman kompromis u vidu kompozicije.[64] Votson ide dalje u izvođenju zaključaka i kaže da, pošto je raskinuo sa idejom da je talion primitivniji od fiksirane kompozicije, onda ni *membrum ruptum* ne mora biti povreda ozbiljnije prirode od *os fractum*. Ključnu potporu svome stavu on nalazi u nedostatku fleksibilnosti u odmeravanju kazne kod *os fractum*, tačnije u fiksiranim kaznama. Međutim, kod *membrum ruptum*, postoji velika mogućnost u prilagođavanju kazne težini prekršaja, jer iznos kompozicije nije bio zakonski utvrđen.[65]

---

[60] *Ibid*., 180.

[61] *Ibid*., 181.

[62] Ovo ne može biti dokaz da je talion napredniji sistem sankcionisanja. Može se desiti da je u tim zajednicama izabran povratak na starije, ali znatno teže kažnjavanje iz širokog spektra razloga koji nemaju nikakve veze sa potrebom za fleksibilnjim sistemom sankcionisanja. Možda je na delu sprovođenje rigoroznije kaznene politike. Možda je u pitanju privredna kriza koja je obezvredila novac i sveukupno osiromašila stanovništvo.

Još jednom se potvdila ispravnost metodološkog stava koji je prihvaćen u ovom radu. Naime, sistem sankcija može biti simptom određenog stanja stvari. Kao i svaki simptom tako i penalni sistem služi samo kao polazna tačka u proučavanju problema.

[63] Mora se primetiti da se od arhaičnog Rima i ne može očekivati da pruži ažurnu i podrobnu evidenciju o bilo kom pitanju pravne prakse.

[64] A. Watson, 219-220.

[65] *Ibid,* 220.

No, takvo mišljenje Votsona mora naići na osporavanje, jer je novac, ma kakvog oblika bio, prema stanovištu današnje pravnoistorijske nauke uvek nastajao na prilično razvijenijim stupnjevima društveno-ekonomskog razvitka.

Kada je reč o fleksibilnosti sankcija jednostavnije i samim tim verovatnije rešenje nudi Mek Kormak (MacCormack). On primećuje da su odredbe Zakona XII tablica koje govore o krađi i telesnim povredama, mnogo detaljnije od drugih. Tako ova kodifikacija za vrlo ozbiljne fizičke povrede predviđa talion. Međutim, to ne znači da se on nije mogao izbeći. Niko ne sprečava prekršioca da u tom smislu postigne odgovarajući sporazum sa oštećenim.[66] S druge strane, za manje ozbiljne povrede predviđena je fiksirana novčana kazna koja zavisi od prirode povrede.[67]

5. ZAKLJUČAK

Razlog zbog koga injurija gubi svoj prvobitni opseg je jezičkog i pravnotehničkog karaktera. *Membrum ruptum* i *os fractum* su svojevrsni znaci, a ne pojmovi. Znaci koji se izdvajaju iz prvobitnog „znaka protivpravnosti“, iz prvobitne injurije. Na proces izdvajanja ovih delikata u posebne odredbe uticala je i potreba da se rangiraju po stepenu njihove društvene opasnosti. Dakle, sankcije nisu mogle biti pokretač procesa diferencijacije delikata iz prvobitne injurije.

Odredba o *iniuria* u *Tab.VIII 4* obuhvatala je tek razne oblike povrede tuđeg telesnog integriteta, koji za jedinu zajedničku karakteristiku imaju niski intezitet telesne povrede. Zakonodavac smatra da je urgentnije da prvo deluje po pitanju teških fizičkih povreda, pa zatim lakših. Znači, ovde nije presudniji stepen povrede nečije časti, već stepen društvene opasnosti.

Zakon za vrlo ozbiljne fizičke povrede predviđa talion. Međutim, to ne znači da se on nije mogao izbeći. Niko ne sprečava prekršioca da u tom smislu postigne odgovarajući sporazum sa oštećenim. Može se pretpostaviti da je u praksi, kako je vreme odmicalo i kako se društvo razvijalo, bivalo sve više i više slučajeva kompozicije za *membrum rumpere*. Dužnik koji nije mogao isplatiti iznos predviđen kompozicijom, postajao je predmet postupka zvanog *manus iniectio*.[68]

---

[66] Ovde je potrebno istaći našu primedbu da je komozivija za ove slučajeve ulazila u praksu postpeno i vrlo sporo.

[67] G. MacCormack, „Revenge and Compensation in Early Law“, *The American Journal of Comparative Law*, 21/1973, 72.

[68] Gellius 20.1.45 i dalje; Kazer ne veruje u preveliku surovost Rimljana. Poznato je njegovo stanovište da prodaja dužnika „preko Tibra“, ili njegovo ubijanje nikada nisu i

Kao što je pojedinca, u vremenu donošenja Zakon XII tablica, bilo nemoguće odvojiti od zajednice, isto tako je nemoguće odvojiti njegov moralni od fizičkog integriteta. U tom svojevrsnom miksu pretežniji je značaj fizičkog integriteta, te ga i deliktno pravo primarno štiti. Pošto je pojedinca nemoguće odvojiti od zajednice, to je zajednica osnovni, ili primarni zaštiti objekat rimskog deliktnog prava, za razliku od današnjih pravnih sistema. To stanje je savršeno reflektovano u analiziranim odredbama Zakona XII tablica. Zato one ukoliko i štite pojedinca, štite pre svega njegov fizički integritet. U surovosti nema mesta za nijanse.

---

stvarno primenjeni. On kaže da za takvo nešto jednostavno nema podataka. Reklo bi se da on smatra i da se iza odredbe *partis secanto* ne krije naročito surovo ponašanje. Kazer kaže da se tu radi o već mrtvom dužniku koji nije izmirio dugove. Njegovo telo pripada njegovim poveriocima koji su ga mogli seći na delove (M. Kaser *Das rőmische Zivilprozessrecht*, München 1966, 101 i dalje.).

Međutim, mora se primetiti da se od arhaičnog Rima i ne može očekivati da pruži ažurnu i podrobnu evidenciju o bilo kom pitanju pravne prakse. Čim je postojala ovakva zakonska odredba, verovatno se primenjivala.

Kazerova tvrdnja da se *partis secanto* odnosi na slučaj već mrtvog dužnika čije su telo kreditori mogli da komadaju, nikako nije u sukobu sa stavom onih autora koji smatraju da su poverioci bili ovlašćeni da seku živog dužnika. Ukoliko su poverioci mogli da seku mrtvo telo rimskog građanina (a, zna se da su Rimljani gajili veliki pijetet prema pokojnicima), onda su mogli da seku i živog nesolventnog dužnika.

Ognjen Vujović, LL.M., Assistant
Faculty of Law Priština - temporary residence in Kosovska Mitrovica

Iniuria and Physical Injuries in the Law of XII Tables

Abstract

It is being proved in this paper the reason why iniuria is losing its original range of linguistic and legal-technical character. *Membrum ruptum* and *os fractum* are a sort of signs, but not notions. These are the signs which are being separated from the original "sign of illegality" or those of original iniuria. The process of separation of these torts into separate provisions was influenced by the need of ranking pursuant to the degree of their social danger. Sanctions could not be a driving force of the process of torts differentiation from the original iniuria. Provision in the Table VIII, 4 is related to the different ways of someone's physical integrity violation, which have as the only common characteristic a minor intensity of physical injury. The legislator assumes it is more urgent to act pursuant to the issue of the serious physical injuries at first place, and later on to the minor ones. So, it is not more crucial the degree of someone's honour insult, but the one of social danger.

Key words: iniuria, mambrum ruptum, os fractum, physical integrity violation, degree of social danger.

Originalni naučni rad 347.441.13

Mr Atila Dudaš, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SHVATANJA O KAUZI UGOVORA U DOMAĆOJ CIVILISTICI U PERIODU DO USVAJANJA ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA*

Sažetak: *U radu se daje prikaz shvatanja o kauzi ugovora u domaćoj nauci građanskog prava u periodu sve do usvajanja Zakona o obligacionim odnosima 1978. godine. Imajući u vidu da Zakon, po uzoru na odredbe Francuskog građanskog zakonika, izričito uređuje institut osnova ugovorne obaveze, u smislu jedne od pretpostavki nastanka i dejstva ugovora, njegovo usvajanje se svakako može smatrati događajem od prelomnog značaja u pogledu analize različitih teorijskih shvatanja o kauzi ugovora u domaćoj doktrini.*

Činjenica da institut kauze ugovora u periodu do usvajanja Zakona o obligacionim odnosima nije eksplicitno bio uređen pozitivnopravnim propisima uticala je na razvoj domaće pravne misli o njemu, i to u dva smisla. S jedne strane, opseg shvatanja o pojmu i značaju kauze ugovora je bio znatno širi, obuhvatao je gotovo sve značajne pravce u teoriji kauze, od kauzalističkih do antikauzalističkih. S druge strane, naši civilisti su u svojim sistematskim delima pojmu kauze ugovora posvećivali različiti stepen pažnje.

Usvajanjem Zakona o obligacionim odnosima kauza ugovora je postala zakonom uređen institut u našem pravu što je imalo veliki uticaj na razvoj domaće doktrine. S jedne strane, kauza ugovora je postala nezao-

* Članak je nastao kao rezultat rada na naučno-istraživačkom projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu pod nazivom „*Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava*“ u okviru rada na individualnoj temi autora „*Pravna relevantnost cilja ugovora*“.

bilazno pitanje u svakoj doktrinarnoj raspravi, te je sasvim logično da gotovo nema nijednog značajnijeg autora posle usvajanja Zakona koji kauzi ugovora nije posvetio poseban rad ili poglavlje u sistematskom delu. S druge strane, opredeljenjem zakonodavca da naš pravni poredak uvrsti u red onih u kojima je kauza ugovora izričito postavljena kao uslov zaključenja i punovažnosti ugovora, sužava se dijapazon različitih mogućih poimanja kauze ugovora u doktrini. Za razliku od perioda do usvajanja Zakona, po njegovom usvajanju zapaža se tendencija nestajanja shvatanja koja u potpunosti poriču neophodnost postojanja pojma kauze ugovora i većina autora zauzima stav prema kojem je kauza ugovora potreban institut, pri čemu se mogu uočiti određene razlike u njegovom pojmovnom određivanju. U periodu posle usvajanja Zakona u domaćoj nauci obligacionog prava pitanjem kauze ugovora naročito su se bavili profesori Stojan Cigoj, Ljubiša Milošević, Živomir Đorđević, Boris Vizner, Martin Vedriš, Želimir Šmalcelj, Jakov Radišić, Slobodan Perović, Jožef Salma, Oliver Antić i drugi.

U ovom radu autor daje prikaz shvatanja o kauzi ugovora autora koji su obeležili period do usvajanja Zakona o obligacionim odnosima, i to profesora Dragoljuba Aranđelovića, Živojina Perića, Lazara Markovića, Andrije Gamsa, Stevana Jakšića, Vladimira Kapora i Mihailo Konstantinovića.

Ključne reči: *kauza ugovora, kauza ugovorne obaveze, kauza, osnov, osnov ugovora, osnov ugovorne obaveze, pravni osnov*

Uvodne napomene o razvoju domaće pravne misli o kauzi ugovora

Doktrina o kauzi ugovora bez sumnje spada u red onih pitanja o kojima postoji obilje radova u svetskoj literaturi, pri čemu su shvatanja o njoj često i dijametralno suprotna.[1] Gotovo da nema nijednog istaknutijeg civiliste koji se u većem ili manjem obimu nije bavio doktrinom kauze.[2]

[1] O hiperprodukciji radova o kauzi ugovora, i to vrlo različitih kako po metodici, tako i po naučnim hipotezama i zaključcima, izjašnjava se i francuski autor Ruast čije su reči dobile gotovo snagu krilatice u civilistici. On smatra da je pojam kauze ugovora „čuven po nejasnostima koje su se u prošlosti nagomilale oštroumnim ali neplodnim komentarima“. André ROUAST, *A propos d'une livre sur la cause des obligations*, Revue trimestrielle de droit civil, 1923. Navedeno i prevod prema Slobodan PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, knjiga prva, sedmo izdanje, Službeni list SFRJ, Beograd, 1990 (1. izdanje 1968), korišćeno šesto izdanje iz 1986. godine, str. 324.

[2] O velikom broju i raznovrsnosti doktrinarnih radova o kauzi ugovora najupečatljivije govori čuvena konstatacija Alfreda Riga da „postoji toliko kauzalista koliko civili-

Ipak, uprkos brojnim radovima o kauzi ugovora nastalih tokom više vekova, izgleda da ona „živi u večitoj mladosti", da je u pitanju doktrinarni pojam čiju sadržinu obogaćuje svaki novi rad posvećen ovoj problematici.[3]

O kauzi ugovora se mnogo pisalo i u domaćoj civilistici. U razmatranju stavova o kauzi ugovora u domaćoj nauci obligacionog prava najznačajniju prekretnicu svakako predstavlja usvajanje Zakona o obligacionim odnosima 1978. godine koji doktrinarni pojam kauze ugovora profiliše u pozitivno-pravni institut osnova ugovorne obaveze.[4]

U domaćoj civilistici do usvajanja Zakona o obligacionim odnosima o pojmu kauze ugovora pisali su brojni naši istaknuti autori, kao što su profesori Dragoljub Aranđelović, Živojin Perić, Lazar Marković, Andrija Gams, Stevan Jakšić, Vladimir Kapor i Mihailo Konstantinović čija će shvatanja biti prikazana u ovom radu, i to prema hronološkom redosledu objavljivanja radova, a ne prema doktrinarnim opredeljenjima navedenih autora. Hronološki redosled, razume se, ni u kom slučaju ne može biti odsečan, već i u najboljem slučaju samo orijentacioni, jer su neki od navedenih autora svoja shvatanja iznosili u većem broju radova objavljivanih u vremenskom periodu od više godina, a u nekim slučajevima i decenija. Činjenica da institut kauze ugovora u ovom periodu nije eksplicitno bio uređen pozitivnopravnim propisima uticala je na razvoj domaće pravne misli o njemu, i to u dva smisla. S jedne strane, kao što će prikaz shvatanja naših autora pokazati, opseg shvatanja o pojmu i značaju kauze ugovora je bio znatno širi, obuhvatao je gotovo sve značajne pravce u teoriji kauze, od kauzalističkih do antikauzalističkih. S druge strane, u nedostatku izričite zakonske odredbe o kauzi ugovora, pažnja koju su naši civilisti u ovom periodu njoj posvećivali pokazuje značajne razlike. Većina je zauzela određeni stav prema pojmu kauze ugovora, ali je bilo i autora u čijim radovima ona dobija tek marginalni značaj. Ovo je razlog zbog kojeg se u prikazu shvatanja autora koji su se bavili doktrinom kauze u ovom periodu ne spominje ime, na primer, profesora Andre Đorđevića, Čedomira Markovića ili Borislava Blagojevića. Njihov doprinos razvoju domaće

sta". V. Alfred RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1961, str. 25. Navedeno i prevod prema Dragor HIBER, *Pojam bitne zavlude pri zaključenju ugovora*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1991, str. 319. fn. 106.

[3] V. Slobodan PEROVIĆ, predgovor knjizi Jožef SALMA, *Simulovani ugovori, prilog teoriji o izigravanju prava*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1987, str. 3.

[4] V. čl. 51-53. Zakona o obligacionim odnosima Republike Srbije.

nauke obligacionog prava je nesporan[5], ali se doktrinom kauze nisu izričito i neposredno bavili.[6]

Usvajanjem Zakona o obligacionim odnosima kauza ugovora je postala zakonom uređen institut u našem pravu što je imalo veliki uticaj na razvoj domaće doktrine. S jedne strane, kauza ugovora je postala nezaobilazno pitanje, te je sasvim logično da gotovo nema nijednog značajnijeg autora posle usvajanja Zakona koji kauzi ugovora nije posvetio poseban

---

[5] V. Andra ĐORĐEVIĆ, *Sistem privatnog (građanskog) prava*, Klasici jugoslovenskog prava, Službeni list SRJ, Beograd, 1996, prvi put objavljen 1896. godine, Štamparija Kraljevine Srbije; Andra ĐORĐEVIĆ, *Sistem privatnog (građanskog) prava Kraljevine Srbije u vezi s međunarodnim privatnim pravom*, prva knjiga: Opšti deo, druga polovina, Štamparija Kraljevine Srbije, Beograd, 1896; Čedomir MARKOVIĆ, *Opšti deo tražbenog prava, Odgovarajući tekstovi Francuskog, Nemačkog i Švajcarskog građanskog zakonika*, Geca Kon, Beograd, 1925; Borislav BLAGOJEVIĆ, *Građansko-pravni obligacioni ugovori*, drugo izdanje, Naučna knjiga, 1952 (1. izdanje 1947); Borislav BLAGOJEVIĆ, *Posebni deo Obligacionog prava: ugovori, jednostavni pravni poslovi, građansko-pravni delikti*, Geca Kon, Beograd, 1939; Borislav BLAGOJEVIĆ, *Ugovori po pristanku: formularni ugovori*, Privrednik, Beograd, 1934.

[6] Profesor Andra Đorđević u predgovoru svog Sistema ističe da se on sastoji iz opšteg i posebnog dela i da će se u posebnom delu izložiti materija svake grane građanskog prava u posebnim tomovima. Autor je pokušao da dođe u posed toma Sistema u kojem je profesor Đorđević izložio materiju tražbenog (obligacionog) prava u cilju da ustanovi da li je profesor Đorđević razmatrao pitanje kauze ugovora u svom sistematskom delu. Ovaj tom Sistema, međutim, nije bio dostupan ni u jednoj javnoj biblioteci u Srbiji. U delima koja su autoru bila dostupna, profesor Andra Đorđević se na problematiku kauze ugovora poziva samo u kontekstu uticaja zablude o motivu na punovažnost ugovora. Ističe da se zabluda o motivu (*falsa causa*) ne smatra bitnom, tj. pogrešna predstava o postojanju ili ostvarenju pobuda ne utiče na punovažnost ugovora, jer bi to u pravni promet uvelo preteranu meru pravne nesigurnosti. Pogrešna predstava o motivu će, izuzetno, biti pravno relevantna ukoliko se radi o dobročinom pravnom poslu, pod uslovom da je ta pobuda bila jedini povod opredeljenja i izjave volje, ili ukoliko je zabluda o motivu izazvana prevarom. V. Andra ĐORĐEVIĆ, *Sistem privatnog (građanskog) prava Kraljevine Srbije u vezi s međunarodnim privatnim pravom*, prva knjiga: Opšti deo, druga polovina, op. cit., str. 89.

Profesor Čedomir Marković je dvadesetih godina XX veka preveo na srpski jezik najznačajnije odredbe Francuskog, Nemačkog i Švajcarskog građanskog zakonika iz oblasti obligacionog prava. Šta više, pored vrlo kvalitetnog prevođenja, profesor Čedomir Marković se i trudio da neke značajnije odredbe ovih zakonika i komentariše. Tako, između ostalog, komentariše čl. 1108. Francuskog građanskog zakonika upravo u delu kojim se kauza ugovora postavlja kao jedna od opštih pretpostavki zaključenja i važenja ugovora. V. Čedomir MARKOVIĆ, *Opšti deo tražbenog prava,* op. cit., str. 12. Ipak, autor smatra da profesor Čedomir Marković nije razvio sopstvenu teoriju o doktrini kauze.

Ime profesora Blagojevića je svakako jedno od najvećih imena u domaćoj civilistici. Njegov naučni doprinos je, međutim, znatno izraženiji u domenu naslednog a manje obligacionog prava. U svojim delima iz obligacionog prava se više bavio pojedinim imenovanim ugovorima i ostalim materijalnim izvorima obligacija, kao i problematikom ugovora po pristupu. U ovim radovima se profesor Blagojević nije bavio doktrinom kauze ugovora.

rad ili poglavlje u sistematskom delu. S druge strane, opredeljenjem zakonodavca da naš pravni poredak uvrsti u red onih u kojima je kauza ugovora izričito postavljena kao uslov zaključenja i punovažnosti ugovora, sužava se dijapazon različitih mogućih poimanja kauze ugovora u doktrini. Za razliku od perioda do usvajanja Zakona, po njegovom usvajanju zapaža se tendencija nestajanja shvatanja koja u potpunosti poriču neophodnost postojanja pojma kauze ugovora i većina autora zauzima stav prema kojem je kauza ugovora potreban institut, pri čemu se mogu uočiti određene razlike u njenom pojmovnom određivanju. U periodu posle usvajanja Zakona u domaćoj nauci obligacionog prava pitanjem kauze ugovora naročito su se bavili profesori Stojan Cigoj[7], Ljubiša Milošević[8], Živomir Đorđević[9], Boris Vizner[10], Martin Vedriš[11], Želimir Šmalcelj[12], Jakov Radišić[13], Slobodan Perović[14], Jožef Salma[15], Oliver Antić[16] i dru-

[7] V. Stojan CIGOJ, *Sporovi u pogledu naknade ugovorne štete i uloga kauze ugovora*, Privreda i pravo, vol. 24, br. 1-2/1985, str. 24-33.; Stojan CIGOJ, *Uloga i značaj kauze (osnova) u ugovornom pravu*, Pravni život, br 10/1988, str. 1451-1477.; Stojan CIGOJ, komentar uz čl. 51-53 u *Komentaru Zakona o obligacionim odnosima*, glavni urednici Borislav T. BLAGOJEVIĆ i Vrleta KRULJ, tom I i II, Savremena administracija, Beograd, 1980, tom prvi, str. 160-174.

[8] V. Ljubiša MILOŠEVIĆ, *Obligaciono pravo*, šesto izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1982 (prvo izdanje 1966), str. 67-72.

[9] V. Živomir ĐORĐEVIĆ, Vladan STANKOVIĆ, *Obligaciono pravo, opšti deo*, 4. izdanje, Beograd, Savremena administracija, 1986 (1. izdanje 1974), str. 178-190. Profesor Živomir Đorđević je u svojoj disertaciji produbljeno analizirao i odnos kauze ugovora i načela ekvivalentnosti. V. Živomir ĐORĐEVIĆ, *Problem ekvivalentnosti u obligacionom pravu*, Savez udruženja pravnika Jugoslavije, Beograd, 1958 (disertacija 1956).

[10] V. Boris VIZNER, *Da li je u pitanju pravni osnov (titulus iuris) ili glavni cilj (causa finalis) obveznog ugovora*, Naša zakonitost, br. 8/1977, str. 28-41.

[11] V. Martin VEDRIŠ, *„Osnova" po Zakonu o obaveznim odnosima*, Privreda i pravo, br. 1/1979, str. 2-17.

[12] V. Želimir ŠMALCELJ, *Dopuštena osnova ugovornih obaveza*, Naša zakonitost, br. 1/1980, str. 15-32.

[13] Jakov RADIŠIĆ, *Obligaciono pravo - opšti deo*, osmo izdanje, Nomos, Beograd, 2008 (1. izdanje 1973), korišćeno šesto izdanje iz 2000. godine, str. 84-86.

[14] V. Slobodan PEROVIĆ, *Granice slobode ugovaranja*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 5–6/1971, str. 489-514.; Slobodan PEROVIĆ, *Kauza ugovorne obaveze*, Pravni život, br. 3-4/2005, str 7-29.; Slobodan PEROVIĆ, *Kauza ugovorne obaveze, aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Zbornik radova, Budva, 2005, str. 9-29; Slobodan PEROVIĆ, *Moralizovanje ugovora*, Pravni život, br. 10/1971, str. 3-18.; Slobodan PEROVIĆ, *Naturalne obligacije i moralne dužnosti*, Pravni život, br. 6/1968, str. 14-24.; Slobodan PEROVIĆ, *Pravne posledice nemoralnih ugovora*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu br. 2/1966, str. 197-221.; Slobodan PEROVIĆ, *Teorija nedozvoljene kauze*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-3/1972, str. 435-449.; Slobodan PEROVIĆ, *Teorija ugovorne kauze u naučnim delima akademika Stojana Cigoja*, str. 197-220 u: Stojan Cigoj 1920-1989 Zbornik razprav s simpozija SAZU ob 20-letnici smrti, Rasprave 24, Slovenska akademija

gi. Većina navedenih autora je istraživala problematiku kauze ugovora i pre usvajanja Zakona o obligacionim odnosima, ali su svoje konačne zaključke o ovom pojmu formirali ipak u svetlu odredaba Zakona.

U nastavku rada sledi prikaz shvatanja o kauzi ugovora u domaćoj nauci obligacionog prava do usvajanja Zakona o obligacionim odnosima 1978. godine.

Shvatanje Dragoljuba Aranđelovića

Profesor Aranđelović u svojim radovima pitanju kauze ugovora posvećuje relativno malo pažnje. Ovo se, s jedne strane, može objasniti time što je svoje radove pisao krajem XIX i u prvim decenijama XX veka, u periodu u kojem se opšte pravno okruženje u Srbiji razvijalo pod dominantnim uticajem germanske škole privatnog prava, pre svega austrijskog prava. S druge strane, i sama naučna provenijencija profesora Aranđelovića je izrazito bila usmerena prema germanskom pravnom krugu u kojem izučavanje doktrine kauze ima znatno skromniju tradiciju od francuske doktrine.

U svom sistematskom delu iz obligacionog prava[17] kauzu ugovora pominje jedino u kontekstu različitih podela ugovora, odnosno doktrinom kauze objašnjava razliku između kauzalnih i apstraktnih ugovora. Poziva-

---

znanonsti i umetnosti, Ljubljana, 2009. Profesor Perović se detaljno bavio kauzom ugovora i u svom sistematskom delu iz obligacionog prava, kao i u monografijama posvećenim problematici zabranjenih ugovora i formalnih ugovora. V. PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 323-338.; Slobodan PEROVIĆ, *Zabranjeni ugovori u imovinskopravnim odnosima*, Novinska ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1975; Slobodan PEROVIĆ, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, 2. izdanje, Naučna knjiga, Beograd, 1964 (1. izdanje 1964).

[15] V. Jožef SALMA, *Obligaciono pravo,* reprint 6. izmenjenog i dopunjenog izdanja, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2009 (1. izdanje 1985), str. 288-303.; SALMA, *Simulovani ugovori, prilog teoriji o izigravanju prava*, op.cit.; SZALMA József, *A jogcím*, Jogtudományi Közlöny, Budapest, br. 3/1984., str. 161–165.; Jožef SALMA, *O kauzi obligacionih ugovora*, Pravni život, br. 4/1985, str. 421-436.; Jožef SALMA, *Kauza obligacionih ugovora*, Pravo, teorija i praksa, br. 7/1986, str. 29–34.; Jožef SALMA, *O konceptu poklona*, Pravo, teorija i praksa, br.11-12/1995, str. 80-83.; Jožef SALMA, *Kauza obligacionih ugovora,* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2006, str. 177-200.; SZALMA József, *Causa (Rechtsgrundlage) bei den Obligationsverträgen*, Annales Universitatis Scientiarum Budapestiensis de Rolando Eötvös Nominatae, Sectio Juridica, Tomus XLVIII, Budapest, 2007, str. 257-282.

[16] V. Oliver ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, peto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2010 (1. izdanje 2007), str. 244-285.; Oliver ANTIĆ, *Kauza*, Pravni život, br. 10/2005, str. 821-856.; Oliver ANTIĆ, *Pravno-teorijske osnove različitih shvatanja kauze*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 3-4/2006, str. 1141-1165.

[17] Dragoljub ARANĐELOVIĆ, *Osnovi oblgacionog prava – s naročitim obzirom na Građanski zakonik Kraljevine Srbije*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd, datum izdavanja nepoznat.

jući se na nemačku pandektistiku, profesor Aranđelović smatra da je nemoguće zamisliti razumnog čoveka koji bi se obavezao bez ikakvog osnova, te ističe da svi ugovori moraju imati svoj osnov, tj. kauzu.[18] Kauzu ugovora on definiše kao pravni cilj nastanka obaveze između ugovornih strana. Ona ima dvojaku funkciju, određuje razlog obećaoca da učini obećanje i predstavlja osnov primljene obaveze, s jedne, odnosno određuje pravni karakter pravnog posla, s druge strane.[19] U kauzalnim ugovorima (ili materijalnim kako ih još profesor Aranđelović naziva), osnov ugovora je vidljiv. U njima se svako obećanje pojavljuje sa odgovarajućim protivobećanjem (teretni ugovori) ili postoji svesni izostanak istog (dobročini ugovori).[20] Za razliku od kauzalnih, kod apstraktnih ugovora osnov nije vidljiv.[21] Smisao apstraktnosti ugovora profesor Aranđelović vidi samo u mogućnosti lakšeg ostvarivanja potraživanja poverioca iz takvog ugovora, ali ne i u potpunom isključenju značaja osnova ugovora[22], jer „apstraktnim poslom treba poverilac samo brže da dobije ono što mu pripada a ne i ono na šta nema prava".[23]

Shvatanje Živojina Perića

Profesor Živojin Perić u svom sistematskom delu iz oblasti opšteg dela ugovornog prava[24] nema poglavlje posvećeno doktrini kauze ugovora. Kauzu ugovora u ovom delu ne ističe kao jednu od pretpostavki zaključenja i punovažnosti ugovora, niti objašnjava doktrinom kauze pojedine pravne institute kod teretnih ugovora[25]. U ovom delu ne razmatra ni

---

[18] V. ARANĐELOVIĆ, *Osnovi oblgacionog prava*, op. cit. str. 79.

[19] Ibidem.

[20] Ibidem.

[21] Ibidem.

[22] „Naravno da dužnik može poverioca iz 'šanca apstraktnoga posla istisnuti'." ARANĐELOVIĆ, *Osnovi oblgacionog prava*, op. cit. str. 80.

[23] ARANĐELOVIĆ, *Osnovi oblgacionog prava*, op. cit. str. 80.

[24] V. Živojin PERIĆ, *Specijalni deo građanskog prava*, knjiga druga, *Obligaciono (tražbeno) pravo, prvi deo*, Opšti deo obligacionog (tražbenog) prava, O ugovorima uopšte, Vuk Karadžić, Beograd, 1920.

[25] To su prigovor neispunjenja ugovora, odgovornost za fizičke i pravne mane stvari, prestanak obaveze zbog nemogućnosti i novacija. V. PERIĆ, *Specijalni deo građanskog prava*, knjiga druga, *Obligaciono (tražbeno) pravo, prvi deo*, Opšti deo obligacionog (tražbenog) prava, O ugovorima uopšte, op. cit. str. 49, 50-51, 87. i 89. U kontekstu novacije ističe da se ona može sastojati kako iz promene predmeta obligacije ili promene njenog pravnog osnova, ali se izričito ne upušta u razmatranje šta se pod pravnim osnovom podrazumeva. V. Perić, *Specijalni deo građanskog prava*, knjiga druga, *Obligaciono (tražbeno) pravo, prvi deo*, Opšti deo obligacionog (tražbenog) prava, O ugovorima uopšte, op. cit., str. 90. Autor, međutim, na osnovu konteksta u kojem upotrebljava ovu sintagmu zaključuje da profesor Perić misli na titulus, jer pod promenom pravnog osnova ističe slučaj promene osnova po kojem tužilac može da podnese tužbu sudu.

uticaj pobuda na punovažnost ugovora. Međutim, pitanje kauze ugovora razmatra u jednom drugom delu, u monografiji o ugovoru o kupoprodaji[26.] Doduše, i u ovom radu problematici kauze ugovora posvećuje malo pažnje i razmatra je u vezi sa pravnim osnovom, tj. titulusom sticanja prava svojine na osnovu ugovora o kupoprodaji.

Profesor Perić ističe da pravni osnov sticanja, koji je pored načina sticanja drugi nužni uslov sticanja prava svojine na stvarima, treba razlikovati od kauze ugovora. Kauzu ugovora određuje kao neposrednu pobudu volje.[27] Kauzu obavezivanja u ugovoru profesor Perić određuje kao korist koju pravni posao donosi pojedincu[28], tj. kauza volje jedne strane da se drugoj obaveže na davanje ili činjenje (*dare*, *facere*), odnosno nečinjenje (*non facere*) je u volji druge strane da i ona prvoj strani nešto da, učini ili ne učini[29]. Sve dalje subjektivne razloge koji su naveli stranu na zaključenje ugovora, ali se ne mogu smatrati neposrednim uzrokom volje, tj. kauzom ugovora, profesor Perić svrstava u kategoriju pobuda koju označava još i sintagmom kauza kauze.[30] Za razliku od kauze ugovora, koja utiče na punovažnost pravnog posla, profesor Perić motivima odriče svaki pravni značaj u pogledu nastanka i važenja pravnog posla.[31] Obrazloženje pravne irelevantnosti motiva koje daje profesor Perić je veoma elegantno. Profesor Perić smatra da su motivi atributi lične slobode pojedinca koja sačinjava suštinu njegove suverenosti. Imajući u vidu da su motivi deo suverenosti pojedinca niko ne sme da istražuje pobude drugih lica jer time zadire u tu suverenost. Stoga, budući da je ispitivanje tuđih motiva zabranjeno, oni se ne mogu objektivno utvrditi, te ne mogu biti ni pravno relevantni. Međutim, ova sloboda motiva, zaštita od upliva u suverenost pojedinca nosi sa sobom i teret za njega, jer posledice pogrešne predstave o postojanju ili ostvarenju motiva pogađaju isključivo njega, ne i treća lica.[32] Prema tome, prema stavu profesora Perića posledice neostvarenja ili pogrešne predstave o motivu ne utiču na prava i obaveze saugovarača.

---

[26] Živojin PERIĆ, *O ugovoru o prodaji i kupovini*, Klasici jugoslovenskog prava, Službeni list SRJ, Beograd, 1986, prvi put objavljena 1920. godine, Štamparija Gede Kona.

U osnovi je ovaj rad, kao što i naslov pokazuje, posvećen ugovoru u kupoprodaji, ali u njemu profesor Perić analizira brojna pitanja i iz opšte teorije ugovornog prava.

[27] V. PERIĆ, *O ugovoru o prodaji i kupovini*, op. cit. str. 181.

[28] V. PERIĆ, *O ugovoru o prodaji i kupovini*, op. cit. str. 182.

[29] Ibidem.

[30] Ibidem.

[31] Ibidem.

[32] V. PERIĆ, *O ugovoru o prodaji i kupovini*, op. cit. str. 182.

Posebno je vredno pažnje objašnjenje kauze dobročinih ugovora koje daje profesor Perić. U ovom kontekstu on razlikuje pojam motiva od namere za dobročinstvom (*animus donandi*). Pobude iz kojih jedno lice čini poklon sigurno utiču na obrazovanje volje za darivanjem, ali se ne smatraju pravno relevantnim. Kauza dobročinih ugovora, dakle, nije taj motiv koji je naveo poklonodavca da učini poklon već samo *animus donandi*.[33] U ovom smislu Profesor Perić, dakle, usvaja klasičnu doktrinu o kauzi, koja kauzu dobročinih ugovora posmatra objektivno, kao *animus donandi,* apstrahovanog od subjektivnih pobuda koje su poklonodavca navele da učini poklon.

Shvatanje Lazara Markovića

Profesor Lazar Marković, u duhu germanske pravne tradicije u kojoj je stekao svoje pravničko naučno obrazovanje, kauzu ugovora ne smatra jednom od pretpostavki zaključenja i važenja ugovora i ovo pitanje razmatra skoro isključivo u kontekstu podele ugovora na kauzalne i apstraktne. Ističe da je moguće voditi raspravu o pravno-filozofskom osnovu obaveznosti ugovora, ali te rasprave imaju samo relativnu važnost za pravo, jer isključivo od volje zakonodavca zavisi da li će dejstvo pravno-poslovne volje uslovljavati bilo kakvim razlogom obavezivanja ili pravno dejstvo izjave volje vezati za nju samu.[34] Odvajanje dejstva ugovora od razloga zbog kojih nastaje, odvajanje forme od osnova, po rečima profesora Markovića, zakonodavstva čine iz praktičnih razloga, radi obezbeđenja efikasnijeg ostvarivanja potraživanja poverioca.[35] U skladu s tim, prema stavu profesora Markovića, razlika između kauzalnog i apstraktnog ugovora se tiče jedino toga da je kod prethodnog jasno vidljiv razlog obavezivanja strana, dok kod potonjeg nije. Apstraktni ugovori dejstvuju nezavisno od osnova svog nastanka, u njima osnov obavezivanja nema nikakav stvarni značaj, smatra profesor Marković.[36]

---

[33] V. Živojin PERIĆ, *Specijalni deo građanskog prava*, knjiga druga, *Obligaciono (tražbeno) pravo, drugi deo*, Specijalni deo obligacionog (tražbenog) prava, Ugovori, Vuk Karadžić, Beograd, 1920, str. 6

[34] V. Lazar MARKOVIĆ, *Obligaciono pravo*, edicija Klasici jugoslovenskog prava, Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SRJ, Beograd, 1997, str. 211.

Ovo sistematsko delo profesor Marković za života nije objavio. Ono je objavljeno 1997. godine na osnovu rukopisa koji je nastao u tridesetim godinama XX veka. V. predgovor Profesora Perovića za navedeno izdanje na str. 9.

[35] V. MARKOVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 212.

[36] V. MARKOVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 213.

Shvatanje Andrije Gamsa

U našoj nauci građanskog prava objektivno shvatanje kauze ugovora zastupa profesor Andrija Gams. Zapravo, on se može smatrati utemeljivačem čisto objektivnog, ekonomskog shvatanja kauze ugovora u našoj doktrini.

U suštini njegovog shvatanja kauze leži ideja da je ekonomski efekat ugovora odlučujući razlog nastanka ugovornih obaveza.[37] Ističe da se ugovorom, odnosno pravnim poslovima uopšte, prenose građanska subjektivna prava koja se uvek neposredno ili posredno odnose na ekonomska dobra. Cilj svakog pravnog posla je prenos nekog imovinskog dobra s jednog subjekta prava na drugog.[38] Kauza ugovora je, dakle, ekonomski cilj ugovora. Od kauze, kao ekonomskog cilja ugovora, profesor Gams razlikuje motive, subjektivne pokretače volje. Motivi mogu imati različite pojavne oblike, sli se svi mogu svesti na jedan, a to je ekonomski motiv, osnovni nagon „čoveka, kao živog bića da zadovolji svoje ekonomske potrebe“[39]. Prema tome, osnovna odlika ekonomskog motiva je njegova „stereotipičnost“[40], tj. ekonomski motiv je zajednički imenitelj svih drugih pobuda koje utiču na formiranje ugovorne volje.

Ipak, važno je istaći da ekonomske pobude iz kojih strane zaključuju ugovor profesor Gams ne smatra pravno relevantnim. One objašnjavaju zašto strane zaključuju pravni posao, ali ne utiču na njegovu punovažnost ili pravno dejstvo. Pravni značaj ima samo kauza ugovora. Imajući u vidu da Profesor Gams i pobude i kauzu pravnog posla posmatra kroz prizmu ekonomskog efekta koji strane žele da postignu njegovim zaključenjem, nameće se pitanje koja je razlika između njih. Profesor Gams smatra da se od svih mogućih ekonomskih pobuda kauzom pravnog posla smatra neposredni ekonomski cilj, neposredni ekonomski efekat koji strane žele da postignu njegovim zaključenjem. Ističe da se neposredni ekonomski cilj, za razliku od subjektivnih ekonomskih pobuda, može utvrditi. Neposredni ekonomski cilj se, po njemu, ostvaruje u promenama u imovinskim masama strana.[41] Prema tome, pod kauzom teretnih ugovora on podrazumeva „ekonomski cilj koji proizvodi neposredan efekt u imovinskim masama učesnika“[42]. Taj neposredni ekonomski cilj se kod teretnih ugovora sastoji u „pozitivnom ekonomskom efektu u obema imovinskim masama“.[43]

---

[37] V. Andrija GAMS, *Kauza i pravni osnov*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 2/1959, str. 155-175.

[38] V. GAMS, *Kauza i pravni osnov*, op. cit. str. 168.

[39] GAMS, *Kauza i pravni osnov*, op. cit. str. 169.

[40] Ibidem.

[41] V. GAMS, *Kauza i pravni osnov*, op. cit. str. 170.

[42] Ibidem.

[43] Ibidem.

Budući da se dobročinim pravnim poslovima ne ostvaruje pozitivan ekonomski efekat u imovinskim masama obe strane, već samo u imovinskoj masi poverioca, njihova kauza se ne može objasniti pozitivnim ekonomskim efektom iz aspekta dužnika, već samo negativnim. Kod dobročinih pravnih poslova, naime, kauza se nalazi u negativnom ekonomskom efektu na strani dužnika, tj. u umanjenju njegove imovine i pozitivnom ekonomskom efektu na strani poverioca, tj. u uvećanju njegove imovine.[44] Iz izloženog se vidi da je profesor Gams dosledan svojoj objektivnoj, ekonomskoj teoriji kauze i kada je primenjuje na dobročine pravne poslove. Ne pokušava da kauzu dobročinih pravnih poslova objasni pomoću subjektivnih razloga, unutrašnjih pobuda koje su navele dužnika da se obaveže u dobročinom pravnom poslu. Kauzu dobročinih pravnih poslova objašnjava istim pojmom kao kauzu teretnih pravnih poslova, a to je neposredan ekonomski efekat koji je u ovom slučaju negativan.

Shvatanje Stevana Jakšića

Profesor Jakšić u osnovi prihvata romanski pristup određivanja pravne funkcije kauze ugovora, jer je izričito smatra jednom od pretpostavki nastanka ugovora.[45] Pod kauzom ugovora podrazumeva valjan, pravno dopušten osnov obavezivanja ugovornih strana konkretnim ugovorom.[46] U ovom smislu kao sinonime koristi izraze kauza, osnov, pravni osnov i pravni razlog preuzimanja obaveza.[47]

Kauzu ugovora Profesor Jakšić određuje kao pravni pojam, u smislu pravnog razloga zbog kojeg se strane obavezuju u ugovoru i koji određuje pravnu prirodu ugovora. Ne osporava da se (teretnim) ugovorima ostvaruje i ekonomski cilj strana, ali se samo iz ekonomskog cilja ne vidi o kakvoj vrsti obaveze se radi i kakva je pravna priroda ugovora. Izvršenje iste radnje između istih strana kojom se postiže ista ekonomska svrha (promet ekonomskih dovara) može da predstavlja sadržinu različitih ugovora. Ekonomski cilj strana još ne određuje pravnu prirodu ugovora. U cilju utvrđivanja pravne prirode ugovora je stoga neophodno da se utvrdi i njegova kauza, pravni osnov obavezivanja strana.[48] Kauza je zakonom priznati razlog obavezivanja koji je bitan sastojak svakog ugovora, te bez

[44] Ibidem.

[45] V. Stevan JAKŠIĆ, *Obligaciono pravo, opšti dio*, četvrto dopunjeno i prerađeno izdanje, Veselin Masleša, Sarajevo, 1962 (1. izdanje 1953), korišćeno treće izdanje iz 1960. godine, str. 109.

[46] Ibidem.

[47] Ibidem.

[48] V. JAKŠIĆ, *Obligaciono pravo, opšti dio*, op. cit. str. 154.

ovog elementa ugovor ne može ni nastati.[49] Profesor Jakšić kauzu u teretnim ugovorima vidi u zakonom priznatom odnosu međusobno uslovljenih obaveza strana, u jednostrano obavezujućim (realnim) ugovorima u prethodno izvršenoj činidbi poverioca, dok kauzu dobročinih ugovora predstavlja namera za dobročinstvom poklonodavca, tj. dužnika.[50] Kauza je objektivna kategorija, uvek ista u ugovorima iste vrste, za razliku od pobuda za zaključenje ugovora koje su lične i subjektivne prirode, te mogu da budu različite u ugovorima iste vrste, zaključenih čak i od strane istog lica.[51] Pobude u načelu ne utiču na punovažnost ugovora, osim u izuzetnim slučajevima, kao na primer u slučaju zablude o glavnom motivu u ugovoru o poklonu, ističe Profesor Jakšić.[52]

Profesor Jakšić usvaja neoklasičnu teoriju o kauzi ugovora jer smatra da nije dovoljno da ugovor ima samo dopuštenu kauzu, već je neophodno da se ona i ostvari.[53] Stoga kauzom objašnjava, na primer, mogućnost tužene strane u teretnom ugovoru da istakne prigovor neispunjenja ugovora.[54] Pored toga što kauza treba da postoji kako u momentu nastanka ugovora tako sve do njegovog ispunjenja, profesor Jakšić ističe da ona mora imati jedan dodatni kvalitet, ona mora biti pravno i moralno dopustiva.[55]

Najznačajniji domen primene instituta kauze ugovora profesor Jakšić vidi u podeli ugovora na kauzalne (materijalne) i apstraktne. Jedinu razliku između ove dve vrste ugovora nalazi u tome što je kod kauzalnih ugovora razlog obavezivanja strana vidljiv, dok kod apstraktnih nije. Prema tome, i apstraktni ugovori imaju svoju kauzu, ali u njihovom slučaju poverilac ne mora dokazati postojanje i punovažnost kauze već se teret dokazivanja iste prebacuje na dužnika.[56]

Shvatanje Vladimira Kapora

Slično profesoru Gamsu, i profesor Kapor u osnovi zastupa ekonomsko shvatanje kauze ugovora i smatra da se ona u teretnim ugovorima sastoji iz razmene imovinskih dobara, a u dobročinim u izostanku takve razmene.[57] Međutim, profesor Kapor ekonomski pojam kauze sagledava

[49] V. JAKŠIĆ, *Obligaciono pravo, opšti dio*, op. cit. str. 155.
[50] Ibidem.
[51] Ibidem.
[52] Ibidem.
[53] V. JAKŠIĆ, *Obligaciono pravo, opšti dio*, op. cit. str. 156.
[54] Ibidem.
[55] V. JAKŠIĆ, *Obligaciono pravo, opšti dio*, op. cit. str. 158.
[56] V. JAKŠIĆ, *Obligaciono pravo, opšti dio*, op. cit. str. 156-157.
[57] V. Vladimir KAPOR, *Neosnovano obogaćenje u građanskom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1951, str. 96.

kroz normativnu prizmu. Smatra da neće svaki objektivni i apstraktni ekonomski interes strana predstavljati kauzu ugovora, već samo dopušteni ekonomski interes. Tako on definiše kauzu pravnog posla kao „zakonom dozvoljen ekonomski (imovinski) cilj koji je dužnik imao u vidu obavezujući se, a koji je, po pravilu, izražen sadržinom pravnog posla“[58]. U definiciju profesor Kapor namerno unosi sintagmu „po pravilu“ jer, s jedne strane, u slučaju dobročinih ugovora dopuštenost ekonomskog cilja određuju pobude strana koje ne moraju nužno biti inkorporisane u sadržinu pravnog posla. S druge strane, ekonomski cilj nije neposredno prepoznatljiv iz sadržine ugovora ni u slučaju apstraktnih pravnih poslova.[59] Stoga, u ovim dvema vrstama ugovora neophodno je ekonomski cilj strana sagledavati kroz normativnu prizmu.

Polje primene ovako određenog pojma kauze ugovora profesor Kapor proširuje na sve obligacije i ne primenjuje ga samo na obligacije koje su nastale zaključenjem ugovora. Smatra da je moguć pojam kauze, u smislu dopuštenog ekonomskog cilja, koji bi bio primenjiv na sve izvore obligacija.[60] Svoj stav profesor Kapor obrazlaže argumentom da je ekonomski cilj prisutan u svim obligacionim odnosima, s tim da je on u obligacijama nastalih iz pravnih poslova određen voljom strana, dok je u obligacionim odnosima nastalih iz drugih izvora određen društvenom voljom izraženoj kroz zakon.[61] Prema tome, u pravnim poslovima kauzu obligacija određuju strane, dok kauzu obligacija iz drugih izvora određuje zakonodavac. Tako, on dolazi do definicije jednog opšteg pojma kauze, primenljivog na sve građanskopravne obligacije koji određuje kao „dozvoljeni ekonomski cilj određen voljom dužnika ili zakonom“[62]. Na ovaj način određen pojam kauze primenjuje i na ostale izvore obligacije, pre svega na institut neosnovanog obogaćenja što pojmovno određuje kao slučaj sticanja imovine koje „ne odgovara dozvoljenom ekonomskom cilju osiromašenika, određenog bilo voljom osiromašenog lica, bilo zakonom“[63].

Shvatanje Mihaila Konstantinovića

Razvoj domaće pravne misli o kauzi ugovora do usvajanja Zakona o obligacionim odnosima 1978. godine završava se izlaganjem shvatanja profesora Konstantinovića. Dva su osnovna razloga zbog kojih se njego-

[58] KAPOR, *Neosnovano obogaćenje u građanskom pravu*, op. cit. str. 98.
[59] V. KAPOR, *Neosnovano obogaćenje u građanskom pravu*, op. cit. str. 98.
[60] V. KAPOR, *Neosnovano obogaćenje u građanskom pravu*, op. cit. str. 104-105.
[61] V. KAPOR, *Neosnovano obogaćenje u građanskom pravu*, op. cit. str. 105.
[62] KAPOR, *Neosnovano obogaćenje u građanskom pravu*, op. cit. str. 105.
[63] KAPOR, *Neosnovano obogaćenje u građanskom pravu*, op. cit. str. 111.

vo shvatanje kauze posebno izdvaja, i to na kraju ovog rada. S jedne strane, od svih autora čija su gledišta prikazana u ovom radu, njegovo je koncepcijski najšire, doktrinarno najbolje razrađenije i najbliže savremenom poimanju kauze ugovora. S druge strane, profesor Konstantinović je svoje viđenje pojma i funkcije kauze ugovora inkorporisao u tekst Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima[64] koja je predstavljala neposrednu normativnu osnovu za izradu nacrta Zakona o obligacionim odnosima sedamdesetih godina prošlog veka.

Profesor Konstantinović osnov, tj. kauzu ugovora smatra jednom od pretpostavki nastanka i punovažnosti ugovora, šta više, smatra je najznačajnijom pretpostavkom. Kauzu ugovora definiše na neoklasičan način, u smislu neposrednog pravnog razloga koji je izazvao stvaranje obligacije, za razliku od motiva, pobuda za zaključenje ugovora koje su posredni ciljevi strana, udaljeniji pokretači volje.[65] Za razliku od kauze koja je uvek ista kod ugovora iste vrste, te određuju njegovu pravnu prirodu, motivi mogu biti najraznovrsniji kod ugovora iste vrste.[66] Kauza je neraskidivo vezana za izjavu volje strana, dok motivu nisu.[67] Ugovor ne može da postoji bez kauze.[68]

Profesor Konstantinović pojam osnova, tj. kauze ugovora u objektivnom smislu definiše u četiri različita konteksta. U teretnim ugovorima kauzu obavezivanja jedne strane čini obaveza druge, u realnim ugovorima kauzu obavezivanja dužnika čini ono što je prethodno dobio od poverioca, dok u dobročinim ugovorima kauzu ugovora predstavlja namera za dobročinstvom.[69] Ova tri konteksta u kojima profesor Konstantinović određuje pojam kauze ugovora se zapravo poklapaju sa tezama neoklasične teorije o kauzi. Međutim, profesor Konstantinović se udaljava od neoklasičnog, tj. tripartitnog nabrajanja tipskih slučajeva ugovorne kauze. Razlikuje još jedan, poseban krug slučajeva u kojima se kauza ugovora definiše na drugačiji način od prethodno navedenih, tj. u ovim slučajevima objašnjenje kauze ne odgovara nijednom od prethodna tri objašnjenja. Sma-

---

[64] V. Mihailo KONSTANTINOVIĆ, *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Klasici jugoslovenskog prava, Službeni List SRJ, Beograd, 1996, prvi put objavljena 1969. godine u izdanju Pravnog fakulteta u Beogradu.

[65] V. Mihailo KONSTANTINOVIĆ, *Obligaciono pravo, prema beleškama sa predavanja*, Savez studenata Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 1965 (priredio prof. dr Vladimir Kapor), str. 37.

[66] V. KONSTANTINOVIĆ, *Obligaciono pravo, prema beleškama sa predavanja*, op. cit., str. 38.

[67] Ibidem.

[68] Ibidem.

[69] V. KONSTANTINOVIĆ, *Obligaciono pravo, prema beleškama sa predavanja*, op. cit., str. 39-40.

tra, naime, da postoje i slučajevi u kojima je osnov obaveze dužnika u postojanju neke ranije obaveze (na primer, kauza obećanja ispunjenja prirodne obligacije je u samom postojanju obaveze koja se inače ne bi mogla prinudno izvršiti).[70]

Profesor Konstantinović jasno razlikuje pravne posledice nepostojeće, nezakonite i neistinite kauze. Obaveza s nepostojećom kauzom čini ugovor nepostojećim, te ono što je ispunjeno na osnovu obaveze druge strane podleže pravilima o povraćaju stečenog bez osnova.[71] Ništav osnov dovodi do apsolutne ništavosti ugovora[72], dok neistiniti osnov ne mora nužno dovesti do ništavosti ugovora. Neistiniti osnov svakako čini prividni ugovor nepostojećim, jer ga strane nisu htele, dok se punovažnost prikrivenog ugovora ceni po tome da li je stvarna kauza dopuštena ili nije.[73]

Za razliku od osnova (kauze) koji je nužni sastojak svakog ugovora, pobude za zaključenje ugovora po pravilu nisu pravno relevantne. Prema profesoru Konstantinoviću dopuštene pobude mogu uticati na punovažnost i postojanje ugovora, tj. ulaze u pojam osnova, ukoliko su saopštene drugoj strani (što znači da se ona saglasila s tim da se osnov proširi i motivima)[74], dok nedopuštene pobude čine ugovor ništavim ukoliko je druga strana znala da saugovarač postupa iz nedozvoljenih pobuda ili joj ta okolnost nije mogla ostati nepoznata.[75]

Profesor Konstantinović posebno naglašava značaj međusobne uslovljenosti obaveza strana u teretnim ugovorima. Tako, kauza ugovora, povezuje obaveze strana u teretnim ugovorima i objašnjava brojne druge pravne institute, kao što su prestanak obaveze jedne strane ukoliko usled više sile propadne predmet obaveze druge, ništavost obaveze jedne strane ukoliko je ništava obaveze druge, prigovor neispunjenja ugovora, raskid ugovora zbog neispunjenja obaveze druge strane itd.[76]

Prema tome da li je iz same sadržine ugovora kauza vidljiva ili nije, profesor Konstantinović razlikuje kauzalne od apstraktnih ugovora. Ono

---

[70] Ibidem.

[71] V. KONSTANTINOVIĆ, *Obligaciono pravo, prema beleškama sa predavanja*, op. cit. str. 42.

[72] V. KONSTANTINOVIĆ, *Obligaciono pravo, prema beleškama sa predavanja*, op. cit. str. 43.

[73] Ibidem.

[74] V. KONSTANTINOVIĆ, *Obligaciono pravo, prema beleškama sa predavanja*, op. cit. str. 40.

[75] V. KONSTANTINOVIĆ, *Obligaciono pravo, prema beleškama sa predavanja*, op. cit. str. 41.

[76] V. KONSTANTINOVIĆ, *Obligaciono pravo, prema beleškama sa predavanja*, op. cit. str. 45.

što je originalno u njegovom stavu je da razliku između kauzalnih i apstraktnih ugovora uopšte ne smatra jednom od mogućih podela ugovora[77], jer apstraktni ugovori nisu posebna vrsta ugovora nego samo „okvir u koji se mogu uneti drugi različiti ugovori"[78]. Profesor Konstantinović je možda jedini autor u našoj civilistici koji apstraktne ugovore ne smatra posebnom vrstom u kontekstu različitih podela ugovora, što pokazuje njegovo duboko razumevanje problematike kauze ugovora. Svrha apstraktnih ugovora je i po njemu samo u olakšavanju pravnog položaja poverioca u parnici, jer se teret dokazivanja nepostojanja osnova sa njega, kao tužioca, prebacuje na dužnika, tj. tuženog.[79]

Profesor Konstantinović se rukovodio svojim shvatanjem o kauzi ugovora i pri izradi Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima. Međutim, treba naglasiti da se odredbe Skice o kauzi ugovora[80] donekle razlikuju od teksta Zakona o obligacionim odnosima 1978. godine, što znači da se komisija za izradu Zakona u određenoj meri udaljila od gledišta profesora Konstantinovića. Najpre treba istaći da Skica ne koristi izraz „osnov", kao Zakon o obligacionim odnosima već „*pravni osnov*"[81] što može da aludira na titulus, a ne na kauzu ugovora. Obaveza je ništava ako nema dozvoljen pravni osnov, a nedozvoljenim Skica smatra osnov koji je protivan zakonu, javnom poretku ili moralu.[82] Pravni osnov postoji iako nije izražen, međutim, ukoliko pravni osnov ne postoji, obaveza je bez dejstva.[83] Po mišljenju autora, Profesor Konstantinović u Skici i normativno razlikuje pravne posledice nedopuštenog pravnog osnova od njegovog nepostojanja. Nedopuštenost osnova povlači ništavost obaveza, dok je ugovor nepostojeći ukoliko nema postojeći osnov. Pored dozvoljenosti, pravni osnov prema Skici mora biti i istinit. Ako on nije istinit, ugovor će ostati na snazi samo ako se iza neistinitog osnova nalazi neki dozvoljen osnov.[84] Po mišljenju autora iza ove odredbe stoji namera da se

---

[77] Zaista, među raznim podelama ugovora u delu profesora Konstantinovića nema podele na kauzalne i apstraktne ugovore. V. KONSTANTINOVIĆ, *Obligaciono pravo, prema beleškama sa predavanja*, op. cit., str. 18-24.

[78] KONSTANTINOVIĆ, *Obligaciono pravo, prema beleškama sa predavanja*, op. cit. str. 45.

[79] V. KONSTANTINOVIĆ, *Obligaciono pravo, prema beleškama sa predavanja*, op. cit. str. 47.

[80] V. čl. 31. st. 1-5. Skice.

[81] V. čl. 31. st. 1. Skice (autorov kurziv).

[82] Ibidem.

[83] V. čl. 31. st. 2. Skice.

[84] V. čl. 31. st. 3. Skice. Po oceni autora ovaj stav Skice zaslužuje izvesnu kritiku. Ugovor koji nema dopušteni ili stvarni osnov može biti ništav ili nepostojeći, te treba koristiti ove pravne kategorije. Formulacija „da će ugovor ostati na snazi", odnosno neće

oduzme dejstvo prividnom ugovoru i da se obezbedi pravno dejstvo prikrivenom ugovoru, ako takav postoji. Skica u kontekstu pravnog osnova uređuje i pitanje zablude o osnovu[85], koja je kvalifikovani oblik zablude jer povlači nepostojanje ugovora, a ne njegovu rušljivost. I u ovom kontekstu se može uočiti izvesna razlika između odredaba Skice i Zakona o obligacionim odnosima, jer Zakon pogrešnu predstavu o osnovu uređuje u drugom kontekstu, kao jedan od mogućih slučajeva nesporazuma.[86] I najzad, Skica sadrži pravilo prema kojem dužnik može odbiti da izvrši obavezu koja nema dozvoljen pravni osnov i posle zastarelosti prava da traži poništenje obaveze.[87] U pitanju je odredba koja nije ušla u Zakon o obligacionim odnosima.

ostati na snazi ako nema istinit pravni osnov (*argumentum a contrario*) je neadekvatna jer se ne uklapa u klasične kategorije nevažnosti ugovora (nepostojanje, ništavost ili rušljivost).

[85] V. čl. 31. st. 4. Skice.

[86] V. čl. 63. Zakona o obligacionim odnosima.

[87] V. čl. 31. st. 5. Skice. Autor ovu odredbu Skice smatra suvišnom i nedoslednom i smatra ispravnom odluku tadašnje komisije za izradu Zakona o obligacionim odnosima da je ne unese u tekst Zakona. Suvišna je iz razloga što nedopuštenost osnova povlači njegovu ništavost, te je nepotrebno posebno naglasiti da protek roka za poništenje obaveze nema za posledicu da će dužnik morati da ispuni obavezu koja nema dozvoljeni osnov. Ništave obaveze se, u načelu, protekom vremena ne mogu konvalidirati. Ova odredba je i nedosledna jer se odnosi samo na nedozvoljeni osnov, što bi po jezičkom tumačenju odredbe značilo da je polje njene primene suženo samo na nedozvoljeni osnov i ne obuhvata i neistiniti osnov. Takav zaključak bi značio da bi dužnik mogao da odbije zahtev za ispunjenje obaveze koja ima nedozvoljeni osnov i po isteku roka za napadanje obaveze, ali isto pravo ne bi imao u slučaju zahteva za ispunjenje obaveze po neistinitom osnovu, što bi svakako bilo protivno kogentnom zahtevu da svaka obaveza mora imati dopušteni i istiniti osnov.

Attila Dudás, LL.M., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Theoretical Points of View on the Notion of Cause (Consideration) of Contracts in the Serbian Doctrine of Civil Law till the Adoption of the Law on Obligations

Abstract

In this paper the author analyzes the different points of view on the notion of cause (consideration) in contract in the Serbian doctrine of civil law as until the adoption of the Law on Obligations in 1978. Having in mind that the Law, adhering to the normative solutions of the French Civil Code, explicitly regulates the institution of cause of contract, as one of the conditions of formation and validity of contract, its adoption can certainly be considered as an event of a watershed importance in respect of the analysis of various theoretical points of view on the notion of cause of contract in the Serbian literature.

The fact that the institution of cause of contract had not been explicitly regulated in Serbian positive law as until the adoption of Law on Obligations had its effect on the evolution of doctrine in this period in two ways. On one hand, the range of differing theoretical points of view was very wide, covered as good as all the relevant streams in the doctrine of cause, from the ones accepting this institution (so-called causalistic theories) to the ones denying its legal significance in any sense (so-called anticausalistic theories).

By the adoption of the Law on Obligations in 1978 the notion of cause of contract became a legal institution in Serbian positive law that had a profound impact on the evolution of doctrine. On one hand, the cause of contract was not a neglectable legal notion any more, therefore it seems entirely logical that there is as good as no authority since then who has not dedicated to the notion of cause of contract an article or two, or at least a separate part in their textbooks. On the other hand, the determination of the legislator to assign the Serbian legal system to the family of legal systems in which the notion of cause of contract is stipulated as one of conditions of

formation and validity of contract, led to the shrinkage of the diapason of various, often conflicting, points of view on cause of contract in the Serbian literature. In contrast to the period before the adoption of the Law on Obligations, after its adoption a tendency of abandonment of points of view disavowing any legal relevance of cause of contract can be recognized and the majority of contemporary authorities argue that the cause of contract is a necessary legal institution, although they may differ in the conceptual determination of this notion. In the period after the adoption of the Law on Obligations in the Serbian literature of law of contract many authorities analyzed various aspects of cause of contract, especially Professors Stojan Cigoj, Ljubiša Milošević, Živomir Đorđević, Boris Vizner, Martin Vedriš, Želimir Šmalcelj, Jakov Radišić, Slobodan Perović, Jožef Salma, Oliver Antić and others.

The author in this paper gives an overview of the points of view of authorities in the Serbian literature of law contract on the notion of cause of contract who marked the period until the adoption of the Law on Obligations, namely the works of Professors Dragoljub Aranđelović, Živojin Perić, Lazar Marković, Andrija Gams, Stevan Jakšić, Vladimir Kapor and Mihajlo Konstantinović.

Key words: cause of contract, consideration, cause of obligation, basis of contract, legal basis of obligation

Originalni naučni rad 342.7:343(4)

Mr Anđela Stojanović, istraživač pripravnik
Instituta za međunarodnu politiku i privredu u Beogradu

NAČELO ODREĐENOSTI KRIVIČNOG ZAKONA (*LEX CERTA*) U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Sažetak: *Član 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda se ne odnosi samo na zabranu retroaktivne primene krivičnog zakona. Zaštita koja se pruža njime je nešto šira, i razvija se kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava. Zbog znatnog uticaja common law-a, član 7. se ne može shvatiti na način na koji se načelo zakonitosti tradicionalno shvata u kontinentalnom pravu. Kada je reč o načelu određenosti krivičnog zakona, praksa domaćih sudova ima veliki uticaj na procenu Suda da li je reč o nedovoljno određenom zakonu, što je posledica uticaja common law-a. Iako je reč o donekle relativnom segmentu načela zakonitosti, u pojedinim stavovima Suda leži opasnost od njegove dalje relativizacije. U pojedinim slučajevima može se reći da je Sud izbegao da okarakteriše zakon neke zemlje kao neodređen, dok se u drugim slučajevima, gde je osuda bila bazirana na međunarodnom pravu, gotovo nije bavio problemom neodređenih kazni. Sud je u svojoj dosadašnjoj praksi u samo jednom slučaju utvrdio kršenje ovog načela. Buduća praksa će možda dalje razjasniti način na koji Sud shvata ovaj inače relativan princip.*

Ključne reči: *Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Evropski sud za ljudska prava, lex certa, zabrana retroaktivnosti krivičnog zakona, načelo zakonitosti.*

1. OPŠTA PITANJA

Član 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda od 1950. godine (u daljem tekstu Konvencija) pruža „suštinsku

zaštitu od samovoljne optužbe, osude i kazne".[1] Članom 7. stav 1. Konvencije se predviđa da se: „Niko ne može smatrati krivim za krivično delo izvršeno činjenjem ili nečinjenjem, koje u vreme kada je izvršeno, nije predstavljalo krivično delo prema unutrašnjem ili međunarodnom pravu. Isto tako, ne može se izreći stroža kazna od one koja je bila propisana u vreme kada je krivično delo izvršeno". U stavu 2. je predviđen izuzetak od ovog načela: „Ovaj član ne utiče na suđenje i kažnjavanje nekog lica za činjenje ili nečinjenje koje se u vreme izvršenja smatralo kriminalnim prema opštim pravnim načelima priznatim od strane civilizovanih naroda".[2]

Reč je dakle, o opšte poznatom načelu zabrane retroaktivnosti koje predstavlja jedno od osnovnih ljudskih prava, kao i jedan od osnovnih principa krivičnog prava, putem kojeg se obezbeđuje da krivično delo, odnosno krivična sankcija deluje isključivo za budućnost. Na ovaj način se pojedincima garantuje da ne mogu biti kažnjeni za neko ponašanje, ukoliko takvo ponašanje u vreme izvršenja nije zakonom predviđeno kao krivično delo, i ako za delo u pitanju nije bila zakonom propisana kazna. Zabrana retroaktivnosti krivičnog zakona se dakle odnosi kako na propisivanje nekog ponašanja kao krivičnog dela (*nullum crimen sine lege*), tako i na predviđenost kazne ili druge krivične sankcije zakonom (*nulla poena sine lege*). Načelo zakonitosti, pa i samo pravo imaju za cilj da obezbede pravnu izvesnost.[3]

Međutim, praksa Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu Sud) je značajna jer se pojmovi sadržani u članu 7. kroz praksu Suda razjašnjavaju i definiše se njihova sadržina, odnosno u odlukama Suda su zauzeti različiti načelni stavovi kojima se dalje proširuju prava sadržana u članu 7. Konvencije. Zbog toga sve države koje su ratifikovale Konvenciju, moraju u izvesnom smislu smatrati presude Suda obavezujućim.[4]

---

[1] Slučaj *Kokkinakis v. Greece*, presuda od 25. maja 1995, Series A, No. 260-A, predstavka br. 14307/88, par. 52; Slučaj *S.W. v. UK*, presuda od 22. novembra 1995, Series A, No. 335-C, predstavka br. 20166/92, par. 34.

[2] 1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission wich did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was commited. Nor shal a hevier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.

2. This Article shall not prejudice the trial and punishment for any act or omission wich, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations.

[3] D. Mitrović, *Načelo zakonitosti: pojam, sadržina, oblici*, Beograd, 1996, str. 15.

[4] M. Paunović, S. Carić, *Evropskoi sud za ljudska prava - Nadležnost i postupak*, Beograd, 2007, str. 102; D. Ehlers, The European Convention for the Protection of Hu-

U sistemu zaštite ljudskih prava je prihvaćena neka vrsta kombinacije kontinentalnog pravnog sistema i *common law* sistema. S tim u vezi se postavlja i pitanje da li se član 7. Konvencije odnosi na sva četiri segmenta načela zakonitosti, kako se ono uobičajeno shvata u kontinentalnom pravu. Naime, načelo zakonitosti se sastoji iz četiri segmenta: *nulla poena sine lege scripta* koji isključuje primenu nepisanog prava, *nulla poena sine lege previa* sadrži zabranu retroaktivne primene krivičnog zakona, *nulla poena sine lege certa* sadrži zahtev da zakon mora biti u što je moguće višem stepenu određen i precizan i *nulla poena sine lege stricta* sadrži zabranu stvaranja prava putem analogije.[5] U evropskokontinentalnom pravnom sistemu se sva četiri segmenta načela zakonitosti striktno primenjuju, dok u *common law* pravnom sistemu to nije slučaj.

Iz prakse Suda se može zaključiti da pre svega nedostaje segment *lex scripta*, dakle ne postoji zahtev za postojanjem pisanog prava u obliku zakona, budući da izraz „pravo" za svrhe Konvencije ne obuhvata samo zakone, već i nepisano pravo.[6] Kada je reč o segmentu *lex certa*, on se shvata na specifičan način, i u praksi Suda se najčešće dovodi u vezu sa postojanošću domaće sudske prakse povodom neke odredbe, odnosno pitanjem da li je neka odredba bila u dovoljnoj meri dostupna i predvidljiva za pojedinca. Kod *lex stricta* je manje jasna situacija, ali se takođe može zaključiti da ima nešto drugačiju formu nego u kontinentalnom pravu.[7] Jer, prema stavu Suda član 7. Konvencije obuhvata princip da se „krivično pravo se ne sme ekstenzivno tumačiti na štetu optuženog, kao na primer putem analogije",[8] a u kontinentalnom pravnom sistemu je zabranjena kreativna analogija, kojom se stvara pravo, dok tumačenje putem analogije predstavlja vrstu logičkog tumačenja, dakle ono ne predstavlja vrstu ekstenzivnog tumačenja (što se može zaključiti iz stava Suda). U kontinentalnom pravnom sistemu tumačenje putem analogije koje ostaje u okviru zakonske norme ne predstavlja povredu načela zakonitosti.[9] Kada je reč o segmentu zabrane retroaktivnosti krivičnog zakona, zaštita Suda jeste slična onoj koja postoji u kontinentalnom pravu, međutim činjenica

man Rights and Fundamental Freedoms. In: *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlin, 2007, p. 30.

[5] Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2006, str. 39.

[6] Slučaj *Sunday Times v. UK*, presuda od 26. aprila 1979. godine, Series A, No. 30, predstavka br. 6538/74, par. 47.

[7] K. Ambos, Nulla poena sine lege in International Criminal Law. In: *Sentencing and sanctioning in supranational Criminal Law*, Antwerp-Oxford, 2002, p. 23.

[8] Slučaj *Kokkinakis v. Greece*, presuda od 25. maja 1995, Series A, No. 260-A, predstavka br. 14307/88, par. 52.

[9] Z. Stojanović, op. cit., str. 28.

je da se retroaktivnost u *common law* zemljama ne shvata na toliko negativan način kao u kontinentalnom pravnom sistemu,[10] o čemu je Sud izgleda vodio računa u pojedinim slučajevima iz svoje prakse,[11] osim toga, i ovde je praksa domaćih sudova imala značajan uticaj na procenu da li je došlo do povrede načela zabrane retroaktivnosti krivičnog zakona.

2. NAČELO ODREĐENOSTI KRIVIČNOG ZAKONA (*LEX CERTA*)

Kako je Sud više puta istakao u primeni člana 7. Konvencije, zaštita koja je zagarantovana njime, nije ograničena samo na zabranu retroaktivne primene krivičnog zakona na štetu optuženog, već: "takođe obuhvata, u uopštenijem smislu princip da samo zakon može definisati krivično delo i propisati kaznu (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), kao i princip da se krivični zakon ne može ekstenzivno tumačiti na štetu optuženog, kao na primer putem analogije. Iz ovih principa proizlazi da krivično delo mora biti jasno definisano u zakonu. Ovaj zahtev je zadovoljen tamo gde pojedinac iz teksta relevantne odredbe, i ukoliko je to potrebno uz pomoć sudskog tumačenja, može da zna koji akti činjenja ili nečinjenja ga čine krivično odgovornim".[12]Dakle načelo određenosti, kao segment načela zakonitosti, je takođe obuhvaćeno zaštitom koju pruža Evropski sud za ljudska prava. Pri tom treba imati u vidu i činjenicu da je ipak reč o donekle relativnom kriterijumu, odnosno postavlja se pitanje kako utvrditi da li je neka krivična odredba dovoljno ili nedovoljno precizna i jasna? Precizna definicija bi prema stavu Suda trebalo da bude ona koja pravi jasnu granicu između ponašanja koje je kažnjivo i onog ponašanja koje to nije, to jest „kada pojedinac iz teksta relevantne odredbe može, a ukoliko je to potrebno i uz pomoć sudskog tumačenja, da zna koji akti činjenja odnosno nečinjenja ga čine krivično odgovornim".[13]

Iz prakse Suda se može zaključiti da se ovaj princip ne primenjuje u striktnom smislu, jer se princip određenosti korigovao kroz tzv. princip fleksibilnosti. U kontinentalnom pravnom sistemu dominira zahtev za pisa-

---

[10] R. Haveman, The Principle of Legality. In: *Supranational Criminal Law -a system sui generis*, Interesentia Antwerpen-Oxford, 2003, p. 44.

[11] Slučaj *C. R. v. UK*, presuda od 22. novembra 1995, Series A, No. 355-C*,* predstavka br. 20166/92; Slučaj *S.W. v. UK*, presuda od 22. novembra 1995, Series A, No. 335-C, , predstavka br. 20166/92.

[12] Slučaj *C. R. v. UK*, presuda od 22. novembra 1995, Series A, No. 355-C*,* predstavka br. 20166/92*,* par. 33.

[13] Slučaj *Cantoni v. France*, presuda od 15. novembra 1996, , R. J. D., 1996-V, No. 20*,* predstavka br. 17862/91, par. 29.

nim pravom u smislu zakona, pa se i zahtev *lex certa* odnosi na zakone. Sa druge strane kod *common law*-a, *lex certa* uključuje i sudsku praksu. Može se reći da i dalje postoji zahtev da se pravno pravilo može saznati iz pisanog prava, ali se pod njim podrazumeva bilo pravno pravilo stvoreno od strane zakonodavca, bilo pravilo koje se razvilo u sudskoj praksi. U svojoj praksi Sud je *lex certa* zahtev umekšao time što se on ne fokusira samo na zakon, već i na ustanovljenu sudsku praksu,[14] tako da je zahtev određenosti zadovoljen tamo gde je postojala ustaljena sudska praksa u pogledu tumačenja pojedinih uopštenih zakonskih termina. U odlučivanju Suda da li je došlo do povrede člana 7. Konvencije, prvo se traži odgovor na pitanje da li je sporna odredba bila u dovoljnoj meri dostupna i predvidiva za pojedinca, što predstavlja suštinu svrhe člana 7. Konvencije, a s tim u vezi Sud je ispitivao kako propise koji su bili važeći u vreme izvršenja krivičnog dela, tako i postojanost domaće sudske prakse.

U tom smislu značajna su dva stava Suda, pre svega značajan je stav da: „mnogi zakoni nisu apsolutno precizni. Zbog potrebe da se izbegne preterana rigidnost i kako bi se omogućilo prilagođavanje promenljivim okolnostima, mnogi zakoni su rukovođeni terminima koji su u manjoj ili većoj meri neodređeni. Tumačenje i primena ovakvih zakona zavisi od sudske prakse“[15]. Takođe je značajan i stav Suda da: „koliko god da je jasna neka odredba u bilo kojem sistemu prava, uključujući i krivično pravo, uvek će postojati neizbežan element sudskog tumačenja. Član 7. Konvencije se ne može tumačiti u smislu onemogućavanja postepenog razjašnjavanja pravila krivične odgovornosti, kroz sudsko tumačenje od slučaja do slučaja, pod uslovom da je rezultat razvoja u skladu sa suštinom krivičnog dela i da je mogao biti razumno predvidljiv“.[16]

U principu, oba stava upućuju na sudsku praksu, s tim da se prvi odnosi na postojeću praksu povodom zakona u kojima se upotrebljavaju pojedini neodređeni termini, pa se u tom smislu ispituje praksa domaćih sudova, a naročito da li je ona bila postojana, dakle da li je pojedinac iz postojeće prakse mogao da zaključi šta je obuhvaćeno takvim pojedinim neodređenim terminima. Neki autori ovakav stav Suda nazivaju i tzv. fleksibilnošću.[17] Razlog tome je verovatno što se može reći da je ispitiva-

[14] R. Haveman, op. cit., p. 50.

[15] Slučaj *Kokkinakis v. Greece*, presuda od 25. maja 1995, Series A, No. 260-A, predstavka br. 14307/88, par. 40.

[16] Slučaj *Radio France and others v. France*, presuda od 30. marta 2004, predstavka br. 53984/00 (Sect. 2), ECHR, par 20; Slučaj *S.W. v. UK*, presuda od 22. novembra 1995, Series A, No. 335-C, predstavka br. 20166/92, par. 36; Slučaj *C. R. v. UK*, presuda od 22. novembra 1995, Series A, No. 355-C, predstavka br. 20166/9, par. 34.

[17] H. Davis, *Human Rights Law*, Oxford University Press, 2007, p. 273.

nje domaće sudske prakse u ovom smislu, u praksi Suda često imalo formu ublažavanja segmenta *lex certa*. Drugi stav Suda upućuje na opravdanost razvoja sudske prakse, odnosno postepeno odstupanje sudske prakse od postojećeg prava, koliko god da je jasna neka odredba krivičnog prava, pod uslovom da je takav razvoj bio „razumno predvidiv". Ovaj poslednji stav je zauzet pre svega u vezi slučajeva koji potiču iz *common law* pravnog sistema, gde je ipak bila reč o precedentu a ne o „razumno predvidivom" razvoju[18]. Pomenuti stavovi su se u praksi Suda pokazali sa jedne strane kao razumljivi i prirodni, međutim sa druge strane se pokazala i njihova relativnost u pojedinim slučajevima.

3. SLUČAJEVI IZ PRAKSE SUDA POVODOM ZAHTEVA ZA ODREĐENOŠĆU KRIVIČNOG ZAKONA

Sud se u relativno malom broju predmeta bavio eventualnim povredama člana 7. Konvencije uopšte, i u malom broju slučajeva je utvrdio kršenje člana 7. Konvencije. U periodu između 1959. i 2010. godine, Sud je utvrdio kršenje člana 7. Konvencije u svega dvadesetak slučajeva. Kada je reč o zahtevu da krivičnopravne odredbe moraju u što većoj meri biti precizne i jasne, Sud je u samo jednom slučaju iz skorije prakse utvrdio njegovo kršenje. [19]

U slučaju Kokinakis protiv Grčke, Sud ipak nije utvrdio kršenje zahteva za određenošću krivičnog zakona. Podnosilac predstavke je osuđen zbog izvršenja krivičnog dela prozelitizma.[20] Podnosilac predstavke se Sudu žalio na povredu člana 7. Konvencije, pri tom se pozvao na frazu „propisan pravom", i takođe je istakao da krivični zakon, da bi bio kompatibilan sa članom 7. Konvencije mora da bude dovoljno precizan i jasan, što nije bio slučaj sa odeljkom 4. Zakona br.1363/1938 kojim je predviđeno krivično delo prozelitizma. Naime, u zakonu se pod prozelitizmom podrazumeva: „naročito bilo koji direktan ili indirektan pokušaj nametanja u odnosu na religijska verovanja osobe drugačijih verskih ubeđenja, sa ciljem podrivanja tih verovanja, bilo putem bilo kakve vrste podsticanja ili obećanja podsticanja ili moralne podrške ili materijalne pomoći ili putem nepoštenih sredstava ili sticanjem prednosti zbog neis-

[18] Slučaj *C. R. v. UK*, presuda od 22. novembra 1995, Series A, No. 355-C, predstavka br. 20166/92; Slučaj *S.W. v. UK*, presuda od 22. novembra 1995, Series A, No. 335-C, , predstavka br. 20166/92.

[19] Slučaj *Liivik v. Estonia*, presuda od 25. juna 2009, predstavka br.12157/05, (Sect. 5).

[20] Slučaj *Kokkinakis v. Greece*, presuda od 25. maja 1995, Series A, No. 260-A, predstavka br. 14307/88.

kustva osobe u pitanju, njenog poverenja, niskog intelekta ili naivnosti".[21] Ipak, Sud je odbio da okarakteriše zakon jedne zemlje kao neprecizan i nejasan, i umesto toga se zadovoljio odlukom kojom je ustanovio kršenje člana 9. Konvencije (sloboda misli savesti i veroispovesti) u konkretnom slučaju. Sud je bio na stanovištu da je zahtev određenosti zadovoljen tamo gde je postojala ustaljena sudska praksa u pogledu tumačenja pojedinih uopštenih zakonskih termina. Dakle, Sud je bio na stanovištu da je u ovom slučaju postojala postojana sudska praksa.

Kada se pogleda zakonska definicija krivičnog dela prozelitizma, može se primetiti da se pojedinci mogu naći u dubokoj nedoumici oko pitanja kakvo ponašanje će ih činiti krivično odgovornim. U ovom slučaju bi se svakako moglo reći da je reč o nepreciznoj odredbi krivičnog prava. Kako je sudija Martens u izdvojenom mišljenju ukazao, nepreciznost definicije prozelitizma pre svega leži u upotrebljenoj reči „naročito", na taj način se obuhvataju i dela koja su izvan date definicije. Osim toga kao kažnjivo delo se ne predviđa samo „nametanje u odnosu na religijska verovanja druge osobe" već i takav direktan ili indirektan pokušaj. I konačno, zahtev „sa ciljem podrivanja tih verovanja" - postavlja se pitanje kako je moguće napraviti jasnu razliku između proklamovanja sopstvene religije i pokušaja ubeđivanja drugih da su njihova verovanja pogrešna.[22]Dakle ovde je reč o prilično neodređenom zakonu, s tim da se ta neodređenost ne može u dovoljnoj meri otkloniti kroz praksu grčkih sudova. U pomenutom slučaju je dakle cela definicija krivičnog dela neodređena, a ne pojedini termini. Na taj način se sudovima ostavlja velika sloboda. Izgleda da krivično delo može biti vrlo slobodno definisano da bi Sud utvrdio kršenje člana 7. Konvencije.[23]Sud je u još jednom vrlo sličnom slučaju koji se ticao iste odredbe ustanovio kršenje člana 9. Konvencije u konkretnom slučaju.[24]

Sa druge strane u pojedinim slučajevima je sasvim opravdana primena shvatanja da mnogi zakoni nisu apsolutno precizni, i da bi se omogućilo prilagođavanje promenljivim okolnostima, mnogi zakoni moraju

---

[21] „By 'proselytism' is meant, in particular, any direct or indirect attempt to intrude on the religious beliefs of a person of a different religious persuasion (eterodoxos), with the aim of undermining those beliefs, either by any kind of inducement or promise of an inducement or moral support or material assistance, or by fraudulent means or by taking advantage of his inexperience, trust, need, low intellect or naïvety".

[22] Slučaj *Kokkinakis v. Greece*, presuda od 25. maja 1995, Series A, No. 260-A, predstavka br. 14307/88.

[23] C. Ovey, R. C. A. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2002, p. 20.

[24] Slučaj *Larissis and others v. Greece*, presuda od 24. februara 1998, predstavka br. 23372/94 ; 26377/94 ; 26378/94, Reports 1998-I .

biti rukovođeni terminima koji su u manjoj ili većoj meri neodređeni. Tumačenje i primena ovakvih zakona zavisi od sudske prakse.[25] Ovaj stav Suda dakle ne mora biti u koliziji sa principom *lex certa*. Od zakona se svakako ne može očekivati da do najmanjih detalja opiše sve situacije koje se mogu javiti u praksi. Jedna od uobičajenih zakonodavnih tehnika jeste upotreba uopštenih termina u zakonu. U jednom slučaju iz prakse Suda bila je sporna uopštena definicija medicinskog proizvoda. Definicija pojma medicinskog proizvoda koja bi bila određenija, bi bila onda ona definicija u kojoj su nabrojani svi mogući proizvodi koji se smatraju medicinskim, što u ovoj oblasti jednostavno nije moguće. [26]

Isto tako, u još jednom slučaju iz prakse Suda je ispravno primenjen princip fleksibilnosti. Podnosioci predstavke, inače glavni urednik i novinar francuskog radija, su osuđeni zbog krivičnog dela klevete državnog službenika.[27] U vezi odgovornosti glavnog urednika podnosioci predstavke su izneli argument da je reč o emitovanju uživo, i da je prema primenjenom članu 93. stav 3. Zakona o audiovizuelnim komunikacijama, odgovornost glavnog urednika moguća samo u slučaju kada je sadržina sporne izjave „određena pre nego što je bila objavljena u javnosti“.[28]

Sud je primetio da je istina da tekst zakona: „određen pre nego što je objavljen javnosti“ može ukazivati na isključivanje odgovornosti glavnog urednika, osim u slučaju kada je izjava snimljena pre nego što je objavljena. Međutim po mišljenju Suda u ovom slučaju je reč o emitovanim sadržajima koji se nalaze na pola puta između snimka i emitovanja uživo. Uvređujuća izjava istina nije snimljena, ali je u redovnim vremenskim intervalima emitovana u istoj formi (oko šezdeset puta). Od drugog emitovanja glavni urednik je mogao da proveri emitovani sadržaj.[29] Sud je zato našao da je tumačenje zakona u ovom slučaju bilo u skladu sa prirodom krivičnog dela u pitanju i da je bilo „razumno predvidljivo“, dakle da nije došlo do povrede člana 7. stava 1. Konvencije.

U ovom slučaju je princip fleksibilnosti opravdano primenjen. Činjenica je da zakonski termin sadržaja koji je određen pre nego što je

---

[25] Slučaj *Radio France and others v. France*, presuda od 30. marta 2004, predstavka br. 53984/00 (Sect. 2), ECHR, par 20; Slučaj *S.W. v. UK*, presuda od 22. novembra 1995, Series A, No. 335-C, predstavka br. 20166/92, par. 36; Slučaj *C. R. v. UK*, presuda od 22. novembra 1995, Series A, No. 355-C, predstavka br. 20166/9, par. 34.

[26] Slučaj *Cantoni v. France*, presuda od 15. novembra 1996, , R. J. D., 1996-V, No. 20, predstavka br. 17862/91, par. 32.

[27] Slučaj *Radio France and others v. France*, presuda od 30. marta 2004, predstavka br. 53984/00 (Sect. 2), ECHR.

[28] „fixed prior to being communicated to the public“

[29] Slučaj *Radio France and others v. France*, presuda od 30. marta 2004, predstavka br. 53984/00 (Sect. 2), ECHR, par. 20.

objavljen javnosti ima uopšteniji karakter, međutim kako je i Država ukazala, parlament je namerno prihvatio ovakav, uopšteniji koncept (a ne koncept "prethodno snimljenog" sadržaja), jer se pod njim u francuskom jeziku podrazumeva nešto što je „unapred određeno", u smislu nečega što se moglo unapred proveriti. Osim toga, u većini postojećih krivičnih zakonodavstava odgovornost urednika se zasniva na njegovom uticaju na sadržinu informacija koje se objavljuju[30],

U slučaju u kojem je Sud ustanovio kršenje principa *lex certa*, podnosilac predstavke se žalio na nerazumljivost prava na osnovu kojeg je osuđen za krivično delo zloupotrebe službenog položaja, a u vezi privatizacije jednog estonskog preduzeća. Pod krivičnim delom zloupotrebe službenog položaja se prema članu 161. Krivičnog zakonika smatra: „Umišljajna zloupotreba od strane službenog lica njegovog ili njenog službenog položaja, ukoliko prouzrokuje značajnu štetu pravima ili interesima osobe, preduzeća, agencije ili organizacije zaštićene zakonom ili nacionalnim interesima, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do tri godine". Domaći sudovi su smatrali da je podnosilac predstavke svojim ponašanjem prouzrokovao „značajnu moralnu štetu" interesima države, jer je ugrozio imovinu države, i da njegovo ponašanje, kao visokog državnog službenika, nije bilo u skladu sa „opštim shvatanjem pravde", kao i da je naneo štetu međunarodnoj reputaciji Republike Estonije. Prema shvatanju domaćih sudova, podnosilac predstavke je stvorio situaciju gde je očuvanje imovine države bilo dovedeno u pitanje, s tim da su sudovi smatrali da je irelevantno što se ta opasnost po imovinu države nije realizovala, i što država nije pretrpela nikakvu stvarnu štetu. Njegove žalbe pred domaćim sudovima su odbijene.

Sud je prilikom analize člana 161. Krivičnog zakonika na osnovu kojeg je podnosilac predstavke osuđen, našao da pojam "prouzrokovanja značajne štete" predstavlja bitan element krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja. Tekst ove odredbe nigde ne spominje stvaranje rizika kao podobnog da prouzrokuje značajnu štetu.[31]Osim toga, iako je Vrhovni sud pridao važnost stvaranju opasnosti od štete, u praksi domaćih sudova se nisu razvili kriterijumi za procenu takvog rizika. Praksa Vrhovnog suda prema mišljenju Suda nije razjasnila značenje pojma značajne štete.

Sud je dakle u ovom slučaju, smatrao da podnosilac predstavke nije mogao da predvidi da je prouzrokovao značajnu štetu interesima države, i

[30] P. Teofilović, *Krivična odgovornost za krivična dela učinjena putem štampe i drugih sredstava javnog informisanja*, Magistarski rad, Beograd, 1993, str. 60.

[31] Slučaj *Liïvik v. Estonia*, presuda od 25. juna 2009, predstavka br.12157/05, (Sect. 5), par. 99.

da je član 161. Krivičnog zakonika suviše neodređen i ne zadovoljava kriterijume člana 7. Konvencije. Može se reći da su domaći sudovi pojam prouzrokovanja značajne štete nacionalnim interesima, protumačili na način da on obuhvata i samo ugrožavanje od nastupanja takve štete. Istina, ovde je reč o neodređenom pojmu, a kako je Sud ispravno primetio praksa domaćih sudova nije uspela da ga u dovoljnoj meri odredi. Međutim, s druge strane može se primetiti da je stepen neodređenosti ovde manji u odnosu na definiciju krivičnog dela prozelitizma iz grčkog prava, koja je u celini neodređena, a praksa domaćih sudova nije mogla takve nedostatke da ukloni. U svakom slučaju, ova odluka Suda se mora pozdraviti, budući da su slučajevi koji su se ticali definicije krivičnog dela prozelitizma otvorili sumnju u spremnost Suda da okarakteriše zakon neke zemlje kao neodređen.

Interesantno je da je Sud ustanovio i kriterijum tzv. „pogrešne prakse". U situacijama gde je ustanovljena praksa pogrešna, ona neće biti relevantan momenat u proceni da li je došlo do kršenja člana 7. Konvencije, bilo zato što je podnosilac predstavke učestvovao u kreiranju takve pogrešne prakse[32], bilo da je postupao u skladu sa praksom ustanovljenom od strane ovlašćenih organa.[33] Ipak, u ovim slučajevima je bila reč o jednoj sasvim specifičnoj situaciji.

U jednom od novijih slučajeva iz prakse Suda je utvrđeno je kršenje člana 7. Konvencije na osnovu jednog novog kriterijuma, koji možda podseća na zahtev za određenošću zakona. Ovaj slučaj je interesantan pre svega zato što ukazuje na značaj koji se daje domaćoj praksi, i to povodom podzakonskog akta. Podnosilac predstavke je osuđen na kaznu doživotnog zatvora zbog krivičnog dela ubistva, na osnovu člana 203 (2) Krivičnog zakonika. Međutim, Propisom br. 2., je bilo predviđeno da „doživotna kazna zatvora predstavlja kaznu zatvora u trajanju od dvadeset godina", i Propisom br. 93. je bilo predviđeno da se licu koje je osuđeno na doživotni zatvor, kazna može ublažiti na osnovu njegovog dobrog vladanja, dakle reč je propisima koji se tiču isključivo načina izdržavanja kazne. Domaći sudovi su u skladu sa članom 203 (2) osudili podnosioca predstavke na doživotni zatvor, nakon čega mu je uprava zatvora dostavila obaveštenje o datumu njegovog uslovnog otpusta i ublažavanju njegove kazne na dvadeset godina zatvora. Međutim, Propis br. 2. i Propis br. 93. su 1992. godine proglašeni neustavnim.

---

[32] Slučaj *Strelez, Kessler and Krenz v. Germany*, presuda od 22. marta 2001, [GC], predstavka br. 34044/96, 35532/97, 44801/98, ECHR 2001-II.

[33] Slučaj *K.-H. W v. Germany*, presuda od 22. marta 2001. godine, [GC], predstavka br. 37201/97, ECHR 2001-II.

Sud je smatrao da u ovom slučaju pravo zemlje uzeto kao celina nije bilo formulisano sa dovoljnom preciznošću tako da podnosilac predstavke nije mogao čak ni uz pravni savet da spozna domašaj kazne doživotnog zatvora i način njenog izvršenja, i da ovde postoji problem „kvaliteta prava". Sud je smatrao da pravo uzeto kao celina nije bilo dovoljno određeno, iz razloga što je materijalna odredba Krivičnog zakonika predviđala doživotni zatvor kao kaznu za krivično delo koje je učinio podnosilac predstavke, a Propisima kao aktima manje pravne snage kojima se reguliše način izvršenja kazne, je predviđeno da se doživotni zatvor izjednačava sa dvadesetogodišnjim zatvorom. [34] Sud je prihvatio inicijalnu svrhu Propisa koje je navela država, međutim prema njegovom mišljenju, oni su u praksi imali svrhu koja je išla mnogo dalje od navedene.

Ovde dakle ipak nije reč o zahtevu za određenošću (u vreme izvršenja krivičnog dela je bila važeća precizna odredba krivičnog zakona), niti je reč o problemu koji se tiče autonomnog pojma kazne, jer kako je Sud ranije istakao, mera koja se tiče načina izvršenja kazne i mogućnosti njenog ublažavanja ne predstavlja kaznu u smislu člana 7. Konvencije.[35] Ipak, reč je o atipičnom slučaju, i o kontradikciji između podzakonskog akta i odredbe krivičnog zakona. Ova odluka govori o značaju koji Sud pridaje ustanovljenoj praksi, putem koje su podzakonski akti nadživeli njihovu inicijalnu svrhu. Međutim, ovde bi pre bila reč o „pogrešnoj praksi" države, koja takođe postoji u praksi Suda kao relevantan kriterijum.[36]Pre bi se moglo reći da je načelo zakonitosti povređeno jer je kazna bila propisana podzakonskim aktom.

Osim toga, zahtev za određenošću krivičnog zakona je možda bio značajan u slučajevima u kojima je bila moguća primena izuzetka iz člana 7. stav 2. Zahtev da zakon mora biti u što je moguće višem stepenu određen i precizan se odnosi kako na propisivanje nekog ponašanja kao krivičnog dela (*nullum crimen sine lege*), tako i na predviđenost kazne ili druge krivične sankcije zakonom (*nulla poena sine lege*). Naime, u pojedinim slučajevima iz prakse Suda koji su se ticali ratnih zločina ili zločina protiv čovečnosti učinjenih za vreme ili nekoliko godina nakon II svetskog rata, Sud je smatrao da su osude podnosilaca predstavki bile bazirane isključivo na međunarodnom pravu. U nekoliko slučajeva Sud je jednostavno odbacio

---

[34] Slučaj *Kafkaris v. Cyprus,* presuda od 12. februara 2008, predstavka br. 21906/04, ECHR 2008, par. 131.

[35] Slučaj *Hosein v. UK*, odluka o prihvatljivosti predstavke od 28. februara 1996, predstavka br. 26293/95.

[36]Slučaj *Strelez, Kessler and Krenz v. Germany*, presuda od 22. marta 2001, [GC], predstavka br. 34044/96, 35532/97, 44801/98, ECHR 2001-II, par. 103.

predtsavke kao neprihvatljive,[37] u jednom slučaju je ipak utvrdio kršenje člana 7. stav 1. Konvencije, ali se nije bavio pitanjem da li je kazna bila u dovoljnoj meri određena[38], dok u drugom slučaju, u kojem nije utvrdio kršenje člana 7. stav 1. Konvencije, je zauzeo stav da tamo gde međunarodno pravo ne predviđa kaznu za ratni zločin sa dovoljnom jasnoćom, domaći sud može, imajući u vidu krivicu optuženog, da odredi kaznu na osnovu domaćeg krivičnog prava.[39] Postoje mišljenja da je za osudu na osnovu međunarodne norme dovoljno da sud odredi „uobičajenu" kaznu, koja se ne protivi međunarodnom poretku.[40] Međutim, termin uobičajene kazne ipak nije primeren kada je reč o članu 7. stav 1. Konvencije. Ovde je određenost kazne neophodna. Ako bi se i uzelo da su u međunarodnom pravu krivična dela u dovoljnoj meri određena, to ipak nije slučaj kada je reč o kaznama (osim retkih izuzetaka, kao na primer u Rimskom statutu, mada su i one propisane opštim odredbama, a ne za pojedina krivična dela). Bilo bi primerenije da je Sud ipak primenio izuzetak od zabrane retroaktivnosti iz člana 7. stav 2. Konvencije, koji se prema pripremnim radovima Konvencije odnosi upravo na specijalne okolnosti koje su postojalne nakon II svetskog rata. Međutim, iz prakse Suda se može zaključiti da se primena ovog izuzetka shvata na vrlo negativan način, odnosno on nigde nije eksplicitno primenjen. Ipak, još negativniju konotaciju ima relativizovnje zaštite koja je garantovana u članu 7. stav 1. Konvencije. Inače, u međunarodnom krivičnom pravu uopšte je poznato da je *lex certa*, kao komponenta *nulla poena* zahteva najviše ignorisana. [41]

4. ZAVRŠNE NAPOMENE

U praksi Suda je uopšte postojeća praksa domaćih sudova predstavlja važan pokazatelj u ispitivanju eventualnog kršenja člana 7. Konvencije. U kontinentalnom pravnom sistemu sudska praksa se ne nalazi u ovakavoj direktnoj vezi sa načelom zakonitosti. Sud je uvek ispitivao postojeću praksu domaćih sudova i u vezi sa eventualnom povredom ostalih zahteva člana 7. Konvencije, dakle ne samo u vezi segmenta *lex certa*

---

[37] Slučaj *Kolk and Kislyiy v. Estonia*, odluka o prihvatljivosti predstavke od 17. januara 2006, predstavka br. 23052/04, 24018/04, ECHR 2006-I; Slučaj *Touvier v. France*, odluka o prihvatljivosti predstavke od 13. januara 1997, predstavka br. 29430/95.

[38] *Kononov v. Latvia* [GC], presuda od 17 maja 2010, predstavka br. 36376/04, ECHR 2010; Slučaj *Korbely v. Hungary*, presuda od 19. septembra 2008, [GC], predstavka br. 9174/02, ECHR 2008.

[39] Ibid, par. 212.

[40] V. Dimitrijević, M. Paunović, *Ljudska prava*, Beograd, 1997, str. 270.

[41] K. Ambos, op. cit., p.24.

Kao jedan od posebnih kriterijuma za utvrđivanje da li je došlo do kršenja člana 7. Konvencije javlja se i ispitivanje postojeće sudske prakse povodom odredbe krivičnog zakona. Iz odluka Suda u pojedinim slučajevima se može posumnjati u njegovu spremnost da zakon neke zemlje okarakteriše kao neodređen. Mora se primetiti da bi se iz usvojenih shvatanja Suda u vezi značaja prakse domaćih sudova mogle javiti dve opasnosti, pre svega moguće je da pojedinci budu osuđeni na osnovu novog razvoja prava koji nastaje usled njegove primene, a koji ipak nije mogao da bude predvidljiv za njih.[42] Sa druge strane takođe postoji i opasnost da se sudovima ostavi suviše velika sloboda kada je reč o neodređenim zakonima. Prilikom oslanjanja na prethodnu sudsku praksu, Sud bi trebao da vodi pažnju i o tome da li ovakva praksa otežava postojeću normu krivičnog prava od vremena kada je krivično delo izvršeno.[43] Osim toga, može se očekivati da će Sud, kada utvrdi da je osuda podnosioca predstavke bazirana isključivo na međunarodnom pravu, ignorisati zahtev za određenošću kazne.

Istina, praksa Suda je u vezi zahteva *lex certa* oskudna. Odluka Suda u slučaju Livik protiv Estonije se svakako mora pozdraviti, dakle Sud je najzad utvrdio kršenje ovog principa. Ipak, ostaje da buduća praksa možda dalje razjasni način na koji se ovaj inače relativan princip shvata u praksi Suda.

[42] H. Davis, op. cit., p. 274.

[43] Y. Arai, E. Bleichrodt, C. Flinterman, A. V. Heringa, J. Schokkenbroek, P. Van Dijk, F. Van Hoof, et al, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Interesentia Antwerpen-Oxford, 2006, p. 656.

Anđela Stojanović, LL.M., researcher - trainee
Institute of International Politics and Economics Belgrade

The Principle of Certainty of Criminal Law (lex certa) in Case Law of the European Court of Human Rights

Abstract

Article 7 of the Convention is not confined to prohibition of the retrospective application of the criminal law. Provided protection is wider, and it is developed through the case law of the European Court of Human Rights. Because of the significant impact of the common law, Article 7 in general can not be understood in a way that the principle of legality is traditionally recognized in civil law. As for the *lex certa* principle, the case law of domestic courts has a big impact on the Court. This is of course the consequence of common law impact. Although *lex certa* is in some degree a relative principle, in some of the Court criteria's lies the danger of its further relativization. In its previous case law, the Court found violation of this principle in only one case. It remains to the future case law to further clarify in what extent *lex certa* principle is recognized by the Court.

Key words: European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights, *lex certa*, prohibition of retrospective criminal laws, principle of legality.

Pregledni članak 336.22:061.1EU

Cvjetana Cvjetković, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

OSNOVNI PRAVNI INSTRUMENTI UZAJAMNE POMOĆI U PORESKIM STVARIMA U EVROPSKOJ UNIJI[1]

Sažetak: *Predmet analize ovog rada su osnovni pravni instrumenti uzajamne pomoći u poreskim stvarima u oblasti neposrednog i posrednog oporezivanja u Evropskoj uniji, modaliteti uzajamne pomoći i njen značaj u borbi protiv međunarodnog organizovanog izbegavanja poreske obaveze i međunarodnog dvostrukog oporezivanja. Naime, procesi globalizacije i liberalizacije, u uslovima oporezivanja u skladu sa načelom svetskog dohotka, doveli su do toga da informacije sa kojima raspolaže jedna poreska jurisdikcija nisu dovoljne za potpuno i tačno utvrđivanje poreske obaveze. U takvim situacijama države se oslanjaju na uzajamnu pomoć koja se manifestuje u tri oblika: kao razmena informacija, saradnja poreskih službenika i istovremena kontola, odnosno revizija.*

Ključne reči*: uzajamna pomoć u poreskim stvarima, razmena poreskih informacija, saradnja poreskih službenika, istovremene kontrole, Evropska unija*

I UVODNA RAZMATRANJA

Poslednjih decenija inteziviranje uzajamne pomoći u poreskim stvarima postaje jedan od izuzetno značajnih problema u međunarodnom poreskom pravu. Njen značaj jasno dolazi do izražaja ako se ima u

[1] Rad je posvećen projektu Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija) koji se u celini finansira iz izvornih prihoda Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

vidu da većina savremenih zemalja sprovodi oporezivanje u skladu sa nečelom svetskog dohotka, odnosno svetske imovine (eng.: *worldwide income*), koje, podrazumeva da rezidenti, odnosno državljani u državi rezidentstva, odnosno državljanstva plaćaju porez na svoj celokupni dohodak, odnosno imovinu, bez obzira na to gde su ga ostvarili, odnosno bez obzira gde se imovina nalazi.

Procesi globalizacije i liberalizacije uslovili su tesnu saradnju poreskih administracija zainteresovanih država u cilju efikasnog sprečavanja različitih vidova zloupotreba u oblasti oporezivanja. Naime, dok poreski obveznici mogu obavljati delatnost u globalnom svetu relativno nesputani nacionalnim granicama, poreske vlasti moraju poštovati ove granice u vršenju svojih funkcija, te se, stoga, poreska saradnja javlja kao neminovnost.

Potreba za uzajamnom pomoći uslovljena je, pre svega, nastojanjem da se spreči međunarodno dvostruko oporezivanje, s jedne strane, i međunarodno organizovano izbegavanje poreske obaveze, s druge strane. Značaj ciljeva koji se ostvaruju putem uzajamne pomoći u poreskim stvarima, doveo je do toga da se nekoliko međunarodnih organizacija bavi ovom problematikom. Ako ostavimo po strani OUN, najbolji rezultati postignuti su u okviru OECD-a[2] (eng.: Organisation for Economic Cooperation and Development) i Evropske unije.

Pružanje pravne pomoći podvrgnuto je određenim ograničenjima i to: formalnim i materijalnim. Formalna ograničenja podrazumevaju da i u ovoj oblasti važi princip legaliteta koji znači da do pružanja pravne pomoći u poreskim stvarima može doći jedino na temelju odgovarajućih pravnih akata. Materijalna ograničenja svode se na uslove pod kojima je moguće odbiti traženu pravnu pomoć.

Nesumnjivo je da postoji pluralitet pravnih izvora koji regulišu pitanje pružanja pravne pomoći u poreskim stvarima. Ako se posmatraju zemlje članice Evropske unije, svi pravni izvori u ovoj oblasti mogu se podeliti u tri grupe: EU pravni izvori, međunarodni i nacionalni izvori. [3] EU izvore

---

[2] Komitet za fiskalne poslove OECD-a pripremio je 1977.godine Model Konvenciju o dvostrukom oporezivanju dohotka i imovine koju je Savet OECD-a preporučio zemljama članicama kao uzor prilikom zaključivanja ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. OECD Model u čl. 26 reguliše razmenu podataka kao jedan vidova uzajamne pomoći u poreskim stvarima. Ovaj član obezbeđuje najšire prihvaćenu pravnu osnovu za bilateralnu razmenu informacija u poreske svrhe. Više od 2000 bilateralnih ugovora su bazirani na ovom Modelu. V.: Model Tax Convention on Income and Capital, Paris, 2008, dostupno na: http://www.oecd.org/dataoecd/14/32/41147804.pdf, 4.4.2011.

[3] K. D. Drüen, *Implementation of Provisions of Mutual Assistance in Tax Affairs*, EATLP Congress, Santiago de Compostela,4-6 June 2009, dostupno na: http://www.eatlp.org/uploads/public/santiago/sop/TextGeneralReportRomanSeer.pdf, 4.4.2011.

delimo na supranacionalne (direktive i uredbe koje se odnose na pravnu pomoć u poreskim stvarima) i bilateralne, odnosno multilateralne sporazume (zaključuju se na osnovu čl.9 Direktive 79/799/EES). Međunarodne izvore u ovoj oblasti čine konvencije o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, bilateralni sporazumi o razmeni poreskih informacija, te Konvencija o uzajamnoj administrativnoj pomoći u poreskim stvarima iz 1988.godine, zaključena između Saveta EU i OECD-a.[4]

S obzirom na navedeno, s pravom, se može postaviti pitanje odnosa između navedenih izvora. Osnovno je pravilo da pravo EU ima supremaciju u odnosu na međunarodne i nacionalne izvore (međunarodnim izvorima daće se prednost u odnosu na one poreze koji nisu objekat regulative Unije-npr.porez na nasleđe), dok se pitanje odnosa između nacionalnog prava, i međunarodnih konvencija rešava u ustavu svake zemlje.[5] Samo u situacijama kada se međunarodnim izvorom (npr.bilateralnim ugovorom o izbegavanju dvostrukog oporezivanja) dužnost za dostavljanjem informacija određuje šire nego u pravu EU, prednost se daje prvom izvoru, kao i u situaciji kada je međunarodnim izvorom poreskom obvezniku obezbeđena veća zaštita prava.[6]

Dakle, uzajamna pomoć u poreskim stvarima može biti zasnovana na bilateralnim i multilateralnim instrumentima. Čini se da preovlaćuju prednosti multilateralnih instrumenata, iako sama ideja multilateralizma u praksi nije zaživela, ne samo zato što je postupak zaključivanja dugotrajan, već i zato što njihova primena zahteva sličan nivo razvoja i kompatibilnost poreske administracije.[7]

---

[4] Ne treba izgubiti iz vida da su Nordijske zemlje potpisnice jedne multilateralne konvencije tzv. Nordijske konvencije, koja se, stoga, može ubrojati u međunarodne izvore prava pojedinih članica Evropske unije.

[5] O odnosu između međunarodnih konvencija i nacionalnog prava: V.: D. Popović, *Poresko pravo*, Beograd, 2009, str.233-234.

[6] V.: R.Seer, General Report "*Mutual assistance and information exchange*", Santiago di Compostela, June 2009,str.7, dostupno na: http://www.eatlp.org/uploads/public/santiago/sop/TextGeneralReportRomanSeer.pdf, 4.4.2011.)

[7] O prednostima i nedostacima bilateralnih i multilateralnih instrumenata: V.: D. Popović, *nav.delo*, Beograd, 2009, str.241-242.

II PRAVNA POMOĆ U PORESKIM STVARIMA U OKVIRIMA EVROPSKE UNIJE U OBLASTI NEPOSREDNOG OPOREZIVANJA

A) Direktiva o uzajamnoj pomoći nadležnih poreskih organa zemalja članica u oblasti neposrednog oporezivanja[8]

U Ugovoru o osnivanju Evropske ekonomske zajednice ne postoji specijalna odredba koja bi nalagala harmonizaciju direktnih poreza. Jedinu mogućnost za akciju, pa i u oblasti administrativne saradnje, pruža član 94 koji nalaže harmonizaciju gde god je ona neophodna da bi unutrašnje tržište moglo nesmetano funkcionisati.[9]

Donošenju Direktive 77/799/EES prethodila je Rezolucija Saveta koja je identifikovala akcije koje Zajednica mora preduzeti kako bi se razmena informacija učinila efikasnijom, te pozvala Komisiju da usvoji odgovarajuće korake u tom pravcu. Donošenjem Direktive 77/799/EES nije se okončao proces regulisanja ove oblasti. Naima Direktiva 77/799/EEC je menjana, odnosno dopunjavana šest puta. Naime, prvobitno Direktiva je obavezivala države članice da razmenjuju informacije koje bi im omogućile utvrđivanje poreza na dohodak i imovinu. Prvim amandmanom polje primene je prošireno na PDV, a drugim na akcize. Trećim amandmanom PDV više nije bio obuhvaćen, a polje primene je prošireno i na porez na premije osiguranja. Četvrtim amandmanom izmenjene su odredbe koje se odnose na sprovođenje istovremene kontrole i odredbe o tajnosti podataka. Petim amandmanom iz polja primene Direktive isključene su akcize. Šesti amandman uzeo je u obzir priključenje Bugarske i Rumunije Uniji. Prilikom usvajanja prethodno navedenih amandmana Savet se, između ostalog, rukovodio i Izveštajem Radne grupe Saveta iz 2000. godine kojim su konstatovane slabosti u primeni postojeće regulative i date preporuke za poboljšanje administrativne saradnje u domenu neposrednog oporezivanja.[10]

---

[8] COUNCIL DIRECTIVE of 19 December 1977 concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation and taxation of insurance premiums (77/799/EEC), Official Journal L 336, amended by Council Directive 7-9/1070/EEC of 6 December 1979, Official Journal L 331, Council Directive 92/12/EEC of 25 February 1992, Official Journal L76, Council Directive 2003/93/EC of 7 October 2003, - Official Journal L 264, Council Directive 2004/56/EC of 21 April 2004,Official Journal 127, Council Directive 2004/106/EC of 16 November 2004, Official Journal L 359, Council Directive 2006/98/EC of 20 November 2006, Official Journal L 363

[9] V.: čl.94 Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community, dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325EN.003301.html, 1.4.2011.

[10] V.: Report of the Council Ad Hoc Working Group of 22 May 2000 (FISC 67 – CRIMORG 183) dostupno na: http://www.abgs.gov.tr/tarama/tarama_files/16/SC16EXP_Mutual%20assistance%20Direct%20tax.pdf, 1.4.2011.

Postavlja se pitanje koji su razlozi uslovili donošenje ove Direktive od strane Saveta Zajednice. Pre svega, ne treba izgubiti iz vida da unutrašnje tržište Unije ne samo da doprinosi realizaciji „četiri velike slobode", već pruža i mogućnosti za različite vidove zakonite i nezakonite poreske evazije, koja rezultira ne samo gubitkom budžetskih prihoda država članica, već dovodi i do narušavanja principa pravičnog oporezivanja i distorzija u alokaciji kapitala i uslova konkurencije. Direktiva je doneta imajući u vidu činjenicu da u mnogim slučajevima internacionalna priroda problema znači da su nacionalne mere i saradnja na bilateralnoj osnovi nedovoljne u borbi protiv poreske evazije, te se stoga intezivnija zajednička saradnja, na kojoj se bazira ova Direktiva, vidi kao jedan od mogućih načina za rešavanje ovog problema, posebno u slučajevima artificijelnih transfera dobiti između kompanija smeštenih u različitim državama članicama.

Što se tiče opsega primene, Direktiva 77/799/EES se primenjuje na razmenu informacija koja će omogućiti nadležnim poreskim telima država članica da ostvare pravilan razrez i naplatu poreza na dohodak, kapital i premije osiguranja, bez obzira da li je reč o porezu na ukupan dohodak i kapital ili na pojedine komponente dohotka i kapitala, uključujući i poreze na dobitke ostvarene raspolaganjem pokretnom ili nepokretnom imovinom, poreze na zarade, kao i poreze na uvećanje vrednosti kapitala. U čl.1 posebno su navedeni porezi na koje se primenjuje ova Direktiva, i to za svaku zemlju posebno. Važno je istaći da se razmena informacija može vršiti samo između nadležnih tela država članica, određenih u st.5, čl.1.[11] Dakle, u načelu, pravna pomoć se ne bi mogla tražiti od lokalnih poreskih tela, izuzev ako postoji poseban sporazum o ovom pitanju.[12]

Modaliteti uzajamne pomoći:

- Razmena informacija
- Saradnja poreskih službenika država članica
- Istovremena kontrola (revizija)

1. Razmena informacija

Razmena informacija je, svakako, najvažniji vid uzajamne pomoći u poreskim stvarima, uopšte, pa i u oblasti neposrednog oporezivanja. Razmena informacija javlja se u tri oblika: kao razmena informacija na zahtev, spontana i automatska razmena informacija.

---

[11] V.: čl.1 Direktive 77/799/EES dostupno na: http://eurlex.europa.eu/Lex UriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1977L0799:20041224:EN:PDF,1.4.2011)

[12] Tako, na primer, Belgija je zaključila administrativni sporazum sa Francuskom, - na temelju kojeg se informacije mogu razmenjivati direktno sa lokalnom poreskom administracijom, bez posredovanja centralne administracije.

Razmena informacija na zahtev

Nadležne poreske vlasti države članice mogu zahtevati dostavljanje informacija koje se odnose na poreze određene u čl.1 Direktive, ako se zahtev odnosi na tačno određeni slučaj. Država kojoj je zahtev upućen ne mora udovoljiti zahtevu, ako država koja je uputila zahtev nije iskoristila vlastite izvore informacija pre upućivanja zahteva za pomoć, sem ukoliko korišćenje vlastitih izvora informacija ne izaziva nesrazmerne troškove. Zahtev se podnosi u pismenom obliku, a sama razmena će biti produktivna ukoliko država članica prezentuje dovoljno detaljan zahtev (npr.naziv i lokaciju banke ili druge finansijske institucije u kojoj obveznik ima račun) sa precizno navedenim informacijama koje se traže.

Automatska razmena informacija

U slučajevima koji se određuju nakon obavljenih konsultacija, bilateralnih i multilateralnih, države članice mogu razmenjivati informacije automatski, bez prethodno postavljenog zahteva. Ovaj vid razmene informacija, po pravilu, odnosi se na veći broj slučajeva iste vrste (npr.isplata prihoda poput kamata, dividendi, zarada, autorskih naknada i sl.koji se oporezuju po odbitku). Ovaj tip razmene podataka je, čini se, najproduktivniji, ali, istovremeno, i najteži za implementaciju jer, s jedne strane, pretpostavlja postojanje sporazuma kojim se određuju slučajevi u kojima će se pristupiti automatskoj razmeni, a s druge strane podrazumeva transfer velikog obima podataka, koji da bi bili upotrebljivi u državi koja prima takve podatke, moraju biti zasnovani na poreskom identifikacionom broju te države, što se u praksi manifestuje kao zahtev da država koja šalje takve podatke mora sakupljati, održavati i prenositi takve podatke, zasnovane na sistemu koji počiva na PIB-u države u koju šalje takve podatke.

Spontana razmena podataka

Nadležna poreska administracija će bez prethodno postavljenog zahteva proslediti informacije koje poseduje nadležnoj poreskoj administraciji druge članice u sledećim slučajevima: ako nadležno poresko telo države članice ima osnova za pretpostavljanje da će doći do gubitka poreskih prihoda u drugoj članici, ako poreski obveznik ostvaruje poresku olakšicu u jednoj članici koja bi mogla da dovede do nastanka ili povećanja poreske obaveze u drugoj članici, u slučaju poslovanja između povezanih lica putem cena koje odstupaju od tržišnih (transfernih cena), u slučaju da nadležna poreska administracija države ugovornice ima osnova za

verovanje da bi se mogle ostvariti poreske uštede putem artificijelnih transfera dobiti između povezanih lica, te ukoliko bi spontano dostavljanje informacija bilo osnova za pravilno utvrđivanje poreza u drugoj državi članici.

Nadležne poreske vlasti, nakon obavljenih bilateralnih i multilateralnih konsultacija, mogu predvideti i druge slučajeve u kojima bi se pribegavalo spontanoj razmeni informacija. U krajnjoj liniji, nadležne poreske vlasti članica mogu prosleđivati jedna drugoj informacije u kontekstu spontane razmene, i u svim drugim slučajevima koji se odnose na poreze predviđene Direktivom 77/799/EES. Njeno osnovno obeležje je neformalnost, te u velikoj meri zavisi od diskrecione ocene zaposlenih u poreskim administracijama i od njihove motivisanosti.[13] Samim tim kao jedno od ključnih pitanja u vezi sa razmenom podatak uopšte, a posebno u vezi sa spontanom razmenom podataka, jeste kako povećati motivaciju zaposlenih? Pošto država koja traži pomoć nastoji da uveća svoje prihode, smatra se da bi deljenje „sačuvanih" prihoda između države koja traži i države koja pruža pomoć bilo adekvatno rešenje, pogotovo ako se ima u vidu činjenica da zamoljena država u vezi sa pružanjem pomoći ima određene troškove.[14]

2. Saradnja poreskih službenika država članica

Ovaj vid pravne pomoći ima za cilj da osnaži proceduru razmene informacija koje se odnose na pitanja o kojim je prethodno, na osnovu člana 9, postignut bilateralni dogovor. Saradnja se može manifestovati i u neposrednom prisustvu poreskih službenika jedne zemlje članice u drugoj, s tim da se ovom vidu saradnje pribegava u specijalnim slučajevima nakon postignutog bilateralnog dogovora.[15] Prisustvo inostranih poreskih službenika, naročito, može biti poželjno u situacijama kada se poslovne evidencije poreskog obveznika nalaze u zemlji kojoj je zahtev upućen, te se neposrednim prisustvom mogu obezbediti željene informacije, u najkraćem i najefikasnijem mogućem postupku. Bitno je naglasiti da inostra-

[13] V.: H. Arbutina, O. Lončarić-Horvat, *Osnove međunarodnog poreznog prava*, Zagreb, 2007, str.267-268.

[14] V.: J.J.P. de Goede, *Efficiency of Mutual assistance in a Tax Matters*; *What is in Name*?, Amsterdam, 2009,str.8, dostupno na: http://www.eatlp.org/pdf/__Paper%20on%20Efficiency-Jan%20de%20Goede.pdf, 5.4.2011.

[15] Tako je, na primer, sporazumom između Danske i Holandije predviđeno da će se prisustvo poreskih službenika jedne ugovornice u drugoj omogućiti samo u specijalnim slučajevima, koji posebno uključuju slučajeve u kojima prekogranične transakcije karakterišu - neke nepravilnosti, kompleksne slučajeve u kojima bi prisustvo službenika druge ugovornice bilo naročito poželjno, slučajeve u kojima bi usled opasnosti od zastarelosti prisustvo inostranih poreskih službenika ubrzalo celokupni postupak i sl.

ni poreski službenici imaju pravo samo da prisustvuju, ali ne i da sami, za svoj račun, sprovode različita ispitivanja i istrage. U tom smislu pravi se razlika između aktivnog i pasivnog učešća inostranih poreskih službenika. Čini se da bi njihova aktivnija uloga mogla povećati efikasnost, premda ne treba izgubiti iz vida da je reč o izuzetno osetljivom području, gde poreski suverenitet države koja je omogućila prisustvo inostranih poreskih službenika mora biti poštovan. [16] Zahtev da se omogući prisustvo inostranih poreskih službenika mora biti podnet u pismenom obliku.

3. Istovremene kontrole (revizije)

Istovremena poreska kontrola treba da doprinese efikasnijoj razmeni informacija. Ona se pojavila kao odgovor na rastuće prekogranične ekonomske transakcije i tehnološke mogućnosti koje otežavaju detektovanje poreskih utaja i ugovaranja transfernih cena.[17] Čini se, da se jedino putem zajedničke i koordinisane akcije mogu postići zadovoljavajući rezultati na terenu očuvanja poreskih prihoda. Naravno, njeno sprovođenje pretpostavlja postojanje zajedničkih i komplementarnih interesa zainteresovanih članica.

Naime, kada su za poresku situaciju jednog ili većeg broja obveznika zainteresovane dve ili više država članica, one se mogu dogovoriti da sprovedu istovremenu poresku kontrolu, svaka na svojoj teritoriji, razmenjujući informacije do kojih su došli tokom njenog vršenja. Njoj se pribegava kad god se proceni da će takva kontrola biti efektivnija od poreske kontrole koju bi sprovodila samo jedna članica. Nadležno poresko telo jedne članice identifikuje poreskog obveznika kojeg predlaže za istovremenu kontrolu, navodeći u zahtevu razloge za takav izbor kao i vremenski period u kojem treba sprovesti istovremenu poresku kontrolu. Bilo bi poželjno da tokom njenog sprovođenja svaka država članica imenuje lice koje bi bilo odgovorno za nadzor i koordinaciju aktivnosti prilikom sprovođenja kontrole.

Čini se da poreski organi pojedinih zemalja članica retko učestvuju u postupku istovremene poreske kontrole. To je slučaj sa luksemburškim poreskim organima. U Španiji, u periodu od 2003-2006.godine, istovremena poreska kontrola sprovedena je 19 puta, u različitim oblicima.[18]

---

[16] V.: J.J.P. de Goede, *Efficiency of Mutual assistance in a Tax Matters; What is in Name?*, Amsterdam, 2009,str.13, dostupno na: http://www.eatlp.org/pdf/__Paper%20on%20Efficiency-Jan%20de%20Goede.pdf, 5.4.2011.

[17] V.: B.Terra, P.Wattel, *European Tax Law*, The Hague, 2008, str.314.

[18] O tome više u : R. Seer, General report "*Mutual assistance and information exchange*", Santiago di Compostela, June 2009,str.19. dostupno na: http://www.eatlp.org/uploads/ public/santiago/sop/TextGeneralReportRomanSeer.pdf, 4.4.2011.

Postavlja se pitanje efikasnosti navedenih modaliteta pravne pomoći u poreskim stvarima. Čini se da nije jednostavno dati nedvosmislen odgovor na ovo pitanje jer svaki od navedenih modaliteta ima vlastito polje primenljivosti. Tako, na primer, razmena podataka na zahtev javlja se kao efikasan mehanizam saznavanja informacija tokom poreskih kontrola ili sprovođenja istraga, automatska razmena kao sredstvo provere prijavljivanja prihoda i ostvarivanja principa oporezivanja u skladu sa ekonomskom snagom, dok su istovremene poreske kontrole posebno značajne u oblasti posrednih poreza, pre svega poreza na dodatu vrednost. U suštini, odabir modaliteta pravne pomoći treba da se bazira na kako na ciljevima koji se žele ostvariti tako i na troškovima koje prouzrokuje pružanje pravne pomoći u poreskim stvarima.

Vremenski period u kojem se moraju proslediti informacije

Kako bi razmena informacija bilo što delotvornija Direktiva 77/779/EES propisuje da se tražene informacije moraju dostaviti nadležnoj poreskoj administraciji države članice što je brže moguće. Ako se zamoljena država susreće sa teškoćama u prikupljanju informacija ili pak odbije da dostavi informacije, dužna je da o tome obavesti članicu koja je tražila pomoć, istovremeno ukazujući na prirodu prepreka, odnosno razloge za odbijanje. Praksa pokazuje da je vremenski period u kojem se odgovara na zahtev razlikuje od zemlje do zemlje.[19] S pravom se ukazuje da odugovlačenje dostavljanja informacija stvara ozbiljne probleme i čitav proces čini neefikasnim.

Ograničenja prilikom razmene informacija

Razmena informacija podleže određenim ograničenjima koja, prvenstveno, proističu iz zahteva za poštovanjem suvereniteta svake države. Naime, Direktiva 77/799/EES ne obavezuje države članice na dostavljanje informacija ukoliko bi njihovo prikupljanje bilo u suprotnosti za njenim propisima ili administrativnom praksom, ili ukoliko bi vodilo odavanju komercijalne, industrijske ili profesionalne tajne, odnosno bilo u suprotnosti sa javnim interesom.[20] Direktiva ne štiti bankarsku tajnu, za razliku od poslovne (komercijalne) tajne.[21]

---

[19] Tako, na primer, poreska vlast u Finskoj u 85% slučajeva udovoljava zahtevu za dostavljanjem informacija u periodu od tri meseca od momenta prijema zahteva, dok je taj period u Holandiji oko 6 meseci.

[20] Tako, javni interes bi bio povređen, na primer, u situaciji kada bi obezbeđivanje informacija vodilo ka izricanju surovih, odnosno nehumanih kazni.

[21] U praksi nije lako povući razliku između ova dva vida tajni. O tome više: R. Seer, General report "*Mutual assistance and information exchange*", Santiago di Composte-

Granice razmeni informacija postavlja i princip reciprociteta. Naime, zamoljena država može odbiti zahtev za dostavljanjem informacija ako administrativna praksu države koja je tražila informacije karakteriše odsustvo uzajamnosti u odnosima sa zamoljenom državom.

U određivanju granica razmene informacija, važnu ulogu imaju i prava poreskih obveznika. Naime, neka prava (npr. švedsko), predviđaju da poreski obveznik mora biti obavešten da će poreska administracija podatke o njemu dostaviti inostranim poreskim organima. Ovo, s jedne strane, može usporiti sam postupak razmene informacija, ali, s druge strane, smanjuje mogućnost dostavljanja pogrešnih i nepotpunih informacija, jer se neki podaci najpotpunije mogu utvrditi u saradnji sa poreskim obveznikom.

Informacije koje primi država članica na osnovu Direktive 77/799/EES tretiraju se kao službena tajna, odnosno, mogu se učiniti dostupnim samo:

– licima koja su direktno uključena u postupak utvrđivanja poreza, odnosno poreske kontrole

– licima koja su direktno uključena u sudske ili prekršajne postupke koji se sprovode radi pravilnog i tačnog utvrđivanja poreza

Ako država članica koja je primila informacije smatra da bi od njih korist mogla da ima treća država članica, uz saglasnost države koja je pružila te informacije, može da ih prosledi trećoj državi članici.

Jedno od pitanja koje treba razmotriti u kontekstu pružanja pravne pomoći u poreskim stvarima je i pitanje troškova. Preovlađuje stav da pitanje troškova treba razrešiti sporazumom između države koja traži i države koja pruža pomoć, ali da, u načelu, redovne troškove treba snositi država koja pruža pomoć, a vanredne (npr.troškove sprovođenja posebnih postupaka) država koja traži pomoć. U pitanju je izuzetno osetljivo područje, s obzirom da se od zamoljene države ne može zahtevati da angažuje bezbroj službenika samo da bi ispunili zahtev države. Jedno od mogućih rešenje bilo bi prethodno spomenuto deljenje prihoda.

B) Direktiva o oporezivanju prihoda od štednje[22]

Jedan od pravnih instrumenata kojim se na nivou Evropske unije uspostavlja sistem razmene informacija je i Direktiva o oporezivanju pri-

---

la, June 2009,str.15, dostupno na: http://www.eatlp.org/uploads/public/santiago/sop/TextGeneralReportRomanSeer.pdf, 4.4.2011.

[22] Council Directive 2003/48/EC of 3 June 2003 on taxation of savings income in the form of interest payments, Official Journal L 157 of 26 June 2003 amended by Council Directive 2004/66/EC Official Journal L 168, of 26 April 2004, Council Decision 2004/587/EC Official - Journal L 257 of 19 July 2004, Council Directive 2006/98/EC Official Journal L 363 of 20 November 2006, dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri= CONSLEG:2003L0048:20070101:EN:PDF, 31.3.2011.

hoda od štednje u obliku kamata. Nakon više od jedne decenije, posle brojnih diskusija, postignut je politički sporazum, te je Savet EU 2003.godine usvojio pomenutu Direktivu.[23] Njen cilj je bio promovisanje oporezivanja štednje u obliku kamata u zemlji rezidentstva poreskog obveznika koji bi se ostvarivalo putem efikasnog sistema razmene informacija.[24]

Razmena informacija počiva na principu da je lice koje vrši isplatu kamate (eng.: *paying agent*), odnosno koje osigurava isplatu kamate za račun primaoca-stvarnog korisnika (eng.: *beneficial owner*)[25], koji je rezident druge zemlje članice, u obavezi da dostavi minimum informacija nadležnom poreskom organu druge zemlje članice. Minimum informacija koje se dostavljaju uključuju: podatke o rezidentstvu i identitetu stvarnog korisnika, podatke o identitetu i adresi isplatioca kamate, podatke o bankovnom računu primaoca, o iznosu isplaćenih kamata i dr. Razmena informacija je automatska i vrši se jednom godišnje, i to u periodu od šest meseci po isteku poreske godine za sve izvršene isplate tokom te godine.

Kada je reč o odnosu između Direktive o oporezivanju prihoda od štednje u obliku kamata i Direktive 77/799/EES, neophodno je imati u vidu član 9 prvospomenute Direktive koji predviđa da u njoj sadržane odredbe ni na koji način ne derogiraju odredbe sadržane u drugoj Direktivi, ali, takođe, istaknuto je da se član 8 Direktive 77/799/EES, neće primenjivati na informacije koje se obezbeđuju shodno Direktivi o oporezivanju prihoda od štednje u obliku kamata.[26]

Čini se da ova Direktiva u potpunosti odgovara ideji jačanja automatske razmene podataka među članicama. Uglavnom se pozitivno ocenjuju efekti ove Direktive, premda ne treba zanemariti ni određene nedostatke koji se odnose na usko određenje pojma kamate

---

[23] V.: K. Jestin, Mutual Legal assistance in Tax Matters-Recent trends and Challenge Ahead, dostupno na: http://visar.csustan.edu/aaba/Jestin2008.pdf, 31.3.2011.

[24] Izuzetak od navedenog pravila predviđen je za tri zemlje: Belgiju,Austriju i Luksemburg, u kojima bi se zadržao porez po odbitku, s tim da bi one 25 % poreskih prihoda zadržale, a 75% transferisale u zemlje u kojima poreski obveznik ima rezidentstvo. Ovakva odredba ni na koji nečin ne utiče na pravo ovih država da primaju informacije o isplaćenim kamatama njihovim rezidentima iz drugih zemalja članica.

[25] Stvarni korisnik je osoba koja uživa korist od neke imovine, suprotno pravnom vlasniku, koji može biti samo nominalni vlasnik. O konceptu stvarnog korisnika: H. Arbutina, O. Lončarić-Horvat, *Osnove međunarodnog poreznog prava*, Zagreb,2007, str. 193-194.

[26] U svakom slučaju član 8 nije primenjiv. Naime, ovaj član propisuje da države članice nemaju obavezu da dostavljaju informacije koje bi sprečile prikupljanje poreza u sopstvene svrhe. To implicira da je ova odredba sasvim neprimenljiva na predmet koji se reguliše Direktivom o oporezivanju prihoda od štednje.

III PRAVNA POMOĆ U PORESKIM STVARIMA U OKVIRIMA EVROPSKE UNIJE U OBLASTI POSREDNOG OPOREZIVANJA

Savet EU je oktobra 2003.godine usvojio Uredbu 1798/2003/ES o administrativnoj saradnji na području PDV-a[27] čijim se donošenjem uspostavio jedinstveni pravni okvir za administrativnu saradnju u ovom domenu. Postavlja se pitanje šta je iziskivalo njeno donošenje i potiskivanje postojeće regulative (Uredbe 218/92/ES o administrativnoj saradnji u oblasti PDV-a i Direktive 77/799/ES o uzajamnoj administrativno-tehničkoj pomoći nadležnih poreskih organa). Većina se slaže da je, u velikoj meri prisutna, poreska utaja jedan od ključnih razloga za donošenje ove Uredbe.[28] Naime, sistem zasnovan na Uredbi iz 1992.godine i Direktivi iz 1977.godine, čini se, da nije udovoljavao zahtevima koji proističu iz visokog stepena integracije savremenih ekonomija na unutrašnjem tržištu Unije.

Ovom Uredbom se olakšava razmena informacija tako što se reguliše vremenski period u kojem se moraju obezbediti informacije, mogućnosti za upotrebu dostavljenih informacija, procedure i situacije u kojima se može odbiti zahtev za dostavljanjem informacija, oblik zahteva za dostavljanje informacija, upravljanje informacijama koje se razmenjuju sa nečlanicama i dr. Pored toga, olakšava i kontrolu u oblasti PDV-a tako što sadrži odredbe kojima se daje ovlašćenje jednoj državi članici da zahteva sprovođenje istrage od strane nadležnih poreskih organa druge države članice,ili pak prisustvo poreskih službenika tokom kontrole u drugoj članici i dr.Nova regulativa, takođe, obezbeđuje neposredniji kontakt između poreskih inspektora različitih država članica. Upravo se za ovaj neposredni kontakt smatra najboljim načinom za ostvarivanje efikasne i brze razmene informacija među državama članicama.

Uredba 1798/2003/ES predviđa četiri osnovna oblika razmene informacija: razmenu na zahtev, spontanu razmenu, razmenu u vezi sa intrakomunitarnim transakcijama i razmenu informacija u vezi sa elektronski pruženim uslugama. Akcenat je stavljen na spontanu razmenu informacija.[29]

---

[27] Council Regulation No.1798/2003 of 7 October 2003 on administrative cooperation in the field of value added tax and repeling Regulation No. 218/92, Official Journal L 264 of 15 October 2003.

[28] V.: VAT and Administrative Cooperation dostupno na: http://ec.europa.eu/ taxation_customs/taxation/tax_cooperation/mutual_assistance/vat_administrative_regulation/index_en.htm, 31.3.2011.

[29] V.: G.Ilić-Popov, *Poresko pravo Evropske unije*, Beograd, 2004,str.181-182.

U kontekstu razmene informacija u vezi sa intrakomunitarnim transakcijama (transakcije koje za predmet imaju isporuku dobara i pružanje usluga na području Unije), veoma je važno spomenuti Sistem za razmenu podataka o PDV-u (eng.: *Value Added Tax Information Excange System*-VIES) koji omogućuje direktnu razmenu podataka elektronskim putem nacionanih tela nadležnih za PDV, a unutar vremenskih ograničenja utvrđenih relevantnom zakonskom EU regulativom. Na taj način omogućeno je praćenje i nadzor transakcija koje podležu PDV-u unutar Unije i otkrivanje mogućih nepravilnosti. Pored toga, ovaj sistem je veoma važan i za poreske obveznike, s obzirom da im omogućuje verifikaciju PDV identifikacionog broja poslovnih partnera iz drugih država članica. Iako su u prvom planu prednosti, ističe se i da ovaj sistem karakteriše veliki broj grešaka i da sadrži suvišne informacije, te da bi trebalo da radi brže i da uključuje transakcije vezane za usluge, a ne samo dobra.

Od 2003.godine Uredba obezbeđuje dodatne mere neophodne za registraciju inostranih obveznika koji vrše elektronske usluge (tzv.e-usluge) građanima Evropske unije, kao i distribuciju PDV računa nadležnim poreskim telima država članica u kojima su dobra i usluge zaista isporučene, odnosno izvršene, u skladu sa načelom odredišta robe.[30]

Drugi važan instrument koji podstiče administrativnu saradnju na području PDV-a je program Fiscalis 2007 koji su Evropski parlament i Savet EU objavili u vidu Odluke br.2235/2002/ES [31]. Njegov osnovni cilj bio je da se poboljša funkcionisanje sistema oporezivanja na unutrašnjem tržištu Unije, povećanjem saradnje između nadležnih poreskih administracija poboljšanjem sistema elektronske razmene podataka, saradnjom u istragama, organizovanjem seminara za obučavanje poreskih službenika i sl. Na području PDV-a program je dizajniran kako bi se omogućilo poreskim administracijama država članica postizanje visokog stepena usaglašenosti standarda prilikom implementacije regulative koja se odnosi na PDV, a samim tim i ujednačavanje administrativne prakse u ovoj oblasti.

---

[30] U skladu sa postojećim sistemom PDV-a u Uniji, intrakomunitarne isporuke - dobara i usluga su oporezive u državi odredišta, ukoliko je isporuka izvršena poreskom obvezniku u drugoj državi članici. Zbog toga, poreskom obvezniku mora biti omogućeno da brzo i jednostavno proveri da li takav status ima i lice kome vrši isporuku kao i njegov poreski identifikacioni broj. Samim tim uspostavljanje i održavanje elektronskog sistema o PDV obveznicima postaje imperativ efikasnog oporezivanja PDV-om.

[31] Decision No 2235/2002/EC of the European Parliament and of the Council. V.: O programu Fiscalis na: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type_doc=Decision&an_doc=2002&nu_doc=2235,31.3.2011.

Pravnu osnovu administrativne saradnje na području akciza predstavlja Uredba br.2073/2004[32] koja pored razmene informacija na zahtev i spontane razmene informacija predviđa i razmenu informacija u vezi sa intrakomunitarnim transakcijama koje za predmet imaju akcizne prizvode. Poslednji navedeni vid razmene podrazumeva postojanje odgovarajućih elektronskih baza podataka (SEED, MVS, EWSE, EMSC) koje omogućavaju razmenu informacija o proizvođačima i trgovcima akciznom robom. [33]

IV MULTILATERALNI INSTRUMENTI PRAVNE POMOĆI VAN OKVIRA EVROPSKE UNIJE

Beneluks konvencija

Jedan od najranijih instrumenata multilateralne saradnje u poreskim stvarima je Beneluks konvencija potpisana u Briselu 1952.godine. Ovom konvencijom obezbeđuje se pomoć prilikom utvrđivanja svih posrednih i neposrednih poreza, uključujući i lokalne poreze država potpisnica (Belgija, Holandija i Luksemburg).

Nordijska konvencija

Od 1972.godine, kada je Nordijska konvencija o uzajamnoj pomoći u poreskim stvarima stupila na snagu, do danas, Nordijske zemlje su intezivno radile na zajedničkom suprotstavljanju međunarodnoj poreskoj evaziji. Poslednje izmene izvršene su 1989.godine. Ovom konvencijom države potpisnice se obavezuju da će jedna drugoj pružiti administrativnu pomoć u poreskim stvarima a koja se sastoji u dostavljanju dokumenata, informacija, pomoć u utvrđivanju i prikupljanju poreza i sl. Konvencija se odnosi na široku skalu poreza.[34]

---

[32] Council Regulation (EC) No 2073/2004 of 16 November 2004 on administrative cooperation in the field of excise duties, OJ L 359/1 of 4 December 2004, dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:359:0001:0010:EN:PDF, 5.4.2011.

[33] SEED-System for Exchange of Excise Data, EWSE-Early Warning System for Excise, MVS- Movement Verification System, EMCS-Excise Movement and Control. Sistem EMCS u primeni je od 1.januara 2011.godine. U pitanju je kompjuterizovani sistem koji koji omogućuje monitoring nad akciznom robom za koju je odobreno odlaganje plaćanja akciza. O tome više na: http://www.revenue.ie/en/tax/excise/emcs/excise-movement-control-system-emcs-overview.html,31.3.2011.

[34] V.: čl. 2 Nordic Mutual Assistance Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters of 7 December 1989, dostupno na: http://www.itdweb.org/documents/ NORDIC%20MUTUAL%20ASSISTANCE%20CONVENTION.pdf, 29.3.2011

Konvencija o uzajamnoj administrativnoj pomoći u poreskim stvarima

Rukovođeni uspehom Nordijske konvencije Savet Evrope i OECD izradili su nacrt Konvencije o uzajamnoj administartivnoj pomoći u poreskim stavrima 1988. godine, čije su potpisnice bile zemlje članice OECD-a i Saveta Evrope. [35] Ova konvencija je doneta imajući u vidu činjenicu da je međunarodna mobilnost ljudi, kapitala, roba i usluga uslovila potrebu za što tešnjom saradnjom između nadležnih poreskih vlasti kako bi se u što je moguće većoj meri suzio prostor za zakonitu i nezakonitu evaziju poreza.

U preambuli ove Konvencije je istaknuto da jedino koordinisana akcija poreskih organa različitih zemalja može doprineti borbi protiv poreske evazije, ali istovremeno i lakšem utvrđivanju poreske obaveze i zaštiti prava poreskih obveznika, uključujući i zaštitu od diskriminacije i dvostrukog oporezivanja.

Konvencija sadrži 32 člana, primenjuje se na sve posredne i neposredne poreze, doprinose za obavezno socijalno osiguranje, ali ne i na carine. Administrativna pomoć uključuje razmenu informacija (na zahtev, spontanu i automatsku), pomoć u utvrđivanju poreza, uključujući i mere obezbeđenja poreskog zahteva i dostavljanje dokumenata. Konvencija sadrži i pravila posvećena uslovima pod kojima se pomoć pruža, uslove pod kojima je moguće odbiti traženu pomoć, pravila o očuvanju tajnosti podataka, implementaciji Konvencije itd. Posebno važna odredba sadržana je u članu 27 Kovencije. Naime, ovaj član predviđa da vidovi pomoći u poreskim stvarima, predviđeni ovom Konvencijom, ne ograničavaju niti su ograničene, na bilo koji način, pravila o pružanju pravne pomoći sadržane u postojećim ili budućim pravnim instrumentima koji se odnose na saradnju u poreskim stvarima. Takođe je istaknuto da uprkos pravilima sadržanim u Konvencije, ugovorne strane koje su članice Evropske unije u uzajamnim odnosima će primenjivati pravila koja su na snazi u Uniji.[36]

V ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Uzajamna pomoć u poreskim stvarima javlja se kao ključni element u borbi protiv zakonite (nelegitimne) i nezakonite poreske evazije, te sto-

[35] Pored toga što je otvorena za potpisivanje zemljama članicama Saveta Evrope i OECD-a, ova Konvencija reguliše i odnose u pružanju uzajamne administrativne pomoći u poreskim stvarima između navedenih zemalja i trećih zemalja. V.: Annex A, Annex B Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, dostupno na: http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/127-1.htm, 30.3.2011.

[36] V.čl.27. Konvencije

ga mnoge međunarodne organizacije rade, dugi niz godina, na ovoj problematici. No, čini se da taj rad nije okončan. Stvaranje unutrašnjeg tržišta Unije dovelo je do povećanja kako prekograničnih transakcija, s jedne strane, i mogućnosti za poresku evaziju, s druge strane. Samim tim postalo je neophodno da se sprovodi kontinuirana modernizacija pravnih instrumenata uzajamne pravne pomoći, kako bi se stalo na put nastojanjima poreskih obveznika da minimizuju poresko opterećenje, što je i karakterisalo regulativu EU poslednjih godina. Čini se da se samo koordinisanom akcijom poreskih administracija država članica mogu postići zadovoljavajući rezultati.

Kao što je prikazano u radu, uzajamnu pravnu pomoć u poreskim stvarima karakteriše pluralitet izvora. Sve to doprinosi nepreglednosti, donekle sputava i poreske obveznike i poreske administracije i postavlja pitanje odnosa između navedenih izvora. Pored navedenih, u okviru EU, određeni značaj imaju i neki drugi, neporeski izvori, kao na primer Evropska konvencija o uzajamnoj pomoći u krivičnim stvarima, Evropska konvencija o ekstradiciji i sl. Da li ova „hiperprodukcija“ izvora vodi ka neefikasnosti? Čini se da je odgovor pozitivan. Situaciju dodatno komplikuje i činjenica da za neke zemlje važe drugačiji režimi u pogledu sistema razmene informacija, pa je, stoga, i u Predlogu Direktive 77/799/EES istaknuto da je neophodno izgraditi odnose poverenja između članica kreiranjem istih pravila, prava i dužnosti za sve članice.

Nesumnjivo je da se, poslednjih godina, uzajamna pomoć sve više oslanja na postojanje odgovarajućih elektronskih baza podataka i elektronsku razmenu podataka. Zbog toga je nepohodno pomoći manje razvijenim zemljama da razviju svoje administrativne kapacitete tako da punopravno i aktivno mogu učestvovati u ovom procesu.

Cvjetana Cvjetković, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Basic Legal Instruments of Mutual Assistance in Tax Matters in European Union

Abstract

This paper presents the basic legal instruments of mutual assistance in tax matters in the field of direct and indirect taxation in European union, forms of mutual assistance and its importance in fight against international tax evasion and international double taxation. Namely, processes of globalization and liberalization, in terms of taxation in accordance with the principle of worldwide income, have meant that information that is available to a tax administration is not enough to correctly determine tax liability. In such situations states can rely on mutual assistance which may be manifested as exchange of tax information, collaboration by officials and simultaneous controls.

Key words: mutual assistance in tax matters, exchange of tax information, collaboration by officials, simultaneous controls, European union.

Pregledni članak 343.533:004]:061.1EU

Milana Pisarić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

STANJE I TENDENCIJE U SUPROTSTAVLJANJU KOMPJUTERSKOM KRIMINALU NA EVROPSKOM NIVOU[1]

***Sažetak**: Integracija telekomunikacionih i informacionih sistema u savremenom društvu omogućava skladištenje i prenos podataka o svim vrstama komunikacija čime je stvoren niz novih mogućnosti za zloupotrebe u okviru sajber prostora. Te zloupotrebe se odnose na ugrožavanje integriteta, dostupnosti ili poverljivosti računarskih mreža i telekomunikacionih sistema i sa njima povezanih podataka ili se odnose na upotrebu takvih mreža i sistema za izvršavanje «tradicionalnih» krivičnih dela. Sve ove zloupotrebe mogu se zajedničkim imenom označiti kao kompjuterski kriminal. Bez određenih prilagođavanja specifičnostima kompjuterskog kriminala, kao pojave globalnih razmera, otkrivanje, dokazivanje, istraživanje i krivično gonjenje ove vrste kriminala gotovo da je nemoguće. Stoga je uočena potreba za postavljanjem pravnog okvira suprotstavljanja kompjuterskom kriminalu, koji bi činila materijalnopravna i procesnopravna pravila prilagođena ovoj vrsti kriminala kao i za unapređenjem međunarodne saradnje, u okviru globalne i regionalne borbe protiv sajber kriminala. U radu će biti predstavljeno trenutno stanje strateških i pravnih okvira suprotstavljanja kompjuterskom kriminalu na nivou Saveta Evrope i Evropske unije, kao i tendencije u razvoju planskog suprotstvaljanja pomenutim zloupotrebama u okviru ovih regionalnih organizacija.*

[1] Rad je rezultat rada na Projektu: "***Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)***" čiji nosilac je Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu

Ključne reči: *kompjuterski kriminal, pravni okviri, Savet Evrope, Evropska unija.*

1. SAVET EVROPE

Prva međunarodna inicijativa koja se odnosila na kompjuterski kriminal potekla je sa Konferencije Saveta Evrope o kriminološkim aspektima privrednog kriminala 1976. godine[2], i već tada je prepoznato nekoliko oblika zloupotreba računara. Nakon toga, Savet Evrope je doneo dve preporuke u vezi sa kompjuterskim kriminalom, a 2001. godine u okviru ove organizacije usvojena je Konvencija o kompjuterskom kriminalu.

1.1. Preporuke Saveta Evrope

Savet Evrope imenovao je 1985. god. stručnu komisiju radi razmatranja pravnih pitanja u vezi sa kompjuterskim kriminalom. Rezime smernica nacionalnim zakonodavstvima predstavljen je u predlogu *Preporuke br. (89) 9 od 13.septembra 1989. godine koja se odnosi na sa kompjuterima povezana krivična dela*[3]. U ovoj preporuci su proste navedeni i opisani pojedini oblici kompjuterskih krivičnih dela, kao smernica državama u regilisanju ovih pojava na nacionalnom niovu. Zanimljivo je da je još tada utvrđen minimalni spisak kompjuterskih krivičnih dela koje bi trebalo predvideti u krivičnomaterijalnim propisima, a na koji su uvršćeni računarska prevara, kompjuterski falsifikat, oštećenje kompjuterskih podataka ili kompjuterskih programa, računarska sabotaža, neovlašćeni pristup, neovlašćeno prisluškivanje, neovlašćeno umnožavanje zaštićenog kompjuterskog programa i neovlašćeno umnožavanje topografije[4].

Što se tiče proceduralnih pitanja, značajna je *Preporuka SE br. (95) 13 od 11. septembra 1995. godine koja de odnosi na probleme krivičnog*

---

[2] 12th Conference of Directors of Criminological Research Institutes: Criminological Aspects of Economic Crime, Strasbourg, 15–18 November 1976.

[3] *Computer-related crime: Recommendation No. R. (89) 9,* Preporuka je dostupna na internet stranici: *https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=610660&SecMode=1&DocId=702280&Usage=2* (20.12.2010).

[4] Uz ovaj spisak, predstavljena je opciona lista, na kojoj su izmena kompjuterskih podataka i kompjuterskih programa, kompjuterska špijunaža, neovlašćena upotreba kompjutera, neovlašćena upotreba zaštićenih kompjuterskih programa, a koja kao krivična dela mogu predvideti zemlje prilikom razmatranja regulisanja krivičnih dela u vezi sa kompjuterima u nacionalnim zakonodavstvima.

procesnog prava u vezi sa informacionom tehnologijom[5]. Preporuka postavlja 18 principa koji se odnose na pretres i zaplena; tehnički nadzor; obavezu saradnje sa istražnim organima; elektronske dokaze; korišćenje kodiranja; istraživanje, statistiku i obuku i međunarodnu saradnju, a koji su kasnije razrađeni i inkorporisani u Konvenciju SE.

1.2. Konvencija o kompjuterskom kriminalu [6]

Evropski komitet za probleme kriminala (*European Committee on Crime Problems (CDPC))* je u novembru 1996. godine doneo odluku da obrazuje komisiju sastavljenu od stručnjaka za kompjuterski kriminal koja bi sastavila nacrt buduće konvencije[7]. Konvencija je usvojena i bila je otvorena za potpis na Konferenciji Saveta Evrope 23. novemra 2001. godine, a na snagu je stupila 1. jula 2004. godine[8]. Do januara 2011. godine Konvenciji su pristupile sledeće zemlje članice Saveta Evrope: Azerbejdžan, Albanija, Austrija, Belgija, Bosna i Hercegovina, Bugarska, Grčka, Gruzija, Danska, Estonija, Irska, Island, Italija, Jermenija, Kipar, Letonija, Lihtenštajn, Luksemburg, Makedonija, Malta, Mađarska, Moldavija, Nemačka, Norveška, Poljska, Portugalija, Rumunija, Slovačka, Slovenija, Srbija[9], Turska, Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Severne Irske, Ukrajina, Finska, Francuska, Holandija, Hrvatska, Crna Gora, Češka, Švajcarska, Švedska, Španija. Ako se uzma u razmatranje lista potpisnica, može se uočiti sledeće: Andora, Monako, Rusija i San Marino su jedine zemlje članice Saveta Evrope koje nisu potpisnice Konvencije, dok su Konvenciju sa druge strane potpisale i zemlje van Evrope, čime je prevazišla regionalni značaj i stekla univerzalni karakter[10]. Ako se dalje analizira lista potpisnica u pogledu koraka koje su preduzele ka imple-

---

[5] *Council of Europe: Recommendation No. R (95) 13 Concerning Problems of Criminal Procedural Law connected with Information Technology, adopted by the Committee of Ministers on 11 September 1995, https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet? command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=536686&SecMode=1&DocId=528034&Usage=2* (20.12.2010).

[6] *Convention on cyber crime CETS No. 185*, *http://conventions.coe.int* (20.12.2010).

[7] Navedeno prema: *Explanatory Report of the Convention on Cybercrime (185), No. 10, http://conventions.coe.int* (20.12.2010).

[8] Uslov za stupanje Konvencije na pravnu snagu se odnosio na ratifikaciju od strane pet zemalja, od čega su najmanje tri zemlje članice SE.

[9] Konvencija potpisana 7/4/2005, ratifikovana 14/4/2009, stupila na pravnu snagu 1/8/2009.

[10] Radi se o sledećim zemljama: Kanada, Japan, Južnoafrička republika, Sjedinjene Američke države (u SAD Konvencija ne samo da je potpisana 23/11/2001, nego je i ratifikovana 29/9/2006 a na pravnu snagu stupila je 1/1/2007).

mentaciji Konvencije, uočava se da su četrnaest zemalja članica Saveta Evrope potpisale Konvenciju ali u tim zemljama ovaj međunarodnopravni instrument nije ni ratifikovan, pa samim tim nije ni stupio na pravnu snagu – osam od tih zemalja su istovremeno članice Evropske unije.[11]

Ratifikovanjem ili pristupanjem Konvenciji, država se obavezuje da implementacijom obezbedi da u domaćem zakonodavstvu budu kao krivična dela predviđena određena ponašanja opisana u materijalnim odredbama Konvencije i da uspostavi postupke neophodne za istragu i krivično gonjenje takvih krivičnih dela, a koji su opisani u procesnim odredbama Konvencije.

Što se tiče strukture, Konvencija sadrži četiri poglavlja.

U *prvom poglavlju* definisani su osnovni pojmovi (računarski sistem, računarski podaci, provajderi usluga, protok podataka).

Drugo poglavlje sadrži legislativne mere koje treba preduzeti na nacionalnom nivou, a odnose se na krivično materijalno pravo i krivično procesno pravo. U okviru odeljka 1. postavljena je tipologija krivičnih dela, koja je od izuzetnog značaja jer je usvajaju međunarodni i nacionalani propisi koji uređuju kompjuterski kriminal (ista je preuzeta i u aktima EU). Konvencija naime razlikuje četiri tipa krivičnih dela:

– prvu grupu čine krivična dela usmerena protiv poverljivosti, integriteta i dostupnosti podataka i informacionih sistema;

– drugu grupu čine krivična dela koja su povezana sa kompjuterima (*computer-related crimes*) u izvršenju kojih se kompjuter pojavljuje kao sredstvo (kao što su falsifikovanje i prevara);

– treću grupu čine krivična dela u vezi sa sadržajem (kao što je dečja pornografija);

– četvrtu grupu čine povrede autorskih i srodnih prava[12].

Konvencija pred potpisnice postavlja zahtev za uvođenjem istražnih ovlašćenja, a radi modernizacije «alata» koji stoje na raspolaganju organima istrage i gonjenja u vezi sa sa kompjuterskim kriminalom. Naime, u okviru odeljka 2. (članovi 14–21.) su odredbe koje se odnose na procesno pravo, a sadrže određene smernice za postupak, koji se vodi u vezi sa krivičnim delom koje izvršeno putem kompjuterskih sistema, i smernice za

[11] Lista potpisnica (stanje na dan 3.3.2011.godine) može se pronaći na internet stranici: http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM= 8&DF= &CL=ENG

[12] Države mogu isključiti beznačajna ili sitna dela iz implenetacije. Dela moraju da budu namerno počinjena da bi postojala krivična odgovornost. Delo mora biti počinjeno bez pravnog osnova, što može da se odnosi na to da su radnje preduzete bez ovlašće-nja ili uz ovlašćenje, koje ne pokriva zakonske odbrane, izgovor, opravdanja ili relevantne principe po domaćem zakonu.

prikupljanje dokaza u elektronskom obliku o izvršenom krivičnom delu (čak i o krivičnom delu koje ne spada u kompjuterski kriminal u smislu Konvencije). Ovaj deo Konvencije sadrži odredbe koje se odnose na:

– zahtev za ubrzanom procedurom čuvanja uskladištenih kompjuterskih podataka – organi gonjenja treba da budu ovlašćeni da izdaju naredbu da se sačuvaju pohranjeni podaci, i do 90 dana, za podatke od mogućeg značaja za krivični postupak, kako bi se izbeglo uništenje ili oštećenje ovih podataka – treba omogućiti i traženje i čuvanja podataka o komunikacionom saobraćaju (*traffic data*) od provajdera telekomunikacionih usluga;

– naredbu za izdavanje (*production order*) – kojom se može tražiti izdavanje podataka o korisniku od lica koje takve podatke ima u posedu, odnosno od provajdera telekomunikacionih usluga;

– pretragu i zaplenu podataka pohranjenih u računaru koji se pretresa kao i računara kom se preko pregledanog može pristupiti;

– prikupljanje računarskih podataka u realnom vremenu – kako podataka o komunikacionom saobraćaju (*traffic data*), tako i podataka o sadržaju komunikacija (*content data*) – prikupljanje mogu vršiti organi gonjenja ili provajderi usluga po njihovom nalogu.

Uspostavljanje, sprovođenje i primena ovlašćenja i postupaka navedenih u delu koji se odnosi na procesno pravo zahteva od države da obezbedi adekvatnu zaštitu ljudskih prava i sloboda – prvenstveno prava na privatnost. Pri tom treba da se poštuju uobičajeni standardi, tj. minimalne mere zaštite, uključujući međunarodne instrumente o ljudskim pravima[13].

Treće poglavlje odnosi se na međunarodnu saradnju, te postavlja principe u vezi sa nadležnošću, ekstradicijom i međunarodnom pomoći (procedure koje se odnose na međusobne zahteve za pomoć u nedostatku važećih međunarodnih sporazuma, uzajamnu pomoć u vezi sa privremenim merama, te uzajamnu pomoć u vezi sa istragom). Što se tiče nadležnosti, u članu 22. Konvencije predviđena su tri kriterijuma za njeno određivanje – mesto izvršenja krivičnog dela, državljanstvo izvršioca i mesto lišenja slobode izvršioca, a u slučaju sukoba nadležnosti između dve države potpisnice, kao metod rešavanja sukoba predviđa se dogovor između potpisnica. U pogledu međusobne pomo-

[13] Princip proporcionalnosti treba da bude uključen. Svako ovlašćenje ili postupak će se primeniti/sprovoditi srazmerno prirodi i okolnostima izvršenja krivičnog dela. Svaka država trba da razmotri uticaj ovlašćenja i postupaka iz ovog odeljka na prava, odgovornosti i legitimne interese trećih lica, uključujući i pružaoce usluga i interese javnosti i žrtava. Takođe, države mogu obezbediti u svojim zakonodavtsvima dodatnu zaštitu prava i sloboda, predviđajući sudsku ili drugu nezavisnu kontrolu osnova za određivanje takvih mera, trajanja itd.

ći, Konvencija uspostavlja procedure, kako u vezi sa istragom i gonjenjem izvršioca, tako i za prikupljanje dokaza u digitalnom obliku, ali ima supsidijarni karakter, jer pruža pravni okvir za međusobnu pomoć kada ne postoji drugi osnov (ugovor) za pružanje međunarodne pomoći između dve države.

Četrvto poglavlje sadrži završne odredbe. U skladu sa članom 40., svaka država može izjaviti da ostavlja mogućnost zahtevanja dodatnih elemenata, kako je predviđeno, po određenim članovima. Slično je sa stavljanjem rezervi u skladu sa članom 42. po kom svaka država može izjaviti da će iskoristi mogućnost stavljanja rezervi kako je to predviđeno u pojedinim članovima.

Što se tiče značaja Konvencije, nesporno je da predstavlja prvi i za sada jedini međunarodni ugovor globalnog dometa koji se odnosi na kompjuterski kriminal, a koji je imperativnog karaktera. Naime, kada država pristupi Konvenciji ili je potpiše i ratifikuje, Konvencija postaje obavezujuća za državu u smislu što je neophodno u nacionalnom zakonodavstvu preduzeti neophodne zakonodavne mere u cilju implementacije odredba Konvencije u pravni sistem zemlje potpisnice. Međutim, ne samo da Konvencija sadrži minimalna pravila koja treba da se ugrade u materijalno i procesno zakonodavstvo država potpisnica (direktna implementacija – implementacija kao obaveza), nego i ta ista pravila mogu da posluže kao kao model za izradu propisa međunarodnim organizacijama i državama koje nisu u obavezi implementacije (indirektna implementacija – implementacija kao model).

Treba istaći da je do sada Konvencija kao uzor za regulisanje kompjuterskog kriminala poslužila zakonodavstvima u preko 100 zemalja[14], ali pun smisao Konvencije bio postignut zek kada bi je potpisale i ratifikovale, a time i implentirale u svoja zakonodavstva sve države sveta, međutim, za sada, realnost je drugačija –neke od najznačajnijih zemalja članica SE nisu je ni potpisale (Rusija, Turska), druge je nisu ratifikovale (Španija, UK, Poljska itd.), a od deset zemalja koje imaju najveći broj korisnika interneta po stanovniku, samo tri su je ratifikovale (SAD, Nemačka, Francuska), dok je Kina, Brazil, Indija i Rusija nisu čak ni potpisale[15].

Ipak, Konvencija je od izuzetnog značaja za evropski prostor, jer je poslužila kao model/ uzor sa sastavljanje referentnih pravnih akata EU.

---

[14] Navedeno prema: *http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/cy-activity-interface-2010/presentations/Ws%203/cyber_octopus_WS_3_alexander_CCC_global_ frame.pdf* (20.12.2010).

[15] F. Calderoni, „The European legal framework on cybercrime: striving for an effective implementation“, *Crime, Law and Social Change*, 5/2010, 350.

2. EVROPSKA UNIJA

Na početku novog milenijuma borba protiv visokotehnološog kriminala uvršćena je među političke prioritete Evropske unije. Evropska komisija je u aprilu 1998. godine predstavila Studiju o pravnim aspektima kompjuterskog kriminala u informacionom društvu[16], u kome je ukazano na specifične probleme i opasnosti kriminala povezanog sa kompjuterima. Maja 1999. godine Komisija je zauzela stanovište u vezi sa pregovorima oko nacrta Konvencije SE o kompjuterskom kriminalu, prema kom zemlje članice EU u potpunosti podržavaju buduću Konvenciju[17]. Međutim, iako su do sada Konvenciju o kompjuterskom kriminalu SE iz 2001. godine potpisale sve države u okviru EU, ista do sada još uvek nije ratifikovana a time ni stupila na snagu u svim zemljama članicama.

Na nivou Evropske unije prepoznata je opasnost od kompjuterskog kriminala i utvrđena je jasna opredeljnost suprotstavljanju ovom obliku kriminala. Pored toga što postoji nekoliko strateških dokumenata, koji se odnose prevashodno na računarsku bezbednost, od relevantnih pravnih izvora najznačajnija je *Okvirna odluka o napadima na informacione sisteme*, a u toku je priprema za postupak usvajanja direktive koja bi na sveobuhvatan način uredila pitanje kompjuterskog kriminala. Takođe, formirane su specijalizovane agencije u cilju suprotstavljanja krivičnim delima u vezi sa kompjuterima, a insitira se i na unapređenju prekogranične saradnje.

2.1. Strateško opredeljenje ka borbi protiv kompjuterskog kriminala

Strateško opredeljenje EU ka borbi protiv kompjuterskog kriminala utvrđeno je u Saopštenju Komisije EU *Stvaranje bezbednijeg informacionog društva poboljšanjem bezbednosti informacionih infrastrktura i borbom protiv sa kompjuterima povezanog kriinala*[18] iz 2001. godine . U ovom saopštenju ukazano je da na nivou EU ne postoji nijedan izvro prava koji se direktno odnosi na kompjuterski kriminal, pa je uočena potreba za stvaranjem odgovarajućih pravnih instrumenata.

---

[16] Ova studija poznata je kao *„COMCRIME study“,* a priredio je, za potrebe i po nalogu Evropske komisije, Prof. dr. Ulrih Ziber sa Univerziteta u Vircburgu.

[17] B. Ruyver, G. Vermeulen, T. Beken, *Strategies of the EU and the US in combating transnational organized crime*, Maklu 2002, 219.

[18] Communication *Creating a safer information society by improving the security of information infrastructures and combating computer-related crime*, može se preuzeti na internet stranici: *http://www.justice.gov/criminal/cybercrime/intl/EUCommunication.0101.pdf* (20.12.2010).

S tim u vezi Komisija je utvrdila da će predložiti određene legislativene mere sa ciljem približavanja nacionalnih materijalnopravnih i procesnopravnih propisa u vezi sa kompjuterskim kriminalom. U pogledu materijalnopravnih mera, izražena je namera da se sledi tipologija krivičnih dela i standardi koje postavlja Konvencija SE, dok je u pogledu procesnopravnih mera, utvrđeno je da je neophodno uređenje sledećih pitanja: presretanje komunikacija, međusobno priznavanje sudskih naredbi u vezi sa istragama kompjuterskog kriminala, zadržavanje informacija o prenosu podataka, anonimni pristup i upotreba, praktična saradnja na međunarodnom nivou, nadležnost, dokazna snaga kopmjuterskih podataka, i sl.

Ovo saoštenje je zapravo predstavljalo inicijativu za kasnije usvajanje Okvirne odluke o napadima na informacione sisteme iz 2005. godine, kao obavezujućeg izvora prava u okviru nekadašnjeg trećeg stuba EU.

Dalje, Komisija utvrđuje da će se založiti za preduzimanje negelislativnih mera, s obzirom da propisi na nacionalnom i nivou EU jesu neophodni, ali ne i dovoljni za efikasno suprotstavljanje kompjuterskom kriminalu. U tom smislu, Komisija će: promovisati formiranje policijskih jedinica na nacionalnom nivou specijalizovanih za kompjuterski kriminal, podržati obuku policijskih službenika i podsticati saradnju između organa gonjenja, privrede, udruženja potrošača i organizacija za zaštitu podataka.

Ovakvo opredeljenje Komisije potvrđeno je i dodatno učvršćeno u nekoliko godina kasnije usvojenom saopštenju *Prema zejedinčkoj politici u borbi protiv kompjuterskog kriminala* iz 2007. godine. Nakon što su prepoznati osnovni trendovi kompjterskog kriminala, Komisija je za osnovne pravce daljeg razvoja politike suprotstavljanja takvom obliku kriminala postavila: poboljšanje prekogranične saradnje između policijskih i sudskih organa država članica, između javnog i privatnog sektora i međunarodne saradnje uopšte[19]. Prepoznavanje ovih principa, kao neophodnih, proisteklo je iz činjenice da kompjuterski kriminal karakteriše povećanje broja izvršenih krivičnih dela čije radnje su sve prefinjenije sa izraženom prekograničnom dimenzijom, da je pri tome je u izvršenju krivičnih dela sve više izražena zastupljenost organizovanih kriminalnih grupa, a da se sa druge strane broj istraga takvih krivičnih dela na principu prekogranične saradnje ne povećava. Zbog toga poboljšanje saradnje na nacionalnom, evropskom i međunarodnom nivou predstavlja imperativ

[19] Towards a general policy on the fight against cyber crime, *http://eur-lex. europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0267:FIN:EN:PDF* (20.12.2010).

uspešne borbe protiv kompjuterskog kriminala.[20] U okviru toga, jedna od ključnih aktivnosti bi svakako trebala da ogleda u uspostavljanju operativne saradnje između nacionalnih organa gonjenja i procedura razmene podataka, stručnosti i primera dobre prakse na svim nivoima, kao i između javnog i privatnog sektora (prvenstveno se misli na provajdere internet usluga). Takođe, jasno je postalo da je za postizanje boljeg razumevanja fenomena kompjuterskog kriminala neophodno ustanoviti procedure statističkog praćenja razmera kompjuterskog kriminala i obezbediti podršku istraživanjima u vezi sa specifičnostima kopmjuterskog kriminala, kao i finansijaksu podršku programima za obuku pripadnika organa gonjenja[21].

Kompjuterski kriminal je prepoznat kao značajan faktor ugrožavanja bezbednosti u okviru EU i u *Stokholmskom programuiz 2010. godine,* dokumentu koji predstavlja političku agendu EU za period 2010–2014[22], u kojoj je Savet EU odredio izazove koje želi da prevaziđe i ciljeve koje želi da postigne u okviru prostora slobode, bezbednosti i pravde, te je postavio smernice za legislativne i operativne planove upućene kako Komisij EU tako i državam članicama. Pri tome, Savet je ukazao da bi države članice trebalo što je pre moguće da ratifikuju Konvenciju Saveta Evrope o kompjuterskom kriminalu, s obzirom da bi ova Konvencija trebalo da postane referentni pravni okvir za borbu protiv visokotehnološkog kriminala na globalnom nivou. Pred Komisiju je Savet postavio zahtev da daje predloge za razradu pravnog okvira za istraživanja u sajber prostoru unutar Unije, te da preduzima mere za unapređenje/ poboljšanje partnerstva javnog i privatnog sektora. S tim u vezi, unutar Unije bi takođe trebalo se da razjasne pravila o nadležnosti i utvrdi zakonski okvir koji se primenjuje na sajber prostora unutar Unije, uključujući uređenje pribavljanja dokaza u cilju promocije prekogranične istrage. Usled značaja prekogranične saradnje, Savet je pozvao države članice da unaprede međusobnu pravosudnu saradnju u predmetima visokotehnološkog kriminala, naglasivši potrebu saradnje i sa zemljama van Unije. Takođe, Savet je pozvao države članice da daju punu podršku nacionalnim platformama za obaveštavanje zadužene za borbu protiv visokotehnološkog kriminala. Istaknuto je

[20] Iz tih razloga Komisija se i u ovom saopštenju zalaže za podsticanje država članica da ratifikuju Konvenciju SE – čak se pominje razmatranje mogućnosti da Zajednica postane potpisnica Konvencije (što se do sad nije desilo).

[21] Ovu obuku sprovode u saradnji *Europol, Eurojust, European Police College (CEPOL) i European Judicial Training Network (EJNT).*

[22] Official Journal of European Union C 115/1, 4.5.2010, *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:EN:PDF* (20.12.2010).

da bi EUROPOL mogao da igra ulogu resursnog centra, stvaranjem Evropske platforme za identifikaciju dela koja bi trebalo da pomogne nacionalnim platformama za upozoravanje, te razmenom relevantnih podataka i najbolje prakse u vezi sa borbom protiv visokotehnološkog kriminala između država članica.

2.2. Pravni okviri

Iako je pretnja od kompjuterskog kriminala uočena na nivou EU još početkom novog milenijuma i stvoreno jasno opredeljenje suprotstavljanju ovom obliku kriminala, u pogledu relevantnih pravnih okvira, a pre svega usled strukture i nadležnosti EU u okviru nekadašnjeg trećag stuba, još uvek ne postoji obavezujući izvor prava koji bi se direktno primenjivao u državama članicama.

Evropska komisija je Savetu EU 2002. godine uputila predlog da se reguliše na određeni način nezakonit pristup i postupanje u vezi sa informacionim sistemima, da bi Savet EU 24. februara 2005. godine usvojio Okvirnu odluku o napadima na informacione sisteme (*Framework Decision 2005/222/JHA on attacks against information systems*)[23]. Svrha pomenute odluke bila je približavanje nacionalnog zakonodavstva i unapređenje međunarodne policijske i pravosudne saradnje država članica u pogledu predviđanja kao krivičnih dela određenih aktivnosti povezanih sa informacionim sistemima. Okvirna odluka je stvorila skup pravnih definicija i odredila koje su to protivpravne aktivnosti u vezi sa elektrnoskim mrežama, kompjuterima i drugim uređajima povezanim sa mrežom (npr. mobilni telefoni), kao i u vezi sa podacima i programima u tim uređajima i mrežama. U tipologiji krivičnih dela, Okvirna odluka se oslanja na tipologiju utvrđenu Konvencijom SE, pa pred države članice postavlja zahtev da preduzmu mere da se kao krivična dela predvide i kao takve sankcionišu sledeće aktivnosti:

- nezakonit pristup informacionim sistemima (čl. 2.);
- nezakonito ometanje sistema (čl. 3.), i
- nezakonito ometanje podataka (čl. 4.).

Države članice se obavezuju da za ova krivična dela predvide maksimalne kazne između 1 i 3 godine zatvora (čl.6.), odnosno između 2 i 5 godina zatvora, ukoliko su krivična dela počinjena u okviru kriminalne organizacije, što je predviđeno kao otežavajuća okolnost (čl.7.). Za kri-

[23] Okvirna odluka objavljena je u: Official Journal of the European Union, L 69/67, 16.3.2005., a dostupna je na internet stranici: *http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/ LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:069:0067:0071:EN:PDF* (20.12.2010).

vičnu odgovornost za ova dela neophodno je utvrditi postojanje umišljaja kod učionioca, a podsticanje, pomaganje, podržavanje kao i pokušaj izvršenja tih dela takođe će bi trebalo da budu kažnjeni (čl.5.).

Što se tiče nadležnosti, preuzeta su pravila iz Konvencije SE, pa je država nadležna za krivično delo izvršeno na njenoj teritoriji[24], kriterijum državljanastva se predviđa kao alternativni za određivanje nadležnosti, dok će se slučaju sukoba, nadležnost odrediti sporazumevanjem između država članica da se centralni postupak vodi u jednoj od država koje konkurišu na jurisdikciju (čl.10)[25]. U vezi sa unapređenjem međusobne saradnje, u cilju poboljšanja razmene podataka, od država članica se traži da uspostave mrežu na principu "24/ 7 " u okviru koje je 24 sata dnevno, 7 dana u nedelji, moguća razmena informacija o napadima na informacione sisteme (čl.11.). Ostali aspekti procesnog prava nisu preuzeti iz Konvencije SE[26].

Pomenuta okvirna odluka zapravo je prvi korak ka uređenju kompjuterskih krivičnih dela u okviru EU. Okvirna odluka nije izvor prava koji se neposredno primenjuje u državama članicama, nego je neophodna implementacija u nacionalna zakonodavstva. Rok za implementaciju ove okvirne odluke bio je 16. mart 2007. godine (čl.12.), a Komisija je završila procenu nivoa implementacije u julu 2008. godine, i to samo za 20 zemalja članica koje su dostavile dokumentaciju. U izveštaju je navedeno da nije izvršena potpuna implementacija niti jedne odredbe u svih 20 država, te je procenjeno da je bilo potrebno 50% više vremena za implementaciju Okvirne odluke nego što je državama prvobitno ostavljeno.

Zbog nezadovoljavajućeg uspeha u implementaciji Okvirne odluke, a usled tehnološkog napretka i pojave novih oblika izvršavanja kompjuterskih krivičnih dela, uočena je potreba za izmenom postojećih i stvaranjem takvih pravila i mehanizama koji bi zaista doprineli otkivanju i dokazivanju tih krivičnih dela. Mogućnost za postizanje takvog cilja stvara tzv. „komunitarizacija“ Trećeg stuba EU[27]. Naime, pravila EU koja se od-

[24] Država će biti nadležna ukoliko je izvršilac fizički prisutan na njenoj teri-toriji bez obzira da li se informacioni sistem koji je napadnut nalazi ili ne nalazi na istoj - teritoriji ili ako se na njenoj teritoriji nalazi informacioni sistem koji je predmet napada, bez obzira gde se nalazi izvršilac.

[25] To će biti država na čijoj teritoriji je krivično delo izvršeno, ili država čiji je državljanin izvršilac ili država u kojoj je izvršilac pronađen.

[26] M. Gercke, „Europe’s legal approaches to cybercrime“, *ERA Forum*, 10/2009, 412.

[27] Dakle, pravo koje je izviralo iz delokruga trećeg stuba Unije nije imalo dejstva komunitarnog prava, kao što su neposredna primenjivost i princip prvenstva,a sa druge

nose na uređenje određenih oblasti u okviru bivšeg Trećeg stuba EU pre Lisabonskog ugovora donošena su u formi okvirnih odluka koje nemaju direktno dejstvo u državama članicama, nego je potrebna njihova implementacija u nacionalna zakonodavstva. Pri tom Komsija ima samo mogućnost nadgledanja nivoa implementacije pravila iz okvirnih odluka, bez mogućnosti da izrekne bilo kakvu sankciju državi članici koja ne prikazuje zadovoljavajući nivo implenetacije ili da država odgovara zbog neispunjenja obaveza iz okvirne odluke pred Evropskim sudom pravde. Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora 1. decembra 2009. godine stvorene su mogućnosti za olakšano usvajanje novih legislativnih mera u oblasti pravosudne i policijske saradnje (kvalifikovanom većinom članova Saveta EU uz učešće Parlamenta) i to u formi direktive (koja ima direktno dejstvo), dok je Komisiji dato ovlašćenje da nadgleda da li se zemlja članica pridržava direktive, te ukoliko ne postupa u skladu sa direktivom, Komisija može da se obrati Evropskom sudu pravde[28] .

U vezi sa potrebom za novim pravilima u oblasti napada na informacione sisteme, a na osnovu novih legislativnih mogućnosti, 30. septembra 2010. godine Komisija je Savetu uputila predlog direktive o napadima na informacione sisteme, koja bi trebalo da zameni postojeću Okvirnu odluku[29]. U odnosu na Okvirnu odluku, predložena direktiva:

1. pored nezakonitog pristupa informacionim sistemima, nezakonitog ometanja sistema i nezakonitog ometanja podataka, predviđa inkriminaciju upotrebe određenih alata (kao što su maliciozni softveri – npr. botnet – ili nezakonito pribavljanje kompjuterskih lozinki) za izvršavanje krivičnih dela;
2. uvodi nezakonito ometanje informacionog sistema kao krivično delo;
3. predviđa podizanje minimuma zatvorske kazne na 2 godine;
4. podiže visinu maksimalne kazne zatvora za krivična dela izvršena pod otežavajućim okolnostima na najmanje pet godina (umesto na dve godine, kako je predviđeno u Okvirnoj odluci) ukoliko je krivično delo izvršeno: (a) u okviru kriminalne organizacije; (b) upotrebom alata koji mogu da izazovu bilo napade na veliki broj informacionih sistema, bilo napade koji sa sobom povlače znatna oštećenja, u smislu poremećaja sistemskih usluga, finansijskih troškova ili gubitka ličnih podataka (otežavajuća okolnost koja ni-

---

strane, komunitarno pravo ima direktno dejstvo i primat u odnosu na nacionalno pravo i ono je jedino podlegalo kontroli Evropskog suda pravde.

[28] E. Kerlin- Karnell, „The Treaty of Lisbon and the Criminal Law: Anything New Under the Sun?“, *European Journal of Law Reform*, 3/2008, 328.

[29] Navedeno prema: *http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1239* (20.12.2010).

je bila predviđena u Okvirnoj odluci); (v) prikrivanjem pravog identiteta izvršioca i izazivanjem štete zakonitom vlasniku identiteta (otežavajuća okolnost koja nije bila predviđena u Okvirnoj odluci);

5. predviđa poboljšanjanje policijske/sudske saradnje jačanjem postojećeg sistema razmene podataka na principu 24/7, uključujući obavezu odgovora na hitan zahtev najkasnije u roku od 8 sati od postavljanja zahteva;

6. uvodi obavezu prikupljanja statističkih podataka o kompjuterskom kriminalu[30].

Iako će u prelaznom periodu do 1. decembra 2014. godine Komsija moći još uvek samo da nadgleda i podržava efektivnu implementaciju pravila iz okvirnih odluka u državama članicama, predviđeno je da će moći državu koja ne sprovodi pravila da tuži pred Evropskim sudom.

3. TENDENCIJE U SUPROTSTAVLJANJU KOMPJUTERSKOM KRIMINALU

Za uspešno suprotstavljanje kompjuterskom kriminalu nije bilo dovoljno prepoznati opasnosti, kreirati određena pravila i uspostaviti saradnju na institucionalnom nivou. Imajući u vidu da će razvoj informacionih i komunikacionih tehnologija stvarati stalno nove mogućnosti izvršenja krivičnih dela i onemogućavati njihovo otkivanje, da će se broj korisnika pomenutih tehnologija širiti a time i razmere i rasprostranjenost kompjuterskog kriminla, kao neophodnost nameće se konstantna budnost, osposobljenost i spremnost na reakciju organa gonjenja.

Što se tiče aktivnosti **u *okviru Saveta Evrope***, od značaja je implementacija druge faze Projekta SE posvećenom kompjuterskom kriminalu koja će trajati od 1. marta 2009. do 30. juna 2011. godine[31]. Ovaj Projekat ima za prioritetni cilj promociju i podršku državama u implementaciji Konvencije i pratećih međunarodnih standarda, što će se ostvariri kroz rezultate u sledećim oblastima:

– podsticanje nacionalnog zakonodavstva i politike država potpisnica i mogućih potpisnica na usaglašavanje sa standardima postavljenim u Konvenciji;

---

[30] Predlog Komisije dostupan je javnosti preko internet stranice - *http://europa.eu/rapid/ pressReleasesAction.do?reference=MEMO/10/463&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en* (20.12.2010).

[31] O tome više videti na internet stranici: *http://www.coe.int/t/DGHL/cooperation/economiccrime/cybercrime/cy%20Project%20global%20phase%202/projectcyber_en.asp* (20.12.2010).

– podsticanje unapređenja međunarodne saradnje – postavljanjem i jačanjem uloge mreža na principu 24/7 i specijalizovanih jedinica za kompjuterski kriminal u okviru postojećih organa gonjenja kao i određivanje organa nadležnih za pružanje međunarodne pravne pomoći;

– podsticanje unapređenja saradnje organa gonjenja i provajdera internet usluga u istrazi kompjuterskog kriminala, u skladu sa smernicama izdatim aprila 2008. godine[32];

– podsticanje stvaranja institucionalne obuke sudija i tužilaca u vezi sa kompjuterskim kriminalom;

– obezbeđenje zaštite podataka i privatnosti u vezi sa kompjuterskim kriminalom, a u skladu sa pravilima SE i drugim relevantnim međunarodnim standardima.

Na nivou Evropske unije u pogledu budućeg planskog suprotstavljanja kompjuterskom kriminalu postoji nekoliko strateških dokumenata u kojima se ova borba postavlja kao prioritet.

Savet ministara EU je novembra 2008. godine usvojio *Strategiju za jačanje borbe protiv sajber kriminala* u kojoj je predloženo uvođenje čitavog niza operativnih aktivnosti, kao što su sajber patrole, zajednički istražni timovi i daljinska pretraga kompjutera, koji bi trebalo da postanu deo borbe protiv kompjuterskog kriminala u budućnosti. Istovremeno u Strategiji su predviđeni konkreteni koraci koje treba preduzeti radi uspostavljanja bliže saradnje i razmene podataka između organa gonjenja i privatnog sektora o istražnim tehnikama zasnovanim na znanju i trendovima kopjuterskog kriminala[33]. Na sastanku ministara EU u aprilu 2010. godine Savet je u *Akcionom planu za sprovođenje Strategije za jačanje borbe protiv sajber kriminala*[34] postavio za cilj da se u srednjem roku ostvari napredak u vezi sa sledećim akcijama:

– podsticanje država članica koje su potpisale Konvenciju Saveta Evrope na ratifikaciju;

– razmatranje podizanja standarda u specijalizaciji policije, sudija, tužilaca i forenzičkog osoblje do odgovarajućeg nivoa za potrebe sprovođenja istraga o kompjuterskom kriminalu (kroz saradnju država članica sa EUROPOL-om i Evropskom grupom za obuku i obrazovanje u vezi sa kompjuterskim kriminalom[35]);

---

[32] Guidelines for the cooperation between law enforcement and internet service providers against cybercrime, dostupno na: *http://www.ifap.ru/library/book294.pdf* (20.12.2010).

[33] Navedeno prema: *http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1827* (20.12.2010).

[34] Navedeno prema: *http://www.consilium.europa.eu/uedocs/ cms_data/docs/ pressdata/en/jha/114028.pdf* (20.12.2010).

[35] Evropska grupa za obuku i obrazovanje u vezi sa kompjuterskim kriminalom, odnosno *European Cybercrime Training and Education Group (*ECTEG*)* je radna grupa

– podsticanje razmene informacija između država članica (naročito preko baze podataka u okviru INTERPOL-a koje sadrže slike u vezi sa dečjom pornografijom);

– promovisanje razvoja odnosa između evropskih agencija (EUROPOL[36], ENISA[37] itd.), sličnih agencija u trećim zemljama i međunarodnih organizacija (npr. INTERPOL) radi potpunije procene situacije u vezi sa borbom protiv kibernetičkog kriminala, sagledavanja trendova i novih oblika *modus operandi* kopmjuterskih krivičnih dela;

– promovisanje harmonizacije različitih mreža na principu 24/7 (uz izbegavanje mogućeg dupliranja u osnosu na postjeće sistema u okviru G-8 i INTERPOL -a);

– usvajanje zajedničkog pristupa u borbi protiv kibernetičkog kriminala na međunarodnom planu, posebno u odnosu na oduzimanje domena i IP adresa.

Takođe, Evropskoj komisiji je upućena inicijativa da razmotri mogućnost formiranja jedinstvene i centralizovane agencije čiji bi se zadatak ogledao u prevenciji kompjuterskog kriminala, prvenstveno onlajn prevara i dečje pornografije, kroz podsticanje razmene informacija između nadležnih organa država članica. Ta agencija bi trebalo da ima zadatak da postavi standarde za obuku policije, suda, tužilaštva i forenzič-

---

formirana u okviru EUROPOL-a koja koordinira harmonizaciju inicijativa za obuku organa nadležnih za borbu protiv kompjuterskog kriminala, u zajednici sa akademskim - institucijama, privrednim sektorom i predstavnicima civilnog društva. O tome više videti na internet stranici: *http://www.ecteg.eu/*.

[36] Evropska policija ili *Europol* je bitan akter borbe protiv kompjuterskog kriminala koji je do sada usavršio alate informacione tehnologije i formirao tim profesionalnih analitičara i stručnjaka za IKT kako bi bio u stanju da pruži podršku organima gonjenja na nivou EU. S tim u vezi, u okviru Europol-a formiran je *Centar za visokotehnološki kriminal* (High Tech Crime Centre at Europol). Novine je to što je u *Strartegiji Europola za period* 2010–2014 (iz februara 2010. godine) jasno postavljen plan da se ojačaju sposobnosti suprotstavljanja kompjuterskom kriminalu, stvaranjem *Evropskog centra za kompjuterski kriminal u okviru Europola*.

[37] Pored Europola, značajnu ulogu bi trebalo da ostvari *Evropska agencija za mrežnu i informacionu bezbednost* (*European Network and Information Security Agency* (ENISA)). ENISA je nezavisna agencija EU, sa sedištem u Heraklinou (Grčka), za koju je predviđeno da će postojati delovati od 14.marta 2004. do 13.marta 2012. Godine i za to vreeme doprineti povećanju mrežne i informativne bezednosti., shvaćene kao sposobnost mreže/informacionog sistema da odoleva slučajnim događajima ili malicioznim aktivnostima koje imaju za cilj ugrožavanje dostupnosti, izvornosti, celovitosti i poverljivosti pothranjenih ili prenošenih podataka. Zadatak ove agencije je, između ostalog, da prikuplja i obrađuje podatke u vezi sa mrežnim i informacionom bezbednosnim rizicima. U odnosu na kompjterski kriminal, ENISA bi mogla da ima ulogu pružanja savetodavne pomoći Komsiji u vezi sa razvojem i unapređenjem legislativnih akata EU. O tome više videti na internet stranici*: http://www.enisa.europa.eu/*.

kog osoblja u standarde najbolje prakse a u cilju sprovođenja tehnološke istrage, te da sastavlja godišnje izveštaje o fenomenu kompjuterskog kriminala na evropskom nivou i pojava u vezi sa novim tehnologijama polazeći od nacionalnih statističkih podataka, te da bude savetodavno telu Komisiji i Savetu u stvaranju pravila i preporuka u vezi za brobrom protiv kompjuterskog kriminala. Evropska komisija će do kraja 2011. godine okončati studiju u kojoj će razmotriti potrebu za stvaranjem jedne takve agencije, njenim ciljevima, zadacima, sedištu i načinu finansiranja[38].

Plansko suprotstavljanje kompjuterskom kriminalu je određeno kao prioritet i u *Strategiji unutrašnje bezbednosti EU* koju je usvojio Savet EU 23. febrauara 2010. godine[39]. U Strategiji je kompjuterski kriminal ocenjen kao globalna, tehnička, prekogranična i anonimna pretnja bezbednosti informacionih sistema EU[40]. U saopštenju Evropske komisije *Sprovođenje Strategije unutrašnje bezbednosti EU: pet koraka ka sigurnijoj Evropi* od 26. novembra 2010. godine, Komisija je odredila kompjuterski kriminal, naročito s obzirom na prekogranični karakter, kao jedan od bitnih činilaca koji ugrožavaju bezbednost EU, pa je među pet strateških ciljeva za period 2011–2014. godine uvrstila podizanje nivoa bezbednosti građana i poslovanja u okviru sajber prostora. Za sprovođenje takvog cilja, Komisija je predvidela preduzimanje sledećih aktivnosti u okviru EU:

– do 2013. godine biće formiran Centar za kompjuterski kriminal, u okviru kog će se vršiti nadzor i procena postojećih preventivnih i istražnih mera, kao i trening i podizanje svesti među izvršnim i pravosudnim organima o specifičnostima kompjuterskog kriminala. Predviđeno je da budući centar postane ključna tačka u borbi protiv kompjuterskog kriminala, u okviru kog će biti obezbeđena centralizovana koordinacija prikupljanja i analize podataka, obuke i saradnje država članica sa institucijama EU;

– Saradnja sa privatnim sektorom radi poboljšanja zaštite građana – saradnja je značajna ne samo radi razmene informacija i dokaza, nego i

---

[38] Navedeno prema: *http://www.eubusiness.com/news-eu/action-plan-cybercrime/* (20.12.2010).

[39] Navedeno prema: *http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st05/st05842-re02.en10.pdf* (20.12.2010).

[40] Prema najnovijim podacima EUROPOL-a šteta koju Evropskoj uniji na godišnjem nivou pričini kompjuterski kriminal iznosi 750 milijardi eura, što prevazilazi štetu - od trgovine narkoticima, a predstavlja 1% BDP u EU. S obzirom da je više od 150 000 virusa i drugih malicioznih kodova je u opticaju, dok se oko 148.000 hiljada kompjutera na dan zarazi, države članice EU se ubrajaju među najugroženije države; navedeno prema: *http://www.europol.europa.eu/index.asp?page=news&news=pr110103.htm* (20.12.2010).

radi razvoja tehničkih alata i mera za sprečavanje kompjuterskog kriminala; države članice treba da stvore mogućnost za građane da prijave izvršenje kompjuterskih krivičnih dela, da sačine i učine dostupnim smernice za računarsku bezbednost, te da podstaknu akademske institucije da se uključe u istraživanje specifičnosti kompjuterskog kriminala[41];

– Unapređenje sposobnosti reagovanja na sajber napade – do 2012. godine svaka država članica i sve institucije EU treba da uspostave funkciomalne timove za računarsku bezbednost *(Computer Emergency Response Team CERT)* koji će biti umreženi na nivou EU i sarađivati sa izvršnim organima u prevenciji i odgovoru na bezbednosne incidente, uz podršku ENISA-e.

– U toku je postavljanje Evropske platforme za obuku u vezi sa istragom kompjuterskog kriminala. Ovu aktivnost sprovodi Komisija u saradnji sa državama članicama, EUROPOL-om, univerzitetima i privatnim sektorom[42].

4. ZAKLJUČAK

Prilikom kreiranja pravnih okvira za borbu protiv visokotehnološkog kriminala, nekoliko pitanja se nameće kao izazov koji treba prevazići:

1. pitanje određivanja šta se pod kompjuterskim kriminalom podrazumeva;

---

[41] EUROPOL trenutno u saradnji sa Komisijom radi na postavljanju platforme za prijavljivanje krivičnih dela učinjenih na internetu koja bi trebalo da omogući bolju koordinaciju istraga kopmjuterskog kriminala. Plan je da se do 2012. godine uspostavi i postane funkcionalna tzv. Evropska platforma za krivična dela u vezi sa internetom - (*European alert platform for Internet-related offences*), u okviru koje bi postojale tri strukturne celine: (1) onlajn sistem za prijavljivanje krivičnih dela izvršenih na internetu (*Internet Crime Reporting Online System (I-CROS)*); (2) Radna jedinica za analizu (*Analysis Work File (Cyborg*)) koja bi aktivno pratila delovanje kriminalnih grupa na Internetu; (3) Forum za internet forenzičare (*Internet & Forensic Expert Forum (IFOREX))* na kom bi se razmenjivali podaci između stručnjaka za kompjuterski kriminal. Takođe, u ovu platformu države članice EUROPOL-a bi unosile podatke koji se odnosena primere najbolje prakse i obuke; navedeno prema: *http://register.consilium.europa.eu/ pdf/en/10/st06/ st06517.en10.pdf.* (20.12.2010).

[42] Ujunu 2010. godine na nivou EU formirana je Radna grupa za kompjuterski kriminal (*European Union Cybercrime Task Force*) kao grupa sastavljena od stručnjaka, predstavnika Europola, Eurodžasta i Komisije, koji će zajedno sa predstavnicima nacionalnih jedinica za borbu protiv kompjuterskog kriminala raditi na postizanju strateškog cilja, a to je unapređenje i olakšavanje vođenja istraga i postupaka u vezi sa kompjuterskim kriminalom na nivou EU i unapređenje prekogranične saradnje u vezi sa suprotsvaljanjem ovoj vrsti kriminala. Navedeno prema: *http://www.europol.europa.eu/ index.asp?page=news&news=pr100622.htm* (20.12.2010).

2. činjenica da se kompjuterska krivična dela izvršavaju u virtuelnom okruženju, gde su gotovo neprimenljiva tradicionalna pravila o nadležnosti i pravila za otkrivanje i dokazivanje;

3. činjenica da informacione i komunikacione tehnologije nisu srodne i u dovoljnoj meri poznate pripadnicima organa gonjenja i pravosuđa.

Prema tome, u pravnim okvirima za borbu protiv visokotehnološkog kriminala neophodno je:

a) definisati koje se to aktivnosti u vezi sa informacionim sistemima smatraju kompjuterskim kriminalom;

b) odrediti specifična proceduralna pravila, da bi se moglo pristupiti istraživanju i procesuiranju kompjuterskog kriminala,

v) omogućiti osposobljavanje i konstantno obučavanje pripadnika institucija nadležnih za suprotstavljanje ovom obliku kriminala.

Na evropskom nivou, pravni okvir za borbu protiv računarskog kriminala postavljen je u Konvenciji SE o kompjuterskom kriminalu i Okvirnoj odluci Saveta EU o napadima na informacione sisteme. U nizu dokumenata organa EU izražena je strateška podrška Konvenciji SE i nastojanje da se države članice podstaknu na ratifikaciju Konvencije. Osim toga, na Konvenciju se oslanja i pomenuta Okvirna odluka kao izvor prava na nivou EU, tako da je veza između akta Saveta Evrope i pravnih okvira EU suprotstavljanju kompjuterskom kriminalu nedvosmislena. Ova dva pravna instrumenta imaju isti cilj – ublažavanje razlika između nacionalnih zakonodavstava, uvođenje novih ovlašćenja u otkrivanju i dokazivanju kompjuterskog kriminala i poboljšanje međunarodne saradnje u borbi protiv visokotehnološkog kriminala. Iako se njihova pravna priroda i domet razlikuju, pomenuti cilj će se ostvariti tek ako se pravila postavljena u pravnim okvirima ovih akata budu sprovodila.

Bez obzira na današnje stanje u broju potpisa i ratifikacija i nivoa implementacije Konvencije SE uopšte, ona je odigrala značajnu ulogu kao prvi instrument koji je uredio osnovna pitanja u vezi sa kompjuterskim krimnalom i time poslužio kao putokaz nacionalnim zakonodavtsvima velikog broja zemalja u Evropi i u svetu. Ipak, da bi Konvencija kao međunarodni ugovor postala obavezujuća za državu potpisnicu, neophodna je njena ratifikacija i implementiranje njenih odredbi u nacionalna zakonodavstva. Isto tako, ni Okvirna odluka Saveta EU nema direktno dejstvo u zemljama članicama EU, te je potrebna je implementacija njenih pravila. Iz svega ovoga može se zaključiti da suprotstavljanje kompjuterkom kriminalu na evropskom nivou i pored postojanja pravnih okvira utvrđenih u pomentim instrumentima i strateškog opredeljenja država neće biti efikasno, dok god ne bude sprovedena stvarna i efektivna implementacija ovih pravnih pravila.

Milana Pisarić, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Status and Tendencies in Combating Computer Crime at European Level

Abstract

Without certain adjustments to specifics of computer crime, as to a phenomenon of global proportions, detection, investigation and prosecution of this type of crime is almost impossible. Therefore, the need for setting up a legal framework for combating cyber crime has been identified, in order to define which activities related to information systems are considered computer crime; to determine the specific procedural rules, which would enable the access to data, computer and networks during investigating and prosecuting computer crime and to provide continuous training of members of the institutions responsible for countering this form of crime.

This legal framework should consist of substantive and procedural rules adapted to this type of crime due its aim is the improvement of international cooperation in the framework of global and regional approach to combating cyber crime.

In this this paper the current situation of strategic and legal framework of countering cyber crime is presented (at the level of the Council of Europe and of the European Union) as well as trends in the development of systematic approach towards countering the mentioned abuses within these regional organizations. At the European level, the legal framework to combat cyber crime is set in the Council of Europe Convention on cyber crime and the Council of EU Framework Decision on attacks against information systems. In a series of documents organs of EU confirmed the strategic support of COE Convention and the encouragement of Member States to ratify the Convention. In addition, the Convention represent the base of the said Framework Decision. These two legal instruments have the same goal - removing the differences between national legislation, the introduction of new powers in the discovery and evidence of computer crime and improvement of the international cooperation in combating cyber crime. Although their legal nature and scope vary, its objectives will be achieved only if the rules laid down in the legal framework are enforced.

Key words: cybercrime. – legal framework. – Council of Europe. – European Union.

Pregledni članak 616-089.888.11:34

Sandra Samardžić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNA PITANJA BIOMEDICINSKI ASISTIRANE REPRODUKCIJE: REPRODUKTIVNI TURIZAM[1]

Sažetak: *Nacionalni zakoni, predstavljaju šarolik splet, običajnih i etičkih, ali i političkih i drugih stavova jednog društva. Naročito delikatni, jesu zakoni koji regulišu pitanje asistirane reprodukcije. U ovoj oblasti široka društvena prihvaćenost zakonskih rešenja predstavlja bitan preduslov njihove primene, dok je postizanje saglasnosti većine, a naročito postizanje konsenzusa izuzetno teško, gotovo nemoguće. Koliko god zakoni uspevali da implementiraju dominantne stavove društva, uvek će preostati određeni broj onih za ispunjenje čijih želja, usvojena rešenja neće biti prihvatljiva. Ta lica, u razumljivom nastojanju da po svaku cenu realizuju svoju želju za potomstvom, neće se suzdržavati da pomoć potraže bilo gde, makar to podrazumevalo i odlazak na daleke destinacije i izdvajanje velike sume novca. Naime, veliki broj pacijenata odlazi u druge države, koje predviđaju liberalnija zakonska rešenja u oblasti asistirane reprodukcije, a čini se da u skorije vreme ne bismo mogli očekivati opadanje ovog trenda. Ova pojava, u teoriji nazivana reproduktivni turizam, već duže vreme predstavlja realnost koju jedni vide kao problem, dok drugi u njoj vide nezamenljivo rešenje. Ovaj rad, nastoji da pronađe glavne uzroke nastanka ove pojave, ali i da odgovori, treba li sprečavati reproduktivni turizam (i na koji način) ili održavanjem postojećeg stanja omogućiti smanjenje moralnih konflikata u društvu kroz mehanizam kojim se priznaje pravo svakog lica na široku*

[1] Rad je posvećen projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ br. 179079 koji sada finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

slobodu volje u odlukama o najznačajnijim pitanjima kao što to potomstvo svakako jeste.

Ključne reči: *reproduktivni turizam, asistirana reprodukcija, planiranje porodice.*

1. Uvodna razmatranja

Čineći osnovnu jedinicu svakog društva, porodica je oduvek predstavljala najzaštićeniju i najpoštovaniju instituciju od samog momenta njenog nastanka. Neminovnost ove činjenice uticala je na čoveka da uloži neveverovatne napore kako bi omogućio njen opstanak i razvitak, odnosno kako bi privilegiju življenja u njenim okvirima učinio dostupnom najširem krugu lica. Saznanja do kojih je došao, učinila su problem neplodnosti rešivim, ako ne u potpunosti, onda svakako u trenutnoj maksimalnosti. Ono što se, međutim, u takvim okolnostima pojavilo (i dalje egzistira) kao problem, jeste prihvatljivost, odnosno neprihvatljivost, svih (ili pojedinih) postupaka kojima se nastoji prevazići problem nemogućnosti prirodnog začeća.

Moralna shvatanja koja dominiraju u određenim drštvima, čini se da određuju sadržinu zakonskih tekstova, diktirajući tako i obim u kojem će savremena dostignuća biti primenjena. Koliko god na prvi pogled to izgledalo nepravedno prema manjini, čiju stavovi mogu biti dijametralno suprotni, ono na čemu se demokratija temelji nije princip konsenzusa, već princip većine.[2]

Kako bilo, u oblasti asistirane reprodukcije, ne samo što konsenzus predstavlja neostvarljivu kategoriju, već i pojam „većina“ može predstavljati diskutabilnu pojavu. Na mnoga pitanja, zbog svoje bliske povezanosti sa nekim osnovnim moralnim i etičkim principima, teško je dati jedan konačan odgovor, pa tako i iskristalisati stav koji je dominantan. Tako, uz argumente koji se ističu i za i protiv nekih postupaka kao što je istraživanje na embrionima, postupk preimplementacione dijagnostike, zamrzavanje embriona odnosno jajnih ćelija, omogućavanje licima bez partnera, odnosno istopolnim partnerima, pristup tahnikama asistirane reprodukcije; mogućnosti posthumne reprodukcije i mnogi drugi; teško je opredeliti se za jedno rešenje. Ipak, nacija koja bi prihvatila rešenje prema kojem oblast biomedicine ne bi u opšte bila regulisana, time bi u stvari, podržala liberalan stav, da svaki građanin treba da donese odluku u skladu sa svojim mo-

[2] Bayertz K (1994) The concept of moral consensus: philosophical reflections. In Bayertz K (ed.) The concept of moral consensus. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, pp. 41–58.

ralnim ubeđenjima[3], što se teško može prihvatiti kao odgovarajuće rešenje. Adekvatan primer predstavlja Italija, odnosno način razvitka njene pravne regulative u ovoj oblasti. Naime, do 2004. godine, u Italiji nije postojalo zakonodavstvo koje se odnosilo na oblast asistirane reprodukcije, te se upravo iz tog razloga ova država nalazila na čelu grupe zemalja sa liberalnim pristupom u ovoj oblasti. Međutim, donošenjem zakona 2004. godine[4] situacija se drastično promenila, u tolikoj meri da Italija sada spada u pravne sisteme sa najprohibitivnijim rešenjima u oblasti asistirane reprodukcije. Ovakav stav možda i ne bi trebalo da čudi s obzirom na to da Italija predstavlja državu sa izrazito dominantnim verskim uticajem. Ono što se međutim, pojavilo kao problem jeste, izrazito povećanje broja parova koji se za pomoć obraćaju drugim državama sa manje restriktivnim rešenjima.

Primer Italije, samo je jedan u nizu velikog broja onih država koje su dosta obazrivo pristupile regulisanju ove oblasti, donoseći vrlo restriktivne zakone. Posledica toga jeste odlazak velikog broja pacijenata koji se susreću sa problemom neplodnosti u inostranstvo u nameri da pod svaku cenu pokušaju sa svim raspoloživim metodama. Takva pojava, koja u teoriji nosi naziv *reproduktivni turizam,* predstavlja realnost koju jedni vide kao problem, dok drugi u njoj vide apsolutan minimum poštovanja moralne autonomije pojedinaca.[5]

Ovaj rad nastoji da prikaže najčešće razloge, i u skladu sa tim i zakonska rešenja pojedinih država, koji su doveli do pomenute pojave. Takođe, u radu je analiziran i Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplođenja Srbije[6], koji se primenjuje od 1. januara 2010. godine.

2. Najčešći uzroci pojave reproduktivnog turizma

Pre same analize mogućih razloga koji podstiču parove (ali i lica bez stalnog partnera), da se za pomoć obrate klinikama izvan njihove države, interesantno je ukratko spomenuti i slučaj *Diane Blood*[7]*,* koji je 1997. go-

---

[3] Pennings, *Legal Harmonization and Reproductive Tourism in Europe*, *Human Reproduction* Vol.19, No.12 pp. 2689–2694, 2004.

[4] Oblast asistirane reprodukcije u Italiji regulisana je *Normama o medicinski asistiranom začeću* iz 2004. godine. (Gordana Kovaček-Stanić, „Legislativa o ljudskoj reprodukciji uz biomedicinsku pomoć“, Univerzitet u Novom Sadu, 2008.)

[5] Pennings, *op. cit.*

[6] Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplođenja, "Sl. glasnik RS", br. 72/2009.

[7] R v Human Fertilisation & Embryology authority; Ex Parte Blood [1997] 2 All ER 687

dine privukao pažnju britanske javnosti i koji je pažljivo ispraćen od strane medija.

Gospođa *Blood* je, nakon što je njen suprug pao u komu i nakon što je postalo jasno da do oporavka neće doći, zahtevala, i uspela, da dobije njegove semene ćelije putem posebnog metoda elektroejakulacije, iako sam pristanak njenog supruga za tako nešto nije postojao. Gospođi *Blood,* međutim, kasnije, na njen zahtev, nije dozvoljeno korišćenje tih ćelija za potrebe oplodnje. Naime, kako je istaknuto, uzimanje semenih ćelija od gospodina *Blood* dok se on nalazio u komatoznom stanju, bez mogućnosti da dâ svoj pristanak, predstvaljalo je nedozvoljenu radnju, te bi i upotreba tako dobijenih ćelija predstavljala dalje kršenje odredbi Zakona o humanoj fertilizaciji i embriologiji prema kojima je posthumna oplodnja moguća samo ako je prethodno dat pristanak za tako nešto[8]. U ovom slučaju, sporno pitanje nije bilo upotreba semenih ćelija lica koje je umrlo, niti začeće deteta čiji otac je već umro, već činjenica da pristanak gospodina *Blood* nije dobijen onako kako je to bilo predviđeno Zakonom o humanoj fertilizaciji i embriologiji. Iako se na prvi pogled činilo da je situacija jasna, odnosno da bi se dozvoljavanjem oplodnje samo produžio niz zabranjenih radnji, krajnji ishod slučaja govori suprotno. Nakon što je njen zahtev odbijen od strane Agencije za humanu fertilizaciju i embriologiju, slučaj je završio pred sudovima, koji su naposletku dozvolili gospođi *Blood* upotrebu semenih ćelija njenog supruga, ali pod uslovom da genetski materijal iznese iz zemlje i postupak oplodnje izvrši u drugoj državi. Nakon ovakve odluke, gospođa *Blood* obratila se klinici u Briselu koja je posle devet meseci odlučivanja ipak pristala da izvrši oplodnju, i na taj način ostvari želju gospođe *Blood*, ali i želju roditelja njenog supruga. Oplodnja je uspešno izvršena, a posle 3 godine postupak je ponovljen još jednom, tako da je sada gospođa *Blood* majka dva dečaka.

Slučaj *Diane Blood* zbog nesvakidašnjeg zahteva, privukao je veliku pažnju javnosti, ali je broj onih koji se odlučuju da pomoć potraže u inostranstvu izuzetno velik, a razlozi za preduzimanje takvih koraka, su različiti i variraju od jedne do druge države u zavisnosti od sadržine njihovih zakonskih rešenja.

Najčešće do reproduktivnog turizma dolazi kada je sam postupak zabranjen u zemlji porekla iz razloga što se smatra etički neprihvatljivim, kao što to može biti slučaj sa doniranjem gameta ili sa postupkom izbora pola deteta iz nemedicinskih razloga i sl. Tako, u italijanskom zakonu u članu 4(3) koji nosi naziv *Pristup tehnikama,* navodi se da je pribegava-

[8] Videti Zakon o humanoj fertilizaciji i embriologiji Velike Britanije iz 1990 (tekst zakona dostupan na sajtu: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents)

nje tehinkama medicinski asistiranog začeća heterolognog tipa – zabranjeno, odnosno zabranjeno je doniranje bilo jajnih, bilo semenih ćelija. U situacijama kada se problem neplodnosti javlja samo na strani jednog partnera (što je i najčešći slučaj), za te pacijente upotreba doniranih gameta, pored usvojenja, može predstavljati jedini način za dobijanje potomstva. Slična situacija predviđena je i Zakonom o medicinskoj oplodnji Austrije[9], prema kojem je zabranjeno doniranje jajnih ćelija, a doniranje semenih ćelija dozvoljava se samo izuzetno, odnosno samo ukoliko one budu upotrebljene putem *in vivo* oplodnje, ali ne i *in vitro.* Međutim, Evropski sud za ljudska prava u Strazburu je u slučaju *S.H. and Others v. Austria*[10] zauzeo stav da ova odredba predstavlja kršenje Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, tačnije člana 14 u relaciji sa članom 8.

Pored toga, u postupku *in vitro* fertilizacije, moguće je izvršiti i preimplemntacionu dijagnostiku tzv. *PGD*, koja podrazumeva ispitivanje embriona pre njegovog implemetiranja u telo žene. Ovo ispitivanje se u najvećem broju slučajeva dozvoljava kako bi se ispitalo da li embrion poseduje dovoljne kvalitete da bi se dozvolilo njegovo implementiranje. Tokom ispitavanja moguće je doći i do saznanja o polu budućeg deteta, što opet može biti od značaja u slučajevima pojedinih bolesti koje se prenose samo na žensko ili samo na muško potomstvo.[11] U poslednjih nekoliko godina, sve veći broj pacijenata nastoji da putem *PGD* analize obezbedi implementaciju embriona samo jednog pola. Razlozi za ovako nešto mogu biti mnogobrojni, od onih medicinske, pa do onih sociološke prirode. Naime, mnogi parovi koji već imaju decu jednog pola, na ovaj način žele da osiguraju dobijanje deteta suprotnog pola. Kako je međutim, primena *PGD* tehnike zabranjena u većini država, a one koje je dozvoljavaju (kao što je to slučaj sa Velikom Britanijom) ograničavaju njenu upotrebu samo u medicinske svrhe, veliki broj pacijenata odlazi u SAD koje ne poznaju ovakve zabrane.[12]

---

[9] *Zakon o medicinskoj oplodnji* iz1992. godine Gordana Kovaček-Stanić, „Legislativa o ljudskoj reprodukciji uz biomedicinsku pomoć“, Univerzitet u Novom Sadu, 2008.

[10] *Case S.H. and Others v. Austria*, *application no. 57813/00,* od 1. aprila 2010. Presuda koju je donelo Veće nije konačna, s obzirom da je upućena Velikom veću, koje je održalo saslušanje 23. februara 2011. godine, te se očekuje donošenje konačne presude koja bi mogla imati implikacije i na zakonodavstvo Nemačke i Švajcarske, koja takođe zabranjuju doniranje jajnih ćelija.

[11] Tako na primer *muskularna distrofija Dišen*, predstavlja bolest koja se prenosi samo na muško potomstvo.

[12] Eric Blyth and Abigail Farrand, „Reproductive Tourism – a Price Worth Paying for Reproductive Autonomy?“, *Critical Social Policy* 2005; 25; 91

Drugi razlog koji dovodi do reproduktivnog turizma je i činjenica da ne poseduju svi pacijenti karakteristike koje ih čine podobnim za postupke BMPO. Tako, neke države zabranjuju pristup tehnikama asistirane reprodukcije ženama koje se nalaze u istopolnim zajednicama ili ženama bez stalnog partnera, ali i ženama koje prelaze maksimum godina koji je predviđen za pristup tehnikama asistirane reprodukcije. Najveći broj evropskih država i dalje kao jedinu prihvatljivu formu porodice vidi heteroseksualnu zajednicu, te su upravo prava vezana za postupak asistirane reprodukcije rezervisana samo za njih. Manji broj država, kao što su Danska, Belgija, Španija, Holandija i Velika Britanija, dozvoljava i ženama bez partnera da se podvrgnu postupku BMPO. Interesantno je ovde pomenuti i rešenje koje je prihvaćeno u našem zakonodavstvu. Naime, pravo na lečenje neplodnosti postupcima BMPO izuzetno ima i „punoletna i poslovno sposobna žena koja sama živi ... uz sporazumnu saglasnost ministra nadležnog za poslove zdravlja i ministra nadležnog za porodične odnose, ako za to postoje naročito opravdani razlozi“,[13] pri čemu se ne navodi koji će se to razlozi smatrati opravdanim. Razlog zbog kojeg bi se postupak mogao dozvoliti i ženi bez partnera treba da bude medicinske prirode, imajući u vidu da se postupak BMPO sprovodi u smislu lečenja neplodnosti, a što je sadržano već u samom nazivu Zakona.[14] Osim toga, mora biti poštovano i načelo medicinske opravdanosti koje je eksplicitno predviđeno u Zakonu o lečenju neplodnosti. Na osnovu toga, može se pretpostaviti da se homoseksualna orijentacija žene ili nemogućnost da se roditeljstvo ostvari samo zbog toga što žena nema partnera neće smatrati opravdanim razlozima.[15]

Daleko manje je onih koji su to pravo priznale i ženama u istopolnim zajednicama. Za sada to pravo je priznato u Velikoj Britaniji, Danskoj, Španiji i Švedskoj. Velika Britanija je otišla i korak dalje, pa je ovo pravo priznala i muškarcima koji se nalaze u istopolnim zajednicama, dozvoljavajući na taj način i surogat materinstvo. Interesantno je da švedsko zakonodavstvo, pored ovako liberalnog pristupa kada se radi o ženama koje se nalaze u istopolnim zajednicama, sa druge strane ne dozvoljava pristup tehnikama licima koja se ne nalaze u braku ili kvalifikovanoj vanbračnoj zajednici.[16] To znači, da i istopolni par mora ispuniti ovaj uslov, s

[13] V. član 26, Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplođenja, "Sl. glasnik RS", br. 72/2009

[14] Gordana Kovaček-Stanić, „Porodičnopravni aspekt biomedicinski potpomognutog oplođenja u pravu Srbije i evropskim pravima“, *Zbornik matice srpske za društvene nauke,* 2010.

[15] *Ibidem.*

[16] *The Genetic Integrity Act* (2006:351), Chapter 6, Section 1.

obzirom da je u Švedskoj od 2009. godine priznato pravo na sklapanje braka i homoseksualnim partnerima. Razlog za uvođenje ovakvog stava, inspirisan je potrebom da se zaštite prava deteta, odnosno da dete koje je začeto uz pomoć artificijalne inseminacije uvek ima dva roditelja – majku i njenog bračnog ili vanbračnog partnera.[17]

Što se tiče starosne granice, ona nije svuda striktno određena, ali se u najvećem broju zakonskih tekstova navodi da to mora biti žena sposobna za rađanje. Zakon Belgije, međutim, navodi da je dozvoljeno uzimenje gameta kod punoletnih žena, ne starijih od 45 godina, a zahtev za implementaciju embriona ili za inseminaciju gametima mogu postaviti punoletne žene, ne starije od 45 godina dok se sam postupak mora se izvršiti pre nego što ona napuni 48 godina.[18] Jasno je da se sposobnost žene kao i njena mogućnost da dete nosi, rodi, ali što je najvažnije i podiže, zavisi od različitih faktora i da bi postavljanje striktne granice predstavljao nezahvalan zadatak. Međutim, imajući u vidu da su zloupotrebe i zaobilaženja propisa moguća u svakom momentu, neophodno je zaista pažljivo se posvetiti preispitivanju svake konkretne situacije, kako ne bi došlo do neprihvatljivih situacija, gde će decu rađati žene koju se nalaze u poodmaklim godinama.[19]

Jedan od najčešćih razloga zbog kojeg se pacijenti obraćaju inostranim klinikama jeste i način regulisanja pitanja anonimnost donora.

Poznato je i da su pacijenti, želeći da izbegnu pravila o neanonimnosti donora, odlazili iz Švedske u Veliku Britaniju,[20] sve do donošenja Regulative 2004. godine koja je takođe zabranila anonimnost donora i u Velikoj Britaniji. I pored donošenja ove Regulative i dalje je veliki broj država koje su zadržale pravilo o anonimnosti donora, što i dalje pruža pro-

---

[17] Gordana Kovaček-Stanić, „Pravo deteta da zna svoje poreklo“, Pravni fakultet Novi Sad, 1997, str. 98.

[18] Videti član 4 Zakona o medicinski asistiranoj reprodukciji i raspolaganju suvišnim embrionima i gametima Belgije

[19] Jedan od ekstremnijih slučajeva, koji je očekivano zadobio veliku medijsku pažnju, ticao se *Jeanine Salomone*, francuskinje, koja je postala jedna od nastarijih majki na svetu, kada je 2001. godine u svojoj 62. godini rodila blizance. Kako francusko zakonodavstvo zabranjuje ženama u menopauzi da se ukuljuče u postupak IVF, gospođa *Salomone* se za isti postupak prijavila u Sjedinjenim Američkim Državama, nakon čega je rodila blizance. Slučaj je poprimio još veću pažnju nakon što je gospođa *Salomone* otkrila da je muškarac koji je zajedno sa njom bio uključen u postupak IVF, zapravo njen brat. (BBC News Online, 2001a, b, c).

[20] Postoji podatak da je nakon uvođenja pravila o neanonimnosti donora, određeni broj muškaraca, koji su želeli da budu donori, ali anonimni, svoje semene ćelije predao Banci u Danskoj, koja se inače smatra najvećom bankom sperme na svetu. (Eric Blyth and Abigail Farrand, *op. cit.*)

stor za izbegavanje odredbi švedskog zakona, odnosno svih zakona koji sadrže isto pravilo. Danas, evropske države koje su zabranile anonimnost donora su: Švedska, Austrija, Nemačka, Švajcarska, Holandija, Norveška, UK i Finska.[21] Uvođenje pravila o zabrani anonimnosti donora u švedsko zakonodavstvo 1985. godine dovelo je do prvih dokumentovanih slučajeva reproduktivnog turizma.[22] Danas, bar jedna banka sperme u Danskoj nudi genetski materijal šveđana, koji su želeli da postanu donori, ali da ostanu anonimni.[23]

Postoji niz drugih razloga zbog kojih dolazi do reproduktivnog turizma. Moguće je da se u pojedinim državama sama tehika smatra nebezbednom (kao što je zamrzavanje jajnih ćelija i sl.), zatim da sama tehnika nije dostupna usled nedostatka stručnjaka, pa i da su liste čekanja predugačke ili su cene postupaka previsoke.[24]

Pored navedenih razloga, u SAD postoji i mogućnost da se putem interneta saznaju podaci i vide fotografije pojednih donora, što pacijente čini poprilično izbirljivim i pomalo opsednutim time kako će donor izgledati i koje kvalitete će imati. Na nekim sajtovima, koji nude genetski materijal, nalaze se i podaci o „inteligentnim donorima“ odnosno o „izuzetnim donorima“, kako bi pacijenti (odnosno, u ovakim slučajevima bi bilo bolje reći „kupci“) bili u mogućnosti da izaberu donora sa željenim izgledom i poreklom i kao i sa dobrim obrazovnim karakteristikamam, ali i dobrim zdravstvenim stanjem.[25] Takođe, poznat je i slučaj velikog broja azijatkinja, odnosno žena sa Bliskog istoka, koje su odlazile u Veliku Britaniju kako bi u postupku asistirane reprodukcije koristile donirane jajne ćelije i rodile belu decu, jer su smatrale da su ona društveno prihvatljivija.[26]

Još jedan ekstreman primer, predstavlja i poduhvat biznismena Roberta Grahama iz američke države Mičigen, koji je osamdesetih godina došao na ideju otvaranja Banke sperme koja će nuditi genetski materijal samo dobitnika Nobelove nagrade, a u cilju stvaranja tzv. inteligentne elite. Iako je od prvobitne ideje odustao, iz razloga što su dobitnici Nobelo-

---

[21] Eric Blyth and Lucy Frith, „Donor-conceived people's access to genetic and biographical history: an analysis of provisions in different jurisdictions permitting disclosure of donor identity“, *International Journal of Law, Policy and the Family* 23, (2009), 174–191

[22] Eric Blyth and Abigail Farrand, *op.cit.*

[23] *Ibidem*

[24] G. Pennings, „Reproductive Tourism as Moral Pluralism in Motion“, *J Med Ethics* 2002;28:337–341

[25] Eric Blyth and Abigail Farrand, *op.cit.*

[26] T. Mayes, Asian Women Seek White Donor Eggs for Light-skin Babies, Sunday Times, 16 November 2003, http://www.timesonline.co.uk/tol/news/uk/health/article1019029.ece

ve nagrade bili muškarci u poodmaklim godinama, realizovao je ideju da donori budu naučnici, odnosno lica sa visokim koeficijentom inteligencije. Pored toga što su se od samog početka mogle čuti kritike na račun ovog projekta, zbog svoje eugenične prirode, do 1999. godine, kada je Banka konačno zatvorena, rođeno je nešto više od 200 beba, kako u Americi tako i izvan njenih granica.

3. Postoji li potreba za sprečavanjem ove pojave?

Nakon svega navedenog, možemo se zapitati koliko odredbe nacionalnog zakonodavstva imaju smisla, imajući u vidu da u slučajevima, kao što je navedeni slučaj *Diane Blood*, lica pomoć mogu potražiti i u drugim državama koje mogu udovoljiti njihovim zahtevima. Kako je već istaknuto, konačna odluka omogućila je gospođi *Blood* da postupak oplodnje izvrši u drugoj zemlji, što je ona i učinila. Ova pojava omogućava pacijentima zaobilaženje izvesnih ograničenja koja mogu postojati u njihovim državama, pa čak i zaobilaženje lošijih finansijskih uslova koje predviđa domaće zakonodavstvo.

Mogućnost slobodnog kretanja (odnosno nepostojanje bilo kakve regulative koja bi to ograničila), omogućava ženama iz Francuske bez stalnog partnera ili onima koje se nalaze u istopolnim zajednicama, da odu u Belgiju ili Španiju gde ne postoje ograničenja poput onog u francuskom zakonodavstvu, prema kojem se postupcima asistirane reprodukcije mogu podvrgnuti samo heteroseksualni parovi. Isto tako, nemali je broj i onih žena koje dolaze iz Nemačke i Austrije gde je doniranje jajnih ćelija zabranjeno.

Čini se da dokle god postoje različita rešenja u oblasti asistirane reprodukcije, reproduktivni turizam će nastaviti da postoji. Postavlja se pitanje da li ovu pojavu treba sprečiti (i na koji način) ili bi zabrana predstavljala kršenje prava građana na slobodno kretanje i primanje medicinskih usluga.

Pojava reproduktivnog turizma može da utiče na promenu zakonodavstva jedne države tako što bi izmenama nastojala da umanji broj lica koja odlaze u druge države, ali je moguć i potpuno suprotan efekat, a to je da se u ovoj pojavi vidi spasonosan talas koji omogućava jednoj državi da ostavi na snazi svoje restriktivno zakonodavstvo.[27]

Kakvi god bili efekti na zakonodavstva pojedinih država, ova pojava ima svoje negativne strane, naročito kada se radi o slučajevima odlaska pacijenata iz bogatijih u siromašnije države gde su cene istih medicinskih

[27] ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care

postupaka daleko niže. Kako bi omogućili obavljanje postupaka BMPO za inostrane pacijente, takve države su u obavezi da izvrše izvesna dodatna ulaganja u zdravstveni sistem koji nije u mogućnosti da pruži ni osnovnu zdravstvenu negu za svoje državljane. Pored toga, postoji opravdan rizik od eksploatacije, naročito kada se radi o surogat materinstvu ili donaciji jajnih ćelija. Na kraju, veliki broj pacijenata iz inostranstva može uticati na porast cena pojedinih postupaka i time ih učiniti gotovo nedostupnim za domaće državljane.[28] Čini se da ovakvi odlasci pojedinim pacijentima (najpre onim imućnijim, koji mogu tako nešto sebi da priušte) pružaju mogućnost izbegavanja primene domaćih propisa, što dovodi u pitanje opravdanost postojanja ikakvih zabrana za tako nešto.

I pored navedenih slučajeva, koji govore protiv reproduktivnog turizma, njegove pozitivne strane nisu zanemarljive. Naime, u situacijama kada pojedine države zbog nedovoljnog broja stručnjaka ili iz razloga što su liste čekanja veoma duge, ne mogu da omoguće svim pacijentima pristup tehnikama, bilo bi neopravdano zabraniti im da se u takvim slučajevima obrate drugim državama, naročito ako se ima u vidu da svako odlaganje može imati negativnog uticaja na plodnost žene, koja se vremenom smanjuje.[29] Takođe, suprotno navodima većine, reproduktivni turizam može i da umanji socijalne razlike, dopuštajući siromašnijim pacijentima iz bogatih država odlazak tamo gde su cene postupaka asistirane reprodukcije daleko niže.[30]

Jedan od načina da se problem reproduktivnog turizma reši jeste postizanje konsenzusa na širem nivou u ovoj oblasti, ali realizovanje takve ideje se još uvek ne vidi u skorijoj budućnosti. Štaviše, čini se da je EU do sada reagovala samo u ekstremnim situacijama,[31] odnosno da se do sada uzdržavala od donošenja akata koje će biti obavezujuće za sve države, ostavljajući ovu oblast koja umnogome zavisi od moralnih i etičkih stavova, državama članicama da je same uređuju.[32] Pojedini autori skeptični su

---

[28] *Ibidem.*

[29] Eric Blyth and Abigail Farrand, *op.cit.*

[30] G. Pennings, „Reproductive Tourism as Moral Pluralism in Motion“, *J Med Ethics* 2002;28:337–341.

[31] 1991. godine Evropski Parlament sprečio je praksu koja je postojala u Nemačkoj, a koja je podrazumevala ginekološki pregled žena koje su se vraćale iz Holandije kako bi se utvrdilo da li su se podvrgle prekograničnom prekidu trudnoće. Guido Pennings, „Legal Harmonization and Reproductive Tourism in Europe“, *Human Reproduction* Vol.19, No.12 pp. 2689–2694, 2004.

[32] Elizabeth Ferrari Morris, „Reproductive Tourism and the Role of the European Union“, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 8, Issue 2 (Winter 2008), pp. 701-714.

u pogledu toga da li bi donošenje pravila na nivou EU uopšte i moglo da ima uspeha.[33]

Ipak, EU nije u potpunosti propustila da reguliše pitanje doniranja ćelija i *in vitro* fertilizacije. Naime, 2004. godine EU je donela Direktivu 2004/23/EC o tkivima i ćelijama. Ova Direktiva se ne odnosi isključivo na reproduktivnu tehnologiju, ali ona postavlja minimum bezbednosnih i zdravstvenih standarda koje su države članice dužne da poštuju u slučajevima upotrebe doniranih ćelija, uključujući i donirane reproduktivne ćelije.[34]

Kao jedan od predloga koji se ističe za rešenje problema reproduktivnog turizma jeste i sagledavanje oblasti asistirane reprodukcije kao tržišta i shodno tome, primena odgovarajućih propisa koja regulišu pružanje i primanje usluga na slobodnom tržištu.[35] Iako se do sada ova oblast nije izričito posmatrala na taj način, upravo su odredbe Rimskog ugovora koje se odnose na slobodu kretanja bile osnov da se *Diane Blood* dozvoli odlazak u Belgiju gde je iskoristila genetski materijal svoj supruga za potrebe sopstvene oplodnje.

Čini se da, iako sadašnje prilike i dalje tretiraju ovu oblast kao specifičnu, te se državama i dalje daje sloboda da je urede prema prilikama koje vladaju svakoj državi, dalji tok razvoja neumitno će dovesti do priznanja postojanja reproduktivnog tržišta, što će olakšati i njegovo regulisanje na širem nivou. Trenutno je za tako nešto još uvek rano, s obzirom na to da je za jasno sagledavanje određenog tržišta neophodna njegova vidljivost, a još uvek je mali broj onih koji su spremni da o tome govore javno. Međutim, ukoliko se osvrnemo na sudsku praksu, uočićemo da se i prekid trudnoće takođe svrstava u medicinske usluge koje podležu primeni Rimskog ugovora[36], pa bi se moglo zaključiti da bi se i pružanje reproduktivnih usluga moglo tretirati na isti način.

Međutim, postoje i suprotna mišljenja, koja polaze od toga da je oblast asistirane reprodukcije posebna i da je ne treba olako svrstati pod termin „usluge“ koji je regulisan Rimskim ugovorom, ali ni da stvaranje specifičnih pravila na nivou EU koja bi regulisala pružanje ovakvih „usluga“ takođe nije najadekvatnije rešenje, već se predlaže horizontalno povezivanje između država članica, odnosno najpre stručnjaka iz ove obla-

[33] Tamara K. Hervey, Buy Baby: The European Union and Regulation of Human Reproduction, *Oxford Journal of Legal* Studies 1998 18(2):207-233.

[34] Elizabeth Ferrari Morris, *op.cit*.

[35] *Ibidem.*

[36] The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v Stephen Grogan and others, Judgment of the Court of 4 October 1991., Case C-159/90.

sti, koji će u krajnjoj liniji učestvovati u donošenju zakona u svojim zemljama.[37]

U skorijoj budućnosti se, međutim, ne može očekivati veći pomak u pogledu harmonizacije oblasti asistirane reprodukcije, s obzirom da su zakonodavstva pojedinih država trenutno dijametralno suprotna, pa bi i uspostavljanje nekih osnovnih principa moglo predstavljati neostvarljiv zadatak. Ukoliko je Evropska konvencija o ljudskim pravima i biomedicini ikakav pokazatelj budućeg kretanja u ovoj oblasti, onda se čini da će harmonizacija ići u pravcu sve restriktivnijih rešenja. Mnogo je lakše kretati se od dozvola prema zabranama kada se radi o ovako kontroverznim pitanjima. [38]

Za sada, reproduktivni turizam ne bi trebalo sprečavati. Zabrane koje predviđaju pojedina nacionalna zakonodavstva ne bi trebala da spreče one koji se sa tim zabranama ne slažu, da pokušaju da svoje namere ostvare u drugim državama. Svrha takvih zabrana treba samo da odredi koji postupci su dostupni na teritoriji te države i na taj način prikaže stav većine u jednom društvu. Tolerisanje slobode kretanja manjine u druge države, predstavlja samo zdrav nivo relativizma.[39] Jedno je uvođenje pravila koja regulišu pitanje planiranja porodice, ali je sasvim drugo preduzimanje svake moguće mere kako bi se građani prisilili da se pridržavaju ovih pravila.[40] Međutim, izvesno je da ono što u jednoj državi može da obezbedi poštovanje bilo kakvih restriktivnih pravila od strane većine građana, jeste njihova ekonomska nemogućnost koja će ih sprečiti da se ponašaju drugačije.[41]

Ono na čemu bi se svakako trebalo raditi, jeste jačanje saradanje između lekara iz zemlje porekla i lekara države u koju se pacijent upućuje. Saradnja bi trebala da pacijentima omogući dobijanje informacija o rezultatima klinika u koju se upućuje, kao i o svim mogućim rizicima. Pored ovoga, lekari one države u koju pacijent dolazi iz razloga što se u zemlji porekla smatra nepodobnim pacijentom (zbog svojih godina, seksualne orjentacije i sl.) bi prilikom odobravanja postupka naročito trebali u obzir da uzmu dobrobit deteta, odnosno majke, pa čak i da odbiju izvršenje postupka, ukoliko ocene da bi time bilo ugroženo njihovo zdravlje, odnosno da to ne bilo u najboljem interesu deteta.

---

[37] Tamara K. Hervey, *op.cit.*

[38] Guido Pennings, *Legal Harmonization and Reproductive Tourism in Europe*, *Human Reproduction* Vol.19, No.12 pp. 2689–2694, 2004

[39] *Ibidem.*

[40] *Ibidem.*

[41] Eric Blyth and Abigail Farrand, „Reproductive Tourism – a Price Worth Paying for Reproductive Autonomy?“, *Critical Social Policy* 2005; 25; 91

Koliko god se činilo da bi takva odluka predstavljala zadiranje u privatan život, sam postupak asistirane reprodukcije teško da predstavlja intimnu ili privatnu aktivnost, s obzirom da takav postupak zahteva njegovo izvođenje u klinikama i učestvovanje nekoliko lekara i ostalog medicinskog osoblja. Teoretski je neprihvatljivo garantovati svakom muškarcu, odnosno ženi pravo na dete. Čak i između bračnih partnera ne postoji dužnost saradnje u cilju reprodukcije.[42] Tim pre, kada reprodukcija, pored partnera, zahteva učestvovanje trećih lica, tada odgovornost i medicinska etika itekako treba da doprinesu donošenju konačne odluke.[43]

[42] Ruth Deech, Reproductive Tourism in Europe: Infertility and Human Rights, Global Governance, Vol. 9, Issue 4 (October-December 2003), pp. 425-432

[43] *Ibidem.*

Sandra Samardžić, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Legal Issues of Biomedical Assisted Reproduction: Reproductive Tourism

Abstract

National laws represent a combination of customary and ethical, but also political and other opinions in a society. Particularly delicate, are the laws regulating the issue of assisted reproduction. In this area, broad social acceptance of legal solutions is an essential prerequisite for their use, while achieving the consent of the majority, especially the consensus is extremely difficult, almost impossible. As much as the laws seek to implement those views that are predominant, the adopted solutions will always remain incapable of granting wishes to a certain number of people. These persons, in an understandable effort to realize their desire for an offspring at any cost, will not hold back from seeking help at any place, even if it meant going to distant destinations and extracting large sums of money. In fact, many patients go to other countries which set less restrictive rules in the field of assisted reproduction, and it appears that in the near future we could not expect a reduction of this trend. This phenomenon, which is in theory called reproductive tourism, has long been a reality that one can see as a problem, while others view it as an irreplaceable solution. This paper seeks to highlight the main causes of this phenomenon, but also to try and give an answer as to, whether reproductive tourism should be prevented (and how) or actually its maintenance in force reduces moral conflict in society through a mechanism that recognizes the right of everyone to a considerable extent of free will in decision making regarding the most significant issues which offspring certainly is.

Key words: reproductive tourism, assisted reproduction, family planning.

Originalni naučni rad 347.235(497.11)“1839“(094.5)

Uroš Stanković, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

AUTENTIČNA TUMAČENJA ZAKONA O POVRAĆAJU ZEMALJA (1839)

Sažetak: *U radu se razmatraju sadržine autentičnih tumačenja Zakona o povraćaju zemalja, donetog 1839. godine s ciljem da otkloni posledice samovolje vlasti u raspolaganju zemljom iz vremena prve vladavine kneza Miloša Obrenovića (1815–1839). Interesovanje za izučavanje ove teme pobuđuju složenost i značaj problematike svojinskopravnih odnosa na zemlji u Srbiji prve polovine XIX veka, mnogobrojnost interpretativnih zakona i, posebno, njihovi tektovi. Autor će prikazati celokupne postupke izdavanja tumačenja i jezičkom analizom pokušati da utvrdi da li ona sužavaju ili proširuju polje primene Zakona o povraćaju zemalja. Zatim će ponuditi odgovor na pitanje zašto su se ciljevi od kojih je zakonodavna vlast polazila izdavajući tumačenja suštinski menjali.*

Ključne reči: *Zakon o povraćaju zemalja, zemljišna svojina, vladavina ustavobranitelja, tumačenje prava.*

I

Već nakon okončanja Drugog srpskog ustanka (1815) novouspostavljena srpska vlast je počela normativno da reguliše državinu na zemlji.[1] Posle izdavanja Portinog Hatišerifa iz 1830, a pogotovo onog iz 1833, ona je dobila priliku da uredi i svojinskopravne odnose na zemlji.[2] To je i

[1] Vid. B. Peruničić, *Zemljišna svojina u Srbiji 1815–1845*, Beograd 1977, 49; V. Petrović, N. Petrović, *Građa za istoriju Kraljevine Srbije* I, Beograd 1882, 355–356, 359–360; Isti, *Građa za istoriju Kraljevine Srbije* II, Beograd 1884, 483.

[2] Vid. D. Matić, *Javno pravo Knjažestva Srbije*, Beograd 1851, 38, 49.

učinila, proklamovanjem načela da vlasnikom zemlje treba smatrati onoga ko se na njoj zatekao u trenutku obnarodovanja Hatišerifa iz 1833. Ipak, ovako idealistički zamišljen princip u praksi nije bio oživotvoren; knez Miloš i viđenije narodne starešine su neretko posezali za tuđim zemljištem i lišavali jednog sopstvenika zemlje u korist drugog.[3]

Da bi ispravila ovakve nepravde, nova vlast je 28. jula 1839, neposredno nakon abdikacije kneza Miloša, donela *Zakon o povraćaju zemalja* (u daljem tekstu = Zakon). On je pređašnjim vlasnicima dao pravo na podnošenje zahteva za ponavljanje nepravedne parnice oko zemlje i povraćaj samovlasno oduzetog zemljišta. Zakon je, međutim, na mnogim mestima ostao nepotpun i nedorečen, što je primoralo državne organe da od zakonodavaca – Državnog saveta (u daljem tekstu = Savet) i kneza, u tri navrata zatraže autentična tumačenja.[4]

Tumačenja Zakona imala su mnogo veći značaj nego što bi se to na prvi pogled moglo pomisliti. U uslovima nedovoljno razvijenog pravnog sistema, ona su često ne samo objašnjavala, nego i dopunjavala Zakon. Kada tome dodamo njihovu učestalost i obuhvat problema koje su regulisala, dobijamo još jasniju sliku u kojoj meri su doprinela normiranju zemljišne svojine.

Značaj tematike tumačenja Zakona u obrnutoj je srazmeri s prostorom koji joj je u posvećen u literaturi. Mada su se razni istoričari i ekonomisti u svojim monografijama i naučnim člancima osvrnuli na Zakon i prokomentarisali njegove najvažnije odredbe[5], izostala je studija koja bi

---

[3] Neke primere pritužbi na uzurpacije kneza Miloša i starešina vid. u Arhiv Srbije (u daljim napomenama = AS), *Državni savet* (u daljim napomenama = DS), *Delovodni protokol* (u daljim napomenama = DP) 1839, br. 765, 781, 961, 1028, 1378; Arhiv Srpske akademije nauka i umetnosti, *Zaostavština Drgoslava Stranjakovića* 14456/16, list 14, *Odgovor ustavobranitelja na okrivljujući akt Narodne skupštine u Topčideru* (1840); Peruničić, 374–375, 377–378; N. Vučo, *Privredna istorija Srbije do Prvog svetskog rata*, Beograd 1955, 175; Isti, "Prvobitna akumulacija kapitala u Srbiji", *Istorijski časopis* XXIX–XXX (1983), 289.

[4] U Zborniku svih zakona, uredbi i uredbenih ukaza (u daljem tekstu = Zbornik zakona) su kao tumačenje okarakterisani i izmena člana 3 Tumačenja Zakona od 16. maja 1845 (vid. u daljem tekstu) i odgovor zakonodavne vlasti na pitanje da li parnica Miše Ilića iz Požarevca protiv mase pokojnog Mite Savića spada u kategoriju sudskih postupaka čije ponavljanje Zakon zabranjuje. Vid. *Zbornik zakona* III, Beograd 1847, IV, 94, 105. Pošto se ova dva akta ni u najširem smislu ne bi mogli podvesti pod pojam tumačenja pravne norme, nisu našli svoje mesto u ovom radu.

[5] O Zakonu su pisali S. Marković, *Celokupna dela VI – Srbija na Istoku*, Beograd 1892, 105; J. Petrović, *Okućje ili zaštita zemljoradničkog minimuma*, Beograd 1930, 83–84; Isti, "Može li se okućje izbeći", *Srpski književni glasnik* XLV/2 (1935), 134; B. M. Nedeljković, *Istorija baštinske svojine u novoj Srbiji: od kraja 18. veka do 1931*, Beograd 1936, 35–42; N. Vučo, *Privredna istorija Srbije do Prvog svetskog rata*, Beograd 1955,

se bavila tumačenjima kao zasebnom celinom. Dosadašnji rad u ovoj sferi iscrpljen je objavljivanjem integralnih tekstova interpretativnih zakona u obimnoj zbirci pravnih propisa donetih u Srbiji između 1827. i sredine 1854. pod nazivom *Rečnik zakona, uredba, uredbeni propisa i pr. i pr. izdani u Knjažestvu Srbiji od 1827. do polovine 1854. god*, priređivača Đorđa Petrovića.[6]

Zbog toga je neophodno dati celovit prikaz izdavanja tumačenja, ponovo izložiti njihove tekstove i detaljno ih analizirati. Kao ključna se nameću dva pitanja – šta je zakonodavna vlast želela da postigne tumačeći Zakon i zbog čega? Odgovor na prvo pitanje autor će potražiti u jezičkom značenju tumačenja, a na drugo će pokušati da odgovori osvrtom na društveni kontekst u okviru koga su ona izdata. Pri tome, nastojaće da dokaže da su sadržine interpretativnih zakona presudno zavisile od opterećenosti sudova parnicama i političkih prilika u zemlji.

II

Prvo tumačenje Zakona pada u 1843, drugu godinu vladavine kneza Aleksandra Karađorđevića (1842–1858). Na sednici od 25. februara te godine[7] Savet je došao na zamisao o tumačenju Zakona. Povod za takvu ideju dala je praksa sudova, u kojoj odredba člana 9 Zakona, da će se tužiočeva tapija u parnici protiv sadašnjeg držaoca zemlje uvažiti ako datira posle 1816, nije tumačena jednoobrazno. Izvori nam ne govore u čemu se sastojala nejednakost u tumačenju, ali iz teksta interpretativnog zakona možemo posredno zaključiti kako su neki sudovi udovoljavali tužbenim zahtevima za povraćaj zemlje oduzete 1815.

Na istoj sednici usvojen je i tekst tumačenja. Savet je u uvodu istakao kako je cilj Zakona da se prethodnom sopstveniku vrati ono što mu je nepravedno i samovlasno oduzeto. Kao godina od kada počinje otimanje zemljišta je uzakonjena 1816, ali se kasnije pokazalo da je primera takvog samovlašća bilo još od sklapanja takozvanog *Beličkog sporazuma*.[8] Zbog toga bi „osnov i duh Zakona" zaštitili i sopstenika kome je zemlja oteta od avgusta 1815.

174–175; O. Srdanović-Barać, *Srpska agrarna revolucija i poljoprivreda od Kočine krajine do kraja prve vladavine kneza Miloša*, Beograd 1980, 252.

[6] Đ. Petrović, *Rečnik zakona, uredba, uredbeni propisa i pr. i pr. izdani u Knjažestvu Srbiji od 1827. do polovine 1854. god*, Beograd 1856, 146–150.

[7] Datumi u radu su navedeni prema julijanskom kalendaru.

[8] Belički sporazum je dogovor o primirju između vođe Drugog srpskog ustanka Miloša Obrenovića i rumelijskog valisa Marašli Ali-paše u avgustu 1815. Vid. V. Stojančević, *Miloš Obrenović i njegovo doba*, Beograd 1966, 67–68.

Bez obzira na to, Savet je slobodnim i subjektivnim tumačenjem, koje više predstavlja izmenu Zakona nego njegovo tumačenje, pomerio početak nepravednog i samovlasnog oduzimanja zemljišta 5 meseci unazad, tj. sa januara 1816. na avgust 1815. Kraj teksta je doneo napomenu da tumačenje važi retroaktivno, od donošenja Zakona. Savet je rešio da se tekst interpretativnog zakona pošalje knezu radi odobrenja.[9]

Knezu je predlog Saveta pristigao 27. februara, a vladalac se o njemu izjasnio dan kasnije. Bio je saglasan sa predlogom tumačenja, ali je zatražio da mu se on podnese u formi uredbe.[10] Savet je doneo odluku o primljenom nacrtu 2. marta. Saglasio se sa predstavkom, pa je uredba istog dana stigla u Kneževsku kancelariju.[11] Monarh je odobrio njen tekst odmah po prijemu akta, a 16. marta njegova kancelarija je uputila tekst tumačenja svim ministarstvima.[12]

Sama činjenica da je očigledna izmena Zakona nazvana tumačenjem dovoljno govori da su zakonodavci bili naklonjeni obezemljenim seljacima. Zbog retroaktivnog dejstva interpretativnog zakona osnažene su nezakonite presude sudova kojima je zemlja vraćana pređašnjim sopstvenicima. S druge strane, eventualna izmena Zakona ne bi imala povratnu snagu, pa bi dotadašnje presude ostale bez ikakvog dejstva.

Prilikom pronalaženja uzroka za izdavanje ovakvog tumačenja treba uzeti u obzir da se u martu 1843. ustavobranitelji[13] još uvek nisu učvrstili na vlasti. Rusija je osporila dolazak Aleksandra Karađorđevića na srpski presto u septembru 1842, a ponovna skupština koja je trebalo da izabere kneza održana je tek u junu 1843. U međuvremenu su ustavobranitelji nastojali da učvrste premoć nad pristalicama dinastije Obrenović i potvrde izbor svog kandidata za srpskog vladara. Najlakši način da se ti ciljevi ostvare nametao se u vidu donošenja pravnih akata populističke sadržine.[14]

---

[9] AS, *Ministartvo inostranih dela – Vnutreno odeljenje* (u daljim napomenama = MID-V), 1843/I/254, *Nacrt tumačenja Zakona od 25. februara 1843*; *DS* 1843/230, l. 198, *Zapisnik sednice Saveta od 25. februara 1843. godine*.

[10] AS, *MID-V*, *DP* 1843, br. 318; 1843/I/254, *Dopis kneza Savetu od 28. februara 1843*.

[11] AS, *DS* 1843/252, l. 213, *Zapisnik sednice Saveta od 2. marta 1843*; *MID-V*, *DP* 1843, br. 329.

[12] AS, *MID-V, DP* 1843, br. 329; 1843/I/254, *Dopis kneza ministarstvima od 16. marta 1843*.

[13] Ustavobranitelji su politička grupacija koja je od kraja tridesetih godina XIX veka okupljala protivnike kneževa Miloša (1815–1839, 1858–1860) i Mihaila Obrenovića (1839–1842, 1860–1868), kao što su bili Toma Vučić Perišić, Avram Petronijević, Ilija Garašanin i dr. Naziv potiče iz vremena njihove borbe protiv kneza Mihaila, kada su protivljenje vladaru obrazlagali zalaganjem za poštovanje Ustava iz 1838 (tzv. *Turski ustav*).

[14] Na ovom mestu se treba podsetiti da su u periodu između dve skupštine doneti još neki propisi prožeti duhom populizma – Uredba o vraćanju žirovnice opštinama (16. novembar 1842), Uredba o smanjenju danka s 6 na 5 talira (16. novembar 1842), Uredba o ukida-

* *
*

Inicijator drugog tumačenja je bio Apelacioni sud. On je u dopisu Ministarstvu pravde od 15. novembra 1843. napomenuo da mu se član 11 Zakona, koji taksativno nabraja kada je moguće tražiti ponavljanje parnice oko zemlje i povraćaj oduzetog zemljišta, čini nepotpunim. Prvo, ta zakonska odredba ne predviđa da li treba udovoljiti zahtevu za ponavljanje postupka u kome je zemljište dodeljeno trećem licu. Zatim, iz nje se ne vidi da li u osnove za ponavljanje postupka ulazi i nedostatak redovnog isleđenja (tj. sprovođenja dokaznog postupka). Nepotpunost člana 11 ogleda se, najzad, i u tome što ne određuje rok do koga se može tražiti povraćaj zemljišta.

Za Apelacioni sud je bila sporna i odredba člana 12 Zakona, da će siroče koje nakon smrti oca ode s majkom u drugu kuću ili najam, imati pravo da zahteva povraćaj zaposednute očevine. Ona je u suprotnosti s članom 5, koji je predvideo da se držaoci zemlje između 1816. i 1833. mogu smatrati sopstvenicima jedino ako imaju tapiju. Iz tog razloga Apelacionom sudu nije bilo jasno da li će se vraćati zemljište siročetu bez tapije. Kako bi razrešio sve ove nedoumice, zamolio je Ministarstvo pravde da od zakonodavne vlasti zatraži tumačenje Zakona.[15]

Primljeni akt Ministarstvo pravde je 26. januara 1844. godine prosledilo Savetu. Podnesak je u Savet prispeo 28. januara, ali je prošlo nešto više od tri meseca dok ga savetnici nisu uzeli u razmatranje. To su učinili na sednici od 3. maja, kada je i usvojen tekst tumačenja.[16]

Pošto je član 11 Zakona nedvosmisleno odredio da su osnovi za ponavljanje postupka samo očigledno nepravedna presuda, samovlasno prisvajanje zemlje i pojava novih osnovnih dokaza, neosnovana je argumentacija Apelacionog suda o njegovoj nepotpunosti. Sve što nije izričito propisano kao osnov za ponovno pokretanje parnice oko zemlje ne spada u navedene tri kategorije. Na ponavljanje postupka treba gledati kao izuzetak; prema tome, ono se mora usko tumačiti.

Usledilo je objašnjenje zbog čega se odsustvo redovnog isleđenja nije našlo među osnovima za ponavljanje postupka pomenutim u Zakonu.

---

nju opštinskih koševa (20. novembar 1842), Izmena Uredbe o popisivanju poreskih glava (21. decembar 1842) i Dopuna Uredbe o sečenju šuma (28. mart 1843). Vid. *Zbornik zakona* II, Beograd 1845, 193–195, 199–200, 352, 354. Dakle, tumačenje se mora posmatrati kao deo opšte zakonodavne tendencije da se maksimalno izađe u susret željama naroda.

[15] AS, *MID-V*, 1844/V/48, *Molba Apelacionog suda Ministarstvu pravde od 15. novembra 1843.*

[16] AS, *DS, DP* 1844, br. 75; 1843/75, l. 31, *Zapisnik sednice Državnog saveta od 3. maja 1844*.

Savet je primenio istorijsko tumačenje – podsetivši da su presude u vreme vladavine kneza Miloša po pravilu donošene bez redovnog isleđenja, ocenio je da se redovnost i neredovnost mogu ceniti isključivo sa stanovišta (ne)izvođenja svih osnovnih dokaza. Istovremeno je logičkim tumačenjem proširio preusko značenje pojma presuđene stvari na poravnanja dobrovoljno sklopljena i izvršena pred sudom, kmetovima, sreskim starešinama i drugim vlastima.

U odlučivanju o roku u okviru koga je moguće istaći zahtev za povraćaj zemlje Savet se opredelio za sistematsko i ciljno tumačenje. Sistematsko tumačenje se javlja u vidu dovođenja u vezu odredbi Zakona sa Srpskim građanskim zakonikom (1844). Pošto je Srpski građanski zakonik u članu 929 propisao rok po čijem isteku zemljište održajem postaje svojina novog sopstvenika, nije potrebno da se to učini Zakonom. Ciljnim tumačenjem Savet je iznašao još jedan razlog za izostanak roka iz Zakona. To je bila želja zakonodavne vlasti da ne izloži sudove prevelikom broju parnica za kratko vreme.

Pri tumačenju člana 12 došlo je do izražaja ciljno tumačenje. Pomenuti član nije u koliziji ni sa jednom zakonskom odredbom. Formulišući ovu normu zakonodavna vlast nije se rukovodila pravom, već političkim obzirima i čovečnošću. Stoga na nju treba gledati kao izuzetak u odnosu na ostatak Zakona.[17]

Kneževska kancelarija je primila nacrt tumačenja 6. maja, a knez je svoj sud o njemu dao nakon šest dana, 12. maja. Predlog interpretativnog zakona je odobren i poslat Ministarstvu pravde.[18]

Nasuprot prethodnom, ovim tumačenjem zakonodavci su želeli da očuvaju status quo u odnosima svojine na zemlji i smanje broj parnica podložnih ponavljanju. Takvu težnju možemo lako da zapazimo iz jedne protivrečnosti u interpretativnom zakonu.

Iz podneska Ministarstva pravde vidimo da se pod neredovnim isleđenjem podrazumeva izostavljanje dokaznog postupka, pa se postavlja pitanje kako je moguće da krug osnova za ponavljanje parnice ne obuhvati neizvođenje dokaza, a uključi njihovo delimično izvođenje. Polazeći od pravila zaključivanja argumentum a fortiori, smatramo da ukoliko neko ima pravo da traži ponavljanje postupka ako dođe do novih, u prvoj parnici neizvedenih dokaza, onda je Zakon tim pre na njegovoj strani u slučaju da dokazi uopšte nisu izvedeni i gde parnice u stvari nije ni bilo.

---

[17] AS, *MID-V*, 1844/V/48, *Nacrt tumačenja Zakona od 3. maja 1844*.

[18] AS, *MID-V*, *DP* 1844, br. 617; 1844/V/48, *Dopis kneza Ministarstvu pravde od 12. maja 1844*.

Na suštinsku promenu koncepcije zakonodavne vlasti najviše su uticala dva činioca – potencijalna opasnost od uvećanja broja parnica i političke prilike u zemlji, povoljne po režim.

Broj obezemljenih seljaka je sam po sebi pružao dovoljan razlog za bojazan od uvećanja broja parnica. Osim toga, zemlja je bila osnovno sredstvo za obezbeđenje egzistencije seljakih masa, pa se stoga sasvim opravdano moglo očekivati da će one pohrliti da iskoriste pravo da zahtevaju ponavljanje postupka. Izvesno je, međutim, da se ni sadašnji vlasnici ne bi lako pomirili s gubitkom zemljišta, što bi neizostavno vodilo ka ponovnom parničenju.

Ubedljiv dokaz uzročno-posledične veze između brojnosti parnica i teksta tumačenja je objašnjenje Saveta o razlozima zbog kojih zakonodavci nisu odredili rok do koga je moguće tražiti povraćaj zemlje. Ako su oni prilikom izrade Zakona imali u vidu učestalost parnica, na isti način bi morali da postupe i tumačeći ovaj pravni akt.

Premda je prema članu 24 Ustrojstva Državnog saveta (1839) Savet u martu i aprilu tekuće godine bio ovlašćen da traži izveštaje o radu svih ministarstava za prethodnu godinu[19], od Ministarstva pravde ga 1844. nije dobio.[20] To, naravno, ne znači da nije imao saznanja o stanju stvari u pogledu broja parnica.

Nije na odmet napomenuti da je član 14 Ustrojstva Apelacionog suda (1840) okružne sudove obavezao da na svaka tri meseca podnose spiskove svih postupaka koji su pred njima u toku Apelacionom sudu, čija je pak dužnost bila da ih, zajedno sa svojim spiskovima, prosledi Ministarstvu pravde.[21] S obzirom na to da je ministar pravde prema odredbi člana 6 Ustrojstva Državnog saveta istovremeno bio i član Saveta[22], lako je mogao da predoči kolegama da su sudovi preopterećeni.

Velik broj parnica sam po sebi ne bi izazvao izdavanje restriktivnog tumačenja da se vlast nije osećala dovoljno sigurnom. Ali Aleksandar Karađorđević je 15. juna 1843. po drugi put izabran za srpskog kneza, a 22. oktobra iste godine donet je vrlo strogi Zakon o kažnjavanju buntovnika.[23] U drugoj polovini 1843. i početkom 1844. su suzbijene neke manje pobune pristalica razvlašćene suparničke dinastije[24], što je obeshrabrilo

[19] *Zbornik zakona* I, Beograd 1840, 21.

[20] Vid. AS, *DS*, *Registar* 1844.

[21] *Zbornik zakona* I, 199.

[22] *Zbornik zakona* I, 17.

[23] *Zbornik zakona* II, 272–276.

[24] Više podataka o ovim neuspešnim pokušajima obaranja ustavobraniteljkog režima vid. u J. Milićević, *Društvene pojave u Srbiji XIX veka* (priredio R. Ljušić) Beograd 2002, 77–84, 156–164.

privrženike Obrenovića u Srbiji i prinudilo ih da umanje svoju aktivnost. Stoga su ustavobranitelji procenili da nema potrebe da i nadalje posežu za demagoškim potezima.

* *
*

Na sednici od 4. decembra 1844. Savet je utvrdio da se sudovi ne pridržavaju odredaba Zakona i Tumačenja Zakona od 12. maja 1844, jer udovoljavaju zahtevima za ponavljanje postupka u slučajevima gde je zemlja oduzeta u korist trećeg lica i usled podnošenja novih dokaza koji ne bi doveli do izricanja drugačije presude da su ranije bili poznati. Zbog toga su članovi Saveta su doneli odluku da radi preciziranja smisla Zakona izdaju još jedno tumačenje.[25] Ono je izdato na istoj sednici.

U uvodnim rečenicama Savet je podsetio koji su osnovi za ponavljanje postupka i subjektivnim tumačenjem odredio ratio legis Zakona i Tumačenja Zakona od 12. maja 1844. To je održanje na snazi bezbrojnih presuda i naredbi sudova, kneza Miloša i drugih starešina, često donošenih i izdavanih mimo svih postojećih propisa.

Iz tog kruga su, kao što razum nalaže, izuzete očigledno nepravedne presude i naredbe, kao i one u kojima nisu izvedeni osnovni dokazi. Ali u sudskoj praksi su kao osnovi za ponavljanje postupka priznavani i dodeljivanje zemlje trećem licu i podnošenje dokaza koji ne bi prouzrokovali drugačiji ishod parnice. Zbog toga su se sudovi jako opteretili poslom, a podanici počeli da sumnjaju u neprikosnovenost svojine na zemlji.

Da bi se u budućnosti izbegla takva praksa, Savet je, očigledno polazeći od pravila o tumačenju izuzetaka, objasnio šta su očigledno nepravedna presuda i novi osnovni dokazi. Za očigledno nepravdnu presudu smatra se ona kojom je sudija sam sebi dosudio određeni komad zemlje. Pojam novih osnovnih dokaza, pak, prostire se jedino na one čije bi izvođenje imalo za posledicu drugačiju presudu. Na kraju, predložio je knezu da ovo tumačenje predstavi sudovima kao pravac koji su dužni da slede u svim parnicama ove vrste koje su u toku, presuđene a neizvršene i onima koji će pred njih stići u budućnosti.[26]

Knez je primio akt 6. decembra 1844. Međutim, ovog puta se nije saglasio s predlogom Saveta; doneo je odluku da nacrt pošalje Ministarstvu pravde radi davanja stručnog mišljenja, istovremeno mu naloživši da podnese spisak svih parnica ove vrste koje su trenutno u toku.[27]

---

[25] AS, *DS, DP* 1844, br. 1358.

[26] AS, *MID-V*, 1844/V/48, *Nacrt tumačenja Zakona od 4 . decembra 1844.*

[27] AS, *MID-V, DP* 1844, br. 1676; 1844/V/48, *Dopis kneza Ministarstvu pravde od 24. januara 1845*.

Ministarstvo pravde je odgovorilo knezu dopisom od 28. februara 1845. Negativno se izrazilo o predlogu tumačenja, podvrgnuvši kritici njegova rešenja o osnovima za ponavljanje postupka i unošenje izmena u zakonski tekst.

Nepotpuno i neuredno suđenje se, po Ministarstvu, ništa manje ne kosi sa pravičnošću nego neizvođenje bitnih dokaza, pa bi i u tom slučaju trebalo dozvoliti ponavljanje parnice. Zakonodavstvo ne sme da gleda na oduzimanje zemlje radi dodeljivanja trećem licu kao zakonito, jer se radi o nepravednom i nezakonitom postupku.

Zaključak o izmeni Zakona Ministarstvo je temeljilo na nekoliko argumenata. Ako je Savet i sam naveo da su knez i poljske starešine presuđivali sporove oko zemlje kršeći propise, bilo bi bolje predvideti da se sve te presude pregledaju, pa pravične ostave u važnosti, a nepravične ponište i stvar ponovo razmotri pred sudom; pravna sigurnost podanika u vezi sa nepovredivošću prava svojine ne sastoji se u ozakonjenju otimanja zemlje; pretrpanost sudova poslom ne može da bude izgovor za uskraćivanje pravne zaštite, nego se taj problem mora rešiti izdvajanjem sredstava koja će sudskoj vlasti omogućiti da normalno obavlja svoj posao i, najzad, cilj Zakona definisan u uvodu nacrta suprotan je onom koga je odredilo Tumačenje Zakona od 2. marta 1843.

Izmena odredbi Zakona je najvidljiva u tumačenju člana 11 Zakona, pošto ono propisuje da se za presuđenu stvar smatraju ne samo presude sudova, već i drugih vlasti; u res iudicata ubraja sporove okončane naredbom; pravno izjednačava parnice oko kuća, staja, vodenica, dućana, zgrada, stoke, robe i novca s jedne strane i zemlje s druge, predviđajući iste osnove za njihovo ponavljanje.[28] To nije opravdano, budući da su sve gore pomenute stvari bile u privatnoj svojini, a zemlja ne. Ministarstvo je iznelo svoj predlog regulisanja osnova za ponavljanje postupka.[29]

Kneževska kancelarija je dobila akt Ministarstva 7. marta. Potom je on 30. marta poslat Savetu, uz preporuku da se nacrt dopuni na dva mesta. Prema kneževom mišljenju, trebalo je obratiti pažnju na član 16 Zakona (odredbu o parnicama oko kuća, staja, vodenica i dr) i postaviti prekluzivni rok za ponavljanje parnica oko zemlje, kao što je učinjeno za sporove povodom uparloženih vinograda (čl. 15 Zakona).[30]

Vladaočevim sugestijama bila je posvećena sednica Saveta od 2. aprila. Savet je ostao pri predlogu tumačenja od 4. decembra 1844, uz-

[28] O pravnom izjednačavanju ova dva slučaja vid. AS, *DS* 1845/50, l. 141–143, *Zapisnik sednice Državnog saveta od 14. februara 1845*; *DP* 1845, br. 50.

[29] AS, *MID-V*, 1844/V/58, *Dopis Ministarstva pravde knezu od 28. februara 1845*.

[30] AS, *MID-V*, *DP* 1845, br. 378; 1844/V/58, *Dopis kneza Savetu od 30. marta 1845*.

gred napomenuvši da dokazivanje njegove logičke osnovanosti smatra izlišnim. Dodao je da zakonodavci svakako nisu nameravali da Zakonom mnogobrojne sudske postupke iz prošlosti "po duhu sadašnji sudija isprave". Međutim, priznao je potrebu određivanja roka do koga će ponavljanje postupaka biti moguće.

Stoga je Savet, uprkos protivljenju ministra pravde Pauna Jankovića-Baće[31] da se Zakon tumači, doneo odluku da dopuni nacrt od 4. decembra 1844.[32] Dopuna je pokrila samo napomene iz kneževe predstavke.

Do smisla člana 16 Zakona Savet je došao primenom analogije. Članovi 16 i 11 su, naime, napisani s istom namerom – da se obezbedi stalnost presuda. S tačke gledišta Zakona stvari iz člana 16 su dobra obezbeđena tapijom, pa se mogu zahtevati redovnim sudskim putem ako povodom njih parnica nije vođena. Ponavljanje postupka, međutim, nije dozvoljeno.

Savet je propisao da parnice oko zemlje okončane nakon stupanja na snagu Turskog ustava ni u kom slučaju neće moći da budu ponavljane. Ponavljanje ostalih parničnih postupaka te vrste biće moguće do 1. juna 1846.[33]

Pristigavši 10. aprila u Kneževsku kancelariju, nacrt je 16. maja odobren, što je označilo završetak procesa tumačenja.[34]

Interpretativni zakon je u još većoj meri ograničio mogućnosti za ponavljanje postupka nego prethodni. Priznavanjem naredbi za pravnosnažne presude dodatno je proširen domašaj odredbi o presuđenoj stvari. Prekluzivni rok za ponavljanje parnica praktično određuje trenutak stavljanja van snage zakonskih odredbi o povraćaju zemlje oduzete u vreme kneza Miloša. Najradikalnija mera je nesumnjivo zabrana ponavljanja svih parničnih postupaka okončanih posle donošenja Turskog ustava, inače protivna odredbama članova 7 i 12 Ustrojstva Apelacionog suda.[35]

---

[31] Paun Janković-Baća (1808, Konjska kod Smedereva – 1865, Smederevo), jedan od najistaknutijih ustavobranitelja. Član Saveta (1840–1857), zastupnik ministra inostranih dela (1840), ministar pravde i prosvete (1842–1847) i finansija (1848–1852). Detaljnije podatke o Jankoviću vid. u odrednici *Janković Paun (Baća)* (S. Jovanović), *Narodna enciklopedija Srpsko-hrvatsko slovenačka* II, Zagreb 1926, 125.

[32] AS, *DS* 1845/316, l. 310, *Zapisnik sednice Saveta od 2. aprila 1845*; *DP* 1845, br. 316.

[33] AS, 1844/IV/257, *Nacrt tumačenja Zakona od 2. aprila* 1845; *DS* 1845/316, l. 310, *Zapisnik sednice Saveta od 2. aprila 1845*; *DP* 1845, br. 316.

[34] AS, *MID-V, DP* 1845, br. 569; 1845/IV/257, *Dopis kneza Ministarstvima pravde i finansija od 16. maja 1845.*

[35] Vid. *Zbornik zakona* I, 197–198. Kakve je posledice proizvelo ovakvo rešenje, najbolje vidimo na primeru parnice Joke, udovice Todora Novakovića iz Šapca, protiv Stanojke Atanacković i Ruže Dilberović oko nekog placa, koja je na kraju dovela do izmene tumačenja. Vidi AS, *MID-V*, 1845/II/245; 1845/IV/257, *Nacrt izmene Tumačenja*

Motivi zakonodavne vlasti za izdavanje tumačenja, izloženi u uvodu interpretativnog zakona, u isto vreme su i motivi za sužavanje mogućnosti za ponavljanje postupka. Za to postoje dva konkretna dokaza.

„Izvodi" (izveštaji) Ministarstva pravde sa brojem parnica u 1843. su pristigli u Savet osam dana pre izdavanja tumačenja, 24. marta 1845. Statistika nije bila ohrabrujuća – pred okružnim sudovima je 1843. vođeno 3848 parnica, od kojih su 1072 ostale nepresuđene.[36] Ove brojke Savet je mogao da uporedi sa prethodnim izveštajem, za 1839, i uveri se o umnožavanju parnica.[37]

Drugi dokaz predstavlja dopis Ministarstva finansija Savetu od 4. januara 1845. U njemu je navedeno da u parnicama koje vodi država, njene protivstranke svoja prava najčešće brane pozivanjem na Zakon.[38] Svestan realne mogućnosti smanjivanja državnog zemljišnog fonda, Savet je morao da reaguje krajnje ograničavajućim rešenjima.

Politička situacija u Srbiji pred izdavanje tumačenja nije mu postavljala prepreke za takvu reakciju. U septembru iste godine propao je još jedan pokušaj svrgavanja ustavobraniteljskog režima, poznat pod imenom *Katanska buna*. Započeta prelaskom tridesetak prebeglih obrenovićevaca iz Austrije u Srbiju, ona je zahvatila šabački i loznički kraj, da bi potom bila s lakoćom ugušena.[39] Posle njenog ugušenja u zemlji su na duže vreme utihnuli glasovi o povratku Obrenovića na presto. To je svakako moglo da podigne samopouzdanje vlastodržaca i ohrabri ih na smelije korake.

Zakona od 16. maja 1845; *DS* 1845/1100, l. 208, *Zapisnik sednice Saveta od 1. oktobra 1845*; *Zbornik zakona* III, 94.

[36] AS, *DS* 1845/592, l. 1, *Izveštaj Ministarstva pravde Savetu od 30. decembra 1844*.

[37] Iz predstavke Ministarstva pravde od 6. jula 1840, doduše, saznajemo jedino da je podnet izveštaj o broju i strukturi parnica, ali sam izveštaj u arhivi Saveta nije sačuvan. Vid. AS, *DS* 1840/653, l. 3, *Izveštaj Ministarstva pravde Savetu od 6. aprila 1840*. Približna procena se može vršiti na osnovu izveštaja Ministarstva iz 1846, prema kome je 1840. pred okružnim sudovima bilo 2776 parnica, ali je od toga samo 158 ostalo nepresuđeno. Inače, isti dokument obelodanjuje da su okružni sudovi 1844. odlučivali o čak 6951 parnici, pri čemu u 3858 presuda nije bila doneta u toku iste godine. Takvo drastično uvećanje u poređenju sa 1843, koje se i golim okom moglo primetiti, verovatno je odlučujuće uticalo na stepen restriktivnosti tumačenja. AS, *DS* 1846/458, l. 4, *Izveštaj Ministarstva pravde Savetu od 18. jula 1846*; *Srpske novine*, br. 61 od 2. avgusta 1846, 246.

[38] AS, *Ministarstvo finansija – Odeljenje promišljenosti* 1845/X/5, l. 1–4; *MID-V* 1845/IV/257, l. 1–4, *Dopis Ministarstva finansija Savetu od 4. januara 1845*.

[39] Više o Katanskoj buni vid. u Milićević, 148–211.

III

Rad je bacio nešto više svetla na tumačenja Zakona kao poseban segment ustavobraniteljske zakonodavne delatnosti. U celini su prikazani postupci njihovih izdavanja, kao i konačni tekstovi. Takođe, predložili smo odgovore na pitanja čemu tumačenja teže i zbog čega.

Namera pisca je bila da svojim delom da podstrek za buduća istraživanja u ovoj, do sada nedovoljno istraženoj oblasti. Budući istraživači bi trebalo da usmere interesovanje ka preostalim, inače mnogobrojnim, tumačenjima pravnih normi za vreme vladavine kneza Aleksandra Karađođevića. Radi preglednosti i lakšeg izučavanja poželjno je grupisanje interpretativnih zakona prema granama prava. Kao imperativ se nameće pronalaženje zajedničkih ciljeva od kojih je zakonodavna vlast polazila u tumačenju određene grupe propisa. Razumljivo, rezultate bi trebalo dovesti u međusobnu vezu, posle čega nauka mora da da sud je li postojala opšta intencija zakonodavca u izdavanju tumačenja.

Vladavinu kneza Aleksandra Karađorđevića obeležava izuzetno velik broj interpretativnih zakona, nezapamćen kako u ranijim tako i kasnijim istorijskim epohama. Imajući to u vidu, naučnici koji nameravaju da se posvete proučavanju ove teme ne smeju da zaobiđu potragu za uzrocima učestalosti tumačenja. Pronalazak tih uzroka bi nesumnjivo na upečatljiv način dočarao opšta obeležja 40-ih i 50-ih godina XIX veka i svojstva ranog ustavobraniteljskog zakonodavstva.

Uroš Stanković, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Authentic Interpretations of Return of the Lands Act (1839)

Abstract

The article sheds light on three interpretations of *Return of the Lands Act*, introduced in 1839 and entitling landowners whose land was usurped by prince Miloš Obrenović (1815–1839, 1858–1860) and distinguished people's headmen to claim retrial of litigations over land adjudicated unjustly and return of their lawlessly disspossed property.

Two main questions arose in relation with interpretive rules – what were legislative power's goals when interpreting the Act and to what they were due. The author seeked the answer to the first dilemma by scrutinizing texts of interpretations, in order to determine their semantic meaning. In an attempt to provide the explanation for the second problem, he explored social context preceeding introduction of interpretive rules (namely, number of litigations before courts and political ambiance in Serbia).

The first interpretation, dating back to March, 2nd 1843, is inclined towards previous owners of the land. Such solution was caused mainly by the political situation – Russia contested Aleksandar Karađorđević's first election for prince of Serbia in 1842 and the assembly foreseen to elect ruler anew was to be summoned in June 1843 In the meantime, new regime embodied in so-called *constitution-defenders* (the group of distinguished political leaders opposed to Obrenović dynasty) struggled to ensure enthronement of its candidate and therefore issued a demagogic interpretation.

On the contrary, two remaining interpretations, from the years 1844 and 1845, were aimed to retain status quo regarding land property by diminishing possibilities for new trial. The legislators opted for restrictions having learned that number of litigations had increased greatly. Besides, political climate was to the most extent convenient for taking such measures, as several lesser rebellions incited by the followers

of Obrenović dynasty had been quelled easily, after which the opponents of the regime remained passive for a longer period of time.

Future research in this area should be directed towards other interpretive rules introduced during the reign of prince Aleksandar Karađorđević (1842–1858). Potential researchers should link analyzed interpretations and examine whether common intentions of legislative power existed.

Key words: Return of the Lands Act, land property, reignaf constitution defenders, interpretation of law.

Pregledni članak 339.543.37

Luka Baturan, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

OPRAVDANOST UVOĐENJA PRIVREMENOG OGRANIČENJA SLOBODNOG IZVOZA PŠENICE U SRBIJI[1]

***Sažetak**: Usled loše žetve pšenice u istočnoevropskim zemljama izvoznicima, u drugoj polovini 2010. godine cena pšenice na svetskom tržištu konstantno raste. Srbija je nakon žetve raspolagala viškovima koje je izvozila. Krajem godine često je pominjana mogućnost uvođenja privremene izvozne carine za pšenicu, da bi se sprečilo povećanje cena prehrambenih proizvoda, smanjenje kupovne moći stanovništva i nestašica pšenice na domaćem tržištu. Cilj rada je da se sagledaju efekti do kojih bi došlo pod pretpostavkom uvođenja predložene mere. U radu je prikazano kretanje cena pšenice na međunarodnom i domaćem tržištu, analizirani su ekonomski efekti ograničenja izvoza i navedeni su međunarodni ugovori koje je Srbija prihvatila, a koji predstavljaju prepreku uvođenju ovakve mere.*

***Ključne reči**: izvozna carina, izvozna dažbina, izvozna taksa, ograničenje izvoza, spoljnotrgovinska ograničenja, pšenica.*

UVOD

Može se reći da je žetva pšenice 2010. godine na istoku Evrope podbacila. Veliki izvoznici, pre svega Rusija, Ukrajina i Kazahstan zabeležili su ogromne gubitke usled prirodnih nepogoda, zbog čega je ponuda na svetskom tržištu smanjena. U takvim okolnostima Rusija i Ukrajina su privremeno ograničile izvoz pšenice iz svojih zemalja, zbog čega je došlo do velikog skoka cene pšenice na svetskom tržištu.

[1] Rad je nastao kao rezultat naučnog angažovanja na projektu Pravnog fakulteta u Novom Sadu pod nazivom „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbije)“.

Srbija je 2010. godine raspolagala sa viškovima pšenice, tako da je ubrzo nakon žetve počeo izvoz. Rast cene na svetskom tržištu usled smanjenja ponude pratio je i rast cena na domaćem tržištu. Zbog rasta cene pšenice koji nužno vodi i rastu cena hrane, smanjenju kupovne moći stanovništva i inflaciji, najavljuje se mogućnost uvođenja carine na izvoz pšenice. Ideja je bila da se tom merom spreči dalje urušavanje standarda stanovništva, a na račun velikih kompanija koje su po niskim cenama otkupile najveći deo proizvedene pšenice i koju su nameravali da plasiraju na inostranim tržištima. Kao jedan od argumenata za uvođenje carine navođena je i mogućnost da snabdevanje domaćeg stanovništva bude ugroženo.

Cilj ovog rada je da se sagledaju razlozi koji su koji govore u prilog uvođenju privremenog ograničenja izvoza pšenice, kao i da se analiziraju posledice koje bi nastupile u slučaju njenog uspostavljanja. U prvom delu rada je prikazan rast cene pšenice na međunarodnom i domaćem tržištu u drugoj polovini 2010. godine, a zatim je objašnjen uticaj cene pšenice na stanje inflacije u zemlji. Potom su analizirani ekonomski efekti koji bi se postigli eventualnim uvođenjem izvozne carine, njihov odnos prema ekonomsko-političkim ciljevima koji su zacrtani, kao i pravne i političke prepreke za uvođenje takve mere zbog obaveza koje je Srbija preuzela određenim međunarodnim ugovorima.

1. KRETANJE CENE PŠENICE NA MEĐUNARODNOM TRŽIŠTU U DRUGOJ POLOVINI 2010. GODINE[2]

Prema proceni FAO, svetska proizvodnja pšenice je u 2010. godini podbacila u odnosu na prethodnu godinu za gotovo 35 mil. tona, ili oko 5,1%. U 2009. godini proizvedeno je oko 684,8 mil. tona pšenice, a u 2010. godini oko 647,7 mil. tona.[3] Od velikih izvoznica, Rusija je u 2010. godini proizvela oko 9,7 mil. tona (ili 15,7%) manje nego prethodne godine, Kanada oko 4,6 mil. tona (ili 17,1%), Kazahstan oko 4 mil. tona (23,5 %), Ukrajina oko 3,3 mil. tona (15,7%) itd (tabela br. 1).

Od sredine 2008. do sredine 2010. godine cena pšenice je bila u padu, i na početku žetve u junu 2010. iznosila je 182,75 $/t. Međutim, sa početkom žetve (kraj juna i početak jula) počinje da raste i u julu iznosi 204 $/t.[4]

---

[2] O dugoročnom kretanju cena žitarica i razlozima rasta cena više kod: Bernadette Andreosso-O'Callaghan, M. Bruna Zolin, Long-Term Cereal Price Changes: How Important is Speculative Element, *Transitional Studies Review*, (ed. G. Dominese) Springer, Wien - Austria, Vol. XVII, No.4, December 2010., str. 624-637; Donald Mitchell, A Note on Rising Food Prices, *Policy Research Working Paper* No.4682, World Bank, Development Prospects Group, July 2008.

[3] Food outlook, Global Market Analysis, November 2010, str. 2, Food and Agriculture Organisation of the United Nations (FAO), official web site *http://www.fao.org*.

[4] International commodity prices, FAO official web site *http://www.fao.org*.

Tada je već postalo jasno da će ponuda pšenice na međunarodnom tržištu pasti znatno ispod očekivanja. Početkom avgusta 2010. god. Ruska Federacija, jedna od najvećih svetskih izvoznica pšenice uvodi zabranu izvoza zbog nezapamćenih suša koje su pogodile zemlju, kao i zbog požara koji su uništili ogromne površine zasejane žitaricama[5]. Nakon Rusije i Ukrajina ograničava svoj izvoz uvođenjem izvoznih kvota za pšenicu.[6] Dolazi do drastičnog skoka cene: u avgustu je iznosila 267,75 $/t, u septembru 303,75 $/t, zatim u oktobru i novembru pada na 290 $/t odnosno 291,5 $/t, da bi u decembru dostigla rekordnih 319,8 $/t.[7]

Od zemalja u širem regionu, izvoznim viškovima raspolagale su jedino Srbija i Mađarska.[8]

Tabela br. 1: Proizvodnja pšenice u nekim državama Evrope i Severne Amerike u milionima tona[9]

	proizvodnja			uvoz			izvoz		
	2006 – 2008	2009	2010*	2006 - 2008	2009	2010*	2006 - 2008	2009	2010*
EU	129,5	138,5	136,5	6,8	5,3	5,5	16,1	20,0	21,0
Kazahstan	15,3	17,0	13,0	-	0,1	-	7,6	7,9	6,5
Kanada	24,6	26,8	22,2	-	0,1	0,1	17,8	18,0	17,0
Rusija	52,8	61,7	42,0	0,4	0,1	2,0	13,8	17,5	3,5
SAD	57,7	60,4	60,1	2,8	2,7	2,5	28,5	24,2	33,5
Ukrajina	17,4	20,9	17,6	0,1	0,1	0,1	5,7	9,0	9,0

*procena

[5] Postanovlenie ot 5 avgusta 2010 g. №599 o vvedenii vremennogo zapreta vыvoza nekotorыh vidov selьskohozяйstvennыh tovarov s territorii Rossiйskoй Federacii, i Postanovlenie ot 20 oktяbrя 2010 g. №853 o vvedenii vremennogo zapreta na vыvoz - nekotorыh vidov selьskohozяйstvennыh tovarov s territorii Rossiйskoй Federacii, oficialьnый saйt Pravitelьstva RF *http://government..ru/gov*. Zabrana je trebala da važi do 31. decembra 2010. godine, ali je u oktobru produžena do 30. juna 2011. godine.

[6] Ukrajinska Vlada je 4. oktobra 2010. godine donela Uredbu br. 938 kojom se uvodi kvota na izvoz pšenice iz zemlje do 31. decembra 2010. godine. Ann E. Murphy, Yuliya Dubinyuk, Grain Export Quotas Officially Begin, *Global Agricultural Information Network,* Report No. UP1026, Kiev – Ukraine, 19.10.2010., officially web site *http://www.gain.fas.usda.gov*. Uredbom Vlade Ukrajine br. 1182 od 6. septembra 2010. godine produženo je važenje izvoznih ograničenja do 31. marta 2011. godine. WTO official web site *http://www.wto.org*.

[7] International commodity prices, FAO official web site *http://www.fao.org*.

[8] Navedeno prema podacima poslovnog udruženja Žita Srbije. Žarko Galetin, Komentar nedeljnog prometa roba od 24. septembra 2010. godine, Produktna berza u Novom Sadu, zvanični internet sajt *http://www.proberza.co.rs*.

[9] Food outlook, Global Market Analysis, November 2010, str. 72, FAO official web site *http://www.fao.org*.

2. TRŽIŠTE PŠENICE U SRBIJI

U junu mesecu (neposredno pred žetvu) cena pšenice na Produktnoj berzi u Novom Sadu iznosila je 11,34 din/kg sa PDV-om (tabela br. 2). Taj period karakteriše strah proizvođača da će zbog niske otkupne cene pšenice žetvu završiti sa gubitkom. Sa početkom žetve 2010. godine počinje i rast cena pšenice na svetskom, regionalnom i domaćem tržištu. Vlade Srbije 8. jula odlučuje da preko Republičke direkcije za robne rezerve otkupi od domaćih proizvođača 70.000 tona merkantilne pšenice roda 2010. po ceni od 12 din/kg sa PDV-om, počev od 13. jula.[10] Tom cenom proizvođači nikako nisu bili zadovoljni. U nedelji kada je Vlada Srbije odredila otkupnu cenu za novi rod pšenice, na Produktnoj berzi u Novom Sadu pšenica roda 2009. se prodavala po ceni od 12,42 din/kg sa PDV-om.[11] Kada Republička direkcija za robne rezerve počinje otkup pšenice, prosečna cena na Produktnoj berzi u Novom Sadu roda 2010 iznosi 14,12 din/kg sa PDV-om. Jasno je bilo da je cena koju je ponudila Vlada niska, zbog čega su se proizvođači okrenuli trgovcima koji su, osluškujući dešavanja na međunarodnom tržištu u startu ponudili veću cenu. Republička direkcija je uspela da otkupi tek manji deo planirane količine pšenice. U toku jula meseca otkupljeno je svega 12.452 t domaće merkantilne pšenice od registrovanih poljoprivrednih gazdinstava – fizičkih lica (od planiranih 70.000 t).[12]

U prvoj nedelji avgusta Rusija je uvela apsolutnu zabranu izvoza pšenice, što je izazvalo pravu eksploziju njene cene. Prema podacima FAO, u avgustu je prosečna cena pšenice na svetskom tržištu skočila sa julskih 204,6 $/t na 267,75 $/t,[13] što je povećanje od 30,8% za mesec dana. I u Srbiji cena pšenice u avgustu skače, pa je u drugoj nedelji avgusta porasla za 24,23% u odnosu na prethodnu nedelju, što je rekord koji na Produktnoj berzi do tada nije zabeležen.[14] Cena pšenice na novosadskoj berzi nakon toga beleži blag konstantan rast do kraja godine, tako da u poslednjoj nedelji decembra dostiže 26,75 din/kg bez PDV.

---

[10] Vlada R. Srbije, zvanični internet sajt *http://www.srbija.gov.rs*.

[11] Na dan kada je Vlada Srbije odredila otkupnu cenu pšenice u visini od 12 din/kg, na berzi u Budimpešti cena pšenice prve klase na paritetu FOB luka Dunav je iznosila 14,09 din/kg. Ž. Galetin, Komentar nedeljnog prometa roba od 9. jula 2010. godine, Produktna berza u Novom Sadu, zvanični internet sajt *http://www.proberza.co.rs*.

[12] Ministarstvo trgovine i usluga, Izveštaj o radu januar 2010 – decembar 2010, str. 14. *http://www.mtu.gov.rs*.

[13] International commodity prices, FAO official web site *http://www.fao.org*.

[14] Ž. Galetin, Komentar nedeljnog prometa roba od 13. avgusta 2011. godine, Produktna berza u Novom Sadu, zvanični internet sajt *http://www.proberza.co.rs*.

Tabela br. 2: Cena pšenice u dinarima sa PDV-om, postignuta na Produktnoj berzi u Novom Sadu[15]

vreme	**cena pšenice, din/kg**	
	bez PDV	**sa PDV**
5. jul - 9. jul	11,50	12,42
12. jul - 16. jul	13,15	14,12
19. jul - 23. jul	13,00	15,34
26. jul - 30. jul	13,61	16,06
2. avg. - 6. avg.	14,08	16,61
9. avg. - 13. avg.	17,48	18,88
16. avg. - 20. avg.	18,00	19,44
23. avg. - 27. avg.	18,19	19,65
30. avg. - 3. sep.	18,50	19,98
6. sep. - 10. sep.	18,24	19,70
13. sep. - 17. sep.	18,48	19,96
20. sep. - 24. sep.	18,74	20,24
27. sep. - 1. okt.	18,96	20,47
4. okt. - 8. okt.	19,12	20,65
11. okt. - 15. okt.	19,34	20,86
18. okt. - 22. okt.	20,00	21,60
25. okt. - 29. okt.	20,00	21,60
1. nov. - 5. nov.	21,00	22,68
8. nov. - 12. nov.	21,74	23,48
15. nov. - 19. nov.	22,42	24,21
22. nov. - 26. nov.	23,13	24,98
29. nov. - 3. dec.	24,31	26,25
6. dec. - 10. dec.	24,91	26,90
13. dec. - 17. dec.	24,91	26,90
20. dec. - 24. dec.	24,50	26,46
27. dec. - 31. dec.	24,77	26,76

[15] Ž. Galetin, Komentar nedeljnog prometa roba od 9. jula do 31. decembra 2010. godine, Produktna berza u Novom Sadu, zvanični sajt *http://www.proberza.co.rs*.

Posmatrano na polugodišnjem nivou, svetska cena pšenice je od juna do decembra porasla za čitavih 75%. U Srbiji je od početka žetve do kraja godine nominalno porasla za oko 136%, s tim da treba računati na inflaciju koja je po proceni Narodne banke Srbije na kraju 2010. godine iznosila 10,3%.[16]

S obzirom na specifičnu prirodu pšenice kao robe koja zahteva posebno skladištenje, zatim slabu mogućnost malih proizvođača da prate i procenjuju kretanje cena na svetskom tržištu zbog neinformisanosti i psihološkog faktora koji je država stvorila nuđenjem izuzetno niske otkupne cene, veći deo pšenice ovogodišnjeg roda su ubrzo nakon žetve otkupile firme koje se bave proizvodnjom na veliko i preprodajom, kao i mlinsko-pekarska industrija. Kod malih proizvođača je ostao tek manji deo.[17] Država nije uspela da otkupi planiranu količinu pšenice za potrebe robnih rezervi zbog niske cene koju je ponudila proizvođačima, što će joj u narednom periodu onemogućiti efikasnu intervenciju na tržištu.

3. CENA PŠENICE KAO GENERATOR INFLACIJE

Prema raspoloživim podacima, u Srbiji je 2010. godine proizvedeno oko 1,6 mil. tona pšenice, 20% manje u odnosu na prosek u poslednjoj deceniji.[18] U skladištima se nalazila i određena količina pšenice prošlogodišnjeg roda.[19] Kako je za zadovoljenje domaćih potreba mesečno potrebno oko 110 hilj. tona, odmah je bilo jasno da Srbija raspolaže pšenicom i

---

[16] Izveštaj o inflaciji, Narodna banka Srbije, Zavod za izradu novčanica i kovanog novca, Beograd, februar 2011, str. 3, *http://www.nbs.rs*.

[17] U saopštenju Vlade AP Vojvodine sa 43. sednice od 25. avgusta 2010. godine na kojoj su razmatrana aktuelna pitanja u oblasti agrara, navedeno je da je „na individualnim gazdinstvima požnjeveno oko 593.000 tona hlebnog žita. Najveći deo ove proizvodnje poljoprivredni proizvođači usmeravaju u robno-novčane tokove, a u zavisnosti od ostvarenog prinosa, manju količinu (10-30%) roda zadržavaju za sopstvene potrebe.“ Vlada AP Vojvodine, zvanični internet sajt *http://www.vojvodina.gov.rs.* Istu procenu izneo je i Ž. Galetin, direktor Produktne berze u Novom Sadu: „Pretpostavka je da je danas (...) veći deo pšenice skoncentrisan u rukama tzv. velikih igrača. Dakle, naš proizvođač (pre svega individualni) predajom pšenice neposredno posle žetve, bio je primoran da je ubrzo i proda. Mali je broj onih koji i danas u tuđem skladištu imaju i svoju pšenicu“. Ž. Galetin, Slika i prilika srpskog tržišta žitarica u 2010. godini, *Akter : magazin savremene Srbije,* Novi Sad, decembar 2010.

[18] Republički zavod za statistiku Beograd, Saopštenje br. 242, 23.08.2010. godine, *http://www.stat.gov.rs*.

[19] Prema podacima udruženja Žita Srbije koje je Tanjugu izneo direktor Vukosav Saković, stare pšenice u Srbiji ima oko 500 hilj. tona. Saković: pšenice ima i za izvoz, Radio-Televizija Vojvodine, 15.01.2011. godine, zvanični internet sajt *http://www.rtv.rs*.

za izvoz. Od avgusta do kraja novembra 2010. godine iz Srbije je prema podacima Ministarstva trgovine i usluga objavljenim u štampi izvezeno oko 350 do 380 hilj. tona.[20] Međutim, u novembru je cena pšenice na domaćem tržištu premašila cenu na tržištima u okruženju, tako da je tempo izvoza opao, i u decembru je izvezeno tek oko 9 hilj. tona.[21]

Dramatičan rast cene pšenice na domaćem i međunarodnom tržištu doveo je srpsku vlast u poziciju da nešto mora preduzeti. Domaća mlinsko-pekarska industrija će, nakon što potroši stare zalihe doći u nezavidnu situaciju: sa jedne strane, cena pšenice je od jula do decembra porasla za 136%, a sa druge strane cena hleba je ostala nepromenjena. To bi značilo da mora doći do značajnog povećanja cene hleba. Kao osnovna životna namirnica, cenovna elastičnost domaće tražnje hleba je čvrsta, što znači da tražnja i u slučaju većeg rasta cena neće biti značajno smanjena. Visoka cena brašna i hleba nužno će podići nivo cena svih prehrambenih proizvoda, što će dalje podići opšti nivo cena u Republici.[22] U literaturi se navodi da povećanje cena hrane od 1% povećava mogućnost pojave inflacije od 0,5%.[23] Povećanje cena prehrambenih proizvoda bi značilo smanjenje kupovne moći stanovništva, što bi u sadašnjim uslovima moglo doprineti povećanju socijalnog nezadovoljstva stanovništva.

Da bi se umirili zahtevi pekara za povećanjem cene hleba sa 38 na 50 ili čak 60 dinara za veknu, Vlada Srbije je 14. oktobra 2010. godine odobrila pozajmicu od 100.000 t merkantilne pšenice „Uniji pekara“ iz skladišta Republičke direkcije za robne rezerve.[24] Takođe, usvojena je i

---

[20] Milosavljević predlaže izvoznu dažbinu na pšenicu, Blic, 8.01.2011.

[21] Pšenice ima i za izvoz, Radio-Televizija Vojvodine, zvanični internet sajt *http://www.rtv.rs*.

[22] “Inflacija u Srbiji je izuzetno osetljiva na kretanja cena hrane kako zbog visokog osciliranja ove grupe cena, tako i zbog njihovog visokog učešća u indeksu potrošačkih cena. (...) Poslednjih meseci suočavamo se sa snažnim rastom cena hrane uzrokovanim nepovoljnim vremenskim prilikama i rastom svetskih cena primarnih poljoprivrednih proizvoda, što u velikoj meri i predstavlja uzrok što će inflacija u T4 premašiti gornju granicu cilja.“ Uticaj cena hrane na ostvarivanje ciljane stope inflacije u Izveštaj o inflaciji, Narodna banka Srbije, Zavod za izradu novčanica i kovanog novca, Beograd, novembar 2010, str. 15, *http://www.nbs.rs*. Više o uticaju cena prehrambenih proizvoda na inflaciju kod Dale E. Hathaway, Hendrik S. Houthakker, John A. Schnittker, Food Prices and Inflation, *Brookings Papers on Economic Activity,* Vol. 1974, No. 1, The Brookings Institution, 1974, str. 63-116.

[23] John F. Boschen and Charles L. Weise, What Starts the Inflation: Evidence from the OECD countries, *Journal of Monay, Credit and Banking,* Vol. 35, No. 3., Ohio State University Press, Ohio – USA, 2003, str. 333.

[24] Ministarstvo trgovine i usluga, Izveštaj o radu januar 2010 – decembar 2010, str. 15.

uredba Vlade kojom se reguliše proizvodnja i promet hleba za siromašne slojeve stanovništva.[25] Ove mere su imale za cilj da privremeno spreče poskupljenje hleba.

4. EKONOMSKI EFEKTI IZVOZNE DAŽBINE

Izvozne carine predstavljaju vid ograničenja slobodne trgovine koji se danas veoma retko sreće. One predstavljaju retkost koju države uvode iz ekonomskih, fiskalnih ili socijalno-političkih razloga. Carinama na izvoz sirovina moguće je domaćoj prerađivačkoj industriji obezbediti jeftinije sirovine za proizvodnju, ali i poboljšati odnos razmene ukoliko je cenovna elastičnost inostrane tražnje kruta.[26] Izvozne dažbine kao izvor budžetskih prihoda u savremenoj praksi imaju zanemariv značaj i nisu poželjne[27] pošto smanjuju izvoz, a što se dalje negativno odražava na ukupan platni bilans zemlje sa inostranstvom. Smatra se da je opravdano uvođenje izvoznih carina u cilju obezbezbeđenja životnih namirnica (pre svega žitarica) kada je snabdevanje domaćeg stanovništva ugroženo. To je u skladu i sa članom XI st. 2 (a) GATT-a i 1994, kojim se predviđa opšte ukidanje kvantitativnih ograničenja izvoza.[28] Ipak, ne bi bilo opravdano njihovo uvođenje radi sprečavanja izvoza roba i stvaranja neopravdanih zaliha. [29]

U decembru 2010. i januaru 2011. godine predlaže se uvođenje specifične izvozne dažbine u iznosu od 5 dinara po kilogramu izvezene pšenice.[30] Kao osnovni argument se navodi da je od avgusta do novembra dostignut maksimum količine koju Srbija može da izveze, a da se ne

---

[25] Uredba o obaveznoj proizvodnji i prometu hleba od brašna „T-500“, *Službeni glasnik RS* br. 75/2010.

[26] Žarko Mrkušić, *Međunarodna ekonomija*, I sveska Međunarodna trgovina i trgovinska politika, Savremena administracija, Beograd 1965[2], str. 323-325 i Miodrad Stanković, *Sistemi carina i carinske zaštite sa carinskim tarifama,* Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd 1982, str. 22-23. Kao ilustracija može da posluži dažbina na izvoz pirinča iz Tajlanda: Peter G. Warr, Welfare Effects of an Export Tax: Thailand's Rice Premium, *American Journal of Agricultural Economics*, Vol. 83, No. 4, Oxford University Press, Oxford – UK, Nov. 2001, str. 903-920.

[27] M. Stanković, str. 22.

[28] „Ni jedna strana ugovornica neće ustanovljavati niti zadržavati (...) pri izvozu ili pri prodaji za izvoz na teritoriju druge strane ugovornice nikakve druge zabrane ili ograničenja osim carina, taksa i drugih dažbina (...).“ Tomislav Popović (ur.) Svetska trgovinska organizacija – Rezultati Urugvajske runde multilateralnih trgovinskih pregovora : pravni tekstovi, Institut ekonomskih nauka, Beograd 1996.

[29] M. Stanković, str. 23.

[30] Milosavljević predlaže izvoznu dažbinu na pšenicu, Blic, 8.01.2011.

ugrozi snabdevenost i stabilnost domaćeg tržišta. Takođe, ovom merom bi trebala i da omogući potrošačima redovno i nesmetano snabdevanje prehrambenim proizvodima po cenama nižim od tržišnih.[31]

Iako nije bilo reči o uvođenju apsolutne zabrane izvoza pšenice poput one u Rusiji, izvozna dažbina bi imala pre svega prohibitivni karakter jer bi trebala da spreči dalji izvoz pšenice iz zemlje. Njenom naplatom bi se dodatno povećala cena domaće pšenice na inostranom tržištu za iznos približno jednak iznosu dažbine, što bi domaću pšenicu učinilo nekonkurentnom na međunarodnom tržištui samo po sebi zaustavilo izvoz.

Cenovna elastičnost inostrane tražnje pšenice je visoka s obzirom da srpska ponuda ne može ozbiljnije uticati na svetsku cenu.[32] Zbog zaustavljanja izvoza viškova pšenice, povećala bi se ponuda na domaćem tržištu što bi uzrokovalo pad njene cene u Srbiji, čime bi bar malo oslabio inflatorni pritisak. U tom slučaju, „proizvođači će plasirati robu na domaćem tržištu radije nego na stranom dokle god cena na domaćem tržištu ne padne za pun iznos carine“.[33] Tako bi se cena na unutrašnjem tržištu na kraju stabilizovala na nivou koji je ispod svetskog odnosno regionalnog, približno za iznos dažbine, čime bi se obezbedila snabdevenost domaćeg stanovništva dovoljnim količinama pšenice po nižim cenama.

Međutim, tržište sa svojim mehanizmima je ubrzo pokazalo da nije opravdan strah od preteranog izvoza, kao i da je reakcija neadekvatna i zakasnela. Najveći izvoz ostvaren je od avgusta do novembra, dok je cena na domaćem tržištu bila ispod svetskog nivoa. Država, koja je malim proizvođačima u startu ponudila otkupnu cenu dosta nižu od one koja bi se postigla izvozom, psihološki je pomogla velikim izvoznicima da po nižoj ceni (ali ipak većoj od one koju garantuje država) otkupe gotovo celokupnu ponudu malih proizvođača koji nemaju uslova za skladištenje pšenice. Velike kompanije su tako u periodu avgust – novembar ostvarile ekstra-profit, prodajući u inostranstvu po visokim tržišnim cenama jeftino otkupljene domaće viškove. Država nije uspela čak ni da obezbedi planiranu količinu pšenice za robne rezerve, čijom bi ponudom u narednom periodu mogla da utiče na obaranje domaće cene brašna i hleba.

---

[31] Uskoro izvozna dažbina za pšenicu?, Radio-Televizija Vojvodine, 30.12.2010. godine, zvanični internet sajt *http://www.rtv.rs*.

[32] Upor.: Jadwiga Ziolkowska, Kurt Jechlitschka, Dieter Kirschke, Global Implications of national price policies on the wheat market – quantitative assesment of world market effects, *Agricultural Economics,* No. 10 (ed. Vladimir Jeniček), Prague – Czech Republic 2009, str. 475-480.

[33] Ž. Mrkušić, str. 324.

Onoga trenutka kada je odnos ponude i tražnje izravnao cenu pšenice na domaćem i svetskom tržištu, prestala je navodna opasnost od ugroženosti snabdevanja domaćih potreba jer je izvoz gotovo zaustavljen. Ipak, skok cena hleba će nužno uzrokovati dalje povećanje opšteg nivoa cena i smanjenje kupovne moći stanovništva.

Država je propustila priliku da na vreme otkupi dovoljnu količinu pšenice, koju bi kasnije mogla da koristi za intervencije na tržištu, kako bi cenu hleba držala na nižem nivou. Pšenica prikupljena u skladištima Republičke direkcije za robne rezerve mogla se iskoristiti za subvencionisanje mlinsko-pekarske industrije čime bi se cene brašna i hleba zadržale na nižem nivou i tako sačuvao socijalni mir. Iz tog razloga je rešenje u jednom momentu viđeno u uvođenju privremenog ograničenja izvoza uvođenjem izvozne dažbine.

Carinom na izvoz moguće je spustiti cenu pšenice na domaćem tržištu prema navedenom modelu približno za iznos carine i time usporiti rast cena i udar na kupovnu moć stanovništva. Međutim, pitanje je ko bi u tom slučaju snosio trošak snižavanja cena. On bi se tako prelilo na subjekte koji su sačuvali viškove pšenice u skladištima jer te viškove zbog postojanja izvoznih dažbina ne bi mogli da prodaju po tržišnim, već po nižim domaćim cenama.

Najavljena mera uvođenja izvozne dažbine u potpunosti je suprotna duhu i slovu Strategije razvoja poljoprivrede Srbije[34] koju je usvojila Vlada 2005. godine. Promene koje je neophodno izvršiti u poljoprivrednom sektoru navedene u Strategiji jesu završetak tranzicije iz socijalističke ka potpuno tržišnoj ekonomiji, integracija i pridruživanje Evropskoj Uniji i radikalna rekonstrukcija i modernizacija celog poljoprivrednog sektora, a sve to „u cilju prosperiteta i efikasnosti u poljoprivrednom sektoru i ruralnim područjima."

Kako izvozna dažbina predstavlja vid državne intervencije kojim se ograničava sloboda tržišta, jasno je da bi se ovom merom tržište pšenice dodatno izolovalo i privremeno isključilo iz svetskih i regionalnih tokova. Mera je potpuno suprotna i poljoprivrednoj politici EU, koju karakteriše zaštita poljoprivrede i proizvođača, a ne veštačko prelivanje dela profita iz poljoprivrede u druge sektore (što je pre karakteristika bivših socijalističkih ekonomija). Izvlačenje dela profita iz poljoprivrede samo bi usporilo njenu modernizaciju, i verovatno obeshrabrilo potencijalne investitore od ulaganja u ovaj sektor.

[34] Strategija razvoja poljoprivrede Srbije, *Službeni glasnik RS* br. 78/2005.

5. OGRANIČENJE IZVOZA PŠENICE U SVETLU MEĐUNARODNIH INTEGRACIJA SRBIJE

Srbija na svom putu ka punopravnom članstvu u EU mora ispuniti brojne zahteve koji su pred nju postavljeni. Ulaskom u EU privreda Srbije će biti izložena snažnom pritisku konkurencije, zbog čega je pre pristupa neophodno ojačati njenu konkurentsku poziciju. EU je još 1993. godine u sklopu „kopenhaških uslova" tražila od zemalja kandidata da izgrade funkcionalnu tržišnu privredu koja će biti sposobna da izdrži pritisak konkurencije i tržišnih sila unutar Unije.[35] Da bi se izbegao nagli prelazak na tržišnu utakmicu u momentu pristupa Uniji, Srbija je sa EU potpisala Prelazni trgovinski sporazum, a pristupila je i Sporazumu o slobodnoj trgovini u centralnoj Evropi (CEFTA).

Prelaznim trgovinskim sporazumom Srbije i EU strane ugovornice su se obavezale da u međusobnoj trgovini neće uvoditi nove carine na izvoz ili dažbine koje imaju isto dejstvo.[36] Sporazumom o slobodnoj trgovini u centralnoj Evropi (CEFTA)[37] strane ugovornice su se takođe obavezale da ukinu sve postojeće carine na izvoz, mere istog dejstva i izvozne dažbine fiskalne prirode, kao i da neće uvoditi nove.[38]

Kada je pšenica u pitanju, Vlada Srbije je još u decembru 2009. godine[39] ukinula sva dotadašnja ograničenja za izvoz pšenice iz Srbije koja su bila propisana Uredbom o privremenom ograničenju izvoza određenih vrsta roba[40]. Uvođenje predloženih dažbina na izvoz pšenice bilo bi direktno u suprotnosti sa međunarodnim obavezama koje je Srbija preuzela.

---

[35] Miroslav Prokopijević, *Evropska Unija : Uvod*, Beograd, Službeni glasnik, 2009[2], str. 559.

[36] Zakon o potvrđivanju Prelaznog sporazuma o trgovini i trgovinskim pitaima između Evropske Zajednice, sa jedne strane, i Srbije, sa druge strane, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* br. 83/2008, čl. 21 st. 1. Takođe, zabranjeno je i uvođenje novih količinskih ograničenja na izvoz ili mera koje imaju isto dejstvo, čl. 21. st. 2.

[37] Zakon o potvrđivanju Sporazuma o izmeni i pristupanju Sporazumu o slobodnoj trgovini u centralnoj Evropi - CEFTA 2006. *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* br. 88/2007, Aneks 1, čl. 4. Isto se odnosi i na količinska ograničenja izvoza i mere istog dejstva, Aneks 1 čl. 3(al).

[38] Predviđena su i određeni izuzeci ali se ona ne odnose na izvoz pšenice. CEFTA, čl. 17.

[39] Uredba o prestanku važenja određenih uredaba, *Službeni glasnik RS* br. 103/2009, čl. 1, tč. 12.

[40] Uredba o privremenom ograničenju roba, *Službeni glasnik RS* br. 73/2007, 97/2007, 126/2007 i 23/2008. Inače, privremena zabrana izvoza pšenice propisana ovom Uredbom prestala je da važi još 15. juna 2008. godine.

ZAKLJUČAK

Veliki skok cene pšenice na svetskom tržištu nakon žetve 2010. godine otvorio je dilemu: da li uvođenjem izvoznih dažbina intervenisati na tržištu i sprečiti rast cena, ili dozvoliti da zakoni tržišta kroz rast cene pšenice podignu nivo cena hrane i tako pospeše inflaciju i smanje kupovnu moć stanovništva. Postojala je i navodna zabrinutost da bi preteran izvoz pšenice ugrozio domaće potrebe stanovništva, zbog čega se predlaže uvođenje izvoznih ograničenja u vidu izvozne dažbine odnosno carine.

U prilog uvođenju izvoznih carina stoji činjenica da je u toku 2010. godine u Srbiji zbog problema u privredi i inflacije smanjena kupovna moć stanovništva. Rast cena pšenice nužno vodi povećanju cena brašna i hleba, a to dalje znači rast cena hrane, što bi predstavljalo dodatni udar na budžet domaćinstava i uvećanje socijalnih problema u državi. Navođeno je i da bi uvođenje ovakvih mera bilo opravdano jer su velike kompanije iskoristile položaj malih proizvođača i otkupile od njih pšenicu po niskim cenama, da bi je zatim izvezle po znatno višim cenama i tako prisvojile ekstra profit. Zbog toga bi navodno bilo pravedno da se profit izvoznika ograniči spuštanjem cena kroz efekat uvođenja izvozne carine, a u korist potrošača.

Iako je bilo predloga, izvozna dažbina do kraja januara 2011. godine nije uvedena. Razlozi koji govore protiv uvođenja ove mere su brojni. To su pre svega razlozi pravne prirode, jer prema Prelaznom trgovinskom sporazumu Srbije i EU, kao i Sporazumu CEFTA Srbija mora ukinuti postojeća izvozna ograničenja i ne sme uvoditi nova.

I ekonomska logika govori protiv postojanja carina na izvoz pšenice. Rast cene pšenice na domaćem tržištu je pratio rast cene na regionalnom i svetskom tržištu dok je bilo viškova koji su izvoženi. Kada su se domaća i izvozna cena izjednačile, izvoz je gotovo zaustavljen a u državi je ostalo dovoljno zaliha za podmirenje domaćih potreba.

Uvođenje izvoznih ograničenja za pšenicu bi predstavljalo kupovinu socijalnog mira na račun poljoprivrednog sektora, baš u trenutku kad se on nalazi u fazi prilagođavanja novim uslovima na tržištu. Od poljoprivrede u Srbiji se očekuje da se pripremi za potpunu liberalizaciju i uključenje na regionalno tržište poljoprivrednih proizvoda (prvo tržište CEFTA, a kasnije i EU). Ona mora biti sposobna da izdrži konkurenciju poljoprivreda drugih zemalja, što pored suštinskih promena u konceptu vođenja poljoprivredne politike podrazumeva i njenu radikalnu modernizaciju. Smanjenje profita u poljoprivredi samo bi usporilo investiranje u ovom sektoru, što bi sigurno usporilo jačanje njene konkurentnosti.

Ukoliko je cilj usporavanje rasta cena prehrambenih proizvoda, državi stoje na raspolaganju druga, pogodnija sredstva za intervenciju kao npr. subvencije mlinsko-pekarskoj industriji za kupovinu pšenice. Na ovaj način bi se snizila cena pšenice, ali ne na račun poljoprivrednog sektora već na račun države. Međutim, i u ovom slučaju krajnji trošak bi snosili poreski obveznici odnosno potrošači, zbog čega ostaje otvoreno pitanje da li je uopšte opravdana bilo kakva državna intervencija radi promene strukture cena.

S obzirom da priključenje EU podrazumeva liberalizaciju tržišta, uvođenje bilo kakvih izvoznih zabrana samo bi udaljilo Srbiju od ciljeva kojima teži. I u narednom periodu predstoji privikavanje na novu ulogu državnih vlasti koju liberalizacija tržišta podrazumeva, a to je povlačenje iz neposrednog upravljanja tokovima u poljoprivredi i njeno prepuštanje tržišnim silama. Funkcije koje država može i treba da zadrži jeste pomoć poljoprivrednim proizvođačima u otklanjanju određenih nedostataka koje tržište ne može da otkloni, ali nikako kupovina socijalnog mira u zemlji na račun poljoprivrednog sektora.

Luka Baturan, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Justification of Introducing the Temporary Restrictions of Free Export of Wheat in Serbia

Abstract

Due to the poor wheat harvest in exporting countries of Eastern Europe in the second half of 2010, the price of wheat on the world market is constantly growing. Serbia was disposed of surplus after the harvest and used it for exporting into other markets. At the end of the year the possibility of introducing temporary export tariffs on wheat was announced, in order to prevent price increase in food, reduction of purchasing power and shortage of wheat on domestic market. The aim was to review the effects which would result from assuming the introduction of the proposed measures. The paper presents the movement of wheat prices on international and domestic markets, analyzes the economic effects of export restrictions and lists international treaties that Serbia had accepted, and which represent an obstacle to the introduction of such measures.

Key words: export duties, export taxes, export restrictions, foreign trade restrictions, wheat

Stručni rad 339.13.012.432

Jovana Đuričić, saradnik u nastavi
Visoke poslovne škole strukovnih studija u Novom Sadu

USAGLAŠENA PRAKSA I/ILI SVESNI PARALELIZAM NA OLIGOPOLISTIČKOM TRŽIŠTU

Sažetak: *Konkurencija predstavlja tržišno stanje koje je poželjno u svakom društvu. Učesnici na tržištu na kom postoji fer konkurencija, trudeći se da budu bolji jedni od drugih, doprinose da tržište na kom deluju napreduje više od onog na kom je konkurencija slabija. Međutim, narušavanje konkurencije postalo je veoma često u savremenom društvu. Najčešće se to čini određenim sporazumima, izričitim ili prećutnim usaglašavanjem ponašanja učesnika na tržištu, ali i na druge načine, sa ciljem postizanja određenih pogodnosti, a posebno ostvarivanja ekstraprofita. Ograničenje konkurencije može se uočiti i na oligopolističkim tržištima. Međutim, tim tržištima svojstveni su izvesni tržišni oblici koje je često teško razlikovati od zabranjenih netržišnih ponašanja. U ovim radu definiše se odnos usaglašene prakse i svesnog paralelizma na oligopolističkom tržištu, kao primera ponašanja koje se sankcioniše i onog koje je prividno legitimno, s osvrtom na praksu Suda Evropske unije.*

Ključne reči: *konkurencija, oligopol, usaglašena praksa, svesni paralelizam.*

1. Uvod

Pojam konkurencije prvi put se pominje u ekonomskoj teoriji pre gotovo tri veka. Svoj pravni izraz konkurencija je prvi put pronašla u Ser-

manovom zakonu iz 1890. godine.[1] Od tada su se dogodile velike promene u načinu određenja pojma konkurencije. Danas se definiše kao tržišna utakmica u kojoj se slobodno takmiče učesnici s jednakim izgledima na uspeh. Međutim, kroz evoluciju razvoja ovog pojma nije se promenio stav da konkurencija na tržištu ima veliki značaj. Bez prisutnosti konkurencije na tržištu, nema ekonomskog napretka, opšteg razvoja i blagostanja društva. Ona pokreće razvoj društva kroz nadmetanje konkurenata, koji u borbi za sopstveni opstanak na tržištu nastoje da proizvode efikasnije, kvalitetnije, uz manje troškova. Trudeći se da budu bolji jedni od drugih, konkurenti doprinose da tržište na kom deluju napreduje više od onog na kom je konkurencija slabija. Zbog toga se u svim društvima posebna pažnja poklanja uspostavljanju i održavanju visokog stepena konkurencije na tržištu i definisanju sistema borbe protiv netržišnih ponašanja, kojima se narušava konkurencija. Kada ne bi bilo definisanog sistema borbe protiv netržišnog ponašanja, u vidu pravila o konkurenciji, vrlo brzo bi došlo do monopolizacije i kartelizacije tržišta jer kod učesnika na tržištu postoji sklonost da izbegnu konkurenciju zarad „mirnog života".[2]

Pravo konkurencije je jedan od najrazvijenijih segmenata komunitarnog prava, a pod njegovim uticajem razvila su se i nacionalna prava konkurencije. Osnovna načela prava konkurencije Evropske unije sadržana su u Rimskom ugovoru,[3] a detaljno su razrađena dopunskim propisima i bogatom praksom Suda Evropske unije. Ono nam govori šta je to savršena (potpuna) konkurenicija, ali i koji oblici narušavanja konkurencije postoje. Na putu od savršene konkurencije, kao najboljeg stanja na tržištu pa do monopola, kao najnepoželjnijeg ponašanja, pominju se oligopoli, o čijem uticaju na tržištu Evropske unije možemo saznati analizom prakse Suda Evropske unije, jer sami propisi ne postavljaju jasna pravila o pravnim aspektima oligopola.

---

[1] *An Act to Protect Trade and Commerce Against Unlawful Restraints and Monopolies – Sherman Antitrust Act.* Ovaj zakon je uz određene izmene i danas na snazi u Sjedinjenim Američkim Državama.

[2] Nobelovac Džon Hiks (*John Hicks*) davno je utvrdio da je „najslađi od svih monopolskih profita miran život". Preuzeto od Begović, B. i Pavić, V., „Šta je to konkurencija i kako se štiti?", Beograd, 2010., str. 9.

[3] Ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice, tzv. Rimski ugovor iz 1957. godine nakon donošenja Ugovora iz Mastrihta 1992. godine preimenovan je u Ugovor o osnivanju Evropske zajednice. Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora 2009. godine, Ugovor o Evropskoj uniji, tzv. Mastrihtski ugovor iz 1992. godine, zadržao je isto ime, a Ugovor o osnivanju Evropske zajednice dobio je novi naziv – Ugovor o funkcionisanju Evropske unije. Pravila o zaštiti konkurencije u Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije sadržana su u članovima 101–109 (bivši članovi 81–89 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice).

2. Pojam oligopola

Oligopol je vrsta tržišne strukture koja je smeštena u spektru između savršene konkurencije i monopola.[4] Za potpunu konkurenciju i monopol možemo reći da su više teorijske pojave. Situacija gde na tržištu postoji samo jedan tržišni subjekt na strani ponude, bez mogućnosti da na to tržište uđu novi privredni subjekti, retka je koliko i situacija gde na tržištu postoji potpuna, tj. idealna konkurencija. Mnogo češće strukture u savremenom društvu predstavljaju oligopolistička tržišta.

Oligopol možemo definisati kao oblik nesavršene konkurencije u kojoj nekoliko preduzeća učestvuje u celokupnoj ponudi. Kod oligopola postoji nekoliko prodavaca, sa jedne strane, i veliki broj kupaca, sa druge strane. Tih nekoliko prodavaca dominiraju na tržištu, držeći u svojim rukama najveći deo proizvodnje. Zato što ih je samo nekoliko, oni se međusobno dobro poznaju i svesni su da u pogledu obima proizvodnje i donošenja odluka u pogledu cena imaju uticaj jedni na druge. Svako preduzeće izričito uzima u obzir moguće reakcije drugih učesnika. Zato se na tržištima na kojima postoji oligopol može uočiti izvesni paralelizam u ponašanju konkurenata.

3. Svesni paralelizam – od ideje o zabrani do legitimiteta u praksi

U nedostatku jasne odredbe koja govori o statusu koji ima svesni paralelizam (*conscious parallelism*) na oligopolističkim tržištima, javljaju se određena nagađanja koliko bi se široko mogao tumačiti ovaj pojam.

Videli smo da se oligopolom označavaju situacije u kojima nekoliko velikih prodavaca zajednički dominira na tržištu, dok se marginalna grupa manjih prodavaca prilagođava njihovom ponašanju. U toj situaciji, veliki prodavci se nazivaju oligopolistima. Među njima postoji međuzavisnost u donošenju strateških odluka, npr. odluka o ceni, količini, kvalitetu, itd. Najčešće na oligopolističkom tržištu najveće preduzeće određuje i menja cene, a ostala preduzeća ga u tome slede. Ovo preduzeće se u praksi Suda Evropske unije pominje kao inicijator u određivanju cena (*price leader*). Međutim, to nije jedini način određivanja cena u oligopolu. Cene se mogu formirati i putem dogovora, koji može biti tajni, tj. prećutni (*tacit collusion*) ili javni (*explicit collusion*), u čemu ne možemo prepoznati elemente svesnog paralelizma.

[4] Jones, A., Sufrin, B., „EC Competition Law: Text, Cases and Materials“, Oxford, 2004., str. 12.

Dakle, privredni subjekti na oligopolističkom tržištu mogu da zaključe neki od kartelnih sporazuma i da na taj način ojačaju svoju tržišnu moć, ali oni najčešće ne zaključuju ovakve sporazume, već posežu za ujednačavanjem ponašanja na tržištu. Sud Evropske unije više puta je odlučivao da li će sankcionisati učesnike na oligopolističkom tržištu kod kojih je postojao izvesni paralelizam u ponašanju, što nije bio lak zadatak. Da bi se ovakvo ponašanje moglo sankcionisati potrebno je dokazati postojanje dogovora između oligopolista. Naime, paralelizam u ponašanju, koji Sud pominje u presudama kao „svesni paralelizam", koji je svojstven oligopolističkim tržištima, predstavlja prirodnu posledicu visoke međuzavisnosti ponašanja malog broja prodavaca. Kada se u praksi javljao spor u vezi sa narušavanjem konkurencije putem usaglašavanja ponašanja na tržištu, strane u sporu kojima je pripisano narušavanje konkurencije, težile su tome da opravdaju svoje paralelno ponašanje prirodnom posledicom same strukture tržišta, odnosno, nastojale su da ubede Sud Evropske unije da je oligopolističko tržište opravdanje za njihovo paralelno ponašanje, a ne postojanje bilo kakvog dogovora. Elemenat dogovaranja možemo uočiti u praksi koja je u pravu konkurencije Evropske unije zabranjena – u usaglašenoj praksi (*concerted practice*).[5] Veza usaglašene prakse i paralelnog ponašanja vidi se u tome što je paralelizam u ponašanju početna indicija o postojanju usaglašene prakse. Dakle, kada bi Sud utvrdio da je paralelno ponašanje oligopolista posledica dogovora između njih, podveo bi to ponašanje pod zabranu usaglašene prakse na osnovu odgovarajućih propisa Evropske unije. Problem nastaje kada paralelno ponašanje nije posledica dogovora. Potrebno je odlučiti da li će se ono u tom slučaju sankcionisati, a potrebno je takođe odrediti način na koji strane u sporu mogu dokazati da među njima ne postoji dogovaranje.

Svaki ekonomski subjekt mora sam da odredi ekonomsku politiku koju će primeniti na zajedničkom tržištu, što čini nedozvoljenim bilo kakve kontakte između njih u tom pogledu, direktne ili indirektne. Potreba za samostalnim određenjem politike na zajedničkom tržištu prvi put je ustanovljena u Slučaju kartela šećera.[6] Time nije zabranjeno da preduzeća

[5] Prevodi sa engleskog razlikuju se zavisno od autora. Neki autori prevode ovaj pojam kao „dogovornu ili dogovorenu praksu" ili kao „dogovorno ravnanje" (videti u Vukadinović, R., „Pravo Evropske unije", Kragujevac, 2006., str. 455), drugi smatraju da je bolje prevesti ovaj pojam kao „usaglašena praksa" (videti u: „Glosar termina koji se koriste u politici konkurencije Evropske unije – Antimonopolsko pravo i kontrola koncentracija", Beograd, 2009., str. 104., prevod prof. dr Maje Stanivuković). Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju u članu 73. sadrži ovaj drugi termin.

[6] Spojeni predmeti 40–48, 50, 54–56, 111, 113 i 114 /73, *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA and Others v. Commission* [1975].

prilagode svoje ponašanje postojećim ili očekivanim ponašanjima konkurenata, već se na meti zabrane našla isključivo međusobna saradnja, odnosno koordinacija preduzeća koja ima za cilj da se naruši konkurencija.[7] Može se dogoditi da preduzeća na oligopolističkom tržištu prihvate sličnu ili identičnu tržišnu strategiju. U toj situaciji tržišno ponašanje jednog preduzeća veoma liči na ponašanje njegovih konkurenata. Ako odluke koje ova preduzeća donose u vezi sa njihovim poslovanjem nemaju u osnovi dogovor, ne može se sankcionisati paralelizam koji se u ovakvim slučajevima može uočiti.

Ključno pitanje kod svesnog paralelizma jeste da li se njegovo uobičajeno prisustvo na oligopolističkim tržištima može poistovetiti sa njegovim legitimitetom. U doktrini je zastupljeno mišljenje da je ova vrsta tržišnog ponašanja dozvoljena. Svako preduzeće određuje sopstvenu poslovnu strategiju vodeći računa o svojim konkurentima, uzdržavajući se od narušavanja ravnoteže između ponude i potražnje jer u suprotnom može biti kažnjeno ponašanjem drugih preduzeća: Ako preduzeće A prodaje po ceni koja je iznad njegovih troškova, preduzeće B može zaključiti da se isplati da prodaje po istoj toj ceni kada za to ima slobodnog prostora u industriji. Ako B smatra da je sposobno da isključi A sa tržišta, neće povećati svoje cene. Stoga će A ili smanjiti svoje cene na nivo cena preduzeća B ili će svesno izgubiti deo svog tržišta koje će početi da snabdeva preduzeće B.[8] Ipak, dozvoljenost ove vrste ponašanja ponekad se dovodi u pitanje. Neki autori kažu da je svesni paralelizam prividno legitiman, a ne u potpunosti dozvoljen.[9] Međutim, ako bi svesni paralelizam bio zabranjen, kada jedno preduzeće poveća svoje cene, druga preduzeća ne bi bila slobodna da takođe sprovedu povećanje jer bi subjekti ovog istovremenog povećanja bili kažnjeni zbog toga. Ova zabrana imala bi višestruke negativne posledice na preduzeća koja posluju na oligopolističkim tržištima. Šta više, zabrana svesnog paralelizma značila bi zabranu samih oligopolističkih tržišta, što bi uništilo tržišta na kojima su oligopolističke strukture preovlađujuće.

4. Usaglašena praksa

Pojam usaglašene prakse nije definisan u propisima Evropske unije, već je izgrađen u sudskoj praksi. To je prvi put učinjeno u presudi donetoj u Slučaju industrijskih boja (*The Dyestuff case*).[10] Sud je definisao

[7] Ibidem. Pasusi 173 i 174.

[8] Primer preuzet od: Korah, V., „An introductory guide to EC competition law and practice“, Oxford, 2004., str. 53.

[9] Varga, S., „Konkurencijsko pravo Evropske unije“, Novi Sad, 2006., str. 75–77.

[10] Predmet 48–57/69, *ICI v. Commission* [1972].

usaglašenu praksu kao „oblik saradnje između preduzeća, koja mada nisu stigla do stadijuma da zaključe formalni sporazum, rizik konkurencije svesno zamenjuju međusobnom saradnjom u praksi“.[11] Usaglašenu praksu karakteriše paralelizam u ponašanju kod dva ili više preduzeća, zatim, postojanje dogovora koji predstavlja rezultat saradnje, komunikacije ili razmene informacija između subjekata na tržištu, kao i cilj koji su ta preduzeća usvojila, a koji se sastoji u otklanjanju međusobne konkurencije.

Jedan od načina usklađivanja međusobnog ponašanja jeste na osnovu zaključenog sporazuma. Takav način usklađivanja ponašanja je posebno sankcionisan u članu 81 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice (UEZ).[12] U definiciji usaglašene prakse pominje se da ona nema elemente ugovora, što nam govori da se jasno može razlikovati usaglašena praksa i sporazum na osnovu formalnog kriterijuma. Međutim, subjekti na tržištu mogu da usklađuju svoje ponašanje i neformalnim putem – na osnovu kontakata i razmene informacija. Upravo zato je u član 81 unet pojam usaglašene prakse, da bi se i ti oblici usklađivanja (koordinacije) sankcionisali. Primer tih neformalnih oblika usklađivanja ponašanja možemo uočiti u odluci Komisije donetoj u Slučaju industrijskih boja.[13] Komisija je otkrila audio snimke sa susreta proizvođača industrijskih boja u Briselu i Londonu. Snimci su posvedočili o tome da nije diskutovano samo o cenama, već i o datumima i terminima kada se nameravalo da se sprovede najavljeno povećanje cena. Dakle, Komisija je utvrdila da su postojali direktni i indirektni kontakti između proizvođača, odnosno da je do usaglašavanja cena došlo na osnovu njihove komunikacije tokom organizovanih susreta.

Osnovni problem koji se javlja u slučajevima u kojima Sud odlučuje o postojanju usaglašene prakse jeste kako pronaći način da se spreči ponašanje koje ima za cilj da se rizici konkurencije otklone međusobnom saradnjom u praksi, a da se s druge strane ne sprečavaju učesnici na tržištu da na uobičajeni način prilagođavaju svoje ponašanje uslovima na tržištu, kao što je to slučaj na oligopolističkim tržištima. Rešavanje ovog problema Sudu otežavaju sami učesnici na tržištu za koje se sumnja da su narušili konkurenciju dogovaranjem, jer znaju da budu prilično vešti u podvođenju nedozvoljenog ponašanja u okvire dozvoljenog. Zbog toga bi

[11] Ibidem, pasus 64.

[12] Prvi stav člana 81 glasi: „Nespojivi su sa zajedničkim tržištem i zabranjeni svi sporazumi između preduzeća, odluke udruženja preduzeća i usaglašena praksa udruživanja, koji mogu da utiču na trgovinu između država članica i čiji su cilj ili posledica sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije unutar zajedničkog tržišta, ...“

[13] Odluka Komisije broj 69/243/CEE, doneta 24. jula 1969. godine. Rezime odluke preuzet od: Jones, A., Sufrin, B., *op. cit*., str. 819–820.

bilo veoma značajno definisati kriterijume na osnovu kojih će se moći odrediti da li je određeno ponašanje potrebno sankcionisati. Na osnovu tih kriterijuma, može se uspešno razlikovati usaglašena praksa od ostalih ponašanja na tržištu, bilo da su dozvoljena ili ne.

5. Razlikovanje usaglašene prakse od svesnog paralelizma

Prvi znak na osnovu kog se javlja sumnja da na tržištu postoji usaglašena praksa jeste paralelno ponašanje. Sudu Evropske unije bilo je potrebno duže vremena da odluči da li je paralelno ponašanje dovoljan kriterijum na osnovu kog može da se zaključi da na tržištu postoji usaglašena praksa.

U Slučaju industrijskih boja Sud Evropske unije utvdio je da paralelno ponašanje samo po sebi ne može predstavljati usaglašenu praksu.[14] Tada je ustanovljeno da nije dovoljno da se kod preduzeća utvrdi paralelno ponašanje da bi se ono podvelo pod usaglašenu praksu koja je zabranjena propisima Evropske unije, već je potrebno da je do paralelnog ponašanja došlo na osnovu razmene informacija pri čemu su se sve strane dogovorile da će prihvatiti takvo ponašanje. Sud, naime, ne smatra zabranjenim da proizvođač izmeni svoje cene uzimajući u obzir trenutno ili buduće ponašanje svojih konkurenata, ali je naglasio da je zabranjena koordinacija (saradnja) između preduzeća, koja ima za cilj povećanje cena i otklanjanje svih nesigurnosti na tržištu, a upravo je tu koordinaciju u Slučaju industrijskih boja uočio. Svoje mišljenje potkrepio je činjenicom da „nije uverljivo da se neko može ponašati spontano na isti način, u isto vreme, na istim nacionalnim tržištima i u pogledu istog asortimana proizvoda," ako ta nacionalna tržišta koja čine deo tržišta Unije imaju različite strukture i ako se na njima cene nalaze na različitim nivoima.

U presudi donetoj u Slučaju drvene pulpe (*The Wood pulp case*)[15] Sud Evropske unije bavio se pitanjem da li još neki elementi pored paralelnog ponašanja moraju da postoje da bi se mogao formirati zaključak o postojanju usaglašene prakse.

6. Komunikacija i razmena informacija

U predmetu koji se odnosi na proizvođače drvene pulpe Sud je izrekao presudu koja najjasnije određuje odnos između svesnog paralelizma i usaglašene prakse.[16] Tužioci u ovom predmetu bili su proizvođači beljene

[14] Predmet 48–57/69, *ICI v. Commission* [1972], pasus 66.

[15] Spojeni predmeti C–89, 104, 114, 116–117, 125–129/85, *Ahlström Oy and others v. Commission* [1993].

[16] Jones, A., Surfin, B., *op. cit*., str. 821.

sulfatne drvene pulpe, koja se koristi za proizvodnju celuloze, koje je Evropska komisija (Komisija) kaznila zbog kršenja člana 81 UEZ, kojim su zabranjeni kartelni sporazumi.[17] Prema odluci Komisije, trideset šest od četrdeset tri učesnika na tržištu drvene pulpe učestvovali su u usaglašenoj praksi na taj način što su usaglašavali cene drvene pulpe, koje su proizvođačima u Uniji saopštavali kvartalno i koje su im stvarno naplaćivali, zatim je jedno udruženje više proizvođača davalo cenovne preporuke svojim članicama, uočena je i razmena individualizovanih podataka koji se tiču cena sa drugim proizvođačima drvene pulpe u okviru drugog udruženja.[18] Komisija je tada odbijala da prihvati činjenicu na koju su stručnjaci tada ukazivali da paralelno ponašanje može biti rezultat međuzavisnosti koja nije proizvod dogovora (*non-collusive interdependence*), a koja predstavlja suštinsku karakteristiku oligopolističkog tržišta. Međutim, Sud je nakon podnošenja tužbe za poništaj odluke Komisije, koju su podnela dvadeset osam proizvođača drvene pulpe, pokušao da utvrdi da li je sistem kvartalnog najavljivanja cena, koji je po mišljenju Komisije ustanovljen na osnovu indirektne razmene informacija između proizvođača, predstavljao povredu člana 81 Ugovora o osnivanju EZ, odnosno, da li je predstavljao dokaz o postojanju dogovaranja. Sud je zapravo analizirao da li paralelizam u najavljivanju cena, koje su se proizvođačima u Uniji saopštavale kvartalno, može samostalno predstavljati prekršaj člana 81 Ugovora, kojim je zabranjena usaglašena praksa. Nakon ispitivanja uslova na tržištu, Sud je došao do zaključka „da se paralelno ponašanje ne smatra dovoljnim dokazom o postojanju dogovaranja osim ako je dogovaranje jedino moguće objašnjenje za takvo ponašanje“.[19]

---

[17] Sve odluke Komisije mogu se preispitivati pred Sudom EU po tužbama za poništaj, što je predviđeno u članu 263 UFEU (bivši član 230 UEZ). Ako Sud nađe da je tužba osnovana, proglasiće akt Komisije ništavim. Sud zapravo odlučuje o zakonitosti akta Komisije i svojom odlukom ne može zameniti sporni akt Komisije, već jedino može naložiti Komisiji da preduzme potrebne mere da sprovede odluku Suda. Izuzetak od ovog pravila predstavljaju odluke kojima Komisija izriče novčane kazne preduzećima. Uredbom 1/2003 predviđeno je da preduzeća imaju pravo da pred Sudom EU traže reviziju ovakve odluke. Nadležnost Suda u ovoj vrsti postupka je neograničena. Sud je ovlašćen ne samo da poništi odluku koja je nezakonita, nego i da preispita njenu celishodnost i da izmeni visinu kazne. Više o tome u: Vukadinović, R., *op.cit.*,str. 482. i Stanivuković, M., „Pojedinac pred Sudom evropskih zajednica“, Beograd, 2009., str. 126–128.

[18] Videti prvu presudu u Slučaju drvene pulpe: Spojeni predmeti C-89, 104, 114, 116–117, 125–129/85, *Ahlström Oy and others v. Commission* [1988] (*Wood pulp I*), pasus 2. Prevod na srpski: *Paragraf. lex.*

[19] Spojeni predmeti C-89, 104, 114, 116–117, 125–129/85, *Ahlström Oy and others v. Commission* [1993] (*Wood pulp II*), pasus 71.

U ovoj presudi, Sud je ostavio prostora da se paralelno ponašanje prihvati kao jedini dokaz u postupku utvrđivanja postojanja usaglašene prakse ako je usaglašena praksa jedino moguće objašnjenje za takvo ponašanje. Ipak, dokazivanje ne bi trebalo da bude usmereno samo na pronalaženje paralelnog ponašanja jer ako Sud utvrdi da postoji paralelno ponašanje i dalje nije siguran da postoji dogovaranje, kako je to zapazio opšti pravobranilac Darmon u mišljenju datom u ovom slučaju.[20] Ako bi se dogovaranje smatralo jedinim mogućim objašnjenjem za paralelno ponašanje, Darmon ističe da dokazi koji govore tome u prilog moraju biti dovoljno precizni i koherentni, odnosno, neophodno je u tom slučaju postići takav stepen sigurnosti koji otklanja svaku razumnu sumnju.[21]

Analizome presude Suda EU u Slučaju drvene pulpe vidi se da su postojala i neka druga objašnjenja za paralelno ponašanje i da zbog toga nije postojala mogućnost da se kvartalno najavljivanje cena isključivo definiše kao posledica usaglašene prakse. Najavljivanje cena moglo je biti proizvod činjenice da je tržište drvenom pulpom konstituisano kao dugoročno tržište i da postoji potreba kako prodavaca, tako i kupaca, da ograniče rizike u trgovini na tom tržištu. Što se tiče sličnosti u datumima kada je dolazilo do najavljivanja cena, one bi se mogle tumačiti kao direktna posledica visokog stepena tržišne transparentnosti. Takođe, paralelizam u cenama može imati zadovoljavajuće objašnjenje u oligopolističkim tendencijama na tržištu, iako je Komisija ukazivala na činjenicu da se tržište na kom postoji veliki broj proizvođača, potrošača i proizvoda ne može okarakterisati kao oligopolističko tržište (a u ovom slučaju je bilo oko četrdeset proizvođača). Sud nije želeo da prihvati da je ovo paralelno ponašanje dovoljan dokaz o postojanju usaglašene prakse i zbog toga što najavljivanje cena može imati objašnjenje u zadovoljavanju potreba potrošača za željenim informacijama, koje su im omogućavale da isplaniraju cenu koštanja svojih proizvoda od papira. Dakle, Sud je istakao da postoji legitimno poslovno opravdanje za najavljivanje cena za ubuduće kada cena drvene pulpe čini veći deo cene koštanja papira, a reč je o papiru proizvođača koji su zahtevali najavljivanje cena ili kada su najavljivanja cena činjena radi korisnika jer kada korisnici (potrošači) znaju cene unapred, mogu da odrede svoje troškove i cene. U 65. pasusu presude Sud je zaključio da „sistem kvartalnog najavljivanja cena na tržištu pulpe ne pred-

[20] Mišljenje opšteg pravobranioca Darmona (*Opinion of AG Darmon*) u spojenim predmetima C-89, 104, 114, 116–117, 125–129/85, *Ahlström Oy and others v. Commission* [1993].

[21] Ibidem. Rezime mišljenja preuzet od: Jones, A., Sufrin, B., *op. cit*., str. 823–824.

stavlja sam po sebi kršenje člana 81, stava 1 UEZ," iako se u ranijoj sudskoj praksi mogu uočiti drugačija mišljenja.[22]

Videli smo da Sud nije utvrdio da je kvartalno najavljivanje cena bilo rezultat komunikacije, tj. „razmene individualizovanih podataka" između konkurenata, kako je to Komisija tvrdila. Angažovao je ekonomske stručake da urade analizu tržišta drvene pulpe i da utvrde da li je na tom tržištu postojalo dogovaranje. U izveštajima tržište je opisano kao oligopolističko, na kom je bio prisutan paralelizam, ali ne i dogovaranje. Opšti pravobranilac Darmon izneo je zaključak da „pojam usaglašene prakse sadrži u sebi međusobnu komunikaciju između konkurenata, koja ima za cilj da ulije sigurnost konkurentima u pogledu međusobnog ponašanja na tržištu."[23] Ipak, Sud se nije bavio pitanjem postojanja komunikacije između konkurenata iako su to inicirali i opšti pravobranilac i Komisija, jer je bio ubeđen da kršenja člana 81 Ugovora nije bilo na tržištu drvene pulpe. Međutim, nije jasno po kom osnovu je Sud došao do tog zaključka. Jedan od razloga može biti da je Sud smatrao da među konkurentima nije postojala međusobna indirektna komunikacija i da nije bilo sigurnosti u pogledu budućeg ponašanja konkurenata, ali to je samo nagađanje u doktrini, o čemu nemamo jasan odgovor Suda.

7. Kako izbeći odgovornost?

Da bi se preduzeća oslobodila od odgovornosti da su učestvovala u usaglašenoj praksi, potrebno je da se u njihovom ponašanju ne može uočiti paralelizam. Ukoliko je paralelizam ipak prisutan, mogu se braniti argumentom da je njihovo usaglašeno delovanje bilo prirodna posledica uslova koji postoje na oligopolističkom tržištu. Ukoliko tržište nema oligopolističke tendencije, učesnicima na tržištu preostaje da se brane argumentom da među njima nije postojala bilo kakva povezanost i da njihovo delovanje nije posledica dogovora, kao i da pokušaju da dokažu da njihovo delovanje na tržištu nije imalo uticaja na uništavanje međusobne konkrencije. Ipak, konačnu odluku donose organi nadležni za primenu prava

[22] U ranijoj sudskoj praksi gde je Sud odlučivao o postojanju usaglašene prakse (slučajevi: *ICI v. Commission; Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA and Others v. Commission; Züchner v. Bayerische Vereinsbank*), javno najavljivanje cena za ubuduće moglo je *per se* da predstavlja dokaz o postojanju usaglašene prakse u okviru značenja ovog termina iz člana 81, stava 1 UEZ. Izvor: Stroux, S., „US and EC Oligopoly Control", The Hague, 2004., str. 159.

[23] Mišljenje opšteg pravobranioca Darmona (*Opinion of AG Darmon*) u spojenim predmetima C-89, 104, 114, 116–117, 125–129/85, *Ahlström Oy and others v. Commission* [1993]. Rezime mišljenja preuzet od: Jones, A., Sufrin, B., *op. cit*., str. 823–824.

konkurencije. U Evropskoj uniji Komisija je organ koji ima centralnu ulogu u primeni prava konkurencije. Tokom svog dosadašnjeg rada, probleme koji nastaju na oligopolističkom tržištu rešavala je izricanjem drakonskih mera, što nije uvek dobar način kontrolisanja oligopolističkog ponašanja. Zato se sve više ističe u doktrini da bi trebalo da se poklanja pažnja prevenciji nastanka nedozvoljenih ponašanja na oligopolističkim tržištima.

8. Zaključak

Najpoželjnije stanje na tržištu je ono koje postoji u uslovima potpune konkurencije. Nažalost, savršena (potpuna) konkurencija postala je teorijska kategorija. Savremenom društvu svojstvene su monopolističke i oligopolističke tendencije, koje se ogledaju u prirodnoj potrebi tog društva da se oslobodi konkurentskog pritiska koji oseća u uslovima stvarne, ali i svake druge konkurencije. U pokušavanju izbegavanja konkurentskog pritiska, deformišu se tržišne strukture, a jedan od načina na koji se to čini jeste stvaranjem tržišta u kojima „šaka velikih preduzeća dominira scenom.“[24] Iako su oligopolistička tržišta vrlo česte tržišne strukture, može se reći da nisu u potpunosti regulisana u Evropi. Za početak, trebalo bi da propisi Evropske unije postave bar osnovna pravila o ponašanju privrednih subjekata na oligopolističkim tržištima, a zatim da Sud Evropske unije, tumačeći ta pravila, obezbedi njihovu jednoobraznu primenu. U suprotnom, kada se Sud javlja kao tvorac pravila, često dolazi do nedorečenosti. To se može videti na primeru kontrolisanja oligopolističkog ponašanja, koja je prilično ograničena ako nemamo neke posebne dokaze o postojanju dogovaranja. Jedini mogući način popunjavanja ove praznine bio bi tumačenje pojma usaglašene prakse tako široko da može obuhvatiti „svesno paralelno ponašanje“, koje postoji kod oligopola. Međutim, tako široko tumačenje Sud nije prihvatio u dosadašnjoj praksi. Detaljnija pravila o oligopolima, bilo u vidu primarnog, bilo sekundarnog zakonodavstva Evropske unije, pomogla bi u rešavanju problema tretiranja svesnog paralelizma, ali doprinela bi i definisanju jasnih kriterijuma na osnovu kojih se može sa sigurnošću doneti odluka da na oligopolističkom tržištu postoji usaglašena praksa.

[24] Definicija oligopolističkog tržišta preuzeta od: Goldštajn, A., „Pravni režim konkurencije, monopola i oligopola“, Beograd, 1961., str. 20.

Jovana Đuričić, Junior Assistant
Higher School of Professional Business Studies Novi Sad

Concerted Practice and/or Conscious Parallelism on an Oligopolistic Market

Abstract

The competition represents a desirable state of the market in every society. Putting a lot of effort in trying to be better than each other, the competitors of the market, where there is a fair competition, contribute to making that market more advanced than the other one with the weaker competition. However it has become quite frequent to come across the violation of the competition in modern society. It is usually done by making different agreements or with explicit or tacit coordination of conduct on the market. Apart from these, there are many other ways for doing so, with the aim of getting certain benefits, especially making extra profit. In addition to that, there are some restrictions on the competition on oligopolistic markets too, yet, those markets are covered with different market forms which cannot be easily distinguished from the forbidden ones. This paper defines the relation between the concerted practice and conscious parallelism on an oligopolistic market, which is the example of a restricted market conduct, and the one which just seems to be legal, according to the practice of the European Court of Justice.

Key words: competition, oligopoly, concerted practice, concious parallelism.

PRIKAZI

Dr Magdolna Sič, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Tamás Nótári: *Law, Religion and Rhetoric in Cicero's Pro Murena.* Passau, Schenk Verlag, 2008. 200 str.

Tamás Nótári vanredni profesor Univerziteta Károli Gáspár u Budimpešti pravnik i filolog[1] prevodilac Ciceronovih govora[2], autor nekoliko monografija iz oblasti antičke pravne istorije, klasične retorike i srednjovekovne istoriografije, ovom prilikom objavio je monografiju na engleskom jeziku: *Religion and Rhetoric in Cicero's Pro Murena.*

U ovoj monografiji autorov cilj nije da dâ prikaz Ciceronovog govora u odbrani Lucija Licinija Munere, niti da analizira isti, već da ukaže na pravne, religijske i retorske aspekte ovog Ciceronovog govora, da bi čitaoci mogli da osete duh Ciceronovog vremena: neophodnost napuštanja striktnih religijskih formalnosti, a radi ostvarenja novih potreba društva.

Ciceronu je 63. godine s. e. pripala uloga ne samo da odbrani čast Munere nego i da ovom odbranom, dajući prednost vojnoj veštini Munere u odnosu na pravničko znanje Servija Sulpicija Rufa, obezbedi stabilnost rimske zajednice u opasnim vremenima Katilinine zavere. Naime, Lucije Licinije Munera kada je pobedio na izboru za konzula za sledeću 62. godinu, od strane svojih političkih rivala (Marka Porcija Katona i Servija Sulpicija Rufa) bio je optužen za izbornu krađu *(ambitus)*. Zahvaljujući Ciceronovoj veštoj odbrani Munera je bio oslobođen optužbe i 62. godine

[1] Stekao je doktorat (PhD) kako iz Rimskog prava a takođe i iz Srednjovekovne latinske filologije.

[2] Autor je prevod Ciceronovog govora u odbrani Lucija Licinija Munere zajedno sa još tri govora objavio u knjizi: *Ciceró – Négy védőbeszéd*, Segedin, 2004, 225 str.; takođe je posvetio i nekoliko radova temi: *Cicero és a római jog* (Ciceron i rimsko pravo).

s. e. preuzeo je konzulstvo od svog prethodnika Cicerona koji ga je i zastupao u sporu.

Autor, povodom *Pro Murena* ukazuje na religijske osnove nastanaka pravnih instituta, kao i na mnogo značajniju ulogu govorništva u tadašnjem sudskom postupku nego što je to danas. Nastoji na osvetljavanju istorijske, pravne i religijske osnove pravnih instituta, kao i na tome da ukaže na veštinu Cicerona da ove elemente ugradi u svoje govore.

Imajući u vidu da je Notari i filolog, veoma su značajna njegova istraživanja o poreklu i značenju izraza i instituta rimskog prava kao što su: *fatum, festuca, hasta, imperium…*

Notari nastoji na tome, da pravne i religijske aspekte kao i retoriku u Ciceronovom govoru posmatra kompleksno, jer jedino na ovaj način može da se dobije adekvatna slika datog vremena.

Postavlja i pitanje: u kojoj meri je Ciceron bio poznavalac prava? *„Cicero iuris consultus"* je mnogo diskutovano pitanje koje je našlo mesta i u razmatranjima Gabora Hamze. Na osnovu Hamzinog istraživanja saznajemo da o tome romanistika sve do današnjeg dana nije zauzela jedinstven stav[3]. Prema nekim mišljenjima Ciceron je bio prvenstveno *iuris consultus*, prema drugima on je bio preteča savremenih advokata. Suprotno ovim mišljenjima postoji i tvrdnja da je Ciceron samo površno poznavao pravo. Van okvira ovih predrasuda, Notari se okreće analizi izvora da bi otkrio ulogu pravne nauke u obrazovanju Ciceronovog ideala – *perfectus orator*a.

Posle prvog poglavlja u kom ukazuje na istorijsku, pravnu i retorsku pozadinu slučaja, u drugom poglavlju razmatra prvenstveno 26. i 27. paragraf Ciceronovog govora *Pro Murena.* U ovom delu autor ističe Ciceronovu ironiju u odnosu na postojeći pravni konzervativizam – poštovanje i za stara vremena smešnih formi. Notari se okreće istraživanju razloga konzervativnog poštovanja starih formi, ukazujući na religijsku zasnovanost ovog formalizma. Na ovaj način povezuje pravo sa religijskim shvatanjima i osvetljava jednu interdisciplinarnu sferu, koja je po pravilu zanemarena, jer pravnici smatraju da to pripada istoriji religije, dok istoričari religije smatraju da je to zadatak istoričara prava.

Glavni deo u Notarijevoj studiji o toj povezanosti religije i prava je razmatranje jednog od najspornijih pitanja rimskog prava, a to je poreklo

[3] G. Hamza, *Das Vorbild des Rechtsgelehrten bei Cicero,* Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Juridica, 1982, str. 57–69; *Bemerkungen über den Begriff des Naturrechts bei Cicero*, u: Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne, Ricerche dedicate al prof. Filippo Gallo, vol. I. Jovene Editore, Napoli, 1997, str. 349–362.

legis actio sacramento in rem, na koje se Ciceron osvrće u 26-om paragrafu govora, povodom opisa vindikacije zemljišta.

Na osnovu primera koje je autor analizirao dolazimo do saznanja da je legisakcioni postupak sinteza prava i religije u vidu ritualne borbe stranaka. Shodno tome, prema Notariju u tom smislu se mogu uskladiti i suprostaljena mišljenja o poreku *legis actio sacramento in rem* (borba strana u sporu o svojini stvari istovremeno je i borba pred božanstvima). Sakralni element je prisutan u postupku vindikacije s jedne strane u zakletvi, a s druge u tačnom izgovaranju svečanih reči – *carmen.* Ukazivanje na borbu krije se u etimologiji reči *vindicatio,* kao i u korišćenju koplja. U pogledu upotrebe koplja, autor ukazuje i na njegov sakralni značaj koji se mora uvažavati i u arhaičnom građanskom postupku. Na osnovu podrobne analize paralele pravila građanskog postupka i *ius fetiale*a, tj. prava rata i mira – smatra da izvorno i postupak *legis actio sacramento in rem* ima svoje korene u putem oružja izborenom *ordalium*u[4].

Povodom sledećeg 27. paragrafa govora, autor razmatra dve osnovne teme: problematiku rimskog bračnog prava i pitanje tumačenja prava.

Razmatrajući zaključenje i razvod braka, kao i nastanak i prestanak muževljeve vlasti nad ženom, pored osvetljavanja momenata iz pravne istorije, dolazi do saznanja vrednih i za istoriju religije[5]. Između ostalog, prema našem saznanju, on je prvi među romanistima koji ugrađuje ulogu *flamen Dialis* u ceremoniju braka i na ovaj način tačnije određuje mesto ove značajne sveštenićke službe u sakralnom pravu[6].

Najzad, detaljno analizira promene značenja pojma *interpretatio,* vezano za Ciceronovu koncepciju pravičnosti i izreku *„Summum ius summa iniuria".* Notari ukazuje na to da Ciceronovo shvatanje u Topici, određivanje *ius civile*a kao *aequitas* stvorenu radi sačuvanja dobara pripadnika iste zajednice, odgovara Ulpijanovom načelu *suum cuique tribuere.* Zatim, posmatrajući tekstove o *aequitas* u Ciceronovom *opus*u, kategorizuje značenje ovog pojma i konstatuje, da u nekim slučajevima *aequitas* ima suprotno značenje od *ius,* na drugom mestu se *aequitas* navodi pored *ius*a

[4] T. Nótári, *Comments on the Origin of the legis actio sacramento in rem,* Acta Juridica Hungarica, 2006/2, str. 133–155; *The Spear as the Symbol of Property and Power in Ancient Rome,* Acta Juridica Hungarica, 2007/3, str. 231–257; *Verba Carminis – On a Cardinal Point of Archaic Roman Law,* Acta Jurdica Hungarica, 2008/2, str. 203–220.

[5] T. Nótári, *Remarks on Roman Marriage and Divorce,* Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Iuridica, 48 (2008) str. 319–340.

[6] T. Nótári, *The Function of the Flamen Dialis in the Marriage Ceremony,* Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Iuridica, 45 (2004) str. 157–165.

i *lex*a, međutim ponekad ovaj termin se koristi samo kao sredstvo tumačenja, a na nekim mestima se *aequitas* javlja i kao sinonim za *ius,* u smislu pravednosti *(iustitia)*[7].

Tekst je praćen iscrpnim napomenama, bogatom bibliografijom kao i indeksom izvora.

Ono što moramo posebno istaći, jeste, da autor pored uobičajenog zaključka, na kraju knjige daje rezime i na latinskom jeziku: *„Epitoma – De iure, de religione et de eloquentia in Ciceronis Pro Munera."*

Prema tome, delo *„Law, Religion and Rhetoric in Cicero's Pro Murena",* imajući u vidu stručnost autora i njegov interdisciplinarni pristup, može da bude zanimljivo i korisno ne samo čitaocu zainteresovanom za izučavanje antike i rimskog prava, već za svakog ko želi da istražuje značajne momente antičke politike, prava, retorike i religije na bazi precizno navedene izvorne građe.

[7] T. Nótári, *Summum ius summa iniuria – Comments on the Historical Background of a Legal Maxim of Interpretation,* Acta Juridica Hungarica, 2004/1–2, str. 301–321; *De summo iure summaque iniuria apud Cicerone,* Vox Latina, 43 (2007) str. 346–350.

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Stručni rad 341:728.5(4-12)

Dr Nedica Dašić, asistent
Fakulteta za turizam i hotelijerstvo u Kotoru

MEĐUNARODNI ASPEKT RAZVRSTAVANJA UGOSTITELJSKIH OBJEKATA ZA SMJEŠTAJ U ZEMLJAMA OKRUŽENJA

Sažetak: *Razvrstavanje (klasifikacija) ugostiteljskih objekata za smještaj predstavlja nužnost savremenog razvoja ugostiteljstva i vrši se na osnovu djelovanja različitih faktora. Kao otvoreni proces podjele smještajnih objekata na vrste, razvrstavanje ugostiteljskih objekata za smještaj obezbjeđuje transparentnost na tržištu, bolju statističku evidenciju, a ca procesom kategorizacije koji vrši dalju sistematizaciju i tržišnu verifikaciju istih omogućava i bolje sagledavanje i shvatanje tržišta od strane potrošača pri izboru adekvatne usluge. S obzirom da se institucije koje propisuju ove norme u okviru jedne zemlje međusobno razlikuju, u zavisnosti od vrsta i broja smještajnih objekata koji se mogu naći u privatnom i državnom vlasništvu, postoje razna sistemska rješenja klasifikacije i kategorizacije u svijetu. Za zemlje okruženja karakterističan je zakonodavni pristup koji podrazumijeva aktivnu ulogu države i resornog ministarstva, a pošto je posljednjih godina došlo do izmjena i dopuna odgovarajućih zakona i pratećih propisa, kao odraz konstantnih promjena na tom polju i težnji ka usaglašavanju postojeće ponude ugostiteljskih objekata za smještaj sa evropskim i svjetskim standardima, iskristalisala se potreba za njihovim prikazom i analizom.*

Ključne riječi*: klasifikacija, kategorizacija, ugostiteljski objekat za smještaj*

Uvod

Sam sistem klasifikacije i kategorizacije ugostiteljskih objekata za smještaj je nastao zahvaljujući auto-moto klubovima u Evropi koji su u svojim publikacijama predstavljali hotele svojim članovima, za-

snovane na garantovanom nivou usluga koje su ovi objekti nudili. Ova pojava je dovela do razvoja sistema razvrstavanja Automobilske asocijacije u Velikoj Britaniji („Automobile Association“) i njegovih američkih duplikata („American Automobile Association“ i „Michellin Red Guide“), a poslije Drugog svjetskog rata i nekih novih formi sistema klasifikacije. U osnovi se radi o tržišnom, strukovnom i zakonodavnom pristupu kreiranja i sprovođenja kriterijuma i standarda klasifikacije i kategorizacije, u zavisnosti od toga da li je u pitanju javni (državni) ili privatni sektor. U zemljama koje su činile nekadašnju Jugoslaviju ova problematika se oduvijek tretirala u okviru Zakona o turizmu (zakonodavni pristup), a na prve propise o kategorizaciji čekalo se sve do 1947. godine, kada su hoteli bili rangirani u tri kategorije. Pravilnikom o razvrstavanju hotela i pansiona koji je donijet 1955. godine, hoteli su se rangirali u četiri kategorije („A“, „B“, „C“ i „D“), pansioni u tri (prva /I/, druga /II/ i treća /III/), a 1962. godine uvedena je i „ekstra“ kategorija za najluksuznije i najkomfornije hotele („L“). Svi ostali ugostiteljski objekti za smještaj bili su razvrstavani u prenoćišta i svratišta bez kategorije[1]. Pravilnikom o kategorizaciji ugostiteljskih objekata za smještaj koji je donijet 1967. i dopunjen 1970. godine i koji je važio za cijelu tadašnju teritoriju Jugoslavije obuhvaćeni su *hoteli, turistička naselja, moteli, pansioni i kampovi* kao vrste ugostiteljskih objekata za smještaj. Hoteli i turistička naselja razvrstavani su u pet kategorija koje su se i dalje označavale slovima, s tim što je uvedena „L“ (luks) kategorija, a moteli, pansioni i kampovi u tri kategorije (I, II i III). Sedamdesetih godina prošlog vijeka u Jugoslaviji je došlo do decentralizacije propisa o klasifikaciji i kategorizaciji ugostiteljskih objekata za smještaj, tako da je ova oblast prenijeta u nadležnost republika i pokrajina, odnosno nezavisnih država nakon raspada zemlje. Ipak, međusobna iskustva i dalje služe kao uzor za postavljanje nacionalnih modela klasifikacije i kategorizacije.

Hrvatska

U Hrvatskoj se pitanja razvrstavanja i kategorizacije ugostiteljskih objekata za smještaj regulišu Zakonom o ugostiteljskoj djelatnosti iz 2006. godine[2], odnosno pratećim propisima – Pravilnikom o razvrstavanju, kategorizaciji i posebnim standardima ugostiteljskih objekata iz

[1] Kosar, LJ. (2002), *Hotelijerstvo – teorija i praksa,* Viša hotelijerska škola, Beograd, str. 82

[2] „Narodne novine“ broj 138/06

skupine „hoteli“[3], Pravilnikom o razvrstavanju, minimalnim uvjetima i kategorizaciji ugostiteljskih objekata kampova iz skupine „kampovi i druge vrste ugostiteljskih objekata za smještaj“[4] i Pravilnikom o razvrstavanju i kategorizaciji drugih vrsta ugostiteljskih objekata za smještaj iz skupine „kampovi i druge vrste ugostiteljskih objekata za smještaj“[5]. Prema postojećem zakonu, ugostiteljski objekti za smještaj u Hrvatskoj se dijele u dvije grupacije i to: 1) *hoteli i 2) kampovi i druge vrste ugostiteljskih objekata za smještaj*. Objekti iz grupacije *hoteli* se dalje razvrstavaju u: *hotel baštiny heritage, hotel, aparthotel, turističko naselje, turistički apartman i pansion. Kampovi* iz grupacije „kampovi i drugi ugostiteljski objekti za smještaj“ pazvrstavaju se na *kampove*, *kamp naselja*, *kampirališta* i *kamp odmorišta*, a *druge vrste ugostiteljskih objekata za smještaj* na *sobe za iznajmljivanje, apartmane, studio apartmane, kuće za odmor, prenoćišta, odmarališta, hostele, planinarske domove, lovačke domove, učeničke domove ili studentske domove i objekte za robinzonski smještaj*. Da bi smještajni objekat uopšte bio razvrstan u pojedinu vrstu, mora ispunjavati opšte i minimalne uslove za tu vrstu objekta, kao i uslove propisane za najnižu kategoriju te vrste ukoliko se objekat kategoriše. Opšti minimalni uslovi odnose se na obavezezno isticanje oznake vrste, kategorije i naziva objekta, ispravnost i funkcionalnost uređaja i opreme, obavezu priključenja na vodovodnu, električnu i telefonsku mrežu, odgovarajuće odlaganje otpada, zaštitu od požara i prašine, obavezu grijanja prostorija, propisane unutrašnje visine prostorija, širiny stepeništa i hodnika, kao i na obavezu ispunjavanja uslova za osobe sa posebnim potrebama. Minimalni uslovi odnose se i na obavezno obezbjeđenje odgovarajućih prostorija za usluživanje gostiju ukoliko objekat pruža usluge hrane, pića i napitaka, odnosno kuhinju, centralnu pripremnicu hrane, prostorije za čuvanje namirnica i pića, pripremu hrane za potrošnju na drugom mjestu, jelovnik i kartu pića i napitaka, vešeraj, kao i prostorija namijenjenih zaposlenom osoblju (garderoba, sanitarno-higijenski prostori i ostali prateći sadržaji). Objekti iz grupacije *hoteli* moraju ispunjavati i minimalne uslove za smještajne jedinice koji se odnose na vrstu i površinu smještajnih jedinica - modula, minimalne module, dozvoljena odstupanja i kapacitet smještajnih jedinica, kao i minimalne uslove za sanitarne čvorove u zajedničkim prostorima. Ugostiteljski objekat može imati naziv i dvije

[3] Interno pročišćeni tekst Pravilnika iz: „Narodne novine“ broj 88/07 i „Narodne novine“ broj 58/08

[4] „Narodne novine“ broj 75/08

[5] „Narodne novine“ broj 49/08

vrste ugostiteljskih objekata, ako za svaku vrstu ispunjava uslove propisane Zakonom, odnosno propisima donecenim na osnovu Zakona i drugim propisima.

Ukoliko podliježu obavezi kategorizacije, objekti moraju ispunjavati i uslove za najnižu kategoriju te vrste objekta. Naime, objekti koji podliježu obavezi kategorizacije u Hrvatskoj se, osim kampova i kamp naselja, dijele na postojeće i nove, pa su shodno tome uslovi za kategorizaciju posebno propisani za jedne a posebno za druge, kao što je i prikazano u Tabeli br. 1.

Tabela br. 1: Kategorizacija postojećih i novoizgrađenih smještajnih objekata

Vrsta	Postojeći objekti	Novi objekti
Hotel	2**, 3***, 4**** i 5*****	3***, 4**** i 5*****
Aparthotel	2**, 3***, 4**** i 5*****	3***, 4**** i 5*****
Turističko naselje	2**, 3***, 4**** i 5*****	3***, 4**** i 5*****
Turistički apartman	2**, 3*** i 4****	3*** i 4****
Pansion	„standard“ i „komfor“	„komfor“
Hotel baština	„standard“ i „komfor“	„komfor“
Sobe za iznajmljivanje	2**, 3*** i 4****	3*** i 4****
Apartmani	2**, 3***, 4**** i 5*****	3***, 4**** i 5*****
Studio apartmani	2**, 3*** i 4****	3*** i 4****
Kuća za odmor	2**, 3***, 4**** i 5*****	3***, 4**** i 5*****

Izvor: Obrada autora na osnovu Pravilnika iz „NN“ br. 138/06, „NN“ br. 88/07, „NN“ br. 58/08, „NN“ br. 75/08 i „NN“ br. 49/08

Kampovi i kamp naselja se kategorišu u četiri kategorije, od dvije do pet zvjezdica, a za pojedinu kategoriju moraju ispuniti i propisani bodovni prag u pogledu standarda za ekologiju, sport i rekreaciju, animaciju, ugostiteljske, trgovačke i ostale sadržaje, odnosno objekte u funkciji turističke potrošnje.

Kada je riječ o samom postupku kategorizacije smještajnih objekata, postupak se sprovodi na osnovu uvida i analize podnijetog zahtjeva, priloženih dokaza koje priprema ugostitelj i utvrđivanjem činjenica prema priloženom zahtjevu od strane komisije u smještajnim objektima - prema priloženom zahtjevu. Zahtjev za razvrstavanje i kategorizaciju hotela, aparthotela, turističkih naselja, turističkih apartmana, kampova i kamp naselja podnose se nadležnom Ministarstvu, a za hotel baštinu heritage, pansion, sobu za iznajmljivanje, apartman, studio apartman, kuću za odmor, prenoćište, odmaralište, hostel, planinarski dom, lovački dom, učenički dom ili studentski dom i objekat za robinzonski

smještaj Uredu državne uprave u županiji, odnosno nadležnom Organu državne uprave u Gradu Zagrebu, gdje se objekat nalazi. Za svaki postupak klasifikacije i kategorizacije u nadležnosti Ministarstva ministar turizma imenuje komisiju od najmanje dva člana (iz redova službenika ministarstva, iz redova službenika nadležnih ureda i iz redova stručnjaka iz područja ugostiteljstva i turizma i drugih područja), na čelu sa - predsjednikom koji je ovlašćen za vođenje postupka do donošenja rješenja. Članove povjereništva iz ureda imenuje čelnik Ureda i to posebno za sjedište Ureda i za svaku ispostavu Ureda. Ugostitelj snosi troškove postupka razvrstavanja i kategorizacije, kao i troškove utvrđivanja posebnog standarda i označavanja.

Vrsta i kategorija objekta iz grupacije *hoteli* označava se standardizovanom srebrno-metalnom pločom u obliku kvadrata sa zaobljenim uglovima, dimenzija 30 x 30 cm. Naziv vrste objekta i tekst Republika Hrvatska, Ministarstvo turizma u donjem desnom dijelu ploče ispisuju se u tamnoplavoj boji, a oznaka kategorije (zvjezdice i „standard“, „komfor“) u svijetloplavoj. Izuzetak čini vrsta ugostiteljskog objekta hotel baština koja se označava metalnom pločom smeđe boje, sa natpisima i rubom u krem boji. Za kampirališta i kamp odmorišta, osim naziva vrste ispisuje se i simbol šatora odnosno simbol autodoma, a zvjezdice su u tamnozelenoj boji. Za druge vrste objekata iz grupacije *„kampovi i druge vrste ugostiteljskih objekata za smještaj“* standardizovana ploča je dimenzija 30 x 30 za kuće za odmor a 25 x 25 za sobe, apartmane i studio apartmane. Izrađena je od visokopoliranog nerđajućeg čelika na kojem je otisnuto tamnoplavo polje, sa oznakama kategorije (zvjezdice) u zlatnoj boji. Neke vrste objekata ispod oznake kategorije takođe imaju odgovarajući simbol.

Pošto je za hotele, nakon donošenja rješenja o kategorizaciji, dozvoljena i dodatna standardizacija, odnosno utvrđivanje posebnog standarda na zahtjev ugostitelja, kao što su Business (Poslovni), Meetings (Za sastanke), Kongress (Kongresni), Club (Klub), Casino (Kazino), Holiday Resort (Odmorišni), Coastline Holiday Resort (Priobalni odmorišni), Family (Porodični), Small & Friendly (Mali i prijateljski), Senior citizens (Za starije osobe), Health & Fitness (Zdravlje i fitnes), Spa (Banjski), Wellness, Diving Club (Ronilački klub), Motel (Motel), Ski (Ski) i Za osobe sa invaliditetom, postoji i jedinstveno dizajnirana standardizovana ploča za označavanje ovih standarda. Na srebrno-metalnoj podlozi ispisuje se naziv posebnog standarda na engleskom jeziku u tamnoplavoj boji a ilustracija posebnosti usluge u pastelnim bojama (Vidjeti Sliku br. 1). Dimenzije ove standardizovane ploče su manje i iznose 20 x 20 cm, a jednom hotelu dozvoljene su i do četiri vrste posebnih standarda.

Slika br 1: Grafička rješenja standardizovanih ploča za posebne standarde hotela u Hrvatskoj

Izvor: Pravilnik o razvrstavanju, kategorizaciji i posebnim standardima ugostiteljskih objekata iz skupine „hoteli“ (interno pročišćeni tekst Pravilnika iz „NN“ br. 88/07 i „NN“ br. 58/08)

Rekategorizacija svih objekata u Hrvatskoj se vrši svake treće godine, ukoliko u međuvremenu ne nastanu kvalitativne promjene koje iziskuju umanjenje ili povećanje postojeće kategorije.

Zakonom je određena i mogućnost pružanja ugostiteljskih usluga u domaćinstvima i seljačkim domaćinstvima, naravno pod propisanim uslovima.

Bosna i Hercegovina

Ugostiteljski objekti u Bosni i Hercegovini se prema Zakonu o ugostiteljskoj djelatnosti iz 2009. godine[6] dijele na:

– *smještajne objekte* u kojima se pružaju usluge smještaja, prehrane, pića, napitaka i poslastica,

– *ugostiteljske objekte* u kojima se pružaju usluge prehrane, pića, napitaka i poslastica i

– *ketering objekte* u kojima se pripremaju jela, poslastice, pića i napici za konzumiranje na drugom mjestu sa ili bez posluživanja.

[6] „Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“, br. 32/09

Kao i u Hrvatskoj, smještajni objekti se dalje dijele u dvije grupacije, tj. na *hotele i kampove i druge vrste objekata za smještaj,* a ugostiteljski i ketering objekti na *restorane i barove* odnosno *pripremnice jela, slastica, pića i /ili napitaka i kantine.* Ugostiteljski objekti takođe mogu imati naziv dvije vrste ugostiteljskih objekata ako za svaku vrstu ispunjavaju uslove propisane Zakonom, a ugostiteljske usluge se mogu pružati i u nekim pokretnim objektima, domaćinstvu, seoskom domaćinstvu i na plovnom objektu.

Prema Pravilniku o razvrstavanju, minimalnim uvjetima i kategorizaciji ugostiteljskih objekata iz skupine hoteli[7] u grupaciju *hoteli* ubrajaju se sljedeći objekti: *hotel baština, hotel, aparthotel, turističko naselje, turistički apartman, motel i pansion. Kampovi* se razvrstavaju u *kampove, kamp naselja, kampirališta i kamp odmorišta*, a *druge vrste objekata za smještaj* na *sobe za iznajmljivanje, apartmani, studio apartmani, kuće za odmor, prenoćišta, odmarališta za djecu, hosteli, planinarski domovi, lovački domovi, učenički domovi ili studentski domovi i objekti za robinzonski smještaj*[8].

Kao i u Hrvatskoj, svi navedeni objekti moraju ispunjavati opšte uslove za vrstu, odnosno minimalne uslove i uslove za kategoriju u skladu sa Pravilnikom ukoliko se kategorišu. Misli se na obavezu obezbjeđenja nesmetanog kretanja i boravka gostiju i zaposlenog osoblja, isticanja oznake vrste i kategorije objekta, priključenja na vodovodnu, električnu, kanalizacionu i telefonsku mrežu, obavezu zaštite od požara, prašine, održavanje propisane temperature prostorija, odgovarajuću visinu i širinu prostorija, stepenica i hodnika, kao i poštovanje uslova za osobe za invaliditetom. Kada je riječ o smještajnim jedinicama, tj. sobama, hotelskim apartmanima, studio apartmanima i apartmanima, kao i u Hrvatskoj, propisani su minimalni uslovi u pogledu vrsta, površina – modula i kapaciteta smještajnih jedinica. Objekti moraju imati i uređene i opremljene sanitarne čvorove uz zajedničke prostorije namijenjene gostima (uz recepciju, ugostiteljske sadržaje za usluživanje, hrane, pića, napitaka i dr.), a broj javnih toaleta mora biti srazmjeran kapacitetu objekta izraženom brojem konzumnih mjesta u prostorijama za usluživanje hrane, pića i napitaka i drugim sadržajima u čijoj se blizini nalaze.

Po uzoru na Hrvatsku, veoma je razrađen i metod kategorizacije. Objekti se u zavisnosti od toga da li su postojeći ili novoizgrađeni kategorišu identično kao u Hrvatskoj (Vidjeti Tabelu br. 1), osim kada je ri-

[7] „Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“, br. 32/10
[8] „Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“, br. 68/10 i br. 70/10

ječ o hotelu baštini koji se ne kategoriše. Kampovi i kamp naselja se rangiraju takođe u četiri kategorije na osnovu propisanih obaveznih uslova u vezi sa uređenjem, opremom, uređajima, uslugama, održavanjem i drugih propisanih uslova, a kamp naselja i u skladu sa odredbama za neku od vrsta objekata: hotel, aparthotel, turističko naselje i turistički apartmani (u zavisnosti od toga koje vrste ugostiteljskih usluga se u kamp naselju pružaju). Zahtjevi za utvrđivanje ispunjenosti minimalnih uslova i uslova za kategoriju objekata koji se označavaju sa četiri ili pet zvjezdica, odnosno sa oznakom „standard“ ili „komfor“ podnose se Ministarstvu okoliša i turizma, a za one koji se označavaju sa dvije ili tri zvjezdice, opštinskom, odnosno gradskom organu uprave nadležnom za poslove ugostiteljstva, prema mjestu sjedišta objekta. Ugostitelj u zahtjevu navodi podatke o zahtijevanoj vrsti i kategoriji objekta, firmi i sjedištu ugostitelja, podatke o veličini i opremljenosti ugostiteljskog objekta, uslugama koje će biti predmet poslovanja ugostiteljskog objekta, podatak da li ugostitelj u ugostiteljskom objektu posluje tokom cijele godine ili sezonski, dokaz da je registrovan za obavljanje ugostiteljske djelatnosti i prilaže dokaze: da ima poslovni prostor za koji ima dokaz o pravu vlasništva ili ugovor o zakupu poslovnog prostora, dokaz o uplati administrativne takse i dokaz da je za poslovni prostor izdata upotrebna dozvola. Postupak kojim se utvrđuje da li su ispunjeni minimalni uslovi i uslovi za kategoriju za smještajne objekte sa četiri ili pet zvjezdica sprovodi Komisija Ministarstva (od najmanje 3 do 5 članova) koju imenuje Ministar, a za kategoriju smještajnih objekata sa dvije ili tri zvjezdice Komisija nadležnog organa (najmanje 3 člana), imenovana od strane rukovodioca nadležnog organa.

Vrsta objekta iz grupacije *hoteli* označava se bijelom bojom, a kategorija zvjezdicama i oznakama „standard“ i „komfor“ u zlatnoj boji, na metalnoj ploči plave boje. Dimenzije standardizovane ploče su 40 x 40 cm i oivičena je zlatnom bordurom debljine 5 mm. Na sredini ploče se nalazi crta bijele boje, ispod koje se ispisyje: Bosna i Hercegovina, Federacija Bosne i Hercegovine u bijeloj boji. Izuzetak čini vrsta objekta hotel baština koja se, kao i u Hrvatskoj, označava krem bojom (svi natpisi, crta na sredini i bordura) na metalnoj ploči smeđe boje. Vrsta i kategorija drugih vrsta ugostiteljskih objekata za smještaj iz grupacije *kampovi i druge vrste ugostiteljskih objekata za smještaj* označava se standardizovanom pločom izrađenom od visokopoliranog nerđajućeg čelika sa otisnutim tamnoplavim poljem u okviru kojeg se od nebojanog visokopoliranog nerđajućeg čelika označava vrsta objekta. Kategorija tj. zvjezdice se označavaju zlatnom bojom, a neke vrste objekata (sobe, kuće) imaju i odgovarajući simbol u boji podloge od nerđajućeg čelika ispod oznake katego-

rije. Dimenzije ploče su takođe 40 x 40 cm i oivičena je zlatnom bordurom debljine 5 mm. Natpis Bosna i Hercegovina, Federacija Bosne i Hercegovine je u bijeloj boji. Grafička rješenja standardizovanih ploča za označavanje vrste i kategorije kampova su dizajnirana tako da se na metalnoj ploči plave boje, dimenzija 30 x 30 cm, ispisuje naziv vrste i simbol šatora ili kampera za kampiralište i kamp odmorište, odnosno naziv vrste i oznaka za kategoriju – zvjezdice u zlatnoj boji za kampove i kamp naselja.

Svi objekti se rekategorišu svake pete godine, a u međuvremenu mogu da steknu uslove za višu kategoriju ili da odstupe od uslova potrebnih za postojeću. U prvom slučaju, nezavisno od bilo kog roka, ugostitelj može podnijeti zahtjev za novo razvrstavanje u drugu vrstu i/ili kategorizaciju objekta u višu kategoriju, a u drugom slučaju je obavezan to da uradi. U suprotnom, ako ugostitelj ne podnese zahtjev, smatra se da su prestali da postoje uslovi utvrđeni rješenjem o kategorizaciji objekta, pri čemu nadležni organ državne uprave koji je donio rješenje o kategorizaciji odgovarajućim aktom utvrđuje prestanak uslova utvrđenih rješenjem o kategorizaciji objekta.

U Republici Srpskoj se prema Zakonu o ugostiteljstvu iz 2010. godine[9] ugostiteljski objekti takođe dijele na ugostiteljske objekte za smještaj, ugostiteljske objekte za ishranu i piće i ketering (catering) objekte. Ipak, za razliku od Bosne i Hercegovine, u ugostiteljske objekte za smještaj se ubrajaju: *hoteli i podvrste hotela, moteli, turistička naselja, kampovi, pansioni, aparthoteli, hosteli, prenoćišta, odmarališta, kuće za odmor, apartmani, sobe za iznajmljivanje, objekti tipa „bed and breakfast“ i drugi objekti za pružanje usluga smještaja.* U Republici Srpskoj se uvode i posebne vrste ugostiteljskih objekata za smještaj prilagođene potrebama lovno-ribolovnog turizma, tzv. lovačke kolibe, lovačke kuće i lovačke vile, pojedine ugostiteljske usluge se mogu pružati i u pokretnom objektu kao i u seoskom domaćinstvu u skladu sa zakonom iz oblasti poljoprivrede. U klasifikaciji nisu posebno izdvojeni objekti tipa hotel baština, kamp naselje, kampiralište i kamp odmorište, odmaralište za djecu, planinarski dom, lovački dom, učenički ili studentski dom i objekat za robinzonski smještaj kao u Bosni i Hercegovini. U zavisnosti od korisnika ugostiteljskih usluga, objekti se dalje dijele na one zatvorenog, otvorenog i klubskog tipa. Ugostiteljski objekti zatvorenog tipa su usmjereni prema potrebama osnivača i uglavnom su komplementarni tj. dopunski i nekomercijalni, dok objekti klubskog tipa koji su usmjereni prema potrebama članova kluba predstavljaju otvorene javne objekte koji uvažavaju uticaj trži-

[9] „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 15/10

šnih faktora u procesu formiranja cijena i plasmana tj. posluju po komercijalnim principima.

Prema Pravilniku o razvrstavanju, minimalnim uslovima i kategorizaciji ugostiteljskih objekata za smještaj[10] i Pravilniku o izmjenama i dopunama pravilnika o razvrstavanju, minimalnim uslovima i kategorizaciji ugostiteljskih objekata za smještaj[11] hoteli i aparhoteli se kategorišu u pet kategorija (od I označene sa 5, do V označene sa 1 zvjezdicom), a hotelska i apartmanska naselja, moteli, pansioni, kampovi, apartmani, kuće za odmor, sobe za iznajmljivanje i objekti tipa „bed & breakfast" u tri kategorije (od I označene sa 3 do III označene sa 1 zvjezdicom). Kategorizacija se vrši po principu bodovanja kao u Srbiji, odnosno vrednovanjem elemenata ponude konkretnog objekta po osnovu obaveznih i neobaveznih elemenata. Obavezni elementi odnose na minimalne uslove u pogledu uređenja i opreme, usluga za određenu kategoriju, a neobavezni elementi na elemente ponude koji nisu obavezni za određenu kategoriju već predstavljaju viši nivo ponude samog objekta. Pravilnikom je propisana obaveza da određene kategorije i vrste objekata moraju ostvariti utvrđeni minimalni broj bodova po osnovu izbornih elemenata, a obavezni elementi se ne boduju.

Komisija imenovana od strane Ministarstva trgovine i turizma sprovodi postupak kategorizacije hotela, aparthotela, motela, turističkih naselja i pansiona, a Komisija imenova od strane lokalnog organa uprave kategorizaciju apartmana, kuća za odmor, objekata tipa „bed & breakfast", soba za iznajmljivanje, seoskih domaćinstava i kampova. Komisiju koju imenuje Ministar čine 3 člana tj. predstavnici ministarstva nadležnog za poslove turizma i ugostiteljstva, ministarstva nadležnog za poslove prostornog uređenja i ekologije, predstavnici Privredne Komore Republike Srpske ili predstavnici Udruženja hotelijera i restoratera, a Komisiju koju imenuje lokalni organ uprave predstavnik lokalnog organa uprave za poslove turizma i ugostiteljstva i dva člana ize reda zaposlenih u službi jedinice lokalne samouprave koja je nadležna za poslove turizma i ugostiteljstva. Ministar odnosno rukovodilac unutrašnje organizacione jedinice na predlog Komisije donosi rješenje o rangiranju određene vrste ili podvrste objekta u određenu kategoriju. Ministar nadležan za poslove turizma može da imenuje i Komisiju za superviziju, koja po potrebi u roku od pet radnih dana od dana obavljanja pregleda regularne Komisije može da provjeri ispunjenost uslova za određivanje kategorije ugostiteljskog objekta koje je utvrdila prethodna komisija. Komisija za superviziju sastoji se od predstavnika Ministarstva trgovine i turizma, predstavnika Spoljno-tr-

[10] „Službeni glasnik Republike Srpske", br. 13/05 i 62/05
[11] „Službeni glasnik Republike Srpske", br. 76/06 i 35/08

govinske komore BiH i jednog eksperta iz oblasti ugostiteljstva. Ukoliko Komisija za superviziju utvrdi različito činjenično stanje u pogledu ispunjenosti uslova za određivanje pojedine kategorije ugostiteljskog objekta u odnosu na nalaz prethodne Komisije, predlaže ministru donošenje novog rješenja o određivanju kategorije. Izuzev privremenog rješenja na period od šest mjeseci koje se dodjeljuje kada ugostitelj može u kratkom roku otkloniti određena odstupanja od utvrđene kategorije, rješenje o dodjeli određene kategorije podliježe reviziji svake četvrte godine. Protiv rješenja rukovodioca unutrašnje organizacione jedinice moguće je podnijeti žalbu, dok je rješenje Ministarstva konačno i protiv njega nije dozvoljena žalba već samo pokretanje upravnog spora. Ukoliko dođe do promjena standarda kvaliteta u smještajnom objektu, ugostitelj je dužan da u predviđenom roku podnese zajtjev radi rangiranja objekta u odgovarajuću kategoriju. U suprotnom, regularnom revizijom se samo potvrđuje postojeća kategorija ili utvrđuje prestanak važenja ranije izdatog rješenja.

Grafička rješenja za označavanje vrste i kategorije hotela, motela, aparthotela, hotelskog naselja, apartmanskog naselja, pansiona, kampa, soba, apartmana i kuća za odmor su dizajnirana tako da se u središnjem dijelu standardizovane metalne ploče ispisuje oznaka za kategoriju - zvjezdice u svijetloplavoj boji, a iznad nje vrsta ugostiteljskog objekta na srpskom jeziku, latinicom, u tamnoplavoj boji. Ispod oznake kategorije ispisuje se vrsta ugostiteljskog objekta i ćirilicom u tamnoplavoj boji. Vrsta ugostiteljskog objekta tipa „bed & breakfast“ se označava na metalnoj ploči (podlozi) srebrnometalne boje u središnjem dijelu u tamnoplavoj boji. Ispod oznake vrste se ispisuje oznaka za kategoriju - zvjezdice u svijetloplavoj boji. Dimenzije standardizovanih tabli za kampove, privatne apartmane, kuće za odmor, sobe za iznajmljivanje i „bed & breakfast“ su manje od onih koje se koriste za hotele, hotelska i apartmanska naselja, kampove, motele i pansione i iznose 30x30cm a ne 40x40cm.

Do donošenja novog podzakonskog akta koji reguliše kategorizaciju ugostiteljskih objekata za smještaj po osnovu novog zakona iz 2010. godine na snazi je Pravilnik o razvrstavanju, minimalnim uslovima i kategorizaciji ugostiteljskih objekata na osnovu starog Zakona o ugostiteljstvu[12].

Makedonija

I u Makedoniji se procesi razvrstavanja i kategorizacije ugostiteljskih objekata za smještaj nalaze u nadležnosti dražave, odnosno tretiraju

[12] „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 3/04, 37/06, 63/07, 101/07 i 73/08

u okviru Zakona o ugostiteljskoj djelatnosti[13] donijetog 16. septembra 2004. godine. Ugostiteljski objekti se dijele na *ugostiteljske objekte za smještaj i ugostiteljske objekte za ishranu,* i svi moraju ispunjavati propisane minimalno-tehničke i sanitarno zdravstvene uslove, kao i uslove za zaštitu na radu, zaštitu i unaprijeđenje životne sredine, protivpožarnu zaštitu, uslove za zaštitu od buke propisane zakonom i druge uslove propisane posebnim uzansama koje se odnose na ugostiteljstvo.

U okviru ugostiteljskih objekata za pružanje usluga smještaja izdvajaju se:

– osnovni ugostiteljski objekti: *hoteli, hotelska naselja, apartmanska naselja, moteli, pansioni, rezidencije, turistička naselja;*

– komplementarni smještajni kapaciteti: *prenoćišta, gostionice, kampovi, privatni smještajni kapaciteti (sobe, apartmani, stanovi, kuće) i odmarališta (za djecu, omladinu, radnike i sl.)* i

– drugi komplementarni objekti*: planinarski domovi i kuće, objekti za privremeni smještaj i sl.*

Hoteli, hotelska naselja, moteli, pansioni, turistički apartmani, kampovi, kuće, stanovi i sobe za iznajmljivanje prije početka poslovanja podliježu obavezi kategorizacije, na osnovu uslova i standarda propisanih za ove vidove objekata u pogledu uređenja, opremanja i kvaliteta usluga označenih zvjezdicama. Hoteli se kategorišu u pet kategorija (od prve kategorije označene sa 5 zvjezdica do pete označene sa 1 zvjezdicom), kampovi u četiri (od prve označene sa 4 zvjezdice, do četvrte označene sa 1 zvjezdicom), moteli i pansioni u tri (od prve označene sa 3 zvjezdice do treće označene sa 1 zvjezdicom), hotelska naselja takođe (od prve označene sa 3 zvjezdice (visok komfor), druge sa 2 zvjezdice (komfor) do treće kategorije tj. 1 zvjezdicom (standard)), a kuće, stanovi i sobe za iznajmljivanje u dvije kategorije (prva označena sa 2 zvjezdice (komfor) i druga sa 1 zvjezdicom (standard)). Turistički apartmani se kategorišu u četiri kategorije, od druge koja se obilježava sa 4 zvjezdice, do pete koja se obilježava sa 1 zvjezdicom, jer se turistički apartman prve kategorije, označen sa 5 zvjezdica naziva turističkom rezidencijom.

Kategorizaciju ugostiteljskih objekata za smještaj takođe vrši Komisija imenovana od strane ministarstva nadležnog za poslove turizma, odnosno resoru Ministarstva ekonomije. Sastav Komisije čine dva predstavnika organa državne uprave nadležne za poslove iz oblasti ugostiteljstva, po jedan iz zdravstva i socijalne politike i predstavnik lokalne samouprave na čijoj teritoriji se vrši kategorizacija. Kategorija objekta koja se označava zvjezdicama mora da bude istaknuta na vidnom mjestu u objek-

[13] „Službeni vesnik na Republika Makedonija“ br. 62/2004 i 89/2008

tu i jedino kao takva se može koristiti u promocione svrhe. Validnost iste je tri godine, ali kao i u zemljama okruženja, ugostitelj je dužan da podnese zahtjev za novu kategorizaciju ukoliko dođe do promjena postojećih standarda po pitanju uređenja, opremanja i kvaliteta usluge verifikovanih postojećom kategorijom.

Slovenija

U Sloveniji se prema Zakonu o ugostiteljstvu iz 2007. godine[14] ugostiteljski objekti razvrstavaju na: *hotele, motele, pansione, gostionice, prenoćišta, hotelska i apartmanska naselja, planinarske i druge domove, kampove, restorane, kafane, kafiće, poslastičarnice, barove i objekte za pripremu i dostavljanje hrane.* Međutim, na osnovu pratećeg akta, tj. Pravilnika o kategorizaciji smještajnih objekata[15] smještajni objekti se klasifikuju na:

- *hotele, motele, pansione i gostionice;*
- *kampove;*
- *apartmane i kuće za odmor, vikendice;*
- *sobe;*
- *seoska domaćinstva i*
- *marine*.

U svakom slučaju, ugostiteljski objekti moraju ispunjavati minimalno-tehničke uslove koji se odnose na poslovne prostorije, opremu i uređaje u ugostiteljskom objektu, uslove na otvorenim površinama, uslove za pružanje ugostiteljskih usluga izvan ugostiteljskog objekta, zatim minimalne uslove za usluge u određenim vrstama ugostiteljskih objekata na farmama, uslove koji se odnose na kriterijume i način kategorizacije smještajnih objekata, uređenja soba za goste u seoskim domaćinstvima i marinama, kao i uslove vezane za bezbjednost hrane i zdravlja na radu. Za kategorizaciju je potrebno da ispunjavaju opšte i posebne uslove predviđene Pravilnikom o minimalnim tehničkim uslovima i minimalnom obimu usluga za obavljanje ugostiteljske djelatnosti[16], kao i određene standarde usluga i opreme koji se boduju (ukupna vrijednost obaveznih i fakultativnih elemenata) za svaku vrstu i kategoriju ugostiteljskog objekta. Naime, hoteli i kampovi se kategorišu u pet kategorija, a moteli, pansioni, gostionice, apartmani, kuće za odmor, vikendice, sobe za izdavanje i seoska domaćinstva u četiri. Hoteli koji

[14] „Uradni list RS“, št. 93/2007 od 12.10.2007

[15] „Uradni list RS“, št. 62/2008, sa korekcijom u „Uradnom listu RS“ št. 80/2008 i izmjenama i dopunama u „Uradnom listu RS“ št. 115/2008 i 72/2009

[16] „Uradni list RS“, št. 88/00, 114/04 i 52/08

prevazilaze minimalne kriterijume za visoke kategorije (4 i 5 zvjezdica) mogu dobiti i rejting „superior“ (superiorni), ako za to ispunjavaju uslove predviđene Pravilnikom.

Za razliku od ostalih zemalja u okruženju, u Sloveniji kategoriju ugostiteljskog objekta može da utvrdi i sam ugostitelj (operator) na osnovu Liste za kategorizaciju za određenu vrstu i kategoriju smještaja, nakon čega popunjava Evidentacionu listu, potpisuje Izvještaj o samoprocjeni koji ukazuje na kategoriju i dobija tablu sa oznakom kategorije koja je podložna promjenama. Sa druge strane, stručno lice, odnosno procjenjivač sa najmanje tri godine iskustva u ovoj oblasti, višom stručnom spremom i položenim testom stručnosti za procjenu smještajnih objekata utvrđuje kategoriju objekta kada je riječ o:

– hotelima i kampovima sa 4 i 5 zvjezdica;
– hotelima sa 4 i 5 zvjezdica i rejtingom „superior“;
– motelima, pansionima, gostionicama, apartmanima, kućama za odmor, sobama i vikendicama sa 4 zvjezdice i
– seoskim domaćinstvima sa 4 jabuke.

U ovom slučaju proces kategorizacije se završava kada procjenjivač popuni odgovarajuću Evidentacionu listu za konkretnu kategoriju objekta, odnosno potpiše Izvještaj o procjeni koji ukazuje na kategoriju i operator dobije tablu sa oznakom kategorije koja, za razliku od prethodne, važi pet godina.

Kategorija ugostiteljskog objekta za smještaj se označava zvjezdicama kao i u ostalim zemljama u okruženju, osim kada je riječ o smještaju na farmama tj. seoskim domaćinstvima čiji se kvalitet označava odgovarajućim brojem jabuka (1, 2, 3 i 4 jabuke). Standardizovana tabla je izrađena od aluminijske ploče, debljine 5 mm i dimenzija 175 x 350 mm za hotele, motele, pansione, gostionice, apartmane, kuće za odmor, vikendice i kampove, odnosno 132 x 350 mm za sobe. Površina je eloksirana, a same zvjezdice - metalne, poprskane prahom u zlatno metalnoj boji, su fiksirane na tabli. U gornjem lijevom uglu, iznad zvjezdica, se označava vrsta ugostiteljskog objekta plavim slovima, a ukoliko postoji i oznaka „superior “ ona se postavlja u desnom. Na dnu table postoji i zelena traka debljine 15mm na kojoj se može ispisati tekst: Ministarstvo turizma. Kad je riječ o seoskom domaćinstvu, vrsta i kategorija se označava na keramičkoj ploči, dimenzija 440 x 220 mm. U gornjoj polovini table boje pečene gline se prema tehničkim uputstvima (raspored, boja, oblik i veličina slova) ispisuje naziv vrste objekta, a u donjoj koja je bijele boje odgovarajući broj jabuka u boji pečene gline. Na dnu gornje polovine table se takođe nalazi zelena traka širine 15 mm, na kojoj se može ispisati tekst: Ministarstvo tu-

rizma. Objektima koji se nalaze u spomeničkoj ili autorski zaštićenoj zgradi dozvoljena su odstupanja od propisanih uslova kada je riječ o klimatizaciji, liftovima, minimalnim površinama soba i kupatila, kadama i prozorima.

Srbija

U Srbiji se prema najnovijem Zakonu o turizmu[17] ugostiteljski objekti dijele u tri grupacije:

– *ugostiteljski objekti za smještaj* u kojima se pružaju usluge smještaja, ishrane i pića i druge usluge uobičajene u ugostiteljstvu ili samo usluge smještaja, a obuhvataju sljedeće vrste: *hotel, motel, turističko naselje, kamp, pansion, hostel, prenoćište, odmaralište, kuća, apartman, soba, seosko turističko domaćinstvo, lovačka vila, kuća ili koliba i drugi objekti za pružanje usluga smještaja*,

– *ugostiteljski objekti za ishranu i piće* u kojima se pripremaju i uslužuju topla jela i napici, toče i služe alkoholna i bezalkoholna pića, a obuhvataju sljedeće vrste: *restoran, kafana, bar, objekat brze hrane, pokretan objekat i drugi objekti* i

– *ketering objekti* u kojima se priprema hrana, piće i napici, po utvrđenim standardima radi usluživanja i potrošnje na drugom mjestu.

Slično kao i u ostalim susjednim zemljama, svi ugostiteljski objekti za smještaj moraju ispunjavati opšte i posebne minimalne uslove, kao i uslove propisane za odgovarajuću kategoriju objekta ukoliko se kategorišu. Opšti se odnose na neophodne preduslove za bavljenje ugostiteljskom djelatnošću, a minimalni na minimalnu opremu soba, kupatila u sastavu soba, zajedničkih kupatila i toaleta za goste i higijensko održavanje. Kriterijumi kategorizacije su sistematizovani u dvije grupacije elemenata: *obavezni i izborni elementi*. Naime, kategorizacija se vrši po principu bodovanja, tj. obavezni elementi se ne boduju i odnose se na minimalne uslove u pogledu uređenja, opreme i usluga, a izborni odnosno fakultativni elementi boduju i odnose se na uređenje i opremu, usluge, položaj i izgled objekta. Za svaku vrstu i kategoriju objekta propisani su obavezni elementi označeni slovom „M“ i najmanji bodovni prag po osnovu izbornih elemenata potrebnih za konkretnu kategoriju.

Prema Pravilniku o standardima za kategorizaciju ugostiteljskih objekata za smještaj[18], donijetog na osnovu ovog zakona, hoteli, aparthoteli, garni hoteli i turistička naselja se kategorišu u pet kategorija (od I označene sa 5 zvjezdica do V označene sa 1 zvjezdicom), moteli, kuće, apartma-

[17] „Službeni glasnik RS“, br. 36/2009 i 88/2010
[18] „Službeni glasnikk RS“, br. 41/2010

ni i kampovi u četiri (od I označene sa 4 zvjezdice do IV označene sa 1 zvjezdicom), a pansioni i sobe u tri kategorije (od I označene sa 3 zvjezdice do III označene sa 1 zvjezdicom). Ugostiteljski objekat vrste hotel može se razvrstati i u podvrstu po posebnim standardima koji se u njemu pružaju. U ove standarde se ubrajaju standardi za specijalizaciju hotela u: Poslovni (Business), Kongresni (Congress), Porodični (Family), Sportski (Sport) i Spa-Wellness (Spa-Wellness).

Vrsta i kategorija ugostiteljskog objekta se označava standardizovanom tablom petougaonog oblika sa zaobljenim uglovima tamnoplave boje, na kojoj se kategorija označava šestokrakim zvjezdicama žute boje, naziv objekta ispisuje na srpskom jeziku, ćiriličkim pismom žutom bojom, a naziv vrste objekta na engleskom jeziku. Kao i u većini ostalih zemalja u okruženju, za označavanje apartmana, kampa, sobe i kuće koristi se i odgovarajući simbol koji se postavlja ispod naziva vrste objekta. Tabla za označavanje kategorije hotela, garni hotela, apart hotela, motela, depandansa, turističkog naselja, apartmanskog naselja i kampa ima dimenzije 30 x 28 cm, a pansiona, kuće, apartmana i sobe 16 x 15 cm. Oznaka specijalizacije hotela se postavlja neposredno ispod oznake kategorije, na pravougaonoj tabli sa zaobljenim uglovima. Vrsta specijalizacije ispisuje se na srpskom jeziku, ćirilicom, a u donjem dijelu i na engleskom jeziku, osim kada je riječ o vrsti specijalizacije pod nazivom Spa-Wellness koja se ispisuje samo na engleskom jeziku.

Zahtjev za određivanje kategorije hotela, motela, turističkog naselja, kampa i određivanje specijalizacije podnosi se Ministarstvu nadležnom za poslove turizma, odnosno resoru Ministarstva ekonomije i regionalnog razvoja, a za određivanje kategorije pansiona, kuća, apartmana i soba nadležnom organu jedinice lokalne samouprave. Rješenje kojim se ugostiteljski objekat razvrstava u kategoriju unosi se u Registar turizma i prestaje da važi istekom tri godine, donošenjem rješenja o promjeni kategorije, gubitkom kategorije, na zahtjev ugostitelja, ako dođe do promjene ugostitelja, kao i prestankom privrednog društva, preduzetnika, drugog pravnog lica ili ogranka stranog pravnog lica uslijed čega se briše iz odgovarajućeg registra.

Crna Gora

U Crnoj Gori razdoblje od 2000. godine takođe obilježava aktivnost na dopunjavanju turističkog zakonodavstva. Nakon Zakona o turizmu[19] iz 2002. godine, sa izmjenama i dopunama nastalim narednih godina[20],

[19] „Službeni list RCG“, br. 32/2002
[20] „Službeni list RCG“ br. 38/03 i „Službeni list RCG“ br. 31/05

usvojen je novi Zakon o turizmu[21] 2010. godine. Prema istom, ugostiteljski objekti se razvrstavaju na:

1) primarne ugostiteljske objekte za pružanje usluga smještaja i usluga pripremanja i usluživanja hrane i pića, koji obuhvataju sljedeće vrste: *hotel & rezort tj. 'hotel & resort', vajld bjuti rezort tj.' wild beauty resort', grupa hotela (hotel, mali hotel, butik hotel, hotel garni, aparthotel, kondo hotel, hostel, pansion i motel), turističko naselje, etno selo, eko koliba tj. 'eco lodge' i vila;*

2) komplementarne ugostiteljske objekte za pružanje usluga smještaja i usluga pripremanja i usluživanja hrane i pića, u koje se ubrajaju sljedeće vrste: *kuća za iznajmljivanje, turistički apartman i soba za iznajmljivanje, gostionica, planinarski dom, odmaralište, kamp* i sl. i

3) ugostiteljske objekte za pružanje usluga pripremanja i usluživanja hrane i pića u koje se ubrajaju: *restoran* (klasični, specijalizovani i nacionalni), *picerija, konoba, grupa kafe barovi* (*kafe bar, kafana, kafić, kafeterija, disko klub, noćni klub, bistro pivnica, krčma* i sl.), *ketering objekti, objekti brze hrane, objekti jednostavnih usluga* (*poslastičarnica, pečenjara, kantina* i sl.).

Kao što se vidi, u odnosu na zemlje regiona, novom zakonskom regulativom u Crnoj Gori ugostiteljski objekti za smještaj se prvenstveno sistematizuju prema statusu djelatnosti, a uvedene su i neke nove vrste ugostiteljskih objekata za smještaj. Naime, riječ je o objektima kojima se propagira održivi razvoj turizma, posebno u ekološki očuvanim zonama Crne Gore. Tako se vrsta objekta 'wild beauty resort' izgrađuje na zemljištu lociranom neposredno izvan granica zaštićenih zona ili relativno netaknutih prirodnih lokacija, kao što su nacionalni parkovi, a eko koliba ili 'eco lodge' u zoni nacionalnih parkova ili u njihovoj neposrednoj blizini, sa neznatnim štetnim uticajem na prirodnu okolinu. Osnovni standardi ovih objekata uključuju upotrebu alternativnih izvora energije i tehnologija (korišćenje solarne energije, korišćenje sistema za prikupljanja kišnice, korišćenje snage vjetra i drugih obnovljivih izvora energije) i korišćenje ekološki prihvatljivih materijala za izgradnju i enterijer. Ostale vrste ugostiteljskih objekata za smještaj se ne razlikuju od postojećih objekata u okruženju s tim što su malo drugačije koncipirani. Npr. butik hotel ili 'boutique hotel' je u suštini tip hotela, odnosno specijalna varijanta luksuznog hotela, posebno dizajniranog i stilizovanog, na veoma atraktivnoj lokaciji, sa posebnim akcentom na privatnost gostiju i ljubaznost menadžmenta i osoblja, kapaciteta do 50 soba. Kondo hotel ili 'condohotel' je takođe varijanta luksuznog hotela, kategorije najmanje četiri zvjezdice, ali

[21] „Službeni list CG" br. 61/10

čije su smještajne jedinice u svojini više subjekata, čine predmet prodaje i pojedinačno se upisuju u zemljišne knjige. Njima inače upravlja menadžment kompanija, pa moraju biti i u komercijalnoj funkciji najmanje 10 mjeseci u toku kalendarske godine (Član 4).

Kao i u zemljama u okruženju, sve vrste ugostiteljskih objekata za smještaj moraju ispunjavati minimalno-tehničke uslove za sve vrste ugostiteljskih objekata u pogledu opreme i prostora u skladu sa zakonom, posebne uslove za određenu kategoriju objekta ukoliko se kategorišu, kao i druge uslove propisane posebnim propisima (opšte i posebne higijenske zahtjeve, uslove gradnje, zaštite od buke, zaštite na radu i dr.). Primarni ugostiteljski objekti za smještaj koji podliježu obavezi kategorizacije kategorišu se u zavisnosti od uređenja, opreme i održavanja objekta, vrste i kvaliteta usluga i drugih kriterijuma. Na osnovu novog zakona još uvijek nije donesen novi Pravilnik o klasifikaciji, minimalnim uslovima i kategorizaciji ugostiteljskih objekata, pa se kategorizacija ugostiteljskih objekata za smještaj vrši po postojećem Pravilniku[22] na sljedeći način:

– hoteli i kampovi u pet kategorija (od I označene sa 5 zvjezdica do V označene sa 1 zvjezdicom; hoteli koji imaju tri i više zvjezdica - koji su dobili visok broj kvalitativnih poena i koji u ponudi imaju rekreacione i biznis usluge mogu se kvalifikovati za „plus“ kategoriju.);

– aparthoteli, turistička naselja i privatni smještaj /kuće i apartmani/ u četiri kategorije (od II označene sa 4 zvjezdice do V označene 1 zvjezdicom),

– moteli, gostionice, pansioni i sobe u tri kategorije (od III označene sa 3 zvjezdice do V označene 1 zvjezdicom), i

– vile u dvije kategorije (od I označena sa 5 zvjezdica i II označena sa 4 zvjezdice),

Faktori za dodjeljivanje odgovarajuće kategorije se zasnivaju na ispunjavanju *minimalnih obaveznih standarda* za datu vrstu i kategoriju ugostiteljskog objekta izraženu zvjezdicama, *opštih standarda,* dovoljnom broju *kvalitativnih poena (kvalitativni standardi)* promjenljivih za traženu kategoriju, kao i *standarda specijalizacije* kada je riječ o hotelima viših kategorija. Minimalni posebni uslovi se ne boduju i razlikuju se prema vrsti i kategoriji ugostiteljskog objekta, a njihovo ispunjavanje uslovljeno je zadovoljenjem obaveznih standarda za datu kategoriju. Bodovi koji su neophodni za dobijanje odgovarajuće kategorije se ostvaruju ispunjavanjem opštih i kvalitativnih standarda, odnosno propisanog bodovnog praga. Maksimalan broj poena koji se može osvariti za određenu kategoriju predstavlja preduslov za dobijenje rejtinga „plus“,

[22] „Službeni list RCG“, br. 33/07

tj. za osvajanje dodatnih poena za rekreacione i poslovne usluge koji nisu primjenljivi za računanje minimalnog broja kvalitativnih poena koji su potrebni za svaku kategoriju. Osim toga, hoteli koji zadovoljavaju standarde specijalizacije mogu dobiti i oznaku specijalizacije u logu/imenu hotela i koristiti je za svrhe marketinga. Mogu se specijalizovati u: *Porodični hotel, Rezort hotel, Wellness/Spa hotel, Zdravstveni - Banjski hotel, Poslovni hotel (sastanci i konferencije), Hotel za skupove (sajmovi i kongresi), Istorijski hotel, Unikatni hotel, Eko hotel, Specijalizovani kazino, Golf hotel, Tenis hotel i Zimski centar.* Nadležni organ može dodijeliti ugostiteljskom objektu i standard za pojedinu vrstu usluge ('eco', 'bed & bike' standard, 'wild beauty' i standard specijalizacije za wellness, kongresni, kazino itd.) kojima se potvrđuje ispunjenost uslova za te sadržaje.

Zahtjev za kategorizaciju ugostiteljskog objekta podnosi se nadležnom organu, tj. Ministarstvu i nadležnom organu lokalne uprave u zavisnosti od vrste objekta. Naime, za primarne ugostiteljske objekte i apartmanski blok (tri i više turističkih apartmana koji čine jednu građevinsku cjelinu), nakon utvrđivanja ispunjenosti propisanih uslova za kategoriju, kategoriju rješenjem određuje Ministarstvo, a za kuće, turističke apartmane i sobe za iznajmljivanje nadležni organ lokalne uprave. Etno selo, 'eco lodge' i hosteli se ne kategorišu, a rješenje se izdaje na period od tri godine. Kategorije ugostiteljskih objekata se označavaju jednoobraznom pravougaonom tablom, odnosno odgovarajućim brojem zvjezdica ispod kojih se ističe naziv vrste ugostiteljskog objekta. Za označavanje vrste i kategorije hotela, malog hotela, garni hotela, aparthotela, motela, pansiona, turističkih naselja, vila, gostionica i kampova tabla je širine 30 cm, visine 25 cm, a za kuće, apartmane i sobe za iznajmljivanje 24 cm odnosno 20 cm visoke. Podloga table, zvjezdice, slova i simboli su hromirani.

Zaključak

Procesi klasifikacije i kategorizacije ugostiteljskih objekata za smještaj se u zemljama članicama nekadašnje Jugoslavije tretiraju kao obavezni procesi koji se nalaze u nadležnosti države. Visok stepen međusobne sličnosti i razrađenosti uslova, odnosno standarda poslovanja u ugostiteljstvu, predstavlja posljedicy postojanja zajedničkog zakonskog propisa do sedamdesetih godina prošlog vijeka s jedne, i paralelnog razvoja istih nakon raspada zemlje sa druge strane. Uporednom analizom se može konstatovati veća usaglašenost sistema klasifikacije između konkretnih zema-

lja u okruženju, dok su kriterijumi i područja koja služe kao osnov za ocjenjivanje kvaliteta tj. za kategorizaciju raznovrsni. Razlike se ispoljavaju kada je riječ o broju kategorija iste vrste objekta, samom postupku kategorizacije, načinu označavanja ranga kvaliteta konkretnog objekta, standardima specijalizacije koji nisu propisani u Makedoniji i Sloveniji, kao i dodatnom rejtingu kvaliteta („Q“, „superior“ ili „plus“) koji ne postoji u Srbiji i Makedoniji. Naime, do danas ne postoje međunarodno obavezujuće norme kojih bi se morale pridržavati sve zemlje u pogledu određivanja osnovnih uslova za određene objekte, kao ni specijalnih uslova za uvrštavanje istih u pojedine kategorije. U privrednoj praksi egzistira i veliki broj objekata koji predstavljaju kombinacije, upravo zbog različitih kriterijuma na osnovu kojih se vrši klasifikacija odnosno tipizacija. Sa druge strane, može se govoriti o potencijalnim tendencijama u pravcu stvaranja jedinstvenog međunarodnog regionalanog sistema klasifikacije koji bi se mogao primijeniti na sve ugostiteljske objekte za smještaj u zemljama okruženja, za dobrobit kako korisnika usluga tj. potrošača, tako i organizatora putovanja i proizvođača usluga tj. hotelijera. Riječ je eventualnim tendencijama Balkanskog Udruženja Hotelskih Asocijacija (Balkan Alliance of Hotel Associations - BAHA), čiji ciljevi upravo obuhvataju uvođenje pravila i standarda u poslovanju i učešće u donošenju i poboljšanju pravne regulative iz oblasti hotelijerstva i ugostiteljstva. U ovo udruženje su za sada uključeni: Bugarska, Makedonija, Srbija, Crna Gora, Bosna i Hercegovina, Albanija i Rumunija, a učlanjenjem asocijacija Hrvatske, Turske, Grčke i Slovenije stvorila bi se možda realna osnova i za realizaciju jedinstvenog sistema klasifikacije i kategorizacije na cijelom Balkanu. Ipak, Cvjetska turistička organizacija (WTO – World Tourism Organization) nameće potrebu za uspostavljanjem jedinstvene međunarodne statistike turizma, kako bi se omogućilo praćenje trendova i vršile razne komparacije među zemljama, pa u tom kontekstu daje širi okvir za moguće prilagođavanje nacionalnih klasifikacija. Metodologijom turističkog satelitskog obračuna tj. TSA (Tourism Satellite Account) turistički smještajni kapaciteti se klasifikuju u sljedeće dvije grupacije:

1) *hoteli i ostali objekti kolektivnog smještaja* (hoteli, moteli, pansioni, omladinski hosteli, planinarski domovi, kampovi, kampirališta i turistička naselja) i

2) *turistički stanovi* (vikendice, odnosno izgrađene sobe, apartmani i kuće/stanove za izdavanje turistima, tajmšering[23] objekti).

[23] Tajmšering (eng. – timesharing) ili tzv. vremenski zakup kapaciteta predstavlja koncept poslovanja po kome se ugostiteljski objekat za smještaj prodaje određenom broju suvlasnika koji na taj način stiču pravo korišćenja kapaciteta u utvrđenom vremenskom

Na ovaj način, različite pojavne vrste objekata širom svijeta prilikom prilagođavanja zvaničnoj statističkoj evidenciji nastoje da nađu svoju širu grupaciju. A kada je riječ o kategorizaciji, ugostiteljski objekti širom svijeta se najčešće rangiraju u rasponu do pet kategorija, verifikovanix određenim simbolom (zvjezdice, krune i sl.) u zavisnosti od područja tj. zemlje u kojoj se nalaze. Neophodnost iste je u činjenici da predstavlja garanciju kvaliteta za budućeg potrošača u pogledu kvaliteta usluga koje pruža određena vrsta ugostiteljskog objekta, kao i vid zaštite hotelijera u pogledu kvaliteta koji obezbjeđuje i koji je ocijenjen odgovarajućom kategorijom njegovog objekta. S tim u vezi, za očekivati je i dalje mijenjanje ovih procesa u budućnosti, u skladu sa preovlađujućim tržišnim tokovima, odnosno standardima kvaliteta.

---

periodu tokom godine. Svoj termin korišćenja suvlasnici mogu i ustupati drugim licima, iznajmljivati ili prodavati na tržištu. Više vidjeti u: Kosar, LJ. (2008), *Hotelijerstvo II,* Visoka hotelijerska škola strukovnih studija, Beograd

Nedica Dašić, Ph.D., Assistant
Faculty of Tourism and Hotel Management Kotor

The International Aspect of Classification of Accommodation Facilities in the Surrounding Countries

Abstract

The process of classification of accommodation facilities represents a necessity of modern accommodation industry development that is carried out on the basis of various factors. As an open process of dividing accommodation facilities in classes, the classification of accommodation facilities provides transparency in the market, better statistical records, and along with the categorization process which performs their further processing and verification it also allows a better perception and comprehension of the market to consumers in selecting appropriate services. Given the fact that the institutions that provide these norms within a country differ among eachother, depending on the type and number of accommodation facilities that can be found in private and state ownership, different systems of classification and categorization can be found in the world. The neighboring countries are characterized by the legislative approach which implies an active role of government and line ministry, and since there have been supplements and amendments to relevant laws and related regulations in recent years, as a reflection of the constant changes in this field and the attempts to make the existing offer of accommodation facilities meet the European and international standards, there is a need for their presentation and analysis.

*Key words:*classification, categorization, accommodation facility

Pregledni članak 347.56:69.05

Jovana Pušac, asistent
Pravnog fakulteta u Banjaluci

ODGOVORNOST IZVOĐAČA RADOVA ZA NEDOSTATKE PROJEKTA

Sažetak: *Cilj ovog rada jeste analiza građanskopravne odgovornosti izvođača za nedostatke projekta koji uzrokuju umanjenje kvaliteta građevine, odnosno koji ne utiču na njenu solidnost. Osnovna je dužnost izvođača da radove izvodi prema pravilima svoje struke, ugovoru i odobrenom projektu. Izvođač ne može po svojoj volji menjati odobreni projekat, čak i kada ga je sam izradio. U tom pogledu, postavlja se pitanje da li će on biti dužan da obavezu striktnog poštovanja projekta, koji je dobio od naručioca, izvršava bez obzira što projekat sadrži nedostatke ili će biti odgovoran zato što je radove izvodio prema takvom projektu usled kojeg je došlo do nedostataka na građevini, odnosno građevinskim radovima. Ako je ova druga postavka tačna, postavlja se pitanje za koje mane u projektu izvođač odgovara (vidljive ili skrivene), odnosno kako se postavlja i razrešava problem razgraničenja odgovornosti projektanta i izvođača u vezi sa projektom koji sadrži nedostatke. Naposletku, značajno pitanje je i realizacija prava i obaveza izvođača u slučaju kada izvođač mora da odstupi od projekta. Ovim radom autor nastoji da obuhvati što detaljnije i kompletnije odgovore na potavljena pitanja.*

Ključne reči: *nedostaci projekta, obaveze izvođača (stručnjačka pažnja), odstupanje od projekta, ugovorna odgovornost izvođača*

1. Uvodne napomene

Ugovor o građenju je ugovor o delu kojim se izvođač obavezuje da prema određenom projektu sagradi u ugovorenom roku određenu građevinu na određenom zemljištu, ili da na takvom zemljištu, odnosno na već

postojećem objektu izvrši kakve druge građevinske radove, a naručilac se obavezuje da mu za to isplati određenu cenu.[1]

Iz navedene zakonske definicije proizilazi da izvođač duguje naručiocu određeni rezultat, pri čemu je dužan da, poštujući projekat i ugovor, sagradi objekat koji će odgovarati svojoj nameni i zahtevima naručioca. Time zakonodavac, takođe, rešava dilemu u vezi sa pravnim karakterom ovog ugovora, jasno ističući da ugovor o građenju predstavlja vrstu ugovora o delu. Analogno tome, u odnosima iz ugovora o građenju, a u vezi sa nedostacima građevine, odnosno građevinskih radova, shodno će se primenjivati pravila ugovora o delu.[2]

Predmet ugovora o građenju određuje se projektom građevine, odnosno tehničkom dokumentacijom koju čine svi grafički, računski i opisni prilozi potrebni za izvođenje radova.[3] Tehničku dokumentaciju izrađuje organizacija (projektni biro) ovlašćena i registrovana za tu delatnost.

U vezi sa odgovornošću izvođača za nedostatke projekta potrebno je praviti razliku između situacija kada izvođač izvodi radove prema projektu koji mu je obezbedio naručilac i kad on izrađuje projekat, odnosno angažuje za to ovlašćenu organizaciju.

Iz odredbe člana 630. Zakona o obligacionim odnosima ne proizilazi eksplicitno da je pribavljanje projekta obaveza naručioca iako je to u praksi najčešći slučaj. No, ugovorom o građenju može se predvideti obaveza izvođača radova da pripremi tehničku dokumentaciju u skladu sa projektnim zadatkom. Takvi ugovori o građenju približavaju se ugovorima o inžinjeringu.

---

[1] Član 630. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima *(„Sl. list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89)* i Zakon o izmenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima (*„Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 17/93, 3/96, 39/03, 74/04*) u daljem tekstu: ZOO

[2] Član 641. u vezi sa članovima 606 - 621. ZOO

[3] Prema članu 63. stav 1. Zakona o uređenju prostora i građenju *(„Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 55/10)* tehničku dokumentaciju čine idejni, glavni i izvedbeni projekat, projekat izvedenog stanja, dokumentacija kontrole kvaliteta, uputstva za održavanje i pogon objekta i projekat uklanjanja za objekte bruto građevinske površine preko 400 m^2. Član 65. stav 1 - 5. istog Zakona definiše glavni projekat kao skup međusobno usklađenih projekata kojima se daje tehničko rešenje objekta, prikaz smeštaja objekta u prostoru, dokazuje ispunjenje bitnih zahteva za objekat, tehničkih normi i propisa. Na osnovu glavnog projekta izdaje se odobrenje za građenje i izvode se radovi na izgradnji objekta, a na osnovu projekta izvedenog stanja vrši se tehnički pregled objekta i izdaje upotrebna dozvola. Glavni projekat zajedno sa odobrenjem za građenje trajno čuva organ uprave koji je izdao odobrenje za građenje i investitor, odnosno vlasnik objekta. Glavni projekat izrađuje se u skladu sa lokacijskim uslovima, a zavisno od vrste objekta i tehničke strukture objekta sadrži arhitektonski projekat, građevinski projekat, projekte instalacija, projekat tehnološkog procesa, projekat ugradnje opreme i druge projekte koji moraju biti međusobno usklađeni.

Međutim, nezavisno od ovih situacija koje nešto modifikuju odgovornost izvođača, osnovno pravilo je da je izvođač odgovoran za mane u projektu samo u slučaju ako su one vidljive, odnosno ako je on mogao da ih primeti. Drugim rečima, za skrivene mane izvođač ne odgovara. Ova odgovornost za mane u projektu, koji je sačinilo drugo lice, objašnjava se stručnošću izvođača, jer se polazi od pretpostavke da je on kao stručnjak morao da primeti vidljive mane u projektu i da na iste skrene pažnju naručiocu. U suprotnom, u svim pravnim sistemima, pa i u našem, izvođač će odgovarati za štetu koju je usled toga pretpeo naručilac.[4]

2. Odgovornost za greške u projektu

Naime, izvođač je dužan da blagovremeno i detaljno prouči tehničku dokumentaciju na osnovu koje se izvode ugovoreni radovi i da od naručioca blagovremeno traži objašnjenje o nedovoljno jasnim detaljima. Smatraće se da je objašnjenje traženo blagovremeno, ako je naručiocu, prema okolnostima koje su od uticaja, dato dovoljno vremena da može postupiti po zahtevu, a da ne nastane zastoj u izvođenju radova.[5]

Ako u tehničkoj dokumenatciji uoči nedostatke ili smatra da je treba menjati radi njenog poboljšanja ili iz drugih razloga, dužan je da o tome blagovremeno obavesti naručioca. No, u slučaju da ti nedostaci ugrožavaju sigurnost objekta, život ili zdravlje ljudi, saobraćaj ili susedne objekte, izvođač je dužan da naručioca, ne samo obavesti o takvim nedostacima, već i da obustavi dalje izvođenje radova i preduzme mere za njihovo otklanjanje.[6]

Obaveza izvođača da investitora obavesti o greškama u projektu proizilazi iz njegove obaveze da obezbedi odgovarajući kvalitet radova koje izvodi, ali i iz činjenice da je on stručna profesionalna organizacija koja može zapaziti ono što je prepreka postizanju ugovorenog kvaliteta radova. Osim toga, izvođač je u izvršenju svojih ugovornih obaveza dužan da postupa s pažnjom dobrog privrednika,[7] primenjujući stručno znanje koje se od njega, po kriterijumu profesionalne odgovornosti, očekuje.

Smatra se da je izvođač trebalo da uoči greške u projektu, ako je to mogao da učini obzirom na prosečnu stručnost građevinara, koja se

---

[4] Jelena Vilus, Građanskopravna odgovornost izvođača i projektanta, Građevinska knjiga, Beograd, 1973, str. 82.

[5] Uzansa broj 13. Posebnih uzansi o građenju *(„Sl. list SFRJ“ br. 18/77);* Posebne uzanse o građenju primenjuju se na osnovu člana 21. stav 2. ZOO i člana 1107. stav 1. i stav 3. ZOO

[6] Uzansa broj 14. Posebnih uzansi o građenju

[7] Član 18. stav 2. ZOO, kao i uzansa broj 60. u vezi sa uzansom broj 234. Opštih uzansi za promet robom *(„Sl. list FNRJ“, br. 16/54)*

od njega očekuje. Prema tome, za specijalizovana izvođačka – građevinska preduzeća, kriteriji može biti oštriji.[8] Tako, izvođač, specijalizovana organizacija, odgovara za nedostatke ispoljene u garantnom roku, ako su izazvani greškama u tehničkom rešenju na koje nije upozorio naručioca".[9]

Osnovno je, dakle, pravilo da izvođač ne odgovara zbog greške u projektu, jer je za to odgovoran projektant, već zbog propuštanja da naručioca obavesti o toj grešci i upozori ga na posledice do kojih, usled toga, može doći. U obrazloženju jedne presude navodi se da je izvođač radova odgovoran prema naručiocu za štetu nastalu usled greške u projektu, ako na nju nije upozorio naručioca ili projektanta. Pošto je izvođač izvodio radove prema projektu koji je dobio od naručioca, u konkretnom slučaju sud je ocenio da je nastala šteta posledica greške u projektu isto koliko i propusta izvođača da na tu grešku upozori naručioca, pa zato izvođač i naručilac treba da snose štetu na ravne delove.[10]

Pri proceni odgovornosti izvođača za nedostatke u projektu važno je najpre utvrditi da li su ti nedostaci bili vidljivi, zatim da li je izvođač o njima blagovremeno obavestio naručioca, kao i da li je obustavio radove ukoliko takve mane iziskuju obustavljanje radova. Ovo je stav koji prihvata i dosledno sprovodi i naša sudska praksa. Tako se u jednoj presudi navodi da izvođač radova ne snosi ni delimičnu odgovornost za nedostatke u projektu koje nije otkrio pre ili u toku izvođenja radova, ako ti nedostaci imaju karakter skrivenih mana.[11]

S druge strane, ako izvođač nije primetio, niti je, s obzirom na svoju stručnost, mogao primetiti nedostatke u projektu, on neće odgovarati za štetu koja iz toga proistekla za naručioca.[12] U jednom slučaju, utvrđeno je

---

[8] Zoltan Biro, *Građanskopravna odgovornost projektanta na osnovu ugovora o projektovanju*, Pravni život br. 8-9, Beograd, 1975.

[9] Odluka Vrhovnog suda BiH, broj Pž. 550/88 od 12.10.1988. godine. „Iz nalaza i mišenja vještaka proizilazi da je projektovani nagib krova bio malen i da je tuženi kao izvođač radova to morao uočiti, te tužiocu na to skrenuti pažnju. Tuženi nije tako postupio, nego je, šta više, izvršio promjenu pokrivača, predloživši tužiocu ali-lim sa manjom dubinom vala od projektovanog, što je po mišljenju vještaka pogoršalo situaciju, a tuženi kao stručno lice preuzeo sav rizik za ovu vrstu poslova" – izvod iz obrazloženja ove odluke.

[10] Presuda Vrhovnog privrednog suda, Sl. 1112/72 od 09.7.1973. godine, Privreda i pravo, br. 2/74, str. 64

[11] Presuda Vrhovnog privrednog suda br. Sl-425/67 od 18.4.1967. god. objavljena u: Jovan Vojinović, Priručnik za investitore i izvođače radova u oblasti građevinarstva, Beograd, 1971, str. 239.

[12] Presuda Vrhovnog privrednog suda br. Sl-129/72 od 15.5.1972. god. Slično shvatanje izraženo je u presudi istog suda (br. Sl-386/70 od 21.10.1970. god.) u kojoj se navodi da izvođač građevinskih radova odgovara investitoru za štetu koja nastane zbog greške u projektovanju ako je, s obzirom na svoju stručnost, morao uočiti grešku. Vidi takođe

da je dimnjak izgrađen prema odobrenom projektu, ali je posle njegove izgradnje pokazao nefunkcionalnost koja se ogleda u neobezbeđenju proizvodnje tehničke pare prirodnom promajom s tim da je utvrđeno, kao nesporno, da taj nedostatak nije posledica nesolidnog i nekvalitetnog rada izvođača, već je posledica neadekvatnog projekta koji je izradio jedan projektantski biro i koji je naručilac predao izvođaču radova. Rešavajući taj slučaj, sud je zaključio da bi izvođač radova odgovarao da je primetio ili da je morao primetiti nedostatke – stručnom analizom projekta. Međutim, kako izvođač to nije mogao da primeti, niti je bio sposoban da oceni da li će projektovani dimnjak prirodnom promajom moći da proizvodi tehničku paru, jer je za tu procenu potrebna uža specijalnost i znanje, sud je našao da izvođač u konkretnom slučaju nije odgovoran zbog nefunkcionalnosti izgrađenog dimnjaka.[13]

Međutim, napomenom u građevinskom dnevniku „da se izolacija oko cevi izvodi slabo i da izolacija oko zidova i cevi ne odgovara“, izvođač radova nije isključio svoju odgovornost za štetu, jer se ovakve napomene u dnevniku ne mogu smatrati kao upozorenje ako je izvođač i pored toga nastavio sa daljim radom.[14]

Ovo pravilo primenjuje se i u vezi sa uputstvima koje izvođaču daje nadzorni inžinjer. Ukoliko ta uputstva po mišljenju izvođača mogu da predstavljaju štetu za izvođenje radova na način koji to zahteva nauka i građevinska tehnika, izvođač je dužan da na to skrene pažnju, jer će u suprotnom biti odgovoran i za takve greške.[15] U tom smislu se izjašnjava i naša sudska praksa. Izvođač radova je odgovoran za mane izvedenih radova bez obzira što je radio pod stalnim nadzorom i isključivim uputstvima naručioca ako su mane nastale zbog nepridržavanja svoje struke.[16]

Naposletku, sudska praksa je zauzela stav i po pitanju odgovornosti izvođača za dosledno postupanje po projektu koji je obezbedio naručilac, a prema kojem pojedini radovi nisu projektovani ekonomično. U tom slučaju izvođač nije dužan da učestvuje u snošenju troškova koji se odnose na rad koji se pri projektovanju mogao celishodno ograničiti. [17]

---

presudu Vrhovnog privrednog suda br. 318/65 od 14.5.1965. god. Navedene presude su objavljene u : J. Vojinović, nav. delo, str. 237-241.

[13] Dragoslav Veljković, Obligaciono pravo kroz komentar kroz Zakon o obligacionim odnosima sa registrom pojmova, Beograd, 2005, str. 612.

[14] Presuda Vrhovnog privrednog suda br. Sl-1507/60 od 2.11.1960. god. objavljena u: J. Vojinović, nav. delo, str. 237.

[15] J. Vilus, nav. delo, str. 84.

[16] Rešenje Vrhovnog privrednog suda, Sl. 377/65 od 16.6.1965. godine

[17] Vidi Odluku Vrhovnog privrednog suda, broj Sl. 145/67, objavljena u: J. Vojinović, nav. delo,str. 239.

3. Odgovornost za odstupanje od projekta

Građevinski radovi koji su predmet ugovora o građenju moraju biti izvedeni u skladu sa projektom. No, vrlo često praktični razlozi nameću potrebu odstupanja od projekta u vezi s kojim je zaključen ugovor zbog toga što, na primer, izvođač konstatuje da je za pravilno funkcionisanje objekta neophodno izvršiti izmene u projektu ili zbog toga što na tržištu ne postoji onakav materijal ili oprema kakvi su predviđeni projektnom dokumentacijom pa je potrebno izvršiti zamenu, ili zbog toga što se prilikom realizacije projekta utvrdi da su potrebni izvesni naknadni radovi koji se ne nalaze u projektu i specifikacijama, a neophodni su za izvršenje ugovora, ili naposletku, iz razloga što je izvođač pri izvođenju radova naišao na prepreke (teške fizičke uslove terena, pojave podzemnih voda i slične vanredne i neočekivane događaje).

Treba imati u vidu da se prema samoj prirodi građevinskih poslova nikada ne može sa sigurnošću predvideti količina građevinskih radova koji su nužni za izgradnju određene građevine, predviđene projektom, što naročito važi za komplikovanije objekte. Stoga količina radova opisanih u tehničkoj dokumentaciji (predmerom i predračunom) pretenduje samo na relativnu tačnost. Po izvršenju projektovanih radova dolazi ili do radova koji prelaze ugovorne količine – viškova radova, ili postoje negativna odstupanja izvedenih radova u odnosu na ugovorenu količinu radova – manjkovi radova. Ova pojava se pretpostavlja prilikom zaključenja ugovora, tako da predviđene količine radova predstavljaju samo aproksimativne količine.[18] Naposletku, može doći i do naknadnih, ali i do hitnih nepredviđenih radova kojima se takođe čini odstupanje od predviđenog projekta.

3.1. Obaveza pribavljanja pismene saglasnosti naručioca

U vezi sa predmetom ugovora o građenju treba istaći da je naručilac za sve vreme izvršenja ugovora ovlašćen da menja projekat kojim je predmet ugovora opredeljen, a izvođač je dužan da radi po izmenjenom projektu sve dok izmene nemaju za posledicu promenu uslova građenja koje su stranke imale u vidu prilikom zaključenja ugovora.[19] Nasuprot tome, izvođač nema pravo da samoinicijativno menja tehničku dokumentaciju,[20] čak ni u slučaju kada ju je sam izradio. Za svako odstupanje od

[18] Borislav Blagojević – Vrleta Krulj, Komentar Zakona o obligacionim odnosima II, Savremena administracija, Beograd, 1980, str. 105.

[19] B. Blagojević – V. Krulj, nav. delo, str. 106. Prema članu 13. FIDIC, Opštih uslova ugovora (međunarodni) za građevinske radove sa obrascima ponuda i sporazuma, izvođač je dužan da radove izvodi i održava „u skladu sa ugovorom, na zadovoljstvo (nadzornog) inžinjera i da se strogo pridržava uputstava i smernica inžinjera bez obzira da li je to spomenuto u ugovoru ili nije, a koje se tiču ili odnose na radove“.

[20] Uzansa broj 14. stav 1. Posebnih uzansi o građenju

projekta građenja, odnosno ugovorenih radova, on mora imati pismenu saglasnost naručioca.[21] Ova saglasnost se može dati i putem građevinskog dnevnika. Ali, razume se da ona neće biti potrebna ako izvođač odstupi od projekta na izričit zahtev naručioca.[22]

Zakonsko pravilo da za svako odstupanje od projekta nije dovoljna usmena, već isključivo pismena saglasnost naručioca, proizilazi, s jedne strane, iz obaveze zaključivanja samog ugovora o građenju u pismenoj formi,[23] a s druge strane, iz zahteva zakona da forma određena za sam ugovor, važi i za sve njegove docnije izmene ili dopune.[24] Stav je i naše sudske prakse da odstupanje od projekta građenja predstavlja izmenu predmeta ugovora o građenju, što uslovljava i obaveznu pismenu formu ugovora kojim se takva odstupanja u izvođenju radova dozvoljavaju.[25] Ako je izvođač izveo radove odstupajući od utvrđene tehničke dokumentacije, a za to nije prethodno dobio saglasnost naručioca, neće moći da zahteva povećanje ugovorene cene za radove koje je izvršio bez takve saglasnosti[26] pa ni po osnovu sticanja bez osnova. S druge strane, kad izvođač izvede radove suprotno investiciono-tehničkoj dokumentaciji, odgovoran je za nastalu štetu i ako je postupao po pravilima struke, jer rizik takve izgradnje naručilac nije dužan da snosi.[27] Prema stavu naše sudske prakse, ako je izvođač radova odstupio od projekta i time narušio estetski izgled građevine, naručilac će imati pravo da traži smanjenje cene.[28]

Obaveza pribavljanja pismene saglasnosti naručioca odnosi se na tzv. naknadne radove, tj. one koji među strankama nisu ugovoreni, a naručilac zahteva da se izvedu, ali i na otklanjanje nedostatka u projektnoj dokumentaciji koje je izvođač dužan da signalizira.[29] Jedini izuzetak od obaveze pribavljanja pismenog naloga za odstupanje od projekta odnosi se na slučaj preduzimanja hitnih nepredviđenih radova.

---

[21] Član 633. stav 1. ZOO, kao i uzansa broj 19. stav 1. Posebnih uzansi o građenju. U vezi sa naknadnim radovima važno je istaći da se pismena forma zahteva čak i u onim pravnim sistemima, u kojima se inače, takva forma nije predviđena za zaključenje ugovora.

[22] Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, broj Rev. 285/82 od 27.6.1982. godine

[23] Član 630. stav 2. ZOO

[24] Član 67. stav 2. ZOO

[25] Presuda Višeg privrednog suda Srbije, br. Pž.1458/98, objavljene u: Kozar, Sudska praksa, Beograd, 2000, str. 840-841.

[26] Član 633. stav 2. ZOO

[27] Rešenje Vrhovnog privrednog suda, Sl. 1047/70 od 27.10.1970. godine, objavljeno u: „Zbirka sudskih odluka“, knjiga XVI, sveska 2, 1971, odluka pod brojem 293.

[28] Presuda Vrhovnog privrednog suda Sl.1903/70 od 15.12.1970. godine

[29] Kada odstupanja od projekta imaju za posledicu izvođenje neugovorenih radova, stranke treba da reše odmah i pitanje cene ovih radova, jer u suprotnom otvaraju mogućnost za sporove.

3.2. Naknadni radovi

Sasvim je sigurno da je pitanje naknadnih radova najčešći i (pored rokova) verovatno najkomplikovaniji problem u vezi sa tumačenjem ugovora i obavezama ugovornih strana. Ovaj problem svodi se, ustvari, na utvrđivanje da li jedan konkretan rad predstavlja naknadni rad i da li je naručilac obavezan da ga plati.[30]

Prema Posebnim uzansama o građenju,[31] naknadni radovi su oni radovi koji nisu ugovoreni i nisu nužni za ispunjenje ugovora, a naručilac zahteva da se izvedu. Radi se zapravo o radovima koji ne predstavljaju velike promene u odnosu na radove predviđene projektno – tehničkom dokumentacijom, koji, dakle, ne menjaju samu prirodu ugovora. Oni se razlikuju od viškova radova kod kojih opis pozicije radova ostaje isti, a samo se menja ugovorena količina.[32] Takođe, viškovi radova se smatraju ugovorenim radovima, pa zbog toga (kao i manjkovi radova), ne utiču na cenu određenu u ukupnom iznosu, odnosno podrazumevaju se pod ugovorenom cenom. Za razliku od toga, vrednost naknadnih radova nije obuhvaćena ugovorenom cenom, već se određuje posebnim ugovorom.

U ovome je i sadržan *ratio legis* obaveze izvođača da naknadne radove opravda pismenim nalogom naručioca, jer bi, u suprotnom, izvođači „sumnjivog integriteta“ mogli da niskim ponudama olako dobiju posao, a kasnije da zahtevaju povećanje cene usled naknadnih radova. U uporednom pravu se ističe da je pismeni nalog potrebno izdati pre otpočinjanja radova, što je svakako u interesu samog naručioca, jer će time naručilac blagovremeno imati uvid u povećanje cene radova.

Dakle, da bi mogao da zahteva povećanje cene po osnovu naknadnih radova, izvođač mora da temlji taj svoj zahtev bilo na odredbi osnovnog, originalnog ugovora o građenju kojim se predviđa plaćanje naknadnih radova, bilo posebno zaključenim ugovorom.

Imajući u vidu navedeno, smatramo da je od izuzetne važnosti potreba da ugovorne strane precizno formulišu svoja prava i obaveze u vezi sa izvođenjem naknadnih radova, naročito kada je cena fiksno utvrđena. To se najbolje postiže ugovaranjem procentualnog iznosa do kojeg se mogu vršiti izmene projekta, a da se ne dira u predmet samog ugovora.

---

[30] J. Vilus, nav. delo, str. 88.

[31] Član 9. stav 8. Posenih uzansi o građenju

[32] Ugovorom se može predvideti da će se viškovi radova iznad određenog procenta smatrati naknadnim radovima.

3.3. Hitni i nepredviđeni radovi

Hitni i nepredviđeni radovi su takvi radovi koji se bez odlaganja moraju izvesti zbog osiguranja stabilnosti objekta ili sprečavanja nastanka štete, a izazvani su neočekivanom težom prirodom zemljišta, prodorom vode na gradilište i sličnim vanrednim i neočekivanim pojavama.[33] Samo u takvim slučajevima i samo ukoliko zbog hitnosti nepredviđenih radova nije u mogućnosti da pribavi saglasnost naručioca, izvođač radova može odstupiti od projekta i mimo te saglasnosti.

Međutim, treba naglasiti da u ovim slučajevima izvođač ima, ne samo pravo, nego i obavezu da, bez odlaganja i saglasnosti naručioca, otkloni preteće opasnosti po građevinu, odnosno građevinske radove što proizilazi iz njegove obaveze da izgradi kvalitetnu i bezbednu građevinu. Ali izvođač je i tada dužan da bez odlaganja obavesti naručioca o nepredviđenim radovima i preduzetim merama, kao i razlozima koji su takve radove izazvali.[34] Ovo iz razloga što se nepredviđeni radovi izvode o trošku naručioca, pa je važno da on blagovremeno bude upoznat sa potrebom vanrednih materijalnih izdataka.

Imajući u vidu načelo ekvivalentnosti,[35] izvođač će imati pravo na pravičnu naknadu za nepredviđene radove koji su morali biti obavljeni.[36] U slučaju spora o visini naknade, sudovi primenjuju prvenstveno tržišnu cenu ukoliko postoji. Inače se utvrđuje revidirana kalkulativna cena tih radova imajući u vidu važeće normative i konkretnu tehničku opremljenost izvođača. Ukoliko bi se, usled tih radova, cena objekta znatno povećala, pa naručilac izgubi interes za izgradnju objekta, on ima pravo da raskine ugovor (što je u saglasnosti sa opštim pravilom o mogućnosti raskidanja ugovora zbog promenjenih okolnosti) o čemu je dužan da bez odlaganja obavesti izvođača (jer od tog momenta raskid ugovora proizvodi pravno dejstvo).[37] U slučaju raskidanja ugovora, naručilac je dužan isplatiti izvođaču odgovarajući deo cene za već izvršene radove, kao i pravičnu naknadu za učinjene neophodne troškove (naknada za neamortizovane pripremne radove, naknada za objekte koji ostaju na gradilištu, naknada za nemogućnost iskorišćenja mehanizacije, itd.).[38]

---

[33] Nepredviđeni radovi se razlikuju od viškova radova po tome što se u projektnoj dokumentaciji nisu mogli predvideti, dok viškovi radova predstavljaju pozitivna odstupanja od količine predviđenih radova.

[34] Član 634. stav 1-3. ZOO, kao i uzansa broj 19. stav 2. Posebnih uzansi o građenju

[35] Član 15. ZOO

[36] Član 634. stav 4. ZOO

[37] Član 634. stav 5. ZOO

[38] Član 634. stav 6. ZOO

4. Smanjenje i isključenje odgovornosti izvođača

Kao što smo ranije pomenuli, izvođač se ne oslobađa odgovornosti ako je šteta nastala zbog toga što je pri izvođenju određenih radova postupao po zahtevima naručioca. Ali činjenica da je, pre izvršenja nekog posla po zahtevu naručioca, upozorio ovog na opasnost od štete, može da bude od značaja za ocenu odgovornosti izvođača, jer bi tada njegova odgovornost bila smanjena, a prema okolnostima konkretnog slučaja i isključena. [39] Osim toga, kada izvođač ustanovi da zbog pogrešnih uputstava naručioca ne može dalje da postupa, on može da raskine ugovor i zahteva naknadu štete. Smatramo da nema smetnje da se ovo pravilo, koje se inače odnosi na nedostatake koji ugrožavaju solidnost građevine, analogijom primeni i na nedostatke koji umanjuju kvalitet građevine. Prema našoj sudskoj praksi, izvođač radova je odgovoran za štetu nastalu izgradnjom nefunkcionalnog objekta po nerevidiranoj projektnoj dokumentaciji i bez odgovarajuće građevinske dozvole. On se može osloboditi te odgovornosti samo pod uslovom da je pre izvođenja radova upozorio naručioca na opasnost od štete.[40]

Odgovornost izvođača prema naručiocu je ugovorne prirode. Dakle, izvođač odgovara prema naručiocu za nedostatke u izvedenim građevinskim radovima samo ako su oni nastali njegovom krivicom koja se uvek pretpostavlja. S obzirom da se u vezi sa izvršavanjem obaveza iz ugovora o građenju od izvođača očekuje da postupa sa povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka), izvođač odgovara i za najmanji stepen krivice, odnosno, merilo njegove pažnje pri izvođenju radova procenjivaće se kroz *culpa specialis.*[41] Prema tome, ako izvođač dokaže da nije mogao zapaziti greške u projektu i pored toga što je uložio pažnju dobrog stručnjaka, on neće odgovarati za nedostatke građevine.

5. Regresi

Kada su za štetu odgovorni izvođač i projektant, odgovornost svakog od njih određuje se prema veličini njegove krivice.[42] To će biti slučaj kada je projekat, koji je obezbedio naručilac, sadržao nedostatke, a izvođač sa svoje strane nije primenio stručnu pažnju da navedene nedostatke uoči i o njima obavesti naručioca. Shodno navedenom pravilu, izvođač će

[39] Član 646. ZOO. Inače, ovo pravilo predstavlja razradu opšteg pravila iz člana 192. stav 1. ZOO, istina pod nešto strožijim uslovima s obzirom na obavezu izvođača da pre preduzimanja posla, upozori naručioca na moguću štetu.

[40] Odluka Vrhovnog suda Srbije, Prev. 449/00 objavljena u Biltenu broj 1/2001.

[41] Član 18. stav 2. ZOO, kao i uzansa broj 60. u vezi sa uzansom broj 234.

[42] Član 647. stav 1. ZOO

tada naručiocu odgovarati solidarno sa projektantom,[43] ako solidarnost ugovorom nije isključena.[44]

Pri razrešenju međusobnog odnosa izvođača i projektanta, utvrđivaće se deo odgovornosti svakog od njih srazmerno veličini njihove krivice, odnosno svaki po naosob će odgovarati za nastalu štetu u granicama svojih propusta i grešaka. Ako to ne bi bilo moguće, uzeće se da na svakog od njih dolazi po jednak deo štete.[45]

Prema tome, pod uslovom da solidarnost ugovorom nije isključena, naručilac će moći celokupan iznos štete naplatiti bilo od izvođača, bilo od projektanta. Tako će projektant, koji je izradio projekat građevine i kome je poveren nadzor nad izvršenjem planiranih radova, odgovarati i za nedostatke u izvršenim radovima nastale krivicom izvođača, ako ih je mogao opaziti normalnim i razumnim nadgledanjem radova, ali će imati pravo da od izvođača zahteva odgovarajuću naknadu.[46] Isto tako, ako izvođač naručiocu naknadi celokupan iznos štete nastale usled nedostatka u izvršenim radovima, ima pravo da zahteva naknadu od projektanta u meri u kojoj nedostaci u izvršenim radovima potiču od nedostatka u projektu,[47] a ne od njegove nepažnje.

6. Zaključak

Analiza odgovornosti izvođača za štetu na građevini, odnosno građevinskim radovima koju uzrokuju nedostaci projekta pokazuje da je izvođač radova dužan da skrene pažnju naručiocu na nedostatke u projektu koje je zapazio, odnosno koje je kao stručnjak morao da zapazi, te da u vezi s tim traži odgovarajuća objašnjenja. U suprotnom, uz odgovornost projektanta koji je izradio projekat, postoji i srazmerna odgovornost izvođača koja se procenjuje srazmerno stepenu njegove krivice.

Ova obaveza izvođača odnosi se i na uputstva koja mu daje nadzorni inžinjer. Ukoliko ona, po stručnom mišljenju izvođača, mogu uzrokovati štetu izvođenju radova na način koji to zahteva nauka i građevinska tehnika, izvođač je dužan da o tome upozori naručioca, jer će u suprotnom biti odgovoran i za takve greške.

Odgovornost izvođača proteže se i na odstupanje od predviđene projektne dokumentacije. To zbog toga što je za svako odstupanje od projek-

[43] Član 414. stav 1. ZOO

[44] Odredba člana 413. ZOO propisuje pretpostavku solidarnosti za ugovore u privredi, osim ako je ugovarači nisu izričito otklonili.

[45] Član 424. stav 1. ZOO

[46] Član 647. stav 2. ZOO

[47] Član 647. stav 3. ZOO

ta, pa čak i kada je projekat izradio izvođač, potrebna pismena saglasnost naručioca. Pribavljanje pismenog naloga odnosi se na tzv. naknadne radove koji među strankama nisu ugovoreni, a naručilac zahteva njihovo izvođenje, kao i na svako otklanjanje nedostataka u projektnoj dokumentaciji. Pravo izvođača na povećanje cene za naknadno izvedene radove zavisi prevashodno od načina na koji je ugovorena nagrada za izvođenje radova, pa o tome treba voditi računa prilikom procene njegove odgovornosti.

Jovana Pušac, Assistant
Faculty of Law Banja Luka

The Responsibility of the Contractor for Project Deficiencies

Abstract

In this paper the author analyzes a civil law responsibility of the Contractor for project deficiencies resulting in reduced quality of the construction, i.e. not affecting its solidity. Primary obligation of the Contractor is to perform works in compliance with professional standards, the contract and the approved project. The Contractor cannot change the approved project at will, even when he has designed it. Hence, the question must be raised of the obligation of the Contractor to strictly abide by the project, assigned to him by the Authority, regardless of evident deficiencies of the Project and of his responsibility for performing works in compliance with the said project resulting in deficiencies in the construction, that is construction works. If the latter hypothesis is correct, then it must be established what deficiencies in the project fall under the responsibility of the Contractor (visible or hidden), i.e. the issue of dividing responsibility between the Project Designer and the Contractor in terms of the project deficiencies must be set up and solved. Finally, it is also important to define the realization of rights and duties of the Contractor in case the Contractor has to recede from the Project. In this paper the author tries to offer detail and complete answers to raised questions.

Key words: project deficiencies, obligations of the Contractor (professional care), receding from the Project, contractual responsibility of the Contractor.

Stručni rad 347.921:061.1EU

Gordana Ćirković, sudijski pripravnik u
Osnovnom sudu Brčko

PROCESNA LEGITIMACIJA PRIVATNIH TUŽILACA PRED SUDOM EU POSLE LISABONSKOG UGOVORA

Sažetak: *Tužba za poništaj je efikasno pravno sredstvo privatnih tužilaca u zaštiti njihovih prava. U članu 230, stavu 4 Ugovora o osnivanju EZ postavljeni su uslovi procesne legitimacije privatnih tužilaca, prema kojima privatni tužilac mora biti neposredno i lično zainteresovan za osporavani akt. Neophodne uslove, naročito postojanje ličnog interesa, nije jednostavno dokazati. Sud pravde je tokom godina razvio veoma restriktivnu praksu o procesnoj legitimaciji privatnih tužilaca.*

Postojali su brojni pokušaji promene tumačenja Suda vezano za procesnu legitimaciju privatnih tužilaca, poput onih u slučajevima UPA *i* Žežo-Kvere*, ali bez uspeha. Kao jedan od mogućih razloga protivljenja Suda liberalizaciji uslova procesne legitimacije, navođena je preopterećenost u radu Suda.*

Dugoočekivana reforma je usledila u vidu Lisabonskog ugovora. Prema članu 263, stavu 4 Ugovora o funkcionisanju EU, privatnim tužiocima dopušteno je da osporavaju regulativne akte koji su od neposrednog interesa za njih i ne zahtevaju donošenje izvršnih mera. Može se primetiti da se novi uslovi procesne legitimacije zasnivaju na razlikovanju zakonodavnih i regulativnih akata.

Očekivanja privatnih tužilaca nisu ispunjena donošenjem Lisabonskog ugovora. Liberalizacija jeste učinjena u pogledu jedne vrste akata, ali se privatni tužioci nadaju da će Sud EU kroz svoju praksu u narednom periodu, učiniti nove ustupke, a sve u cilju efikasne sudske zaštite privatnih tužilaca.

Ključne reči: *Lisabonski ugovor, tužba za poništaj, privatni tužioci, procesna legitimacija*

UVOD

Pravna država i vladavina prava predstavljaju temelje evropske civilizacije. Sve savremene države nastoje, manje ili više uspešno, da ih ostvare, pa tako i Evropska unija, kao tvorevina *sui generis*, koja ima elemente i države i međunarodne organizacije.

Jedan od načina za postizanje vladavine prava je kontrola akata nadležnih organa koji određenim subjektima dodeljuju prava i nameću obaveze. Kontrolom akata od strane nezavisnog i nepristrasnog organa, proverava se njihova zakonitost, a adresati se štite od nezakonito nametnutih obaveza i od nezakonitog ukidanja prava. Sudska kontrola akata koja ne predstavlja samo deklaraciju, nego je praćena i odgovarajućim pravnim sredstvima, potvrđuje da su pravom ograničeni i oni koji stvaraju pravo.

Postupak za poništaj akata Evropske unije mogu da pokrenu njene institucije, države članice i fizička i pravna lica. Fizička i pravna lica kao privatni tužioci moraju da ispune dodatni uslov i da dokažu postojanje pravnog interesa za poništaj akta. U zavisnosti od stepena liberalizacije pristupa privatnih tužilaca Sudu Evropske unije, ili rigoroznosti postavljenih uslova, ceni se mesto demokratije na lestvici vrednosti Evropske unije.

Procesna legitimacija privatnih tužilaca kod tužbe za poništaj menjala se od osnivanja Evropske zajednice pa do danas. Neke od tih izmena su formalne i odnose se na numeraciju članova u osnivačkim ugovorima, a druge su suštinske i nastale su nedavno. Uslovi koji ograničavaju mogućnost osporavanja akata Zajednice od strane privatnih tužilaca bili su predmet brojnih kritika, koje su stizale kako od strane stručne javnosti, tako i iz samog Suda. Važeća regulativa o procesnoj legitimaciji privatnih tužilaca nije potekla iz bogate prakse Suda, nego je ustanovljena Lisabonskim ugovorom, a njena efikasnost će se pokazati u narednom periodu.

Kakav je bio položaj privatnih tužilaca u vreme stvaranja Evropske zajednice, kako je praksa Suda EZ uticala na njihovu procesnu legitimaciju, šta je dovelo do promene nastale u Lisabonskom ugovoru, te da li član 263 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije rešava stare, ili otvara nove probleme - odgovore na navedena pitanja daje ovaj rad.

1. PROCESNA LEGITIMACIJA PRIVATNIH TUŽILACA PREMA UGOVORU O OSNIVANJU EZ

Ugovorom o osnivanju Evropske zajednice (u daljem tekstu UEZ), za privatne tužioce predviđena su dva načina za preispitivanje zakonitosti akata institucija Evropske zajednice. Posredno osporavanje akata vrši se inicijativom da nacionalni sud uputi Sudu EZ predlog za odlučivanje o prethodnom pitanju, te putem prigovora nezakonitosti, dok je za neposredno preispitivanje akata namenjen član 230 UEZ[1] koji reguliše tužbu za poništaj.

Da bi tužba za poništaj bila uspešna, nepohodno je ispuniti nekoliko uslova koji se odnose na akte podobne za poništaj, subjekte koji podnose tužbu, razloge koji ukazuju na nezakonitost, te rok u kome je dozvoljeno podneti tužbu. Akti koji mogu biti predmet tužbe za poništaj su akti institucija Zajednice koji proizvode pravna dejstva, odnosno imaju obavezujući karakter. Osnovi za poništaj takvih akata mogu da se odnose na nenadležnost, povredu bitnih pravila postupka, povredu Ugovora ili svakog drugog pravnog propisa koji se odnosi na njegovu primenu, ili na zloupotrebu ovlašćenja.[2] Tužbu je neophodno podneti u roku od dva meseca od objave akta, odnosno od saznanja tužioca za akt.

Prema slovu Ugovora, tužbu za poništaj mogu podneti države članice i institucije Zajednice, bez dodatnih uslova, jer se smatra da se njih tiče svaki akt Zajednice, što ih čini tzv. privilegovanim tužiocima. Sa druge strane, tužba privatnih tužilaca biće dopuštena samo onda kada su ispunjeni posebni uslovi predviđeni članom 230 UEZ, stav 4:

> „Svako fizičko ili pravno lice može, pod istim uslovima, pokrenuti postupak protiv odluka donetih protiv njega, kao i protiv odluka koje su donete u vidu uredbe ili odluke upućene nekom drugom licu, a od neposrednog i ličnog interesa su za njega."

Dakle, procesna legitimacija privatnih tužilaca ograničena je već u samom Ugovoru, a dodatne granice postavljene su u praksi Suda EZ.

Fizička ili pravna lica mogu da podnesu tužbu za poništaj u tri slučaja:

– protiv odluka koje su im upućene (ova situacija nije sporna, jer su tada tužioci uvek lično i neposredno pogođeni);

---

[1] Consolidated version of the Treaty Establishing The European Community, Official Journal C 325, 24 December 2002. U radu će biti navođeni članovi prema Ugovoru iz Nice (2001), koji je važio sve do stupanja na snagu Lisabonskog ugovora (2009). Tužba za poništaj u prvobitnom, Rimskom ugovoru (1957) bila je regulisana članom 173.

[2] UEZ, član 230, stav 2.

– protiv odluka donetih u vidu uredbe, koje su za njih od neposrednog i ličnog interesa (ovakvom formulacijom štite se interesi privatnih tužilaca od namere institucija da odluku zaodenu u formu uredbe i time izbegnu njeno osporavanje);

– protiv odluka upućenih drugom licu, koje su od neposrednog i ličnog interesa za privatne tužioce.

Već na prvi pogled je jasno da je broj akata koje privatni tužioci mogu osporavati manji, i prema Ugovoru, on podrazumeva samo odluke. Međutim, Sud je kroz svoju bogatu praksu pokazao da i prave uredbe mogu biti predmet poništaja, ako su od ličnog i neposrednog interesa za tužioca,[3] pa čak i direktive,[4] iako su takvi slučajevi retkost.

1.1. Lični interes

Najviše poteškoća prilikom podnošenja tužbe za poništaj, privatni tužioci imaju sa dokazivanjem ličnog interesa kod odluka upućenih drugim licima, ili uredbi koje su po svojoj suštini odluke. Pojam ličnog interesa nije definisan u Ugovoru, stoga je Sud ustanovio njegovu sadržinu kroz svoju praksu.

Presuda u predmetu *Plauman protiv Komisije* (*Plaumann v. Commission*)[5] postala je osnova za tumačenje ličnog interesa, a privatnim tužiocima postavila visoke i teško ostvarljive standarde. Tužilac u ovom predmetu bio je nemački uvoznik klementina, koji je osporavao zakonitost odluke Komisije upućene nemačkoj vladi. Naime, na inicijativu uvoznika, nemačka vlada podnela je Komisiji zahtev za obustavu ubiranja carina na klementine uvezene iz država koje nisu članice Zajednice. Da bi društvo Plauman moglo da osporava zakonitost odluke koja nije upućena njoj, nego drugom licu, bilo je potrebno da dokaže lični interes. Sud je tužbu proglasio nedopuštenom i svoju odluku argumentovao na sledeći način:

> „Lica kojima odluka nije upućena mogu tvrditi da su za nju lično zainteresovani samo ako ih ta odluka pogađa zbog osobina koje su njima svojstvene, ili okolnosti koje ih izdvajaju od svih drugih lica, i ako su zbog tih faktora pojedinačno izdvojeni baš kao i lica kojima je odluka upućena. U ovom slučaju, osporena odluka pogađa tužioca kao uvoznika klementina, odnosno, zbog privredne delatnosti kojom se uvek može baviti i svako drugo lice, i koja kao takva ne izdvaja tužioca, u odnosu na osporenu odluku, na isti način kao adresata.“[6]

[3] Predmet C-309/89 *Codorniu v. Council*.
[4] Predmet T-135/96 *UEAPME v. Council.*
[5] Predmet 25/62 *Plaumann v. Commission.*
[6] Prevod autora G.Ć.

Ovako postavljen test za utvrđivanje ličnog interesa citiran je u mnogim kasnijim presudama Suda, ostavivši tako brojne privatne tužioce bez adekvatne pravne zaštite.

1.2. Neposredni interes

Da bi privatni tužioci stekli procesnu legitimaciju u postupku po tužbi za poništaj, neophodno je da za osporeni akt budu lično i neposredno zainteresovani. Ovi uslovi su kumulativno postavljeni, čime je dodatno otežan položaj privatnih tužilaca. Pokazalo se kroz praksu Suda, da tužioci ipak imaju manje problema sa dokazivanjem neposrednog interesa. Takođe, sudska praksa o ovom pitanju je ujednačena, za razliku od odluka Suda o ličnom interesu, koje su nekonzistentne.

Neposredan interes se javlja kada između osporenog akta i promene pravnog položaja tužioca postoji direktna veza. U praksi, Sud je konstatovao da lice kome odluka Zajednice nije upućena, ispunjava test neposrednog interesa, onda kada adresat odluke nema nikakva diskreciona ovlašćenja prilikom njene primene.[7]

Sud insistira na odsustvu adresatovih diskrecionih ovlašćenja, jer ukoliko on ima mogućnost da postupi na način drugačiji od onog ustanovljenog u aktu Zajednice, onda je privatni tužilac u neposrednoj vezi sa delovanjem adresata, a ne Zajednice.

1.3. Posebne oblasti

Iako je sudska praksa o utvrđivanju ličnog interesa, a time i procesne legitimacije privatnih tužilaca, kritikovana od strane stručne javnosti i ocenjena kao rigorozna, postoje određene oblasti u kojima je Sud blagonaklon prema privatnim tužiocima. Razlozi za takvo ponašanje Suda leže u prirodi osporavanih akata. Uredbe kao opšti akti, su regulativne prirode, i pandan su zakonima u pravnim sistemima država članica. Postupak njihovog donošenja je komplikovan i podrazumeva pregovore i kompromise, te je razumljiva nespremnost Suda da dozvoli neograničeno preispitivanje takvih akata. Sa druge strane su akti upravne prirode, koji nisu regulativnog karaktera, i više se tiču pojedinaca, te je Sud tada skloniji priznavanju procesne legitimacije privatnim tužiocima.

[7] A. Albors-Llorens, The Standing of Private Parties to challenge Community Measures: Has The European Court Missed The Boat? *Cambridge Law Journal*, 62 (1), March 2003, pp. 72-92, str. 75.

Ukoliko neko lice povredi odredbe Zajednice o konkurenciji,[8] sprovodi se postupak utvrđivanja njegove odgovornosti, o čemu Komisija donosi odluku. Procesna legitimacija lica kome je odluka upućena, nije sporna. Sud je kroz praksu ustanovio da i lice kome odluka nije upućena, ali koje ima pravni interes, može podneti tužbu. Nije neophodno da to lice ispuni strogo postavljene uslove o ličnom interesu, dovoljno je da na neki način učestvuje u postupku donošenja odluke. Naime, u predmetu *Metro protiv Komisije* (*Metro v. Commission*),[9] Metro je bilo društvo koje podnelo prijavu protiv svog konkurenta, smatrajući da on krši odredbe Zajednice o konkurenciji. Nakon sprovedenog postupka, Sud je ustanovio da nema povrede Ugovora o osnivanju EZ, i o tome doneo odluku. Sud je dopustio tužbu društva Metro protiv ove odluke, smatrajući da je u interesu pravde da lice, koje je prijavom iniciralo postupak donošenja odluke, može da se usprotivi odluci kojom je njegova prijava odbijena.

Poseban oblik nelojane konkurencije stranih preduzeća, damping, podrazumeva prodaju robe na domaćem tržištu po ceni znatno nižoj nego na sopstvenom tržištu, stoga se ovakvo delovanje stranih preduzeća sprečava uvođenjem antidaminških carina. Postupak za uvođenje carina podrazumeva vođenje istrage kojoj podležu tačno određeni uvoznici i izvoznici, ali uredba kojom se uvodi carina obavezuje sve uvoznike datog proizvoda.[10] Upravo zbog prirode akta, koji je uredba po formi, ali sadrži i elemente odluke, Sud priznaje procesnu legitimaciju proizvođaču istog proizvoda koji je ukazao na damping poslovanje kada je nezadovoljan uredbom,[11] kao i uvozniku robe u Zajednicu i izvozniku robe iz treće države, uz dokazivanje neposrednog i ličnog interesa. Ako su tužioci imenovani u uredbi, ili su bili podvrgnuti istrazi,[12] ili na neki drugi način učestvovali u postupku koji je prethodio donošenju uredbe, Sud smatra da imaju lični i neposredni interes i tužbe su dopuštene.

Ugovorom o osnivanju EZ regulisani su dozvoljeni oblici državne pomoći društvima, kao i oni kojima se krši lojalna konkurencija. Odluku o regularnosti državne pomoći donosi Komisija i upućuje je državi članici, te svako lice koje želi osporiti tu odluku mora dokazati lični i neposredni interes. Učešće u postupku koji prethodi donošenju odluke i u ovoj oblasti, dovoljno je za dokazivanje procesne legitimacije. Tako na primer, lice koje je pokrenulo postupak za ispitivanje regularnosti dr-

[8] UEZ, član 81 i 82.
[9] Predmet 26/76 *Metro v. Commission.*
[10] M. Stanivuković, *op. cit*, str. 82.
[11] Predmet 264/82 *Timex v. Council and Commission.*
[12] Predmeti 239/82 i 275/82 *Allied Corporation and others v. Commission.*

žavne pomoći i nije zadovoljno odlukom Komisije, ima procesnu legitimaciju,[13] kao i lice kome nije odobrena državna pomoć na osnovu odluke Komisije.

Kao što postoje oblasti u kojima je Sud spreman da ublaži uslove neophodne za dopuštenost tužbe privatnih tužilaca, tako postoje oblasti u kojima Sud ne pristaje na kompromise. Zaštita životne sredine, jedno je od polja na kojima Sud nije pokazao volju za promenama, čime je privatne tužioce ostavio bez direktne pravne zaštite. U predmetu *Savet Fondacije Grinpis i drugi protiv Komisije* (*Stiching Greenpeace and others v. Commission*),[14] i Prvostepeni sud i Sud EZ složili su se da privatni tužioci, pojedinci i udruženja, ne mogu podnositi tužbu za poništaj u cilju zaštite javnog interesa, te tužbu proglasili nedopuštenom zbog nedostatka procesne legitimacije. Prvostepeni sud istakao je da Grinpis i drugi tužioci ne ispunjavaju uslove postavljene u presudi *Plauman*, i odbio njihov novi predlog za utvrđivanje ličnog interesa. Istakao je da udruženja za zaštitu kolektivnih interesa ne mogu sama imati neposredan i lični interes, nego tek onda kada njihovi članovi ispunjavaju neophodne uslove. Strah da će biti preplavljen tužbama od strane pojedinaca i udruženja koji neće štititi lični, nego javni interes, nagnao je Sud na ovakvu odluku, a nalaženje adekvatnog načina pravne zaštite životne sredine, prepušteno je državama članicama.

Zanimljivo je pomenuti i procesnu legitimaciju lokalnih zajednica**.** Prema članu 230 UEZ, lokalne zajednice se ne izdvajaju kao posebni tužioci, te je Sud u svojoj praksi dao tumačenje njihovog položaja i objasnio njihovu dvostruku prirodu. Kada je u pitanju neposredna primena prava Zajednice, prema kojoj pravna i fizička lica mogu da se pozivaju na pravo Zajednice pred nacionalnim sudovima, lokalne i regionalne zajednice se smatraju delovima država, odnosno pripadaju javnoj sferi. Kao posledica toga, pravna i fizička lica mogu podneti tužbu pred nacionalnim sudovima protiv lokalnih zajednica, zbog nesprovođenja direktiva.[15] Sa druge strane, kada podnose tužbu za poništaj pred Sudom EZ, lokalne zajednice se smatraju neprivilegovanim tužiocima i moraju da dokažu neposredan i lični interes kako bi njihova tužba bila dopuštena. Da tužba lokalne zajednice i države članice ne može biti jednako tretirana, i da se državom, kao privilegovanim tužiocem smatraju samo vlade država, potvr-

[13] Predmet 169/84 *COFAZ v. Commission.*

[14] Predmet C-321/95 P *Stiching Greenpeace and others v. Commission.*

[15] J. Hojnik, R. Knez, Non-Privileged Applicants: Local Communities as Applicants of the Annulment Action before the European Court of Justice, *Lex Localis - Journal of Local Self Government*, Vol. 7, No. 3, July 2009, pp. 283 – 306, str. 285.

dio je Sud u presudi *Regija Sicilija protiv Komisije* (*Regione Siciliana v. Commission)*.[16]

Na prvi pogled deluju ubedljivo argumenti Suda istaknuti u pojedinim presudama, da on ne može činiti ustupke van Ugovorom određenih granica, da je zadatak država članica da regulišu procesnu legitimaciju stranaka putem izmena Ugovora, ali ako analiziramo detaljnije rad Suda, videćemo da Ugovor o osnivanju EZ nije granica njegovoj kreativnosti. Kroz svoju praksu Sud je ustanovio neka pravila koja nisu bila prisutna u Ugovoru - načelo neposrednog dejstva primarnog prava Zajednice pred nacionalnim sudovima,[17] načelo prioriteta prava Zajednice nad nacionalnim pravima,[18] odgovornost države članice za štetu koju privatna lica trpe zbog povrede prava Zajednice.[19] Kada je reč o tužbi za poništaj, Sud je proširio listu subjekata koji se mogu pojaviti pred Sudom, u odnosu na Ugovor o osnivanju EZ. Čak i pojam ličnog interesa iz člana 230, stava 4 UEZ, čijoj se reformi više puta suprotstavio, definisao je sam Sud.

2. POKUŠAJ REFORME PROCESNE LEGITIMACIJE

Nakon višegodišnje prakse Suda, položaj privatnih tužilaca u postupku za poništaj, nije bio na zavidnom nivou. Privatni tužioci mogu da osporavaju odluke njima upućene bez dodatnih uslova, a odluke upućene drugim licima, odluke u formi uredbe, te u posebnim slučajevima, prave uredbe, samo uz ispunjavanje uslova ličnog i neposrednog interesa. Najviše poteškoća su privatni tužioci imali sa dokazivanjem ličnog interesa kod pravih uredbi, za koje su bili neposredno zainteresovani.

U jednom takvom predmetu, *Unija sitnih poljoprivrednih proizvođača* (*UPA*) *protiv Saveta* (*Unión de Pequeños Agricultores* (*UPA*) *v. Council*),[20] tužioci su pokrenuli pitanje efikasne pravne zaštite, u nadi da će promeniti dotadašnju sudsku praksu u svoju korist. Otežan pristup privatnih tužilaca Sudu, već je duže vremena bio predmet kritike stručne javnosti, ali države članice nisu reagovale prilikom izmena Ugovora o osnivanju EZ, te su se promene očekivale od Suda.

Tužilac u ovom predmetu je UPA, organizacija koja zastupa interese sitnih poljoprivrednih proizvođača u Španiji. U postupku pred Prvostepenim sudom, zahtevan je poništaj uredbe Saveta kojom su ukinute subven-

[16] Predmet C-417/04 P *Regione Siciliana v. Commission*.
[17] Predmet 26/62 *Van Gend En Loos v. Nederlandse administratie der belastingen.*
[18] Predmet 6/64 *Costa v. ENEL.*
[19] Predmeti C-6/90 i 9/90 *Francovich v. Italy.*
[20] Predmet C-50/00 P *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) v. Council.*

cije proizvođačima maslinovog ulja. Prvostepeni sud je usvojio prigovor Saveta i tužbu proglasio nedopuštenom, zbog toga što UPA nije imala lični interes za poništaj uredbe. Protiv rešenja Prvostepenog suda kojim se njena tužba odbacuje, UPA je podnela žalbu Sudu EZ, u kojoj je istaknuto da, iako UPA nema lični interes prema dotadašnjim kriterijumima Suda, odbacivanje njene tužbe predstavlja kršenje prava na delotvoran pravni lek. Naime, UPA nema mogućnosti da pokrene postupak pred nacionalnim sudovima, i tako se na posredan način zaštiti, jer uredba Saveta ne zahteva donošenje izvršnih mera. Pravo na delotvoran pravni lek je jedno od osnovnih prava, i čini deo pravnog poretka Zajednice, te je Prvostepeni sud bio dužan ispitati da li UPA ima alternativni pravni lek.

Donošenju presude Suda EZ u predmetu *UPA,* prethodilo je mišljenje opšteg pravobranioca Fransisa Džejkobsa[21] (F.G. Jacobs), u kome je istaknuta važnost neposredne pravne zaštite i ukazano na nedostatke posredne pravne zaštite, te predložen novi test za utvrđivanje ličnog interesa. Smatrajući da postupci pred nacionalnim sudovima ne obezbeđuju efikasnu sudsku zaštitu privatnim tužiocima, Džejkobs navodi nekoliko nedostataka člana 234 Ugovora o osnivanju EZ: nacionalni sudovi nisu ovlašćeni da akte Zajednice oglašavaju ništavim, niti da izriču privremene mere;[22] privatni tužioci umnogome zavise od volje nacionalnih sudova - da li će ti sudovi uputiti predlog za odlučivanje o prethodnom pitanju; ako ga i upute, mogu u svom pitanju ograničiti problematiku, a čak i najviše instance sklone su greškama u proceni potrebe za upućivanjem predloga; troškovi i trajanje postupka su duži nego kod tužbe za poništaj.[23] Kao poseban nedostatak u pojedinim slučajevima, opšti pravobranilac ističe nemogućnost vođenja postupka pred nacionalnim sudovima. Kada je reč o aktima Zajednice, kakva je upravo i uredba osporavana u ovom predmetu, koji ne zahtevaju donošenje izvršne mere od strane nacionalnih vlasti, privatni tužioci ostaju bez akta koji bi mogli osporavati pred nacionalnim sudovima. Jedini način da izdejstvuju vođenje postupka, u kome bi mogli inicirati upućivanje predloga za odlučivanje o prethodnom pitanju, je svesna povreda zakona. Zvuči paradoksalno da privatni tužioci mogu pristupiti Sudu tek kada prekrše zakon.[24] Kao najbolje rešenje,

[21] F. G. Džejkobs je obavljao funkciju opšteg pravobranioca u Sudu EZ od oktobra 1988. do januara 2006. godine. Danas je profesor Evropskog prava na Londonskom univerzitetu. Autor je više članaka i udžbenika. Jedan je od najuticajnih opštih pravobranilaca u istoriji Suda EZ.

[22] *Opinion of the Advocate General* u predmetu C-50/00 P *UPA v. Council* (2002), pasus 41.

[23] *Ibidem,* pasus 44.

[24] *Ibidem,* pasus 43.

Džejkobs predlaže uvođenje novog testa za utvrđivanje ličnog interesa, čime se ne odstupa od Ugovora, a napustila bi se neopravdano stroga tadašnja praksa. Lice poseduje lični interes za poništaj mere Zajednice, ako zbog naročitih okolnosti u kojima se ono nalazi, mera ima, ili može da ima, značajno negativno dejstvo na njegove interese.[25]

Mišljenje opšteg pravobranioca ne obavezuje Sud EZ. Bez obzira na to što Sud EZ u ovom predmetu nije prihvatio predloženo mišljenje, ono je imalo odjeka u široj javnosti. Stručnjake je nagnalo na dublje razmišljanje o efikasnosti sudskog sistema, privatnim tužiocima ulilo nadu u dugoočekivane promene, čak se odrazilo i na presudu Prvostepenog suda u predmetu *Žežo-Kvere*.

Uprkos pritiscima koji su stizali godinama od strane pravnih eksperata, od opšteg pravobranioca u predmetu *UPA*, i odluke Prvostepenog suda u predmetu *Žežo- Kvere* (maj, 2002), Sud EZ je ostao neumoljiv i još odlučniji u svojoj nameri da stavi tačku na različite pokušaje reformisanja procesne legitimacije privatnih tužilaca, i to je pokazao donošenjem presude u predmetu UPA, jula 2002. godine. Sud započinje presudu podsećanjem da privatni tužioci mogu osporavati uredbe kao mere opšte primene, onda kada data mera utiče na pojedina fizička ili pravna lica, zbog određenih osobina koje su samo njima svojstvene, ili zbog činjenične situacije koja ih razlikuje od svih ostalih lica, i lično ih izdvaja na isti način kao da je njima upućena. Dakle, Sud ne odustaje od testa za utvrđivanje ličnog interesa postavljenog u presudi *Plauman,* i jasno pokazuje da ne prihvata predloženi test opšteg pravobranioca Džejkobsa. Međutim, Sud ističe da Evropska zajednica počiva na vladavini prava, te da su njene institucije podvrgnute sudskoj kontroli, a pojedinci su ovlašćeni na efikasnu sudsku zaštitu. Pravo na delotvoran pravni lek, garantovano je i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Sud ne smatra da je ovo pravo pojedinaca ugroženo usled nemogućnosti direktnog osporavanja putem tužbe za poništaj, jer Ugovor o osnivanju EZ ustanovljava potpun sistem pravnih lekova. Sud priznaje da ne mogu sva lica neposredno osporavati akte Zajednice, ali ne smatra da su time ugrožena njihova prava, jer im je dostupan posredan način.[26] Time se oglušuje o mišljenje opšteg pravobranica u kome je detaljno obrazloženo više nedostataka posrednog osporavanja. Međutim, Sud nastavlja da insistira na važnosti posrednog osporavanja akata, i napominje da je na državama članicama da uspostave sistem pravnih sredstava i postupaka koji obezbeđuje poštovanje prava na efikasnu

[25] *Ibidem*, pasus 60.
[26] *Ibidem*, pasus 40.

sudsku zaštitu, na šta ih obavezuje načelo iskrene saradnje proklamovano u članu 10 Ugovora o osnivanju EZ.

Presuda Prvostepenog suda u predmetu *Žežo-Kvere* (maj, 2002), predstavlja još jedan pokušaj reformisanja sudske prakse o ličnoj zainteresovanosti privatnih tužilaca kod tužbe za poništaj. Vremenski gledano, presuda Prvostepenog suda doneta je nakon mišljenja opšteg pravobranioca Džejkobsa, ali pre donošenja odluke Suda EZ u predmetu *UPA,* što je uticalo na njenu sadržinu.

Tužilac u ovom predmetu, ribarsko društvo Žežo-Kvere (*Jégo-Quéré*), podnelo je tužbu za poništaj uredbe Komisije kojom se određuje minimalna veličina ribarskih mreža, koje se koriste u određenim vodama Zajednice, a sve u cilju smanjenja količine ulova mladih oslića. Tuženi, Komisija, podnela je prigovor nedopuštenosti tužbe, jer smatra da tužilac ne poseduje uslov ličnog interesa, neophodan za osporavanje uredbi kao opštih akata, te da tuženom stoji na raspolaganju posredna sredstva zaštite. Tužilac u svojim argumentima napominje da osporavana uredba ne zahteva izvršne mere u nacionalnom pravu, te nije moguće iskoristiti posredan način zaštite predviđen članom 234 UEZ. To vodi ka zaključku da društvo Žežo-Kvere ostaje bez prava na delotvoran pravni lek, koji je garantovan članovima 6 i 13 EKLJP.

Sud EZ je istakao u ranijim presudama[27] da Zajednica počiva na vladavini prava, i ima ustanovljen potpun sistem pravnih lekova, a da je pravo na delotvoran pravni lek deo ustavne tradicije država članica i garantovano članovima 6 i 13 EKLJP. Stoga je Prvostepeni sud smatrao svojom obavezom da ispita da li je zaista povređeno pravo tužioca na delotvoran pravni lek. Uticaj mišljenja opšteg pravobranioca Džejkobsa, jasno dolazi do izražaja kad Prvostepeni sud prihvata nedostatke posrednog osporavanja zakonitosti akata, i zaključuje da tužilac neće imati delotvoran pravni lek ako se njegova tužba za poništaj proglasi nedopuštenom.[28] Poput opšteg pravobranioca Džejkobsa, i Prvostepeni sud predlaže novi test za utvrđivanje ličnog interesa privatnih tužilaca.

Fizičko ili pravno lice biće lično zainteresovano za mere opšte primene koje ga neposredno pogađaju, ako osporene mere utiču na njegov pravni položaj, na način koji je određen i neposredan, i pritom ograničavaju njegova prava, ili mu nameću obaveze.[29] Ovako formulisan novi test Prvostepenog suda, ispunjavao je tužilac, Žežo-Kvere, te je njegova tužba

[27] Predmet 294/83 *Parti ecologiste "Les Verts" v. European Parliament;* predmet 222/84 *Johnston* (1986).

[28] Predmet T-177/01 *Jégo-Quéré v. Commission,* (2002), pasus 43.

[29] *Ibidem*, pasus 51.

proglašena dopuštenom. U odnosu na predloženi test opšteg pravobranioca Džejkobsa, test Prvostepenog suda je ograničenog dometa. Odnosi se samo na mere opšte primene, neophodno je da mera ograničava prava pojedinca ili mu nameće obaveze, a način na koji mera pogađa interese pojedinca, mora da bude određen i neposredan, a ne potencijalan, kao u mišljenju Džejkobsa. Iako je mišljenje opšteg pravobranioca bilo podsticaj Prvostepenom sudu da i on napravi korak na putu reformi procesne legitimacije, on je ipak nastojao da donese presudu koju će odobriti Sud EZ. Uprkos tome, Sud EZ je već u presudi u predmetu *UPA,* dva meseca kasnije, pokazao svoje stavove po tom pitanju, a potom ih potvrdio presudom u predmetu *Žežo-Kvere*, aprila 2004. godine. Da se presude Suda ne mogu izolovano posmatrati, te da ih je neophodno staviti u vremenski i prostorni okvir, potvrđuje upravo presuda iz aprila 2004. godine. Na sadržinu presude uticala je činjenica da je 18. jula 2003. javnosti prezentovan nacrt Ustava za Evropu,[30] u kome je predstavljen izmenjeni član 230, stav 4, o procesnoj legitimaciji privatnih tužilaca.

Osnov presude *Žežo-Kvere* (2004), Sud je pronašao u svojoj ranijoj odluci u predmetu *UPA,* te ponovo ističe da pojedinci jesu ovlašćeni na efikasnu sudsku zaštitu, koja je garantovana ustavima država članica, članovima 6 i 13 EKLJP, i ranijim sudskim odlukama. Iz tog razloga Ugovorom je ustanovljen potpun sistem pravnih lekova, u članovima 230, 234 i 241. Na državama članicama stoji obaveza da uspostave sistem pravnih lekova koji omogućava efikasnu sudsku zaštitu, čemu ih opominje i član 10 UEZ, odnosno, načelo saradnje. Nije moguće nedostatak pravnog leka pred nacionalnim sudovima, nadoknaditi dopuštenošću tužbe za poništaj.[31] O uvođenju novog testa za utvrđivanje ličnog interesa privatnih tužilaca, nije bilo nikakvog pomena. Presuda Suda EZ bila je poslednja nada da će Sud EZ preokrenuti dotadašnju praksu u korist privatnih tužilaca. Nedostatak ovakve presude Suda ogleda se u tome što Sud ne smatra da restriktivni uslovi iz četvrtog stava člana 230 UEZ, ugrožavaju pravo na efikasnu sudsku zaštitu. Kriterijumi iz presude *Plauman* su hijerarhijski nadređeni pravu na efikasnu sudsku zaštitu.[32]

Nakon višegodišnje sudske prakse o procesnoj legitimaciji privatnih tužilaca, relativno ujednačene i teško promenjive, usledila je reakcija država članica.

---

[30] Draft Treaty establishing a Constitution for Europe, CONV 850/03.

[31] Predmet C-263/02 P *Jégo-Quéré v. Commission*, pasusi 29-33.

[32] C. Kombos, A Paradox in the Making: Detecting Something Positive in *UPA* under the *Ten Kate* effect, *European Law Journal,* Vol 15, No. 4, July 2009, pp. 506-535, str. 515.

3. PROCESNA LEGITIMACIJA PRIVATNIH TUŽILACA PREMA ODREDBAMA USTAVA ZA EVROPU

Rasprava o potrebi reforme člana 230 UEZ, koja je redovno zauzimala mesto u krugovima pravnih ekperata, dostigla je svoj vrhunac na Konvenciji za vreme izrade predloga Ustava za Evropu. Kako su se prilike i ciljevi Evropske zajednice promenili od vremena njenog osnivanja, tako se javila potreba za stvaranjem Ustava, jer je Zajednica imala već mnoga državna obeležja. Na Konvenciji je izneto nekoliko predloga kako bi trebalo formulisati procesnu legitimaciju privatnih tužilaca. Mogli su se čuti predlozi uvođenja nove vrste tužbe, modifikacija postojećeg člana 230 UEZ, ili pak, uvođenje dodatnih obaveza za države članice. Nakon razmatranja iznetih predloga, uzevši u obzir sve prednosti i nedostatke, kreatori Ustava za Evropu, formulisali su član III-365, stav 4, sledbenika člana 230, stava 4 UEZ:

„Svako fizičko ili pravno lice može, pod istim uslovima, pokrenuti postupak protiv akata koji su mu upućeni, ili su od neposrednog i ličnog interesa za njega, kao i protiv regulativnih akata, koji su od neposrednog interesa za njega, i ne zahtevaju izvršne mere."

Tvorci Ustava za Evropu pokazali su jasnu nameru da ne liberalizuju osporavanje zakonodavnih akata, te su zadržani uslovi ličnog i neposrednog interesa, dok je uslov ličnog interesa izostavljen prilikom ispitivanja zakonitosti regulativnih akata. Umesto termina „regulativni akti", bio je predložen i pojam „akata opšte primene", ali se došlo do zaključka da on nije pogodan, jer su i zakonodavni akti, akti opšte primene.

U prvom delu Ustava za Evropu, navedene su vrste pravnih instrumenata koje će Unija da koristi u vršenju svojih ovlašćenja. Tu spadaju evropski zakoni, evropski okvirni zakoni, evropske uredbe, evropske odluke, preporuke i mišljenja. Na osnovu navedene podele, sledi da su akti koji se upućuju fizičkim i pravnim licima, zapravo, evropske odluke. Akti za čije je osporavanje neophodno dokazati lični i neposredni interes, su evropski zakoni i evropski okvirni zakoni, jer oni spadaju u grupu legislativnih akata, koji se ne dostavljaju pojedincima. Poslednja formulacija iz člana III-365, stava 4, kojom se zahteva postojanje neposrednog interesa, odnosi na tužbe za poništaj evropskih uredbi. Nije u potpunosti jasno, šta drugo bi moglo da se podrazumeva pod pojmom „regulativni akti".[33] Nai-

[33] M. Varju, The Debate on the Future of the Standing under Article 230 (4) TEC in the European Convention, *European Public Law,* Vol. 10, issue 1, 2004, pp. 43-56, str. 54.

me, pojam regulativnih akata nije definisan u Ustavu za Evropu, i takav terminološki propust baca senu na član III-365, stav 4.

Iako su u ranijoj praksi Suda, privatni tužioci imali najviše poteškoća sa dokazivanjem ličnog interesa, liberalizacija koja je izvršena u novom članu Ustava za Evropu, ne ogleda se u definisanju novog testa za utvrđivanje lične zainteresovanosti, kao što su to ranije predlagali opšti pravobranilac Džejkobs i Prvostepeni sud. Nastala promena zasniva se jedino na prirodi akta Zajednice, odnosno, da li je osporavani akt zakonodavne ili regulativne prirode. Uslovi ličnog i neposrednog interesa, i dalje će biti prepreke privatnim tužiocima na putu ka ispitivanju zakonitosti (ustavnosti) zakonodavnih akata Zajednice.

Predlog Ustava bio je izložen javnosti 2003. godine, a Ugovor o uspostavljanju Ustava za Evropu, potpisan je 2004. godine nakon čega je usledila njegova ratifikacija. Ispostavilo se da politička situacija u Evropskoj uniji nije dovoljno sazrela za stupanje na snagu takvog dokumenta, što se pokazalo odbijanjem građana Francuske i Holandije da iskažu podršku Ustavu na referendumu. Nakon negativnih ishoda referenduma, i neuspele ratifikacije, Ustav za Evropu je odbačen, te su nastavljeni pregovori o ustrojstvu i ovlašćenjima Evropske unije, između njenih država članica.

4. REFORMSKI PROCES – LISABONSKI UGOVOR

Lisabonski ugovor potpisalo je dvadeset i sedam država članica, 13. decembra 2007. godine. Da bi Lisabonski ugovor stupio na snagu bilo je neophodno da ga ratifikuju sve države članice, prema proceduri nacionalnog prava. Njegova sudbina bila je neizvesna gotovo dve godine, sve dok i poslednja država članica, Češka, nije potvrdila Ugovor u svom pravu. Lisabonski ugovor najzad stupa na snagu 1. decembra 2009. godine.

Ugovor iz Lisabona predviđa izmene i dopune Ugovora o osnivanju Evropske unije (Mastriht, 1992) i Ugovora o Evropskoj zajednici (Rim, 1957. sa kasnijim izmenama), koji sada nosi naziv Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (UFEU).

Lisabonski ugovor nazvan je i Reformskim ugovorom, zbog brojnih novina koje su uvedene, a koje se odnose na institucije Evropske unije, u cilju njihovog efikasnijeg funkcionisanja i jačanja demokratizacije. Kao i drugi postupci pred Sudom Evropske unije, i postupak po tužbi za poništaj, pretrpeo je određene izmene. Umesto ranijeg člana 230 UEZ, ovu materiju sada reguliše član 263 UFEU. Novine se odnose na subjekte koji se mogu naći u ulozi tužioca i tuženog, a za pojedince je naročito

značajan novi stav 4 člana 263 UFEU, kojim se uređuje njihova procesna legitimacija.

Odredbe Lisabonskog ugovora koje uređuju procesnu legitimaciju pojedinaca, identične su sa odredbama člana III-365, stava 4 Ustava za Evropu. Iako Ustav za Evropu nije stupio na snagu, njegova sadržina izložena je javnosti i tom prilikom upućene su izvesne kritike. Tvorci Ugovora iz Lisabona nisu uzeli u obzir izrečene sugestije i kritike, i uprkos vremenskom razmaku od nekoliko godina, sadržinu člana III-365, stava 4 Ustava, prikazali su sada kao član 263, stav 4 UFEU. Član na koji će se, u budućnosti, pozivati privatni tužioci prilikom zaštite svojih prava, ima sledeću sadržinu:

> „Svako fizičko ili pravno lice može, pod uslovima predviđenim u prvom i drugom stavu, pokrenuti postupak protiv akata koji su mu upućeni, ili su od neposrednog i ličnog interesa za njega, kao i protiv regulativnih akata, koji su od neposrednog interesa za njega, i ne zahtevaju izvršne mere.“[34]

Prema novoj formulaciji iz Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, privatni tužioci mogu poneti tužbu za poništaj protiv:

– akata koji su im upućeni;

– zakonodavnih i regulativnih akata, ako dokažu neposredni i lični interes;

– regulativnih akata, koji ne zahtevaju izvršne mere, ako dokažu neposredni interes.

Prva situacija je jasna i kao takva postojala je i u članu 230 UEZ. Akti koji se upućuju privatnim tužiocima su odluke, i oni uvek imaju procesnu legitimaciju za njihovo preispitivanje. Međutim, ni prema članu 263, stavu 4 UFEU, pojedinci ne mogu osporavati odluke upućene drugim licima, osim ako ne dokažu postojanje neposrednog i ličnog interesa.

Mogućnost osporavanja zakonodavnih i regulativnih akata, koji zahtevaju donošenje izvršnih mera, ostaje nepromenjena, i ostvarljiva je samo uz postojanje neposrednog i ličnog interesa. Prema članu 288 UFEU, u vršenju svoje nadležnosti, institucije Evropske unije donose sledeće pravne akte: uredbe, direktive, odluke, preporuke i mišljenja. Pojam zakonodavnih akata objašnjen je u članu 289 UFEU, i podrazumeva pravne akte donete po zakonodavnoj proceduri. Ono što nije izloženo u Ugovoru, i ostavlja se Sudu EU na tumačenje, je pojam regulativnih akata.

---

[34] Consolidated version of the Treaty on European Union and The Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, Volume 51, 2008/C 115/01.

Privatni tužioci mogu osporavati akte Unije, bez dokazivanja ličnog interesa, kada su ispunjeni sledeći uslovi:

– osporavana mera je regulativni akt;
– od neposrednog je interesa za tužioca;
– ne zahteva donošenje izvršnih mera.

Novoj formulaciji člana 263 UFEU upućene su kritike da izaziva terminološku zabunu i da nije u skladu sa principom efikasne sudske zaštite. Terminološka konfuzija nastaje zbog činjenice da pojam regulativnih akata ne postoji u Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije. Ugovorom je definisan pojam zakonodavnih akata, pa se *argumentum a contrario* može zaključiti, da regulativni akti nisu zakonodavni akti. Za razliku od Ustava za Evropu, Lisabonski ugovor ne nabraja vrste zakonodavnih akata, pa tako, primera radi, uredba može da bude doneta i po zakonodavnoj proceduri, ali i kao delegirani ili izvršni akt.[35] Da su tvorci Lisabonskog ugovora imali na umu da olakšaju pojedincima samo osporavanje upravnih akta, a ne i zakonodavnih, potvrđuje i terminologija u državama članicama. Engleski naziv *regulatory act*, odgovara francuskom terminu *actes réglementaires* i nemačkoj verziji *Rechtsakte mit Verordnungscharacker,* i koriste se u nacionalnim pravnim sistemima isključivo za nezakonodavne akte.[36] Ipak, ovakve terminološke nedoumice ne vode pravnoj sigurnosti. Osim terminoloških teškoća, nije jednostavno utvrditi ni da li je osporavani akt zakonodavne ili regulativne prirode.

Kao prihvatljivije rešenje od postojećeg predloženo je, da se pojedincima omogući osporavanje bilo kog akta, i zakonodavnog i regulativnog, koji njih direktno pogađa, i koji ne zahteva izvršne mere. U prilog široj procesnoj legitimaciji privatnih tužilaca, poput predložene, može se istaći činjenica da se broj oblasti koje su uređene pravom Unije sve više povećava. Lisabonski ugovor upravo to potvrđuje novim nadležnostima datim institucijama Unije i jednostavnijim procedurama donošenja akata. Pravo Unije danas ima značajan i neposredan uticaj na pojedince, te zalazi u sve sfere njihovih interesa.

Drugi nedostatak novog člana 263, stava 4 UFEU ogleda se u nemogućnosti obezbeđivanja prava na efikasnu sudsku zaštitu. Iako je omogućeno pojedincima da po liberalnijim uslovima podnose tužbe protiv regulativnih akata, i dalje ostaje jedan broj akata koje privatni tužioci neće moći osporavati. Kao alternativni pravni lek, oni će biti primorani da se obrate nacionalnim sudovima, a nedostatke tih postupaka najbolje je opisao opšti pravobranilac Džejkobs u predmetu *UPA*.

---

[35] A. H. Turk, *Judical Review in the EU Law,* Edward Elgar Pub, London, 2009, str. 168.
[36] *Ibidem*, str. 168.

Uprkos nezanemarljivim nedostacima reformisanog člana 263, stava 4, u literaturi je izneto i optimističko mišljenje u vezi njegove efikasnosti u budućnosti.[37] Jedan od argumenata koji idu u prilog nastaloj reformi je mogućnost fizičkih i pravnih lica da lakše zahtevaju osporavanje zakonitosti upravnih akta koji ne zahtevaju izvršne mere, a koji se na njih najčešće i odnose, bilo posredno ili neposredno. Rad uprave Evropske unije biće bolje kontrolisan kada tu kontrolu vrše direktno zainteresovana lica, a ne samo institucije Unije.

4.1. Sud EZ i Sud EU – kontinuitet ili preokret u sudskoj praksi?

Države članice povukle su svoj potez donošenjem Lisabonskog ugovora, i sada je na redu Sud Evropske unije da usmeri dalji razvoj događaja u vezi sa procesnom legitimacijom privatnih tužilaca. Pored osnovne funkcije obezbeđivanja da se prilikom primene i tumačenja Ugovora poštuje pravo, Sud EZ pokazivao je i svoju kreativnu stranu. Više puta tumačio je Ugovor na način koji je odgovarao prilikama, i ne čekajući intervenciju država članica, stvarao nova pravila. Neophodno je odnos Suda i država članica posmatrati i sa vanpravnog aspekta i ne zanemarivati činjenicu da je Sud EZ, odnosno, Sud EU, deo političke institucije. Upravo sa ovog aspekta, političkog i istorijskog, pojedini autori[38] objašnjavaju otpor Suda da izvrši promene vezane za procesnu legitimaciju privatnih tužilaca. Moguća su dva razloga odbijanja reformi: sopstveni interesi Suda i uloga čuvara osnivačkih ugovora i pravnog sistema Unije. Mogući sopstveni interes moglo bi da bude izbegavanje opterećenosti Suda povećanim brojem predmeta, koji bi nastali kao rezultat liberalizacije pristupa Sudu.

Moglo bi se očekivati da će privatni tužioci u budućoj praksi, iskazati svoje nezadovoljstvo nedovoljnim promenama u Lisabonskom ugovoru. U svojim tužbama nastaviće da vode borbu za liberalnije uslove dopuštenosti njihove tužbe. Sud Evropske unije bi mogao jednom prilikom doneti presudu, kojom bi udovoljio njihovim zahtevima, i takva presuda bi postala presedan za sve naredne slučajeve, baš kao što je to bila presuda *Plauman*, doneta davnih šezdesedetih godina.

Promene nastale Lisabonskim ugovorom ne bi trebalo da izazovu veće posledice u radu Suda EU. Moguće je da dođe do povećanja broja

[37] M. Jovanović, D. Vujadinović i R. Etinski, Democracy and Human Rights in the European Union, Beograd, 2009, str. 360.

[38] M. Eliantonio, N. Stratieva, From Plaumann, through *UPA* and *Jégo-Quéré,* to the Lisbon Treaty: The *Locus Standi* of Private Applicants under Article 230 (4) EC through a political lens, *Maastricht Faculty of Law Working Paper* 2009/13, str. 8-11.

predmeta, ali to se ne može pripisati isključivo olakšanim uslovima pristupa pojedinaca Sudu. Broj predmet rastao je i ranije, iz godine u godinu, pod uticajem drugih faktora. Mogućnost osnivanja novih specijalizovanih sudova za pojedine oblasti, mogla bi samo da doprinese rasterećenju Suda opšte nadležnosti, a time i njegovom kvalitetnijem radu.

4.2. Praksa Suda EU posle Lisabonskog ugovora: Predmet T-16/04 *Arcelor SA v. Parliament and Council* [39]

Od stupanja na snagu Lisabonskog ugovora prošao je relativno kratak period vremena da bi se mogla vršiti analiza sudske prakse, i uočavati promene u postupanju sa tužbama privatnih tužilaca. Presude Suda EU donose se u predmetima koje su tužioci pokrenuli na osnovu člana 230, stava 4 UEZ.

U presudi donetoj 2. marta 2010. godine, u predmetu *Arkelor protiv Parlamenta i Saveta* (*Arcelor SA v. Parliament and Council)*, Sud opšte nadležnosti razmatrao je argument tužioca koji se pozivao na član 263, stav 4 UFEU. Predmet je privukao pažnju i iz drugih razloga. Tužilac je jedno od najvećih društava u čeličnoj industriji, predmet spora su norme o zaštiti životne sredine, i istovremeno je podneta i tužba za naknadu štete.

Direktiva 2003/87/EC o trgovini štetnim emisijama usvojena je sa ciljem promovisanja redukcije emisije štetnih gasova, naročito ugljen dioksid (CO2), što je u skladu sa obavezama Evropske unije prema Protokolu iz Kjotoa. Društvo Arkelor, koje je od spajanja sa društvom Mital (*Mittal*), 2006. godine, postalo najveće društvo u proizvodnji čelika u svetu, podnelo je tužbu za poništaj Prvostepenom sudu (sada Sud opšte nadležnosti). Tužbom je tražen delimični poništaj odredaba direktive koja se odnose na Program EU o trgovini štetnim emisijama (*EU's emissions trading scheme - EU ETS*). Društvo je podnelo i tužbu za naknadu štete nastale u njegovom poslovanju usled primene spornih odredaba. Tužilac je tvrdio da Program EU o trgovini štetnim emisijama povređuje nekoliko principa komunitarnog prava, poput prava na svojinu, principa jednakog postupanja, principa proporcionalnosti, slobode privređivanja i princip pravne sigurnosti. Parlament i Savet kao tužene strane u postupku, istakle su protiv tužbe prigovor nedopuštenosti. Oni smatraju da je osporena mera po svojoj pravnoj prirodi zaista direktiva, i kao takvu, privatni tužioci nemaju pravo da je osporavaju. Parlament i Savet, podržani od strane Komisije, tvrde da tužilac nije ni lično ni neposredno zainteresovan za osporavanu meru, prema članu 230, stavu 4 UEZ.

[39] Predmet T-16/04 *Arcelor SA v. Parliament and Council* (2004).

Sa druge strane, tužilac, društvo Arkelor, najpre napominje da prema ustanovljenoj sudskoj praksi nije relevantno to što je mera Zajednice direktiva, i da i direktive mogu biti predmet tužbe za poništaj, ako su od neposrednog i ličnog interesa za pojedinca. Iako direktive, po svojoj prirodi, zahtevaju donošenje izvršnih mera, to ne znači da pojedinci ne mogu dokazivati neposredan interes. Ako bi se doslovno tumačio kriterijum za utvrđivanje neposrednog interesa, da se između mere Zajednice i pojedinca ne javi akt drugog organa, onda se direktive nikada ne bi mogle osporavati. Stoga je dovoljno odsustvo diskrecionih ovlašćenja državnih organa prilikom implementacije, pa da pojedinci dokažu neposredan interes za meru Zajednice. Dokazivanje ličnog interesa, tužilac zasniva na obavezi Suda da uzme u obzir teške posledice koje osporavana direktiva ostavlja na situaciju u kojoj se tužilac nalazi, kao i da je društvo deo zatvorene kategorije koja se sastoji od ograničenog broja proizvođača sirovog gvožđa i čelika.

Sud opšte nadležnosti u toku postupka, zatražio je od stranaka da mu upute svoja razmatranja o posledicama stupanja na snagu Ugovora o funkcionisanju Evropske unije koje njih dotiču. U svojim razmatranjima posledica stupanja na snagu člana 263, stava 4 UFEU, tužilac smatra da se novi član primenjuje na postupak koji je u toku, te navodi da osporena direktiva jeste regulativni akt, i da ne ostavlja državama članicama slobodu prilikom implementacije, čime je tužilac oslobođen dokazivanja ličnog interesa.

Sud svoje izlaganje počinje pozivom na raniju praksu, prema kojoj je dopušteno pojedincima da osporavaju direktive, ako su od ličnog i neposrednog interesa za njih. Cilj takvog tumačenja je onemogućavanje institucija Unije da izborom pravnog instrumenta, ostave bez zaštite privatne tužioce. Ipak, u postupku koji se vodi, osporavana direktiva nije odluka po svojoj suštini, nego opšta mera koja se primenjuje na objektivno određene situacije i proizvodi pravno dejstvo u odnosu na sva industrijska postrojenja koja su obuhvaćena aneksom direktive. Samo u izuzetnim okolnostima, kakvih je bilo u praksi, Sud dozvoljava osporavanje pravih direktiva, pod uslovom da postoji lični i neposredni interes.[40] Za utvrđivanje postojanja ličnog interesa, Sud koristi test iz presude *Plauman*.[41] Da ne postoji ni neposredni interes tužioca, Sud zaključuje na osnovu širokih diskrecionih ovlašćenja koja su data državama članicama, kako prilikom alokacije dozvoljenih kvota po industrijskim sektorima, tako i prilikom dodele kvota pojedinim proizvođačima unutar sektora.[42]

[40] *Ibidem,* pasus 96.
[41] *Ibidem*, pasus 99.
[42] *Ibidem*, pasus 114.

Sud je u ranijoj praksi, naročito u slučajevima državne pomoći, dampinga i konkurencije, dopuštao tužbe ako su podnosioci učestvovali na neki način u postupku donošenja sporne mere. U ovom slučaju ponovio je da se tužilac može smatrati lično zainteresovanim kada je učestvovao u postupku donošenja mere, ako mu pravo Zajednice pruža procesne garancije.[43] Učestvovanje u pripremama pred donošenje mere, u odsustvu garancije procesnih prava, ne čini tužioca lično zainteresovanim.

Odluka Suda o nepostojanju neposrednog i ličnog interesa tužioca nije dovedena u pitanje stupanjem na snagu člana 263, stava 4 UFEU. Suprotno tvrdnjama tužioca, na osnovu osporene direktive državama članicama ostavljena su široka diskreciona ovlašćenja prilikom implementacije, te se direktiva ne može smatrati regulativnim aktom, u skladu sa članom 263, stavom 4 UFEU.[44] Na ovaj način, Sud posredno daje tumačenje pojma regulativnog akta, koje je izostalo u Ugovoru, i bilo predmet kritike u stručnoj javnosti. Naime, direktiva je akt koji zahteva donošenje izvršnih mera, i formalno gledano, na nju se stav 4, člana 263 UFEU ne bi mogao primeniti. Međutim, Sud ostavlja mogućnost da i direktiva može biti regulativni akt, ali pod uslovom da organ koji je sprovodi ima minimalna diskreciona ovlašćenja. Ovaj uslov je neophodan i kod dokazivanja neposrednog interesa privatnog tužioca za osporavani akt. Sud je rekao da u ovom slučaju država ima široka diskreciona ovlašćenja i da zato osporena direktiva nije regulativni akt u smislu stava 4, člana 263 UFEU, iz čega se zaključuje da direktive koje organima sprovođenja ne ostavljaju prostora za diskreciona odlučivanja, mogu biti regulativni akti.

5. ZAKLJUČAK

Tužba za poništaj je osnovni način i sredstvo u vršenju kontrole zakonitosti akata institucija Evropske unije. Osim toga, u rukama privatnih tužilaca, ona predstavlja sredstvo za zaštitu subjektivnih prava, garantovanih osnivačkim ugovorima i Poveljom o osnovnim pravima. Od uslova korišćenja tužbe za poništaj, zavisi delotvornost spoljne kontrole akata institucija, i stepen efikasnosti sudske zaštite pojedinaca.

Lisabonskim ugovorom učinjene su značajne reforme Evropske unije, koje nisu zaobišle ni pravosudni sistem. Napredak je učinjen posta-

[43] *Ibidem*, pasus 119
[44] *Ibidem*, pasus 123.

vljanjem liberalnijih uslova privatnim tužiocima za osporavanje regulativnih, ali ne i zakonodavnih akata. Nesumnjivo je da će novi uslovi procesne legitimacije biti od koristi pojedincima, ali su ostale stare prepreke koje stoje na putu pojedincima ka ostvarenju pravde. U momentu kada se čine korenite promene u strukturi i organizaciji Evropske unije, države članice propustile su priliku da u potpunosti reformišu i procesnu legitimaciju privatnih tužilaca. Očigledno je da su države članice svesne složenosti procedure donošenja zakonodavnih akata, i važnosti pitanja koja se njima uređuju, te smatraju da pojedincima ne treba dozvoliti osporavanje takvih akata, jer bi se time sprečilo nesmetano funkcionisanje institucija. Međutim, ti akti najčešće proizvode pravna dejstva, neposredno ili posredno, upravo na pojedince.

Ako je i moguće razumeti da države članice štite svoje interese, od Suda Evropske unije može se očekivati da stane na stranu pojedinaca. Pored očuvanja i zaštite osnivačkih ugovora, Sud Evropske unije trebalo bi da pruži efikasnu zaštitu onim tužiocima koji to od njega zatraže. Prihvatljivo je da postoje granice pristupa Sudu, ali ne smeju da postoje u svrhu zaštite interesa samog Suda.

Lisabonskim ugovorom države su pružile pojedincima širi pristup Sudu, i u narednom vremenskom periodu nije realno očekivati značajne promene. Pogled javnosti biće usmeren ka Sudu Evropske unije, i načinu na koji se primenjuju odredbe člana 263, stava 4 UFEU. Vreme će pokazati da li će Sud uspeti da pronađe sistem kojim će pružati efikasnu sudsku zaštitu, obezbediti razuman rok trajanja postupka, i otvoriti vrata privatnim tužiocima da pod blažim uslovima ispituju zakonitost akata Unije i štite svoja prava.

Gordana Ćirković, judicial trainee
in the Basic Court in Brčko

The *locus standi* of Private Applicants before the Court of Justice of the European Union After Lisbon Treaty

Abstract

The action for annulment is effective remedy for private applicants in protection of their rights. Treaty of the European Community in Article 230 (4) imposed limits on the standing of individuals as it required the applicant to be directly and individually concerned by the contested measure. This requirement, especially in case of individual concern, was very difficult to meet. The Court of Justice had developed over time very restrictive interpretation of the rules for standing of individuals.

There were a lot of attempts to change the Court's interpretation of the *locus standi* of non-priviledged applicants, like the ones in cases *UPA* and *Jégo-Quéré*, but with no success. It has also been discussed why the Court does not want to change its interpretation. Among many arguments one is especially often invoked and serves to justify Court's unwillingness to relax the conditions for standing. This is the reluctance to add to the Court's already heavy workload.

Finally, the reform has come. The Lisbon Treaty makes some modifications under Article 263 (4) TFEU. Private parties are allowed to contest a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures. It is clear that the new *locus standi* relies heavily on the distinction between legislative and regulatory acts.

Private applicants have been expecting more from the Lisbon Treaty. They still hope that the Court of Justice of the European Union is going to make new changes in the future. After all, the European judges are those who are familiar with law and with the needs of the legal system. Therefore, they are competent to seek the ways which comply with the requirements for an efficient and fair system of judicial protection.

Key words: *Lisbon Treaty*, *action for annulment*, *private applicants*, *locus standi*

ODELJAK ZA STUDENTE

Stručni članak 343.237

Veljko Turanjanin, student doktorskih studija
Pravnog fakulteta u Kragujevcu

POMAGANJE U IZVRŠENJU KRIVIČNOG DJELA U SRPSKOM KRIVIČNOM PRAVU

***Sažetak**: Autor u radu obrađuje pitanje pomaganja u izvršenju krivičnog djela, dajući njegove osnovne karakteristike, te prezentuje aktuelno stanje u oblasti sa osvrtom na sudsku praksu. Krivičnopravna teorija i praksa su saglasne u tumačenju odredbi Krivičnog zakonika koje regulišu pomaganje u izvršenju krivičnog djela. Krivično djelo kao protivpravno, u zakonu predviđeno skrivljeno ponašanje jeste ponašanje subjekta koji se javlja kao učinilac krivičnog djela, a to je najčešće pojedinac. Ali, u sve bržem i raznovrsnijem vrtlogu života danas, sve više krivičnih djela biva izvršeno od strane više lica, što predstavlja daleko opasniji vid kriminaliteta nego kada je krivično djelo izvršeno od strane jednog lica. Kada je krivično djelo rezultat djelovanja više lica, tada je riječ o saučesništvu, čiju vrstu predstavlja pomaganje u izvršenju krivičnog djela. U radu autor ističe bitne odrednice teorijskih shvatanja o pomaganju, počev od pojma, elemenata i vrsta pomaganja do sticaja pomaganja i produženog pomaganja. Na kraju autor daje kratak pregled saučesništva maloletnika u praksi, u pokušaju traženja pomaganja maloletnika u sudskoj praksi.*

***Ključne riječi**: pomaganje, saučesništvo, vrste, maloletnici*

UVOD

Savremeno doba obiluje kriminalitetom. Činjenica je da se društvo teško bori sa njim. Uprkos velikim naporima i tehničkim dostignućima, borba je sve teža i teža. Upravo ista ta tehnička sredstva su dostupna i kri-

minalcima, koji, na žalost, znaju da je upotrijebe za svoje potrebe. Tehnološki napredak predstavlja i napredak kriminaliteta. Dovoljno je kao primjer navesti napredak kompjuterske i internet tehnologije. S druge strane, kriminalci su sve prepredeniji i neuhvatljiviji. Krivična djela, daleko u manjoj mjeri nego ikada, vrši pojedinac. Sve je više organizovanih udruženja i grupa koje se bave vršenjem krivičnih djela. Odnosno, fenomen saučesništva je zastupljeniji nego ikada.

Upravo institutom saučesništva i mi ćemo se baviti u ovom radu. Tačnije, jednim njegovim oblikom, a to je pomaganje. Saučesništvo je poznato od davnina, od pojave prvih zakonika do današnjih dana. Način njegovog definisanja kroz zakonike se mijenjao, kao i pojavni oblici saučesništva. Od davnina je poznato i podstrekavanje i pomaganje. Najraniji zakonici su pokušavali da ih definišu, i da odrede situacije u kojima će se oni javljati. Kao što ćemo vidjeti, savremeno zakonodavstvo odustaje od ovakve tehnike nabrajanja, i samo primjera radi navodi takve situacije. Iako je postojao do nedavno, oblik saučesništva pod nazivom organizovanje zločinačkih udruženja više ne figuriše kao institut Opšteg dijela krivičnog prava, odnosno kao oblik saučesništva. On se danas reguliše u Posebnom dijelu krivičnog prava, kroz pojedina krivična djela.

U ovom radu mi ćemo se baviti samo pomaganjem kao oblikom saučesništva. Pomaganje predstavlja jedan segment saučesništva, jedna vrsta koja se prema saučesništvu odnosi kao dio prema cjelini. U teoriji i praksi, pomaganje se smatra najlakšim oblikom saučesništva, što je vidljivo i iz zakonskih rješenja. Međutim, iako je najlakši, to ne znači u isto vrijeme i da je beznačajan. Naprotiv. Djelatnost pomagača u izvršenju krivičnog djela je od velikog značaja za izvršioca, kod koga je već formirana volja za njegovim izvršenjem, pa mu pomagač svojim radnjama olakšava izvršenje.

1. Pojam pomaganja

Krivični zakonik Srbije[1] reguliše pojam pomaganja u čl. 35. koji glasi:

Ko drugom pomogne u izvršenju krivičnog djela, kazniće se kaznom propisanom za to krivično djelo, ili ublaženom kaznom. Kao pomaganje u izvršenju krivičnog djela smatra se naročito: davanje savjeta ili uputstava kako da se izvrši krivično djelo, stavljanje učiniocu na raspolaganje sredstava za izvršenje krivičnog djela, stvaranje uslova ili otklanjanje prepreka za izvršenje krivičnog djela, kao i unaprijed obećano prikriva-

[1] „Službeni glasnik RS“, br. 85/05, 88/05, 107/05 i 72/09 (u daljem tekstu KZS)

nje krivičnog djela, učinioca, sredstava kojima je krivično djelo izvršeno, tragova krivičnog djela ili predmeta pribavljenih krivičnim djelom.

Pomaganje predstavlja najlakši oblik saučesništva, ako to uopšte možemo reći, svjesni svekolike opasnosti koje nosi ovaj ni malo bezazleni oblik saučesništva. Ni sam značaj pomaganja nije ništa manji nego kod drugog oblika saučeništva u užem smislu, podstrekavanja, iako se smatra lakšim oblikom. Definicije pomaganja su manje-više iste. Tako, pod pomaganjem se podrazumjeva umišljajno doprinošenje jednom licu da izvrši određeno krivično djelo, odnosno, označava umišljajno omogućavanje jednom licu da izvrši određeno krivično djelo[2]. Ili, pod pomaganjem se podrazumjeva umišljajno doprinošenje jednom određenom licu da izvrši konkretno određeno krivično djelo[3]. Pomaganje je oblik saučesništva u užem smislu kod koga se sa umišljajem doprinosi izvršenju krivičnog djela[4]. Zatim, pomaganje je umišljajno doprinošenje nekom licu da izvrši određeno krivično djelo[5]. Ili, pomaganje je preduzimanje takve radnje kojom se sa umišljajem doprinosi izvršenju protivpravne radnje drugog lica, sa kojom radnjom ovo lice ostvaruje obilježja bića nekog krivičnog djela[6]. Ili, pomaganje je umišljajno preduzimanje radnje kojom se doprinosi učinitelju da učini određeno krivično djelo[7].

Kao što iz navedenog primjećujemo, sve navedene definicije se, u većoj ili manjoj mjeri, svode na zakonsku definiciju. Od svih oblika saučesništva, pomaganje je najrasprostranjeniji. Obuhvata ogroman broj pojavnih oblika, i KZS daje samo primjera radi nekoliko oblika. Izbjegava limitativno nabrajanje, jer je život inventivniji od svakog zakonodavca, i praktično je nepredvidiv broj, kao i vrste, pojavnih oblika pomaganja. U praksi, to se riješava od slučaja do slučaja.

Pomaganje se, uglavnom, definiše preko doprinošenja krivičnom djelu. **Pod doprinošenjem se podrazumjeva djelatnost pomagača upravljena na omogućavanje radnje izvršenja krivičnog djela, ili na stvaranje uslova da se preduzetom radnjom od strane učinioca ostvari posledica krivičnog djela**[8]. Tako, optužena je doprinjela izvršenju krivičnog djela od strane optuženog na taj način što je oborila oštećenu na zemlju a

[2] Čejović, B., *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 2002, str. 384

[3] Nešić, LJ., *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 1985, str. 127

[4] Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2007, str. 160

[5] Radovanović, M., *Krivično pravo SFRJ – opšti deo*, Beograd, 1975, str. 228

[6] Srzentić, N., Stajić, A., Lazarević, Lj., *Krivično pravo SFRJ – opšti deo*, Beograd, str. 288

[7] Petrović, B., Jovašević, D., *Krivično pravo Bosne i Hercegovine – opći dio*, Sarajevo, 2005, str. 266

[8] Radovanović, M., *Nav. djelo*, str. 230

zatim je držala za jednu ruku dok je optuženi nad njom vršio obljubu. Budući da je bila svjesna šta čini, i išla za tim da pomogne optuženom da izvrši obljubu nad oštećenom, odnosno djelovala je sa umišljajem, stekli su se svi zakonski uslovi da bi bila proglašena za pomagača u izvršenju krivičnog djela[9]. Pomagač ne smije direktno učestvovati u izvršenju krivičnog djela. U suprotnom, radiće se o saizvršilaštvu. S druge strane, pomagač ne smije da navodi na izvršenje krivičnog djela, jer će se raditi o podstrekavanju. Namjera da se izvrši krivično djelo već mora biti formirana kod potencijalnog učinioca. Pomagač njemu samo omogućava ili olakšava izvršenje krivičnog djela, on nije njegov idejni tvorac. Pomaganje ne mora biti uslov za ostvarenje krivičnog djela u smislu formule *condition sine qua non*. Od pomagača se jedino traži efikasno podupiranje, podržavanje i unapređivanje glavnog djela. Drugim riječima, vrijednost pomaganja se otkriva tek ukoliko je djelotvorno pružanje pomoći potvrđeno u rezultatu. Ako to nije slučaj, ako se ova djelatnost ne pojavljuje kao podrška jednom djelu, radiće se o pokušaju pomaganja ili o neuspjelom pomaganju[10].

Pomagač svoju aktivnost preduzima prije izvršenja ili u toku izvršenja krivičnog djela, nakon što je učinilac već čvrsto formirao svoju volju za njegovim izvršenjem. Ranije naše krivično zakonodavstvo dopuštalo je mogućnost pomaganja i nakon izvršenja krivičnog djela, što je shvatanje koje je danas napušteno. KZS dopušta jedan izuzetak u ovom pravcu - kada je ta pomoć unaprijed obećana. Na primjer, lice je umišljajno pomoglo optuženima u izvršenju krivičnog djela teške krađe na taj način što su oduzeta vozila dovozila u njegovu autofarbarsku radnju, jer su sa njim unaprijed postigli dogovor da će on preuzimati sva oduzeta vozila i potom ih prodavati uz pribavljanje protivpravne imovinske koristi diobom novca od prodaje[11]. Ili, kada je utvrđeno da je učinilac, kao privatni zanatlija, automehaničar, obavjestio lica koja su se bavila skidanjem dijelova automobila sa tuđih kola da će do njih uvijek otkupljivati te dijelove, pošto ostvare protivpravno prisvajanje, u njegovoj djelatnosti ostvarena su zakonska obilježja pomaganja u krivičnom djelu krađe[12]. Upravo to obećanje je predstavljalo dodatni podstrek, psihičko ojačavanje učinioca da izvrši planirano krivično djelo.

---

[9] *Presuda Vrhovnog suda Vojvodine Kž. 852/70 od 22. 01. 1971. godine,* u: Čejović, B. *Krivično pravo u sudskoj praksi,* Beograd, 2009

[10] Petrović, D., *Pomaganje kao oblik saučesništva*, Beograd, 1994, str. 51

[11] *Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 2018/98 od 16. novembra 2000. godine i presuda Okružnog suda u Beogradu K. 116/98 od 30. juna 1998. godine,* u: Čejović, B. *Krivično pravo u sudskoj praksi,* Beograd, 2009

[12] *Presuda Vrhovnog suda Srbije Kžm. 391/74,* u: Čejović, B. *Krivično pravo u sudskoj praksi,* Beograd, 2009

Postoji više vrsta pomaganja. U literaturi se izdvajaju: psihičko i fizičko pomaganje, neposredno i posredno pomaganje, pozitivno i negativno pomaganje, prethodno i istovremeno pomaganje. Pomaganje se vrši prema određenom licu i prema određenom krivičnom djelu, a neophodno je i postojanje umišljaja kod pomagača. U pogledu krivične odgovornosti, pomagač odgovara u granicama svog umišljaja, a ako je krivično djelo ostalo u pokušaju, pomagač će se kazniti za pokušaj.

Ovdje smo pokušali da prikažemo pojam i neke osnovne karakteristike intituta pomaganja. Sada ćemo se posvetiti njegovoj detaljnijoj razradi.

2. Elementi pomaganja

Kao što smo naveli, pomaganje predstavlja umišljajno doprinošenje izvršenju krivičnog djela. Da bi ono postojalo neophodno je da sadrži određene elemente, odnosno uslove. Možemo da izdvojimo četiri takva elementa:

1. da postoji radnja pomaganja;
2. da se pomaganje odnosi na određeno lice;
3. da se pomaganje odnosi na određeno krivično djelo i
4. da postoji umišljaj pomagača.

Pomaganje, prije svega, predstavlja **doprinošenje** izvršenju krivičnog djela. Doprinos mora biti u uzročnoj vezi sa izvršenim krivičnim djelom. Nije od značaja u kojoj mjeri je pomagač zaista doprinjeo izvršenju krivičnog djela. Radnja pomaganja ne mora biti ni neophodan uslov (*condition sine qua non*) za izvršenje krivičnog djela. Nije nužno da je riječ o takvom doprinosu bez kojeg krivično djelo ni u kom slučaju ne bi moglo biti izvršeno. Međutim, pomagač mora svojim angažovanjem da utiče na cjelokupni tok događaja, tako da omogućava ili olakšava izvršiocu da preduzetom radnjom prouzrokuje zabranjenu posledicu. Njegovo pomaganje mora biti djelotvorno, ili će se u suprotnom raditi o pokušaju pomaganja ili o neuspjelom pomaganju[13]. Sasvim je dovoljno da je pomaganje dovelo i samo do manjih modifikacija u radnji izvršenja, odnosno načinu ostvarenja krivičnog djela. Npr. kad izvršiocu krađe neko pridržava ljestve da bi ušao u stan, iako bi ovaj mogao da te ljestve pričvrsti i na neki drugi način[14].

Pomaganje se može izvršiti na različite načine. Umjesto da se teži limitativnom nabrajanju, što je nemoguće, u zakonima se navodi samo nekoliko oblika pomaganja, a time su obuhvaćeni i svi ostali oblici koji se pojave u

[13] Petrović, D., *Nav. djelo,* str. 74
[14] Stojanović, Z., *Komentar...*, str. 160

životu. U takvoj situaciji, analizom svakog konkretnog slučaja ima se procjeniti koliko radnja zaista potpomaže, omogućuje i olakšava izvršenje krivičnog djela[15]. I KZS izbjegava taksativno nabrajanje, te smatra da se pod pomaganjem podrazumjeva **naročito** davanje savjeta ili uputstava kako da se izvrši krivično djelo, stavljanje učiniocu na raspolaganje sredstava za izvršenje krivičnog djela, stvaranje uslova ili otklanjanje prepreka za izvršenje krivičnog djela, kao i unaprijed obećano prikrivanje krivičnog djela, učinioca, sredstava kojima je krivično djelo izvršeno, tragova krivičnog djela ili predmeta pribavljenih krivičnim djelom. Bilo koji oblik pomaganja da je u pitanju, ne smije ulaziti u samu radnju izvršenja. Drugačije rečeno, pomagač ne smije uzeti učešće u odnosnoj radnji izvršenja. Djelatnosti koje čine pomoć nalaze se izvan kruga radnji izvršenja[16].

U praksi se javljaju slučajevi da saizvršilac odradi neke pripremne radnje za izvršenje krivičnog djela, a kasnije odustane od izvršenja. Na koji način tretirati ove pripremne radnje? Očigledno je da se ne radi o saizvršilaštvu, jer nije došlo do izvršenja radnje od strane odustalog saizvršioca. Ovakve situacije se rješavaju kroz institut pomaganja, jer ostvarene pripremne radnje predstavljaju pomoć pruženu potencijalnom izvršiocu krivičnog djela. U sudskoj praksi preovladava shvatanje da i samo prisustvo na mjestu izvršenja krivičnog djela predstavlja radnju pomaganja. Ovakav stav proističe iz toga što je prisustvo pomagača psihološka pomoć izvršiocu, on je time psihički ojačan i još odlučniji da izvrši konkretno krivično djelo.

Na kraju razmatranja o radnji, još malo ćemo razmotriti doprinos izvršenju krivičnog djela. Naveli smo da veličina doprinosa nije bitna za postojanje pomaganja. Doprinos može biti i minimalan, ali je bitno da u tom momentu olakšava izvršiocu da izvrši konkretno krivično djelo. Međutim, ako nije bitna veličina doprinosa za postojanje pomaganja, to u isto vrijeme ne znači da veličina doprinosa nije od značaja kod odmjeravanja kazne. Naprotiv. Upravo kod odmeravanja kazne ona dolazi do izražaja i igra ulogu u visini kazne pomagaču.

Drugi element pomaganja jeste da se **pomaganje vrši u odnosu na određeno lice**. Pomagač mora biti svjestan kome pomaže. On ne mora lično da poznaje izvršioca, dovoljno je da može da zaključi kom licu to čini, ili da poznaje krug lica iz kojeg izvršilac potiče[17]. To je faktičko pi-

---

[15] *Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 1528/00 od 12. septembra 2000. godine i Presuda Opštinskog suda u Obrenovcu K. 91/00 od 04. aprila 2000. godine,* objavljena u: Simić, I., *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije,* treća knjiga, Beograd, 2003, str. 25

[16] Petrović, D., *Nav. djelo*, str. 74

[17] Nešić, LJ., *Nav. djelo*, str. 128

tanje koje sud mora da utvrđuje u svakom konkretnom slučaju[18]. Neće postojati pomaganje ukoliko se pomaže nekom sasvim neodređenom licu. Drugim riječima, lice kome se pomaže mora biti određeno ili odredivo. Ovo tim prije dobija na potvrdi ako se vratimo na opšte uslove za postojanje saučesništva. Jedan od tih uslova tiče se upravo svijesti o zajedničkom djelovanju, odnosno da zajedničkom akcijom sa drugim licima prouzrokuju zabranjenu posledicu. Za postojanje saučesništva neophodno je da saizvršioci znaju jedan za drugog, a saučesnici za izvršioca. Pomagač mora da zna da će određeno lice izvršiti krivično djelo, i da mu on svojim radnjama u tome pomaže, pri čemu nije neophodno da ga poznaje lično. I sudska praksa se u nizu svojih odluka izjašnjava u tom pravcu. Sa druge strane, izvršilac uopšte ne mora da zna da mu je pri izvršenju krivičnog djela pružena pomoć. Za pojam pomagača to je irelevantno[19].

Treći element jeste da se **pomaganje odnosi na određeno krivično djelo**. Pomagač treba da je svjestan da svojom djelatnošću pomaže izvršenje određenog krivičnog djela. Pomoć može biti pružena na različite načine, prije izvršenja krivičnog djela ili u toku njega. Može biti pružena i naknadno, pod uslovom da je unaprijed obećana. Svijest pomagača treba da obuhvata sve stvarne okolnosti krivičnog djela u kome pomaže, isključujući njihove konkretne modalitete. Pomagaču moraju biti poznata osnovna obilježja djela, tj. radnja krivičnog djela, posledica krivičnog djela, kao i uzročni odnos među njima[20], dok ne mora da poznaje neke druge elemente, kao što je sredstvo izvršenja krivičnog djela, ili način njegovog izvršenja. S druge strane, kada se odvojeno sudi pomagaču, u presudi kojom se okrivljeni oglašava krivim mora se utvrditi krivično djelo u kome je izvršeno pomaganje. Same po sebi, radnje pomaganja ne predstavljaju krivično djelo, jer njihova posebna obeležja nisu propisana ni u posebnom dijelu krivičnog zakona, usled čega su one krivičnopravno relevantne samo ako doprinose izvršenju krivičnog djela. Međutim, činjenica da prema učiniocu krivičnog djela nije pokrenut krivični postupak ne znači da njeggov pomagač nije izvršio krivično djelo, pa se stoga ne isključuje mogućnost da se protiv pomagača pokrene krivični postupak[21]. U slučaju da se odvojeno sudi pomagaču, u izre-

[18] Čejović, B., *Krivično pravo – opšti i posebni deo*, Beograd, 2006, str. 300

[19] Petrović, D., *Nav. djelo*, str. 86

[20] *Ibidem*

[21] *Rešenje Vrhovnog suda Srbije Kžm. 16/03 od 23. juna 2003. godine i Rešenje Okružnog suda u Beogradu Kim. 79/03 od 12. juna 2003. godine,* objavljena u: Simić, I., Trešnjev, A., *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije*, šesta knjiga, Beograd, 2005, str. 26

ci presude kojom se pomagač oglašava krivim mora se utvrditi krivično djelo koje je izvršio učinilac, da bi se na osnovu toga moglo utvrditi da su radnje pomaganja doprinjele izvršenju krivičnog djela, zato što od postojanja ovoga doprinosa zavisi krivičnopravna relevantnost pomaganja. Konkretan doprinos radnji pomaganja u izvršenju krivičnog djela mora se posebno utvrditi samo ako se u izreci osude utvrde način izvršenja krivičnog djela koje je izvršio učinilac, jer se samo na osnovu odnosa između izvršenja krivičnog djela i radnji koje predstavljaju pomaganje može utvrditi da li je, i koliko je pomaganje doprinjelo izvršenju određenog krivičnog djela. Dalja posledica ovoga je da se u osudi pomagača moraju utvrditi konkretna objektivna obilježja krivičnog djela koje je izvršio učinilac, jer bez ovoga je osuda donijeta na osnovu nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja povredom krivičnog zakona zato što se zbog nedostataka ovih odlučnih činjenica ne bi moglo utvrditi da je izvršeno i pomaganje[22].

Kao što je rečeno, pomaganje mora da se odnosi na određeno krivično djelo. Ukoliko se pomaganje odnosi na izvršenje bilo kog, neodređenog krivičnog djela, neće postojati pomaganje kao oblik saučesništva. U ovom slučaju pomagač će, ukoliko su za to ispunjeni uslovi, odgovarati za neko drugo, samostalno krivično djelo, ali samo ako je to krivično djelo kao samostalno predviđeno u zakonu (npr. krivično djelo izrađivanja i nabavljanja oružja i sredstava namjenjenih za izvršenje krivičnog djela iz člana 347. KZS)[23]. Isto tako, može da se desi slučaj da pomagač pomaže izvršenje jednog krivičnog djela, a izvršilac izvrši neko sasvim drugo. Kao što iz ovih izlaganja slijedi, krivična odgovornost zavisiće od ostvarenja konkretnog krivičnog djela.

Konačno, četvrti element bez kojeg nema pomaganja jeste **umišljaj**. Pomaganje se sastoji u umišljajnom pružanju pomoći drugog lica u izvršenju krivičnog djela. Drugim riječima, pomaganje **mora** biti učinjeno sa umišljajem. Na primjer, kada lice priđe oštećenom sa leđa i obuhvati ga sa obje ruke, blokirajući mu ruke i vrat, dok ga druga dvojica tuku, on se javlja kao pomagač, jer je sa umišljajem pomogao drugoj dvojici u izvršenju krivičnog djela[24]. Pomaganje učinjeno iz nehata nije krivično pravno rele-

---

[22] *Pravni stav Krivičnog odjeljenja Vrhovnog suda Vojvodine zauzet na sjednici Odjeljenja održanoj 25. januara 1982. godine,* u: Čejović, B. *Krivično pravo u sudskoj praksi,* Beograd, 2009

[23] Čejović, B., *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 2002, str. 387

[24] *Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 711/06 od 12. aprila 2006. godine i presuda Četvrtog opštinskog suda u Beogradu K. 454/04 od 26. decembra 2005. godine,* objavljena u: Simić I., Trešnjev A., *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije,* sedma knjiga, Beograd, 2006, str. 38

vantno, odnosno ne podliježe krivičnoj odgovornosti ni kažnjivosti[25]. Umišljaj može biti direktni i eventualni. Krivično djelo je učinjeno sa direktnim umišljajem kada je učinilac bio svjestan svog djela i kada je htio njegovo izvršenje. Krivično djelo je učinjeno sa eventualnim umišljajem kada je učinilac bio svjestan da uslijed njegovog činjenja ili nečinjenja može nastupiti zabranjena posledica, pa je pristao na njeno nastupanje. Preneseno na teren pomaganja, direktan umišljaj će postojati ukoliko pomagač želi da svojom radnjom doprinese izvršenju krivičnog djela od strane izvršioca istog. Eventualni umišljaj će postojati ukoliko je pomagač svjestan mogućnosti da će svojom radnjom doprinijeti pomognutom licu u izvršenju krivičnog djela, pa pristaje na to doprinošenje, kao i u slučaju da pomagač želi da doprinese radnji izvršioca, te predviđa mogućnost da tom radnjom bude ostvareno određeno krivično djelo, pa pristaje na tu mogućnost[26].

Umišljaj treba da sadrži svijest o svim stvarnim okolnostima krivičnog djela za koje se vrši pomaganje. Međutim, ne traži se njihova detaljna konkretizacija kao kod izvršioca[27]. Umišljaj pomagača obuhvata, pored činjenice da svojim radnjama doprinosi izvršenju krivičnog djela, i sve bitne elemente tog krivičnog djela, ali ne mora da obuhvata pojedinosti u pogledu načina, vremena, mjesta, sredstava izvršenja i dr., osim u slučaju kada je to bitno obilježje krivičnog djela[28]. Tako, lice je s umišljajem pomoglo okrivljenom u izvršenju krivičnog djela, tako što mu je stavio na raspolaganje za prevoz svoje vozilo u čijim šupljinama je ovaj sakrio 2200 paklica stranih cigara bez akciznih markica koje su bile namijenjene prodaji[29].

Prema mišljenju Teljnova, umišljaj pomagača obuhvata:

1. svijest o stvarnim okolnostima zločina izvršenog njegovim sadejstvom;
2. svijest o tome da se ukazuje pomoć određenom licu;
3. predviđanje opšteg kriminalnog rezultata i
4. htjenje tog rezultata[30].

Umišljaj treba razlikovati od svijesti o zajedničkoj saradnji kao i od namjere, kao obilježja bića krivičnog djela. Umišljaj nije isto što i svijest

---

[25] Nešić, LJ., *Nav. djelo*, str. 128

[26] Petrović, D., *Nav. djelo*, str. 88

[27] Radovanović, M., *Nav. djelo*, str. 230

[28] Stojanović, Z., *Komentar...*, str. 162

[29] *Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 1288/04 od 20. maja 2004. godine i presuda Četvrtog opštinskog suda u Beogradu K. 1063/03 od 10. novembra 2003. godine,* objavljena u: Simić I., Trešnjev A., *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije,* edma knjiga, Beograd, 2006, str. 38

[30] Navedeno prema: Petrović, D., *Pomaganje kao oblik saučesništva*, str. 89

o zajedničkoj saradnji. Svijest o zajedničkoj saradnji je opšti element saučesništva, koji se određuje uopšteno za sve saučesnike. Nasuprot tome, umišljaj se određuje za svakog od učesnika u krivičnom djelu pojedinačno. Iako su to dva različita pojma, u praksi se itekako prepliću jedan sa drugim. Umišljaj se razlikuje i od namjere. Namjera je upravljenost radnje ka ostvarenju cilja čija predstava djeluje kao pokretač radnje. Kod nekih krivičnih djela namjera se izričito traži, dok je kod nekih dovoljan i umišljaj. Ukoliko zakon određuje namjeru kao obilježje bića krivičnog djela, onda ta namjera ne mora postojati i kod pomagača, već je dovoljno da postoji kod izvršioca i da je pomagač znao za nju[31].

U izvršenju krivičnog djela moguće je više kombinacija umišljaja izvršioca i pomagača, i samim tim, i više situacija.

1. *Izvršilac i pomagač postupaju sa umišljajem.* Ova kombinacija predstavlja klasičnu formu, u praksi najčešće zastupljenu. Pošto obojica postupaju sa umišljajem, nema sumnje u njihovu krivičnu odgovornost i kažnjivost.

2. *Izvršilac postupa iz nehata, a pomagač sa umišljajem.* Ovo je situacija u kojoj je krivično djelo izvršeno iz nehata, ali je zato pomagač postupao sa umišljajem. Činjenica da je izvršilac izvršio krivično djelo iz nehata nema uticaja na krivičnu odgovornost pomagača, jer je za postojanje te odgovornosti dovoljno da je izvršilac preduzeo protivpravnu radnju za koju zakonik predviđa propisanu kaznu (teorija limitirane akcesornosti).

3. *Izvršilac postupa sa umišljajem, a pomagač iz nehata.* Po KZS, pomaganje mora biti izvršeno sa umišljajem. U suprotnom, ne postoji pomaganje kao oblik saučesništva.

4. *Izvršilac i pomagač postupaju iz nehata.* Ovo je ista situacija kao u prethodnom slučaju, s tim što ovdje pogotovo nema pomaganja kao oblika saučesništva. Da ponovimo još jednom, da bi postojalo pomaganje kao oblik saučesništva, pomagač **mora** postupati sa umišljajem.

3. Vrste pomaganja

Postoji veliki broj načina kojima pomagač može pomoći izvršiocu u izvršenju njegovog krivičnog djela. Njihov broj i vrste variraju od autora do autora. Možemo reći da u savremenom krivičnom pravu, zavisno od kriterijuma po kojem se podjela vrši, postoje četiri vrste pomaganja:

1. prema načinu, odnosno karakteru djelatnosti kojim se pomaganje vrši, pomaganje može biti fizičko (materijalno) i psihičko (intelektualno);

[31] Petrović, D., *Nav. djelo*, str. 89

2. prema načinu pružanja pomoći, pomaganje može biti neposredno i posredno;

3. prema vrsti radnje kojom se pomaganje vrši, može biti pozitivno i negativno i

4. prema vremenu kada se pomaganje vrši, može biti prethodno i istovremeno.

3.1. Fizičko i psihičko pomaganje.

Fizičko pomaganje je ono pomaganje koje se sastoji u preduzimanju djelatnosti koje su fizičkog karaktera, odnosno fizičke prirode[32]. To je fizički efektivni doprinos izvršenju krivičnog djela[33]. Ovo pomaganje se može ostvariti na različite načine. KZS nabraja neke vidove fizičkog pomaganja, kao što je stavljanje učiniocu na raspolaganje sredstava za izvršenje krivičnog djela, ili otklanjanje prepreka za izvršenje krivičnog djela. Na primjer, učinilac je sa umišljajom pomogao drugooptuženom da izvrši krivično djelo teške krađe na taj način što mu je dao pajser sa kojim je drugooptuženi izvršio razvaljivanje ulaznih vrata na radnji oštećenog, nakon čega je iz radnje odnio razne stvari. U ovako utvrđenom činjeničnom stanju postoje sva obilježja krivičnog djela teške krađe pomaganjem[34]. Dodatno, tu bi moglo da spada prikrivanje tragova krivičnog djela, kao i sredstava, čuvanje straže za vrijeme izvršenja krivičnog djela, prebacivanje učinioca na mjesto izvršenja, stavljanje omamljujućih sredstava u piće budućoj žrtvi, kao i mnoge druge djelatnosti kojima se omogućava ili olakšava izvršenje krivičnog djela. Kao što smo to napomenuli, KZS ne limitira vidove pomaganja, pa time ni fizičkog pomaganja, iz svima očitog razloga.

Psihičko pomaganje postoji onda kada se djelatnost pomagača sastoji u preduzimanju radnji psihičkog karaktera. Psihičko pomaganje predstavlja takav efektivni doprinos izvršenju krivičnog djela koji se vrši preko psihe učinioca, a realizuje se u vidu preduzimanja psihičkih djelatnosti, kao što su: davanje savjeta ili uputstava kako da se izvrši krivično djelo, predočavanjem koristi koje će se postići izvršenjem krivičnog djela, hrabrenje izvršioca da istraje u svojoj odluci da izvrši krivično djelo i druge djelatnosti koje psihički olakšavaju izvršenje krivičnog djela. Tako, drugooptuženi je umišljajno pomogao prvooptuženom da izvrši krivično

---

[32] Čejović, B., *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 2002, str. 387

[33] Navedeno prema: Petrović, D., *Pomaganje...*, str. 77

[34] *Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 2118/95 od 7. marta 1996. godine i presuda Petog opštinskog suda u Beogradu K. 765/95 od 12. septembra 1995. godine,* u: Čejović, B. *Krivično pravo u sudskoj praksi,* Beograd, 2009

djelo teške krađe, jer je sa oštećenim otišao na doček Srpske nove godine, a prvooptuženom rekao gdje se nalazi stan oštećenog i dao mu uputstva gdje on u stanu drži dragocjenosti, devize i pištolj, pa je prvooptuženi došao do stana, obio ga, ušao u stan i oduzeo stvari i novac[35].

Kao što vidimo, psihičko pomaganje znači djelovanje na svijest i volju izvršioca. Osnovni cilj pomagača jeste **učvršćivanje** odluke kod izvršioca krivičnog djela da isto izvrši. Drugim riječima, kod izvršioca ova odluka već mora da postoji, pomagač mu je samo učvršćuje. Ovo je jedna od situacija gdje postoji sličnost sa podstrekavanjem. Kod podstrekavanja djelovanjem podstrekača dolazi do formiranja odluke da se izvrši određeno krivično djelo, dok je kod pomaganja ta volja već formirana. Tačnije, izvršilac je već donio odluku o izvršenju krivičnog djela, a pomagač mu je davanjem savjeta ili na neki drugi način samo učvršćuje. Moguće je i da izvršilac bude fizički pomognut na neki drugi način, a da ta pomoć u konkretnom slučaju ne bude potrebna, ali je i samim pružanjem te pomoći izvršilac dobio psihičko pojačanje (npr. jedno lice da drugom provalnički alat, koji ostaje neiskorišćen, jer učiniocu nije bio potreban)[36].

Neki oblici pomaganja su sporni, kao što je davanje podrške i odobravanje krivičnog djela. Davanje podrške ili odobravanje krivičnog djela će se smatrati pomaganjem samo ako se može utvrditi uzročna veza između pomaganja i konkretno izvršenog krivičnog djela. Svoju volju da pomogne pomagač može izraziti i konkludentnim radnjama. Neće se smatrati pomaganjem obično solidarisanje sa izvršiocem, izražavanje simpatija prema njegovom djelu i sl[37]. Generalno posmatrano, nije od praktičnog značaja da li je u pitanju psihičko ili fizičko pomaganje. Kao i kod pomaganja uopšte, ono što je bitno jeste da se pomagač ograničava samo na to da drugom bude od pomoći. On ne želi da učestvuje u samoj radnji izvršenja.

3.2. Neposredno i posredno pomaganje.

Druga klasifikacija pomaganja izvršena je s obzirom na način pružanja pomoći. Pomoć može biti pružena neposredno ili posredno, odnosno može biti pružena neposredno licu koje treba da izvrši krivično djelo, ili se to čini preko nekog drugog lica. Neposredno pomaganje postoji kada

[35] *Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 45/96 od 16. aprila 1996. godine i Prvog opštinskog suda u Beogradu K. 149/95 od 18. januara 1995. godine,* u: Čejović, B. *Krivično pravo u sudskoj praksi,* Beograd, 2009

[36] Petrović, D., *Nav. djelo*, str. 79

[37] Stojanović, Z., *Komentar...*, str. 161

pomagač direktno ukazuje pomoć izvršiocu krivičnog djela, odnosno kada sam preduzima djelatnosti kojima olakšava, omogućava, tj. potpomaže izvršenje krivičnog djela izvršioca. Drugim riječima, direktno pomaganje predstavlja direktnu umišljajnu pomoć učiniocu u izvršenju krivičnog djela. Ovo je kraći i efikasniji način pružanja pomoći od pomoći pružene preko drugog lica[38].

Posredno pomaganje postoji kada pomagač pruža pomoć izvršiocu krivičnog djela preko drugog lica, odnosno, neposrednog pomagača, tj. indirektno pomaganje sastoji se u pružanju bilo kakve druge pomoći prije izvršenja ili u toku samog izvršenja krivičnog djela, a da se pri tom ta pomoć ne može smatrati direktnim pomaganjem. To je pomaganje pomagaču, gde posredni pomagač pruža pomoć neposrednom pomagaču. Takođe, posredno pomaganje postoji i kada se ta pomoć pruža podstrekaču. To znači da u posredno pomaganje spada i pomaganje u podstrekavanju, ali i obratno, podstrekavanje u pomaganju[39]. Tako, kada neko napiše pismo prema diktatu podstrekača, koje podstrekač upućuje kćeri u bolnicu da je potakne da nakon poroda liši života svoje novorođenče, uz uslov da pisac subjektivno postupa u uvjerenju da samo pomaže podstrekaču, tj. da i sam ne postupa u subjektivnom vidu kao podstrekač[40]. S obzirom da se pomaganje može vršiti i preko više posrednika, može se govoriti o sukcesivnom pomaganju[41].

Neposredno i posredno pomaganje mogu se izvršiti i činjenjem i nečinjenjem, mada znatno preovladavaju pomaganja učinjena činjenjem. Kao i kod prethodne podjele, sa stanovišta prakse nije relevantno da li je pomaganje posredno ili neposredno. I neposredni i posredni pomagač jednako se kažnjavaju. Na ovom mjestu ćemo navesti još i to da u jednom krivičnom djelu mogu da se pojave i radnje podstrekavanja i radnje pomaganja. Na primjer, optuženi koji je obećao novčanu naknadu za izradu lažne isprave učinio je krivično djelo falsifikovanja isprave podstrekavanjem, dok optuženi koji posreduje između naručioca lažne isprave i lica koje pravi lažnu ispravu čini ovo krivično djelo pomaganjem[42].

---

[38] Navedeno prema: Petrović, D., *Pomaganje...*, str. 79

[39] Petrović, D., *Nav. djelo*, str. 79

[40] *Presuda Vrhovnog suda Hrvatske I Kž. 516/79 od 3. juna 1979. godine,* u: Čejović, B. *Krivično pravo u sudskoj praksi,* Beograd, 2009

[41] Čejović, B., *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 2002, str. 388

[42] *Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 3337/03 od 19. novembra 2003. godine i Presuda Četvrtog opštinskog suda u Beogradu K. 1248/03 od 29. avgusta 2003. godine,* objavljena u: Simić I., Trešnjev A., *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije*, peta knjiga, Beograd, 2004, str. 158

3.3. Pozitivno i negativno pomaganje.

Pomaganje se može izvršiti i činjenjem i nečinjenjem. Na tom kriterijumu se zasniva treća podjela instituta pomaganja. Prema načinu izvršenja, pomaganje može biti pozitivno (*concursus positivus*) i negativno (*concursus negativus*)[43]. Pozitivno pomaganje je pomaganje koje se preduzima činjenjem, a negativno ono koje se vrši nečinjenjem[44]. Redovan način pružanja pomoći jeste činjenje. Pomaganje se, međutim, može vršiti i nečinjenjem, što je shvatanje koje je osporavano od strane pojedinih autora. Nečinjenje se sastoji u propuštanju jednog lica da postupi u skladu sa svojim dužnostima, ako tim propuštanjem olakšava drugom licu izvršenje krivičnog djela[45]. Negativno pomaganje postoji kada je kod pomagača postojala obaveza da preduzme određeno činjenje kojim bi pomagač spriječio izvršenje krivičnog djela[46]. Npr. pomaganje izvršeno nečinjenjem će biti u slučaju da stražar nekog objekta namjerno ostavi vrata otključana čime omogući krađu (ovdje treba paziti da pomaganje ne preraste u saizvršilaštvo), ili ako drži vatreno oružje neobezbjeđeno znajući da će do njega doći lice koje ima namjeru da ga upotrijebi za izvršenje krivičnog djela[47]. Iako trpi određene kritike, iz navedenih primjera proizilazi da je negativno pomaganje itekako moguće u životu.

3.4. Prethodno i istovremeno pomaganje.

Poslednja podjela pomaganja bazira se na vremenu kada je izvršeno pomaganje. Prema tom kriterujumu, pomaganje može biti izvršeno prije izvršenja krivičnog djela, i to je prethodno pomaganje, ili u toku samog izvršenja krivičnog djela, što predstavlja istovremeno pomaganje. Na primjer, kada je optuženi drugooptuženom, da bi ovaj izvršio razbojništvo, obezbjedio pištolj koji je bio vlasništvo njegovog oca kao sredstvo za izvršenje krivičnog djela, time je izvršio krivično djelo razbojništva pomaganjem[48]. U vezi sa ovim pitanjem, kao važan momenat izdvaja se početak pružanja pomoći. Kod izvršioca krivičnog djela volja za njegovim izvršenjem mora biti formirana bez pomoći pomagača, jer bi se u suprot-

---

[43] Petrović, D., *Nav. djelo*, str. 80

[44] Čejović, B., *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 2002, str. 388

[45] Petrović, D., *Nav. djelo*, str. 80

[46] Čejović, B., *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 2002, str. 388

[47] Stojanović, Z., *Komentar...*, str. 161

[48] *Presuda Okružnog suda u Beogradu K. 681/01 od 28. marta 2002. godine i Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 1180/02 od 17. decembra 2002. godine,* obajvljena u: Simić, I., Trešnjev, A. *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije*, peta knjiga, Beograd, 2004, str. 26

nom radilo o podstrekavanju, a ne o pomaganju. Drugim riječima, odluka da se izvrši određeno krivično djelo mora biti formirana kod izvršioca prije nego što počne pomaganje. Tako, kada optuženi dvojici saučesnika koji su već bili rješeni da izvrše neku krađu da bi došli do novca, da podatke o licu koje ima novca, pa oni od njega oduzmu novac, radi se o pomaganju[49]. Ukoliko takva volja nije već formirana, radilo bi se o podstrekavanju koje bi kao teži oblik saučesništva konsumiralo pomaganje kao lakši oblik.

Pomaganje ne može postojati nakon izvršenja krivičnog djela. Traženje momenta okončanja krivičnog djela pokazuje svu složenost ove problematike. Generalno, pomaganje je moguće sve do završetka djela u materijalnom smilu. Pomaganje koje bi bilo izvršeno posle izvršenja krivičnog djela, a koje bi se sastojalo npr. u prikrivanju učinioca da ne bude otkriven, ne bi se moglo smatrati pomaganjem kao oblikom saučesništva. Eventualno, ako su ostvareni za to potrebni uslovi, moglo bi se raditi o posebnom krivičnom djelu. Sam KZS, ipak, pravi izuzetak od ovoga. To je slučaj ukoliko je pomoć učiniocu krivičnog djela unaprijed obećana. Da se podsjetimo, jedan dio člana 35. stav 2. glasi: *...kao i unaprijed obećano prikrivanje krivičnog djela, učinioca, sredstava kojima je krivično djelo izvršeno, tragova krivičnog djela ili predmeta pribavljenih krivičnim djelom*. Tako npr. pomagač je ona osoba koja je drugoj, prije nego što je započela izvršenje krivičnog djela, ili u toku izvršenja djela, obećala da će po izvršenju djela sakriti njega ili predmete pribavljene krivičnim djelom, otkloniti tragove i dr. I u ovim slučajevima pomaganje se pojavljuje kao doprinos, kao omogućavanje, podupiranje drugog da izvrši krivično djelo, jer je izvršilac računao na tu pomoć, bio je psihički potpomognut za izvršenje konkretnog krivičnog djela. Pod obećanjem se podrazumjeva ne samo usmena izjava ili saglasnost da će se sakriti učinilac krivičnog djela, sredstva i predmeti, već i svako drugo ponašanje u tom smislu, a na osnovu koga se može zaključiti da učinilac razumije izraženu spremnost pomagača. Dakle, ne mora biti verbalno izražena, već to može učiniti i konkludentnim radnjama.

U starijoj literaturi je vladalo shvatanje da je pomaganje moguće i nakon izvršenja krivičnog djela. Tada bi se pomaganje sastojalo u pružanju pomoći licu da ne bude otkriveno ili u prikrivanju stvari ili koristi pribavljenih krivičnim djelom. Međutim, kao što primjećujemo iz prethodnih izlaganja, to je shvatanje danas napušteno. Posle izvršenja krivičnog

[49] *Presuda Okružnog suda u Beogradu K. 154/98 od 07. aprila 1998. godine i Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 2151/98 od 15. juna 1999. godine,* objavljena u Simić, I., *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije*, treća knjiga, Beograd, 2000, str. 27

djela posledica je već nastupila, pa nema pomaganja kao oblika saučesništva. Naravno, ukoliko je ta pomoć unaprijed obećana, postojaće pomaganje, iz razloga što je takva vrsta pomaganja sastavni dio jedinstvenog plana za izvršenje krivičnog djela[50].

Od pomaganja nakon izvršenog krivičnog djela treba razlikovati međupomoć. Međupomoć je moguća kod onih krivičnih djela kod kojih posledica ne nastupa odmah po izvršenju konkretnog krivičnog djela (temporalni delikti). U tim slučajevima moguće je pružiti pomoć sve do nastupanja posledice, što se, naravno, ne odnosi na ona krivična djela koja se smatraju dovršenim i bez nastupanja posledice[51]. To je slučaj, na primjer, kada neko spriječi vlasnika kuće u gašenju podmetnutog požara od strane trećeg lica, nakon čega kuća izgori[52].

Pomaganje može biti ostvareno od strane jednog lica ili od strane više lica. U slučaju kada u izvršenju krivičnog djela učestvuje više lica postoji sapomaganje, a lica koja u njemu učestvuju nazivaju se sapomagači[53]. Međutim, sapomaganje će postojati samo pod uslovom da sva lica koja pružaju pomoć to čine istovremeno[54]. Da bi se smatrali sapomagačima, oni moraju da to čine svjesno i zajednički. Ukoliko nije tako, postojaće samo prividno sapomaganje, a lica koja su u njemu učestvovala odgovarće kao samostalni pomagači[55]. Kao i pomaganje, i sapomaganje može biti fizičko i psihičko, pozitivno i negativno, prethodno i istovremeno, i sve što važi za pomaganje kao oblik saučesništva, važi i za sapomaganje kao oblik pomaganja. Polazeći od toga da se danas većina krivičnih djela vrši u grupi, i da je izvršilac smjeliji, pripremljeniji, psihički stabilniji kada ima više lica kao podršku, proizilazi zaključak da je ovo daleko opasniji vid kriminaliteta[56].

4. Sticaj pomaganja i produženo pomaganje

U krivičnom pravu može da se pojavi i sticaj saučesništva. Pri tom moramo praviti razliku između sticaja istih oblika saučesništva i sticaja različitih oblika saučesništva. Sticaj istih oblika saučesništva postoji onda kada neko lice izvrši više istovrsnih saučestvovanja u više određenih krivičnih djela[57]. Sticaj pomaganja može da bude idealan i realan, i ovdje mogu nastati tri situacije.

---

[50] Petrović, D., *Nav. djelo*, str. 83
[51] Stojanović, Z., *Komentar...*, str. 162
[52] Radovanović, M., *Nav. djelo*, str. 231
[53] Petrović, D., *Nav. djelo*, str. 84
[54] Čejović, B., *Krivično pravo – opšti i posebni deo*, Beograd, 2006, str. 299
[55] Srzentić, N., Stajić, A., Lazarević, Lj., *Nav. djelo*, str. 289
[56] Petrović, D., *Nav. djelo*, str. 85
[57] Nešić, LJ., *Nav. djelo*, str. 132

Prva situacija je da jedno lice jednom radnjom pomaganja, pomogne u izvršenju većeg broja određenih krivičnih djela. Ovdje će se raditi o idealnom sticaju. Idealni sticaj pomaganja postoji onda kada jedno lice izvrši više krivičnih djela, tako i u slučaju da je više lica izvršilo više krivičnih djela. Bitno je samo da postoji jedna radnja doprinošenja i da je to učinjeno u odnosu na više izvršenih krivičnih djela[58]. U drugoj situaciji radiće se o realnom sticaju, kada jedno lice sa više radnji pomaganja, pomogne da se izvrši više krivičnih djela. Konačno, treća situacija je da je više pomaganja izvršeno u jednom istom krivičnom djelu. Ovdje ne postoji sticaj pomaganja, već samo jedno pomaganje. Drugim riječima, u ovakvim situacijama postojaće prividni sticaj pomaganja.

Od ove tri situacije treba razlikovati situaciju kada je jedno lice učestvovalo u izvršenju krivičnog djela u različitim ulogama (npr. kao podstrekač i kao pomagač). Ovdje neće postojati sticaj saučesništva, već će postojati samo jedan oblik saučesništva, i to onaj najteži. Odnosno, teži oblik konsumira lakši. Tako npr. ako jedno lice u istom krivičnom djelu i podstrekava i pomaže, postojaće samo podstrekavanje kao teža forma saučesništva, a pomaganje kao lakši oblik saučesništva je konsumirano podstrekavanjem[59]. Ali, u slučaju da je sa više oblika saučesništva neko učestvovao u ostvarenju bića više krivičnih djela, postojaće sticaj saučesništva[60].

Produženo pomaganje, odnosno pomaganje u produženju, postoji onda kada jedno lice doprinosi drugom u izvršenju, više puta, istog ili istorodnog krivičnog djela, prema istom pasivnom subjektu krivičnog djela, u određenom vremenskom razmaku[61]. Tako, prvooptuženi učinilac krivičnog djela teške krađe je zajedno sa još jednim licem u dva slučaja ukrao tuđe vozilo, da bi ga zatim po prethodnom dogovoru odvezao u garažu drugooptuženog u namjeri da tamo vozilo sklone i kasnije rasklope u dijelove koje će izložiti prodaji[62].

5. Saučesništvo maloletnika

Kriminalitet maloletnika je pojava koja sve više i više dobija na svojoj važnosti. Uporedo sa rastom kriminaliteta punoletnih lica, raste i

---

[58] Čejović, B., *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 2002, str. 391

[59] *Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. I-469/79,* u: Čejović, B. *Krivično pravo u sudskoj praksi,* Beograd, 2009

[60] Nešić, LJ., *Nav. djelo*, str. 132

[61] Čejović, B., *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 2002, str. 391

[62] *Presuda Okružnog suda u Beogradu K. 1152/01 od 07. avgusta 2001. godine i Presuda Prvog opštinskog suda u Beogradu K. 1289/00 od 25. decembra 2000. godine,* objavljena u Simić, I., *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije*, četvrta knjiga, Beograd, 2002, str. 24

kriminalitet maloletnika. Za razliku od kriminaliteta punoletnih lica, kriminalitet maloletnika najvećim dijelom naginje ka imovinskim krivičnim djelima. Porast kriminaliteta maloletnika je naročito vidljiv tokom 90-ih godina, nakon čega blago slabi. Pažnju i strah javnosti, međutim, nisu uzburkali već poznati fenomeni maloletničkih krađa, pljački, razbojništava i ubistava, već nešto sasvim novo i do sada nezabeleženo, kao što je nasilje u školama i, posebno, nasilje devojčica nad devojčicama. Tako u 2007. godini štampani mediji u Srbiji beleže bar desetak agresivnih ispada devojčica, od nerazumnih napada i iživljavanja nad nekom svojom vršnjakinjom (grebanje lica makazama, gašenje cigareta na licu i telu, odsecanje kose), do takođe nerazumne potrebe da sve to snimaju kamerama ili mobilnim telefonima. Usput, to ne bi bilo "in" ako takve snimke ne proslede drugim vršnjacima i čak postave na prikladnim INTERNET sajtovima[63].

Maloletnici krivična djela uglavnom vrše u grupama, odnosno u saučesništvu, sa svojim vršnjacima ili odraslim osobama. Prema nekim statistikama, saučesništvo kod maloletnika je za oko 60% veće nego kod punoletnih lica[64]. S druge strane, od oblika saučesništva, najzastupljenije je saizvršilaštvo. Ostali oblici saučesništva su mnogo manje zastupljeni. Kao uzrok za grupno vršenje krivičnih dijela potrebno je naglasiti njihovu potrebu za druženje, koju iz različitih razloga ne mogu ostvariti u normalnom okruženju. Za razliku od ovog vida udruživanja, gdje se maloletnici ne udružuju da bi vršili krivična djela, već se prvo udružuju pa tek onda vrše krivična djela, postoje grupe koje nastaju pod uticajem zajedničkog afiniteta za vršenje krivičnih djela[65]. Ne treba ovdje zaboraviti ni tamnu brojku kriminaliteta krivičnih djela koja su ostala nerasvjetljena. Ipak, možemo zaključiti da je pomaganje maloletnika pojava koja nije mnogo zastupljena. To se posebno odnosi na otkrivena i krivično gonjena djela.

U velikom broju presuda koje smo pregledali, nismo naišli ni na jednu koja govori o pomaganju maloletnika. Najčešće su one u kojima je maloletnik lice kome se pomaže, ali je pomagač punoletno lice. Tako, kada je punoletno lice maloletniku – kada ga je ovaj upitao da li poznaje nekoga kome može da otme novac, rekao za oštećenog da radi na kvantaškoj pijaci i da svako veče nosi sa sobom veću količinu novca, pa mu potom pokazao oštećenog i gdje je njegov stan, nakon čega je maloletnik sačekao oštećenog, i pošto ga je istukao, oduzeo mu no-

[63]Nikolić, Z., Simeunović-Patić, B., *Obeležja kriminaliteta maloletnika u Srbiji*, str. 3 (www.političkiforum.org, avgust 2009. godine)

[64] Ignjatović, Đ., *Kriminologija*, Beograd, 2008, str. 141

[65] Mitrović LJ., Selman DŽ., Uletilović D., Mirkonj N., Šain D., *Postupanje sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku*, Banja Luka, 2010, str. 37

vac, to predstavlja radnje pomaganja u izvršenju krivičnog djela[66]. Štaviše, naišli smo i na slučaj da maloletnik uopšte ne podliježe krivičnoj odgovornosti, jer je mlađi od 14 godina, ali je punoletno lice kao pomagač krivično odgovorno, odnosno, kada maloletnik ispod četrnaest godina, koji nije krivično odgovoran, izvrši krivično djelo silovanja nad maloletnim ženskim licem i u tome mu sa umišljajem pomogne punoletno krivično odgovorno lice, čini krivično djelo silovanja u pomaganju. U konkretnom slučaju punoletno lice je nesumnjivo olakšalo maloletnom licu da izvrši krivično djelo i njegova radnja zato predstavlja pomaganje bez obzira da li bi maloletni učinilac i bez njegove pomoći uspio da izvrši krivično djelo[67].

Ovom prilikom nećemo mimoići ni kriminalitet maloletnica, iako se to pri ovakvim razmatranjima redovno vrši. Obim kriminaliteta maloletnica znatno je manji od kriminaliteta maloletnika. Statistički, baš kao i kod maloletnika, najzastupljenija su imovinska krivična djela, do čak 93%, najviše krivična djela krađe i sitnog djela krađe. Maloletnice u još većem broju slučajeva vrše krivična djela u saučesništvu. Skoro svaka druga maloletnica imala je saučesnika, a svaki treći saučesnik nije bio njihov vršnjak. I kod njih je najzastupljenije saizvršilaštvo, dok pomaganje ne srećemo[68].

ZAKLJUČAK

Saučesništvo u izvršenju krivičnog djela je problem protiv kojeg se ljudi, na ovaj ili onaj način, bore od davnina. Taj problem je uočen i predviđen već u vrijeme donošenja prvih zakona. Uprkos svim naporima, saučesništvo je opstajalo i bivalo sve složenije. Danas je stanje gore nego ikada. Sve je manje krivičnih djela koja vrši sam pojedinac, a sve je veći broj djela koja se vrše uz nečiju pomoć, bilo u obliku saizvršilaštva, bilo u obliku pomaganja, bilo u obliku podstrekavanja. U ovom radu, skrenuli smo pažnju samo na neke segmente pomaganja u izvršenju krivičnog djela.

---

[66] *Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 1130/97 od 27. februara 1998. godine presuda Okružnog suda u Beogradu K. 53/97 od 12. marta 1997. godine* u: Čejović B., *Krivično pravo u sudskoj praksi*, Beograd, 2009

[67] *Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž 623/96 od 23. avgusta 1996. godine i Presuda Okružnog suda u Leskovcu K. 31/95 od 23. februara 1996. godine,* u: Čejović B., *Krivično pravo u sudskoj praksi*, Beograd, 2009

[68] Miladinović, V., Konstantinović-Vilić, S., Đurđić, V., *Osnovni problemi kriminaliteta maloletnica*, str. 3 (www.vpdom.edu.rs, avgust 2009. godine)

Kao što je ukazano, saučesništvo se dijeli na saučsništvo u širem smislu i saučesništvo u užem smislu. Saučesništvo u užem smislu se dijeli na podstrekavanje i pomaganje. Predmet našeg posmatranja i izučavanja bilo je pomaganje. Definicije pomaganja su mnogobrojne, ali se sve one suštinski svode na jednu, da pomaganje predstavlja umišljajno doprinošenje nekom licu u izvršenju konkretno određenog krivičnog djela. Na ovaj način smo izdvojili i četiri bitna elementa za postojanje pomaganja: radnju izvršenja, da se odnosi na određeno lice, da se odnosi na određeno krivično djelo i da postoji umišljaj pomagača. Pregledom presuda, primjetili smo da su sudovi suviše blagi pri kažnjavanju pomagača. Smatramo, u priličnom broju slučajeva, blagi su i prema izvršiocima, pa stoga i ne čudi blagost kažnjavanja pomagača. Svjesni ogromne opasnosti ovog vida kriminaliteta, i svih načina njegovog sprečavanja, nadamo se da će i sudovi postati svjesniji istog. U kojoj mjeri, ostaje da se vidi.

Veljko Turanjanin, student of doctoral studies
Faculty of Law Kragujevac

Some Questions about Complicity in the Committing Crimes

Abstract

The author in this work elaborates some problems about complicity in the committing a crimes. Criminal act is the act committed mostly by one person. But, today, there is more and more felonies which who are committing by several peoples, or groups of people. Therefore, the sanction must be more rigorous. In this article, author discussed about a one side of the complicity, accordingly, about a assistance in committing a crimes. Through analyses theoretical postulates in Codex trans aspects of some other authors till jurisprudence, the author concludes that this subject matter is very good elaborate, and, there is no many problems in practice. The author propose a harmonization of solutions on some aspects between the countries in the ambience, and demand more severe regard from court. The assistance in committing crime is the easiest shape of the complicity, but no less remarkable.

Key words: assistance, complicity, elements, class, juvenil

IN MEMORIAM

Prof. dr OBRAD PERIĆ

28. februara 2011. godine, posle teške i duge bolesti, preminuo je naš Obrad Perić, redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu. Njegovom smrću, Pravni fakultet u Novom Sadu kao i pravnička javnost uopšte izgubili su jednog od najboljih profesora i eminentnog stručnjaka za krivične i srodne discipline, koje je ovaj Fakultet ikada imao, a svi koji su ga poznavali ostali su bez jednog plemenitog, skromnog i nadasve humanog čoveka.

Prof. dr Obrad Perić je rođen 10. oktobra 1936. godine u Prnjavoru Mačvanskom. Osnovnu školu je završio u mestu rođenja, a višu gimnaziju u Šapcu 1956. godine. Iste godine upisao je Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu gde je i diplomirao 1960. godine.

Kratko vreme proveo je radeći u Skupštini opštine Zvezdara u Beogradu i preduzeću „Termoelektro". Naučnu karijeru započeo je 1963. godine u „Institutu za kriminološka i sociološka istraživanja" u Beogradu, tada jednoj od najprestižnijih ustanova takve vrste u Evropi, u kojem je za 13 godina rada prošao sva istraživačka zvanja. Za to vreme je magistrirao, i to 1970. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zagrebu sa temom „Problem nedozvoljene proizvodnje i prometa opojnih droga". U toku rada na institutu usavršavao je svoja znanja i u inostranstvu. Prvo kao stipendista francuske vlade na Institutu za kriminologiju Pravnog fakulteta Univerziteta u Parizu, gde je odbranio usmeni doktorski ispit i prijavio izradu doktorske teze, a zatim i na Departmanu za kriminologiju Univerziteta u Montrealu. Po povratku u zemlju izradu doktorata nastavio je na Pravnom fakultetu Univerziteta u Ljubljani koju je uspešno okončao 1973. godine sa temom „Krivičnopravni položaj maloletnika sa posebnim osvrtom na jugoslovensko i francusko pravo". Nastavno-naučnu delatnost nastavlja 1976. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu gde je do odlaska u penziju 2002. godine biran u sva nastavnička zvanja. Pored Krivičnog prava kao

osnovnog predmeta predavao je i Osnove prava o privrednim prestupima, Maloletničko krivično pravo i Politiku suzbijanja kriminaliteta.

U svojoj karijeri profesor Perić je objavio više od 130 naučnih radova i 16 knjiga. Pored opšte problematike krivičnog prava bavio se i privrednim i međunarodnim krivičnim pravom. U ovoj oblasti objavio je koautorski više izdanja udžbenika o posebnom delu krivičnog prava i o privrednim prestupima, komentar KZ RS i KZ CG, kao i monografije o trgovini opojnim drogama i zaključenju štetnog ugovora. Kao vid priznanja poznavanju ove problematike Savezni sekretarijat za inostrane poslove, kako se svojevremeno zvalo Ministarstvo inostranih poslova, postavilo ga je za člana radne grupe za krivično pravo.

Ipak, najvažnija uža oblast njegovog naučnog interesovanja, i ona po kojoj će ga zapamtiti kolege naučnici i generacije pravnika koje je obrazovao, jeste Maloletničko krivično pravo. U ovoj oblasti objavio je monografiju o „Krivičnopravnom položaju maloletnika“, o „Maloletničkom zatvoru“, o „Izvršenje krivičnih sankcija izrečenih prema maloletnicima“, više izdanja „Komentara krivičnopravnih propisa o maloletnicima“ i „Priručnika za primenu propisa o maloletnicima“. Nakon kodifikacije maloletničkog krivičnog prava objavio je i „Komentar zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica“.

Do radova profesora Perića Maloletničko krivično pravo je bilo relativno zapostavljeno u našoj nauci, a na našim pravnim fakultetima se nije posebno izučavalo. Kao pionir utirao je put izgradnji jedne nove naučne discipline, a njegovi radovi u ovoj oblasti jesu dragoceno štivo svih teoretičara ili praktičara koji su se bavili ili se bave, problemima pravnog položaja maloletnika u krivičnom pravu. Godinama se jasnim naučnim argumetima zalagao za ozakonjenje materije maloletničkog krivičnog prava. Kao vodeći autoritet u ovoj oblasti profesor Perić je dao ključan doprinos prilikom izrade Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica čijim su usvajanjem 2006. godine njegove naučne ideje doživele punu afirmaciju.

Profesor Perić je imao izuzetnu reputaciju u međunarodnim naučnim krugovima. Kada se pregleda naučni opus profesora Perića na prvi pogled se lako zapaža da je objavio veliki broj radova u stranim časopisima. Njegovi tekstovi našli su svoje mesto u prestižnim međunarodnim publikacijama na francuskom, engleskom, nemačkom i grčkom jeziku. Kao najbolji primer ugleda koji je profesor Perić uživao u inostranstvu govori činjenica da je po pozivu slavljenika radove objavljivao u spomenicama posvećenim velikanima naučne misli kao što su Ansel, Pradel, Jotopulos-Marangopulos i Milutinović.

Ne treba zaboraviti ni činjenicu da je profesor Perić zaslužan i za popularizaciju naše naučne misli u inostranstvu objavljujući veliki broj prikaza dela iz naše literature u uglednim međunarodnim naučnim revijama.

Iako je svoje međunarodno „vatreno krštenje“ imao i ranije, ipak je prelomni momenat u njegovoj karijeri bila 1973. godina kada je obavljao dužnost generalnog sekretara Sedmog međunarodnog kongresa za kriminologiju, sigurno najznačajnijeg međunarodnog naučnog skupa u oblasti krivičnih nauka koji je ikada održan u našoj zemlji. Nakon uspeha ovog skupa, Međunarodno udruženje za kriminologiju je pozvalo profesora Perića, tada istraživača u Institutu za kriminološka i sociološka istraživanja, u svoje redove. 1980. godine Međunarodno udruženje za kriminologiju izabralo je profesora Perića za člana njene naučne komisije i ovu odgovornu dužnost profesor je obavljao 15 godina, sve do 1995. godine.

Dva najveća inostrana priznanja za naučni rad profesora Perića zaslužuju da budu posebno izdvojena.

27. februara 1986. godine nagrađen je medaljom grada Pariza za naučne zasluge. Krajem 90-tih godina, jedan od najvećih svetskih specijalizovanih pravnih izdavača, Kluwer Law International, krenuo je u grandiozni, dugogodišnji poduhvat izrade Svetske enciklopedije prava. Izradu odeljka u ovoj enciklopediji koji je posvećen našem krivičnom pravu izdavač je poverio, pored još dvojice autora, profesoru Periću, koji je svoj mandat uspešno okončao 2000. godine.

Interesovanje za naučni rad profesora Perića pokazovale su i kolege i studenti na inostranim pravnim fakultetima, tako da je dobijao pozive da održi gostujuća predavanja. Spomenimo samo Pravni fakultet Univerziteta u Vupertalu i Pravni fakultet Univerziteta u Pečuju, Francusko udruženje za kriminologiju u Parizu, Centar za uporedno pravo u Parizu, na kojima je držao predavanja.

Kao još jedan vid priznanja za svoj naučni rad profesor Perić je bio biran u redakcije i uređivačke odbore niza domaćih i dva međunarodna naučna časopisa: „Međunarodni kriminološki anali“ i „Revija za krivične nauke i uporedno krivično pravo“. U domaćem časopisu „Penologija“ jedno vreme obavljao je dužnost glavnog i odgovornog urednika, a u „Jugoslovenskoj reviji za kriminologiju i krivično pravo“ obavljao je dužnost sekretara redakcije.

Bio je član većeg broja domaćih i međunarodnih naučnih udruženja od kojih je najvažnije spomenuti Međunarodno udruženje za kriminologiju u Parizu i Jugoslovensko udruženje za krivično pravo i kriminologiju. U Srpskom udruženju za krivičnopravnu teoriju i praksu bio je počasni predsednik sekcije za kriminologiju.

Profesor Perić je učestvovao u nizu naučnoistraživačkih projekata u zemlji i inostranstvu. Sa referatima ili saopštenjima učestvovao je u i radu velikog broja domaćih i međunarodnih naučnih skupova

Za 26 godina rada u našoj kući, i njegovoj kući, Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu, profesor Perić je obavljao niz odgovornih dužnosti. Bio je predsednik Saveta fakulteta, predsednik NN veća, predsednik Izdavačkog save-

ta, predsednik uprave poslediplomskih studija, član komisije za statut i kadrovske komisije. Više godina je bio šef Katedre za krivično pravo i kriminologiju.

Interese Pravnog fakulteta branio je kao član NN veća Univerziteta u Novom Sadu.

Ovaj pomen mali je doprinos pokušaju da se od zaborava sačuvaju ličnost i naučni opus jednog od najznačajnijih krivičara u našoj zemlji, koga su na ljudskom planu uvek krasili dobronamernost u opštenju kako sa kolegama, tako i sa studentima, kao i lična skromnost, humanost i čestitost.

Nadamo se da će ovaj pomen pomoći da se profesora Perića setimo i da mu se bar malo odužimo za ono što je učinio za nauku krivičnog prava, za Pravni fakultet u Novom Sadu.

dr Branislav Ristivojević, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu