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

ZBORNIK RADOVA
COLLECTED PAPERS

XLV 2 (2011)

NOVI SAD, 2011.

ZRPFNS, Godina XLV Novi Sad, br. 2 (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, dr 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 brojevi Zbornika radova Pravnog fakulteta u
Novom Sadu pod nazivom Zbornik radova uvršćen u kolekciju:
International & Non-U.S. Law Journals američke pravne baze HeinOnline.

Kompjuterska obrada teksta

Goran Hajzler

Štampa:
„Futura“ Petrovaradin
Tiraž: 300 primeraka

SADRŽAJ

Dr Stevan Šogorov, redovni profesor
Pravne pretpostavke zahteva društva za dodatnu (dopunsku) uplatu 7
Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Gradsko stanovništvo u srednjovekovnoj Srbiji 17
Akademik Jožef Salma, redovni profesor
Smernice i uredbe Evropske unije o zaštiti životne sredine 29
Dr Zoran Arsić, redovni profesor
Društvena odgovornost korporacija 45
Dr Dušanka Đurđev, redovni profesor
Prevozne isprave 53
Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor
Izvori, oblici i nosioci ugrožavanja nematerijalne imovine zemalja u tranziciji 73
Dr Maja Stanivuković, redovni profesor
Izmene prve briselske uredbe i njihov uticaj na države koje nisu članice Unije s posebnim osvrtom na Srbiju 91
Dr Ištvan Feješ, redovni profesor
Taktički blef – lukavstvo u saslušanju okrivljenog 111
Dr Marija Salma, redovni profesor
Pobijanje sudskog poravnanja 139
Dr Radenka Cvetić, redovni profesor
Sastav katastra nepokretnosti 155
Dr Magdolna Sič, vanredni profesor
Dugotrajni običaji (*longa consuetudine*) i opšti interes (*utilitas publica*) 167
Dr Nikola Bodiroga, docent
Izvršitelj 193
Dr Marko Trajković, docent
O svetu prava koji počiva na moralnim vrednostima 221
Dr Tatjana Lukić, docent
Krivičnopravna zaštita životne sredine 237
Dr Bojan Pajtić, docent
Zaštita životne sredine – prevencija i naknada štete 249
Dr Gordana Drakić, docent
Sudske instance na području Vojvodine od 1918. do 1929. godine 265

Dr Maša Kulauzov, docent
Porodična zadruga kao temelj pojedinih ustanova javnog prava prema Valtazaru Bogišiću 277

Dr Jelena Vidić, docent
Naslednopravni položaj srodnika u pravoj nishodnoj liniji, supružnika i vanbračnog partnera 287

Dr Vladimir Marjanski, docent
Obaveze javnih društava u pogledu redovnog periodičnog izveštavanja javnosti 315

Dr Sandra Fišer-Šobot, asistent
Nesaobraznost robe za koju prodavac ne odgovara 327

Dr Petar Đundić, asistent
Mere za zaštitu životne sredine i povreda prava stranog ulagača 341

Dr Samir Aličić, asistent
Legitimacija za podizanje akvilijanske tužbe u slučaju uništenja predmeta obligacionog odnosa 359

Mr Bojan Tubić, asistent
Polje primene Arhuske konvencije 383

Mr Atila Dudaš, asistent
Pravni okvir zaštite prava pronalazača u Srbiji 395

Miljana Todorović, asistent
Simbolizam u kažnjavanju u Srbiji u prvoj polovini XIX veka 407

Milana Pisarić, asistent
Suzbijanje prekograničnog ekološkog kriminaliteta 425

Stefan Samardžić, asistent
Univerzalna donja starosna granica sposobnosti za krivičnu odgovornost 441

Uroš Stanković, asistent
Nekoliko napomena o Nacrtu krivičnog zakonika Vasilija Lazarevića (1839) 459

Tamara Đurđić, saradnik u nastavi
Fiducijarni prenos prava svojine 473

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Dr Tamaš Prugberger, profesor emeritus
Reforma mađarskih propisa o kolektivnom pregovaranju i saveta zaposlenih 497

Dr Tamaš Notari, vanredni profesor
Izborni sistem i izborna kampanja u starom Rimu 509

Dr Tibor Nohta, docent
Da li je ekonomska kriza ugovorni rizik? 527

Dr Čila Čak, docent; Dr Zoltan Nađ, docent
Prava upotrebe poljoprivrednog zemljišta u Mađarskoj 541

Blaže Krčinski, advokatski pripravnik
Badinter u ustavnom sudu Makedonije: *novum* ili *requiem* 551

TABLE OF CONTENTS

Stevan Šogorov, Ph.D., Full Professor
Legal Assumptions for Private Company Claim for Additional (Supplementary) Payment 7

Srđan Šarkić, Ph.D., Full Professor
Townsmen in Mediaeval Serbia 17

József Szalma, Academician, DSC, Dr. Hc., Full Professor
Directives and Regulations of the European Union on the Protection of the Environment 29

Zoran Arsić, Ph.D., Full Professor
Corporate Social Responsibility 45

Duštanka Đurđev, Ph.D., Full Professor
Transport Documents 53

Ljubomir Stajić, Ph.D., Full Professor
Sources, Forms and Carriers of Endangering Intangible Assets of the Countries in Transition 73

Maja Stanivuković, Ph.D., Full Professor
Recasting of the Brussels I Regulation and its Impact upon Third Countries, in Particular Serbia 91

Ištvan Feješ, Ph.D., Full Professor
Tactical Bluff – Cunning in the Hearing of the Defendant 111

Marija Salma, Ph.D., Full Professor
Challenging a Court Settlement 139

Radenka Cvetić, Ph.D., Full Professor
Composition of Cadastre 155

Magdolna Sič, Ph.D., Associate Professor
The Long-lasting Customs (*longa consuetudine*) and the Public Interests (*utilitas publica*) 167

Nikola Bodiroga, Ph.D, Assistant Professor
Enforcement Agent 193

Marko Trajković, Assistant Professor
About the World of Law Which Rests on the Moral Values 221

Tatjana Lukić, Ph.D., Assistant Professor
Environmental Protection through Criminal Law 237

Bojan Pajtić, Ph.D., Assistant Professor
Protection of Environment – Prevention and Compensation 249

Gordana Drakić, Ph.D., Assistant Professor
Judical Instances in the Territory of Vojvodina 1918–1929 265
Maša Kulauzov, Ph.D., Assistant Professor
Zadruga as a Basis of Certain Institutes of Public Law according to Valtazar Bogišić 277
Jelena Vidić, Ph.D., Assistant Professor
Hereditary Position of Kins in the First Descending Line of Kinship, of the Spouses and Cohabitation Partner 287
Vladimir Marjanski, Ph.D., Assistant Professor
Regular Periodical Public Disclosure Obligations of Public Companies 315
Sandra Fišer-Šobot, Ph.D., Assistant
Non-conformity of the Goods for which the Seller is not Liable 327
Petar Đundić, Ph.D., Assistant
Measures for Protection of the Environment and the Breach of a Foreign Investor's Rights 341
Samir Aličić, Ph.D., Assistant
The Legitimacy of Raising Aquilian Claim in the Case of Destruction of an Obligation Relation Object 359
Bojan Tubić, LL.M., Assistant
Application of the Aarhus Convention 383
Atila Dudaš, LL.M., Assistant
The Legal Framework of the Protection of Inventors in Serbia 395
Miljana Todorović, Assistant
Penal Symbolism in Serbia in the First Half of the 19th Century 407
Milana Pisarić, Assistant
Combating Transnational Environmental Crime 425
Stefan Samardžić, Assistant
Do We Need Universal Minimum Age of Criminal Responsibility? 441
Uroš Stanković, Assistant
Few Remarks on Vasilije Lazarević's Penal Code Draft (1839) 459
Tamara Đurđić, Junior Assistant
Fiduciary Transfer of Property Rights 473

SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

Dr. Tamás Prugberger, DSC, Professor Emeritus
Die Reformsregelung beim ungarischen kollektiven Arbeitseinigungs-, und Betriebsverfassungssystem 497
Tamás Nótári, Ph.D., Associate Professor
Electoral System and Electoral Campaign in Ancient Rome 509
Dr. Tibor Nochta, Dozent
Ist die Wirtschaftskrise ein Vertragsrisiko? 527
Csilla Csák, Ph.D., Assistant Professor; Zoltán Nagy, Ph.D., Assistant Professor
Regulation of Obligation of Use Regarding the Agricultural Land in Hungary 541
Blaže Krčinski, Trainee Lawyer
Badinter in Macedonian Constitutional Court: *Novum* or *Requiem* 551

Originalni naučni rad 347.724

Dr Stevan Šogorov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNE PRETPOSTAVKE ZAHTEVA DRUŠTVA ZA DODATNU (DOPUNSKU) UPLATU

Sažetak: *U društvu s ograničenom odgovornošću, kao društvu sa složenom pravnom strukturom, javlja se specifičan institut dodatnih (dopunskih) uplata, kao oblik dodatnog, spoljnjeg finansiranja društva od strane njegovih članova. Kada su predviđene ugovorom o osnivanju ili opštom odlukom skupštine društva, dodatne uplate predstavljaju novčane iznose koje članovi društva unose u imovinu društva preko vrednosti svojih uloga. Dodatne uplate ne ulaze u osnovni kapital društva, niti povećavaju ulog odnosno udeo člana, a mogu naknadno biti vraćene članovima koji su ih uneli.*

Da bi društvo moglo od svojih članova da zahteva dodatne uplate, neophodno je da se za to ispune određene pravne pretpostavke. Prva od njih je da se dodatne uplate predvide u ugovoru o osnivanju (osnivačkom aktu) društva ili u opštoj odluci skupštine društva. Druga pretpostavka je da je doneta punovažna pojedinačna odluka o dodatnim uplatama od strane skupštine društva, kao nadležnog organa. Treća je pretpostavka da je zahtev društva za dodatnu uplatu jasno određen po visini i roku. Konačno, potrebno je i da je zahtev upućen članovima društva, i to od nadležnog organa. Kad su sve ove četiri pravne pretpostavke ispunjene, društvo ima pravo da od svakog člana zahteva dodatnu uplatu. To pravo ima karakter potraživanja i može se, po potrebi, realizovati i prinudnim putem.

Ključne reči: *društvo s ograničenom odgovornošću; dodatne uplate; zahtev društva; pravne pretpostavke zahteva*

1. Uvodne napomene

Društvo s ograničenom odgovornošću, kao društvo sa složenom pravnom prirodom, uz redovne oblike spoljašnjeg finansiranja koji stoje na raspolaganju svim kapitalskim društvima, ima i jedan poseban, specifičan. Taj oblik finansiranja su dodatne (dopunske) uplate.[1]

Dodatne (dopunske) uplate su se po prvi put javile u našem pravu u Trgovačkom zakonu za Kraljevinu Jugoslaviju iz 1937. godine. One se ponovo aktualizuju sa ponovnim uvođenjem privrednih (trgovačkih) društava u naš privrednopravni sistem nakon velikih ekonomskih i političkih promena krajem osamdesetih i početkom devedesetih godina prošlog veka. Kao pravni institut nisu bile uređene u Zakonu o preduzećima iz 1988. godine, ali u istoimenom zakonu iz 1996. godine jesu. Zakon o privrednim društvima iz 2004. godine ih nije posebno regulisao, da bi ih Zakon o privrednim društvima iz 2011. godine ponovo afirmisao.[2]

Dodatne uplate se najjednostavnije mogu definisati kao novčani iznosi koje članovi društva sa ograničenom odgovornošću unose u društvo na osnovu posebne odluke skupštine društva, a u skladu sa ugovorom o njegovom osnivanju. One nisu dodatni ulozi, ne povećavaju vrednost udela člana niti ulaze u osnovni kapital društva, već samo uvećavaju njegovu opštu imovinu. Mogu se, ali ne moraju, vratiti članovima društva. Služe za dodatno, spoljno finansiranje društva kada se za to ukaže potreba, i koriste se, po pravilu, dok takva potreba traje.

Da bi društvo s ograničenom odgovornošću moglo od svojih članova zahtevati dodatne uplate, pored njihovih uloga u društvo, neophodno je da za to postoje odgovarajuće pravne pretpostavke. Zahtev se može smatrati pravovaljanim

– ako su dodatne uplate predviđene ugovorom o osnivanju ili opštom odlukom skupštine društva;
– ako je doneta punovažna pojedinačna odluka skupštine društva;
– ako je zahtev za dodatnu uplatu jasno određen po visini i roku;
– ako je zahtev postavljen članovima društva.

---

[1] U našem pravu ovaj institut je bio poznat pod imenom „naknadne doplate“ (v. tako par. 437-439 Trgovačkog zakona za Kraljevinu Jugoslaviju iz 1937. godine) i „dopunske uplate“ (v. čl.346-348 Zakona o preduzećima iz 1996. godine) ali je Zakonom o privrednim društvima iz 2011. godine (ZPD) naziv promenjen u „dodatne uplate“.

[2] V. posebno odredbe čl. 178-180 ZPD iz 2011. godine.

2. Predviđenost ugovorom ili opštom odlukom društva

Da bi za člana društva mogla nastati obaveza dodatne uplate, neophodno je da za to postoji pravni osnov u opštem aktu društva. Uobičajeno je u uporednom pravu da taj pravni osnov daje ugovor o osnivanju društva. Ako mogućnost dodatne uplate nije predviđena ugovorom o osnivanju, skupština društva ne može doneti punovažnu odluku o konkretnoj obavezi članova društva na dodatnu uplatu. Sam zakon, dakle, načelno nije dovoljan pravni osnov da skupština društva donese konkretnu odluku o obavezi članova društva na dodatnu uplatu. U zakonu je samo ostavljena mogućnost da se aktima društva dodatne uplate urede. Tek ako se ova mogućnost iskoristi, i aktima društva dodatne uplate predvide, skupština društva će moći donositi konkretne odluke o obavezama članova na dodatnu uplatu.

U našem pravu je u pogledu pravnog osnova usvojeno neuobičajeno rešenje prema kojem se obaveza članova da izvrše dodatne uplate društvu može predvideti „osnivačkim aktom ili odlukom skupštine.“[3] Na taj način je u našem pravu predviđen dualitet mogućih pravih osnova za uvođenje konkretne obaveze članova društva na dodatnu uplatu, što se iz više razloga ne može smatrati dobrim rešenjem.

Ako je institut dopunske uplate uređen ugovorom o osnivanju, situacija je relativno jednostavna. Zaključenjem ovog ugovora svi osnivači (početni članovi) društva su se istovremeno saglasili i sa obavezom dodatnih uplata. Kako su dodatne uplate vezane za udeo, to svaki novi sticalac udela (svejedno da li se novi udeli stiču po osnovu prenosa ili po osnovu unošenja novih uloga pri povećanju osnovnog kapitala) pristupanjem društvu istovremeno iskazuje svoj pristank na pravni režim odnosa koji u njemu vladaju, pa time i na režim dodatnih uplata. Međutim, ako se odredbe o dopunskim uplatama uvode (ili menjaju!) naknadno, posle zaključenja ugovora o osnivanju, tada se ovakva izmena ugovora o osnivanju može izvršiti samo po opštima pravilima koja važe za izmenu tog ugovora i po posebnim pravilima za dodatne uplate. Naime, zakonom je predviđeno da se osnivački akt društva s ograničenom odgovornošću menja „običnom većinom glasova svih članova društva, ako osnivačkim aktom nije predviđena veća većina.“[4] Međutim, „odluka o izmenama osnivačkog akta kojom se umanjuju prava nekog člana društva može biti do-

[3] U čl. 178 st. 1 ZPD, prva rečenica glasi: „Osnivačkim aktom ili odlukom skupštine može se utvrditi obaveza članova društva da, pored uplate upisanog osnovnog kapitala, izvrše dodatne uplate društvu srazmerno visini svog udela u društvu“.

[4] Čl. 142 st. 1 ZPD.

neta samo uz saglasnost tog člana."[5] Zakon pominje, primerice, više slučajeva koji se imaju smatrati kao situacije u kojima se umanjuju prava članova društva, a među njima se izričito navodi uvođenje ili povećanje obaveze dodatnih uplata.[6] Prema tome, ako se izmenama ugovora o osnivanju uvode dodatne uplate, ili se obaveze u pogledu dodatnih uplata povećavaju, one će biti punovažne samo ako su se sa njima saglasili članovi na koje se odnose. Drugim rečima rečeno, odluka o izmeni ugovora o osnivanju kojom se uvodi obaveza dodatnih uplata za sve članove društva može biti doneta samo jednoglasno. Ako se, pak, uvodi obaveza dodatne uplate samo za neke (ali ne i za sve) članove društva, ovakva izmena će biti punovažna samo ako se sa njome saglase (za nju glasaju) svi članovi na koje se obaveza dodatnih uplata odnosi.

Ako se, međutim, institut dopunskih uplata uređuje opštom odlukom skupštine društva, takva odluka nužno nastaje nakon osnivanja društva. Zbog toga bi ona morala imati u osnovi isti režim kao i naknadne izmene ugovora o osnivanju društva. Zakonom je tako predviđeno da se odluka skupštine kojom se utvrđuje obaveza na dodatne uplate donosi „jednoglasno, osim ako je osnivačkim aktom za donošenje te odluke predviđena druga većina".[7] Ali, ako je osnivačkim aktom predviđeno da se ova odluka donosi drugom većinom, „ta odluka obavezuje samo članove koji su za nju glasali."[8]

Kako se vidi, mada su norme za skupštinsku odluku o dopunskim uplatama drugačije formulisane nego za odluku o izmenama ugovora o osnivanju kojima se uvode ili povećavaju obaveze na dodatne uplate, ishodište je u osnovi isto - u oba slučaja obaveza dopunske isplate će se odnositi samo na članove koji su za takvu odluku glasali, odnosno koji su se sa njom saglasili. Razlika je samo u tome što u slučaju da neki član, na kojeg se dopunske uplate odnose, ne glasa za odluku o izmeni ugovora o osnivanju kojim se dopunske uplate uvode, ili se obaveze u pogledu njih povećavaju, takva odluka skupštine nije punovažna, dok u slučaju opšte skupštinske odluke o uvođenju (ali i povećanju!) obaveze na dodatnu uplatu, ovakva odluka je punovažna i ako se sa njom ne saglase svi članovi na koje se obaveza dodatne uplate odnosi, ali ona obavezuje samo članove koji su za nju glasali, odnosno koji su se sa njom saglasili.

Kada će se prilikom izmena ugovora o osnivanju društva smatrati da se radi o umanjenju prava člana zbog kojeg je neophodna njegova sagla-

[5] Čl. 142 st. 2 ZPD.
[6] Čl. 142 st. 2 t. 3 ZPD.
[7] Čl. 178 st. 4 ZPD.
[8] Čl. 178 st. 5 ZPD.

snost? Već je rečeno da će to uvek biti slučaj kada se u ugovor o osnivanju naknadno uvodi institut dodatnih uplata. To će, nadalje, biti slučaj kada se visina sume do koje skupština društva može donositi odluke o dodatnim uplatama povećava. Isto važi i za slučaj da se po vrednosti ograničena obaveza na dodatnu uplatu pretvara u neograničenu.[9] Takođe bi to važilo za slučaj da se vremenski ograničena obaveza na dopunsku uplatu pretvara u vremenski neograničenu.

Što se tiče izmena opšte odluke društva o dopunskim uplatama, za nju bi morala važiti ista pravila kao i pri njenom donošenju. To znači da bi se odluka o izmeni ove odluke morala doneti jednoglasno, osim ako je osnivačkim aktom za donošenje te odluke predviđena druga većina. Ali, ako je tim aktom predviđeno da se odluka donosi drugom većinom, ta odluka bi obavezivala samo članove koji su za nju glasali.

Ukoliko se, međutim, izmenama ugovora o osnivanju obaveza dodatne uplate ne uvećava, odnosno prava članova ne umanjuju, odluka o izmenama ugovora o osnivanju se donosi običnom većinom glasova svih članova društva, ako osnivačkim aktom nije predviđena „veća većina“[10].

Na koji način se ugovorom o osnivanju ili opštom odlukom skupštine može urediti obaveza dodatne uplate? S obzirom na pravni karakter i privrednu funkciju dodatnih uplata, prirodno je da se obaveza dodatnih uplata utvrdi srazmerno veličini uloga ili udela članova u društvu. Ovo pravilo načelno važi i u našem pravu, s tim da se naš zakonodavac opredelio za srazmernost u odnosu na udele članova,[11] dok se u nekim drugim pravim ta srazmera odnosi na uloge.[12] Ipak, ova obaveza se može utvrditi i na drugačiji način, odnosno u drugačijoj srazmeri.[13] Ne ulazeći ovog prilikom u valjanost zakonskog rešenja u našem pravu, ukazujemo na problem primene ovakve srazmere u slučaju spajanju dva ili više udela u jedan, ako je samo neki od njih, ali ne i svi, opterećen obavezom na dopunsku uplatu.

U ugovoru o osnivanju, odnosno opštoj odluci skupštine društva, obaveza dodatne uplate može biti predviđena kao ograničena i kao neograničena. Ograničenja se mogu odnositi na iznos dodatnih uplata ali i na

[9] V. u ovom smislu za nemačko pravo: Hachenburg-Müller, Rd Nr. 29; Scholz-Emmerich, Rn Nr. 9.

[10] Čl. 142 st 1 ZPD.

[11] Čl. 178 st. 1 prva rečenica ZPD.

[12] Takva srazmera je utvrđena u par. 26 st. 1 Zakona o društvima sa ograničenom odgovornošću Nemačke (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung). Ista srazmera je predviđena i u par. 72 st. 2 Zakona o društvima sa ograničenom odgovornošću Austrije (Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung).

[13] V. čl. 178 st 1, druga rečenica ZPD.

vremenski period trajanja ove obaveze. Tako se može predvideti da ova obaveza bude ograničena na određeni iznos, na određeni iznos po članu (per capita) na određeni procenat od vrednosti udela ili uloga, na određeni procenat od osnovnog kapitala, na maksimalno limitiran iznos i sl. Obaveza se može i vremenski ograničiti napr. tako da važi samo određeni ograničeni vremenski period.

U prirodi je, takođe, instituta dodatnih uplata da se on odnosi na sve članove društva, odnosno na sve udele u njemu. Ipak, ovo pravilo je u nacionalnim pravima najčešće dispozitivnog karaktera, pa je moguće predvideti da će se obaveza dodatne uplate odnositi samo na neke članove, odnosno na neke udele, ali ne i na sve.[14] Ista je situacija i u našem pravu. Ovakav zaključak neposredno proizlazi iz zakonske norme prema kojoj će odluka o dodatnim uplatama koja se prema osnivačkom aktu donosi drugom većinom (a ne jednoglasno) obavezivati samo članove koji su za nju glasali.[15] Valja napomenuti da rešenje prema kojem se obaveza dodatne uplate odnosi samo na neke članove društva, a ne na sve, ne protivreči principu jednakog tretmana članova, budući da je svaki član koji ima obavezu dodatne uplate, tu obavzu i prihvatio.[16]

Predviđenost obaveze na dodatnu uplatu mora biti nedvosmisleno i jasno izražena tako da ne ostavlja nikakvu sumnju da se radi upravo o institutu dodatnih uplata a ne nečemu drugom.[17]

3. Postojanje pojedinačne odluke skupštine društva

Da bi nastala konkretna obaveza na dodatnu uplatu nije dovoljno da je ona predviđena ugovorom o osnivanju ili opštom odlukom skupštine društva. Ovim aktima se samo stvara opšti pravni osnov za donošenje konkretne odluke skupštine društva o uvođenju konkretnih obaveza članova društva na dodatnu uplatu.

Za donošenje konkretne odluke skupštine potrebno je da postoji opšti pravni osnov, tj. potrebno je da je ovaj institut predviđen ugovorom o osnivanju ili opštom odlukom društva. Ako nema tog opšteg pravnog osnova, a skupština ipak donese pojedinačnu odluku o konkretnim obave-

---

[14] Za nemačko pravo tako: Hachenburg-Müller, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Hafung, Großkommentar, 7. Auflage 1975-1984, Rd Nr. 51; Scholz-Emmerich, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 7. Auflage, 1986-1989, Rn Nr. 11. Baumbach-Hueck, GmbH-Gesetz, Kommentar, 16. Auglage, 1996 Rd Nr 5.

[15] Čl. 178 st. 4 i 5 ZPD.

[16] Upor. Rowweder, Heinz, Gesetz betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 3., neubearbeitete Auflage, München, 1997 s. 507.).

[17] Za nemačko pravo upor.: Rowedder, op. cit. s. 506.

zama članova na dodatnu uplatu, ova odluke skupštine ne bi mogla proizvoditi pravna dejstva, odnosno bila bi ništava. To je tako u odnosu na ugovor o osnivanju, ali i u odnosu na opštu odluku skupštine o dodatnim uplatama.

Međutim, moguće je da se samim ugovorom osnivanju ili opštom odlukom društva ne samo uredi institut dodatnih uplata, već i da se utvrdi konkretna obaveza na dodatnu uplatu. Tako se npr. ovim aktima može predvideti da je svaki član na koga se dodatna uplata odnosi dužan da u narednih pet godina od dana donošenja ovih akata, a na kraju svake poslovne godine, uplati iznos od 20% vrednosti njegovog udela. U tom slučaju nema potrebe da se formalno donosi dodatna pojedinačna odluka skupštine. Konkretna obaveza na dodatnu uplatu bi u takvim slučajevima bila punovažna, jer bi se odnosila uvek samo na članove koji su sa tom obavezom saglasni, bilo tako što su ugovor o osnivanju ili njegove izmene prihvatili, bilo tako što su za odluku skupštine glasali.

Ako je ugovorom o osnivanju odnosno opštom odlukom skupštine društva institut dodatnih uplata uređen samo na opšti način, neophodno je za svaku konkretnu dodatnu uplati doneti odgovarajuću pojedinačnu odluku.

Nadležan organ za donošenje pojedinačne odluke o dopunskim uplatama je skupština društva. To pravo skupštine je neotuđivo i neprenosivo.[18] Ovlašćenje za donošenje odluka o dodatnim uplatama ne može biti stavljeno u nadležnost drugog organa, niti skupština sam može to svoje ovlašćenje preneti na drugi organ. Takav zaključak nesumnjivo proizlazi iz odredaba zakona o dodatnim uplatama i odredaba o nadležnostima skupštine.[19] Takođe ne bi bilo moguće predvideti ugovorom o osnivanju ili opštom odlukom skupštine da je za konkretnu skupštinsku odluku o dodatnim uplatama potrebna saglasnost još nekog organa, npr. direktora ili nadzornog odbora društva.

Odluku o utvrđivanju konkretne obaveze na dopunsku uplatu skupština donosi onako kako je predviđeno zakonom i ugovorom o osnivanju, odnosno opštom odlukom skupštine o dodatnim uplatama. Skupština društva s ograničenom odgovornošću, načelno, donosi odluke iz svoje nadležnosti običnom većinom glasova prisutnih članova koji imaju pravo glasa po određenom pitanju, osim ako je zakonom ili osnivačkim aktom za pojedina pitanja određen veći broj glasova.[20] Međutim, prema zakonu, skupština jednoglasno odlučuje o obavezi članova na dodatne uplate, kao i o

[18] Upor. Rowedder, op. cit. s. 507.
[19] V.čl. 178 i 211. ZPD.
[20] Čl.211 st. 1 ZPD.

vraćanju tih uplata, s tim da se osnivačkim aktom može se predvideti i druga većina za donošenje ovakvih odluka, ali ne manja od obične većine od ukupnog broja glasova članova društva koji imaju pravo glasa po određenom pitanju.[21]

4. Određenost zahteva po visini i roku

Zahtev društva mora biti jasno određen. To se postiže na taj način što se zahtev precizira po visini i roku uplate. Ovo je ujedno treća pravna pretpostavka zahteva društva za dodatnu uplatu.

Preciziranje zahteva po visini se može izvršiti na različite načine. Bitno je samo da se izvrši precizno utvrđivanje visine obaveze dodatne uplate svakog člana. To se može učiniti na taj način što se u pojedninačnoj odluci skupštine ona utvrdi u apsolutnom iznosu za svakog člana, ali i tako što se visina obaveze svakog člana odredi procentualno u odnosu na vrednost njegovog udela ili uloga, u odnosu na novčanu vrednost osnovnog kapitala društva ili na neki drugi sličan način.

Pri određivanju visine dodatne uplate svakog člana moraju se uvažavati odgovarajuće odredbe u ugovoru o osnivanju odnosno opštoj odluci skupštine društva kojima se utvrđuju kriterijumi za određivanje te visine. Što se tiče zakonskih odredaba, posebno je važna ona koja nalaže da se obaveza članova na dodatnu uplatu utvrđuje srazmerno visini udela članova u društvu, ako osnivačkim aktom ili opštom odlukom skupštine društva nije određena drugačija srazmera.[22] Ova zakonska odredba je, dakle, dispozitivna. Međutim, ako se ne iskoristi mogućnost određivanja drugačije srazmere ugovorom o osnivanju ili opštom odlukom skupštine društva, ova zakonska odredba obavezuje skupštinu pri donošenju konkretne, pojedinačne odluke o dodatnim uplatama. Skupština društva u tom slučaju mora odrediti visinu dodatne uplate svakog člana poštujući zakonsko pravilo o srazmeri obaveze prema visini (vrednosti) udela.[23]

5. Postavljanje zahteva članovima

Četvrta pravna pretpostavka za ostvarivanje zahteva društva na dodatnu uplatu je postavljanje takvog zahteva prema svakom članu društva. Nakon donošenja pojedinačne odluke skupštine društva o dodatnim upla-

[21] Čl. 211 st. 3 i 4 ZPD.

[22] Čl. 178 st. 1 ZPD

[23] Isti pravilo važi i u drugim pravima. Za nemačko pravo vidi: Hachenburg-Müller, op. cit. Rd Nr 54; Rowedder, op. cit.s. 508.

tama, neophodno je prema svakom članu postaviti konkretan zahtev za ispunjenje obaveze dodatne uplate.

Zahtev se može postaviti na različite načine. Najpouzdaniji je ako se uruči svakom članu u pisanom obliku, uz potvrdu njegovog prijema. Međutim, u zakonu ne postoje posebna pravila u pogledu forme postavljanja zahteva, što znači da se on može postaviti i usmeno.[24]

Pravna pretpostavka u pogledu urednog postavljanja zahteva će se smatrati ispunjenom samo ako je zahtev prema članovima postavio nadležni organ. Taj organ je direktor (jedan ili više njih) u skladu s ugovorom o osnivanju društva.

Načelno, obaveza člana na dodatnu uplatu nastaje kao potraživanje donošenjem pojdinačne skupštinske odluke o dodatnim uplatama. Ali, obaveza člana na dodatnu uplatu dospeva tek od trenutka kada je nadležni organ postavio (uputio) zahtev članu za dodatnu uplatu.

[24] Upor. Rowedder, op. cit. s. 508.

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

Legal Assumptions for Private Company Claim for Additional (Supplementary) Payment

Abstract

Subject matter of analyze in this article are legal assumptions which must be met in order to enable private company to call for additional payment. After introductory remarks discussion is focused on existence of provisions regarding additional payment in formation contract, or in shareholders meeting general resolution, as starting point for company`s claim. Second assumption is concrete resolution of shareholders meeting which creates individual obligations for additional payments. Third assumption is defined as distinctness regarding sum of payment and due date. Sending of claim by relevant company body is set as fourth legal assumption for realization of company`s right to claim additional payments from member of private company.

Key words: private company, additional payments, company claim, legal assumption for claim

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

Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

GRADSKO STANOVNIŠTVO U SREDNJOVEKOVNOJ SRBIJI[1]

Sažetak: *U radu se ispituje pravni položaj gradskog stanovništva, koje u srednjovekovnoj Srbiji nije predstavljalo autonoman stalež, zastupljen u staleškim skupštinama, kao što je to bio slučaj sa zapadnoevropskim feudalnim monarhijama. Razlikovali su se gradovi u unutrašnjosti Srbije, primorski gradovi i gradovi osvojeni od Vizantije, čiji pravni status nije bio identičan. Najširu autonomiju imali su primorski gradovi, a među njima Kotor. Iako građanstvo nije predstavljalo autonoman, treći stalež u Srbiji, Dušanov zakonik poklanja posebnu pažnju gradovima kao upravnim, vojnim i privrednim centrima.*

Ključne reči: *Kotor, Budva, rudarski gradovi, vizantijski gradovi, autonomija, akrostih, podgradije, grad, gradina, gradac, povlastice.*

Gradsko stanovništvo srednjovekovne Srbije bilo je i u pravnom i u društvenom pogledu vrlo heterogen stalež.[2] Njihov naziv – *građani* **(gragıani, graždani)** izveden je od imenice *grad* **(градь)**, koja u srednjovekovnom jeziku nije imala isto značenje kao i danas. Izvorno, *grad* je utvrđeni objekat (tvrđava) u kome je stanovništvo moglo da pronađe sklonište.[3] Vremenom, ljudi su se nastanjivali u podnožju i okolo tvrđave bave-

[1] Rad je posvećen projektu *Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava – Srbija i EU*, koji finasira Pravni fakultet u Noovm Sadu.

[2] U prethodnim brojevima Zbornika (XLIV/2, XLIV,3, XLV/1) pisao sam o različitim kategorijama zavisnog stanovništva u srednjovekovnoj Srbiji. Rad koji je pred čitaocem predstavlja logični nastavak tih razmatranja.

[3] Videti odrednicu *Grad* (LJ. Maksimović), u *Leksikon srpskoh srednjeg veka,* priredili S. Ćirković i R. Mihaljčić (u daljem tekstu *LSSV*), Beograd 1999, str. 122-124. Autor navodi i detaljan spisak literature o tom pitanju.

ći se mahom trgovinom i zanatima i takva naselja „ispod grada" počela su da se nazivaju *podgrađe* **(подградиıє)**[4]**,** *suburbium*[5] ili ponekad i *amborija.*[6] U tekstovima iz XV veka za podgrađe se koristi i izraz *varoš* **(varošь)** izveden od mađarske reči *vár* = tvrđava. Izvori poznaju i izraze *gradac, gradina* i *gradište,* kao mesto sa ostacima utvrđenja.[7] Pored grada srednjovekovni tekstovi pominju i *trgove.* Stari opšteslovenski termin **trьgь** u osnovi je označavao robu, stvari koje se kupuju i prodaju, ali se kasnije počeo upotrebljavati i za neutvrđena mesta gde se roba kupovala i prodavala.[8] Gradovi i trgovi pominju se zajedno u nekoliko članova Dušanovog zakonika (članovi 7, 141, 168, 169, 184), te stoga možemo predpostaviti da su imali identičan pravni položaj.

Gradsko stanovništvo u srednjovekovnoj Srbiji nije predstavljalo jedinstven, autonoman stalež (*tiers état*), kao što je to bio slučaj sa zapadnoevropskim feudalnim monarhijama. Da bismo objasnili njegov pravni položaj uzećemo u razmatranje tri različite vrste srenjovekovnih srpskih gradova: 1) gradove u unurašnjosti Srbije; 2) primorske gradove, i 3) gradove osvojene od Vizantije.[9]

---

[4] U jednoj povelji kralja Dušana izdatoj oko 1322, potvrđuju se imanja data manastiru Hilandaru, i između ostalog se kaže da je kralj priložio crkvi posvećenoj arhistratigu (arhanđelu Mihajlu) u podgradiju Štipa **(И прида кралиєвьцтво ми црькви архистратигоу оть подьградıа штипьскаго...)** 10 meropaha.Naredno poglavlje nosi naziv **Законь подьградию** i u njemu se preciziraju obaveze zavisnog stanovništva koje je živelo u podgrađu. S. Novaković, *Zakonski spomenici srpskih država srednjega veka* (u daljem tekstu *Zak. spom.*), Beograd 1912, str. 402, XX, XXI. Podgrađa u prvobitnom značenju reči naročito su česta u Bosni i iskazuju se imenima koja preuzimaju od tvrđave u čijem su se podnožju razvila: Podborač, Podsoko, Podprozor, Podblagaj, Podkonjic, Podzvornik, itd. Videti odrednicu *Podgrađe* (D. Kovačević-Kojić), u *LSSV,* str. 534—535.

[5] Latinski *sub* = ispod i *urbs* = grad. U dubrovačkim dokumentima podgrađa se označavaju izrazima *sub* ili *sotto* (italijanski „ispod"). Na primer *Podvisochi – Subvisochi - Sottovisochi,* pod kraljevskim gradom Visoki; *Subtusborach - Sotoborach* pod Borčem, glavnim utvrđenjem moćne vlasteoske porodice Pavlovića. Videti detaljnije D. Kovačević-Kojić, *Gradska naselja srednjovjekovne Bosne,* Sarajevo 1978.

[6] Izraz *amborija* potiče od grčke reči **ἐμπόριον** = trgovište. Navedeni termin upotrebljen je u dokumentima o poklonu velikaša Hrelje Hilandaru, kao mesto stanovanja 50 paričkih porodica: **у амборию** odnosno **оу градоу Штипоу оу амборьско,** odnosno **оть подьградиıа штипьскаго.** Videti S. Ćirković, *Hreljin poklon Hilandaru, Zbornik radova Vizantološkog instituta* 21 (1982), str. 103-117.

[7] Videti odrednice *Gradac, Gradina* i *Gradište* (M. Popović), u *LSSV,* str. 124-125.

[8] Videti odrednicu *Trg* (D. Kovačević-Kojić), u *LSSV,* str. 737-739.

[9] Spisak radova o srednjovekovnim srpskim gradovima i gradskom stanovništvu, objavljenim do 1976. godine može se naći u predgovoru S. Ćirkovića za knjigu M. Dinića, *Srpske zemlje u srednjem veku,* Beograd 1978, str. 26, nap. 71. Videti i S. Ćirković, *Unfulfilled Autonomy: Urban Society in Serbia and Bosnia, The Urban Society of Eastern Europe in Premodern Times,* ed. B. Krekić, Berkeley-Los Angeles-London 1987, pp. 158-

1) Gradovi u unutrašnjosti Srbije

U gradovima koji su postojali u Srbiji živelo je domaće stanovništvo, kao i izvestan broj stranaca. Srpsko stanovništvo u gradovima bilo je u pravnom pogledu izjednačeno sa sebrima, što se jasno vidi iz člana 94 Dušanovog zakonika, koji pominje *sebra u gradu ili u župe, ili u katunu.*[10] Bilo je sasvim uobičajeno da kada vladar daruje Crkvu, da joj poklanja sela i gradove. U povelji dodeljenoj manastiru svetog Arhanđela[11] u Lesnovu (izdata između 1347. i 1350), car Dušan kaže da je dao dvadeset kuća u Štipu (antički *Astibo,* danas u bivšoj jugoslovenskoj republici Makedoniji) Crkvi u baštinu **(Оузє свѣтоє царство ми оу градоу .к. коукьь, и то приложи свѣтоє царство ми подь црьковь Свѣтаго Архистратига Лесновскаго, да соу црькви сь всеми баштинами своими што си имаю оу градоу томь).**[12] Gradovi su pripadali ili vladaru, ili Crkvi ili vlasteli, tako da je gradsko stanovništvo podlegalo svim sebarskim obavezama. To se jasno može videti iz više odredaba Dušanovog zakonika. Član 169 pominje *gradove i trgove carstva mi,* a član 170 *gradove carstva mi.* U članu 7 čitamo: *I da postavi crkov velika*[13] *protopope*[14] *po vseh gradoveh i trgoveh.* Član 142 otpočinje rečima: *Vlastelom i vlasteličićem koim jest dalo carstvo mi zemlju i gradove.* Slično i član 184: *Vlastele i kefalije carstva mi koi drže gradove i trgove.*[15]

Stanovnici gradova nisu ulazi ni u sastav državnih sabora, kao neke vrste staleških skupština, kakve su postojale u zapadnoevropskim monarhijama.

2) Primorski gradovi

Poseban pravni status imalo je stanovništvo primorskih gradova koji su ulazili u sastav srednjovekovne srpske države, kao što su bili Drivast, Ulcinj, Bar, Budva i Kotor. Prava i obaveze stanovnika ovih gradova bila

---

184, kao i zbornik radova sa naučnog skupa o strukturi srednjovekovnih gradova u Srbiji, *Socijalna struktura srpskih gradskih naselja (XII-XVIII vek),* Smederevo – Beograd 1992.

[10] S. Novaković, *Zakonik Stefana Dušana cara srpskog 1349-1354,* Beograd 1898 (reprint 2004), str. 73 i 202 (u daljem tekstu *Zakonik*).

[11] Grčki **ἀρχάγγελος** = predvodnik anđela.

[12] *Zak. spom.,* str. 678, VII.

[13] Izraz „Velika Crkva" obično se odnosio na Carigradsku patrijaršiju, ali u Dušanovom zakoniku on označava Srpsku patrijaršiju.

[14] Izraz *protopopovi* izveden je od grčkog **πρῶτος** = prvi i srpskog *pop*, što je bio uobičajeni naziv za seoske sveštenike.

[15] Novaković, *Zakonik,* str. 133 i 247; 134 i 247; 12 i 155; 109 i 231; 142 i 258.

su regulisana gradskim statutima,[16] od kojih su sačuvani samo statuti Kotora i Budve. Barski statut je posrednim putem, na osnovu apelacionih presuda u Dubrovačkom i Mletačkom arhivu, delimično rekonstruisan (dvadesetak odredbi).[17] Ulcinjski statut takođe nije sačuvan, ali se u izvorima iz 1330. pominje zajedno sa statutom Bara, pa se pretpostavlja da je regigovan između kotorskog (1301) i budvanskog statuta (sredina XIV veka).[18]

1. Kotor – Kotorska opština bila je samostalna jedinica u okviru srednjovekovne Srbije, koja se sastojala od samog grada, neposredne gradske okoline nazivane *distrikt* i četiri župe – Grbalj, Bijela, Kruševice i Ledenice, koje je gradu poklonio srpski kralj Milutin (1306-1307). Praktično, to je bila teritorija današnje Boke Kotorske izuzev grada Herceg Novog.

U toku srpske vladavine (1186-1370) Kotor je uživao široku autonomiju, koja se zasnivla na gradskom Statutu, čije najstarije odredbe potiču iz 1301. godine. Iako je imao veliku samostalnost, Kotor je priznavao vrhovnu vlast srpskih vladara. Srpski kralj je imao uticaja na izbor kotorskog kneza, ali izvori nas ne obaveštavaju da li se tu radilo o pravim izborima ili samo o potvrdi vladara. Kotorski statut kaže da je knez *de mandato domini regis*. Kada je knez polago zakletvu obećavao je da će upravljati gradom *ad honorem domini regis.*[19] Ali, kada su ostali gradski magistrati polagali zakletvu nisu pominjali srpskog vladara. Srpski vladar je mogao pozvati nekog uglednog Kotoranina da stupi u kraljevu službu i u ime kralja obavi neke važne poslove. Ukoliko bi građanin Kotora to odbio morao bi da plati 2000 perpera, što je bila najviša globa predviđena Statutom. Polovina globe pripala bi srpskom vladaru. Isto tako je srpskom vladaocu pripadala polovina globe, koju su Kotorani plaćali svojoj Opštini, ako bi zakupili prodaju soli u Budvi, pod drugim uslovima, nego što su bili predviđeni u Statutu. Godine 1315. Opština je zabranila sađenje loze na zemljištu manastira svetog Đorđa (kod Perasta). Za krivce je bila određena kazna od 200 perpera. Od toga je 10 perpera pripadalo srpskom kralju.[20] Novac od ostalih globa, pripadao je Kotorskoj Opštini.

---

[16] Videti iscrpnu odrednicu *Statut* (Ž. Bujuklić), u *LSSV,* str. 702-707, sa detaljnim spiskom izvora i literature.

[17] S. Ćirković, *Srednji vijek* u „Bar pod Rumijom", Bar 1984, str. 9-34.

[18] Ž. Bujuklić, *Statut, LSSV,* str. 704.

[19] R. Mietum, *Statuta et leges civitatis Cathari,* Venetiis MDCXVI, cap. 32 et 25. Pošto je navedeno izdanje dosta teško pronaći u bibliotekama, odlomci iz Kotorskog statuta mogu se koristiti prema zbirci Stojana Novakovića, *Zakonski spomenici,* str. 1-21.

[20] *Ibid. Cap. 352, 311, 281.*

Odnosi između društvenih staleža, opštinsko zakonodavstvo i organizacija sudova bili su potpuno nezavisni od srpskih vlasti. Tu činjenicu posredno potvrđuje i Dušanov zakonik jer nijedan njegov član ne reguliše pravni položaj Kotora (niti bilo kog drugog primorskog grada), što je nesumnjivi dokaz njihove autonomije.

Stanovništvo Kotora delilo se na više društvenih slojeva. To su bili vlastela, puk, slobodni seljaci i kmetovi različitog stepena zavisnosti od feudalnog gospodara i, na dnu društvene lestvice - robovi.

Kotorski Statut naziva vlastelu *nobiles viri, nobilitas* i jedanput čak *sacra nobilitas* (cap. 2). U srpskim pravnim spomenicima oni se nazivaju *vlastela,* isto kao i povlašćeni stalež u Srbiji. Prva poznata kotorska vlastela pominju se u prepisu povelje iz 1124. godine. Ako je prepis verodostojan karakteristično je da od dvanaestorice vlastelina samo trojica imaju slovenska imena (*Dabrazza, Micha de Belez, Goislavus Derze*), dok su ostala romanskog porekla. To bi mogao biti dokaz da je vladajući stalež bio romanskog porekla, ali da je u četrnaestom veku slovenski element sačinjavao većinu građana. Odnosi između vlastele i puka nisu bili pravno regulisani sve do 1361. godine. Od tada je bilo propisano da članovi Velikog i Malog veća, a kasnije i Veća umoljenih, kao i najviši magistrati i sudije mogu biti samo iz redova vlastele.

Veliku većinu stanovnika Kotora sačinjavala je klasa koju Statut naziva *populus, illi de populo, populares* – puk. Pučani su se uglavnom bavili trgovinom i zanatima, ali su mogli i da obavljaju funkcije nižih magistrata, za šta su dobijali mesečnu platu. U petnaestom veku u gradu je živelo 800 pučanskih porodica, naspram samo 100 vlasteoskih.

Pravni spomenici nas obaveštavaju i o postojanju ropstva u Kotoru. Mada su robovi bili najčešće kućna posluga (izvori ih nazivaju *servi, servae, ancillae*), oni su mogli biti predmet robnog prometa. Najstariji podatak o trgovini robljem u Kotoru nalazi se u darovnici izvesnog Petra Crnog crkvi Svetog Petra u Selu kod Splita (oko 1080). U tom dokumentu se kaže da je Petar Crni kupio roba od Kotorana za tri solida.[21] U ugovoru između Dubrovnika i Kotora od 1279. godine, bila je dozvoljena trgovina robljem između dva grada i bila je utvrđena visina carine na roba ili ropkinju.[22] Kotorski Statut ne pominje trgovinu robljem: jedino je otac mogao da proda svoju vanbračnu kći u slučaju njenog nemoralnog ponašanja (cap. 210). Robom se postajalo rođenjem od roditelja robova ili kupovinom. Rob se mogao osloboditi samo voljom svoga gospodara. Često je

[21] F. Šišić, *Priručnik izvora hrvatske istorije,* Zagreb 1914, str. 282.

[22] J. Radonić, *Dubrovačka akta i povelje I,1* (*Acta et diplomata ragusina I,1*), Beograd 1934, str. 63.

vlastela testamentom poklanjala slobodu robovima. Takvi robovi nazivani su *liberticii* – oslobođenici (*liberati a servitute dominorum suorum*).[23] Ako rob ili ropkinja pobegne od svog gospodara i bude uhvaćen, gospodar je mogao da uradi sa njim što god je hteo, bez ikakve odgovornosti prema Opštinskim vlastima (*possit facere de eo vel eis quidquid sibi placuerit et Curia nullam poenam sibi imponere possit*).[24] Svaka osoba koja bi skrivala tuđeg, odbeglog roba morala bi da plati cenu roba, globu od deset perpera i visinu nadnice za svaki dan koji je rob proveo u njegovoj kući.[25] Naročito stroge kazne bile su predviđene za robove koji bi se usudili dići ruku na slobodnog čoveka. Ako je rob udario slobodnog čoveka nevlasteoskog porekla, bio je tučen. Ali, ako bi nasrnuo na vlastelina, udaran mu je pečat na licu, a potom je vođen kroz grad i pri tom šiban. Za napad na sebi ravne (robove), gospodar je umesto roba morao da plati tri perpera. Ako to gospodar nije hteo, rob je bio batinan.[26]

Seosko stanovništvo naziva se u Statutu *villani, villici* i *rustici.* Neki od seljaka su bili vlasnici svojih zemljišnih deonica, ali većina ih je radila kao kmetovi na vlasteoskim imanjima. Obaveze kmetova bile su regulisane posebnim ugovorima sa vlasnicima zemlje. Ugovor je mogao biti sklopljen u pismenoj formi, ali je češće bio usmen, vremenski ograničen (*ad tempus*) ili trajan (*ad perpetuum*). Najkraći zakupni rok bio je tri godine, ali u praksi ugovori su zaključivani na pet, deset, dvadeset ili čak i više godina, a ponekad i do kraja zakupčevog života (*in vita mea tantum*).

Zakonodavnu vlast u Kotoru vršilo je Veliko veće (*Consilium maius* ili *Consilium maius et generale*), sastavljeno isključivo od vlastelina starijih od 18 godina. Najviša izvršna vlast bila je poverena Malom veću (*Consilium minus*) od 13 članova. To su bili knez (*comes, rector*) i 12 većnika koje su birale sudije na period od godinu dana. Posle 1372 godine, broj većnika bio je sveden na 6. Prema podacima iz izvora, celokupno stanovništvo Kotora sačinjavalo je Narodnu skupštinu (*Concio publica*), koja je sazivana s vremena na vreme. Ali, izvori nam ne dozvoljavaju da zaključimo kakav je bio odnos između Skupštine i dva Veća. Izgleda da su u XIV veku sve odluke donosila Veća a da je narod, okupljen na gradskom trgu, davao svoj formalni pristanak vičući *placet* (dopada se) ili *fiat, fiat* (neka tako bude).[27] Veće umoljenih

[23] *Cap.* 220.
[24] *Cap.* 221, *De servis fugitivis.*
[25] *Cap.* 221.
[26] *Cap.* 119.
[27] Izvori ne potvrđuju izričito da su se odluke u Kotoru donosile na takav način, ali na osnovu podataka koje imamo o Dubrovniku, mogla bi se izvesti analogija. Videti F. Rački, *Nutarnje stanje Hrvatske prije XII vijeka,* Zagreb 1894, str. 187 i M. Rešetar, *Dubrovačko Veliko vijeće, Dubrovnik, revija,* Dubrovnik 1929, str. 3.

(*Consilium rogatorum*) bilo je nova ustanova, uvedena 1372. godine. Sastojalo se od 15 članova i vrlo brzo je koncentrisalo svu vlast u svojim rukama.

Na čelu uprave nalazio se knez (*comes, prior*), osoba bez nekog većeg uticaja, koji je zapravo bio samo *primus inter pares.* Pored toga Opština je imala veliki broj činovnika kao i notarijat (*notarius*), čiji je zadatak bio da sastavlja i čuva dokumenta.

U Kotoru su postojala dva suda: *Curia parva* (Mala kurija) i *Curia* (Kurija). Međutim, Mala Kurija nije predstavljala prvostepeni sud, a Kurija drugostepeni, već se u prvoj sudilo u sitnim sporovima vrednosti do 10 perpera, a u drugoj za vrednije sporove i teža dela. Priziv ili apelacija[28] bila je dozvoljena samo za sporove za koje se izricala kazna viša od 500. perpera i upućivala se najpre Papinom sudu u Rimu, a potom kolegiji školovanih pravnika u Padovi, Peruđi i Bolonji.[29]

2. Budva – Politički i ekonomski značaj Budve bio je daleko manji u poređenju sa ostalim primorskim gradovima u njenom susedstvu, kao što su bili Dubrovnik, Kotor, Bar i Ulcinj. Srednjovekovna Budva je obuhvatala malu teritoriju od svega nekoliko kvadratnih kilometara i malo ostrvo Sveti Nikola. Gradski Statut, nastao sredinom XIV veka,[30] naziva tu teritoriju „naša zemlja" (*terra nostra*), ali pravi jasnu razliku između gradskog jezgra zvanog *citta,* i okoline koja se naziva *distretto* (distrikt, oblast).[31]

Budva je ušla u sastav srednjovekovne srpske države između 1184. i 1186. godine, kada je Stefan Nemanja osvojio Bar, Ulcinj, Kotor i Budvu. Grad je ostao pod srpskom vlašću do smrti cara Uroša (1371), ali praktično grad je postao vlastelinstvo moćne porodice Balšića još 1360. godine. Od tada, pa sve do 1442. godine Budva je osam puta menjala gospodare, kada ju je po treći i poslednji put zauzela Mletačka Republika.[32]

Iako je Budva bila mala zajednica grad je imao svoju komunalnu organizaciju kao i ostali primorski gradovi, ali autonomija Budve je bila

---

[28] Videti odrednicu *Priziv, Apelacija* (S. Šarkić), u *LSSV,* str. 582-583.

[29] O Kotoru videti detaljnu studiju I. Sindika, *Komunalno uređenje Kotora od druge polovine XII do početka XV stoleća,* Beograd 1950.

[30] Originalni tekst iz XIV veka, pisan na latinskom nije sačuvan. Do nas je stigao samo italijanski prevod s kraja XVII veka, koga je izdao S. Ljubić, *Statuta et leges civitatis Buduae, civitatis Scardonae, et civitatis insulae Lesinae, Monumenta historico-iuridica Slavorum meridionalium, pars I, vol. III,* Zagreb 1882-1883. Tekst Statuta preveo je na srpski N. Vučković, *Srednjovekovni statut grada Budve,* Budva 1970. Najnovije izdanje Statuta, *Statut Budve,* priredili N. Luketić i Ž. Bujuklić, Budva 1988, sadrži italijanski tekst na osnovu Ljubićevog izdanja i Vučkovićev prevod.

[31] O Budvi videti vrlo dokumentovanu knjigu Ž. Bujuklića, *Pravno uređenje srednjovekovne budvanske komune,* Nikšić 1988.

[32] Videti I. Sindik, *Odnos grada Budve prema vladarima iz dinastije Nemanjića, Istoriski časopis* VII (1957), str. 23, nap. 1.

znatno uža nego što je to bio slučaj sa Kotorom.[33] Odnosi između srpskoga cara i Budvanske opštine bili su regulisani u prva četiri poglavlja Statuta. Kada Gospodin Car (*misser lo imperador*) dođe u grad imao je pravo na tri obeda – *tre manzari,* što je prevod srpske feudalne dužnosti zvane *obrok.* Isto pravo imali su carevi glasnici (*nuntio*) i poslanici (*ambasador*). Osnovni porez koga je Budva plaćala srpskom vladaru zvao se *akrostih* **(акростикь, άκρόστιχον,** *acrostico*) i spomenut je tri puta u prvom poglavlju Statuta.[34] Najpre je rečeno da 5 perpera od akrostiha pripada gradskome Knezu (*conte*), koji je bio carev dostojanstvenik, koga je imenovao srpski vladar. Opština je imala obavezu da plati 10 perpera carevom *kaznacu* (rizničaru) kada bude skupljao akrostih. I najzad, Budva je morala da plati jedanput godišnje 100 perpera manje 4 dinara srpskome caru.

Budva je morala da se odazove vojnom pozivu srpskoga vladara, ali samo ako car zalazi u oblast između Skadra (današnji *Shkodër* u Albaniji), Kotora i Zete. U tom slučaju Budva je morala da stavi caru na raspolaganje četu od 50 vojnika.

Sudska autonomija Budve bila je dosta ograničena. Za određene sporove bio je nadležan srpski „carski" sud. To su bila krivična dela izdaje (*infedeltade*), ubistva (*homisidio*), zlostavljanje robova ili robinje (*de servo et de serva*), i krađa ili ubistvo konja (*de cavallo rubato o morto*).[35]

Zakonodavnu vlast u Budvi vršilo je Gradsko veće, koje je za vreme mletačke vlasti nazivano Veliko veće (*Consiglio Maggiore*). Izvori nam ne dozvoljavaju da zaključimo da li su članovi veća bili samo vlastela (*gentil'huomeni*) ili je to mogao postati i svaki stanovnik grada. Za vreme srpske vladavine Statut pominje 8 savetnika (*consiglieri*) i tri sudije (*giudici*), čiji zadatak je bio da se brinu o gradskim prihodima i porezima. Kada je Budva pala ponovo pod vlast Republike Svetog Marka (Venecije)

---

[33] Videti Bujuklić, op. cit. str. 25, nao. 3.

[34] Isti porez plaćao je i Bar. Videti odrednicu *Akrostih* (Đ. Bubalo) u *LSSV,* str. 4-5.

[35] *Stat. Bud.* Cap. 3. Poređenja radi navešćemo šta je u Srbiji sudio takozvani „carski" ili državni sud. Sudio je vlasteli, stanovnicima vladarevih domena i svim sebrima za sva ona dela koja su bila izuzeta iz nadležnosti vlastelinskih sudova, za takozvane „carske dugove." To su bili „nevera" (izdaja, ili tačnije otkazivanje vazalne zakletve - *diffidatio*), „provod" ili „prejem ljudski", tj. pomaganje tuđem merophu da pobegne od svoga gospodara, „vražda" (ubistvo), „krv" (ranjavanje), „konj" ili „svod konjski", tj. krađa ili samovlasna zaplena konja i „zemlja" (parnice oko svojine na zemlji). Izvori spominju „gusara i tata" (razbojnika i lopova), odnosno razbojništvo i krađu i „razboj vladičanski" (silovanje vlastelinke). Detaljnije videti T. Taranovski, *Istorija srpskog prava u nemanjićkoj državi, IV deo, Istorija sudskog uređenja i postupka,* Beograd 1935, str. 154-158 = *Klasici jugoslovenskog prava, knjiga 12,* Beograd 1996, str. 705-709, i S. Šarkić, *Srednjovekovno srpsko pravo,* Novi sad 1996, str. 116-117.

izvršna vlast prešla je u nadležnost Malog veća (*Consiglio piccolo*). Budvanski knez je bio stranac (*conte*) koji je upravljao gradom u ime srpskoga cara i koji nije morao živeti u gradu. Ali, ako bi se odlučio da živi u Budvi, Opština je morala da mu obezbedi kuću za život. Kada bi došao u grad da preuzme dužnost, imao je pravo na tri obroka (*tre manzari*), kao što je to bio slučaj sa carem, njegovim glasnicima i poslanicima. Knez je morao da se zakune da će poštovati sve stare običaje i propise koji su bili zapisani u Statutu. Ako bi on odbio da to učini, Opština je imala pravo da ga na to prinudi

Statut pominje sudije (*giudici*) i dugačku listu gradskih činovnika.[36]

3) Gradovi osvojeni od Vizantije

Gradovima koje je osvojio od Vizantije (Ser, Verija, Kastorija, Jeris, Trikala, Trilis, Vront, Kavala i drugi) car Dušan je potvrdio sve privilegije koje su imali i u vreme vizantijskih careva. O tome jasno govori član 124 Zakonika: *Gradove grčci, kojeh jest prijel gospodin car, što im jest učinil hrisovulje i prostagme,*[37] *što si imaju gde i drže do sijega-zi sabora*[38] *to-zi da si drže i da im jest tvrdo, i da im se ne uzme ništo.*[39] Ista odredba može se naći i u drugom delu Zakonika (proglašenom 1354), u članu 137: *Hrisovulji carstva mi što su učinjeni gradovom carstva mi, što im piše, da im nest voljan potvoriti ni gospodin car ni in kto. Da su hrisovolji tvrdi.*[40] U članu 137 grčki (vizantijski) gradovi nisu izričito pomenuti, tako da se može postaviti pitanje da li su se pomenute povlastice odnosile i na srpske gradove. Ali, kako je Taranovski istakao,[41] taj član se odnosi samo na vizantijske gradove, čemu ide u prilog i stilizacija člana 176, naslovljenog *O gradoveh* (O gradovima): *Gradove vsi po zemlji carstva mi da su na zakone o vsem kako su bili u prvih car. A za sudove što imaju među sobom da se sude pred vladalci gradskimi i pred crkovnim klirosom. A kto župljanin pri graždanina, da ga pri pred vladalcem gradskim i pred crkvom i pred klirosom po zakonu.*[42] Reči *kako su bili u prvih car,* pokazuju da se član 176 odnosi na vizantijske gradove, a ne na gradove uopšte, kao što je napisano u naslovu. „Prvi carevi“ su van svake sumnje

[36] Detaljno o tome Bujuklić, op. cit. 54-64.

[37] Grčki **πρόσταγμα,** carska naredba sa snagom zakona. Videti odrednicu *Prostagma* (B. Ferjančić) u *LSSV,* str. 591.

[38] Sabor od 21. maja 1349, kada je zakonik proglašen.

[39] Novaković, *Zakonik,* str. 95 i 221.

[40] Novaković, *Zakonik,* str. 104 i 227.

[41] T. Taranovski, nav. delo I, str. 87 = str. 127-128.

[42] Novaković, *Zakonik,* str. 137-138.

vizantijski carevi, koji su vladali ovim gradovima pre Dušanovih osvajanja. Član se poziva na učešće crkvenih velikodostojnika u sporovima koji su se vodili pred gradskim sudovima, što je bila karakteristika odganizacije vlasti u vizantijskim gradovima.[43]

*
* *

Iako gradsko stanovništvo nije predstavljalo autonoman stalež u srednjovekovnoj Srbiji, car Dušan u više članova Zakonika pokazuje staranje o gradovima kao vojnim, upravnim i ekonomskim centrima. Član 127 propisuje obavezu obnavljanja porušenih kula i gradova (takozvano *gradozidanije*). U nekoliko članova spominje se grad kao administrativni centar župe (članovi, 7, 63, 142, 184). Član 120 štiti prava slobodne trgovine: *Carinik carev da nest voljan zabaviti ili zadržati koga človeka da mu kuplju prodast u bescenije; voljno da prihodi vsaki po trgoveh i voljom da pohodi vsaki svojom kupljom.* Slično propisuje i član 121: *Da nest voljan vlastelin ni mal ni velik, ni kto ljubo, zadržati i zaručiti svoje ljudi ili ine trgovce da ne gredu na trgove careve. Da grede vsak svobodno*). Član 122 naređuje: *Ako li koji vlastelin zadrži trgovca, da plati 300 perper; ako li ga carinik zadrži, da plati 300 perper.*[44] Kao što se jasno vidi trgovišta su bili centri privrednog života. Novac se mogao kovati samo u gradovima, što je naređeno članovima 168, 169 i 170.

Član 168 glasi: *Zlatara u župah i u zemlji carstva mi nigde da nest, razve u trgoveh gde jest postavilo carstvo mi dinare kovati.*

Član 169: *Ašte li se obrete zlatar osven gradov i trgov carstva mi u kojem sele, da se to-zi selo raspe i zlatar iždene. Ako se obrete zlatar u gradu kove dinare tajno, da se zlatar iždeže i grad da plati globu što reče car.*

Član 170 glasi: *U gradoveh carstva mi da stoje zlatarije i da kovu i ine potrebe.*[45] Najzad, član 125 izuzima gradove od *priselice,* obaveze izdržavanja državnih činovnika: *Gradovom da nest priselice, razve koji ide župljanin, da hodi k stanjaninu, ili mal ili velik, da mu preda konj i stan vas, da ga sbljde stanjanin sa vsem. I kada si pojde on-zi gost, da mu preda stanjanin vse što mu bude prijel; ako li mu bude što poginulo, vse da mu plati.*[46]

---

[43] Videti M. Živojinović, *Sudstvo u grčkim oblastima srpskog carstva, Zbornik radova vizantološkog instituta* 10 (1967), str. 197-249.

[44] Novaković, *Zakonik,* str. 92-94 i 218-219.

[45] Novaković, *Zakonik,* str. 133-134 i 247.

[46] Novaković, *Zakonik,* str. 96 i 222.

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

Townsmen in Mediaeval Serbia

Abstract

Urban population in mediaeval Serbia was legally and actually heterogeneous class. Their name – građani (townsmen) comes from Serbian word grad, meaning town, city. Grad (town) was originally the fortified place where the population could find the shelter. Later on, the people were settling around the fortress, occupying themselves with trade and artisans. The majority of the population lived in podgradije (suburbs), that is to say under and around the city walls. Besides the towns Serbian legal sources mention the market-towns (trgovi, singular trg), unfortified settlements where the goods were exchanged. Towns and market-towns are metioned side by side in several articles of Dušan's Code, so we can suggest that they had the identical legal status.

Urban population in entierety did not represent in the mediaeval Serbia the unique, autonomous class (tiers état), like it was case in the West-European monarchies. Trying to explain the legal status of Serbian towns and its population we can speak on three different types of towns: 1) towns in interior of Serbia; 2) maritime towns, and 3) towns conquered from Byzantium.

In the towns in interior of Serbia lived the Serbian population and foreigners. Serbian population living in towns was equal in legal rights to the commoners. That fact could be clearly sees from the article 94 of Dušan's Code that mentions a commoner, whether in a city, county or in a mountain district...

Special legal status had the population of littoral cities that made a part of the mediaeval Serbia, such as Drivast, Ulcinj, Bar, Budva and Kotor. Legal rights of those townsmen were regulated by the city statutes, from which survived only the statutes of Kotor and Budva.

Tsar Dušan confirmed to the towns conquered from Byzantium all the privileges they had under the Byzantine Emperors.

Although the citizenry did not represent the autonomous class in the mediaeval Serbia, Tsar Dušan several times in his Code shows the care for towns as military, administrative and economic centres.

Key words: towns, market-places, suburbs, autonomy, Kotor, Budva, Byzantine towns, Dušan's Code.

Originalni naučni rad 502/504:061.1EU

Akademik Jožef Salma, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SMERNICE I UREDBE EVROPSKE UNIJE O ZAŠTITI ŽIVOTNE SREDINE*

Sažetak: *Autor u ovom radu analizira smernice i uredbe Evropske unije (Parlamenta i Saveta EU) koje se odnose na zaštitu životne sredine (vode, vazduha i zemljišta). S obzirom na to da obim emisije često prevazilazi okvire lokalne zajednice, regiona, i poprima prekogranično dejstvo, a nekada i globalno, smernice i uredbe Evropske unije nastoje da daju osnove za harmonizaciju nacionalnih propisa na tlu Evrope. I to kako u pogledu evidencije nosilaca opasnih stvari i delatnosti, tako i u pogledu potrebnih mera za sanaciju zagađenja, te i za mere koje služe sprečavanju većih ekoloških nesreća.*

Ključne reči*: zaštita životne sredine, voda, vazduha i zemljišta, smernice i uredbe EU o životnoj sredini.*

I
Uopšte

Zaštita životne sredine (zemljišta, voda i vazduha, biosfere, zdravlja i kulturne baštine ljudi) je važan problem današnjice, ako se ima u vidu mnogo puta naglašena sintagma o *održivom razvoju*. Zaštita ugrožene životne sredine uz održivi razvoj nema odjeka samo u pravu, ali je pravo centralno sintetičko sredstvo njenog ostvarivanja. Operacionalizacija sintagme o održivom razvoju u svetlu potrebe za povećanom zaštitom životne sredine, u pravu se najčešće shvata kao *koordinacija* različitih grana prava u pogledu ekološke *prevencije* i ekološke *sanacije* u uslovima

* Članak je nastao kao rezultat rada na naučnoistraživačkom projektu br. 179079 pod nazivom *Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo* koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

ugrožene ili narušene životne sredine. Dugo vremena je trebalo za implementaciju ovih ekoloških načela u pravo. Kod nas još uvek nije posvećeno dovoljno pažnje legislativi iz ove oblasti, uprkos lošem (regionalnom i nacionalnom) ekološkom stanju. Međutim, i šire gledano, napredak tehnologije XX veka je usmeren na ekonomske efekte koji često nisu propraćeni adekvatnom *tehnologijom* zaštite životne sredine, iako je ona trebalo da bude paralelna i da otkloni negativne efekte tehnoloških zagađenja životne sredine.

Kao posledica, nastao je jedan od *globalnih problema*, a to je povećana zagađenost životne sredine. Ono što je u XIX veku bio problem tzv. *susedskih imisija* (dim, potresi, buka i sl.), tj. zagađenja prostora susedske nepokretnosti, postao je počev od druge polovine XX veka, a i danas u drugoj deceniji XXI veka problem *opštih imisija*, tj. narušavanje pojedinih elemenata životne sredine koji se više ne prostire samo na domen vlasnika susedskih nekretnina, već se proteže i na ceo lokalitet, region, odnosno daleko šire, na prostore nezavisno od državnih granica (ugljen monoksid, staklena bašta i smanjenje ozonskog omotača i dr.). U tom smislu su imisije postale globalni problem. Ispuštanje štetnih materija u *vodotoke* i vodne recipijente je samo trenutno regionalni problem. *Navodnjavanje* poljoprivrednog zemljišta *zagađenom vodom dovodi i do zagađenja poljoprivrednog zemljišta, samim tim i flore i faune, sa uticajem na ljudsko zdravlje*, ako ne odmah, onda vremenom. Žito proizvedeno u Vojvodini i Srbiji, ako sadrži supstance zagađenog zemljišta ili voda, može da se nađe na bilo čijem stolu, ali isto tako i ljudska hrana životinjskog porekla proizvedena u drugoj zemlji koja sadrži pesticide biljnog porekla ili antibiotičkog ili drugog stimulansa rasta, može imati uticaja na ljudsko zdravlje, ako ne odmah, onda kasnije.

Atomska postrojenja koja su od sredine XIX veka počela da proizvode jeftine energente, i samim tim, dovela do značajnog napretka, zbog nedovoljne tehnološko - ekološke sigurnosti su incidentalno ugrozila životnu sredinu na širim prostranstvima, u uslovima sadejstva vis maior-a. Kako se pokazalo, u pogledu trajnih štetnih ekoloških posledica, Černobil se nije ticao samo Ukrajine, niti se najnovija (2011) japanska atomska energetska katastrofa, ograničavala samo na Japan.

U traganju za energetskim potencijalima, u domenu *neobnovljivih prirodnih resursa*, tehnologija je značajno uznapredovala, tako da se danas nafta uspešno crpi iz morskog dna. No, tehnologija crpljenja nije uvek bila na visini zadatka, pošto je dovela do brojnih *ekoloških katastrofa u moru i okeanima*, sa lokalnim i globalnim posledicama, koje se ne mogu odmah u celini sagledati.

Nije slučajno da se u evropskom ekološkom pravu razvila *doktrina o održivom razvoju*, tj. razvoju uz dužnu pažnju prema životnoj sredini, prijateljstvo sa tehnološkom evolucijom, ali uz nastojanje da se saniraju negativni ekološki uticaji tehnologije. To podrazumeva da kod novih tehnoloških aglomerata treba uključiti u investicioni plan *prethodnu ekološku analizu*, radi sagledavanja potrebe za prevencijom eventualnih ekoloških rizika pre realizacije.

U pogledu zaštite životne sredine privreda i organi vlasti (države, regiona, lokalne samouprave), kao i ekološke organizacije, treba da *sarađuju koordinisano*, kako na planu evidencije stanja, tako i u pogledu preduzimanja potrebnih mera prevencije i sanacije.

Danas, ali ne samo danas, već počev od osamdesetih godina prošlog veka austrijski autor Bernard Rašauer (Bernhard *Raschauer*) i njegovi saradnici u novom delu o pravu zaštite životne sredine ovu oblast vide kao *pravni interdisciplinarijum* (Umweltrecht, Wien, 2011), te prihvataju kompleksan pravni pristup, pri čemu nije dovoljna samo *ekološka svest*, već i ozbiljan i seriozan pravni pristup. Od tada ekološka zaštita nije više samo *trošak*, već *doprinos privređivanju*. Zdrava, kontrolisana hrana, mogući čisti vodotoci, vazduh i zemljište, kao prirodom stvorene vrednosti, kao i veštačke tvorevine (delo ljudske izgradnje, posebno naselja), su sastavni deo *kulturnog* npr. *turističkog, zdravstvenog* ambijenta. Oni postaju značajne komponente *privređivanja*, kao i motivacije inostranog i domaćeg investicionog ulaganja. Razvoj tehnologije treba da je usmeren tim ciljevima, tj. zdravoj životnoj i kulturnoj sredini.

II
Smernice i uredbe evropskog ekološkog prava

A. Pojam smernica i uredaba u evropskom pravu uopšte, nacionalni ekološki kodeksi

Smernice (Richtlinien) Parlamenta i Saveta Evropske Unije služe za *harmonizaciju* nacionalnih prava. Sadrže zajedničke ciljeve kojima treba da teže članice. One obavezuju punopravne članice, ali ne na doslovno preuzimanje. Nacionalna zakonodavstva imaju samostalnost u pogledu njihove implementacije u nacionalni pravni poredak, do mere da ne „ugroze" zajedničke ciljeve. U domenu zajedničkog evropskog ekološkog prava retke su **uredbe** (Verordnungen)[1], tj. tip normi evropskog prava koje se na *područjima puno-*

[1] Kao što je npr. *Uredba Evropske zajednice* (EG) o slobodnom učešću u organizacijama u okvirima Zajednice, organizovanih radi ekološkog menadžmenta i kontrole ekološkog privređivanja, br. 1221/2009/Verordnung EG Nr. 1221/2009 über freiwillige Teil-

pravnih članica primenjuju bez postupka ratifikacije, a na osnovu Ugovora o punopravnom učlanjivanju u EU koji zaključuje Evropska unija sa budućim članom. Taj ugovor, naime, podrazumeva ustupanje dela legislativnog ovlašćenja zemlje u korist zajedničkog evropskog prava, odnosno obavezu harmonizacije unutrašnjeg prava sa zajedničkim ciljevima. Od vremena punopravnog učlanjivanja novoprimljene zemlje, preko svojih izabranih evropskih parlamentarnih pretstavnika utiču na dalji tok zajedničke regulative u Evropskom Parlamentu i Savetu – koji inače imaju legislativnu ulogu. Novoprimljene zemlje su pre prijema u pogledu postojećih Smernica uglavnom postupile tako, što su ih bez naročitog prilagođavanja, u celini, bez izmena, unele u svoje nacionalno zakonodavstvo, iako je bilo prostora za njihovo prilagođavanje u granicama postavljenih ciljeva. U periodu harmonizacije ove zemlje su, pre postizavanja punopravnog članstva, postojeće smernice aktom ratifikacije unele u svoje nacionalno zakonodavstvo. Takva zakonodavna tehnika je imala prednost u tome što je ubrzala postupak harmonizacije.

U savremenom evropskom *zajedničkom pravu nema* **ekološkog kodeksa**, ali su brojne zemlje Evropske unije donele svoje *nacionalne ekološke kodekse* (npr. Nemačka, Austrija). Izvan tih kodeksa razvijeno je i *vankodeksno ekološko nacionalno zakonodavstvo*, koje se bavi različitim aspektima i područjima ekološke zaštite, kao što su zakoni o odgovornosti za *atomske štete*, o zaštiti *kvaliteta voda, zemljišta i vazduha*, o *praćenju* (evidenciji) kvalitativnog odn. kvantitativnog stanja voda, zemljišta i vazduha, zakonodavstvo o *prethodnoj ekološkoj kontroli* novih tehnoloških aglomerata, zakonodavstvo o *dozvoljenim graničnim vrednostima* zagađenja, zakonodavstvo o *ekološkim havarijama, o zaštiti od buke i potresa,* i dr.

Nacionalna prava su uglavnom vođena uporedivim ciljevima **(načelima)** *prevencije*, *restitucije*, *održivog razvoja*, *predostrožnosti*, *evidencije* i *saradnje* na nacionalnom i međunarodnom planu, kao i ciljevima o *informaciji* stanja.[2]

B) Zajedničko evropsko ekološko pravo

Zajedničke evropske norme su doživele značajnu evoluciju u periodu od *osamdesetih godina prošlog veka do danas* (2011). One su pre svega pojedinačne smernice koje su ponekada i dopunjene, izmenjene, te je

---

nahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmenagemenet und Umweltsbetriebsprüfung (EMAS)/. V. npr. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umwelterecht, Wien, 2011, str. 83. i dr.

[2] V. npr. *Bándi* Gyula, Környezetjog (Pravo zaštite životne sredine), Budapest, Osiris Kiadó, 2004 i dalja izdanja, str. 27-44.

neophodno radi njihovog pregleda izvršiti potrebnu klasifikaciju. U pregledu koji sledi daju se smernice nezavisno od njihovog hronološkog reda, a koliko je to moguće, u zavisnosti od tematskog reda.

Smernica o javnosti informacija o ekološkom stanju. Ova, i za nas veoma značajna, Smernica nastala je 2003. godine.[3] Propisuje se pravo fizičkih i pravnih lica na informaciju o stanju životne sredine.[4] U pogledu Vojvodine, to bi značilo, na primer, informaciju o kvalitativnom stanju voda reke Begej, Tise, vodnog stanja Vrbasa, jezera Palić i dr., o izvršenim ulaganjima na planu prevencije i restitucije kvalitativnog stanja. Na to obavezuje i važeće vodno zakonodavstvo Republike Srbije u pogledu evidencije zagađivača, i u slučaju zagađenosti, predlaganje mera, što je zadatak područnih javnih vodnih preduzeća. Problem jeste lokalan, ali je i regionalan, a samim tim i nacionalan, tj. tiče se cele države.

Smernica o učešću javnosti pri izradi planova i programa zaštite životne sredine. Ona (Smernica 2003/35/EG)[5] se odnosi na učešće javnosti pri izradi ekoloških planova i programa, odnosno, na izmenu Smernice 85/337/EG i 96/61/EG, posebno, u pogledu participacije pristupa javnosti sudskim organima. Usaglašavanje unutrašnjeg zakonodavstva za članice EU bilo je do 2005. godine.

Smernica o odgovornosti za sprečavanje i sanaciju ekoloških šteta. Ova (Smernica – 2004/35/EG)[6] je zajednička smernica Evropskog Parlamenta i Saveta Evropske Unije, čiji je cilj da stvori okvirni poredak (Ordnungsrahmen) za prevenciju i sanaciju ekoloških šteta na osnovama društveno podnošljivih troškova, na područjima punopravnih članica.[7] Pod pojmom ekoloških šteta, podrazumevaju se, pored povrede flore i faune, štete nastale putem unošenja štetnih elemenata u vazduh, u vodu i zemljište, posebno povreda zaštićenih vrsta ili zaštićene prirodne životne sredine.[8] Definicija i pravno regulisanje zaštićenih vrednosti prirodne životne

---

[3] Richtlinie 2003/4/EG über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG, Abl I. vom 14. 2. 2003, str. 26. In: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umwelterecht, Wien, 2011, str. 1. i dr.

[4] V. čl. 8. Smernice 2003/4/ EG.

[5] Richtlinie 2003/35/EG über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitng bestimmter Umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EWG in Bez auf die Öffentlickeitbeteiligung den Zugang zu Gerichten, In: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umwelterecht, Wien, 2011, str. 11. i dr.

[6] Richtlinie 2004/35/EG über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden ABl 1.143 vom 30.04. S. 56, kao i in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 21.

[7] V. ibid, čl. 1 st. 3. Članice mogu nacionalnim pravnim propisima predvideti podelu troškova u slučaju više učesnika u prouzrokovanju štete, po st. 22.

[8] V. ibid, st. 3. i 4.

sredine spadaju u domen nacionalnog zakonodavstva.[9] Ocena ekoloških šteta na zemljištu zavisi od prethodnog postupka ocene rizika i treba, pre svega, da obuhvati opasnosti od šteta koje utiču na ljudsko zdravlje, što se shodno odnosi i na profesionalne delatnosti. To se posebno proteže na rizike od atomskih šteta, koje se imaju strogo kontrolisati, saglasno Evropskom Atomskom Sporazumu, kao i odgovarajućim propisima Unije. Smernica ne dira u pravila o klasičnoj građanskopravnoj odgovornosti za ekološke šete.[10] Lica koja su pogođena ili ugrožena ekološkom štetom treba da budu ovlašćena da kod nadležnog organa zatraže preduzimanje mera, pri čemu će organ ocenjivati ravnotežu interesa.[11] Naležni organ je ovlašćen da nakon primenjenih preventivnih i sanacionih mera zatraži od imitenta povraćaj troškova tih mera.[12] Pri tome je potrebno voditi računa da preduzete mere budu primerene povredi interesa oštećenog, imaoca pogona od kojeg ekološka povreda potiče, kao i ostalih zainteresovanih subjekata.[13]

Smernica o kontroli ekološke podnošljivosti kod određenih javnih i privatnih projekata (Smernica 85/337/EG).[14] Cilj Smernice je uvođenje

---

[9] Ipak, iako ostavlja prostor nacionalnom zakonodavstvu, Smernica sadrži i bliže definicije. Tako, na primer, pod ekološkom štetom na vodama se podrazumevaju značajna štetna dejstva na ekološko, hemijsko i kvantitivno stanje kao i ekološki potencijal pogođenih vodnih dobara. (Čl. 2. tač. 1. st. b). Pod oštećenjem zemljišta se smatra svaka nečistoća koja predstavlja vidan rizik uticaja na ljudsko zdravlje, na osnovu direktne ili indirektne konzumacije materijala, proizvoda, organizama ili mikroroganizama koji potiču iz površinskog ili dubinskog dela zemljišta. (Čl. 2. tač. 1. st. c). Pod štetom ili povredom (oštećenjem) se podrazumeva neposredno ili posredno nastupajuća, utvrdiva negativna promena prirodnih resursa ili zadiranje u funkciju resursa. (Čl. 2. tač. 2.).

[10] V. ibid, čl. 1. st. 5-11. Imaju se u vidu i međunarodni sporazumi, kao što je Sporazum od 27. novembra 1992. i od 23. marta 2001. godine o građanskopravnoj odgovornosti za naftno zagađenje; Sporazum o građanskopravnoj odgovornosti i odšteti za štete nastale povodom uvoćenja štetnih i opasnih materijala u more, od. 3. maja 1993; internacionalni Sporazum o građanskopravnoj odgovornosti za štete nastale prilikom drumskog, železničkog i brodskog prevoza opasnih materijala od 10. oktobra 1989; Pariški Sporazum o odgovornosti prema trećima u oblasti transporta električne energije, sa Briselskim Dodatnim Sporazumom od 31. januara 1963; Bečki Sporazum o graćanskopravnoj odgovornosti za nuklearne štete od 21. maja 1963; Sporazum o dodatnim odštetnopravnim prestacijama povodom nuklearnih šteta od 12. septembra 1997; Zajednički Protokol od 21. septembra 1988. o primeni bečkog i pariškog Sporazuma; Briselski Sporazum o civilnopravnoj odgovornosti za ispuštanje atomskog otpadnog materijala u more od 17. decembra 1971. V. Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 38-39.

[11] V. ibid, čl. 1. st. 25.

[12] V. ibid, čl. 1. st. 23.

[13] V. ibid, čl. 1. st. 24.

[14] Amtsblatt L. 175 vom 5. 7.1985, S. 4o, izmene: 1 ABl 73 od 14. 3. 1997, S. 5 (Rl 97/11/ EG); 2 Abl L 156 vom 25. 6. 2003. str. 17 (Rl 2oo3/35/EG); 3 ABl L 140 od 140

kontrole ekološke podnošljivosti kod javnih i privatnih projekata koji mogu imati znatan ekološki uticaj.[15] U ovoj Smernici se pod *projektom* podrazumeva preduzimanje građevinskih i sličnih objekata, odnosno postrojenja, druga zadiranja u prirodu i zemljište. Obuhvata i radnje kojima se uređuje zemljište. *Nosilac projekta* je onaj koji je podneo zahtev za odobrenje (izdavanje dozvole) privatnog projekta, ili organ uprave koji ima nameru da sprovede neki projekat. Pod *dozvolom* se podrazumeva odluka nadležnog ili nadležnih organa na osnovu koje nosilac projekta ostvaruje ovlašćenje za sprovođenje (realizaciju) projekta.[16] *Ekološka podnošljivost* se procenjuje zasebno za svaki pojedinačni slučaj (saglasno čl. 4 bis do 11 ove Smernice) u pogledu neposrednog ili posrednog dejstva projekta na ljude, floru i faunu, zemljište, vode, vazduh, klimu i region (Landschaft), na telesna dobra (stvari), na kulturno nasleđe, kao i na povratni međusobni uticaj ovih faktora.[17]

Podnosilac zahteva za odobrenje projekta je dužan da dostavi nadležnom organu propisane *informacije* vezane za cilj projekta i o verovatnom ekološkom uticaju, kao i mere koje projektant predviđa za sprečavanje ekološke štete.[18] Zemlje članice su dužne da obezbede u svojim nacionalnim proceduralnim propisima pravni (pravosudni) i upravni put za utvrđivanje propusta, odn. povrede prava u postupku izdavanja prethodne ekološke dozvole. [19]

Uredba o ustanovljenju Evropskog registra štetnih materijala i o njihovom upravljanju (Uredba EG br. 166/2006).[20] Ova Uredba je jedan od značajnih ekoloških propisa EU u oblasti zaštite životne sredine koji se *direktno primenjuje* na područjima punopravnih članica zasnovan na ugovoru o punopravnom učlanjenju. Cilj je da se ustanovi evropski registar štetnih materijala i otpada kao i registar o njihovom zbrinjavanju, sve radi lakog i besplatnog pristupa javnosti ekološkim informacijama, po-

od 5.6.2009, S 114 (RL. 2009/31/EG). V. i: Richtlinie 2001/42/EG über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, ABl 197 vom 21. 7. 2001, S. 30, in : Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 55.

[15] Ibid, čl. 1, st. 1., v. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 42.

[16] Ibid, čl. 1. st. 2.

[17] Ibid, čl. 3.

[18] Ibid, čl. 4. i 5, kao i Prilog I i II uz Smernicu. V. bliže in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 43, 62-63.

[19] Ibid, čl. 1o a, in:Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 46.

[20] Verodnung (EG) Nr. 166/2006 über die Schaffung eines Europäischen Schadstoffferisetzung- und Verbringungsregisters, Abl L 33 vom 4.2. 2006, S.1, in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 65-82. Izmene: 1. Abl L vom 18. 7. 2009., S 14 (VO 596/2009).

sebno o štetnim materijalima, o preduzetim merama, kao i o nadzoru, saglasno međunarodnim propisima (UN-ECE Protokoll), o utvrđenim prioritetima, o merama i programima ekološke politike Evropske Zajednice, kao i u državama članicama. Integrisani registar (PRTR) traži *saradnju* javnosti, industrije, nauke, lokalnih samouprava, nevladinih organizacija i ostalih nosilaca odlučivanja, *povodom stvaranja integrisanog evropskog registra podataka od značaja za buduće odlučivanje o ekološkim pitanjima*, pri čemu se ustanovljavaju i odgovarajući evropski organi (Komisija EU, u saradnji sa evropskom Agencijom za zaštitu životne sredine)[21] koji se staraju o integralnom registru. Potrebne ekološke informacije podnose za svoju teritoriju države članice.[22] Zemlje članice su obavezne da svojim propisima obezbede sudsku zaštitu prava na informisanje.[23] Prilog I Uredbe sadrži spisak obuhvaćenih *delatnosti*, kao npr. u energetskom sektoru, u sektoru naftne i gasne industrije, u oblasti industrijske upotrebe odn. prerade uglja, metala, proizvodnje čelika, industrije prerade mineralnih sirovina, cementa, azbesta, hemisjskih postrojenja za industrijsku proizvodnju fosfora, hemijskih proizvoda za zaštitu bilja i biocida, industrije hlora, fluora, amonijaka, nemetala, metaloksida i sl. neorganskih materijala povezanih sa kalcijumkarbidom, silicijumom ili sl., delatnost upravljanja otpadima i otpadnim vodama i dr.[24] Prilog II Uredbe sadrži spisak *štetnih materijala* koji treba da se evidentiraju u registru, kao što je metan, ugljen monoksid, amonijak, fosfor, fluor, arsen i dr. [25]

Nije bez značaja ni *Uredba o slobodnom (dobrovoljnom) učešću organizacija radi stvaranja sistema ekološkog menadžmenta i ekološkoj kontroli evropske zajednice* (Uredba EG br. 1221/2009).[26] Zaključak br. 1600/2002/EG Evropskog Parlamenta i Evropskog Saveta od 2. jula 2002. godine o šestom akcionom programu Evropske Zajednice se odnosi na poboljšanje *saradnje i partnerstvo sa preduzetnicima* kao strategijski koncept radi ostvarivanja ekoloških ciljeva. *Dobrovoljnost* obave-

[21] Ibid, v. čl. 10, čl. 12, i čl. 13. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 70.

[22] Ibid, st. 3 i 4 čl. 1, in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 65. V. i čl. 1, čl. 3, čl. 4, čl. 10.

[23] Ibid, čl. 13. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 70.

[24] V. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011. str. 73-76.

[25] V. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011. str. 77-80.

[26] Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 über die freiwillige Teilnahme vom Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltsbetriebung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) 761/2001, kao i zaključaka Komisije, Beschlüsse der Kommission 2001/681/EG i 2006/193/EG. In: Abl l.342 vom 22. 13. 2009, kao i: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 83. (EMAS-III-VO).

zivanja je bitan sastavni deo koncepta. U ovom kontekstu se ukazuje na neophodnost veće participacije Zajednice u ekološkom menadžmentu i kontroli životne sredine (EMAS). U saopštenju Komisije od 30. aprila 2007. godine se ističe da je dobrovoljnost pokazala visok potencijal, ali ona nije dovela do očekivanih rezultata, te se Komisija odlučila da te instrumente treba usavršiti. U saopštenju Komisije od 16. jula 2008. godine o akcionom planu o *ravnoteži održive produkcije i potrošnje* i u pogledu *održive industrijske politike*, EMAS podržava organizacije u pogledu optimalizacije proizvodnih procesa, uz smanjenje štetnih ekoloških dejstava i uz *efektivnije korišćenje resursa*. Radi *koherencije*, Komisija i države članice treba da izrade *pravne propise* za sprovođenje ciljeva. Uredba br. 765/2008/EG sadrži propise o akreditaciji i nadzoru tržišta u pogledu proizvoda kako na evropskom, tako i na nacionalnom području. Uredba br. 1221/2009 nastoji da usavrši Uredbu br. 765/2008.[27] Zadržava se dobrovoljnost uz učešće organizacija kako sa područja Zajednice, tako i van njenog područja.[28] Uredba sadrži detaljne propise o *registraciji organizacija* koje žele da se bave *praćenjem stanja*, uključiv predlog za *registraciju* i *nadležnost* za njihov prijem.[29] Organizacije imaju pravo na podršku (u pogledu informacije o važećim ekološkim propisima) saglasno čl. 32 Uredbe, a takođe na potrebna sredstva koja obezbeđuju države članice preko za to predviđenih nadležnih mesta. Registrovana organizacija je dužna da svake treće godine dopusti stručnu *procenu* celokupnog njenog *sistema* ekološkog menadžmenta, kao i *programa* za ekološku analizu kao i za njenu *primenu*.[30] Države članice imenuju *nadležna mesta* (zuständigen Stellen) koja su odgovorna za registraciju organizacija, pri čemu države članice mogu propisati da ta mesta budu nadležna i za *organizacije izvan EU*.[31] Uredba uvodi i institut *ekološkog veštaka*, odn. veštačenja. Ekološki veštaci procenjuju da li ekološka analiza, ekološka politika i sistem ekološkog menadžmenta, postupak ekološke kontrole jedne organizacije, kao i njeno sprovođenje, odgovara zahtevima ove direktive. Ekološki veštak procenjuje da li su ispunjeni svi ekološki propisi Zajednice, nacionalni, regionalni propisi, propisi lokalnih samouprava, kao i odredbe ove Uredbe. Stara se o kontinuelnom usavršavanju rada Organizacije, o pouzda-

[27] Ibid, 1-32 in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 83-86.

[28] Ibid, čl. 1, in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 86.

[29] Ibid, čl. 3-5, in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 88-89.

[30] Ibid, čl. 6, in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 89.

[31] Ibid, čl. 11-13, in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 91-92.

nosti informacija i dokumenata kao što je Deklaracija (izjava) o stanju životne sredine, o aktualizovanju ove izjave i o validnosti ekološke informacije.[32] Ekološki veštak najmanje jednom godišnje daje ocenu aktualizovane ekološke informacije.[33] Prvi prilog uz Uredbu sadrži detaljnu nomenklaturu i sadržaj ekološke ocene, zasnovane na pravnim propisima, kao što su *direktni* i *indirektni*, *kao i kvalitativni* uticaji koji se mogu *kvantifikovati*, potencijal ugrožavanja životne sredine; uticaj na *lokalnu*, *regionalnu* i *globalnu* životnu sredinu, *učestalost* uticaja; *evidenciju propisa* i njihovih zahteva; *granične vrednosti* dopuštenih imisija; emisije u atmosferu, dovođenje emisija u vode i vodotoke; proizvodnja, reciklaža, ponovna upotreba, transport i smeštaj *otpada;* korišćenje *prirodnih resursa; lokalne pojave* kao što su *buka*, *potresi*, *miris*, *prašina*, *estetski uticaji;* rizici od *ekoloških katastrofa;* ekološki uticaji pravnog saobraćaja, posebno u pogledu robe i usluga; uticaji na *biološku raznovrsnost.*[34] Organizacije su dužne da utvrde *kriterije* za ocene i vrednovanje uticaja na životnu sredinu, pri čemu treba da imaju u vidu njeno stanje, da utvrde koje delatnosti, proizvodi i usluge utiču na životnu sredinu, prikupe podatke o materijalnom, energetskom uticaju, uticaju otpadnih materijala, itd.[35] Uredba dalje sadrži brojne priloge koji se odnose na bliža uputstva o evidenciji ekoloških šteta. [36]

Smernica za savladavanje opasnosti od teških udesa prouzrokovanih opasnim materijalima (96/82/EG - Seveso-II-RL)[37] U preambuli se ističe iskustvo ekološke nesreće u Bopalu i u Meksiko Sitiju koje su nastale zbog toga što su opasna postrojenja izgrađena u blizini naselja. Zbog toga je Savet još 1989. godine, zajedno sa pretstavnicima Vlada a preko Komisije, usvojio *Smernicu o nadzoru prilikom planiranja prostora kada se daju dozvole za izgradnju novih postrojenja*, koja propisuje da takva po-

[32] Ibid, čl. 18. st.1-3, in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 94.

[33] Ibid, čl. 19-20, in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 94-95.

[34] Anhang I, tač. 1. i 2. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 105.

[35] Anhang I, tač. 3. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 106.

[36] Anhang II-V, in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str.107-159.

[37] Richtlinie 96/82/EG zur Beherrschug der Gefahren bei schweren Unfällen mit gefährlichen Stoffen, ABl L 1o. vom 14. 1.1997, S 13; 1 ABl L 284 vom 31. 10. 2003, S 1 (VO 1882/2003); 2 Abl L 345 vom 31.12. 2003, S 97 (RL 2003/105/EG), 3 ABl 311 vom 21.11.2008 S 1 (VO 1137/2008); S in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 187-220.

strojenja ne smeju biti u *blizini naselja*.[38] Cilj *Seveso* smernice je *pojačana harmonizacija* pravnih propisa članica država u pogledu osnovnih načela kao i postupaka u pogledu obaveštenja u domenu bezbednosti.[39] Predmet Smernice je *sprečavanje težih nesreća* zbog dejstva opasnih materija na ljude i životnu sredinu. Cilj smernice je da se na nivou Unije ustanove usaglašene i efikasne mere sa visokim nivoom zaštite.[40] Radi se o *materijalima koji su opasni po svom postojanju ili po stavljanju u pogon*, ili materijalima koji po svojoj *količini* preko određene granice predstavnjaju *opasnost za život i zdravlje ljudi ili životnu sredinu* i koji se moraju staviti pod odgovarajuću hemijsku kontrolu.[41] U Prilogu I su precizirani ovi materijali i njihove opasne količine. To su npr. *otrovni*, *zapaljivi* materijali (kao što su gasovi koji u kontaktu sa vazduhom dovode do požara, stvari čije je granica zapaljenja ispod 21 stepena celzijusa), *eksplozivni* materijali i dr. Prilog navodi tačno koji su to materijali po sebi, ili materijali koji su opasni preko njihove granične količine.[42] Pod *opasnošću od teškog udesa* usled ovih opasnih materijala podrazumeva se događaj, emisija, koja dovodi do *požara* ili *eksplozije širih razmera,* sa inicijelno nepredvidljivim odn. *nekontrolisanim posledicama*.[43] Smernica predviđa *obavezu imaoca*, tj. subjekta koji stavlja u pogon opasne materijale da preduzme mere koje su neophodne da se *spreče* nesreće.[44] Članice se obavezuju da brinu o *bezbednosnim informacijama*[45]. U tom pogledu se neposredno obavezuje subjekt, koji obavlja svoju delatnost ovim opasnim i štetnim materijalima, na sprečavanje težih nesreća. Moraju da se predvide kako *interni*, tako i *eksterni planovi* za slučaj ekološke nesreće. Interni planovi su obaveze preduzeća, a o eksternim su dužni da brinu organi državne vlasti.[46] Prilikom *promene me-*

[38] Ibid, st. 4 in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 187.

[39] Ibid, st. 5. preambule, in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 187.

[40] Ibid, čl. 1., in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 189.

[41] Ibid, čl. 2. st. 1. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 189.

[42] Ibid, Anhang I, in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 199-205.

[43] Ibid, čl. 3. st. 5. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 190.

[44] Ibid, čl. 7. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 191.

[45] Čl. 19. sadrži obavezu na teret država i Komisije EU na razmenu informacija o sprečavanju težih nesreća. V. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 197.

[46] Ibid, čl. 9. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 192. O planovima za nesreću obvezanih preduzeča, v. čl. 11, str. 193. Nadelžni organi se imenuju od strane članova države EU, v. čl. 16, str. 196.

sta, gde se nalazi postrojenje ili obavlja delatnost preduzeća sa opasnim stvarima, odnosno, stovarišta opasnih stvari koja predstavljaju opasnost od težih nesreća, države članice su dužne da obavežu imaoca da dostavi *koncept sprečavanja težih nesreća*, čiju ispravnost treba da proceni sistem ekološkog menadžmenta.[47]

Smernica o industrijskim emisijama (integrisano sprečavanje i smanjenje zagađenja životne sredine) (IPPC-RL 2o1o/75/EU).[48] Saglasno *principu prouzrokovanja* (napomena autora: za ekološku štetu odgovara onaj čijom radnjom ili delatnošću, odnosno, propuštanjem je prouzrokovana ekološka šteta) i *principu prevencije*, kod industrijskih delatnosti, zagađenje se ima *sprečiti*, *smanjiti*, a po mogućnosti i *odstraniti*. U tom cilju se u *opštim okvirima* ima ustanoviti *kontrola važnijih industrijskih delatnosti*, koja će omogućiti sprečavanje štetnih dejstava na samom njihovom *izvorištu*, vodeći računa o privrednom stanju i o lokalnim posebnostima mesta gde se industrijska delatnost obavlja. *Posebni koncepti* koji služe zaštiti pojedinih elemenata životne sredine, npr. zaštita samo vazduha, zemljišta i voda treba da služi *zaštiti celine životne sredine*, budući da zagađenje jednog elementa životne sredine *povratno* utiče na drugi (element). Takođe, cilj je *da se spreče ekološke nesreće*. To zahteva da se *smanje štetne emisije* u vazduhu, vodi i zemljištu, da se razvije *privređivanje otpadnim materijalima*, da se *ostvari energetska eficijencija,* sve u cilju izbegavanja ekoloških nesreća. Traži se uspostavljanje *ekološkog bilansa industrijskih postrojenja za celokupno područje Evrope*, ali tako da se svim preduzetnicima obezbede *isti* (ravnopravni) *uslovi konkurencije*.[49]

---

[47] Ibid, čl. 10. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 193.

[48] Richtlinie 2010/75/EU über Industrieemissionen (integrierte Vermeindung und Verminderung der Umweltverschmutzung), ABl L334 vom 17.12.2010, S 17, in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 221-351.

[49] Ibid, st. 2. i 3. Preambule, in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 221. U Austrijskom pravu su fiskalnim propisima predviđene poreske olakšice za preduzeđa koja su ulagala u ekološku zaštitu, npr. tehnološke ili mehaničke filtre, promenili vrstu proizvoda tako šti je isti proizvod, koji je bio ekološki neprihvatljiv, postao prihvatljiv, npr. raniji deterdženti su bili tehnološki neodvojivi iz vode, a noviji se mogu filtrirati iz vode, itd. Međutim, prigovoreno je sa stanovišta prava konkurencije, koja isključuje državnu dotaciju, a ovde se kako se navodi, posredno radi o tome. Proizvođač deterdženta koji je dobio fiskalnu beneficiju je u prednosti u odnosu na onog koji to nije ostvario, jer svoj proizvod može prodati jeftinije usled smanjenja troškova proizvodnje ekološki prihvatnjivih proizvoda zahvaljujući fiskalnim beneficijama. Naravno, toj logici se može prigovoriti, argumentujući da može i drugi proizvođač da ulaže u „ekološki prijateljske" proizvode, pa će i on dobiti fiskalni benefit. Teško je uspostaviti opšti princip, jer se radi o različitim vrstama proizvoda i njihovog „doprinosa" zagađenju životne sredine. V. o tome bliže, J. *Salma*, in: Stojanović, Salma, Etinski, Đurđev, Pravo zaštite

Potrebno je da države članice uvedu, radi otklanjanja ili smanjenja zagađenja, prethodnu ekološku dozvolu za postrojenja i delatnosti koje podrazumevaju ugrožavanje životne sredine, kao i za njihovu registraciju. *Države članice*, radi *izbegavanja i smanjenja zagađenja životne sredine*, mogu propisati za privrednike čija delatnost ugrožava životnu sredinu *opšte važeća i obavezna pravila*.[50] Saglasno tim ciljevima, ova smernica reguliše *integrisano zaobilaženje i smanjenje zagađenja životne sredine usled industrijskih delatnosti*.[51] Predmet ove smernice čine *industrijske delatnosti* naznačene u poglavljima II i VI koje uzrokuju zagađenje životne sredine. Po svom predmetu, odn. ciljanim subjektima, (osim privrednika), Smernica se odnosi i na *istraživačke delatnosti, mere razvoja i na nove proizvode i postupke*. [52] Smernica sadrži i definicije. 1. Pod „materijalom" se podrazumevaju hemijski elementi i njihova uzajamna povezivanja osim: a) radioaktivnih materijala, b) genetski izmenjenih mikroorganizama i organizama – koji se uređuju drugim smernicama (Smernica 96/29/Euroatom od 13. maja 1996. i Smernica 2009/41/EG Saveta od 6. maja 2009. godine) i Smernica Evropskog parlamenta i Saveta 2001/18/EG od 12. marta 2001. godine).[53] 2. Pod „*zagađenjem životne sredine*" se podrazumeva direktno ili indirektno oslobođenje materijala, toplote, buke, potresa u vazduh, vodi ili zemljištu usled ljudske delatnosti koji štete ljudskom zdravlju ili kvalitetu životne sredine ili koji dovode do oštećenja stvari. Nadalje se definišu: 3. „*postrojenja*" (Anlage) - kao tehničke jedinice ili delatnosti; 4. „*emisije*" kao tačke-izvori ili difuzni izvori postrojenja, odakle se oslobađaju štetni materijali, buka, potresi itd. 5. „*granična vrednost emisija*" se definiše kao koncentracija ili nivo jedne emisije izražene u specifičnim parametrima koji se u određenom vremenskom intervalu ili više vremenskih intervala ne smeju prekoračiti;[54]

životne sredine, poglavlje o Građanskopravnoj zaštiti životne sredine, Savremena adminstracija, Beograd, 2000.

[50] Ibid, st. 5., 6., 7. Preambule, in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 222.

[51] Ibid, čl. 1. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 227.

[52] Ibid, čl. 2. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 227.

[53] Ibid, st. 1. tač. 1. člana 3. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 227.

[54] Granične vrednosti za štetne materijale su bliže uređene u čl. 15. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 235. Tako npr. kod indirektnih uvođenja štetnih materijala u vode moraju se poštovati granične vrednosti od strane imaoca postrojenja, po čl. 15 st. 1 al. 1. V. i čl. 30. koji govori o graničnim vrednostima emisija, posebno kod uvođenja gasova iz toplotnih postrojenja, čija količina mora biti takva da

6. „*norma ekološkog kvaliteta*“ (Umweltsqualitätsnorm) - 7. „*Dozvola*“ – pismena dozvola za stavljanje u pogon nekog postrojenja, toplotnog postrojenja, postrojenja za sagorevanje otpada; 8. „*opšte obavezni propisi*“ su granične emisione vrednosti ili drugi uslovi, sektorski uspostavljeni za izdavanje dozvole; i dr.[55] Države članice obezbeđuju potrebne mere i propisuju da nijedno postrojenje, toplotno postrojenje, postrojenje za sagorevanje otpada ne može da se pusti u pogon bez dozvole.[56] Dozvola se izdaje po nacionalnim propisima od strane nadležnih nacionalnih organa za slučajeve koji su propisani ovom Smernicom.[57] Države članice se obavezuju da preduzmu mere da bi postrojenja funkcionisala po sledećim principima: a) da se preduzmu *preventivne mere* u cilju sprečavanja zagađenja životne sredine; b) da u tom cilju primene *najbolje raspoložive tehničke mere*; v) da se *spreče značajnija zagađenja*; g) da stimulišu, saglasno smernici 2008/98/EG *reciklažu* i ponovnu upotrebu otpadnih materija, a ako to nije moguće iz tehničkih ili privrednih razloga, da ih *odstrane,* ali tako da to ne utiče na dalje zagaćenje životne sredine; g) da se *energija* koristi na *efikasan* način; d) da se preduzmu neophodne mere radi *sprečavanja ekološke nesreće* ili, ako su nastupile, da se njene *posledice smanje*.[58] Države članice propisuju obaveze vezane za zahtev za izdavanje, kao i nadležnost za *izdavanje i preispitivanje dozvole*. Pri tome, Komisija organizuje *razmenu informacija između država članica*, nevladinih organizacija koje se bave zaštitom životne sredine, u pogledu obuhvaćenih industrijskih grana.[59] Takođe se mora obezbediti povremeni *nadzor* od strane nadležnog organa čija učestalost zavisi od vrste postrojenja. Nadzor se odnosi na svako postrojenje ponaosob, koji se inače reguliše opšte obavezujućim pravilima.[60] Ostavljaju se na snazi odredbe

---

ne ugrožava ljudsko zdravlje i životnu sredinu. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 241-242.

[55] Ibid, st. 1. tač. 2-45 člana 3. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 227-231.

[56] Ibid, st. 1. člana 4. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 231.

[57] Ibid, st. 1. člana 5. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 231.

[58] Ibid, st. 1. člana 11. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 232.

[59] Ibid, član 12-13. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 232-233.

[60] Ibid, član 16. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 235.

Smernice 006/60/EG, 2004/35/EG, 2006/118/EG (od 12. decembra 2006. godine) Evropskog Parlamenta i Saveta o *zaštiti voda* kao i propisi Unije o *zaštiti zemljišta* od zagađenja.[61] Države članice vode *sistem ekološke inspekcije*. One služe analizi ekološkog uticaja postrojenja na celom prostoru Zajednice.[62] Smernica propisuje *otvorenost pravosudnog puta*, tako da su države članice dužne da svojim nacionalnim propisima omoguće da zainteresovani, pred nezavisnim sudom zahtevaju preispitivanje osnovanosti izdavanja dozvole, s pozivom na povredu pravnih propisa.[63]

III
Umesto zaključka

U ovom radu smo analizirali deo smernica i uredaba Evropske unije (Parlamenta i Saveta EU) o zaštiti životne sredine, tj. voda, vazduha i zemljišta. Radi se o zajedničkim normama EU koje se odnose kako na prirodne resurse, tako i na ljudskim stvaralaštvom uspostavljene vrednosti. Pošto je obim emisija, koje imaju lokalno poreklo, često prevazilazio okvire lokalne zajednice, regiona, te poprimio prekogranično dejstvo, a nekada i globalno, potrebno je da se imaju u vidu smernice i uredbe Evropske unije. One nastoje da daju osnove za harmonizaciju nacionalnih propisa - kako u pogledu evidencije nosilaca opasnih stvari i delatnosti, tako i u pogledu potrebnih mera za sanaciju postojećih zagađenja. Radi se i o merama koje služe sprečavanju većih ekoloških nesreća.

Iako unijske (EU) smernice upućuju na nacionalnu nadležnost, podaci se evidentiraju na evropskom nivou. Zajednički imenitelj smernica i uredaba se ostvaruje preko opšte priznatih načela ekološkog prava. To su načelo prevencije, načelo da odštetu plaća zagađivač (zagađivač plaća), načelo saradnje između različitih domaćih i međunarodnih organa, uključiv i nevladine organizacije koje se bave zaštitom životne sredine, kao i načelo obezbeđenja pravosudnog puta kontrole izdatih dozvola.

Ukazuje se na preventivni značaj evropskih pravila o prethodnoj ekološkoj analizi novih industrijskih postrojenja. Naime, prethodna ekološka dozvola još u fazi investicija nalaže ekološku kontrolu čiji je smisao da se stručno proceni da li je nova izgradnja od negativnog uticaja na životnu sredinu i da li je subjekat koji izrađuje plan postrojenja predvideo potrebne filtere, tj. metode otklanjanja štetnih uticaja postrojenja.

---

[61] Ibid, član 22. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 237.
[62] Ibid, član 23. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 238.
[63] Ibid, član 25. in: Kodex des österreichisches Rechts, EU-Umweltrecht, Wien, 2011, str. 239.

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

Directives and Regulations of the European Union on the Protection of the Environment

Abstract

The author of this paper analyzes the directives and regulations of the European Union pertaining to the protection of environment (water, air and soil). Since emissions frequently exceed local communities and regions, thus gain cross border, and sometimes even global effects, the directives and regulations of the European Union aim to provide bases for the harmonization of national laws in the European Union, as far as the registry of holders of dangerous things or providers of dangerous services, and the measures necessary to settle the consequences of pollution and means of preventing larger-scale environmental damages are concerned.

Key words: protection of the environment, waters, air and soil, directives and regulations of the European Union on the protection of the environment

Originalni naučni rad 342.72.037

Dr Zoran Arsić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

DRUŠTVENA ODGOVORNOST KORPORACIJA[1]

Sažetak: *Društvena odgovornost korporacija je koncept kojim privredna društva integrišu interese društvene zajednice i prirodne sredine u svoje poslovanje i njihovo dejstvo prema interesnim grupama na dobrovoljnoj osnovi. Pojam obuhvata tri osnovne karakteristike društvene odgovornosti korporacija, koja je dobrovoljni koncept, obuhvata pitanja zaštite životne sredine i uzima u obzir interese različitih interesnih grupa, a ne samo članova privrednog društva.*

Ključne reči: *privredno društvo, društvena odgovornost*

Nezavisno od prihvatanja od strane EU, koncept društvene odgovornosti korporacija je u priličnoj meri sporan, odnosno predmet osporavanja.[2] Pre svega, ukazuje se da je jedina društvena odgovornost korporacija da se angažuju na povećanju profita sve dok poštuju „pravila igre". Nadalje ocenjuje se da je koncept društvene odgovornosti korporacija ne samo nepoželjan, nego i potencijalno vrlo opasan, s obzirom da ga zastupaju protivnici tržišne ekonomije. Koncept društvene odgovornosti korporacija se našao na udaru kritike i zbog njegovog dobrovoljnog karaktera. Ukazuje se da će korporacije koristiti društvenu odgovornost korporacija kao izgovor za izbegavanje neophodnih pravila, dok bi država sa svoje strane trebala da prinudu korporacije da se ponašaju na način koji bi i bo odgovoran prema društvu i prirodnoj sredini. Nasuprot tome,[3] ukazuje se

[1] Rad je posvećen projektu Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo br.179079 koji sada finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije

[2] Murray Alasdair, Corporate Social Responsibility in the EU, Center for European Reform, London 2003, str.11-13

[3] Murrey A., op.cit., str.13-17

da korporacije mogu povećati profite na dugački rok na osnovu efikasne strategije zasnovane na društvenoj odgovornosti korporacije, nezavisno od povećanih inicijalnih troškova. Nadalje naglašava se da poslovna politika zasnovana na društvenoj odgovornosti korporacije pomaže u upravljanju drugim rizicima, pri čemu se ukazuje da su korporacije koje zanemaruju pitanja zaštite životne sredine, kao i pitanja sigurnosti, sve više izložene sudskim postupcima i kaznama. Kada je reč o nedostacima koncepta zbog njegovog dobrovoljnog karaktera, naglašava se da je to delimično tačno, s obzirom da društvena odgovornost korporacija nije rešenje za sve probleme društvene zajednice i prirodne sredine. Države i međunarodne organizacije treba da nastave napore u pravcu zakonskog regulisanja minimalnih standarda. S tim u vezi, ipak, treba imati u vidu da korporacije teže ka standardima iznad minimalnih, pri čemu se zakonodavno regulisanje ne smatra najboljim načinom za postizanje tih ciljeva.

1. Pojam društvene odgovornosti korporacija

Društvena odgovornost korporacija je koncept kojim privredna društva integrišu interese društvene zajednice i prirodne sredine u svoje poslovanje i njihovo dejstvo prema interesnim grupama na dobrovoljnoj osnovi.[4]

Iz ovako utvrđenog pojma društvene odgovornosti korporacija proizlaze tri osnovne karakteristike. Prvo, društvena odgovornost korporacija obuhvata i pitanja zaštite životne sredine. Drugo, u obzir se uzimaju interesi različitih interesnih grupa (stakeholders),a ne samo članova privrednog društva (shareholders). Treće, društvena odgovornost korporacija je dobrovoljni koncept.

Kao što smo pokazali u izlaganjima koja se odnose na pojam društvene odgovornosti korporacija ona se zasniva na interesnim grupama (stakeholders), a ne na članovima društva (shareholders). Nasuprot tome u domaćem pravu postoji obaveza lica koja imaju dužnosti prema društvu da postupaju u skladu sa interesom privrednog društva (čl.32 st.1 Zakona o privrednim društvima). S tim u vezi potrebno je ukazati na odnos interesa preduzeća i interesa privrednog društva. Interes preduzeća predstavlja koncept zastupljen u sudskoj praksi i pravnoj teoriji počev od osamdesetih godina. Nezavisno od toga što njegovu vrednost retko ko osporava, interes preduzeća predstavlja predmet kontroverznih opredeljenja.

[4] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee Implementing the Partnership for Growth and Jobs : Making Europe a Pole of Excellence on Corporate Social Responsibility 2006.

Osnovna poteškoća ogleda se u tome što nije moguće utvrditi preciznu definiciju interesa preduzeća i, kao takvu, ponuditi je praksi kao lako primenljiv kriterijum.[5]

Polaznu osnovu predstavlja određenje preduzeća kao fokusa različitih interesa. S obzirom da pravo privrednih društava priznaje postojanje interesa različitih od interesa članova društva, zaštita interesa preduzeća je najbolji oblik zaštite različitih interesnih grupa (stakeholders). Ako je preduzeće osnov za postojanje različitih interesa, njegovo održanje i prosperitet je zajednički imenitelj za zaštitu različitih interesa, kao što su ulozi članova, kredit poverilaca, radna mesta zaposlenih. U slučaju propasti preduzeća svi spomenuti interesi su ugroženi, nezavisno od pravne zaštite koju imaju. Uspeh preduzeća je pretpostavka zaštite, koja, u suprotnom, gubi svoju suštinu.[6]

S obzirom da privredno društvo obezbeđuje organizacionu i operacionalnu strukturu za preduzeće, ono obezbeđuje i osnovu za distribuciju ovlašćenja u preduzeću i zaštitu interesa u preduzeću. Zato zaštita interesa preduzeća i interesa u okviru preduzeća nalaze svoj odraz u okviru prava privrednih društava. To je i razlog zbog kojeg pojedini pravni sistemi sadrže obavezu postupanja u skladu sa interesom privrednog društva. U tom pogledu bilo je shvatanja da se interes privrednog društva redukuje na interes članova društva (shareholders). Sudska praksa je vrlo brzo reagovala u smislu da pravo privrednih društava priznaje postojanje ne samo interesa članova društva, nego i druge interese. Kao što se vidi i tamo gde se koristi koncept „interesa društva" on se, kroz tumačenje sudske prakse, približava „interesu preduzeća" koji obuhvata interese različitih interesnih grupa (stakeholders). Ipak, treba imati u vidu da se ukazuje i na nedostatke u pogledu koncepcije prema kojoj se društvena odgovornost korporacija zasniva na nosiocima različitih interesa, a ne samo na interesu članova privrednih društava.[7] Pre svega, članovi društva su izloženi dodatnom riziku, uz postojeći rizik propasti uloga, odnosno smanjenja vrednosti njihovih akcija. Dodatni rizik se ogleda u tome što njihov interes nije jedini koji se uzima u obzir u slučaju uspešnog poslovanja. To je i razlog zbog kojeg se dodatni kapital obezbeđuje iz kredita, a ne iz nove emisije akcija.

Imajući u vidu zasnivanje društvene odgovornosti korporacija na interesu različitih interesnih grupa, kao i obuhvatanje zaštite životne sredi-

[5] Raiser Thomas, The theory of Enterprise Law in Federal Republic of Germany, American Journal of Comparative Law 1/1988, str.128

[6] Paillusseau Jean, The Nature of the Companz Law, European Company Laws: A Comparative Approach, Darmouth 1991, str.36

[7] Marcoux Alexei, Business Ethics Gone Wrong, Cato Pollicy Report, May/June 2000

ne, potrebno je ukazati na odnos interesne grupe i životne sredine. U literaturi se ukazuje da je teško uzeti u obzir „nemih" interesa, pri čemu se kao primer navodi životna sredina. Ovo zato što se prema vladajućem shvatanju kao nosioci različitih interesa (stakeholders) smatraju samo grupe ili pojedinci, što isključuje prirodnu sredinu.[8]

2. Teorijske osnove društvene odgovornosti korporacija

Društvena odgovornost korporacija je predmet različitih teorijskih opredeljenja. U literaturi postoje pokušaji da se izvrši određeno sistematizovanje, odnosno grupisanje tih teorija.[9]

Prvu grupu teorija obuhvataju shvatanja koja za polaznu osnovu imaju stav prema kojem je korporacija sredstvo za stvaranje profita, što je jedina društvena odgovornost korporacija. Kao što se vidi korporacija se, prema ovim shvatanjima, sagledava kao sredstvo (instrument) stvaranja profita i te teorije se označavaju kao instrumentalne teorije. Zavisno od ekonomskog cilja koji se želi postići razlikuju se, u osnovi, dva pristupa. Prvi je orijentisan ka kratkoročnoj koristi koja se manifestuje kroz porast cena akcija. Nasuprot tome, prema drugom pristupu, od značaja je dugoročna korist koja se ostvaruje kroz postizanje konkurentske prednosti,

Druga grupa teorija se naziva političkim teorijama. Zajedničko im je naglašavanje društvene snage korporacije i njen društveni uticaj.

Treća grupa teorija (integrativne teorije) naglašava potrebu da poslovanje korporacija integriše društvene zahteve. Ovo se obrazlaže time da postojanje i napredak delovanja korporacija zavisi od društvenog okruženja.

Etičke teorije o društvenoj odgovornosti korporacija predstavljaju četvrtu grupu teorijskih shvatanja. Smatra se da je odnos između poslovanja korporacija i društva obuhvaćen etičkim vrednostima. Prema ovim shvatanjima se društvena odgovornost korporacija posmatra iz etičke perspektive, što za posledicu ima da korporacije društvenu odgovornost tretiraju kao etičku obavezu. U tom kontekstu se balansiranje različitih interesa stakeholder-a mora dopuniti normativnom suštinom etičkih principa, u pogledu čega postoje razlike, koje karakterišu normativnu varijantu etičkih teorija. U okviru etičkih teorija postoje shvatanja koja se zasnivaju i na univerzalnim pravima, pre svega ljudskim pravima. Treća grupa etič-

[8] Branko Castelo Manuel, Rodrigues Lima Lucia, Positioning Stakeholder Theory within the Debate on Corporate Social Responsibility, Electronic Journal of Business Ethics and Organization Studies 1/2007, str.7

[9] Garriga Elisabet,Mele Domenec, Corporate Social Responsibility Theories : Mapping the Territory, Journal of Business Ethics 53 /2004, str.52 -53

kih teoriji se zasniva na konceptu održivog razvoja, mada se ukazuje da se radi o makroekonomskom konceptu. Konačno, postoje shvatanja prema kojima opšte dobro predstavlja vrednost u odnosu na koju se određuje društvena odgovornost korporacija.

3. Društvena odgovornost korporacija i pravo

Kada se radi o odnosu društvene odgovornosti korporacija i prava, pre svega, treba imati u vidu dva momenta. Pravo, u ranijim izlaganjima smo ukazali na činjenicu da korporativno pravo poznaje obavezu postupanja u skladu sa interesom privrednog društva, što traži odgovarajuće tumačenje koje bi omogućilo usaglašavanje sa interesom nosilaca različitih interesa (stakeholders), a ne samo sa interesom članova društva (shareholdreds). Drugo, koncept društvene odgovornosti korporacije je dobrovoljne prirode.

Izvori društvene odgovornosti korporacija su vrlo različiti. Osim međunarodnih javnopravnih izvora[10], postoje i privatnopravni izvori. U okviru privatnopravnih izvora društvene odgovornosti korporacija razlikuje se nekoliko tipova.[11]

Na prvom mestu postoje kodeksi korporativnog ponašanja (Code of Corporate Conduct) koji sadrže uputstva i zabrane određenih vrsta ponašanja. U cilju ustanovljavanja minimuma standarda koje treba da sadrže svi kodeksi ponašanja koji se odnose na određeno pitanje donose se Model kodeksi (Model Codes).

Inicijative koje se odnose na nosioce različitih interesa (Multistakeholder Initiatives) se odnose na saradnju različitog intenziteta između različitih učesnika (vlade, nevladinog sektora, korporacija) i mogu se odnositi na jedno ili više pitanja iz domena društvene odgovornosti korporacija.

Inicijative u pogledu sertifikacije i označavanja (Certification and Labelling) imaju za cilj da kupcima obezbede pouzdane informacije na osnovu kojih bi doneli odluku o kupovini.

Sektorske inicijative (Sectoral Initiatives) se odnose na rasprostranjena pitanja u okviru industrijske grane. Njima se ustanovljava jedan standard za više korporacija i tako sprečava neusaglašenost kodeksa ponašanja pojedinih korporacija.

---

[10] Na pr. OECD vodič (OECD Guidelines), Deklaracija o osnovnim principima i pravima iz rada Međunarodne Organizacija Rada (ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work)

[11] Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2008, Part II, Chapter 6, str.238-239

Međunarodni okvirni sporazumi (International Framework Agreements) nastaju pregovorima nacionalnih sindikata i multinacionalnih korporacija, koji imaju za cilj da obezbede da korporacije poštuju iste radne standarde u svim zemljana u kojima posluju.

Inicijative koje se odnose na društveno odgovorno investiranje (Socially Responsible Investment) su nastale u finansijskom sektoru.

Spomenuti instrumenti društvene odgovornosti korporacija se kvalifikuju kao „soft law", s obzirom na odsustvo obaveznosti, odnosno činjenicu da je društvena odgovornost korporacija dobrovoljni koncept. Ovo ukazuje na potrebu utvrđivanja odnosa prava i instrumenata društvene odgovornosti korporacija.[12] Pri tome se ukazuje da postoje zajednička obeležja prava i instrumenata društvene odgovornosti korporacija.[13]

Pre svega, pravne norme i instrumenti društvene odgovornosti korporacija utvrđuju pravila ponašanja, kojima se utiče na postupke njihovih adresata. Osim toga, i jedna i druga pravila se utvrđuju imajući u vidu potrebu za njihovom efikasnošću u pogledu ostvarivanja određenih ciljeva. S tim u vezi iznose se dve napomene. Prvo, i jedna i druga grupa pravila nisu uvek efikasna u ostvarivanju odgovarajućih ciljeva. Drugo, instrumenti društvene odgovornosti korporacija su često jednako efikasni u ostvarivanju svojih ciljeva kao i nacionalna prava u pogledu njihovih ciljeva. To je razlog, ističe se, zbog kojeg se pravila nacionalnog prava i instrumenti društvene odgovornosti korporacija nalaze u okvirima koncepta „ostvarivanja prava" (law realization) za razliku od užeg koncepta „primene prava" (law enforcement).

Ukazuje se, takođe, da obe grupe pravila imaju vrednosnu osnovu. Stvaranje i usvajanje pravila nacionalnog prava kao i instrumenti društvene odgovornosti korporacija imaju za cilj ostvarivanje interesa zajednice kao što su zaštita ljudskih prava i životne sredine, implementacija radnih i zdravstvenih standarda.

Polazeći od spomenutih sličnosti pravila nacionalnog prava i instrumenta društvene odgovornosti korporacija, sugeriše se zaključak da je, posmatrano sa funkcionalnog stanovišta, razlikovanje pravila nacionalnog prava (hard law) i neobavezujućih regulatornih instrumenata, nejasno. S timu vezi se ukazuje se da su pokušaji razlikovanja društvene odgovornosti korporacija i prava nepotrebni i zbunjujući.[14]

---

[12] Governance, International Law & Corporate Socal Responsibilitz, International Institute for Labour Studies, Geneve 2008, str.11; Nowrot Karsten, The Relationship between National Legal Regulations and CSR Instruments : Complementary or Exclusionary Approach to Good Corporate Citizenship, Halle 2007, str.6

[13] Nowrot K., op.cit., str.7 - 9

[14] Nowrot K., op.cit., str.10

Nezavisno od sličnosti između pravila kojima se reguliše društvena odgovornost korporacija i nacionalnog prava, moguće je utvrditi i razlike koje među njima postoje.[15]

S jedne strane nacionalno pravo je skup obavezujućih pravila koja donosi država i ona obezbeđuje njihovu primenu. S druge strane, instrumenti društvene odgovornosti korporacija su neobavezujuća pravila ponašanja koja ne donosi država i ne obezbeđuje njihovu primenu. Posledično ovi instrumenti se ne mogu koristiti pred sudovima, s obzirom da je odluka o postupanju u skladu sa njima dobrovoljna i zasniva se na samoobavezivanju, ili očekivanjima društvene zajednice.

Konačno treba ukazati na svojevrsnu podršku koju nacionalna prava ukazuju društvenoj odgovornosti korporacija. U tu svrhu se koristi široko rasprostranjena obaveza izveštavanja koja tereti korporacije. Radi se o tome da su pojedine zemlje (na pr. Danska, Francuska) inovirale svoju regulativu koja se odnosi na obavezu izveštavanja u smisli da izveštaji moraju da obuhvate i pitanja koja pripadaju oblati društvene odgovornosti korporacija. Ipak, treba imati u vidu da se obaveza korporacija ograničava na izveštavanje o stavu u odnosu na politiku društvene odgovornosti korporacije i kako se ona ostvaruje u praksi. Korporacije nemaju obavezu da imaju politiku društvene odgovornost korporacije, čime se ne napušta dobrovoljnost koncepta.

Zaključak

Društvena odgovornost korporacija je koncept kojim privredna društva integrišu interese društvene zajednice i prirodne sredine u svoje poslovanje i njihovo dejstvo prema interesnim grupama na dobrovoljnoj osnovi.[16]

Iz ovako utvrđenog pojma društvene odgovornosti korporacija proizlaze tri osnovne karakteristike. Prvo, društvena odgovornost korporacija obuhvata i pitanja zaštite životne sredine. Drugo, u obzir se uzimaju interesi različitih interesnih grupa (stakeholders),a ne samo članova privrednog društva (shareholders). Treće, društvena odgovornost korporacija je dobrovoljni koncept.

[15] Ibidem

[16] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee Implementing the Partnership for Growth and Jobs : Making Europe a Pole of Excellence on Corporate Social Responsibility 2006.

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

Corporate Social Responsibility

Abstract

Corporate Social Responsibility (CSR) is a concept whereby companies integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interaction with their stakeholders on a voluntary basis. Definition emphasizes three basic characteristics of CSR. CSR is voluntary concept, it covers environmental issues and interaction with stakeholders, not only shareholders, is taken into account.

Key words: corporation, social responsibility

Originalni naučni rad 347.763:656.039.4

Dr Dušanka Đurđev, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PREVOZNE ISPRAVE[1]

***Sažetak**: Prevozne isprave koje se dugo koriste u nacionalnom i međunarodnom saobraćaju su konosman i tovarni list. Tovarni list je prema međunarodnim izvorima neprenosiva isprava, za razliku od konosmana, ali prema brojnim nacionalnim propisima tovarni list može dobiti pod određenim uslovima svojstvo hartije od vrednosti. Novina u međunarodnim transportnim dokumentima je mogućnost izdavanja prevoznih isprava u elektronskoj formi. Razmatrana su rešenja u Roterdamskim pravilima iz 2009. godine., Dodatnom protokolu na CMR iz 2008. kao i drugim međunarodnim izvorima.*

***Ključne reči:** konosman, tovarni list, Roterdamska pravila, Dodatni protokol na CMR, COTIF, CMNI, Montrealska konvencija 1999, Jednoobrazna pravila zapomorski tovarni list*

U svakoj grani saobraćaja prilikom međunarodnog prevoza robe dolazi do izdavanja odgovarajućih dokumenata kojima se olakšava ne samo pravno regulisanje međunarodnog transporta robe, nego istovremeno i obavljanje niza drugih komercijalnih i pravnih radnji. Poseban značaj ima izdavanje prevoznih dokumenata i radi regulisanja drugih ugovornih odnosa, ne samo ugovora o međunarodnom prevozu robe, a naročito odnosa kod distancine kupoprodaje u spoljnoj trgovini i kod plaćanja dokumentarnim akreditivom. U međunarodnom transportu robe se uglavnom izdaju konosmani (teretnice) i tovarni listovi. Konosman se najčešće izdaje u međunarodnom pomorskom saobraćaju, a delimično i u rečnom saobraća-

[1] Rad je posvećen projektu *Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)* koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu.

ju. Tovarni listovi se pojavljuju u svim drugim granama saobraćaja, a delimično i u rečnom saobraćaju. Osnovna razlika između konosmana i tovarnog lista je u tome što konosman predstavlja hartiju od vrednosti, dok tovarni listovi, najčešće, nemaju ta svojstva. Tovarni list je, po pravilu, neprenosiv i ne predstavlja robu. Za razliku od tovarnog lista, teretnica (konosman) je hartija od vrednosti, prenosiva je i predstavlja robu. Druge prevozne isprave kao što su potvrda o prijemu, račun za kupljenu robu i slično, nemaju osobine tovarnog lista i s njime se ne mogu izjednačavati.[2]

Konosman (bill of lading)

Konosman je isprava kojom brodar potvrđuje da je primio određenu robu na brod radi prevoza i predaje ovlašćenom primaocu teretnice, uz uslove koji su u njoj navedeni. Konosman ima trostruku funkciju: 1)njime se potvrđuje postojanje ugovora o pomorskom prevozu; 2) on služi kao dokaz da je roba koja je u konosmanu navedena primljena radi prevoza; 3) njime se utvrđuje obaveza brodara da će robu po izvršenom prevozu uručiti imaocu isprave.

Dužnost je brodara da izda konosman na zahtev krcatelja kada ukrcaj tereta bude završen. Konosman je hartija od vrednosti koja može da glasi na ime, po naredbi ili na donosioca.

Konosman predstavlja pismenu ispravu sa svojstvima hartije od vrednosti kojom brodar ili zapovednik broda potvrđuje prijem tereta na brod i to onog tereta koji je naznačen u konosmanu i to u onakvom spoljnom stanju koje je naznačeno u konosmanu. Ovo potvrđivanje prijema tereta na brod se nadovezuje na obavezu brodara da preveze taj teret onako kako je to u konosmanu označeno. Takođe se brodar konosmanom obavezuje da će teret u luci iskrcaja predati onom licu koje se u luci iskrcaja bude ispravno legitimisalo konosmanom.

Konosman je najvažnija isprava u pomorskom prevozu robe, jer se njime omogućuje komercijalno iskorišćavanje tereta u prevozu, mada je teret odsutan sa tržišta. Konosman ne zamenjuje ugovor o pomorskom prevozu, ali može biti dokaz da je taj ugovor zaključen.

---

[2] Videti više : Selvig, Through Carriage and on Carriage by Sea, American journal of Comparative Law 1979, Malcolm Clark, Transports documents: their transferability as documents of title, electronic documents, Lloyd s Maritime and Commercial Law Quaterly, 2002,Kumpan A. J.Marin, Teretni list u kopnenom, pomorskom I zračnom prijevozu, Poredbeno pomorsko pravo v. 48, 163, Grabovac I. Prevozno ugovorno pravo, Hrvatska Split 1999., Carić, S., Jankovec, I., Trajković, M., Đurđev, D.: Saobraćajno pravo, Novi Sad, Č.Pejović, Identitet prijevoznika kod ugovora o time charteru, Uporedno pomorsko pravo broj 38 (1996) 1-4.

Pravilo je da se konosman popunjava na osnovu podataka krcatelja. Ukoliko postoji opravdana sumnja da podaci koje je naveo krcatelj o vrsti tereta, oznakama na teretu, količini tereta nisu tačni ili potpuni, a ako brodar nema mogućnosti da proverava tačnost tih podataka prilikom ukrcavanja, brodar treba da u konosman unese obrazložene primedbe. Ako tako ne postupi, smatraće se da je preuzeo onakav teret kakav je označen u konosmanu, pa je, prema tome, odgovoran da primaocu preda takav teret.

Brodar je dužan da na zahtev krcatelja izda više primeraka konosmana, uz obavezu da na svakom primerku označi ukupan broj izdatih primeraka. Sadržina konosmana je propisana odgovarajućim propisima. Radi se o obaveznim podacima o krcatelju, brodaru, brodu, tovaru, njegovom spoljnom stanju, prevozu, podacima iz ugovora o prevozu itd. Konosman obavezno potpisuje brodar, ali ga u poslovnoj praksi često potpisuje i krcatelj.[3]

Vrste i prenos konosmana

Postoje različite klasifikacije konosmana u zavisnosti od toga koji se kriterijum uzima kao odlučujući.

U zavisnosti od toga da li je konosman na ime, po naredbi ili na donosioca, prenos teretnice je različit. Tako se konosman na ime prenosi cesijom, što nije uobičajeno, jer nije podobno za laku cirkulaciju. Konosman po naredbi se prenosi indosamentom, a na donosioca prostom predajom i ova dva oblika prenosa konosmana su pogodnija za trgovinski promet i mnogo se više koriste.

Prema momentu izdavanja teretnice razlikuje se teretnica „ukrcano“ od teretnice “primljeno na ukrcaj”, koja je u izvesnom smislu privremena i treba da bude zamenjena teretnicom “ukrcano”. U vezi sa eventualnim primedbama koje se unose u teretnicu u pogledu stanja robe i ambalaže razlikuju se „čista“ i „nečista“ teretnica. Čist konosman ne sadrži bilo kakve primedbe o stanju tereta, dok nečista sadrži primedbe brodara na spoljno stanje tereta ukrcanog na brod. Ovo razlikovanje je od velikog značaja, naročito kod međunarodnog plaćanja, pogotovo putem dokumentarnog akreditiva, jer je verodostojna isprava samo čist konosman.

Svojstvo konosmana kao hartije od vrednosti omogućava korisniku prevoza da obavlja niz pravnih radnji u vezi sa robom kao što je prodaja robe, njeno zalaganje, iako teret nije stigao u mesto odredišta, dakle, van državine je korisnika prevoza.

[3] Više: I. Grabovac, D. Bolanča, Problematika međunarodne regulative prijevoza stvari morem (prijedlog unifikacijskog usklađivanja), Poredbeno pomorsko pravo, 40(2001), Č. Pejović, Prevozne isprave u pomorskoj plovidbi, doktorska disertacija, Kyoto, 1989.

Dokazna snaga konosmana

U realizaciji pomorskog prevoza robe mogu nastati dve vrste odgovornosti.

Jedna je odgovornost brodara za čuvanje stvari predatih na prevoz, tzv. odgovornost ex recepto, koja nastaje na osnovu ugovora o prevozu, dok je drugi vid odgovornosti, tzv. odgovornost ex scriptura, odgovornost na osnovu teretnice koja nastaje izdavanjem teretnice.

Odredbe ugovora o prevozu i teretnice mogu da se razlikuju i zbog toga je značajno razlikovanje ove dve vrste odgovornosti.

Na osnovu ugovora o pomorskom prevozu reguliše se odgovornost brodara prema naručiocu posla, krcatelju, kao ugovornoj strani. U slučaju neslaganja podataka o teretu, teretnica je samo jedan od dokaza o prijemu robe i njenim karakteristikama, ali se mogu koristiti i sva druga dokazna sredstva, jer se radi o odnosu među ugovornim stranama. U ovom slučaju se radi o odgovornosti ex recepto.

Odgovornost na osnovu teretnice se naziva odgovornost ex scriptura i nastaje izdavanjem teretnice, a znači odgovornost brodara prema primaocu, tj. svakom zakonitom imaocu teretnice. Iako se teretnica izdaje na osnovu ugovora o prevozu, ona je samostalan pravni akt u odnosu na ugovor i treće lice, tj. zakoniti imalac teretnice, a to je najčešće primalac robe, svoja prava izvodi iz teretnice a ne ugovora o prevozu u čijem zaključivanju i nije učestvovao. Zakonitom imaocu teretnice roba se mora isporučiti u skladu sa navodima iz teretnice o vrsti, količini i stanju, U rukama zakonitog imaoca teretnice ova hartija postaje apstraktna i brodar ne može koristiti druga dokazna sredstva nego mora isporučiti robu prema uslovima iz teretnice. U ovom slučaju dolazi do punog izražaja strogost odgovornosti ex scriptura. Jedina mogućnost da delimično ublaži ovu strogost je da brodar unese primedbe u teretnicu u vezi sa stanjem robe i ambalaže i učini teretnicu nečistom, što je čini nepogodnom za neke transakcije, npr. plaćanje putem dokumentarnog akreditiva.

Najjednostavnije rečeno, odgovornost ex recepto je odgovornost brodara prema krcatelju koja nastaje na osnovu ugovora o prevozu, pri čemu je teretnica samo jedan od dokaza o prijemu i karakteristikama robe.

Odgovornost ex scriptura je odgovornost iz teretnice i znači odgovornost brodara zakonitom imaocu teretnice koji po pravilu nije ugovorna strana (primalac) i mora da mu isporuči robu prema stanju navedenom u teretnici, pri čemu brodar nema pravo da dokazuje primaocu da teret ne odgovara navodima u teretnici, osim ako se radi o nečistoj teretnici. Primalac zato može da ističe samo prigovore iz teretnice, a ne može isticati prigovore iz ugovora o prevozu, jer nije ugovorna strana.

Skraćeni oblik teretnice

Zbog važnosti koju teretnica ima u pomorskom prevozu, njena složenost, veliki broj podataka, veći broj originala i moguć vrlo veliki broj kopija, nametnuli su potrebu da se ona pojednostavi. Tako se pojavio skraćeni oblik teretnice (Short Form Bill of Lading). Radi se o kratkom izvodu iz redovne teretnice koji sadrži sve podatke koji se odnose na ukrcanu robu, ali je izostavljen veliki broj klauzula koje inače sadrži teretnica. Skraćena teretnica obično sadrži napomenu da se na nju odnose sve klauzule inače sadržane u standardnoj teretnici.

Elektronska teretnica

Potreba uvođenja elektronske teretnice u skladu je sa opštom tendencijom zamene tradicionalnih isprava elektronskim oblicima.

Elektronska teretnica sadrži iste podatke o teretu kao i klasična, ali nije na papiru nego je u vidu elektronskog zapisa.

Kod klasične teretnice najvažniji podaci o teretu koji se prevozi upisuju se u unapred odštampan formular koji prevozilac potpisuje i šalje poštom primaocu, dok se kod elektronske teretnice ovi podaci unose u kompjuter i elektronskim putem šalju primaocu.

U odgovoru na pitanja da li elektronska teretnica može uspešno da zameni klasičnu, stvari nisu potpuno jasne. Što se tiče njene funkcije dokaznog sredstva o zaključenom ugovoru o prevozu i robi koja je primljena na prevoz, ona je podjednako uspešna kao i klasična. Međutim, problem nastaje kod tradicionalne funkcije teretnice kao hartije od vrednosti. Da bi se ova funkcija ostvarila isprava mora biti u fizičkom posedu, što nije slučaj sa elektronskom teretnicom.

Osim tog dokazna snaga teretnice je donekle problematična, jer teretnica da bi bila dokaz mora da bude u fizičkom posedu, a ona se nalazi u memoriji kompjutera. Kompjuterski print ima dokaznu snagu kopije isprave i njegovu prihvatljivost kao dokaznog sredstva mora da utvrdi sud.

U manipulisanju elektronskom teretnicom moguće su namerne ili slučajne greške upadom u kompjuterski sistem. Osim toga, činjenica je da elektronska teretnica ne sadrži ni potpis prevozioca kojim se kod klasične teretnice garantuje tačnost unetih podataka.

Sve ovo govori o tome da upotreba elektronske teretnice ima nekih nespornih prednosti, ali i nedostatke u odnosu na klasičnu teretnicu.

Značajni su napori CMI na rešavanju ovih problema kroz Pravila CMI o elektronskoj teretnici iz 1990. godine, u kojima su, između ostalog, problemi vezani za nepostojanje fizičkog poseda teretnice rešeni de-

limično ustanovljavanjem poverljivog ključa koji imaocu omogućava pristup kompjuterskim podacima.

Pravila Međunarodnog pomorskog odbora CMI za elektronske teretnice iz 1990. godine.[4] Uvažavajući sve direktnije zahteve za zamenu papirnih isprava elektronskom razmenom podataka, jer je upotreba kompjutera dovela do revolucionarnih promena, usvojena su Pravila za elektronske teretnice. Primena ovih pravila se ugovara, tj. u potpunosti se zasnivaju na sporazumu stranaka. Prihvatajući ova Pravila ugovorne strane smatraju elektronske podatke izjednačenim s pismenim oblikom, kad god se takav oblik traži prema propisima ili običajima. No, bez obzira na ovu odredbu, merodavno pravo može postaviti zahtev u pogledu oblika kojima elektronska razmena podataka neće biti dovoljna. U svakom slučaju ova pravila pružaju određeni nivo sigurnosti za korisnike elektronskih prenosa.

Tovarni list (waybill)

Tovarni list je isprava kojom se potvrđuje da je zaključen ugovor o prevozu robe i da je roba primljena na prevoz, a na osnovu koga se prevozilac obavezuje da preda robu licu označenom u tom dokumentu. Koristi se u svim vidovima saobraćaja, železničkom, drumskom, rečnom, pomorskom, vazdušnom i kombinovanom prevozu.

U praksi se najčešće prave razlike između unutrašnjeg i međunarodnog tovarnog lista u pojedinoj grani saobraćaja. Sporno je da li je takva praksa opravdana, jer se sve češće pojavljuju jedinstveni poslovni obrasci tovarnih listova koji se na isti način primenjuju u unutrašnjem i međunarodnom transportu robe.

Druga veoma značajna tendencija na međunarodnom planu je usmerena ka uprošćavanju sadržine tovarnih listova. Pojedini tovarni listovi su do te mere složeni da to ometa normalno pravno regulisanje međunarodnog transporta robe. Uporedo sa tendencijom uprošćavanja sadržine tovarnih listova pojavljuje se i nastojanje, u skladu sa potrebama u spoljnotrgovinskoj razmeni, da se tovarni list izdaje u sve većem broju primeraka. Slično je i sa konosmanom, kod koga se često ne izdaje samo veći broj kopija, nego i povećan broj originala, kao uostalom i kod pojedinih vrsta tovarnih listova. Ova pojava je izraz sve raznovrsnijih i složenijih odnosa u spoljnotrgovinskoj razmeni, kao i čestih potreba da se u isto vreme tovarni list ili konosman mogu upotrebiti u različite svrhe.

Najnovija tendencija je izdavanje elektronskih prevoznih isprava.

[4] CMI Uniform Rules for Sea waybills Paris, 1990. Uporedno pomorsko pravo 129-130 str. 75.

Izvori

Za međunarodni drumski prevoz robe relevantna je Konvencija o ugovoru za međunarodni prevoz robe drumom **CMR** iz 1956. sa Protokolom iz 1978. [5] 2008. godine, usvojen je Dodatni protokol na CMR konvenciju (**eCMR) -** kojim se daje mogućnost izdavanja elektronskog teretnog lista 2008.[6]

CMR se ne bavi pitanjem prenosivog tovarnog lista. Opšteprihvaćeno stanovište je da je tovarni list prema CMR neprenosiva isprava. Nema prepreka, međutim, da se u međunarodnom drumskom saobraćaju izda i prenosiv tovarni list ako se ugovorne strane o tome sporazumeju, primenom odredbi merodavnog nacionalnog prava. Tovarni list je **prima facie** dokaz o tome da je zaključen ugovor o prevozu o uslovima ugovora i o prijemu robe od strane prevozioca. Ako prevozilac nije uneo rezerve u tovarni list, pretpostavlja se da su roba i ambalaža u dobrom spoljnom stanju u trenutku prijema.

Međunarodni železnički prevoz robe je pravno regulisan Konvencijom o međunarodnim železničkim prevozom **COTIF iz** 1980. godine.[7] U čl. 6 COTIF-a su predviđena pravila o karakteru tovarnog lista.

Ugovor o prevozu mora se potvrditi tovarnim listom koji je u skladu sa jedinstvenim modelom. Međutim, nedostatak, neispravnost ili gubitak tovarnog lista neće uticati na postojanje ili valjanost ugovora koji ostaje podvrgnut Jednoobraznim pravilima.

Potpisuju ga pošiljalac i prevozilac a potpis se može zameniti na neki odgovarajući način. Izdaje se u dva primerka i to za svaku pošiljku. U slučaju prevoza koji ulazi na teritoriju EU ili teritoriju gde vazi zajednički postupak za prevoz, svaka pošiljka mora biti propraćena tovarnim listom koji ispunjava uslove predviđene u čl. 7. u sadržini tovarnog lista.

Međunarodno udruženje prevoznika utvrđuje jedinstveni model tovarnih listova. Tovarni list se može ispostaviti elektronskim putem. Član 7. navodi brojne elemente koje tovarni list treba da sadrži.

Novina je da je pošiljalac odgovoran u pogledu pojedinosti koje se upisuju u tovarni list ako je propustio da upise stavke koje propisuje RID.

---

[5] Sl. list FNRJ Međunarodni ugovori i drugi sporazumi 11 -58 godine (Srbija ratifikovala).

[6] Protocol is an Additional Protocol to the UNECE Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR).), http:/unece.org/trans/conventn/lagalinst-27OLIRT-eCMR html)

[7] Sl. list SFRJ 8-84 i Protokol o izmenama COTIF1999. Sl. glasnik RS102-07.(oba je Srbija ratifikovala).

Kao i u slučaju prtljažnice i za tovarni list je predviđeno da je prima faciae dokaz o zakljucenju i uslovima ugovora o prevozu i preuzimanja robe od strane prevozioca. Međutim, tovarni list neće biti dokaz u slučaju da sadrži razumne primedbe. Razlog za primedbe može biti ako prevozilac nema odgovarajuća sredstva kako bi ispitao da li pošiljka odgovara stavkama u tovarnom listu.

Pored konvencije COTIF koja se primenjuje na železničke prevoze u evropskim zemljama, postoje i dva međunarodna sporazuma o železničkim prevozima robe i putnika i prtljaga za istočnoevropske zemlje i neke zemlje Azije. Radi se o Sporazumu o međunarodnom železničkom robnom saobraćaju **SMGS** 1951. godine koji je u vise navrata menjan. Međunarodni železnički prevoz putnika i prtljaga se reguliše Sporazumom o međunarodnom putničkom saobraćaju 1951. Oba sporazuma su doneta u okviru Organizacije za saradnju železnica OSZD i primenjuju se između država članica kao i u saobraćaju sa državama koje ih primenjuju na osnovu ugovorna odnosno tarifa.[8] U saobraćaju između naše države i država bivšeg Sovjetskog saveza kao i Kine, Mongolije i primenjuju se navedeni sporazumi na osnovu ugovora odnosno tarifa.

SMGS uređuje direktan međunarodni železnički saobraćaj u prevozu robe između železnica država koje su zaključile ovaj sporazum [9]

Centralni državni organi koji su zaključili ovaj sporazum, donose uz njega i prateće propise odn instrukcije a sve to vazi samo za železnice i ne reguliše pravne odnose između korisnika prevoza i železnice.

Naša zemlja primenjuje Konvenciju COTIF na prevoze između naše zemlje i evropskih država koje su ratifikovale Konvenciju COTIF. Prevoz sa Rusijom je regulisan tripartitnim ugovorom Jugoslavija - Rusija -Mađarska na osnovu koga je omogućeno direktno otpremanje robe a na prevoz se primenjuje odredbe SMGS.

Problem međunarodnog železničkog prevoza između zemalja potpisnica samo konvencije COTIF sa zemljama govornicama sporazuma SMGS i SMPS nije rešen. Nema direktnog prevoza na osnovu jednog ugovora o prevozu između država potpisnica samo sporazuma SMGS tj. SMPS sa državama koje su prihvatile samo Konvenciju COTIF. Međunarodni železnički prevoz između ovih država se vrši na osnovu dva samostalna ugovora o prevozu, jedan je regulisan po konvenciji COTIF a drugi prema sporazumu SMGS odnosno SMPS. Zbog toga se ovi problemi če-

[8] Ovi sporazumi dostupni na sajtu http://www.lawrussia.ru/)

[9] SMGS su potpisali predstavnici nadležnih ministarstava odnosno centralni organi sledećih država: Azerbejdžan, Belorusija, Bugarska, Vijetnam, Gruzija, Iran, Kazahstan, Kina, Koreja, Kirgizija, Letonija, Litvanija, Moldavija, Mongolija, Poljska, Rusija, Tadžikistan, Turkmenistan, Uzbekistan, Ukrajina, Estonija.

sto rešavaju na regionalnom nivou zaključivanjem partikularnih sporazuma. (Kao što je učinila naša zemlja,Turska, Sirija Liban, Irak, zatim SSSR i Finska, SSSR i SFRJ u tranzitu preko Mađarske, SSSR i Austrija). Mada je Rusija bila jedan od prvih potpisnika prve međunarodne konvencije o prevozu robe železnicama 1890 CIM, posle prvog svetskog rata SSSR nije vise ratifikovao ove konvencije.

Zbog toga poseban praktičan značaj ima **Priručnik za tovarni list CIM/SMGS** koji se primenjuje od 2006. godine. On predstavlja alternativno rešenje u odnosu na klasičan transportni system sa ponovnim prepisom tovarnog lista SMGS na tovarni list CIM ili tovarnog lista CIM na tovarni list SMGS na mestu reekspedicije. Primena tovarnog lista CIM SMGS je predviđena članom 6. COTIF i članom 6, 11 SMGS. Ovaj priručnik sadrži između ostalog uzorak tovarnog lista CIM SMGS i odredbe koje se odnose na njegovu primenu. Tako naprimer sadrži zajedničke odredbe za tovarni list u papiru i elektronskoj formi, uzorak tovarnog lista u papirnoj i eletronskoj formi koji je u skladu sa Sporazumom o razmeni podataka u elektronskoj formi u međunarodnom železničkom robnom saobraćaju Sporazum EDI (Electronic Data Interchange)

Za prevoz unutrašnjim vodenim putevima relevantna je Konvencija o ugovoru o međunarodnom prevozu robe unutrašnjim plovnim putevima **CMNI** iz 2000. godine, stupila na snagu 2005. a Srbija te iste godine ratifikovala.[10]

U međunarodnom vazdušnom saobraćaju dugo vremena je važio tzv Varšavski sistem zasnovan Konvenciji za izjednačavanje nekih pravila o međunarodnom vazdušnom prevozu 1929 .tzv. Varšavska konvencija sa protokolima i to Haškim protokolom iz 1955 i Montrealskim protokolom br. 4 iz 1975 koji je stupio na snagu tek 1998. (naša zemlja ratifikovala Varšavsku konvenciju i Haški protokol). Stupanjem na snagu Konvencije za izjednačavanje nekih pravila u međunarodnom vazdrušnom prevozu iz 1999**.** a to se dogodilo 2003. (**Montrealska konvencija 1999.**) zamenjuju se sistem Varšavske konvencije sa protokolima. Montrealska konvencija je postala sastavni deo prava Evropske unije, jer je EZ još 2003. kao entitet podnela instrumente za ratifikaciju Montrealske konvencije.[11]

Za pomorski prevoz je u nizu međunarodnih konvencija poslednja koja je stupila na snagu Konvencija UN o prevozu robe morem iz 1978. (tzv. **Hamburška pravila**). Stupila je na snagu 1992. godine a naša ze-

[10] Sl. glasnik RS/ 2005. tzv. Budipeštanska konvencija.

[11] CLARKE Malcom A.,Will the Montreal Conventiom be able to replace the Warshav System and what the changes be? Transportrechts, Jahrgang 26, 11/12, 2003.

mlja je nije ratifikovala i nije je prihvatio značajan broj velikih trgovačkih zemalja čime bi se ostvario pravi smisao unifikacije. U članu 18. se uređuje samo pitanje prevoznih isprava a koje su drugačije od teretnice i konstatuje da su takve isprave potvrde o tome da je zaključen ugovor o prevozu morem i da je prevozilac preuzeo robu kako je u njoj opisano.

Delimično je pitanje tovarnog lista regulisano u članu 6 Međunarodne konvencije za izjednačavanje nekih pravila o teretnici iz 1924. sa protokolima iz 1968. i 1979. Načelno se dopušta primena pomorskog tovarnog lista. (**Haško Visbijska** pravila, Srbija ratifikovala 1979.)[12]

Roterdamska pravila iz 2009. su najnoviji dokument kojim se uređuje materija ugovora o prevozu more. U okviru UNCITRALa je doneta **Konvencija o ugovorima o međunarodnom prevozu stvari u celini ili delimično morem tzv Roterdamska pravila**. Njen cilj je bio da se uredi oblast međunarodnog pomorskog prava s obzirom na činjenicu da se uporedo primenjuje vise međunarodnih konvencija. Pored Haške konvencije sa Protokolima primenjuje se i Hamburška konvencija. Smatralo se da se donošenjem Roterdamskih pravila osavremenjuje pravno regulisanje pomorskog prevoza (elektronski zapisi, imerativnost odredbi o odgovornosti za obe ugovorne stranke…), mada su neka od rešenja iz prethodnih konvencija uneta. Roterdamska pravila se neće primenjivati samo na međunarodni prevoz robe morem, nego i na kopneni prevoz kad se prevoz jednim delom obavlja i morem.[13]

Roterdamska pravila nisu stupila na snagu i izložena su brojnim kritikama, pa se smatra da u skorijoj budućnosti neće postati relevantan izvor prava. Najžešći kritičari su iz Unije drumskih transportera RUK koji smatraju da se pod izgovorom unifikacije pomorskog prava putem Roterdamskih pravila narušava jedinstvo postojećih propisa u oblasti drumskog saobraćaja i stvara neravnopravnost između transporta kopno-more i transporta isključivo kopnom.[14]

Od dokumenata koja nemaju karakter međunarodne konvencije za pravno regulisanje tovarnog lista u pomorskom prevozu značajna su **Jedinstvena pravila CMI za pomorski tovarni list** iz **1990.** godine,doneta u Parizu od strane ICC.[15] Primenjuju se kada ih ugovorne strane ugovore

[12]Kao nacrt dokumenata koji regulise ovu materiju treba imati u vidu i Documents under the UNCITRAL Draft Instrument on Carriage of Goods by Sea, Johan Scheling, http://www.scandinavianlaw.se/pfd/46-9.pfd)

[13] William Tetley, Summary of Some General Criticisms of the UNCITRAL Convention (The Rotterdam Rules) http:/www.megill ca/files/maritimelaw.

[14]Vesna Skorupan Wolff, Poredbena analiza Haskih i Roterdamskih pravila, Poredbeno pomorsko pravo, vol 49, no 164 2010 str. 202.

[15] CMI Uniform Rules for Sea waybills, Paris 1990, Uporedno pomorsko pravo 129-130, str. 75.

u ugovoru o prevozu u kome nije izdata teretnica. Zbog autonomnog karaktera Jedinstvenih pravila, imperativne odredbe međunarodnih konvencija i nacionalnih izvora imaju prednost u primeni.

U odgovoru na pitanje zašto su doneta Jedinstvena pravila za pomorski tovarni list, potrebno je imati u vidu činjenicu da je klasična pomorska teretnica već dugo godina predstavlja najvažniji dokumenat u pomorskom prevozu, a velika joj je uloga u međunarodnoj trgovini, naročito u plaćanju putem međunarodnog dokumentarnog akreditiva. Međutim, u savremenim uslovima transportnog prava, kada je napredak tehnologije pomorskog prevoza znatno skratio vreme potrebno za obavljanje prevoza, u većem broju slučajeva upotreba teretnice se pokazala kao nepotrebna. U nastojanju da se izbegnu problemi vezani za sve češću pojavu da brod stigne pre teretnice u luku, kao i mnogi slučajevi prevoza falsifikovanjem isprave, u pomorskoj praksi se počelo praktikovati korišćenje takve isprave koja bi, bar donekle, isključila navedene opasnosti vezane za izdavanje teretnice, te je tako uveden pomorski tovarni list, koji zbog svoje pravne prirode, a to je potvrda o prijemu robe a ne hartija od vrednosti, nema sve funkcije kao teretnica. Pošto nema svojstvo hartije od vrednosti, ne sadrži pravo na predaju tereta, niti bilo koje drugo pravo na teretu, što smanjuje rizik gubitaka ili krađe isprave. Predaja tereta nije uslovljena prezentacijom tovarnog lisa. Jedinstvena pravila CMI za pomorski tovarni list će se primeniti kad budu prihvaćena ugovorom o pomorskom prevozu.

Jedinstvena pravila se mogu primeniti i onda kad se radi o multimodalnom (mešovitom) prevozu u koji je uključe i pomorski prevoz.

Za kombinovani prevoz koji se zasniva na posebnom ugovoru o prevozu u kome učestvuju najmanje dva prevozioca različitih vrsta prevoza, izdaje se posebna prevozna isprava. Umesto više odvojenih prevoza koji se zasnivaju na posebnim ugovorima o prevozu i posebnim prevoznim ispravama, multimodalni prevoz nudi prevoz "od vrata do vrata" na osnovu jedinstvenog ugovora i jedinstvene prevozne isprave.

Konvencija o međunarodnom multimodalnom prevozu iz 1980. još nije stupila na snagu , što govori o malim očekivanjima privrednika od nje. I čl 5. st.1. je predviđeno da preduzetnik kombinovanog prevoza posle preuzimanja robe izdaje ispravu kombinovanog prevoza, koja može biti izdata kao prenosiva i neprenosiva isprava, prema izboru naručioca. Dugo vremena su u praksi bila u upotrebi **Jednoobrazna pravila za isprave kombinovanog prevoza** koje je donela Međunarodna trgovinska komora **1975**. ICC Rules 1975. kao neobavezujuća pravila koja ugovorne strane mogu da ugovore. U njima je bila predviđena mogućnost da se izda prenosiva ili neprenosiva prevozna

isprava. Cilj ovih pravila je bio da se primenjuju dok Konvencija o međunarodnom multimodalnom prevozu ne stupi na snagu, ali kako ona nije do sada a verovatno i neće stupiti, značaj ovih Pravila je veliki. Ova Jednoobrazna pravila su prihvaćena u većini prevoznih isprava koje se koriste u multimodalnom prevozu.

Najnovija su **Pravila UNCTAD za isprave o multimodalnm transportu iz1 991.**[16] u kojima je predviđeno da isprava u multimodalnom prevozu može biti tovarni list. UNCTAD ICC Pravila za dokumenta u multimodalnom prevozu su inkorporisana u multimodalna transportna dokumenta kao što su FIATA FBL iz 1992. i MULTICON 1995. Osim toga međunarodna organizacija FIATA je donela dokumenta za multimodalni transport kao što su FWB-teretni list iz 1997. godine, koji nije hartija od vrednosti, MULTIDOC–teretnica za multimodalni transport iz 1995. godine i MULTI WAYBILL–brodski tovarni list iz 1995.godine. Ovi dokumenti za multimodalni transport sadrže odredbe o odgovornost operatera u multimodalnom transportu, ograničenje odgovornosti operatera, iznos vozarine i uputstva za prevoz opasnog tereta.

Karakteristike tovarnog lista

Tovarni list je isprava kojom se potvrđuje da je roba primljena na prevoz i da je zaključen ugovor. Nije i ne može da zameni ugovor o prevozu, ali može biti dokaz o postojanju i sadržini ugovora o prevozu. Nepostojanje ili nevaljanost tovarnog lista ne utiče na valjanost samog ugovora o prevozu. Izuzetak od ovog je pravno regulisanje železničkog prevoza robe u Srbiji što se smatra zastarelim rešenjem koje bi trebalo izmeniti.

U Zakonu o ugovorima o prevozu u železničkom saobraćaju 1995. godine[17] je predviđeno da je ugovor o prevozu zaključen kada prevozilac primi robu sa tovarnim listom što potvrđuje stavljanjem pečata na tovarni list. Iz ove zakonske odredbe proizilazi da je ugovor realan i formalan. Ovo rešenje nije u skladu sa međunarodnim pravilima predviđenim u COTIF- u iz 1999. (mada je bilo predviđeno u COTIF-u iz 1980) i trebalo bi ga izmeniti u našem zakonu i usaglasiti sa opšte prihvaćenim stavom o neformalnoj i konsensualnoj prirodi ugovora i karakteru tovarnog lista.[18]

---

[16] ICC Rules, 1975, ICC Publiction No 298; (UNCTAD / ICC RULE for Multimodal transport, Documents 1991 - ICC publication no 481.

[17] Sl. list SRJ 26/95 čl. 31.,st. 2.

[18] A. Kumpan, J.Marin, Teretni list u kopnenom, pomorskom i zračnom prijevozu, Poredbeno pomorsko pravo god. 48 (2009) 163 , str. 57-83.

U pogledu pravne prirode sustinska je razlika između teretnice i tovarnog lista, jer je teretnica hartija od vrednosti a tovarni list po pravilu nije. Teretnica je prenosiva i predstavlja robu a tovarni list nije prenosiv i ne predstavlja robu. Mada su brojne prednosti isprave koja ima svojstvo hartije od vrednosti, pre svega u mogućnosti zakonitog imaoca isprave da pravno raspolaže sa robom dakle da je prodaje ili zalaze iako nema državinu nad njom, i tovarni listovi imaju nekih prednosti u funkcionisanju u odnosu na teretnice. Prednost tovarnog lista u odnosu na teretnicu je u jednostavnijem i bržem postupku preuzimanja robe. Primalc robe u situaciji kad je izdat tovarni list ne mora pri preuzimanju robe da se legitimiše originalom isprave što je slučaj kod teretnice. Dovoljno je da primalac dokaze svoj identitet pa da je zapovednik dužan da mu preda robu. Na taj način se rešava problem nemogućnosti preuzimanja tereta u odredišnoj luci zbog kašnjenja dokumentacije (kad brod stigne pre dokumenata).[19]

Uloga tovarnog lista je posebno važna na relaciji prevozilac, korisnik, primalac jer imalac prava može raspolagati pošiljkom samo ako raspolaže originalnim primerkom tovarnog lista. Tako se tovarnim listom dokazuje identitet imaoca prava (primaoca robe). Osim toga značaj tovarnog lista je i u situaciji kada iz nekog razloga treba izmeniti ugovor o prevozu. Sve izmene ugovora se unose u tovarni list tako da je on dokaz o sadržini ugovora.

Tovarni list ima ulogu i u međunarodnim plaćanjima. Tako ako se plaća putem međunarodnog dokumentarnog akreditiva Jednoobrazna pravila i običaji za dokumentarni akreditiv iz 2007. godine predviđaju da pomorski tovarni list (neprenosiv) jeste prihvatljiv za banke ako ga je izdao prevozilac a potpisali ga prevozilac i zapovednik i ako iz isprave proizilazi da je roba ukrcan na brod navedena u ispravi.[20]

Vrste tovarnog lista

Uobičajena je podela tovarnih listova prema vrstama prevoza, tako da se može govoriti o tovarnim listovima u drumskom železničkom, vazdušnom, prevozu unutrašnjim vodenim putevima, pomorskom i multimodalnom prevozu.

Osim toga značajna je podela i na neprenosive što je pravilo ali i prenosive tovarne listove. Postoji mogućnost da tovarni list dobije svojstvo hartije od vrednosti i on tad predstavlja robu i prenosi se po pravili-

[19] Drago Pavić, Pomorsko imovinsko pravo , Split 2006. str. 207.

[20] A. Kumpan, J. Marin, Teretni list u kopnenom, pomorskom i zračnom prijevozu, Poredbeno pomorsko pravo 48 (2009) , 163 , str. 57-83.

ma koja važe za hartije od vrednosti. Uslov da dođe do izdavanja prenosivog tovarnog lista je da se ugovorne strane saglase o tome. Bez obzira na tu mogućnost u praksi se prenosivi tovarni listovi retko izdaju, najverovatnije zbog toga što se povećava odgovornost prevozioca kad isprava dobije svojstvo hartije od vrednosti .

Zakonska mogućnost izdavanja prenosivih tovarnih listova je predviđena uglavnom nacionalnim propisima . Tako u našim posebnim zakonima koji regulišu pojedine vrste prevoza je data takva mogućnost.[21]

Međunarodne konvencije se ne bave regulisanjem prenosivog tovarnog lista. Tako CMR, COTIF a i ostali međunarodni dokumenti ne poznaju prenosivi tovarni list i nemaju odredbe o takvim mogućnostima, ali to ne znači da se u praksi ne mogu izdati primenom odredbi merodavnog nacionalnog prava koje daju tu mogućnost, ukoliko se obe stranke o tome saglase. U praksi je prenosivi tovarni list izuzetak.[22]

Osnovno je pravilo da za istinitost i urednost podataka koji se unose u tovarni list odgovara ono lice koje ih je unelo u tovarni list. Pošto najveći broj podataka unosi pošiljalac on je najčešće odgovoran za tačnost i urednost tovarnog lista. Prevozilac ima pravo da proveri da li pošiljka odgovara podacima u tovarnom listu. Tako ako je prevozilac u tovarni list uneo obrazloženu primedbu u pogledu robe tovarni list, kao i teretnica može biti čist ili nečist kada je s primedbama.

Papirna i elektronska forma tovarnog lista

Od samog početka upotrebe elektronske komunikacije u prevozu stvari u međunarodnom saobraćaju, javila se potreba da se ova oblast pravno reguliše na međunarodnom nivou i to sa ciljem da se elektronske isprave izjednače sa pismenim. Elektronska razmena podataka je vrlo složen problem u za pravno normiranje.[23] U praksi se javljaju problemi elektronskog potpisa, autorizacije podataka na elektronskom mediju, prenos i zaštita podataka, čuvanje podataka i njihova dostupnost.

Od kako je elektronska obrada podataka postala svakodnevnica u oblasti prevoza, bilo je potrebno da se u praksu uvede a konvencijama i

[21] Čl. 62-75 Zakona o ugovorima o prevozu u drumskom saobraćaju, Sl list SRJ 26/95; čl. 39-40 Zakona o ugovorima o prevozu u železničkom saobraćaju, Sl. list SRJ 26/95, čl. 58-61 Zakona o obligacionimm odnosima i osnovama svojinsko-pravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju, Sl. list SRJ 12/98, 15/98; čl. 535-553 i 554-560. Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi, Sl. list SRJ 12/98, 44/99 ,73/2000).

[22] Carić S., Trajković M., O preobražaju prevoznih isprava u hartije od vrednosti, Razmatranja o pravnom regulisanju saobraćaja, Zbornik radova , Beograd 1976. str. 38-48

[23] Malcolm Clarke, Transport documents:their transferability as documents of title, electronic documents; Lloyd s Maritime and Commercial Law Quarterly 2002 , p 356-359)

zakonima reguliše mogućnost izdavanja tovarnog lista u elektronskoj formi. Pored te mogućnosti zadržana je i ona da se izdaje klasičan papirni tovarni list. Sadržaj papirnog tovarnog lista je određen međunarodnim i nacionalnim propisima

Obrazac tovarnog lista po pravilu utvrđuje udruženje prevozilaca zajedno sa udruženjima korisnika usluga i nadležnim carinskim organima. U pogledu pravnog regulisanja elektronskog tovarnog lista situacija je sledeća:

Usvajanjem Dodatnog protokola na CMR konvenciju iz 2008. godine data je mogućnost ugovornim stranama da izdaju tovarni list u elektronskoj formi u drumskom prevozu, pri čemu su regulisani osnovni pojmovi elektronske komunikacije, elektronskog tovarnog lista i elektronskog potpisa.[24]

Elektronski tovarni list se izdaje elektronskom porukom a može ga izdati prevozilac, pošiljalac ili bilo koje drugo lice koje je zainteresovano za ugovor na koji se primenjuje CMR. Elektronski tovarni list ima istu pravnu snagu kao i papirni tovarni list i sadrži i iste podatke kao i papirna varijanta.

U oblasti železničkog saobraćaja elektronski tovarni list je regulisan je tek revizijom COTIF iz Viljnusa 1999. godine, gde je samo u članu 6. st. 9 predviđeno da se tovarni list, kao i njegov duplikat, mogu izdavati u elektronskom obliku .

U unutarnjoj plovidbi u članu 11. st. 2 CMNI konvencija na izvestan način predviđa mogućnost elektronskog potpisa. Ne govori se o elektronskom tovarnom listu ali je data mogućnost razmene informacija elektronskom razmenom podataka. Čak i da se tumači da Konvencija ne reguliše mogućnost izdavanja elektronskog tovarnog lista, on se u ovoj formi može izdati u međunarodnom rečnom saobraćaju primenom odredbe CMNI o upućivanju na merodavno nacionalno pravo koje takvu mogućnost poznaje. (Čl. 29 i 11. st. 2 CMNI).U pomorskom saobraćaju je moguća takođe razmena elektronskih podataka.

Nova UNCITRAL-ova Konvencija o ugovorima o međunarodnom prevozu stvari u cijelosti ili delomično morem, iz 2009., tzv. Roterdamska pravila, poznaju prenosive i neprenosive prevozne isprave u papirnom ili elektronskom obliku (tzv. elektronički prevozni zapis), koje služe kao dokaz o prijemu robe i sadržaju ugovora o prijevozu. Roterdamska pravila sadrže savremena rešenja za prevozne isprave priznajući i isprave u pisanoj i elektronskoj formi. Ono što je nesporan kvalitet Roterdamskih pravila je rešenje o elektronskom zapisu, jer sadri detaljne odredbe o elektronskim prevoznim ispravama. Roterdamska pravila uz pojam pre-

[24]http:/unece.org/trans/conventn/lagalinst-27OLIRT-eCMR html.

vozne isprave koriste i pojmove prenosiva prevozna isprava, neprenosiva prevozna isprava, elektronska komunikacija, elektronski prevozni zapis , prenosivi elektronski prevozni zapis, neprenosivi elektronski zapis, izdavanje, prenos i dr. (Čl 1. st. 1. tačke 14-22. Roterdamskih pravila). Roterdamska pravila predviđaju za elektronsku prevoznu ispravu ili elektronski zapis tradicionalne funkcije teretnice kao što su potvrda o prijemu robe, dokaz o postojanju ugovora o prevozu, prenos ovlašćenja na robi, dokaz o ovlašćenjima lica navedenog u prevoznoj ispravi. Ovo je dobro rešenje da se regulišu uzajamni odnosi učesnika posla i u prevoznoj ispravi a ne samo u ugovoru, jer je po ranijim konvencijama pitanje bilo ograničeno samo na prevoziočevu odgovornost.[25] Ima mišljenja,[26] da su nepotrebne brojne odredbe o prevoznim ispravama, naročito o načinu prenosa prenosivih i neprenosivih isprava, ali ta primedba nije sustinskog značaja, jer se radi o dispozitivnim odredbama.

U vazdušnom prijevozu, Montrealska konvencija iz 1999. u članu 4 st2 određuje da tovarni list može biti zamenjen "svakim drugim sredstvom koje sadrži podatak o prevozu koji treba izvršiti".Smatra se da bi izraz "svaka druga isprava" mogao obuhvatiti i elektronsku ispravu,odnosno elektronski tovarni list.

U multimodalnom privozu se papirni tovarni list takođe može zameniti i elektronskom razmenom podataka, ako je to dopušteno prema merodavnom nacionalnom pravu. To je predviđeno čl .2.6 Pravila UNCTAD/ICC za isprave o multimodalnm transportu iz 1991. godine. Takodje takvu mogućnost predviđaju i Roterdamska pravila koja se primenjuju i na multimodalni prevoz pod određenim uslovima.

Elektronska i pisana forma tovarnog lista imaju prednosti i nedostatke. Prednost elektronske forme tovarnog lista je u brzini i jednostavnosti komunikacije između prevozioca i primaoca robe. Takođe je smanjena mogućnost falsifikata tovarnog lista naročito u pogledu primedaba koje stavlja primalac.[27]

Međutim, postoje i teškoće u primeni tovarnog lista. Jedno od njih je vezano za mesto i vreme saglasnosti volja stranaka, jer su one odsutne. Problem je takođe vođenje evidencije elektronskih poruka, kao i potreba odgovarajuće tehničke opreme.

---

[25] V. Skorupan Wolff, Poredbena analiza Haških i Roterdamskih pravila, Poredbeno pomorsko pravo 49(2010), 164, str. 200.

[26] I. Grabovac, Pridonose li Roterdamska pravila unifikaciji? Poredbeno pomorsko pravo , 49 (2010) 164, str. 165)

[27] P. Mallon, „Sea Transport: Electronic Contracts of Carriage – The Use of Contractual Structures to create an International Legal Framework", *Transport Law in the Electronic Age, IRU Symposium, Lisabon 1.10.2004*, *http://www.iru.org/index/en_events_2004_lisbon*,

Tovarni list u EU

Materija prevoznih isprava je po svojoj prirodi predmet regulisanja međunarodnih konvencija i nacionalnih propisa ili jednoobraznih pravila koja donose specijalizovane međunarodne organizacije kao tvorevina soft law, koji uređuju ugovore o prevozu odnosno imovinsko pravna pitanja koja nastaju u zaključivanju i realizaciji ugovora.

U EU se donosi veliki broj propisa u vezi saobraćajne politike, pri čemu se znatan broj propisa odnosi na tehnička pitanja i bezbednosne uslove prevoza. Materija koja se odnosi na ugovore o prevozu je uglavnom regulisana međunarodnim konvencijama koje su države Evropske unije u većini ratifikovale, tako da ova pitanja nisu u takvoj značajnoj meri predmet regulisanja komunitarnih propisa.

Stvaranje evropskog transportnog prava kao nadnacinalnog prava u EU otvara neka pravna pitanja.

Potrebno je imati u vidu da se u EU pored saobraćajnog prava kao dela komunitarnog prava primenjuju i one međunarodne konvencije koje su ratifikovale države članice EU. To znaci da pored komunitarnih propisa koji su nastali uzajamnom harmonizacijom nacionalnih pravila država članica, postoje i međunarodne konvencije kao rezultat unifikacije koje su nastajale nezavisno od procesa integracije, čiji su predmet regulisanja uglavnom ugovorni odnosi i imovinsko pravna pitanja koja nastaju povodom ugovora. U nekoj daljoj perspektivi ukoliko se nastavi započeti pravac stvaranja pravila kojima se regulišu ona pitanja koja su predmet međunarodnih konvencija postaviće se pitanje opravdanosti postojanja međunarodnih konvencija odnosno postaviće se pitanje opravdanosti i adekvatnosti međunarodnih konvencija za EU.

Moguće je da EU pristupi konvenciji što bi automatski dovelo da uvođenja konvencije u unutarnji pravni sistem Zajednice. Tako je postupljeno u slučaju vazdušnog prevoza kada je EZ još 2003. predala instrumente ratifikacije ICAO za Montrealsku konvenciju iz 1999. koja je vrlo brzo stupila na snagu posle donošenja još 2003. godine i postala je deo prava EU.

Ovo konkretno znači da se ugovori o prevozu , pa prema tome i materija prevoznih isprava reguliše međunarodnim konvencijama ili drugim autonomnim izvorima međunarodnog prava kao i nacionalnim pravom, a u manjoj meri su predmet komunitarnog prava.

Bez obzira na prirodu propisa kojima se regulišu pitanja transportnih isprava, nesporno je da su u EU one pravno regulisane kako međunarodnim propisima tako i nacionalnim izvorima.[28]

[28] Videti više: Đurđev D, Pravni izvori železničkog prava u EU, Pravna riječ, 14/2008 str. 501–513.

Da bi se u EU koristili transportni dokumenti u elektronskoj formi u punoj meri potrebno je da se ispune određeni uslovi. Prvo, da evropski propisi omogućavaju korišćenje elektronskog tovarnog lista i drugo, da primaoci robe u Evropi koriste iste tehničke standarde za elektronske tovarne listove i isti softver za elektronski potpis.

Zaključak

Prevozne isprave koje se dugo koriste u nacionalnom i međunarodnom saobraćaju su konosman i tovarni list. Ova transportna dokumenta su pravno regulisana u manjoj ili većoj meri u međunarodnim konvencijama ili drugim međunarodnim pravilima i nacionalnim zakonima. Tovarni list je prema međunarodnim izvorima neprenosiva isprava ali u brojnim nacionalnim zakonodavstvima može imati svojstvo hartije od vrednosti. Novina u međunarodnim transportnim dokumentima je mogućnost izdavanja isprave u elektronskoj formi. U oblasti pomorskog kombinovanog prevoza pod određenim uslovima Roterdamska pravila sadrže detaljne odredbe o elektronskim prevoznim ispravama. Takođe u drumskom saobraćaju izričito predviđa Dodatni protokol CMR ovu mogućnost, ali i u drugim vrstama saobraćaja iako manje direktno i okvirno načelno postoji ova mogućnost. Prepušteno je nacionalnim propisima ili samim ugovornim stranama najčešće udruženjima prevozilaca da razrade pitanja u vezi sa izdavanjem elektronske isprave. Izdavanje prevoznih isprava u papirnoj i elektronskoj formi ima prednosti i nedostatke.

Duštanka Đurđev, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Transport Documents

Abstract

This article presents the bill of lading and consignment note (waybill) in international transport law according to international conventions (eCMR, COTIF,CMNI, Montreal Convention 1999. CMI Uniform Rules for Sea Waybills , Rotterdam Rules) . The author define the different types of consignment note and the form of the consignment note (written and electronic) and how is regulated under ЕУ law.

Key words: the bill of lading ; consignment note (waybill) in international transport law

Originalni naučni rad 347.72.033:343.53

Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

IZVORI, OBLICI I NOSIOCI UGROŽAVANJA NEMATERIJALNE IMOVINE ZEMALJA U TRANZICIJI[1]

Sažetak: *Pogrešno se misli da su strane zemlje i multinacionalne kompanije pohrlile u zemlje u trenziciji da bi kupile objekte i došle do jeftine radne snage. Interes i redosled poteza je drugačiji i često prikriven. Na prvom mestu je dolaženje do novih znanja i intelektualne imovine. Na drugom dolaženje do novih tehnologija, sorti, patenata, visokoškolovanih ljudi, unos prljavih tehnologija koja zagađuju životnu sredinu, a tek na trećem mestu su to, zgrade, jeftina radna snaga itd.*

Sa stanovišta bezbednosti i opstanka zemalja u tranziciji osnovno pitanje je kako sačuvati pustošenje intelekta i nematerijalne imovine jedne zemlje jer bez nje ona postaje zavisna za sva vremena upravo od onih koji su to na perfidan i očigledno nameran i ciljan način uradili.

Uvek će postojati korporacije koji će želeti da bez ulaganja naučnog, intelektualnog i radnog napora i novca prisvoje nematerijalnu imovinu drugih. Ovo je moguće jer im se širom sveta pruža mogućnost da tu imovinu (i u krajnjem slučaju dobit) ,,ukradu" od drugih. Ta, ,,krađa" je olakšana bilo zbog toga što meta i vlasnik imovine iz nekih razloga nije svestan njenog značaja bilo zbog toga što zanemaruje opasnost od krađe (preuzimanja) verujući da baš njih niko neće napasti. Za one koji naivno veruju da ne poseduju imovinu koju će neko ,,napasti" i ne žele i ne znaju da treba i kako je štititi, momenat otrežnjenja biće i momenat propasti.

[1] Ovaj je rad posvećen projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo" broj 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije

U ovom radu dat je prikaz značaja nematerijalne imovine, izvora, oblika i nosilaca njenog ugrožavanja kao i načina na koji se ona može izgubiti.

Ključne reči: *Bezbednost, nematerijalna imovina, bezbednost korporacija, bezbednost poslovanja, metode zaštite imovine*

Uvod

Brz razvoj nauke, tehnike i tehnologije u svrhu ostvarenja potreba potrošačkog društva u uzajamnoj i korelativnoj je vezi sa privrednim i društvenim razvojem savremenih država i to na način da razvoj nauke oblikuje privredu, a razvoj privrede uslovljava pravce razvoja nauke, tehnike i tehnologije. Tako nastala spirala uzajamnog prožimanja uslovljena je najviše i ključno novim znanjima i informacijama potrebnim za napredak nauke, tehnike i tehnologije koja, opet, sada u novom obliku znanja i informacija unapređuju privredu savremenih država. Dakle, ukoliko vodeće sile sveta i najsavremenije i bogate države to žele da ostanu i dalje za taj trend potrebno im je sve više i više novca i značajnih naučno-tehnoloških znanja kojima, će zadržati primat u svetu. Naravno, razvoj fundamentalnih, razvojnih i primenjenih nauka iz kojih se dobijaju nova znanja i informacije, a time i nova primenjena tehnika i tehnologija, je dug i naročito skup proces. U svetu koji sve brže živi, a novca za nauku ima sve manje dolazimo do dve svestrane i suprotstavljane tendencije. Jedna je da se što pre (po mogućstvu pre drugih država ili ekonomija) dođe do novih primenljivih znalja i informacija kako bi se time stekla odlučujuća prednost nad konkurentskim državama i privredama, a druga tendencija je da se za to uloži što manje novca čime se obezbeđuje veći profit. Ovo drugo i jeste pravi cilj svih koji ulažu u primenjena znanja i tehnologije. Kako se radi o dijametralno suprotstavljenim i isključivim tendencijam dolazimo do osnovnog problema sa kojim se susreću bogati i moćni. Kako stalno i sve brže dolaziti do najsavremenij naučnih rezultata primenjivih u privrednom razvoju, a za to uložiti što manje novca jer u suprotnom skupa nova znanja i informacije i tehnologije ne moraju značiti i prednost u stalnoj trci savremenih privreda, a time i država.

U ovako postavljenu tezu treba uvesti još jedan faktor. To je da naučna dostignuća nisu unapred predodređena za one koji ulože ogroman novac u naučna istraživanja. Nauka je takva delatnost gde se, nekada do genijalnih ideja, dolazi zahvaljujući ingenioznosti „naučnika“ u siromašnim i manje razvijenim zemljama. Uzimajući u obzir navedenu činjenicu

dolazimo do novog problema. Veliki, bogati i moćni, u želji da to i ostanu nastoje da dođu do novih naučno-tehnoloških znanja koja nisu nastala u njihovoj produkciji (pre konkurencije) kako bi i dalje ostali lideri na tržištu. Do tih znanja moguće je doći na dve načina. Prva je njihovom kupovinom (patenta, tehnologije i ljudi), a drugi jednostavno krađom u vidu naučne (industrijske) špijunaže ili bilo kojim drugim oblikom intelektualne krađe ili nelegalnog preuzimanja.

Dakle, da prethodne teze svedemo na sledeći način. Bogate i moćne države, privrede, ekonomije ili korporacije to jesu zato što imaju:

1) veliku i skupu materijalnu imovinu rasutu po celom globalnom svetu i

2) veliku, značajnu i drugima nedostupnu nematerijalnu (intelektualnu) imovinu zasnovanu na naučnim istraživanjima i rezultatima u koja se ulaže ogroman novac radi zadržavanja primata na svetskom tržištu.

Kako nova znanja zahtevaju ulaganje sve više novca koje bogati moraju odvojiti od svog profita danas se sve više uočava tendencija „prikupljanja" (dolaženja) do novih znanja i tehnologija koja se nalaze u manje razvijenijim zemljama i to na način da se za to ne mora dati velika količina novca.

U praksi stvari stoje ovako. Veliki, moćni i bogati sve više pooštravaju bezbednosne procedure u cilju zaštite svojih poslovnih sistema koji imovinu podjednako štite i razvijaju bilo da je ona materijalna (opipljiva) ili nematerijalna (intelektualna) dok istovremeno destimulišu male, siromašne i zemlje u tranziciji da na isti način štite svoju imovinu kako bi ovi prvi lako i bez velikih ulaganja došli do novih znanja, tehnologija, patenata i informacija koje su im potrebne da bi zadržale svoj liderski položaj i uvećale svoj kapital, a time i obezbedile stabilnost (društvenu, privrednu, socijalnu) svojih zemalja.

Evropski Odbor za međunarodne računovodstvene standarde (The International Accounting Standards Boards (IASB), definiše nematerijalnost u skladu sa internacionalnim računovodstvenim standardom MPC 38 (IAS 38) koji utvrđuje kriterijume po kojima preduzeća treba da prepoznaju nematerijalnu imovinu bez obzira da li je ona kupljena ili kreirana unutar preduzeća. Ta imovina se definiše kao nenovčana imovina bez fizičkog oblika, kao resurs koji je kontrolisan od strane preduzeća, kao rezultat prošlih događaja od kojih se očekuje buduća korist. Prema toj definiciji tri su glavne odlike nematerijalne imovine:

1. njena identifikacija (prepoznavanje) i verifikacija
2. njena kontrola i
3. sadašnja i(li) buduća korist

Pogrešno se misli da su strane zemlje i multinacionalne kompanije pohrlile u zemlje u trenziciji da bi kupile objekte i došle do radne snage. Interes i redosled poteza je drugačiji i često prikriven. Na prvom mestu je to dolaženje do novih znanja i intelektualne imovine. Na drugom dolaženje do novih tehnologija, sorti, patenata, visokoškolovanih ljudi a tek na trećem mestu su to, sirovine, zgrade, jeftina radna snaga itd. Da je ova teza tačna govori i činjenica da kada dođe vreme za „odlazak", lako se odriču radnika i zgrada i ne pada im na pamet da vrate intelektualnu imovinu mada se postavlja pitanje da li je to uopšte i moguće. I još nešto. Svoju visokotehnohnološku intelektualnu imovinu ni ne unose u zemlje u tranziciji kako ne bi tu i ostala. Dakle, kada je u pitanju nematerijalna imovina veliki i moćni samo „iznose" ništa „ne unose".

Sa stanovišta bezbednosti i opstanka zemalja u tranziciji osnovno pitanje je kako bezbedno sačuvati pustošenje intelekta i nematerijalne imovine jedne zemlje jer bez nje ona postaje zavisna za sva vremena upravo od onih koji su to na perfidan i očigledno nameran i ciljan način uradili.

Pogrešno se misli da je nematerijalna imovina (kapital) samo brend, patenti, informacije i slično. Po savremenom shvatanju nematerijalnu imovinu čine i sveukupna znanja (stručna i opšta), veštine i iskustva zaposlenih nastalih kao radno ili bilo koje ranije iskustvo i aktivnost zaposlenih bilo pojedinačno ili kolektivno. Naravno, uspešna preduzeća se upravo i razlikuju od neuspešnih po tome što ove oblike nematerijalne imovine pretvaraju u imovinu korporacije ili preduzeća. Kao takva ona je osnovni pokretač rasta i razvoja i značajan faktor u borbi protiv konkurencije.

Nematerijanom imovinom se može upravljati i trgovati kao i sa materijalnom imovinom. Ako se ova teza prihvati kao tačna onda se postavlja pitanje zašto većina zemalja u tranziciji nije obračunala vrednost nematerijalne imovine pri prodaji preduzeća u periodu tranzicije. Postoje preduzeća, instituti ili laboratorije i naučne institucije čija nematerijalna imovina višestruko premašuje onu materijalnu. Tipičan primer za to u R Srbiji su i instituti koji se bave proučavanjem i selekcijom novih vrsta poljoprivrednih proizvoda, lekova, sredstava za zaštitu i lečenje ljudi i životinja i sl.i na osnovu kojih je Galenika bila svetski brendNije vrednost korporacije za proizvodnju lekova „Galenika" bila u zgradi i mašinama te korporacije (to može svako da napravi i kupi) nego u znanju ljudi koji tamo rade i sojevima antibiotika koji su bili jedinstveni u svetu. Takvih primera ima mnogo od poljoprivrede do visokotehnoloških industrijskih proizvoda. . O tom i sličnim slučajevima govori podatak da su ekonomsti izračunali da isčitavanje čovekovih gena stvara novu vrednost od gotovo 800 milijardi dolara. Istraživači Batelovog memorijalnog instituta u Ko-

lumbusu su izračunali da se svaki dolar uložen u to istraživanje oplodio 141 put. Dalji proračuni su pokazali da je taj profit obezbedio novih 310 000 radnih mesta koje će opet, dalje, zaraditi novu vrednost. Može se zamisliti kakva bi šteta nastala da je došlo do krađe znanja i tehnologija za ovu namenu.

Nematerijalna imovina privlači pažnju kako konkurencije tako i raznih mentora, lopova pa i ekonomskih obaveštajnih službi. Uvek će postojati ljudi, preduzeća i korporacije koji će želeti da bez ulaganja naučnog, intelektualnog i radnog napora i novca prisvoje nematerijalnu imovinu drugih. Ovo je moguće jer im se širom sveta pruža mogućnost da tu imovinu (i u krajnjem slučaju dobit) „ukradu" od drugih. Ta, „krađa" je olakšana bilo zbog toga što meta i vlasnik imovine iz nekih razloga nije svestan njenog značaja bilo zbog toga što zanemaruje opasnost od krađe (preuzimanja) verujući da baš njih niko neće napasti. Za one koji naivno veruju da ne poseduju imovinu koju će neko „napasti" i ne žele i ne znaju da treba i kako je štititi, momenat otrežnjenja biće i momenat propasti. Naivno je misliti da svi koji dolaze sa zapada iz razvijenih zemalja kao veliki biznismeni i ulagači poštuju dobre poslovne običaje i fer plej u poslovanju. Upravo obrnuto, prvo dolaze i nastupaju oni koji su se vrlo dobro izveštili u ekonomskoj špijunaži i borbi sa konkurencijom, a preduzeća iz centralizovanih, državnih privreda nenaviknuti na to postaju lak plen. Činjenica da imate sve informacije o vašem konkurentu, da lako možete preuzeti svu njegovu nematerijalnu imovinu i predstaviti je kao svoju (nekad u novom pakovanju) vaše nedostatke pretvara u vaše prednosti, a time i pobednika u trci na svetskom, regionalnom ili lokalnom tržištu.

Sa stanovišta bezbednosti korporacija osnovni problem je zanemarivanje uloge i važnosti korporativnog sistema bezbednosti u poslovanju kao i nepoznavanje štetnih uticaja konkurencije i kriminalnog faktora koji u slučaju svog uspešnog delovanja svaku korporaciju vode u propast, a da pri tome nisu ni označeni kao faktori propasti. Autoru teksta nije poznat ni jedan slučaj u Srbiji gde je pojedinac (rukovodilac), preduzeće, sud ili država ustanovili da je do propasti preduzeća došlo zbog lošeg upravljanja nematerijalnom imovinom. Da je analiza tačna videćemo iz dve premise. Prva je da je naša zemlja ukupno i mnoga preduzeća pojedinačno raspolagala ogromnom količinom nematerijalne imovine za koju su stranci bili zainteresovani. Druga je da je nemoguće da ona nije bila napadnuta bilo pojedinačno bilo na sistematizovan i organizovan način. Znači postoji značajna disproporcija između toga da kod nas nije uočena i utvrđena krađa ili nelegalno preuzimanje nematerijalne imovine i toga da to postoji

kao praksa svuda u svetu. Između tih ekstrema se i nalazi istina koju treba što pre utvrditi jer ovakve tendencije mogu izmaći kontroli i državu i privredu uvesti u dugotrajnu zavisnosti od tuđih znanja, informacija i tehnologija. Odnosno naša znanja i tehnologije mogu završiti u funkciji tuđeg napretka.

U Republici Srbiji još uvek se mnogo više pažnje, posvećuje fizičko-tehničkoj zaštiti materijalne nego nematerijalne imovine. Zaštita zaposlenih, nosilaca i vlasnika nematerijalne imovine kao i zaštita poslovanja je procentualno veoma mala da gotovo i ne postoji. Slika se menja i promeniće se utoliko što će strane korporacije koje su preuzele naše znanje, informacije i tehnologije sve učiniti da ih zaštite i tu će važiti međunarodni bezbednosni standardi zaštite.

Vraćajući se na osnovnu temu osnovni problemi u ovoj oblasti su:

1. kako smanjiti rizik od nelegalnog ili neprofitnog gubitka intelektualnog kapitala (imovine);
2. kako organizovati korporativni bezbednosni sistem u funkciji zaštite nematerijalne imovine;
3. koje metode zaštite nematerijalne imovine usvojiti;
4. kako unaprediti bezbednosni rad menadžera u kreiranju poslovne strategije u radu sa partnerima i konkurencijom;
5. kako izvršiti klasifikaciju i ocenu opasnosti od gubitka nematerijalne imovine.

Odgovor na postavljena pitanja dovešće nas do modela organizacije i funkcionisanja korporativnih sistema bezbednosti u funkciji zaštite nematerijalne imovine. Korporativni sistemi bezbednosti dobijaju sve više na značaju jer izlaskom na svetsko tržište kao i realizacijom procesa globalizacije na polju ekonomije korporacije više ne mogu da računaju na ekskluzivnu zaštitu države u ekonomskim odnosima već moraju da se brinu o sebi. U tom slučaju država se od ranije glavnog aktera pretvara u svojevrstan servis privatnih korporacija.

Nematerijalna imovina kako joj samo ime kaže nema fizičku formu i njeno iskazivanje i definisanje nije lako i zahteva proučavnje savremenih svetskih rešenja. Radi se o vrsti kapitala čiju je vrednost teško izmeriti, odrediti mu formu i granice, i naročito se ne može skladištiti i čuvati za budućnost. Takva imovina zahteva posebne sposobnosti menadžmenta za upravljanje njim sa posebnim problemom njegove zaštite od neovlašćenog odlivanja, preuzimanja ili krađe.

Brojni autori u svetu govore da je posle hladnog rata nastupio „globalni ekonomski rat“ gde svako špijunira svakog i svako nastoji da neprimećen ukrade ideje, informacije, pantente i znanja od svoje konkurencije

kako ne bi ulagao ogroman novac za njihov razvoj što mu na kraju daje odlučujuću prednost na tržištu, a time i ogroman kapital i poslovno-socijalnu pa i političku stabilnost.

Nematerijana imovina se tretira kao roba od najveće vrednosti i predviđa se da će odeljenja bezbednosti multinacionalnih kompanija u bliskoj budućnosti pretvarati u privatne armije sa jakom obaveštajnom strukturom koja će delovati globalno gde god je to potrebno i sa sve savremenijim tehničkim i informatičkim alatima. Može se reći da je danas, posle hladnog rata, glavni zadatak tradicionalnih špijuna industrijska špijunaža i krađa nematerijalne imovine uopšte. Svoje znanje iz socijalnog inžinjeringa[2] u radu sa ljudima kao i znanje iz operativnog rada i korišćenja obaveštajne tehnike uz znanje stranih jezika i informatičkih alata stavili su u svrhu nelagalne ekonomske trke multinacionalnih kompanija. U ovoj trci (nema ili) ima veoma malo „prijatelja" pa je ekonomska špijunaža opšti trend. Preovlađuju interesi pa svako špijunira svakog. Pitanje je samo koliko će agresivno to činiti i koja će sredstva koristiti. Ekonomski obaveštajci to opisuju ovako. Nije pitanje da li ćemo to da radimo. Naš posao je da budemo barem toliko dobri i uspešni kao suprotna strana. Ili „naš posao nije da ga pobedimo, naš posao je da konkurenciju uništimo."

Najviši predstavnici CIE u svojim istupanjima redovno naglašavaju da je industrijska špijunaža dugoročni cilj savremenih obaveštajnih službi. U tom smislu američka obaveštajna mreža radi na prikupljanju podataka ekonomske prirode kako bi američkim kompanijama obezbedili podatke i informacije koji ukazuju na nove tehnologije, proizvode i znanja. Industrijska špijunaža ima itekakav značaj za moćne američke kompanije, a samim tim i za državu i njenu bezbednost. Jedan od direktora CIE je rekao „ Ako špijuniramo za vojnu bezbednost, zašto ne bi mogli špijunirati i za ekonomsku bezbednost."[3]

Navedeno nam ukazuje na još jedan stereoptip koji se plasira malim, siromašnim i zemljama u tranziciji a to je da „kapital nema granica i da nije obeležen nacionalnim bojama." Naprotiv, aktivno učešće državnih struktura i obaveštajnih kapaciteta u osvajanju tržišta kao i politički pritisci u funkciji ostvarivanja ekonomske dominacije duboko su obojeni nacionalnim interesima jer „iza svake politike stoji ekonomija (i obrnuto)." Najbolji primer za to vidimo u slučaju Slovenije. Naime, slovenačka obaveštajna služba SOVA kao jedan od glavnih ciljeva svog delovanja navodi zaštitu privrednih intere-

[2] Socijalni inženjering je tehnika u kojoj se ubeđivanje i(li) obmana koriste da bi se dobio pristup kompjuterskim sistemima. Ovo se postiže razgovorom sa ljudima ili nekim drugim oblicima interaktivne komunikacije. (Gattiker, U. E. 2006)

[3] Stensfild (1995)

sa. Ovakav stav naveden je i u slovenačkoj strategiji nacionalne bezbednosti gde se kaže: „Privredna politika Slovenije usmerena je na jačanje privredne stabilnosti i rasta, što je značajno i za razvoj bezbednosnih funkcija... Glavni razvojni zadatak jeste poboljšanje konkurentske sposobnosti i inovativnosti privrede, što je uslov za prilagođavanje promenama u tehnologijama i na svetskom tržištu."

Iz ovoga zaključujemo da je problem mnogo veći nego što se stiče utisak na prvi pogled. Veliki, bogati i moćni u očuvanju svog nacionalnog interesa jačaju konkurentnost svoje privrede, a naročito zaštitu nematerijalne imovine razvijajući između ostalog, i nacionalnu svest i bezbednosnu kulturu u nemilosrdnim poslovnim odnosima. Ako nije tako „neuspeh je zagarantovan, a gubitak ekonomske slobode nacije dovodi do apsolutne zavisnosti od stranog kapitala. Od ekonomske zavisnosti veoma mali korak je do političke zavisnosti. Ista ravan posmatranja je i na korporativnom nivou samo što korporacija neće doživeti političku zavisnost nego će neminovno propasti, a posledice te propasti (ekonomski poremećaji, brojni nezaposleni, socijalna nesigurnost i nemiri) ostavljaju se vladi „napadnute" zemlje.

Mnoge zemlje (najbolji primeri su Švedska i Izrael) u rešavanju ovog problema krenuli su sa nacionalnog nivoa usvajajući strategiju i realizujući naučne studije u nameri da prvo definišu i zatim popišu i obeleže nematerijalnu imovinu kao „faktora uspeha i konkurentske prednosti i visokog potencijala za razvoj." Na primer izraelska studija upoređuje Izrael sa drugim razvijenim zemljama. Zadatak studije je da proceni izraelski intelektualni kapital kako bi zajedno sa finansijskim kapitalom pomogao da se ostvari integralni i sveobuhvatni pogled na nacionalnu imovinu i njen potencijal za budući razvoj te sposobnost Izraela da konkuriše drugim industrijalizovanim nacijama u globalnoj ekonomiji.

Iz navedenog zaključujemo sledeće: 1) nematerijalna imovina iako neopipljiva može se meriti i 2) za to merenje postoji odgovarajuća metodologija.

U osnovi nacionalna nematerijalna imovina (a time i korporativna) merila bi se merenjem (utvrđivanjem) uglavnom sledećih parametara:[4]

1. ljudskog kapitala
- obrazovanje
- stručna kvalifikovanost
- iskustvo (stručno i poslovno)
- psihometrijske sposobnosti
- radni elan (proaktivnost, inovativnost, promenljivost)

[4] The international Federation of Accountants-FAC (1988). Prema D. Aleksić; Razvoj modela zaštite intelektualnog kapitala u poslovnom sistemu, magistarski rad, 2010.

2. organizacionog (korporacijskog) kapitala
- patenti
- autorska prava
- poslovne tajne
- robne marke
- filozofija menadžmenta i sposobnosti
- korporativna kultura
- informacioni sistemi
- finansijski odnosi i disciplina

3. kapitala odnosa
- brendovi
- poslovni partneri
- kupci i njihova lojalnost
- kompanijsko ime
- poslovna saradnja
- licencni ugovori

Merenje nematerijalne imovine osim što treba da bude element strategije nacije ili korporacije ima za cilj i mogućnost njegovog upoređenja, rangiranja, praćenje trendova i prećenje njegovog rasta ili pada pa i njegovo beleženje kao knjigovodstvene ili računovodstvene vrednosti.

Naravno svako merenje nečega što nema fizičku vrednost (strah, ljubav, bezbednost, znanje, kreativnost i sl.) je veoma teško i zahteva interdisciplinarni pristup. Ovo zbog toga što nematerijalna imovina u sebi sadrži brojne vrednosti i svojstva (međunarodne, nacionalne, korporacijske grupne i lične) koja nemaju isti značaj za sve i svaku naciju i korporaciju. Ono što je najvažnija vrednost i svojstvo za jednoga ne mora biti i za drugoga, odnosno ono što je korisno za jednu naciju ili kompaniju ne mora biti i za drugu. Štaviše ove premise mogu važiti i za pojedine sektore unutar jedne korporacije.

Osim navedenog treba reći da u merenju nematerijalne imovine teškoću predstavlja i njena nepredvidivost, manifestnost na mnogo načina, dinamički karakter, individualnost, vrednost sama po sebi. Navedene teškoće, pretpostavlja se, predstavljaju i razlog i opravdanje zašto mnoge kompanije (ali i nacije) ne kreću u taj posao i rešavanje ovako značajnog problema.

Efekti profesionalnog odnosa prema nematerijalnoj imovini su:[5]

[5] Ibid

1. njenim popisom i vrednovanjem korporacije i preduzeća postaju znatno vrednije na tržištu nego što je to samo knjigovodstvena vrednost;
2. efikasnost poslovanja se na taj način više iskazuje kroz znanje nego kroz prost rad;
3. raste vrednost akcija;
4. lakše je privući investitore;
5. mogućnost poređenja sa drugim kompanijama;
6. mogućnost korišćenja savremenih računarskih programa (softvera) koji podrazumevaju vrednovanje nematerijalne imovine;
7. mogućnost korišćenja međunarodnih računovodstvenih standarda (MRS 38 iz 1998);
8. mogućnost izdvajanja nematerijalne imovine radi prodaje, davanja u zakup, razmene i slično;
9. mogućnost ostvarivanja zakonskih prava sudskim putem;
10. mogućnost predviđanja buduće ekonomske koristi;
11. mogućnost njegove kontrole zaštite i upravljanja.

Ugrožavanje nematerijalne imovine

Svi savremeni sistemi obezbeđenja imovine lica i poslovanja bez obzira na koji način i sa kojim ciljem su organizovani, predstavljaju oblik organizovanja u zaštiti vitalnih vrednosti korporacije. Njihovo organizovanje polazi od dva osnovna pitanja:

a) od kojih oblika i nosilaca ugrožavanja treba štititi preduzeće i

b) na koji način treba da deluju elementi sistema obezbeđenja da bi se ostvario osnovni cilj njihovog uspostavljanja.

Odgovor na ova pitanja predstavlja osnovu za sva druga delovanja u bezbednosnom smislu, jer se preko njih definiše, klasifikuje i objašnjava nastanak, trajanje i delovanje štetnih i opasnih pojava u bezbednosno-zaštitnom smislu. Tu se, pre svega, misli na poznavanje raznih oblika ugrožavanja, raznih destruktivnih delovanja, kao i svih društvenih, prirodnih i tehničkih pojava, koje u različitim varijantama i oblicima, nastaju, a odnose se na ugrožavanje bezbednosti datog preduzeća.

Polazeći od različitih naučnih, teorijskih, metodoloških i praktičnih stanovišta mogu se definisati, razvrstati i objasniti različiti izvori, oblici i nosioci ugrožavajućeg delovanja.

Kod nas, trenutno, u pravnim dokumentima nisu rangirani, stepenovani i grupisani izvori i oblici ugrožavanja korporacija pa time i njihove imovine. U većini slučajeva, u pitanju je samo njihova identifikacija, pri čemu se najčešće ističe stepen njihove opasnosti, kao i potreba za organizovanjem u njihovom suzbijanju.

Treba reći da ne postoji saglasnost o definiciji pojma *ugrožavanje*, jer se ovaj pojam različito upotrebljava. Najčešće se za pojam ugrožavanje koriste različiti termini, ali se isto tako pod tim terminima podrazumevaju i različite suštine. Zbog toga se, u većini definicija pojma ugrožavanje, mogu naći određene zamerke koje su posledica uopštavanja da bi se lakše odredila suština ove pojave. Isto tako, pojmovi mogu imati različite nivoe opštosti što svakako zavisi i od potrebe za koju se definišu (teorijske, praktične, nastavne i sl.).

Ovom prilikom navodimo neke karakteristične stavove. Tako, na primer, u krivično-pravnom smislu ugrožavanje znači opasnost. Značenje opasnosti, u ovom smislu, podrazumeva manju ili veću mogućnost uništenja ili oštećenja nekog dobra ili vrednosti, ugrožavanje života ili zdravlja, bilo da se radi o čoveku, korporaciji, državi ili međunarodnom dobru (vrednosti).

U sociološkom smislu pojave ugrožavanja vezuju se za društvene sukobe i protivdruštvena ponašanja i one se ne mogu unapred predvideti.

Neki teoretičari problemu ugrožavanja korporacija prilaze kao promenljivoj kategoriji koja zavisi od shvatanja konkretnog društva, odnosno društvo odlučuje o tome koje pojave predstavljaju pojave ugrožavanja.

Drugi, međutim, smatraju da je ugrožavanje proces koji nastaje usled suprotnih interesa koji se ne mogu ostvariti istovremeno, niti se može postići kompromis u stavovima o uklanjanju uzroka sukoba, pri čemu nosioci različitih interesa mogu biti subjekti unutar samog preduzeća ili van tog preduzeća.

Svim navedenim definicijama mogu se staviti manje ili veće primedbe. To je i normalno s obzirom na to da su one ustanovljene za potrebe drugih naučnih disciplina ili za druge teorijske i praktične potrebe. Osnovna zamerka koja im se može postaviti jeste da su ograničene predmetom istraživanja, koji je najčešće uže postavljen nego pojava o kojoj govorimo. Tako, na primer, krivično-pravno i sociološko značenje ne uzimaju u obzir prirodne i tehničke aspekte ugrožavanja koji se svakako ne mogu zanemariti. Poznato je da prirodne nepogode ili požari sa ljudskim životima mogu napraviti višestruko veće štete nego recimo krađe nematerijalne imovine.

Isto tako iz navedenih definicija ne može se videti koji obim neke pojave i u kom trajanju mora postojati da bi se to smatralo pojavom ili procesom ugrožavanja.

Uzimajući u obzir navedene činjenice, pod pojmom ugrožavanja *podrazumevaju se društvene pojave ili ponašanje nastalo delovanjem čoveka (pojedinačno ili grupno) prirode ili tehničkih sistema u dužem periodu koje su značajnijeg obima, pri čemu nastaju ili mogu nastati, štetne*

posledice po vitalne vrednosti preduzeća,njegovu imovinu život i zdravlje ljudi koji u njemu rade.

U neposrednoj vezi sa pojmom ugrožavanja jeste i pitanje predmeta ugrožavanja, odnosno davanja odgovora na pitanje šta se to ugrožava, a to znači određivanje vrednosti preduzeća koje su predmet zaštite. Predmet ugrožavanja predstavlja širok spektar objekata (imovina, prostor, život, zdravlje i sl.), pri čemu svako preduzeće izdvaja samo one koji za nju čine vitalni interes.

Tako se kao objekti zaštite pojavljuju, pre svega, život čoveka, materijalna i nematerijalna dobra preduzeća i slično.

Izvori ugrožavanja

Sa ugrožavanjem, kao društvenom, prirodnom ili tehničko-tehnološkom pojavom, susretala su se sva preduzeća pa možemo reći da je reč o konstantnoj pojavi. Međutim, ta neprekidnost nije vezana za njihove oblike ispoljavanja, jer su oni nastajali i nestajali mada se izvestan broj oblika (krađe, požari, pronevere i sl.) javljaju u svim razdobljima.

Za razliku od ranijih teoretičara koji su pokušavali da u svemu tome pronađu izvesne zakonitosti i utvrde faktore koji dovode do razvoja novih oblika ugrožavanja, savremeni teoretičari pojave ugrožavanja posmatraju kao relativne pojave koje zavise od mnogih faktora. Ova zavisnost i relativnost ispoljavaju se na više načina. Primera radi, ono što za jedno preduzeće može biti pojava ugrožavanja, za drugo ne mora. Pojave ugrožavanja koje prate razvoj svakog preduzeća neminovno se javljaju i u našem društvu, što kao odgovor ima stvaranje odgovarajućeg zaštitnog sistema u vidu organizovanog sistema obezbeđenja. Međutim, njihov negativan uticaj se oseća i pored svih preduzetih mera, pa to upućuje na zaključak da se izvori ovih pojava nalaze izvan uticaja subjekata koji su zaduženi za njihovo eliminisanje.

Isto tako, možemo zaključiti da su ti izvori takođe konstantni s obzirom na trajnost pojave ugrožavanja, kao i da su heterogeni i dispergovani u raznim sferama društvene, prirodne i tehničko-tehnološke delatnosti.

U zavisnosti od primenjenih kriterijuma izvore ugrožavanja možemo klasifikovati kao društvene, prirodne i tehničko-tehnološke.

Društveni izvori ugrožavanja jesu:

– globalizacija i novi svetski poredak

– suprotnost interesa unutar preduzeća ili između dva preduzeća,

– neujednačenost društveno-ekonomskog razvoja između privrednih subjekata,

– borba za profit
– siromaštvo i dr.

Prirodni izvori ugrožavanja jesu:

– elementarne nepogode značajnijeg obima
– nedostatak sirovina,
– nedostatak energenata
– prekid prirodnih tokova transporta

Tehničko-tehnološki izvori ugrožavanja jesu:

– postojanje i razvijenost tehničko-tehnoloških postrojenja – nosilaca ugrožavanja ljudi, njihovog zdravlja, kao i životne sredine.

Prema direktnosti uticaja na bezbednost korporacija izvori ugrožavanja dele se na:

a) posredne i
b) neposredne.

Prema aktivnosti dele se na:

a) latentne i
b) aktivne.

Prema konstantnosti mogu biti:

a) stalni i
b) povremeni.

Prema vremenu nastanka dele se na:

a) prošle,
b) sadašnje i
v) buduće.

Svaka od ovih grupa izvora ugrožavanja predstavlja kompleks zasnovan na određenom kriterijumu po kome su svrstane. Teškoće u njihovom razvrstavanju, a time i objašnjenju nastaju zbog toga što jedan oblik izvora ugrožavanja može nastajati na više izvorišta u različitom intenzitetu.

Za nas je posebno interesantna grupa budućih izvora ugrožavanja, jer se na njoj zasniva tzv. predviđanje i procena bezbednosnog stanja. Ta procena može biti rađena za kratkoročan, srednjoročan i dugoročan period, pri čemu mora da uključi analizu prethodnog i sadašnjeg stanja i predviđanje očekivanog. Tu se, u stvari, procenjuje odnos snaga i delovanje nosilaca ugrožavanja i subjekata sistema obezbeđenja, kao i procena očekivanih oblika ponašanja i njihove štetnosti i društvene opasnosti.

Oblici ugrožavanja

Već smo rekli da danas, kada je svet postao „globalno selo“, nema preduzeća koje, iz ovih ili onih razloga, nije više ili manje ugroženo delovanjem različitih nosilaca ugrožavanja bilo spolja bilo iznutra.

Poštujući osnovnu (uslovnu) podelu prema mestu nastanka, na spoljnu i unutrašnju bezbednost, pojave ili delatnosti ugrožavanja mogu se podeliti na one koje su organizovane, usmeravane i dolaze spolja (izvan preduzeća) i one čiji se osnovni uzroci i nosioci nalaze unutar preduzeća (unutrašnji).

Radi naučne istine, treba reći da danas, osim čisto spoljnih i unutrašnjih oblika ugrožavanja, ima pojava ili delatnosti ugrožavanja koje se, npr., dešavaju unutar preduzeća i tu se nalaze njeni nosioci, ali se njihovi inspiratori, finansijeri i planeri nalaze izvan preduzeća.

Dakle, prema mestu odakle dolaze ili gde nastaju oblici ugrožavanja dele se na:

a) spoljne i

b) unutrašnje

Spoljni oblici ugrožavanja nematerijalne imovine jesu:

a) *oružani* – rat i različiti oblici agresije, međunarodni terorizam, diverzije, razbojništva i dr.

b) *neoružani* - neki oblici kompjuterskog kriminala, destruktivna propaganda , ekonomski pritisci i sankcije u svrhu nelegalnog preuzimanja ili nelegalne kupovine i sl.

Unutrašnji oblici ugrožavanja bezbednosti takođe se mogu podeliti na oružane i neoružane oblike:

a) *oružani* oblici su: unutrašnji terorizam, ubistva, diverzije

b) *neoružani* oblici su: saboraže, razni oblici kriminaliteta (krađe, prevare, industrijska špijunaža), sociopatološke pojave (alkoholizam, narkomanija, kockanje), tehničko-tehnološki akcidenti, požari, poplave, zemljotresi i dr.

Kao što smo videli oblici ugrožavanja se mogu klasifikovati na više načina i prema više kriterijuma. Klasifikacija uvek podrazumeva izvršioca, motiv, trajanje i vreme nastanka.

Rezultat ugrožavanja može takođe biti različit. Od onog koji ne proizvodi bitno štetne posledice do onog koji ima bitne i trajne negativne posledice koje se mere i nestankom i propašću kompanije.

U tom smislu navodimo:

- gubitak ili uništenje nematerijalne imovine;
- krađa, kopiranje ili nelojalno preuzimanje imovine;
- falsifikovanje ili modifikovanje nekih oblika nematerijalne imovine,
- blokiranje u smislu nepriznavanja njegove vrednosti ili značaja.

Naravno postoje i oblici ugrožavanja koji nisu posledica ljudske delatnosti i koji pripadaju grupi prirodnih ili tehničko-tehnoloških (akcidentnih) oblika. I ovi oblici kao oni koji pripadaju ljudskoj delatnosti mogu imati takođe veoma štetne posledice mada su znanje, informacije i sl. mnogo manje podložni prirodnim katastrofama ili recimo radioaktivnom zračenjeu nego materijalna imovina.

Nosioci ugrožavanja nematerijalne imovine

Nosioci ugrožavanja su realizatori oblika ugrožavanja i bez njih nema ugrožavanja. Kod nosilaca ugrožavanja su karakteristične dve činjenica. Prva je da oni svakako postoje ali da mogu ali i ne moraju činiti činove ugrožavanja. Dakle većinom su oni latentni faktor (subjekt) ugrožavanja. Druga činjenica je da kada nosioci dolaze spolja ugrožavanje je moguće samo ako mu to omogući neko „iznutra“ tako da je podela na unutrašnje i spoljne načelna da bi se lakše izvršilo njihovo klasifikovanje. U tom smislu, unutrašnji nosioci ugrožavanja su:

- zaposleni
- bivši zaposleni
- prodavci (dobavljači)
- poslovni partneri
- konsultanti.

Spoljni nosioci ugrožavanja su:

- strane ekonomske službe
- akademske naučne grupe
- domaća i strana konkurencija
- mediji
- organizovane kriminalne grupe
- informacioni brokeri
- hakeri
- saboteri i terorističke organizacije.

Klasifikacija načina na koji se gubi nematerijalna imovina

Na osnovu oblika i nosilaca moguće je sačiniti klasifikaciju načina na osnovu kojih je moguće «izgubiti» nematerijalnu imovinu. U tom smislu poslužićemo se klasifikacijom D. Aleksića.[6]

[6] Ibid

Interni izvori gubitaka:

- Gubitak koji nastaje potkupljivanjem, iznudom ili ucenjivanjem menadžera poslovnog sistema;
- Gubitak koji nastaje potkupljivanjem, iznudom ili ucenjivanjem zaposlenih, saradnika, poznanika ili rođaka, upoznatih s prirodom delatnosti.
- Gubitak koji nastaje obmanom menadžmenta, zaposlenih i saradnika.
- Gubitak koji nastaje usled sabotaže.
- Gubitak koji nastaje usled krađe koja je izvdena od strane zaposlenih
- Gubitak koji je nastao usled neovlašćenog upada u računara i haking od strane zaposlenih.
- Gubitak koji je nastao usled neovlašćenog korišćenja i objavljivanja od strane zaposlenih.

Gubici delovanjem eksternih izvora, se mogu podeliti na podvrste:

- Gubitak intelektualnog kapitala koji je nastao usled krađe koja je izvedena od strane konkurencije
- Gubitak intelektualnog kapitala koji je nastao usled krađe koja je izvedena od strane vlade
- Gubitak intelektualnog kapitala koji je nastao usled spoljnog neovlašćenog pristupa kompjuterskim bazama podataka
- Gubitak koji je nastao usled elektronskog prisluškivanja i presretanja komunikacija
- Gubitak koji je nastao usled intervjuisanja zaposlenih koje izvodi konkurencija
- Gubitak koji je nastao usled telefonskih poziva sa izgovorom (socijalnim inžinjeringom)
- Gubitak koji je nastao usled prikupljanja informacija iz otvorenih izvora i informacija sa sajmova
- Gubitak koji je nastao usled prikupljanja putem profesionalnih poslovnih obaveštajaca

Zaključak

Snaga svake države u svetu podjednako je determinisana kako njenom vojnom tako i njenom ekonomskom moći. Ekonomska moć države uveliko zavisi od sofisticiranih tehnologija i informatičkih i drugih znanja. I jedan i drugi faktor nazivamo nematerijalnom imovinom čija vrednost često prelazi vrednost one druge, materijalne, imovine. Za razliku od

materijalne koja se može uvek lako kupiti ili zameniti to nije slučaj sa nematerijalnom imovinom. Do nematerijalne imovine se dolazi teško u dugotrajnom procesu, angažujući mnoge visoko stručne kadrove i za to se troši mnogo novca. Iz tih razloga, često se, od strane konkurencije, a u svrhu sticanja prednosti na tržištu i lakog bogaćenja pristupa lakšem načinu dolaženja do nje a to je krađa ili nelegitimno preuzimanje od onih koji su u tranziciji.

U današnjem svetu važi maksima da ,,krađa nematerijalne imovine više štiti nego požar". Zbog toga kompanije, vlasnici te tako važne nematerijalne imovine, moraju da preduzimaju izuzetne napore u cilju zaštite svog intelektualnog kapitala.

Kod nas i ne postoji obaveza popisa i vrednovanja tog nevidljivog i neopipljivog kapitala što mnogo otežava i njegovu zaštitu. Ne može se štititi nešto ,,što ne postoji". U tom smislu očekuje da se na nacionalnom nivou u vidu strategije zaštite i upravljanja nematerijalnom imovinom prepoznaju, označe, popišu i regulišu prava i obaveze zaštite nematerijalne imovine kao korporativne i državne vrednosti u cilju izbegavanja ekonomske a time i političke zavisnosti od bogatih i moćnih.

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

Sources, Forms and Carriers of Endangering Intangible Assets of the Countries in Transition

Abstract

It has been wrongly thought that foreign countries and their multinational companies hurried to the countries in transition to get benefits by buying facilities and get cheap workforce. There is follow by hidden plan. Getting new knowledge and intellectual properties is at the first place. Secondly, getting new technologies, sorts, patents, highly educated individuals, importing dirty technologies that pollute the environment and only at the third place can be buildings, cheap workforce etc.

From security standpoint and the survival of the transitional countries the basic question is how to guard devastating intellect and nonmaterial properties of the country, because without them the country becomes dependent for all times, just from those who has done that in a perfidious and obviously in an intentionally aimed way.

There will always be corporations that will try to usurp intangible assets of others, without investing their own scientific, intellectual and workforce and money. This is possible because, throughout the world, they are given possibilities to "steal" that property from others (with profit at the end). The reason why that "theft" is made easier is weather the target end the owner of the property is not conscious of its significant or he neglects the danger of the theft (takeover) believing that nobody will attack just them of all people. For those, who naively believe that they don't possess property which will be "attacked" by someone, and they don't want to know that it should be protected, and how to protect it, but the moment of sobering will be the moment of destruction.

In this paper work the author deals with intangible assets, sources, forms and carriers of its endangering as well as the way in with it can be lost.

Key words: Security, intangible assets, corporation security, business security, methods of property protection.

Originalni naučni rad 061.1EU:341.98

Maja Stanivuković, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Recasting of the Brussels I Regulation and its Impact upon Third Countries, in Particular Serbia[1]

Abstract

The recasting of the Brussels I regulation has been announced by the European Commission in December 2010. The author argues that its impact will be felt in third countries, too. If the Commission proposal is adopted, defendants domiciled in non-EU countries will be amenable to suit in the courts of the Union in civil and commercial matters under the heads of special jurisdiction defined in the EU Regulation. National rules of jurisdiction will no more be applicable. Two new heads of general jurisdiction applicable in case there is no jurisdiction under the Regulation (i.e. when the defendant is domiciled outside the EU and there is no ground of special jurisdiction for EU courts) will be the forum of property and the forum necessitates. A court within the EU will have discretion to stay the proceedings in case of lis pendens before the court of a third country. Judgments from third countries will continue to be recognized pursuant to national rules, including the national rules on indirect jurisdiction. Finally, forum selection clauses in favor of third country courts will most likely be unenforceable in the EU unless the court within the EU would anyway lack jurisdiction (even without the forum selection clause). These rules are only a proposal and they may still be changed. The Commission could make a significant improvement by small interventions in the proposed text, e.g. by giving the rules on exclusive jurisdiction reflexive effect and introducing a specific provision affording effect to prorogation clauses in favor of third country courts.

Key words: Brussels I Regulation, international jurisdiction, exequatur, forum selection clauses

---

[1] Ovaj rad napisan je za potrebe projekta Harmonizacija srpskog i mađarskog (domaćeg) prava sa pravom Evropske unije i prekogranična saradnja.

The topic of this paper are the proposed amendments of the Brussels I Regulation and their effect upon third countries, such as Serbia. The proposal for amendment was made by the European Commission on 14 December 2010 (the Commission Proposal, or CP). [2] There are two main projects within this proposal that attract general interest. One is to change the scope of the European jurisdictional rules and the other is to abolish exequatur. There are also some other less comprehensive changes that are worth noting, in particular the effort of the European legislator to enhance effectiveness of forum selection and arbitration clauses. It happens that Serbia is in the process of drafting its first Private International Law Code and replacing the ex-Yugoslav Code after thirty years of application. The legislative reform of EU jurisdictional and exequatur rules will therefore have impact not only in the sphere of future litigation that might concern parties from Serbia, but possibly also in the sphere of shaping of Serbia's future rules of private international law.

The Changing Scope of the Rules on Special Jurisdiction

On the basis of its enlarged jurisdiction to legislate in the Private International Law field,[3] the European Union intends to transform its rules on internal conflicts of jurisdiction into rules that also cover international conflicts of jurisdiction. At present the Regulation contains rules for assertion of special jurisdiction over the defendants domiciled in a Member State. If the proposal is adopted, heads of special jurisdiction defined in Sections 2-7, Articles 5-24 of the current Regulation will become universally applicable. They will apply in all cases falling into the scope of application of the Regulation, notwithstanding the defendant's domicile. A defendant domiciled in Serbia will be amenable to suit in a Member State in a contractual dispute if the place of performance of the obligation in question (e.g. payment) is in that State (CP Art. 5(1)). In a sales dispute, jurisdiction over such a defendant will exist in the Member State in which, under the contract, the goods were delivered or should have been delivered (CP Art. 5(1)(a)). In a dispute based on the contract for provision of services, the court of a member country where under the contract, the services were provided or should have been provided, will have jurisdiction (CP Art. 5(1)(b)). The place where the harmful event occurred or may occur will provide

[2] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of The Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters COM(2010) 748 final, dated 14.12. 2010. The Commission analyzed the costs and benefits of the proposed reform in its Impact Assessment which accompanies the Proposal. Commission Staff Working Paper, Impact Assessment SEC(2010) 1547 final.

[3] Article 81(2) TFEU provides a basis for adoption of measures aimed at developing judicial cooperation in civil matters having cross-border implications.

a basis for jurisdiction of a court in the member country in matters relating to delict or quasi-delict (CP Art. 5(2)). Defendants operating through a branch or an establishment in the European Union will have to be prepared to defend a suit arising out of its operations in the courts of the member country in which the branch/establishment is situated (CP Art. 5(5)). The same extension of scope also concerns the protective rules of jurisdiction in disputes arising out of insurance, consumer and employment contracts (Articles 8-21). For example, a Serbian seller of consumer goods that enters into a contract with a consumer domiciled in a member state of the European Union will be exposed to litigation in that member state provided that the contract falls within the scope of the seller's activities directed to that member state or to several states including that member state (CP Art. 15(1)(c)). Similarly, a Serbian employer will be accessible to action filed by an employee in the courts of the member state in which the employee habitually carried out his work (CP Art. 19(1)(a)). Further implication of this is that the a great part of the case law of the EU Court of Justice interpreting the meaning of the jurisdictional provisions (either from the time when they were part of the Brussels Convention, or after they were incorporated in the Regulation no. 44/2001) will become relevant for parties domiciled in a non-EU country.

Compared to the present situation the proposed change seems to be in the interest of a potential Serbian defendant.[4] Currently, the probability for such a defendant to be sued before the courts of a member state depends on the national rules on international jurisdiction of each member state. This complicates the potential defendant's position and makes it more difficult for him to predict litigation in the EU and account for legal risks. First, national rules of jurisdiction are less accessible than the rules of the European Union. Second, they may be exorbitant as shown by the list contained in Annex I of the Brussels I Regulation which makes it evident that almost every member state is inclined to extend the jurisdiction of its courts beyond internationally recognized limits. Third, and most importantly, judgments based on exorbitant national rules enjoy full faith and credit in other member states – they are fully enforceable under the expedient enforcement regime of the Regulation no. 44/2001. According to the new solution, the national rules of jurisdiction will cease to be applicable to defendants domiciled in a non-member state.[5] They will remain applicable only

[4] J. Weber, Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation, Max Planck Private Law Research Paper No. 11/7, Electronic copy available at: http://ssrn.com/abstract=1804103, p. 32.

[5] "In order to promote the interests of claimants and defendants and promote the proper administration of justice within the Union, the circumstance that the defendant is domiciled in a third State should no longer entail the non-application of certain Union rules on jurisdiction, and there should no longer be any referral to national law", Commission Proposal, Recital 16.

in disputes that are not covered by this Regulation or by other EU Regulations adopted in the field of private international law.[6]

The rules of special jurisdiction found in Sections 2-7 of the Regulation are reasonable, they are based on a real and substantial connection between the dispute and the country whose court is to exercise jurisdiction, and are thus acceptable to foreign defendants.[7] If it was only about the universal application of these rules the Commission Proposal could be greeted with enthusiasm. However, at this juncture the European legislator wavers and yields to protectionist sentiments. Instead of totally doing away with exorbitant jurisdiction even in disputes concerning Non-member States, the European Commission includes a new head of jurisdiction in the Proposal to "compensate" the Member States for the "loss" incurred by abolition of national grounds of jurisdiction.[8] Among the exorbitant heads listed in Annex I, the one least intrusive and most widespread has been chosen to become the new "mildly exorbitant" European head of jurisdiction[9], applicable to defendants not domiciled in any of the Member States by virtue of the newly proposed Art. 4(2). It is placed in Section 8 of the Proposal under the heading Subsidiary Jurisdiction:

Article 25

Where no court of a Member State has jurisdiction in accordance with Articles 2 to 24, jurisdiction shall lie with the courts of the Member State where property belonging to the defendant is located, provided that

(a) the value of the property is not disproportionate to the value of the claim; and

(b) the dispute has a sufficient connection with the Member State of the court seised.

---

[6] Such as: Regulation (EC) No. 1346/2000 of 29.5.2000 on insolvency proceedings, O. J. 2000 L 160/1; Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27.11.2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No. 1347/2000, O. J. 2003 L 338/1; Regulation (EC) No. 4/2009 of 18.12.2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, O. J. 2009 L 7/1, Regulation (EC) No. 207/2009 of 26.2.2009 on the Community trade mark, O.J. 2009 L 78/1; Council Regulation (EC) No. 6/2002 of 12.12.2001 on Community designs, O. J.2002 L 3/1, and Proposal for a Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, COM(2009) 154 final of 14.10.2009.

[7] "The existing rules on jurisdiction ensure a close link between proceedings to which this Regulation applies and the territory of the Member States which justifies their extension to defendants wherever they are domiciled", Commission Proposal, Recital 17.

[8] Commission Proposal, Explanatory Memorandum, p. 8

[9] "In order to compensate for the abolition of national grounds of jurisdiction, an additional,"mildly exorbitant" forum would be established which grants jurisdiction to the court of the Member State where assets of the defendant are situated." Impact Assessment, p. 24.

Despite being recognized as exorbitant, jurisdiction based on the location of property within the territory of the court, does not strike the Serbian observer as unjustified. Actually, the same head of jurisdiction currently exists in the ex-YU Private International Code,[10] where it was inserted under the influence of Austrian and German law of civil procedure. With two additional conditions added by the European legislator, this head of jurisdiction, that takes into account the prospects for enforcement of the judgment of the court seized of the matter seems to be reasonable enough. The current endorsement by the European Commission will increase its legitimacy and will make it a likely candidate for retention in the new Serbian Private International Law Code as well.

Another "safeguard" provision incorporated in Section 8 of the Commission Proposal is the *forum necessitatis*, a new head of jurisdiction intended for defendants having domicile outside of the Union. The jurisdiction of this kind exists "on an exceptional basis...if the right to a fair trial or the right to access to justice so requires ":

Article 26

> Where no court of a Member State has jurisdiction under this Regulation, the courts of a Member State may, on an exceptional basis, hear the case if the right to a fair trial or the right to access to justice so requires, in particular:
>
> (a) if proceedings cannot reasonably be brought or conducted or would be impossible in a third State with which the dispute is closely connected; or
>
> (b) if a judgment given on the claim in a third State would not be entitled to recognition and enforcement in the Member State of the court seised under the law of that State and such recognition and enforcement is necessary to ensure that the rights of the claimant are satisfied;
>
> and the dispute has a sufficient connection with the Member State of the court seised.

The draft Introductory Provisions of the new Serbian Private International Code[11] include a similar rule under the heading "Jurisdiction on an Exceptional Basis":

Article 13

Where this Law does not provide for jurisdiction of a court or other authority in the Republic of Serbia, and the proceedings cannot be brought abroad or it

[10] Službeni list SFRJ No. 43 of 23 July 1982 with corrigenda in No. 72/82, as amended in Službeni list SRJ No. 46 of 4 October 1996, and as amended by the Law of Arbitration, Službeni glasnik RS No. 46 of 10 June 2006.

[11] The text of the first 32 articles of the draft was published in B. Bordaš and M. Stanivuković (eds.) The Proceeds of the Novi Sad Faculty of Law from the seventh Private International Law Conference – Enlargement of the European Judicial Area to CEFTA Countries, September 25, 2009, pp. 188-195. After a pause of approximately two years, the Working Group has been continued with its work in March 2011.

cannot be reasonably required that the proceedings be brough abroad, jurisdiction lies with the court or other authority of the Republic of Serbia in the place with which the subject-matter has a sufficient connection.

The cited provision of the Serbian Draft draws from Article 3 of the Swiss Private International Law Code. While it corresponds to Art. 26(a) of the Commission Proposal, it fails to cover the case from Art. 26(b) – the situation when a judgment of the foreign court would not be entitled to recognition and enforcement. It is worth considering whether this case should be covered, too. Where does the certainty of a judge deciding upon jurisdiction that a judgment of the foreign court will not be entitled to recognition in his country stem from? It may only stem from a general condition of recognition that applies to that particular country. For example, it may be *a priori* known that judgments from a certain country will not be recognized for lack of reciprocity, or because its "judiciary cannot be considered to be independent or is riven by corruption."[12] Other grounds of a prior knowledge, such as exclusive jurisdiction of the domestic courts are not applicable because this is per definition the case where "no domestic court has jurisdiction". Although the new Serbian rules on recognition of foreign judgments have not been drafted yet it is not expected that they will include the condition of reciprocity or any other general condition of such nature. Thus, it is hard to imagine instances when the judge deciding on whether to accept jurisdiction based on necessity (i.e. judge having no other ground to base it jurisdiction in the case) will be in the position to know in advance and for certain that a judgment "given on the claim in a third State would not be entitled to recognition and enforcement". For that reason, Art. 26(b) of the Commission Proposal does not seem to be a necessary addition to Article 13 of the Serbian Draft PIL Code.

Notwithstanding the general acceptability of this ground of jurisdiction, one is surprised by protectionist and parochial motives expressed by the Commission in favor of embracing forum necessitatis in its Explanatory memorandum: "... [T]he forum of necessity guarantees the right to a fair trial of EU claimants, which is of particular relevance for EU companies investing *in countries with immature legal systems*." (emphasis added). A country in which EU companies are investing is bound to wonder whether it belongs to the category of "countries with an immature legal system", and wheter qualification "immature" will be abused to oust its courts of jurisdiction in cases that have a real and substantial connection to its own territory. The Commission should be reminded of the famous sentence of the Supreme Court of the United States pronounced in an era of expanding trade: "We cannot have trade and commerce in world

[12] Impact Assessment, Art. 20. The example given to illustrate this assumption in the Impact Assessment is one of the courts of Saudi Arabia.

markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws, and resolved in our courts."[13] The same truth is applicable to worldwide EU investments.

Even before the Commission Proposals, special rules on jurisdiction from Sections 2-7 of the Brussels I Regulation exerted influence on the drafters of these rules in the new Serbian PIL Code. For example, rules of Art. 5(1) and 5(5) were taken into account in drafting the provisions on the jurisdiction of Serbian courts in general contractual disputes; rules of Art. 15-17 were incorporated in simplified form into the provision that will determine jurisdiction in disputes arising out of consumer contracts; the same is true for rules of Art. 18-21 related to jurisdiction in disputes over individual contracts on employment. The harmonization is not conducted from a sense of duty but due to common sense which favors a "single-track system". The obligation of Serbia under Art. 72 of the Association and Stabilization Agreement[14] to approximate its legislation to that of the Community does not encompass the rules contained in regulations, since the idea is that the regulations will become automatically applicable once the membership of the Union is attained, and therefore no transposition is required (or allowed for that matter)[15]. Nevertheless, it is considered more practical to align the national system of Private International Law with the EU system immediately to allow the judges and lawyers to gradually learn and get accustomed to rules that once may become part of their national law .

When the rules of jurisdiction from the Regulation acquire universal scope, they will have an even stronger appeal. There will be practically no other national rules of jurisdiction in the EU member states to consider. The national rules of international jurisdiction in the twenty-seven Member States will be set aside as soon as the Commission Proposal enters into force. It would be unwise to model the Serbian rules after the national rules of international jurisdiction of the EU Member States now, when they are already on the track of becoming obsolete.

Retaining the Unilateral Character of the Rules on Jurisdiction

Implementation of a universal concept of jurisdiction in the Brussels I Regulation does not go so far as to recognize the reflexive effect of its rules on jurisdiction contained in Arts. 22 and 23. The court of a Member State is not

[13] The Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. 1, 9 (1972).

[14] Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States of the One Part, and the Republic of Serbia, of the Other Part, 29 April, 2008.

[15] National legislation in terms substantially identical to a Community legislation is not permissible according to the ECJ judgment in Case 93/71 *Leonesio v. Ministero Dell'agricoltura e Foresete (Fruit Trees)*.

obliged to decline jurisdiction if the circumstances of the case and the criteria selected in these provisions would point to exclusive jurisdiction of a court of a Non-Member State. For instance, the fact that the immovable property that is the object of a property (*in rem*) dispute is situated in Serbia, would not deprive a court of a Member State in which the defendant is domiciled of jurisdiction to entertain that property (*in rem*) dispute. If the property is situated in another Member State, however, that court would have to decline jurisdiction because location of immovable property makes jurisdiction of that Member State Court exclusive. Likewise, exclusive character of jurisdiction conferred by prorogation that is recognized in Art. 23 of the Brussels Regulation (and Proposal) is reserved for the court or the courts of a Member State. A jurisdiction clause in favor of courts of a third country, may not be effective at all if there is a ground of jurisdiction provided in the Brussels regulation that must be applied by a Member State court. The same is true of protective provisions from Arts 12(1), 16(2), 20(1) protecting the policyholders, insured persons, beneficiaries of insurance, consumers and employees. There is simply no ground on which to base a decision declaring the lack of jurisdiction in such cases if these persons are domiciled in a third country. According to the Commission Proposal, the lack of jurisdiction may be declared by a Member State court only if there is no jurisdiction "under this Regulation":

> Examination as to Jurisdiction and Admissibility
>
> Article 27
>
> Where a court of a Member State is seised of a claim which is principally concerned with a matter *over which it has no jurisdiction under this Regulation*, it shall declare of its own motion that it has no jurisdiction. (emphasis added)

The duty of the Member State court to accept jurisdiction in an international case whenever there is a ground for jurisdiction under the Regulation has been confirmed by the EU Court of Justice in Owusu.[16] The English court in this case was barred from application of its national rules on *forum non conveniens* in favor of a court in Jamaica, because it had jurisdiction under the Bussels Convention, Art. 2. The Court of Justice stated:

> 46..."the Brussels Convention precludes a court of a Contracting State from declining the jurisdiction conferred on it by Article 2 of that convention on the ground that a court of a non-Contracting State would be a more appropriate forum for the trial of the action..."[17]

[16] Case C-281/02 Andrew Owusu v N.B. Jackson, trading as 'Villa Holidays Bal-Inn Villas' and Others.

[17] Ibidem, para. 46.

In an earlier case, the Dutch court was directed by the Court to apply its national law as to effect of a forum selection clause designating a court in a third country:

> 19 …. Article 17 of the Convention does not apply to clauses designating a court in a third country. A court situated in a Contracting State must, if it is seised notwithstanding such a jurisdiction clause, assess the validity of the clause according to the applicable law, including conflict of laws rules, where it sits (Report by Professor Schlosser on the Convention of 9 October 1978 on the Accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on Jurisdiction and the enforcement of judgments in Civil and Commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice, OJ 1979 C 59, p. 71, paragraph 176).[18]

The Dutch court in this case was seized on the basis of Art. 5(1) of the Brussels Convention. It is uncertain whether after Owusu, there is still room for application of national law to grant effect to a forum selection clause designating a court in a third country in a case where the court in the EU has jurisdiction pursuant to the Regulation. This uncertainty will rise to unprobability if the Commission Proposal is adopted because it provides that "there should no longer be any referral to national law."[19]

Generally speaking, the rules on jurisdiction espoused by the Commission Proposal remain entirely unilateral. They are not concerned at all with jurisdiction of third country courts but only with jurisdicton of the national courts within the Union. Once such jurisdiction is established, these rules pay no heed to legitimate interests of third States to reserve certain disputes for jurisdiction of their courts. Since the Regulation rules on recognition and enforcement are applicable only to Member State judgments, its rules of jurisdiction are not relevant for enforcement of Non-Member State judgments either (i.e. the fact that the Non-Member State court has based its jurisdiction on the same ground that would be applied by the recognizing court in the EU will not influence the assessment of indirect jurisdiction in the national recognition proceedings).[20] Such complete unilateralism is regrettable, having in mind the global influence

[18] Case C-387/98, Coreck Maritime GmbH v Handelsveem BV and Others, para. 19.

[19] Commission Proposal, Recital 16.

[20] J. Weber thinks that the extension of jurisdictional rules to Non-Member State defendants may collaterally bring about the harmonization of the national rules on indirect jurisdiction: "Although the current Proposal does not tackle the problem of third State judgments, it might bring about a harmonisation of the rules on recognition and enforcement under national law through the backdoor as far as the indirect competence of the third State court is concerned. When recognising a non-Member State judgment, a national legal system may further adhere to national rules. But this will no longer be an attractive solution given the fact that the Member State court assumes its jurisdiction (direct competence) under European law." J. Weber, *op.cit.*, p. 24.

of the European legislator in the Private International Law sphere.[21] Especially troubling is the fact that the forum selection clauses providing exlusive jurisdiction of the courts of third countries might not be enforceable before the courts of the Member States.

Nevertheless, there is one limited exception from this general rule. It concerns the case when the proceedings in relation to the same cause of action and between the same parties are pending before the courts of a third State at a time when a court in a Member State is seised. The new rule on *lis pendens* set forth in Art. 34 of the Commision Proposal introduces a discretionary right for a court of the Member State to stay its proceedings in favor of a third country court provided three conditions are fulfilled: the court of the third State was seised first in time, it may be expected that within reasonable time this court will render a judgment capable of recognition and enforcement, and the court is satisfied that the stay is necessary for the proper administration of justice (Art. 34(1)). If over time the perception on the fulfillment of the second and the third condition (reasonable time and proper administration of justice) changes in the eyes of the judge that granted the stay, he may discharge the stay (Art. 34 (3)). It is specified that the party who has seised the court in the Member State will not lose the benefit of interruption of limitation periods during the period of the stay (Art. 34(2)). After the third State court renders a judgment that is capable of recognition and enforcement in that Member State, the court of the Member State that was second seised will dismiss the case. Clearly, the respect for the litigation pending in a third country such as Serbia depends primarily on the judge's discretion. There are many conditions to be met for the stay, the most important being the enforceability of the third country judgments in the particular EU Member State. Still, this novelty represents an improvement in comparison to the previous situation that completely relegated this issue to national law of member states. The caution and reserve with which the European legislator treats the effect of earlier litigation in a foreign country is a warning signal indicating that the proposed rule on *lis pendens* in the draft of the Serbian PIL Code (Art. 24)[22] should perhaps be reconsidered in the light of the *lis pendens* rule drafted by the Commission.

---

[21] J.Weber, *op.cit.* p. 9.

[22] Draft Serbian PIL Code, Article 24:

1) The court of the Republic of Serbia shall stay the proceedings at the request of a party if a dispute is pending before a foreign court in the same legal matter and between the same parties, provided:

1. that the proceedings were first instituted before a foreign court in the respective dispute;
2. that the court of the Republic of Serbia does not have exclusive jurisdiction for that legal matter.

The fact that the new rule on stay of proceedings in favor of a third country court has been proposed , however limited it is, shows that there is room for multilateralism in the Brussels I Regulation regime. Precedence may be given to courts of a third country if they were the first to proceed in a case. The ground of jursidiction on which they proceeded will be examined in the framework of the national rules on recognition of foreign judgments. The readiness to recognize foreign jurisdiction based on the ground which is acceptable according to national standards makes it even more difficult to understand why the rules on exclusive jurisdiction, established in the Regulation, were not bilateralized, i.e. why Article 22-24 could not be framed in univeral terms, so that the courts of a "State" rather than the courts of a "Member State" are referred to as having exclusive jurisdiction in the designated circumstances. Furthermore, the Commission could ensure the effectiveness of forum selection clauses in favor of third countries by a simple intervention in article 23 of the Proposal – i.e. by replacing the words "Member State" with the word State":

> If the parties have agreed that a court or the courts of a ~~Member~~ State are to have jurisdiction to settle any disputes which have arisen or which may arise in connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have jurisdiction, unless the agreement is null and void as to its substance under the law of that ~~Member~~ State.

Abolition of Exequatur –(but not for Third Country Judgments)

Important part of the proposal is the abolition of the *exequatur* procedure for all judgments covered by the Regulation except for judgments in defamation and compensatory collective redress cases.[23] Judgments from other Member States will lose the status of "foreign judgments" as clearly signalled by deletion of the word "foreign" from Arts. 45, 48 and 49. They will be directly enforceable in other Member States without the need for declaration of either recognition or enforceability.[24] Even the translation of the judgment will not be necessary, unless its enforcement is challenged.[25] Although the exequatur will be

2) The moment of initiating the proceedings is governed by the law of country whose court has been seized of the proceedings.

3) The identity of the dispute and of the parties is governed by the law of the Republic of Serbia.

4) The court of the Republic of Serbia shall at the request of a party continue the proceedings that were stayed if the foreign court declared the lack of jurisdiction or if the foreign judgment is not recognized.

[23] The Commission Proposal, Explanatory Memorandum, p. 6.

[24] The Commission Proposal, Art. 38, the fist one in Chapter III, Section one, Subsection one entitled: "Abolition of Exequatur".

[25] The Commission Proposal, Art. 42(4).

abolished, the conditions for enforcement that are currently required under Article 34 of the Brussels I Regulation will not wholly dissapear. They will simply be redirected to other procedures. A review procedure that may be applied for in the country of origin by the defendant is envisaged in Art. 45 of the Commission Proposal for cases when the judgment was rendered in default of appearance (current Art. 34(2) of the Brussels I Regulation), while the *res judicata* defence (Current Arts. 34(3) and 34(4) of the Brussels I Regulation) will remain available as a ground for refusal in the enforcement procedure (Art. 43 of the Commission Proposal). In addition, the defendant will be in the position to challenge the automatic recognition and enforcement of a judgment of another Member State (Commission Proposal, Art 46) by initiating a special procedure for refusal of recognition or enforcement in the country of recognition/enforcement "where such recognition or enforcement would not be permitted by the fundamental principles underlying the right to a fair trial". The burden of costs and time required to successfully resist enforcement will thus be reversed and transferred from the judgment creditor to the judgment debtor. All in all, only the public policy (*ordre public*) exception will be obliterated and will no longer be available to the parties opposing recognition.

The reasons for abolishing exequatur cited by the Commission in the Explanatory Report are the following: "The procedure for recognition and enforcement of a judgment in another Member State ("exequatur") remains an obstacle to the free circulation of judgments which entails unnecessary costs and delays for the parties involved and deters companies and citizens from making full use of the internal market."[26] This move has not been uncontroversial,[27] and it is still to be seen whether the European legislators will accept the proposal in the form it is presented now.

The Proposal does not spell it out, but the Impact Assessment does: the liberalization of recognition will not benefit the third country judgments.[28] This policy was considered by Commission staff and discarded because the Member States are "very reluctant as to a harmonisation of the regime of recognition and enforcement." They prefer the issue to remain governed by national law or international conventions. Since it is not likely that a worldwide multilateral convention could be negotiated in the foreseeable future, considering the fiasco of

[26] The Commission Proposal, p. 3.

[27] G. Cuniberti, I. Rueda, Abolition of Exequatur Addressing the Commission's Concerns, Luxembourg, http://ssrn.com/abstract=1691001, pp. 6 and 14: "...the contributions to the relevant Green Paper appeared to favour the adoption of a procedure and of grounds for non recognition of foreign judgements similar to those of the Brussels I Regulation, rather than the mere abolition of exequatur supported by the European Council in the Stockholm Programme." and "...the vast majority of scholars who have written on the topic have argued against the abolition of exequatur."

[28] Impact Assessment, pp. 24-25.

the 1999 Judgments Convention Project of the Hague Conference on Private International Law, the issue is firmly relegated to the realm of national law and/or regional and bilateral conventions.For European "third countries" such as Serbia that are highly integrated in this region with trade and population ties, but will remain politically excluded from the Union for an undetermined period of time, the cited conclusion of the European Commission is important for several reasons. First, the reality is that recognition and enforcement of civil and commercial law judgments of the Serbian courts in the European Union will remain subjected to legal regimes of 27 national States. Even when recognized in one of these States, the judgment will not enjoy the benefit of full faith and credit in other Member States. It will have to pass through the recognition and enforcement procedure in every particular Member State where it needs to take effect. As the most recent national legislation shows, the national legal regimes are not likely to abolish exequatur.[29] Therefore, a beneficiary of a Serbian judgment wishing to enforce it in the EU will thus have to endure additional costs and loss of time entailed by exequatur. This will be even more burdensome because of the existing differences in the general standard of living and the relative costs of proceedings in Serbia and in most EU countries. Considering that the European legislator is aware of the drawbacks of the exequatur procedure and that it has legislative competence in the external relations field to enter into a convention regulating this subject matter, it would be worth trying to negotiate a bilateral convention with the EU on recognition and enforcement of judgments. The paramount question that will affect the success of such an endeavour is whether Serbia can inspire trust of the European Commission and the Member Staes as to the quality of its judiciary and the procedures applied by it to render judgments. Another significant factor will be the relative importance of this issue for the relevant parties, i.e. whether Serbia can bring the European Commission to negotiating table concerning an agreement which would be of considerable importance for Serbia, but of much less importance for the European Union. Possibly, taking the latter factor into account, Serbia should pursue a strategy of joining the Lugano Convention. Such a multilateral solution would be far superior to a bilateral convention. Participation in the Lugano system would secure a minimum of procedural fairness and establish recoprocity with more than 30 European states.[30] An alternative strategy would be to follow a regional approach and seek an agreement with the countries of the CEFTA

[29] See for example. the Private International Code of Belgium (2004), Arts. 22-30 and the Private International Law Code of Bulgaria (2005), Arts. 117-124.

[30] D. Martiny, The Idea Underlying the Lugano Convention – Experience in its Application and Reform, in B. Bordaš, M. Stanivuković (eds), Collected Papers from the VIIth Private International Law Conference – Enlargement of the European Judicial Area to CEFTA Countries, September 25, 2009, Novi Sad Faculty of Law, Novi Sad, 2010, p. 28.

region on mutual recognition and enforcement of judgments on a path similar to EFTA countries and the Lugano Convention,[31] hoping that this new CEFTA convention would be important enough to attract the attention of the European Commission and prompt it to become a contracting party. However, this initiative would fail if only one of the CEFTA member states could not justify the mutual trust required for automatic enforcement of its civil and commercial law judgments in the entire "Area of freedom, justice and security". The problem of effectiveness of forum selection clauses could be resolved by accession to the Hague Convention on the Choice of Court (2005), if the Convention is ratified by the EU.[32]

Second thing of importance is that the policy of the European Union towards third country judgments is a strong signal on the existence of risks in excessive liberalization of rules on enforcement and recognition of foriegn judgments. If the entity such as the European Union, possessing impressive legal and economic resources and capacities, evaluates that exequatur is still needed in relation to the world as a way of protection of fundamental rights of parties and of fundamental values of the national legal systems, in particular through the public policy defense, then exequatur is needed in small countries like Serbia as well. When the rules on recognition and enforcement of judgments in the civil and commercial law area come to the agenda of the working group for reform of the PIL Code it should look for the drafting model for these rules beyond the Proposal for Recasting of the Brussels I Regulation, because the rules from the Proposal are inteded only for intra-Union enforcement of judgments. This is emphasised because there is a tendency among domestic PIL experts to rely on European rules even if they are not entirely suitable for domestic circumstances. For example, the reform of the rules on enforcement of foreign judgments undertaken in the Serbian Code on Enforcement of 2004, was inspired by the already liberal rules on recognition and enforcement of the Brussels I Regulation of 2001. Making a step further and adopting a no-exequatur approach in the new PIL code could result in total lack of remedies for situations involving foreign judgments involving infringement of human rights or exorbitant grounds of jurisdiction, or substantive law notions that are entirely alien to Serbian concepts of justice and fairness. Therefore, members of the Serbian working group for PIL reform would do best to look for inspiration for domestic rules on recognition and enforce-

[31] For a more comprehensive discussion of advantages and disadvantages of this approach see B. Bordaš, M. Stanivuković (eds), Collected Papers from the VIIth Private International Law Conference – Enlargement of the European Judicial Area to CEFTA Countries, September 25, 2009, Novi Sad Faculty of Law, Novi Sad, 2010.

[32] EU signed the Convention in April 2009.

ment in the newest national laws of the EU Member States, such as Belgium and Bulgaria, as well as in law of other countries of the world that have developped sound PIL rules in this area.

Effect of Forum Selection

As part of the package to improve access to justice, the Commisson Proposal carries a new duty for the courts spelled out in Art. 24(2) to inform the defendant in the document instituting the proccedings of his right to contest the jurisdiction of the court and on the consequences of entering an appearance without contesting the court's jurisdiction. Before assuming its jurisdiction on the basis of implied consent, the court has to ensure that such information was provided to the defendant.

The utility of this provision is self-explanatory. A foreign defendant receiving an action with summons either in his mailbox or through diplomatic channels, will often hesitate on the right course of action. Will his appearance in the court to which he is summoned be automatically treated as implied consent to jurisdiction and thereby diminish his chances to resist the subsequent enforcement of the judgment? On the other hand, if he does not appear, will this result in a default judgment that might be enforceable if it is proven that the he had a proper notice of the action but failed to defend his case?[33] Provision of adequate information in the first summons will dispel these doubts and make it easier for the defendant to choose the procedural strategy to follow. The insertion of a similar provision into Article 17 of the Serbian PIL Code is therefore highly recommended.[34]

Primacy of forum selection over all other grounds of jurisdiction has been reinforced by two new provisions that are in a way similar, although they figure in different sections of the Commission Proposal. The first concerns the effect of prorogation clauses, and the second the effect of arbitration clauses upon jurisdiction of the courts of member states under the Regulation. Both rely on solutions derogating from the classical *lis pendens* rules based on temporal priority. Both are also a reaction to cases that went before the Court of Justice of

[33] For a striking example of this see the facts of Beals v. Saldanha, a case before the Canadian Supreme Court described in A.M. Sears, Beals v. Saldanha: The international Implications of Morguard Made Claer, Saskatchewan Law Review, Vol. 68, 2005, p. 223.

[34] Draft Serbian PIL Code, Article 17 (Implied consent of the defendant to jurisdiction): 1. When jurisdiction of a court of the Republic of Serbia depends on the consent of the defendant to have that court adjudicate the matter, it is considered that the defendant consented to jurisdiction if: a) he failed to contest jurisdiction in his answer to the claim or objection to the payment order; or b) he entered into discussion [of the subject-matter of the dispute] at the preparatory hearing, of if preparatory hearing was not held, at the first hearing of the merits, without fist contesting jurisdiction; or c) he filed a counterclaim.

the European Union, and their ultimate effect will be to reverse the outcomes of the Court's rulings in future cases of that kind.

When the parties have designated a court or courts of a particular Member State to resolve their dispute, the court of their choice has priority pursuant to the proposal regardless of whether it is first or second seised. Even if it was first seised the court of a Member State has to stay proceedings to allow the chosen court to accept or decline jurisdiction. This is provided in Art. 32(2) of the Commission Proposal. The explanation is that "this modification will increase the effectiveness of choice of court agreements and eliminate the incentives for abusive litigation in non-competent courts."[35] These "abusive litigation tactics" called "Italian torpedo" are described in more detail in the Impact Assessment.[36] The prototype of such action are the facts of the case Gasser that was the object of a preliminary reference to the Court of Justice of the EU. An Austrian company concluded a sales contract with an Italian company as the buyer. The invoices sent by the seller and regularly paid for by the buyer contained forum selection clauses in which the parties agreed to bring any disputes under the contract before the courts in Dornbirn, Austria. Eventually however, the buyer defaulted on payment. Before the seller could bring proceedings in Dornbirn, the buyer initiated an action before his national court in Rome seeking declaration that the contract had been terminated and a negative declaration that it had not failed to perform the contract. The Austrian court had to stay the proceedings as the court second seised and the Italian court took more than a year to decide on its own jurisdiction. In the preliminary ruling the Court of Justice held that the provision of the Brussels Convention on *lis pendens* obliges the court second seised to stay the proceedings until the court first seised has declared that it has no jurisdiction even when the courts second seised would have jurisdiction under a prorogation clause. This rule may not be derogated from even if the duration of the proceedings before the court first seised is excessively long.[37]

In order to mend the negative consequences of the strict application of the temporal priority principle upon the effectiveness of forum selection clauses the Commission is now embracing the views expressed in the written observations of United Kingdom which it successfully opposed in the Gasser proceedings. In addition, the collateral benefit of Gasser is that the Commission proposal sets a general time-limit for rendering a decision on jurisdiction by the court first seised. This court has to "establish its jurisdiction within six months except where exceptional circumstances make this impossible." Considerable pressure

[35] The Commission Proposal, pp. 8-9.
[36] Impact Assessment, pp. 28-29.
[37] Case C-116/02 Erich Gasser GmbH v MISAT Srl, operative part of the judgment.

is put on the court first seised to act efficiently, because any other court seised of the dispute may request information "on the date on which it was seised and of whether it has established jurisdiction over the dispute or, failing that, of the estimated time for establishing jurisdiction." The duty of the court first seised to stay the proceedings to allow the chosen court to accept or decline jurisdiction, as well as the duty decide on jurisdiction within a six-month period, do not extend to cases when the court second seised is in the third country. In fact in such cases, it is questionable whether the member state court, competent under the rules of the Regulation, can uphold the choice of forum clauses in favor of a third country court at all, as was explained above.

A similar mechanism is applied to enhance the effectiveness of arbitration agreements in Art. 29(4) of the Commission Proposal.[38] This amendment was prompted by another "Italian torpedo action" discussed before the Court of Justice of the EU in the West Tankers case.[39] The facts of the case will be briefly outlined to explain the motivation of the Commission. After a collision of a ship with a jetty in Italy, the charterer of the ship collected from its insurers Alianz and Generali up to the limit of his insurance cover, and for the excess commenced arbitration proceedings in London against the owner of the ship (West Tankers) pursuant to an arbitration clause contained in the charterparty. Having paid compensation to the charterer under the insurance policies Alianz and Generali brought proceedings against the owner of the ship before the court in Siracusa, Italy in order to recover the sums they have paid. Thereupon, West Tankers brought the proceedings before the English court seeking declaration that the dispute between the parties should be settled by arbitration and sought an anti-suit injunction restraining Allianz and Generali from pursuing the litigation before the court in Siracusa, and requiring them to discontinue this litigation in favor of the arbitration. On a reference from the English Court, the Court of Justice of the EU ruled that it is incompatible with the Regulation to restrain a person from commencing or continuing proceedings before the courts of another Member State on the ground that such proceedings would be contrary to an arbitration agreement.[40] The use of anti-suit injunctions remains allowed, however, if the proceedings are brought before the courts of a Non-member State.

The new rule that is proposed by the Commission in Art. 29(4) gives priority jurisdiction to the arbitral tribunal and to the court at the seat of the arbitra-

[38] M. Illmer, Brussels I and Arbitration Revisited - The European Commission's Proposal COM(2010) 748 finalhttp://ssrn.com/abstract=1804079, p. 14.

[39] Case C-185/07 Allianz SpA, formerly Riunione Adriatica di Sicurtà SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA, vWest Tankers Inc.

[40] Ibidem, operative part of the judgment.

tion to decide on the validity of the arbitration agreement, notwithstanding the time when they are seised. However, the rule applies only where the agreed or designated seat of arbitration is in a Member State. If that is the case, the court of another Member State whose jurisdiction is contested on the basis of an arbitration agreement must stay the proceedings as soon as the court of the seat of arbitration or the arbitral tribunal have been seised of proceedings to determine the existence, validity or effects of that arbitration agreement, whether as their main object or as an incidental question. In effect, once it is seised of the action the court of the seat of the arbitration (if the seat is in the Member State) acquires a kind of exclusive jurisdiction within the European Union to decide upon the existence, validity and effects of the relevant arbitration agreement.[41] The same is true in case the action is commenced before the arbitral tribunal. Once the validity or effect of the arbitration agreement are established, the court of the Member State whose jurisdiction was contested on the basis of that arbitration agreement will have to decline jurisdiction.

When the seat of arbitration is in a Non-member State the court first seised is not bound by the proposed rules of the Regulation to give any deference to courts of that state or to the arbitral tribunal even if they have been seised. The Member State court is free to determine the validity of the arbitration agreement pursuant to its own national law on arbitration and to exercise jurisdiction under the Regulation if it determines that the arbitral agreement is invalid or inoperative. As explained by one author, the courts of the seat of arbitration that are located outside of the EU do not deserve the same degree of trust as the courts inside the EU.[42]

Conclusion

The impact of recasting of the Brussels I regulation announced in December 2010 will be felt in third countries as well. The defendants domiciled in non-EU countries will be amenable to suit in the courts of the Union in civil and commercial matters under the heads of special jurisdiction defined in the EU Regulation. National rules of jurisdiction will no more be applicable. Two new heads of general jurisdiction applicable in case there is no jurisdiction under the Regulation (i.e. when the defendant is domiciled outside the EU and there is no ground of special jurisdiction for EU courts) will be the forum of property and the forum necessitates. A court within the EU will have discretion to stay the

[41] On the criticism of this solution as contrary to the New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958) see V,. Lazić, „The amendment to the arbitration exception suggested in the Commission's Proposal: the reasons as to why it should not be accepted" forthcoming.

[42] M. Illmer, *op.cit.*, p. 15.

proceedings in case of *lis pendens* before the court of a third country. Judgments from third countries will continue to be recognized pursuant to national rules, including the national rules on indirect jurisdiction. Finally, forum selection clauses in favor of third country courts will most likely be unenforceable in the EU unless the court within the EU would anyway lack jurisdiction (even without the forum selection clause). These rules are only a proposal and they may still be changed. The Commission could make a significant improvement by small interventions in the proposed text, e.g. by giving the rules on exclusive jurisdiction reflexive effect and introducing a specific provision affording effect to prorogation clauses in favor of third country courts.

Dr Maja Stanivuković, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

IZMENE PRVE BRISELSKE UREDBE I NJIHOV UTICAJ NA DRŽAVE KOJE NISU ČLANICE UNIJE S POSEBNIM OSVRTOM NA SRBIJU

Sažetak

Evropska komisija je u decembru 2010. godine najavila značajne promene Prve briselske uredbe o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka (Uredba 44/2001). U radu su razmotrene one novine koje se odnose pre svega na države izvan Unije. Promene se odnose na širenje polja primene odredaba o nadležnosti na tužene koji imaju prebivalište izvan Unije, na uvođenje novih osnova nadležnosti i na stvaranje pravnog osnova da se uvaži ranija litispendencije pred sudom države koja nije članica EU. U pogledu priznanja dejstva prorogacionom sporazumu kojim je ugovorena nadležnost suda države koja nije članica Unije, Uredba ne predviđa mogućnost oglašavanja suda države članice nenadležnim u korist izabranog suda. Isto tako ni osnovi isključive nadležnosti uspostavljeni u uredbi ne važe ako bi se isključivo nadležni sud nalazio u nekoj državi nečlanici. Norme o nadležnosti iz uredbe imaju i dalje u potpunosti jednostrani karakter. Kada je u pitanju priznanje odluka planira se ukidanje postupka egzekvature uz primenu mehanizma minimalnog (veoma ograničenog) postupka provere odluke iz druge države ugovornice. Nepriznavanje usled očigledne suprotnosti javnom poretku više neće biti moguće. Pravila regulative o priznanju i izvršenju presuda i dalje se odnose samo na presude iz država članica EU. Evropska unija smatra da je priznanje stranih sudskih odluka koje dolaze iz tzv. trećih država moguće ostvariti samo sporazumevanjem na multilateralnom nivou. Odluke trećih država priznaju se po pravilima nacionalnih međunarodnih privatnih prava. U radu se razmatraju i opcije koje stoje na raspolaganju državama van Unije kao što je Srbija da bi obezbedile priznanje sopstvenih odluka na teritoriji EU, kao i podobnost novih pravila uredbe da posluže kao model za sastavljanje odredaba novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu Srbije.

Ključne reči: Prva briselska regulativa (Regulativa Brisel I), međunarodna nadležnost, egzekvatura, prorogaciona klauzula

Originalni naučni rad 343.144

Dr Ištvan Feješ, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

TAKTIČKI BLEF – LUKAVSTVO U SASLUŠANJU OKRIVLJENOG[1]

Sažetak: *U ovom radu autor se bavi tzv. "taktičkim blefom" kao jednim od kriminalističkih lukavstava vezanih za saslušanje osumnjičenog/okrivljenog. Osnovni problemi kojima se autor bavi su pojmovno određenje "taktičkog blefa" i razgraničenje dozvoljenih lukavstva, pa tako i "taktičkog blefa"od zabranjene obmane.*

Ključne reči: *salušanje okrivljenog, taktički blef, lukavstvo, obmana*

GLAVA I
UVOD

Nauka, a naročito prirodne i tehničke nauke sve više prodiru u kriminalistiku, a preko nje i u krivični postupak. Ta uočljiva tendencija će se nastaviti i verovatno još više intenzivirati razvojem nauke u budućnosti. Naučna znanja dobijaju sve veći značaj u otkrivanju i dokazivanju krivičnih dela. Neka od njih izazivaju i ozbiljne dileme jer, iako su izuzetno efikasna u otkrivanju i dokazivanju krivičnih dela, mogu biti i opasna za osnovna prava građana.

Pojava računara, računarske tehnike i računarskih mreža označava prekretnicu u savremenim društvima. Od toga nije izuzetak ni kriminalistika. Računarska tehnologija je u ogromnoj meri unapredila krimina-

[1] Rad je rezultat istraživanja ostvarenih na Projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo" (br.179079), a sredstva za njegovo ostvarivanje su obezbeđena od strane Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije.

listički rad na svim poljima od vođenja raznih evidencija pa do raznih metoda profiliranja, kartiranja, kriminalističkih veštačenja itd. Međutim, računar još dugo neće moći zameniti čoveka tamo gde je neophodna kombinatorika raznih činjenica, pomoću psiholoških znanja, logike, iskustva i intuicije. Takva delatnost je između ostalog i saslušanje osumnjičenog/okrivljenog i svedoka (u prvom redu lažnog svedoka). Između ispitanika i ispitivača se vodi psihološka borba. Pobediće spremniji, veštiji i lukaviji. U ovoj psihološkoj borbi od davnina se koriste razna sredstva. Savremeni krivični postupci su neka sredstva zabranili, jer sa jedne strane ograničavaju prava okrivljenog u meri koje savremeno društvo ne može prihvatiti, a sa druge strane predstavljaju opasnost za utvrđivanje istine u krivičnom postupku, što je osnovni postulat savremenog postupka. Među zabranjenim metodama je i obmana. Sa druge strane, u arsenalu kriminalistike su odavno razna lukavstva koja mogu efikasno doprineti uspešnom okončanju rada na pojedinim krivičnim slučajevima. Postavlja se pitanje, imajući u vidu zabranu obmane, da li su lukavstva uopšte dozvoljena? Ako jesu, gde je granica između zabranjene obmane i dozvoljenog lukavstva? Ovo su složena pitanja na koja krivičnoprocesna i kriminalistička teorija (zakonodavac manje) nastoje naći odgovor. Problematika nije samo na teorijska, već je i izuzetno važne praktične prirode. Među kriminalistikim lukavstvima najdiskutabilniji je tzv. taktički blef. U daljem izlaganju bavićemo se krucijalnim pitanjima vezanih za blef:šta je taktički blef i da li je dozvoljen u radu na otkrivanju i dokazivanju krivičnih dela.

GLAVA II
POJAM TAKTIČKOG BLEFA

Taktički blef[2] se obično smatra jednim od taktika pri saslušanju osumnjičenog/okrivljenog, mada je to diskutabilno, jer blef često ne zahteva *verbalni* odgovor. Ipak spada u krug taktika saslušanja, jer se blef zasniva na ponašanju i saopštenjima ispitivača i realizuje reakcijom ispitanika.[3]

[2] Blef (eng. bluff) izmišljotina kojom se nekom baca prašina u oči da se time lakše zastraši, prevare, zavara, obmane; belefirati – plašiti, zaplašiti, varati, zavaravati, obmanjivati pretvarati se, hvalisati se, zbunjivati razmetljivom reklamom, hvatati na zbunjivanju, bacati nekom prašinu u oči u cilju obmanjivanja, videti u: Vujaklija, Leksikon stranih reči i izraza, Beograd, 1980, str.120.

[3] Bócz/Finszter, Kriminalisztika joghallgatóknak, Budapest, 2008.str. 156.

Određivanje tačnog značenja reči blef nije lak zadatak. Izvesno je da se radi o nečem drugom, a ne prostoj laži ili obmani. Najčešće ima i pežorativanu konotaciju. Međutim, zameniti reč blef nekim drugim izrazom, nije moguće, jer znači više, manje ili nešto sasvim drugo od izraza koji bi došli u obzir (trik, lukavstvo, provokacija itd.). Zbog toga nije moguće zameniti ovaj termin, a sa druge strane nije zapravo ni potrebno, jer bi to bilo samo zaobilaženje problema povezanih sa njima.

Pridev "taktički" ne menja suštinu pojma. Taktički blef je blef koji se primenjuje u kriminalisitičkom radu, kao jedan od taktičkih sredstava otkrivanja i dokazivanja krivičnih dela.

Taktički blef možemo definisati *kao jedan od elemenata sistema taktičkih zahvata, postupak koji je usmeren na pribavljanje važnih informacija ili dokaza (iako sam nije dokaz), na taj način što ispitivač nastoji svesno stvoriti prividno takvu situaciju, koja se bar delimično zasniva na neproverenim okolnostima, koji će podstaknuti osumnjičenog na odavanje dotad neotkrivenih dokaza*[4]. Cilj blefa je da u toku interakcije ispitivača i ispitivanog nastane takva situacija da osumnjičeni, koji nema tačna saznanja o tome šta sve zna ispitivač, odaje neke dokaze koji opovrgavaju ili potvrđuju neke važne pretpostavke.

Činjenice koje čine *sadržinu* blefa su delimično ili u celosti *neizvesne*. Polazna osnova su dakle bar *delimično neizvesne činjenice* (koje ne moraju biti nužno i neistinite). Ispitivač postavlja jednu verziju koja se bar delimično zasniva na pretpostavljenim činjenicama i time operiše u daljem radu. Nasuprot tome, manipulacija *nepostojećim* činjenicama u cilju postizanja priznanja, tj. prosta laž *nije blef.* Klasičan primer je kada ispitivač lažno tvrdi da su saučesnici već sve priznali i nagovara osumnjičenog da to učini i on, jer dalje poricanje nema nikakvog smisla[5].

Blef je zapravo klopka. Suština mu je stvaranje nekog privida - iluzije. Cilj je da ispitanik poveruje u postojanje neke situacije. Takva situacija *u stvarnoti ne postoji* (čak možda i ne može postojati) ali realno posmatrano *ona bi mogla postojati*, a ako bi postojala, značila bi neku *opasnost* (najčešće razotkrivanje) za učinioca i *samo za njega*. Veoma je važno da opasnost veštački stvorene situacije, može spoznati samo *stvarni krivac*. Blef znači «opasnost» samo za stvarnog krivca, drugi i ne može shvatiti o čemu se radi niti sagledati posledice stvorene situacije. Shodno tome, neće ništa ni preduzimati radi otklanjanja

[4] Videti: Bócz, Endre,(ur.)Kriminalisztika, Budapest, 2004.str. 867.

[5] No ima u takvih shvatanja da je i ovo blef. Videti: Bócz, Endre, (ur.) Kriminalisztika, Budapest, 2004. str. 868.

uočene „opasnosti". Stvarni učinilac, međutim, čim shvati situaciju i uoči „opasnost" za sebe, učiniće nešo radi otklanjanja te navodne opasnosti i time će se razotkriti[6]. Kriminalista znači, treba da stvori uverenje kod stvarnog učinioca da njegovo krivično delo ima neke posledice koje organi progona mogu otkriti i tako ga razotkriti. Sve to pri takvim okolnostima da kriminalista ne raspolaže dovoljno pouzdanim dokazima o stvarnom toku krivičnog dela jer, kad bi takve dokaze imao, ne bi trebao blefirati. Sve to ukazuje da konstruisanje blefa zahteva visoku stručnost, logičko razmišljanje, dobro poznavanje slučaja, dobro poznavanje psihologije i *dosta sreće* (kao i svaki lov). Zbog toga nije čudo, da je u praksi uspešan stvarni blef retkost[7]. Mnogo češće se sreće u krimi romanima i filmovima.

Blef se dakle razlikuje od zabranjene obmane gde ispitivač svesno i namerno tvrdi da postoje nepostojeće, ili ne postoje stvarne činjenice. Prostije rečeno laže u nadi da će time postići priznanje ili neku drugu izjavu kod saslušanog. Kod blefa se barata sa pretpostavkama, a istinitost njihove činjenične sadržine je neizvesna.

Zbog toga obična laž („Saučesnik je već sve priznao") nije blef, niti se blefom mogu smatrati ni ostale taktike zasnovane na stvaranju lažnog uverenja ispitanika npr. o informisanosti ispitivača, količini raspoloživih dokaza itd. Prećutkivanje nečeg, samo po sebi nije blef. Nepreduzimanje neke radnje na koje osumnjičeni računa takođe nije blef. To može biti npr.taktika odlaganja saopštavanja dokaza.

Blef mora da se odnosi na neke bitne okolnosti samog dela. Zbog toga lažna pretnja pritvorom ili neosnovano obećanje puštanja iz pritivora, blaga osuda i slično nisu blef, jer ovi postupci nisu usmereni na relevantne okolnosti slučaja, već na okolnosti izvan suštine slučaja, ali koje su važne za osumnjičenog. Ako ispitivač ni nameru ni mogućnost nema za njihovu realizaciju, to je obična laž, nedopuštena obmana.

---

[6] Šta je zapravo blef može nam poslužiti primer iz kriminalitičke serije "Colombo".U jednoj epizodi učinilac je podmetnuo eksploziv u žrtvinom automobilu u jednoj kožnoj torbi. Poručnik je to pretpostavljao to i sumnja na jedno lice, ali nije imao dokaza.Na osnovu pronađenih delova, nabavio je tačnu kopiju torbe i izgradio situaciju, da su se on i osumnjičeni, navodno slučajno, našli sami u kabini jedne žičare. Colombo je počeo pričati o slučaju i uzgred napomenuo da je našao interesantnu torbu u olupini automobila ali još nije stigao da je otvori i iz džaka koji je nosio sa sobom u kome su bili i neki oštećeni delovi automobila, izvadio torbu. Osumnjičeni je, verujući da je u torbi još uvek neaktivirana bomba, panično zgrabio torbu i izbacio je kroz prozor kabine. Time se odao, jer je samo učinilac mogao znati šta je sadržaj torbe,i zašto je ono opasnost za sve u kabini žičare. Ovo je dobar primer verbalno dobro priremljenog ali u sušitini situacionog blefa.

[7] Bócz/ Finszter, Kriminalisztika joghallgatóknak, Budapest, 2008, 157.

Taktički blef je s*vesno i aktivno delovanje* ispitivača usmereno na *osumnjičenog*. Blef je neprimenljiv na svedoka i veštaka zbog njihovog drugačijeg položaja u postupku.

Blef može biti *verbalan* ili *situacioni*. Najčešće se primenjuje verbalni blef u toku saslušanja ali je moguć i situacioni blef. Dobar kriminalista će nastojati izgraditi celu situaciju za blefiranje tako da se ova dva vida blefa dopunjuju i međusobno jačaju .

Blef uvek treba da ima dobro definisan *cilj*. *Cilj* blefa je da osumnjičeni *otkrije* neke dokaze. Ne radi se dakle o falsifikovanju ili još manje o izmišljanju dokaza. Blef, sam po sebi i *nije dokaz* nego podstiče takvo ponašanje osumnjičenog, kojim će otkriti neke dokaze ili usmeriti pravac daljeg kriminalističkog rada.

GLAVA III
USLOVI ZA PRIMENU TAKTIČKOG BLEFA

Dozvoljenost raznih lukavstava u velikoj meri *zavisi od konkretne situacije*, ali se ipak mogu postaviti neki *opšti zahtevi* koji se postavljaju u principu i u pogledu svakog drugog metoda i sredstva dokazivanja.

1. metod ne sme biti u suprotnosti sa pravnim normama;
2. treba da bude podoban za pribavljanje dokaza za utvrđivanje istine;
3. ne sme imati takva moguća uzgredna dejstva, koja mogu ometati utvrđivanje stvarnog činjeničnog stanja;
4. treba da je u saglasnosti sa etičkim normama istražnog rada.

1) ***Metod ne sme da bude u suprotnosti sa pravnim normama.*** O tome videti posebnu glavu dalje. Treba odmah naglasiti, da taktički blef ne sadrži u sebi nikakvu prinudu (nasuprot sili pretnji, iznurivanju itd), on je pogodan samo za to da *učvrsti ili oslabi motivaciju za određeno ponašanje*. Blef putem određenih informacija izaziva pogrešne asocijacije kog ispitanika, koji posle izazivaju određeno ponašanje, kojim će se on razotkriti kao stvarni krivac.

2) ***Metod treba da bude podoban za pribavljanje dokaza za utvrđivanje istine.***

Kao što je već rečeno taktički blef nije dokazno sredstvo ali može značajno doprineti utvrđivanju istine.

3) ***Blef ne sme ometati utvrđivanje istine***. Nakon realizovanog blefa teoretski su moguće sledeće situacije:

1. osumnjičeni stvarni krivac se razotkrije;
2. osumnjičeni ne reaguje na blef jer je nevin;

3. nevin osumnjičeni svojom reakcijom stvara utisak da je stvarni učinilac;

4. stvarni krivac razotkrije blef i ne reaguje na blef ili tu situaciju iskorišćava za svoju lažnu odbranu.

Prve dve situacije su poželjne posledice blefa, a druge dve nepoželjne. Nesumnjiva je činjenica da blef može ometati u pojedinim slučajevima utvrđivanje istine. To međutim *nije* razlog za odbacivanje blefa kao taktičkog lukavstva. Naime, ni drugi metodi i sredstva na to nisu imuna. Najpouzdaniji metod i sredstvo nepravilno korišćen, uz neadekvatne uslove, može biti veoma kontraproduktivan sa aspekta utvrđivanja istine. Međutim, to nije razlog za njihovo odbacivanje. Tada bi ostali bez dokaznih sredstava. Takav pristup dakle ne daje dobre rezultate. Umesto toga, treba razraditi adekvatnu metodiku i obezbediti odgovarajuće uslove za njihovu primenu. Na taj način se negativni učinci mogu smanjiti na podnošljivu meru ili u optimalnom slučajevima čak i potpuno eliminisati. To treba učiniti i u slučaju blefa.

Treba dakle u principu fiksirati: taktički blef je *nedopušten u konkretnom* slučaju, ako zbog svoje sadržine ili neke druge važne okolnosti, može proizvesti dokaz o krivici inače nevinog lica.

Tu se naravno odmah postavlja pitanje: a kako će se to utvrditi? Na ovo se opštevažeći odgovor ne može dati jer su slučajevi i njihove okolnosti vrlo različiti. Ali u praksi to ipak ne bi trebalo da znači nepremostivu prepreku u najvećem broju slučajeva. Ako se slučaj svestrano i savesno razmotri, odluka nije previše teška.

Inbau[8] naglašava da ispitivač često nema drugo merilo osim svoje savesti. On treba da se pita: „ da li ovo što nameravam uraditi može podstaći nevinog na priznanje?“. Ako je racionalan odgovor na ovo pitanje negativan, ispitivač je sloban da realizuje zamišljeno. Nasuprot tome, ako je odogovor pozitivan ispitivač treba da „*zaboravi“* na planirano. *Ovo je jedino racionalno i za praksu validno merilo, pošteno prema javnosti i prema okrivljenom.*

Pored ovog „*merila“* opšteg karaktera, za konkretne slučajeve iz prakse mogu biti važne još i sledeće preporuke u cilju sprečavanja eventualnog negativnog uticaja blefa na utvrđivanje istine.

– Pre upotrebe blefa, treba upoznati fizičko i psihičko *stanje* osumnjičenog. Treba saglasno mogućnostima upoznati njegove lične osobine, u kojoj meri mu se može verovati, koji je njegov prag toleranacije itd. Imajući u vidu ove okolnosti, treba *prognozirati* njegovo držanje tokom

[8] Inbau, Police Interrogation a practical necessity, U:Modern Criminal Procedure,West Publishing comp.,St Paul, Minn,1980, 546

blefa. Očito da se ne sme istim merilima meriti i predviđati ponašanje nervoznog, labilnog osumnjičenog koji je već mesecima u pritvoru u odnosu na ponašanje stabilnog osumnjičenog koji je na slobodi.

– Blef treba da bude *u najvećem mogućem stepenu „po meri" slučaja*. Drugim rečima, *maksimalno treba uzeti u obzir specifičnosti slučaja*. Što je više blef prilagođen konkretnom slučaju, to je veća mogućnost da će u zamku upasti pravi krivac. Ali važi i suprotno,što je blef manje „*specifičan"*, veća je mogućnost da će se u zamku uplesti i nevin osumnjičeni. U zamku postavljenom zaista dobrim blefom, koji je dobro smišljen i u zadovoljavajućoj meri se zasniva na verodostojnim činjenicama, upašće samo lice koje stvarno ima veze sa izvršenim krivičnim delom, dok je za nevinog potpuno bezopasna. Neće ni reagovati, jer njemu blef ništa ne kazuje. Pravilan blef se ne sme zasnivati samo na pretpostavci o krivici osumnjičenog, već se mora čvrsto vezati za jednu ili više *konkretnih, specifičnih okolnosti slučaja*.[9]

– Samootkrivanje što sledi nakon uspešnog blefa treba kritički primiti i temeljno proveriti. Polaziti uvek treba od toga da sam blef i nije dokaz već samo put, smernica do daljih dokaza.

4) ***Saglasnost sa moralnim normama*** .U krivičnom progonu ne vladaju neke posebne specifične moralne norme, ali je vrlo specifična *sredina* u kojoj moralne norme treba ostvariti. Za tu sredinu specifični su *oštro suprostavljeni odnosi i interesi* glavnih učesnika: organa progona i osumnjičenog. Opšte je pravilo, da stvarnu sadržinu normi determinišu društveni odnosi sredine u kojoj važe te norme. U pogledu krivičnog progona se može konstatovati, da ovi nužno protivrečni odnosi određuju i sadržinu etičkih normi progona. Od ispitivača, koji vodi intelektualni duel sa osumnjičenim i treba da ga nadvlada da bi dobio njegovo priznanje, ne može se tražiti neka apstraktna moralnost, nezavisna od posla koji obavlja. Ne može se od njega zahtevati da uvek bude iskren, da ništa ne prećuti, da se ne koristi raznim lukavstvima itd. Ovakav ipitivač bio bio doduše moralno besprekoran po nekim opštim merilima ali bi svakako imao samo minimalan uspeh u rasvetljavanju krivičnih dela i učinioci bi isme-

[9] Jedna epizode popularne serije «Colombo» sadrži dobar primer: Poručnik je saopštio osumnjičenom da je žrtva nosila kontatno sočivo, ali da je prilikom obdukcije pronađeno samo jedno, dok je drugo verovatno ispalo tokom prenošenja leša. Automobil osumnjičenog je držan pod prismotrom. Osumnjičeni je uhapšen, kad je noću pretaživao prtljažnik svojih kola i pronašao jedno kontatno sočivo koje je por. Colombo tamo ranije sam sakrio. Ovde je tvrdnja o nošenju kontaktnog sočiva bila lažna, ali nije to nije ni bio osnov blefa, već pretpostavlka da je osumnjičeni svojim kolima prevezao leš od mesta izvršenja ubistva do mesta pronalaska. Očigledno, da je za nevinog blef bio potpuno bezopasan.

vali zbog njegove naivnosti. Ispitivač ne sme biti osuđen da igra ovakvu ulogu.

Njegova odgovornost je velika. Treba da odluči koja će rešenja primeniti, a koja mogu imati različit moralni aspekt, u zavisnosti od konkretne situacije. Pravilna odluka koja je u saglasnosti sa okolnostima , ne može biti nemoralna. Sa aspekta *pojedine konkretne situacije moralna su sredstva koja mogu najefikasnije doprineti ostvarenju cilja*, *a ni oni ni postavljeni cilj nisu u suprotnosti sa zakonskim normama. Moralna je pravilna odluka, a pravilna je ona, kojom odabire od raspoloživih, takavo sredstvo i način postupanja, koji će biti najefikasniji, a neće biti u suprotnosti sa zakonskim normama.*

Zbog toga, ako su ispoštovani ovi kriterijumi, blef nije nemoralan čin.

GLAVA IV
DOZVOLJENOST TAKTIČKOG BLEFA

Složenost pitanja dozvoljenosti kriminalističkih lukavstava, među njima i taktičkog blefa, opravdava da se tim pitenjem bavimo u posebnoj glavi ovog rada.

Taktički blef je lukavstvo, jedno je od taktičkih sredstava saslušanja koje razrađuje kriminalistika. Određivanje pojma lukvstva i obmane predstavlja i za teoriju i za praksu najveće poteškoće[10]. Ovo otuda, što efikasno krivično prasvosuđe ne može izdržati sveobuhvatnu zabranu obmane. Praksa zahteva, iz praktičnih razloga, izrazito restriktivno tumačenje ove zabrane. Da bi se uvažili zahtevi prakse, teorija pojam obmane restriktivno tumači i dopušta dozvoljena lukavstva u raznom obimu u zavisnosti od autora. Uprkos tome, o dozvoljenosti lukavstava uopšte i pojedinih njenih formi, puno se diskutuje. Sa druge strane, nesporno je i to da lukavstva koja ne ograničavaju slobodu odlučivanja i delovanja na zabranjeni način, ne samo da su dopuštena, već su čak i „*pokazetelji kvalitetnog kriminalističkog rada.*“[11] Tako, umesto da se lukavstva prosto zabrane, što bi bilo najjednostavnije i teoretski najčistije, ali i ujedno *najneefikasnije* i za praksu neprihavtljivo rešenje, treba sagledati pod kojim uslovima se mogu koristiti a da ne bi vređali ni prava okrivljenog na odbranu i da ne ometaju, već pomažu utvrđivanje istine. Pošto je taktički blef jedan izrazito diskutabilan vid lukavstva, rečeno se naročito odnosi na njega.

[10] O tome videti Eisenberg ,Ulrich, Beweisrecht der STRO, München, 2002, str. 254 i tamo citiranu literaturu.

[11] Kube/ Storzer/Timm,Kriminalistik, Tom I ,Stuttgart, etc. 1992, str.556

Za dozvoljenost raznih lukavstava bitni su propisi Zakonika o krivičnom postupka čiju ćemo analizu o dozvoljenosti, po prirodi stvari početi sa njima a kasnije ćemo se osvrnuti na stavove teorije.

I. Odredbe Zakonika o krivičnom postupku

ZKP skoro ništa ne kaže o taktici i psihologiji saslušanja već se iz razumljivh razloga ograničava na propisivanje formalnosti i garancija za zaštitu prava građana.[12] Tako ZKP u čl.89. st.8. izričito *zabranjuje obmanu*, dok o kriminalističkim lukavstvima *ćuti*. Kršenje zabrane povlači neupotrebljivost tako pribavljenog dokaza (čl.89 st.10.).

U funkciji zaštite prava okrivljenog i autentičnosti njegovog iskaza su i odredbe člana 89. stav 2., prema kojima se okrivljenom mora već na prvom saslušanju saopštiti *zašto se okrivljuje i koji osnovi sumnje stoje protiv njega*. Iz ove odredbe deo teorije je izvukao zaključak, da isledni sudija nema mnogo manevarskog prostora, pa ni za razna lukavstva i da već na prvom saslušanju mora izložiti okrivljenom *sve* dokaze sa kojima raspolaže[13]. Prema drugom, preovlađujućem shvatanju, sudija ne mora iz taktičkih razloga *odmah*, na početku salušanja da upozna okrivljenog sa *svim* dokazima koji su mu poznati. To nije obmana. Ali do kraja saslušanja mora saopštiti sve dokaze koji su provereni u skladu sa taktikom predočavanja dokaza. Imajući u vidu rečeno i gornje odredbe ZKP-a, okrivljenom na prvom saslušanju, na početku treba saopštiti *samo osnove sumnje*, ali ne potkrepljivati ih odmah dokazima. Predočavanje dokaza će se sprovesti u skladu sa odabranom taktikom predočavanja dokaza.[14] Iz ovog sledi da odredbe ZKP-a dozvoljavaju *izvestan manevarski prostor* za kriminalistička lukavstava i pri saslušanju okrivljenog[15]. Taj prostor je veći u pretkrivičnom postup-

[12] Aleksić-Škulić, Kriminalistika,Beograd,2009.str.117

[13] Vodinelić, Vladimir, Kriminalistika, Beograd,1996. str. 242. smatra da «Iz ovog izlazi da istražni sudija nema slobodne ruke u izboru momenta kada će okrivljenom predočiti činjneice koje ga terete,na čemu je ranije građena taktika ispitivanja okrivljnog»

[14] Simonović, Branislav, Kriminalistika, Kragujevac, 2004. str. 229.

[15] Time se i Vodinelić slaže: «Razotkrivanje krivca u laži zahteva od istr.sudije mnogo sposobnosti is spretnosti. Samo u najređim slučajevima uspeva da od okrivljenog protiv koga postoji dovoljan dokazni materijal dobije priznanje ako mu odmah na prvom ispitivanjui saspe istinu u oči. Jasno je da u tome može uspeti samo akose postojeći dokazni materijal spretno i impresivno predočava okrivljenome. Psihološki gledano bio bi veoma naivno da istražni sudija poziva okrivljneog »neka samo lepo sve prizna»

«Po našem mišljenju bilo bi pogrešno odreći se svake taktike pri ispitivanju okrivljenog. Iako je okrivlj upoznat sa svim dokaznim sredstvima, redosled ispitivanja i raspravljanja o njim bira istražni sudija» (V.Vodinelić,ibid.)

ku, pri vođenju informativnog razgovora. Pretkrivični, kriminalističko-upravni postupak je pravno manje uređen i ima manje garancijalnih odredbi, ali to ne znači da su tu dozvoljena sredstva koja pri saslušanju okrivljenog nisu dozvoljena.

Prema tome, nema sumnje da *ne postoji obaveza* da ispitivač mora uvek *svaku* činjenicu *bez odlaganja* saopštiti u celosti osumnjičenom. Ispitivaču zapravo nikad nije ni negirana mogućnost da neke dokaze privremeno prećuti[16]. Štaviše, to je i prepopruka kriminalističke taktike za brojne situacije i njegovo nepoštovanje može biti teška taktička greška. Dakle, dozvoljenost držanja osumnjičenog u zabludi u pogledu ukupnosti dokaza na njegovu štetu ili korist ne može biti predmet diskusije. *Naprotiv, suprotno postupanje bi moglo biti predmet kritike*[17].

ZKP dalje propisuje (čl.90.st.1.) da se pitanja moraju postavljati jasno i nedvosmisleno. Postavlja se pitanje da li ovaj propis može tumačiti kao zabrana taktičkog blefa? Smatramo da ne. Kod blefa se uopšte ne radi o zbunjivanju saslušanog dvosmislenim i nejasnim pitanjima. Naprotiv, ispitivaču je u interesu da osumnjičeni shvati sadržinu blefa da bi mogao odreagovati na očekivan način ako je stvarni krivac. Čisto formalno posmatrano, zabrana se odnosi na *pitanja*, a videli smo da se blef može realizovati na razne načine i ne mora biti nužno u okviru nekog pitanja.

U pogledu dozvoljenosti najteže pitanje je razgraničenje u odnosu na nedozvoljenu obmanu. Pojam obmane treba restriktivno tumačiti. Treba izdvojiti dozvoljena lukavstva od nedozvoljene obmane. Tim pitanjem se ZKP ne bavi već prepušta teoriji i praksi. U daljem izlaganju ćemo se upoznati sa stavovima teorije.

II.Stavovi teorije

Stavovi su vrlo različiti.

A/Krivičnoprocesna teorija

1) *Domaća krivičnoprocena teorija* *se* uglavnom malo bavi problematikom obmane i lukavstava. Ne diferencira lukavstvo od obmane i tako u suštini *odbacujujući obmanu, odbacuje i lukavstva*.

[16] Bócz, E.op.cit. str. 874.
[17] ibid.

M. Grubač[18], **S. Bejatović**[19], **Z. Jekić**[20], **D. Dimitrijević**[21], **Č. Stevanović**[22] samo navode da je obmana zabranjena ili daju samo neka minimalna objašnjenja. „Najizdašniji" u tom pogledu je profesor dr Tihomir Vasiljević[23] koji, opravdano skreće pažnju (istina samo u fusnoti) na opasnosti krutog tumačenja obmane i odbacivanja svakog lukavstva sa osloncem na Manzinija, ističući da se ne sme „preterivati i sudiju pretvarati u nemoćnu lutku ili maloumnu naivčinu u odnosu na okrivljenog."

Stariji komentari ZKP, oni pre stupanja na snagu ZKP iz 2001.g., kada je obmana još bila posebno zabranjena u čl. 219., sadrže kratke komentare ali se ni oni ne bave pitanjem lukavstava i njihovim statusom već uglavnom navode neke primere obmane.

Tako **Branko Petrić**, ističe da ZKP ne kaže okakva obmana je zabranjena, ali je jasno da se radi o svakoj obmani koja može da navede

---

[18] Grubač, Momčilo, Krivično procesno pravo, Beograd, 2009.str.264.U vezi obmane kaže samo da je zabranjneo postavljati sugestivna pitanja i kapciozna pitanja. Nisu dozvoljena ni bilo koja druga sredstava obmane prema okrivljenom da bi se došlo do njegove izjave ili priznanja.npr dovođenje okrivljenom u zabludu da su ostali saokrivljeni priznali izvršenje dela,obećanje da neće biti kažnjen ako prizna i sl.

[19] Bejatović, Stanko, Krivično procesno pravo,Beograd,2010, str.312.Ukazuje samo, da se prema okrivljenom prilikom ispitivanja «*ne sme upotrebljavati ni obmana da bi se došlo do njegove uzjave ili priznanja(čl.89.st 8)*. Cilj ovih primena zabrana vidi isto kao Zagorka Jekić: »*nije samo dosledna primena humanizma u kriv.post.već i da se sačuva autentičnost volje okriv.prilikom davanja iskaza»*

[20] Jekić, Zagorka, Krivično procesno pravo, Beograd, 1983,str.229. Ističe: »Cilj zabrana nije samo dosledna primena «*humanizma u krivičnom postupku odnosnio poštovanje ličnosti okrivljenog, već i da se sačuva autentičnost njegove volje prilikom davanja iskaza...»*

Prema okrivljenom se ne sme primeniti obmana kako bi se došlo do njegove izjave ili priznanja,(čl.219)

[21] Dimitrijević, Dragoljub V, Krivično procesno pravo, Beograd, 1981, str.218 Samo nabraja obmanu među nedozvoljenim sredstvima

[22]Stevanović, Čedomir V, Krivično procesno pravo SFRJ, Beograd, 1988, str.277 samo navodi da je zabranjena obmana

[23] Vasiljević, Tihomir, Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ, Beograd, 1981. str. 332

"Prema okrivljenom se ne mogu upotrebiiti sila, pretnja obmana i slična sredstva. U pogledu odstranjivanja obmane u zakonu se propisuje da se pitanja moraju postavljati jasno razgovetno i određeno,tako da ih okriv.može potpuno razumeti. Formulisanje pitanja mora biti prilagođeno mogućnostima shvatanja i rečniku okrivljenog. Isključena su sredstva koja su u stanju da izazoviu izjave saglasne željama organa koji ispituje, ali sumnjive iskrenosti,postavljanje pitanja koja u sebi sadrže postavku kao daje okriv.već nešto priznao što nije priznao (postavljanje tzv.kapcioznih pitanja, pitanja-zamki) ili pitanja u kojima je već sadržano u stvari nagovešteno kakav se odgovor očekuje(sugestivna pitanja) tj. isključuju se pitanja kojima se utiču na volju prilikom davanja odgovora zbunjivanjem,tako da okriv.odgovori kako nije nameravao da odgovori i kako možda ne odgovara istini ili navođenjem na određeni odgovor.»

okrivljenog da nešto izjavi što inače ne bi izjavio ili ne bi izjavio tako kako je izjavio i navodi neke primere obmane[24].

Vasiljević/Grubač[25] navode: „*Obmana bi pored drugog bilo obećanje okrivljenom da će biti oslobođen ili blaže kažnjen u slučaju davanja priznanja ili druge izjave čak onda kad bio bilo takvo obećanje po zakonu ostvarljivo,jer korišćenje te moguićnosti ne zavisi od onog ko vodi istragu“.*

Zakonikom o krivičnom postupku iz 2001.g. obmana je uključena u zabranjene metode saslušanja u čl.89.st.8. Komentari ZKP nastali nakon toga još manje se bave pitanjem obmane i lukavstava nego kad je obmana bila predviđena čl.219.kao poseban zabranjeni metod.

Svetislav Vuković[26] uopšte i ne pominje obmanu u komentaru uz čl.89.

Vasiljević-Grubač[27] navode ukratko neke primere obmane.

Milan Škulić[28] obmanu pominje samo pri nabrajanju nedozvoljenih sredstava saslušanja.

U našoj siromašnoj monografskoj literaturi pitanje lukavstva je takođe zanemareno.

Radmila Danić[29] se malo detaljnije bavi pitanjem dozvoljenosti varki. Ističe da se one od davnina koriste da bi se došlo do okrivljenikovog priznanja. Postavlja pitanje u kojoj meri su varke podesne za sazanje istine u krivičnom postupku.

Ima više načina na kojima se varkama može doći do priznanja okrivljenog, najčešće to se čini predočavanjem činjnenica na prevaran način, kako bi se njegova dalja odbrana učinila bespredmetnom.

Varke izjednačava sa obmanom i odbacuje ih *jer svaka obmana ide za tim da se izigra sloboda prevarenog*.

---

[24] Petrić, Branko ,Komentar ZKP, Šid, 1982, str.552 «Obmana se može sastojati u ponudi nekih pogodnosti u slučaju priznanja,predočavanje da će poricanje biti cenjeno kao otežavajuća okolnost, u stavljanju u izgled strože kazne zbog poricanja i uopšte svega onoga što objektivno ne može da predstavlja ma kakvu pogodnost za okrivljenog. Neko obećanje ako bi i zakonski bilo moguće,ali koje ne zavisi od onog koji vrši ispitivanje(npr. da će biti ukinut pritvor u slučaju priznanja takođe predstavlaj obmanu

[25] Vasiljević-Grubač, Komentar ZKP, Beograd, 1990,str. 300

[26] Vuković, Svetislav, Komentar ZKP, Beograd, 2009. str. 83-84

[27] Vasiljević-Grubač, Komentar ZKP, Beograd, 2010, str.212. «Obmana bi pored ostalog bilo obećanje okrivljenom da će biti oslobođen ili blaže kažnjne u slučaju davanja priznanja ili druge izjave,čak i onda ako kad bi takvo obećanje bilo po zakonu bilo ostvarljivo,jer korišćenje tih mogućnosti ne zavisi od onoga ko vodi istragu»

[28] Škulić, Milan, Komentar ZKP, Beograd, 2011,str. 376

[29] Danić, Radmila, Ispit okrivljenog u krivičnom postupku, Niš, 2001.str.153-54

2) ***Krivično - procesna teorija sa južnoslovenskih prostora*** ima uglavnom sličan odnos prema pitanju dozvoljenosti lukavstava kao domaća teorija.

Tako primera radi Drago Radulović[30] kao i Goran Tomašević/Davor Krapac/Stjepan Glušić[31]samo pominju obmanu bez ikakvih detalja.

Vladimir Bayer[32] i ne pominje obmanu niti lukavstva, ali ukazuje da je kriminalistika razradila posebna pravila za ipitivanje na osnovu iskustva i da je to „posebno umijeće".

3) Sa problemima taktičkog blefa počela se baviti tek krajem prošlog veka intenzivnije u prvom redu ***nekadašnja „socijalistička" pravna literatura.*** Verovatan razlog za to je reakcija na montirane procese komunističke ere, koji su se zasnivali na izmišljenim, nepostojećim dokazima. Zbog toga se smatralo važnom temom analiza metoda ispitivanja koja ne nose u sebi prinudu, ali su ipak negde na granici dopuštenosti[33].

4) ***Američki autori*** su već ranije ukazali na problem dozvoljenosti raznih trikova i varki pri ispitivanju, ali njihovi stavovi nisu kompatibilni sa kontinentalnim pravnim sistemima.

B/Kriminalistička literatura

Kriminalisti po prirodi stvari zagovaraju opravdanost i dopuštenost krimialističkih lukavstava pri ispitivanju. Karakterističen je stav Vladimira Krivokapića[34] po tom pitanju. Ističe da je obmana zabranjena. Za postojanje obmane važno je da je postojala namera odašiljača lažne informacije i da je takva informacija odaslata odr.licu.sa namerom da kod lica izazove zabludu.[35] Međutim ističe da se u „*U kriminalističkoj teoriji se*

---

[30] Radulović ,Drago [30],Kriv proc pravo,Podgorica 2002.str,214Goran

[31] Tomašević, Krapac,Glušić,Kazneno procesno pravo,Zagreb,2005 str,91,94 i159

[32] Beyer, Vladimir,Jugoslavensko krivično procesno pravo ,knjiga II,str.15o. To je»posebno umijeće za koje su na osnovi iskustva,izrađena posebna pravila.Radi se o tome da ispitivanje okrivljenika mora biti potpuno korektno,što znači da se ispitivač mora strogo držati pravnih propisa,koji vrijede za ispitivanje okrivljenika,a da to ispitivanje bude ipak efikasno,tj.da ispitivač dobije istinit iskaz okrivljenika u danom slučaju priznankje.Stoga se kriminalistika mnogo bavi načinima ispiitivanja okrivljenika».

[33] O tome detaljnije Bócz ,Endre(ur.) ,Kriminalisztika,Budapest,2004.str.870 i sl.

[34] Krivokapić Vladimir,Kriminalistika-Taktika III,Beograd, 1997 str 29

[35] «Prilikom obavljanja informativnog razgovora obmana nije dozvoljena.Pod obmanom se podrazumevan namerno odaslata(govormo,tekstom ,konkludentno radnjom,lažna informacija drugom licu.U kriminalistici,obmana ima za cilj da ispitanika dovede u zabunu.Obmana može biti uspešna ili neuspešna u zavisnosti od toga da li je kod ispitanika proizvela zabludu ili ne.»

pravi razlika između lukavstva i obmane pri čemu se lukavstvo smatra dozvoljenim sredstvom. Pri obavljanju informativnog razgovora....načelno je dozvoljena primena lukavstva u pretkrivičnom, odn.krivičnom postupku, ali ne i obmane..." i ukazuje na složen problem razgraničenja obmane i lukavstava: „*ponekad nije jednostavno odrediti granicu između ova dva ponašanja. Tu granicu je mnogo lakše odrediti terminološki nego sadržajno,pa kao merilo treba da posluži koliko pravna norma (ZKP) tioliko etički i moralni obziri u odnosu na lica od koga treba pribaviti iskaz"*. Ukazuje da „*jedno od merila" za* razgraničenje obmane i lukavstva" *da li postoji laž koja se može koristiti i u jednom i u drugom slučaju. Ukoliko je laž većeg obima i bitno je uticala na volju ispitanika, može se govoriti o obmani. Ako pak to nije slučaj, već se radi o mnogo manjem obimu koji presudno ne utiče na volju sagovornika, takva laž bi bila dozvoljena."*

Branislav Simonović[36] takođe smatra da su kriminalistička lukavstva dozvoljena i čak štaviše *neophodna* pri saslušanju određenih osumnjičenih/okrivljenih.

Kada se saslušavaju lukavi profesionalni kriminalci u situaciji oštrog konfliktnog odnosa, neophodno je primeniti lukavstva u okviru taktičkih kombinacija ili refleksivnog upravljanja kako bi se od njih dobio istinit iskaz. Dozvoljena je primena ovih metoda jedino ako ne predstavljaju obmanu. Pod obmanom se podrazumeva predočavanje (saopštavanje) saslušanom lažne informacije čime se on dovodi u zabludu. Okrivljenom (osumnjičenom) nikad ne treba saopštavato lažnu informaciju, jer je to nedozvoljen način saslušanja. Međutim moguće je primenjivati lukavstava i različite taktičke kombinacije, ali je uslov da se sve one zasnivaju na predočavanju istinitih činjenica i dokaza. Autor zatim izlaže lukavstva grupisana na sledeći način:

1. taktiziranje sa činjenicama;
2. ponašanje kriminaliste;
3. formulisanje konkretnih pitanja.

Darko Maver[37] naglašava da je pojam obmane koji pominje ZKP *širok pojam, koji zahvata područje od očigledne obmane do graničnih područja za koje se teško može reći da li su dozvoljene pri saslušanju ili ne*. Ipak, nedozvoljene su „*očito lažne tvrdnje"* npr. da bi ispitanik imao velike koristi ako prizna, da će biti blaže kažnjen, da će biti pušten iz pritvora, da neće biti stavljen u pritvor i sl. To sve nije u nadležnosti ispitivača ili je inače propisano zakonskim normama i ne zavise

[36] Simonović, Branislav, Kriminalistika, Kragujevac, 2004, str.241
[37] Maver, Darko, Kriminalistika,Ljubljana 2004. str. 296-297

od diskrecione ocene ispitivača. Isto tako nedozvoljene su neistinte tvrdnje i u pitanju je obmana, ako ispitivač *neistinito tvrdi* da je saučesnik priznao da ima stvarnih dokaza o krivici osumničenog, da ga je očevidac prepoznao itd. Pored nezakonitosti, ovakva taktika nije je preporučljiva ni sa kriminalističkog aspekta jer ako i*spitanik razotkrije, da ipitivač samo blefira a ništa ne zna još manje će biti spreman da govori.*

Ali ukazuje da je tu nedoumica *da li je celishodno zabraniti svaki trik ispitivača*. Da li je svaka neistinita izjava kršenja zakona o zabrani obmana[38]. U dozvoljene trikove bi spadali držanje ispitanika u nedoumici o vrsti i kvalitetu dokaza sa kojim raspolaže, ili taktika da ispitivač ne otkrije da je razotkrio laž, pusti ispitanika da i dalje laže

Mueller[39] smatra da su dozvoljeni trikovi i nedozvoljena obmana vrlo blizu. Ispitivač može iskoristiti nepravilnu predstavu saslušanog da bi razjasnio krivično delo. Ipak, iskorišćavanje pogrešnih predstava nije neograničeno. Ali ako ispitivač ne izjavi ništa lažno, teško je govoriti o obmani. Do pogrešnog zaključka dolazi saslušani sam.

Tremmel/Fenyvesi/Herke [40] ističu da je pitanje tzv. *taktičkog blefa* u pogledu saslušanja okrivljenog (u manjoj meri u slučaju ispitivanja svedoka) naročito opasno i osteljivo. Taktički blef u jednom delu slučajeva se teško može smatrati dopuštenim.

Samo držanje okrivljenog u neizvesnosti još ne znači obmanu, prevaru. Ispitivač ne sme samoinicijativno i izričito trvditi neistinu, ali smatraju da je dopušten blef koji se zasniva na neinformisanosti okrivljenog ili na njegovom neizvesnom položaju. Često sam okrivljeni svojim neistitnitim tvrnjama odabire put padanja u zabludu ili ostajanja u zabludi. Za to se navode sledeći primer: osumnjičeni za ubistvo, koji je imao jednu drvenu nogu, tvrdio je da je u vreme ubistva biciklom obilazio okolinu Segedina. Kad ga je ispitivač pitao kako je sa drvenom no-

[38] Navodi sledeći primer: Ako osumnjičeni radi potvrde alibija navodi da je gledao određeni .film u bioskopu,ispitivač može reći da jer je i on (ili poznanik) bio tamo i radi provere istinitosti ovog navoda može pitati, da li se seća prekida u toku predstave..Ako okrtivljeni nije bio na predstavi ,tj.alibi je lažan,naći će se u vrlo nezgodnom položaju.Ako izjavi da prekida nije bilo,a bilo ga je,odaće se da je alibi lažan. .Ako prekida nije bilo,ali okrivljeni ne zna to jer nije bio na prestavi,pa potvrdi da je bilo prekida opet će se odati,da je alibi lažan.Ovakvi trikovi su po mišljenju nekih kriminalista dozvoljeni.,je su usmereni na proveru da li ispitanik govori istinu,a nisu usmereni na njegovo obmanjivanje.Naime ispitivač ne tvrdi da je bilo prekida,jer bi to bila laž i obmana.,već samo pita,da li je možda toga bilo.

[39] Mueller, Zabranjene metode saslušavanja, Izbor br. 1,str.86-92.cit. kod Maver, op.cit.str .298.

[40] Tremmel/Fenuvesi/ Herke,Kriminalistika,Budapest-Pécs, 2005,str. 367.

gom savlađivao uspone u brdima, rekao je da vrlo teško i da je radije gurao bicikl uzbrdo. Time se razotkrio jer u okolini Segedina nema ni blagih uzvišenja, a kamoli brda.

Ali ni kriminalisti nisu jedinstveni. Neki pisci izričito odbacuju lukavstva.

Tako **Pavišić/Modly/Veić**[41] upotrebu varke smatraju *nedopštenim metodom* ispitivanja. *Upotreba varki predstavlja način pri kojem ispitivač svesno dovodi ispitanika u zabludu isticanjem lažnih pretpostaki ili okolnosti kako bi ispitanik nešto priznao ili negirao. Ispitivanje korišćenjem varke polazi od pretpostavke koje nisu točne ili ispitivač nije siguran da su točne, a okrivljeniku ih predstavlja kao istinite i vjerojatne. Ispitivač u slučaju uptrebe varke je svetan da ispitanika dovodi u zabludu. Upotreba varki predstavlja postupak protivan pravu na dostojanstvo ispitanika zbog čega ih valja smatrati nedopustivim*

C/ Nemačka i austrijska krivičnoprocesna i kriminalistička literatura

Pitanjem obmane i lukavstva se puno bavi nemačka i austrijska krivičnoprocesna i kriminalistička teorija kao i sudska praksa. U nastavku izlaganja osvrnućemo se na neke stavove .

Christian Bertel[42] se malo bavi pitanjem lukavstava i obmane,ali konstatuje «S*vi metodi koji isključuju slobodnu volju(okrivljenog) su nedozvoljeni čak i ako je saglasan sa njihovom primenom*.»

»Varka» kao sredstvo postizanja priznanja je zabranjena po čl. 202 austr.ZKP. » Ali nisu zabranjene sve. Obmanuti okrivljenog saopštenjem da su saokrivljeni već sve priznali je dozvoljen trik. Nedozvoljena su obećanja za slučaj priznanja, koja se ne mogu, ne žele ili ne smeju ispuniti.»

Stefan Seiler[43] ističe da je obmana pri saslušanju okrivljenoga zabranjena ali se ne upušta u širu analizu već samo navodi nekoliko primera: Zabranjeno je da se policijski službenik zatvori u ćeliju sa okrivljenim uz prikrivanje njegovog pravog identoiteta da bi špijunirao okrivljenog. Ovde nema formalnog saslušanja ali ni sud ni policija ne smeju na ovaj način izigrati propise o saslušanju. U ovom slučaju okrivljeni bi bio obmanut o cilju i svrsi razgovora. Isto važi ako se podstrekne zatvorenik koji je zajedno u ćeliji sa okrivljenim a nije policajac da otkrije šta je saznao. Ali ako ovaj bez nagovaranja napiše šta je saznao od okrivljenog

[41]Pavišić/Modly/Veić[41],Kriminalistika , Zagreb,2006. str.385.

[42] Bertel,Christian**,** Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts,Wien,1984, str. 84-85

[43] Stefan Seiler,Strafprozessrecht,Wien,2009.str.117.

nije povređen zakon. Da bi na kraju sumirao opšte pravilo »*Svi metodi istraživanja koji bi isključili slobodnu volju okrivljenog pri davanju iskaza su nedozvoljeni»*.

Bertel/ Venier[44] među zabranjenim metodama pominju i obmanu ali bez detaljnije analize. Navode samo jedan primer: Nedozvoljeno je obmanuti okrivljenog da je saokrivljeni priznao i njega označio kao glavnog krivca. Ali naglašavaju da je tu i jedna «*siva zona*». Policija može npr. prilikom saslušanja vrlo živo opisivati ublažavajuće dejstvo priznanja. »*Kada prelazi to u nedozvoljenu obmanu*?» Šok nastao lišenjem slobode može se pojačati grubim ponašanjem i otpor osumnjičenog slomiti, a dobro postupanje ga čini poslušnim i lakovernim.

Claus Roxin[45], ističe da je vladajući stav da se pojam obmane mora tumačiti *restriktivno*. *Prosto lukavstvo* se opšte posmatrano smatra *dozvoljenim*, naprotiv, svesna laž je nedozvoljena. Bila bi obmana npr. lažna tvrdnja ispitivača da protiv okrivljenog postoje ozbiljni dokazi i na taj način ga navesti na priznanje (Odluka Saveznog suda Nemačke-BGH, StrV 1988, 468).*U principu odlučujuće je,da li je u konkretnom slučaju očuvana sloboda iskazivanja okrivljenog*. Nema obmane već se radi najviše o iskorišćavanju neznanja okrivljenog kada policajac, istinitom tvrdnjom da postoje uslovi za pritvor, ali prećutkivanjem da je naređeno prisluškivanje telefona, navede okrivljenog na obavljanje telefonskog razgovora, a nepovoljna sadržina razgovora se snimi. (odluka BGH StrV 33,217,223). Ukazuje da ispitivač po čl.136a nemačkog ZKP nema obavezu da zabludu *okrivljenog o nekim činjnicama otkloni, spreči ili otkrije* (odluka BGH StrV 1988, 419). Ubacivanje policijskog doušnika uz prikrivanje njegovog identiteta u ćeliju da špijunira okrivljenog, iako razgovor u ćeliji nije saslušanje je nedozvoljena obmana, jer analogno treba primeniti čl.136a koji zabranjuje obmanu, pa nije dozvoljena (odluka BGH StrV 34,362).

Horst Clages[46](Ur.) polazi od toga da je obmana svesno dovođenje u zabludu saslušanog. Obmana može nastati svesnim prikrivanjem ili iskrivljavanjem okolnosti, *ako to ograničava slobodu odlučivanja pogođenog*. Naglašava da je teško razgraničiti zabranjenu obmanu od dozvoljenog lukavstva. Zakonski propisi ne isključuju svaku taktiku pri ispitivanju ukoliko nisu usmereni ne *svesnu* obmanu. Pojam lukavstva je ipak *nejasan*. Nejasno je po čemu se *razlikuje* lukavstvo od laži sadržane u obmani.

---

[44]Bertel/Venier,Strafprozessrecht,Wien,2010,str,80

[45] Claus Roxin,Strafverfahrensrecht,München,1989. str.160.

[46] Clages,Horst, (Ur.), Der rote Faden,Heidelberg, 2004, 110-111

Zbog sadržajne blikosti lukavstva i zabranjene obmane i opasnosti od nedozvoljenog uticanja na iskaz okrivljenog, preporučuje da treba po mogućnosti *izbegavati* korišćenje lukavstava pri ispitivanju. Navodi neke primere obmane: neistinito tvrditi da je saučesnik sve priznao, neistinito tvrditi da postoje dovoljni materijalni dokazi o krivici okrivljenog, podstreknuti lice sa kojim je okrivljeni u pritvoru da prisluškuje.

Werner Beulke [47] primećuje, ako se uporedi obmana sa drugim zabranjenim metodima saslušanja navedenim u čl.136a nemačkog ZKP, može se zapaziti da on nema isti «kvalitet».Često je slučaj da obmana ne predstavlja povredu ljudskog dostojanstva okrivljenog (svedoka), a ni povreda principa «fer suđenja» nije tako jasno uočljiva kao kod ostalih nedozvoljenih metoda iz čl.136a. Ipak, zakonodavac se izjašnjava za *neograničenu zabranu obmane*. Međutim, pošto zabrana obmane zadire u centralno jezgro kriminalističkog delovanja, on se «*mora rerstriktivno tumačiti»*.

Bez sumnje je zabranjena svesna varka (Vorspigelung) lažnim činjenicama, tako npr.neistinita tvrdnja »ostali saučesnici su već uhapšeni» ili «viđeni ste pri izvršenju dela» «saučesnici su već sve priznali», okrivljenom lažno tvrditi da postoji mnoštvo dokaza, tako da «nema šanse» da se izvuče. Nadalje, zabranjeno je neistinto prikazivanje pravne situacije npr. da je ćutanje ili neistinit iskaz dokaz krivice.

Za razliku od brojnih drugih autora, detaljno se bavi kriminalističkim lukavstvima, kako ističe, kriminalističko lukavstvo je nasuprot obmani dozvoljeno, kao što su npr.pitanja-zamke. »*To međutim ne sme tako da se shvati, da je mala obmana dozvoljena a velika nije. Pogrešan je stav u literaturi da je korišćenje lukavstva doduše radnja obmane iz čl.136a ali zabranu korišćenja tako pribavljenog dokaza po pravilu ne treba uvažiti,jer ograničenje volje pri sitnim radnjama obmane nije dovoljno značajno. Naprotiv,zabrana obmane je apsolutna.»* Navodi nekoliko primera iz prakse Saveznog suda: Policija je našla obezglavljeni leš nestalog lica a osumnjičenog je saslušuvala tvrdeći mu da se radi o saslušanju u slučaju «nestanka». Ovako svesno obmanjivanje okrivljenog je prekoračenje dozvoljenog lukavstva(BGH StrV 37,48).

U ćeliju u kojoj se nalazio uhapšeni osumnjičeni zatvoreno je još jedno lice navodno lišeno slobode,koji je trebao da špijunira osumnjičenog za policiju. Okrivljeni mu je kasnije priznao delo uz obećanje da o tome neće nikom govoriti. Prikrivanje stvarnog identiteta «zatvorenog»lica i nalog države je obmana, i povreda čl.136a. Nije zatvaranje bila obmana već radnje špicle.

[47] Beulke, Werner, Strafprozessrecht, Heidelberg, 2006, 82-83

Prema sudskoj praksi *nenamerno izazivanje zablude* okrivljneog od strane organa progona ne može se smatrati povredom 136a. Vladajuće mišljenje se slaže sa tim. Pojam «*obmane*» sadrži u sebi jedan «*finalni element*»,i to opravdava, da nenamerno izazivanje zablude ne spada pod zabranu 136a. Ali to važi samo dotle, dok ispitivač ne spozna da je nenamerno izazvao zabludu i značaj toga za iskaz. Ne može biti dozvoljeno,da se ovako stvorena pogrešna predstava kod saslušanog svesno iskoristi.U ovakvom slučaju,za ispitivača nastupa obaveza poučavanja.

Karl Peters,[48] smatra da sloboda odlučivanja i voljnog delovanja čl136a znači da je odluka o davanju iskaza i njeno ostvarenje izraz ličnog ustrojstva i ličnog stava i da ono sledi nakon odmeravanja okolnosti koje ometaju ili podstiču na iskaz. Zbog toga je to lični duševni učinak saslušanog. O slobodi se ne može govoriti, ako ispitanik ne vidi *mogućnost izbora*, kada iskaz sledi automatski pod uticajem pritiska nastupa samo automatski.

Među sredstvima uticanja na volju u čl.136a nemački ZKP pominje i obmanu.To izaziva mnoge dileme. Naročito *problematičan je pojam obmane.*

To može pokazati primer.

U jednom mestu izvršena je provala. Policija je sumnjala na određeno lice. Jedan policajac je sa svojim psom, koji nije imao nikakvu policijsku obuku,došao do stana tog lica. Taj, uveren da je pas sledio njegov trag,dao priznanje. Nije znao da je policajac doveo psa,a ne obrnuto.

Baš kod obmane često *nedostaje* ograničenje slobode odlučivanja i delovanja. Ono se doduše dotiče motivacije za iskazivanje,ali ne ograničava slobodu iskaza. Tako je i u gornjem slučaju. U njemu je držanje policajca etično i bez prigovora .U tom slučaju se radi o prostom *lukavstvu .Povlačenje granice je uvek teško* .U sledećem primeru je povređen čl.136a: Okrivljenom koji je hteo da zaštiti svoju suprugu koja ja takođe bila osumnjičena, ispitivač je saopštio da je žena priznala. Na to je okrivljeni priznao. Tu se radi o *uticanju* na slobodu volje a sredstvo je prosta laž i etički je neprihvatljivo.

Lang/Helmers [49], upozoravaju da je od zabranjenih metoda u čl.136a nemačkog ZKP, *najteže konkretizovati obmanu*,koja se može definisati kao namerno izazivanje zablude. Dalja teškoća je da *nije svaka obmana* od strane drž organa obuhvaćena *zabranom* čl.136a. Manjina teoretičara tvrdi da obmana nasuprot svim drugim metodima navedenim u čl.136a *ne vređa ljudsko dostojanstvo*.

[48] Peters, Karl, Strafprozess, Heidelberg ,1985. str. 336.
[49] Lang / Helmers , Beweismittelrecht , Stuttgart etc.1995 str. 60 i sl.

Ukazuju, da se vladajuće mišljenje oslanja na sučeljeni par: *zabranjena obmana – dozvoljeno lukavstvo*. Tako je zabranjeno lažno tvrditi da postoje odlučujući dokazi protiv okrivljenog da bi se dobilo njegovo priznanje(odluka BGH, objavljena u Neue JuristischeWochenschrift, 1989 str. 842). Isto važi ako se lažno tvrdi da je saučesnik već sve priznao. BGH je smatrao nedozvoljenom obmanom kada je osumnjičenom saopšteno da se salušava u predmetu nestalog lica,a leš je već bio pronađen i istraga se vodila za ubistvo (odluka BGH, objavljena u Neue Juristische-Wochenschrift, 1990 str. 2634). Nasuprot tome, radi se o lukavstvu, ako se ispitivač prividno ponaša prijateljski prema ispitaniku,da bi ga naveo na priznanje (odluka BGH, objavljena u Neue JuristischeWochenschrift, 1953 str. 1114). Dozvoljena su i sugestivna pitanja.

*Autori oslanjajući se na odluku Saveznog suda (*objavljena u Neue JuristischeWochenschrift, 1989 str. 842) *da zabrana obmane pri saslušanju osumnjičenog ne isključuje prema tome svako lukavstvo*, *ali zabranjuje laž, sa kojim se okrivljeni namerno dovodi u zabludu i tako ograničava njegova sloboda iskazivanja.*

Najmanje je odlučujuće, da li je obmana proizvela opasnost da okrivljeni da neku izjavu štetnu ze sebe. Lažna tvrdnja,obmana o postojanju ozbiljnih dokaza na štetu ili da ga tereti iskaz drugog lica,dovodi i nevinog u *situaciju nužde*,u kome može pomisliti da bi lažnim priznanjem,mogao svoj prividno loš položaj poboljšati. Takođe sugestivna (kapciozna) pitanja ili pitanja sa značajnim sugestivnim dejstvom, stvaraju situaciju nužde, koji podstiče na davanje izjave sa neistinitom sadržinom. Naprotiv, pitanja ili radnje koje mogu dovesti samo do toga,da se *stvarni krivac razotkrije*,za nevinog nisu nikakva opasnost i zbog toga moraju biti *dozvoljena*. Samo obmanom izazvana *nužda* opravdava izjednačavanje ove metode sa ostalima zabranjenim metodima iz čl.136a nemačkog ZKP.Samo se tada *u bitnoj meri ograničava sloboda volje i delovanja okrivljenog*.

Naglašavaju da u teoriji postoji saglasnost o tome, da već postojeća zabluda ne mora biti otklonjena,osim, ako izuzetno postoji obaveza poučavanja. To će naročito biti slučaj kad se neko saslušava kao osumnjičeni a u zabludi je, smatrajući da se saslušava u svojstvu svedoka.,i zato je obavezan dati iskaz.

Christian Jaeger[50],na primeru poznatog u nemačkoj teoriji i praksi kao "*Slučaj prisluškivanja*» i oslanjajući se na odluku Saveznog suda Nemačke (BGH) od 8.10.1993. donetog povodom tog slučaja,iz-

[50] Jaeger, Christian, Beweisverwertung und Beweisverwerungsverbote, München, 2003, 168.

laže kratko svoj stav o obmani. Smatra, kao i Sud, da «*prosto prećutkivanje neke činjenice*» nije obmana, osim ako postoji «*pravna obaveza otkrivanja te činjenice»*. Stav je inače kritikovan u literaturi:obmane ima i tu. Obmana je u tome da prisluškivani *pretpostavlja* privatnost telefonskog razgovora i tome *doprinosi* i organ gonjenja *pozitivnim* činjenjenjem: izazivanjem mišljenja kod okrivljenog, da vodi poverljivi privatni razgovor.

Naglašava da je kod obmane sloboda volje je ograničena u tom smislu, što se okrivljeni odlučuje na iskaz na osnovu pogrešnih predstava.

Michael Sione[51], ukazuje, da to *što kriminalističko lukavstvo nije kao pojam ušlo u ZKP, ne znači automatski da je uvek i nedozvoljeno*. Zabranjena je samo obmana zasnovana na lažima. Zabranu obmane pri saslušanju koje se odnosi na ovu suštinsku kriminalističku delatnost, *treba restriktivno* tumačiiti. *Lukavstvo je sve dotle dozvoljeno, dok ne vodi do svesnog dovođenja osumnjičenog u zabludu*. Posmatrano sa pravnog aspekta radi se o *razlici između nedozvoljene obmane i dozvoljenog kriminalističkog lukavstva*. U to je uključeno iskorišćavanje već postojeće zablude ,ako se ne intenzivira ili ne proširuje. Dozvoljeno je da ispitivač koristi lukavstva prema licu, koji nije spreman dati iskaz. Ispitivač nije suštinski ograničen u izboru.

Ulrich Eisenberg[52] se *iscrpno* bavi pitanjima obmane i lukavstva. Smatra da izjava ispitanika, koji sledi nakon obmaneod strane ispitivača, trpi ozbiljno ograničenje volje ispitanika.

Naglašava, da se zabrana obmane odnosi samo na *zabranjenu obmanu*, a mogu postojati i vidovi obmane (npr. legenda kod prikrivenog islednika), koji su doduše uvek podložni sumnjama sa aspekta pravne države, ali koje *nisu isključene*.

Ukazuje da je zakonodavac želeo da zabrani da se do činjenica u krivičnom postupku dolazi pomoću određenih metoda, bez obzira da li i kako one utiču na kvalitet dokaza. Ti metodi nabrojanu čl.136a nemačkog ZKP i najčešće imaju i uticaj na istinitost sadržaja pribavljenog materijala. Odlučujuća je namera zakonodavca, da zabrani ,da država putem laži dolazi do činjenica koje terete okrivljenog. Bitno je, da država ne dolazi do dokaza sa sredstvima koje ograničavaju slobodnu volju. Čl.136a nemačkog ZKP sadrži generalnu zabranu pribavljanja dokaza metodima koji su suprotni principu pravne države. Među zabranjenim metodima se pominjen i obmana.

[51] Sione, Michael, Kriminalistishe List im Ermittlungsvefahren,Neue Zeitschrift für Strafrecht, 597,599.

[52] Eisenberg, Ulrich , Beweisrecht der STPO, München, 2002, 254.

Diskutabilno je koji je *obim obmane* u smislu čl.136a.nemačkog ZKP? Ističe ,da postoji *opšta saglasnost*, da čl.136a, *ne želi, niti može zabraniti sva kriminalistička lukavstva* pri ispitivanju. Ali ujedno upozorava »*gde je granica između nedozvoljene obmane i dozvoljenog lukavstva do danas je diskutabilno ...*».

Obmana se može izvršiti po pravilu samo aktivnim činjnjem,a samo izuzetno propuštanjem. Poznat je «slučaj proročice». Jedna žena je obmanula lice sa kojom je bila u pritvoru,da ima natprirodne moći, da utiče na sudiju da je oslobode,pod uslovom da joj sve isporiča u vezi krivičnim delom, koji joj se stavlja na teret. Nakon što je zatvorenica detaljno ispričala izvršenje krivičnog dela, prikupljene činjenice je prosledila organu gonenja u nadi da će dobiti neke pogodnosti. Ovde nema aktivnog učešća *države* (npr. nalaganjem ove radnje), ipak je po shvatanju Saveznog suda (BghSt 44,129) u pitanju obmana ali nečinjenjem. Država treba da štiti zatvorenike između ostalih i od»*masivnih zadiranja u slobodu samopredeljenja*». Ako se ovo uopšti, država uvek ima obaveze da upozori i otkloni zabludu okrivljenog ako uslove za preduzimanje obmane na specifičan način ona sama stvara ili potpomaže.

Predmet obmane u prvom redu su neistinite tvrdnje o činjenicama (unutrašnjim i spoljnim).

Predmet može biti i pravno pitanje. Npr. lažno tvrđenje da je okrivljeni obavezan dati iskaz.

Isto tako je obmana neistinta tvrdnja o materijalnopravnom stanju stvari:Npr.lažno tvrditi da je delo zastarelo.

Predmet obmane može biti činjenica o *svojstvu ovlašćenog državnog službenika* u progonu,ponajpre kad u progonu sudeluju pored službenih i privatna lica (saradnici,potkazivači i sl.). Zabeležen je i obrnuti slučaj, da se javni tužilac maskirao u svešteni ka i «*ispovedio*» okrivljenog.

Predmet obmane može biti i *prognoza ipitivača* u pogledu *ishoda postupka* u celosti ili nekog njegovog dela. Posebno opasni mogu biti za ispitanika, prognoze,pravni saveti, i slično,službenika suda ili tužilaštva , kada npr. lažno tvrde da priznanje ima ublažavajuće dejstvo, zbog toga što potiču od organa koji donosi odluku. Istina,ova ponašanja su bliža nedozvoljenim obećanjima nego obmani.

Sredstva obmane:to su ponajpre *lažne tvrdnje*. Takvo verbalno ispoljavanje je uvek nedozvoljeno *ako ograničava slobodu volje ispitanika*. I mala laž je laž.

Sporno je da li postoji obmana u smislu čl.136a ako ispitivač ne laže već *greškom* ne kaže istinu. Prema jednom shvatnju ,istorijsko tumačenje(norma je preuzeta od švedskog ZKP gde se naglašava «svesnost» obmane. ukazuje da je neophodno da prevarno saopštenje bude dato svesno. Drugi naglašavaju sa osloncem na pojam prevare, da obmana treba da sa-

drži «finalan momenat». Nasuprot tome ide *zaštitni cilj norme*, koji želi zaštiti slobodu iskaza i disciplinovati državne organe. Sa tog aspekta, *svejedno* je, da li je neistinito saopštenje državnog organa dato namerno ili nenamerno.

Obmana ispitanika je moguća i ako ipitivač *istinitom* tvrdnjom namerno izaziva zabludu kod okrivljnenog.

Namerno korišćenje *dvosmislenih reči i insinuacija* u nadi da će ih ispitanik pogrešno razumeti takođe može biti obmana.

Obmana može biti ostvarena i *konkludentnim radnjama*,bilo da se koriste standardni znaci(klimanje glave npr.) ili neki drugi nestandardizovani koji značenje dobijaju u konkeretnom kontekstu.

Obmana može biti ostvarena i propuštanjem (tj. ćutanjem), ako ispitivač ima *obavezu* davanja pouke.

6) Rezime navedenih stavova

Iz izloženog se može zaključiti da je pojam obmane neophodno *restrikivno tumačiti* i razlikovati je od *dozvoljenih lukavstava*. Istovremeno je jasno da je razgraničenje obmane i lukavstava vrlo složeno i osetljivo pitanje. Određivanje njihovih pojmova predstavlja i za teoriju i za praksu krupne teškoće. O tome smo videli gore. Međutim, ipak je teorija i sudska praksa (naročito nemački Savezni sud) izgradila jedno *opšte merilo*: *nije svaka obmana zabranjena već samo ona koja ograničava slobodu volje i delovanja ispitanika.* Kako se ovo merilo u konkretnim slučajevima može primeniti, zavisi od okolnosti slučaja. Misao V.Vodilelića je pogodna da rezimira ovaj deo razmatranja: «*Mislim da manevrisanje istinitim informacijama koje su prezentirane na način da je okrivljeniku ostavljena sloboda da ih protumači dvojako (tj. pravilno i nepravilno), po svom uviđaju, ne može biti kritikovano ni sa pravnog ni sa etičkog stanovišta.Suština je u tome da ne postoji islednikova provokacija na nepravilno tumačenje»*

Stav da li je neka metoda dozvoljena ili ne, zavisi u kranjoj liniji od stava onoga ko vrši ocenu. Sa aspekta okrivljenog, svako ispitivanje koje je usmereno na dobijanje njegovog priznanja je neetično i prevarno. Druga krajnost je zahtev za utvrđivanje istine po svaku cenu. Između ovih krajnosti su brojne, manje ili više diskutabilne metode. U krajnjoj liniji na praksi je da odluči kako će ceniti konkretne situacije[53] .

[53] Ibau, Police Interrogation a practical necessity, U:Modern Criminal Procedure, West Publishing comp., St Paul, Minn, 1980, 546.

Na osnovu izloženih smatram ,da je taktički blef dozvoljeno lukavstvo, pogodno da doprinese utvrđivanju istine i nije u suprotnosti sa moralom. On značajno obogaćuje arsenal sredstava krivičnog progona.

GLAVA V
UMESTO ZAKLJUČKA: PREPORUKE O PRAVILNOM KORIŠĆENJU TAKTIČKOG BLEFA

Za uspešan blef važne su metodološke preoruke za njegovu pravilnu primenu. Rizik neuspeha je stalno prisutan a nepoželjne posledice neuspešnog blefa mogu biti različite i dalekosežne. Može se desiti da u zamku postavljenu lošim blefom upadne nevin osumnjičeni, loš blef može dovesti do toga da osumnjičeni stvarni krivac razotkrije blef i da to iskoristi za svoju lažnu odbranu, ispitivač gubi autoritet itd.

Ako je taktički blef metodološki pravilno postavljen, ove opasnosti će se svesti na minimum. U nastavku ćemo izložiti neke preporuke .

1. Blef treba koristiti samo *izuzetno*. Njegova primena je opravdana u najvećem broju slučajeva samo ako je izvesno da se dalje napredovanje rada na slučaju ne može očekivati. Blef je opravdan samo ako su *iscrpljene sve rutinske radnje* prikupljanja informacija o datom slučaju. Kriminalista koji često pribegava blefu, verovatno ne obavlja dovoljno temeljito svoj posao i stvari namerava rešavati korišćenjem «prečica» i na brzinu. Broj slučajeva rešenih blefom ne sme biti merilo uspešnosti rada.

2. Prilikom planiranja blefa treba imati naročito u vidu *dobro maskiranje* blefa. Treba planirati stvaranje uslova koji će isključiti ili bar smanjiti na minimum mogućnost «*provaljivanja»* blefa od strane osumnjičenog. Pogodno je npr.pozivati se na takve izvore,i unositi u tok razgovora takve okolnosti koji se ne mogu odmah ili na brzinu priveriti od strane ispitanika i ne mogu zbog toga brzo ni opovrgnuti. Ispitivač neminovno gubi autoritet ako mu ispitanik provali blef, i ne može ga kasnije više ponovo steći (najbolje je tad zameniiti ispitivača)

3. Treba planirati «*put za povlačenje*» ako postoji opasnost da će ispitanik provaliti blef. Npr.prekidanje ispitivanja zbog navodnog hitnog pribavljanja novih dokaza, koji će dodatno zabrinuti stvarnog krivca. Moguće je kasnije blef ponoviti uz temeljitiju pripremu.

4. Ako se raspolaže sa *više međusobno nezavisnih činjenica*,ne smeju se sve iskoristiti za blef. Naime ako blef ostane neuspešan,a nisu sve raspoložive činjenice iskorišćene,može i dalje ostati šansa za uspešno do-

kazivanje. U suprotnom slučaju, ako se sve stavi na jednu kartu, eventualni neuspeh blefa može imati pogubne posledice za dalji rad.

5. Veoma je važno da se blef zasniva na nekoj *stvarnoj činjenici,* koja je već utvrđena dotadašnjim radom na slučaju. Ispitivač mora imati bar neka minimalna saznanja o onom što želi dokazati pomoću blefa. Nije odlučujući broj dokaza već njihov kvalitet. Okolnosti slučaja, krug osumnjičenih, njihovo ponašanje i brojne druge okolnosti treba da opredele ispitivača pri odluci da li će pribeći blefu i rizicima sa kojim je spojen. Da li ima na raspolganju realan osnov i dovoljan kvantitet i kvalitet dokaza za izgradnju dobrog blefa, treba da odluči sam ispitivač.

6. Obratiti u najvećoj mogućoj meri pažnju na *ličnost osumnjičenog*. Upoznavanje ličnosi ispitanika u što je moguće većem stepenu omogućava da se konstruiše blef prilagođen u najvećoj mgućoj meri njegovoj ličnosti. Na taj način se smanjuje rizik neuspeha i povećavaju šanse za uspeh. Od značaja mogu biti npr.stručno obrazovanje i posao koji obavlja,nivo opšte kulture, hobi, odnos prema delu koji mu se stavlja terete, njegovo ponašanje, psihološka struktura ličnosti itd.

7. Ako je ikako moguće blef treba *kombinovati sa nekim drugim taktičkim zahvatima i lukavstvima*, jer tako rapidno rastu izgledi za uspeh. Npr. glumiti dobro obaveštenog ili potpuno neobaveštenog ispitivača, postepeno predočavanje raspoloživih dokaza itd.[54]

8. Treba precizno definisati *cilj blefa*. Treba tačno definisati šta se želi blefom. Taktika «*Probaćemo blefirati, pa ćemo videti šta ćemo dobiti*» je skroz pogrešna. Pravilno primenjen blef treba da dovede do tačno predviđenog rezultata. On treba da potvrdi ili opovrgne jedu tačno definisanu verziju. To međutim znači ujedno da cilj blefa treba što realnije odrediti. Od blefa ne treba očekivati neke spektakularne rezultate. Domet blefa zavisi od činjenica sa kojima se raspolaže i brojnih drugih okolnosti. Treba realno sagledati njihovu vrednost i zadovoljiti se rezultatom koji odgovara potencijalu činjenica na raspolaganju. Treba biti zadovoljan ako se postigne taj rezultat. Blef često služi samo za orijentaciju, određivanje smera daljeg rada ili dobijanja činjenica za dalji kriminalistički rad.

---

[54] Bócz,op.cit.str.880 navodi sledeći primer: u jednom slučaju uhapšen je serijski varalica koji je davao potvrde o primljenom novcu. Uspela je identifikacija samo 3 oštećena koji i predali prljave,izgužvane priznanice. Prvog dana ispitivač je pokazao i predao varalici jednu potvrdu, drugog dana drugu. Za treći dan je ispitivač pripremio svežanj navodnih potvrda od papira sličnog izgleda originalnim potvrdama. Na početku ispitivanja predao je preostali original ali je dobro pazioda okrivljeni uoči svežanj priznanica koje je on pripremio. Videvši svežanj navodnih svojih potvrda osumnjičeni je priznao je čitavu seriju prevara i identifikovao oštećene. Tu je blef uspeo jer je ispitivač kombinovao blef sa taktikom postepenog otkrivanja dokaza

9. Rezultate ponašanja osumnjičenog izazvanog blefom treba detaljno dukumentovati, bez obzira da li potvrđuju ili negiraju postavljenu verziju. Posle uspešnog blefa, često sledi priznanje osumnjičenog. Ni najuspešniji blef ne vredi mnogo ako se kasnije ne može na pravno validan način dokazati priznanje ili drugo kompromitujuće ponašanje osumnjičenog koje je usledilo. Najsigurnije je zbog toga da se priznanje ili druga izjava detaljno fiksira u zapisniku u procesnoj formi.

Ištvan Feješ, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Tactical Bluff - Cunning in the Hearing of the Defendant

Abstract

The paper deals with the so-called "Tactical bluff" one of the wiles of Criminal Justice for a hearing regarding the suspect / defendant. The main problems that the work involved, the conceptual definition of "tactical bluff" and delineation of permissible ruses, including "tactical bluff" of deception prohibited.

Key words: examination of defendant, tactical bluff, deceit, deception

Originalni naučni rad 347.925

Dr Marija Salma, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

POBIJANJE SUDSKOG PORAVNANJA[1]
(Pojam, pravna priroda i oblici pobijanja u domaćem i uporednom pravu)

Sažetak: *Autor razmatra pobijanje sudskog poravnanja u svetlu evolucije, odnosno pravne prirode instituta sudskog poravnanja kako u domaćem, tako i u inostranom pravu. Oblik procesnog pobijanja, naime, zavisi od toga da li je poravnanje sporazum (ugovor) stranaka pred sudom ili je to odluka suda (kojom se odobrava ili odbija poravnanje stranaka). U prvom slučaju oblik pobijanja je tužba, a u drugom pravni lek, najčešće vanredni, i to predlog za ponavljanje postupka, protiv pravnosnažne odluke suda kojom se odbija ili prihvata predlog poravnanja. Teorijska dilema, sa uticajem na sudsku praksu, oko pravne prirode, je razrešena Zakonom o parničnom postupku, prema kome je izričito propisano da se sudsko poravnanje pobija tužbom, čime je u pozitivnom pravu prihvaćena ugovorna priroda sudskog poravnanja. Međutim, ne mogu se zanemariti ni procesna dejstva sudskog poravnanja. Osnovno je u tome da parnica prestaje da teče. Poravnanje predstavlja i izvršnu ispravu.*

Ključne reči: *sudsko poravnanje, pravna priroda, pobijanje, poravnanja.*

I
Pojam sudskog poravnanja

Po tradicionalnoj definiciji sudsko poravnanje je sporazum stranaka o visini spornog potraživanja postignut pred nadležnim sudom, koje ima procesno dejstvo analogno pravnosnažnoj sudskoj presudi (ne bis in idem

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

i dejstvo izvršnosti).[2] Najčešće, u sudskoj praksi, stranke pribegavaju poravnanju, ako je osnov tužbenog zahteva u parnici postao nesporan, a ostala je sporna visina potraživanja. Ako je dokazivanje visine potraživanja vezano za nesrazmerne troškove, stranke su iz svojih sopstvenih interesnih razloga obično spremne da se poravnaju. Ukoliko je predlog jedne strane za poravnanje odbijen od strane druge, spor se nastavlja prema pravilima o parničnom postupku. Tada se parnica okončava presudom. Ukoliko je prihvaćen predlog za poravnanje, parnica se okončava sporazumom stranaka pred sudom. Dakle sudsko poravnanje je jedan od oblika okončanja parničnog postupka bez meritorne sudske odluke. Tu odluku zamenjuje saglasna volja stranaka da se potraživanje između njih učini nespornim. Zakon o izvršnom postupku zbog toga određuje da je sudsko poravnanje izvršna isprava, tačnije, prema ZIP-u poravnanje pred sudom ima dejstvo pravnosnažne sudske odluke.[3]

Uslovi poravnanja prema odredbama ZOO-a su 1) da je po *predlogu* tuženog tužilac spreman na poravnanje, 2) da su stranke do sporazuma o visini potraživanja došle na osnovu *uzajamnog popuštanja* (to može biti oprost od strane tužioca dela duga tuženog, otplata duga umesto jednokratne isplate pretvorena u otplatu na rate, i dr.)[4] 3) da su stranke došle do *sporazuma o visini potraživanja,* 4) da je sporazum postignut pred *sudom,* pri čemu sud u skladu sa čl. 109 ZOO ima kontrolnu funkciju, pošto je prema navedenoj odredbi ZOO dužan da vodi računa *da li je ugovor protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima*.

II
Shvatanja o pravnoj prirodi poravnanja i njihov uticaj na oblik pobijanja

A) Shvatanja u domaćem pravu

O pravnoj prirodi poravnanja u našoj teoriji je dugo vladala dilema oko toga, da li je poravnanje pred sudom materijalno-pravni ugovor po-

[2] Uporedi Borivoje Poznić, Komentar Zakona o parničnom postupku (Prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama), Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 730. V. čl. 1089. ZOO. I čl. 322. ZPP. Ranko Keča, Sudsko poravnanje, magistarska teza, Novi Sad, 1980, str19. V. Borivoje Poznić-Vesna Rakić-Vodinelić, Građansko procesno pravo, Savremena administracija, Beograd, 2010, str. 348. Siniša Triva, Građansko procesno pravo, Narodne Novine, Zagreb, 1980, str. 475. Jožef Salma., Obligaciono pravo, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2009, str. 424. Marija Salma, Sudsko poravnanje, Pravni život IV tom, 12/2006. str. 199.

[3] V. čl. 30. ZIP-a.

[4] V. čl. 1089-1095. ZOO.

stignut između tužioca i tuženog o spornom potraživanju, ili je to ipak odluka suda, zasnovana na saglasnoj volji stranaka.

Dakle, procesni oblik pobijanja poravnanja je zavisio od toga da li je prihvaćeno stanovište o tome da je poravnanje sporazum (ugovor) stranaka pred sudom ili o tome da je to odluka suda. U prvom slučaju oblik pobijanja je tužba, a u drugom predlog za ponavljanje postupka. Teorijska dilema, sa uticajem na sudsku praksu o pravnoj prirodi je razrešena Zakonom o parničnom postupku iz 2004. godine, koji izričito propisuje da se sudsko poravnanje pobija tužbom, čime je u pozitivnom pravu prihvaćena ugovorna priroda sudskog poravnanja.

Teorijska diskusija je bila otvorena zbog odredbe ZIP-a da sudsko poravnanje ima dejstvo *pravnosnažne sudske odluke*. Jedan deo teorije je smatrao, da je takva pozitivno-pravna formulacija izričito opredelila stanovište, da je sudsko poravnanje po svojoj pravnoj prirodi *odluka suda.* Otuda se pobijanje poravnanja ostvaruje prema pravilima o pravnim lekovima. Pošto ZIP izjednačava poravnanje sa pravnosnažnom presudom, poravnanje se ne može napadati redovnim pravnim lekom, tj. žalbom, već vanrednim pravnim lekom, i to predlogom za ponavljanje postupka, kako se inače mogu pobijati pravnosnažne sudske odluke.

Ipak, po vladajućem shvatanju u teoriji i praksi, sudsko poravnanje nema karakter akta suda, već *akta stranaka*, tj. ima karakter *materijalno-pravnog ugovora* stranaka postignutog pred sudom. No, taj ugovor ima i *procesno dejstvo*, koje ima *analogno* dejstvo kao i pravnosnažna sudska presuda. Odredbe ZIP-a ne treba shvatiti u tom smislu da one izjednačavaju poravnanje sa presudom, već u smislu da poravnanje ima analogno dejstvo kao i presuda suda. Od dejstava se ističe *izvršnost*, tj. da sudsko poravnanje ima dejstvo *izvršne isprave,* pravnog osnova za prinudno izvršenje.

U sudskoj praksi je bilo primera i za pobijanje putem vanrednog pravnog leka i putem tužbe za poništaj poravnanja, pošto je tužilac smatrao da je poravnanje postignuto usled prinude, zablude ili prevare, eventualno, povrede javnog poretka odn. imperativnih pravnih propisa, na koju sud, protivno čl. 109. ZOO nije obratio pažnju.

U našoj procesnoj nauci postoji stanovište koje sudsko poravnanje kvalifikuje kao *procesno poravnanje*, zbog toga što *otklanja dalji spor među strankama*, naspram *vansudskog poravnanja*, koje ima *isključivo materijalno-pravni karakter* i koje *nema procesna dejstva*.[5] Na procesni aspekt sudskog poravnanja ukazuje i shvatanje da je poravnanje *proce-*

[5] Borivoje Poznić, Komentar Zakona o parničnom postupku (Prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama), Služeni glasnik, Beograd, 2009, str. 730-731.

sna-parnična radnja. Otuda se po ovom shvatanju punovažnost sporazuma stranaka pred sudom procenjuje isključivo po procesnom pravu.[6] Ukazuje se i na *heterogena* shvatanja prema kojima je sudsko poravnanje *zbir dva pravna akta, materijalno-pravnog i procesnog ugovora*. [7] Po četvrtom shvatanju ovi ugovori nisu prost zbir, već čine *jedinstvenu celinu* u čijem centru stoji *volja* stranaka usmerena i na uređenje materijalno-pravnog odnosa a na osnovu toga i na okončanje spora.[8]

Na izvesne procesne aspekte, odn. procesna obeležja sudskog poravnanja ukazuju i same *odredbe* ZPP-a. To su odredbe o fazi postupka u kome se poravnanje može zaključiti, odredbe o obimu poravnanja, odredbe o ulozi suda i o granicama raspolaganja predmetom spora putem poravnanja. Tako, prema važećem ZPP-u stranke mogu u *toku celog postupka prvog stepena* da zaključe sudsko poravnanje.[9] Nadalje, ZPP određuje *obim poravnanja o predmetu spora.*[10] Ono može da se odnosi na *ceo tužbeni zahtev* ili na njegov *deo*. ZPP ukazuje i na *ulogu suda*[11]: Sud će u toku postupka *ukazati strankama na mogućnost sudskog poravnanja* i *pomoći* im da zaključe poravnanje. Procesne je prirode i odredba kojom se *ograničava poravnanje pravilima procesnog poretka*, tj. da pred sudom *ne može biti zaključeno poravnanje u pogledu zahteva kojima stranke ne mogu raspolagati, koje je u suprotnosti sa prinudnim propisima, javnim poretkom i pravilima morala.*[12]

Ako sud nađe da su raspolaganja stranaka protivna granicama procesnog javnog poretka (iz čl. 3. st. 3 ZPP-a, ali, mislimo, isto tako i protivna materijalno-pravnim granicama slobode ugovaranja, tj. javnom poretku materijalnog prava iz čl. 10 Zakona o obligacionim odnosima), sud može da odbije ponuđeno poravnanje stranaka. Sud će tada doneti rešenje o odbijanju poravnanja, zastaće sa daljim postupkom dok ono ne postane pravnosnažno.[13] Sudsko poravnanje je zaključeno kada su stranke posle pročitanog teksta zapisnika (u delu o poravnanju) potpisale zapisnik.[14]

Iz ovih odredaba o ulozi suda proističu sledeće *funkcije suda kod poravnanja*: (1) *Pomoćna funkcija*. Sud prvog stepena ukazuje strankama

---

[6] Borivoje Poznić, Komentar ZPP, op. cit. str. 731. V. i nemačku literaturu, navedenu u istom delu, u bel. br. 2870.

[7] Borivoje Poznić, Komentar ZPP, op. cit. str. 731-732.

[8] Borivoje Poznić, Komentar ZPP, op. cit. str. 732.

[9] V. čl. 322. st. 1. ZPP-a, Službeni glasnik RS br. 125. od 22. novembra 2004. godine.

[10] V. čl. 322. st. 2. ZPP-a Srbije.

[11] V. čl. 322. st. 3. ZPP-a Srbije.

[12] V. čl. 322. st. 4. ZPP-a Srbije.

[13] V. čl. 322. st. 5. ZPP-a Srbije.

[14] V. čl. 323. st. 2. ZPP-a Srbije.

na mogućnost poravnanja u toku trajanja prvostepenog postupka. Takođe, to podrazumeva i pomoć pri zaključenju poravnanja. On pri tome, tekst poravnanja saglasno volji stranaka formuliše u zapisniku. O tom tekstu se izdaje overen prepis zapisnika u kome je sadržano poravnanje, koje po rečima ZPP ima isto dejstvo kao i sudska presuda.[15] (2) Funkcija *kontrole* procesnog i materijalno-pravnog *javnog poretka*. Sud je dužan da rešenjem odbije poravnanje stranaka koje je protivno pravilima o granicama procesnih raspolaganja (čl. 3. st. 3 ZPP), kao i granicama slobode ugovaranja materijalnog prava (čl. 10. ZOO). (3) *Funkcija odlučivanja*. U pogledu formulisanja sadržaja poravnanja stranke su slobodne, one slobodno određuju obim poravnanja, bez uplitanja suda. One su slobodne sve dotle, dok im volja ne prekorači procesni i materijalno-pravni javni poredak. Od tog momenta funkcija odlučivanja prelazi na sud, u smislu da sud može da odbije poravnanje. Otuda, funkcija odlučivanja suda kod poravnanja nije u tome šta treba da sadrži poravnanje tj. o čemu treba da se stranke poravnaju iz tužbenog zahteva (pošto to pripada volji stranaka u sporu), već šta ne treba da bude, odnosno šta je zabranjeno (što je stvar odlučivanja suda). Otuda bi smo mogli konstatovati da sudu kod poravnanja pripada funkcija negativnog odlučivanja. To znači da sud ne donosi meritornu „odluku o poravnanju" budući da sadržaj poravnanja određuju stranke u sporu saglasno pravilima o slobodnoj procesnoj inicijativi i pravilima o slobodi ugovaranja. Odluka suda o odbijanju sporazuma o poravnanju nije meritorna, već je „procesna", u tom smislu što će sud po pravnosnažnosti rešenja o odbijanju poravnanja nastaviti sa parničnim postupkom, a na osnovu tužbenog zahteva saglasno ZPP-u.[16] Tek posle tako sprovedenog postupka sud donosi meritornu odluku o predmetu spora – usvaja, odbija ili delimično usvaja i delimično odbija zahtev, na isti način, kao da inicijative za poravnanje nije ni bilo.

U pogledu *procesnog dejstva* poravnanja postoje nijanse, ali ipak, po nama, i značajne razlike između formulacija odredaba ZPP i odredaba ZIP-a. Prema ZPP-u naime, *poravnanje ima isto dejstvo kao i sudska presuda*.[17] ZPP ne kvalifikuje koja presuda, npr. kao prvostepena nepravnosnažna ili pravnosnažna presuda, ili dr. Međutim, iz odredaba ZIP-a proističe da sudsko poravnanje, kao izvršna isprava ima dejstvo pravnosnažne presude.[18] ZIP određuje da poravnanje ima dejstvo izvršnosti, pod

[15] V čl. 323. ZPP-a Srbije.

[16] V. čl. 325. st. 3. ZPP-a Srbije.

[17] V. čl. 323. St. 3. ZPP-a Srbije.

[18] V čl. 30. st. 1. t. 1 kao i čl. 32. st. 1. i čl. 33. St. 1. ZIP-a, Službeni glasnik RS br. 125. od 22. novembra 2004. godine

uslovom da je potraživanje iz poravnanja dospelo.[19] Dakle, ZPP daje analogno dejstvo poravnanja „presudi", bez dodatnog kvalifikativa, dok ZIP to dejstvo vidi analogno dejstvu pravnosnažne odluke. Ta razlika u kvalifikaciji ZPP-a i ZIP-a u pogledu dejstva poravnanja, ako bi se zadržali samo na jezičkom tumačenju, je pokazala da prema ZPP-u poravnanje ima dejstvo presude, pošto se ne kaže koje i kakve, moglo bi se zaključiti bilo koje presude. Međutim, ako se pristupi logičkom tumačenju, tj. ako odredbe ZPP-a i ZIP-a gledamo kao nadopunjujuće, onda bi mogli da kažemo da je ZIP kao lex specialis precizirao dejstvo poravnanja i odredio da je ono izjednačeno sa pravnosnažnom i izvršnom presudom.

Jedno od važnih procesnih dejstava poravnanja je i pravilo *ne bis in idem*, tj. ne dvaput po jednoj istoj pravnoj stvari. Naime, ZPP je s pravom propisao da sud u toku celog postupka po službenoj dužnosti pazi da li se vodi parnica o zahtevu *o kome je ranije zaključeno sudsko poravnanje*. Ako sud utvrdi da je o zahtevu ranije zaključeno sudsko poravnanje, *odbaciće* tužbu (bez meritorne rasprave).[20]

Prema *novom Zakonu o izvršenju i obezbeđenju* koji će se primenjivati po isteku četiri meseca od dana stupanja na snagu, osim odredaba koje se odnose na izvršitelje koje će se primenjivati po isteku jedne godine od dana njegovog stupanja na snagu, izvršne isprave su pravnosnažna sudska odluka i sudsko poravnanje. kao i drugi akti stranaka koji su zakonom izjednačeni sa sudskim poravnanjem.[21] Ove odredbe ne daju poravnanju karakter presude, već potvrđuju njihovu kontraktualnu prirodu, određujući time procesno dejstvo izvršne isprave. Isti Zakon određuje da se poravnanjem smatra poravnanje zaključeno pred sudom, arbitražnim sudom ili Sudom časti Privredne komore.[22] Takođe, sudsko poravnanje je izvršno, ako je potraživanje iz poravnanja dospelo.[23] Nadalje, po istom članu, dospelost potraživanja se dokazuje zapisnikom o poravnanju, javnom ispravom ili u skladu sa zakonom overenom ispravom. Po istom članu, na osnovu poravnanja koje je postalo izvršno u jednom delu, izvršenje se može odrediti samo u tom delu. Novi ZIP dakle, dejstvo poravnanja izjednačava sa dejstvom pravnosnažne presude, tj. pridaje tom aktu analogno dejstvo presude.

U **vezi pobijanja** važeći tekst ZPP-a izričito je određeno da se sudsko poravnanje može pobijati samo tužbom.[24] Time je otklonjena ranija

[19] V čl. 33. stav 1. ZIP-a Srbije.
[20] V čl. 324. ZPP-a Srbije.
[21] V. čl.13. ZIP-a Srbije.Službeni glasnik RS br. 31/2011 od 9. maja 2011. godine
[22] V čl. 14. ZIP-a iz 2011. godine.
[23] V čl. 15. ZIP-a iz 2011. godine.
[24] V čl. 325 st. 1. ZPP-a Srbije.

dilema o načinu pobijanja poravnanja budući da to pitanje nije bilo uređeno zakonom. Stanovište nauke procesnog prava je bilo da se sudsko poravnanje pobija predlogom za ponavljanje postupka. Pravnim lekom zasnovanim na teorijskom shvatanju da je poravnanje akt suda, a ne akt stranaka. U kasnijoj fazi evolucije zakonskog uređenja poravnanja ZIP iz 1978. godine je propisao da izvršenje može biti odloženo u slučaju u kome je podneta tužba za stavljanje van snage sudskog poravnanja. Time je ZIP prvi regulisao način pobijanja sudskog poravnanja.

(1) *Pravo na pobijanje*. (a) *Subjekti pobijanja*. Pravo na pobijanje pripada u prvom redu strankama, s obzirom na to da su one zaključile poravnanje. Poravnanje može da pobija i javni tužilac, s obzirom na odredbu ZPP-a da je sudsko poravnanje ništavo, ako je zaključeno u pogledu zahteva kojima stranke ne mogu raspolagati (čl. 3. st. 3 ZPP).[25] U radnoj verziji radne grupe za nov ZPP od 13. juna 2011. godine se predlaže brisanje odredbe koja se odnosi na ništavost poravnanja (u pogledu zahteva kojima stranke ne mogu raspolagati). No, i u slučaju da se ta odredba briše, po nama ostaje ovlašćenje javnog tužioca da napadne poravnanje, ako smatra da je povređen procesni ili materijalno-pravni javni poredak (prinudni propisi, javni poredak i pravila morala, odn. dobrih običaja). (b) *Razlozi pobijanja*. Razlozi nisu propisani ZPP-om. S razlogom, pošto se radi o ugovornom aktu stranaka, tako da su merodavna pravila materijalnog prava, tj. odredbe Zakona o obligacionim odnosima. Razlozi se nalaze u propisima ZOO o *ništavosti*[26] i u odredbama o *rušljivosti* (mane volje) ugovora, po osnovu pretnje, zablude ili prevare.[27] U principu sud bi trebalo u postupku zaključivanja poravnanja da „kontroliše" da li je ispoštovan javni poredak. Ali to ne znači da sud u obavljanju kontrolne funkcije ne može da učini propust. Tada, po nama, pravo na pobijanje ima i javni tužilac. U pogledu mana volje sud u postupku kontrole nema obavezu da kontroliše da li je volja stranaka bila slobodna, bez uticaja prisile, prevare ili zablude. Otuda preostaje strankama da se prilikom pobijanja pozivaju na mane volje.

(2) *Nadležnost za pobijanje, odluka suda, pravni lekovi.* Po važećem pravu, odnosno sudskoj praksi tužba radi pobijanja poravnanja iz oba razloga, tj. rušljivosti i ništavosti se podnosi sudu koji je nadležan da rešava sporove povodom tužbenog zahteva u prvom stepenu. Povodom tako uložene tužbe sud odlučuje presudom kojom usvaja ili odbija tužbeni zahtev, u zavisnosti od osnovanosti razloga za pobijanje navedenih u tužbi. Žalba

[25] V čl. 325. st. 2. ZPP-a Srbije.
[26] V čl. 103. i 104. a u vezi sa čl. 10. ZOO-a Srbije.
[27] V čl. 56 i čl. 60-65. ZOO-a Srbije.

protiv odluke suda o pobijaju poravnanja je dopuštena. Dopuštenost vanrednih pravnih lekova zavisi od toga da li je sudsko poravnanje zaključeno u opštem parničnom postupku ili nekom od posebnih parničnnih postupaka u kojima se inače, zbog prirode predmeta spora, odstupa od primene pravila opšteg postupka. Ograničenje se odnosi i na pravne lekove. Npr. u sporovima male vrednosti revizija nije dopuštena.

(3) *Dejstvo pobijanja*. U pogledu dejstva uspešno pobijenog poravnanja ZPP ne sadrži direktne odredbe. Ali nam se čini opravdanim analogna primena st. 3. čl. 325. ZPP-a. To znači da bi osnovno dejstvo uspešno pobijenog poravnanja bilo u tome da se postupak nastavlja kao da u parnici nije bilo zaključeno sudsko poravnanje.

B) Shvatanja u inostranom pravu

(1) *Austrijsko pravo.* Po shvatanju savremene austrijske teorije poravnanje je ugovor zaključen pred sudom uveden u sudski zapisnik kojim stranke spor u postupku okončavaju ili uređuju pojedine sporne tačke. Zapisnik o poravnanju obavezno potpisuju sudija, stranke i zapisničar.[28] U austrijskom pravu postoji shvatanje, slično kao i u domaćem, prema kome sudsko poravnanje ima dvostruku pravnu prirodu, procesno-pravnu i materijalno-pravnu. Njime stranke žele da postignu i materijalno-pravne i procesno-pravne ciljeve.[29] Poravnanje se može postići kako u celini predmeta spora, tako i povodom pojedinih spornih tačaka. Naglasak je na tome da se poravnanjem uređuje i okončava postupak. Nadalje, osnovna procesna dejstva se svode na to da se o pravnim stvarima o kojima su se stranke sporazumele pred sudom, ne može povesti nova parnica. Takođe, kao i u našem pravu, poravnanje pred sudom ima dejstvo izvršnosti, kao što imaju i pravnosnažne presude. Poravnanje se može postići u bilo kojoj fazi postupka, sve do pravnosnažnog okončanja spora. Poravnanje je dopušteno pod uslovom, ali samo pod odložnim, ali ne i raskidnim.[30] Iako je za vansudsko, tzv. civilnopravno poravnanje potrebno uzajamno popuštanje stranaka, za procesno poravnanje se ne zahteva uzajamnost, dovoljno je da jedna stran-

[28] V., Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 6. Auflage, Manz Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, str. 269.

[29] V., Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 6. Auflage, Manz Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, str. 272-273. t. 470-471 i str. 273 t. 472-473. V. Horten , Über den gerichtlichen Vergleich, ZBl, 1908, 1006. Ranig, Der gerichtliche Vergleich, GY 1931, 53. Stölyle, Der bedingte gerichtliche Vergleich, AnwBl 1960, 95. Holzhammer, Der Prozessvergleich, FS Schima, 1969, 217. König, Der gerichtliche Vergleich in der österreichischen Lehre, JBl 1971. Mayr, Der gerichtliche Vergleichsversuch, 2002 i dr.

[30] V., Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 6. Auflage, Manz Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, str. 271.

ka odustane od svog procesnog stava. Ako se poravnanjem rešavaju samo pojedine tačke spora, ono ima istu funkciju kao i delimična, odnosno međupresuda. Predmet poravnanja ne mogu biti: 1. zahtevi kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati, 2. zahtevi iz bračnih ili paternitetskih sporova, 3. sadržaj poslednjih raspolaganja, 4. dopuštenost pravnog sredstva, 5. dopuštenost sporedne intervencije, i dr. [31]

Uslovi pobijanja poravnanja su dvostruki, materijalno-pravne i procesno-pravne prirode. *Materijalno-pravni uslovi* pobijanja poravnanja se odnose na postojanje mane volje prilikom poravnanja. *Procesni uslovi* pobijanja poravnanja se tiču nedostatka stranačke i parnične sposobnosti, postojanja urednog zastupanja kako od strane zakonskog, tako i voljnog zastupnika. Takođe, za punovažnost poravnanja moraju biti ispunjene procesne pretpostavke o međunarodnoj nadležnosti, nadležnosti domaćeg suda i dopuštenosti redovnog pravnog puta.[32] Ako nisu ispunjeni procesni uslovi, poravnanje ne proizvodi pravno dejstvo. Prema tome, neispunjenje procesnih uslova punovažnosti poravnanja dovodi do ništavosti poravnanja. Sporno je da li neispunjenje materijalno-pravnih uslova dovodi do otklanjanja procesnih dejstava poravnanja, ako su inače ispunjeni procesni uslovi.[33] Po jednom shvatanju, neispunjenje materijalno-pravnih uslova ne utiče na punovažnost poravnanja u pogledu njenih procesnih dejstava. Po drugom, neispunjenje materijalnih uslova punovažnosti poravnanja suspenduje i procesna dejstva poravnanja.[34]

Inače *austrijski Zakon o parničnom postupku* (Zivilprozessordnung) sudsko poravnanje uređuje u paragrafima 204. do 206, s tim da je paragraf 205. ukinut. [35] U par. 204 ZPO (A) određuje da sud može po *službenoj dužnosti* ili na osnovu *predloga* stranaka u bilo kojoj fazi postupka da inicira poravnanje među strankama o *celini* predmeta spora ili o *pojedinim spornim tačkama*. Kada je došlo do poravnanja njegov sadržaj se unosi u *zapisnik*. Stranke, zatim, pre nastanka spora mogu zatražiti od suda da posreduje u poravnanju. Ako je povodom započetog postupka *odbijen predlog stranaka* za poravnanjem, *postupak se nastavlja po tužbi.*

---

[31] V. Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 6. Auflage, Manz Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, str. 271.

[32] V. Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 6. Auflage, Manz Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, str. 272.

[33] V. Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 6. Auflage, Manz Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, str. 273.

[34] V. Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 6. Auflage, Manz Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, str. 273

[35] V. in: Kodex des österreichischen Rechts, Zivilgerichtliches Verfahren. 23. Auflage, Red. Prof. Dr. Werner Doralt, Stand 2006, Lexis Nexis Wien ARD Orac, Wien, 2006, str. 99.

(2) *Nemačko pravo.* Važeći nemački Zakon o parničnom postupku (ZPO – Zivilprozessordnung) uređuje sudsko poravnanje u poglavlju o ostalim izvršnim naslovima, tj. izvršnim naslovima koji nisu sudske presude. (ZPO, Paragraf 794, st. 1. tač. 1., paragraf 795/ b).[36] Po osnovnoj odredbi iz par. 794 ZPP Nemačke, prinudno izvršenje, pored ostalog, se može zasnovati i na poravnanju koje je nastalo između stranaka ili jedne od stranaka i trećeg lica o razrešenju spora u celini ili u pogledu njegovog dela koji je zaključen pred nemačkim sudom, kao i o predmetima koji su saglasno par. 118. t. 1. st. 3 ili par. 492 st. 3 ZPP uneti sudski zapisnik. Po čl. 795 b ZPP Nemačke klauzula o izvršnosti sudskog poravnanja se izdaje od strane službe postupajućeg suda za isprave, ili iste službe višestepenog suda ukoliko je poravnanje postignuto i višestepenom postupku.

Takođe u par. 278. st. 6 ZPP Nemačke je propisao da se sudsko poravnanje može zaključiti tako što će stranke predložiti sudu pismeni predlog poravnanja, ili tako što će primiti od suda pismeni sastav o predlogu poravnanja. Sud će *rešenjem konstatovati nastanak* i *sadržaj* poravnanja sastavljenog po postupku iz st. 1. paragrafa 278 ZPP. Ove odredbe nemačkog ZPP-a upućuju na zaključak da po nemačkom procesnom pravu inicijativu za sudsko poravnanje mogu podneti ne samo stranke zajedničkim podneskom o sadržaju sudu, već i sam sud, predlogom za poravnanje koji će uputiti strankama. Takođe, na karakter poravnanja, iako ostaje da je to akt volje stranaka, utiče i odredba prema kojoj sud putem rešenja, dakle, *procesnom odlukom*, formuliše sadržaj poravnanja. Na taj način, u nemačkom pravu priroda poravnanja se ne svodi samo na puku saglasnu volju stranaka, već je to ujedno i odluka suda (mada samo procesna, a ne meritorna). Bilo da je inicijativa potekla od stranaka, bilo od suda, potrebno je da se sa sadržajem poravnanja saglase obe ugovorne strane, što ukazuje ipak na pretežno ugovornu prirodu poravnanja. [37]

U pogledu njegove *pravne prirode* pismeni sporazum o poravnanju postignut pred sudom razlikuje se od sporazuma stranaka protokoliranog (zapisički konstatovanog) po čl. 160 st. 3 tač. 1. ZPP. Kod sporazuma o sudskom poravnanju se radi o *procesnoj radnji,* a ujedno i o *materijalnopravnom poslu*.[38]

Shodno tome, *spor o sadržaju i punovažnosti poravnanja*, tj, *pobijanju* poravnanja je vezan za *napadanje rešenja suda* konstatovanog u zapi-

---

[36] V. Zivilprozessordnung, 44. Auflage, Beck – Texte im dtv, Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 2008, stgr. 201-203.

[37] V. Thomas - Putzo, Zivilprozessordnung, Kommentar, 27. Auflage, Verlag C.H. Beck , München, 2005, str.428-430 Randnummer 15-18.

[38] V. Thomas - Putzo, Zivilprozessordnung, Kommentar, 27. Auflage, Verlag C.H. Beck , München, 2005, str. 430, Randnummer 16.

sniku i to *žalbom protiv rešenja suda*. Nije dozvoljena tzv. trenutna žalba (sofortige Beschwerde). Dozvoljeno je napadanje poravnanja ako sud prilikom formulisanja poravnanja nije prihvatio zajednički predlog stranaka u sporu.[39]

Dejstvo sudskog poravnanja je dvojako: a) Poravnanje okončava spor i zato je *prepreka za ponovno pokretanje postupka* povodom iste pravne stvari (Rechtshängigkeit). b) Poravnanje predstavlja *izvršni naslov* (Vollstreckungstitel) u pogledu zahteva između stranaka.[40] Sudsko poravnanje deluje *samo između stranaka* koje su ga potpisale. Kod *običnog suparničarstva*, ako je poravnanje potpisao samo jedan od suparničara, ono deluje samo prema stranci koja je potpisala poravnanje. Međutim, kod *nužnog suparničarstva*, ako je poravnanje potpisano samo od strane jednog suparničara, poravnanje ostaje u celini bez pravnog dejstva.[41]

Sudsko poravnanje je *ništavo*, odnosno ne proizvodi pravno dejstvo, ako nedostaje jedan od (procesnih) uslova poravnanja ili ako je sporazum ništav po pravilima materijalnog prava.[42] *Procesni uslovi poravnanja* su: 1) tužba mora da bude dopuštena. 2) Procesno poravnanje mora biti postignuto pred sudom. 3) Stranke poravnanja moraju biti saglasne u pogledu njegovog sadržaja jer se inače postupak ne okončava i zato u osnovi treba da su istovremeno prisutne, ili uredno zastupljene. 4) Poravnanje mora biti uredno konstatovano u sudskom zapisniku. Zapisnik mora biti potpisan, mora se pročitati strankama, i mora biti dopušten od strane suda (dopuštenje je potrebno zbog sudske kontrole poštovanja javnog poretka). Pismeni sastav vansudskog poravnanja može postati sudskim poravnanjem, pod uslovom da je pred sudom pročitan i od suda dopušten i uveden u sudski zapisnik.[43] *Materijalno-pravni uslov punovažnosti poravnanja* je da nije protivan imperativnim zakonskim pravilima, odnosno načelu o dobrim običajima.[44]

---

[39] V. Thomas - Putzo, Zivilprozessordnung, Kommentar, 27. Auflage, Verlag C.H. Beck , München, 2005, str. 430, Randnummer 18. Knauer-Wolff, Neue Juristosche Wochenschrift, 2004, 2857/2859.

[40] V. Thomas - Putzo, Zivilprozessordnung, Kommentar, 27. Auflage, Verlag C.H. Beck , München, 2005, str. 1040-1041, Randnummer 26-27.

[41] V. Thomas - Putzo, Zivilprozessordnung, Kommentar, 27. Auflage, Verlag C.H. Beck , München, 2005, str. 1038. Randnummer 9.

[42] V. Thomas - Putzo, Zivilprozessordnung, Kommentar, 27. Auflage, Verlag C.H. Beck , München, 2005, str. 1041, Randnummer 34.

[43] V. Thomas - Putzo, Zivilprozessordnung, Kommentar, 27. Auflage, Verlag C.H. Beck , München, 2005, str. 1038, Randnummer 9-11.

[44] V. Thomas - Putzo, Zivilprozessordnung, Kommentar, 27. Auflage, Verlag C.H. Beck , München, 2005, str. 1098, Randnummer 16.

Po stanovištu nemačkog prava procesno poravnanje je po svojoj *pravnoj prirodi* istovremeno *procesni ugovor*, *procesna radnja* i *pravni posao materijalnog prava*. Ove osobine čine nedeljivu celinu.[45] Dakle, sudsko poravnanje ima dvostruku pravnu prirodu, i procesno-pravnu i materijalno-pravnu. Iz ovoga proističe njegova dvostruka funkcija, sastavljena iz procesno-pravnih i materijalno-pravnih elemenata poravnanja koji čine duple činjenice, činjenice procesnog i materijalnog prava. Kod spora o punovažnosti poravnanja se imaju *jedinstveno tretirati materijalno-pravni i procesni uslovi* punovažnosti sudskog poravnanja.[46] U tom pogledu se nemačko pravo razlikuje od austrijskog, pošto potonje, bar u jednom delu teorije, stavlja naglasak na procesne elemente punovažnosti poravnanja. Zajedničko je za austrijsko, nemačko i naše pravo da je za punovažnost vansudskog (građanskopravnog, materijalno-pravnog) poravnanja potrebno uzajamno popuštanje stranaka, dok se kod sudskog poravnanja to popuštanje svodi samo na popuštanje samo jedne strane, koje ima karakter procesnog odricanja, npr. odustanak od svog procesnog stanovišta.

(3) *Mađarsko pravo*. Suština *građanskopravnog* (vansudskog) poravnanja je u tome što stranke svoj spor rešavaju sporazumno, uz uzajamno popuštanje (st. 3 paragrafa 240. Mađarskog građanskog zakonika). Stranke mogu zaključiti poravnanje i pred sudom. To ostvaruju povodom otvorene, tekuće parnice. U tom slučaju, takvo poravnanje se naziva *procesnim poravnanjem*. (Perbeli egyezség), saglasno paragrafu 148. Zakona o parničnom postupku Mađarske (Pp).[47] Uslovi zaključenja punovažnog procesnog poravnanja su: 1. da time stranke rešavaju spor svojom saglasnom izjavom volje; 2. da su svoju saglasnu izjavu dale pred sudom; 3. da je sud odobrio njihovu izjavu volje. Dešava se da stranke zaključe vansudsko poravnanje posle pokretanja spora pred sudom. Ovo poravnanje se naziva privatnim poravnanjem, budući da ovakvo poravnanje nema dejstva poravnanja zaključenog pred sudom.[48] Za razliku od vansudskog poravnanja kod procesnog poravnanja *nije uslov uzajamno popuštanje*. Tuženi, ako želi, može kod sudskog poravnanja da prihvati celinu tužiočevog potraživanja.[49]

---

[45] V. Thomas - Putzo, Zivilprozessordnung, Kommentar, 27. Auflage, Verlag C.H. Beck , München, 2005, str.1037, Randnummer 3.

[46] V. Thomas – Putzo, Zivilprozessordnung, Kommentar, 27. Auflage, Verlag C.H. Beck , München, 2005, str. 1037, Randnummer 3.

[47] V. Kengyel Miklós, Magyar Polgári Eljárásjog, Osiris Kiadó, Budapest, str. 341, 701. széljegyzet.

[48] V. Kengyel Miklós, Magyar Polgári Eljárásjog, Osiris Kiadó, Budapest, str. 341, 701. széljegyzet.

[49] V. Kengyel Miklós, Magyar Polgári Eljárásjog, Osiris Kiadó, Budapest, str. 341, 702. széljegyzet.

Za ocenu pravne prirode sudskog poravnanja je bitno da sadržaj sporazuma stranaka pred sudom *odobrava sud* svojim *rešenjem*, te samim tim sporazum stranaka postiže *rang pravnosnažne sudske presude*.[50]

Iako mađarsko pravo prihvata stanovište da je poravnanje kontraktualni, saglasni voljni akt stranaka postignut pred sudom, poput nemačkog prava, za punovažnost sudskog poravnanja je potrebna saglasnost suda, tj rešenje o odobravanju sadržaja sudskog poravnanja. Iz toga proističe da je sudsko poravnanje ujedno i akt suda. Akt suda i u smislu donošenja rešenja, i smislu odobravanja sadržaja poravnanja stranaka.

Takvo stanovište sledstveno utiče i na način (oblik) pobijanja sudskog poravnanja. Iz dvostruke pravne prirode proističe da se sudsko poravnanje može pobijati kako pravnim lekom, tako i tužbom. Protiv procesnog sporazuma stranaka pred sudom odobrenog pravnosnažnim rešenjem suda ima mesta vanrednom pravnom leku, predlogu za obnovu postupka, saglasno st. 2 čl. 290 Zakona o parničnom postupku Mađarske. Reviziji ima mesta samo u slučaju pravnosnažnog rešenja suda kojim se odbija predlog stranaka za poravnanje. Međutim, napadanje poravnanja shvaćenog kao pravni posao je zasnovano na pravilima materijalnog građanskog prava, zbog zablude, prevare i dr. i to putem samostalne tužbe, imajući u vidu da pokretanje takvog spora ne sprečava materijalna pravnosnažnost poravnanja.[51]

Putem procesnog poravnanja stranke izražavaju volju da raspolažu ne samo svojim materijalno-pravnim potraživanjima, već i želju da okončaju spor bez sudske presude. Iz toga proističe dvostruka pravna priroda poravnanja koja se sastoji u tome da stranke putem poravnanja raspolažu i procesnim i materijalnim pravima. Ali za punovažnost oba raspolaganja je potrebna saglasnost suda.[52]

Sud može pokušati *u bilo kojoj fazi postupka* da spor ili deo spora uredi putem poravnanja stranaka (st. 1 paragrafa 148 Pp-a). Sud će svojim rešenjem *odobriti* poravnanje, ako nađe da je poravnanje stranaka *saglasno pravnim propisima*. U suprotnom, sud svojim *rešenjem odbija* prihvatanje poravnanja i *postupak se nastavlja po tužbi* (st. 2. paragrafa 148 Pp-a). Sud može da odbije poravnanje samo u slučaju kada se ono *protivi kogentnim propisma*. Sporazum o poravnanju pred sudom ima isto *dej-*

[50] V. Kengyel Miklós, Magyar Polgári Eljárásjog, Osiris Kiadó, Budapest, str. 341, 702. széljegyzet.

[51] V. Kengyel Miklós, Magyar Polgári Eljárásjog, Osiris Kiadó, Budapest, str. 342. 706. széljegyzet.

[52] V. Kengyel Miklós, Magyar Polgári Eljárásjog, Osiris Kiadó, Budapest, str. 341. 702. széljegyzet.

stvo kao i *sudska presuda*. *Žalba* protiv rešenja o odobrenju poravnanja *ne odlaže izvršenje*. (st. 3 par. 148 Pp-a).[53]

Zaključak o uporednoj analizi. Zajednička osobina analiziranih rešenja o sudskom poravnanju: 1. Sudsko poravnanje nije identično sa materijalno-pravnim (vansudskim) poravnanjem, budući da kod svih analiziranih pravnih poredaka, uključiv i naše važeće pravo, za vansudsko poravnanje je potrebno uzajamno popuštanje stranaka, dok kod sudskog poravnanja nije potrebna uzajamnost kod popuštanja, dovoljna je jednostrana procesna koncesija (popuštanje). 2. No, samo sudsko poravnanje predstavlja i akt raspolaganja procesnim i materijalnim pravima, te iz toga prositiču i procesna i materijalno-pravna dejstva.(dvostruka pravna priroda, procesna i materijalno-pravna). Osnovno procesno dejstvo sudskog poravnanja je dejstvo izvršnosti kao što je i sudske presude. Takođe, ne može se o sporu ili u delu spora u pogledu koga je postignuto sudsko poravnanje još jedanput pokrenuti postupak, u suprotnom sledi osnovani prigovor ne bis in idem-a. *Razlike* se odnose na način (oblik) pobijanja. Jedni pravni poreci (naše pravo, austrijsko pravo), oslanjajući se na shvatanje o pretežnosti materijalno-pravnog obeležja sudskog poravnanja, tj. smatrajući da je poravnanje pre svega akt (procesni ili materijalno-pravni ugovor o predmetu spora) stranaka, smatraju da se poravnanje ima napadati tužbom pred sudom, zbog povrede individualnih interesa, mana volje. Drugi smatraju da je poravnanje u bitnom delu ipak akt suda, budući da je za punovažnost poravnanja potrebna saglasnost suda. Otuda se napadanje vrši redovnim ili vanrednim pravnim lekom protiv tog rešenja, u zavisnosti od faze postupka, To stanovište je zastupljeno u nemačkom i mađarskom pravu kao i u delu starije jugoslovenske literature, a pod njenim uticajem i u delu sudske prakse. Treće, mešovito stanovište o obliku napadanja poravnanja je zastupljeno u mađarskom građanskom procesnom pravu, pošto ovo pravo najpre dopušta napadanje sudskog poravnanja putem (redovnog odn. vanrednog) pravnog leka, i to protiv rešenja o usvajanju ili odbijanju poravnanja. To posebno ako se napadaju javnopravni razlozi nedopuštenosti poravnanja. No, mađarsko pravo dopušta i napadanje sudskog poravnanja i po pravilima materijalnog građanskog prava ako se razlozi pobijanja nađu u povredi individualnih interesa stranaka (mane volje). Naše važeće pravo, kao i Nacrt ZPP-a iz juna 2011. godine, ne sadrži izričitu odredbu o tome da sud o odbijanju poravnanja olučuje rešenjem kada nađe da je ono suprotno imperativnim propisima. Takođe, ne sadrži ni odredbu koja predviđa da sud svojim rešenjem odobrava porav-

[53] V. Kengyel Miklós, Magyar Polgári Eljárásjog, Osiris Kiadó, Budapest, str. 342. 704. széljegyzet.

nanje. U našoj literaturi i praksi do sada je preovladavalo mišljenje da je poravnanje pred sudom akt stranaka, a ne suda. Sud u našem pravu ima samo kontrolnu funkciju, tj. funkciju analize ispunjenosti uslova materijalnog i procesnog javnog poretka. Pošto nema sudske odluke, jer je poravnanje delo stranaka, njihov pravni posao pred sudom, onda se ono ni ne može pobijati pravnim lekom, već tužbom radi poništaja ugovora o poravnanju bilo zbog povrede javnog, bilo privatnog interesa stranaka. No, i u našem pravu je opravdano rešenje prema kome sudsko poravnanje ima i procesna dejstva, kao što je dejstvo izvršnosti i dejstvo ne bis in idem-a.

III
Zaključak

Razmotrili smo pobijanje sudskog poravnanja u svetlu evolucije, odnosno pravne prirode instituta sudskog poravnanja kako u domaćem, tako i u inostranom pravu. Oblik procesnog pobijanja je zavisio od toga da li je poravnanje sporazum (ugovor) stranaka pred sudom ili je to odluka suda. U prvom slučaju oblik pobijanja je tužba, a u drugom slučaju pravni lek protiv odluke suda o odobrenju poravnanja. Teorijska dilema o pravnoj prirodi poravnanja uticala je na zakonodavna rešenja, kao i na sudsku praksu. Ona je u važećem pravu Republike Srbije razrešena Zakonom o parničnom postupku, prema kome je izričito propisano da se sudsko poravnanje pobija tužbom, čime je u pozitivnom pravu preovladala ugovorna priroda sudskog poravnanja. Međutim, ne mogu se zanemariti ni procesna dejstva sudskog poravnanja. Osnovno je u tome da predstavlja izvršnu ispravu.

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

Challenging a Court Settlement (Concept, legal nature and methods of challenging in domestic and comparative law)

Abstract

In this paper the author offers analysis of rules regulating the challenging of a court settlement in light of the evolution and legal nature of the court settlement in domestic and comparative law (Austrian, German, and Hungarian laws). The method of the procedural challenge depended on the understanding whether the settlement is an agreement (contract) between parties before the court or it is a decision of the court (on acceptance or rejection of the proposal of the parties to reach a settlement). In the earlier instance the method of challenge is by filing of an action, and in the latter instance it represents a form of a legal remedy, most often extraordinary legal remedy – request for repetition of a trial, against final and binding decision of the court by which the settlement was either accepted or rejected. Theoretical dilemma about the legal nature of the court settlement, had an effect on normative regulations, as well as on court practice. In the Serbian law, this dilemma was resolved by enactment of the Civil Procedure Code which explicitly regulates that court settlement is challenged by an action before the court. As a result of this, the idea of a court settlement, as a form of an agreement, prevailed in the legal system. However, considerable procedural effects of the court settlement cannot be ignored. The principal procedural effect is that the litigation is terminated. Further, the court settlement represents a form of an executive title.

Key words: court settlement, the legal nature of the court settlement, challenging a court settlement

Originalni naučni rad 347.235:349.418

Dr Radenka Cvetić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SASTAV KATASTRA NEPOKRETNOSTI[1]

Sažetak: *Posmatrano u odnosu na stanje koje je kod nas postojalo pre njenog uvođenja, jedinstvena evidencija nepokretnosti zamišljena je i sprovedena kao koncept koji podrazumeva da katastar zemljišta preuzme dotadašnju funkciju zemljišnih knjiga. Regulativa sastava katastra nepokretnosti sadržana u Zakonu o državnom premeru i katastru iz 2009. godine, izraz je težnje zakonodavca da se prevaziđe dugogodišnji izgled jedinstvene evidencije nepokretnosti kao mehaničkog spoja katastra zemljišta i zemljišne knjige. Katastar nepokretnosti sastoji se od: elaborata premera, zbirke isprava i baze podataka katastra nepokretnosti. Sveobuhvatnost baze podataka nije nikako nedostatak sam po sebi, ali može ugroziti neophodnu jednostavnost i preglednost koja se očekuje u registru prava na nepokretnostima. S druge strane, preglednost i preciznost sadržaja zemljišnoknjižnog uloška dovedena je do mogućeg savršenstva, što je samo po sebi izvestan garant pravne sigurnosti.*

Ključne reči: *elaborat premera, zbirka isprava, baza podataka*

Uvodne napomene

Katastar nepokretnosti u smislu jedinstvene (faktičke i pravne) evidencije o nepokretnostima i pravima na njima, kao pozitivnopravno rešenje postoji u Srbiji više od dve decenije.[2] Sada važeća regulativa sadržana je u Zakonu o državnom premeru i katastru iz 2009. godine.[3]

---

[1] Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu *Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)* Pravni fakultet u Novom Sadu.

[2] Zakonom o premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima koji je donet 1988. godine (*Službeni glasnik SR Srbije,* br. 17/1988, 24/1988, 49/1989, 56/1989; preči-

Jedinstvena evidencija nepokretnosti predstavlja objedinjenu bazu podataka o nepokretnostima i pravima na njima u nadležnosti Republičkog geodetskog zavoda.[4] Nastala je kao pokušaj prevazilaženja nezadovoljavajućeg stanja postojećih evidencija u Republici Srbiji.[5] Njeno suštinsko pojmovno obeležje koje je razlikuje u odnosu na druge sisteme evidencije nepokretnosti je objedinjavanje faktičkog i pravnog stanja nepokretnosti na jednom mestu u nadležnosti jedne institucije i to upravne vlasti.[6]

Posmatrano u odnosu na stanje koje je kod nas postojalo pre njenog uvođenja, jedinstvena evidencija nepokretnosti zamišljena je i sprovedena kao koncept koji podrazumeva da katastar zemljišta preuzme dotadašnju funkciju zemljišnih knjiga. U austrijsko-nemačkom sistemu zemljišnih knjiga zasnovanih na katastru zemljišta egzistiraju dva javna registra: zemljišna knjiga i katastar zemljišta. U sistemu je-

---

šćen tekst objavljen u br. 28/1990) u Srbiji je uvedena jedinstvena evidencija nepokretnosti, mada će ona postojati samo kao zakonsko rešenje bez ikakve realizacije sve do donošenja Zakon o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima iz 1992. godine (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 83/1992; izmene i dopune u br. 53/1993, 67/1993, 48/1994,12/1996, 15/1996, 34/2001, 25/2002 i 101/2005). O tempu realizacije ove evidencije, teškoćama koje su se pri tome javljale i iziskivale permanentne izmene i dopune Zakona, videti više u: Radenka Cvetić, *Savremena evidencija nepokretnosti,* Novi Sad, 2009, str. 60-62.

[3] Objavljen u *Službeni glasnik Republike Srbije,* br. 72/2009 od 3. septembra 2009; stupio na snagu 11. septembra 2009. godine. Iako je ovaj Zakon više od tri godine bio u fazi nacrta (prvi nacrt Zakona o državnom premeru i katastru nepokretnosti utvrđen je 31. jula 2006. godine, a zatim su sledili nacrti od 20. decembra 2006. godine, 4. decembra 2007. godine i konačno 10. februara 2009. godine), vrlo brzo nakon njegovog stupanja na snagu pristupilo se izmenama i dopunama (Zakon o izmenama i dopunama objavljen u *Službeni glasnik Republike Srbije,* br. 18/2010 od 23. marta 2010). Suština izmena je u tome da se propisani trogodišnji rok nastupanja fikcije apsolutne tačnosti (čl. 133 i 137 Zakona o državnom premeru i katastru) menja i da sada iznosi 5 godina (čl. 5 i 7 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o državnom premeru i katastru), te da se rok za žalbu sa osam produžava na 15 dana.

[4] Videti čl. 8-11 Zakona o državnom premeru i katastru, kojima je propisana nadležnost, sedište (Beograd) i delokrug Zavoda, kao i nadležnost za rešavanje u prvom stepenu u upravnim poslovima vezanim za državni premer i katastar (u drugom stepenu rešava ministarstvo nadležno za poslove prostornog planiranja i urbanizma).

[5] O tome kako je u Srbiji uopšte nastala takva situacija da imamo tri paralelna sistema evidencije nepokretnosti (tapijski, zemljišnoknjižni i jedinstvena evidencija) i razlozima nezadovoljavajućeg stanja, videti u: Radenka Cvetić, *op. cit.,* str. 57-67.

[6] Po mnogima to je i najveći koncepcijski nedostatak ove evidencije. Smatra se da nadležnost organa uprave i postupanje po pravilima upravnog postupka, nisu odgovarajući za evidenciju nepokretnosti koja je zasnovana na načelima upisa, pouzdanja, prioriteta, te koja proizvodi dejstvo apsolutne tačnosti upisa protekom određenog vremena. Videti više o tome u: Radenka Cvetić, *op. cit.,* str. 101-103 i literaturi na koju se upućuje.

dinstvene evidencije nepokretnosti postoji jedan javni registar koji se zove katastar nepokretnosti.[7]

Takva objedinjena evidencija podataka o nepokretnostima i pravima na njima u skoroj budućnosti treba da postane i jedina evidencija o nepokretnostima u Republici Srbiji, budući da počev od osnivanja i primene katastra nepokretnosti za datu katastarsku opštinu, prestaju da važe do tada postojeće evidencije (katastar zemljišta, zemljišna knjiga, knjiga tapija, intabulaciona knjiga i knjiga prodatih društvenih stanova sa hipotekama).[8] Prema podacima dobijenim od Republičkog geodetskog zavoda u Republici Srbiji katastar nepokretnosti je osnovan i na snazi je za 4186 ili 93% od ukupno 4521 katastarskih opština. Za preostalih 335 katastarskih opština, odnosno 7% od ukupnog broja postupak osnivanja katastra nepokretnosti je u toku sa različitim stepenom realizacije radova. Po postojećem planu sve bi trebalo da bude završeno u potpunosti u toku 2011. godine.[9]

Prema zakonskoj definiciji katastar nepokretnosti je osnovni i javni registar o nepokretnostima i stvarnim pravima na njima. U katstar nepokretnosti upisuju se sledeće nepokretnosti: zemljište (katastarske parcele poljoprivrednog, šumskog, građevinskog i drugog zemljišta), nadzemni i podzemni građevinski objekti (zgrade svih vrsta, privredni objekti, objekti kulture, sporta i rekreacije, skloništa i drugi građevinski objekti), posebni delovi objekata koji čine građevinsku celinu (stan, poslovni prostor, garaža i drugi). Što se tiče prava koja se upisuju, pri čemu upis ima konstitutivni karakter, upisuje se pravo svojine, pravo susvojine, pravo zajedničke svojine, pravo korišćenja, pravo zakupa, pravo službenosti, hipoteka i druga stvarna prava na nepokretnostima propisana zakonom.[10]

Regulativa sastava katastra nepokretnosti sadržana u Zakonu o državnom premeru i katastru iz 2009. godine, izraz je težnje zakonodavca da se prevaziđe dugogodišnji izgled jedinstvene evidencije nepokretnosti kao mehaničkog spoja katastra zemljišta i zemljišne knjige. Prema Zakonu o državnom premeru i katastru (čl. 67), katastar nepokretnosti sastoji se od:

---

[7] Ovakva suština može se pojmovno iskazati kroz sintagmu *integrisani katastar* koja je nastala pre više od jedne decenije, ali nije šire prihvaćena ni od strane struke, ni nauke, ni zakonodavca.

[8] Videti čl. 189 Zakona o državnom premeru i katastru. To je i razumljivo, budući da katastar nepokretnosti preuzima sve podatke iz navedenih evidencija.

[9] Podaci o konkretnim katastarskim opštinama i statusu evidencije koja je trenutno na snazi mogu se pronaći u okviru dela sajta RGZ koji se odnosi na servise, u delu Registar opština i katastarskih opština ili na www.rgz.gov.rs/reg-opstina.

[10] Videti čl. 4 i 75-77 Zakona o državnom premeru i katastru.

1) elaborata premera
2) zbirke isprava
3) baze podataka katastra nepokretnosti.

Derogiranim Zakona o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima iz 1992. godine (čl. 38-42), bilo je propisano da u sastav katastra nepokretnosti ulazi: 1) *radni original plana* (kopija arhivskog originala), koji je služio za održavanje premera i katastra nepokretnosti; 2) *zbirka isprava* (originali ili overeni prepisi isprava od značaja za upis prava na nepokretnostima); 3) *katastarski operat* (pandan glavnoj knjizi zemljišne knjige), koji su činili listovi nepokretnosti (pandan zemljišnoknjižnom ulošku u sistemu zemljišnih knjiga).

Elaborat premera

Elaborata premera je skup dokumenata i podataka nastalih u postupku projektovanja[11] i realizacije katastarskog premera, komasacionog premera ili postojećeg premera, na osnovu kojih se osniva ili obnavlja katastar nepokretnosti. Iz sadržine elaborata premera proističe da on obuhvata podatke i dokumenta koji se odnose na faktičku evidenciju nepokretnosti (njeno horizontalno i vertikalno pozicioniranje, opisivanje, izračunavanje površine). Elaborat premera čuva se trajno.

Katastarski premer[12] može da se vrši u cilju osnivanja ili obnove katastra nepokretnosti, a predstavlja geodetsko merenje i prikupljanje podataka o nepokretnostima i imaocima prava na nepokretnostima, u skladu sa faktičkim stanjem. Osnovna katastarska teritorijalna jedinica je katastarska parcela,[13] a osnovna jedinica za koju se vrši katastarski premer i osni-

[11] Projektovanje ili tehnička dokumentacija obuhvata idejni projekat (njime se određuje lokacija geodetskih radova, koncept njihovog izvođenja, obim, dinamika i orijentaciona vrednost radova; izrađuje ga Republički geodetski zavod ili geodetska organizacija, po zahtevu investitora, a na osnovu projektnog zadatka, u oblastima za koje se izrađuje glavni projekat) i glavni projekat (izrađuje se za potrebe izvođenja geodetskih radova u sledećim oblastima: osnovnih geodetskih radova; katastarskog premera, osnivanja i obnove katastra nepokretnosti; premera vodova i osnivanja katastra vodova; topografskog premera; komasacionog premera; izrade geodetskih podloga). Videti čl. 23-26 Zakona o državnom premeru i katastru.

[12] Videti čl. 40-52 Zakona o državnom premeru i katastru. Zavod je dužan da na propisan način obavesti o vršenju katastarskog premera i objavi poziv imaocima prava da učestvuju u postupku i da pojedinačno pozove sve imaoce prava na zemljištu, koji su kao takvi upisani u bilo koju postojeću evidenciju (katastrar zemljišta, zemljišnu knjigu, knjigu tapija, katastar nepokretnosti) da izvrše obeležavanje graničnih tačaka parcela.

[13] Katastarska parcela predstavlja deo zemljišta u katastarskoj opštini određen granicom (međom) i označen jedinstvenim brojem, na kome postoji pravo svojine. Pored ka-

va, obnavlja i održava katastar nepokretnosti je katastarska opština.[14] Katastarski premer obuhvata horizontalno i vertikalno pozicioniranje nepokretnosti, obeležavanje granica katastarske opštine i katastarske parcele, geodetsko merenje i prikupljanje podataka o nepokretnostima prema faktičkom stanju (o prostornim jedinicama, parcelama, objektima, posebnim delovima objekata), prikupljanje podataka o imaocu prava na nepokretnosti u skladu sa faktičkim stanjem, katastarsko klasiranje zemljišta,[15] a može se vršiti i bonitiranje zemljišta.

Zbirka isprava

"(1) Zbirka isprava jeste skup isprava na osnovu kojih je izvršen upis ili brisanje upisa na nepokretnostima. (2) Zbirka isprava čuva se trajno."[16] Ovako sumarno zakonsko određenje zbirke isprava nodomešćeno je detaljnijom regulativom o ispravama na osnovu kojih se vrši upis u katastar nepokretnosti.

Upis se može izvršiti na osnovu privatne ili javne isprave koja je i po sadržini i po formi podobna za upis. Uslovi za podobnost isprave propisani su samim zakonom, kao opšti i kao posebni koji se zahtevaju za privatnu ili javnu ispravu.[17] Opšti uslovi za upis su: određena sadržina i određena forma. Što se tiče sadržine isprava za upis mora naročito da sadrži: mesto i datum sastavljanja, odnosno overe; označenje nepokretnosti na koju se isprava odnosi prema podacima katastra nepokretnosti (katastarska opština, broj i površina parcele, broj i površina objekta, broj i površina posebnog dela objekta); podatke o upisanom prethodniku i licu u čiju korist se upis zahteva (prezime, ime i ime jednog roditelja, prebivali-

---

tastarske parcele kao osnovne, ostale katastarske teritorijalne jedinice su katastarska opština i katastarski srez.

[14] Katastarska opština, po pravilu, obuhvata područje jednog naseljenog mesta. Obeležavanje granica katastarske opštine vrši se postavljanjem geodetskih belega.

[15] Katastarsko klasiranje zemljišta vrši se na osnovu prirodnih i ekonomskih uslova proizvodnje postojeće kulture na zemljištu i služi za utvrđivanje katastarskog prihoda. Katastarski prihod je novčani ekvivalent razlike vrednosti prosečnih prinosa i prosečnih materijalnih troškova proizvodnje za svaku katastarsku kulturu i katastarsku klasu u katastarskom srezu. Parcele poljoprivrednog i šumskog zemljišta svrstavaju se u sledeće katastarske kulture: njiva, vrt, voćnjak, vinograd, livada, ribnjak, pašnjak, šuma, trstik i močvara.

[16] Videti čl. 69 Zakona o državnom premeru i katastru. Smatramo da treba ukazati na odredbe čl. 193-194 Zakona o zemljišnim knjigama Slovenije iz 2003. godine (*Uradni list Republike Slovenije,* br. 58/2003), koji nešto preciznije određuje pojam i sastav zbirke isprava kao sastavnog dela zemljišnih knjiga. U zbirku isprava se, pored isprave koja je bila osnov za upis, ulaže i rešenje zemljišnoknjižnog suda o dozvoli upisa, predlog za upis, i druge isprave koje su bile priložene predlogu. Predviđena je i mogućnost vođenja zbirke isprava kao centralne informatizovane baze.

[17] Videti čl. 86-88 Zakona o državnom premeru i katastru.

šte ili boravište, jedinstveni matični broj građana[18]).[19] Isprava za upis mora biti priložena u originalu, overenoj fotokopiji ili u drugom obliku propisanom zakonom, a ako je sastavljena na stranom jeziku mora se dostaviti i overen prevod.

Da bi bila podobna za upis, privatna isprava, odnosno isprava o pravnom poslu, mora biti sačinjena u pisanoj formi, a potpisi lica između kojih se isprava sačinjava moraju biti overeni. Dodatni zahtevi u pogledu forme mogu biti propisani posebnim zakonom. Da bi se dozvolio upis mora postojati i bezuslovna i neoročena izjava o dozvoli upisa (tradicionalno označavana kao *clausula intabulandi* u zemljišnoknjižnom sistemu). Ova izjava može biti sadržana u privatnoj ispravi, odnosno ispravi o pravnom poslu, ali može biti data i u posebnoj ispravi uz overu potpisa lica koje izjavu daje.

Kao što se vidi, i dalje se insistira na overi potpisa svih lica (po pravilu su dva) između kojih se isprava sačinjava, a ne samo lica čije pravo se ograničava, opterećuje, prenosi ili prestaje, kako je bilo predviđeno pravilima zemljišnoknjižnog prava.[20] To je razumljivo, budući da je takva overa neophodan uslov za punovažnost pravnog posla kojim se raspolaže pravima na nepokretnostima.[21] Izostalo je, međutim, izričito propisivanje da izjavu o dozvoli upisa daje lice čije pravo se ograničava, opterećuje, prenosi ili prestaje. Pretpostavka je da je to propušteno kao nešto što se podrazumeva, ali preciznost koja je neophodna pri propisivanju uslova za upis, to svakako zahteva.

Javne isprave na osnovu kojih se može izvršiti upis u katastar nepokretnosti su odluke suda, drugog državnog organa ili organizacije koja vrši javna ovlašćenja, donete u okviru njihove nadležnosti. Da bi bila podobna za upis, ovakva odluka mora biti pravnosnažna, a ako se radi o stranoj javnoj ispravi ona mora biti priznata u Republici Srbiji.

Baza podataka katastra nepokretnosti

Baza podataka katastra nepokretnosti je skup geoprostornih i drugih podataka o nepokretnostima i stvarnim pravima na njima, koji prikazuju kompletno (faktičko i pravno) stanje nepokretnosti. U bazi podataka sadr-

[18] Ako se radi o pravnom licu navode se naziv, sedište i matični broj.

[19] Nešto su blaže utvrđeni uslovi za upis zabeležbe. Ako se zabeležba odnosi na ličnost imaoca prava isprava ne mora da sadrži podatke o označenju nepokretnosti, a ako se zabeležba odnosi na samu nepokretnost isprava ne mora da sadrži podatke o upisanom prethodniku.

[20] Videti § 37 Zakona o zemljišnim knjigama kraljevine Jugoslavije (*Službene novine*, br. 146-LIII, od 1. juna 1930. god.).

[21] Videti čl. 4 Zakona o prometu nepokretnosti *(Služeni glasnik RS,* br. 42/1998, 111/2009).

žani su naročito podaci o: parcelama, objektima, posebnim delovima objekata i imaocima stvarnih prava na nepokretnostima, a u njoj se vode i podaci adresnog registra i registra prostornih jedinica.

Iz baze podataka katastra nepokretnosti izdaje se katastarski plan (u digitalnom ili analognom obliku, za jednu ili više parcela) i list nepokretnosti.

Dok je katastarski operat kao skup listova nepokretnosti na neki način oponašao glavnu knjigu zemljišne knjige kao skup zemljišnoknjižnih uložaka, baza podataka katastra nepokretnosti predstavlja potpuno novu koncepciju vođenja podataka o nepokretnostima i pravima na njima. Sastav katastra nepokretnosti uređen derogiranim Zakonom o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima iz 1992. godine, predstavljao je praktično mehanički spoj katastra zemljišta i zemljišne knjige. Međutim, važećim Zakonom sastav katastra nepokretnosti izmenjen je u pravcu stvaranja u pravom smislu reči jedinstvene evidencije o nepokretnostima i pravima na njima u vidu baze podataka koja prikazuje kompletno (faktičko i pravno) stanje nepokretnosti. Smatramo da ovakav pristup predstavlja ne samo koncepcijsko usavršavanje katastra nepokretnosti, već i neophodan ustupak zahtevima elektronske obrade podataka. Ono što će se eventualno pokazati kao nedostatak je činjenica da baza podataka, zbog detaljnosti i izvršene fragmentacije (podeljenost podataka u određene tematske celine)[22] neće biti u stanju da pruži jednostavnu i celovitu informaciju o stanju nepokretnosti kao što to može glavna knjiga zemljišne knjige. Treba, takođe, imati u vidu da bi potpuno prevođenje evidencije nepokretnosti u elektronski sistem podataka (naročito u pogledu zbirke isprava i brisanja ranijih upisa) mogao ugroziti sigurnost podataka i poverenje u samu evidenciju.[23]

List nepokretnosti

Kada se govori o sastavu lista nepokretnosti, treba istaći da je i derogirani Zakon o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima iz 1992. godine napustio tradicionalni sastav zemljišnoknjižnog

[22] Prema Nacrtu Zakona o državnom premeru i katastru nepokretnosti iz decembra 2007. godine bila je predložena podela baze podataka u čak 12 tematskih celina. Pored onih koje su ostale i u usvojenom zakonskom tekstu bile su predviđene i tematske celine o vrednosti nepokretnosti, katastarskom prihodu, pravima na nepokretnostima, činjenicama koje su inače sadržina zabeležbi, geografskim i drugim nazivima, ispravama, aktima nadleženog organa za utvrđivanje prostornih jedinica i naziva ulica i trgova (čl. 78 Nacrta).

[23] O skepticizmu u pogledu toga da bi potpuni elektronski sistem mogao ugroziti sigurnost podataka i poverenje u zemljišne knjige videti u: Willibald Posch, *Daljnji razvoj EOP zemljišne knjige u Austriji. Model za Hrvatsku?,* Liber amicorum Nikola Gavella (Građansko pravo u razvoju), Zagreb, 2007, str. 227, 239-240.

uloška, iako se stvarao privid da je on samo donekle izmenjen. Trodeoba zemljišnoknjižnog uloška (posedovnica – popisni list, list A; vlastovnica – vlasnički list, list B; i teretovnica – teretni list, list C) daje mogućnost da se u svaki deo upisuje tačno ono što je zakonom predviđeno, tako da je vrlo jednostavno utvrditi bilo koji podatak koji se tiče nepokretnosti odnosno prava na njoj, titulara prava i drugih pravno relevantnih činjenica.[24]

Pri uvođenju jedinstvene evidencije nepokretnosti, zakonodavac je pošao od činjenice da je napušten princip *superficies solo cedit,*[25] napustio tradicionalni koncept zemljišnoknjižnog tela kao pravne celine i ustanovio list nepokretnosti koji je davao mogućnost da kao vlasnici zemljišta i izgrađenog objekta na tom zemljištu budu upisana različita lica. Podaci koji su upisivani u list nepokretnosti raspoređeni su u četiri lista: A list (sadrži podatke o zemljištu), B list (sadrži podatke o nosiocu prava na zemljištu), V list (sadrži podatke o zgradi, stanu i poslovnoj prostoriji, kao posebnim delovima zgrade i drugim građevinskim objektima i nosiocima prava na njima) i G list (sadrži podatke o teretima i ograničenjima: stvarne i lične službenosti, hipoteka, pravo dugoročnog zakupa, ugovorno pravo preče kupovine, pravo otkupa i prekupa[26]).

U važećem Zakonu o državnom premeru i katastru potpuno je izostala podela ovog osnovnog dokumenta o nepokretnostima na određene listove koji sadrže unapred predviđene podatke. Svi podaci sadržani su, kao što smo videli, u bazi podataka katastra nepokretnosti. Iz baze podataka izdaje se list nepokretnosti, kao osnovni dokument o nepokretnostima i stvarnim pravima na njima,[27] u propisanom obliku i sadržaju ili za nepokretnost ili za imaoca prava. List nepokretnosti izdat za nepokretnost sadrži podatke koji se odnose na nepokretnost za koju se izdaje, a list nepokretnosti izdat za

[24] Videti, na primer, odredbe čl. 20-25 Zakona o zemljišnim knjigama Hrvatske iz 1996. godine (*Narodne novine, br. 91/1996)*, kojima je određen sastav zemljišnoknjižnog uloška i detaljna sadržina svakog lista. Prema Zakonu o zemljišnim knjigama Slovenije, zadržan je i dalje koncept zemljišnoknjižnog uloška, ali je napuštena njegova trodeoba prelaskom na koncept zemljišne knjige kao centralne kompjuterizovane baze. Propisan je način vođenja kompjuterizovane glavne knjige, način vršenja upisa, koji se podaci unose o glavnom upisu (glavni upisi su uknjižba, predbeležba i zabeležba, a pomoćni plomba i činjenje vidljivim). Videti čl. 175-179 (Zakon o zemljiški knjigi, *Uradni list R Slovenije*, br. 58/2003).

[25] Njegova reafirmacija u našem pravnom sistemu nagoveštava se odredbom čl. 25 Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima koja glasi: "Stvar trajno spojena sa zemljištem svojina je vlasnika zemljišta, i prenosi se, zalaže, nasleđuje, podleže drugom raspolaganju i zapleni po istim odredbama kao i zemljište, ako nije drukčije određeno ili ugovoreno."

[26] U ovaj list vrši se i zabeležba pravnih činjenica koje se odnose na vlasnika nepokretnosti ili samu nepokretnost, a koje mogu da budu od uticaja na postojanje i promet prava na nepokretnostima.

[27] Videti čl. 2, tačka 17. i čl. 72 Zakona o državnom premeru i katastru.

imaoca prava sadrži podatke koji se odnose na sve nepokretnosti koje pripadaju istom imaocu prava. U suštini, radi se o kombinaciji realnih i personalnih folija.[28] U sistemu evidencije koji se vodi po principu realnih folija,[29] upisi se sprovode i određeni su s obzirom na objekt prava koje se upisuje, odnosno s obzirom na nepokretnost kao trajniji element. Sistem personalnih folija počiva na upisima koji se sprovode s obzirom na imaoca prava, tako što se pored imena određenog lica upisuju sve nepokretnosti koje mu pripadaju ili na kojima ima drugo stvarno pravo.

Novi koncept lista nepokretnosti donekle utiče na domašaj načela javnosti katastra nepokretnosti. Ograničenje načela javnosti vezuje se za list nepokretnosti koji se izdaje za imaoca prava. Taj list se može izdati samo imaocu prava, licu koje dokaže pravni interes i državnom organu za vođenje postupka pokrenutog po službenoj dužnosti iz njegove nadležnosti.[30]

Umesto zaključka

Da li će ovakav koncept lista nepokretnosti uzdrmati sigurnost pravnog prometa ili će je unaprediti pokazaće vreme. U ovom momentu stavićemo nekoliko primedbi koje se ne tiču samog koncepta lista nepokretnosti, već regulativne nedorečenosti i manjkavosti prelaznih i završnih odredaba Zakona o državnom premeru i katastru, po ovom pitanju.

Zakonom je predviđeno da se list nepokretnosti izdaje u propisanom obliku i sadržaju, ali je izostalo detaljnije zakonsko uređenje i jednog i drugog. Pored toga, prelaznim i završnim odredbama propisano je da će se odredba čl. 72 (kojom je predviđen novi koncept lista nepokretnosti, primenjivati od 1. juna 2010. godine, a nije produžena primena čl. 42 Zakona o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima kojim je regulisana sadržina lista nepokretnosti.[31] Zato se postavlja pita-

[28] U prve tri verzije nacrta Zakona o državnom premeru i katastu nepokretnosti bilo je predviđeno da se list nepokretnosti izdaje kao realni i personalni. U poslednjoj verziji koja je sa nekim izmenama pretočena u Zakon o državnom premeru i katastru izostala je upotreba ovih termina, ali po sadržaju listova nepokretnosti koji se izdaju iz baze podataka katastra nepokretnosti proizilazi da se radi o kombinaciji sistema realnih i personalnih folija.

[29] Po ovom sistemu vode se zemljišne knjige. Videti više o tome: Tatjana Josipović, *Zemljišne knjige,* u: Nikola Gavella i dr., *Stvarno pravo,* svezak 1., Zagreb, 2007*,* str. 284-285.

[30] Videti čl. 173/3 Zakona o državnom premeru i katastru.

[31] Pri derogiranju Zakona o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima izričito je produžena samo važnost odredaba čl. 67/1 i 105/3, koje će prestati da važe danom primene čl. 11/1, t. 2, tj. od 1. januara 2010. godine.

nje u kom obliku i sadržaju će se izdavati list nepokretnosti u tom međuvremenu.

Polazeći od odredbe čl. 181 Zakona o državnom premeru i katastru, direktor Republičkog geodetskog zavoda ovlašćen je da donosi podzakonske akte za sprovođenje tog Zakona. Između ostalog, on propisuje i tehničke normative, metode i način rada kod osnivanja, obnove i održavanja katastra nepokretnosti (tačka 8). Taj akt trebalo je da bude donet u roku od jedne godine od dana stupanja na snagu Zakona o državnom premeru i katastru.[32] Do njegovog donošenja primenjivaće se odgovarajući podzakonski akt koji je važio na dan stupanja na snagu novog Zakona, pod uslovom da nije u suprotnosti sa njim. To bi u ovom monentu bio Pravilnik o izradi i održavanju katastra nepokretnosti iz 1999. godine.[33] Problem na ovaj način, međutim, nije rešen. Nekoliko neusklađenih propisa i postupaka su u osnovi toga:

Zakonom o državnom premeru i katastru propisan je drugačiji i oblik i sadržina lista nepokretnosti u odnosu na derogirani Zakon o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima iz 1992. godine.

Krajnji rok za donošenje novog pravilnika usklađenog sa važećim Zakonom bio je 11. septembar 2010. godine. Pravilnik o katastarskom premeru i katastru nepokretnosti, međutim, nije donet nego je još uvek u postupku izrade.[34]

Primena čl. 72 Zakona o državnom premeru i katastru kojim se uređuje list nepokretnosti trebala je da počne 1. juna 2010. godine. Međutim, i danas se u bilo kojoj službi za katastar nepokretnosti u Republici Srbiji može dobiti list nepokretnosti podeljen na četiri lista, onako kako je predviđeno Zakonom o državnom premeru i katastru i upisima prava na npokretnostima iz 1992. godine i Pravilnikom o izradi i održavanju katastra nepokretnosti iz 1999. godine.

---

[32] To znači do 11. septembra 2010. godine. S tim u vezi videti odredbe čl. 198/1 i čl. 200 Zakona o državnom premeru i katastru.

[33] *Službeni glasnik RS,* br. 46/1999. Njime je propisano da se podaci o nepokretnostima i pravima na njima vode na propisanim obrascima odštampanim uz ovaj pravilnik, koji čine njegov sastavni deo (čl.1/2).

[34] Na sajtu RGZ nalazi se spisak podzakonskih akata ovog Zavoda koji su u postupku izrade. Među njima je i Pravilnik o katastarskom premeru i katastru nepokretnosti s tim što nije dostupan nacrt ovog Pravilnika.

Radenka Cvetić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Composition of Cadastre

Abstract

Comparing to the former real estate public records in Serbia, the uniform land registry system was conceived and enforced in the way that the cadastre of real estates, along with its traditional function, acquires those functions that traditionally belonged to land books. The Law on Land Survey and Cadastre of 2009 introduces some changes into composition of cadastre with obvious intention to overcome the previous concept of the cadastre of real estates, which mechanically combined land books and cadastre of real estates. Cadastre consists of a report of survey, a document collection and a database of cadastre. All-inclusive database could be very useful, but also could endanger indispensable simplicity and easy examination expecting from registry of real estate. On the other hand, easy examination and precision of the content of a land registry file has been developed to the possible perfection, which is by itself can provide legal security.

Key words: report of survey, document collection, database of cadastre

Originalni naučni rad 340.141(37)

Dr Magdolna Sič, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

DUGOTRAJNI OBIČAJI *(LONGA CONSUETUDINE)* I OPŠTI INTERES *(UTILITAS PUBLICA)*[1]

Sažetak: *U procesu stvaranja Rimske imperije, kao i kasnije za vreme borbe za njeno očuvanje, postavilo se pitanje: u kojoj meri omogućiti priključenim narodima da i dalje primenjuju svoje duboko ukorenjena običajna pravila? Ovo pitanje je aktuelno i danas u vreme stvaranja Evropske unije i formiranja njenog jedinstvenog pravnog sistema.*

U pogledu primene dugotrajnih običaja (longa consuetudine) Rim je menjao svoj stav u zavisnosti od bitnih promena u društvu. Za vreme uspona, u periodu republike, Rim je odlučivao o tome, da li će priključenim narodima ostaviti mogućnost da i dalje žive po svojim običajnim i religijskim pravilima, ili će to zabraniti. Kasnije, kada je rimsko građanstvo Karakalinim ediktom (212. godine) bilo dodeljeno celokupnom stanovništvu Imperije, zauzet je liberalan stav. U konstituciji Aleksandra Severa, kao i u fragmentima klasičnih pravnika možemo čitati o obavezi sudije da vodi računa o dugotrajnim običajima. Međutim, kada je Imperija ušla u ozbiljnu krizu i kada su se na rimskom tlu pojavili i varvarski narodi, primeni dugotrajnih narodnih običaja postavljena je opšta granica: dugotrajni običaji mogu da se primenjuju, mogu imati čak i snagu zakona ukoliko ne ugrožavaju interese Carstva (utilitas publica).

Primer regulisanja pitanja: da li eventualni budući naslednici mogu da raspolažu budućim nasleđem (dobrima živih – bonis viventis) u klasičnom, postklasičnom i Justinijanovom pravu? – ukazuje i na to da su u

[1] Ovo istraživanje je realizovano u okviru predložene teme *„Bona fides, aequitas* i *utilitas publica"* za projekt Pravnog fakulteta u Novom Sadu: „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)".

postklasičnom pravu narodni običaji koji nisu bili suprotni interesima carstva uticali i na promenu pravila klasičnog rimskog prava. U posmatranom slučaju, klasično pravilo ništavosti raspolaganja budućim nasleđem modifikovano je pod uticajem germanskih običaja, utoliko, da je uz saglasnost budućeg ostavioca bila dozvoljena kako podela njegove imovine za života, a takođe i raspolaganje sa tako podeljenom imovinom od strane budućih naslednika. Ipak, pri preuzimanju ovog pravila carsko zakonodavstvo je imalo u vidu i sebični interes Carstva: pretvaranje „mrtvog kapitala" porodice u živi iz kojeg su potomci mogli da podmire svoje poreske obaveze. Prema tome ovaj običaj ne samo što nije bio u suprotnosti sa opštim interesom, već mu je bio i u službi.

Ključne reči: *dugotrajni običaji; longa consuetudine; utilitas publica; rimsko pravo; harmonizacija prava; raspolaganje sa budućim nasleđem.*

Primena dugotrajnih običaja u toku rimske istorije

Prema definiciji Justinijanovih Institucija, koja je prihvatljiva i za naše savremene udžbenike, običaji su nepisana pravila prihvaćena u praksi, i obzirom na to da ih društvena grupa prihvata, za njih su ona i obavezujuća.

Inst. 1, 2, 9: "Iz nepisanog nastaje pravo koje je potvrdila praksa. Naime, dugotrajni običaji potvrđeni saglasnošću korisnika podražavaju zakon"[2].

Svaki narod brižno čuva svoje običaje. Mada se smatra, da su u Rimu donošenjem Zakona XII tablica, a samim tim prelaskom na pisano pravo, duboko ukorenjeni običaji starih *(mos maiorum)* postepeno u potpunosti ustupili mesto pisanim izvorima, oni su snagom religije i ukorenjenih moralnih shvatanja još vekovima poštovani[3], a na neki način, putem autoriteta stare senatorske aristokratije usmeravali su i pisana pravila i politiku Rimske imperije. Pored Rimljana i drugi narodi su živeli po svojim, za sopstvena religijska shvatanja vezanim običajnim pravilima. Rim, svestan snage ustaljenog i od naroda prihvaćenog načina ponašanja, pri pokoravanju naroda i njihovom priključivanju Imperiji, sâm je odlučivao o tome, da li će priključenom narodu ostaviti da

[2] *I.* 1, 2, 9: *„Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur".*

[3] Notari (T. Nótári Law, Religion and Rhetoric in Cicero's Pro Murena. Passau, Schenk Verlag, 2008) ističe Ciceronovu ironiju u odnosu na postojeći pravni konzervativizam – poštovanje i za stara vremena smešnih formi.

dalje živi po svojim običajima *(leges suas reddere)*[4] i da poštuje svoja religijska pravila *(sacra reddere)*[5], ili će to zabraniti. Pri zabrani, najverovatnije se imalo u vidu lakše očuvanje vlasti na pokorenoj teritoriji. To je za Rim bio jedan od tadašnjih opštih interesa. U kojoj meri su uspevali da spreče narode da koriste svoja duboko ukorenjena pravila ponašanja i svoje rituale nije predmet našeg sadašnjeg istraživanja, jer bi to zahtevalo posebnu studiju. Činjenica jeste, međutim, da su narodi provincija čuvali i poštovali svoje običaje i u vreme vladavine dinastije Severa. To saznajemo iz konstitucije Aleksandra Severa[6] i tekstova klasičnih pravnika[7]. Primena narodnih običaja postala je aktuelna baš u to vreme, u vreme koje je usledilo posle dodele rimskog građanstva stanovništvu *in orbe romano*, 212. godine. Prvenstveno nastojanje careva bilo je da sudije i druge službenike upute na prihvatanje narodnih običaja. Car Aleksandar Sever 224. godine izdao je konstituciju u kojoj upravnike provincija upućuje na poštovanje lokalnih običaja.

C. 8, 52, 1: *Imperator Alexander Severus. „Praeses provinciae probatis his, quae in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet. Nam et consuetudo praecedens et ratio quae consuetudinem suasit custodienda est, et ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit praeses provinciae"*. (Upravnik provincije treba da odluči spor utvrđujući ono, što se u gradu uobičajeno primenjuje u takvim sporovima. Jer tamo gde postoje običaji treba voditi računa i o razlogu nihovog ustanovljavanja i upravnik provincije treba da pazi na to da ne donese odluku koja bi bila protivna dugotajnim običajima).

Prema fragmentima klasičnih pravnika[8] od kojih se neki pozivaju i na reskript Aleksandra Severa, običaji su jednaki[9], ili čak i jači od zakona[10]. Prema mišljenju Grosoa, ovi tekstovi su najverovatnije prerađeni od

---

[4] *Liv*. XXV, 23, 4 *„fidem dare, si traditae forent Syracusae, liberos eos ac suis legibus victuros esse"; Cic. Verr.* II, 2, 37, 90 *„...quod, semper in amicitia fideque mansissent, urbem agros legesque suas reddidissent"; Liv.* XXXVIII, 39, 12: *„Phocaeensibus et ager, quem ante bellum habuerant, redditus et, ut legibus antiquis uterentur permissum." Gell.* XVI, l3, 4 "*in quibus Uticenses nominat, cum suis moribus legibusque uti possent*."

[5] Na primer, *Liv.* VIII, 14, 2 za Lanuvij.

[6] *C*. 8, 52, 1 pod naslovom: *„Quae sit longa consuetudo"*.

[7] *D*. 1, 3 naslov: *"De legibus senatusque consultis et longa consuetudine"*.

[8] *D*. 1, 3, 32 – 40.

[9] *D*. 1, 3, 35 *Hermogenianus libro primo epitomarum: "Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur"*.

[10] *D*. 1, 3, 36 *Paulus libro septimo ad Sabinum: "Immo magnae auctoritatis hoc ius habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere"*.

strane glosatora[11]. Međutim, to ne mora biti slučaj, jer ovi fragmenti istovremeno ukazuju i na uslove primene običaja, a to su: ako određeni problem nije regulisan pisanim pravom[12], i ako je primena običajnog pravila potvrđena sudskom praksom[13], ili pak sporna pravna pravila treba tumačiti u skladu sa lokalnim običajima ili u skladu sa prihvaćenom sudskom praksom[14].

Ne bi mogli da prihvatimo stav da su carevi nastojali na tome da širom otvore vrata prodoru provincijskog prava i narodnih običaja u pravo Imperije, posebno ne, ako imamo u vidu pravila javnog prava. Oni su nastojali samo na tome da se u svakodnevnoj praksi priznaju narodni običaji, ili pak ono što je već ustaljeno i u sudskoj praksi[15]. Međutim, moramo priznati i to da je u ovom periodu započet jači uticaj provincijskog prava na rimsko pravo, što će opravdati Dioklecijanovo nastojanje na tome da sačuva rimsku tradiciju i klasično rimsko pravo[16].

Kakav značaj priznati narodnom pravu u odnosu na već vekovima stvarano pravo Imperije – *ius romanum* u postklasičnom periodu[17]?

Do bitnih promena u pravu, a istovremeno i u regulisanju primene dugotrajnih običaja došlo je počev od vremena Konstantina Velikog. S jedne strane prihvaćena je hrišćanska religija, a s druge, narodni običaji su počeli da vrše uticaj i na carsko zakonodavstvo. Počev od vladavine Konstantina Velikog, nazadovanje prava na Zapadu, po pravlu se pripisuje uticaju provincijskog prava i prava varvarskih naroda na rimsko pravo. Međutim, da li će da se omogući korišćenje običaja, to je zavisilo još uvek od odluke Rima. U težnji careva da i u krizno vreme očuvaju Imperiju i da vladaju u tom interesu putem imperijskog prava, uticaj provincij-

---

[11] G. Grosso, Lezioni di storia del diritto romano, 5. izd. „Giappichelli" Torino 1965, str. 437.

[12] *D*. 1, 3, 32 *Iulianus libro 84 digestorum pr. "De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est..." ; D*. 1, 3, 33 *Ulpianus libro primo de officio proconsulis: "Diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet"*.

[13] *D*. 1, 3, 34 *Ulpianus libro quarto de officio proconsulis: "Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradictio aliquando iudicio consuetudo firmata sit"*.

[14] *D.* 1, 3, 37 *Paulus libro primo quaestionum: "Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo".; takođe, D. 1, 3, 38 Callistratus libro primo quaestionum.*

[15] U tom smislu je izdata kasnije, 469. godine i konstitucija Leona, *C*. 8, 52, 3: *"Leges quoque ipsas antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo imitatur et retinet: et quod officiis curiis civitatibus principiis vel collegiis praestitum fuisse cognoscitur, perpetuae legis vicem obtinere statuimus"*.

[16] Videti, T. Honoré, Emperors and Lawyers, Oxford, 1994, str. 81 – 185

[17] O tome, R. Bonini, Introduzione allo studio del età Giustinianea, Bologna, 2. ed. 1978, str. 85 – 87.

skog prava trebalo je podvesti pod carsku kontrolu. Stoga je Konstantin u konstituciji iz 319 godine odredio:

C. 8, 52, 2: "*Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem."* (Autoritet običaja u dugotrajnoj upotrebi nije nezamariv, ali se /običaji/ ne smeju vrednovati tako da pređu okvire razuma ili zakona).

Kasnije je granica primene običaja bila još jasnije određena. U odnosu na u narodu korišćenih dugotrajnih običaja *(longa consuetudine)* zauzet je stav: dugotrajni običaji koji nisu protivni javnom (opštem) interesu *(utilitas publica)* mogu i dalje da se primenjuju.

C. Th. 5, 20, 1[18]: „*...quam nihil per causam publicam intervenit, quae diu servata sunt, permanebunt"* (...ako se ne sukobljava sa opštim interesom, ono što se od davnina poštuje, ostaje valjano i nadalje).

Prema Interpretaciji ovog zakona, koja je dodata u toku V veka, dugotrajni običaji koji nisu suprotni opštem interesu imaju čak snagu zakona.

Int.: *"Longa consuetudo, quae utilitatibus publicis non impedit, pro lege servabitur.*

Običaji su bili primenjivani pre svega u ličnim odnosima stanovništva Imperije, pri regulisanju njihovih porodičnih i nasledno pravnih odnosa[19]. Ovi odnosi su u osnovi i onda, kao i danas, bili zasnovani na narodnom shvatanju, na starim običajima. Zabrane su se odnosile na ona pravila koja bi ugrožavala opšte principe zajednice: u postklasičnom periodu pre svega na zahteve poštovanja hrišćanskog morala, a danas na zaštitu žene i dece; zabranu nasilja u porodici itd. Ako ovi interesi nisu bili ugroženi, u postklasičnom periodu nalazimo čak i primere „harmonizacije prava" narodnih običaja sa pravom Imperije. Jedan takav primer odnosi se na problem mogućnosti raspolaganja sa budućim nasleđem. Na ovom mestu ćemo razmatrati ovu problematiku. Uporedićemo pravno regulisanje raspolaganja sa budućim nasleđem u klasičnom rimskom pravu sa postklasičnim promenama i najzad sa Justinijanovim rešenjem.

Ništavost prodaje budućeg nasleđa i pitanje kupovine nade (*emptio spei*) u klasičnom rimskom pravu

Prema pravilima klasičnog rimskog prava prodaja zaostavštine žive osobe (budućeg nasleđa) je ništava. Kako Pomponije piše: *"Si eredita venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit*

[18] Sporno je da li je ovu konstituciju izdao Julijan (prema Henelu) ili Konstantin (prema Momzenu) 360. ili 363. godine.

[19] Tako na primer, Justinijan priznaje valjanost tzv. *„testamentum rustica"* i bez poštovanja striktnih rimskih pravila propisanih za sačinjavanje testamenta, u *C*. 6, 23, 31 iz 534.

quod venierit"[20]. (Ako bi se prodala zaostavština onog ko je živ bila bi ništava, nije nastala, jer ono što se prodaje ne postoji po prirodi stvari).

Prema mišljenju Aranđo Ruica prodaja budućeg nasleđa je ništava zbog primene starog pravila *"nulla venditio sine re quae veneat"* (nema prodaje bez predmeta prodaje[21]). Ovo shvatanje potiče iz vremena kada se kupoprodaja obavljala kao kupoprodaja iz ruke u ruku (tj. iz vremena pre nastanka ugovora o kupoprodaji kao konsensualnog kontrakta). U slučaju kupoprodaje iz ruke u ruku zaključenje ugovora i njegovo izvršenje (predaja stvari i isplata cene) događa se istovremeno, prema tome, predmet ove prodaje ne može biti buduća stvar, a ni buduće nasledstvo (*quia in rerum natura non sit quod venierit)*[22]. Nevažnost ove prodaje Arangio Ruic objašnjava i odbojnošću Rimljana prema sporazumima o nasleđu živih osoba, kao i teškoćama realizacije zahteva naplate dugova iz eventualnih takvih ugovora[23].

Sam Pomponije, međutim, u devetoj knjizi *ad Sabinum* navodi izuzetke od pravila *"nulla venditio sine re quae veneat"*[24]. Smatra mogućim zaključenje ugovora o kupovini nade *(emptio spei),* kao kockarskog ugovora *(quasi alea emitur),* i to, ako je predmet ugovora budući ulov ribe i divljači ili *missilia* (novac bačen masi za vreme raznih proslava).

Paul, prateći pravilo *"nulla venditio sine re quae veneat"* je mišljenja, da buduće nasledstvo ne može biti predmet *emptio spei.* Prodaja nasleđene imovine je moguća tek kada ona postoji, tj. posle smrti lica o čijoj se imovini radi[25]. Slažemo se sa stavom Paula. Ne možemo da proistovetimo raspolaganje sa dobrima žive osobe od strane lica koje se samo nada da će postati na-

---

[20] *Pomponius, D*. 18, 4, 1.

[21] *D*. 18, 1, 8 *pr: Pomponius libro nono ad Sabinum, „Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse".*

[22] V. Arangio-Ruiz, La compravendita in diritto romano, vol. I, Napoli 1978, str. 117.

[23] V. A.-Ruiz, nav. delo, vol. I, str. 116.

[24] *D.* 18, 1, 8, 1*: „Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur, quod fit cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur".*

[25] *D*. 18, 4, 7: *„Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur".* Takođe, F. Vassalli, I contratti sull'eredità del terzo vivente, Studi giur. III, Milano, 1960, str. 343; Prodaja je ništava takođe ako bi se prodala zaostavština lica koje ne postoji, o tome, M. Kaser, Erbschaftskauf und Hoffnungskauf, 1971, 74, BIDR. str. 59. O prodaji nasleđa i problemima koji u vezi toga mogu nastati, A. Ruiz, La compravendita, I, str. 116; *Gaius, Inst*. 2, 252; 3, 85.

slednik, sa drugim (gore navedenim) slučajevima *emptio spei*. Ribolovci, lovci i oni koji su se obavezali na prodaju *missilia,* u skladu sa *bona fidei* ponašanjem u ugovornim odnosima, treba da učine sve da bi nastao predmet prodaje[26]. U ovim slučajevima obaveza kupca, da isplati cenu, čak i onda ako predmet prodaje ne nastane, opravdava se naporom prodavca da ostvari predmet prodaje. Suprotno tome, u slučaju budućeg nasleđa eventualni budući naslednik ne treba ništa drugo da radi sem da bude moralan i možda zahvalan. Njegovo ponašanje treba da bude u skladu sa dobrim običajima *(bonos mores)*. Baš u ovom pogledu nastaje problem prodaje budućeg nasleđa: ako bi zakonski naslednik, na primer sin prodao svoje buduće nasleđe za života svog oca ili svoje majke, ova prodaja bi bila protivna dobrim običajima[27], bila bi smatrana nemoralnom prodajom[28], pa čak i zlonamernom, slično slučaju regulisanim sa *Senatus consultum Macedonianum*. A ako bi prodaja budućeg nasledstva bila učinjena *invito et inscio domino* (bez saglasnosti i znanja vlasnika), to bi bio valjan razlog i za isključenje budućeg naslednika iz nasleđa[29]. Pored toga, uticati na volju testatora, u smislu da nekog učini naslednikom, takođe je protivno dobrim običajima. Prema Julijanu:

D. 45, 1, 61 *Iulianus libro secundo ad Urseium Ferocem, "Stipulatio hoc modo concepta: 'si heredem me non feceris, tantum dare spondes?' inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio"*. (Stipulacija koja bi bila zaključena na ovaj način: „ako me ne postaviš za naslednika, obavezuješ li se da ćeš platiti toliko"? – ništava je, jer je protivna dobrim običajima).

Problemi vezani za nemoralne ugovore javili su se naročito počev od vremena Severa. Na primer, prema Karakalinoj konstituciji:

C. 2, 3, 6 *(Ant*. /213/): *"Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est."*(Nesporno je da pakti, koji su protivni zakonima i konstitucijama ili dobrim običajima nemaju pravnu snagu)[30].

---

[26] J. Benke, Emptio spei, Tanulmányok Dr. Molnár Imre egyetemi tanár 70. születésnapjára, Szeged, 2004, str. 71.

[27] Videti, R. Zimmermann, The Law of Obligations, Roman foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996, str. 707. i dalje.

[28] Prema Cimermanu (nav. delo, str. 249, n. 92), "The immorality of such transactions is based on the desire on the part of the acquirer to see his spes hereditatis materialize as soon as possible."

[29] Prema Bartolu (G. Vismara, I patti successori nella dottrina di Bartolo, Studi in onore di Emilio Betti, vol. IV, Milano "Giuffre" 1962, str. 483, n. 76), *"pacisci sub spe de succedendo, istud est turpe, quia inducit votum captandae mortis alterius..."*

[30] Takođe: *Pap. D*. 22, 1, 5: *"Generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur"*.; O sadržini, *Pap. D*. 28, 7, 15: *"...nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est"*.; Videti, T. Mayer-Maly, 1987, 50, THRHR, str. 68.

Međutim, kako shvatiti u ovom kontekstu Ulpijanov tekst o prodaji "*quasi spes hereditatis"*?

D. 18, 4, 11 *Ulpianus libro 32 ad edictum, "Nam hoc modo admittitur esse venditionem 'si qua sit hereditas, est tibi empta', et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus"*. (Naime na ovaj način je dozvoljena prodaja "ako bude nasleđa, dali bi ti kupio", i to je kao nadano nasledstvo: jer se prodaje kao neizvesna stvar, kao i riba u mreži).

Prema provladajućem mišljenju, ovaj fragment potvrđuje mogućnost prodaje budućeg nasleđa kao *emptio spei*[31]. Prema tome, suprotno Paulovom tekstu, ova prodaja bi bila valjana i u slučaju ako prodavac ne bi postao naslednik, mada su autori koji smatraju da je valjana prodaja i bez postojanja predmeta prodaje, rezervisani u pogledu toga, da li se ovaj ugovor može zaključiti pre smrti ostavioca[32].

Kako smatra Benke, kupac u ovom slučaju ne kupuje zapravo nasledstvo, nego ono što prodavac pravovaljano poseduje (*"quidquid iuris venditor habuerit")*[33]. Stoga, prodavac koji ne bi postao naslednik nema nikakvu odgovornost, jer na osnovu sporazuma sledi da kako koristi, tako i rizik prodatog nasleđa spada na kupca *("quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emptorem pertineret"*[34]). Naravno, za svoje dolozno ponašanje prodavac ostaje odgovoran[35].

Prema našem mišljenju, ovaj Ulpijanov fragment ne može da se tumači kao tipičan slučaj *emptio spei.* Ulpijan smatra dozvoljenim samo prodaju *"res incerta"* (neodređene stvari), ali ne i prodaju nade, tj. da će prodavac postati naslednik. Deo teksta: *"si qua sit hereditas, est tibi empta",* ne ukazuje na to da kupac kupuje nasleđe žive osobe. Kockarski elemenat ugovora je samo u tome što se ne zna ni kvalitet, ni kvantitet predmeta kupovine, a ni to da li će se zahtev moći ostvariti, jer postoji i rizik insolventnosti ostavioca. Smatramo, da nada da će prodavac postati naslednik, nije predmet ove prodaje. Deo teksta "*ipsum enim incertum rei veneat"* ukazuje samo na to da je neodređena vrednost pro-

---

[31] R. Zimmermann, nav. delo, str. 249; J. A. C. Thomas, Venditio hereditatis and emptio spei, 1959, 33, Tulane LR, str. 545 i dalje; M. Kaser, nav. delo, str. 50 i dalje; uz rezervu, V. Arangio-Ruiz, nav. delo, vol. I, str. 120); Kritika u, F. Vassalli, nav. delo, str. 49 i dalje.

[32] Na primer, u izmišljenom slučaju (R. Zimmermann, nav. delo, str. 249, n. 96; M. Kaser, nav. delo, str. 55), jedan Rimljanin je načuo da je njegov stric umro. Uveren u to da ga je stric postavio za naslednika, a inače bio je i bez para, prodao je nadano nasleđe. U ovom slučaju bi dobio malu cenu, jer rizik da li je zaista postao naslednik snosio bi kupac. Kako ćemo videti, ovaj izmišljeni slučaj ne odgovara izvorima.

[33] J. Benke, nav. delo, str. 83 – 84.

[34] *Iav. D*. 18, 4, 10.

[35] Celz. *D,* 19, 1, 12; *Gai. D*. 18, 4, 12: "*...sciens ad se non pertinere ita vendiderit: nam tunc ex dolo tenebitur"*.

datog nasleđa[36]. Ne zna se kakav će biti odnos aktive i pasive zaostavštine, kao ni to koji će biti kvalitet i kvantitet stvari, kao i u slučaju kada ribolovac ubaci svoju mrežu ("*ut in retibus")*. Prema tome, ovaj slučaj nije tipičan slučaj *emptio spei,* samo je sličan tome *(quasi spes hereditatis)*.

Prihvatamo mišljenje, koje je zastupljeno u literaturi, da je ovaj Ulpijanov tekst interpolisan[37]. Pored nedoslednosti formulacije samog teksta, možemo to potvrditi i s onim što će biti nadalje izloženo, jer kako ćemo videti, bez saglasnosti budućeg ostavioca (lica o čijoj imovini je reč), raspolaganje sa budućim nasleđem od strane eventualnih budućih naslednika bilo je zabranjeno, kako u postklasičnom, tako i u Justinijanovom pravu.

Konfuznost postklasičnih tekstova u pogledu zabrane sprorazuma o nasleđivanju[38] i sporazuma o raspolaganju sa budućim nasleđem (*bonis viventis*) od strane eventualnog naslednika do Justinijana

U Paulovim Sentencijama nalazimo jedno opšte pravilo o nevažnosti sporazuma, koje, po našem mišljenju, odgovara klasičnom shvatanju[39]:

P. S. 1, 1, 4 /=*Brev. P. S.* 1, 1, 2 (4)/: „*Neque contra leges, neque contra bonos mores pacisci possumus"*.

Suprotno tome D`Ors[40] je mišljenja da dok su klasični pravnici smatrali da je zabranjeno sklapati sporazume koje su protivne zakonima *(leges)* i etičkim normama *(boni mores),* izraz *„boni mores"* u Paulovim Sentencijama ima novo značenje, koje potiče iz postklasičnog perioda. Smatra da je anonimni autor ovu Sentenciju formulisao na osnovu re-

---

[36] Takođe, J. Benke, nav. delo, str. 83.

[37] F. Vassalli (nav. delo, str. 371): "Il testo e tutto compilatorio…E l'ultima parte dell'interpolatissima…considera l'ipotesi dell'emptio spei".

[38] Bartol (G. Vismara, nav. delo, str. 467 - 492) klasifikovao je sporazume o nasleđivanju na sledeći način: 1. sporazumi o prisvajanju *(pactum pro iure successionis acquirendo)*; 2. sporazumi o objavi *(pactum pro ire successionis amittendo seu perdendo)*; 3. sporazumi o sačuvanju *(pactum pro iure successionis servando)*; 4. sporazumi o raspolaganju *(pactum de eo, quod acquireretur per successionem, certo modo disponendo)*. U grupu sporazuma o raspolaganju, pripada i sporazum o nasleđu imovine živih osoba. Prema Bartolu, ovaj pakt može biti valjan ako *"de cuius"abbia consentito, conservandosi in questa volonta fino alla morte"* – što je verzija teksta sačuvanog u *C. Th.* 2, 24, 2 i u *C.* 2, 3, 30; 1, 2, 3, 4.

[39] Nalazimo ga i u ediktu pretora "*De pactis conventis*" (Lenel, § 10); Videti takođe, *Paul. D.* 2, 14, 27, 4; *D.* 12, 5, 8; *Ulp. D.* 17, 1, 6, 3; *Pap. D.* 28, 7, 15; E. Levy, Pauli sententiae, a palingenesia of the opening titles as a specimen of research in west Roman vulgar law, South Hackensack, N. J., Rothman Reprints, 1969; J. A. Goddard, Los pactos en las „Sentencias de Paulo" (Analisis del tilulo 1 del libro primero), www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/7.pdf

[40] A. D'Ors, De Nuevo sobre los estratos de las Pauli Sententiae, BIDR, XXXVII – XXXVIII, str. 16.

skripta Dioklecijana sačuvanog u zbirci *Consultatio cuiusdam iurisconsultis*: *"Pactum neque contra bonos mores neque contra leges emissum valet et rel"*[41]. Prema njegovom mišljenju Dioklecijan je u ovom tekstu izraz „*boni mores"* koristio u normativnom smislu, imajući u vidu rimski standard ponašanja koji obavezuje celokupno stanovništvo Imperije, suprostavljajući ga provincijskim običajima[42]. Prateći mišljenje Majer Malija[43], Cimerman takođe smatra da od kraja trećeg veka izraz *boni mores* je dobio značenje normativnog sistema koji je bio izjednačen sa pravničkim pravom *(ius)*[44]. Godard pak smatra da Justinijan prihvata dobre običaje u normativnom smislu, kao norme nepisanog prava[45].

U Dioklecijanovoj konstituciji iz 293. godine stipulacija o budućem nasleđu se posebno ocenjuje kao sporazum koji je protivan dobrim običajima*:*

C. 8, 38, 4: *Imperatores Diocletianus, Maximianus (Domnae pp.* 29 Apr. 293). *"Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, quia contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est, cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint."* (Na osnovu ove isprave nemate nikakvu tužbu, jer je stipulacija o budućem nasleđu bila zaključena protivno dobrim običajima, jasno je, da sve što je protivno dobrim običajima u paktu ili stipulaciji ustanovljeno ne može da se uzme u obzir).

Objašnjavajući značenje *bonos mores* u Dioklecijanovim konstitucijama, D'Ors nastoji da potvrdi, da su sporazumi koji su suprotni dobrim običajima ništavi, jer su suprotni rimskim principima. Postavlja se prema tome pitanje: prema Dioklecijanu, sporazumi o budućem nasleđu su ništavi zbog toga što ne postoji predmet soprazuma, ili zbog toga što su nemoralni, imajući u vidu to da klasični tekstovi insistiraju kako na postojanju predmeta prodaje, tako i na moralnosti sporazuma. Ovaj reskript Dioklecijana ne daje odgovor na ovo pitanje, jer ne razlikuje sporazume koji su protivni principu *bona fides*[46]*,* od onih sporazuma o budućem nasled-

---

[41] *Cons.* 4, 10 (Flavio Rumitalo, 293), takođe, Cons. 4, 9 (Sebastiano, Dec/May 293) *"Neque ex nudo nascitur pacto actio, neque si contra bonos mores verborum intercessit obligatio, ex his actionem dari convenit et reliqua"*.; D. Liebs, Die pseudopaulinischen Sentenzen II, Versuch einer neuen Palingenesie, Ausführung', Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte: romanistische Abteilung 113 (1996), str. 136; E. Levy, nav. delo, str. 54. n. 3.; J. A. Goddard, nav. delo, str. 18.

[42] Takođe prema Onoreu (T. Honoré, Emperors and Lawyers, Oxford, 1994, str. 181 – 185) Dioklecijan je nastojao na tome da sačuva klasično pravo od uticaja provincijskog prava.

[43] T. Mayer-Maly, nav. delo, str. 70 i dalje.

[44] R. Zimmermann, nav. delo, str. 710.

[45] J. A. Goddard, nav. delo, str. 18.

[46] *D.* 45, 1, 61.

stvu za koje je budući ostavilac još za života dao svoju saglasnost. Prema tome obe vrste sporazuma bi bile ništave.

Interpretacija napred navedene Pulove Sentencije[47] razrađuje zabranu zaključivanja sporazuma, navodeći sledeće slučajeve:

I. P. 1, 1, 2 (4). *„Si inter aliquos conveniat aut de admittendo crimine, vel inferenda violentia, vel faciendo, quod lex aut honestas prohibet, aut de rebus alienis, aut de bonis viventis aliquid paciscantur, haec pacta valere non possunt"* (Ako između bilo kojih lica nastaje sporazum o činjenju kaznenog dela, ili o primeni sile, ili o činjenju onog što zakon ili čast zabranjuje, ili o tuđim stvarima, ili se bilo šta dogovara o dobrima živih, ova pakta ne mogu biti valjana).

Pravno tehnički posmatrano, interpretatori nisu bili precizni, jer ulaze u ponavljanja. Očigledno je, da je „*admittendo crimine* i *inferenda violentia"* zabranjeno zakonom i da je istovremeno i nečasno, suprotno je *honestas (bonos mores)*. Interpretatori su najverovatnije u toku petog veka zamenili *bonos mores* sa *honestas*. Prema Gajevim Epitomama sačuvanim u Alarihovom Brevijaru[48] *bonos mores* i *honestas* imaju isto značenje[49]. Shodno tome, slažemo se sa mišljenjem Godarda, da su dobri običaji posle Dioklecijana dobili ponovo moralno obeležje[50].

Levi ovu interpretaciju[51] objašnjava na sledeći način: opšte pravilo jeste da su pakti koji su suprotni zakonima i časti ništavi. Prema Leviju, u daljem tekstu su posebno nabrojeni slučajevi ništavih sporazuma, koje on deli u tri grupe: u prvoj grupi su pakti o činjenju nekog delikta ili o upotrebi sile *(admittendo crimine, vel inferenda violentia);* u drugoj su oni o tuđim stvarima *(res aliena* prema Leviju označava tuđe nasledstvo); i najzad u trećoj grupi su pakti o *bonis viventis* (o dobrima živih lica). Ova dobra prema Leviju predstavljaju zaostavštinu još žive osobe[52]. Levi posmatra tuđe stvari i dobra žive osobe zajedno, u smislu tuđeg i sopstvenog nasledstva. Pri tome prati tekst sačuvan putem *Lex Romana Burgundionum* 38, 3: *"De successione viventum, nec de sua nec de aliena, quemquam pacisci posse, nec huiusmodi scripturam nomen pacti legibus vindicare,*

---

[47] *P. S.* 1, 1, 4 = *Brev. P. S.* 1, 1, 2 (4).

[48] *Brev. G. E.* 2, 9, 18.

[49] *Gaii Epitome (Brev. G. E.* 2, 9, 18): *"Possumus enim aut nostra negotia aut aliena cuicunque agenda mandare: dummodo honestum aliquid agi mandemus. Nam si contra bonos mores aliquid mandare voluerimus, hoc est, si cuiquam mandemus, ut alicui furtum faciat, aut homicidium aut adulterium admittat, in his rebus mandati obligatio non contrahitur".*; Za razliku od Epitoma, *Gai Inst*. III, 157 koristi samo izraz *„bonos mores"*, ali ne i *"honestum"*.

[50] Prema mišljenju Godarda (nav. delo, str. 19) korišćenjem reči *"honestas" I. P.* nastoji da daje "un sentido de moralidad personal, quizá una moral común como podria ser entonces la moral cristiana".

[51] *I. P.* 1, 1, 2 (4).

[52] E. Levy, nav. delo, str. 55, not. 3.

secundum legem Gregoriani et Hermogeniani". (O nasleđu živih, ni o svom ni o tuđem bilo šta može da se ugovara, niti pozivajući se na pismeno o ovim paktima može bilo šta zakonito da se zahteva, tako to određuje zakon Gregorijana i Hermogenijana).

Na ovaj način Levi nastoji da nas uvede u problematiku sporazuma o nasleđu korišćenih u provincijama[53]. U tom pogledu postavlja se pitanje, da li su po ovoj Interpretaciji[54] zabranjeni pakti o podeli dobara osobe za vreme njegovog života (takozvani pakti o nasleđivanju), ili je reč, zapravo, o raspolaganju tuđim stvarima (na primer, prodaji), tj. o raspolaganju sa budućim nasleđem od strane eventualnog budućeg naslednika? Treba da napomenemo da se reč *pactum* u postklasičnom periodu ne koristi u klasičnom pravno tehničkom smislu, već kao opšti pojam ugovaranja, sporazumevanja[55].

Levi u tom pogledu ne ide dalje, jer analizira samo one tekstove koji su direktno (često i tekstualno) vezani za posmatrani problem. Tako, ne obraća pažnju na druge izvore koji ukazuju na društveno ekonomske i političke okolnosti koje su najverovatnije i dovele do promene pravila.

Znamo da počev od Konstantinovog vremena carske konstitucije regulišu aktuelne probleme društva u dekadenciji. Mada je iz konstitucija pri njihovom unošenju u Teodosijev kodeks izostavljen uvod o razlogu izdavanja[56], problemi i okolnosti ovog perioda, po pravilu, mogu da se otkriju iz same carske odluke.

Pravilo o zabrani sporazuma o budućem nasleđu nalazimo i u Konstantinovoj konstituciji iz 327. godine, ali sada sa izuzetkom u slučaju ako bi se radilo o zaostavštini majke. Ova konstitucija razmatra pitanje podele majčine imovine među njenom decom još za vreme njenog života.

C. Th. 2, 24, 2 = *Brev. C. Th*. 2, 24, 2 (327): „*Nulli quidem de bonis usurpandis vivorum nec dividundis contra bonos mores concessa licentia est: sed si praecipiente matre bona eius inter se liberi diviserunt, placuit omnifariam nobis huiusmodi divisionem durare, si modo usque ad extremum eius vivendi spatium voluntas eadem perseverasse doceatur"*. (Niko ne sme suprotno do-

[53] Videti, G. Vismara, nav. delo, str. 482 – 486.

[54] *I. P*. 1, 1, 2 (4).

[55] Prema Diošdiju (Gy. Diósdi, Contract in Roman Law, From the Twelve Tables to the Glossators, Budapest, 1981, str. 169) u postklasičnim izvorima termini *contractus, pactum, pactio, placitum, conventio, negotium* upotrebljeni su ili kao sinonimi, ili u sličnom, a ponekad i u različitom smislu. Prema našem mišljenju u Paulovim sentencijama reč *pactum* je korišćena u smislu *conventio, convenire*. To odgovara i shvatanju interpretatora Paulovih sentencija.

[56] Vidi, E. Volterra, Intorno ad alcune costituzioni di Costantino, Rend. Cl. Scienze Morali Accad. Lincei. Ser. VIII vol. 13, 1958, str. 62 – 76; Il problema del testo delle costituzioni imperiali, La critica del testo, Atti del secondo congresso internazionale della società italiana di storia del diritto, Firenze 1971, str. 821 – 1097.

brim običajima da prisvoji niti da podeli dobra živih: ali ako majčina dobra uz njenu saglasnost njena deca podele, naša je volja da ova podela bude trajno valjana, ukoliko ona /majka/ sve do kraja svoga života ostaje sa time saglasna).

Interpretacija ne menja značenje Konstantinovog pravila, ali umesto "*contra bonos mores"* (koji je u *I. P*. 1, 1, 2 /4/, zamenjen sa „*honestas prohibet")* koristi reč *"iniustum*", ukazujući na to, da ova podela ne može više da se smatra nemoralnom, ali je protivpravna (protivna je zakonima):

Int. "Licet vivorum bona, ut dividantur, iniustum sit, tamen si mater vivens facultates suas filiis praeceperit et permiserit dividendas, et usque ad exitum vitae suae in eadem voluntate perstiterit, diviso inter filios facta perduret". (Mada je podela dobara živih protivpravna, ipak ako majka za života odredi i dozvoli svojoj deci da podele njenu imovinu i ostaje u toj želji sve do kraja svoga života, podela među decom ostaje trajna).

Imajući u vidu ovaj izuzetak od pravila, postavlja se pitanje eventualnog uticaja germanskih običaja[57] na Konstantinovu konstituciju. U klasičnom rimskom pravu po *SC Orfitianum* deca su mogla da naslede majku[58], međutim, u praksi mogli su nastati problemi oko toga da to majčina braća i roditelji priznaju[59]. S druge strane, sporazume o nasleđivanju ger-

---

[57] Vidi, R. Zimmermann, nav. delo, str. 712 i dalje.

[58] C. G.Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui*, I, Tübingen, 1909, str. 211, n. 64, *Ulpianus* l. XII *ad Sabinum: "Sive ingenua sive libertina mater est, admitti possunt liberi ad hereditatem eius ex SCto Orphitiano. Si nemo filiorum eorumve, quibis simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto. (Ait senatus) quae iudicata transacta finitave sunt, rata maneant"; D.* 38, 17, 1 *pr*.; 9.; 12; D. 38, 17, 9 *(Ulpianus)*; *C.* 6, 57, 1 (Krueger, Berlin, 1954): *Imperator Alexander Severus (A.* 225): *"Si intestatae mulieris consanguinei existant et mater et filia, ad solam filiam ex senatus consulto Orfitiano hereditas pertinet".*; 3. *Imperatores Diocletianus, Maximianus* (293): *"Matri intestatae defunctae secundum Orfitianum senatus consultum citra bonorum possessionem filia pro herede gerendo succedere non prohibetur"*; 4. *Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius* (383): *"Quotiens de emancipati filii filiaeve successione tractatur, filiis ex his genitis deferatur intacta pro solido successio neque ulla defunctae patri matrique concedatur intestatae successionis hereditas."; Iulii Pauli Sententiae,* 4, 10, 1 (FIRA II, Firenze, 1940): *"Filii vulgo quaesiti ad legitimam matris hereditatem adspirare non prohibentur, quia pari iure, ut ipsorum hereditates matribus, ita ipsis matrum deferri debuerunt".; Tituli ex corpore Ulpiani,* 26, 7 (Girard & Senn, Paris, 1967): *"Ad liberos matris intestatae hereditas ex lege duodecim tabularum non pertinebat, quia feminae suos heredes non habent; sed postea imperatorum Antonini et Commodi oratione in senatu recitata id actum est, ut sine in manum conventione matrum legitimae hereditates ad filios pertineant, exclusis consanguineis et reliquis agnatis"*.

[59] Na primer u slučaju nasleđivanja imovine emancipovane ćerke: *Brev. C. Th*. 5, 1, 3 (= *C. Th*. 5, 1, 3 - *Tit*. I /=*Brev*. I/ "*De legitimus hereditatibus"): Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. ad Hilarium Pf. P.* (19 Feb 383 Mediolanum): *"Quoties de emancipatae filiae successione tractatur, seu eam fiduciae nomen obstrinxit, seu etiam nulla comitantur suffragia liberorum, filiis ex ea genitis, etiamsi talis occasus avo vivente contingat, intacta pro solido successio deferatur, neque ulla defunctae patri matrique concedatur intestatae successionis hereditas, quum satis superque sufficiat adversus omnes legitimo gradu ad successionem venientes in hereditatibus matrum, incolumes ac superstites optabili sorte genitoris, successio liberorum"*.

manski narodi nisu smatrali nemoralnim, niti protivnim slobodi testiranja *(libera testandi facultas)*. Prema tome, u ovom slučaju nailazimo na problem: kako harmonizovati germanski običaj sa rimskim pravilima. Ovaj problem će se vratiti i u kasnijim vremenima, na primer, u vreme Bartola[60] i u vreme Mevija[61].

Rešenje ove harmonizacije nalazimo u konstituciji o primeni dugotrajnih običaja *(longa consuetudine)*. Videli smo da prema konstituciji *C. Th*. 5, 20, 1 običaji mogu da se primene ako nisu protivni *utilitas publica* u smislu interesa Rimske imperije. Prateći ovaj princip sporazumi koji su bili uobičajeni u svakodnevnom životu stanovništva provincija, a nisu ugrožavali *utilitas publica,* zadržali su svoju valjanost. Čak po Interpretaciji ove konstitucije: *"Longa consuetudo, quae utilitatibus publicis non impedit, pro lege servabitur"*[62].

Ne možemo negirati da su interpretatori pod uticajem germanskih običaja koristili termin *"iniustum",* umesto "*contra bonos mores"* (u smislu "*inhonestum"),* ali to još ne znači da je i Konstantinovo pravilo nastalo isključivo kao ustupak germanskim narodima u smislu preuzimanja njihovih običaja u carsko zakonodavstvo. Prema našem mišljenju, razlozi Konstantina su bili prvenstveno ekonomski.

Zabrana sporazuma vezanih za imovinu živih osoba (buduće nasleđe) u vremenima postklasičnog perioda, posebno imajući u vidu poresku reformu Dioklecijana – *capitatio-iugatio*, mogla je dovesti do problema materijalnog opstanka siromašnog stanovništva[63]. Naplata poreza je bila

---

[60] G. Vismara (nav. delo, str. 465 – 492), izlaže Bartolov metod pri rešavanju suprotnosti primene sporazuma o nasleđivanju imajući u vidu civilno pravo (koncepciju rimskog prava), kanonsko pravo i partikularna prava (staro langobardsko, feudalno i statutarno pravo) u skladu sa realnošću društva sopstvenog vremena.

[61] *Mevius, Decisiones (Decisiones super causis praecipuis ad summum tribunal regium Vismariense delatis.* Frankfurt am Main 1698), pars III, Dec. CCIXX (5): *"Sic in Germania hodie per mores vulgatum est, ut non attenta amplius ea juris civilis veteri costituzione pacta successoria valeant"*.

[62] Carevi su priznavali valjanost pismena o raspodeli imovine živih osoba među njihovim zakonitim naslednicima *(filis vel nepotibus cuiuscumque sexus)* sa dejstvom *post mortem* i u slučaju ako ova isprava nije imala sve formalne elemente rimskog testamenta: *C. Th*. 2, 24, 1 (= *Brev. C. Th*. 2, 24, 1) iz 321 ili 324. godine; *Int.: "...hoc inter filios et nepotes ex filiis masculis observetur, quod voluntate auctoris per quamcumque scripturam probabitur ordinatum".; C*. 3, 36, 21 (294); 26 (321).

[63] Počev od Dioklecijanovog vremena celokupno stanovništvo je podleglo poreskoj obavezi. Radi obezbeđenja naplate poreza njihova imovina je bila oterećena zalogom u korist fiska. Prema Freci (P. Frezza, Le garanzie delle obbligazioni, Corso di diritto romano, vol. II, Garanzie reali, Padova 1963, str. 176 – 178), fisk je već od vremena Severa imao privilegiju *"veluti pignoris iure"* na celokupnoj postojećoj i budućoj imovini poreskih obveznika; U Karakalinoj konstituciji čitamo: *C.* 8, 14 (15), 1 (213): "*Universa bona*

surova kako o tome svedoče pisci savremenici i carske konstitucije o zloupotrebama izvršilaca[64]. Iz carskih konstitucija saznajemo da su roditelji čak prodavali i svoju decu i ostale srodnike da bi izbegli preteću smrt od gladi ("*ut discrimen instantis mortis effugerent")*[65].

Imajući u vidu teške ekonomske prilike, članovi siromašne porodice nisu mogli finansijski samostalno da opstanu. Zahtevala se saradnja svih članova porodice. U takvoj situaciji nije bilo bitno ko je na osnovu prava vlasnik dobara koja pripadaju porodici. Citirana Konstantinova konstitucija zabranjuje samo samovoljno prisvajanje i podelu imovine žive osobe. Podela imovine između dece je moguća uz permanentu saglasnost majke.

Podelom majčine imovine od strane njene dece za njena života, postavlja se i pitanje: šta mogu deca da čine sa imovinom majke (budućim nasleđem) posle izvršene podele: postoji li mogućnost otuđivanja stvari iz ove imovine, mogu li deca da ih opterete zalogom, itd?

U Konstantinovoj konstituciji pitanje raspolaganja sa podeljenom majčinom imovinom od strane njene dece nije izričito regulisano. Međutim, uslov da majka treba da bude saglasna sa ovom podelom sve dok je živa, ograničava mogućnost umanjenja njene imovine od strane dece. Majka ne sme da ostane bez dobara neophodnih za život. U tom pogledu tekst Interpretacije koji je sačuvan u rukopisu *Epit. S. Gall*.[66] mnogo je jasniji, mada je pisan na iskvarenom latinskom jeziku:

"Quicuq; mulier post morte mariti sui vivens si suas res int suos filius dividere voluerit ipsas res postea du vivit tenere pote et ipsa divisio post eius morte firma pmaneat."(Kako; ako supruga posle smtri muža za

---

eorum qui censentur vice pignorum tributes obligate sunt"; C. 8, 14 (15), 2 (214): *"Certum est eius qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari, /quamvis specialiter id non exprimitur/*. Pravilo opšte hipoteke nalazimo i u tekstu Hermogenijana: *D*. 49, 14, 46 par. 3 *"Fiscus /semper/ habet ius pignoris"*.; Ova zaloga je bila *"tacite contrahitur", Nerat. D*. 20, 2, 4; *Paul, D*. 2, 14, 4.

[64] Problemi naplate poreza nastali su ne samo zbog siromaštva stanovništva, nego i zloupotreba poreznika, koji su nastojali na tome da oduzmu celokupnu imovinu obveznika. O tome, *Salvianus, De Gub. Dei,* 268; 269; 284; *C. Th*. 11, 1, 20; 26; 7, 20.

[65] Prodaja članova porodice bila je tužna realnost postklasičnog perioda, prvenstveno na Zapadu. Posle invazije Italije od strane Gota, Valentinijan piše u svojoj noveli *(Nov. Val*. 33, 1 = *Brev. Nov. Val.* 3, 11, 1 /451/): *"Notum est, proxime obscoenissimam famem per totam Italiam desaevisse, coactosque homines filios et parentes vendere, ut discrimen instantis mortis effugerent"*- i pita se: *"Cui non ingennuo mori satius est, quam iugum servile perferre?"*; detaljnije o tome, M. Sič, Izlaganje i prodaja dece u rimskoj imperiji, Pravni život, Beograd, 2001/9. tom. I, str. 573 - 585; T. Nótári, De iure vitae necisque et exponendi, Iuridicophilologica, Budapest 2004, str. 117 – 140 (takođe i u Jogtudományi Közlöny, 1998, 11, str. 421 – 434).

[66] *Epit. S. Gall - Brev. C. Th.* 2, 24, 2

svog života želi da podeli među decom svoje stvari, ove stvari posle dok je živa može da drži i ova podela ostaje čvrsta posle njene smrti).

Iz ovog teksta saznajemo da majka deli svoju imovinu među decom posle smrti muža još za svog života. Na ovaj način porodična imovina je obezbeđena za decu i u slučaju ako bi se ona ponovo udala. S druge strane, verovatno je, da deca mogu da upravljaju porodičnom imovinom sposobnije od majke. Istovremeno majka ne ostaje bez imovine, jer će ova podela biti konačna tek posle njene smrti[67].

Prema tome, dozvolom podele majčine imovine među decom trebalo je zaštititi interese majke. Očigledno je, da mada je podelila svoju imovinu među decom, ona je ostala i dalje vlasnik dobara[68], stoga, možemo pretpostaviti, da bi eventualno raspolaganje od strane njene dece ovim dobrima, bez njene saglasnosti, podleglo zabrani sklapanja sorazuma o tuđim stvarima.

Zabrana raspolaganja tuđim stvarima

Prema vladajućem mišljenju tuđe stvari su u klasičnom periodu mogle biti predmet ugovora o kupoprodaji, mada se o priznavanju valjanosti ove prodaje može pronaći samo jedan tekst u Digestama:

D. 18, 1, 28 *(Ulp*. 41. *ad Sab.) „Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest"*[69]. (Nije uopšte sporno da se tuđa stvar može otuđiti: jer je to kupovina i prodaja: ako može stvar kupcu ponuditi).

Ćutanje izvora o ovom pitanju objašnjava se režimom prodavčevih obaveza u klasičnom pravu[70], kao i argumentom da klasični pravnici nisu smatrali neophodnim da razmatraju u praksi prihvaćena uobičajena pravila[71].

Zabrana prodaje tuđe stvari u postklasičnom pravu, objašnjava se vraćanjem sa konsensualne kupoprodaje na kupoprodaju iz ruke u ruku. Ovaj akt razmene stvari za novac ima translativno dejstvo, tj. svojina prodate stva-

---

[67] Ovaj slučaj bi pravnički mogli da kvalifikujemo kao prenos svojine na decu uz zadržavanje prava plodouživanja u korist majke.

[68] Možemo reći da majka ostaje i dalje sopstvenik, jer može i da promeni svoju volju o podeli imovine sve dok je živa.

[69] Prema kritici (V. A.-Ruiz, nav. delo, vol. I, str. 134. n. 1), ovaj tekst su Justinijanovi kompilatori formulisali na osnovu Ulpijanovog teksta o pravu založnog poverioca da proda predmet zaloge.

[70] Reč je o obavezama prodavca: *possessionem tradere, purgari dolo malo, evictionem se obligare*; kao i o tome da je reč o konsensualnom ugovoru. Videti, V. A.-Ruiz, nav. delo. vol. I, str. 149 – 182.; M. Kaser, RPR, I, München, 1971, str. 549.; W. W. Buckland, A Text book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge 1966, str. 481.; F. De Zulueta, The Roman law of Sale, Oxford 1945, str. 11 – 12.

[71] V. A.-Ruiz, nav. delo. vol. I, str. 134. n. 1.

ri prelazi na kupca u momentu zaključenja ugovora[72]. Imajući u vidu da se svojina više ne razlikuje po pravu regulisanja na kviritsku, pretorsku i onu koju reguliše *ius gentium,* nema više razloga ni za to da prodavčeva obaveza glasi samo na prenos državine stvari *possessionem tradere* (što je u klasičnom pravu omogućavalo prodaju tuđe stvari). Pored ovih razloga tu su i carske konstitucije koje zabranjuju sklapanje sporazuma o tuđim stvarima.

Na primer, bilo je zabranjeno da podčinjena lica opterete zalogom stvari gospodara bez njegove saglasnosti i znanja „*invito vel inscio domino".*

C. Th. 2, 30, 2 = *Brev. C. Th*. 2, 30, 2 (422): *Impp. Honorius et Theodosius AA. Ioanni Pf. P. Post alia: "Nexum non faciat praediorum nisi persona, quae iure potuit obligari. Per servum autem vel procuratorem, colonum vel actorem seu conductorem praeiudicium possessioni invito vel inscio domino imponi non posse, et iuris et legum auctoritatibus decantatur etc"*[73]. (Niko ne može da optereti zemlju izuzev lica koje je može pravovaljano opteretiti. Stoga rob ili prokurator, kolon ili poslovođa kao i konduktor bez saglasnosti i znanja vlasnika ne može doneti odluku o posedu, to je određeno i autoritetom prava i zakona).

U ovom slučaju ne može biti reči o raspolaganju tuđim nasleđem, već samo o raspolaganju tuđim stvarima. Opterećenjem stvari vlasnika zalogom od strane podčinjenih lica, u slučaju ako dug ne bi bio isplaćen, poverilac bi mogao valjano da proda predmet zaloge i to bez znanja vlasnika *(non sciendo domino)*. U postklasičnom periodu, posebno počev od Konstantinovog vremena u slučaju raspolaganja sa zemljom, svojina i vlasnik morali su biti poznati *(certa et vera)* radi zaštite opšteg interesa Carstva *(utilitas publica)*.

Konstantinova konstitucija iz 337. godine zahteva da u slučaju prodaje zemlje susedi potvrde jasnu i istinitu svojinu prodavca *(certa et vera proprietas),* jer prodajom zemlje svojina prelazi na kupca i od tada će novi vlasnik biti opterećen porezom.

C. Th. 3. 1. 2 = *Brev. C. Th*. 3, 1, 2[74]*: „Qui comparat, censum rei comparatae cognoscat: neque liceat alicui rem sine censu vel compara-*

---

[72] M. Kaser, RPR., II, str. 282.; F. Pringsheim, The Greek Law of Sale, Veimar, 1950, str. 13; Savremeno Grčko pravo prihvata klasično pravilo o pribavljanju svojine na osnovu ugovora o kupoprodaji; o tome, K. D. Kerameus – P. J. Kozyris, Introduction to Greek Law, Denver, Boston, 1993, str. 129.

[73] Takođe *Interpretatio: „Non obliget possessionem nisi ille, qui proprius dominus esse dignoscitur: nam neque per servum, neque per procuratorem sive colonum aut actorem aut conductorem, si res fuerit obligata, praeiudicium domino poterit exhiberi".*

[74] Ova odredba je nešto šire uneta i u *Fr. Vat*. 35, bez veće suštinske razlike, videti, M. Sargenti, Contributi alla palingenesi delle costituzioni tardo-imperiali (I. *Vat. Fr*. 35 e *C. Th*. 3, 1, 2), Studi sul diritto del tardo impero, Padova, 1986, str. 259 – 279, kao i M. Sargenti, La compravendita nel tardo diritto romano, indirizzi normativi e realta sociale (Contributo all' interpretazione di *Fr. Vat*. 35), str. 279 – 307.

re vel vendere. Inspectio autem publica vel fiscalis esse debebit hac lege, ut, si aliquid sine censu venierit, et id ab alio deferetur, venditor quidem possessionem, comparator vero id, quod dedit pretium, fisco vindicante, perdat. 1. Id etiam placuit, neminem ad venditionem rei cuiuslibet accedere, nisi eo tempore, quo inter venditorem et emtorem contractus solenniter explicatur, certa et vera proprietas a vicinis demonstretur: usque eo legis istius cautione currente, ut, etiamsi subsellia vel, ut vulgo aiunt, scamna vendantur, ostendandae proprietatis probatio compleatur. 2. Nec inter emtorem et venditorem solennia in exquisitis cuniculis celebrentur, sed fraudulenta venditio penitus sepulta depereat." (Ko kupuje, priznaje i porez kupljene stvari, jer nikome nije dozvoljeno stvar ni kupovati ni prodavati bez poreza. Ovim Zakonom je određena javna i fiskalna kontrola, da bi u slučaju, ako je nešto stečeno bez poreza i ovo je od drugoga preneto, prodavac bi u korist fiska gubio državinu, a kupac ono što je dao na ime cene. 1. Ovaj zakon osim toga određuje, da nikome od prodaje stvari ne može pripadati bilo šta, ukoliko u vreme kada je između kupca i prodavca ugovor svečano zaključen, nije bila potvrđena od strane suseda stvarna i prava svojina, a ova isprava treba da bude sastavljena po ovom zakonu i neophodno je pružiti dokaz o svojini čak i onda kada se prodaju izmerene parcele zemljišta */subsellia, scamna/)*.

Dok se u konstituciji navode samo nepokretnosti, Interpretacija proširuje zahtev potvrde svojine prodavca i na slučajeve prodaje stvari srednje vrednosti, uz obrazloženje da se ne bi prodavale tuđe stvari (*„ne aliena vendatur")*[75]. Vlasništvo treba da bude *certa* i *vera* radi zaštite fiskalnih interesa Imperije. Ime novog vlasnika trebalo je biti registrovano u javnim knjigama *(censualibus paginis, publicis libris)*[76].

Imajući u vidu ove tekstove, ne slažemo se sa mišljenjem Levija, da prateći tekst sačuvan u *Lex Romana Burgundionum* (38, 3), tuđe stvari u Interpretaciji Paulovih sentencija (IP. 1, 1, 2 /4/) treba tumačiti kao tuđe nasledstvo[77].

---

[75] *Int.: "... ut etiam de mediocribus rebus si quid in usum venditur, ostendi vicinis placeat, et sic comparari, ne aliena vendantur".*

[76] *C. Th*. 11, 3, 5 (391) = *Brev. C. Th*. 11. 2. 2: *„Quisquis alienae rei quoquo modo dominium consequitur, statim pro ea parte, qua possessor fuerit effectus, censualibus paginis nomen suum postulet annotari, ac se spondeat soluturum: ablataque molestia de auctore in succedentem capitatio transferatur".* (Ko god da je pribavio svojinu na stvarima drugog, obavezan je da odmah upiše svoje ime u cenzorsku knjigu, i da sam garantuje isplatu u pogledu onog dela, čiji je držalac postao: otklanjajući tako neugodnosti za prenosioca, jer je *capitatio* prenet na sledbenika).

[77] E. Levy, nav. delo. 55, n. 3.

Razlikovanje sporazuma o nasleđivanju od sporazuma o raspolaganju budućim nasleđem u Justinianovom pravu

Iz Justinijanove konstitucije izdate 531. godine, saznajemo da su problemi vezani za sporazume o budućem nasledstvu bili veoma aktuelni i u Justinijanovo vreme, posebno što se tiče pitanja valjanosti pakata o raspolaganju nadanim nasleđem za života lica o čijoj imovini (zaostavštini) je reč *(bonis viventis)*[78].

Iz konstitucije saznajemo da je car Justinijan bio upitan od strane advokata iz Cezareje zbog sledećeg problema koji se pojavio u praksi:

C. 2, 3, 30: *„... si duabus vel pluribus personis spes alienae fuerat hereditatis ex cognatione forte ad eos devolvendae, pactaque inter eos inita sunt pro adventura hereditate, quibus specialiter declarabatur, si ille mortuus fuerit et hereditas ad eos perveniat, certos modos in eadem hereditate observari, vel si forte ad quosdam ex his hereditatis commodum pervenerit, certas pactiones evenire. Et dubitabatur, si huiusmodi pacta servari oportet"*. (...ako se dva ili više lica nadaju tome da će dobiti tuđu zaostavštinu na osnovu srodstva, i između njih je nastao neformalni sporazum (pakt) o budućem nasleđu, u kom je bilo posebno ustanovljeno, da ako on /budući ostavilac/ bude umro i oni budu pozvani na nasleđe, treba imati u vidu određene načine /podele/ ove zaostavštine, ili ako nekome iz ove zaostavštine bude pripala korist, treba postupiti prema određenim sporazumima. I nastaje nedoumica u pogledu toga, da li ove sporazume treba uzeti u obzir).

Justinijan daje sledeći odgovor:

"Faciebat autem eis quaestionem, quia adhuc superstite eo, de cuius hereditate sperabatur, huiusmodi pactio processit et quia non sunt ita confecta, quasi omnimodo hereditate ad eos perventura, sed sub duabus condicionibus composita sunt, si ille fuerit mortuus et si ad hereditatem vocentur hi qui pactionem fecerunt." (Do problema dovodi to da je sporazum nastao dok je lice čijem nasleđivanju se nadaju još uvek živo, zato ovi sporazumi nisu zasnovani na tome da će strane u sporazumu, u svakom slučaju, sigurno dobiti nasleđe, nego to zavisi od dva uslova, naime, da je vlasnik umro, i da će oni koji su zaključili ovakav sporazum biti pozvani na nasleđe).

Mada se Justinijan protivi zaključivanju takvih sporazuma, i izjavljuje: nama su svi takvi sporazumi mrski i potpuno su žalosni pa i opasni (*"nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus*"), posebno ako su zaključivani za života i bez znanja lica o čijoj imovini se radi *("Quare enim quodam vivente et ignorante de rebus eius qui-*

[78] *C.* 2, 3, 30; 1; 2, 3;, 4 (*Imperator Iustinianus* 531).

dam paciscentes convenerunt"), ipak prateći Konstantinovu konstituciju, Justinijan takođe čini izuzetak od zabrane. Dozvoljava sporazume o podeli budućeg nasleđa *(pacta succesoria)* uz saglasnost vlasnika, i to ne samo ako se radi o imovini majke, nego uopšteno i u slučaju drugih srodnika.

"Secundum veteres itaque regulas sancimus omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit et in ea usque ad extremum vitae spatium perseveraverit: tunc etenim sublata acerbissima spe licebit eis illo sciente et iubente huiusmodi pactiones servare." (Stoga, u skladu sa starim pravilima, određujemo da sporazumi ove vrste koji su nastali protivno dobrim običajima *(bonos mores)* u potpunosti su ništavi i da iz njih se ništa ne sme uzeti u obzir, izuzev ako lice o čijoj zaostavštini je sporazum napravljen svojom voljom daje za to saglasnost i u tome ostaje do kraja svog života. Tada odstranjujući sva prerana očekivanja, ovi sporazumi će moći da se primene obzirom na to da su zaključeni uz znanje i saglasnost vlasnika).

Istovremeno Justinijan obraća pažnju i na efekte ovih sporazuma. Reguliše i pitanje mogućnosti raspolaganja sa budućim nasleđem, što nedostaje u Konstantinovoj konstituciji.

"Quod etiam anterioribus legibus et constitutionibus non est incognitum, licet a nobis clarius est introductum. iubemus etenim neque donationes talium rerum neque hypothecas penitus esse admittendas neque alium quendam contractum, cum in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri vel pacisci secta temporum meorum non patitur." (Ono što nije bilo nepoznato ni iz prethodnih zakona i konstitucija, sada je od nas jasnije izloženo. Stoga određujemo da ni poklon ni hipoteka na ovim stvarima nisu nikako dozvoljeni, niti bilo koji drugi ugovor, jer od mojih vremena neće biti dozvoljeno da se bilo šta čini ili ugovara o tuđim stvarima protivno volji vlasnika).

Razjašnjava da buduće nasledstvo koje je podeljeno za života budućeg ostavioca, obzirom na to da je još uvek tuđa stvar, ne može da bude predmet sporazuma protivno volji vlasnika, a posebno ako se radi o aktima raspolaganja (poklon, zaloga itd.). Deo teksta *in fine: "temporum meorum non patitur"* ukazuje na praksu da su u prethodno vreme deca raspolagala ovim dobrima bez toga da su o tome pitali roditelje, pa čak i protivno njihove volje.

Iste 531. godine, Justinijan je izdao još jedan zakon vazan za posmatranu problematiku[79]. Ovaj zakon ukazuje na ekonomske razloge raspolaganja, od strane dece oba pola pod vlašću oca *(alieni iuris utriusque sexus),* dobrima koja formalno još pripadaju ocu. U slučaju insolventnosti

[79] *C*. 7, 71, 7.

dece, mada oni pravno još nemaju ništa u svojoj imovini (u svom cenzu), ako bi bili pritisnuti od strane poverilaca, Justinijan dozvoljava cesiju dobara[80] (budućeg nasleđa) iz razloga, da članovi porodice, koji će pre ili kasnije ova dobra imati u sopstvenom cenzu (imovini), ne bi zbog neplaćenog duga trpeli neopravdani strah zbog pritiska poverilaca.

C. 7, 71, 7 (531): *Imperator Justinianus. „Cum et filii familias possint habere substantias, quae patribus adquiri vetitae sunt, nec non peculium vel castrense vel quod patre volente possident, quare cessio bonorum eis deneganda sit? cum, etsi nihil in suo censu hi qui in potestate sunt parentum habeant, tamen, ne patiantur iniuriam, debet bonorum cessio admitti. Si enim et pater familias admittendus est propter iniuriarum timorem ad cessionis flebile veniens adiutorium, quare filiis familias utriusque sexus hoc ius denegamus? cum apertissimi iuris est et inter patres familias et alieno iuri subiectos, si quid postea eis pinguius accesserit, hoc iterum usque ad modum debiti posse a creditoribus legitimo modo avelli“.* (Imajući u vidu da i sinovi pod vlašću mogu da imaju imovinu, koju je ocu zabranjeno prisvojiti, kao što je *peculium*, ne samo *castrense* već i ono što na osnovu njegove (očeve) volje mogu da poseduju, zašto bi im trebalo onemogućiti *cessio bonorum*? Razlog toga jeste da oni koji su pod vlašću roditelja nemaju ništa u svom cenzu, ali da ne bi trpeli povredu /nepravdu/ treba da im se dozvoli *bonorum cessio*. Jer ako je ocu dozvoljeno da zbog straha od štete pribegne maloj pomoći cesije, zašto njegovoj deci oba pola ovo pravo negiramo? Tome služi ono potpuno jasno pravilo poznato i paterfamilijasu i njemu podčinjenim licima, da bi kasnije /kad postanu svojevlasna lica/ ova dobra njima pripala, iz istog razloga, do visine duga, poverioci mogu ova dobra na zakonit način oduzeti)[81].

Smatramo da je Konstantinova konstitucija o dozvoli podele majčine imovine među njenom decom dok je ona još živa, rezultat uticaja provincijskih narodnih običaja. Justinijan, mada to smatra za nužno zlo, takođe prihvata ovu mogućnost i čak je i proširuje na imovinu bilo kog budućeg ostavioca. Preuzimanjem ovog narodnog običaja u carske zakone bitno se menja klasično pravilo. Po našem mišljenju, Justinijanova konstitucija o sporazumima o budućem nasleđu može da nam pomogne u razjašnjenju Ulpijanovog nejasnog teksta o *„quasi spes hereditas”*[82].

---

[80] O cesiji dobara videti, M. Sič, *Cessio bonorum* rimskog prava (na temu ličnog bankrota savremenog prava), Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2009, Novi Sad, 2009, str. 259 – 279.

[81] S. Segura, La cessio bonorum, 2005, Zurich, str. 22, piše: “Le texte justifie cette extension par’espérance de patrimonie qu’ont les fils, héritiers de leur père.

[82] *D.* 18, 4, 11.

Polazeći od činjenice da je u postklasičnom periodu, kako je Polai ispravno konstatovao, *utilitas publica* stavljen iznad *utilitas privata*[83], jer su carevi izdavali zakone u cilju zaštite interesa Carstva, kao i od toga da Justinijan izjavljuje da on nije samo *solus conditor,* već i *interpres legum*[84], pravila *ius*a sadržana u Digestama trebalo je prvo uskladiti, a zatim i tumačiti u skladu sa carskim konstitucijama *(leges).* Mada to usklađivanje pravila ne možemo smatrati veoma uspešnim[85], samo nastojanje na tome daje povoda da prihvatimo mišljenje, da je Ulpijanov tekst bio interpolisan od strane sastavljača Digesta.

D. 18, 4, 11 *Ulpianus libro 32 ad edictum, "Nam hoc modo admittitur esse venditionem 'si qua sit hereditas, est tibi empta', et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus."*

Smatramo stoga da ovaj fragment treba tumačiti u skladu sa Justinijanovom konstitucijom[86]. Prema tome, buduće nasledstvo bi moglo biti predmet prodaje pod uslovom da lice o čijoj imovini je reč (budući *de cuius)* umre i da prodavac zaista postane naslednik (*"Nam hoc modo admittitur esse venditionem 'si qua sit hereditas, est tibi empta'"). U ovom delu ugovor odgovara kupovini nadanih stvari *(emptio rei spreratae)*[87]. Ako prodavac ne postane naslednik kupac ne ostaje u obavezi. Prema Justinijanu i ovaj pakt može biti valjan samo ako budući ostavilac daje svoju saglasnost za to. Ako bi prodavac postao naslednik, imajući u vidu da se prodaja može realizovati po pravilu posle smrti ostavioca, potpuno je neizvesno (ne zna se unapred) šta će biti predmet prodaje – *incertum rei veneat ut in retibus.* Samo u ovom slučaju može da bude reči o pravnom poslu sličnom kupovini nade *(emptio spei).*

---

[83] E. Pólay, Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom, Budapest 1964, str. 401; Rechtsordnungen im antiken Rom, AJASH, 3/1961, str. 42.

[84] *C*. 1, 14, 12, 5: *„Explosis itaque huiusmodi ridiculosis ambiguitatibus tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur...".*

[85] Ovo usaglašavanje je mnogo uspešnije urađeno u *Lex Romana Visigothorum (Breviarium)*, koji je uistinu zbornik mnogo manjeg obima od Justinijanove kodifikacije. Posmatrajući kompoziciju Brevijara, kao i sadržinu njegovih odredbi, smatramo, da su u ovom zborniku pravila *iusa* (*E. G.; P. S; C. Greg; C. Hermog* – u Brevijaru konstitucije *Codex Gregorianus* i *Hermogenianus* posmatraju se kao *ius*, najverovatnije prateći interpretaciju tzv. *"Lex citationis" /Brev. Int. C. Th*. 1, 4, 1 *in fine/: "Sed ex his omnibus iuris consultoribus, ex Gregoriano, Hermogeniano, Gaio, Papiniano et Paulo, quae necessaria causis praesentium temporum videbantur, elegimus"*) su u harmoniji sa pravilima *leges*. Prema tome, pri tumačenju pravila *ius*a u Brevijaru treba da imamo u vidu carske konstitucije unete u knjige Brevijara posvećenih Teodosijevom kodeksu i Postteodosijanskim novelama.

[86] *C*. 2, 3, 30; 1; 2; 3; 4.

[87] O razlici pravnog dejstva *emptio rei speratae* i *emptio spei*, videti, A. Földi – G. Hamza, A római jog története és institúciói, Budapest 1996, str. 502 – 503.

Zaključak

Provincijsko, kao i novonastanjeno varvarsko stanovništvo, poštovalo je svoja duboko ukorenjena običajna pravila. Dodelom rimskog građanstva celokupnom stanovništvu Imperije postavilo se pitanje: kako primeniti ova običajna pravila? Stav Severa i klasičnih pravnika bio je, da sudije treba da uvaže dugotrajne običaje građana. Dioklecijan naprotiv, najverovatnije uviđajući uticaj narodnih prava na pravo Imperije, bio je za očuvanje rimske pravne tradicije od prodora provincijskih običaja. Najzad u postklasičnom periodu za rešenje problema međuuticaja provincijskog i imperijskog prava ustanovljeno je pravilo, da dugotrajni običaji mogu da se primene ukoliko nisu u suprotnosti sa opštim interesom *(utilitas publica)* Carstva. Polazeći od ovog pravila putem carskog zakonodavstva vršena je i harmonizacija rimskog prava sa dugotrajnim narodnim običajima. Jedan od primera ovakve harmonizacije prava vezan je za problematiku raspolaganja sa budućim nasleđem.

Posmatrajući problem raspolaganja eventualnog budućeg naslednika sa budućim nasleđem počev od klasičnog perioda pa sve do Justinijana, naš opšti zaključak jeste, da buduće nasleđe nije moglo biti predmet raspolaganja za života lica o čijoj imovini se radilo ako za to ono nije dalo svoju saglasnost. Regulisanje ovog problema, međutim, dobija finije nijanse ako pored zakonskih pravila posmatramo i društvene prilike klasičnog i postklasičnog perioda.

U klasičnom periodu u kom je prodaja postojećeg nasleđa bila detaljno regulisana, ništavost prodaje budućeg nasleđa objašnjavala se ili nepostojanjem predmeta prodaje, ili nemoralnošću takvih raspolaganja. Prema našem mišljenju ni Ulpijanov tekst o *quasi spes hereditatis* ne menja ovo objašnjenje. Tumačeći ga u skladu sa Justinijanovom konstitucijom, u suštini se radi o prodaji budućeg nasleđa pod uslovom da prodavac zaista postane naslednik *(emptio rei speratae)*. Pravi kockarski elemenat ove prodaje je samo vrednost nasleđa – šta će biti u „mreži“ *(emptio spei)*.

Pod uticajem provincijskih običaja o primeni sporazuma o podeli nasleđa među decom još za života roditelja *(pacta successoria)*, u postklasičnom periodu nastaje neizdiferenciranost između ovih sporazuma i sporazuma o raspolaganju sa budućim nasleđem *(bonis viventis)*. Pakti o budućem nasleđu *(pacta successoria)* u Dioklecijanovo vreme smatrani su protivnim dobrim običajima *(bonos mores)* podrazumevajući pod ovim pravila rimskog prava, suprostavljajući ih provincijskim običajima.

Za razliku od Dioklecijana, Konstantin dozvoljava podelu majčine imovine među njenom decom za njena života, ako je ona saglasna sa time. Ovi pakti *(pacta successoria)* se smatrju valjanim ako majka ostaje u

toj volji sve do kraja svog života. Najverovatnije, obzirom na to da raspolaganje majčinim dobrima bez saglasnosti majke potpada pod zabranu raspolaganja tuđim stvarima, Konstantin ne razmatra pitanje mogućnosti raspolaganja budućim nasleđem za života majke od strane njene dece.

Najzad, Justinijan proširuje mogućnost podele imovine za života budućeg ostavioca uz njegovu saglasnost *(pacta successoria)* o bilo čijoj imovini da je reč, a istovremeno reguliše i mogućnost raspolaganja budućim nasleđem od strane budućih naslednika. Izričito zabranjuje budućim naslednicima da buduće nasledstvo poklanjaju, opterete hipotekom, kao i da raspolažu ovim na drugi način za života budućeg ostavioca bez njegove saglasnosti. S druge strane, to znači da je raspolaganje budućim nasleđem bilo moguće uz saglasnost vlasnika, budućeg *de cuius*a.

Nije sporno da je primena provincijskih, prvenstveno germanskog, običaja podele imovine roditelja za njihova života među decom, u postklasičnom periodu od strane Konstantina, a kasnije i Justinijana ozakonjena putem opšteg zakona *(lex generalis)*. Postavlja se, međutim, pitanje da li su carevi time želeli samo da priznaju valjanost takvih sporazuma, ili su imali i posebne razloge za to?

Smatramo, da su carevi, pored toga što su oživljavanjem „mrtvog kapitala" porodice omogućili opstanak porodice i njenih članova u teškim vremenima, imali u vidu i poseban (sebičan) interes Imperije *(utilitas publica),* a to jeste, da iz tog kapitala budući naslednici isplate svoje fiskalne dugove, prvenstveno poreze.

Magdolna Sič, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Novi Sad

The Long-lasting Customs (*longa consuetudine*) and the Public Interests (*utilitas publica*)

Abstract

In the process of creating the Roman Empire as well as thereafter during the struggle for its existence, the following question emerges: to which extent should be the acceding nations allowed to practice their deeply embedded customary rules? This question is important also nowadays in times of creation of the European Union and its unified legal system.

In terms of the use of customs Rome has been changing its attitude depending on important changes in the society. In times of a rise, during the period of Republic, Rome was deciding on whether it will allow or forbid the acceding nations to continue living by their own customs and religious rules. Later, when the roman citizenship has been given to all inhabitants of the Empire by Caracalla's Edict (in the 212. year), a liberal approach has been taken. In the constitution of Alexander Sever, as well as in the fragments of the classical lawyers one can read about the obligation of the judge to take into account the customs. However, when the Empire got into a serious crisis and barbarian people came onto the roman land, a general boundary has been set towards the use of long-lasting customs: these customs could be used, and potentially even have the force of a law, as long as they did not jeopardize the interests of the Empire *(utilitas publica)*.

The analyzed rules on the question can the potential future heirs dispose with the future heritage (the goods of a living person – *bonis viventis*) in the classical, post-classical and Justinian's law, points onto the fact that the post-classical cutomary rules, that were not in conflict with the interests of the Empire, contributed even to the changes of the rules of the classical roman law. In the taken example, the classical rule according to which the disposal with future heritage is null and void, is modified under

the influence of a german custom in a way that, property division and disposal with the divided property by future heirs was allowed, provided the future *de cuius* gave his consent. However, when adopting this rule the law maker took into account the selfish interests of the Empire as well: the conversion of "dead capital" into a "live capital", from which the heirs could fulfuill their fiscal duties. Hence, this custom was accepted not only because it was not not in conflict with the public interests, but because it served its purpose.

Key words: long-lasting customs; longa consuetudine; utilitas publica; roman law, harmonitzation of the law; pacta successoria; disposal with future heritage.

Originalni naučni rad 347.952(497.11)

Dr Nikola Bodiroga, docent
Pravnog fakulteta u Beogradu

IZVRŠITELJ

Sažetak: *Nakon osamdeset godina sudskog izvršenja građanskih sudskih odluka i nekoliko godina diskusije zakonodavac je odlučio da je vreme za radikalne promene u oblasti izvršnog postupka. Novi Zakon o izvršenju i obezbeđenju je uveo izvršitelje kao samostalnu pravničku profesiju. Zakon pravi razliku između (privatnog) izvršitelja i sudskog izvršitelja. Izvršitelj može biti samo diplomirani pravnik koji ima godine iskustva, položen ispit za izvršitelja i koji ispunjava druge uslove. Izvršitelj je prventsveno zadužen za sprovođenje izvršenja, ali u nekim situacijama (naplata potraživanja po osnovu komunalija, gde su državana preduzeća poverioci) on je gotovo jedini organ izvršnog postupka. Sama organizacija službe izvršitelja je izvedena na način koji ne podstiče konkurenciju. Zatvoren sistem vodi u monopol i moguću korupciju. Izvršitelj je odgovoran prvenstveno ministarstvu pravde, a u neznatnoj meri sudu. Komora izvršitelja nije sasvim autonomno telo, već pod jakim nadzorom ministarstva pravde. Zakon se odlučio za paralelan kolosek izvršenja putem sudskih i privatnih izvršitelja što je tranzicijsko rešenje ka potpunom prelasku na sistem privatnih izvršitelja.*

Ključne reči: *izvršitelj.–imenovanje.–prava, dužnosti i odgovornosti.–organizacija službe.– paralelni kolosek izvršenja*

I Vansudsko izvršenje građanskih sudskih odluka

U poslednjih 100 godina na prostoru Srbije je pet puta menjano zakonodavstvo kojim se uređuje prinudno izvršenje građanskih sudskih odluka i drugih izvršnih i verodostojnih isprava. Uvođena su nova sredstva i predmeti izvršenja, menjani rokovi, rekonstruisana pravna sredstva i

pravni lekovi u izvršnom postupku. Projektovani cilj je izostao. Izvršenje i dalje traje skoro koliko i parnični postupak, a procenat uspešno okončanih izvršnih postupaka je veoma mali. Normativno regulisanje izvšnog postupka je nužno pravni izraz društveno-ekonomskih prilika u zemlji. Tako se bar želelo prikazati. U tom smislu nije isti zakon o izvršnom postupku primeren zemlji koja je privredno posrnula i koja je izolovana od sveta i zemlji koja nastoji da privuče strane investicije i na druge načine stimuliše privrednu aktivnost. To je jedan od razloga koji je navođen u prilog čestih izmena izvršnog procesnog zakonodavstva. No, uvek nakon sprovedenih reformi čuju se iste reči kritike na račun nepodnošljivo sporog izvršenja koje ugrožava pravnu sigurnost.

Sporo izvršenje ili izostanak izvršenja su opasni iz više razloga. Najpre, izvršni postupak se ne može odvojiti od prava na pravnu zaštitu. Tačno je da se, po pravilu,[1] izvršenje nadovezuje na parnični ili drugi kognicijski postupak, ali iz toga ne treba izvesti zaključak o njegovoj važnosti. U izvršnom postupku se ne utvrđuju subjektivna građanska prava i obaveze na način na koji je to slučaj u parničnom postupku, ali se ta prava ne mogu uopšte ostvariti bez delotvornog i efikasnog izvršnog postupka.

Justice delayed is justice denied. Izvršenje koje je trajalo koliko i parnični postupak, a ne retko i duže, dovodi do obezvređivanja potraživanja izvršnog poverioca. Zato se izvršenje koje je dugo trajalo može po svojim posledicama izjednačiti sa potpunim izostankom izvršenja. Ovde pre svega imamo u vidu pravo na pravnu zaštitu. Ratifikacijom EKLJP pravo na suđenje u razumnom roku je postalo integralni deo prava na pravnu zaštitu. Iste godine je to pravo ugrađeno i u naše procesno zakonodavstvo[2], a 2006 na rang ustavnog principa uzdigao ga je Ustav Srbije.[3]

---

[1] Izvršenje na osnovu verodostojne isprave se sporovodi bez da je prethodno vođen i okončan parnični, odnosno neki drugi kogncijiski postupak. U parnicu će se preći tek ako izvršni dužnik prigovorom ospori obavezujući deo rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave (onaj deo rešenja koji se po svojoj pravnoj prirodi upodobljava izvršnoj ispravi) ili rešenje o izvršenju u celini. Ukoliko izvršni dužnik ne iskoristi svoje pravo na prigovor, izvršenje će se okončati, a da se parnični sud prethodno nije uopšte izjasnio o postojanju samog potraživanja koje se izvršenjem prinudno realizuje. Štaviše, u situaciji u kojoj izvršni poverilac raspolaže verodostojnom ispravom, tužba se odbacuje zbog nedostatka pravnog interesa.

[2] Član 10. ZPP. Član 6. ZIO govori o hitnosti u postupanju, koja odredba se kasnije razrađuje u posebnim sredstvima izvršenja. Nema sumnje, međutim, da se pravo na suđenje u razumnom roku primenjuje i na izvršenje, ne samo zbog stavova Evropskog suda za ljudska prava o tom pitanju, već i zbog člana 10. ZIO koji propisuje shodnu primenu ZPP u postupku izvršenja.

[3] Član 32. Ustava Srbije

Stranka ima pravo da se o njenim pravima odluči u razumnom roku od strane nezavisnog i na zakonu zasnovanog suda. Iako se u izvršnom postupku ne odlučuje u smislu člana 6. EKLJP, na izvršenje se primenjuje standard „razuman rok" i to je van svake sumnje. O tome se izjasnio i ESLJP[4], ali i domaći zakonodavac propisujući hitnost kao poseban princip koji je karakterističan za izvršni postupak.

Konačno, izvršenjem sudskih odluka i drugih izvršnih i verodostojnih isprava ne štite se samo subjektivna građanska prava. To jeste primarni, ali ne i jedini zadatak. Zakonitim i efikasnim izvršenjem potvrđuje se pravni poredak u celini. Ovaj, na prvi pogled ne toliko vidljiv cilj, ne sme se zanemariti. Iza organizacije i sprovođenja izvršnog postupka stoji država, pa se negativne posledice sporog i dugotrajnog izvršenja pre svega pripisuju državi, imajući u vidu da je kod nas i dalje sud organ pod čijom se suverenom kontrolom odvija izvršni postupak.

U prethodnim redovima smo ukazali na česte promene izvršnog procesnog zakonodavstva na prostoru Srbije. Ta konstatacija se komotno može proširiti i na sve zemlje nastale raspadom nekadašnje SFRJ. U potrazi za pronalaskom optimalnog modela česta su lutanja, pribegavanje ekstremnim rešenjima, te dovođenje u pitanje dosada nespornih postulata građanske izvršne procedure.

Ovaj trend nije mimoišao ni Srbiju. U pokušajima da se formuliše rešenje koje će zadovoljiti interese svih zainteresovanih strana, na prostoru bivše Jugoslavije ozbiljno se počela dovoditi u pitanje uloga suda u izvršnom postupku. Da podsetimo, prva kodifikacija izvršnog procesnog zakonodavstva u Kraljevini Jugoslaviji je bio Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 1930.godine. Ta kodifikacija je imala za uzor austrijsko pravo, preciznije *Exekutionsordnung* iz 1895. godine. Recepcija rešenja iz austrijskog uzora je značajna pre svega zbog toga što je na našim prostorima tada izvršenje građanskih sudskih odluka prvi put povereno sudu. U 19. veku za to je bila zadužena policija. Poslednji savezni zakon u ovoj materiji na području Jugoslavije je bio Zakon o izvršnom postupku iz 1978. I po tom zakonu je bilo nesporno da je izvršenje građanskih sudskih odluka pod kontrolom i u vlasti suda. Raspadom SFRJ, pojedine države su počele da donose svoje posebne zakone kojima se uređuje ova materija. Sve do 2005. bilo je van svake sumnje da je izvršni postupak sudski postupak. Te godine je pr-

[4] Grišević i drugi protiv Srbije (16909/06, 38989/06 i 39235/06), presuda ESLJP od 21.07. 2009, http://www.zastupnik.gov.rs/, 11.08.2009. ESLJP je našao da su zbog dugog trajanja izvršenja pravnosnažne sudske presude povređeni član 6 (1) EKLJP (pravo na suđenje u razumnom roku) i 1. Protokol uz EKLJP (pravo na mirno uživanje imovine).

vo u Makedoniji, a zatim delom i u Sloveniji potisnut sud iz izvršnog postupka.

U Makedoniji je 2005. godine donet Zakon o izvršenju. Već iz samog naziva zakona bila je jasna intencija zakonodavca. Nema reči postupak u naslovu, a čitanjem samog zakona vidi se i da je uloga suda marginalizovana. Shodno odredbama tog zakona za sprovođenje izvršenja nije potrebna dozvola ni od suda, niti od „izvršioca".[5] Izvršilac odmah počinje postupak na zahtev izvršnog poverioca i sprovodi izvršenje bez bilo kakve dozvole (kod nas se još uvek donosi rešenje o izvršenju). Poverilac sam bira „izvršioca" kome dostavlja zahtev za izvršenje. Ipak, može da izabere samo onog „izvršioca" čije je sedište na području osnovnog suda za koje je on imenovan, pod uslovom da izvršna isprava potiče od suda ili drugog organa sa tog područja. Protiv nepravilnosti u radu „izvršioca" može se podneti prigovor predsedniku suda na čijem području se sprovodi izvršenje. „Izvršioca" imenuje ministar pravde na osnovu konkursa za područje određenog osnovnog suda. On ima zamenika i pomoćnika koji deluju u okviru poverenih ovlašćenja. „Izvršilac" mora da bude državljanin Makedonije; da ima završen pravni fakultet; da ima najmanje 5 godina iskustva na pravničkim poslovima ili 3 godine na poslovima izvršenja; da ima položen ispit po programu koji je propisao ministar pravde za izvršioce; da aktivno zna makedonski jezik; da nije krivično osuđivan i da se ne vodi krivični postupak protiv njega; da im odgovarajuću opremu i potreban prostor za obavljanje izvršnih poslova i da da izjavu pred notarom o svom imovnom stanju.[6] Njemu se garantuje pristup svim informacijama i podacima kod poslodavaca, banke, u javnim knjigama i registrima koji se odnose na konkretnog dužnika. On ima pravo na asistenciju državnih organa kojima je zakonom naloženo da sarađuju sa „izvršiocem".[7]

U Sloveniji se pokušaj uvođenja privatnih izvršitelja završio kolapsom, jer je koncept bio u osnovi protivrečan i nesprovodiv. Privatni izvršitelj je imao neznatan nivo samostalnosti, pa je za preduzimanje skoro svake radnje morao da ide u sud po odobrenje, pa je u praksi izvršni postupak nepotrebno iskomplikovan.[8]

---

[5] A. Janevski, „Novi Zakon o izvršenju Makedonije i uloga izvršioca", *Pravni život* 12/2005, str. 243.

[6] Vidi član 32. Zakona o izvršenju Makedonije

[7] Vidi član 41. Zakona o izvršenju Makedonije

[8] Vidi V. Rijavec, "European Enforcement Order in Slovenia", saopštenje na skupu Public and Private Justice Course 2009: Enforcement, enforceability and effectiveness of legal protection IUC Dubrovnik, May 25 – May 29, 2009. http://www.iuc.hr/course-details.php?id=567,29.05.2009.

U Hrvatskoj se izvršenje zasnovano na dominatnoj ulozi suda označava prevaziđenim i neefikasnim, te se više ne može smatrati preduslovom delotvornog izvršavanja sudskih odluka. Austrija, čije je pravo krajem 19. veka predstavljalo uzor za prvu kodifikaciju pravila prinudnog izvršenja kod nas (Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 1930.), je napustila koncept sudskog izvršenja građanskih sudskih odluka. Izvršni postupak u Hrvatskoj je reformisan u proteklih nekoliko decenija menjan šest puta bez da je dostignut željeni nivo efektivnosti. Iz toga se izvodi zaključak da treba izvesti promene u organizacionoj sferi ustanovljenjem posebne profesije koja će se baviti samo građanskim izvršenjem. Nova profesija privatnih izvršitelja, pošto se sprovede njena privatizacija, treba da dostigne rang koji imaju sudije, advokati i notari. Ti privatni izvršitelji bi preuzeli neke od poslova koji su iz nadležnosti suda.[9] Zato je usvojen Ovršni zakon ali i poseban Zakon o javnim ovršiteljima kojim je konstituisana ova pravnička profesija i u toj zemlji.

U Srbiji je 05.05.2011. usvojen ZIO koji predviđa mogućnost izvršenja putem (privatnih) izvršitelja.[10] Doduše neka sredstva izvršenja su ostala rezervisana za sudske izvršitelje (izvršenje odluka iz radnih i poro-

[9] A. Uzelac, „Privatization of enforcement services – a way forward for Croatia and the region", saopštenje na skupu , Public and Private Justice Course 2009: Enforcement, enforceability and effectiveness of legal protection IUC Dubrovnik, May 25 – May 29, 2009, http://www.iuc.hr/course-details.php?id=567, 29.05.2009. U Austriji su organi izvršnog postupka sudija (*Richter*), naročito kvalifikovani nesudski službenik kojem su preneti određeni poslovi iz nadležnosti suda (*Rechtspfleger*), kao i sudski izvršitelj (*Gerichtsvollzieher*). U krug poslova koje obavlja službenik spadaju: potvrđivanje pravnosnažnosti i izvršnosti odluka koje je sam doneo, ukidanje klauzule pravnosnažnosti i izvršnosti koje je sam stavio, nametanje novčanih kazni do 200 evra, stavljanje potvrde evropskog izvršnog naslova kao i ukidanje iste, izvršenje na određenim pokretnim stvarima, potraživanjima, kao i odlučivanje o određenim pravnim sredstvima podnetim u tim istim postupcima. S druge strane, sudski izvršitelj sprovodi plenidbu pokretnih stvari i hartija kojima se dokazuje postojanje potraživanja, procenjuje vrednost pokretnih stvari, obavlja prenos državine nepokretnosti na prinudnog upravnika, predstavlja i protestira menice i druge vrednosne papire, (pod uslovom da su domaći), sprovodi iseljenje. Donošenje najvažnijih odluka: odobravanje izvršenja, odlučivanje o pravnim sredstvima o kojima ne odlučuju ni službenik niti sudski izvršitelj, - pretvaranje novčane kazne u kaznu zatvora i sl. obavlja sudija. Iz svega ovoga jasno je da Austrija nije ni blizu napuštanja koncepta sudskog izvršenja građanskih sudskih odluka, jer se odobravanje izvršenja ne može zamisliti bez sudskog rešenja, a sprovođenje faktičkih radnji je u rukama ili sudskog izvršitelja ili službenika, pri čemu se oni nikako ne mogu podvesti pod koncept profesionalnih privatnih izvršitelja za čije se uvođenje zalaže prof. Uzelac. Više o izvršenju u austrijskom pravu vidi u W.H. Rechberger/P.Oberhammer, *Exekutionsrecht*, Beč 2009.

[10] Sam ZIO barata terminima „izvršitelj" i „sudski izvršitelj", što je neprecizno i unosi zabunu jer izvršitelj može biti državni i privatni (public bailiff, odnosno private bailiff).

dičnopravnih sporova). Privatni izvršitelji postoje paralelno sa sudskim izvršiteljima, što je najčešći model koji se primenjuje kao tranziciono rešenje do potpunog prelaska na izvršenje putem privatnih izvršitelja. On se definiše kao fizičko lice koje imenuje ministar nadležan za pravosuđe da u statusu službenog lica sprovodi izvršenje u granicama rešenja o izvršenju i da vrši druga ovlašćenja koja su mu ovim zakonom poverena. Izvršitelj sprovodi izvršenje na osnovu rešenja suda za čije je područje imenovan, kao i privremene mere, ako zakonom nije drugačije određeno (član 4.ZIO). Međutim, nije samo sprovođenje izvršenja nadležnost izvršitelja. Izvršenje i obezbeđenje određuje sud, ako zakonom nije drugačije određeno, a sprovodi ga sud ili izvršitelj (član 2.stav 2.ZIO). Peti deo ZIO nosi naziv „Posebni postupak za namirenje potraživanja komunalnih i sličnih usluga. Ovde se kao poverilac pojavljuje država, odnosno javna preduzeća. Uloga izvršitelja je kod ovog sredstva izvršenja dominantnija jer on zaključkom odlučuje o predlogu za izvršenje. Neuredan i nedozvoljen predlog odbacuje zaključkom, a neosnovn odbija isto u formi zaključka (član 253.ZIO). Izvršitelju se daje pravo da odlučuje, da ceni dozvoljenost, urednost i osnovanost predloga za izvršenje, što se može nazvati vršenjem sudskih ovlašćenja. Samo država, odnosno veliki sistemi koji pružaju komunalne i slične usluge imaju pravo a zaobiđu sud kada je u pitanju dozvola izvršenja, i da se obrate privatnom izvršitelju. Zaključkom izvršitelj nalaže izvršnom dužniku da plati potraživanje zajedno sa troškovima (izvršna isprava) i određuje izvršenje radi prinudne naplate. Protiv zaključka izvršitelja može se izjaviti prigovor. U tom slučaju izvršitelj će spise dostaviti sudu uz nacrt odluke o prigovoru, u roku od pet radnih dana od prijema prigovora. Ako je nacrt odluke tako sastavljen da potpuno odgovara rešenju koje bi se imalo doneti, sud će na nacrt odluke o prigovoru staviti otisak štambilja kojim se predloženi nacrt odluke usvaja. Nacrt odluke sa otiskom štambilja suda ima pravnu snagu rešenja o izvršenju (član 256.stav 2.ZIO). Ovo je problematično rešenje, jer izvršitelj sastavlja nacrt odluke po prigovoru, a sud samo proverava da li je nacrt tako sastavljen da potpuno odgovara rešenju koje bi trebalo doneti. Faktički po prigovoru protiv sopstvenog zaključka prethodno se izjašnjava sam izvršitelj koji je doneo napadnuti zaključak. ZIO u osnovnim odredbama propisuje da se zaključkom izvršitelja odlučuje o sprovođenju izvršenja i drugim pitanjima upravljanja postupkom, a pored toga i u drugim slučajevima propisanim ovim zakonom (član 36.stav 2 i stav 3).

ESLJP se sprovođenjem izvršenja putem licenciranih privatnih izvršitelja bavio samo na posredan način. U nekim slučajevima su prisutne

nedoumice u pogledu privatizacije izvršenja. Ipak, bojazni ESLJP se više odnose na uskraćivanje prava na izjavljivanje pravnih lekova u izvršnom postupku, te garantovanje prava na pristup sudu u tom slučaju, nego li na poveravanje ovlašćenja za preduzimanje određenih izvršnih radnji privatnim licima. Ono što je od prvenstvene važnosti jeste primena člana 6. EKLJP na izvršni postupak, a u kontekstu vođenja izvršenja od strane privatnih licenciranih izvršitelja.

Jasno je da se član 6 (1) EKLJP primenjuje samo na sporove u kojima se odlučuje o subjektivnim građanskim pravima. Kod takvog stanja stvari, na prvi pogled se može zaključiti da vansudsko izvršenje nije u suprotnosti sa standardima EKLJP i praksom ESLJP. Ono što može doći pod lupu ESLJP jeste dozvoljavanje privatnim izvršiteljima da donose odluke kojima se utvrđuju subjektivna građanska prava i obaveze (rešenje o izvršenju radi naplate komunalnih i sličnih usluga je dvodelno: prvi deo predstavlja izvršnu ispravu jer se njime utvrđuje postojanje potraživanja, a drugi deo se upodobljava rešenju o izvršenju) ali i ovlašćenje da cene pravni lek protiv odluka koje sami donose.

II Privatni ili sudski izvršitelj

Osnovna je dužnost svake države da obezbedi izvršenje svih sudskih odluka unutar svojih granica. Država mora da stvori takav pravni sistem koji će garantovati, transparentan, delotvoran i fer sistem izvršenja sudskih odluka, što znači da lice koje se obrati sudu zato što je njegovo subjektivno građansko pravo povređeno ili ugroženo, i dobije presudu o tome, može računati na to da će njegova presuda biti izvršena u razumnom roku.

Najjednostavnije bi bilo da se sudske odluke i druge izvršne i verodostojne isprave dobrovoljno izvršavaju. Izvršni postupak ima za cilj da u konačnom ishodu uskladi ponašanje izvršnog dužnika sa sadržinom izvršne ili verodostojne isprave. Važan faktor koji utiče na stepen dobrovoljnog izvršenja izvršnih i verodostojnih isprava jeste percepcija kognicionog postupka koju imaju njegove stranke, a prvenstveno tuženi. Istraživanja pokazuju da što veći procenat tuženih doživljava kognicijski postupak kao pravičan (*perceived fairness*), to je veći stepen pokoravanja sudskim odlukama (*compliance*).[11] Slična istraživanja identifikuju nekoliko različitih faktora

[11] C.A. Mc Ewen/ R.J.Maiman „Mediation in Small Claims Court: Achieving Compliance Through Consent", Law & Society Review 18 no 1(1984) str. 11-60, navedeno prema R, Verkerk, saopštenje na skupu Public and Private Justice Course 2009: Enforcement, enforceability and effectiveness of legal protection IUC Dubrovnik, May 25 – May 29, 2009. http://www.iuc.hr/course-details.php?id=567, 29.05.2009.

zbog kojih se pravni subjekti pokoravaju sudskim odlukama, odnosno pravnom poretku uopšte: 1)neodobravanje kršenja pravila, 2)lični moral, 3)pol i 4) percipirana legitimnost suda i policije.[12] Najveći procenat pravnih subjekata koji dobrovoljno izvršava sudske odluke to čini zato što smatra da je ishod bio fer.[13] Fer procedura ne mora da znači kontradiktoran postupak (*adversarial or non-adversarial procedures*). Teško je izvući neko opšte pravilo iz svih sprovedenih istraživanja, mada se najčešće navodi da je procedura fer, ako su stranke mogle da iznesu svoje navode i dokaze, ukoliko su tretirane dostojanstveno i sa poštvanjem, i ako je sudija (*decision maker*) bio neutralan.[14] Fer i pravičan postupak je bitan pošto povećava stepen prihvatanja ishoda samog postupka, snaži podršku institucija koje sprovode postupak i konačno obebeđuje prihvatanje ishoda postupka, tj. dobrovoljno izvršenje sudskih odluka.[15] Mnoga američka istraživanja su pokazala da se sudovi doživljavaju kao legitimni u meri u kojoj stranke prihvataju sudske procedure kao fer i pravične.[16] Kako je shvatanje pravnih subjekata u pogledu pravičnosti postupka tesno povezano sa njihovom pokaravanjem

---

[12] T.R. Tyler, Why People Obey the Law, Bew Haven, Yale University Press 1990, navedeno prema R,. Verkerk saopštenje na skupu Public and Private Justice Course 2009: Enforcement, enforceability and effectiveness of legal protection IUC Dubrovnik, May 25 – May 29, 2009. http://www.iuc.hr/course-details.php?id=567, 29.05.2009.

[13] J. J. Long, „Compliance in Small Claim Court: Exploring the Factors Associated with Defendants´ Level of Compliance with Mediated and Adjudicated Outcomes" Conflict Resolution, Quarterly 21, no. 2(2003), str. 139-153, navedeno prema R.Verkerk, Fairness and compliance, saopštenje na skupu Public and Private Justice Course 2009: Enforcement, enforceability and effectiveness of legal protection IUC Dubrovnik, May 25 – May 29, 2009. http://www.iuc.hr/course-details.php?id=567, 29.05.2009.

[14] N. A. Welsh, „Perceptions of Fairness in Negotiation" Marq. I. Rev. 87 (2003--2004), str. 753-767, E. A.Lind, "Procedural Justice, Disputing and Reactions to Legal Authorities" In Everyday Practices and Trouble Cases, edited by Austin Sarat, 177-198, -Northwestern University Press, 1998, navedeno prema R. Verkerk, Fairness and compliance, saopštenje na skupu Public and Private Justice Course 2009: Enforcement, enforceability and effectiveness of legal protection IUC Dubrovnik, May 25 – May 29, 2009. http://www.iuc.hr/course-details.php?id=567, 29.05.2009.

[15] T. R.Tyler/ E.A.Lind „Procedural Justice" In Handbook of Justice Research in -Law, ed. By J.Sanders et al. New York: Kluwer Academic/Plenum Publishers, 2001, -navedeno prema R.Verkerk, Fairness and compliance, saopštenje na skupu Public and Private Justice Course 2009: Enforcement, enforceability and effectiveness of legal protection IUC Dubrovnik, May 25 – May 29, 2009. http://www.iuc.hr/course-details.php?id=567, 29.05.2009.

[16] S.C. Benesh, „Understanding Public Confidence in American Courts", The Journal of Politics 68, no.3 (2006), str. 696-707,navedeno prema R.Verkerk, Fairness and compliance, saopštenje na skupu Public and Private Justice Course 2009: Enforcement, enforceability and effectiveness of legal protection IUC Dubrovnik, May 25 – May 29, 2009. http://www.iuc.hr/course-details.php?id=567, 29.05.2009.

sudskim, arbitražnim odlukama i poravnanjima, to sam postupak u kojem se rešava spor o povredi ili ugrožavanju subjektivnog građanskog prava i izvršenje odluke kojom se on okončava moraju biti zajedno posmatrani.

Očekivanjima izvršnog poverioca država mora da izađe u susret preduzimajući sve mere kako bi se obezbedilo efektivno i efikasno izvršenje u postojećem pravnom okviru, odnosno da kreira pravni okvir u kojem će to biti moguće. Izvršni poverilac računa i da će ukoliko je izvršenje bilo neophodno i uspešno sprovedeno svi troškovi pasti definitivno na teret izvršnog dužnika.

Pretpostavka od koje se polazi jeste da je izvršni dužnik skrivio vođenje izvršnog postupka, time što nije uskladio svoje ponašanje sa izvršnom ili verodostojnom ispravom, pa je zbog toga izvršni dužnik odgovoran i za trošenje državnih sredstava potrebnih za vođenje izvršnog postupka. S druge strane, ukoliko je država obezbedila postojanje raznovrsnosti u pogledu sredstava i predmeta izvršenja, onda je na izvršnom poveriocu da plati troškove ukoliko je izvršenje bilo neuspešno. Troškovi izvršnog postupka se dodaju ukupnom dugu, te troškovima postupka iz koga je nastala izvršna isprava, pri čemu je izvršni dužnik dužan da ih plati sve. Kada je izvršenje delimično bilo uspešno izvršni poverilac će biti namiren nakon što se naplate troškovi izvršnog postupka.

Načelno posmatrano postoje dva moguća modela za izvršitelje: sudski i privatni izvršitelji. Na državi je da izabere između različitih modela. Mogu postojati sudski izvršitelji, privatni izvršitelji ili istovremeno i jedni i drugi. Bez obzira na to za koji se model država odluči, postoje različiti modeli njihovog zapošljavanja. Od 47 članica Saveta Evrope 22 se izjasnilo da ima sudske izvršitelje. Striktno privatne izvršitelje ima 14. Kombinovane modele ima Francuska gde postoji *Treausury bailiff* (javni službenik) ali se odluke građanskih sudova prvenstveno izvršavaju od strane *Huissier de justices* koji su privatni.

III „Izvršitelj“ prema odredbama ZIO

A.Položaj i uslovi za imenovanje

Izvršitelj je, po pravilu, pomoćni organ suda koji izvršava sudske odluke i vrši druga ovlašćenja koja su mu poverena. ZIO govori o sudskom izvršitelju i o (privatnom) izvršitelju. Sudski izvršitelj je lice zaposleno u sudu koje po nalozima sudije preduzima radnje izvršenja. Izvršitelj je fiizičko lice koje imenuje ministar pravde, a koje sprovodi radnje izvršenja u granicama rešenje o izvršenju i vrši drugi radnje na koje je zakonom ovlašćen. Kada se uporede definicije sudskog izvršitelja i izvršite-

lja (ZIO ne upotrebljava termin „privatni izvršitelj“) sadržane u odredbi člana 11.ZIO, vidi se da obojica preduzimaju radnje izvršenja u granicama rešenja o izvršenju, s tim što izvršitelj pored toga preduzima i druge radnje na koje je ovlašćen zakonom.

Sudski izvršitelj i dalje postoji. Njemu ZIO gotovo i da ne posvećuje pažnju. Sudski izvršitelj može biti svako punoletno lice. Ne postoje uslovi za njegovo imenovanje u pogledu stručne spreme i iskustva na sprovođenju izvršenja. ZIO gotovo da ne sadrži odredbe u pogledu njegovih prava, obaveza i odgovornosti. Njegov zadatak je pre svega da preduzima faktičke radnje izvršenja. Za štetu koju on prouzrokuje odgovara država po pravilima ZOO o odgovornosti pravnog lica za radnje njegovih organa. Iako je ideja ZIO bila konkurencija privatnog i sudskog izvršitelja, imajući u da je sedmi deo zakona posvećen samo privatnim izvršiteljima, a da se o sudskom izvršitelju ništa ne govori jasno je da je u pitanju prelazno rešenje, do potpunog prelaza na sistem privatnih izvršitelja. Kako je sama ideja vansudskog izrvršenja putem licenciranih privatnih izvršitelja u početku zvučala dosta revolucionarno, to je istovremeno postojanje oba sistema način da se protekom vremena održi na snazi onaj koji je uspešniji, mada je sam ZIO svojim odredbama već prejudicirao ishod ovog nadmetanja.

Izvršitelj preduzima radnje izvršenja, ali i donosi odluke u slučajevima predviđenim zakonom. Reč je o novoj specijalizovanoj pravničkoj profesiji (pored notara i medijatora). Radi se o fizičkom licu koje vrši poverena javna ovlašćenja (član 312.stav 1.ZIO). Izvršitelj obavlja delatnost kao preduetnik ili kao član ortačkog društva. Za izvršitelja može se imenovati lice koje ispunjava sledeće uslove: 1) da je državljanin Republike Srbije; 2) da je poslovno sposobno; 3) da je steklo diplomu pravnog fakulteta; 4) da ima najmanje dve godine radnog iskustva na poslovima izvršenja, odnosno tri godine radnog isustva na pravnim poslovima; 5) da je dostojno da obavlja poslove izvršitelja; 6) da je položilo ispit za izvršitelja; 7) da se nad ortačkim društvom čiji je on ortak ne vodi stečajni postupak; 8) da se protiv njega ne vodi istraga za krivično delo, odnosno da nije osuđivano za krivično delo na bezuslovnu kaznu zatvora od najmanje šest meseci ili za kažnjivo delo koje ga čini nedostojnim za obavljanje poslova izvršitelja. Dostojnost za obavljanje poslova izvršitelja utvrđuje se u skladu sa opšte prihvaćenim moralnim normama i kodeksom profesionalne etike izvršitelja.[17] Ispit za izvršitelja sprovodi komisija koju imenuje ministar. Program ispita za izvršitelja i način sprovođenja ispita, kao i

[17] Od kandidata za izvršitelja se ne traži posedovanje poslovnih veština i sposobnosti, odnosno da priloži poslovni plan, kakav je to slučaj u engleskom i holandskom pravu.

sastav i način rada komisije za sprovođenje ispita, uređuje se aktom ministra. Sa obavljanjem poslova izvršitelja nespojivo je vršenje javne funkcije, upravne ili nadzorne funkcije u privrednim društvima, obavljenje poslova obezbeđenja, advokata i drugih pravosudnih profesija, kao i obavljanje drugih poslova koji su nespojivi sa obavljanjem poslova izvršitelja (član 314.stav 1.ZIO). Time nije obuhvaćeno obavljanje naučnih, stručnih, umetničkih i obrazovnih aktivnosti, kao i obavljanje aktivnosti u Komori i međunarodnim naučnim udruženjima izvršitelja. Pored poslova nespojivih sa poslom izvršitelja utvrđenih odredbama ZIO, mogu se predvideti i dodatne inkompatibilne aktivnosti u skladu sa aktom Komore. Izvršitelj je dužan da prilikom imenovanja i jednom godišnje podnosi Komori izveštaj o svojoj imovini. Komora vrši proveru podataka iz izveštaja o imovini (član 314.stav 4.ZIO).

Izvršitelj stupa na dužnost danom polaganja zakletve pred ministrom (član 317.stav 1.ZIO).Tekst zakletve glasi: „Zaklinjem se da ću poštovati Ustav, zakone i druge propise Republike Srbije i da ću dužnosti izvršitelja obavljati savesno, pošteno i nepristrasno." (član 317.stav 2.ZIO). Smatra se da izvršitelj nije imenovan ako bez opravdanih razloga ne stupi na dužnost u roku od dva meseca od dana prijema rešenja o imenovanju. Odluku o tome donosi ministar. Izvršitelj ima pravo prigovora ministru u roku od osam dana od dana dostavljanja odluke (član 317.stav 3.ZIO). Tada ministar može imenovati za izvršitelja drugog kandidata koji se prijavio na konkurs (član 317.stav 4.ZIO). Pre polaganja zakletve izvršitelj je dužan da:1)zaključi ugovor o osiguranju za štetu koju bi mogao pričiniti trećem licu obavljanjem delatnosti, kao i o osiguranju prostorija i predmeta primljenih u depozit u slučaju njihovog oštećenja, uništenja ili nestanka; 2)obezbedi kancelariju i opremu neophodnu za sprovođenje izvršenja;3)izradi službeni pečat i štambilj;4)dostavi pisanu izjavu da ispunjava sve uslove za izbor;5)dostavi pisanu izjavu o adresi poslovnog sedišta, sa dokazom da je obezbedio prostor za obavljanje delatnosti (član 318.ZIO). Opšte uslove za zaključivanje ugovora o osiguranju i najniži iznos osiguranja iz člana 318. tačka 1) ovog zakona određuje ministar (član 319.stav 1.ZIO).Uslovi koji se odnose na kancelariju i neophodnu opremu iz člana 318. tačka 2) ovog zakona propisuju se aktom Komore, uz saglasnost ministra (član 319.stav 2.ZIO).

Mesta izvršitelja popunjavaju se na osnovu javnog konkursa koji raspisuje ministar.Komisiju koja sprovodi konkurs imenuje ministar.Komisija sastavlja listu sa predlogom za imenovanje kandidata i dostavlja je ministru.Bliži uslovi konkursa, način njegovog održavanja i sastav komisije određuju se aktom ministra. Ministar u roku od 30 dana od prijema li-

ste sa predlogom kandidata donosi rešenje o imenovanju izvršitelja. Rešenje o imenovanju izvršitelja dostavlja se izvršitelju i objavljuje u „Službenom glasniku Republike Srbije" (član 316.stav 1.ZIO).Pri imenovanju izvršitelja naročito se vodi računa o nacionalnom sastavu stanovništva, odgovarajućoj zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina i poznavanju pravne terminologije na jeziku nacionalne manjine, koji je u službenoj upotrebi na području jedinice lokalne samouprave u kojoj se nalazi sedište izvršitelja (član 316.stav 2.ZIO).Rešenje o imenovanju izvršitelja je konačni upravni akt.

Uslovi za imenovanje izvršitelja su dosta strogo postavljeni. U poređenju sa sudskim izvršiteljima, izvršitelji pre svega moraju biti pravnički obrazovani, i to sa određenim iskustvom na poslovima izvršenja, odnosno na pravnim poslovima. Poznavanje materije se proverava na posebnom ispitu.Ovakvo rešenje ima smisla ako se uzme u obzir da će izvršitelji osim faktikčkih radnji biti ovlašćeni i na donošenje posebnih akata, pre svega zaključaka o sprovođenju izvršenja, a u određenim situacijama i zaključaka o određivanju izvršenja.

B.Organizacija službe izvršitelja

Broj izvršitelja određuje ministar. Izvršitelj se imenuje za područje osnovnog suda i područje privrednog suda.[18] Vezivanje za nadležnost su-

[18] Prilikom opredeljivanja za jedan od modela organizacije službe izvršitelja mora se uzeti u obzir potreba za postojanjem konkurencije. Država koja je zasnovana na vladavini prava ne može da dopusti da u ovoj delatnosti postoji monopol pojedinca ili grupe ljudi. Samo postojanje konkurencije donosi uštede u troškovima i vodi povećanju kvaliteta usluga. Kada se posao izvršenja od strane privatnih izvršitelja organizuje jeftino efekat ušteda se prenosi i na same stranke, koje se sve više bivaju privučene privatnim izvršiteljima, jer mogu jeftino da naplate svoje potraživanje. S tim u vezi u Evropi postoji nekoliko primera.

Sistem geografskog monopola je svakako najstariji i najkonzervativniji. Izvršiteljima se dodeljuje određena oblast unutar koje su oni odgovorni za izvršenje (*bailiwick, area*). U tom smislu nema konkurencije u pravom smislu reči jer jedan izvršitelj ne može upasti (*trespass*) u oblast drugog izvršitelja, mada se konkurencija može postići poređenjem rezultata postignutim unutar pojedinih oblasti.

Unutrašnja konkurencija podrazumeva da je zemlja podeljena u različite oblasti (često su to poštanski okruze ili teritorije pojedinih sudova) pri čemu se svakom izvršitelju dodeljuje najmanje jedna oblast, a potencijalno sve. Izvršitelj ne može da odbije nalog da postupa protiv izvršnog dužnika koji se nalazi u oblasti za koju je dodeljen, ali može da odbije naloge da postupa u oblastima za koje nije posebno raspoređen. Skale honorara (*fee scales*) su iste, tako da takmičenje može da postoji samo u sferi kvaliteta usluga. Oni izvršitelji koji su uspešniji povećavaju svoj udeo na tržištu (*market share*), a oni čija je izvedba manje efikasna postepeno gube tržište. Na taj način zapravo tržišna utakmica je povezana sa kvalitetom usluga izvršenja.

da je problematično, ako se podsetimo da se nadležnost u izvršnom postupku vezuje za područje prebivališta odnosno sedišta izvršnog dužnika (član 3.stav 3.ZIO), a izvršni dužnik može da ima imovinu na teritoriji cele zemlje.

Jedno mesto izvršitelja, određuje se, po pravilu, na 25.000 stanovnika. Dakle broj izvršitelja je po pravilu zatvoren broj, ali se može usklađivati i sa potrebama tržišta, jer ministar, izuzetno, u zavisnosti od potreba ili na obrazložen predlog Komore može odrediti i veći broj izvršitelja. To je značajna uloga ministra pravde, ako se imaju u vidu i druga ovlašćenja kada je reč o nadzoru nad radom izvršitelja.

Izvršitelj je dužan da na zgradi u kojoj se nalazi kancelarija izvršitelja ima istaknutu tablu koja sadrži naziv: „izvršitelj" i ime i prezime izvršitelja. Ukoliko se sedište izvršitelja nalazi na teritoriji jedinice lokalne samouprave u kojoj je jezik i pismo određene nacionalne manjine u službenoj upotrebi, na tabli se naziv „izvršitelj" ispisuje i na jeziku nacionalne manjine. (član 320.stav 1.ZIO).Izvršitelj ima pečat koji sadrži naziv i grb Republike Srbije, ime i prezime izvršitelja, oznaku „izvršitelj" i sedište izvršitelja (član 320.stav 2.ZIO). Na oblik, izgled i veličinu pečata izvršitelja primenjuje se zakon koji uređuje pečat državnih i drugih organa (član 320.stav 3.ZIO) Izvrštelj ima štambilj koji sadrži naziv Republike Srbije, ime i prezime izvršitelja, oznaku „izvršitelj" i sedište izvršitelja. Oblik, izgled i veličina štambilja uređuju se aktom ministra (član 320.stav 4.ZIO). Ukoliko se sedište izvršitelja nalazi na području jedinice lokalne samouprave u kojoj je jezik i pismo određene nacionalne manjine u službenoj upotrebi, tekst pečata i štambilja ispisuje se i na jeziku i pismu nacionalne manjine (član 320.stav 5. ZIO).Izvršitelj može imati samo jedan službeni pečat i štambilj (član 320.stav 5.ZIO). Overeni otisak pečata, štambilja i overeni potpis izvršitelja deponuju se kod Ministarstva.Izvršitelj ima legitimaciju koju izdaje Ministarstvo (član 320.stav 6.ZIO). Izgled i sadržina legitimacije izvršitelja

---

Sama konkurencija se može zasnivati i na sistemu tendera (*competition by tender*). To znači da je sam rad na izvršenju rascepkan (*in batches*) i takav ponuđen na tenderu. Izvršitelji ali ne samo izvršitelji, su pozvani da ponude svoj rad u okviru smernica koja postavi tenderska komisija. Tenderi mogu biti nacionalni (ponuda se odnosi na izvršenje na celoj teritoriji zemlje), regionalni ili specifični u smislu da se odnose samo na određeno sredstvo izvršenja. Tender se odnosi na određeni period, pri čemu ga komisija može produžiti ako oceni da je to razumno.

Više o različitim modelima organizacije službe izvršitelja vidi J. Marston, A comparative study of the various business models employed by bailiffs in England and Wales, saopštenje na skupu Public and Private Justice Course 2009: Enforcement, enforceability and effectiveness of legal protection IUC Dubrovnik, May 25 – May 29, 2009. http://www.iuc.hr/course-details.php?id=567, 29.05.2009.

uređuje se aktom ministra (član 320.stav 7. ZIO).Pečat, štambilj i legitimaciju izvršitelj može upotrebljavati samo za službene radnje koje preduzima u granicama svojih zakonskih ovlašćenja (član 320.stav 8.ZIO).

Izvršitelj se razrešava dužnosti:1)ako se utvrdi da više ne ispunjava uslove za obavljanje delatnosti izvršitelja; 2) ako prihvati bilo koju javnu funkciju, upravnu ili nadzornu funkciju u privrednim društvima ili obavlja poslove javnog beležnika i advokata, odnosno druge poslove koji su nespojivi sa poslovima izvršitelja; 3) ako se utvrdi znatna nesaglasnost podataka iz izveštaja o imovini sa stvarnim stanjem imovine izvršitelja; 4) ako mu bude izrečena disciplinska mera trajne zabrane obavljanja delatnosti izvršitelja; 5) ako bude pravnosnažno osuđen za krivično delo na bezuslovnu kaznu zatvora od najmanje šest meseci ili za kažnjivo delo koje ga čini nedostojnim da obavljanje delatnosti izvršitelja; 6) ako ne ispunjava obavezu stručnog usavršavanja u skladu sa aktom Komore (član 321.stav 1.ZIO).Komora je dužna da odmah obavesti ministra, po saznanju razloga za razrešenje (član 321.stav 2.ZIO). Rešenje o razrešenju izvršitelja donosi ministar i objavljuje ga u „Službenom glasniku Republike Srbije" (član 322.stav 1.ZIO).Rešenje o razrešenju je konačni upravni akt i protiv njega se može voditi upravni spor (član 322.stav 2.ZIO).U rešenju iz stava 1. ovog člana, ministar određuje drugog izvršitelja koji privremeno preuzima poslove razrešenog izvršitelja do imenovanja novog izvršitelja (član 322.stav 3.ZIO). Izvršitelj može podneti zahtev za brisanje iz imenika izvršitelja (član 323.stav 1.ZIO).Izvršitelj je dužan da obavlja poslove izvršenja dok ministar ne donese odluku o imenovanju novog izvršitelja, a najduže 60 dana od dana podnošenja zahteva iz stava 1. ovog člana (član 323.stav 2.ZIO). U slučaju odlaska u penziju izvršitelja, do imenovanja novog izvršitelja, poslove izvršitelja preuzima zamenik izvršitelja (u daljem tekstu: zamenik), a ako izvršitelj nema zamenika, predsednik Komore određuje privremenog zamenika (član 323.stav 3.ZIO).

Izvršitelj je obavezan da pohađa redovnu stručnu obuku (član 324.stav 1.ZIO).Komora vodi evidenciju o pohađanju seminara i drugih oblika usavršavanja izvršitelja i o tome obaveštava Ministarstvo (član 324.stav 2.ZIO).Program stručnog usavršavanja izvršitelja propisuje Komora (član 324.stav 3.ZIO).

Izvršitelj može imati jednog ili više zamenika (član 333.stav 1.ZIO).Lice koje ispunjava uslove iz člana 313. ovog zakona može biti imenovano za zamenika izvršitelja (član 331.stav 2.ZIO).Zamenik može obavljati sve radnje izvršenja i obezbeđenja kao i izvršitelj. Zamenik pot-

pisuje odluke koje donosi tokom obavljanja radnji izvršenja i obezbeđenja potraživanja svojim imenom i nazivom „zamenik izvršitelja" (član 333.stav 3.ZIO).Izvršitelj je odgovoran za rad svog zamenika i solidarno je odgovoran za štetu učinjenu njegovim radom (član 333.stav 4.ZIO).Pri sprovođenju radnji izvršenja i obezbeđenja potraživanja zamenik koristi pečat i štambilj izvršitelja u čije ime postupa (član 333.stav 5.ZIO).Pri sprovođenju radnji izvršenja i obezbeđenja potraživanja zamenik koristi legitimaciju čiji izgled i sadržinu propisuje ministar (član 333.stav 6. ZIO).Odredbe ovog zakona o stupanju na dužnost, vršenju dužnosti, obuci, disciplinskoj odgovornosti izvršitelja i disciplinskom postupku, nespojivosti drugih funkcija i poslova sa ovlašćenjima izvršitelja, nadzoru nad radom izvršitelja i razrešenju izvršitelja shodno se primenjuju na zamenika (član 333.stav 7.ZIO). Zamenika imenuje ministar na predlog izvršitelja, a po prethodno pribavljenom mišljenju Komore (član 334.stav 1.ZIO).Rešenje ministra o imenovanju zamenika je konačno (član 334.stav 2.ZIO).Lice imenovano na funkciju zamenika stupa na dužnost danom polaganja i potpisivanja zakletve pred ministrom, koja glasi: „Zaklinjem se da ću poštovati zakone Republike Srbije i obavljati funkciju zamenika izvršitelja savesno, pošteno i nepristrasno" (član 334.stav 3.ZIO). U slučaju sprečenosti, izvršitelj koji nema zamenika, određuje privremenog zamenika, koji mora da ispunjava uslove za zamenika i o tome obaveštava Ministarstvo, Komoru i sud za čije područje je imenovan (član 335.stav 1.ZIO).Ako izvršitelj ne imenuje privremenog zamenika u roku od osam dana, predsednik Komore određuje privremenog zamenika (član 335.stav 2.ZIO).[19] Izvršitelj može da zaposli ili angažuje treća lica koja u ime i za račun izvršitelja sprovode pojedine radnje izvršenja i obezbeđenja (član 336.stav 1.ZIO).Izvršitelj odgovara za štetu koju ta lica učine pri obavljanju pojedinih izvršnih radnji član 336.stav 2.ZIO).Lica iz stava 1. ovog člana su dužna da čuvaju poslovnu tajnu pod istim uslovima koji važe za izvršitelja (član 336.stav 3.ZIO).

Ministarstvo vodi imenik izvršitelja i zamenika, u koji se upisuju: 1) ime, datum rođenja, matični broj (JMBG), poreski identifikacioni broj (PIB) i sedište izvršitelja, kao i ime, datum rođenja i JMBG njegovog zamenika; 2) datum imenovanja i datum stupanja na dužnost izvršitelja, odnosno zamenika, kao i datum razrešenja; 3) sud za čije je područje izvršitelj imenovan;4) disciplinske mere izrečene izvršitelju, odnosno zameniku; 5) drugi podaci određeni propisima.Ministarstvo vodi i imenik ortačkih društava izvršitelja, u koji se upisuju:1) poslovno ime ortačkog dru-

[19] Sam ZIO međutim ne određuje koje uslove mora neko lice da ima, da bi moglo biti imenovano za privremenog zamenika.

štva, poreski identifikacioni broj (PIB) i sedište; 2) datum i broj rešenja o upisu, odnosno brisanju iz nadležnog registra; 3) podaci o osnivačima;4)drugi podaci određeni propisima. (član 337. stav 1.ZIO). Izvršitelj, odnosno zamenik dužan je da u roku od osam dana prijavi promene podataka unetih u imenik. Sadržina i način vođenja imenika iz st. 1. i 2. ovog člana, bliže se uređuju aktom ministra.

Komora je profesionalno udruženje u koje se udružuju svi izvršitelji i zamenici upisani u imenik.Komora posluje kao neprofitno udruženje.Komora ima svojstvo pravnog lica sa ovlašćenjima određenim zakonom i statutom Komore Sedište Komore je u Beogradu.Nadzor nad radom Komore obavlja Ministarstvo (član 338. ZIO).

Komora: 1) donosi Statut, kodeks profesionalne etike izvršitelja i druge akte, u skladu sa zakonom i Statutom; 2) čuva ugled, čast i prava profesije izvršitelja; 3) stara se da izvršitelji savesno i u skladu sa zakonom obavljaju svoje poslove; 4) predstavlja izvršitelje kod državnih organa radi zaštite prava i interesa profesije; 5) stara se o stručnom usavršavanju izvršitelja i organizuje stručne skupove, seminare i savetovanja u oblasti izvršenja; 6) vodi pomoćni imenik izvršitelja i zamenika, kao i imenik ortačkih društava izvršitelja; 7) uspostavlja i ostvaruje saradnju sa komorama izvršitelja drugih zemalja; 8) obavlja druge poslove utvrđene ovim zakonom i Statutom (član 339.ZIO). Statutom i drugim opštim aktima Komore uređuje se organizacija i poslovanje Komore, način izbora organa Komore i druga pitanja od značaja za rad Komore.Ministar daje saglasnost na Statut i druge opšte akte Komore (član 340.stav 1.ZIO).[20] Organi Komore su: skupština, izvršni odbor, nadzorni odbor i predsednik Komore (član 341.ZIO). Članovi Skupštine Komore su izvršitelji i zamenici upisani u imenik. Skupština Komore: 1) donosi Statut, kodeks profesionalne etike izvršitelja i druge akte Komore; 2) bira članove izvršnog i nadzornog odbora, predsednika Komore i članove drugih organa Komore; 3) odlučuje o drugim pitanjima predviđenim zakonom i Statutom (član 342.stav 2.ZIO). Izvršni odbor Komore ima pet članova.Izvršni odbor: 1) predlaže Statut i druge opšte akte Komore; 2) priprema sednice skupštine Komore; 3) stara se o poslovanju Komore; 4) odlučuje o visini članarine i načinu njenog plaćanja; 5) obavlja i druge poslove određene zakonom i Statutom (član 343.stav 2.ZIO). Nadzorni odbor vrši nadzor nad zakonitošću rada i finansijskim poslovanjem Komore.Nadzorni odbor ima tri člana (član 344.ZIO). Predsednik Komore predstavlja i zastupa Komo-

[20] Komora stoji pod snažnim nadzorom ministarstva iako bi trebalo da bude autonomno esnafsko udruženje.

ru. Predsednik Komore 1) predstavlja Komoru; 2) stara se da Komora radi i posluje u skladu sa zakonom i Statutom; 3) izvršava odluke organa Komore u skladu sa Statutom; 4) vrši druge poslove određene zakonom i Statutom (član 345.stav 2.ZIO).

C. Krug poslova, obaveze i odgovornost izvršitelja

U predmetima izvršenja i obezbeđenja potraživanja, u skladu sa odredbama i ograničenjima propisanim ovim zakonom izvršitelj: 1) postupa po predlogu za sprovođenje izvršenja i određuje način izvršenja, ako izvršni poverilac nije odredio način izvršenja; 2) postupa po predlogu za izvršenje na osnovu verodostojne isprave radi ostvarenja novčanog potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih i sličnih usluga; 3) dostavlja svoja akta, kao i podneske i sudske odluke po ovlašćenju suda; 4) utvrđuje identitet stranaka i učesnika u postupku izvršenja; 5) prikuplja podatke o imovinskom stanju izvršnog dužnika; 6) donosi zaključke, sastavlja zapisnike, zahteve i službene beleške u skladu sa ovlašćenjima iz ovog zakona; 7) sprovodi popis, procenu imovine, plenidbu i prodaju pokretne imovine i nepokretnosti; 8) o svom trošku i na svoju odgovornost poverava trećim licima prodaju imovine; 9) prima i čuva popisanu ili obezbeđenu imovinu izvršnog dužnika, nalaže prenošenje vlasništva nad imovinom i obavlja deobu imovine i novčanih sredstava ostvarenih njenom prodajom; 10) sprovodi iseljenje i druge izvršne radnje neophodne radi sprovođenja izvršenja, u skladu sa zakonom i drugim propisima; 11) na zahtev izvršnog dužnika, odnosno izvršnog poverioca posreduje u cilju postizanja sporazumnog rešenja; 12) prima i prenosi novčana sredstva, u skladu sa ovim zakonom; 13) preduzima i druge radnje predviđene ovim zakonom (član 325.ZIO). Izvršitelj obavlja poslove koji su pretežno vezani za izvršenje, ali ne samo njih, npr. dostavljanje. On obavlja i funkciju medijatora između izvršnog poverioca i izvršnog dužnika. Na taj način se teži da profesionalnim obavljanjem delatnosti privatnog izvršitelja obe strane bude zadovoljene, a da izvršenje bude uspešno sprovedeno.

Izvršitelj je celokupnom svojom imovinom odgovoran za štetu koja tokom postupka izvršenja nastane njegovom krivicom (član 326.ZIO).[21] Izvršitelj je dužan da u sprovođenju izvršenja postupa po odredbama ovog zakona, sudskim odlukama i uslovima određenim u izvršnoj ispravi kojima se ograničava izvršenje na određenim sredstvi-

[21] Bez obzira na ovako definisanu odgovornost izvršitelja, za akte i radnje izvršitelje kojima se povređuju prava iz EKLJP, (naoričito imam u vidu povredu člana 6(1) EKLJP) ne može se isključiti odgovornost države, jer ona odgovara za povrede prava garantovanih EKLJP na njenoj teritoriji, bez obzira na to od kojih lica ta povreda potiče.

ma i predmetima (član 327.stav 1.ZIO).Izvršitelj je dužan da bez odlaganja nakon obavljanja svake radnje u izvršnom postupku beleži svoje aktivnosti u evidenciju iz člana 328. ovog zakona (član 327.stav 2.ZIO).Izvršitelj je dužan da kao poslovnu tajnu čuva podatke do kojih dođe u obavljanju svoje delatnosti i ne sme ih koristiti radi pribavljanja koristi za sebe ili drugo lice (član 327.stav 3.ZIO).Dužnost iz stava 3. ovog člana postoji i nakon prestanka obavljanja delatnosti izvršitelja (član 327.stav 4.ZIO).

Izvršitelj nije samo organ koji sprovodi izvršenje, kod određenih sredstava izvršenja on je gotovo i jedini organ izvršnog postupka. ZIO je uredio poseban postupak izvršenja za namirenje potraživanja po osnovu komunalnih i sličnih usluga. Predlog za izvršenje na osnovu verodostojne isprave radi ostvarenja novčanog potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih i sličnih usluga podnosi se izvršitelju na čijem području se nalazi sedište izvršnog poverioca (član 252.stav 1.ZIO). Uz predlog za izvršenje, izvršni poverilac je dužan da dostavi i pismeni dokaz da je pre podnošenja predloga za izvršenje opomenuo izvršnog dužnika da izvrši obavezu. O predlogu za izvršenje izvršitelj odlučuje zaključkom. Nedozvoljen i neuredan predlog odbacuje, a neosnovan predlog odbija zaključkom. Ako su ispunjeni uslovi iz člana 18. ovog zakona (odnosno ako postoji verodostojna isprava i podobna je za izvršenje), izvršitelj će zaključkom izvršnom dužniku naložiti da u roku od osam dana od prijema zaključka izmiri potraživanje zajedno sa odmerenim troškovima i odrediti izvršenje radi ostvarivanja tih potraživanja. Izvršitelj donosi zaključak o izvršenju, kao što izvršni sud donosi rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave. Taj zaključak o izvršenju ima dva dela: obavezujući (nalaže se izvršnom dužniku da izmiri dug) i određujući (definiše se sredstvo izvršenja radi naplate duga iz prvog dela rešenja). U članu 36.ZIO govori se o odlukama koje se donose u postupku izvršenja. To su rešenja i zaključci. Zaključkom suda se određuje sprovođenje pojedinih radnji i upravlja postupkom (član 36.stav 3.ZIO). Zaključkom izvršitelja se, pored slučajeva iz stava 3.ovog člana odlučuje i u drugim slučajevima kada je to ovim zakonom propisano. Dakle sud zaključkom određuje sprovođenje izvršenja i upravlja postupkom, a izvršitelj koji je podređen sudu u svom radu, može zaključke da donosi i u drugim slučajevima predviđenim ovim zakonom. Jedan od tih „drugih“ slučajeva jeste i dozvoljavanje izvršenja (istovremeno utvrđivanje potraživanje i određivanje sredstva izvršenja)[22] kada je u pitanju naplata

[22] Podestimo se, da po članu 6. EKLJP i članu 32. Ustava Srbije svakome se garantuje pravo da o njegovim subjektivnim građanskim pravima i obavezama odluči nezavi-

potraživanja po osnovu komunalnih i sličnih usluga. Kako se ovim zaključkom odlučuje o samom potraživanju i načinu naplate potraživanja, uprkos opštem pravilu po kojem protiv zaključka nije dozvoljen pravni lek (član 39.stav 7.ZIO), ovde se mora napraviti odstupanje zbog prirode ovog zaključka izvršitelja koji je istovremeno i izvršna isprava i rešenje o izvršenju.

Protiv zaključka kojim se utvrđuje obaveza izvršnog dužnika i određuje izvršenje izvršni dužnik može izjaviti prigovor iz sledećih razloga: 1) da se verodostojna isprava ne odnosi na izvršnog dužnika; 2) da obaveza iz verodostojne isprave nije dospela, odnosno da uslov nije ispunjen; 3) da je obaveza izvršena ili na drugi način prestala, u celini ili delimično; 4) da je potraživanje zastarelo. Izvršni dužnik je dužan da uz prigovor dostavi pismene isprave kojim dokazuje navode iz prigovora (član 254.stav 2.ZIO) Prigovor nema suspenzivno dejstvo (član 254.stav 3.ZIO), što znači da je moguće da sud utvrdi da je zaključak nezakonit nakon što je recimo prodat stan izvršnog dužnika da bi se namirio dug prema Infostanu. Ceo postupak izvršenja radi naplate potraživanja po osnovu komunalnih i drugih sličnih usluga je konstruisan tako da se privileguju određene kategorije poverilaca (javna preduzeća i kompanije koje vrše komunalne i druge slične usluge). Na to upućuje i druge odredbe kojima se uređuje postupak po prigovoru. O prigovoru odlučuje veće suda na čijem se području nalazi sedište izvršnog poverioca (član 256.stav 1.ZIO). Iako je smisao propisivanja posebnih nadležnosti u parnici, ali i u drugim građanskim sudskim postupcima prvenstveno zaštita slabije strane (davanjem većeg izbora u pogledu nadležnosti, vezivanjem nadležnosti za sedište odnosno prebivalište slabije strane), ZIO ovde štiti jaču stranu u procesnopravnom odnosu i time izigrava sam smisao pravila o posebnoj nadležnosti. Ako izvršni dužnik ili izvršni poverilac izjave prigovor, izvršitelj će spise dostaviti sudu uz nacrt odluke o prigovoru, u roku od pet radnih dana od prijema prigovora. Ako je nacrt odluke tako sastavljen da potpuno odgovara rešenju koje bi se imalo doneti, sud će na nacrt odluke o prigovoru staviti otisak štambilja kojim se predloženi nacrt odluke usvaja. Nacrt odluke sa otiskom štambilja suda ima pravnu snagu rešenja o izvršenju (član 256.stav 2.ZIO).

Dakle izvršitelj sačinjava nacrt odluke o prigovoru i time zapravo vrši kvazisudska ovlašćenja što je sporno, ako se uzmu u obzir odredbe ZIO o njegovom imenovanju, odredbe kojima se ne dozvoljava podnoše-

---

san, nepristrasan, na zakonu zasnovan sud, i to pravično i u razumnom roku. Ako se uzmu u obzir uslovi i način imenovanja izvršitelja, malo je verovatno da će ove garantije moće da budu ispoštovane.

nje zahteva za izuzeće izvršitelja (član 6.EKLJP propisuje da se garantije nepristrasnog odlučivanja primenjuju na svaki organ koji odlučuje o subjektivnim građanskim pravima i obavezama, pa kod ove vrste izvršenja, to bi se moralo primenjivati i na izvršitelja), a sam sud će da pošto utvrdi da je nacrt odluke tako sastavljen da potpuno odgovara rešenju koje bi se imalo doneti (a imajući u vidu 2,5 miliona predmeta izvršenja radi naplate potraživanja pred izvršnim odeljenjem Prvog osnovnog suda u Beogradu, teško da će sud uvek detaljno proveravati ovu usklađenost), staviti otisak štambilja kojim se predloženi nacrt odluke usvaja.

Šta znači odredba po kojoj se nacrt odluke sa otiskom štambilja po pravnoj snazi izjednačava se rešenjem o izvršenju, ostaje nejasno, ako se ima u vidu da izvršitelj u nacrtu može sugerisati usvajanje prigovora izvršnog dužnika. U daljem toku postupku primenjuju se odredbe čl. 48 i 49.ZIO, tj. odredbe po prigovoru protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave u zavisnosti od opsega osporavanja tog rešenja. Ova odredba u potpunosti oslikava besmisao ovog „posebnog" postupka izvršenja. Ako nacrt odluke o prigovoru sa štambiljom suda ima pravnu snagu rešenja o izvršenju, a na dalji tok postupka se primenjuju odredbe o prigovoru protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave (čl.48 i 49), što znači da protiv rešenja o izvršenju prigovor u tom slučaju ima suspenzivno dejstvo, postavlja se pitanje postignutog efekta propisivanjem jednog ovakvog postupka. Najpre prigovor protiv zaključka izvršitelja nema suspenzivno dejstvo (član 254.stav 3.ZIO), potom se govori o nacrtu odluke o prigovoru koji sastavlja izvršitelj, koji ako odgovora odluci koju bi sud doneo ima pravnu snagu rešenja o izvršenju (pod uslovom da je na nacrt odluke stavljen štamblij suda), a onda se primenjuju odredbe o suspenzivnom prigovoru protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave. Iako se htelo da postupak bude brži, usled ovako formulisanih odredbi biće samo komplikovaniji i opet će, kao u ostalom i izvršenje na osnovu verodostojne isprave vodi prelasku u parnicu.

Izvršitelj je dužan da vodi evidenciju predmeta po kojima postupa. Evidencija je javna i sadrži sledeće podatke: 1) naziv suda koji sprovodi izvršni postupak ili postupak obezbeđenja; 2) broj izvršnog predmeta, odnosno predmeta obezbeđenja; 3) podatke o dužniku i poveriocu; 4) datum prijema zahteva za sprovođenje izvršenja, odnosno obezbeđenja; 5) predmet i sredstvo izvršenja, odnosno obezbeđenja potraživanja, ako je navedeno u rešenju o izvršenju; 6) zatraženi i uplaćeni iznos obezbeđenja i datum uplate; 7) odluke koje donosi u toku postupka izvršenja i obezbeđenja; 8) naplaćeni iznos duga; 9) vreme i ishod sprovedenih izvršnih radnji, odnosno radnji obezbeđenja; 10) podatke o licima koja su namirena i iznos namirenja; 11) konačni iznos nagrade i naknade troškova izvršitelja; 12) ukupan broj

predmeta na godišnjem nivou u kojima je postupao.Aktom ministra bliže se uređuje način vođenja evidencije iz stava 1. ovog člana, način pristupa evidenciji i postupanje sa evidencijom u slučaju smrti, razrešenja ili prestanka obavljanja delatnosti izvršitelja (član 328.ZIO). Izvršitelj poseduje na svoje ime najmanje jedan bankovni račun na koji se isključivo uplaćuju novčana sredstva ostvarena u postupku izvršenja, odnosno obezbeđenja (član 329.stav 1.ZIO).Izvršitelj poseduje i poseban račune za nagradu i naknadu troškova (član 329.stav 2.ZIO).Izvršitelj je dužan da bez odlaganja uplaćena sredstva iz stava 1. ovog člana prenese na račun izvršnog poverioca (član 329.stav 3.ZIO).Sredstva na računu iz stava 1. ovog člana ne mogu biti predmet plenidbe radi namirenja dugova izvršitelja (član 329.stav 4.ZIO).

Izvršitelj ima pravo na nagradu za svoj rad i naknadu troškova prema tarifi o nagradama i naknadama troškova za rad izvršitelja (član 330.stav 1.ZIO).Troškovi izvršitelja vezani za izvršni postupak su troškovi tog postupka (član 330.stav 2.ZIO). Tarifu iz stava 1. ovog člana donosi ministar (član 330.stav 3.ZIO). Izvršitelji mogu osnovati ortačko društvo i poslovati pod uslovima i u skladu sa zakonom koji uređuje privredna društva, ako ovim zakonom nije drugačije određeno (član 331.stav 1.ZIO).Izvršitelji članovi ortačkog društva dužni su da vode posebnu i zajedničku evidenciju (član 331.stav 2.ZIO). Državni organi, banke, poslodavci i druga pravna lica dužna su da na zahtev izvršitelja obezbede pristup podacima o određenom dužniku kojima raspolažu, a koji su neophodni za radnje izvršenja i obezbeđenja (član 332.ZIO).

Sam odnos između izvršitelja i izvršnog poverioca i izvršnog dužnika je jedinstven. To je zato što između njih ne postoji nikakav ugovor ili obligacioni odnos uopšte. Izvršni poverilac mora da angažuje izvršitelja ukoliko želi da naplati svoje potraživanje, a izvršni dužnik nema pravo izbora. Iznos honorara koji izvršitelj može da naplati nije be značaja, i utiče na razvoj profesije izvršitelja. Plaćanje izvršitelja utiče i na nivo korupcije u ovoj oblasti. Onaj koji kreira skalu honorara mora o tome da vodi računa. Najčešće se sudski izvršitelji plaćaju loše usled čega dolazi do korupcije. Nekad je i skala honorara za njihove usluge velika, ali država preusmerava taj novac u budžet, što takođe vodi u korupciju. U tom smislu skala honorara mora biti jednostavna i predvidljiv, kako bi stranke mogle lako da je razumeju. Ne sme se dozvoliti da pojedini izvršitelji različito naplaćuju različite usluge. Samo plaćanje se vezuje za stadijum izvršenja, a ne za konkretnu izvršnu radnju. Od izvršnog dužnika se moraju naplatiti troškovi koji su proporcionalni njegovom dugu. Izvršitelji se moraju podsticati da naplaćuju dugove i ohrabruju dužnike da obaveze ispunjavaju u najranijoj fazi izvršenja.

III Nadzor nad radom izvršitelja

Nadzor nad zakonitošću rada izvršitelja vrši Ministarstvo, po službenoj dužnosti ili na predlog predsednika suda za čije područje je izvršitelj imenovan, predsednika Komore, kao i po inicijativi stranaka i učesnika u postupku. Ministarstvo je ovlašćeno da: 1)izvrši uvid u poslovne knjige, evidenciju, spise i uskladištene stvari; 2)zahteva od izvršitelja sve neophodne podatke o njegovom poslovanju;3)pribavi od nadležnih organa i organizacija podatke o poslovanju izvršitelja (član 346.stav 2.ZIO).U okviru vršenja nadzora nad zakonitošću rada izvršitelja ovlašćeno službeno lice Ministarstva može naložiti mere za otklanjanje nedostataka u radu izvršitelja i rok za postupanje po merama, kao i podneti predlog za pokretanje disciplinskog postupka.

Nadzor nad radom izvršitelja obavlja i Komora. Komora obavlja nadzor po službenoj dužnosti, najmanje jedanput godišnje.Komora može obaviti nadzor i po pritužbama stranaka i učesnika u postupku.Komora može da ostvari uvid u: predmete, podatke i drugi arhivski materijal izvršitelja; raspolaganje uskladištenim stvarima i novcem uplaćenim na ime obezbeđenja; priznanice za naplaćene iznose na ime nagrade i naknade izvršitelja, kao i da preduzme sve druge radnje, u skladu zakonom i drugim propisima (član 347.stav 4.ZIO).Komora je ovlašćena da naloži izvršitelju otklanjanje nedostataka u određenom roku i da pokrene disciplinski postupak.Aktom Komore bliže se propisuje način vršenja nadzora nad radom izvršitelja koji obavlja Komora.

Izvršitelj je dužan da jednom godišnje podnese izveštaj o poslovanju Ministarstvu i Komori. Akt o načinu izveštavanja i sadržini izveštaja donosi ministar.Godišnji izveštaj mora da sadrži sledeće podatke: 1)ukupan broj predmeta u toku; 2)ukupan broj rešenih predmeta;3)ukupan broj nerešenih predmeta na kraju godine;4)odnos ukupnog iznosa sredstava ostvarenih izvršnim radnjama i ukupnog iznosa potraživanja (član 348.stav 3.ZIO). Podaci iz godišnjeg izveštaja izvršitelja objavljuju se na internet stranici Ministarstva i Komore i dostupni su javnosti sve do objavljivanja podataka za narednu godinu.

Izvršitelj odgovara ako svojim postupcima u vršenju svoje delatnosti krši odredbe ovog zakona i drugih propisa, ako ne ispunjava svoje obaveze propisane Statutom i drugim aktima Komore i ako bilo kojim svojim postupkom vređa čast i ugled profesije izvršitelja.Odgovornost za krivično delo ili prekršaj ne isključuje disciplinsku odgovornost izvršitelja.

Disciplinske povrede izvršitelja su: 1) svesno prikrivanje zakonske smetnje koja je uslov za imenovanje; 2) obavljanje delatnosti nespojivu sa ugledom, čašću i nezavisnošću izvršitelja; 3) ponavljanje disciplinskih povreda, pre brisanja izrečene mere iz evidencije; 4) preduzimanje radnji

u postupku i pored postojanja razloga za isključenje; 5) povreda dužnost čuvanja službene tajne; 6) prekoračenje ovlašćenja poverenih zakonom; 7) naplata veće nagrade ili naknade troškova nego što je propisano; 8) nuđenje usluga; 9) neuredno vođenje knjiga i evidencija; 10) vođenje postupka na jeziku koji nije u službenoj upotrebi; 11) postupanje sa stvarima i novčanim sredstvima u postupku suprotno zakonu ili ovlašćenju stranaka; 12) odbijanje bez opravdanog razloga dužnosti privremenog zamenika određenog odlukom Komore; 13) javno iznošenje ličnih, porodičnih i materijalnih prilika stranaka do kojih je došao u vršenju delatnosti izvršitelja; 14) neplaćanje doprinosa Komori tri meseca uzastopno ili šest meseci sa prekidima u toku kalendarske godine; 15) odbijanje bez opravdanog razloga da se stručno usavršava; 16) povrede dužnosti utvrđenih drugim propisima (član 350.ZIO).

Disciplinske mere za disciplinske povrede su: 1) opomena; 2) javna opomena; 3) novčana kazna od 50.000 do 500.000 dinara; 4) zabrana obavljanja delatnosti u trajanju od tri meseca do jedne godine; 5) trajna zabrana obavljanja delatnosti izvršitelja (član 351.stav 1.ZIO). Ministarstvo može izreći meru privremene zabrane obavljanja delatnosti izvršitelja za vreme trajanja disciplinskog postupka.Novčana kazna iz stava 1. ovog člana uplaćuje se na propisani uplatni račun javnih prihoda.Podaci o izrečenim disciplinskim merama iz stava 1. tač. 2) do 5) i stava 2. ovog člana se objavljuju se na internet stranici Ministarstva i Komore. Prilikom izricanja disciplinskih mera uzimaju se u obzir sve okolnosti koje mogu da utiču na vrstu mere i visinu novčane kazne, a naročito težina i posledice disiplinske povrede, učinjena šteta, stepen odgovornosti i ranije izrečene disciplinske mere.Podaci o disciplinskim postupcima i izrečenim merama upisuju se u imenik izvršitelja i zamenika. Disciplinska komisija sprovodi disciplinski postupak radi utvrđivanja disciplinske odgovornosti izvršitelja i izriče disciplinske mere, u skladu sa ovim zakonom (član 353.ZIO). Sam disciplinski postupak imajući u vidu predmet odlučivanja bi morao da zadovolji uslove iz člana 6.EKLJP. Disciplinsku komisiju čini pet članova koje imenuje ministar, i to: dva člana iz reda izvršitelja koje predlaže Komora, jedan član iz reda sudija sa iskustvom u postupcima izvršenja koga predlaže Visoki savet sudstva i dva člana iz reda državnih službenika Ministarstva (član 354.stav 1.ZIO). Članovi disciplinske komisije imenuju se na četiri godine i mogu biti ponovo imenovani. Predlog za pokretanje disciplinskog postupka mogu podneti Ministarstvo, predsednik suda za čije područje je izvršitelj imenovan i predsednik Komore, a na osnovu izvršenog nadzora, kao i pritužbi i inicijativa stranka u postupku, njihovih zastupnika i punomoćnika.U disciplinskom postupku izvršitelju protiv koga je postupak

pokrenut mora se omogućiti da se izjasni o navodima iz predloga za pokretanje disciplinskog postupka.Nakon sporovodenog disciplinskog postupka, disciplinska komisija donosi odluku.Disciplinski postupak se bliže uređuje aktom ministra. Odluka disciplinske komisije je konačna.Protiv konačne odluke disciplinske komisije može se pokrenuti upravni spor (član 356.stav 2.ZIO). Rok zastarelosti za pokretanje disciplinskog postupka je šest meseci od dana saznanja za povredu, a najduže jednu godinu od dana kada je povreda učinjena.Vođenje disciplinskog postupka zastareva u roku od jedne godine od dana pokretanja disciplinskog postupka.Izrečena disciplinska mera ne može se izvršiti kada protekne jedna godina od dana konačnosti ili pravnosnažnosti odluke o izrečenoj disciplinskoj meri (član 357.stav 3.ZIO).

IV Odnos izvršitelja i suda

O odgovornosti privatnog izvršitelja se govori pre svega u u pogledu ovlašćenja ministarstva pravde i kontekstu esnafske odgovornosti (Komora izvršitelja). Ono što nas na ovom mestu zanima jeste odnos privatnog izvršitelja prema sudu. Izvršitelj sprovodi izvršenje na sredstvima i predmetima koji su navedeni u rešenju o izvršenju, a kad sredstvo i predmet izvršenja nisu navedeni, izvršitelj sprovodi izvršenje, na osnovu sopstevnog zaključka, na sredstvima i predmetima kojim se najpovoljnije ostvaruje potraživanje izvršnog poverioca (član 20.stav 4.ZIO). Najpre sam poverilac zahteva da se izvršenje sprovede preko izvršitelja, a sud o tom odlučuje rešenjem o izvršenju, koje sadrži odluku o tom zahtevu (član 37.stav 3.ZIO). Sam izvršitelj sprovodi izvršenje na predlog izvršnog poverioca, koji je uz predlog dužan da podnese rešenje o izvršenju u originalu ili overenoj kopiji (član 70.stav 1 i stav 2.ZIO). Sudski izvršitelj, odnosno izvršitelj dužan je da prilikom pretraživanja stana, odnosno poslovne ili druge prostorije izvršnog dužnika ili odeće koju on nosi na sebi i preduzimanja drugih izvršnih radnji postupa sa dužnim obzirom prema ličnosti izvršnog dužnika i članova njegovog domaćinstva (član 72.stav 1.ZIO). Izvršnim radnjama u stanu izvršnog dužnika kojima ne prisustvuje izvršni dužnik, njegov zakonski zastupnik, punomoćnik ili odrasli član njegovog domaćinstva, moraju prisustvovati dva punoletna lica. Kad izvršne radnje treba sprovesti u prostoriji koja je zaključana, a izvršni dužnik nije prisutan ili ne pristaje da prostoriju otvori, sudski izvršitelj, odnosno izvršitelj otvoriće prostoriju u prisustvu dva punoletna lica. U slučaju kada je to neophodno da bi se sprovelo izvršenje sud, odnosno izvršitelj zatražiće od nadležne organizacione jedinice policije, pisanim zahtevom, najmanje pet radnih dana pre dana određenog za sprovođenje izvršenja, da prisustvuje sprovođenju izvršenja i po potrebi preduzme mere i sredstva prinude, u skladu sa Zakonom o policiji. U hit-

nim slučajevima, nadležna organizaciona jedinica policije će na usmeni zahtev suda, odnosno izvršitelja, odmah preduzeti potrebne mere iz svoje nadležnosti radi sprovođenja izvršenja, pri čemu je sud, odnosno izvršitelj dužan da pisani zahtev dostavi policiji u roku od 48 časova od podnošenja usmenog zahteva (član 73.stav 1.ZIO). Policija je dužna da po nalogu suda ili izvršitelja sprovede mere i upotrebi sredstva prinude potrebna radi izvršenja radnje zbog koje se preduzimaju, a naročito da vrši proveru i utvrđivanje identiteta lica i identifikaciju predmeta, da traga za licima i predmetima, da oduzme motorno vozilo ili drugu stvar koja je predmet izvršenja i da obezbeđuje lica i imovinu prilikom sprovođenja izvršenja (član 73.stav 2.ZIO).

ZIO zadržava pravno sredstvo koje je postojalo i u ranijim zakonima u izvršnom postupku–zahtev za otklanjanje nepravilnosti. Stranka i učesnik mogu podneskom zahtevati od suda, odnosno izvršitelja da otklone nepravilnosti učinjene u toku i povodom sprovođenja izvršenja (član 74.stav 1.ZIO).Ako izvršitelj ne postupi po zahtevu u roku od pet radnih dana, stranka ili učesnik u postupku obratiće se nadležnom sudu. Zahtev za otklanjanje nepravilnosti ne zadržava sprovođenje izvršenja.Kada je podnet zahtev izvršitelj će nadležnom sudu dostaviti original spisa predmeta i sprovođenje izvršenja nastaviti na osnovu kopije tih spisa.Troškovi u vezi sa postupanjem po zahtevu iz stava 2. ovog člana su troškovi izvršnog postupka. Ako nađe da je zahtev osnovan, sud će rešenjem utvrditi, a ako je to moguće otkloniti, odnosno naložiti otklanjanje nepravilnosti nastalih odlukama i radnjama sudskog izvršitelja ili izvršitelja. Sud će obavestiti ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa i Komoru izvršitelja, o nepravilnostima u radu izvršitelja. Dakle, protiv radnje izvršitelja može se izjaviti zahtev za otklanjanje nepravilnosti. Predviđeno je da najpre sam izvršitelj postupa po zahtevu za otklanjanje nepravilnosti u sopstvenom radu, pa tek ako on to ne učini spisi se dostavljaju sudu. Podnošenje zahteva za otklanjanje nepravilnosti ne zadržava sprovođenje izvršenja, kopije spisa ostaju kod izvršitelja kako bi on mogao da nastavi sa sprovođenjem izvršenja. Ovlašćenja suda su da najpre utvrdi, pa tek ako je to moguće, otkloni, odnosno naloži otklanjanje nepravilnosti nastalih odlukama i radnjam sudskog izvršitelja ili izvršitelja, te da obavesti Komoru izvršitelja i Ministarstvo pravde. Ako se svi ovi elementi uzmu u obzir, ovo pravno sredstvo je potpuno obesmišljeno. Jer, po zahtevu za otklanjanje nepravilnosti koje je učinio izvršitelj, odlučuje taj isti izvršitelj, pa tek onda sud, a ako se sud i utvrdi da je bilo nepravilnosti, on će se zadržati na toj konstataciji,

odnosno samo je to moguće otkloniti, odnosno naložiti otklanjanje nepravilnosti. U ranijim zakonima o izvršnom postupku sud je povodom ovog pravnog sredstva ukidao nezakonite i nepravilne radnje izvršitelja. Kakva je onda korist od ovog pravnog sredstva, ako isti onaj organ izvršnog postupka koji je učinio nepravilnosti treba da ih otkloni (što je malo verovatno), a sud koji dozvoljava izvršenje (član 2.stav 2.ZIO), može samo da utvrdi nepravilnosti, a eventualno da ih otkloni. Izvršitelj je tako u pogledu odgovornosti potpuno izuzet od nadzora suda, a potčinjen prvenstveno Ministarstvu pravde i Komori izvršitelja. Kada se uzme u obzir da se ove odredbe odnose i na sudskog izvršitelja, a sudski izvršitelji se ne organizuju u Komoru, jasno se može zaključiti o (ne)upotrebljivosti zahteva za otklanjanje nepravilnosti kao pravnog sredstva. Uzimajući sve ovo u obzir jasno je da će sredstvo za otklanjanje nepravilnosti u radu sudskog izvršitelja biti tužbe radi naknade štete, jer izvršitelj za štetu prouzrokovanu svojom krivicom u postupku izvršenja odgovara svojom celokupnom imovinom (član 326.ZIO).

U izvršnom postupku nije dopušten zahtev za izuzeće izvršitelja. Zahtev za izuzeće predsednika suda, sudskog izvršitelja i izvršitelja nije dozvoljen (član 31.stav 2.ZIO). Ne vidimo razlog za ovakvu odredbu. Trebalo je predvideti razloge za izuzeće izvršitelja, jer on nije samo organ sprovođena izvršenja već i organ koji donosi odluke kojima se dozvoljava izvršenje, utvrđuje potraživanje i sl, a stranke imaju pravo na zakonitu, efikasnu i pravičnu pravnu zaštitu.

V. Paralelni kolosek izvršenja

Sudski izvršitelji nastavljaju sa radom i nakon uvođenja privatnih izvršitelja.Sud je isključivo nadležan za sprovođenje izvršenja odluka u vezi sa porodičnim odnosima i za izvršenje radi vraćanja zaposlenog na rad. Pored toga, izvršni poverilac može da se u predlogu za izvršenje opredeli za sudskog sprovođenje izvršenja. Međutim, ZIO se njima gotovo i ne bavi. Oni se pominju u odredbama ZIO koje uređuju sprovođenje izvršenja. O njihovoj specijalizaciji, esnafskom organizovanju, dužnosti profesionalnog usavršavanja nema ni reči. Njegova odgovornost za štetu razrešava se po pravilima ZOO o odgovornosti pravnih lica za radnje njihovih organa (član 172.ZOO).

U dispoziciji je izvršnog poverioca da se odluči za sprvođenje izvršenja putem sudskog izvršitelja ili izvršitelja, pri čemu sud odlučuje o tom predlogu izvršnog poverioca. Zakonodavac je uveo nov sistem izvršenja, ali je očigledno želeo da praksa pokaže koji će sistem biti uspešniji.

Međutim, kada su u pitanju stari predmeti, ZIO nije predvideo mogućnost da se oni prebace sa sudskih izvršitelja na privatne izvršitelje. Postupci izvršenja i obezbeđenja u kojima je do dana početka primene ovo zakona započeto sprovođenje izvršenja okončaće se po odredbama ovog zakona (trenutno dejstvo novog zakona, na postupke koji su u toku, član 358.stav 1.ZIO). Postupci izvršenja i obezbeđenja u kojima je do dana početka primene ovog zakona izjavljena žalba na rešenje o izvršenju ili obezbeđenju, ustupiće se sudu nadležnom za odlučivanje po prigovoru na rešenje o izvršenju ili obezbeđenju, u skladu sa ovim zakonom (član 358.stav 2.ZIO). Teži se izbegavanju paralelizma u primeni starog i novog zakona, ali u prelaznim odredbama se nije rešilo pitanje starih predmeta, što može biti veoma veliki problem. U Makedoniji je i nakon vođenja licenciranih privatnih izvršitelja još nekoliko godina postojalo milion nerešenih predmeta, što je otežavalo uspostavljanje novog sistema izvršenja. Trebalo je predvideti pravo izvršnog poverioca da ako se sprovođenje izvršenja od strane sudskog izvršitelja pokazalo neefikasnim, bez nepotrebnih troškova pređe na sprovođenje izvršenja preko privatnog izvršitelja.

ZIO reguliše izvršitelje na dosta detaljan način. U Hrvatskoj je o izvršiteljima donet poseban zakon (Zakon o javnim ovršiteljima). Ovako su procesnopravne i organizacione odredbe sadržane u istom zakonu. Postojanje posebnog zakona o izvršiteljima je bilo celishodnije i zbog drugih razloga. Izvršitelji i sudski izvršitelji, odnosno dva tipa sprovođenja izvršenja su uređena na bitno drugačijim osnovama. Sistem sudskog sprovođenja izvršenja, odnosno sprovođnja izvršenja preko sudskog izvršitelja, znači da je organ sprovođenja izvršenja i dalje sud, preko svog pomoćnika, tj. sudskog izvršitelja. U sistemu sprovođenja izvršenja putem licenciranih izvršitelja, uloga suda se završava davanjem dozvole za izvršenje, odnosno usvajanjem predloga izvršnog poverioca da se izvršenje sprovede preko izvršitelja. Postojanje ovih dveju paralelnih struktura je uređeno na dosta zbunjujuć način. Počev od definicije osnovnih pojmova jer se govori o sudskim izvršiteljima i izvršiteljima, već je bilo jednostavnije govoriti o javnim izvršiteljima. Ukazali smo na disproporciju u pogledu broja normi koje se bave izvršiteljima i onih koje se bave sudskim izvršiteljima, na razlike u pogledu stručnosti i slično. Ma koliko da se ovo rešenje može kritikovati ono je bilo neophodno, kako bi se zainteresovanim subjektima dala prilika da se uvere u to koji je sistem bolji. Revolucionarne i nagle promene u procesnom pravu nisu poželjne. Rešenje koje je ZIO usvojio jeste svojstveno tranzicijskim zemljama, a samo praksa može dati putokaz za definitivno opredeljivanje za jedan od dva sistema.

Nikola Bodiroga, Ph.D, Assistant Professor
Faculty of Law Belgrade

Enforcement Agent

Abstract

After severe discussions and almost eighty years of court–based enforcement the legislator decided it was time for a change. New Serbian Enforcement and Security Act has established enforcement agents as new legal profession. New Law distinguishes between (private) enforcement agents and court bailiffs. Only graduate and experienced lawyer who has passed special exam and meets other conditions can be appointed as enforcement agent. His primary duty is to carry the enforcement out, but in some situations he is solely responsible for the whole enforcement procedure. When it comes to collection of utilites (state companies are enforcement creditors) enforcement procedure is almost completely in hands of enforcement agent. The system of enforcement agents is not organized in a way that fosters competition. It is closed system that leads to monopoly and possible corruption. Enforcement agents are primarily responsible to the Ministry of Justice, and not so much under the court´s supervision. Chamber of enforcement agents is not completely autonomous but under control of the Ministry of Justice. Besides enforcement agents court baillifs still continue to exist. Mixture of enforcement agents and court bailiffs exists in other countries as well. Mixed status is transitional before moving to a fully private status of enforcement agents.

Key words: Enforcement Agent.– Appointment.–Rights, duties and reponsibilities.–Organizition of Service.–Mixture of (private) enforcement agents and court bailiffs.

Originalni naučni rad 340.12:17

Dr Marko Trajković, docent
Pravnog fakulteta u Nišu

O SVETU PRAVA KOJI POČIVA NA MORALNIM VREDNOSTIMA*

Sažetak: *U radu nastojimo da osvetlimo nastojanja da svet prava počiva na moralnim vrednostima, sagledavajući ideje Platona, Aristotela i Tome Akvinskog. Izbor ovih autoriteta antike i sholastike, zapravo se sam nametnuo. Niko do njih, pa ni posle njih, nije izražavao takvu i toliku potrebu i iskrenu „želju" za uspostavljanjem sveta prava koji počiva na vrednostima.*

Ključne reči: *pravo, vrednost, moral, dobro, jedinstvo.*

UVOD

Teorije o svetu prava koji počiva na moralnim vrednostima, u pravu vide jedno „više", „istinsko" pravo, koje služi postizanju opšteg dobra i pravednosti u zajednici, kao i etičkoj izgradnji i usavršavanju čoveka. Cilj ovako postavljenog sveta prava, je postizanje apsolutnog dobra. Dakle, postizanje najveće vrednosti. Ideja prirodnog zakona, određuje se kao shvatanje, da postoji nepromenljiv moralni poredak, koji je deo prirodnog sveta. Teorije o svetu prava koji počiva na moralu, vrednost shvataju kao područje imperativa. Tu je u etički potpuno izgrađena ličnost čoveka najveća vrednost, a sreća vrhovno dobro, koje se uvek bira zbog njega samog. Protivrečnost u mišljenju i praktičnom gledanju na svet, jasno se ispoljava u

* Ovaj članak je rezultat istraživačkog rada u okviru projekta 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.

odnosu između Platonovog i Aristotelovog duha.[1] Ova dva filozofa, koja se pojavljuju u doba zrelosti helenske kulture, dopunjuju se kao dva osnovna pravca ljudskog mišljenja i delanja. A ta dva pravca, pojavljuju se tokom čitavog života antičkog sveta. Oba se pojavljuju jedan pored drugog u etapama, u kojima dolazi do međusobnih preobražaja i preplitanja. Međutim, uprkos svemu ostaju nepromenjeni, kroz čitav razvoj filozofije Tome Akvinskog, a mogu se još uvek i danas jasno prepoznati.[2]

1. POSTAVKA O DVA SVETA

Platonova filozofija je u znaku dualizma. Njegov svet nije jedinstven, a jaz koja ga deli, javlja se u raznovrsnim oblicima.[3] Uvek su to dva sveta koja Platon posmatra. Prvi svet, je svet pravog umnog saznanja, *episteme*, a drugi je svet čulnog opažanja, *doxa*. [4] Možemo da govorimo o suprotnosti između vrednosti i stvarnosti, jeste i treba.[5] A taj dualizam je, prema Hansu Kelzenu, u osnovi jaz između dobra i zla. Da li taj dualizam može da odslikava i podelu na svet prava koji počiva na vrednostima i svet prava koji je „dovoljan sam sebi“? Zapravo, postavlja se pitanje da li je logika prava suprotna vrednostima ili logici vrednosti?

Sve suprotnosti u kojima se kreće Platonovo mišljenje, svoj smisao nalaze u određenju dobra i zla. Ovo jednostavna postavka, zato što ono etičko u njegovoj filozofiji, ima primat.[6] Ideja dobra se pojavljuje, po našem mišljenju, u njegovim izlaganjima mnogo jasnije nego predstava o zlu. Tek u njegovim poslednjim spisima i zlo zauzima tačno određeno mesto. Potom kao i dobro biva određeno.[7] Jer, tek u kasnijem periodu stvaranja, za njega, zlo postaje nešto stvarno.[8] Uvidom u Platonovo delo,

---

[1] J. O. Urmson, *Aristotel's Ethics*, Blackwell, Oxford, 1988, p. 32.

[2] Više o tome u: Guido Fassó, *Storia della filosofia del diritto, I Antichità e medioevo, II Età moderna, III Ottocento e novecento,* Giuseppe Laterza & filgi Spa, Roma-Bari, 2001.

[3] Detaljnije o tome videti u: J. K. Dover, *Greek Popular Morality in the Time of Plato and Aristotle*, Blackwell, Oxford, 1974, p. 56 i M. N. Đurić, *Istorija helenske etike*, Zavod za udžbenike i nastavna sretstva, Beograd, 1987, str. 339-343.

[4] C. J. Rowe, *Plato, in the Phisophers in Context series*, The Harvester Press, New York, 1984, p. 25.

[5] H. Kelzen, *Šta je* pravda, Filip Višnjić, Beograd, 1998, str. 99.

[6] Detaljnije o tome videti u: H. Cairns, *Legal Philosophy From Plato to Hegel*, The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1949, p. 13.

[7] J. K. Dover, *Greek Popular Morality in the Time of Plato and Aristotle*, Blacwell Oxford, 1974, p. 58.

[8] Međutim, samo dobro po svom smislu treba da bivstvuje, zlo ne treba. Dakle, zlo je nebiće, dok je dobro biće. U čistom sistemu dobra, za zlo nema mesta.

Hans Kelzen, ne stiče utisak a je Platon sistematičar moralne nauke, već utisak da je Platon poklonika idealne države.[9]

To je učenje Platon izložio u svom dijalogu „Gorgija". Etičke postavke ovog dela su: da je bolje nepravo trpeti nego ga činiti, te da je bolje preuzeti na sebe kaznu nego je izbegavati. Ove postavke svoje obrazloženje ne dobijaju, dokazivanjem Sokrata, nego mitom kojim Platon na kraju opisuje, kako se dobri u onostranosti nagrađuju, a zli kažnjavaju.[10] Platon, određujući pravdu kao uzvraćanje, preuzima orfičko-pitagorejsko učenje.[11] Postavkom o uzvraćanju, prema našem mišljenju, on daje odgovor na pitanje šta je u stvari pravda. Međutim, taj je odgovor samo prividan. On ne daje nikakvo stvarno objašnjenje o suštini pravde.[12] Platon nastoji, da nas uveri da je nepravičan čovek u svakom slučaju nesrećan, ili bar nesrećniji, ako ostaje nekažnjen. Jer, nepravdu činiti gore je zlo nego je trpeti, jer je nepravednošću duša poremećena, a da se živi sa iskvarenom dušom, tako je malo poželjno kao i sa telom u raspadanju.[13]

U Platonovom smislu, zadak čovekove etičke kulture, može se označiti pojmovima pravda i svetost. U pojmu pravde, sadržano je ispravno ponašanje prema drugima i sebi. Pojam pravde, izražava jasno određenje čoveka u odnosu na praktičan život. Svetost znači, ispravno životno raspoloženje, u odnosu na čovekov odnos prema božanstvu. Pravda, je za njega, ne pojedinačni oblik moralne valjanosti, nego zbirno ime za etički ispravno postupanje ljudi.[14] Pravedna je takva zajednica koja se ne klanja

---

[9] Videti u : H. Kelzen, *Šta je pravda,* str. 108-117.

[10] Platon, *Gorgija*, Naklada Jurić, Zagreb, 1968, str. 23 i Platon, *Zakoni*, BIGZ, Beograd, 1990, str. 345.

[11] M. N. Đurić, *Istorija helenske etike,* str. 27-32 i R. Grevs, *Grčki mitovi,* Nolit, Beograd, 1992, str. 100.

[12] U osnovi, samo određuje funkciju pozitivnog prava, koje činjenicu neprava povezuje sa aktom prinude, koji počinilac shvata kao zlo. On, samo odražava spoljašnju strukturu postojećeg pravnog poretka koji je prinudni, i opravdava ga tako što njegovu mehaniku krivice i kazne prikazuje kao specijalan slučaj onog opšteg zakona koji je, kao volja božanstva, uzvraćanje.

[13] J. A. Wright, *Pl. Simile of the Cave*, Proceed. of the Amer. Philol. Associat 35 p. XXII; *The Origin of Pl. Cave*, Harv. Stud. in Class. Philol. 17, 1906, pp. 131-142; A. S. Ferguson, *Plotos's Simile of Light*, i *The Simile of the Sun and the Line,* Glass.Quart.15, 1921, pp. 131-152; C. J. Rowe, *Plato, in the Phisophers in Context series*, The Harvester Press, New York, 1984, p. 25.

[14] Za moralna svojstva je izgradio sistem, prema Kelzenu, u kome ih je vezivao za razne delove ili određenja duše, koje on razlikuje: mudrost je valjanost uma, hrabrošću koja odlikuje valjanu dušu, umerenost ispravno ponašanje u odnosu na zahteve čulnog sveta. A, pravedan je ne samo onaj ko zna da nađe i održi pravi sklad između čulnih potreba i misli, nego i onaj koji se u životu zajednice, postavi na mesto, na kome je prema svojoj vlastitoj nadarenosti u stanju da najbolje služi zajednici.

apstraktnoj strasti izjednačavanja, kao što se to činilo u komunizmu, nego svakog čoveka postavlja na mesto, gde on prema svojoj nastrojenosti i sposobnostima, može biti najkorisniji sebi i zajednici u etičkom smislu. Na ovaj način, država ima etičku misiju prema čoveku, na čemu danas insistira Anton Stres, čija bi lična izgradnja vrline bez nje, njenog odgoja i usmeravanja, njene čvrste organizacije, bila ugrožena i prepuštena ontološkom zlu.[15] Kao moralno organizovana, ona predstavlja u ostvarenje ideje dobra na zemlji.[16]

Centralna tačka rasprave o etici prirodnog zakone u antičkoj Grčkoj, bila je suprotnost između dva pojma koja su odražavala shvatanje, ljudskih stvari: *nomos* i *physis*.[17] *Nomos*, se odnosi na praksu koje je prihvaćena u zajednici, običaji ili pozitivni zakoni. Kako se oni menjaju od zajednice do zajednice, a istovremeno se menjaju i tokom vremena u jednom istom društvu, *nomos* je ono promenljivo. Potpuno suprotno tome, *physis* je ono što je nepromenljivo, dakle priroda ili stvarnost. Suprotnost ova dva pojma, koristili su sofisti, da bi razlikovali ljudski svet od nepromenljivog prirodnog poretka *physis*-a. Za njih je ljudski svet, i ustanove ljudi, a to podrazumeva i njihova moralna stajališta i opredeljenja, bio svet promena, dakle, svet *nomos*-a.

Platonovi dijalozi, pokazuju različita tumačenja ovog zaključka od strane sofista.[18] Smatra, da postoji nepromenljiva moralna stvarnost, ali takva da je za ljudske zajednice, koje imaju potpunu raznovrsnost društveno prihvaćenih pravila, uglavnom nesvesna.[19] Zato Platon, odbacuje ideju da su zakoni i moral čisto konvencionalni. Platonova teorija može da se shvati kao dokaz, da ponašanje ljudi nije podvrgnuto samo prihvaćenim društvenim pravilima, već „nepisanim zakonom". On može da se shvati kao nametnut od strane bogova, kako je to Sofokle izrazio u tragediji „Antigona", ili kao pravilo kome su podložni i sami bogovi.

---

[15] Videti u: Dragan M. Mitrović, *Teorija države i prava*, Dosije, Beograd, 2010. str. 283.

[16] R.C. Lodge, *Plato's Theory of Ethics: The Moral Criterion and the Highest Good,* New York, 1928, p. 2; I. Knox, *Notes on the Moralistic Theory of art. Platon and Tolstoj, Intern. Journ, of Ethics,* 41, 1931, pp. 507-510.

[17] D. Laertije, *Život i mišljenje istaknutih filozofa,* BIGZ, Beograd, 1985, str. 87-117.

[18] Kalikle je tvrdio, da su ljudski zakoni izum slabih da naruše prirodni poredak, koji pokazuje da je jak i po prirodi nadmoćan nad slabim, dok Protagora, smatra da su oni, iako su zakon i moral ljudske tvorevine koje se menjaju od društva do društva, ipak obavezujući za ljudska bića. Detaljnije o ideji prirodnog prava kod grčkih sofista videti u: M. Đurić, *Iz* istorije *antičke filozofije,* Službeni list SRJ, Beograd, 1996, str. 201-367.

[19] Kao i svako saznanje, saznanje dobrog zavisi od sposobnosti da se kroz veo pojava dođe do skrivene, nepromenljive stvarnosti formi.

Platon, u svojim poslednjim spisima, ne određuje zakone samo u pravnom smislu, već im daje etički karakter. Daje im političku ulogu u etičkom smislu, putem njihove funkcije odgoja. Etička delatnost države[20], ne odvija se, kao u „Državi", putem apsolutne vlasti „filozofa" vladara, već je poverena zakonu, koji pored uobičajne ima i etičku funkciju. Pretpostavka za ulogu zakona u odgoju je njegova moralna vrednost. U „Državi" „filozofi" vladaju u onoj meri u kojoj su usvojili pravo znanje, mudrost (*sophia*), racionalno saznanje o opštim i večitim problemima. A u državi o kojoj govori u „Zakonima" pravo vlada ljudima u meri u kojoj je u saglasju sa razumom.[21] Temelj zakona je istinski razum, na takav zaključak je Platona jednostavno navodi etička potreba. Ali, njegova ideja o apsolutno racionalnoj zasnovanosti zakona prepliće se sa stoicizamom.[22] Iako će sačuvati suštinski etičko značenje, postaće pokretač racionalističkog jusnaturalizma, koji će imati ogroman značaj u istoriji filozofije prava. Ideja prirodnog zakona, se opisuje kao shvatanje, da postoji nepromenljivi moralni poredak koji je deo sveta. Ako ovo prihvatimo, onda je Platon ostavio za sobom shvatanje koje je po svemu, osim po imenu, shvatanje prirodnog zakona.[23]

2. RACIONALNO „UKIDANJE" JAZA MEĐU SVETOVIMA

Aristotel je nastojao, da u „Nikomahovoj etici" postavi etiku na osnovama racionalizma. Tako ukida dualizam onoga što jeste i onoga što treba, stvarnosti i vrednosti.[24]

Dobro, koje njegova etika valja da odredi, je cilj za koji se opredeljujemo uvek zbog njega samog, dakle u ovom slučaju, to je sreća. Jer u ovom smislu, sreća se određuje kao konačna, nju biramo samo zbog nje same. Sreća se može odrediti kao najveće dobro. Rezultat ovog određenja, je da je sreća jednaka vrlini.[25] Ovo izjednačavanje, istovremeno je

[20] Više o etičkom zadatku države videti u: A. Stres, *Sloboda i pravednost*, Kršćanska sadašnjost, Zagreb, 2001, str. 126-129.

[21] Videti u: P. Shorey, *The Idea of Good in Plato's Republic,* A Study in the Logic of Speculative Ethics, Studies in Class Philol. I, Chicago, 1895, pp. 188-239.

[22] Videti u: M. Đurić, *Istorija helenske etike,* 474-492.

[23] Ovo je bilo malo iznenađenje, pošto se poreklo mišljenja prirodnog zakona obično pripisuje Aristotelu.

[24] Detaljnije o tome videti u: J. K. Dover, *Greek Popular Morality in the Time of Plato and Aristotle*, p. 65.

[25] W. F. R. Hardie, *Aristotel's Ethical Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1980, p. 53.

odlika određenog tipa moralne filozofije.[26] Ovde sreća izgleda kao nagrada za vrlinu.[27] Ako si pun vrlina, bićeš srećan. To je učenje, ovako postavljene moralne filozofije.[28] Ali, u stvarnosti, vrli ljudi su prečesto nesrećni, a zli srećni. Kako ovako postavljena filozofija nije u mogućnosti da promeni stanje sreće, prinuđena je da izmeni svoju ideju. Dakle, pravi se razlika između sreće, kojoj prečesto ljudi streme, kao varljive i istinske sreće, kojoj ljudi valja da teže. Ovako postavljena filozofija čoveku obećava onu drugu vrstu sreće. A, istinska sreća nije ništa drugo do vrlina sama. Svojim izjednačavanjem sa srećom, vrlina postaje vlastita nagrada sebi. Dakle, prema Kelzenovom shvatanju, Aristotelovog promišljanja ovog problema, čovek će biti srećan, ako je pun vrlina.[29] Međutim, sada biti srećan znači biti pun vrlina, ponašati se onako kako treba postupiti. Ovo promišljanje svodi se na tautologiju. Dakle, ako si pun vrlina, onda si pun vrlina. Osnovna odlika ove postavke, je u tome što se fikcija, na kojoj počiva, može pretvoriti u stvarnost.[30]

Aristotel je sreću odredio kao polaznu ideju svoje etike, i to zato što je sreća, prema njegovom mišljenju, vrhovno dobro. Dakle, kao stanje duha, koje je uslov zadovoljstva koje čovek zaista želi.[31] On je daleko od toga da sreću poistoveti sa vrlinom.[32] A kada karakteriše sreću kao nešto poželjno zbog sebe samog, onda sreću suprotstavlja vrlini.[33] Pretvaranje sreće u vrlinu, ostvareno je kada on postavlja pitanje, šta je zapravo sreća? Aristotel je smatrao, da je srećan onaj ko živi u skladu s vrlinom, ali je istovremeno obezbeđen u pravilnoj meri i materijalnim dobrima tokom čitavog svog života.[34] Odredio je svoju etiku kao deo politike. Istovreme-

---

[26] Njena polazna postavka, je čovekova težnja za srećom kao određenim stanjem duha, nedostižnim stanjem zadovoljenja svih želja. Da bi se oni na koje se odnose moralne norme, naveli da svoje ponašanje saobraze tim normama, ova moralna filozofija tvrdi da će ovakvim ponašanjem postići željenu sreću.

[27] H. Cairns, *Legal Philosophy From Plato to Hegel*, The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1949, p. 27.

[28] J. O. Urmson, *Aritotel's Ethics*, p. 15.

[29] H. Kelzen, *Šta je pravda,* str. 137.

[30] Ako neko poveruje, u postavku ove moralne filozofije, da vrlina čini čoveka srećnim, tada svest o tome da se postupa moralno, može da proizvede u čoveku isto stanje zadovoljstva, do kojeg dovodi sreća za koju se opredeljuje moralna filozofija.

[31] J. O. Urmson, *Aritotel's Ethics*, p. 36.

[32] Odbacuje postavku, da je vrlina cilj života i smisao, pošto se može zamisliti i takva mogućnost da neko i pored toga što poseduje ličnu vrednost, nju nikad u životu ne primeni, i da provede nesrećan i promašen život.

[33] D. Pesce, *La dottrina della persona morale nell'etica nimachea*, Arch. di Storia della filosofia 5, 1936, p. 51-64, 113-126.

[34] Detaljnije o učenju o etičkim vrlinama i ovrlini kao sredini videti u:H. Schilling, *Das Ethos der Mesotes*, Tubingen, 1930. S. 45.

no politiku određuje, kao najautoritativniju nauku čiji je cilj saznanje vrhovnog dobra, kao nauku koja postavlja zakone o tome šta narod valja da čini, a kojih stvari valja da se kloni, smatra da: „Budući da predmet koji se ovde određuje, odnosno nauka o moralu, nema za cilj teorijsko saznanje, kao što je slučaj s drugim – filozofskim – istraživanjima, odnosno mi se ne bavimo time samo da bismo saznali šta je vrlina, nego zato da postanemo dobri; jer inače ne bi od nje, misli se na vrlinu, bilo nikakve koristi".[35] Time je etiku, kao nauku o moralu, zamenio s njenim predmetom, odnosno moralom kao normativnim poretkom.

A, u etici je bio veoma udaljen od jednostranog stanovišta o ličnosti, i to se najbolje može videti, prema tome kako shvata pravdu. Naziva pravdu savršenom vrlinom, divnijom od zvezde zornjače i zvezde večernjače, jer onaj koji je pravedan može da ostvaruje vrlinu i za druge a ne samo za sebe.[36] A to je mnogo: jer mnogi mogu u svojim vlastitim poslovima da ostvaruju vrlinu ali ne i prema drugima. Međutim, odnos između moralne valjanosti i pravde je taj, da je vrlina pravda ukoliko se za druge ostvaruje, dok je pravda, kao čvrsta usmerenost volje, moralna valjanost.[37]

Kao što se plivanje samo u vodi uči, tako se i pravedan postaje pravednim postupkom, a umeren i odvažan odgovarajućim ponašanjem. Aristotel se suprotstavio intelektualističkim sklonostima helenske etike: Mnogi, međutim, prema Aristotelu, ne postupaju tako, nego pribegavaju teoriji i misle da pomoću filozofiranja mogu postati moralni. Oni, postupaju kao bolesnici koji, istina, pažljivo saslušaju lekara, ali se uopšte ne pridržavaju njegovih reči. I kao što se bolesni ne mogu ozdraviti, tako i ovi neće postići spas duše svojim filozofiranjem. Shodno tome, rekao je sa najvećom preciznošću, da je biti dobar delo. Međutim, niko nije po prirodi dobar. Dobar se može postati tek ponašanjem koje odgovara normi.[38] Zna da moralnost nema koren u spoljašnjoj obavezi koju nameće pravo, već u unutrašnjoj savesti čoveka i da stoga, u krajnjoj liniji, zavisi od obrazovanja.[39] Pravi odgoj sastoji se, kao što Aristotel smatra, u tome da

[35] Aristotel, *Nikomahova etika,*Sveučilišna naklada Liber, Zagreb, 1982, str. 24.

[36] Aristotel, *Nikomahova etika,* str. 89.

[37] *Isto,* str. 87-115.

[38] Mi ne posedujemo moralnost po prirodi, a, takođe, ni protiv nje. Dakle, moralnost nije ontološki utemeljena. Mi smo za njeno postizanje nastrojeni, jedan više, drugi manje, jedan naročito za ovu, drugi više za onu vrlinu; ali mi je moramo pomoću navike potpuno postići. A odatle važnost koju pridaje etičkom odgoju.

[39] Obrazovanje smatra, neophodnim zbog poštovanja zakona, kako bi se kod čoveka stvorilo ubeđenje, da zakoni izražavaju volju svih i imaju za cilj zajedničku korist, jer bez tog unutrašnjeg uverenja, koje dovodi do „spontanog" ponašanja u skladu sa zakonima, oni ne bi bili delotvorni. To je zapažanje od velikog značaja, koje će usvojiti i Imanule Kant, kako na moralnom planu, gde je uočena etička nedovoljnost legalizma, tako i na

od mladosti budemo vođeni tako da budemo srećni i radosni, zbog stvari zbog kojih se treba radovati. Uvideo je, da je svakom etičkom vaspitanju potrebna moć uživanja i bola. Istovremeno, put ka moralnoj valjanosti mora da ide od heteronomije ka autonomiji, ako je primereno da se ovi izrazi Kantove moralne filozofije, spoje sa Aristotelovim mislima.[40]

Istovremeno je zakon, za Aristotela, sredstvo preko kojeg se postiže efikasnost etičkih pravila. Zakoni jesu su proizvod pravnog i političkog delovanja, ali oni mogu postati i poslednjem instrumentu etike. Kada prihvata, da zakoni imaju moralnu vrednost, što proizlazi iz okolnosti što su oni izraz uma, a to im daje božansku uzvišenost.

3. JEDAN SVET U BOGU

Sistematsko određenje sveukupne etike, prema našem mišljenju najvažnije, u srednjem veku preduzeo je Toma Akvinski. Kao i sav polet sholastičke filozofije, i on je pod uticajem ponovo otkrivenog Aristotela.[41] Utisak koji su njegovi etički spisi izazivali i potreba da se njihova shvatanja usklade sa etičkim idejama, koje su sadržane u crkvenom učenju, moramo smatrati kao motiv za stvaranje ovog sistema, jedinstvenog u svojoj vrsti.[42]

Metafizički osnov moralnog nije od vremena Avgustina pretrpeo bitnu promenu.[43] Uz pozivanje na Avgustina, Akvinski razvija „Summa theologiae“ kao izvor moralnog pojmove večnog, prirodnog i ljudskog zakona, Mojsijevog i hrišćanskog otkrivenja. Dakle, pojmove koji su svi

---

pravnom, gde je određeno da postoji potreba da pravo deluje više kao pravilo koje je intimno i slobodno prihvaćeno, nego kao norma spolja i prinudom, i to prihvaćeno od strane čoveka, koji je svestan da je svrha zakona opšta i njegova korist.

[40] Veza moralnosti sa uživanjem i bolom ispoljava se na dvojak način. Najpre, u upotrebi kazni pomoću kojih se određeno ponašanje iznuđuje. Oni deluju kao neka vrsta leka u obrnutom smislu; jer, zbog nekog određenog uživanja često se čini moralno zlo, a zbog neugodnosti ili bola uzdržavamo se od moralnog dobra.

[41] Detaljnije o tome videti u: V. Premec, *Hrestomatija etičkih tekstova patristike-sholastike-renesanse,* Veselin Masleša, Sarajevo, 1978, G. Angelini, *Teologia morale fondamentale*, Glossa, Milano, 2010, p.122-171, A. Bonandi, *Veritatis Splendor, Trent anni di teologia morale*, Giuseppe Colombo, 1996, M. Chiodi, *Etica della vita, Le sfide della practica e le questioni teoiche,* Milano, 2006, G. Moioli, *Proposta sistematica*, 1995 i G. Angelini, *La legge naturale. I principi dell'umanoe la molteplicita delle culture,* Milano, 2006.

[42] Detaljnije o tome videti u: J. M. Finnis, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, 1998, p. 15.

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

već kod Avgustina određeni, i ovde samo u sistemskoj vezi i tačnom razgraničenju prikazani.[44] Ova određenja važila su sve do novije filozofije i u jednom i u drugom obliku.[45] U osnovi, to su samo ponavljanja starih stoičkih definicija kad je kao večni, najviši i apsolutni zakon označavan božiji razum, koji vlada univerzumom, i kad je prirodni zakon tumačen kao večni zakon, koji se ispoljava u pojedinim bićima.[46] Oblik prirodnog zakona, različit je u zavisnosti od svojstava bića. Ipak, sve postojeće stoji pod večnim delovanjem prirodnog zakona.

Etičko učenje Tome Akvinskog, kao deo njegove sistematske teologije, nastoji istovremeno da obnovi antičko etičko nasleđe, a potom ga uklapa u pojmove božanstva, greha, milosti. Prema njemu, moralno delovanje predstavlja momenat ili tren, čovekovog religioznog postavljanja, a ne autonomno ljudsko postavljanje.[47] Istina, etika, prema njegovom mišljenju, ima za svoj osnovni predmet „svrhovito ljudsko delovanje" ili „ljudsko delovanje u svom unutrašnjem poretku i u odnosu spram njegovu cilju".[48] Ovo određenje, čini etiku Tome Akvinskog teološkim mišljenjem.[49]

Kako je kao etičar, Toma Akvinski polazio od Aristotela, njegova etika, iako sklona izvesnom intelektualizmu, ne izjednačava moral i znanje, niti ih odvaja potpuno. Pored toga, želi da utemelji etiku na jedinstvu volje i razuma, ali ga intelektualizam navodi te u tome ipak prednost daje razumu. Dakle, ljudsko delanje shvata kao funkciju volje, ali ga određuje u oblasti razumnog.[50] Zato ova etika, po svojoj suštini, ostaje dualistička, iako u sklopu svog nastajanja te dualizme prevladava. Dakle, to je potpuno očekivano jer čoveka shvata istovremeno kao božansko i samostalno biće.[51]

---

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

[45] Neka pitanje koja su s njima povezana zanimala su mislioce 17. a još više 18. veka. Ova shvatanja su, najvećim delom, nasleđe antičke filozofije modifikovano hrišćanskim preinačavanjem pojma božanstva i njegovog odnosa prema svetu.

[46] J. Finnis, *Political Aspect of St. Augustine's City of God*, 1921, p. 45.

[47] T. Aquinatis, *De Regimine Ludeorum. Ad ducissam Brabantie*, Marietti, Taurini-Romae, 1954, p. 49.

[48] T. Akvniski, *Izabrano djelo*, Globus, Zagreb, 1989, str. 112-113.

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

[50] T. Aquinatis, *Opscula philosophica*, Marieti, Roma, p. 257-259.

[51] Čovek je podređen moralnom zakonu kao božijoj volji, koja uvek traži dobro, on istovremeno, kao ljudsko biće traži sreću. Ove težnje mire se u prirodnoj težnji ka Bogu. Tako je čovek, kao i sva bića, dobar po iskonskoj dobroti (*a prima bono*) i živi po iskon-

Osnov etike Tome Akvinskog, uočava se u tome što ona osnovnu čovekovu težnju, kao i Aristotelova etika, pronalazi u osvajanju sreće. Ali, shvatanje sreće Akvinskog je intelektualistički i teološki zasićeno.[52] On, sreću najpre vidi u spoznaji Boga, kao prvog uzroka, stvaraoca i uzora. To znači da je „konačna sreća čovekova" u umu i to u trenutku kad spoznaje uzrok svega, jer „uzrok po svojoj prirodi više privlači naš um nego učinak".[53] Sreća se zato pokazuje kao kontemplacija Boga, dok je moral samo pomoć na tom putu. Zbog toga, on mora da raspravlja i o odnosu dobra i istine. Toma Akvinski smatra, da čovek po prirodi voli istinu, i u njenom otkrivanju vidi prijatnost. Ali, istina je i deo moralnosti i deo pravednosti. Ovako postavljena etika, moralnost određuje, kao dobro stanje duha. Tako se istinsko zadovoljstvo ne nalazi u telesnom uživanju, slavi, vlasti i bogatstvu.

Pozitivni božanski zakon se, prema Akvinskom, deli na zakon zapovesti („Stari zavet") i zakon uverenja („Novi zavet").[54] Tako je realistički uočio, da se u okviru pozitivne hrišćanske religije nalazi niz zapovesti i principa koji su, bar prividno, protiv prirodnog moralnog zakona, odnosno protiv čovekove savesti, razuma, težnje ka sreći, duševne sposobnosti. Tu je, zapravo, reč o elementu prirodne moralnosti, koje on ne može potpuno da previdi. Ali, to što ne može da previdi, kao dobro koje se osvaja čovekovom aktivnošću, on svodi na minimum. Tako prirodnu moralnost čuva da sasvim ne „propadne", ali je podređuje natprirodnoj moralnosti. Ove dve moralnosti odnose se kao viša i niža, završna i pripremna. Moralnost shvata, po našem mišljenju, kao područje imperativa. Moral je područje imperativa, jer i biće i saznanje imaju svoj teološki imperativ. Zapravo, čovek u svom delovanju ne sme da se udaljava od Boga.[55] Zato se vrlina, u suštini, sastoji u usmerenosti težnje subjekta, razuma, volje, požude i snage, da sledi savršenstvo i dobrobit Boga. Poslednja odrednica toga stava glasi da: božanski zakon upućuje na to da volimo Boga i svog bližnjeg.[56] Filozofija etike Akvinskog završava se idejom da je za-

---

skom životu (*a prima vivo*). Detaljnije o tome videti u: T. Aquinatis, *Summa theologiae*, Marieti, Roma, p. 25.

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

[53] T. Aquinatis, *Summa theologiae*, p. 39.

[54] F. De Vitoria, *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomas*, Asociacion Francisco de Vitoria, Salamanca, 1932, p. 43.

[55] T. Aquinatis, *Summa theologiae*, p. 56.

[56] Tako ova etika u svom bitnom sloju nužno sledi etiku objavljene teologije i brani natprirodno blaženstvo koje se ostvaruje u božanskoj trijadi vrlina vera, nada i ljubav, odnosno u bogoljublju kome je pozitivna etika samo nužna priprema.

jednica ovozemaljskog života, odnosno ovozemaljska etika samo škola za nebeski život ili *preambula gratie.*

Prirodnom zakonu, koji stoji u ljudskoj svesti, suprotstavlja se pozitivni zakon, koji je isto toliko božanski kao i ljudski. Nužnost prvog, data je pomućenjem koje je prirodni moralni zakon pretrpeo u čoveku, i koje Akvinski, katkad naziva zakonom, zakonom greha ili požude. Ljudski zakoni, naređuju samo spoljna dela i oni međusobno nisu u skladu. Pozitivni božiji zakon je dvojak. Dakle, to je zakon „Starog zaveta" i „Novog zaveta".[57] Dakle, već ovde, u ovim osnovnim pojmovima, nalazimo da je Akvinski veoma daleko od toga da dopusti da cela vrednost hrišćanstva bude sadržana u ponovnoj obnovi i daljem širenju prirodnog moralnog zakona. On u religioznoj moralnosti hrišćanstva, vidi nešto specifično, što se nadovezuje na praktični um, ali što nipošto ne dolazi do savršenosti jedino pomoću njega. Akvinski, pojam moralnog određuje, kao dobro stanje duha, usled koga mi živimo pravo, koje niko ne zloupotrebljava i koje Bog u nama bez nas stvara.[58] Ovoj definiciji pridružuje doduše, primedbu da se ona doslovno odnosi samo na najviši oblik moralnog, na vrlinu sa natprirodnim ciljem, a sa ispuštanjem dodatka „bez nas". Ona postaje primenljiva i na stečenu vrlinu koju Bog, koji deluje u prirodi i u svakom stvorenju svojstvenoj volji, postavlja u nas ali ne bez naše aktivnosti.[59]

Toma Akvinski, predstavlja paradigmu prirodno-pravnog teoretičara, i on dominira od otaca crkve do Kanta, tako što sintetizuje svoje patrističke i rano-srednjevekovne predhodnike. Toma Akvinski, vidi prirodni zakon, uglavnom, kao formu unutar koje čovek mora da hoće, da bi njegova volja i ponašanje, koje ona nalaže bili u skladu sa prirodnim zakonom, pa samim time i moralnim, a ta forma je racionalnost. Smatra, da je pozitivno pravo potrebno iz dva razloga od kojih je jedan taj da prirodno pravo „koje na neki način već postoji" samo ne pruža sva, pa čak ni većinu rešenja za probleme života zajednice.[60] Kada se njegove primedbe uzmu zajedno može se primetiti, da se Akvinski koristi trostrukom kategorizacijom principa prirodnog prava. Najpre, postoje najopštiji principi (*communissima*) i oni izlažu osnovne oblike ljudskog dobra, barem u me-

[57] Istorijsko-filozofsko razgraničenje oba jednog prema drugome i prema obema drugim klasama zakona pričinjava teškoće, ali ono što novozavetni zakon razlikuje od starozavetnog i od prirodnog moralnog zakona je momenat koji u stvari ne spada pod pojam zakona, već je neposredno delovanje milost koju vera u Hrista pruža.

[58] T. Aquinatis, *Summa theologiae*, p. 69.

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

[60] On, se često bavio pitanjima domašaja ljudskog prihvatanja prirodnog prava.

ri u kome se tiču njegovog dobra. Njih prihvata svako ko dostigne uzrast razuma i ko ima dovoljno iskustva da zna na šta se oni odnose, i u tom smislu oni ne mogu kao opšti principi (*in universali*) biti eliminisani iz ljudskog srca.[61] Potom, čak i najelementarnije i najlakše prihvatljive moralne implikacije ovih prvih principa su podobne da budu neshvaćene ili iskrivljene za određeni narod i, celokupne kulture, zbog predrasuda, sporazuma, prevagom za posebnim nagradama.[62] I na kraju, postoje mnoga moralna pitanja na koja se ispravno može odgovoriti od strane onoga ko je mudar i ko ih razmatra izuzetno pažljivo.[63]

Toma Akvinski, govori o samoočevidnim predmoralnim principima, koje kasnije naziva *communissima*, a da, nažalost, ne ukazuje kojeg od njih, ako i jednog, smatra samoočevidnim isključivo relativno mudrima. Svaki oblik prirodno-pravne teorije morala obuhvata verovanje, da se odredbe vezane za čovekove dužnosti i obaveze mogu izvući iz odredbi o njegovoj prirodi.[64] Nije tačno, da za njega dobro i zlo predstavljaju koncepte koji su određeni u metafizici, pre nego što su primenjeni u moralu.[65] Naprotiv, tvrdi na najasniji mogući način, da prvi principi prirodnog prava koji određuju fundamentalne oblike dobra i zla, i koji se na odgovarajući način mogu shvatiti od svakog uzrasta razuma (a ne samo od metafizičara) su *per se nota* (samoočevidni) i ne mogu se predstaviti. Prvi principi prirodnog prava se ne izvlače iz spekulativnih principa, već se iz činjenica. Prvi principi prirodnog prava, se ne izvlače iz metafizičkih određenja ljudske prirode ili iz prirode dobra i zla ili iz „funkcija ljudskog bića“, niti se mogu izvući iz teleološke koncepcije prirode, ili bilo koje druge koncepcije prirode.[66] Principi dobra i zla se, takođe, proizlaze iz ovih prvih, predmoralnih principa praktične razumnosti, a ne iz bilo kakvih činjenica, metafizičkih ili drugačijih.[67]

Iako se Toma Akvinski, bavio metafizičkim promišljanjem i religijom, njegovo objašnjenje prirodnog zakona ne poziva se ni na metefizič-

[61] Ovo je najbliže što se on približava tvrdnji za koju kasnije Hart navodi, da predstavlja jezgro prirodno-pravnog teoretisanja.

[62] Na primer, mnogi narodi (u doba Tome Akvinskog a i danas), misle da se moralnost tiče interpersonalnih odnosa i da je svako slobodan da radi šta hoće u stvarima koje se tiču samo njega, dok drugi ne mogu da uvide da imaju bilo kakve obaveze prema drugim narodima.

[63] T. Aquinatis, *Summa theologiae*, p. 100.

[64] Videti u: D. M. Mitrović, *Teorija države i prava,* str. 286.

[65] T. Aquinatis, *Summa theologiae*, p. 112.

[66] Prvi principi prirodnog prava, se ne izvlače niti proističu iz bilo čega, mada nisu ni urođeni.

[67] R. McInerny, *Ethica Thomistica*, Catholic University of America Press, Washington, 1982, p. 65.

ka, ni na religiozna učenja. Preko razuma, objašnjava prirodnost i zakoniti karakter etike prirodnog zakona. Prema njemu, sve što je suprotno poretku razuma, suprotno je i prirodi ljudskih bića kao takvih, a ono što je razumno u skladu je sa ljudskom prirodom. Dobro za čoveka je život u skladu sa razumom, a ljudsko zlo se nalazi izvan poretka razuma.[68] Tako je ljudska vrlina, koja dobrom čini i ljudsku ličnost i njena dela, u saglasnosti sa ljudskom prirodom, u onoj meri u kojoj je u saglasnoti sa razumom. A, porok je suprotan ljudskoj prirodi, ukoliko je suprotan poretku razuma. Slično, zakonski karakter prirodnog zakona je funkcija njegove racionalnosti. Zakon je zapovest razuma za opšte dobro, to je pravilo i mera delovanja, na osnovu koga se čovek navodi na delovanje ili odvraće od njega. Prema njemu, pravilo i mera ljudskih dela je razum.[69] Dodaje, da pravilo da bi bilo zakon mora biti obnarodovano, jer jedino pravila koja su poznata mogu biti merilo postupanja.

Kod njega se učenje o prirodnom pravu, razvija u klasičnom sholastičkom obliku. On, razlaže pojam zakona na božanski „večni zakon" (*lex aeterna*), „prirodni zakon" (*lex naturalis*) i „ljudski zakon" (*lex humana*).[70] Prvi proizlazi iz Božije providnosti nad svetom „kao zamisao upravljanja stvarima". Sva bića na neki način imaju udeo u tom „večnom zakonu" jer im on „utiskuje određene sklonosti prema njihovim činima i svrhama".[71] Prirodni zakon je učešće razumskog bića u večnom zakonu, odnosno učešće večnog zakona u razumskom biću.[72] Ljudski zakon je razumsko nalaženje ljudskih pojedinačnih odredbi, koje nastaju polazeći od zapovesti prirodnog zakona (njegovih opštih i nedokazivih načela). Prirodni zakon je tvorevina razuma, kao duševna moć, ali samo ako je u njoj sadržan večni zakon. Delatnost prema etičkoj vrlini spada u prirodni zakon, jer je vođena onim čemu čovek teži po svojoj prirodi. Razum po prirodi naređuje svakom čoveku da deluje čestito. Istina, moguće su greške u delanju, jer je moguće da izneveri dedukcija prirodnog zakona prema pojedinačnom delanju. Prirodni zakon u opštim načelima, ne može biti „izbrisan iz ljudskih srca", ali može u pojedinačnim zapovestima, jer požuda, pogrešno uverenje ili „loši običaji i pokvarene navike" mogu da spreče dedukciju opšteg do pojedinačnog. Ljudski zakon, proističe iz potrebe za određenom stegom, i vrednost mu dolazi iz izvedenosti iz prirodnog zakona. Ako od njega odstupa, onda je on „izopačeni zakon". Nepravednom zakonu, on oduzima moralnu vrednost.

---

[68] V. J. Bourke, *Wisdom from St Augustine*, Ceneter for Thomistic Studies, 1984, p. 38.
[69] R. McInerny, *Ethica Thomistica*, p. 80.
[70] T. Aquinatis, *Summa theologiae*, p. 140-141.
[71] T. Akvinski, *Država,* Globus, Zagreb, 1990. str. 138.
[72] T. Akvinski, *Država,* str. 140 i T. Akvinski, *Izabrano djelo*, str. 227.

ZAKLJUČAK

Potreba za svetom prava koji počiva na moralnim vrednostima, zasniva se na jednostavnoj istini, a to je iskonska ljudska potreba za pravdom, jer pravedno je cela vrlina.[73] Kako god bila „zasićena" pravom, naša stvarnost „potrebuje" etiku, te najvišu od svih vrednosti pravdu, koja će uz „pomoć" prava, omogućiti valjano ostvarenje ljudskog dostojanstva. Dakle, neophodnost približavanja sveta prava i morala postaje imperativ današnjice. Čovek se više ne može samo oslanjati na pravo, niti sve principe „življenja" u našoj stvarnosti zasnivati samo na pravnim principima. Naša stvarnost, iziskuje okretanje, naročito u „teškim slučajevima" moralu. Svet prava mora a bude zasnovano na moralnim vrednostima, a ne samo na sankciji. Te se kao poseban elemenat pravne norme, mora uočiti vrednost, koja zapravo i valja da drži i održi pravnu normu. Jer će se pravni sistem koji ne počiva na vrednostima, sasvim sigurno urušiti sam od sebe, bez obzira koliko je država cenralizovana. Dakle, najpre mora da postoji vrednost kao elemenat pravne norme, a potom vrednosno prihvatanje pravne norme. Tako je jedino moguć opstanak prava. Potreba za svetom prava koji počiva na moralnim vrednostima, ostvariće ideju da pozitivno pravo mora da bude pravedno, a pravedno pravo da bude primenljivo. Dakle, odbijmo mogućnost da je logika prava suprotna vrednostima ili logici vrednosti.

[73] Aristotel, *Nikomahova etika*, str. 90.

Marko Trajković, Assistant Professor
Faculty of Law Niš

About the World of Law Which Rests on the Moral Values

Abstract

Thiories of the unity of ethics and morals, whose roots are in the ideas of Plato, Aristotle and Thomas Aquinas, see in the law one „higher", „true" law meant to achieve general good and justness in a political community, as well as to contribute to the ethical growth and advancement of man. The goal of such a view of the unity of ethics and morals is to accomplish absolute good. The idea of the natural law is presented as the existence of an unchangeable order as part of the natural world. In the theories of the unity of ethics and law, morality is considered as a must, as something in the domain of imperative, in which an ethically developed personality of man i the highest value of all, and happiness the uppermost good, chosen to serve just him.

The need for the unity of law and morals, one discovers in the works of Plato, Aristotleand Thomas Aquinas is based on a simple truth, and that is man's perennial need for the conquest of the absolute good, happiness, his aspiration towards God. Despite the fact that our reality may be „sated", or 'fed up' with law, it „wants" morals, that would be in such a unity of „ correcting" the defects of law, making our reality worth living in. Thus, the necessity to make law and morals closer to each other is the imperative of our time. Man can nether rely on law only, nor found all the principles of „living" in a reality on legal principles. Our reality does not want only a turn, especially in hard cases, to morals, but also to the primordial unity of law and morals.

Key words: law, value, morals, good, unity.

Originalni naučni rad 502/504:343.2(4)

Dr Tatjana Lukić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

KRIVIČNOPRAVNA ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE*

Sažetak: *Zaštita životne sredine nesumnjivo predstavlja jedan od prioriteta današnjice, kako na nacionalnom tako i na međunarodnom nivou. Životna sredina shvaćena kao ukupnost prirodnih i radom stvorenih vrednosti se štiti prvenstveno upravnim i građanskim pravom. Međutim, intenzivan razvoj industrije, tehnike i tehnologije je uslovio potrebu i za krivičnopravnom zaštitom životne sredine, s obzirom da se ugrožavanje pojedinih elemenata životne sredine više ne može zaštititi ni na jedan drugi način. U ovom radu autor se bavi krivičnopravnom zaštitom životne sredine na nivou Evropske unije, propisima kojima se reguliše krivično pravna zaštita životne sredine, kao i nekim osnovnim pitanjima u vezi sa ovom problematikom.*

Ključne reči*: životna sredina, krivično pravo, EU, načela, propisi*

Uvodna razmatranja

Jasna veza koja postoji između ekonomskog razvoja i korišćenja prirodnih resursa je dobro poznata. Intenzivan i rastući razvoj industrije, trgovine i drugih privrednih sektora, neminovno uslovljava sve veće korišćenje prirodnih resursa. Ljudi vekovima eksploatišu prirodne resurse, ali nekada je priroda mogla lako da se oporavi bez previše negativnih efekata. Međutim, ozbiljni problemi su počeli kada su, kao

* Rad je rezultat istraživanja ostvarenih na Projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ (br.179079), a sredstva za njegovo ostvarivanje su obezbeđena od strane Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije.

rezultat industrijske revolucije, prirodni resursi počeli da se iskorišćavaju na sistematičan i intenzivan način. Ovo je uslovilo novi pristup problematici životne sredine - tzv. protekcionistički, odnosno zaštitnički pristup što se manifestovalo donošenjem prvih propisa o zaštiti životne sredine na nacionalnom nivou u pojedinim državama.[1] Na osnovu iznetog se može zaključiti da je industrijska revolucija bila polazna tačka za stvaranje sistema pravne zaštite životne sredine kakva je poznata danas.

Prvi propisi kojima se štitila životna sredina su doneti u oblasti građanskog i upravnog prava, i imali su za cilj da obezbede odgovarajuće nadoknade u slučajevima kada je do zagađenja došlo, kao i uvođenja početne regulatorne šeme kako bi se izbegla oštećenja i obezbedila zaštita javnog zdravlja. U prvo vreme se nije smatralo za neophodno da se pribegne krivičnopravnoj zaštiti životne sredine, jer slučajevi ozbiljnijih narušavanja životne sredine su bili retki i sporadični (iako su prvi industrijski gradovi pretrpeli ozbiljna zagađenja). Situacija se značajno promenila nakon Drugog svetskog rata naknadnim povećanjem eksploatacije prirodnih resursa. Po prvi put u svetskoj javnosti se pojavilo mišljenje o zabrinutosti zbog opšteg stanja životne sredine.

To je dovelo do potrage za novim merama za borbu protiv uništenja životne sredine. Jedna od tih mera je pribegavanje krivičnopravnoj zaštiti životne sredine i veoma brzo je sve veći broj zemalja počeo da pribegava krivičnom pravu, kao načinu obezbeđivanja zaštite životne sredine. Shodno tome, ponašanja za koja se pretpostavljalo da su opasna po životnu sredinu inkriminisana su kao posebna krivična dela.

Krivičnopravna zaštita životne sredine

Krivična dela protiv životne sredine uvode potpuno drugačije perspektive u krivični pravni sistem. Dok tradicionalni kriminalitet predstavlja opasnost za socijalnu stabilnost, ekološki delikti predstavljaju pretnju opstanku ljudskog društva. Čovek svojom delatnošću na zemlji krši same fundamentalne potrebe ljudske egzistencije. Savremene tehnologije (koje su po pravilu ekološki destruktivne) utiču na ekosistem na način kojim se ugrožava njegova stabilnost. U današnje vreme postoji velika zabrinutost zbog krivičnopravne prirode nekih ozbiljnih ugrožavanja životne sredine. Ova zabrinutost odražava novo i široko rasprostranjenu javnu etiku koja zahteva jasan odgovor na zloupotrebu životne

[1] Waterwork Clauses Act u Velikoj Britaniji 1845. godine, Opšti industrijski zakon u Nemačkoj 1845. godine i dr.

sredine.[2] Zato je značajna lista zemalja koje su inkriminisale krivična dela protiv životne sredine, stvarajući na taj način nove specijalizovane oblasti u okviru sistema krivičnog prava kao način suočavanja sa ozbiljnom degradacijom životne sredine.

Ekološki kriminal predstavlja namerno činjenje ili nečinjenje koje je dovelo do degradacije životne sredine i rezultira štetnim efektima na ljudima, životnoj sredini i prirodnim resursima. Krivična dela protiv životne sredine obuhvataju sva kršenja ekoloških propisa koje povlače krivične sankcije. Gonjenje za krivična dela protiv životne sredine zbog toga se odnose na krivično gonjenje u slučajevima povrede životne sredine pred krivičnim sudovima. Istorijski gledano, krivično pravo nije se bavilo zaštitom životne sredine u smislu da je ona predstavljala samostalni i primarni objekat zaštite, već se ona štitila posredno kroz neka druga krivična dela.

Ciljevi korišćenja krivičnog prava u oblasti zaštite životne sredine su:

a) da potvrdi standarde koji su utvrđeni u interesu

- životne sredine ili javnog zdravlja;
- kredibiliteta i kontrole vlasti (postavljanje standarda)
- lojalne konkurencije;

b) da spreči ili otkloni štetu po životnu sredinu kako bi se obezbedio održiv razvoj.

Pravo životne sredine

Pravo životne sredine predstavlja skup načela i pravnih pravila kojima je regulisan čovekov odnos prema prirodi i okruženju koje je stvoreno ljudskim radom. Pravo životne sredine reguliše prava i obaveze čoveka prema zaštićenim dobrima, kao i pravnu zaštitu koja postaje aktuelna tek kada neko postupi suprotno obavezi i time povredi ili ugrozi zaštićena dobra. U uporednom pravu se ipak pravo životne sredine odnosi samo na pitanje pravne zaštite zaštićenih dobara u slučaju ugrožavanja ili povrede. U pogledu načela, pravo životne sredine je zasnovano na tri vrste načela. ***Pravna načela*** su nepisana pravna pravila (norme) koje su važan deo svakog pravnog poretka, a njihova praktična funkcija je to što predstavljaju rešenje u slučaju nepostojanja konkretnog pisanog pravnog pravila. Prvu grupu načela čine opšta načela koja se odnose na sve grane istog pravnog sistema. Drugu grupu načela čine ona koja su

[2] The (United States) Government's Memorandum in Aid of Sentencing cited in the case United States v. Holley Electric Corp, Case No. 83-119-CR-J-6.

karakteristična za pojedine tradicionalne grane prava sa kojima je pravo životne sredine funkcionalno povezano. I na kraju treću grupu čine načela prava životne sredine u užem smislu. U načela prava životne sredine spadaju: načelo održivog razvoja, načelo pravičnosti i međugeneracijske solidarnosti, načelo saradnje i koordinisanog delovanja, načelo javnosti, načelo zabrane nanošenja štete životnoj sredini, načelo prevencije i predostrožnosti, načelo restitucije, načelo "zagađivač plaća", načelo "korisnik plaća", načelo supsidijarne odgovornosti države i načelo efikasnog prstupa pravosuđu. Veliki broj ovih načela je regulisan ne samo na nacionalnom nivou, nego i na nadnacionalnom nivou u brojnim međunarodnim dokumentima. Ova načela predstavljaju stub prava životne sredine.

Izvori prava životne sredine

Pod izvorima prava se podrazumevaju regulativne celine koje sadrže pravna pravila zasnovana na opštim i diferencijalnim načelima iza kojih stoji državna prinuda u obliku pravne sankcije. *Izvori prava* se tradicionalno dele na *pisane* i *nepisane*. U pravnim sistemima evropskog kontinentalnog tipa većina pravila se nalazi u opštim aktima državnih organa. Pravila koja proističu iz običaja i ostalih nepisanih izvora pravno su obavezujuća samo ako tako odluče nadležni državni organi. U zavisnosti da li pravila stiču pravnu obaveznost izvorno, ili na osnovu posebnog propisa, izvori prava se dele na *neposredne* i *posredne*. Neposredni izvori prava su svi važeći opšti akti zakonodavne vlasti, dok običaji i drugi posredni izvori postaju pravno obavezujući tek kada na snagu stupi zakon kojim se nalaže ili dopušta njihova primena (posredni izvori). Izvori prava životne sredine se još dele na *materijalne* i *formalne*. Pod materijalnim izvorima se podrazumevaju činioci koji stvaraju pravo, a formalni izvori prava su pravni akti, odnosno forma u kojoj su sadržani materijalni izvori prava. U formalne izvore prava spadaju ustav, zakon i dr. pravni akti. Ustav je najviši pravni akt svake države koji po pravilu pruža samo opšti okvir za regulisanje predmetne materije. Ovim aktom se garantuju pojedina prava čoveka i građanina, određuju uslove pod kojima se ta prava mogu ograničiti i garantutju pravo na pravnu zaštitu. Ta materija se zatim detaljnije uređuje zakonom. Ustavom Republike Srbije[3] garantuju se brojna prava i slobode. Ljudska prava zagarantovana ustavom mogu biti ograničena zakonom, a ne i pravnim aktima niže pravne snage i to samo ako je ograničavanje

[3] Službeni glasnik RS broj 83 /2006.

dozvoljeno ustavnom normom. Pri tome se mora voditi računa da ograničenje odgovara svrsi radi koje je ustavom ustanovljeno, kao i da bude ostvareno u obimu koji omogućuje da se svrha ograničavanja ostvari na način svojstven demokratskom društvu, bez zadiranja u suštinu zagarantovanog prava (član 20. Ustava Republike Srbije). Ustavom je predviđeno da se pojedina prava mogu ograničiti, ili u celini suspendovati za vreme rata, neposredne ratne opasnosti ili vanrednog stanja (kao što su velike elementarne nepogode, akcidenti i slično). Građani se radi zaštite ograničenih ili suspendovanih prava mogu neposredno pozivati i na ovu vrstu ustavnih normi. Lice čije je ustavno pravo povređeno može zahtevati zaštitu u zakonom utvrđenom postupku, prema pravilima upravnog, građanskog ili krivičnog prava. Takvu garanciju na uopšten način daje sam Ustav.

Pravo na zdravu životnu sredinu se garantuje u Ustavu RS (čl.74) kao i pravo na blagovremeno i potpuno obaveštavanje o njenom stanju. Shodno Ustavu posebnu odgovornost za zaštitu životne sredine imaju Republika Srbija i Autonomna pokrajina, propisana je i obaveza svih ljudi da čuvaju i poboljšavaju životnu sredine. Ova prava i obaveze detaljnije su regulisani zakonima. U Srbiji predmetna materija nije uređena jednim zakonskim aktom, već postoje brojni propisi kojima se ona reguliše. Opšti propisi kojima se regulišu opšta pitanja su Zakon o zaštiti životne sredine[4], Zakon o proceni uticaja na životnu sredinu[5], Zakon o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu[6], Zakon o integrisanom sprečavanju i kontroli zagađivanja životne sredine[7]. Pored ovih opštih propisa, postoji i veliki broj posebnih propisa koji sadrže pravila o upotrebi i zaštiti pojedinih dobara.

Međunarodni ugovori su takođe izuzetno značajni izvori prava. Zakonom o ratifikaciji on postaje deo unutrašnjeg pravnog poretka. Pošto stiče obaveznost posredstvom posebnog akta izvršne vlasti može se zaključiti da ovakvi ugovori predstavljaju posredne izvore prava životne sredine. Prema Bečkoj konvenciji o pravu ugovora (član 27.)[8] odredbe ratifikovanog ugovora su iznad unutrašnjeg prava. Ovaj princip važi i u pravnom sistemu Republike Srbije, s tim što međunarodni ugovor obavezuje samo ako nije u suprotnosti sa Ustavom.

---

[4] Službeni glasnik RS broj 135/2004, 36/2009, 36/2009 - dr. zakon i 72/2009 - dr. zakon

[5] Službeni glasnik RS broj 135/2004.

[6] Službeni glasnik RS broj 135/2004.

[7] Službeni glasnik RS broj 135/2004.

[8] Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori broj 30/1972.

Krivičnopravna zaštita životne sredine na nivou Evropske unije

Zaštita životne sredine na međunarodnom nivou se ostvaruje preko međunarodnog prava koji predstavlja uređen sistem pravnih pravila. Ova pravila se javljaju u različitim oblicima (ugovori, običaji, načela). Najveći deo međunarodnog prava životne sredine danas postoji kao ugovorno pravo (konvencije, sporazumi i dr.).

Povelja o osnovnim pravima Evropske unije od 7. decembra 2000. godine (sa izmenama i dopunama iz 207. godine)[9] u članu 37. sadrži osnovno pravo na zaštitu životne sredine, a u članu 174. je utvrđen novi cilj evropske politike radi zaštite životne sredine koji je definisan kao unapređenje mera na međunarodnom nivou u cilju prevazilaženja regionalnih ili globalnih problema životne sredine, a naročito u cilju sprečavanja promene klime.

Zakonodavstvo Evropske zajednice o zaštiti životne sredine koja se usvaja u vidu direktiva pruža više diskrecije nacionalnim državnim organima nego što je to slučaj u drugim oblastima prava EZ. Karakteristika toga je minimalna harmonizacija, a manji akcenat je stavljen na unifikaciju prava. Posledica toga je da nacionalni organi imaju više diskrecije kod izbora odgovarajućih mera kojima će postići ciljeve koji proističu iz direktive.

Ekološka regulativa EU, kao i acquis communitaire imaju poseban značaj i za evropske države nečlanice. Od ukupnog broja odredbi prava EU, najmanje 30% čine propisi o zaštiti životne sredine.

Na evropskom kontinentu svedoci smo nekih važnih dešavanja u oblasti zaštite životne sredine u celini, gde posebnu pažnju nesumnjivo zaslužuje krivičnopravna zaštita životne sredine. Pravci razvoja u okviru Evropske unije o zaštiti životne sredine su dobro poznati. To je proces koji se definiše kao "pojavljivanje Zajednice kao ekološkog aktera"[10]. Isto se može reći i za napor da se transformiše "pravo na pristojnu životnu sredinu" u "pravo" ljudsko pravo.[11] Savet Evrope i Evropska unija su u ovim procesima imali, a i danas imaju posebno značajnu ulogu.

Krivičnopravna zaštita životne sredine postala je stvar realnog interesovanja u okviru Saveta Evrope u 1977. godini kada je Komitet Ministara

[9] Službeni list broj C 303 od 17. decembra 2007. godine.

[10] SCOTT J., (1998), EC Environmental Law, London and New York, Longman, page 4.

[11] Vercher Nougera A., Derechos Humanos Medio Ambiente, u Claves de Razón Práctica No.84. Julio/Agosto 1998., str.

usvojio Rezoluciju (77) 28[12] o doprinosu krivičnog prava zaštiti životne sredine. Komitet ministara je najpre razmatrao potrebu da se zaštiti zdravlje ljudi, životinja i biljaka i lepota predela. Osim toga, Komitet je razmotrio različite aspekte savremenog života, posebno industrijskog razvoja, uzimajući u obzir stepen zagađenja kao posebno opasnog indikatora po zajednicu. Na kraju, Komitet je zaključio da treba da se pribegne krivičnom pravu kao "ultima ratio", kada su druge mere zanemarljive, neefikasne ili neodgovarajuće. Na osnovu ovih zaključaka, Komitet ministara je uputio niz preporuka vladama država članica.

Savet Evrope je u Rezoluciji ministara pravde broj 1(1990) potvrđujući Rezoluciju (77) 28, pozvao zemlje članice da ispitaju celishodnost i da naprave spisak krivičnih dela u cilju pružanja adekvatne krivične zaštiti vode, zemljišta, vazduha i drugih elemenata za zaštitu životne sredine i primene koncept krivičnih dela ugrožavanja, bez obzira na stvarnu štetu, kao i da propišu krivična dela protiv životne sredine za koje je predviđeno krivično gonjenje po službenoj dužnosti ne samo u zemlji u kojoj je počinjeno, već i u svim zemljama gde je nastupila posledica u skladu sa principom izbegavanja dvostruke inkriminacije. Nakon usvajanja Rezolucije broj 1 (1990), Komitet ministara Saveta Evrope je osnovao Komitet stručnjaka 1991. godine pod imenom Grupa stručnjaka zaštite životne sredine kroz krivično pravo (PC-S-EN). Komitet je kasnije transformisan u Tradicionalni komitet eksperata (PC-EN). Ovaj komitet je počeo sa radom oktobra 1991. godine i radio je do decembra 1995. Za ovo vreme je održano sedam plenarnih i deset radnih sastanaka.

Konvencija o zaštiti životne sredine kroz krivično pravo otvorena je za potpisivanje 4. novembra 1998. godine[13]. Ovom Konvencijom se od država potpisnica traži da u svoja nacionalna zakonodavstva uvedu nova teška krivična dela protiv životne sredine, propišu krivične sankcije i administrativne mere kumulativno ili alternativno. Druge mere nekaznene prirode mogu biti oduzimanje dozvole, zabrana nastavljanja ekološki opasnih procesa i drugo. Bitna novina koju unosi Konvencija jeste krivična odgovornost pravnih lica za ugrožavanje životne sredine. Osnovni cilj Konvencije je bio da približi kaznena zakonodavstva država potpisnica o zaštiti životne sredine, doprinoseći na taj način povećanju praktične efikasnosti.

---

[12] Resolution 77 (28) On the Contributionof Criminal Law to the Protection of the Environment, Adopted by the Committee of Ministers on 28 September 1977, at the 275th meeting of the Ministers' Deputies.

[13] Convention on the protection of the environment through criminal law, http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/172.htm Konvenciju su popisale: Austrija, Belgija, Danska, Estonija, Finska, Francuska, Nemačka, Island, Italija, Luksemburg, Rumunija, Švedska i Ukrajina. Samo je Estonija Ratifikovala ovu konvenciju 2002. godine.

S obzirom da međunarodne konvencije predstavljaju značajan korak ka uspostavljanju realnog sistema međunarodnog krivičnog prava za zaštitu životne sredine, a ne samo principe[14], Evropska unija je otvorila nove mogućnosti, što se manifestovalo kroz dve različite inicijative. S jedne strane, Danska je predstavila inicijativu za okvirnu odluku o borbi protiv teškog ekološkog kriminala u 11. februara 2000[15]. Okvirna odluka ima za cilj uvođenje minimalnih standarda za krivično gonjenje i sankcije za teška krivična dela, kao i poboljšanje saradnje između država članica. Ovu odluku je Evrpski sud pravde ukinuo 13. septembra 2005. godine (Decision 2003/80/JHA).

Savet, zabrinut zbog krivičnih dela protiv životne sredine, želeo je da zaštiti životnu sredinu u okviru krivičnog prava, da intenzifikuje razmenu informacija između država članica i da se uspostavi efikasna saradnja između nacionalnih vlasti Okvirna odluka se zasniva na Konvenciji o zaštiti životne sredine Saveta Evrope iz 1998. godine.

Osim danske inicijative, Evropska komisija je predstavila predlog Direktive Parlamentu i Savetu o zaštiti životne sredine kroz krivično pravo[16], koji je objavljen 13. marta 2001. Prema podacima Komisije, ekološki kriminalitet spada u nadležnost zajednice i zbog toga ne postoji poziv da se usvoji okvirna odluka na osnovu Glave VI Ugovora o evropskoj uniji. Memorandum koji sadrži objašnjenja predložene Direktive sasvim jasno postavlja ciljeve predloga i razloge na osnovu na kojih je Komisija odlučila da ga pripremi. Memorandum ističe da je iskustvo pokazalo da sankcije trenutno propisane od strane država članica nisu uvek dovoljne da obezbede potpunu saglasnost sa pravom Zajednice. U mnogim slučajevima će samo krivične sankcije obezbediti dovoljan efekat odvraćanja. Propisivanje krivičnih sankcija pokazuje socijalno neodobravanje kvalitativno drugačije prirode u odnosu na administrativne sankcije ili kompenzacioni mehanizam građanskog prava. Na taj način šalje se jači signal, s mnogo većim efektom odvraćanja u odnosu na prestupnika. Na primer, administrativne ili druge finansijske sankcije ne mogu imati efekaat odvraćanja u slučajevima u kojima su počinioci ili bez para ili, naprotiv, finansijski veoma jaki. Mere krivičnog gonjenja i istrage (i pomoći između država članica) su jače od mera upravnog ili građanskog prava i mogu da poboljšaju efikasnost istrage. Osim toga, postoji dodatna garancija nepristrasnosti istražnih organa, jer tako mogu u istragu biti uključeni drugi organi, a ne isti oni organi uprave

[14] BYUNG-SUN CHO, El Surgimiento de un Derecho Penal Internacional del Medio Ambiente, u Revista Penal, No.8, July 2001, str.22.

[15] OJ C 39/4 of February 2000.

[16] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Protection of the Environment through Criminal Law (2001/C 180 E/20) COM(2001) 139 final 2001/0076(COD) (Submitted by the Commission on 15 March 2001.

koji su izdali dozvole za korišćenje ili ovlašćenje za zagađenje do propisanog nivoa.

Minimalni standardi koji se odnose na sastavne elemente krivičnog dela u suprotnosti sa komunitarnim pravom o zaštiti životne sredine, treba da budu uspostavljeni. Shodno tome, predlog ne pokriva sve aktivnosti regulisane komunitarnim pravom, već samo važne vrste zagađivanja koje se mogu pripisati fizičkim ili pravnim licima. To su povrede ekološkog prava Zajednice koje čine ozbiljna oštećenja životne sredine i navedena su u članu 3.[17]

Evidentno je da će u slučaju predložene direktive upravno pravo, kao osnova za zaštitu životne sredine imati značajnu ulogu. To je razlog zašto Memorandum navodi da iz razloga pravne sigurnosti, Aneks predložene direktive iscrpno postavlja relevantne odredbe Zajednice, koje zabranjuju aktivnosti opisane u članu. Međutim, ovaj minimum standarda može da varira u zavisnosti od razvoja ekoloških zakona. Dakle, za potrebe Drektive, svaka buduća modifikacija direktiva navedenih u Aneksu će automatski da se primenjuje na ovu direktivu. Što se tiče budućeg zakonodavstva Zajednice, svaki propis će regulisati u kojoj meri će krivične sankcije biti predviđene. To je prednost da će se svako krivično delo tretirati detaljnije u svakoj direktivi o zaštiti životne sredine i prema različitim okolnostima u određenom vremenu. Memoradnum pominje i nove mogućnosti pravosudne saradnje, što svakako dobro može poboljšati ceo sistem.

Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta o zaštiti životne sredine kroz krivično pravo je usvojena 19. novembra 2008. godine.[18]

Republika Srbija kao članica Saveta Evrope ima obavezu da poštuje preporuke, rezolucije i druge akte ove organizacije. svi ratifikovani međunarodni ugovori koji su doneti u okviru Saveta Evrope obavezuju

[17] Prema članu 3: Države članice će obezbediti da sledeće aktivnosti predvide kao krivična dela, ukoliko predstvaljaju kršenje pravila komunitarnog prava u vezi sa zaštitom životne sredine, kao što je navedeno u Aneksu, i / ili pravila usvojena od strane država članica u cilju usklađivanja sa takvim zakonima Zajednice: a) ispuštanja ugljovodonika, otpadnih ulja ili kanalizacije u vodu; b) pražnjenja, emisije ili uvođenje količine materijala u vazduh, zemljište ili vodu i tretman, odlaganje, skladištenje, transport, uvoz i izvoz opasnog otpada; c) ispuštanje otpadna na ili u zemljište ili u vodu, uključujući i rad deponija; d) posedovanje, uzimanje, oštećenja, ubijanje ili trgovanja ili u zaštićenim divlje faune i flore i njihove delove; e) značajno pogoršanja zaštićenog staništa; đ) trgovina supstanci koje oštećuju ozonski omotač; g) rad postrojenja u kojima se opasna aktivnost obavlja ili u kojima se opasne materije ili preparati skladište ili koriste.

[18] Directive 2008/99/EC of the European Parliament and the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law, Off icial Jour nal of the European Union L 328/28.

Republiku Srbiju po opštim pravilima međunarodnog prava, pa tako i oni propisi koje se odnose na oblast životne sredine.

Zaključna razmatranja

Najbolji ekološki standardi u svetu neće biti delotvorni ukoliko se ne poštuju ili efikasno primenjuju. Poštovanje i sprovođenje tih standarda stoga osigurava dobro upravljanje životnom sredinom, kao i poštovanje vladavine zakona. Oni isto tako određuju kompatibilnost ekoloških standarda sa praktičnom realnošću i da pružaju merilo za ocenu da li bi trebalo da se održe standardi, ili da se izmene ili ukinu. Krivično pravo, građansko pravo, upravno pravo, akcije građanskog društva su neki od savremenih instrumenata za zaštitu životne sredine, ali naš fokus u ovom radu je krivičnopravni aspekt zaštite životne sredine. Međutim, krivično pravo će samo po sebi, ostati retorička kategorija, ukoliko ne postoje potrebne institucije i akteri za primenu zakona. Ovo pretpostavlja da efikasnost i razvoj prava uopšte zavisi u osnovi od institucionalnog okvira za njegovo sprovođenje i primenu.

Krivično pravo u vezi sa zaštitom životne sredine je danas u nezaustavljivoj uzlaznoj putanji, odnosno razvoju. Iako praktično nije postojalo početkom 70-tih godina prošlog veka, trenutno čak postoji predlog da se ova materija reguliše na nivou Evropske unije što je bilo skoro nezamislivo samo pre nekoliko godina. Međutim, njegova neizbežna evolucija je potpuno logična, jer je osnovni instrument za postizanje efikasne zaštite životne sredine. Novonastala krivičnopravna zaštita životne sredine suočava se sa značajnim brojem problema, zbog svojih karakteristika i prirode. Svi predlozi i inicijative na nivou EU u vezi sa krivičnopravnom zaštitom životne sredine imaju za cilj da se usklade različiti kazneni pravni sistemi koji postoje u okviru Evropske unije. Ovo nesumnjivo predstavlja pokretački motor u okviru Evropske unije za inovacije u ovom novom pravnom području, a što će biti vodilja i smernica za nacionalna zakonodavstva koja će se morati usklađivati sa propisima EU.

Tatjana Lukić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Environmental Protection through Criminal Law

Abstract

Environmental protection is undoubtedly one of the priorities of today, both nationally and internationally. Environment is understood as the totality of natural and man-made values. Environment is primarily protected through administrative and civil law. However, intensive development of industry, engineering and technology has caused the need for environmental protection through criminal law, because the individual elements of endangering the environment can no longer be protected in any other way efficiently. In this article, the author deals with the environmental protection through criminal law at EU level, legislation governing the criminal-legal protection of the environment, as well as some basic issues related to this topis.

Key words: environment, criminal law, the EU, principles, regulations

Originalni naučni rad 502/504:347.426.6

Dr Bojan Pajtić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE – PREVENCIJA I NAKNADA ŠTETE[1]

***Sažetak*:** *Životna sredina danas predstavlja sve značajniju oblast interesovanja i regulisanja u svetu, pa i kod nas. Sagledavajući pravne tekovine (Acquis Communituire) EU koje se moraju usvojiti i pretočiti u nacionalno zakonodavstvo, od svih delatnosti, oblast zaštite životne sredine je jedna od najobimnijih, najsloženijih i investiciono najzahtevnijih. U zaštiti životne sredine sve veći značaj imaju brojne i raznovrsne preventivne mere i radnje različitih subjekata, što je i prirodno jer je, po pravilu, šteta naneta životnoj sredini ili pojedinim njenim segmentima u najvećem broju slučajeva nenadoknadiva ili samo delimično nadoknadiva, čime se ozbiljno dovodi u pitanje mogućnost održivog razvoja. U ovom radu, pažnja je posvećena načelima prava životne sredine i to: načelu prevencije, predostrožnosti, ekološke ekspertize i zagađivač plaća, kao i principu naknade štete. Posebna pažnja je posvećena principu prevencije kao jednom od osnovnih načela prava životne sredine i njenoj praktičnoj implikaciji kroz procenu uticaja na životnu sredinu projekata, planova i platformi u Republici Srbiji, kao i odgovornosti zbog nepreduzimanja potrebnih preventivnih mera i nastupanja štetnih posledica u životnoj sredini kod nas, ali i na nivou EU.*

Ključne reči: *načelo prevencije, načelo otklanjanja štete, procena uticaja, životna sredina*

---

[1] Rad je nastao kao rezultat rada na Projektu: „Biomedicina, životna sredina i pravo“ čiji nosilac je Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

1. Uvodna razmatranja

Jedan od glavnih ciljeva savremenog društva je održivi razvoj koji je kao takav postavljen u međunarodnom pravu i politici, a izuzetno bitan instrument regulisanja i upravljanja održivim razvojem je pravo životne sredine. Pravo životne sredine je relativno nova grana prava koja predstavlja skup pravnih pravila kojima se izučava ekološko-pravni odnos.[2] Razvijajući se kroz niz godina uređenjem pojedinačnih pitanja koja su se vremenom iskazala kao ekološka, ekološko pravo je polazilo od već postojećih principa u pravnoj nauci i važećoj legislativi. Međutim, kako su se pitanja, odnosno objekti regulisanja ekološkog prava razvijali i umnožavali korišćeni skup principa postojećih grana prava se pokazao kao nedovoljan za adekvatno pristupanje narastajućim zadacima. Samim tim se iskazala potreba za formiranjem jednog novog seta principa adekvatnih opštem, ali i grupnim predmetima ekološko-pravne regulacije.

Pojam prava na zdravu životnu sredinu uveden je Stokholmskom deklaracijom iz 1972. godine[3]. U tada usvojenoj Deklaraciji kao osnovni cilj ekološkog razvoja navodi se smanjenje rizika u pogledu uslova života i poboljšanje kvaliteta života, uz poklanjanje posebne pažnje zaštiti životne sredine pri ostvarenju ovih ciljeva. Pored usvojene Stokholmske deklaracije istom prilikom doneta je i Odluka o osnivanju centralnog organa Ujedinjenih nacija koji bi se bavio problemom zaštite životne sredine i koordinacijom aktivnosti na ovom planu – Programa Ujedinjenih nacija za životnu sredinu – UNEP[4] koji je sa radom započeo 1973. godine.

Standardi kvaliteta životne sredine se odnose na normativno definisanje poželjnog statusa životne sredine ili njenog određenog dela, u odnosu na koji se prati efikasnost regulatornih mera, reguliše ponašanje potencijalnih zagađivača, definišu standardi koje moraju ispuniti izvori zagađenja (standardi emisija) itd. Standard kvaliteta životne sredine je ustvari kriterijum prema kojem se donose pojedinačne odluke, regulišu ponašanja, definišu standardi vršenja zagađujućih aktivnosti ili se prema njemu koriguju. To su zahtevi koji se odnose na poželjno stanje životne sredine u celini ili jednog njenog dela (voda, vazduh, zemljište, priroda) posmatrano prema određenom parametru, koje treba dostići, održati, i/ili una-

[2] J.Tautenberg, The Future of the International Law of the Environment - The International Law: Some Basic Viewpoints, Hague 1984., str.233-237.

[3] Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503

[4] United Nations Environment Programme, http://www.unep.org/

prediti regulatornim ili drugim merama. Poželjno stanje se određuje prema ciljevima visokog nivoa zaštite životne sredine i zdravlja. Da bi se taj nivo dostigao ili održao ili unapredio prvo je potrebno preduzeti mere utvrđivanja stanja kvaliteta životne sredine (putem fizičkih, hemijskih, bioloških, estetskih i drugih indikatora) i na toj osnovi planirati i preduzimati mere dostizanja, odbrane i unapređenja normiranog standarda, odnosno regulisati ponašanje zagađivača i građana. Propisi koji regulišu standarde kvaliteta dopunjuju se sa zahtevima graničnih vrednosti emisija koji se definišu u odnosu na stacionarne izvore zagađenja i druge pojedinačne izvore, kao što su vozila i drugi emiteri. Sistem, kriterijume i politiku izdavanja dozvola za stacionarne izvore zagađenja i proizvodne standarde, potrebno je usmeriti ka dostizanju, odbrani i unapređenju standarda kvaliteta životne sredine. Ukoliko se tim merama to ne može postići, preduzimaju se dodatne mere i posebni režimi na određenom prostoru i u određenom vremenu. Srbija je tokom 2009. godine usvojila set posebnih zakona kojim je preuzela, ili uspostavila pravni osnov za preuzimanje standarda kvaliteta životne sredine iz direktiva EU. Na taj način usvojene su materijalno-pravne norme kompatibilne sa evropskim, čiji ciljevi, standardi i zahtevi mogu da se primenjuju neposredno ili sprovode putem propisanih procedura donošenja odluka u vezi sa planovima, programima i projektima koji mogu imati značajan uticaj na životnu sredinu i putem procedura izdavanja integrisanih dozvola, koje su obezbedile modus operandi usaglašen sa evropskim. Takvi zakoni regulišu standarde kvaliteta pojedinih medija (vazduh i voda) i zaštićenih prirodnih dobara i divljih vrsta (priroda).

Vremenom je pažnja sa pitanja definicije i sadržine prava na životnu sredinu preusmerena na pitanje zaštite prava na život u zdravoj životnoj sredini, tj. proceduralnog aspekta ovog prava. Proceduralno ekološko pravo čine: pristup informacijama o životnoj sredini, učestvovanje u donošenju odluka koje se tiču životne sredine i pravo da se preispituju odluke koje se tiču životne sredine i na proceduralnom i materijalnom nivou pred sudskim organima[5]. Procesni aspekt dobija sve više na značaju, jer je daleko fleksibilniji i pristupačniji, posebno nakon usvajanja Arhuske konvencije 1998. godine.

Zaštita životne sredine se u savremenom društvu ostvaruje primenom jedinstva preventivnih i represivnih mera, pri čemu se prvenstvo nesumnjivo daje preventivnim merama, jer nastupanje posledica u životnoj sredini često ima izuzetno velike razmere i veoma je teško, a nekada skoro i nemoguće nadoknaditi nastupelu štetu.

[5] Lynda Collina, McGill International Journal of Sustainable Development law and Policy, 3 McGill J.S.D.L.P., 2007, str. 119–153.

Mere preventive se preduzimaju u svakom društvu da bi se umanjila verovatnoća nastanka rizika koji ugrožavaju život i imovinu građana. Mere se preduzimaju na nivou države, javnih i privatnih ustanova, industrijskih, zanatskih i drugih firmi, od strane društava za osiguranje, a od značaja su i aktivnosti pojedinaca, njihovih profesionalnih i opštih udruženja. Svi subjekti u društvu treba da sarađuju da bi se ostvarili efekti. U razvijenim zemljama postoji mnogo kombinacija podele aktivnosti u oblasti preventive između pojedinaca, države, društava za osiguranje i drugih privrednih subjekata. Država je zainteresovana za sporovođenje raznih preventivnih mera na raznim nivoima pre svega radi povećanja opšte bezbednosti u društvu i kvaliteta života građana. Preventivnim merama smanjuju se izdvajanja za naknadu šteta što utiče na povećanje bruto nacionalnog dohotka zbog čega se država finasiranjem raznih mera (npr. izgradnjom nasipa, izgradnjom i održavanjem puteva i dr.), donošenjem propisa o bezbednosti i kontrolom njihove primene i na druge načine angažuje u oblasti preventive. Zbog klimatskih promena u novije vreme, prirodnih katastrofa (poplave, suše, zemljotresi, uragani), na nivou opština, regija i celih država preduzimaju su mere da bi se sprečio nastanak rizika ili smanjile nastale štetne posledice. Značajna uloga države u oblasti preventive ogleda se u donošenju zakonskih, podzakonskih i drugih propisa koji imaju direktan uticaj na sprečavanje nastanka rizika i smanjenje njihovih posledica. Država donosi zakone u raznim oblastima kao što su: zaštita od požara; zdravstvena zaštita; zaštita životne sredine; odgovornost pojedinaca i pravnih lica za ugrožavanje života i imovine nedozvoljenim radnjama i drugo.

2. Pravo životne sredine – načela

Iako u teoriji ne postoji opšta saglasnost o ulozi i suštini načela, može se reći da ona predstavljaju idejni okvir za regulisanje odnosa među ljudima koji proističe iz sistema vrednosti određene društvene zajednice.[6] Ipak, u teoriji nailazimo i na bliže pojmovno određenje načela prema kome ona predstavljaju opšte pravne propise koji su merodavni prilikom primene i tumačenja pravila konkretnih pravnih institucija.[7]

Politika zaštite životne sredine EU je zasnovana na načelu prevencije prema kome se zahteva da se mere sprečavanja štete u životnoj sredini prvo preduzimaju na mestu gde mogu nastati. Osim toga, na nivou EU su uvedeni određeni minimalni standardi zaštite životne sredine, s tim što svaka dr-

[6] D.Nikolić, Uvod u sistem građanskog prava (deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje), Novi Sad 2010., str 116.

[7] J.Salma, Obligaciono pravo (šesto izdanje), Novi Sad 2007., str.115.

žava može da zadrži ili uvede strože zahteve zaštite životne sredine u odnosu na standarde EU.

Praktična politika zaštite životne sredine na novou EU rukovodi se specifičnim načelima koja su definisana članom 191. Ugovora, a to su: 1) načelo predostrožnosti; 2) načelo prevencije i načelo otklanjanja štete nanete životnoj sredini na njenom izvoru i 3) načelom zagađivač plaća[8]. Ova načela predstavljaju vodilje u definisanju politike zaštite životne sredine i donošenju pojedinačnih razvojnih odluka koje mogu uticati na životnu sredinu, prirodne resurse ili zdravlje stanovništva na bilo kom nivou vlasti.

Princip "prevencije" predstavlja nesumnjivo jedan od najznačajnijih principa prava životne sredine. On je nastao postepeno u poslednjih nekoliko decenija uspostavljanjem dužnosti izbegavanja ekološke štete i principom smanjenja zagađenja i smanjenja otpada na međunarodnom nivou. Svojom logičkom strukturom on ih u potpunosti i obuhvata, pa se u teroriji kaže da su princip izbegavanja ekološke štete, princip prevencije zagađenja i smanjenja otpada njegovi derivati.[9] Princip prevencije je predviđen i Rio deklaracijom o životnoj sredini i razvoju[10] (15. princip) gde se kaže da države u cilju zaštite životne sredine, a u skladu sa svojim mogućnostima treba široko da primenjuju preventivne mere i tamo gde postoji opasnost od velike i nenadoknadive štete, nepostojanje potpune naučne sigurnosti neće se upotrebiti kao razlog za odlaganje troškovno efikasnih mera za sprečavanje uništavanja životne sredine. Načelo preventivnog delovanja - sprečavanja štete je propisano kod nas u Zakonu o obligacionim odnosima[11] (čl.156. st.1) prema kome svako može da zahteva od drugoga da ukloni izvor opasnosti od koga preti znatnija šteta njemu ili neodređenom broju lica, kao i da se uzdrži od delatnosti od koje proizlazi uznemiravanje ili opasnost štete, ako se nastanak uznemiravanja ili štete ne može sprečiti odgovarajućim merama. Ova odredba se ekstenzivno tumači i u savremenom pravu se sve veći značaj pridaje preventivnim merama.

Princip "ekološke ekspertize" poznat još i kao princip procene uticaja svoj relativno celovit oblik dobio je juna 1987. godine donošenjem

---

[8] Princip "zagađivač plaća" je jedan od prvih autohtonih principa prava životne sredine prema kome zagađivač mora da uračuna troškove prevencije zagađivanja u svoje troškove produkcije dobara, ili da plati za štetu nastalu zagađenjem, odnosno koju sam stvara. Drugim rečima, u cenu proizvoda se mora uračunati i tzv. ekološki trošak.

[9] Videti: D.Joldžić, Ekološko pravo - opšti i poseban deo, Beograd 2002., str. 94-97.

[10] Rio Declaration on Environment and Development 1992., http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=78&articleid=1163

[11] Zakon o obligacionim odnosima RS, "Sl. list SFRJ ", br.. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl list SCG", br. 1/2003.

dokumenta UNEP-a: Ciljevi i principi procene uticaja na životnu sredinu[12] kojom je njegova primena proširena ne samo na prekogranična područja, nego na ekos u celini. Rio deklaracijom (17. princip) je precizno definisano da se procena uticaja odnosi uopšte na životnu sredinu u smislu predloženih aktivnosti definisanih i tretiranih nacionalnom legislativom, a u skladu sa normama međunarodnog prava.[13]

Princip naknade štete jedan od principa *a posteriori* zaštite. Ovaj princip je bio predviđen još Bečkom kopnvencijom o građanskoj odgovornosti za nuklearne štete iz 1963. godine (član 2.)[14] Primena ovog principa je zatim proširena na zaštitu od nanošenja građansko-pravne štete nastale zagađivanjem mora naftom i derivatima, usvajanjem međunarodne konvencije o građanskoj odgovornosti za štetu pričinjenu zagađivanjem naftom 1969. godine.[15]

Svaka država je dužna da obezbedi da aktivnosti unutar svojih granica ili pod njihovom kontrolom ne izazovu štetu životnoj sredini unutar svoje države, ali i drugih država. Ovo je prvi put eksplicitno uneto u Stokholmsku deklaraciju (21. princip) i u Rio deklaraciju (2. princip). Ova dužnost podrazumeva i postojanje obaveze proistekle iz negativnog odnosa prema ovoj dužnosti - obaveze nadoknade štete ili šteta proisteklih iz negativnog postupanja subjekta pod obavezom. Tendencije razvoja ukazuju - srazmerno porastu opasnosti od šteta od najrazličitijih izvora opasnosti od štete- na proširenje primene pravila o objektivnoj odgovornosti, bez obzira na krivicu, zasnovano na uzročnosti i to na teret imalaca opasnih stvari ili vršilaca opasnih delatnosti.[16] Ako je naknada štete povezana sa ugrožavanjem životne sredine, ona će biti predmet stroge odredbe zakona o odgovornosti u skladu sa propisima koji se odnose na posebno opasne aktivnosti.

Mere otklanjanja štete mogu dovesti do remedijacije životne sredine, ali ne mogu da je spreče. Osim toga, nekada je šteta nepovratna i pogađa širi krug ljudi pa i same buduće generacije. Troškovi takve štete padaju na

---

[12] UNEP - UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME, Goals and Principles of Environmental Impact Assessment Preliminary Note, Issued on January 16, 1987 Environmental Impact Assessment (EIA), http://www-penelope.drec.unilim.fr/penelope/library/Libs/ Int_nal/unep/unep.htm

[13] Rio Declaration on Environment and Development 1992, http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=78&ArticleID=1163&l=en

[14] Zakon o ratifikaciji Bečke konvencije o građanskoj odgovornosti za nuklearne štete, Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori broj 5/1977.

[15] Uredba o ratifikaciji Međunaronde konvencije o građanskoj odgovornosi za štetu pričinjenu zagađivanjem naftom, Službeni list SFRJ broj 7/1977.

[16] J.Salma, Objektivna odgovornost u obligacionom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu broj 3/2004., str.49.

celu zajednicu. Sa druge strane, načelo prevencije polazi od shvatanja da je neprihvatljivo da se čeka da se ekološka šteta dogodi, već je potrebno preduzeti mere da se mogućnost njenog nastupanja predvidi i spreči, a tamo gde se javi ograniči na najmanju moguću meru i spreči širenje njenih posledica. Načelo prevencije i načelo predostrožnosti se međusobno nadopunjuju jer načelo prevencije računa sa poznatim rizicima i uzrocima nastupanja konkretne štete u životnoj sredini, dok načelo predostrožnosti proširuje preventivno delovanje politike iprava životne sredine na situacije gde nema potpune naučne izvesnosti o mogućnosti realizacije rizika, ali je sumnja dovoljno izražena da opravdava preduzimanje mere njegovog predupređenja. Pristup zasnovan na načelu prevencije polazi od razumne pretpostavke da se "najbolja politika životne sredine sastoji u sprečavanju stvaranja zagađenja i neugodnosti na njihovom izvoru, pre nego na naknadnom suzbijanju njegovih posledica".[17]

Na nivou EU su uvedeni različiti pravni instrumenti preventivne prirode, kao što su procedure procene uticaja na životnu sredinu razvojnih projekata pre njihove realizacije, sistem dozvola uslovljenih preduzimanjem mera sprečavanja emisija zagađenja ili njihovog ograničenja putem primene standarda najbolje dostupnih tehnika (BAT), ekoloških standarda za ambalažu i proizvode i sl.

Načelo otklanjanja štete na njenom izvoru je usko povezano sa načelom prevencije, a još konkretnije sa politikom upravljanja otpadom koja se odnosi na ograničavanje njegovog prekograničnog kretanja i rešavanje problema otpada blizu mesta njegovog nastanka. Načelo zagađivač plaća polazi od načela pravičnosti, odnosno razumne pretpostavke da troškove mera predostrožnosti, prevencije i otklanjanja posledica štete nanete životnoj sredini treba da snosi pre svega lice koje je svojom delatnošću te rizike proizvelo. Ovo načelo se odnosi na pitanje odgovornosti i pravične distribucije troškova politike zaštite životne sredine unutar društva. U pogledu odgovornosti ovo načelo sadrži u sebi elemente naknadnog delovanja i elemente preventivnog pristupa. Direktiva o odgovornosti za remedijaciju štete na životnoj sredini[18] definiše objektivnu odgovornost operatera za štetu na određenim delovima životne sredine, koja potiče od određenih aktivnosti kojima on upravlja ili koje kontroliše, da finansira remedijaciju oštećenog prirodnog resursa i

[17] N. de Sadeleer, Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules, Oxford University Press 2005., str. 68.

[18] Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage, http://europa.eu/legislation_summaries/enterprise/interaction_with_other_policies/l28120_en.htm

njegovih funkcija. Ona je reaktivna jer se bavi posledicama štete (remedijacija), ali i preventivna jer visoki troškovi remedijacije mogu da usmere ponašanje operatera na preduzimanje preventivnih mera i uvođenje bezbednijih tehnika i tehnologija. Zakonom o zaštiti životne sredine Republike Srbije[19] sadržina ovog načela je određena tako da zagađivač plaća naknadu za zagađivanje životne sredine kada svojim aktivnostima prouzrokuje ili može prouzrokovati opterećenje životne sredine, odnosno ako proizvodi, koristi ili stavlja u promet sirovinu, poluproizvod ili proizvod koji sadrži štetne materije po životnu sredinu, troškove uklanjanja štete nanete životnoj sredini (član 9. tačka 6.). Važno je napomenuti da naknade moraju biti srazmerne riziku i štetnim efektima određene aktivnosti. One su samo instrument poreske politike koji ponašanje zagađivača usmerava ka usvajanju boljih opcija i prakse sa stanovišta ciljeva zaštite životne sredine.

3. Procena uticaja na životnu sredinu

Evropska horizontalna pravila[20] uspostavljaju minimalne procesne sandarde odlučivanja u oblasti životne sredine. Proceduralizacijom odlučivanja ujedno se pruža osnov za učešće javnosti ustanovljavanjem određenih procesnih prava. Takođe, preko proceduralnih pravila u pokret se stavljaju materijalne odredbe posebnih propisa u oblasti zaštite životne sredine, kao i načela integracije, održivog razvoja, predostrožnosti, prevencije i načela zagađivač plaća. Donosiocu odluke se daje jedinstven procesni instrument u okviru kojeg može određeni razvojni predlog (projekat, program, strategija) , koji je predmet odlučivanja, procenjivati u odnosu na važeće standarde kvaliteta životne sredine koji su regulisani sektorskim propisima, kao i u odnosu na načela prava životne sredine.

Direktiva o proceni uticaja određenih privatnih i javnih projekata[21] uspostavlja zahtev da se pre odobravanja određenih vrsta projekata razmotre sve raspoložive informacije o potencijalnim dejstvima njihovog

[19] Službeni glasnik RS broj 135/2004, 36/2009, 36/2009 - dr.zakon i 72/2009 - dr.zakon

[20] Atribut „horizontalno" odnosi se na zakonodavstvo koje posmatra životnu sredinu kao predmet zaštite na celovit način, za razliku od propisa koji tretiraju samo određen medij životne sredine (voda, vazduh, zemljište, biodiverzitet), odnosno određene pojave (otpad, buka, klimatske promene…).

[21] Council Directive of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment 85/337/EEC, Official Journal NO. L 175 , 05/07/1985 P. 0040 - 0048, http://ec.europa.eu/environment/eia/full-legal-text/85337.htm

sprovođenja na životnu sredinu, kao obavezujuća komponenta procedure donošenja odluke. Ova Direktiva obavezuje države članice da preduzmu sve neophodne mere kako bi obezbedile da, pre nego što se da saglasnost, projekti koji mogu imati značajan uticaj na životnu sredinu zbog, između ostalog, njihove prirode, veličine ili lokacije, budu podvrgnuti proceni u pogledu njihovog dejstva (član 2. stav 1.). Procenom uticaja na životnu sredinu na odgovarajući način se identifikuju, opisuju i procenjuju, u okolnostima svakog pojedinačnog slučaja, neposredne i posredne posledice nekog projekta na[22]:

1. ljudska bića, faunu i floru;
2. zemljište, vodu, vazduh, klimu i pejzaž;
3. materijalna dobra i kulturno nasleđe.

Direktivom se na ovaj način oživotvoruje i sprovodi načelo prevencije, odnosno ideja da se najbolja zaštita životne sredine sastoji u sprečavanju stvaranja zagađenja na njihovom izvoru. Takođe, Direktivom se uklanjaju dispariteti između država članicau pogledu minimalnih standarda odlučivanja kada se odobravaju određene privredne investicije koje mogu imati značajan uticaj na životnu sredinu.

4. Procena uticaja na životnu sredinu prema pozitivnopravnim propisima RS

Zakon o proceni uticaja na životnu sredinu Republike Srbije[23] i Zakon o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu RS[24] prenose u naš pravni poredak pomenute standarde odlučivanja. Postupak procene uticaja sprovodi Ministarstvo životne sredine, rudarstva i prostornog planiranja za projekte za koje odobrenje za gradnju izdaje republički organ. Organ Autonomne Pokrajine nadležan za poslove životne sredine sprovodi postupak procene za projekte na teritoriji Autonomne pokrajine. Organ jedinice lokalne samouprave nadležan za poslove zaštite životne sredine sprovodi postupak procene uticaja za projekte za koje odobrenje za izvođenje izdaje organ lokalne samouprave. Predmet procene uticaja su projekti koji mogu imati značajan uticaj na životnu sredinu koji su podeljeni u dve kategorije i to: 1) projekti za koje je procena uticaja obavezna i 2) projekti za koje se može zahtevati procena uticaja. U dru-

[22] S.Bogdanović, Direktive EU u fokusu, projekat: Razvoj propisa o zaštiti životne sredine u Srbiji i Crnoj Gori, Podgovrica 2003,. str.9 (Direktiva saveta 97/11/EC od 03. marta 1997. godine kojom se menja i dopunjuje Direktiva 85/337/EEC o proceni uticaja određenih javnih i privatnih projekata na životnu sredinu - čl.3.)

[23] „ Službeni glasnik RS“ broj 135/04 i 36/09.

[24] „ Službeni glasnik RS“ broj 135/04 i 88/10.

gom slučaju, nadležni organ primenjuje kriterijume iz Uredbe o utvrđivanju Liste projekata za koje je potrebna procena uticaja i Liste projekata za koje se može zahtevati procena uticaja[25]. Međutim, prethodno pitanje da li projekat „može imati značajan uticaj" na životnu sredinu predstavlja predmet diskrecione odluke. Projekti iz prve kategorije se obavezno podvrgavaju postupku procene uticaja i za njih važi neoboriva pravna pretpostavka da mogu imati značajan uticaj na životnu sredinu. Vlada Republike Srbije propisuje listu projekata za koje je obavezna procena uticaja i listu projekata za koje se može tražiti procena uticaja. Prema zakonu predmet PUS su: projekti koji se planiraju i izvode, promene tehnologije, rekonstrukcije, proširenje kapaciteta, prestanak rada i uklanjanje projekata koji mogu imati značajan uticaj na životnu sredinu. Procena uticaja vrši se za projekte iz oblasti: industrije, rudarstva, energetike, saobraćaja, turizma, poljoprivrede, šumarstva, vodoprivrede, upravljanja otpadom i komunalnih delatnosti, kao i za sve projekte na zaštićenom prirodnom dobru i u zaštićenoj okolini nepokretnog kulturnog dobra. Zakonom je uvedena obavezna procena uticaja i za projekte koji su realizovani bez izrade studije o proceni uticaja, a nemaju odobrenje za izgradnju ili upotrebu za koje se vrši procena uticaja zatečenog stanja.

Nosilac projekta koji može imati značajan uticaj na životnu sredinu ne može pristupiti izvođenju projekta bez sprovedenog postupka procene uticaja i saglasnosti nadležnog organa na studiju o proceni uticaja (član 5). U skladu sa načelom „zagađivač plaća" studija procene uticaja je trošak nosioca projekta. Zainteresovana javnost ima pravo da bude informisana i konsultovana u svim fazama odlučivanja u postupku procene uticaja. Zainteresovana javnost obuhvata javnost na koju projekat utiče ili je verovatno da će uticati, uključujući i nevladine organizacije koje se bave zaštitom životne sredine i koje su registrovane kod nadležnog organa. Tu treba ukazati na razliku jer pristup informacijama ima svako lice, dok pravo da bude konsultovana ima samo zainteresovana javnost. Ipak ovo treba ekstenzivno tumačiti u duhu ciljeva Arhuske konvencije koja se sprovodi upravo kroz Zakon o proceni uticaja. Ideja ovakvog koncepta je da nadležni organ stekne što više informacija u vezi sa projektom od različitih zainteresovanih činilaca, polazeći od nosioca projekta, zainteresovanih organa i organizacija, do šire zajednice koje se projekat tiče, kako bi se razmotrile sve mogućnosti i donela odluka zasnovana na korisnim - tačnim i pravovremenim informacijama. Takođe, svrha postupka procene uticaja se ne iscrpljuje u

[25] „Službeni glasnik RS" broj 84/05.

formalnom poštovanju predviđenih koraka. Važno je da donosilac odluke iskoristi priliku da uzme u obzir sve aspekte predloženog razvojnog poduhvata u pogledu njegovog uticaja na životnu sredinu kao celinu, opterećenja prirodnih resursa, štetne emisije, generisanja otpada, energetske efikasnosti, klimatskih efekata i drugo i to u kratkoročnoj, srednjoročnoj i dugoročnoj perspektivi - integrisan pristup. Da sagleda njegove koristi u odnosu na negativna dejstva, njegovu održivost sa aspekta sadašnjih i budućih generacija. Ipak, svaka diskreciona odluka mora biti u skladu sa važećim standardima kvaliteta životne sredine, ekološkim standardima vršenja određenih aktivnosti i ekološkim standardima za proizvode i vršenje usluga.

Zakon o strateškoj proceni definiše obaveze nadležnih organa Republike, pokrajine i lokalne samouprave da utvrde i procene potencijalne znatne uticaje na životnu sredinu predloženih planova i programa, uključujući i one prekogranične prirode. Cilj je da se identifikuju sve moguće mere izbegavanja ili ublažavanja mogućih znatnih uticaja pre nego što se program odobri. Organ nadležan za pripremu strategije, plana, programa ili osnove ne može uputiti strategiju, plan, program ili osnovu u dalju proceduru usvajanja bez saglasnosti na izveštaj o strateškoj proceni organa nadležnog za zaštitu životne sredine (član 22. stav 3). Predmet strateške procene su strategije, planovi, programi i osnove u oblasti prostornog i urbanističkog planiranja, korišćenja zemljišta, poljoprivrede, energetike, industrije, saobraćaja, telekomunikacija, turizma i drugo, kojima se uspostavlja okvir za odobravanje budućih razvojnih projekata određenih propisima kojima se uređuje procena uticaja na životnu sredinu (član 5. stav 1.). Konsultovanje zainteresovane javnosti obezbeđuje se tek u fazi postupka odlučivanja, dok je učešće zainteresovanih organa i organizacija obezbeđeno i u pripremnoj fazi, u kojoj se utvrđuje potreba za sprovođenjem strateške procene, i u fazi izrade izveštaja o strateškoj proceni. Svrha i uloga ovog zakona odgovaraju ciljevima definisanim Zakonom o proceni uticaja, jedino što se ovde postupak procene odvija u višoj fazi planiranja. Ovde treba napomenuti da se sektorske strategije, programi, planovi i osnove moraju, u skladu sa načelom integracije, usaglašavati sa ciljevima sistema zaštite životne sredine, Strategijom održivog razvoja Republike Srbije, Nacionalnim programom zaštite životne sredine i Nacionalnom strategijom održivog korišćenja prirodnih resursa, Strategijom o upravljanju otpadom i drugim republičkim, pokrajinskim i lokalnim planovima i programima zaštite životne sredine (vazduh, voda, zemljište, otpad itd.).

5. Zagađivanje životne sredine i odgovornost zagađivača

Zakon o zaštiti životne sredine[26] posebnu pažnju posvećuje pitanju zagađivanja životne sredine, odgovornosti zagađivača i naknadi koju je dužan da učini. Sredstva koja su ostvarena prihodom od naknada se dele između Republike i jedinice lokalne samouprave na čijoj teritoriji je došlo do zagađenja (član 85.). Zagađivač je odgovoran po načelu objektivne odgovornosti (član 103.), a dužan je da preduzme neophodne mere za sanaciju nanete štete koje su predviđene sanacionim planom Republike ili jedinice lokalne samouprave ili ako sanacija nije moguća da naknadi štetu u visini uništenog dobra (član 104). U pogledu naknade štete predviđa se da svako ko pretrpi štetu ima pravo na naknadu od zagađivača, odnosno od lica koje ga osigurava, u okvirima hitnog sudskog postupka (član 107). Pravo na naknadu, ako nema drugih lica, zadržava Republika Srbija. Zakon o zaštiti životne sredine upućuje na primenu pravila obligacionog prava, odnosno Zakona o obligacionim odnosima, u postupcima naknade štete za sve slučajeve koji nisu predviđeni ovim zakonom (član 108). Zakon o obligacionim odnosima predviđa postojanje sudske zaštite od izvora opasnosti koji preti neodređenom broju lica, odnosno pravni osnov za tzv. ekološku tužbu. Ovom tužbom se štite različiti interesi, a interes žaštite životne sredine samo je jedan od njih. Zakon predviđa da ovu tužbu mogu da podnesu lica kojima preti neposredna opasnost, ali i lica koja nisu izložena opasnosti, a u ime lica kojima opasnost preti. Od posebnog značaja za pitanje građanske odgovornosti je Konvencija o građanskoj odgovornosti za štete nastale usled aktivnosti opasnih po životnu sredinu[27] koju je usvojio 1993. godine Savet Evrope. Ona se primenjuje na situacije kada se incident dogodio na teritoriji zemlje potpisnice, bez obzira na to gde se osećaju posledice štete.

6. Direktva Evropske unije o odgovornosti za štetu u životnoj sredini nastalu ljudskom (industrijskom) delatnošću

U pogledu preventivnih mera u oblasti zaštite životne sredine, potrebno je nešto više reći o Direktivi Evropske unije kojom se uvodi sistem odgovornosti za štetu u životnoj sredini nastalu ljudskom (industrijskom) delatnošću. Ova Direktiva reguliše ekološku odgovornost i sprečavanje i

[26] "Službeni glasnik RS", broj 135/2004, 36/2009, 36/2009 - dr. zakon i 72/2009 - dr. zakon

[27] *Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, Lugano, 21.VI.1993, http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/150.doc*

otklanjanje štete nastale u životnoj sredini.[28] Ova Direktiva reguliše ekološku odgovornost i sprečavanje i otklanjanje štete nastale u životnoj sredini. Direktiva obezbeđuje neposrednu primenu principa zagađivač plaća, uvodi koncept "ekološke štete", kao i niz mera i postupaka u cilju sprečavanja i otklanjanja nastale štete. Osnovni princip na kome Direktiva počiva je uspostavljanje finansijske odgovornosti operatera čijim delovanjem nastaje ekološka šteta ili opasnost od takve štete, čime se operateri podstiču da usvoje mere i razviju procedure kojima se smanjuje rizik nastanka ekološke štete, a samim tim i njihova sopstvena odgovornost i finansijska izloženost.

Ekološka šteta (Član 12 (1)) uključuje štetu nad zaštićenim vrstama i staništem, zagađenje zemlje i vode. Šteta nad zaštićenim vrstama i staništem nastaje u slučaju značajnijih štetnih uticaja na uspostavljanje i održavanje pozitivnog stanja zaštićenih staništa i vrsta.

Direktiva se namerno ne bavi građanskom odgovornosti za štetu koja je na evropskom nivou regulisana Konvencijom Saveta Evrope o građanskoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu obavljanjem delatnosti opasne po životnu sredinu iz 1993. godine. Pomenuta konvencija, takođe zasnovana na principu zagađivač plaća, širokom definicijom odgovornosti olakšava teret dokazivanja titularima prava na naknadu štete. Konvencija je primenljiva na sva fizička i pravna lica koja imaju pod svojom uticajem obavljanje određene opasne delatnosti. To znači da se lica sa odštetnim zahtevom za štetu pretrpljenu nad imovinom, životom ili zdravljem izazvanom ekološkom štetom ili neposrednom opasnosti od ekološke štete, ne mogu se pozvati na Direktivu. Prava takvih lica regulisana su nacionalnim pravom, odnosno gore pomenutom konvencijom u slučaju kada je ista ratifikovana i integrisana u nacionalno pravo.

Direktiva se odnosi na buduću štetu u odnosu na momenat stupanja na snagu tj. primene u nacionalnim zakonodavstvima. Iako uvodi jedinstveni evropski sistem sprečavanja i integralne naknade ekološke štete, Direktiva nema retroaktivno dejstvo, tj. ne odnosi se na već prisutnu štetu ili štetu koja nastane usled emisija, događaja i incidenata pre roka primene koji nastupa u 2007. Isto tako, Direktiva neće obuhvatiti štetu nastalu posle 2007. godine, ukoliko se dokaže da je takva šteta nastala usled aktivnosti koja je nastupila pre 2007. godine. Direktiva se takođe ne primenjuje na štetu koja je nastala 30 godina posle štetne radnje, emisije ili incidenta.

Važno je napomenuti da se direktiva odnosi na operatere *regulisanih delatnosti,* a tu spada većina industrijskih delatnosti (npr. hemijska indu-

[28] Direktiva 2004/35/CE Evropskog parlamenta i Saveta od aprila meseca 2004. godine o odgovornosti za ekološku štetu u vezi sa zaštitom i otklanjanjem ekološke štete, OJ L 143, 30.4.2004.

strija, upravljanje otpadima, transport i rukovanje opasnimmaterijama ili genetski modifikovanim organizmima). Direktiva ima za cilj sprečavanje i otklanjanje ekološke štete, i ne utiče na pravo na naknadu tradicionalne štete zagarantovano međunarodnim ugovorima o građanskoj odgovornosti. Direktiva se ne primenjuje na slučajeve telesne povrede, imovinske štete ili ekonomskog gubitka i ne utiče na bilo kakva prava koja se tiču ovih vrsta štete.

Da bi se uspostavila odgovornost u određenom slučaju, potrebno je identifikovati operatera koji je prouzrokovao štetu ili neposrednu opasnost od štete, analizirati značaj i uticaj štete i odrediti mere koje je neophodno preduzeti. O navedenom odlučuje nadležni organ zemlje članice u obrazloženoj odluci sa poukom o pravnom leku, u skladu sa pravnom procedurom važećom u toj zemlji članici.

Direktiva usvaja princip stroge odgovornosti za operatere delatnosti koje su opasne po životnu sredinu. Liste delatnosti za koje važi pretpostavka štetnosti po životnu sredinu preuzete su iz niza direktiva i odredaba i nabrojane su u Aneksu 1 Direktive. Za sve ostale aktivnosti van Aneksa 1, Direktiva predviđa odgovornost po principu krivice. Dok stroga odgovornost pokriva svu vrstu ekološke štete, odgovornost po principu krivice odnosi se samo na štetu nad ekološkim sistemom.

S obzirom na široko postavljene izuzetke od odgovornosti, stroga odgovornost može se primeniti samo u malom broju slučajeva kada je odgovornost za štetu očigledna i notorna, s obzirom na datu uzročnu vezu između štetnog dela i nastale štete. Naime, operater nije odgovoran za štetu prouzrokovanu od strane trećeg lica koja je nastala uprkos činjenici da je odgovarajuća procedura zaštite bila primenjena. Zemlje članice su te koje uvode elemenat krivice ili namere kao preduslov za uspostavljanje odgovornosti operatera. Operater takođe nije odgovoran za štetu usled više sile. Operater može izbeći odgovornost pozivajući se na činjenicu da je štetna radnja u momentu nastanka štete bila smatrana za ekološki bezbednu prema datom stanju naučnog i tehničkog razvoja. Osnov za oslobađanje od odgovornosti je moguće i u slučaju štete prouzrokovane radnjom koja je u skladu sa ranije izdatom dozvolom ili odobrenjem nadležnog organa. Ovde je sporno pitanje šta će biti u slučaju prekogranične štete kada može da se postavi pitanje da li dozvola izdata u zemlji štetne radnje oslobađa odgovornosti za štetne posledice te radnje nastale u drugoj zemlji članici.

Prema Direktivi, svaki operater je dužan da informiše nadležne organe o ekološkoj šteti koja može nastati usled njihovih delatnosti, kao i da preuzmu o svom trošku odgovarajuće mere kontrole, ograničavanja, obezbeđenja, otklanjanja i upravljanja štetom. U slučaju neposredne opasnosti

ili nagoveštaja štete u izgledu, operateri su dužni da preduzmu neophodne zaštitne mere i po potrebi obaveste nadležne organe.

Direktiva određuje *mere zaštite* kao mere preduzete kao odgovor na događaj, radnju ili propuštenu radnju kojima je stvorena neposredna pretnja od nastupanja ekološke štete, a koje imaju za cilj sprečavanje ili ublažavanje posledica takve štete. *Mere otklanjanja štetnih posledica* su definisane kao mere ili kombinacija mera, uključujući mere upravljanja štetom ili privremene mere otklanjanja štete, rehabilitacija ili zamena oštećenih prirodnih resursa i/ili slične mere, ili obezbeđenje resursa ekvivalentnih oštećenim resursima, kako jepredviđeno u Aneksu II. Operater je dužan da podnese predlog mera otklanjanja štete nadležnom organu na odobrenje. Odluku o preduzimanju određene mere donosi nadležni organ na osnovu prethodne konsultacije sa operaterom i vlasnikom zemljišta na kome se zaštitne mere preduzimaju.

7. Zaključna razmatranja

Zaštita i unapređenje životne sredine predstavljaju u današnje vreme jedan od prioriteta na nacionalnom i međunarodnom nivou. Radi ostvarenja tog cilja uvode se najraznovrsnije mere i radnje, kao i opšta pravila primene istih. Od svih mera, preventivne mere zauzimaju posebno mesto jer su rezultati njihove adekvatne primene jedini način da se obezbedi princip održivog razvoja, odnosno korišćenje prirodnih resursa na način da i buduće generacije imajui istu mogućnost raspolaganja tim resursima. Pravo zaštite životne sredine je izuzetno bitan instrument regulisanja i upravljanja održivim razvojem. Na novou EU, ali i na nacionalnom nivou može se zaključiti da su stvoreni povoljni preduslovi koji, uz uniformnu i efikasnu primenu, mogu doprineti ostvarenju održivog razvoja. Međutim, efikasna i uniformna primena pravila nije dovoljna za ostvarenje održivog razvoja, a time i ostvarenje strateškog cilja Evropske unije, a to je da svetski kompetitivna i dinamična ekonomija zasnovana na tehnologiji znanja, sposobna za rast u skladu sa principom održivog razvoja, sa više radnih mesta i boljih uslova rada i jaka integrisanost zajednice. Kao podrška preventivnom delovanju na sprečavanje nastanka ekološke štete, potrebno je jačanje ekološke i društvene odgovornosti preduzeća, koncepta koji se oslanja na dobrovoljno aktivnoo učešće i doprinos preduzeća u stvaranju naprednijeg društva i zdravije životne sredine. Uz širenje ekološke svesti tradicionalnih zagađivača i industrije uopšte, treba stvoriti takvu klimu koja omogućava široko polje delovanja i jaku ulogu i učešće nevladinih organizacija i drugih interesnih grupa kao što su udruženja proizvođača u javnim raspravama i procesu odlučivanja o pitanjima koja se tiču životne sredine.

Bojan Pajtić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Protection of Environment – Prevention and Compensation

Abstract

The environment today is an increasingly important area of interest, and regulation in the world, and also in Republic of Serbia. Looking at the Acquis (Acquis Communituire) states that must be adopted and put into national legislation, all activities, environmental protection is one of the most extensive, most complex and demanding investment. The environmental significance of a growing number and variety of preventive measures and actions of different entities, which is natural because, as a rule, the damage to the environment or its individual segments in most cases, irreparable or only partially recoverable, which raises serious the possibility of sustainable development. In this paper, attention is paid to principles of law of environment: principles of prevention, precaution, environmental expertise and polluter pays principle as well as damages. Special attention is paid to the principle of prevention as one of the basic principles of environmental law and its practical implications in assessing environmental impacts of projects, plans and platforms in the Republic of Serbia and responsibility for not taking the necessary preventive measures and the detrimental consequences in the environment at national level, and also at EU level.

Key words: principle of prevention, the principle of removing the damage, impact assessment, environment

Originalni naučni rad 343.19(497.113)“1918/1929“

Dr Gordana Drakić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SUDSKE INSTANCE NA PODRUČJU VOJVODINE OD 1918. DO 1929. GODINE

Sažetak: *U radu je prikazana izgradnja, odnosno upotpunjavanje organizacije sudstva na području Vojvodine u periodu prvih deset godina postojanja Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. Autor prikazuje izgled sudske mreže i navodi pravne akte koji su bili osnov za njeno formiranje i funkcionisanje. U radu je ukazano na stvarnu i mesnu nadležnost sudova na području Vojvodine u periodu pre i nakon donošenja jedinstvenih zakona o uređenju redovnih sudova za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca.*

Ključne reči: *područje Vojvodine, sudske instance, pravna područja, organizacija sudova, Apelacioni sud u Novom Sadu, Odeljenje B. Kasacionog suda u Novom Sadu.*

Sudstvo predstavlja značajan segment pravosudnog sistema svake države. Dobro organizovane i efikasne sudske instance unapređuju državu, dok loš sudski sistem stvara pravnu nesigurnost i slabi osnove državne oranizacije.

Pre nego što izložimo kako je tekao proces formiranja sudskog sistema na području Vojvodine i koje su sudske instance postojale u periodu od 1918. do 1929. godine, potrebno je naglasiti da su u Vojvodinu, u istorijskom smislu, ulazili Banat, Bačka, Baranja i Srem ali ne uvek sve ove zemlje niti njihove geografske celine.[1] „Njena teritorijalna omeđenost nikad nije bila data u vidu jedne nepromenljive konstante pa se nenja dana-

[1] Detaljnije o tome videti: M. Palić, *Pregled administrativno-teritorijalnih promena u Vojvodini 1918-1941*, Zbornik Matice srpske za društvene nauke, Novi Sad 1964, 38, 125-162.

šnja teritorija ne podudara sa onim što je podrazumevalo vojvođanski prostor posle Prvog svetskog rata.“[2] Za vreme postojanja Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, odnosno Kraljevine Jugoslavije, Vojvodina nije bila posebna jedinica u državnopravnom smislu.

Stvaranje Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca 1. decembra 1918. godine značilo je prekretnicu u javnom životu jugoslovenskih naroda. U zajedničku državu Srba, Hrvata i Slovenaca ušle su oblasti koje su se među sobom razlikovale u stepenu ekonomskog razvitka, i koje su imale istorijske, kulturne i nacionalne osobenosti.

Kraljevstvo Srba, Hrvata i Slovenaca karakterisao je, kada je reč o njegovom pravnom sistemu, pravni partikularizam. Zajednička država Srba, Hrvata i Slovenaca nije predstavljala jedinstveno pravno područje već je činila skup regionalnih prava nasleđenih iz prethodnih pravnih sistema kojima su jugoslovenske zemlje pre ujedinjenja pripadale.

U državi je postojalo šest pravnih područja: srbijansko, crnogorsko, vojvođansko, hrvatsko-slavonsko, dalmatinsko-slovenačko i bosansko-hercegovačko. Kada je reč o sudsko-administrativnoj nadležnosti navedena područja su izgledala ovako: - srbijansko pravno područje činila je teritorija nadležnosti Kasacionog suda u Beogradu i apelacionih sudova u Beogradu i Skoplju. Na ovom području je važilo pravo bivše Kraljevine Srbije ukoliko nije bilo izmenjeno kasnijim propisima;

- Teritorija nadležnosti Velikog suda u Podgorici tvorila je crnogorsko pravno područje. Na njemu je važilo pravo bivše Kraljevine Crne Gore;

- Pravno područje Vojvodine sa Međumurjem spadalo je pod nadležnost Kasacionog suda Odeljenja B. u Novom Sadu i činilo je tzv. vojvođansko pravno područje. Na njemu je, uglavnom, važilo i primenjivalo se mađarsko pravo ukoliko nije bilo u suprotnosti sa odredbama zakonodavstva nove države. Pod istim uslovima kao mađarsko, u delovima Vojvodine koji su nekada pripadali Vojnoj granici važilo je austrijsko pravo;[3]

- Hrvatsko-slavonsko pravno područje obuhvatalo je teritoriju bivše Kraljevine Hrvatske i Slavonije bez Dalmacije, Istre i Međumurja. U sudsko-administrativnom smislu to je bilo područje nadležnosti Stola sedmorice u Zagrebu-Odeljenja A koji je bio najviši sud na toj teritoriji;

- Dalmatinsko-slovenačko pravno područje je obuhvatalo Dalmaciju sa ostrvima Rabom, Pagom i Krkom, područje kotara Kastav i Sloveniju;

---

[2] N. Gaćeša, *Specifičnosti društvene strukture u Vojvodini između dva svetska rata*, Zbornik Matice srpske za istoriju, Novi Sad 1978, 17, 85.

[3] To je bilo područje nadležnosti Okružnog suda u Pančevu i sreskih sudova u Banatskom Karlovcu, Beloj Crkvi, Kovinu, Titelu i Žablju.

- Bosansko-hercegovačko pravno područje obuhvatalo je teritoriju Bosne i Hercegovine odnosno nadležnosti Vrhovnog suda u Sarajevu. Na ovom području je važilo austrijsko pravo, dok je za Muslimane u oblasti bračnog prava važilo isključivo šerijatsko pravo.[4]

Aktivnosti usmerene na izjednačenje zakona u državi otpočele su neposredno nakon stvaranja Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca, s tim da je taj proces svoju jedinstvenu i organizovanu formu dobio tek od donošenja Vidovdanskog ustava. Za sve vreme postojanja zajedničke države Srba, Hrvata i Slovenaca radilo se na izjednačenju prava i donošenju jedinstvenih zakona. U tom poslu, koji je bio ometan nestabilnim društveno-ekonomskim i političkim prilikama, postignuti su određeni uspesi. Međutim, pravni poredak Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca odnosno Kraljevine Jugoslavije bio je do kraja njenog postojanja nejedinstven.[5]

Područje Vojvodine zajedno sa Međumurjem činilo je, kako je navedeno, posebno pravno područje. Nakon stvaranja zajedničke države Srba, Hrvata i Slovenaca, trebalo je doneti odluku koji zakoni će se primenjivati na toj teritoriji. Već prvih dana posle održavanja Velike Narodne skupštine u Novom Sadu, bilo je rešeno da će se na teritoriji Banata, Bačke i Baranje i dalje primenjivati mađarski zakoni „doneti do 1. novembra 1918. god., ukoliko nisu upereni protiv narodnosti“.[6]

Sudska mreža prvostepenih sudova, sreskih i okružnih, na području Vojvodine, bila je prihvaćena iz ugarskog pravosudnog sistema. Nakon konstituisanja nove države na području Vojvodine je, najpre, trebalo preuzeti prvostepene sudove i u njima uspostaviti redovan rad. Tek nakon toga moglo se pristupiti osnivanju viših sudova. Naime, na području Vojvodine je, nakon odluke o otcepljenju od Ugarske koja je usvojena na Skupštini u Novom Sadu 25. novembra 1918, prestala nadležnost viših ugarskih sudova čija sedišta su bila izvan teritorije novostvorenog Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca. Područje Vojvodine nije imalo drugostepenih sudova, kao ni najvišu instancu trećestepeni sud. Od Kraljevskih tabli - drugostepenih sudova u Ugarskoj, jedna- segedinska – je ostala preko demarkacione linije, dok je druga – temišvarska – obustavila svoj rad. Vrhovni sud – Kraljevska Kurija imala je sedište u Budimpešti.[7]

Poslovanje sudova i vršenje sudske vlasti na području Vojvodine, nakon ujedinjenja, bilo je veoma otežano. Naime, došlo je do prekida u

[4] F. Čulinović, *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX i XX vijeka*, II, Zagreb 1959, 308 i dalje.

[5] B. Petranović, *Istorija Jugoslavije 1918-1988*, prva knjiga, Beograd 1988, 51 i dalje.

[6] N. Ignjatović, *Pravosuđe u Vojvodini posle Ujedinjenja*, Letopis Matice srpske, Novi Sad 1924, 302, 64.

[7] Isto, 63.

radu sudova nakon odlaska sudija mađarske nacionalnosti koji nisu želeli da polože zakletvu novoj vlasti. Sudovi su oskudevali u sudijskom kadru ali i u pomoćnom i tehničkom osoblju.

Najvažniji zadatak novih vlasti na području Vojvodine nakon ujedinjenja, kada je reč o sudstvu, bio je uspostavljanje redovnog rada u sudovima. Taj posao je u prvim mesecima nakon stvaranja Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca rukovodio Odsek za pravosuđe Narodne uprave za Banat, Bačku i Baranju.

Iz zapisnika sa sednice Narodne uprave od 6. decembra 1918. godine saznajemo da je Odsek za pravosuđe uputio poziv svim sudovima i državnim odvetništvima da stupe u službu Narodne uprave ostavljajući im rok od osam dana da na poziv odgovore. Nakon isteka tog roka trebalo je da sudovi počnu sa redovnim radom.[8] Međutim, mnoge sudije su odbile da polože zakletvu i nastave sa radom tako da je usledilo njihovo otpuštanje sa radnih mesta. [9]

Okružni sudovi u Novom Sadu, Somboru i Subotici bili su, prema pisanju lista *Zastava*, preuzeti u februaru 1919. godine.[10] Preuzimanje prvostepenih sudova na području Vojvodine i uspostavljanje redovnog rada u njima bio je složen posao koji, i pored svesrdnog angažovanja Odseka za pravosuđe i novih vlasti, nije u celosti realizovan u toku 1919. godine. Prema izveštaju Ministarstva unutrašnjih dela-Odeljenja za Banat, Bačku i Baranju od 30. oktobra 1919. godine nisu se u svim mestima mogli organizovati novi sudovi, a u nekima su još uvek sudije mađarske nacionalnosti sudile na mađarskom jeziku.[11]

Dopis Ministarstva pravde Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca od 27. septembra 1921. godine koji je bio upućen Predsedništvu Kasacionog suda B. Odeljenja u Novom Sadu sadržao je spisak svih sudskih nadleštava u državi. U Dopisu je bilo navedeno da sudsku mrežu na području Vojvodine čine sledeće sudske instance: sreski sudovi, okružni sudovi, Apelacioni sud u Novom Sadu za područje Banata i Bačke i Beogradski Kasacioni sud – Odeljenje B. u Novom Sadu.[12] Ovakva organizacija sudske mreže zadržala se do kraja perioda koji smo u radu posmatrali.

Na području Vojvodine je postojalo sedam okružnih sudova, odnosno sudbenih stolova. Sedišta ovih sudova bila su u: Novom Sadu, Som-

---

[8] Arhiv Vojvodine, Fond Narodne uprave za Banat, Bačku i Baranju, *Zapisnik sa sednice Narodne uprave od 23. novembra 1918. godine* (po starom kalendaru).

[9] Videti: *Zapisnici sa sednica Narodne uprave od 24. januara i 19. februara 1919. godine*, Arhiv Vojvodine, Fond Narodne uprave za Banat, Bačku i Baranju.

[10] *Zastava*, februar mesec 1919. godine.

[11] Arhiv Vojvodine, Fond Narodne uprave za Banat, Bačku i Baranju, *Dopis Ministarstva unutrašnjih dela Kraljevine SHS – Odeljenje za Banat, Bačku i Baranju br. 11663/1919. od 30. oktobra 1919. godine.*

[12] Arhiv Vojvodine, Fond Kasacionog suda – Odeljenje B. u Novom Sadu, Br. Preds. II B. 27/1921.

boru, Subotici, Velikom Bečkereku, Velikoj Kikindi, Beloj Crkvi i Pančevu. Svaki od navedenih okružnih sudova je u svojoj teritorijalnoj nadležnosti imao nekoliko sreskih sudova.

U teritorijalnu nadležnost Okružnog suda u Novom Sadu ulazili su sreski sudovi sa sedištima u Novom Sadu, Žablju, Starom Bečeju, Titelu i Bačkoj Palanci.

Somborski sudbeni sto imao je sledeće područne sudove: Sombor, Apatin, Kula i Odžaci. Pod nadležnost Okružnog suda u Somboru sve do 1930. godine pripadala je i Ekspozitura ovog suda sa sedištem u Čakovcu u Međumurju, a zbog jedinstvenog vojvođanskog pravnog područja. Subotički sudbeni sto imao je područne sudove u Subotici, Bačkoj Topoli i Senti.

Sudbenom stolu u Velikom Bečkereku pripadali su sreski sudovi u Velikom Bečkereku, Jaša Tomiću i Novom Bečeju. Sudbeni sto u Velikoj Kikindi imao je područni sreski sud u istom mestu i u Kanjiži.

Pod nadležnost Sudbenog stola u Beloj Crkvi dolazili su sreski sudovi u Banatskom Karlovcu, Beloj Crkvi, Kovinu i Vršcu. Okružni sud u Pančevu imao je područne sudove u sledećim mestima: Alibunaru, Perlezu, Kovačici i Pančevu.

Stvarna nadležnost okružnih sudova na području Vojvodine bila je određena ugarskim propisima iz oblasti pravosuđa sve do donošenja *Zakona o uređenju redovnih sudova za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca*, odnosno do 1928. godine.[13] Okružni sudovi su vršili sudsku vlast u prvom stepenu u građanskim i krivičnim stvarima. Drugostepenu sudsku vlast okružni sudovi su vršili rešavajući po žalbama izjavljenim protiv odluka sreskih sudova. Predsednici okružnih sudova su obavljali poslove sudske uprave u svojim sudovima. Oni su vršili i nadzornu vlast nad poslovanjem sreskih sudova na svom području i funkcionisanjem sudske uprave u njima. Nadzornu vlast u odnosu na okružne sudove, u poslovima sudske uprave, vršio je Apelacioni sud u Novom Sadu.

Apelacioni sud u Novom Sadu je sudio u drugom stepenu u građanskim i krivičnim predmetima u kojima su okružni sudovi sudili u prvom stepenu. *Uredba o osnivanju Apelacionog suda u Novom Sadu za područje Banata i Bačke* doneta je 13. novembra 1919. godine.[14] Uredba je sadržala osnovne podatke o organizaciji i nadležnosti Apelacionog suda u Novom Sadu.

U prvom članu *Uredbe o osnivanju Apelacionog suda za Banat i Bačku* bilo je propisano da će taj sud vršiti sve zadatke koji su, kada je

[13] Arhiv Vojvodine, Fond Okružnog suda – Novi Sad 1919-1941.

[14] *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, br. 143 od 20. novembra 1919. godine.

reč o području Banata i Bačke, spadali u nadležnost nekadašnjih ugarskih kraljevskih tabli. U drugom članu je bilo naglašeno da će za Apelacioni sud u Novom Sadu ostati na snazi ugarski propisi ukoliko nisu u suprotnosti sa Uredbom. Organizacija Apelacionog suda bila je izložena u sledećih pet članova Uredbe. Na čelu Apelacionog suda stajao je predsednik, a u njegov sastav ulazili su i jedan potpredsednik, četiri senatska predsednika i trinaest sudija. Pomoćno sudsko osoblje činili su sekretar predsednika suda, četiri senatska i četiri sudska beležnika. Tehničko osoblje Apelacionog suda predstavljali su glavni kancelarijski upravnik i pet pomoćnih činovnika.

U građanskim i krivičnim predmetima Apelacioni sud u Novom Sadu je rešavao u senatu, odnosno veću sastavljenom od tri člana. Prema šestom članu Uredbe, presude Apelacionog suda su se proglašavale u ime Njegovog Veličanstva Kralja. Apelacioni sud je imao svoj pečat čiji izgled je bio propisan u osmom članu Uredbe.

Apelacioni sud u Novom Sadu za područje Banata i Bačke je svečano otvoren 2. marta 1919. godine. List *Sloboda* je o tom događaju objavio vest 4. marta iste godine u kojoj je saopšteno i da je predsednik Apelacionog suda otvorio svečanu sednicu održavši govor pred sudijama, advokatima i okupljenim građanima. Istog dana je Krivični senat (veće) Apelacionog suda u Novom Sadu održao pretres čime je i praktično otpočeo rad tog suda.

Apelacioni sud u Novom Sadu bio je, u periodu posmatranom u radu, izuzetno važna sudska instanca na području Vojvodine. S obzirom na to da je bio nadzorni sud u odnosu na okružne sudove u Banatu i Bačkoj, Apelacioni sud je organizovao i koordinirao poslove koji su imali za cilj uspostavljanje redovnog rada u sudovima. Takođe, Apelacioni sud u Novom Sadu je bio posrednik između nižih sudova na području Vojvodine i Ministarstva pravde Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca.

Nosioci državne vlasti u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca nastojali su da u potpunosti izgrade sudski sistem u državi i da, shodno tome, osnuju sud najviše nadležnosti. U Vidovdanskom ustavu je, u članu 110, bilo propisano postojanje jednog Kasacionog suda za celu Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca sa sedištem u Zagrebu.[15] Pred zakonodavnom vlasti bio je zadatak da ostvari pomenuto ustavno naređenje koje je imalo za cilj usklađivanje zatečenih sudskih sistema i njihovo integrisanje u jedinstveni sudski sistem za celu državu.[16] Shodno tome, istu odredbu sadržao

[15] *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* br. 142A od 28. juna 1921. godine.

[16] Detaljnije o ustavnim odredbama koje su se odnosile na sudstvo videti: S. Šarkić, D. Popović, D. Nikolić, *Istorija srpskog pravosuđa (XII-XX vek)*, Beograd 1997, 81. i dalje.

je, u svom 40. paragrafu, *Zakon o uređenju redovnih sudova za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca* donet 1928. godine.[17] Međutim, uprkos navedenim odredbama jedinstveni Kasacioni sud za celu državu nije bio osnovan. Ovakvo stanje je ipak bilo u skladu sa Vidovdanskim ustavom jer je u njegovom 137. članu bilo propisano da će do uređenja jednog kasacionog suda za celu državu raditi kao i do tada sudovi koji su za svako istorijski formirano pravno područje vršili funkciju kasacionog suda. Ovi sudovi su, prema Ustavu, bili smatrani kao odeljenja jedinstvenog Kasacionog suda koji je tek trebalo ustrojiti.

Dakle, za svako pravno područje u državi postojao je nadležan sud koji je vršio funkciju kasacionog suda. To su bili sledeći sudovi: Stol sedmorice u Zagrebu za područje bivše Kraljevine Hrvatske i Slavonije; Odeljenje B. Stola sedmorice u Zagrebu za područje nadležnosti bivših zemaljskih sudova u Splitu i Ljubljani; Vrhovni sud u Sarajevu nadležan za područje Bosne i Hercegovine; Veliki sud u Podgorici za područje bivše Kraljevine Crne Gore; Kasacioni sud u Beogradu za područje nadležnosti apelacionih sudova u Beogradu i Skoplju i Odeljenje B. Beogradskog kasacionog suda u Novom Sadu nadležan za područje Banata, Bačke i Baranje.[18]

Pravni propis koji je bio osnova za konstituisanje najvišeg suda na području Vojvodine bila je *Uredba o ustrojstvu Odeljenja B. Beogradskog kasacionog suda* od 17. septembra 1920. godine.[19] Odeljenje B. je bilo osnovano da bi vršilo sve one zadatke koji su, kada se radilo o području Banata, Bačke i Baranje, ulazili u nadležnost bivše Kraljevske Kurije u Budimpešti. Odeljenje B. je trebalo da postupa i rešava po ugarskim zakonima, naredbama i drugim propisima izdatim pre 1. novembra 1918. godine, ukoliko nisu bili protivni zakonima, uredbama i naredbama izdatim za krajeve Banata, Bačke i Baranje od strane nadležnih vlasti Kraljevine SHS posle navedenog datuma.

Uredbom je bilo propisano da u sastav Odeljenja B. Beogradskog kasacionog suda ulazi pet sudija i potreban broj sekretara. Najstariji među sudijama je vršio funkciju potpredsednika Kasacionog suda i upravljao je Odeljenjem B. Kasacionog suda. Prema Uredbi, imao je prava i dužnosti koja su pripadala predsedniku Kraljevske Kurije u Budimpešti kada se radilo o teritoriji Banata, Bačke i Baranje. Posao sudije ili sekretara u Odeljenju B. Kasacionog suda mogla su obavljati lica koja su imala kvalifika-

[17] *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* br. 237 od 12. oktobra 1928. godine.

[18] F. Čulinović, *Pravosuđe u Jugoslaviji*, Zagreb 1946, 96.

[19] *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, br.229 od 16. oktobra 1920. godine.

ciju potrebnu po zakonima koji su važili na području Banata, Bačke i Baranje za sudije i senatske beležnike bivše Kraljevske Kurije u Budimpešti. Sudije i sekretare Odeljenja B. u Novom Sadu postavljao je Kralj svojim ukazom, a na predlog ministra pravde. Uredbom je bilo propisano da se u ukazu moralo naznačiti da se radi o sudijama i sekretarima za Odeljenje B. Beogradskog kasacionog suda u Novom Sadu.

Ministarstvo pravde je, prema slovu Uredbe, trebalo da odredi broj kancelarijskog osoblja i službenika u Odeljenju B. Kasacionog suda. Kandidati za takva radna mesta morali su da zadovolje uslove propisane zakonima za takav personal Kasacionog suda u Beogradu.

U Uredbi je, dalje, bilo propisano da Odeljenje B. rešava građanske, krivične i disciplinske predmete u kolegijumu od pet sudija i da se u slučaju odsustva ili sprečenosti nekog od njih da obavlja svoj posao, mogao u raspravno veće Odeljenja B. pozvati neki od sudija iz Apelacionog suda. Sudija Apelacionog suda je mogao da učestvuje kao zamena u Odeljenju B. samo ukoliko prethodno nije učestvovao u rešavanju dotičnog predmeta.

Odeljenje B. Kasacionog suda u Novom Sadu svečano je otvoreno 22. februara 1921. godine prigodnom besedom potpredsednika. U štampi se povodom početka rada Odeljenja B. pojavio i komentar da je time bio završen proces formiranja sudskog sistema na području Vojvodine.[20]

Iako je relativno rano bila pokrenuta inicijativa za donošenje jedinstvenih zakona iz oblasti sudstva, taj posao je tekao prilično sporo tako da su rezultati usledili tek pred kraj perioda koji u radu posmatramo. *Zakon o uređenju redovnih sudova za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca* i *Zakon o sudijama redovnih sudova Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* doneseni su 24. septembra 1928. godine.[21] U oba zakona je, u poslednjem članu, bilo propisano da će stupiti na snagu 1. aprila 1929. godine. Međutim, kralj Aleksandar Karađorđević je 6. januara 1929. godine proglasio diktaturu. Pošto je preuzeo zakonodavnu vlast u svoje ruke, kralj nije želeo da u pogledu organizacije sudstva na snazi ostavi zakone usvojene u Narodnoj skupštini. Tako je, ukazom 8. januara doneo novi *Zakon o sudijama redovnih sudova*.[22] Potom je, na isti način, doneo i *Zakon o uređenju redovnih sudova za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca* 18. januara 1929. godine.[23]

---

[20] *Sloboda*, br. 9 od 27. februara 1921. godine.

[21] *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, br. 237 od 12. oktobra 1928. i *Službene Novine Srba, Hrvata i Slovenaca*, br. 295 od 19. decembra 1928. godine.

[22] *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, br. 7 od 8. januara 1929. godine.

[23] *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, br.20 od 25. januara 1929. godine.

Dakle, navedeni zakoni iz septembra 1928. godine nisu ni stupili na snagu. Međutim, tekst zakona donetih u januaru 1929. godine bio je, u suštini, preuzet iz *Zakona o sudijama redovnih sudova* i *Zakona o uređenju redovnih sudova* iz 1928. godine. Suštinska razlika sastojala se u tome što su u zakonima iz januara 1929. godine bile izostavljene odredbe koje su propisivale stalnost i nepokretnost sudija, kao i odredbe o pravu opštih sednica okružnih i apelacionih sudova, odnosno Kasacionog suda da vrše izbor sudija. Ove kao i druge manje razlike u navedenim zakonskim tekstovima bile su učinjene u skladu sa osnovnim principima režima koji je 6. januara 1929. godine bio zaveden.

U daljem tekstu izložićemo koje su sudske instance bile predviđene navedenim zakonima i kakva je bila njihova stvarna nadležnost. Dakle, u *Zakonu o uređenju redovnih sudova za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca* bilo je propisano da u svakom srezu, odnosno kotaru postoji sreski sud. Na području Vojvodine je, prema Zakonu, postojalo 26 sreskih sudova koji su vršili sudsku vlast u prvom stepenu u građanskim parnicama, trgovačkim i meničnim predmetima, vanparničnim i predmetima izvršenja, kao i u krivičnim predmetima. Sudsku vlast u sreskim sudovima vršio je sudija pojedinac.

Prema 13.§ Zakona na području Bačke, Banata i Baranje postojalo je sedam okružnih sudova. U istom paragrafu bila je određena i njihova mesna nadležnost. Okružni sud u Beloj Crkvi bio je nadležan za sudske srezove u Vršcu, Kovinu, Uljmi i Beloj Crkvi; Velikobečkerečki okružni sud je bio nadležan za sudske srezove sa sedištem u Velikom Bečkereku, Novom Bečeju i Jaša Tomiću; Okružni sud u Velikoj Kikindi bio je nadležan za sudske srezove sa sedištem u Velikoj Kikindi i Novoj Kanjiži; Novosadski okružni sud je bio nadležan za sudske srezove sa sedištem u Novom Sadu, Bačkoj Palanci, Starom Bečeju, Žablju i Titelu; Pančevački okružni sud je bio nadležan za Pančevo, Alibunar, Kovačicu i Perlez; Somborski okružni sud je bio nadležan za sudske srezove u Somboru, Apatinu, Kuli, Dardi i Odžacima, a Subotički okružni sud za Suboticu, Sentu i Bačku Topolu.

Okružni sudovi su vršili sudsku vlast u prvom stepenu u parničnim, vanparničnim i u predmetima izvršenja, kao i sudsku vlast u drugom stepenu prema zakonima koji se tiču tih predmeta. U krivičnim predmetima okružni sudovi su vršili sudsku vlast po odredbama zakona o krivičnom sudskom postupku. Okružni sudovi su sudsku vlast vršili u tročlanim većima, ukoliko zakonom nije bilo nešto drugo propisano, a odluke su se donosile većinom glasova.

Apelacioni sudovi su postojali u Beogradu, Skoplju, Zagrebu, Ljubljani, Splitu, Novom Sadu i Cetinju. Novosadski apelacioni sud je bio

nadležan za područja sudske nadležnosti okružnih sudova na području Vojvodine.

Apelacioni sudovi su vršili sudsku vlast u drugom stepenu u građanskim predmetima koji su na osnovu pravnih lekova izjavljenih protiv odluka nižih sudova dolazili pred apelacioni sud, po odredbama zakona o građanskom sudskom postupku ili drugih zakona. U krivičnim predmetima apelacioni sudovi su vršili sudsku vlast po odredbama zakona o krivičnom sudskom postupku. Sudsku vlast su vršili u većima od pet sudija.

Kako smo to već naveli, u 40.§ Zakona iz 1928. godine bilo je propisano da, u skladu sa odgovarajućom odredbom Ustava iz 1921, za celu Kraljevinu postoji jedan Kasacioni sud sa sedištem u Zagrebu. S obzirom na to da je Ustav u doba diktature bio ukinut, takvu odredbu nije sadržao *Zakon o uređenju redovnih sudova* donet 18. januara 1929. godine, jer više nije bilo ustavom propisane obaveze da sedište najviše sudske instance bude u Zagrebu. U Zakonu iz 1929. godine postojala je načelna odredba u kojoj je propisano da za celu Kraljevinu postoji jedinstveni kasacioni sud, te da će osnivanje tog suda urediti poseban zakon.[24] Ipak, jednom odredbom, koja se nalazila u prelaznim i završnim naređenjima Zakona, bilo je propisano da će do obrazovanja jednog kasacionog suda za celu državu postojeći Kasacioni sud u Beogradu, njegovo Odeljenje B. u Novom Sadu, Sto sedmorice u Zagrebu i njegovo Odeljenje B, Vrhovni sud u Sarajevu i Veliki sud u Podgorici postupati kao odeljenja jedinstvenog Kasacionog suda. Kasacioni sud je vršio sudsku vlast u poslednjem stepenu u građanskim i krivičnim predmetima prema odredbama zakona o postupku koji su se na takve predmete odnosili. Kasacioni sud je imao krivično i građansko odeljenje, a sudsku vlast je, po pravilu, vršio u većima od pet sudija.

*

* *

Možemo zaključiti da je nakon stvaranja Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca 1. decembra 1918. godine, sudski sistem je na području Vojvodine bio nepotpun jer su postojali sreski sudovi ali ne i sudske instance više nadležnosti. Mreža prvostepenih sudova je bila preuzeta iz ugarskog pravosudnog sistema ali je, najpre, trebalo u njima obezbediti uslove za uspostavljanje redovnog i nesmetanog poslovanja. Zahtevan i složen posao osnivanja viših sudskih instanci i regulisanja stanja u zatečenim prvostepenim sudovima bio je obavljen za relativno kratko vreme. Već od fe-

[24] Isto, § 39.

bruara 1920. godine, kada je sa radom počelo Odeljenje B. Kasacionog suda u Novom Sadu, može se govoriti o zaokruženoj organizaciji sudova na području Vojvodine. Delatnost viših sudskih instanci Apelacionog suda u Novom Sadu i Odeljenja B. Kasacionog suda bila je veoma značajna za organizaciju i pravilno funkcionisanje sudstva na području Vojvodine. Odeljenje B. Kasacionog suda u Novom Sadu je, takođe, saopštavanjem svojih stavova o značajnim pitanjima, koja su se odnosila na vršenje sudske vlasti, aktivno učestvovalo u kreiranju jedinstvenih sudskih zakona i praktičnih pravnih rešenja u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca.

Gordana Drakić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Judical Instances in the Territory of Vojvodina 1918–1929

Abstract

The Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes was established on 1 st of December 1918. Shortly after emergence of the new state, commenced the process of forming the judicial system in the territory of Vojvodina.

Very important for organizing a network of courts of law in the territory of Vojvodina was establishment of the Appellate Court in Novi Sad. After the Department B. of the Court of Cassation was established, forming of the judicial system in the territory of Vojvodina was completed.

Appelatte Court in Novi Sad had an important role in the judiciary system in the territory of Vojvodina because, as an organ of supervising, it was mediator between the courts of lower jurisdiction and Ministry of Justice of Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes in Belgrade.

The article also discusses the contents of the unique Law on the Organization of Courts of Law in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, and presents judicial instances which, according to Law, existed in the territory of Vojvodina.

Key words: territory of Vojvodina, judical instances, judical system, Organization of Courts of Law, Appelatte Court in Novi Sad, Department B. of the Court of Cassation.

Originalni naučni rad 347.61:342(=81)“18“

Dr Maša Kulauzov, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PORODIČNA ZADRUGA KAO TEMELJ POJEDINIH USTANOVA JAVNOG PRAVA PREMA VALTAZARU BOGIŠIĆU

Sažetak: *U radu je razmotren odnos porodičnog starešine i zadružnog veća u porodičnoj zadruzi u kojem, po mišljenju Branislava Nedeljkovića, Valtazar Bogišić nalazi sličnosti sa odnosom vlade i narodne skupštine u parlamentarnoj monarhiji. Analizirane su običajnopravne norme o starešini porodične zadruge, njegovim svojstvima, načinu izbora i ovlašćenjima, a potom i pravila običajnog prava o zadružnom veću kao telu koje je rešavalo sva pitanja bitna za opstanak zadruge. Ukazano je i na koji način su načela zadružnog života poslužila Bogišiću kao model za uvođenje parlamentarnog režima u Srbiji. Originalnost Bogišićeve ideje o primeni privatnopravnog instituta kao što je porodična zadruga u oblasti javnog prava čini opravdanim izradu ovog rada.*

Ključne reči: *Običajno pravo, porodična zadruga, Južni Sloveni, zadružni starešina, zadružno veće, načela zadružnog života, parlamentarna načela, vlada, narodna skupština, parlamentarni režim*.

Svoje ideje u oblasti javnog prava znameniti pravnik Valtazar Bogišić[1] je izneo u raspravi *Kako misle dva Južna Srbina o građenju ustava*

[1] Valtazar Bogišić (1834 Cavtat – 1908 Rijeka) – pravnik, istoričar i sociolog, studirao je pravo u Beču, ali je pored toga slušao i predavanja iz filozofije, filologije i istorije. Doktorsku disertaciju iz filozofije odbranio je u Gisenu (Giesen) 1862, a pravo je doktorirao u Beču 1864. godine. Bio je aktivni član *Ujedinjene omladine srpske*. Posvetio se univerzitetskoj karijeri u Odesi gde je predavao *Istoriju slovenskih prava* od 1869. do 1873.

Srpske Kneževine.[2] Članak je imao karakter uputstava ustavotvornom odboru sazvanom radi donošenja odluka koje bi poslužile kao osnov za izradu *Ustava za Knjažestvo Srbiju* od 1869. godine. Između ostalog, Bogišić je predlagao da se u izvesnoj meri država uredi po uzoru na porodičnu zadrugu, jer on u zadruzi nalazi „kvasac i nekoliko poglavitih ustanova javnog prava". Pri tom bi odnos vlade i skupštine počivao na istim principima na kojima se zasniva odnos zadružnog starešine i zadružnog veća prema pravilima običajnog prava. Ova u najmanju ruku smela i neobična ideja ima svoje logično objašnjenje. Kao pristalica istorijske škole prava, Bogišić je smatrao da su običaji najneposredniji izraz narodnog duha bez kojih je nemoguće istinski upoznati svojstva i osobenosti jednog naroda. Zato, da bi ustav odgovarao prilikama zemlje za koju je donet, pri njegovoj izradi treba poći od običajnog prava, naravno uzimajući u obzir i iskustva drugih naroda i tekovine savremene nauke.[3]

U radu su razmotrena načela zadružnog života u kojima, po mišljenju vrsnog poznavaoca Bogišićevog dela i istaknutog pravnog istoričara Branislava Nedeljkovića[4], Bogišić nalazi sličnosti sa parlamentarnim

---

godine. Na molbu knjaza Nikole Petrovića 1873. godine dolazi u Crnu Goru kako bi započeo rad na kodifikaciji crnogorskog imovinskog prava. Autor je *Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru* od 1888. godine. Funkcije crnogorskog ministra pravde i državnog savetnika vršio je od 1893. do 1899. godine da bi nakon toga definitivno napustio Crnu Goru. Poslednjih deset godina života proveo je u Parizu kao cenjeni naučni radnik i uvaženi član brojnih akademija i naučnih društava. Napisao je niz dela velike naučne vrednosti među kojima se, između ostalih, izdvajaju i: *Pravni običaji u Slovena*, knjiga I, Zagreb 1867, *Pisani zakoni na Slovenskom Jugu*, Zagreb 1872, *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena – Građa u odgovorima iz različnih krajeva Slovenskoga Juga*, knjiga I, Zagreb 1874 i *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji (Anketa iz 1873. g.)*, priredio T. Nikčević, Titograd 1984. Detaljnije v. Valtazar Bogišić (M. Konstrenčić), *Narodna enciklopedija srpsko – hrvatsko – slovenačka*, priredio S. Stanojević, knjiga 1, Sremski Karlovci – Novi Sad – Beograd 2000, str 210 – 212.

[2] *Novi pozor za 1868*, br. 388 – 389. Prilog posvećen pomenutoj Bogišićevoj raspravi drugi je deo referata *Tri kraća priloga iz Bogišićeve zaostavštine naučne* koji je prof. dr Branislav Nedeljković podneo na naučnom skupu *Stopedesetogodišnjica od rođenja Valtazara Bogišića* održanom od 20. do 22. decembra 1984. godine u Beogradu u organizaciji SANU. Iako pozitivno ocenjen Nedeljkovićev referat nikad nije objavljen, te ga je prof. dr Srđan Šarkić priredio za štampu i objavio u *Glas SANU*, CDXIV, *Odeljenje istorijskih nauka*, knj. 15, Beograd 2010, str. 191 – 211. Rasprava *Kako misle dva Južna Srbina o građenju ustava Srpske Kneževine* objavljena je na stranama 201 – 206.

[3] B. Nedeljković, *Tri kraća priloga iz Bogišićeve zaostavštine naučne*, priredio S. Šarkić, *Glas SANU*, CDXIV, *Odeljenje istorijskih nauka*, knj. 15, Beograd 2010, str. 204.

[4] Branislav Nedeljković (1907 – 1989) je nakon završene gimnazije i Pravnog fakulteta u Beogradu, stručno usavršavanje nastavio na Pravnom fakultetu u Parizu, gde je završio poslediplomske studije. Po povratku u Srbiju odbranio je doktorsku disertaciju iz

načelima. Na tim načelima se zasniva odnos zadružnog starešine i zadružnog veća kao dva najznačajnija organa upravljanja patrijarhalnom porodicom. Kao osnovni izvor prilikom pisanja ovog rada poslužili su nam zbornici običajnog prava koje je sistematizovao Valtazar Bogišić.[5] Oni sadrže dragocene podatke o pravnom položaju starešine porodične zadruge, sastavu i nadležnostima zadružnog veća, kao i o odnosu starešine i veća.

---

oblasti pravne istorije pod naslovom *Istorija baštinske svojine u novoj Srbiji od kraja 18. veka do 1931. godine* na Pravnom fakultetu u Beogradu 1934. godine. Svoju naučnu karijeru započeo je 1935. godine na Pravnom fakultetu u Beogradu kao asistent, a od 1937. godine kao docent na Katedri za građansko pravo. Na svom matičnom fakultetu predavao je Građansko pravo i Istoriju države i prava do 1947. godine. U zvanje redovnog profesora izabran je 1947. godine na novoosnovanom Pravnom fakultetu u Sarajevu za nastavni predmet Istorija države i prava. Usled bolesti morao je 1951. da napusti Sarajevo i da se preseli u klimatski povoljniji Dubrovnik. U Dubrovniku je postavljen za naučnog savetnika Istorijskog instituta SANU na radu u Dubrovačkom arhivu. Godine 1971. izabran je za redovnog profesora za predmet Rimsko pravo na tada osnovanom Pravnom fakultetu u Podgorici, gde je radio do svog penzionisanja 1977. godine. Potom se vratio u Dubrovnik i nastavio sa istraživačkim radom u Arhivu sve do svoje smrti 1989. godine. Nedeljkovićev naučnoistraživački opus čini devedeset i pet bibliografskih jedinica. Među delima izuzetne naučne vrednosti izdvajaju se, između ostalih, i rasprave: *Istorijski razvoj svojine* (*Naša stvarnost*, br. 9 – 10, Beograd 1937, str. 117 – 122.), *Postanak zadruge* (*Pravna misao – časopis za pravo i sociologiju*, br. 11 – 12 u čast Živojina Perića, novembar – decembar 1937, str. 595 – 604.), *Porodica i nasledstvo* (*Arhiv za pravne i društvene nauke*, knj. XL (LVII), br. 1, Beograd 1940, str. 8 – 26.), *Sok i sočbina u starom srpskom pravu* (*Istorijski časopis* VII (1957), str. 53 – 81.), *Status Crne Gore u XVI i XVII vijeku* (*Istorijski zapisi*, knj. XV, br. 2, Titograd 1959, str. 509 – 547.), *Raja i čifčija (srpsko društvo) pred Prvi srpski ustanak* (*Prota Matija Nenadović i njegovo doba*, zbornik radova sa naučnog skupa održanog od 5. do 7. decembra 1978. godine, SANU, Beograd 1985, str. 149 – 175.), *Izabrani radovi Branislava Nedeljkovića* (Podgorica 2005). Nedeljković je izdao i niz značajnih pravnih izvora. Budući veliki poštovalac Valtazara Bogišića i njegovog naučnog dela, Nedeljković je često boravio u Bogišićevom arhivu u Cavtatu. Iz bogate rukopisne zaostavštine kodifikatora crnogorskog imovinskog prava, izdvojio je izuzetno značajan zakonski spomenik Arbanasa – *Kanun Leke Dukađina*. Uz studiju o običajnom pravu Arbanasa objavio ga je pod naslovom *Kanun Leke Dukađina – Arbanaško običajno pravo* 1956. godine (*Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 4, str. 429 – 474.). Kao rezultat studioznog i predanog rada u Dubrovačkom arhivu, Nedeljković je priredio i dva obimna zbornika zakonskih tekstova Dubrovačke republike poznatih pod naslovima *Liber Viridis* (*Zelena knjiga*, *SANU*, *Zbornik za jezik, istoriju i književnost srpskog naroda*, III odeljenje, knj. XXIII), objavljen 1984. godine i *Liber Croceus* (*Žuta knjiga*, *SANU*, *Zbornik za jezik, istoriju i književnost srpskog naroda*, III odeljenje, knj. XXIV), objavljen 1997. godine. Detaljnije v. Branislav Nedeljković (J. Danilović), *Enciklopedija srpske istoriografije*, priredili S. Ćirković i R. Mihaljčić, Beograd 1997, str. 528 – 529.

[5] Više o Bogišićevom proučavanju običajnog prava videti u radu M. Kulauzov, *Položaj žena u porodičnoj zadruzi prema običajnom pravu Južnih Slovena*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* XLII – 2 (2008), str. 807 – 816.

I

Na čelu porodične zadruge nalazi se njen starešina, u narodu poznat pod nazivima *domaćin* i *gospodar*. Njegov pravni položaj je u XIX veku u svim krajevima naseljenim Južnim Slovenima bio vrlo sličan. Starešina upravlja zadružnim imanjem, poverava vršenje pojedinih poslova zadrugarima i rešava sporove među njima. Stara se o redovnom izmirenju obaveza kuće prema državi, pre svega o urednom plaćanju poreza. Ovlašćen je da samostalno zaključuje pravne poslove koji ne izlaze iz okvira tekućeg upravljanja zadrugom. Brine o udovicama i deci bez roditelja, dakle o licima lišenim svog prirodnog staraoca, stara se o normalnom funkcionisanju života u patrijarhalnoj porodici i nastoji da mudrim rukovođenjem uveća kućni imetak. Starešina zastupa zadrugu pred državnim i opštinskim organima i odgovara za postupke svojh ukućana osim ukoliko se radi o delima koja povlače za sobom krivičnu odgovornost. Za uzvrat, zadrugari su dužni da mu ukazuju poštovanje i da se pokoravaju njegovim naredbama. U ranijim vremenima domaćin je imao i značajnu disciplinsku vlast nad ukućanima. U XIX veku ona je bitno sužena i svedena na ovlašćenje starešine da opomene i ukori zadrugara za nepokornost i neposlušnost, ali bez mogućnosti da ga i telesno kazni.[6]

Iako porodični starešina poseduje široka ovlašćenja u pogledu organizacije svakodnevnog života u zadružnoj kući, njegovo pravo raspolaganja nepokretnim porodičnim dobrima (tzv. *stožer*, *dedovina*, *korjenina*) je u znatnoj meri ograničeno. Naime, domaćin može samo da kupuje i prodaje stvari manje vrednosti. O raspolaganju nepokretnim zadružnim imetkom odlučuje zadružno veće u čiji sastav ulaze svi punoletni i oženjeni muški zadrugari.[7] Zadružno veće rešava i o kupovini i prodaji pokretnih stvari veće vrednosti, uzimanju zajma i nizu drugih imovinskopravnih pitanja. Odluke se donose većinom glasova prisutnih zadrugara s tim što stariji i umniji zadrugari u velikoj meri utiču na mlađe na koji način da glasaju.[8]

Ovakvo ograničenje poslovne sposobnosti domaćina je posledica činjenice da je on izborno lice, privremeni upravitelj porodične zajed-

---

[6] V. Bogišić, *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena – Građa u odgovorima iz različnih krajeva Slovenskoga Juga*, knjiga I, Zagreb 1874, str. 40 – 50, u daljem tekstu: *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*; V. Bogišić, *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji (Anketa iz 1873. g.)*, priredio T. Nikčević, Titograd 1984, str. 25 – 27, u daljem tekstu: *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*.

[7] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 50 – 52; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 26 – 27.

[8] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 68 – 82; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 30 – 32.

nice, a ne neograničeni gospodar porodične imovine poput pater familias – a rimskog prava. Naime, starešinstvo u zadruzi nije nasledno, već poglavara zajednice biraju svi punoletni muški zadrugari opštom saglasnošću.[9] U većini krajeva naseljenih Južnim Slovenima oni ga mogu i lišiti te funkcije ukoliko loše upravlja kućom, rasipa porodičnu imovinu, ako je lenj, nemaran i nesposoban. Samo je u Zemunu i Staroj Pazovi u Vojnoj granici Austrijske monarhije domaćin mogao biti lišen starešinstva jedino uz dozvolu vojnih vlasti. Tek nakon što bi vojne vlasti proglasile strešinu nesposobnim za vršenje svojih dužnosti, moglo je drugo lice biti izabrano za kućegospodara.[10] Ovakvo rešenje je razumljivo ukoliko se ima u vidu da porodična zadruga u Granici ne predstavlja samo oblik porodice, već i materijalnu osnovu za izdržavanje vojnika – graničara. Zato je u interesu vojnih vlasti bilo da se na čelu zadruge nalazi starešina koji će svojim mudrim rukovođenjem sačuvati, pa ukoliko je moguće i uvećati graničarski posed, jer je od toga zavisilo i efikasno ispunjavanje vojnih obaveza stanovništva. Svaka promena starešine koja bi mogla voditi usitnjavanju porodičnog imanja, a samim tim i ugroziti vojni potencijal pograničnog područja, nije bila dozvoljena.

*
* *

Povodom predstojeće ustavne promene u Srbiji, Valtazar Bogišić je 1868. godine predlagao da se prilikom izrade ustava uzme u obzir i iskustvo iz prošlosti. U tom smislu smatrao je naročito dragocenom ustanovu porodične zadruge jer je jedina preživela starosrpsko i tursko gospodstvo. Iako je zadruga ograničena na privatno pravo, Bogišić u njoj nalazi „kvasac i nekoliko poglavitih ustanova javnog prava". Po Nedeljkovićevom mišljenju, Bogišić u običajnopravnom pravilu prema kojem zadrugari mogu lišiti funkcije nepravednog i nesposobnog zadružnog starešinu, nalazi temelj političke odgovornosti vlade skupštini u parlamentarnom sistemu.[11] U parlamentarnom režimu, naime, vlada koja ne uživa podršku, odnosno poverenje parlamentarne većine, mora da

[9] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 34 – 38; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 27 – 28; *Dodatak arhimandrita Nićifora Dučića za Bileći-ski srez u Hercegovini od 1898. godine* objavljen kao prilog knjizi *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 126. U daljem tekstu: *Dodatak za Bilećski srez od 1898. godine*.

[10] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 52 – 55; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 24.

[11] B. Nedeljković, *Tri kraća priloga iz Bogišićeve zaostavštine naučne*, priredio S. Šarkić, *Glas SANU*, CDXIV, *Odeljenje istorijskih nauka*, knj. 15, Beograd 2010, str. 204.

podnese ostavku.[12] Kako je prema običajnom pravu porodična zadruga pravno lice, nju na seoskim zborovima i u odnosu sa javnim vlastima predstavlja zadružni starešina. Zadrugari svakako ne bi dozvolili da ih pred opštinskim i državnim organima zastupa domaćin koji više ne uživa ugled i poštovanje u svojoj porodici, jer se od takvog starešine ne bi moglo očekivati da štiti interese porodične zajednice u odnosima sa trećim licima. Zato je zadružno veće, u koje ulaze svi punoletni i oženjeni muški zadrugari, ovlašćeno da u svakom trenutku smeni zadružnog starešinu koji izgubi poverenje i podršku svojih ukućana. Na njegovo mesto može doći i mlađi zadrugar, ukoliko je najrazboritiji i najpametniji član zadruge.[13] U ulozi starešine porodične zadruge žena se mogla naći samo izuzetno, kada u kući nema punoletnih muških glava. Međutim, starešinstvo žene je uvek bilo vremenski ograničeno, do punoletstva muških članova ili prijema u zadrugu muškarca sposobnog za upravljanje.[14]

Kako bi zadrugari mogli da procene sposobnost izabranog starešine da obavlja svoju vrlo odgovornu dužnost, omogućeno im je da u svakom momentu ostvare uvid u njegovo poslovanje. Svaki punoletni član zadruge muškog pola ima pravo da zatraži od zadružnog starešine da položi račun o svom radu. Jedino se u Stubičkoj župi i Hrvatskom zagorju u provincijalnoj Hrvatskoj takav zahtev smatrao znakom da ukućani nemaju poverenja u izabranog domaćina. U svim ostalim krajevima naseljenim Južnim Slovenima u XIX veku ukućani su ovlašćeni da od kućegospodara zahtevaju ne samo da položi račun o svom radu, već i da odgovori na svako njihovo pitanje o aktima koje preduzme u okvirima tekućeg upravljanja zadrugom.[15]

Kroz pravo zadrugara da traže od starešine da položi račun o svom radu kao i da odgovori na pitanje zbog čega je preduzeo neku radnju, ostvaruje se načelo javnosti rada kućegospodara. Bogišić je insistirao da se navedena prava zadrugara uzmu u obzir povodom nameravane ustavne promene u Srbiji 1868. godine, navodeći da ona predstavljaju bitnu osnovu važnih javnopravnih instituta. Prof. dr Nedeljković je mišljenja da je Bogišić putem sredstava pomoću kojih se ostvaruje javnost rada domaćina zapravo tražio uvođenje budžetske odgovornosti vlade u ustavni sistem Srbije.[16]

---

[12] M. Đ. Milovanović, *O parlamentarnoj vladi*, *Državno pravo i druge ustavnopravne studije*, priredio R. Marković, Beograd 1997, str. 186.

[13] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 38 – 40; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 28.

[14] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 32 – 34; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 25.

[15] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 40 – 45 i str. 68 - 71; *Dodatak za Bilećski srez od 1898. godine*, str. 119 – 120.

[16] B. Nedeljković, *Tri kraća priloga iz Bogišićeve zaostavštine naučne*, priredio S. Šarkić, *Glas SANU*, CDXIV, *Odeljenje istorijskih nauka*, knj. 15, Beograd 2010, str. 204.

Budžetsko pravo narodnog predstavništva je izuzetno značajno obeležje parlamentarne vladavine. Pravo skupštine da donosi budžet je najefikasnije sredstvo kontrole rada vlade, jer je neizglasavanje budžeta jednako padu vlade koja bez finansijskih sredstava ne može da obavlja svoje funkcije. Kao što bi skupština odbacivši budžet primorala na odstupanje vladu čijim radom nije zadovoljna, tako bi i zadružno veće prinudilo na povlačenje sa svog položaja starešinu čiji račun ne usvoji.

Da bi se ostvarila interakcija između zakonodavne i izvršne vlasti u parlamentarnom sistemu, poslanici imaju pravo da postavljaju ministrima pitanja na koja su ovi dužni da odgovore u istom sazivu. Pitanja upućena ministrima predstavljaju još jedan vid kontrole vlade od strane skupštine.[17] I zadružno veće ima pravo da traži od domaćina odgovore na pitanja koja se tiču njegovog upravljanja zadrugom kako bi ostvarilo uvid u njegovo poslovanje. Budžetsko pravo skupštine i pitanja upućena ministrima čine važna sredstva pomoću kojih se ostvaruje politička odgovornost vlade skupštini. Na isti način se u zadruzi putem usvajanja računa i postavljanja pitanja starešini ostvaruje njegova odgovornost veću za rđavo i nesavesno poslovanje. Zavisnost kućegospodara od veća u patrijarhalnoj porodici još je više naglašena dužnošću domaćina da se pre zaključenja svakog značajnijeg pravnog posla savetuje sa zadrugarima. Tako starešina ne može samostalno odlučivati o kupovini i prodaji pokretnih i nepokretnih stvari veće vrednosti, uzimanju zajma, gradnji kuće, načinu obrade zemlje, već je dužan da sazove zadružno veće koje donosi odluke većinom glasova.[18]

II

Povodom donošenja *Ustava za Knjažestvo Srbiju* od 1869. godine, Bogišić je predlagao da se u ustavu predvidi učešće zadružnih starešina u vršenju zakonodavne vlasti. Zakonodavne kompetencije poglavara patrijarhalnih porodica bile bi dvojake. S jedne strane starešine bi kao poslanici *malih skupština* imali pravo zakonodavne inicijative i savetodavni glas u zakonodavstvu. S druge strane imali bi pravo donošenja zakona kao poslanici *velike skupštine*.[19]

Bogišićev predlog prema kojem kućegospodari imaju ovlašćenja u zakonodavnoj materiji nema uporište u običajnom pravu. Prema nepisa-

[17] M. Đ. Milovanović, nav. delo, str. 187 – 189; M. Popović, *Poreklo i postanak Ustava od 1888 godine*, Beograd 1939, str. 127 – 129.

[18] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 78 – 82; *Dodatak za Bilećski srez od 1898. godine*, str. 119 – 120.

[19] B. Nedeljković, *Tri kraća priloga iz Bogišićeve zaostavštine naučne*, priredio S. Šarkić, *Glas SANU*, CDXIV, *Odeljenje istorijskih nauka*, knj. 15, Beograd 2010, str. 205.

nom pravu zadružne starešine ne sudeluju u vršenju zakonodavne vlasti obzirom da opštinske skupštine, čiji su članovi, nemaju zakonodavne kompetencije. Nadležnost i vreme zasedanja ovih skupština nisu precizno utvrđeni, već ih saziva opštinski starešina poznat u narodu pod nazivima *gospodar*, *knez* i *kmet* kada se za to ukaže potreba. Skupštine utvrđuju iznos poreza koji je dužno da plati svako inokosno i zadružno domaćinstvo, usvajaju mere značajne za unapređenje nastave u školama i pretresaju druga pitanja od zajedničkog interesa za celu opštinu. U Bugarskom mestu Ljeskovcu i okolini grada Trnova u Bugarskoj skupštine imaju i sudska ovlašćenja. Tako one rešavaju imovinske sporove među supružnicima i sporove u vezi sa nasleđem.[20]

Priznavanje zakonodavnih nadležnosti zadružnim starešinama razumljivo je ukoliko se ima u vidu da je Bogišić kao veliki poštovalac običajnog prava smatrao da zakoni, da bi se primenjivali, treba u prvom redu da predstavljaju kodifikaciju važećih običaja. Kako su za porodične starešine birani umni, razboriti, stariji ljudi, odlični poznavaoci lokalnih običaja, smatrao je da niko ne može bolje od njih pretočiti običajno pravo u pisanu pravnu normu, te im je stoga namenio ovlašćenja u zakonodavstvu.

ZAKLJUČAK

Ideja Valtazara Bogišića da se država u izvesnoj meri uredi po uzoru na porodičnu zadrugu, nastala je kao rezultat autorovog nastojanja da se u pozitivnopravni sistem uključi pravno iskustvo koje živi u narodu, a izraženo je kroz običajnopravne norme. Predlog da se običajno pravo pretoči u pisane pravne norme Bogišić je izneo povodom donošenja *Ustava za Knjažestvo Srbiju* od 1869. godine. Znameniti pravnik je ovaj predlog konkretizovao na primeru porodične zadruge, koja je, kao tipičan običajnopravni institut, trebalo da posluži kao temelj pojedinih ustanova javnog prava u novom ustavu. Na taj način bi ustavni tekst bio usklađen sa sadržajem narodne svesti izraženim kroz običaje. Obzirom da bi ustav u tom slučaju odgovarao potrebama i prilikama naroda za koji je donet, bila bi mu obezbeđena dugotrajna primena.

Kako zadružna načela nisu poslužila kao temelj za uređenje odnosa vrhovnih organa vlasti u *Ustavu* od 1869. godine, Bogišićeva ideja o porodičnoj zadruzi kao temelju javnopravnih ustanova nije realizovana u ustavnom sistemu Srbije. Ipak, ona zaslužuje posebnu pažnju jer po prvi put ukazuje na mogućnost primene privatnopravnog instituta poput porodične zadruge u sferi javnog prava.

[20] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 529 - 532;

Maša Kulauzov, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Zadruga as a Basis of Certain Institutes of Public Law according to Valtazar Bogišić

Abstract

The rules of customary law concerning the relation between the chieftain and council in so – called zadruga (extended family, common among South Slavs) were examined in this paper. In that relation, in Branislav Nedeljković's opinion, Valtazar Bogišić finds similarities with the one between the government and national assembly in parliamentary monarchy. The customary law provisions regarding zadruga's chieftain, his qualities, manner of election and authorities, as well as the rules concerning zadruga's council were presented and critically analised. It is also pointed out how the principles of zadruga's life served Bogišić as a model for introduction of parliamentary regime in Serbia. On the occasion of passing the Constitution of the Principality of Serbia of 1869, Bogišić namely suggested that the State should, to some extent, be organized after the model of zadruga. His idea of application of a private law institute such as zadruga in sphere of public law has its logical explanation. As a follower of the Historic school of law, Bogišić believed that customs are the most direct expression of national spirit without which it is impossible to become truly acquainted with characteristics and particularities of a nation. Therefore, the constitution should mostly represent codification of customary law. Naturally, in course of drafting the constitution, other nations' experiences as well as achievements of contemporary science should be taken into consideration.

Key words: Customary law, zadruga, South Slavs, zadruga's chieftain, zadruga's council, principles of zadruga's life, parliamentary principles, government, national assembly, parliamentary regime.

Originalni naučni rad 347.65:340.5

Dr Jelena Vidić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NASLEDNOPRAVNI POLOŽAJ SRODNIKA U PRAVOJ NISHODNOJ LINIJI, SUPRUŽNIKA I VANBRAČNOG PARTNERA[1]
– uporednopravni pregled –

Sažetak: *U radu se analizira naslednopravni položaj potomaka, supružnika i vanbračnog partnera, kao zakonskih naslednika prvog naslednog reda, kako u pravu Srbije, tako i u ostalim savremenim pravima Evrope. Uporednopravnom analizom ukazuje se kako na razlike, tako i na sličnosti i tendencije, koje se mogu uočiti u pravima Evrope, u pogledu načina uspostavljanja odnosa između srodstva u pravoj nishodnoj liniji, s jedne strane i braka, odnosno vanbračne zajednice, s druge strane, kao pravno relevantnih činjenica u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja. Na ovaj način nastoji se odgovoriti na pitanje, u kojoj meri je u pravu Srbije, odnos između srodstva u pravoj nishodnoj liniji i braka, usklađen sa pravnim standardima koji postoje u pravnim sistemima većine ostalih evropskih zemalja, te da li u našem pravu eventualno postoji potreba za odgovarajućim naslednopravnim reformama u ovoj oblasti. Osim toga, imajući u vidu činjenicu da se pravo Srbije nalazi u grupi zakonodavstava koja činjenici vanbračne zajednice ne pridaju naslednopravni značaj u oblasti zakonskog nasleđivanja, to se u radu u izvesnoj meri razmatra i opravdanost potrebe da se međusobno nasleđivanje vanbračnih partnera u našem pravu uredi zakonom.*

Ključne reči: *srodnici, potomci, supružnik, vanbračni partner, zakonski nasledni deo.*

---

[1] Rad je posvećen projektu *Uticaj evropskog i precedentnog prava na razvoj građanskog materijalnog i procesnog prava u Srbiji i Vojvodini,* koji finansira Pokrajinski sekretarijat za nauku i tehnološki razvoj.

Uvodna razmatranja

Određivanje naslednika predstavlja osnovni zadatak zakonodavstva prilikom regulisanja zakonskog nasleđivanja.[2] Najznačajnije činjenice na kojima su u savremenim pravnim porecima zasnovani zakonski nasledni redovi su činjenice srodstva, braka i vanbračne zajednice. Stub nosač intestatskog nasleđivanja, bez obzira na vreme i pravni prostor, jeste srodstvo sa ostaviocem. Bračna veza sa umrlim vremenom je dobijala na značaju i intenzitetu, da bi i vanbračna zajednica sa ostaviocem, poslednjih decenija, u većini savremenih pravnih sistema zauzela značajno mesto u konstrukciji zakonskog nasleđivanja. Način regulisanja odnosa činjenice srodstva, braka i vanbračne zajednice u pravilima zakonskog nasleđivanja, prvenstveno je uslovljen opštim stavom jednog društva o tome na koji način treba da budu uređene naslednopravne posledice smrti jednog fizičkog lica.

Predmet našeg istraživanja odnosi se na naslednopravni položaj potomaka, s jedne strane i supružnika, odnosno vanbračnog partnera, s druge strane, a biće posmatran kroz prizmu uporednopravnog metoda, koji je neophodan radi uočavanja kako određenih razlika, tako i zajedničkih rešenja i opštih pravnih principa kojima se savremena prava rukovode u zakonskom i pravnoteorijskom pristupu sagledavanja ove problematike. Zbog toga će u radu biti obuhvaćen veći broj pravnih poredaka Evrope, posebno onih koji pripadaju evropskom kontinentalnom tipu prava, kojem pripada i pravni sistem Srbije. Uporednopravnom analizom obuhvaćeni su pravni sistemi zemalja bivših republika članica jugoslovenske federacije (Slovenija, Hrvatska, Makedonija, Crna Gora, a uz njih još i Republika Srpska, kao entitet BiH), bivših socijalističkih zemalja (Rusija, Bugarska, Mađarska, Češka), zemalja germanskog pravnog kruga (Austrija, Švajcarska, Nemačka i Grčka), romanskog pravnog kruga (Francuska, Italija, Belgija, Španija), skandinavskog pravnog kruga (Švedska, Finska i Danska), pravni sistem Holandije, ali i zakonodavstvo Engleske, koje pripada anglosaksonskom tipu prava.

Uz primenu prethodno navedenog metoda, primarni cilj ovog rada je da ukaže na razlike, ali i na sličnosti i tendencije koje se u mogu uočiti u savremenim pravima Evrope, u pogledu načina uspostavljanja odnosa između činjenica srodstva u pravoj nishodnoj liniji i braka, odnosno vanbračne zajednice, kao pravno relevantnih činjenica u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja. U zaključku rada nastojaćemo da odgovorimo na

[2] V. Slavko Marković: Nasledno pravo u Jugoslaviji, Beograd, 1978., str. 73.

pitanje u kojoj meri je odnos između srodstva u pravoj nishodnoj liniji i braka u domaćem pravu, usklađen sa pravnim standardima koji postoje u pravnim sistemima većine ostalih evropskih zemalja. Takođe, pitanje je da li način na koji je postavljen ovaj odnos odgovara stvarnim potrebama našeg društva, kao i da li eventualno i u kom obimu, postoji potreba za odgovarajućim naslednopravnim reformama u ovoj oblasti. Imajući u vidu činjenicu da je u radu odgovarajuća pažnja posvećena priznavanju naslednopravnog značaja vanbračnoj zajednici u sve većem broju evropskih zemalja, te da se pravo Srbije nalazi u grupi zemalja u kojima se činjenici vanbračne zajednice ne pridaje naslednopravni značaj u oblasti zakonskog nasleđivanja, to će u izvesnoj meri biti razmotrena i opravdanost potrebe da se međusobno nasleđivanje vanbračnih partnera u našem pravu uredi zakonom.

1. Srodstvo, brak i vanbračna zajednica kao pravno relevantne činjenice u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja

Za razliku od srodstva, kao pravno relevantne činjenice, čiji se značaj u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja nikada nije dovodio u pitanje, kao i za razliku od braka, kao društveno najpoželjnije zajednice života između muškarca i žene, koji je oduvek imao određeni, pa makar i minimalni uticaj na zakonski nasledni red, a čiji je veliki naslednopravni značaj u današnje vreme nesporan, pravna regulativa vanbračnih zajednica, kada je reč o heteroseksualnim vanbračnim zajednicama, prisutna je tek poslednjih decenija prošlog veka, a kada se radi o istopolnim vanbračnim zajednicama, počev od kraja XX veka, pri čemu je tendencija priznavanja pravnih dejstava ovim zajednicama prisutna naročito u XXI veku, kada je u pravima pojedinih zemalja Evrope, kao što su prava Španije, Belgije, Švedske i Holandije, istopolnim partnerima priznato čak i pravo na sklapanje braka.[3]

[3] U Španiji je Zakonom o izmenama Građanskog zakonika iz 2005. godine, dozvoljeno zaključenje braka i licima istog pola, sa svim i jednakim pravima i obavezama, bilo kakav da je njihov sastav, u skladu sa čim su efekti brak jedinstveni u svim oblastima, pa i u oblasti zakonskih naslednih prava, nezavisno od pola supružnika. V. Zakon 13/2005 od 1. jula 2005. godine, kojim se menja Građanski zakonik Španije iz 1889. godine u oblasti prava na sklapanje braka, Državni službeni list br. 157, 11364, sa obrazloženjem.

U Belgiji je Zakonom, koji je stupio na snagu 30. januara 2003. godine, a koji je inkorporiran u Građanski zakonik Belgije, legalizovan brak između dva lica istog pola, na koji način su supružnici istog pola stekli uzajamno pravo na nasleđivanje, na isti onaj način, na koji se nasleđivanje u ovoj zemlji, ostvaruje i između partnera različitog pola koji se nalaze u braku. Tekst zakona videti na internet adresi: http://www.psy-desir.com/leg/spip.php?article707.

Tendencija priznavanja pravnih dejstava vanbračnim zajednicama u velikom broju savremenih prava Evrope dovela je i do priznavanja naslednopravnih dejstava navedenoj činjenici. Tako, vanbračna zajednica predstavlja pravno relevantnu činjenicu u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja u više od polovine zemalja, koje su predstavljale predmet naše analize. Ovo je slučaj u pravima Hrvatske, Slovenije, Crne Gore, Mađarske, Češke, Nemačke, Švajcarske, Belgije, Danske, Švedske, Finske, Holandije i Engleske. U najvećem broju spomenutih prava vanbračna zajednica proizvodi naslednopravna dejstva samo onda kada se radi o istopolnoj vanbračnoj zajednici, što je slučaj u pravima Mađarske, Češke, Nemačke, Švajcarske, Danske, Švedske, Finske i Engleske.[4] U određe-

---

Počev od 01.05.2009. godine, u pravu Švedske, licima istog pola priznato je i pravo na sklapanje braka, usled čega je zakonsko nasleđivanje po osnovu činjenice bračne veze, u ovoj zemlji, moguće ne samo kada se radi o braku između lica različitog pola, već i onda kada se radi o braku između lica istog pola.

U Holandiji je najpre donet Zakon o registrovanom partnerstvu iz 1998. godine, kojim su regulisane i heteroseksualne i istopolne zajednice, odnosno, mogućnost registracije kako za parove različitog, tako i za parove istog pola. Ovim zakonom je predviđeno da registracija ima ista pravna dejstva kao brak, usled čega u ovoj zemlji partneri i različitog i istog pola, koji su registrovali svoju zajednicu, počev od 1998. godine, imaju mogućnost da se uzajamno nasleđuju, na isti način kao i supružnici. Do izmena navedenog zakona došlo je Zakonom od 21.12.2000. godine (stupio na snagu 15.04.2001. godine), kojim se menja Knjiga I Građanskog zakonika, kojim je predviđena mogućnost da partneri istog pola zaključe brak, a takođe i da se izvrši konverzija registrovanog partnerstva u brak. Zakonska nasledna prava istopolnih partnera koji su zaključili brak, identična su onim zakonskim naslednim pravima koja ima supružnik različitog pola, što je izričito predviđeno Knjigom IV Građanskog zakonika Holandije. (Novi naslednopravni propisi Holandije - Knjiga IV Građanskog zakonika Holandije, stupili su na snagu 1. 1. 2003. godine, a sadrže značajne promene u oblasti naslednog prava, posebno u oblasti zakonskog nasleđivanja, odnosno, zakonskih naslednih prava ostaviočevih srodnika i njegovog supružnika ili vanbračnog partnera. Tekst zakona videti na internet adresi: http://www.wetboek-online.nl/wet/BW4.html.)

[4] U pravu Mađarske je 01. 01. 2009. godine, trebao 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 ostavioćev supružnik. (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.). Međutim, odlukom - Ustavnog suda Mađarske od 15. 12. 2008. godine, odredbe 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 pr-

otivustavna, ukoliko bi se primenjivala samo na njih, a ne i na heteroseksualne vanbračne partnere (Odluku Ustavnog suda Mađarske 21/V/2008 od 15. 12. 2008. godine videti na internet adresi: www.alkotmanybirosag.hu/content/hu/frisshat/ 00210804.htm) U skladu sa ovom odlukom, u Mađarskoj je 01.01.2009. godine stupio na snagu Zakon o registrovanom partnerstvu, a njime je predviđena isključivo mogućnost registracija isto-polnih zajednica, - pri čemu su istopolnim partnerima priznata gotovo sva prava koja su priznata i supružnicima, a između ostalog i pravo uzajamnog zakonskog nasleđivanja.

Zakon o registrovanom partnerstvu Češke stupio je na snagu 01.07.2006. godine, 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 supružnika, proširuje i na istopolnog registrovanog partnera.

U pravu Nemačke, prema Zakonu o registrovanom životnom partnerstvu**,** koji je stupio na snagu 01.08.2001. godine, istopolni vanbračni partner uživa pravo zakonskog nasleđivanja koje sadržinski odgovara pravu nasleđivanja, koje postoji između supružnika. Tekst zakona videti na internet adresi: http://www.ilga-eurpe.org/ europe/issues/lgbt_families/ marriage_and_partnership_rights_for_same_sex_partners_ country_by_country/germany _registered_partnership.

Naslednopravna dejstva registrovanog partnerstva u pravu Švajcarske su inkorporirana u Građanski zakonik ove zemlje. Zakon o registrovanom partnerstvu parova istog pola u Švajcarskoj je stupio na snagu 01.01.2007. godine, a njime su partneri koji su registrovali svoju zajednicu, stekli većinu prava i obaveza koja postoje i između supružnika, a jedno od ovih prava predstavlja i pravo uzajamnog zakonskog nasleđivanja. Tekst zakona videti na internet adresi: http://www.admin.ch/ch/d/sr/211_231/index.html.

Danska predstavlja prvu zemlju u svetu koja je u velikoj meri izjednačila pravna dejstva zajednica dva lica istog pola sa brakom, donošenjem Zakona o registrovanom partnerstvu iz 1989. godine. (The registered partnership Act, No. 372. od 01. juna 1989. godine, tekst zakona videti na internet adresi: http://www.qrd.org/qrd/world/ europe/denmark/ registered. partnership.act.with.amendments). U pogledu prava na uzajamno nasleđivanje razlike ne postoje, te istopolni partneri koji žive u registrovanom partnerstvu nasleđuju po svim onim pravilima, koja u ovoj zemlji važe i za nadživelog supružnika.

U pravu Švedske, istopolnim partnerima omogućeno je da registruju svoju zajednicu pred nadležnim državnim organom, donošenjem Zakona o registrovanom partnerstvu iz 1994. godine. (The Law on Registered Partnership (1994:117)., tekst zakona videti na internet adresi: http://www.homo.se/o.o.i.s/1630). Registrovano partnerstvo ima ista dejstva kao i brak, što znači da su zakonska nasledna prava istopolnih partnera iz registrovanih zajednica identična onim zakonskim naslednim pravima, koja postoje i između supružnika.

Mogućnost registracije isključivo istopolnih zajednica u pravu Finske predviđena je Zakonom o registrovanom partnerstvu iz 2001. godine. (Act on registered partnership, No. 950/2001., tekst zakona videti na internet adresi: http://www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E0010950.PDF.) Ovim zakonom istopolnim registrovanim partnerima omogućen je sličan krug prava i obaveza, koja postoje i između supružnika, a između ostalih i pravo uzajamnog nasleđivanja.

U Engleskoj su 2004. godine, donošenjem Zakona o građanskom partnerstvu (tekst zakona videti na internet adresi: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2004/ukpga_20040033_ en_1.), registrovane istopolne partnerske zajednice u pravnim dejstvima, koja podrazumevaju i naslednopravna dejstva, izjednačene sa brakom.

nom, manjem broju prava, vanbračna zajednica predstavlja osnov pozivanja na nasleđivanje samo ukoliko se radi o heteroseksualnoj vanbračnoj zajednici, što je slučaj u pravima Hrvatske i Crne Gore.[5] Na kraju, vanbračna zajednica predstavlja pravno relevantnu činjenicu u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja, nezavisno od toga da li se radi o heteroseksualnoj ili istopolnoj vanbračnoj zajednici, u pravima Slovenije, Belgije i Holandije.[6]

---

[5] Prema Zakonima o nasljeđivanju Hrvatske i Crne Gore, kao zakonski naslednik može se pojaviti vanbračni partner različitog pola, koji je u zakonskim naslednim pravima izjednačen sa supružnikom, pod pretpostavkom da je vanbračna zajednica trajala

duže vreme, te pod uslovom da su bile ispunjene pretpostavke neophodne za valjanost braka, odnosno, da nisu postojale smetnje za zaključenje punovažnog braka. V. čl. 8. st. 2. ZON-a Hrvatske i čl. 9. st. 2-3. ZON-a Crne Gore. ZON Hrvatske donet je 2003. godine, („Narodne novine", br. 48/2003;), tekst zakona videti na internet adresi: http://www.poslovniforum.hr/zakoni/z_naslj01.asp. ZON Crne Gore donet je 2008. godine, („Službeni list Crne Gore", br. 74/2008;), tekst zakona videti na internet adresi: http://projuris.org/portal/Pogledajte/CGZakNas08.pdf.

[6] U Zakonu o nasleđivanju Slovenije predviđeno je da samostalni osnov zakonskog pozivanja na nasleđe, predstavlja trajna zajednica života muškarca i žene, odnosno, takva životna zajednica koja je trajala duže vreme, pod uslovom da nema razloga zbog kojih bi njihov brak, da su ga zaključili, bio nevažeći. Na taj način, u naslednom pravu ove zemlje, vanbračna zajednica između heteroseksualnih partnera je u potpunosti izjednačena u pogledu uzajamnih zakonskih naslednih prava lica koja žive u takvoj zajednici, sa bračnom zajednicom. V. čl. 10. st. 2. ZON-a Slovenije. ZON Slovenije donet je 1976. godine („Ura-dni list SR Slovenije", br. 15/76;), dok je Zakon o izmenama i dopunama ovog zakona donet 2001. godine, („Uradni list RS", br. 67/2001;), tekst zakona videti na internet adresi: http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=200167&stevilka=3565. Za razliku od heteroseksualnih vanbračnih zajednica, Zakonom o registraciji istopolne partnerske zajednice iz 2005. godine, („Uradni list RS", br. 65/2005;), tekst zakona videti na internet adresi: http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=200565&stevilka=2840), u Sloveniji je predviđen formalni način nastanka, odnosno registracija ovakve zajednice pred odgovarajućim upravnim organom, kao uslov njenog nastanka. Ovim zakonom došlo je do priznavanja određenih zakonskih naslednih prava i vanbračnom partneru istog pola.

U pravu Belgije, 01. 01. 2000. godine stupio je na snagu Zakon o zakonskoj kohabitaciji iz 1998. godine (tekst zakona videti na internet adresi: http://www.juridat.be /cgi_loi/loi_a.pl?language=fr&caller=list&cn=1998112335&la=f&fromtab=loi&sql-=dt='loi'&tri=dd+as+rank&rech=1&numero=1.), kojim je parovima istog i različitog pola, koji su sačinili pismenu izjavu o kohabitaciji kod odgovarajućih lokalnih vlasti, omogućena primena odredaba o porodičnom domu, kao što je predviđena i obaveza ovakvih partnera na podelu troškova i dugova u vezi sa domaćinstvom i zajedničkom decom, ali ne i mogućnost uzajamnog nasleđivanja. Izmenama, koje su stupile na snagu 18. 05. 2007. godine, a koje su inkorporirane u Građanski zakonik Belgije, nadživelom vanbračnom partne-ru su priznata odgovarajuća zakonska nasledna prava. Tekst Građanskog zakonika Belgije videti na internet adresi: http://www.droitbelge.be/codes.asp#civ.

Zakon o registrovanom partnerstvu Holandije donet je 1998. godine (tekst zakona videti na internet adresi: http://www.ilga-europe.org/Europe/Issues/LGBT-Families/ Marriage-and-partnership-rights-for-same-sex-partners-country-by-country/Netherlands-

U određenom broju prava, kako smo to videli, vanbračna zajednica može proizvoditi naslednopravna dejstva samo uz uslov njene registracije, što je slučaj u pravima Mađarske, Češke, Nemačke, Švajcarske, Belgije, Danske, Švedske, Finske, Holandije i Engleske, dok u nekim drugim pravima ovaj uslov nije predviđen, što je slučaj u pravima Hrvatske i Crne Gore. Razlike u pogledu neophodnosti ovog uslova, ponekad se mogu uočiti i u okviru jednog istog prava, u zavisnosti od toga da li se radi o heteroseksualnoj ili istopolnoj vanbračnoj zajednici, što je slučaj u pravu Slovenije**,** u kojem istopolna vanbračna zajednica, a za razliku od heteroseksualne vanbračne zajednice, može proizvoditi naslednopravna dejstva samo uz uslov njene registracije.

Naslednopravna dejstva vanbračne zajednice identična su naslednopravnim dejstvima braka, po pravilu, u pravima svih onih zemalja, u kojima se naslednopravna zaštita pruža ili isključivo istopolnim vanbračnim zajednicama (prava Mađarske, Češke, Nemačke, Švajcarske, Danske, Švedske, Finske i Engleske) ili isključivo heteroseksualnim vanbračnim zajednicama (prava Crna Gore i Hrvatske), a pored njih, još i u pravu Holandije. Razlike u pogledu obima naslednopravnih dejstava vanbračne zajednice u odnosu na naslednopravna dejstva braka, najčešće se mogu uočiti u pravima onih zemalja u kojima se naslednopravni značaj pridaje kako heteroseksualnim, tako i istopolnim vanbračnim zajednicama. Ovo je slučaj, kako ćemo to videti, u pravima Slovenije i Belgije. Tako su u pravu Slovenije naslednopravna dejstva heteroseksualnih vanbračnih zajednica, identična naslednopravnim dejstvima braka, za razliku od naslednopravnih dejstava istopolnih vanbračnih zajednica, koja su u izvesnom smislu uža od naslednopravnih dejstava braka. Slično je i u pravu Belgije, s tom razlikom što su u pravu ove zemlje, naslednopravna dejstva vanbračnih zajednica, nezavisno od toga da li se radi o heteroseksualnim ili istopolnim vanbračnim zajednicama, uža od naslednopravnih dejstava braka.

Na kraju, u određenom broju prava, neobuhvatanje vanbračne zajednice krugom pravno relevantnih činjenica u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja, ipak ne isključuje mogućnost uzajamnog zakonskog nasle-

---

registered-partnership), kojim su regulisane i heteroseksualne i homoseksualne zajednice, odnosno, mogućnost registracije kako za parove različitog, tako i za parove istog pola. Ovim zakonom je predviđeno da registracija ima ista pravna dejstva kao brak, usled čega u ovoj zemlji partneri i različitog i istog pola koji su registrovali svoju zajednicu, počev od 1998. godine, imaju mogućnost da se uzajamno nasleđuju, na isti način kao i supružnici. Zakonska nasledna prava registrovanih partnera istog ili različitog pola su identična onim zakonskim naslednim pravima, koja ima supružnik različitog pola, što je izričito predviđeno Knjigom IV Građanskog zakonika Holandije.

đivanja između vanbračnih partnera. Tako se u pravu Rusije vanbračni partner ostavioca takođe može pojaviti u svojstvu njegovog zakonskog naslednika, pod pretpostavkom ispunjenja određenih, zakonom propisanih uslova, koji se odnose na nesposobnost za rad, izdržavanje od strane ostavioca i postojanje zajednice života sa ostaviocem najmanje godinu dana pre njegove smrti, koje činjenice, zapravo, imaju samostalan uticaj na zakonski nasledni red, a ne vanbračna zajednica sama po sebi. Slično je i u pravu Češke, u kojem, pored istopolnih partnera iz registrovane vanbračne zajednice, koja u pravu ove zemlje predstavlja samostalan osnov zakonskog pozivanja na nasleđe, zakonska nasledna prava mogu ostvariti još i vanbračni istopolni ili heteroseksualni partneri iz neregistrovanih zajednica, ali samo po osnovu činjenice postojanja zajednice života sa ostaviocem najmanje godinu dana pre njegove smrti,[7] koja činjenica, isto kao što je to slučaj i u pravu Rusije, ima samostalan uticaj na zakonski nasledni red. O navedenim mogućnostima će u daljim izlaganjima biti više reči.

2. Postojanje koordinirajućeg odnosa činjenica srodstva u pravoj nishodnoj liniji i braka ili vanbračne zajednice

Kada se radi o odnosu između činjenice srodstva u pravoj nishodnoj liniji i činjenice braka ili vanbračne zajednice, u najvećem broju savremenih prava evropskog kontinentalnog tipa, odnos između navedenih činjenica je koordinirajući,[8] što znači da supružnik, a u pojedinim od njih i vanbračni partner ostavioca, nasleđuje istovremeno sa potomcima ostavioca, dobijajući sa njima određeni deo zaostavštine u svojinu. Međutim, konkretan naslednopravni položaj potomaka i supružnika ili vanbračnog

[7] O navedenom 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.

[8] U radu se odnos između srodstva i braka ili vanbračne zajednice posmatra u smislu njegovog eventualnog opredeljivanja kao supsidirajućeg, isključujućeg ili koordinirajućeg. O supsidirajućem odnosu može se govoriti onda kada supružnik ili vanbračni partner nasleđuje celu zaostavštinu ili jedan njen deo, ali samo onda kada iza ostavioca nije ostao niko od njegovih srodnika, koji bi mogli i hteli da naslede. Isključujući odnos postoji onda kada supružnik ili vanbračni partner može naslediti celu zaostavštinu i na taj način isključiti iz nasleđivanja određene srodnike ostavioca, koji bi inače mogli biti zakonski naslednici i koji bi u konkretnom slučaju bili pozvani na nasleđivanje da nema nadživelog supružnika, odnosno vanbračnog partnera ostavioca, dok se o koordinirajućem odnosu može govoriti onda kada supružnik ili vanbračni partner nasleđuje istovremeno sa pojedinim srodnicima ostavioca, dobijajući sa njima određeni deo zaostavštine. U tom smislu v. Borislav T. Blagojević: Nasledno pravo SFRJ sa osvrtom na prava drugih država, Beograd, 1964., str. 72.

partnera, u ovim pravima se u manjoj ili većoj meri razlikuje, s obzirom na to, da se prilikom određivanja zakonskog naslednog dela spomenutih naslednika, u njima postupa na različite načine.

2. 1. Principijelno pridavanje istog naslednopravnog značaja činjenici srodstva u pravoj nishodnoj liniji i činjenici braka, odnosno vanbračne zajednice

U većem broju prava Evrope, kao što su prava zemalja bivše SFRJ – Srbije, Crne Gore, Slovenije, Hrvatske i Makedonije, te pravo Republike Srpske, kao i prava Bugarske i Češke, prihvaćen je takav način podele zaostavštine prema kojem se ona između prvostepenih potomaka ostavioca i njegovog supružnika deli na jednake delove, usled čega ovi naslednici imaju isti naslednopravni položaj.[9] U ovu grupu, u izvesnom smislu, moglo bi se svrstati i pravo Rusije u kojem se zaostavština, takođe, deli na jednake delove između prvostepenih potomaka ostavioca i njegovog supružnika, s tom razlikom što u ovom pravu, identičan naslednopravni položaj mogu imati i roditelji ostavioca, kao potencijalni naslednici prvog zakonskog naslednog reda.[10]

Osobenost pojedinih prava ove grupe zemalja, kao što su prava Srbije, Crne Gore, Slovenije, Makedonije i Republike Srpske, koja ih ujedno izdvaja u odnosu na ostala prava Evrope, ogleda se u poznavanju određenih pravnih mehanizama kojima se otklanjaju eventualne nepravičnosti do kojih može dovesti prihvaćen način podele zaostavštine između supružnika i prvostepenih potomaka, u njima. Primenom ovih mehanizama čije

---

[9] Svi dalji potomci ostavioca nasleđuju po principu reprezentacije, čija primena je neograničena. V. čl. 9. st. 1-2. i čl. 10. ZON-a Srbije, čl. 11-12. ZON-a Crne Gore, čl. 11-12. ZON-a Slovenije, čl. 9-10. ZON-a Hrvatske, čl. 13-14. ZON-a Makedonije, čl. 9-10. ZON-a Republike Srpske, čl. 5. al. 1., čl. 9. al. 1. i čl. 10. al. 1. Zakona o nasleđivanju Bugarske, kao i § 473. st. 1-2. Građanskog zakonika Češke. Zakon o nasleđivanju Srbije donet je 1995. godine, („Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 46/95;). Zakon o nasleđivanju bivše jugoslovenske Republike Makedonije donet je 1996. godine, („Službeni vesnik na Republika Makedonija", br. 47/96;), tekst zakona videti na internet adresi: http://www.mlrc.org.mk/cd.htm. Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske donet je 2009. godine, („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 1/2009;), tekst zakona videti na internet adresi: http://www.narodnaskupstinars.net/lat/zakoni/zakon.php?id zakona=377. Zakon o nasleđivanju Bugarske, donet je 1949. godine. Građanski zakonik Republike Češke donet je 1964. godine, tekst zakonika videti na internet adresi: http://www.businessinfo.cz/cz/clanek/zakony/obcansky-zakonik/1001184/4810/.

[10] I u ovom pravu svi dalji potomci ostavioca nasleđuju po principu reprezentacije, čija je primena neograničena. V. čl. 1142. u vezi sa čl. 1141. st. 2. Građanskog kodeksa Rusije. 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.

se postojanje javlja kao direktna posledica uzimanja u obzir imovinskog stanja pojedinih zakonskih naslednika, u pravima Srbije i Makedonije može doći do poboljšanja naslednopravnog položaja potomaka ostavioca u odnosu na naslednopravni položaj njegovog supružnika.[11] U pravu Republike Srpske, na ovaj način može doći do poboljšanja naslednopravnog položaja prvostepenih potomaka ostavioca u odnosu na naslednopravni položaj njegovog supružnika, do poboljšanja naslednopravnog položaja supružnika u odnosu na naslednopravni položaj potomaka ostavioca, kao i do poboljšanja naslednopravnog položaja prvostepenih potomaka ostavioca u odnosu na naslednopravni položaj ostalih prvostepenih potomaka ostavioca.[12] Naposletku, u pravima Crne Gore i Slovenije, primenom navedenih mehanizama dolazi, kako do poboljšanja naslednopravnog položaja potomaka ostavioca u odnosu na naslednopravni položaj njegovog supružnika, tako i do poboljšanja naslednopravnog položaja supružnika ostavioca u odnosu na naslednopravni položaj njegovih potomaka. U pra-

[11] Tako je u čl. 9. st. 3. ZON-a Srbije propisano da kada postoji ostaviočevo dete, kome ostaviočev supružnik nije drugi roditelj, a imovina supružnika je veća od one koja bi mu pripala pri podeli zaostavštine na jednake delove, onda svako ostaviočevo dete može naslediti do dva puta više nego supružnik, ako sud, pošto razmotri sve okolnosti, oceni da je to opravdano. Sličan način regulisanja prisutan je i u pravu Makedonije, s tom razlikom što u ovom pravu, sud ne procenjuje opravdanost povećanja naslednog dela dece, pri čemu nasledni deo ostaviočevog deteta može biti povećan dva puta, dakle, ne i manje od dva puta. V. čl. 15. ZON-a Makedonije.

[12] Uslov, pod pretpostavkom čijeg ispunjenja može doći do povećanja naslednog dela zakonskih naslednika prvog naslednog reda, u pravu Republike Srpske, ogleda se u nemanju nužnih sredstava za život. Povećanje naslednog dela u okviru ovog naslednog reda, moguće je, s jedne strane, u korist supružnika ostavioca, dok s druge strane, ono nije - moguće u korist bilo kog potomka ostavioca, već isključivo u korist prvostepenih potomaka ostavioca. Pritom, dok smanjenje naslednog dela supružnika može ići samo u korist naslednog dela prvostepenih potomaka ostavioca, dotle, nasledni deo supružnika može biti povećan na teret naslednog dela bilo kog potomka ostavioca. U ovom pravu, predviđeni su i dopunski korektivi između samih prvostepenih potomaka kao zakonskih naslednika, prema kojima do povećanja naslednog dela bilo kog deteta ostavioca može doći i - na teret naslednog dela nekih ili svih ostalih prvostepenih potomaka koji konkurišu u nasleđivanju. Iz prethodno iznetog načina regulisanja naslednopravnih ovlašćenja zakonskih naslednika prvog naslednog reda proizlazi da usled povećanja naslednog dela supružnika može doći do smanjenja naslednog dela samo nekih ili svih ostalih naslednika prvog naslednog reda koji su u konkretnom slučaju pozvani na nasleđivanje, dok usled povećanja naslednog dela deteta/dece ostavioca može doći do smanjenja naslednog dela supružnika ili smanjenja naslednog dela nekog drugog deteta/dece ostavioca, te naposletku, kako do smanjenja naslednog dela supružnika, tako i do smanjenja naslednog dela osta-viočeve dece. Sud može odlučiti, kada je vrednost zaostavštine tako mala da bi usled njene podele došlo do zapadanja u oskudicu onog ko je postavio zahtev, da isti nasledi celu zaostavštinu, nezavisno od toga da li se radi o zahtevu supružnika ili o zahtevu njegove dece. V. čl. 23. st. 1-2. i čl. 25. st. 1. ZON-a Republike Srpske.

vu Slovenije, njihovom primenom može doći i do poboljšanja naslednopravnog položaja pojedinih potomaka ostavioca u odnosu na naslednopravni položaj njegovih ostalih potomaka.[13] Poboljšanje naslednopravnog položaja bilo kog od spomenutih naslednika realizuje se povećanjem njihovog svojinskog naslednog dela, osim u pravu Crne Gore u kojem do poboljšanja naslednopravnog položaja supružnika ostavioca, kako smo to videli, može doći i ustanovljavanjem lične službenosti plodouživanja u njegovu korist. Imajući u vidu da se u pravima Republike Srpske, Crne Gore i Slovenije poboljšanje naslednopravnog položaja supružnika, te poboljšanje naslednopravnog položaja prvostepenih potomaka u pravu Re-

[13] U pravu Crne Gore, nasledni deo supružnika može biti smanjen pod istim uslovima i na isti način, koji je predviđen i u pravu Makedonije. Usled ishodovanog smanjenja naslednog dela supružnika, do kojeg može doći u slučaju postojanja ostaviočeve dece iz prethodnog braka, njegove vanbračne dece, njegovih usvojenika, odnosno, dece koja se po zakonu smatraju da su rođena u braku, doći će do dvostrukog povećanja naslednog dela svakog ostaviočevog deteta, odnosno usvojenika ostavioca u odnosu na nasledni deo supružnika. S druge strane, do povećanja naslednog dela supružnika može doći u situaciji kada on nema nužnih sredstava za život i to na teret naslednog dela bilo kog naslednika - koji mu konkuriše u nasleđivanju, što znači i na teret naslednog dela bilo kog potomka ostavioca ili više ovakvih potomaka. Ovo povećanje, po pravilu se ostvaruje ustanovljavanjem doživotnog plodouživanja na celini ili delu zaostavštine koju nasleđuju potomci ostavioca. Supružnik i potomci mogu uvek putem sporazuma preinačiti doživotno uživanje u doživotnu rentu, a ukoliko se prilike zbog kojih je došlo do ustanovljavanja doživotnog uživanja ili rente izmene, sud može na zahtev ostalih naslednika, odnosno, u konkretnom slučaju na zahtev potomaka, doživotno uživanje ili doživotnu rentu ukinuti. Međutim, sud na zahtev supružnika, kada za to postoje opravdani razlozi, može odlučiti da on umesto doživotnog uživanja nasledi i jedan deo onog dela zaostavštine koji bi po zakonu trebalo da naslede potomci. Osim toga, supružnik može naslediti i celu zaostavštinu i na taj način isključiti iz nasleđivanja sve potomke ostavioca kao naslednike prvog naslednog reda, kada je ona tako male vrednosti da bi njenom podelom supružnik zapao u oskudicu. V. čl. 23., kao i čl. 24. st. 1-2. i st. 4-5. ZON-a Crne Gore.

U pravu Slovenije, predviđena je mogućnost povećanja naslednog dela dece, te bilo kog potomka na teret naslednog dela supružnika, kao i mogućnost povećanja naslednog dela supružnika na teret naslednog dela dece, odnosno bilo kog potomka, sve ovo, uz uslov nemanja nužnih sredstava za život na strani onog ko postavlja zahtev. Specifičnost zakona predstavljaju uvedeni dopunski korektivi između samih potomaka kao naslednika, prema kojima do povećanja naslednog dela bilo kog potomka ostavioca može doći i na teret naslednog dela nekih ili svih ostalih potomaka, koji konkurišu u nasleđivanju. Na ovaj način, usled povećanja naslednog dela bilo kog od naslednika prvog naslednog reda, može doći do smanjenja naslednog dela samo nekih ili svih ostalih naslednika koji su u konkretnom slučaju pozvani na nasleđivanje, pri čemu sud može odlučiti, a u slučaju kada je vrednost zaostavštine tako mala da bi usled njene podele došlo do zapadanja u oskudicu onog ko je postavio zahtev, da isti nasledi celu zaostavštinu, nezavisno od toga o čijem zahtevu se radi. V. čl. 5. Zakona o izmenama i dopunama ZON-a Slovenije iz 2001. godine, kojim se menja čl. 13. ZON-a SR Slovenije iz 1976. godine.

publike Srpske ili poboljšanje naslednopravnog položaja bilo kog potomka ostavioca u pravu Slovenije, može kretati i do sticanja celokupne zaostavštine u svojinu, te shodno tome i do isključenja iz nasleđivanja bilo kog drugog potencijalnog sanaslednika, to istovremeno znači da će u ovakvim situacijama odnos između činjenice srodstva u pravoj nishodnoj liniji i činjenice braka, u navedenim pravima prestati da bude koordinirajući, pri čemu će dobiti svojstvo isključujućeg odnosa kada god se supružnik pojavljuje kao naslednik cele zaostavštine.

Ni u pravu Rusije, prethodno spomenuti položaj supružnika ostavioca i njegovih prvostepenih potomaka ne predstavlja pravilo od kojeg ne postoji mogućnost odstupanja, imajući u vidu da u pravu ove zemlje određeni srodnici ostavioca koji ulaze u krug potencijalnih zakonskih naslednika, bez obzira što prema pravilima zakonskog nasleđivanja nisu u konkretnom slučaju pozvani na nasleđivanje, ipak mogu nasleđivati po osnovu činjenica nesposobnosti za rad i izdržavanja od strane ostavioca, najmanje godinu dana pre njegove smrti.[14] Na osnovu zakona može nasleđivati i bilo koje drugo lice koje uopšte ne ulazi u krug potencijalnih zakonskih naslednika, a po osnovu činjenica nesposobnosti za rad, izdržavanja od strane ostavioca i postojanja zajednice života sa ostaviocem, najmanje godinu dana pre njegove smrti.[15] Poslednje spomenute kategorije naslednika imaju pravo da nasleđuju istovremeno sa naslednicima onog naslednog reda koji su u konkretnom slučaju pozvani na nasleđe, deleći sa njima zaostavštinu na jednake delove,[16] što će u krajnjim konsekvencama dovesti do pogoršanja prethodno iznetog naslednopravnog položaja supružnika i ostaviočevih prvostepenih potomaka.

U onim pravima u kojima i vanbračna zajednica predstavlja pravno relevantnu činjenicu u konstrukciji zakonskog nasleđivanja, što je slučaj u pravima Crne Gore, Slovenije i Hrvatske, kada je reč o heteroseksualnoj vanbračnoj zajednici, a u pravu Češke, kada je reč o istopolnoj vanbračnoj zajednici, vanbračni partner ostavioca ima identičan naslednopravni položaj koji u konkurenciji sa potomstvom ostavioca u njima ima i supružnik. Izuzetak predstavlja pravo Slovenije, u kojem izjednačenje naslednopravnog položaja istopolnog vanbračnog partnera sa ovakvim položajem supružnika ili vanbračnog partnera različitog pola, nije sprovedeno u potpunosti. Ovo imajući u vidu, najpre činjenicu da istopolni vanbračni partner može konkurisati samo na delu zajedničke imovine umrlog partnera, koji deo se između njega i prvostepenih potomaka ostavioca deli na jednake delove, dok posebnu imovinu ostavioca mogu nasleđivati samo njegovi potomci,

[14] V. čl. 1148. st. 1. Građanskog kodeksa Rusije.
[15] V. čl. 1148. st. 2. Građanskog kodeksa Rusije.
[16] V. čl. 1148. st. 1-2. u vezi sa čl. 1141. st. 2. Građanskog kodeksa Rusije.

pri čemu će samo ukoliko iza ostavioca nisu ostala deca, odnosno dalji potomci, deo zajedničke imovine umrlog partnera naslediti u celini nadživeli istopolni vanbračni partner,[17] a zatim i činjenicu da istopolni vanbračni partner nije obuhvaćen ni spomenutim mogućnostima odstupanja od redovnih pravila zakonskog nasleđivanja.[18]

Osim toga, u nekim zemljama koje pripadaju ovoj grupi prava, vanbračni partner ostavioca, a po osnovu određenih činjenica koje imaju samostalan uticaj na zakonski nasledni red, konkretno, po osnovu činjenica nesposobnosti za rad, izdržavanja od strane ostavioca, te zajednice života sa ostaviocem najmanje godinu dana pre njegove smrti, takođe, može imati identičan naslednopravni položaj koji u konkurenciji sa potomstvom ostavioca ima i supružnik, što je slučaj u pravu Rusije. Iako vanbračni partner ostavioca svojstvo zakonskog naslednika, a po osnovu činjenice postojanja zajednice života sa ostaviocem koja je postojala najmanje godinu dana pre njegove smrti, može steći i u pravu Češke, naslednopravni položaj ovakvog vanbračnog partnera nije identičan onom naslednopravnom položaju koji u konkurenciji sa potomstvom imaju supružnik ostavioca ili njegov istopolni partner iz registrovane vanbračne zajednice, imajući u vidu naslednopravne propise ove zemlje, prema kojima bilo koje lice koje se na nasleđe poziva po osnovu činjenice zajedničkog života ili eventualno, izdržavanja od strane ostavioca, može konkurisati u nasleđivanju svim srodnicima ostavioca, osim njegovim zakonskim naslednicima prvog naslednog reda, odnosno, potomcima ostavioca.[19]

2.2. Principijelno pridavanje većeg naslednopravnog značaja činjenici srodstva u pravoj nishodnoj liniji ili činjenici braka, odnosno vanbračne zajednice

Način podele zaostavštine između supružnika i potomaka, koji je prihvaćen u nekim zemljama romanske pravne tradicije – Italiji i Francuskoj, kao i u svim zemljama germanske pravne tradicije – Nemačkoj,

[17] V. čl. 22. st. 1-3. Zakona o registraciji istopolne partnerske zajednice Slovenije.

[18] Istopolni vanbračni partner nije obuhvaćen spomenutim mogućnostima odstupanja od redovnih pravila zakonskog nasleđivanja, imajući u vidu da Zakon o registraci-ji istopolne partnerske zajednice Slovenije ne upućuje na primenu odredaba Zakona o nasleđivanju kojima su normirane mogućnosti povećanja, odnosno smanjenja naslednih delova zakonskih naslednika. Da tendencija ovog zakonodavstva svakako nije bila pridavanje istopolnoj partnerskoj zajednici istog onog naslednopravnog značaja koji se pridaje braku i vanbračnoj zajednici između heteroseksualnih partnera, vidi se već iz normiranja naslednopravnih ovlašćenja istopolnih vanbračnih partnera, kada se radi o redovnim pravilima zakonskog nasleđivanja, koja su uža od naslednopravnih ovlašćenja, koja u ovakvom slučaju imaju supružnik ili vanbračni partner različitog pola.

[19] V. § 474.- § 475. Građanskog zakonika Češke.

Austriji, Švajcarskoj i Grčkoj, podrazumeva određivanje naslednog dela supružnika na fiksni način. Iako bi se generalno posmatrano, moglo reći da naslednopravni položaj potomaka u pravima ove grupe zemalja, u svakom konkretnom slučaju zavisi od njihovog broja, unapred određena visina zakonskog naslednog dela supružnika u određenoj meri ukazuje na intencije zakonodavstava svake od ovih zemalja, u smislu pridavanja većeg naslednopravnog značaja bilo činjenici srodstva u pravoj nishodnoj liniji, bilo činjenici bračne veze.

Tako, u određenom broju ovih prava, kao što su prava Austrije, Nemačke, Grčke i Francuske (u poslednje spomenutom pravu, samo u slučaju kada supružnik konkuriše sa potomstvom ostavioca, koje nije istovremeno i njegovo potomstvo ili kada konkuriše sa zajedničkim potomstvom, ukoliko se opredeli da mu pripadne ovaj vid naslednopravnih ovlašćenja), iz zakonskih rešenja prema kojima supružniku pripada nasledni deo koji se kreće u rasponu od 1/3 do 1/4 zaostavštine (u zavisnosti od konkretnog prava),[20] te prema kojima je potomcima, bez obzira na njihov broj, na ime zbirnog zakonskog naslednog dela garantovan veći deo zaostavštine u odnosu na onaj koji može pripasti supružniku, proizlazi da će supružnik imati isti naslednopravni položaj kao i jedan prvostepeni potomak ostavioca, samo u situaciji kada su iza ostavioca ostala dva ovakva potomka (pravo Austrije), odnosno tri ovakva potomka (prava Nemačke, Grčke i Francuske). Kada god na nasleđe konkuriše manji broj ovakvih potomaka, a to praktično znači u naslednopravnim situacijama koje u praksi neće biti retke, što naročito može doći do izražaja u pravima Nemačke, Grčke i Francuske, naslednopravni položaj prvostepenih potomaka će biti povoljniji od naslednopravnog položaja supružnika. Naravno, ukoliko je broj ovakvih potomaka veći (što će biti slučaj, ukoliko na na-

[20] Tako, nasledni deo supružnika u prvom naslednom redu, u pravu Austrije iznosi 1/3 zaostavštine, dok u pravima Nemačke, Grčke i Francuske, on iznosi 1/4 zaostavštine. Prethodno navedeno znači da će prvostepenim potomcima ostavioca u pravu Austrije pripasti preostale 2/3 zaostavštine, a u pravima Nemačke, Grčke i Francuske 3/4 zaostavštine, koja će se između njih deliti na jednake delove, dok će dalje potomstvo ostavioca nasleđivati po principu reprezentacije, čija primena je u ovom naslednom redu neograničena. V. § 757. st. 1., § 731. st. 1. i § 732-734. Građanskog zakonika Austrije, § 1931. - st. 1. i § 1924. Građanskog zakonika Nemačke, čl. 1820. i čl. 1813. Građanskog zakonika Grčke, kao i čl. 757., čl. 734-735. i čl. 752. Građanskog zakonika Francuske. Građanski zakonik Austrije donet je 1811. godine, tekst zakonika videti na internet adresi: http://-www.ibiblio.org/ais/abgb1.htm. Građanski zakonik Nemačke donet je 1896. godine, tekst zakonika videti na internet adresi: http://bundesrecht.juris.de/bgb/BJNR001950896.html. Građanski zakonik Grčke donet je 1940. godine. Građanski zakonik Francuske donet je 1804. godine, tekst zakonika videti na internet adresi: http://www.droit.org/codes/CCIVILL0.html#articleLEGIARTI000006431238.

sleđe u pravu Austrije, konkuriše više od dva prvostepena potomka, a u pravima Nemačke, Grčke i Francuske, više od tri prvostepena potomka), naslednopravni položaj svakog od ovih potomaka će biti nepovoljniji od naslednopravnog položaja nadživelog supružnika, a u pravu Nemačke i od naslednopravnog položaja istopolnog vanbračnog partnera, s tim što ovakav naslednopravni ishod predstavlja samo logičnu posledicu većeg broja prvostepenih potomaka.

Međutim, valja naglasiti da ovakav naslednopravni položaj nadživelog supružnika ili istopolnog vanbračnog partnera, u pravu Nemačke ne mora predstavljati pravilo, te tako on na osnovu određenih specijalnih odredaba, može imati i bolji položaj u odnosu na onaj koji je predviđen izvornom regulativom. Do ovoga najpre može doći u slučaju postojanja režima odvojenosti imovina, u kom slučaju će njegov naslednopravni položaj u situaciji kada se na nasleđe ne poziva više od dva prvostepena potomka ostavioca, biti identičan naslednopravnom položaju jednog ovakvog potomka.[21] Naslednopravni položaj supružnika ili istopolnog vanbračnog partnera će biti još povoljniji u slučaju postojanja režima zajednice tekovine, kao zakonskog imovinskog režima u ovom pravu, u kom slučaju će njegov zakonski nasledni deo iznositi 1/2 zaostavštine, usled čega naslednopravni položaj prvostepenog potomstva ostavioca ni u jednoj naslednopravnoj situaciji ne može biti povoljniji od naslednopravnog položaja supružnika ili istopolnog vanbračnog partnera, dok će s druge strane, naslednopravni položaj supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, u velikom broju naslednopravnih

[21] V. § 1931. st. 4. Građanskog zakonika Nemačke. Naime, ukoliko se nadživeli supružnik poziva na nasleđivanje sa jednim ili dva deteta ostavioca, on će imati bolji položaj u odnosu na onaj koji je predviđen opštim pravilima, imajući u vidu da u ovom slučaju i supružnik i svako dete nasleđuju u jednakim delovima, tako da supružnik pored jednog - deteta nasleđuje 1/2 zaostavštine, a pored dvoje dece 1/3 zaostavštine. Međutim, ukoliko supružnik nasleđuje sa troje ili više dece, važiće izvorna regulativa, prema kojoj supružniku pripada pravo na 1/4 zaostavštine, dok se preostale 3/4 zaostavštine dele između ostaviočevih prvostepenih potomaka. Poboljšanje naslednopravnog položaja supružnika u ovom slučaju uvedeno je Zakonom o vanbračnoj deci iz 1970. godine, a cilj ovakvog poboljšanja je posledica uzimanja u obzir kod ovog režima postojanja dobročine saradnje supružnika, koji često svojim radom doprinosi sticanju imovine ostavioca, pri čemu se uzela u obzir i mogućnost zajedničkog nasleđivanja supružnika sa detetom koje ne potiče iz njegovog braka sa ostaviocem, u kom slučaju bi prema opštim pravilima - detetu pripadao veći udeo u zaostavštini od supružnika ostavioca. Dakle, ovakvim regulisanjem, pre svega se želelo sprečiti da nadživeli supružnik pored jednog ili dva deteta ostavioca koji ne potiču iz njegovog braka sa nadživelim supružnikom, dobije manji udeo u - zaostavštini nego ovakvo dete ostavioca. V. u tom smislu: Horst Bartholomeyczik, Wilfried Schlüter: Erbrecht, München, 1975., str. 74-75.

situacija biti povoljniji od ovakvog položaja prvostepenih potomaka ostavioca.[22]

U odnosu na prethodno spomenuta prava, u pravima Švajcarske i Italije, situacija je obrnuta. Naime, iz visine fiksno postavljenog naslednog dela supružnika, koji u pravu Švajcarske, u konkurenciji sa potomcima uvek iznosi 1/2 zaostavštine,[23] proizlazi da će supružnik ostavioca ili njegov istopolni vanbračni partner imati naslednopravni položaj kao i jedan prvostepeni potomak, samo u situaciji kada je iza ostavioca ostao jedan ovakav potomak. Slično je i u Italiji, s tom razlikom što u pravu ove zemlje, visina, u principu fiksno određenog naslednog dela supružnika, na osnovu samog zakona, zavisi od broja prvostepenih potomaka ostavioca (1/2 u slučaju postojanja jednog deteta, 1/3 u slučaju postojanja dvoje ili više od dvoje dece),[24] usled čega će naslednopravni položaj supružnika

[22] Naime, u slučaju kada je brak prestao smrću jednog od supružnika, pravo Nemačke ne polazi od osnovnog principa bračne tekovine, s obzirom na to da se izjednačenje vrednosti tekovine u ovom slučaju ne vrši putem izračunavanja doprinosa svakog od supru-žnika i dodeljivanjem prava na postavljanje zahteva za izjednačenje vrednosti, već usleđuje na automatski način, koji podrazumeva da se nasledni deo nadživelog supružnika povećava za 1/4 (v. § 1371. st. 1. Građanskog zakonika Nemačke), koji deo, dakle, prirasta već postojećem naslednom delu supružnika (koji se razlikuje u zavisnosti od toga sa kojim srodnicima supružnik konkuriše na nasleđe), a usled čega dolazi do istovremenog smanjenja naslednog dela srodnika, konkretno onih koji su pozvani sa supružnikom na nasleđivanje. Ovo znači da će se između potomaka ostavioca, u prvom naslednom redu, deliti preostala 1/2 zaostavštine, jer će supružniku, primenom navedenih pravila, pripasti - pravo na 1/2 zaostavštine.

Ovakvim načinom regulisanja naslednopravnog položaja supružnika, kada isti konkuriše na nasleđe u prvom zakonskom naslednom redu, odnosno zajedno sa potomcima ostavioca, na najteži način mogu biti pogođeni oni potomci ostavioca koji nisu istovremeno i potomci nadživelog supružnika. Ovo proizlazi iz činjenice da će se zajednički potomci ostavioca i nadživelog supružnika, u krajnjim konsekvencama, pojaviti kao naslednici iza svog roditelja – supružnika ostavioca, dok to nije slučaj sa ostalim potomcima ostavioca. Stoga je Zakonikom, a u cilju poboljšanja imovinskopravnog položaja ostalih potomaka ostavioca, predviđeno pravilo prema kojem ovi potomci, a u slučaju nužde, imaju pravo na postavljanje zahteva prema nadživelom supružniku za obezbeđenje sredstava potrebnih za prikladno školovanje i to iz dodatnog naslednog dela od 1/4, koji pripada nadživelom supružniku. V. § 1371. st. 4. Građanskog zakonika Nemačke.

[23] Prethodno navedeno znači da će prvostepenim potomcima ostavioca u pravu Švajcarske pripasti preostala 1/2 zaostavštine, koja će se između njih deliti na jednake delove, dok će dalje potomstvo ostavioca nasleđivati po principu reprezentacije, čija primena je u ovom naslednom redu neograničena. V. čl. 462. st. 1. i čl. 457. Građanskog zakonika Švajcarske. Građanski zakonik Švajcarske, donet je 1907. godine, tekst zakonika videti na internet adresi: http://www.admin.ch/ch/d/sr/210/index.html.

[24] Ovo znači da će u pravu Italije, u slučaju postojanja jednog prvostepenog potomka, istom pripasti preostala 1/2 zaostavštine, dok će u slučaju kada supružniku na nasleđe konkurišu dvoje ili više od dvoje prvostepenih potomaka ostavioca, istima pripasti

biti identičan naslednopravnom položaju jednog prvostepenog potomka, kada god na nasleđe ne konkurišu više od dva ovakva potomka. Ovakav način regulisanja naslednopravnih ovlašćenja nesumnjivo dovodi do zaključka da su se zakonodavstvima poslednje spomenutih zemalja, prvenstveno nastojali zaštititi naslednopravni interesi supružnika ostavioca, a u pravu Švajcarske i istopolnog vanbračnog partnera ostavioca, s obzirom na to, da naslednopravni položaj prvostepenih potomaka nikada ne može biti povoljniji od naslednopravnog položaja supružnika, pri čemu će naslednopravni položaj supružnika kada god na nasleđe konkuriše više od jednog prvostepenog potomka (pravo Švajcarske), odnosno, više od dva prvostepena potomka (pravo Italije), biti povoljniji od naslednopravnog položaja potomaka.

I u pravu Engleske, sa sigurnošću se može zaključiti da je naslednopravni položaj supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera u konkurenciji sa potomcima ostavioca, izuzetno povoljan. Naime, u slučaju kada su ostavioca, pored supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, nadživeli i njegovi potomci, tada supružniku, odnosno istopolnom vanbračnom partneru, na ime njegovih naslednopravnih ovlašćenja pripadaju u potpunosti u svojinu najpre sve pokretne stvari iz lične imovine. Izraz „pokretne stvari iz lične imovine" definisan je široko, te kao takav, obuhvata predmete u domaćinstvu, predmete lične upotrebe ili predmete za ukrašavanje, odeću, nakit, nameštaj, automobil, domaće životinje.[25] Nadživelom supružniku ili istopolnom vanbračnom

pravo na ukupno 2/3 zaostavštine, koja će se između njih deliti na jednake delove. Svi dalji potomci ostavioca nasleđuju primenom principa reprezentacije neograničeno. V. čl. - 581., čl. 566. st. 1. i čl. 468-469. Građanskog zakonika Italije. Građanski zakonik Italije donet je 1942. godine, tekst zakonika videti na internet adresi: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm. O zakonskim naslednim pravima potomaka i supružnika u pravu Italije v. Franco Salerno Cardillo: International succession (ed. Louis Garb), Published by Kluwer Law International, 2004., str. 159-160.

[25] The Administration of Estates Act iz 1925. godine, u pokretne stvari iz lične imovine – „personal chattels" ubraja sledeće stvari: kočije, konje, stajsku opremu (koja se ne koristi u svrhu zarade), motorna vozila i prateću opremu (koja se ne koristi za posao), baštovanski alat, domaće životinje, posteljinu, porcelan, vaze, knjige, slike, grafike, nameštaj, nakit, predmete za pokućstvo ili ličnu upotrebu, ukrase, muzičke ili naučne instrumente i aparaturu, vino, piće i zalihe namirnica. U teoriji se navodi, da bez obzi-ra na to, što je ova zakonska definicija kritikovana, s obzirom na to da je uvodno upućivanje na „kočije, konje i stajsku opremu", u današnje vreme manje relevantno nego 1925. godine, - data definicija funkcioniše prilično dobro, te da je uobičajeno da i sami zaveštaoci putem zaveštanja ostave sve svoje pokretne stvari iz lične imovine na način kao što je to definisano prethodno spomenutim zakonom. Inače, pojam pokretnih stvari za ličnu upotrebu, u

partneru, kada konkuriše sa potomcima, na ime naslednopravnih ovlašćenja pripada, kada je nasleđe otvoreno nakon 30. 11. 1993. godine i zakonski legat u iznosu od 125 000 funti čisto, dakle, bez ikakvih oduzimanja poreza na nasledstvo ili troškova,[26] kao i kamata na zakonski legat 6 % godišnje, počev od dana smrti ostavioca, pa do isplate. Ova kamata se prvenstveno plaća od prihoda imovine, ali ako prihod nije dovoljan, razlika se plaća iz kapitala, odnosno glavnice.[27] Ovakvim regulisanjem naslednopravnih ovlašćenja supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, verovatno u većini slučajeva zakonskog nasleđivanja, može se desiti da zaostavština faktički u celosti pripadne isključivo nadživelom supružniku, odnosno istopolnom vanbračnom partneru, jer će je pokretne stvari iz lične imovine i vrednost zakonskog legata iscrpeti. U kojoj meri je povoljan naslednopravni položaj supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, govori i činjenica da će se nakon što dođe do odvajanja pokretnih stvari iz lične imovine, zakonskog legata i kamate, kao vidova naslednopravnih ovlašćenja supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, preostala zaostavština deliti na dve polovine, pri čemu će jedna polovina ostatka zaostavštine pripasti potomstvu ostavioca, dok će na drugoj polovini ostatka zaostavštine su-

---

sudskoj praksi Engleske se široko tumači. Smatra se da ovaj izraz obuhvata i 60 stopa dugačku motornu jahtu koju je ostavilac koristio iz zadovoljstva – *Re Chaplin (1950), Ch. 507;* kolekciju poštanskih markica koje je ostavilac sakupljao iz hobija – *Re Reynolds's W.T.(1966) 1.W.L.R. 19;* dragocenu kolekciju satova u kojoj je ostavilac uživao – *Re Crispin's W. T. (1975), Ch. 245, 251;* dvanaest trkačkih konja koje je ostavilac koristio za rekreaciju – *Re Hutchinson (1955) Ch. 255.* V. Parry & Clark: The Law of succession, London, 2002., str. 10-11.

[26] U skladu sa svojim ovlašćenjima iz The Family Provision Act iz 1966. godine, da povremeno odredi visinu navedene fiksne neto sume (zakonskog legata), Lord Chancellor doneo je Family Provision (Intestate Succession) Order 1993. (S.J. 1993 No. 2906), kojom je zakonski legat određen u iznosu od 125 000 funti. U periodu od 1925. do 1952. godine zakonski legat je iznosio 1000 funti, u periodu od 1953. do 1966. godine 5000 funti, od 1967. do 1972. godine 8750 funti, od 1972. do 1977. godine 15 000 funti, od 1977. do 1981. godine 25 000 funti, od 1981. do 1987. godine 40 000 funti, a od 1987. do - 1993. godine 75 000 funti. V. Parry & Clark: op. cit. str. 11. Department for Constitutional Affairs u aktu Administration of Estates–Review of the Statutory Legacy, predložio je 2005. godine povećanje zakonskog legata supružnika (istopolnog vanbračnog partnera) u situaciji kada istom u nasleđivanju konkurišu potomci, sa postojećih 125 000 funti na 350 000 funti. Videti: K. Standley: Family Law, London, 2006., str. 102.

[27] U skladu sa ovlašćenjima iz The Administration of Estates Act iz 1925. godine da specifikuje kamatnu stopu, Lord Chancellor doneo je Intestate Succession (Interest and Capitalisation) Order 1983. (No. 1374), kojim je kamata na zakonski legat određena u iznosu od 6 %. Ova stopa je pre 1977. godine iznosila 4 %, a od 1977. do 1983. godine 7 %. V. Parry & Clark: op. cit., str. 11.

pružniku, odnosno istopolnom vanbračnom partneru, pripasti još i pravo na doživotnu kamatu (koja imovina će nakon smrti supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, pripasti potomstvu).[28]

3. Nepostojanje koordinirajućeg odnosa činjenica srodstva u pravoj nishodnoj liniji i braka ili vanbračne zajednice

Kao posledica pridavanja većeg naslednopravnog značaja bilo činjenici braka, odnosno vanbračne zajednice, bilo činjenici srodstva u pravoj nishodnoj liniji, broj prava u kojima se, barem po pravilu, ne može govoriti o postojanju koordinirajućeg odnosa između navedenih činjenica, u današnje vreme je mali.

Tako, samo u pravima nekih skandinavskih zemalja, kao što su Danska i Švedska,[29] kroz specifična zakonska rešenja dolazi do izražaja privilegovanje naslednopravnog položaja supružnika ili istopolnog vanbračnog partnera ostavioca u odnosu na njegovo potomstvo, čiji se krajnji naslednopravni ishod ogleda u težnji da celokupna zaostavština ostavioca pripadne nadživelom supružniku, odnosno istopolnom vanbračnom partneru, sve do njegove smrti, koji momenat, po pravilu, predstavlja mome-

[28] V. s. 46(2) The Administration of Estates Act iz 1925. godine. Zaostavština na koju potomci imaju pravo, držaće se u zakonskom trastu (*statutory trust*), koja će se deliti na jednake delove između one dece ostavioca koja su živa u trenutku njegove smrti i koja su navršila 18 godina ili su stupila u brak, odnosno, formirala građansko partnerstvo pre navršenih 18 godina života. V. s. 47(1) The Administration of Estates Act iz 1925. godine. Dakle, dete, odnosno bilo koji potomak, ne može dobiti imovinu iz trasta sve dok ne napuni 18 godina života ili ne stupi u brak, odnosno, ne formira građansko partnerstvo pre toga, što znači da se nasledni delovi ovakvih potomaka drže na način propisan zakonom, dok ne steknu pravo koje im je preneto u potpunosti – punoletstvom ili stupanjem u brak, odnosno, formiranjem građanskog partnerstva pre toga. Primena principa reprezentacije je neograničena, što znači da ukoliko je dete umrlo pre ostavioca, ali je iza sebe ostavilo potomke, onda ovi potomci kada i ako napune 18 godina ili stupe u brak, odnosno formiraju građansko partnerstvo pre toga, dobijaju deo zaostavštine koji bi pripao njihovom roditelju da je nadživeo ostavioca. Samo u slučaju nepostojanja konkurencije supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, celokupna zaostavština će pripasti potomcima, koja će se, na način kako je to napred navedeno, držati u zakonskom trastu. V. s. 46(ii) The Administration of Estates Act 1925. godine. Opširnije o zakonskom trastu za potomke videti kod: Caroline Sawyer: Succession, Wills & Probate, Bristol, 1995., str. 180-182; Mellows, A. R.: The Law of Succession, London, 1993., str. 181-182.; Parry & Clark: op. cit. str. 16-17.

[29] Zakon o nasleđivanju Danske donet je 2007. godine (515/2007), dok je Zakon o nasleđivanju Švedske donet 1958. godine (1958/637), dopunjen i izmenjen 1987/88. kao i 2005. godine. Tekstove spomenutih zakona o nasleđivanju videti na sledećim internet adresama: Danske – https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=2664, Švedske –http://www.notisum.se/rnp/sls/lag/19580637.HTM.

nat ostvarivanja zakonskih naslednih prava potomaka ostavioca.[30] Privile-

[30] U pravu Danske, ovakav naslednopravni položaj supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, proizlazi iz različitih mogućnosti u pogledu njegovih naslednopravnih ovlašćenja u okviru prvog naslednog reda, a u okviru njih i iz obima pripadajućih mu ovlašćenja. Tako, supružniku ostavioca stoji na raspolaganju mogućnost da ostane u posedu cele zajedničke imovine supružnika. Ta mogućnost postoji nezavisno od vrednosti imovine ili saglasnosti potomaka, osim, ukoliko se ne radi o potomcima ostavioca iz njegovog prethodnog braka ili eventualno iz vanbračne zajednice, kada će ovakva saglasnost biti neophodna (v. poglavlje 4. § 17 - 18. Zakona o nasleđivanju Danske). Do podele imovine može doći bilo kada, s tim što do nje mora doći onda kada nadživeli supružnik ponovo stupi u brak, kao i kada nadživeli supružnik umre (v. poglavlje 4. § 26. Zakona o nasleđivanju Danske.) Ukoliko se cela (nepodeljena) imovina supružnika deli u trenutku kada je supružnik živ (kada je ponovo stupio u brak ili nezavisno od toga, - ukoliko se supružnik opredelio za podelu), njemu pripada 1/2 bračne imovine kao posledica braka, a na ime nasleđivanja nasledni deo, koji je, posmatrano u odnosu na najveći broj ostalih prava Evrope, postavljen na visok način, a koji iznosi 1/2 ostaviočeve zaostavštine (u koju ulazi 1/2 bračne imovine i eventualno njegova posebna imovina), dok se preostala polovina ostaviočeve zaostavštine deli na jednake delove između ostaviočevih prvostepenih potomaka ili eventualno njegovih daljih potomaka, primenom principa reprezentacije (v. poglavlje 2. § 9. st. 1. Zakona o nasleđivanju Danske). U drugom slučaju, odnosno nakon smrti supružnika koji se nalazio u posedu cele nepodeljene imovine, polovina imovine će pripasti potomcima ranije umrlog supružnika, dok će druga polovina pripasti naslednicima kasnije umrlog supružnika. Ukoliko iza kasnije umrlog supružnika nisu ostali njegovi naslednici, cela zaostavština će pripasti potomcima ranije - umrlog supružnika. (v. poglavlje 4. § 28. st. 1. i 3. Zakona o nasleđivanju Danske).

Pritom se ne sme zanemariti postojanje zaštitnog pravila ustanovljenog u korist supružnika, prema kojem, u slučaju manje vrednosti zaostavštine koja se deli između potomaka i supružnika, nadživelom supružniku, nezavisno od naslednih prava potomaka, pripada prvenstvo u nasleđivanju, u cilju da uvek nasledi vrednost zaostavštine, koja kada se doda vrednosti posebne imovine, odnosno imovine koju on dobija podelom zajedničke imovine, iznosi do 600 000 kruna (v. poglavlje 2. § 11. st. 2. Zakona o nasleđivanju Danske). Nakon smrti supružnika koji je iskoristio prethodno spomenuto prvenstvo u nasleđivanju, polovina imovine će pripasti onim srodnicima ranije umrlog supružnika koji u tom momentu imaju najjače pravo da naslede, dakle, njegovim potomcima, ako postoje, dok će druga polovina pripasti naslednicima kasnije umrlog supružnika. Ukoliko iza kasnije umrlog supružnika nisu ostali njegovi naslednici, cela zaostavština će pripasti potomcima ranije umrlog supružnika. Ukoliko ne postoje potomci nijednog od supružnika, imovina se deli na dva jednaka dela, od kojih svaki pripada ostalim srodnicima supružnika. Ukoliko postoje samo srodnici jednog supružnika, oni će biti jedini naslednici (v. poglavlje 3. § 16. st. 1-4. Zakona o nasleđivanju Danske).

U pravu Švedske supružniku, odnosno istopolnom vanbračnom partneru, dat je prioritet u odnosu na bilo koje srodnike ostavioca, pa i u odnosu na zajedničko potomstvo, koji se ogleda u činjenici da zaostavštinu ostavioca koji je bio u braku, odnosno registrovanom partnerstvu, nasleđuje nadživeli supružnik, odnosno njegov istopolni vanbračni partner. Ovo pravilo predstavlja osnovno pravilo zakonskog nasleđivanja, motivisano shvatanjem da je za društvo važnije omogućiti da nadživeli supružnik, odnosno - njegov istopolni vanbračni partner, ostane u posedu celokupne imovine, nego da deca ostavioca dobiju svoj udeo u nasledstvu. Prioritetan položaj nadživelog sup-

govanje naslednopravne pozicije supružnika u odnosu na naslednopravnu poziciju potomstva, na način na koji se to čini u zakonodavstvima Danske i Švedske, u ostalim pravima Evrope predstavlja retkost. Izuzetak predstavlja još samo pravo Holandije, u kojem je i pored principijelne izjednačenosti činjenice braka, odnosno vanbračne zajednice i činjenice srodstva u pravoj nishodnoj liniji, koja proizlazi iz pravila o podeli zaostavštine na jednake delove između ovih naslednika,[31] supružnik ostavioca, odnosno njegov vanbračni partner, zaštićen na jedan poseban način. Naime, prvostepeni potomci ostavioca, u pravu ove zemlje, po pravilu, ne dobijaju imovinu koja ulazi u sastav zaostavštine, već samo pravo da prema supružniku ili vanbračnom partneru ostavioca, postave novčani zahtev koji odgovara vrednosti njihovog udela u zaostavštini. Napred navedeno znači da supružnik ili vanbračni partner prima celu zaostavštinu, pri čemu, spomenuta novčana suma postaje isplativa onda kada supružnik, odnosno vanbračni partner ostavioca umre ili u slučaju njegovog bankrotstva ili u slučajevima koje je ostavilac predvideo u odredbama svoje poslednje vo-

ružnika jedino nije proširen i prema potomcima ostavioca, koji nisu istovremeno i potomci nadživelog supružnika. Takav potomak ima pravo da zahteva svoj deo nasledstva odmah nakon smrti ostavioca (v. poglavlje 3. § 1. st. 1. Zakona o nasleđivanju Švedske). Zbog prethodno navedenog razloga, kao i zbog mogućnosti da ostavilac zaveštajnim raspolaganjima uskrati nasledna prava nadživelom supružniku (istopolnom vanbračnom partneru), u pravu Švedske postoji zaštitno pravilo, prema kojem supružnik, odnosno istopolni vanbračni partner ostavioca, uvek ima pravo da uz pomoć instituta *the index linked base amount* (pravilo indeksno povezanog osnovnog iznosa), ukoliko je to moguće, primi određeni deo (određenu sumu, odnosno iznos novca) zaostavštine, koji odgovara vrednosti, koja kada se sabere sa imovinom koju nadživeli supružnik dobija podelom zajedničke imovine ili imovinom koja predstavlja njegovu posebnu imovinu, odgovara četvorostrukom indeksno povezanom osnovnom iznosu, određenom Zakonom o državnom osiguranju, u momentu smrti ostavioca (v. poglavlje 3. § 1. st. 2. Zakona o nasleđivanju Švedske).

Dakle, nakon smrti jednog od supružnika, nadživeli supružnik stiče jednu polovinu bračne imovine, dok drugu polovinu bračne imovine koja je ušla u zaostavštinu umrlog - supružnika, nasleđuje. Stoga, potomstvo ostavioca može nasleđivati tek nakon njegove smrti, kada će polovina zaostavštine kasnije umrlog supružnika pripasti onim srodnicima ranije umrlog supružnika, koji u tom momentu imaju najjače pravo da naslede, dakle njegovim potomcima, ako postoje, dok će druga polovina pripasti naslednicima kasnije umrlog supružnika (v. poglavlje 3. § 2. Zakona o nasleđivanju Švedske).

U oba spomenuta prava, samo u slučaju nepostojanja konkurencije supružnika ili istopolnog vanbračnog partnera, zaostavština se deli na jednake delove između prvostepenih potomaka ostavioca, dok svo dalje potomstvo ostavioca može nasleđivati primenom principa reprezentacije, neograničeno. V. poglavlje 1. § 1. Zakona o nasleđi-vanju Danske, kao i poglavlje 2. § 1. Zakona o nasleđivanju Švedske.

[31] Dalji potomci nasleđuju primenom principa reprezentacije. V. čl. 10. st. 1-2. u vezi čl. 11. st. 1. Knjige IV Građanskog zakonika Holandije.

lje.[32] Dakle, osnovna karakteristika odnosa činjenice srodstva u pravoj nishodnoj liniji, s jedne strane i činjenice braka ili vanbračne zajednice, s druge strane, u poslednje spomenutim pravima ogleda se u izrazito povoljnijem naslednopravnom položaju supružnika, odnosno vanbračnog partnera u odnosu na ovakav položaj potomaka.

Prava u kojima je naslednopravna pozicija potomaka povoljnija od ovakve pozicije supružnika su nešto brojnija, pri čemu se ovakav položaj spomenutih naslednika ne ispoljava u svakom od njih na isti način.

Tako, u pravu Finske,[33] zaostavštinu, čak i u slučaju postojanja ostavioćevog supružnika, odnosno njegovog istopolnog vanbračnog partnera, nasleđuju samo ostavioćevi potomci, između kojih se zaostavština deli na jednake delove, ukoliko se radi o prvostepenim potomcima.[34] Ovlašćenja supružnika ostavioca, odnosno njegovog istopolnog vanbračnog partnera, u slučaju postojanja potomaka, ogledaju se u njegovom pravu da ostane u posedu cele (nepodeljene) imovine supružnika, s tim što je ovaj maksimum zaštite njegovog položaja ograničen pravom potomaka kao zakonskih naslednika da zahtevaju podelu ove imovine, odnosno, utvrđivanje

[32] V. čl. 13. st. 2-4. Knjige IV Građanskog zakonika Holandije. Zaostavština će se između supružnika ostavioca i njegove dece deliti na jednake delove, samo onda kada se supružnik odrekne ovakvog svog prava, što može učiniti u zakonom određenom roku koji iznosi 3 meseca od smrti ostavioca, izjavom datom javnom beležniku koja se registruje u Registru zaostavština. V. čl. 18. st. 1. knjige IV Građanskog zakonika Holandije. Usled navedenog načina regulisanja, naslednopravnim propisima Holandije predviđena su i posebna pravila u cilju zaštite ostavioćeve dece, ukoliko nadživeli supružnik, odnosno vanbračni partner, namerava da ponovo stupi u brak ili ukoliko je to već učinio, da bi deca bila sigurna da će primiti svoj deo iz zaostavštine umrlog roditelja, te da određena - porodična dobra neće otići porodici njihovog očuha ili maćehe, kada i njihov nadživeli roditelj umre. U ovakvom slučaju, postoji pravo dece da traže od svog nadživelog roditelja da na njih prenese dobra iz zaostavštine njihovog umrlog roditelja, u vrednosti koja ne premašuje novčani zahtev deteta. Isto pravo ovakva deca imaju i spram očuha ili maćehe, u pogledu zaostavštine njihovog drugog roditelja, kada i on premine ili eventualno, spram naslednika očuha/maćehe, kada preminu i očuh, odnosno maćeha. U navedenim slučajevima dolazi do prenošenja punog prava svojine na dobrima, s tim što nadživeli roditelj (u slučaju zahteva vezanog za zaostavštinu ranije umrlog roditelja) ili očuh/maćeha (u slučaju zahteva vezanog za zaostavštinu drugog umrlog roditelja), mogu da prenesu golo pravo svojine i da zadrže pravo plodouživanja na ovim dobrima. V. čl. 19-22. Knjige IV Građanskog zakonika Holandije. O navedenom videti: P. Vlaardingerbroek: Introduction to Dutch Law (J. M. J. Chorus, P.H.M. Gerver, E.H. Hondius), The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 2006., str. 197.

[33] Zakon o nasleđivanju Finske donet je 1965. godine (40/1965), dopunjen i izmenjen 2001. godine, tekst zakona videti na internet adresi: http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1965/en19650040.pdf.

[34] Svi dalji potomci ostavioca nasleđuju po pravu reprezentacije, čija je primena neograničena. V. poglavlje 2. odeljak 1. Zakona o nasleđivanju Finske.

prava i obaveza u vezi sa bračnom imovinom.[35] U svakom slučaju, minimum zaštite položaja supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, ogleda se u njegovom pravu da bez obzira na zakonska nasledna prava potomaka, dakle, nezavisno od njihovih eventualnih zahteva, doživotno koristi stan u kome je zajedno stanovao sa ostaviocem do njegove smrti, kao i uobičajene predmete domaćinstva, osim ako nadživeli supružnik, odnosno istopolni vanbračni partner, ne poseduje drugi stan koji je prikladan za stanovanje.[36]

Privilegovanje naslednopravnog položaja potomstva ostavioca u odnosu na naslednopravni položaj supružnika dolazi do izražaja i u pravu Španije,[37] u kojem supružniku u slučaju postojanja potomaka pripada pravo doživotnog plodouživanja na 1/3 zaostavštine,[38] kao i u pravima Mađarske i Belgije,[39] u kojima se naslednopravna ovlašćenja supružnika u konkurenciji sa potomstvom ostavioca, takođe ogledaju u njegovom pravu doživotnog plodouživanja, ali ne na delu zaostavštine koju nasleđuju potomci, kao što je to slučaj u pravu Španije, već na celoj zaostavštini koja na ime nasleđa pripada potomstvu ostavioca.[40] Ukoliko, međutim, u

[35] V. poglavlje 3. odeljak 1 a (1) Zakona o nasleđivanju Finske.

[36] V. poglavlje 3. odeljak 1 a (2) Zakona o nasleđivanju Finske.

[37] Građanski zakonik Španije, donet je 1889. godine, tekst zakonika videti na internet adresi: http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/indexcc.htm.

[38] V. čl. 834. Građanskog zakonika Španije. U slučaju nepostojanja konkurencije nadživelog supružnika, u pravu ove zemlje, zaostavština će se deliti na jednake delove između ostaviočevih prvostepenih potomaka, uz neograničenu mogućnost primene principa reprezentacije. V. čl. 930-934. i čl. 925. Građanskog zakonika Španije.

U kojoj meri pravo Španije nastoji zaštititi naslednopravni položaj potomaka ostavioca, govori i činjenica da je supružnik, koji nakon smrti ostavioca ponovo stupi u brak ili koji u toku udovištva dobije vanbračno dete ili usvoji dete, obavezan da sve ono što je primio od ostavioca putem nasleđivanja, poklona ili na ime dobiti bilo koje vrste, sačuva (rezerviše) za svoju decu, odnosno potomke iz prvog braka, koji će ovu imovinu, stoga steći prema pravilima zakonskog nasleđivanja, kao da nije postojao drugi brak njihovog roditelja (odnosno nadživelog supružnika ostavioca). Nadživeli supružnik jedino može imati slobodu u pogledu davanja zaveštajnih privilegija (prvenstva) nekom od svojih potomaka, u skladu sa institucijom *mejora*. V. čl. 968., 972-973. i 980. Građanskog zakonika Španije.

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

[40] V. § 615. Građanskog zakonika Mađarske, kao i čl. 745. *bis* § 1.st. 1. Građanskog zakonika Belgije. Samo u slučaju nepostojanja konkurencije nadživelog supružnika, u pravima spomenutih zemalja, zaostavština će se deliti na jednake delove između ostavio-

pravu Mađarske dođe do otkupljenja prava plodouživanja, supružnik ostavioca će se smatrati zakonskim naslednikom u odnosu na njemu pripadajući deo iz zaostavštine, te će mu iz otkupljene imovine, u naturi ili u novcu, pripasti istovetan deo koji bi nasledilo i jedno dete ostavica u svojstvu zakonskog naslednika.[41] Naslednopravna ovlašćenja istopolnog vanbračnog partnera, u pravu Mađarske, identična su onim ovlašćenjima koja u ovom pravu pripadaju i supružniku ostavioca, za razliku od naslednopravnih ovlašćenja vanbračnog partnera u pravu Belgije, koja su po kvalitetu identična onim koja pripadaju supružniku, ali su po obimu postavljena na uži način, s obzirom na to, da se doživotno plodouživanje vanbračnog partnera odnosi samo na nepokretnost koja je tokom zajedničkog života predstavljala zajedničko prebivalište, kao i na pokućstvo kojim je ova nepokretnost opremljena.[42]

Naposletku, valja istaći da dok doživotno plodouživanje u poslednje spomenutim pravima, predstavlja redovni i po pravilu jedini vid naslednopravnog ovlašćenja supružnika u konkurenciji sa potomstvom ostavioca, dotle, alternativan odnos prava na plodouživanje i prava na nasleđivanje u svojinu, odnosno, postojanje izbora supružnika između ova dva vida naslednopravnih ovlašćenja, u danas postojećim pravnim porecima Evrope predstavlja retkost. Ovakav odnos prihvaćen je samo u pravu Francuske, u kojem supružniku u slučaju konkurisanja na nasleđe od strane potomstva ostavioca koje je istovremeno i njegovo potomstvo, na ime naslednopravnog ovlašćenja, takođe može pripasti doživotno plodouživanje na celoj zaostavštini, ali samo onda kada se supružnik opredeli da mu pripadne ovaj vid naslednopravnog ovlašćenja.[43]

Zaključak

Analiza usvojenih zakonskih rešenja u domaćem i uporednom pravu, omogućila nam je i da sagledamo naslednopravni uticaj koji u današnje vreme imaju činjenica srodstva u pravoj nishodnoj liniji, s jedne stra-

---

čevih prvostepenih potomaka, uz neograničenu mogućnost primene principa reprezentacije. V. § 607. Građanskog zakonika Mađarske, kao i čl. 745. i 740. st. 1. Građanskog zakonika Belgije.

[41] V. § 616. st. 3-4. Građanskog zakonika Mađarske.

[42] V. čl. 745. *octies* § 1. Građanskog zakonika Belgije.

[43] V. čl. 757. Građanskog zakonika Francuske. Pravo izbora je strogo vezano za ličnost supružnika i kao takvo je neprenosivo sve dok se ne izvrši, a ukoliko supružnik umre pre nego što je dao izjavu o izboru, smatraće se da je izabrao plodouživanje. U situaciji kada supružnik nije izvršio izbor, svaki naslednik može pozvati u pisanoj formi supružnika da izvrši izbor, u kom slučaju će se ukoliko supružnik ne izvrši pravo izbora u roku od tri meseca, smatrati da je izabrao plodouživanje. V. čl. 758 - 1., čl. 758 – 3., kao i čl. 758-4. Građanskog zakonika Francuske.

ne i činjenica braka, odnosno vanbračne zajednice, s druge strane. Saznanja do kojih smo došli analizom ovih rešenja, dovela su do zaključka da je u najvećem broju savremenih prava Evrope, uticaj činjenice braka (a u velikom broju prava i uticaj činjenice vanbračne zajednice), kvalitativno izjednačen sa činjenicom srodstva u pravoj nishodnoj liniji, što predstavlja slučaj i u našem pravu.

Naime, kada je reč o odnosu između navedenih činjenica, analiza zakonskih rešenja pokazala je da je u najvećem broju savremenih prava Evrope ovaj odnos koordinirajući, što znači da supružnik, a u pojedinim od njih i vanbračni partner ostavioca, nasleđuje istovremeno sa potomcima ostavioca, dobijajući sa njima određeni deo zaostavštine u svojinu. Na osnovu ove analize, došli smo do saznanja da odnos između činjenice srodstva u pravoj nishodnoj liniji i činjenice braka, kao pravno relevantnih činjenica u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja, u pravu Srbije odgovara odnosu koji između spomenutih činjenica postoji i u velikom broju ostalih prava Evrope. Načinom normiranja raspodele zaostavštine u prvom naslednom redu, pravo Srbije prvostepene potomke i supružnika ostavioca stavlja u jednak naslednopravni položaj, uzimajući u obzir značaj i intenzitet srodničkih odnosa između ostavioca i njegovih potomaka, ali i isti takav značaj i intenzitet odnosa između ostavioca i nadživelog supružnika, kao ostaviocu najbližih lica. Sledstveno navedenom, smatramo da pravo Srbije treba da ostane verno ovom opredeljenju.

Za razliku od najvećeg broja ostalih prava Evrope, u pravu Srbije predviđena su i specijalna pravila o podeli zaostavštine u okviru prvog naslednog reda. Postojanje ovih pravila nesumnjivo je opravdano, jer se njima teži ka otklanjanju potencijalnih nepravičnosti do kojih mogu dovesti redovna pravila zakonskog nasleđivanja. Međutim, mišljenja smo da je način na koji je naše pravo pristupilo mogućnosti izmena naslednih delova u prvom naslednom redu restriktivan, imajući u vidu da se primarni cilj postojećih specijalnih pravila o podeli zaostavštine u ovom naslednom redu, ogleda u zaštiti imovinskih interesa prvostepenih potomaka ostavioca koji ne potiču iz ostaviočevog braka sa nadživelim supružnikom. Naime, iako ova pravila ne dovode do neravnopravnog naslednopravnog položaja potomaka ostavioca koji potiču iz njegovog braka sa nadživelim supružnikom, u odnosu na naslednopravni položaj potomaka ostavioca koji ne potiču iz njegovog braka sa nadživelim supružnikom, ona, po našem mišljenju, ipak ne uvažavaju u dovoljnoj meri njihove naslednopravne interese, imajući u vidu da činjenica imovinskog stanja ovih potomaka, ma kako ono bilo nepovoljno, ne može uticati na eventualne izmene njihovog naslednopravnog položaja. Osim toga, ovakav način uređenja naslednopravnih odnosa, ponekad može dovesti i do neopravda-

nog privilegovanja naslednopravnog položaja potomaka ostavioca koji potiču iz njegovog braka sa nadživelim supružnikom, što proizlazi upravo iz činjenice da povećanje naslednog dela ostaviočeve vanbračne dece ili njegove dece iz prethodnog braka, automatski dovodi i do povećanja naslednog dela ostale ostavičeve dece, odnosno, njihovih potomaka po pravu reprezentacije, bez obzira na njihovo imovinsko stanje. Postojeća specijalna pravila o podeli zaostavštine u okviru prvog naslednog reda, ne uvažavaju ni naslednopravne interese nadživelog supružnika, koji se i pored prava na deobu zajedničke imovine i prava na izdvajanje predmeta domaćinstava, u velikom broju životnih situacija može nalaziti u nepovoljnoj imovinskoj situaciji. Stoga smatramo da bi širi pristup fleksibilnosti zakonskih naslednih delova, u smislu postojanja prava bilo kog naslednika prvog naslednog reda, koji se u konkretnom slučaju pozivaju na nasleđivanje, da traže povećanje svog naslednog dela onda kada nemaju nužnih sredstava za život, predstavljao prihvatljiviji način uređenja njihovog naslednopravnog položaja. Ovakvo rešenje na podjednak način bi omogućilo uzimanje u obzir posebnih imovinskih i ličnih prilika i potreba bilo kog naslednika prvog naslednog reda. Povećanje naslednog dela moglo bi se realizovati ustanovljavanjem doživotnog plodouživanja na teret svih ili samo nekih sanaslednika, na delu ili celokupnoj zaostavštini, u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja.

Pored činjenici srodstva, važeći Zakon o nasleđivanju Srbije, po našem mišljenju, sasvim opravdano, naslednopravni značaj pridaje još samo činjenici braka, dakle, ne i činjenici vanbračne zajednice. Kako pravo predstavlja, najšire govoreći, skup pravila za ono što „najčešće biva“ , a brak je, bar kod nas, još uvek daleko češća forma zajedničkog života, to rukovođeni ovom logikom, ne možemo podržati ideju da se jednoj *faktičkoj* zajednici muškarca i žene, bez obzira na intenzitet emocija i stepen sjedinjenosti rada i dobara, da takav značaj, u smislu da ona može predstavljati i zakonski osnov pozivanja na nasleđe. Nesumnjivo je da pravo ne treba da ide previše ispred vremena u kojem nastaje i da ne treba da u prevelikoj meri anticipira odnose u društvu, već da kvalitetno i s merom reguliše odnose koji najčešće postoje. Nasledno pravo, kao imanentno imovinsko-pravna grana prava, a imajući u vidu, pre svega, značaj imovine kao društvene kategorije, sasvim sigurno ne bi smelo olako i bez ozbiljne provere davati jednom faktičkom stanju (bez namere da ovim umanjimo društveni značaj vanbračne zajednice), veći značaj nego što ona prema shvatanjima i mentalitetu naroda objektivno ima. Imajući u vidu da su društvene norme i shvatanja materijalni izvor prava, to formalnom naslednopravnom izjednačavanju vanbračnih zajednica sa brakom, u našem društvu, smatramo, još nema opravdanja. Ukoliko se uzmu u obzir

prethodno iznete postavke, odnosno tradicionalni stav našeg društva po pitanju shvatanja i uvažavanja porodice, braka i porodičnih i bračnih vrednosti, s jedne strane i shvatanja i uvažavanja vrednosti vanbračne zajednice, s druge strane, to se može reći da činjenica nepriznavanja naslednopravnog značaja vanbračnoj zajednici u našem pravu, predstavlja odgovarajući pravni izraz respektovanja zakonodavca još uvek vladajućeg stava našeg društva prema napred navedenim okolnostima, odnosno, da predstavlja posledicu uvažavanja objektivnih uslova u kojima se nalazi naše društvo, kao i njegovih stvarnih potreba. Osim toga, oblast naslednog prava ne predstavlja predmet interesovanja nadnacionalnih subjekata, upravo iz razloga što je ono obojeno shvatanjima društvenih grupa na određenom geografskom području, proisteklim iz morala i običaja, kroz vekove postojanja u zajednici. Samim tim, uporedno pravo može poslužiti kao primer, samo u slučajevima istih ili sličnih društvenih okolnosti, zbog čega se domaće pravo u poređenju sa drugim, naročito zapadnoevropskim pravima, ipak izdvaja.

Iz prethodno navedenih razloga, mišljenja smo da bez obzira na postojeće tendencije u uporednom pravu, vanbračna zajednica, niti između heteroseksualnih, niti između istopolnih vanbračnih partnera, naročito ukoliko se ostane pri sada postojećem konceptu vanbračne zajednice, koji ne podrazumeva obavezu njene registracije, u našem pravu ne treba da stekne svojstvo činjenice, koja bi predstavljala zakonski osnov pozivanja na nasleđivanje. Međutim, treba napomenuti da se u postojećem Nacrtu Građanskog zakonika Srbije predlaže mogućnost registracije vanbračne zajednice.[44] Koncept vanbračne zajednice koji bi podrazumevao obavezu njene registracije pred odgovarajućim organom, a koji je kao takav, kako smo to videli, prihvaćen i u velikom broju ostalih prava Evrope, predstavljao bi bolji i kvalitetniji način regulisanja vanbračne zajednice od postojećeg koncepta de facto vanbračne zajednice, prvenstveno iz razloga što sadašnji koncept faktičkih vanbračnih zajednica otežava dokazivanje njihovog postojanja i momenta njihovog zasnivanja, dok se registracijom vanbračne zajednice ovaj problem eliminiše. Nesumnjivo je da ovakav koncept vanbračne zajednice u velikoj meri menja i stav o tome da vanbračni partneri u domaćem pravu ne bi trebalo da imaju zakonska nasledna prava, jer bi podleganjem vanbračne zajednice registraciji, kako je to navedeno, ipak bili otklonjeni osnovni nedostaci postojećeg koncepta faktičke vanbračne zajednice.

[44] V. čl. 4. Porodičnog zakona (Knjiga III Nacrta Građanskog zakonika Srbije). V. http: //www.mpravde.gov.rs/images/1-144.pdf

Jelena Vidić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Hereditary Position of Kins in the First Descending Line of Kinship, of the Spouses and Cohabitation Partner

– comparative legal analysis –

Abstract

This paper analyses hereditary position of descendants, a surviving spouse and cohabitation partner, as heirs of the first class in intestate succession, in the law of Serbia and other modern laws of Europe. Through comparative legal analysis we point out both the similarities and differences, as well as the tendencies, that can be discerned in laws of Europe, regarding the manner in which the relationship between kinship, in the lineal descending line on one side and marriage, that is concubinage, on the other side, as legally relevant facts in creating the rules of intestacy, is established. In this way we aim to answer the question, to what extent is the relationship between the kinship in the lineal descending line and marriage in the law of Serbia synchronized with legal standards present in legal systems of the most European countries; and whether there is possibly a need for certain inheritance law reforms in the law of Serbia. Besides that, taking into account the fact that Serbian law belongs to the circle of legislations which give no merit to the fact of cohabitation when it comes to intestacy, this paper considers the justification of the need to legally regulate the inheritance of cohabitation partners in our law.

Key words: kins, descendants, spouse, cohabitation partner, intestacy share.

Originalni naučni rad 347.725:336.763

Dr Vladimir Marjanski, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

OBAVEZE JAVNIH DRUŠTAVA U POGLEDU REDOVNOG PERIODIČNOG IZVEŠTAVANJA JAVNOSTI

Sažetak: *Javna društva kao učesnici na tržištu kapitala imaju obaveze da na različite načine informišu javnost o njihovom pravnom, finansijskom položaju i poslovanju uopšte, kao i o emitovanim hartijama od vrednosti i drugim finansijskim instumentima. Te obaveze mogu se podeliti u 2 grupe. U prvu grupu spada redovno periodično izveštavanje javnosti koje se sastoji u objavljivanju finansijskih izveštaja (godišnjih, polugodišnjih i kvartalnih), kao i izveštaja uprave o poslovanju javnog društva. U drugu grupu spada obaveza povremenog (ad hoc) informisanja javnosti. U radu se vrši analiza obaveza koje javna društva imaju u okviru redovnog periodičnog izveštavanja javnosti. U novom Zakonu o tržištu kapitala, a po uzoru na dve Direktive EU (Direktiva EU o transparentnosti i Direktiva EU o zloupotrebi privilegovanih informacija i manipulacijama na tržištu) obaveze javnih društava regulisane su mnogo detaljnije nego u Zakonu o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata. Iz tog razloga vrši se komparativna analiza rešenja iz ZTHV sa novim rešenjima koja u domenu redovnog periodičnog izveštavanja javnosti donosi Zakon o tržištu kapitala.*

Ključne reči: *javno društvo, hartije od vrednosti, finansijski izveštaj, izveštaj uprave o poslovanju.*

I OPŠTE NAPOMENE

Javno društvo je izdavalac koji ispunjava bar jedan od dva uslova: da je uspešno izvršilo javnu ponudu hartija od vrednosti u skladu sa prospektom čije je objavljivanje odobrila Komisija za hartije od vrednosti (dalje u tekstu: Komisija) ili čije su hartije od vrednosti uključene u trgo-

vanje na regulisanom tržištu[1], odnosno multilateralnu trgovačku platformu (dalje u tekstu: MTP)[2] u Republici Srbiji.[3]

U novom Zakonu o tržištu kapitala za razliku od prethodnog[4], a po uzoru na dve Direktive EU (Direktiva EU o transparentnosti[5] i Direktiva EU o zloupotrebi privilegovanih informacija i manipulacijama na tržištu) obaveze javnih društava regulisane su mnogo detaljnije.[6] Najuopštenije rečeno, obaveze javnog društva sastoje se u redovnom periodičnom izveštavanju i ne redovnom povremenom (*ad hoc*) informisanju javnosti o njegovom pravnom, finansijskom položaju i poslovanju uopšte, kao i o hartijama od vrednosti i drugim finansijskim instumentima čiji je ono izdavalac. Predmet ovog rada biće analiza obaveza javnih društava u okviru redovnog periodičnog izveštavanja javnosti. Treba, međutim, istaći da se neke obaveze ili radnje (npr. dostavljanje pojedinih izveštaja regulisanom tržištu) u okviru redovnog izveštavanja javnosti odnose isključivo na ona javna društva čiji su finansijski instrumenti uvršteni u trgovinu na regulisanom tržištu odnosno MTP[7]. Takođe, obaveze izveštavanja javnosti nemaju javna društva koja isključivo izdaju dužničke hartije od vrednosti kojima se trguje na regulisanom tržištu, odnosno MTP čija je vrednost po jedinici najmanje 50.000 evra u dinarskoj protivvrednosti.[8]

II REDOVNO PERIODIČNO IZVEŠTAVANJE

Redovno periodično izveštavanje sastoji se u obavezi javnog društva da finansijske izveštaje i izveštaje uprave o poslovanju sastavi, usvoji, revidira[9], dostavi određenim subjektima (Komisiji za hartije od vrednosti,

---

[1] U pogledu pojma regulisanog tržišta videti Zakon o tržištu kapitala (Službeni Glasnik RS, br. 31/2011), čl. 2 st. 1 t. 20.

[2] U pogledu pojma multilateralne trgovačke platforme videti Zakon o tržištu kapitala, čl. 2 st. 1 t. 21.

[3] Videti Zakon o tržištu kapitala, čl. 2 st. 1 t. 43.

[4] Zakon o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata (Službeni glasnik RS, br. 47/2006, dalje u fusnotama: ZTHV).

[5] Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 december 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC (dalje u fusnotama i tekstu: Direktiva o transparentnosti), čl. 1.

[6] Videti glavu V Zakona o tržištu kapitala (od čl. 50 do čl. 72)

[7] Videti Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 december 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC (dalje u fusnotama i tekstu: Direktiva o transparentnosti), čl. 1.

[8] Videti Zakon o tržištu kapitala, čl. 56.

[9] Obavezna je revizija godišnjih finansijskih izveštaja.

Agenciji za privredne registre a ponekad i regulisanom tržištu), da ih potom objavi u određenoj formi, te da ih čini dostupnim javnosti u određenom roku na propisan način. Redovno periodično izveštavanje vrši se po unapred utvrđenoj dinamici i u okviru tačno utvrđenih perioda i za razliku od obaveze *ad hoc (*povremenog*)* informisanja javnosti postojanje obaveze redovnog izveštavanja javnosti ne zavisi od nastupanja određenog događaja ili nastanka određene informacije. S obzirom na to da se ova obaveza izvršava u formi odgovarajućih izveštaja (godišnji, polugodišnji, kvartalni) za nju se upotrebljava izraz „redovno periodično izveštavanje".

1. Obaveza objavljivanja finansijskih izveštaja

A. Obaveza objavljivanja godišnjeg finansijskog izveštaja

Osnovna obaveza u okviru redovnog periodičnog izveštavanja javnosti na tržištu kapitala je obaveza javnih društava da objavljuju godišnje finansijske izveštaje. Pod pojmom objavljivanje, u širem smislu, podrazumeva se čitav niz radnji koje je neophodno preduzeti kako bi javnost pravilno, potpuno i blagovremeno bila informisana. To su sastavljanje, revizija izveštaja, njegovo objavljivanje (u užem smislu), dostavljanje izveštaja pojedinim telima (Komisiji, a ponekad i regulisanom tržištu), kao i činjenje dostupnim javnosti izveštaja u određenom roku na propisan način. Između sastavljanja i dostavljanja izveštaja pojedinim telima, vrši se usvajanje izveštaja od strane nadležnog organa društva. Ipak, ako izveštaj ne bude usvojen, to ne može biti smetnja za njegovo objavljivanje u zakonom predviđenom roku. Izveštaj se objavljuje, ali se u tom slučaju obavezno navodi da godišnji izveštaj nije usvojen.[10]

Javno društvo je dužno da sastavi godišnji izveštaj, objavi javnosti i dostavi ga Komisiji, a regulisanom tržištu, odnosno MTP dostavlja ovaj izveštaj ukoliko su hartije od vrednosti tog društva uključene u trgovanje, i to najkasnije četiri meseca nakon završetka svake poslovne godine, kao i da obezbedi da izveštaj bude dostupan javnosti tokom najmanje pet godina od dana objavljivanja.[11]

Dakle, javno društvo je dužno da prvo sastavi finansijski izveštaj. On se sastavlja u skladu sa Zakonom o računovodstvu i reviziji.[12] Minimalna sadržina izveštaja i spisak dokumenata koji se uz njega dostavlja utvrđena je Zakonom o tržištu kapitala[13], a njegovu bližu sadržinu utvrđuje Komisija.[14]

---

[10] O tome će biti reči više tokom narednih razmatranja.
[11] Zakon o tržištu kapitala, čl. 50 st. 1.
[12] „Službeni Glasnik RS" br. 46/2006 i 111/2009.
[13] Videti Zakon o tržištu kapitala, čl. 50 st. 2.
[14] Videti Zakon o tržištu kapitala, čl. 50 st. 8.

Nakon sastavljanja izveštaja, neophodno je izvršiti njegovu reviziju. Revizija se vrši u skladu sa Zakonom o računovodstvu i reviziji.

Zatim se godišnji finansijski izveštaj praćen odgovarajućom izjavom odgovornih lica[15], zajedno sa godišnjim izveštajem o poslovanju društva i izveštajem o reviziji[16] objavljuje i dostavlja Komisiji i regulisanom tržištu odnosno MTP, ukoliko su hartije od vrednosti uključene u trgovanje. Način objavljivanja godišnjeg finansijskog izveštaja utvrđuje Komisija za hartije od vrednosti.[17] Pored ovoga, javno društvo je obavezno da objavi u celini i odluku nadležnog organa o usvajanju godišnjeg izveštaja, odluku o raspodeli dobiti ili pokriću gubitka ako ove odluke nisu sastavni deo godišnjeg izveštaja.

Ukoliko nadležni organ javnog društva ne usvoji godišnji izveštaj[18] u roku predviđenom u članu 50 st. 1 Zakona o tržištu kapitala, javno društvo je i pored toga obavezno da ga objavi u tom roku, uz obaveznu napomenu da godišnji izveštaj nije usvojen od strane nadležnog organa društva. Ako javno društvo naknadno usvoji godišnji izveštaj obavezno je da u roku od sedam dana od dana usvajanja objavi javnosti da je godišnji izveštaj usvojen od strane nadležnog organa društva, i da ga objavi ako se razlikuje od prethodnog.[19]

Pored Zakona o tržištu kapitala Zakonom o računovodstvu i reviziji predviđena je opšta obaveza za sve privredne subjekte (pravna lica i preduzetnike), pa istovremeno i javna društva da sastave, usvoje i dostave redovne godišnje finansijske izveštaje (u daljem tekstu: godišnji finansijski izveštaj) Agenciji za privredne subjekte kod koje se vodi registar finansijskih izveštaja.[20] Pravna lica i preduzetnici dužni su da svoje godišnje finansijske izveštaje za prethodnu godinu dostave

---

[15] To je izjava odgovornih lica za njegovo sastavljanje, da je godišnji izveštaj sastavljen uz primenu odgovarajućih međunarodnih standarda finansijskog izveštavanja, te da daje istinite i objektivne podatke o imovini, obavezama, finansijskom položaju i poslovanju, dobicima i gubicima, tokovima gotovine i promenama na kapitalu javnog društva, uključujući i njegova društva koja su uključena u konsolidovane izveštaje (videti Zakon o tržištu kapitala, čl. 50 st. 2)

[16] Izveštaj o reviziji koji je potpisalo lice odgovorno za reviziju finansijskih izveštaja u celini se obelodanjuje javnosti zajedno sa godišnjim finansijskim izveštajem.

[17] Zakon o tržištu kapitala, čl. 50 st. 2.

[18] U zakonu nije precizirano da li je reč o godišnjem finansijskom izveštaju ili godišnjem izveštaju o poslovanju, pa nije jasno da li se to odnosi na obe vrste izveštaja. Ciljno tumačenje govori u prilog stavu da se to odnosi na obe vrste izveštaja. Ipak st. 2 člana 50 Zakona o tržištu kapitala u kome je utvrđena sadržina godišnjeg finansijskog izveštaja počinje rečenicom „godišnji izveštaj sadrži“, pa se u skladu sa jezičkim tumačenjem može izvesti zaključak da se i član 51 zakona odnosi samo na godišnje finansijske izveštaje.

[19] Zakon o tržištu kapitala, čl. 51 st. 2.

[20] Zakon o računovodstvu i reviziji, čl. 24.

Agenciji za privredne registre najkasnije do kraja februara tekuće godine, osim ako posebnim propisom nije drugačije određeno.[21] Drugi deo rečenice ukazuje na mogućnost drugačijeg regulisanja ovog pitanja putem posebnog propisa, ali nije jasno u kom pogledu. Nije jasno da li je moguće potpuno drugačije regulisanje (npr. Da se izveštaj podnosi nekom drugom subjektu) ili je reč o mogućnosti dostavljanja Agenciji za privredne registre u drugačijem roku propisanom posebnim zakonom. Stoga ostaje sporno da li se ova obaveza odnosi na javna društva, s obzirom na to da u odnosu na njih postoji gore opisana posebna obaveza dostavljanja godišnjih finansijskih izveštaja Komisiji za hartije od vrednosti uspostavljena Zakonom o tržištu kapitala. Analizom drugih odredbi u kojima se izričito navode javna društva stiče se utisak da ona nisu oslobođena ove obaveze.[22] Čak šta više, u obveznike revizije, koji su dužni da Agenciji za privredne registre uz redovne godišnje finansijske izveštaje najkasnije do 30. septembra dostave i izveštaj revizora o obavljenoj reviziji godišnjih finansijskih izveštaja, pored velikih i srednjih preduzeća ubrajaju se i mala preduzeća ako imaju status javnog društva (mala preduzeća koja javnom ponudom izdaju hartije od vrednosti ili čijim se hartijama od vrednosti trguje na organizovanom tržištu hartija od vrednosti).[23] Ovde nema odredbe o mogućnosti drugačijeg uređenja ove obaveze putem posebnog propisa. Agencija je potom dužna da na internet stranici Registra finansijskih izveštaja objavi registrovane godišnje finansijske izveštaje najkasnije do 30. Juna, a ostalu dokumentaciju u koju spada i izveštaj revizora o obavljenoj reviziji najkasnije do 31. Oktobra, osim ako posebnim propisom nije drukčije uređeno.[24] Čini nam se da se drugi deo rečenice koji pruža mogućnost drugačijeg regulisanja ovog pitanja odnosi isključivo na rokove za objavljivanje izveštaja, a ne i na oslobađanje pojedinih obveznika ove obaveze, ako je za njih ista obaveza na drugačiji način regulisana posebnim propisom.

Iz navedenog proističe da se na javna društva primenjuje **paralelni sistem informisanja javnosti o godišnjim finansijskim izveštajima.** Jedan se odvija uz učešće Komisije za hartije od vrednosti odnosno regulisanog tržišta, a drugi posredstvom Agencije za privredne registre. Prvi je, u pogledu postupka, rokova za podnošenje godišnjeg finansijskog izveštaja, njegove forme, sadržine, propratnih dokumenata i načina objavlji-

[21] Zakon o računovodstvu i reviziji, čl. 30 st 1.

[22] U dosadašnjoj praksi javna društva su redovno dostavljala godišnje finansijske izveštaje i Agenciji za privredne registre.

[23] Zakon o računovodstvu i reviziji, čl. 37 st. 1.

[24] Zakon o računovodstvu i reviziji, čl. 34 st. 1.

vanja regulisan putem Zakona o tržištu kapitala, kao i odgovarajućim podzakonskim aktima koje donosi Komisija, a drugi, Zakonom o računovodstvu i reviziji i odgovarajućim pravilnikom.[25] Ne upuštajući se u analizu paralelnih rešenja smatramo da bi ovakvo dvostruko opterećenje u pogledu pružanja informacija o godišnjim finansijskim izveštajima od strane privrednih subjekata, a koji istovremeno imaju status javnog društva, *de lege ferenda* trebalo izbeći.

B) Obaveza objavljivanja polugodišnjeg finansijskog izveštaja

Pored obaveze objavljivanja godišnjeg finansijskog izveštaja, u okviru tzv. Redovnog periodičnog informisanja javnosti javna društva čijim se hartijama od vrednosti trguje na regulisanom tržištu imaju obavezu objavljivanja[26] polugodišnjeg finansijskog izveštaja.

Javno društvo čijim se hartijama od vrednosti trguje na regulisanom tržištu obavezno je da za prvih šest meseci poslovne godine, što pre, a najkasnije u roku od dva meseca nakon završetka navedenog polugodišta, sastavi polugodišnji izveštaj prema pravilima koja važe za godišnji izveštaj, objavi ga, dostavi Komisiji i regulisanom tržištu na kom su hartije od vrednosti tog društva uključene u trgovanje.[27] Minimalna sadržina izveštaja i spisak dokumenata koji se uz njega dostavlja utrvrđena je Zakonom o tržištu kapitala[28], a njegovu bližu sadržinu i način objavljivanja utrvđuje Komisija.[29] Isto kao i u slučaju godišnjeg izveštaja javno društvo je dužno da obezbedi da izveštaj bude dostupan javnosti najmanje pet godina od dana objavljivanja.[30]

Za razliku od godišnjeg finansijskog izveštaja, polugodišnji izveštaj ne mora biti revidiran, pa se po prirodi stvari, uz njega ne dostavlja obavezno izveštaj o reviziji. U tom slučaju je, međutim, neophodno da polugodišnji izveštaj obavezno sadrži izjavu o tome da izveštaj nije revidiran.[31] U suprotnom, ako je izveštaj revidiran, javno društvo je obavezno

---

[25] Pravilnik o bližim uslovima i postupku prijema, kontrole, registracije, obrade i objavljivanja finansijskih izveštaja, načinu vođenja i sadržini Registra finansijskih izveštaja i podataka o bonitetu pravnih lica i preduzetnika, kao i davanju podataka iz tih izveštaja (Sl. Glasnik RS, br. 2/2010 i 102/2010)

[26] Pod objavljivanjem se ovde takođe podrazumeva njegovo sastavljanje, revizija, objavljivanje (u užem smislu), dostavljanje određenim telima i činjenje dostupnim javnosti u propisanom roku.

[27] Zakon o tržištu kapitala, čl. 52 st. 1.

[28] Videti Zakon o tržištu kapitala, čl. 52 st. 3.

[29] Videti Zakon o tržištu kapitala, čl. 52 st. 7.

[30] Zakon o tržištu kapitala, čl. 52 st. 2.

[31] Videti Zakon o tržištu kapitala, čl. 52 st. 6.

da objavi javnosti i izveštaj o reviziji na isti način i u roku koji je propisan za objavljivanje polugodišnjeg izveštaja.[32]

V) Obaveza objavljivanja kvartalnih izveštaja

Obaveza objavljivanja kvartalnih izveštaja predstavlja potpunu novinu u Zakonu o tržištu kapitala. ZTHV nije predviđao ovu obavezu. Obavezu objavljivanja kvartalnih izveštaja imaju samo javna društva čijim se hartijama od vrednosti trguje na listingu regulisanog tržišta (tzv. kotirana društva).

Javno društvo čijim se hartijama od vrednosti trguje na listingu regulisanog tržišta dužno je da sastavi, objavi javnosti i dostavi Komisiji i regulisanom tržištu kvartalni izveštaj najkasnije 45 dana nakon završetka svakog od prva tri tromesečja tekuće poslovne godine, kao i da obezbedi da ovaj izveštaj bude dostupan javnosti najmanje pet godina od dana objavljivanja.[33] Kvartalni izveštaji se objavljuju tri puta u toku godine za prva tri tromesečja kalendarske godine. Poslednje tromesečje kalendarske godine obuhvaćeno je godišnjim finansijskim izveštajem. U pogledu minimalne obavezne sadržine kvartalnih izveštaja i dokumenata koji se uz njega dostavljaju primenjuju se odredbe koje se odnose na polugodišnji izveštaj. Iako Zakon o tržištu kapitala pominje odrednicu „kvartalni izveštaj" a ne „kvartalni finansijski izveštaj" ili „kvartalni izveštaj o poslovanju" jasno je da je zapravo reč o obavezi objavljivanja obe vrste izveštaja s obzirom na to da se na minimalnu sadržinu i spisak dokumenata koji se objavljuju shodno primenjuju odredbe člana 52 st 3. Zakona o tržištu kapitala koje se odnose na obe vrste polugodišnjih izveštaja.

2. Obaveza objavljivanja izveštaja uprave o poslovanju javnog društva

Objavljivanje godišnjih i periodičnih izveštaja uprave o poslovanju takođe spada u obavezu javnog društva da redovno periodično pruža odgovarajuće informacije na tržištu kapitala, s tim što se obaveza objavljivanja polugodišnjeg izveštaja o poslovanju odnosi isključivo na javna društva čije su hartije od vrednosti uključene na regulisano tržište, a obaveza objavljivanja kvartalnih izveštaja samo na javna društva čijim se hartijama od vrednosti trguje na listingu regulisanog tržišta.[34] Zakon o tržištu kapitala propisuje minimalnu sadržinu godišnjeg i polugodišnjeg iz-

[32] Videti Zakon o tržištu kapitala, čl. 52 st. 5.
[33] Zakon o tržištu kapitala, čl. 53 st. 1.
[34] Videti Zakon o tržištu kapitala, čl. 52 st. 2 t. 6.

veštaja o poslovanju, kao i spisak dokumenata koji se uz njega obavezno dostavljaju, dok se u pogledu kvartalnih izveštaja shodno primenjuju odredbe koje se odnose na polugodišnji izveštaj.[35]

3. Pregled novih rešenja koja donosi Zakon o tržištu kapitala u domenu redovnog periodičnog izveštavanja

A) Nova rešenja u domenu regulisanja obaveze objavljivanja godišnjeg finansijskog izveštaja

S obzirom na to da se u trenutku pisanja ovog rada još primenjuje ZTHV[36] u okviru ovog naslova daje se kratak uporedni pregled novih rešenja sadržanih u Zakonu o tržištu kapitala sa onima iz ZTHV.

U pogledu obaveze objavljivanja godišnjeg finansijskog izveštaja ZTHV je predviđao obavezu javnom društvu da Komisiji, organizatoru tržišta i brokersko-dilerskom društvu sa kojim ima zaključen ugovor dostavi: usvojen finansijski izveštaj najkasnije do 31. Marta tekuće godine za prethodnu poslovnu godinu, usvojen izveštaj o izvršenoj reviziji godišnjeg finansijskog izveštaja osam dana od izvršene revizije, a najkasnije do 15. Jula tekuće godine za prethodnu poslovnu godinu.[37] Takođe, javno društvo je bilo dužno da, najkasnije u roku od tri dana od dana isteka roka za predaju izveštaja o obavljenoj reviziji godišnjeg finansijskog izveštaja objavi u jednom dnevnom listu koji se distribuira na celoj teritoriji Republike izvod iz godišnjeg finansijskog izveštaja.[38] Ova materija je u nekoliko segmenata drugačije regulisana u novom Zakonu o tržištu kapitala.

Prvo, prema Zakonu o tržištu kapitala neophodno je objaviti kompletan godišnji finansijski izveštaj zajedno sa izveštajima o reviziji finansijskih izveštaja i izveštajem nezavisnog revizora, i to najkasnije četiri meseca posle isteka svake poslovne godine. Dakle, za razliku od ZTHV prema Zakonu o tržištu kapitala nije prihvatljivo objavljivanje izvoda iz godišnjeg finansijskog izveštaja umesto kompletnog godišnjeg finansijskog izveštaja praćenog izveštajem revizora.

---

[35] Videti Zakon o tržištu kapitala, čl. 50 st. 3 i 4, čl. 52 st. 2 t.6.

[36] Zakon o tržištu kapitala stupio je na snagu osmog dana od njegovog objavljivanja (objavljen je 5. maja 2011. godine), ali će se primenjivati po isteku 6 meseci od dana njegovog stupanja na snagu, osim odredaba kojima se daju ovlašćenja za donošenje propisa, opštih i drugih akata kojima se vrši usklađivanje rada i poslovanja određenih subjekata sa odredbama ovog i drugog zakona, koje se primenjuju od dana stupanja na snagu Zakona o tržištu kapitala. Videti Zakon o tržištu kapitala, čl. 305.

[37] ZTHV, čl. 65 st. 1 t. 1.

[38] Videti ZTHV, čl. 66 st. 1.

Drugo, rokovi za objavljivanje izveštaja u ZTHV bili su određeni suviše kasno. Naime, sredinom godine do kada se moglo „otezati" sa objavljivanjem, mnogi podaci u njima bili su neaktuelni. Zbog toga je rok za objavljivanje u Zakonu o tržištu kapitala postavljen mnogo ranije (do kraja aprila tekuće godine za prethodnu poslovnu godinu) kako bi to imalo neki značaj za ulagače.[39]

Treće, u Zakonu o tržištu kapitala ne postoji obaveza dostavljanja izveštaja brokersko-dilerskom društvu.

Četvrto, prema Zakonu o tržištu kapitala javno društvo dužno je da se stara o tome da izveštaj bude dostupan javnosti najmanje sledećih pet godina. ZTHV ne sadrži takvu normu.

Peto, u slučaju da izveštaj ne bude usvojen, Zakon o tržištu kapitala za razliku od ZTHV pored obaveznog objavljivanja te informacije, predviđa i obavezu javnog društva da informaciju o naknadnom usvajanju izveštaja od strane nadležnog organa društva zajedno sa njegovim eventualnim izmenama objavi javnosti.

Šesto, dok je ZTHV ostavljao neograničenu diskreciju Komisiji za hartije od vrednosti da svojim aktom utvrdi sadržinu i način objavljivanja izvoda iz finansijskih izveštaja, Zakon o tržištu kapitala predviđa minimalan set dokumenata koji se uz godišnji finansijski izveštaj objavljuju, kao i njegovu obaveznu minimalnu sadržinu.

B) Nova rešenja u domenu regulisanja obaveze objavljivanja polugodišnjeg finansijskog izveštaja

Kada je reč o objavljivanju polugodišnjeg finansijskog izveštaja Zakon o tržištu kapitala takođe unosi izvesne novine u odnosu na ZTHV.

Prvo, prema ZTHV svako javno društvo je bilo dužno da Komisiji za hartije od vrednosti, organizatoru tržišta i brokersko-dilerskom društvu sa kojim ima zaključen ugovor dostavi usvojen polugodišnji finansijski izveštaj najkasnije do 31. Avgusta tekuće godine.[40] Zakon o tržištu kapitala, međutim, predviđa obavezu objavljivanja polugodišnjeg finansijskog izveštaja samo za javna društva čije su hartije od vrednosti uključene na regulisano tržište, a ne za sva kako je to bilo predviđeno u ZTHV.

Drugo, u ZTHV je za razliku od obaveze objavljivanja godišnjeg finansijskog izveštaja postojala samo obaveza dostavljanja polugodišnjeg finansijskog izveštaja navedenim subjektima, ali ne i obaveza njegovog

[39] Ova kritika je izneta kod Nebojša Jovanović, *Berzansko pravo*, Beograd, 2009, str. 526.

[40] Videti ZTHV, čl. 65 st. 1 t. 3.

objavljivanja. Prema Zakonu o tržištu kapitala javno društvo čije su hartije od vrednosti uvrštene na regulisano tržište dužno je ne samo da dostavi izveštaj Komisiji i regulisanom tržištu, već i da ga objavi.

Slično kao i u slučaju obaveze objavljivanja godišnjeg finansijskog izveštaja, Zakon o tržištu kapitala ne predviđa obaveznu dostavu izveštaja brokersko-dilerskom društvu i za razliku od ZTHV propisuje obaveznu minimalnu sadržinu polugodišnjeg finansijskog izveštaja i spisak dokumenata koji se uz njega dostavljaju. Konačno, u ZTHV nije postojala obaveza javnog društva da polugodišnji finansijski izveštaj čini dostupnim javnosti u određenom roku nakon objavljivanja.

V) Uvođenje obaveze objavljivanja kvartalnih izveštaja

Obaveza objavljivanja kvartalnih izveštaja predstavlja potpunu novinu u Zakonu o tržištu kapitala, jer ZTHV nije predviđao ovu obavezu. Prema Zakonu o tržištu kapitala ovu obavezu imaju samo javna društva čijim se hartijama od vrednosti trguje na listingu regulisanog tržišta (tzv. kotirana društva). Kvartalni izveštaji se objavljuju tri puta u toku godine za prva tri tromesečja kalendarske godine. U pogledu minimalne obavezne sadržine kvartalnih izveštaja i dokumenata koji se uz njega dostavljaju primenjuju se odredbe koje se odnose na polugodišnji izveštaj.

G) Nova rešenja u domenu regulisanja obaveze objavljivanja izveštaja o poslovanju

Zakon o tržištu kapitala drugačije reguliše i obavezu objavljivanja izveštaja o poslovanju. Za razliku od Zakona o tržištu kapitala ZTHV je predviđao obavezu objavljivanja dve vrste dokumenata koji se odnose na poslovanje javnog društva: godišnji izveštaj o poslovanju i izjavu o šestomesečnom planu poslovanja. Interesantno je, međutim, da su ove obaveze prema ZTHV teretile samo izdavaoca akcija (akcionarsko društvo) čijim se akcijama trgovalo na organizovanom tržištu, a ne i druga javna društva čijim se hartijama trguje na navedenom tržištu, kao što je to sada predviđeno Zakonom o tržištu kapitala. Ne postoji opravdan razlog zbog koga ovu obavezu ne bi imala javna društva čijim se, na primer, dužničkim hartijama od vrednosti trguje na organizovanom tržištu, pa je ova obaveza u Zakonu o tržištu kapitala propisana za sva javna društva čije su hartije od vrednosti uvrštene na regulisano tržište.[41]

[41] U Zakonu o tržištu kapitala izraz organizovano tržište zamenjen je adekvatnijim izrazom „regulisano tržište“, budući da ne mora svako regulisano tržište da ima organizatora.

Vladimir Marjanski, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Regular Periodical Public Disclosure Obligations of Public Companies

Abstract

Public companies in the capacity of capital market participants have the obligation to inform the public on their legal and financial status, their general business operations, as well as on the issuance of securities and other financial instruments. Such obligations may be divided into two groups: The first group consists of regular periodical public disclosures, such as the publication of financial reports (annual, semi-annual and quarterly), and the management's reports on the public company's business operations. The second group comprises the obligation of occasional (ad hoc) public disclosure. The thesis analyses the obligation of public companies to inform the public in course of their regular reporting. The new Capital Market Law based on two EU Directives (the Transparency Directive and the Directive on Public Disclosure of Inside Information and the Definition of Market Manipulation) regulates such obligation of public companies in substantially more detail than the prior Law on the Market of Securities and Other Financial Instruments (hereinafter: ZTHV). Due to the above the ZTHV's provisions are compared to the new solutions within the domain of regular periodical disclosure of the Capital Market Law.

Key words: public company, securities, financial reports, management reports on business operations.

Originalni naučni rad 347.751

Dr Sandra Fišer-Šobot, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NESAOBRAZNOST ROBE ZA KOJU PRODAVAC NE ODGOVARA

Sažetak: *Prodavac snosi odgovornost ukoliko kupcu isporuči nesaobraznu robu. U pravu međunarodne i domaće prodaje postoje slučajevi u kojima je i pored postojanja nesaobraznosti robe odgovornost prodavca isključena. Prvo, strane mogu svojim sporazumom isključiti ili ograničiti odgovornost prodavca za nedostatke robe. Drugo, prodavac, po pravilu, ne odgovara za neznatne nedostatke robe. Treće, prodavac neće odgovarati ako ga kupac ne obavesti blagovremeno i uredno o nesaobraznosti robe. I poslednje, prodavac ne snosi odgovornost za nedostatke robe ako je kupac u vreme zaključenja ugovora za njih znao ili mu oni nisu mogli biti nepoznati.*

U radu je razmatrano isključenje odgovornosti prodavca kod isporuke robe sa neznatnim nedostacima i isključenje odgovornosti za nesaobraznost robe zbog znanja kupca o nedostatku u vreme zaključenja ugovora. Analizirane su pravne norme sadržane u Konvenciji UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe i Zakonu o obligacionim odnosima, kao i relevantna sudska i arbitražna praksa.

Ključne reči*: saobraznost robe, odgovornost prodavca, isključenje odgovornosti, ugovor o prodaji.*

1. Uvod

Prodavac je dužan da kupcu isporuči robu bez materijalnih nedostataka. Kupac prema prodavcu stiče zahtev za naknadu štete u slučaju isporuke nesaobrazne robe ako se kumulativno ispune sledeći uslovi. Prvo, potrebno je da je roba nesaobrazna, odnosno da ima materijalni nedosta-

tak. Drugo, nedostatak mora postojati u određenom trenutku. Osnovno je pravilo da roba mora biti ispravna u vreme prelaska rizika na kupca. Izuzetno, pod određenim uslovima prodavac će odgovarati za nedostatke i nakon što je rizik prešao na kupca. Treće, kupac mora blagovremeno obavestiti prodavca o nedostatku. Četvrto, ne smeju postojati okolnosti koje vode isključenju odgovornosti prodavca.[1]

Isključenje odgovornosti prodavca za nesaobraznost robe je moguće u sledećim slučajevima. Prvo, strane svojim sporazumom mogu ograničiti ili isključiti odgovornost prodavca za nesaobraznost isporučene robe. Pravila u *Konvenciji UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*[2] (u daljem tekstu: Bečka konvencija, BK) o isključenju odgovornosti prodavca su dispozitivna,[3] pa je moguće da strane drugačije u ugovoru urede ovo pitanje ili da nešto drugo proizlazi iz običaja ili prakse uspostavljene između njih.[4]

I u našem pravu su pravila o odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke dispozitivne prirode. Stoga ugovorne strane mogu ograničiti ili sasvim isključiti prodavčevu odgovornost za materijalne nedostatke stvari.[5] Međutim, odredba ugovora kojom se ograničava ili isključuje odgovornost za nedostatke stvari je ništava ako je nedostatak bio poznat prodavcu, a on o njemu nije obavestio kupca, kao i kad je prodavac nametnuo tu odredbu koristeći svoj poseban monopolski položaj.[6]

Drugo, u srpskom pravu prodavac ne odgovara za neznatne nedostatke isporučene robe. S druge strane, BK ne predviđa isključenje odgovornosti prodavca za neznatnu nesaobraznost, dok su stavovi doktrine podeljeni po pitanju da li prodavac odgovara i za neznatnu nesaobraznost.

Treće, pravo da se poziva na nesaobraznost isporučene robe i da zahteva naknadu štete ima samo kupac koji je uredno i blagovremeno obavestio prodav-

---

[1] Potrebno je razlikovati isključenje odgovornosti prodavca i oslobođenje prodavca od odgovornosti. U prvom slučaju postoji povreda ugovora od strane prodavca, ali kupac prema prodavcu ne može istaći zahtev za naknadu štete zbog postojanja okolnosti koje vode isključenju njegove odgovornosti. U drugom slučaju, međutim, kupac ima zahtev za naknadu štete, ali je prodavac oslobođen pravnih posledica povrede ugovora, odnosno oslobođen je obaveze naknade štete. Dakle, pravne posledice isključenja i oslobođenja od odgovornosti su iste jer prodavac nema obavezu naknade štete. Osnovna razlika između isključenja odgovornosti i oslobođenja od odgovornosti je u tome što u prvom slučaju kupac prema prodavcu ni ne stiče zahtev za naknadu štete.

[2] Konvencija Ujedinjenih Nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (Službeni list SFRJ 10/1/84 od 31.12.1984.; dalje u fusnotama: BK)

[3] Videti čl. 6 BK.

[4] Videti čl. 9 BK.

[5] Videti čl. 486(1) Zakona o obligacionim odnosima (Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 57/89, 31/93.; dalje u fusnotama: ZOO).

[6] Videti čl. 486(2) ZOO.

ca o prirodi nedostataka robe.[7] Drugim rečima, ako kupac nije blagovremeno i na odgovarajući način prodavcu reklamirao nedostatke prodavac za njih neće odgovarati. Izuzetno, kupcu neće štetiti i ako nije obavestio prodavca o nedostacima robe, kad se nedostatak saobraznosti odnosi na činjenice koje su prodavcu bile poznate ili mu nisu mogle biti nepoznate, a on ih nije otkrio kupcu.[8] U međunarodnoj prodaji robe prodavac će odgovarati za nedostatke robe i kada ga kupac nije obavestio o nesaobraznosti robe, ali za to ima razumno opravdanje. U ovom slučaju, kupac zadržava, doduše ograničeno, pravo na naknadu štete, jer može zahtevati pretrpljenu štetu, ali ne i izgubljenu dobit.[9]

I poslednje, odgovornost prodavca za nesaobraznost je isključena ako je prilikom zaključenja ugovora kupac za nedostatke znao ili mu nisu mogli ostati nepoznati. Navedeno pravilo predstavlja konkretizaciju načela savesnosti i poštenja.

Predmet analize u ovom radu su određeni slučajevi u kojima je isključena odgovornost prodavca za nesaobraznost robe. U prvom delu rada će biti razmotreno da li u međunarodnoj i domaćoj prodaji prodavac odgovara za neznatne nedostatke robe, dok će drugi deo biti posvećen isključenju odgovornosti prodavca za nesaobraznost robe zbog znanja kupca o nedostatku u vreme zaključenja ugovora. Takođe, razmatranja koja slede će biti zasnovana na pretpostavci da strane nisu ništa drugo ugovorile i da ima mesta primeni relevantnih odredbi BK, odnosno ZOO.

2. Neznatan materijalni nedostatak

Pravilo o neznatnom materijalnom nedostatku za koji prodavac ne snosi odgovornost sadrži čl. 33(2) *Jednoobraznog zakona o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari* (u daljem tekstu: ULIS). Navedenom normom je predviđeno da se razlike u količini, odsustvo nekog dela, odsustvo nekog svojstva ili neke odlike ne uzimaju u obzir kad su bez značaja. Dakle, nedostaci koji nemaju značaj ne vode nesaobraznosti robe. Da li je nedostatak neznatan procenjuje se prema objektivnom kriterijumu.[10]

---

[7] Videti čl. 39(1) BK, čl. 481(1) i 482(1) ZOO. O dužnosti obaveštavanja prodavca o nedostacima, sadržaju i formi obaveštenja videti više kod S. Fišer-Šobot, Pojam, sadržaj i forma obaveštenja o nesaobraznosti robe u međunarodnom i domaćem pravu, *Pravo i privreda*, br. 4-6/2010, str. 435-449. O roku za obaveštavanje videti više kod S. Fišer-Šobot, Rok za obaveštavanje o nesaobraznosti isporučene robe u međunarodnom i domaćem pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2010, str. 265-279.

[8] Videti čl. 40 BK, 485 ZOO.

[9] Videti čl. 44 BK.

[10] Videti više kod M. Hutter, *Die Haftung des Verkäufers für Nichtlieferung bzw. Lieferung vertragswidriger Ware nach dem Wiener UNCITRAL-Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11. April 1980*, Allgäu, 1988, str. 52.

S druge strane, Bečka konvencija ne predviđa izričito da prodavac nije odgovoran za neznatne nedostatke saobraznosti. Regulisanje neznatnih nedostataka je izostavljeno već u nacrtima konvencije iz 1976 i 1977. godine. Na Bečkoj konferenciji je iznet predlog da se rešenje iz ULIS-a unese u konvenciju, ali nije prihvaćen. U doktrini je zauzet stav da je pravilo o isključenju odgovornosti kod neznatnih nedostataka svesno izostavljeno iz BK i da je prodavac, u principu, odgovoran i za neznatne nedostatke.[11] Prema drugom mišljenju, pravilo po kome prodavac ne odgovara za neznatne nedostatke prećutno i dalje važi, a svoje uporište ima u načelu savesnosti i poštenja iz čl. 7(1) BK.[12]

Iako ih BK ne definiše smatramo da se neznatnim mogu smatrati nedostaci koji ne utiču na mogućnost korišćenja robe. U svakom slučaju, neznatna nesaobraznost nikada ne može predstavljati bitnu povredu ugovora iz čl. 25 BK. Sledstveno tome, kupac ne može raskinuti ugovor zbog neznatnog nedostatka. To dalje znači da kupac može zahtevati samo konkretno odmeravanje naknade štete u skladu sa čl. 74 BK i pritom je dužan da pretrpljenu štetu i dokaže. Međutim, postavlja se pitanje da li u praksi uopšte mogu nastati takvi slučajevi u kojima će kupac ostvariti naknadu štete zbog neznatne nesaobraznosti.

Prema našem mišljenju, za pitanje odgovornosti prodavca za neznatne nedostatke će redovno biti merodavni trgovački običaji, običaji struke i praksa uspostavljena između strana. Drugim rečima, do primene BK po ovom pitanju u većini slučajeva neće ni doći. Pa ipak bilo bi dobro da je u Bečkoj konvenciji određen pojam neznatnog nedostatka i da je izričito predviđeno da prodavac ne snosi odgovornost za neznatnu nesaobraznost robe. Takvo rešenje bi doprinelo pravnoj sigurnosti i bilo bi u skladu sa načelom *de minimis non curat lex*.

U našem pravu, prema čl. 478 (3) ZOO prodavac neće odgovarati za neznatan materijalni nedostatak. Prema uz. br. 155 *Opštih uzansi za promet robom*[13] iz 1954. godine (u daljem tekstu: OUZ) kupac ne može odbiti prijem robe ako razlika u kvalitetu ne prelazi granice uobičajenog odstupanja, izuzev kad ugovor sadrži odredbu «bez tolerancije» ili sličnu odredbu.

---

[11] Tako P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, New York, 2005², str. 425; U. Magnus, *J. von Staudingers Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, str. 354. Prema mišljenju nekih autora izostavljanje pravila o isključenju odgovornosti kod neznatnih nedostataka nije dobro. Videti više kod P. Schlechtriem, *The Seller`s Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, str. 6-22, dostupno na *www.cisg.law.pace.edu*.

[12] Videti više M. Hutter, *nav. delo*, str. 52.

[13] Službeni list FNRJ br. 15/54.

Neznatan nedostatak je onaj nedostatak koji prema poslovnim običajima i okolnostima konkretnog posla ne smeta redovitoj upotrebi stvari odnosno upotrebi za koju je kupac kupio.[14] Da li postoji neznatan nedostatak je faktičko pitanje koje treba rešavati prema okolnostima konkretnog slučaja. Najpre u obzir treba uzeti volju ugovornih strana, jer sami ugovarači mogu svojim sporazumom odrediti da nisu dozvoljena nikakva odstupanja u kvalitetu ili količini. Tada prodavac odgovara i za neznatan nedostatak. Drugo, pri proceni da li je nedostatak neznatan treba uzeti u obzir ovlašćena očekivanja obe ugovorne strane, kao i pravila prometa, a ne samo interese kupca.[15] I poslednje, mora se voditi računa o prirodi stvari. Ako je predmet ugovora o prodaji npr. precizan merni uređaj onda nisu prihvatljiva ni najmanja odstupanja. Nasuprot tome, postoji roba kod koje su određena odstupanja dozvoljena i uobičajena.

3. Znanje kupca o nedostatku

U međunarodnom i domaćem pravu je prihvaćeno pravilo da prodavac neće odgovarati za nedostatke robe ukoliko je kupac u vreme zaključenja ugovora za njih znao ili mu oni nisu mogli biti nepoznati.[16] Navedeno pravilo predstavlja konkretizaciju načela savesnosti i poštenja.

Isključenje odgovornosti prodavca u ovom slučaju je opravdano iz dva razloga. Prvo, na osnovu zaključenog ugovora o prodaji kupac očekuje da za svoj novac dobije robu određenih svojstava. Međutim, kupčeva očekivanja u pogledu kvaliteta isporučene robe ne mogu biti izneverena ako je on prilikom zaključenja ugovora znao da kupuje robu sa nedostacima. Drugo, u međunarodnoj trgovini čl. 35(2) BK predstavlja pretpostavku prećutne volje ugovornih strana, koja u slučaju znanja kupca o nedostacima nije opravdana. U tom slučaju, kupac ne može očekivati od prodavca da prećutno garantuje uobičajene ili naročite kvalitete robe.

U praksi će do primene čl. 35(3) BK i čl. 480(1) ZOO najčešće doći kad kupac kupuje individualno određenu stvar i polovnu stvar (npr. polovna mašina[17]).

Isključenje odgovornosti prodavca za isporuku robe sa nedostacima je moguće ako se ispune određeni uslovi. Prvo, potrebno je da je kupac znao za nedostatke na robi ili da mu oni nisu mogli biti nepoznati. Drugo, znanje kupca mora postojati u vreme zaključenja ugovora. Treće, isključenje od-

[14] B. Vizner, I. Bukljaš, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima,* knjiga 3, Zagreb, 1979, str. 1593.

[15] Videti više kod M. Hutter, *nav. delo*, str. 53.

[16] Videti čl. 35(3) BK, čl. 36 ULIS, čl. 480(1) ZOO, uz. br. 136 OUZ.

[17] Switzerland, *Tribunal Cantonal de Vaud*, 28 October 1997, dostupno na *www.unilex.info*.

govornosti prodavca je moguće samo u konvencijom i zakonom predviđenim slučajevima. Pritom je različit domašaj isključenja prema BK i ZOO. Kod međunarodne prodaje isključenjem su obuhvaćeni slučajevi kad roba ne odgovara objektivnim standardima iz čl. 35(2) BK. U srpskom pravu, prodavac neće odgovarati ako stvar nema potrebna svojstva za njenu redovnu upotrebu ili promet i ako stvar nema svojstva i odlike koje su izričito ili prećutno ugovorene, odnosno propisane. I poslednje, isključenje odgovornosti prodavca nije apsolutno jer će on odgovarati u slučaju svoje nesavesnosti, odnosno ako je kupcu obećao svojstva i odlike koje roba nema ili ako je kupcu zlonamerno prećutao mane. Razlika između srpskog i prava međunarodne prodaje se ogleda u tome što naš zakon izričito predviđa navedeno pravilo u čl. 480(3), dok u BK ono proizlazi iz drugih odredbi.

3.1. Znanje kupca

Kupac nema obavezu pregleda robe pre zaključenja ugovora radi utvrđivanja njene eventualne nesaobraznosti. Međutim, ako je kupac robu koja mu je namenjena video ili čak i pregledao do zaključenja ugovora, on se ne može kasnije pozivati na njenu nesaobraznost i ne može se koristiti pravnim sredstvima zbog isporuke nesaobrazne robe. Isto važi i kad kupac pre zaključenja ugovora nije video robu, ali je znao za nesaobraznost ili mu ona nije mogla biti nepoznata.

Prodavac ne snosi odgovornost za nesaobraznost ako kupac *zna* za nedostatke na robi ili mu oni *nisu mogli biti nepoznati*. Reč *zna* podrazumeva pozitivno znanje kupca o nedostatku na robi, odnosno da je kupac činjenično (stvarno) znao za nesaobraznost. Za kupca se može reći da poznaje mane ako ih poznaje u celini.[18] Stvarno znanje kupca postoji ako mu je prodavac obelodanio nedostatak. Prodavac kupca može obavestiti i o vidljivim i o skrivenim nedostacima. Potom, kupac zna za nedostatak ako ga sam uoči. Takođe, unošenje u ugovor klauzule npr. kupljeno u viđenom stanju, stvara pretpostavku da je kupac bio upoznat sa stanjem robe i njenim eventualnim manama, pa prodavca oslobađa od odgovornosti za očigledne nedostatke.

Ako kupac zna kakvu robu će mu prodavac isporučiti, on ne može da zahteva robu boljih svojstava ili u boljem stanju. Naime, smatra se da se kupac koji kupuje robu bez obzira na njene uočljive i očigledne nedostatke složio sa ponudom prodavca koja je određena stvarnim stanjem robe[19] i da

[18] A. Goldštajn, *Privredno ugovorno pravo*, Zagreb, 1967, str. 277.

[19] Videti više kod C.M. Bianca, M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention,* Milan, 1987, str. 278.

se prećutno odrekao upotrebe pravnih sredstava.[20] Navedeno rešenje je u skladu sa opštim principom savesnosti i poštenja i principom *venire contra factum proprium,*[21] a prihvaćeno je i u sudskoj praksi. U jednom predmetu, prodavac iz Italije je izričito informisao kupca iz Švajcarske o stanju polovnog buldožera, koji je kupac čak i testirao pre porudžbine. Osim zamene tri tačno određena dela, strane nisu ugovorile nikakve dodatne popravke pre isporuke. Međutim, kupac je nakon isporuke odbio da plati deo cene i zahtevao naknadu štete, između ostalog i zbog nesaobraznosti robe. Pošto je kupac bio upoznat sa stanjem robe i testirao je sud je utvrdio da je isporučena roba saobrazna onome što je ugovoreno (čl. 35(1) BK).[22]

Drugi deo formulacije da nesaobraznost kupcu *nije mogla ostati nepoznata*[23] je u teoriji međunarodne prodaje robe izazvao mnogo veću pažnju, ali i rasprave. Sama konvencija ne daje informaciju po kom merilu se procenjuje da kupcu nedostatak nije mogao ostati nepoznat. Prilikom razmatranja ove fraze treba imati na umu da se u BK koriste različiti izrazi. Naime, pored reči *znao* i *saznao*, postoji i *nije mu moglo biti nepoznato*[24] i *znao ili morao da zna*[25]. Razlike nisu samo jezičke prirode, nego je potrebno napraviti razliku u stepenu pažnje koji se od ugovornih strana očekuje. Pa tako, okolnosti koje je neko *morao da zna* uključuju one okolnosti koje su bile otkrivene pregledom koji je strana morala da izvrši.[26] Reči *znao*/*morao da zna* označavaju običnu nepažnju[27]. S druge strane, činjenice koje nekome *nisu mogle biti nepoznate* su «činjenice koje su pred očima onoga ko može da vidi»[28].

---

[20] U nemačkoj teoriji je prihvaćen stav da kupovina sa znanjem o nesaobraznosti predstavlja prećutno odricanje od pravnih sredstava. Više kod P. Schlechtriem, *The Seller`s Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, str. 6-23, dostupno na *www.cisg.law.pace.edu*.

Videti takođe Switzerland, *Tribunal Cantonal de Sion*, 29 June 1998, dostupno na *www. unilex.info*.

[21] Videti više kod K. Schmidt (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München 2004, str. 517; H.G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, München, 2003, str. 2821.

[22] Switzerland, *Tribunal Cantonal de Vaud*, 28 October 1997, dostupno na *www.unilex.info*.

[23] Doslovce prevedena sa engleskog fraza *could not have been unaware* znači *nije mogao da ne zna.*

[24] Videti čl. 35(3), 40, 42(1) i (2) BK.

[25] Videti čl. 38(3), 39(1), 49(2)(b) i 79(4) BK.

[26] Tako J. O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd edition, The Hague, 1999, str. 260.

[27] Tako U. Magnus, *nav. delo*, str. 425.

[28] J.O. Honnold, *nav. delo*, str. 260.

Prema dominantnom mišljenju kupcu nedostatak nije mogao ostati nepoznat ako njegovo neznanje počiva na gruboj nepažnji.[29] Kupac postupa sa grubom nepažnjom ako prilikom pregleda robe ne otkrije nedostatke koje je mogao otkriti pri običnoj pažnji. Prema drugoj grupi teoretičara postupanje kupca sa grubom nepažnjom nije dovoljno, nego je potrebno da je nedostatak objektivan, lako uočljiv i očigledan prosečnom kupcu.[30] Prema našem mišljenju, formulacija da kupcu nedostatak nije mogao ostati nepoznat svakako znači više od obične nepažnje,[31] odnosno kupcu nedostatak nije mogao ostati nepoznat ukoliko bi on bio očigledan prosečnom kupcu. Ako je kupac imao razumnu mogućnost da robu pregleda i nakon toga odlučio da je kupi, to znači da je prihvatio ponudu prodavca i da je njome zadovoljan. U ovom slučaju se ponuda prodavca odnosi na očigledno stanje robe. Izuzetno, kupcu gruba nepažnja neće štetiti ako je bilo ugovoreno ili je kupac opravdano verovao da će prodavac do isporuke otkloniti nedostatke.[32] Takođe, prodavac i dalje ostaje odgovoran za skrivene nedostatke, koji se nisu mogli razumno otkriti prilikom pregleda robe.

Iako konvencija to ne navodi izričito, za mogućnost saznanja stanja u kom se roba nalazi je bitno da je kupac imao razumnu mogućnost da robu pregleda. Kupac je dužan da izvrši pregled koji je normalan u njegovoj struci. Često je dovoljno da on pregleda mali deo robe, bez provere cele količine koju namerava da kupi. U tom slučaju, ako ne uoči nedostatke, kupac razumno može očekivati da je i preostala roba sao-

---

[29] Takav stav zastupaju uglavnom nemački autori. Videti više kod W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 4. Auflage, München, 2004, str. 2354; U. Magnus, *nav. delo*, str. 365; H. Honsell (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin, Heidelberg, 2010, str. 394; R. Herber, B. Czerwenka, *Internationales Kaufrecht – Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den Internationalen Warenkauf*, München, 1991, str. 166; C. Brunner, *UN-Kaufrecht – CISG – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 – Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht,* Bern, 2004, str. 202.

Videti takođe CISG-online No. 658, Germany, *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 15 February 2001.

[30] Videti više kod T. Poikela, *Conformity of Goods in the 1980 United Nations Convention of Contracts for the International Sale of Goods,* Nordic Journal of Commercial Law, 2003/1, str. 52. Takođe, F. Enderlein, D. Maskow, *International Sales Law,* Oceana Publications, 1992, str 148; P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 426.

[31] Isto tako F. Enderlein, D. Maskow, M. Stargardt, *Kommentar - Konvention der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, Konvention über die Verjährung beim internationalen Warenkauf – Protokoll zur Änderung der Konvention über die Verjährung beim internationalen Warenkauf,* Berlin, 1985, str. 86.

[32] Videti više kod U. Magnus, *nav. delo*, str. 366.

brazna.[33] Pregled od strane kupca ne uključuje primenu složenih i detaljnih profesionalnih metoda.

Da li je nesaobraznost kupcu mogla ostati nepoznata je faktičko pitanje. Međutim, postojanje određenih okolnosti ukazuje da nedostatak kupcu nije mogao ostati nepoznat. Na primer, ako je prodavac ranije kupcu prodao robu lošeg kvaliteta bez da je kupac imao primedbe ili ako cena odgovara ceni koja se plaća za robu slabijeg kvaliteta,[34] kao i kad se kupuje npr. polovna roba.

Iz svega navedenog možemo zaključiti da je za isključenje odgovornosti prodavca dovoljno da je kupac imao mogućnost saznanja nedostatka. Okolnost da nije potrebno postojanje znanja kupca predstavlja olakšanje za prodavca, jer će u slučaju spora biti dovoljno da dokaže da nedostatak kupcu nije mogao biti nepoznat. Na taj način je prodavac stavljen u povoljan položaj jer bi, u praksi, dokazivanje pozitivnog znanja kupca često bilo nemoguće.

ZOO izričito reguliše kad nedostaci nisu mogli ostati nepoznati kupcu. Naime, smatra se da nisu mogli ostati nepoznati kupcu oni nedostaci koje bi brižljivo lice sa prosečnim znanjem i iskustvom lica istog zanimanja i struke kao kupac moglo lako opaziti pri uobičajenom pregledu stvari.[35] Iz navedenog proizlazi sledeće. Prvo, prihvaćen je objektivni kriterijum, jer se ne ocenjuje da li je sam kupac pokazao dovoljnu brižljivost, nego se uzima u obzir brižljivost koju treba da pokaže svako lice istog zanimanja i struke sa prosečnim znanjem i iskustvom. Drugo, potrebno je da je kupcu bilo omogućeno da pregleda robu prilikom zaključenja ugovora. Kupac treba da izvrši uobičajeni pregled stvari. Nije dovoljno da on samo osmotri robu, nego je mora zaista pregledati, odnosno mora izvršiti uobičajen pregled takve robe. Pritom pregled ne mora biti onoliko detaljan kao pregled koji se vrši prilikom prijema isporuke. Upravo zbog navedenog treba razlikovati uobičajeni pregled stvari od pregleda stvari na uobičajeni način iz čl. 481 ZOO[36]. Ako je kupac prilikom zaključenja ugovora robu pregledao na način na koji se roba pregleda prilikom prijema, onda su nedostaci kupcu ili poznati ili nepoznati, a nije moguće da mu nisu mogli ostati nepoznati[37]. I poslednje, treba da se radi o nedostatku koji se mogao lako opa-

---

[33] Videti više kod C.M. Bianca, M.J. Bonell, *nav. delo*, str. 279.

[34] C.M. Bianca, M.J. Bonell, *nav. delo*, str. 279.

[35] Videti čl. 480(2) ZOO.

[36] Tako S. Perović, D. Stojanović (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga II, Kragujevac, Gornji Milanovac, 1980, str. 74. Prema suprotnom stavu, uobičajeni pregled iz čl. 480(2) ZOO i pregled na uobičajeni način iz čl. 481(1) ZOO su istoznačni pojmovi. Videti više kod B.T. Blagojević, V. Krulj (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga I, Beograd, 1980, str. 973.

[37] S. Perović, D. Stojanović (ur.), *nav. delo*, knjiga II, str. 75.

ziti pri uobičajenom pregledu stvari. Prema tome, prodavac neće biti odgovoran samo ako kupac za nedostatke ne zna usled grube nepažnje.

3.2. Vreme merodavno za znanje kupca

Ne vodi svako znanje kupca isključenju prodavčeve odgovornosti. Potrebno je da je ono postojalo u određenom trenutku. I u međunarodnoj i u domaćoj prodaji je merodavno znanje kupca u vreme zaključenja ugovora. Iz ovakvog rešenja proizlazi sledeće. Prvo, jasno je određen domašaj isključenja. Naime, ono se ne može primeniti na isporuku druge vrste robe (*aliud*-a), kao i u slučaju nedostataka u pogledu količine robe. Obe navedene povrede ugovora nastaju tek izvršenjem isporuke, te je stoga nemoguće da kupac za njih sazna u vreme zaključenja ugovora.

Druga posledica se odnosi na dužnost kupca da pregleda robu. Redovno u vreme zaključenja ugovora kupac nema obavezu pregleda robe. Iz tog razloga bi moglo biti nejasno da li kupac koji, i pored poziva prodavca da pregleda robu, to ne učini, ima pravo da se kasnije poziva na nedostatak. Odgovor zavisi od okolnosti konkretnog slučaja tj. od prirode robe, znanja i stručnosti ugovornih strana, razumnosti pregleda robe od strane kupca itd[38]. Smatramo da u svakom slučaju odgovornost prodavca ne može biti isključena samo na osnovu činjenice da je pozvao kupca da robu pregleda. Međutim, postavlja se pitanje da li će prodavac odgovarati ako pozove kupca da robu pregleda uz upozorenje da postoje određeni nedostaci, a ovaj to ne učini. Konvencija i ZOO ne daju odgovor na to pitanje. Prema našem mišljenju, u tom slučaju kupac gubi pravo da se poziva na nedostatak koji bi pri uobičajenom pregledu bio očigledan.[39]

3.3. Nesavesnost prodavca

Isključenje odgovornosti prodavca nije apsolutno. Naime, prodavac se ne može pozivati na odredbe o isključenju odgovornostu ukoliko je sam bio nesavestan (*fraus omnia corrumpit*).

Za razliku od većine nacionalnih prava Bečka konvencija ne reguliše izričito slučaj kad prodavac postupi nesavesno. Moguće je razlikovati dva slučaja. Prvi, kad prodavac izričito garantuje neko svojstvo robe za koje zna da ne postoji i drugi, kad zna za nedostatak na robi, ali to prećuti kupcu. U slučaju garancije kvaliteta postoji ugovor strana iz čl. 35(1) BK i na njega se ne primenjuje čl. 35(3) BK. Dakle, nije moguće isključenje odgovornosti prodavca. Druga situacija će nastati ako prodavac namerno

[38] Videti više kod P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 427.
[39] Isto tako P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 427.

kupcu prećuti da je roba nesaobrazna. U teoriji postoji saglasnost da prodavac može da se poziva na čl. 35(3) BK kad je kupac znao za nedostatke robe.[40] Međutim, isključenje odgovornosti prodavca nije moguće kad je prikrio nedostatak, a kupac je postupao sa grubom nepažnjom. Navedeno proizlazi iz čl. 40 BK i načela savesnosti i poštenja iz čl. 7(1) BK. Naime, prodavac se ne može pozivati na ponašanje kupca ako je sam postupao nesavesno,[41] odnosno prodavac koji postupa u zloj nameri se ne može osloniti na nemarnost kupca i ne može iz toga izvlačiti koristi.[42] Ako bi se prodavcu u tom slučaju dozvolilo da se poziva na čl. 35(3) BK, to bi predstavljalo zloupotrebu prava.[43] Prema tome, u slučaju nesavesnosti prodavca i kupca, prednost ima kupac, barem u slučaju kad nesaobraznost nije znao iz grube nepažnje.

Za razliku od međunarodnog u srpskom pravu postoji pravilo koje se odnosi na nesavesno postupanje prodavca. Naime, prodavac odgovara za nedostatke koje je kupac mogao lako opaziti, ako je izjavio da stvar nema nikakve nedostatke (ni vidljive, ni skrivene) ili da stvar ima određena svojstva ili odlike.[44] Zakon ne reguliše pitanje kad i na koji način prodavac treba da da ovu izjavu. Smatramo da izjava može biti data i usmeno i pismeno, u ugovoru ili van njega. Prema stavu zauzetom u domaćoj teoriji izjava može da bude data u trenutku zaključenja ugovora, ali i kasnije, sve do predaje stvari.[45] Smatramo da se čl. 480(3) ZOO odnosi na izjave koje su date u vreme zaključenja ugovora, jer je za nepostojanje odgovornosti prodavca prema čl. 480(1) merodavno vreme zaključenja ugovora. I drugo, prema uz. br. 136 OUZ prodavac je odgovoran i ako kupcu zlonamerno prećuti mane robe. Bez obzira što ZOO ne sadrži sličnu normu, navedeno pravilo važi jer se radi o ponašanju suprotnom načelu savesnosti i poštenja iz čl. 12 ZOO.

3.4. Dejstvo isključenja

Kod međunarodne prodaje robe je dejstvo isključenja odgovornosti prodavca za nesaobraznost ograničeno, budući da je njime obuhvaćen samo čl. 35(2) BK. To je jasno iz formulacije čl. 35(3) BK u kome se eksplicitno navodi da prodavac neće odgovarati za bilo kakvu nesaobraznost robe na osnovu tačke (a) do (d) iz čl. 35(2) BK. U prilog ovoj tvrdnji go-

[40] Videti više kod H.G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2821.

[41] P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 427.

[42] Navedeni stav je potvrđen i u sudskoj praksi. Videti predmet Germany, *Oberlandesgericht Köln*, 21. May 1996 dostupno na *www.unilex.info*.

[43] Videti više kod Hutter, *nav. delo*, str. 69.

[44] Videti čl. 480(3) ZOO.

[45] S. Perović, D. Stojanović (ur.), *nav. delo*, knjiga II, str. 75.

vori i istorija nastanka ove odredbe.[46] I pored navedenog neki autori smatraju da je moguća i potrebna analogna primena isključenja i na slučajeve iz čl. 35(1) BK.[47] Jedan od argumenata za takav stav je i da se pravljenjem razlike između čl. 35(1) i 35(2) BK uvode različita pravila zasnovana na različitim vrstama saobraznosti. Treća grupa autora nalazi da je moguća proširena primena čl. 35(3) BK u slučaju izričite garancije prodavca.[48] Prema našem mišljenju, analogna primena čl. 35(3) i na čl. 35(1) BK nije moguća. Neophodno je da se zadrži razlika između ugovornih obaveza s jedne i obaveza koje predviđa konvencija ili običaji, sa druge strane.[49] Ranije smo videli da se za određenje saobraznosti robe objektivni kriterijumi primenjuju samo kad izostane sporazum između strana u tom pogledu. Kad su strane ugovorile koje osobine roba treba da poseduje, tada je isključena primena kriterijuma iz čl. 35(2) BK koji predstavljaju pretpostavljenu volju ugovornih strana. Pored toga, videli smo u prethodnim razmatranjima da ako kupac zna za nesaobraznost i ipak zaključi ugovor, onda bi bilo suprotno principu savesnosti iz čl. 7(1) BK da mu se kasnije dozvoli da se poziva na nesaobraznost. S druge strane, činjenica da čl. 35(3) ne upućuje na čl. 35(1) BK daje kupcu određenu zaštitu. Naime, ako postoji sporazum strana da će biti isporučena roba bez mana, tada znanje kupca o nedostacima ne može da promeni sadržaj ugovorenog, niti može prodavca da oslobodi njegovog obećanja.[50] Ovo proizlazi iz jednog od osnovnih principa ugovornog prava *pacta sund servanda*.

I čl. 36 ULIS sadrži slično pravilo, ali je njegov domašaj delimično uži, jer nije obuhvaćena isporuka robe koja nije saobrazna uzorku ili modelu i isporuka *aliud*-a, a delimično širi jer je moguće isključenje odgovornosti prodavca i kod znanja kupca da stvar nema svojstva i odlike predviđene izrično ili prećutno ugovorom.

ZOO izričito predviđa da prodavac neće odgovarati samo za nedostatke iz tačke 1) i 3) čl. 479, odnosno kad stvar nema potrebna svojstva za njenu redovnu upotrebu ili za promet i kad stvar nema svojstva i odlike koje su izričito ili prećutno ugovorene, odnosno propisane. Nasuprot tome, uzanse ne prave razliku između nedostataka robe, nego predviđaju isključenje odgovor-

---

[46] Prilikom donošenja Bečke konvencije, na diplomatskoj konferenciji delegacija Norveške je bez uspeha predložila da se dejstvo isključenja proširi i na čl. 35(1) BK.

[47] Više kod F. Enderlein, D. Maskow, *nav. delo*, str. 147, 148; R. Herber, B. Czerwenka, *nav. delo*, str. 167. Suprotno C. Brunner, *nav. delo*, str. 202.

[48] R. Hyland, *Conformity of Goods to the Contract Under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code*, u: P. Schlechtriem, *Einheitliches Kaufrecht und nationals Obligationenrecht*, Baden-Baden, 1987, str. 326.

[49] C.M. Bianca, M.J. Bonell, *nav. delo*, str. 280.

[50] Isto tako C.M. Bianca, M.J. Bonell, *nav. delo*, str. 280.

nosti prodavca za sve mane koje su u trenutku zaključenja ugovora kupcu bile poznate ili su mu morale biti poznate.[51] Vidimo da rešenje iz ZOO ima drugačiji domašaj od svih pravila koja postoje u uzansama i međunarodnom pravu. Razlozima za ovakvo postupanje našeg zakonodavca u teoriji uopšte nije posvećena pažnja. Prema našem mišljenju čl. 480(1) ZOO se mogu uputiti određeni prigovori. Prvo, nije jasno koji je kriterijum bio merodavan prilikom određivanja situacija u kojima prodavac ne snosi odgovornost za materijalne nedostatke. Videli smo da su u BK jasno razgraničene subjektivne i objektivne mane, a isključenje je moguće samo kad je povređen neki od objektivnih kriterijuma iz čl. 35(2) BK. U srpskom pravu se dejstvo isključenja ne proteže na sve objektivne mane, odnosno njime nisu obuhvaćeni slučajevi kad roba nema potrebna svojstva za naročitu upotrebu ili ako roba nije saobrazna uzorku ili modelu. Ovakva norma nameće pitanje po kom osnovu se pravi razlika između objektivnih mana. Smatramo da je bolje rešenje koje je postoji u uzansama i međunarodnom pravu. I drugo, ZOO predviđa da prodavac ne odgovara i u slučaju kad roba nema izričito ili prećutno ugovorena svojstva. Rešenje je kontradiktorno. Za isključenje odgovornosti prodavca je potrebno da je kupac u vreme zaključenja ugovora znao za materijalne nedostatke. Zbog toga nije moguće da roba nema ugovorena svojstva u času zaključenja ugovora tj. kad ugovor još nije nastao.

4. Zaključak

U srpskom pravu je izričito propisano da prodavac ne odgovara za neznatne nedostatke robe. Takvo pravilo je predviđao i ULIS. Nasuprot tome, u Bečkoj konvenciji je ovo pravilo izostavljeno. Prema dominantnom stavu u teoriji, prodavac odgovara za svaku nesaobraznost robe, pa i za neznatne nedostatke. Međutim, u praksi prodavac redovno neće odgovarati za neznatne nedostatke jer će to proizlaziti iz poslovnih običaja i prakse uspostavljene između ugovornih strana. Pored toga, teško su zamislivi slučajevi u praksi u kojima bi kupac mogao ostvariti naknadu štete zbog neznatne nesaobraznosti robe.

Odgovornost prodavca za nedostatke robe je isključena ukoliko je kupac u vreme zaključenja ugovora za njih znao ili mu nisu mogli ostati nepoznati. Navedeno pravilo predstavlja konkretizaciju principa savesnosti i poštenja. Za isključenje odgovornosti prodavca je potrebno da se ispune sledeći uslovi. Prvo, potrebno je da je kupac imao pozitivno znanje o nedostacima robe ili da ih nije znao iz grube nepažnje. Potom, znanje kupca mora postojati u vreme zaključenja ugovora. I poslednje, isključenje odgovornosti prodavca nije moguće ako je sam bio nesavestan.

[51] Videti uz. br. 136 OUZ.

Sandra Fišer-Šobot, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Non-conformity of the Goods for which the Seller is not Liable

Abstract

Seller is liable for the conformity of delivered goods. However, there are cases where the seller's liability is excluded despite the lack of conformity of the goods.

First, pursuant to Art. 478(3) of Serbian Law on Obligations an insignificant material defect of the goods should not be taken into account. In other words, minor difference in quantity or quality will not be taken into consideration where it is not material. In international trade, in principle, the seller is liable for minor defects of the goods. However, in practice seller's liability for immaterial lack of conformity will be excluded on the basis of relevant trade usages and previous bussines dealings of the parties.

Second, it is commonly accepted in international and domestic trade, as concretization of the principle of good faith, that the seller is not liable for any lack of conformity of goods if at the time of conclusion of a contract the buyer knew or could not have been unaware of such lack of conformity. Seller's liability for the lack of conformity of the goods is excluded when the following requirements are fulfilled. The first requirement is that the buyer had positive knowledge of the defects or that he could not have been unaware of their existence. It is considered that the buyer could not have been unaware of the non-conformity if he acted with gross negligence. Furthermore, buyer's knowledge of the lack of conformity should exist at the time of conclusion of the contract. Finally, the exclusion of seller's liability is not possible when he acts in bad faith.

Key words: conformity of the goods, seller's liability, exclusion of liability, contract of sale.

Originalni naučni rad 502/504:349.412.28

Dr Petar Đundić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

MERE ZA ZAŠTITU ŽIVOTNE SREDINE I POVREDA PRAVA STRANOG ULAGAČA[1]

***Sažetak**: Rad analizira odnos između državnih mera preduzetih u cilju zaštite životne sredine i tzv. regulativne eksproprijacije ulaganja. Zaštita životne sredine kao razlog delovanja državnih vlasti u pravnoj teoriji i pojedinim izvorima međunarodnog investicionog prava danas nedvosmisleno uživa status legitimnog zakonodavnog interesa. U analitičkom okviru doktrine javnih ovlašćenja ovo bi značilo da državna mera preduzeta u cilju zaštite životne sredine, iako se njome nanosi ekonomska šteta stranog ulagaču, ne može dovesti do odgovornosti države za regulativnu eksproprijaciju. Arbitražna praksa ipak pokazuje suzdržaniji pristup pitanju regulativne slobode država u ovoj oblasti. Pravo države da reguliše bez obaveze isplate naknade investitoru nije bezuslovno. Potrebno je da državna mera bude preduzeta u dobroj veri, tj. sa stvarnom svrhom zaštite životne sredine i uverenjem da je ona neophodna, odnosno da je nediskriminatornog karaktera. Osim toga, u arbitražnoj praksi postoji tendencija da se legitimna svrha državne mere odmerava spram drugih faktora kao što su legitimna očekivanja ulagača i stepen ekonomskog gubitka koji je izazvan merom, kako bi se zaključilo da li je država odgovorna za eksproprijaciju ulaganja.*

***Ključne reči**: zaštita životne sredine, strana ulaganja, regulativna eksproprijacija, investiciona arbitraža, javni interes.*

---

[1] Rad je posvećen projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

Prema shvatanju koje je danas prihvaćeno od strane kako industrijski razvijenih zemalja, tako i od zemalja u razvoju, strana ulaganja su nužna za razvoj nacionalnih ekonomija.[2] Države se na globalnom tržištu takmiče u privlačenju stranih direktnih ulaganja. Njihov uspeh u tom poduhvatu zavisi od niza različitih faktora, među kojima se kao veoma važni (često i odlučujući) izdvajaju stabilnost i predvidivost postojećeg regulativnog režima u datoj državi.[3] Materijalnopravne i procesne garancije za investitore[4] koji razmatraju ulaganje na teritoriji određene države sadržane su u nacionalnim propisima, međunarodnim ugovorima (dvostranim i višestranim) o zaštiti i unapređenju ulaganja i u običajnom međunarodnom pravu. Najčešće korišćeni i danas najvažniji izvori prava u ovom smislu, dvostrani sporazumi o zaštiti ulaganja (poznati i kao BIT – od engleskog *Bilateral Investment Treaties*) jemče ulagačima iz jedne države ugovornice da njihovo ulaganje u drugoj državi ugovornici neće biti podvrgnuto nacionalizaciji ili eksproprijaciji bez plaćanja naknade, nepoštenom ili nepravičnom tretmanu, garantuju slobodan transfer dobiti, tretman investicije jednak onom koji uživaju domaća fizička i pravna lica ili ulagači najpovlašćenije treće države itd. Ovi sporazumi takođe ustanovljavaju pravo investitora da u slučaju povrede neke od materijalnopravnih odredaba sporazuma direktno podnesu tužbu protiv države domaćina ulaganja pred međunarodnim arbitražnim sudom.

Garancije o kojima je prethodno bilo reči postoje kako bi se unapredio protok kapitala preko državnih granica i podstakle strane investicije. Činjenica je da stranom ulagaču i njegovim poslovnim interesima najveća opasnost preti od države domaćina, tj. od mogućnosti da država iskoristi svoje prerogative suverenosti u zakonodavnoj i administrativnoj sferi kako bi ulagaču nanela štetu. Zbog toga pojedini autori vide sporazume o zaštiti investicija kao sredstva za smanjenje opasnosti „rizika suverenosti" koji je prisutan kod svakog stranog ulaganja, ali i kao instrumente kojima se uspostavlja minimalni međunarodni standard u pogledu vršenja javnih ovlašćenja od strane države koja je domaćin ulaganja.[5] Drugim rečima, država zaključenjem sporazuma pristaje da vršenje svojih osnovnih funkcija upodobi cilju sporazuma – pospešivanju i zaštiti ulaganja iz druge države ugovornice. U slučaju povrede obaveze iz sporazuma o zaštiti ulaganja, investitor druge države ugovornice može da očekuje da će mu država domaćin isplatiti odgovarajuću naknadu.

---

[2] R. Bishop, J. Crawford, W. Reisman, *Foreign Investment Disputes (Cases, Materials and Commentary)*, The Hague, 2005, str. 7, 8.

[3] Vidi Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, 2009, str. 1.

[4] U nastavku ovog rada se termini „ulagač" i „investitor", odnosno „ulaganje" i „investicija" koriste kao sinonimi.

[5] Z. Douglas, *op. cit*., str. 1.

Iz onoga što je rečeno sledi zaključak da se države mogu takmičiti u privlačenju stranih ulaganja prevashodno tako što će prihvatati stalno sužavanje obima svog suverenog delovanja u odnosu na strane investitore, smanjujući na taj način rizik za ulagače i povećavajući atraktivnost za ulaganje. Pri takvom stanju stvari logično je pitanje da li država privlačenjem stranih ulaganja rizikuje da ugrozi ostvarivanje svoje primarne funkcije – zaštitu javnog interesa. Ova dilema je nametnuta posebno jasno od strane organizacija i pojedinaca koji se bave zaštitom životne sredine. Ovi subjekti su izrazili bojazan da bi zemlje u razvoju, u želji da privuku strane investicije, mogle usvojiti niže standarde zaštite u toj oblasti. Opasnost od takvog razvoja događaja je primećena i u pravnoj teoriji.[6] Razlog za liberalizaciju propisa je to što visoki standardi zaštite životne sredine nameću troškove investitorima, što državu koja ih primenjuje automatski čini manje privlačnom za ulaganja. Na taj način bi se zemlje u razvoju primorale na svojevrsnu trku u liberalizaciji tih standarda.[7] Strah od toga da bi države mogle biti obavezane na plaćanje naknade stranom ulagaču usled ekonomskih teškoća koje su mu prouzrokovane primenom mere za zaštitu životne sredine predstavlja verovatno najvažniji razlog za propast projekta usvajanja teksta Multilateranlnog sporazuma o zaštiti investicija u okviru Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (*Organization for Economic Co-operation and Development – OECD*),[8] ideje o stvaranju međunarodnog ugovora univerzalnog karaktera.

Jedan od načina da se spreči negativan razvoj događaja bio bi usvajanje izuzetka prema kojem delovanje države domaćina u oblasti zaštite životne sredine ne povlači za sobom obavezu plaćanja naknade investitoru, ako je on pretrpeo štetu primenom takvih mera. Cilj ovog rada je da se utvrdi da li u međunarodnom pravu stranih investicija, onako kako je ono prisutno u međunarodnim sporazumima o zaštiti ulaganja i kako se tumači u arbitražnoj praksi, prisutno pravilo koje države oslobađa obaveze plaćanja naknade investitoru, ako mu je šteta naneta donošenjem ili implementacijom propisa usmerenih na zaštitu životne sredine, odnosno života i zdravlja ljudi i biljnog i životinjskog sveta. Analiza obuhvata odnos između državnih mera u oblasti zaštite životne sredine i odredbi savremenih dvostranih sporazuma na čiju se povredu ulagači danas najčešće pozi-

[6] Vidi J. M. Wagner, International Investment, Expropriation and Environmental Protection, *Golden Gate University Law Review*, 29/1999, str. 469. i dalje.

[7] K. J. Vandevelde, *Bilateral Investment Treaties (History, Policy and Interpretation)*, Oxford, 2010, str. 103.

[8] Vidi S. Baughen, Expropriation and Environmental Regulation: the Lessons of NAFTA Chapter Eleven, *Journal of Environmental Law,* 18/2006, str. 208.

vaju u slučaju preduzimanja ovih mera – odredbi o zabrani tzv. regulativne eksproprijacije ulaganja.

Mere za zaštitu životne sredine i regulativna eksproprijacija u izvorima međunarodnog prava stranih investicija

Dvostrani i višestrani sporazumi o zaštiti ulaganja danas neizostavno sadrže i odredbe o zabrani eksproprijacije investicija fizičkih i pravnih lica druge države ugovornice. Preciznije rečeno, ovi sporazumi sadrže načelnu zabranu oduzimanja, ali istovremeno predviđaju uslove pod kojima je eksproprijacija moguća i zakonita. Po pravilu se zahteva da eksproprijacija bude izvršena u **javnom interesu, bez diskriminacije, u zakonitom postupku i uz plaćanje naknade ulagaču**.[9]

Odredbe o eksproprijaciji obuhvataju kako direktnu, tako i indirektnu eksproprijaciju investicija, kroz zabranu ne samo formalnog oduzimanja prava svojine nad ulaganjem, već i preduzimanja „mera koje imaju jednako dejstvo nacionalizaciji ili eksproprijaciji“[10], odnosno kroz zabranu da nacionalizacija ili eksproprijacija budu izvršene „direktno ili indirektno, kroz mere jednake eksproprijaciji ili nacionalizaciji...“.[11]

Suština indirektne eksproprijacije je u tome da investitor određenim merama države domaćina može biti lišen ekonomske koristi od svog ulaganja, pri čemu nije došlo do formalnog prenosa prava svojine na državu ili treće lice. Sam koncept je dobro objašnjen u često citiranoj odluci Iransko-američkog tribunala u predmetu Staret (*Starrett*), u kojoj se navodi:

„U međunarodnom pravu je prihvaćeno da državne mere mogu ometati imovinska prava investitora u toj meri i učiniti ih toliko beskorisnim, da se mora smatrati da su eksproprisana, bez obzira na to što država ne ukazuje na to da je izvršila njihovu eksproprijaciju i bez ob-

[9] O eksproprijaciji stranih investicija, uključujući pitanje uslova za zakonitost eksproprijacije vidi P. Đundić, *Eksproprijacija u međunarodnom privatnom pravu investicija*, doktorska disertacija, Novi Sad, 2010.

[10] Vidi, na primer, član 6. Sporazuma o podsticanju i uzajamnoj zaštiti investicija između Holandije i BiH (1998) ili član 5. Sporazuma o podsticanju i uzajamnoj zaštiti investicija između Češke i Moldavije (1999). Navedena formulacija je inače karakteristična naročito za dvostrane sporazume o zaštiti ulaganja koje, počev od sedamdesetih godina XX veka, zaključuje Velika Britanija. Vidi C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *International Investment Arbitration (Substantive Principles)*, Oxford, 2007, str. 277.

[11] U pitanju je formulacija koja se javlja u velikom broju sporazuma zaključenih od strane SAD. Vidi Ibidem, str. 276.

zira na to što prvobitni vlasnik formalno zadržava pravo svojine nad imovinom."[12]

Jedna od vrsta indirektne eksproprijacije je i **regulativna eksproprijacija**. Pod ovim nazivom se podrazumeva lišavanje stranog investitora imovinskih prava vezanih za njegovu investiciju putem regulativnih mera države opšteg karaktera (na primer, izmena propisa o tome da li stranci mogu biti vlasnici određenih dobara) ili pojedinačnog karaktera (na primer, izdavanje administrativnih dozvola za obavljanje određenih delatnosti).

Pitanje koje se u vezi sa regulativnom eksproprijacijom pojavilo u arbitražnoj praksi i jednim delom je obrađeno u pravnoj teoriji je sledeće – da li državne regulativne mere usmerene na zaštitu životne sredine, imajući u vidu opšteprihvaćeno shvatanje o njihovom društvenoj korisnosti, mogu predstavljati eksproprijaciju i da li mogu dovesti do nastupanja odgovornosti države domaćina ulaganja? Odgovor na postavljeno pitanje ima izuzetan praktičan značaj jer od njega zavisi i to da li će država koja preduzme ekonomski štetne mere po investitora kao što su, na primer, zabrana proizvodnje, uvoza, prerade hemikalija koje su štetne po životnu sredinu ili zabrana skladištenja opasnog otpada u određenom području biti dužna da investitoru isplati naknadu za pretrpljenu štetu. Drugim rečima, od toga da li delatnost državnih organa u oblasti zaštite životne sredine predstavlja **uobičajenu regulaciju** ili **eksproprijaciju**, zavisi i to da li će troškove povezane sa tom delatnošću snositi pogođeni pojedinac (strani ulagač) ili društvo kao celina (građani, odnosno poreski obveznici).

U pravnoj teoriji i arbitražnoj praksi se problem traganja za kriterijumom za razlikovanje legitimne regulativne aktivnosti države od eksproprijacije svodi na dobro poznatu dilemu o tome da li je **društveno korisna svrha** preduzete mere relevantna za nastanak odgovornosti ili prednost u analizi treba dati ekonomskom dejstvu mere na imovinska prava ulagača.[13]

Načelo prema kojem država domaćin ne može biti odgovorna za štetu koju investitor pretrpi usled mera preduzetih u okviru opšte regulativne aktivnosti države, prihvaćeno je u međunarodnom pravu stranih investicja kao tzv. **doktrina „javnih ovlašćenja"** države (eng. *police powers*). Sin-

[12] *Starrett Housing Corp. et al., v. The Government of the Islamic Republic of Iran, et al.*, str. 154. Navedeno prema M. Brunetti, The Iran – United States Claims Tribunal, NAFTA Chapter 11 and the Doctrine of Indirect Expropriation, *Chicago Journal of International Law*, 2/2001, str. 206.

[13] Više o tome kod P. Đundić, Pravo na regulisanje stranih ulaganja (Indirektna eksproprijacija u savremenoj arbitražnoj praksi), *Pravni život,* 12/2008, str. 381-393.

tagma „javna ovlašćenja“ je preuzeta iz prakse američkog Vrhovnog suda, nastale u sporovima o povredi ustavom garantovanog prava na imovinu od strane države, i označava pravo države da se stara o ostvarivanju priznatih društvenih ciljeva i opšte dobrobiti.[14] U kontekstu eksproprijacije, ona se ponekad može javiti „ne kao kriterijum koji se odmerava u odnosu na druge faktore, već kao odlučujući element koji automatski oslobađa državu svake dužnosti plaćanja naknade.“[15] Doktrina je rezultat činjenice da običajno međunarodno pravo priznaje ovlašćenje države da se upusti u regulativnu aktivnost, sa ciljem postizanja dobrobiti i sigurnosti njenog stanovništva.[16] U pravnoj teoriji se ponekad sa istim značenjem govori i o potrebi zaštite „vrhovnog javnog interesa“, koji je razlog za odstupanje od pravila da je država domaćin dužna da isplati naknadu stranom ulagaču uvek kada je on njenim merama lišen svojih imovinskih prava u celini ili u značajnoj meri.[17]

Gledište o kojem je reč poteklo je iz američke teorije međunarodnog prava i ugovorne prakse. Prema komentaru g uz paragraf 712. američkog Trećeg ristejtmenta prava međunarodnih odnosa (1987):

„...država nije odgovorna za gubitak imovine ili druge ekonomske teškoće koje proističu iz opšteg oporezivanja u dobroj veri, regulisanja, konfiskacije zbog krivičnog dela i za druge aktivnosti takve vrste za koje je opšteprihvaćano da spadaju u javna ovlašćenja države, ako nisu diskriminatorne ni preduzete sa ciljem da stranac prepusti imovinu državi ili je proda po nepovoljnoj ceni.“

Doktrina javnih ovlašćenja uspostavlja načelnu mogućnost da država domaćin izbegne odgovornost za štetu koju je nanela stranom ulagaču prilikom preduzimanja regulativne aktivnosti sa ciljem zaštite legitimnih javnih interesa. Ona sama, međutim, ne pruža odgovor na pitanje koji su to javni interesi dovoljno važni da njihovo ostvarivanje može da opravda odstupanje od obaveze da se pričinjena šteta nadoknadi, posebno da li se među tim interesima nalazi i zaštita životne sredine. Čak i u samom komentaru uz paragraf 712. Trećeg ristejtmenta prava međunarodnih odnosa, nakon uspostavljanja pravila da država nije odgovorna za gubitke nanete strancu vrše-

[14] Vidi J. A. Stanley, Keeping Big Brother Out of Our Backyard: Regulatory Takings as Defined in International Law and Compared to American Fifth Amendment Jurisprudence, *Emory International Law Review*, 15/2001, str. 373.

[15] OECD, *International Investment Law, A Changing Landscape*, Paris, 2005, str. 67.

[16] Vidi N. Rubins, N. S. Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution (A Practitioner's Guide)*, Oxford, 2005, str. 183.

[17] Vidi S. Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration (Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation)*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, str. 277.

njem javnih ovlašćenja, navodi se da je: „kao i prema ustavnom pravu SAD, liniju između „oduzimanja" i regulacije nekada teško utvrditi."

U vezi sa ovim problemom, pojedini autori ističu da je nemoguće unapred, nezavisno od okolnosti slučaja, sačiniti listu javnih interesa koji iziskuju posebnu zaštitu, ali da je reč o malobrojnim interesima koji opravdavaju nanošenje imovinske štete investitorima u izuzetnim okolnostima.[18] Sa druge strane, u literaturi postoje pokušaji da se, primera radi, identifikuju njihove kategorije. Tako profesori Zon (*Sohn*) i Bakster (*Baxter*), autori nacrta Harvardske konvencije o međunarodnoj odgovornosti država za štetu pričinjenu strancima (eng. *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*), navode da država osim u izuzetnim slučajevima ne duguje isplatu naknade za štetu koja proistekne iz aktivnosti nadležnih vlasti usmerenih na zaštitu javnog reda, zdravlja i morala.[19]

Jedan od predloga koji se može pronaći u pravnoj teoriji je i da se legitimitet interesa ustanovljava imajući u vidu „važeće društvene standarde razumno prihvatljivog ponašanja".[20] Imajući u vidu aktuelnu zabrinutost i svest javnosti o potrebi zaštite životne sredine, donošenje propisa koji imaju ovaj cilj je *prima facie* legitimno.[21] Takođe, u doktrini se javljaja i gledište da je listu legitimnih javnih ciljeva moguće utvrditi na osnovu „međunarodne prakse".[22] To bi značilo da se legitimnim mogu smatrati oni regulativni ciljevi koje su kao takve prepoznale kako industrijski razvijene zemlje, tako i zemlje u razvoju. Odredbe međunarodnih ugovora i pravila običajnog međunarodnog prava bi takođe trebalo da pomognu prilikom utvrđivanja da li je interes koji država ističe kao razlog za zakonodavno delovanje opravdan.[23] Pri tome se posebno ističe da su u poslednjih nekoliko decenija obe grupe država proklamovale zaštitu životne sredine kao važan državni interes, te da se regulativne mere države u ovoj oblasti verovatno ne mogu smatrati indirektnom eksproprijacijom ulaganja.[24]

Pod uticajem ovakvih gledišta, u novijim međunarodnim ugovorima o zaštiti i podsticanju ulaganja javljaju se odredbe čiji je cilj da očuvaju

---

[18] Vidi *Ibidem*, str. 280, 281.

[19] Vidi stav 5. člana 10. nacrta Harvardske konvencije i prateći tekst komentara uz ovu odredbu u L. B. Sohn, R. R. Baxter, Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens, *American Journal of International Law*, 55/1961, str. 554, 561.

[20] T. Waelde, A. Kolo, Environmental Regulation, Investment Protection and "Regulatory Taking" in International Law, *International and Comparative Law Quarterly*, 50/2001, str. 827.

[21] *Ibidem*, str. 827, 828.

[22] Vidi A. S. Weiner, Indirect Expropriations: The Need for a Taxonomy of "Legitimate" Regulatory Purposes, *Recurring Themes/Thèmes rècurrents*, vol. 5, 3/2003, str. 173.

[23] *Ibidem*, str. 174.

[24] *Ibidem*.

pravo država ugovornica da preduzimaju regulativnu delatnost u cilju zaštite životne sredine. Tako je, na primer, u XI poglavlju Severnoameričkog sporazuma o slobodnoj trgovini (*North American Free Trade Agreement* – u daljem tekstu NAFTA) posvećenom zaštiti investicija sadržana odredba člana 1114. koja predviđa:

„1. Ništa u ovom poglavlju se ne može tumačiti tako da sprečava državu ugovornicu da usvoji, zadrži ili izvrši bilo koju meru inače u skladu sa ovim poglavljem, koju smatra prikladnom kako bi osigurala da se investiciona aktivnost na njenoj teritoriji sprovodi na način koji vodi računa o interesima životne sredine.

2. Države ugovornice konstatuju da je neprimereno podsticati investicije kroz ublažavanje domaćih zdravstvenih, bezbednosnih i mera u oblasti životne sredine. U skladu sa tim, država ugovornica ne bi trebalo da odustane od takvih mera ili da ih na drugi način derogira ili da ponudi da odustane od tih mera ili da ih na drugi način derogira, sa ciljem ustanovljavanja, pribavljanja, proširenja ili zadržavanja investicije na svojoj teritoriji. Ako jedna država ugovornica smatra da je druga država ugovornica ponudila takav podsticaj, može zahtevati konsultacije sa drugom državom ugovornicom, sa ciljem da se takav podsticaj izbegne."[25]

Korak dalje u zaštiti prava država da regulišu odnosne u materiji zaštite životne sredine, bez pretnje da će biti proglašene odgovornim za indirektnu eksproprijaciju ide Model BIT Kanade (2004) koji u članu 10. predviđa opšte izuzetke od obaveza država predviđenih sporazumom. U stavu 1. ovog člana se navodi:

„Pod rezervom zahteva da se takve mere ne primenjuju na način koji bi predstavljao arbitrernu ili neopravdanu diskriminaciju između investicija ili između investitora, ili prikriveno ograničenje međunarodne trgovine ili investicija, ništa u ovom sporazumu se ne može tumačiti tako da sprečava državu ugovornicu da usvoji ili izvrši meru neophodnu:

(a) za zaštitu ljudskog, životinjskog ili biljnog života ili zdravlja;

(b) da bi se osiguralo poštovanje zakona i propisa koji nisu suprotni ovom sporazumu;

(v) za očuvanje živih ili neživih potrošnih prirodnih izvora."

Ovaj dokument takođe sadrži bliže objašnjenje o tome koje se državne mere ne mogu smatrati eksproprijacijom ulaganja. U članu 13. je prisutna uobičajena zabrana preduzimanja direktne ili indirektne ekspro-

[25] Gotovo identična formulacija sadržana je u članu 12. Model BIT SAD (2004). Takođe, član 11. Model BIT Kanade (2004) sadrži odredbu vrlo sličnu ovde citiranom stavu 2. člana 1114. NAFTA.

prijacije ulaganja, odnosno mera sa jednakim dejstvom, osim u javnom interesu, u zakonitom postupku, na nediskriminatoran način i uz isplatu hitne, odgovarajuće i efektivne naknade. Međutim, u aneksu B 13 (1) pod c istog akta precizirano je sledeće:

„Osim u retkim situacijama, kao što je ona kada je mera ili serija mera tako teška u svetlu svoje svrhe, da se ne može razumno smatrati da je usvojena i primenjena u dobroj veri, nediskriminatorne mere države ugovornice stvorene i primenjene kako bi se zaštitili legitimni ciljevi javne dobrobiti, kao što su **zdravlje, bezbednost i životna sredina**, ne čine indirektnu eksproprijaciju.“[26]

Takođe, Model međunarodnog ugovora o investicijama za održivi razvoj, usvojen u okviru Međunarodnog instituta za održivi razvoj, 2005. godine predviđa da se zabrana eksproprijacije ne odnosi na državne mere preduzete u dobroj veri sa ciljem zaštite ili unapređenja zdravlja, bezbednosti ili životne sredine, ali posebno naglašava da je u pitanju pravilo koje je „„u skladu sa pravom država da regulišu i načelom običajnog međunarodnog prava o javnim ovlašćenjima...“.[27]

Mere za zaštitu životne sredine i regulativna eksproprijacija u arbitražnoj praksi

Imajući u vidu značaj zaštite životne sredine i mesto koje ovaj društveni cilj zauzima u pravnoj doktrini i savremenim pravnim izvorima koji regulišu odnose između država i stranih investitora, moglo bi se očekivati da je u arbitražnoj praksi prihvaćeno pravilo po kojem država domaćin ne odgovara za eksproprijaciju ulaganja ako je šteta po interese investitora rezultat državne mere usmerene na očuvanje životne sredine ili sprečavanje njenog zagađenja. Međutim, arbitražna praksa pokazuje da je postojanje ovog izuzetka samo delimično prihvaćeno, ali ni tada bezuslovno.

Prvo, postoje arbitražne odluke u kojima se svrha[28] delovanja države domaćina potpuno odbacuje kao opravdanje i osnov isključenja odgovor-

[26] Naglasak autora. Slična odredba se može pronaći u aneksu B američkog Model BIT (2004).

[27] Član 8 (I).

[28] Pitanje da li je društveno korisna **svrha** delovanja države domaćina podobna za to da je oslobodi obaveze isplate naknade stranom ulagaču u slučaju da mu je državnom merom naneta šteta, treba dobro razlikovati od pitanja uloge koju **namera** države, u smislu preduzimanja voljnog akta sa ciljem da se investitoru prouzrokuje šteta ili da se on liši svog ulaganja, ima u analizi potencijalnih slučajeva regulativne eksproprijacije. O pitanju da li je namera države da izvrši eksproprijaciju nužna za nastanak odgovornosti vidi P. Đundić, Eksproprijacija u međunarodnom privatnom pravu investicija, str. 205, fusnota 775.

nosti ako je aktom koji se može pripisati državi prouzrokovana značajna šteta za investitora. Reč je o shvatanju prema kojem se uvek smatra da je eksproprijacija nastupila ako je investitor državnim merama lišen u celini ili u značajnoj meri ekonomske koristi od svoga ulaganja, njegove vrednosti ili mogućnosti da njime upravlja, pri čemu su motivi delovanja vlasti države domaćina ili potpuno nevažni ili se nalaze u drugom planu.[29] Najpoznatije arbitražne odluke u kojima je usvojen takav pristup problemu eksproprijacije ulaganja za svoj predmet su imale upravo državne mere usmerene na zaštitu životne sredine. Reč je o odlukama Metalklad protiv Meksika (*Metalclad v. Mexico*)[30] i Santa Elena protiv Kostarike (*Santa Elena v. Costa Rica*).[31] U oba slučaja motivacija za delovanje državnih vlasti bila je navodna zabrinutost za posledice zagađenja usled delovanja ulagača po zdravlje ljudi, odnosno opstanak biljnog i životinjskog sveta.[32] Posebno je upečatljiv deo obrazloženja arbitražne odluke u predmetu Santa Elena protiv Kostarike u kojem arbitražno veće govori o činjenici da su vlasti ove države oduzele američkom investitoru zemljište namenjeno izgradnji turističkog kompleksa u cilju zaštite ugroženih biljnih i životinjskih vrsta:

„Mere eksproprijacije u cilju zaštite životne sredine – bez obzira koliko su dostojne hvale i korisne za društvo kao celinu – su, u ovom smislu, slične bilo kojim drugim merama eksproprijacije koje država može sprovesti u cilju ostvarivanja svoje politike: ako je imovina izložena eksproprijaciji, čak i iz razloga zaštite životne sredine, na unutrašnjem ili međunarodnom nivou, ostaje obaveza države da isplati naknadu.“[33]

---

[29] O tzv. doktrini isključivog dejstva (eng. *Sole effect doctrine*) u materiji regulativne eksproprijacije vidi kod R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, str. 103.

[30] *Metalclad Corporation v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Award, August 30, 2000.

[31] *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S. A. v. The Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/96/1), Final Award, February 17, 2000.

[32] Za detaljniji opis činjenica slučaja u ovim predmetima vidi P. Đundić, Pravo na regulisanje stranih ulaganja (Indirektna eksproprijacija u savremenoj arbitražnoj praksi), str. 384, 385.

[33] *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S. A. v. The Republic of Costa Rica*, pasus br. 72. Potrebno je, međutim, naglasiti da u ovom slučaju među strankama nije bilo sporno da je eksproprijacija izvršena, zbog toga što je Vlada Kostarike to oduzimanje izvršila direktno, donošenjem dekreta, već je bio sporan samo iznos naknade za oduzeto ulaganje. Zbog toga obrazloženje odluke sadrži samo shvatanje arbitražnog suda o važećem pravilu međunarodnog investicionog prava u ovoj materiji koje on nije imao priliku da primeni u konkretnom slučaju.

S druge strane se nalaze arbitražne odluke koje daju državi domaćinu pravo da preduzima mere u cilju zaštite životne sredine, bez obaveze da isplati naknadu oštećenom investitoru. Načelno, one imaju svoje teorijsko polazište u doktrini javnih ovlašćenja koja je prihvaćena kao običajno pravno pravilo međunarodnog prava i u određenom broju arbitražnih odluka koje se nisu direktno odnosile na državne mere preduzete u oblasti zaštite životne sredine.[34] Kada je konkretnije reč o odlukama u kojima arbitražni sudovi pokazuju razumevanje za regulativnu aktivnost države u ovoj oblasti, jedan od najpoznatijih primera je odluka arbitražnog veća u predmetu Metaneks protiv SAD (*Metanex v. USA*), iz avgusta 2005. godine.[35]

Spor je u ovom slučaju nastao kao posledica odluke guvernera Kalifornije Greja Dejvisa (*Gray Davis*), donete tokom 1999. godine, da se u ovoj američkoj saveznoj državi postepeno zabrani upotrebe aditiva *MTBE* u benzinu koji se prodaje na teritoriji Kalifornije. Time je naneta značajna ekonomska šteta kanadskom privrednom društvu Metaneks, koje je u vreme nastanka spora bilo najveći svetski proizvođač metanola. Aditiv *MTBE* se dobija upravo iz metanola, a činjenica da je njegova upotreba zabranjena u Kaliforniji dovela je do toga da Metaneks izgubi pristup značajnom tržištu za prodaju svog proizvoda, imajući u vidu da je u to vreme 30 procenata ukupne količine metanola koji se prodavao u svetu korišćen za proizvodnju *MTBE*. Od ukupne globalne potražnje metanola koji se koristio za dobijanje zabranjenog aditiva, potražnja na tržištu Kalifornije je predstavljala 6 procenata.[36] Glavni razlog za zabranu je, prema obrazloženju odluke guvernera Dejvisa, bila činjenica da se *MTBE* skladištio u podzemnim rezervoarima, te da bi njegovo isticanje iz ovih rezervoara moglo predstavljati značajan rizik od zagađenja zemljišta i pijaće vode.[37]

U decembru 1999. godine, Metaneks je pokrenuo arbitražu protiv SAD na osnovu NAFTA, tvrdeći da su postupcima tužene države povređeni članovi 1102. (standard nacionalnog tretmana), 1105. (standard po-

[34] Vidi, na primer, arbitražne odluke u predmetima *Marvin Feldman v. Mexico* (ICSID Case No. ARB (AF)/99/1), Award, December 16, 2002; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic* (UNCITRAL), Partial Award, March 17, 2006; *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/9), Award, September 5, 2008.

[35] *Metanex Corporation v. United States of America* (UNCITRAL), Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, August 3, 2005

[36] Vidi L. J. Dhooge, The Revenge of the Trail Smelter: Environmental Regulation as Expropriation pursuant to the North American Free Trade Agreement, *American Business Law Journal*, 38/2001, str. 494, 495. Rad sadrži detaljan opis i analizu kalifornijske odluke o zabrani upotrebe *MTBE* kao aditiva u benzinu i tužbe Metaneksa pred arbitražnim sudom.

[37] *Ibidem*, str. 477.

štenog i pravičnog tretmana) i 1110. (zabrana eksproprijacije ulaganja) ovog izvora. Razmatrajući tužbeni zahtev u delu koji se odnosi na eksproprijaciju ulaganja, arbitražni sud je prvo konstatovao da, suprotno tvrdnjama tužene države, pristup tržištu koji je navodno oduzet tužiocu može da predstavlja imovinsko pravo koje ulazi u pojam „investicije" u smislu NAFTA.[38] Nakon toga, arbitražni sud je zaključio da je za postojanje eksproprijacije dovoljno da država preduzme regulativnu aktivnost koja je ima smišljeno diskriminatoran karakter u odnosu na stranog investitora. Međutim, on je naznačio da smatra pravilom međunarodnog prava i sledeće pravilo:

„...nediskriminatorna regulacija u javnom interesu, koja je doneta u skladu sa zakonitim postupkom i koja pogađa, između ostalog, stranog investitora ili investiciju, ne smatra se eksproprijatornom i ne povlači pravo na naknadu, osim ako regulativne vlasti nisu preuzele konkretne obaveze prema tada potencijalnom stranom investitoru koji razmatra investiranje, da će se uzdržati od takve regulacije."[39]

Prema gledištu arbitražnog veća, vlasti Kalifornije nikada nisu preuzele prema Metaneksu obavezu da će se uzdržati od regulativne delatnosti, te ovde ne može biti reči o eksproprijaciji. Štaviše, tužilac je poslovao na tržištu države za koju je poznato da njene institucije nadležne za zaštitu životne sredine rigorozno prate upotrebu pojedinih hemijskih sredstava u industriji i posledice njihovog uticaja na zdravlje i životnu sredinu, kao i da su te institucije često u prošlosti pribegavale zabrani tih sredstava kako bi ostvarile svoje ciljeve.[40]

Obrazloženje odluke arbitražnog veća u slučaju Metaneks, iako nigde ne pominje izričito ovaj pojam, se zasniva na shvatanju o potrebi da se pruži zaštita **legitimnih očekivanja investitora**. Ono jasno korespondira sa shvatanjem koje je izneto u doktrini nekoliko godina pre donošenja odluke u ovom predmetu, da za stranog ulagača ne predstavljaju problem ekološki propisi koji postoje u trenutku kada on planira ulaganja i čije poštovanje može da ukalkuliše u troškove svog poslovnog poduhvata, već naknadno pooštravanje tih propisa od strane države domaćina sa kojim ulagač nije računao.[41] Međutim, pravilo koje ova odluka teži da ustanovi je da strani ulagač, u odsustvu izričitog suprotnog obećanja koje je dobio od države, mora trpeti negativne posledice promene zakonodavstva države domaćina usmerenog na ostvarivanje legitimnih društvenih ciljeva, u

[38] *Metanex Corporation v. United States of America*, Part IV, Chapter D, pasus br. 17.
[39] *Ibidem*, pasus br. 7.
[40] *Ibidem*, pasus br. 9.
[41] Vidi T. Waelde, A. Kolo, *op. cit*., str. 819.

koje nesumnjivo spada i zaštita životne sredine. Jedini uslov koji mora biti ispunjen da bi država uživala ovakvu slobodu je da regulativna delatnost ne bude diskriminatorna, odnosno da njen cilj nije namerna diskriminacija stranog ulagača.

Jedna karakteristika se izdvaja kod gotovo svih sporova koji su nastali kao posledica štete prouzrokovane stranim investitorima usled aktivnosti države na polju zaštite životne sredine. Reč je o tome da strani investitori po pravilu tvrde da stvarna svrha delovanja države nije bila da ostvari pomenuti cilj, već da je reč o merama iza kojih stoje drugačiji motivi, kao što je prikriveni ekonomski protekcionizam. Takva argumentacija se zasniva na činjenici da će „imajući u vidu političku legitimnost ekoloških ciljeva, regulacija koja je po svojoj suštini protekcionistička biti politički prihvatljivija ako se na sceni pojavljuje prerušena u ekološku odeću.“[42] Tako je u predmetu Metaneks protiv SAD tužilac tvrdio da je osnovni cilj postepene zabrane upotrebe *MTBE* kao aditiva za benzin u Kaliforniji bio da se omogući njegova zamena etanolom i da se time obezbedi tržište za domaću industriju proizvodnje etanola.[43]

Najbolji način da se država domaćin odbrani od tvrdnji da preduzeta mera predstavlja prikriveni ekonomski protekcionizam jeste da ponudi kao dokaz naučnu studiju koja bi ukazala na to da je delatnost investitora štetna po životnu sredinu.[44] Tako su Sjedinjene Američke Države u sporu protiv Metaneksa koristile izveštaj o potencijalnoj štetnosti *MTBE* za životnu sredinu i zdravlje ljudi čiji je autor bio Univerzitet Kalifornije. Iako je tužilac osporavao navode iz tog izveštaja nalazima veštaka koje je angažovao, arbitražni sud je zaključio da je izveštaj rezultat ozbiljnog, objektivnog i naučnog pristupa njegovih autora, te da se ne može prihvatiti tvrdnja Metaneksa da je on naučno neutemeljen.[45] Sumirajući činjenično stanje koje je utvrdio u vezi sa upotrebom aditiva *MTBE*, u pogledu politike vlasti Kalifornije usmerene na to da se on postepeno izbaci iz upotrebe, arbitražni sud je naveo:

„Ova politika je bila motivisana iskrenim uverenjem koje je nastalo u dobroj veri i bilo zasnovano na razumnim naučnim osnovama, da *MTBE* zagađuje vodu i da je njegovo uklanjanje teško i skupo.“[46]

---

[42] *Ibidem*, str. 820.

[43] *Metanex Corporation v. United States of America*, Part II, Chapter D, pasusi br. 24, 25.

[44] Vidi R. Moloo, J. Jacinto, Environmental and Health Regulation: Assesing Liability under International Treaties, Berkeley Journal of International Law, vol. 29, 1/2011, str. 25.

[45] *Metanex Corporation v. United States of America,* Part III, Chapter A, pasus br. 101.

[46] Ibidem, pasus br. 102 (2).

Ukoliko tužena država ne može da ponudi naučni dokaz koji bi poslužio kao sonova iskrenog uverenja o kojem govori veće u prethodno citiranom sporu, arbitražni sud neće prihvatiti tvrdnju države da nije odgovorna za regulativnu eksproprijaciju, samo na osnovu činjenice da predstavnici države izjavljuju da je ona delovala u zaštiti javnog interesa. Dobar primer je još jedan spor nastao pod okriljem NAFTA. U predmetu S. D. Majers protiv Kanade (*S. D. Mayers v. Canada*),[47] spor je bio rezultat odluke kanadskih vlasti da zabrane izvoz hemijskog otpada *PCB* iz Kanade u SAD. Time je prouzrokovan ekonomski gubitak američkom investitoru koji je preko svog kanadskog društva kćeri izvozio otpad u SAD i tamo vršio njegovu preradu. Prema tvrdnjama tužene države, mera zabrane izvoza je uvedena zbog toga što su kanadske vlasti bile uverene da hemijsko jedinjenje *PCB* predstavlja značajnu opasnost za zdravlje i životnu sredinu, ako se dozvoli izvoz bez neophodnih garancija u pogledu njegovog bezbednog transporta i uništavanja.[48] Međutim, razmatrajući dokaze u celini, arbitražni sud je zaključio da je Kanada bila prvenstveno vođenja interesom da se obezbedi veći tržišni udeo za domaća privredna društva koja se bave preradom i uništavanjem *PCB*.[49]

U S. D. Majers protiv Kanade, tužena država se nije pozvala na konkretnu naučnu studiju koja bi potkrepila potencijalnu štetnost po životnu sredinu slobodnog izvoza hemijskog otpada iz Kanade u SAD. Umesto toga, ona je insistirala na svojim obavezama na osnovu Konvencije o kontroli prekograničnog kretanja i odlaganja opasnog otpada od 1989. godine (Bazelska konvencija). Prema tvrdnjama kanadskih vlasti, Bazelska konvencija je zabranjivala izvoz opasnog otpada u državu koja nije njena ugovornica (u vreme spora SAD su potpisale, ali nisu ratifikovale ovu konvenciju). Međutim, prema tumačenju koje je usvojilo arbitražno veće, član 11. Bazelske konvencije izričito dozvoljava državama ugovornicama zaključenje dvostranih ili višestranih ugovora koji bi na drugačiji način regulisali prekogranični transport otpada, pod uslovom da to nije u suprotnosti sa ciljevima konvencije. Kanada i SAD su bile ugovornice dvostranog sporazuma o prekograničnom transportu opasnog otpada koji je uređivao njegovo kretanje preko kanadsko-američke granice.[50]

Na osnovu teksta obrazloženja odluke u ovom sporu, čini se da je glavni razlog zbog kojeg Kanada nije uspela da dokaže postojanje iskrene

[47] *S. D. Mayers, Inc. v. Government of Canada* (UNCITRAL), Partial Award, November 13, 2000.

[48] *Ibidem*, pasus br. 152.

[49] *Ibidem*, pasus br. 162.

[50] *Ibidem*, pasus br. 213. Vidi, takođe, pasuse br. 205-207.

želje da zaštiti životnu sredinu i zdravlje ljudi uvođenjem zabrane izvoza taj što jednostavno arbitražnom sudu nije pokazala u čemu se u konkretnim okolnostima, imajući u vidu naučne dokaze, sastoji opasnost u transportu *PCB* iz Kanade u SAD. Posebno kada se ima u vidu da je put koji bi otpad prelazio iz Kanade do tužiočevog postrojenja za preradu u SAD bio kraći od puta između određenih provincija unutar Kanade.[51] Na kraju, deo tužbenog zahteva tužioca koji se odnosio na regulativnu eksproprijaciju ipak je odbijen, pre svega zahvaljujući činjenici da je zabrana izvoza bila na snazi samo privremeno.[52] Ipak, tužena država je proglašena odgovornom za povredu standarda nacionalnog tretmana i poštenog i pravičnog tretmana ulaganja.[53]

U predmetu Tekmed protiv Meksika (*Tecmed v. Mexico*),[54] arbitražni sud je takođe ispitivao svrhu odluke meksičkih saveznih vlasti da društvu kćeri španskog investitora ne obnove dozvolu za rad postrojenja za skladištenje opasnog otpada i nalože njegovo zatvaranje, ali je, za razliku od veća u S. D. Majers protiv Kanade, zaključio da je izvršena eksproprijacija ulaganja. Meksičke vlasti su odluku da odbiju ponovno izdavanje dozvole obrazložile time što je tužiočevo preduzeće prethodno u tri navrata bilo kažnjeno zbog nepropisnog skladištenja otpada.[55] Odbrana Meksika se u suštini svodila na tvrdnju da odluka kojom se odbija obnavljanje dozvole spada u krug regulativnih ovlašćenja države, te ne može biti smatrana eksproprijacijom prema međunarodnom pravu.[56]

Arbitražno veće je prvo izričito odbacilo tvrdnju da su regulativne mere države same po sebi isključene iz kruga akata kojima se može izvršiti indirektna eksproprijacija.[57] Veće se koncentrisalo na to da utvrdi svrhu preduzimanja mere kojom je prouzrokovana šteta tužiocu. Međutim, ono nije jednostavno prihvatilo tvrdnju Meksika da je mera imala za cilj zaštitu života i zdravlja ljudi i životne sredine. Na osnovu izvedenih dokaza, arbitražni sud je zaključio da rad postrojenja za skladištenje otpada nikada nije predstavljao stvarnu pretnju za životnu sredinu. Štaviše, inspekcijski nadzor koji je ranije sprovela Kancelarija saveznog javnog tužioca za zaštitu životne sredine utvrdio je postojanje samo manjih propu-

[51] Vidi R. Moloo, J. Jacinto, *op. cit*., str. 32.

[52] *S. D. Mayers, Inc. v. Government of Canada*, pasus br. 284. Zabrana je trajala 18 meseci.

[53] *Ibidem*, pasusi br. 256, 268

[54] *Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award, May 29, 2003.

[55] *Ibidem*, pasus br. 99.

[56] *Ibidem*, pasus br. 97.

[57] *Ibidem*, pasus br. 121.

sta. Investitor je za ove prekršaje kažnjen novčanim kaznama, pri čemu je nadležni organ konstatovao da propusti ne predstavljaju značajniji rizik za životnu sredinu, ekološki balans ili zdravlje ljudi.[58]

Stvarni i odlučujući razlog za meru kojom je investitor lišen svog ulaganja bile su političke i društvene okolnosti povezane sa radom skladišta.[59] Lokalno stanovništvo je bilo protiv postojanja skladišta otpada na lokaciji za koju su smatrali da je suviše blizu naseljenog mesta, pa se zbog toga tužilac u više navrata suočio sa protestima. Prema shvatanju arbitražnog suda, reakcija saveznih vlasti (odbijanje obnavljanja dozvole za rad) usmerena na ublažavanje političkog pritiska je sama po sebi legitimna, ali je sprečavanje tužioca da obavlja svoju delatnost predstavljalo meru neproporcionalnu stvarnoj opasnosti, s obzirom na to da protivljenje lokalne zajednice lokaciji skladišta, iako konstantno i izraženo u medijima, nije bilo masovno i nije predstavljalo „stvarnu krizu ili katastrofu ogromnih razmera."[60]

Odluka doneta u sporu Tekmed protiv Meksika još jednom potvrđuje da nije dovoljno da država domaćin jednostavno ponudi razloge zaštite životne sredine kao objašnjenje za meru kojom su narušena imovinska prava investitora, da bi bila oslobođena odgovornosti za regulativnu eksproprijaciju. Arbitražni sud će, pored drugih faktora, pokušati da zasnuje odluku na stvarnim motivima koji stoje iza regulativne mere. Kao što navodi arbitražno veće u S. D. Majers protiv Kanade, prilikom odlučivanja o tome da li delovanje države predstavlja eksproprijaciju, arbitražni sud mora zanemariti formu i „sagledati stvarne interese, svrhu i dejstvo vladinih mera."[61] Kada država domaćin ulaganja ne poseduje validan i nedvosmislen naučni dokaz o tome da delatnost ulagača predstavlja opasnost za životnu sredinu, za nju nije uputno da preuzima rizik ulaska u spor sa stranim ulagačem. Ovakvo razmišljanje je bilo dominantno u predmetu Etil protiv Kanade (*Ethyl v. Canada*). U ovom sporu je američki tužilac tvrdio da je Kanada povredila, između ostalog, odredbu NAFTA o zabrani eksproprijacije, tako što je usvojila zakon kojima se zabranjuje uvoz hemijske supstance MMT koju je proizvodio tužilac.[62] Tužilac je mogao da nastavi proizvodnju MMT u Kanadi, preko lokalnog društva kćeri, zbog toga što proizvodnja u samoj Kanadi nije bila zabranjena. Spor je okončan poravnanjem stranaka kojim se tužena država obavezala da is-

[58] *Ibidem*, pasus br. 124.
[59] *Ibidem*, pasus br. 127.
[60] *Ibidem*, pasus br. 144.
[61] *S. D. Mayers, Inc. v. Government of Canada*, pasus br. 285.
[62] Navedeno prema T. Waelde, A. Kolo, *op. cit.,* str. 838.

plati investitoru 13 miliona američkih dolara zbog gubitaka za vreme trajanja zabrane, da ukine zabranu i da izda javno saopštenje kojim prihvata činjenicu da zabrana nije bila zasnovana na pouzdanim naučnim činjenicama o štetnosti pomenute supstance.[63]

Zaključak

Zaštita životne sredine kao razlog delovanja državnih vlasti u pravnoj teoriji i pojedinim izvorima međunarodnog investicionog prava danas nedvosmisleno uživa status legitimnog zakonodavnog interesa. U kontekstu i analitičkom okviru doktrine javnih ovlašćenja ovo bi značilo da državna mera preduzeta u cilju zaštite životne sredine, iako se njome nanosi ekonomska šteta stranog ulagaču, ne može dovesti do odgovornosti države za regulativnu eksproprijaciju. Arbitražna praksa ipak pokazuje suzdržaniji pristup pitanju regulativne slobode država u ovoj oblasti. Pravo države da reguliše bez obaveze isplate naknade investitoru nije bezuslovno. Potrebno je da državna mera bude preduzeta u dobroj veri, tj. sa stvarnom svrhom zaštite životne sredine i uverenjem da je ona neophodna, odnosno da je nediskriminatornog karaktera – da ne izdvaja stranog ulagača sa ciljem da mu se nanese šteta. Osim toga, u arbitražnoj praksi postoji tendencija da se legitimna svrha državne mere odmerava spram drugih faktora kao što su legitimna očekivanja ulagača i stepen ekonomskog gubitka koji je izazvan merom. Postupak u kojem se svrha državne mere analizira samo kao jedan od faktora od značaja za zaključak da li je država izvršila regulativnu eksproprijaciju, može, teorijski posmatrano, u budućnosti dovesti do odgovornosti države i kada je mera preduzeta sa stvarnim ciljem zaštite životne sredine i na nediskriminatornoj osnovi. Ipak, u praksi još uvek ne postoji primer takve arbitražne odluke, a imajući u vidu sve veći politički i društveni značaj zaštite životne sredine, teško je očekivati da će nastati u budućnosti.

[63] *Ibidem*.

Petar Đundić, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Measures for Protection of the Environment and the Breach of a Foreign Investor's Rights

Abstract

The paper analyses the relationship between state measures aimed at protecting the environment and the so-called regulative expropriation of investment. Protection of the environment has established itself as a legitimate regulative purpose in legal doctrine and in a number of sources of international foreign investment law. In the analytical framework of police powers doctrine it would suggest that state measures taken for environmental reasons, even if they are harmful for the economic interests of foreign investor, cannot be considered regulative expropriation. However, arbitral practice shows more restrictive approach towards regulative freedom of states in this area. The right of state to regulate without imposition of a duty to compensate a foreign investor for his loss is not unconditionally accepted. The regulative measure must be taken in good faith, i.e. with the true purpose of protecting the environment and nondiscriminatory in its character. Furthermore, there is a tendency in arbitral practice that the legitimate regulative purpose of state measure is weighed against other factors such as legitimate expectations of a foreign investor and the level of his economic loss in order to determine whether the expropriation has occurred.

Key words: protection of the environment, foreign investments, regulative expropriation, investment arbitration, public interest.

Originalni naučni rad 347.426(37)

Dr Samir Aličić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

LEGITIMACIJA ZA PODIZANJE AKVILIJANSKE TUŽBE U SLUČAJU UNIŠTENJA PREDMETA OBLIGACIONOG ODNOSA[1]

Sažetak: *U radu se istražuje kome i pod kojim uslovima pripada ovlašćenje za podizanje tužbe iz Akvilijevog zakona (actio legis Aquiliae), odnosno tužbe zbog protivpravno nanete štete (actio damni iniuriae), u slučaju uništenja stvari koja je bila predmet obligacije u rimskom klasičnom pravu. Analizirane su situacije uništenja dugovane stvari od strane poverioca i od strane trećeg lica, kao i sa time povezani problemi konkurencije akvilijanske tužbe sa actio doli i kontraktnim tužbama, te problem legitimacije detentora koji je držao stvar po osnovu kontrakta. Putem egzegeze izvora autor pokušava da utvrdi na koji način okolnost da je uništena ili oštećena stvar bila predmet obligacionog odnosa ima uticaja na aktivnu legitimaciju za podnošenje akvilijanske tužbe.*

Ključne reči: *rimsko pravo, obligacije, odštetno pravo, protivpravno naneta šteta, Akvilijev zakon, legitimacija.*

1. Uvod. Tužba zbog protivpravne štete (*actio damni iniuriae*), u izvorima alternativno označena i kao tužba iz Akvilijevog zakona (*actio legis Aquiliae*), već dugo je u centru pažnje romanista, što nije čudno s obzirom na značaj ove tužbe, iz koje se najvećim delom razvila savremena vanugovorna odgovornost za imovinsku štetu.

[1] Rad je pripremljen u okviru projekta *Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske Unije – teorijskopravni, sociološkopravni, istorijskopravni, pozitivnopravni i ekonomski razvo*j koji se realizuje na Pravnom Fakultetu u Novom Sadu.

Ona se podiže kada je nekome naneta šteta fizičkim uništenjem ili oštećenjem stvari, namerno ili iz nehata. Putem ove tužbe vlasnik stvari može da zahteva od učinioca delikta najvišu vrednost koju je oštećena ili uništena stvar imala u toku godinu dana (u slučaju ubistva roba ili grla stoke) ili u toku trideset dana koji su prethodili deliktu (u svim ostalim slučajevima u kojima je oštećenjem ili uništenjem stvari drugome naneta šteta).[2]

Da bi bila podignuta tužba zbog protivpravne štete moraju biti ispunjeni određeni uslovi. Šteta mora biti naneta fizičkim oštećenjem ili uništenjem stvari (*occisum, combustum, fractum, ruptum*), mora postojati nehat ili zla namera učinioca (*iniuria*), zatim uzročno-posledična veza između delikventove radnje i nastale štete (savremenim jezikom rečeno, kazualitet), i oštećeni mora pretrpeti određeni imovinski gubitak (*damnum*).

Da bi došlo do primene direktne akvilijanske tužbe, pored navedenih uslova, stvar mora biti oštećena neposredno radnjom delikventa (*corpore*), i oštećeni mora biti vlasnik stvari (*erus, dominus*), mada se u nekim slučajevima daje pretorska tužba (*utilis, in factum, ad exemplum legis Aquiliae*) i ako ova dva uslova nisu ispunjena.

U ovom radu bavićemo se tekstovima klasičnih rimskih pravnika u kojima se raspravlja o primeni akvilijanske tužbe u slučajevima kada je uništena ili oštećena stvar koja je predstavljala predmet obligacionog odnosa.

Ostavljajući po strani druge probleme koji se u ovakvoj situaciji mogu javiti,[3] pokušaćemo da pružimo odgovor na sledeće pitanje: na koji

---

[2] D. 9, 2, 2pr: GAIUS libro septimo ad edictum provinciale. *Lege Aquilia capite primo cavetur: 'ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto'* (GAJ, iz sedme knjige o provincijskom ediktu. *U prvom poglavlju Akvilijevog zakona je predviđeno: "ako neko tuđeg roba ili tuđu robinju, četvoronožnu životinju ili marvinče, protivpravno ubije, koliko je to u onoj godini najviše vredelo, toliko novca neka bude osuđen da dā gospodaru."*); D. 9, 2, 27, 5: ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum. *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.'* (D. 9, 2, 27, 5: ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu. *U trećem, pak, poglavlju Akvilijev zakon isto tako kaže: „Ako bi neko učinio štetu drugome putem ostalih stvari, izuzimajući ubijene robove i stoku, za ono što bi protivpravno spalio, slomio ili uništio, koliko ta stvar bude vredela u proteklih trideset dana, toliko novca neka bude osuđen da dā gospodaru."*).

[3] Na primer, pitanje procene štete u slučaju uništenja ili oštećenja stvari u alternativnoj ili fakultativnoj obligaciji ili stvari obećane pod ugovornom kaznom (vidi npr. D. 9, 2, 22pr; 9, 2, 37, 1; 9, 2, 55), koje je samo po sebi dovoljno zanimljivo da bi moglo biti tema posebnog istraživanja.

način okolnost da je uništena ili oštećena stvar u vreme delikta bila predmet obligacionog odnosa utiče na to kome će pripasti ovlašćenje za podnošenje tužbe zbog protivpravne štete?

Dakle, pokušaćemo da otkrijemo ko ima legitimaciju za podizanje tužbe iz Akvilijevog zakona u slučaju uništenja predmeta prestacije obligacije. S tim u vezi, istraživaćemo i kako se u tom slučaju rešava problem konkurencije sa drugim tužbama iz delikata kao i sa tužbama iz kontrakata.

2. Uništenje dugovane stvari od strane poverioca. Pitanje koje se prvo nameće jeste, da li poverilac može da odgovara u slučaju da uništi ili ošteti stvar koja mu je trebala biti predata? Analizirajmo Papinijanov fragment koji se bavi ovim pitanjem:

D. 9, 2, 54: PAPINIJAN, iz trideset sedme knjige pitanja. *Dužniku pripada tužba iz Akvilijevog zakona ukoliko je stipulator pre docnje obećanu životinju ranio; isto je i ako je ubio životinju. A ako je posle docnje promisora stipulator ubio (životinju), dužnik se svakako oslobađa, ali se neće ispravno voditi spor po Akvilijevom zakonu u ovom slučaju; jer se uočava da je poverilac učinio nepravdu pre sebi nego drugome.*[4]

Papinijan analizira sledeći slučaj. Dužnik, promisor, obećao je stipulacijom da će predati određenu životinju. Pre nego što je nastupela docnja,[5] poverilac, stipulator, je ozledio dugovanu životinju.

Papinijan smatra da će dužnik imati tužbu iz Akvilijevog zakona protiv stipulatora koji je životinju ranio. Pošto ranjavanje životinje spada u slučajeve predviđene trećim poglavljem Zakona, tužbom će moći zahte-

[4] D. 9, 2, 54: PAPINIANUS libro trigensimo septimo quaestionum *Legis Aquiliae debitori competit actio, cum reus stipulandi ante moram promissum animal vulneravit: idem est et si occiderit animal. quod si post moram promissoris qui stipulatus fuerat occidit, debitor quidem liberatur, lege autem Aquilia hoc casu non recte experietur: nam creditor ipse sibi potius quam alii iniuriam fecisse videtur.* Gerke smatra da je ovaj tekst interpolisan. T. J. Gerke: *Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche der "lex Aquilia" (Mit einem vergleichenden Ausblick auf die geschichtliche Entwicklung der Ansprüche aus Furtum)*, SDHI 23/1957., str. 106.

[5] U pitanju je, izvesno, stupulacija sa odložnim rokom izvršenja (*stipulatio in diem*), jer ukoliko rok nije ugovoren, dospelost kod stipulacije nastupa odmah i dužnik je u docnji čim stipulator postavi zahtev za izvršenjem. Docnja je u rimskoj stipulaciji bila mnogo češća situacija nego u današnjem ugovornom pravu jer ukoliko nije bio ugovoren rok izričito, poverilac je uvek mogao zahtevati ispunjenje. K. Slapnicar: *Über di Aktivlegitimation zur actio legis Aquiliae und actio de dolo in Dreipersonenverhältnis (Bemerkungen zur Paul. D, 4, 3, 18, 5)*, De iustitia et iure (Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag, Berlin 1980., str. 242-244.

vati najvišu vrednost koju je životinja imala u toku trideset dana pre ranjavanja (D. 9, 2, 27, 5). Papinijan kaže da će promisor imati tužbu protiv stipulatora i u slučaju da je ovaj ubio životinju. Međutim, u tom slučaju primenjivaće se prvo poglavlje Akvilijevog zakona i dužnik će moći tužbom da zahteva najvišu vrednost koju je životinja imala u toku godinu dana pre ubistva (D. 9, 2, 2pr).

Ali, ako je stipulator ubio životinju nakon što je nastupila docnja, promisor neće moći da ga tuži tužbom zbog protivpravne štete. Ipak, dužnik biva oslobođen obaveze iz obligacije, jer je usled uništenja individualno određenog predmeta obligacije njeno izvršenje postalo nemoguće. Zato Papinijan kaže da je u tom slučaju poverilac naneo nepravdu pre sebi nego drugome (*creditor ipse sibi potius quam alii iniuriam fecisse videtur*). U ovoj situaciji niko neće moći da tuži. Niti poverilac ima na raspolaganju tužbu iz kontrakta, niti dužnik po osnovu delikta. Papinijan ne kaže izričito šta bi se desilo da je poverilac ranio životinju posle docnje, ali nije teško pretpostaviti koje bi posledice nastale. Dužnik bi u tom slučaju verovatno morao da preda povređenu životinju, i ne bi mogao da tuži poverioca zbog protivpravno nanete štete, ali ni poverilac ne bi mogao da zahteva nadoknadu zbog smanjene vrednosti stvari, budući da ju je sam oštetio.

Iako jasan i bez velikih teškoća za analizu, ovaj tekst ipak ostavlja jedno pitanje otvorenim. Naime, savremeni čitalac mogao bi sa pravom da se zapita, zašto se u slučaju uništenja ili oštećenja stvari koja je trebala biti predata po osnovu obligacionog odnosa uopšte daje akvilijanska tužba dužniku? Uslovi za njenu primenu koji se odnose na postojanje fizičkog oštećenja, subjektivnog odnosa učinioca i kazualiteta bez sumnje postoje. Međutim, jedan od uslova za primenu tužbe iz Akvilijevog zakona je i postojanje imovinskog gubitka (*damnum*) na strani oštećenog. Možemo se zapitati, kakav je imovinski gubitak pretrpeo dužnik u slučaju uništenja dugovane stvari od strane poverioca, kad se u tom slučaju obligacija gasi? U slučaju njenog oštećenja, dužnik jednostavno mora da preda stvar, isto kao da nije oštećena.

Mogućnost da je poverilac u ovom slučaju umesto predaje stvari mogao da putem kondikcije zahteva njenu novčanu protivvrednost romanisti s pravom isključuju, jer je poverilac sām uništio stvar, i time je uskratio sebi pravo na kondikciju.[6] Osim toga, ako bi poverilac dolozno uništio stvar sa namerom da zahteva njenu novčanu protivvrednost umesto predaje, primenjivala bi se protiv njega tužba zbog krađe (*actio furti*), a ne *actio damni iniuriae*. Naime, tužba iz Akvilijevog zakona primenjuje

[6] Slapnicar: *op. cit.,* str. 256.

se samo kada je stvar uništena nehatno ili sa isključivom namerom da se drugome nanese šteta. Ako je stvar uništena sa namerom da se sebi ili drugom pribavi imovinska korist, akvilijanska tužba se ne primenjuje. U tom slučaju se primenjuje *actio furti* ili neka druga tužba.[7]

Neki romanisti smatraju da ovaj tekst predstavlja primer u kome se tužba zbog protivpravne štete primenjuje iako ne postoji nikakva imovinska šteta na strani tužioca. Fon Libtov ovo jednostavno objašnjava penalnim karakterom akvilijanske tužbe, ne ulazeći u detalje,[8] dok Gruber misli da je to posledica striktne primene pravila da se procenjuje najviša vrednost stvari u periodu od godinu, odnosno trideset dana pre uništenja, zbog čega procenjeni iznos može da pređe realnu vrednost stvari.[9]

Iako se može sumnjati da je postojanje imovinskog gubitka bilo uslov za primenu tužbe po prvom poglavlju, tj. u slučaju ubistva robova ili životinja,[10] kada se radi o primeni trećeg poglavlja, tj. o slučajevima uništenja ili oštećenja ostalih stvari i povreda robova i životinja, van sumnje je da je imovinski gubitak jedan od uslova za primenu akvilijanske tužbe. U Digestama ima više primera koji pokazuju da se u situaciji kada je stvar fizički oštećena na takav način da njena vrednost nije umanjena tužba iz Akvilijevog zakona ne daje.[11] Dakle, da bi

---

[7] Vidi npr.: D. 9, 2, 41, 1; 9, 2, 27, 21; 47, 2, 50, 4; G. 3, 202.

[8] U. von Lübtow: *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971., str. 78.

[9] E. Grueber: *The roman law of damage to property (a commentary of the title of the Digest Ad legem Aquiliam – IX.2)*, Oxford 1886., str. 175-176.

[10] U sačuvanim citatima reč *damnum* nalazimo samo u trećem poglavlju Akvilijevog zakona. Ipak, nema sumnje da je ceo Zakon shvatan kao *zakon o šteti* (*lex Aquilia de damno* – D. 9, 2, 1pr), na šta ukazuje i Gajeva konstatacija da se i drugo poglavlje Zakona, u kome se govori o odgovornosti adstipulatora koji bez saglasnosti poverioca oprosti dug dužniku, odnosilo na štetu (*qua et ipsa (scil. secunda) parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est* – G. 3, 216). M. F. Cursi: *Iniuria cum damno (antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano)*, Milano 2002., str. 210. Ipak, treba ukazati na činjenicu koju pominje Birks, da u slučaju ubistva ostarelog ili bolesnog roba koji je predstavljao samo teret za gospodara, ili životinje namenjene za klanje, koja je i mrtva imala istu vrednost u vidu mesa i kože, za vlasnika nije nastupao materijalni gubitak, ali klasični pravnici ipak smatraju da postoji *damnum*, što je po svemu sudeći rezultat kasnijih interpretacija. Naime, po izvornom smislu zakona, ukoliko postoje *occisus* i *iniuria*, postoji uslov za primenu prvog poglavlja Zakona, a *damnum*, tj. gubitak, ima značaja samo za mogućnost procene štete, dok je u trećem poglavlju to jedan od četiri uslova za samo postojanje odgovornosti: *damnum*, *iniuria*, *datum*, *corpore*. P. Birks: *Ulpian 18 ad edictum: introducing damnum iniuria*, Collatio ivris romani (ètudes dèdièes à Hans Ankum à l'occasion de son 65. anniversarie) I, Amsterdam 1995., str. 21-22.

[11] Ako neko udarcem nanese robu otok ili posekotinu, i ako vrednost roba time ne bude umanjena, Akvilijev zakon se ne primenjuje (D. 9, 2, 27, 17=CO. 2, 4). Ako neko

do primene akvilijanske tužbe došlo, nekakav imovinski gubitak mora postojati, bar kad se radi o situaciji ranjavanja životinje, ako ne i u slučaju njenog ubistva.

Zbog toga, zaključci Fon Libtova i Grubera se mogu prihvatiti ako se modifikuju, utoliko što za primenu akvilijanske tužbe, doduše, jeste neophodno da postoji imovinski gubitak, ali je dovoljno da bude minimalan. Penalni efekat ove tužbe sastoji se baš u tome što je za njenu primenu dovoljno da postoji minimalna šteta, a vrednost stvari se ipak procenjuje na najviši iznos koji je imala u zakonom propisanom periodu.[12]

Dakle, kakav je gubitak dužniku naneo poverilac koji uništi ili ošteti stvar koju je dužnik trebao da mu preda? Još u starijoj romanistici ukazivano je na to da je dužniku time uskraćena mogućnost da stvar koristi do isteka roka za predaju.[13] Dakle, dužnik je izgubio dobit koju je mogao steći korišćenjem stvari. Zbog kaznenog karaktera Akvilijevog zakona u slučaju oštećenja stvari procenjivaće se njena puna vrednost, a u slučaju povrede roba ili životinje izračunavaju se samo izgubljena zarada i troškovi lečenja.[14] U prilog ovakvom shvatanju govori i to što ono nudi objašnjenje zašto dužnik nema pravo na tužbu protiv poverioca u slučaju kada je životinju ubio posle docnje: zato što u tom slučaju nije pretrpeo nikakvu štetu. Jer, iako je poverilac onemogućio predaju stvari i dužnik biva oslobođen, dužnik nema akvilijansku tužbu, jer da je uredno predao stvar, poverilac bi uništio svoju stvar.[15] Naime, nakon što je nastupela docnja, dugovana stvar se, na neki način, posmatra kao deo imovine poverioca.[16]

3. Uništenje dugovane stvari od strane trećeg lica. Do sada smo raspravljali o primeni akvilijanske tužbe u slučaju kada poverilac

---

pobere tuđe zrele plodove sa drveta (D. 2, 27, 25) ili naseče zrelo vrbovo granje tako da ne povredi stablo (D. 2, 27, 27) ne podleže tužbi zbog protivpravne štete (naravno, ako je odneo plodove ili granje može da odgovara po tužbi zbog krađe). Ako neko kastrira roba i time ga učini vrednijim Akvilijev zakon se ne primenjuje, mada se može tužiti nekim drugim tužbama, npr. sa *actio iniuriarum* (D. 9, 2, 27, 28)

[12] Tako, ako je ubijen rob koji je povređen tako da se ne može više baviti svojim poslom (D. 9, 2, 23, 3), ili rob koji se dobro ponašao pa promenio navike na gore (D. 9, 2, 23, 5) u toku godinu dana pre ubistva, prilikom procene štete u akvilijanskom sporu uzima se u obzir ona vrednost koju je rob imao dok je još bio zdrav i dok se dobro ponašao. Vidi i G. 3, 214.

[13] N. Natali: *La legge Aquilia (ossia il damnum iniuria datum) – Studio sul lib. IX, tit. II del Digesto*, Roma 1896., str. 124.

[14] *aestimatio vulneris* - D. 9, 2, 24.

[15] Grueber: *op. cit.,* str. 176.

[16] Natali: *op. cit*., str. 178-179.

uništi ili oštetiti dugovanu stvar. Sledeće pitanje koje treba raspraviti je, šta se dešava ukoliko treće lice uništi stvar koja je bila predmet obligacije?

O tome govori sledeći tekstovi:

D. 18, 6, 13: PAUL, iz treće knjige Alfenovih epitoma. *Edil je kupljene ležajeve, koji su bili postavljeni na javnom putu, oštetio; ako su bili predati kupcu ili njegovom krivicom nisu bili predati, smatra se da rizik pada na kupca.*[17]

D. 18, 6, 14: JULIJAN, iz treće knjige po ugledu na Urseja Feroksa. *i da on protiv edila, ako on to nije učinio u skladu s pravom, treba da ima tužbu iz Akvilijevog zakona; ili, naravno, treba da tužbom iz kupoprodaje zahteva od prodavca, da mu svoje tužbe, koje ima protiv edila, ustupi.*[18]

Ovi fragmenti su utoliko značajniji što potiču iz Paulove skraćene kompilacije Alfenovih dela i Julijanovog komentara dela Urseja Feroksa, što svedoči da se više pravnika bavilo, ako ne identičnim, a ono bar srodnim slučajevima. Iz teksta se ne vidi da je među njima bilo nesaglasnosti u pogledu načina rešavanja ovog problema.

U prvom tekstu Paul navodi sledeći slučaj. Neko je krevete, koji su bili predmet kupoprodaje, ostavio na javnom putu. Edil, magistrat koji se brine o javnim putevima, naredio je da se uklone, i oni su tom prilikom oštećeni. Ako je bila izvršena predaja, onda rizik pada na kupca, jer je on postao vlasnik. Situacija će biti ista ako ih kupac nije preuzeo na vreme, jer, kao što je dobro poznato, u slučaju poverilačke docnje rizik za propast stvari pada na poverioca.

Julijanov tekst se možda i nije odnosio na isti slučaj, tj. oštećenje kreveta prilikom sklanjanja sa javnog puta, ali svakako jeste na neku sličnu situaciju, tj. uništenje predmeta kupoprodaje od strane edila. U tekstu se kaže da kupac može da tuži edila tužbom iz Akvilijevog zakona, ili da zahteva da mu kupac prenese svoje tužbe, koje ima protiv edila. Koje će od dva rešenja biti primenjeno, zavisi od činjeničnog stanja. U prethodnom tekstu navedene su dve alternative. Prva je da je stvar predata kupcu, a druga je da je trebala biti predata, ali je kupac zakasnio da je primi. Naravno, edil odgovara samo ako nije postupio u skla-

[17] D. 18, 6, 13: PAULUS libro tertio Alfeni epitomarum. *Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet.*

[18] D. 18, 6, 14: IULIANUS libro tertio ad Urseium Ferocem. *eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae: aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret.*

du sa pravom (*si id non iure fecisset*), odnosno ako je uklonio krevete sa puta na grub način, iako je mogao da ih ukloni i bez oštećenja, te se oštećenje može pripisati njegovo zloj nameri ili nepažnji. Ovo je tipičan primer odgovornosti za štetu nanetu nemarnim vršenjem službene dužnosti.[19]

Ono što nesumnjivo proizlazi iz navedenih tekstova je sledeće. Ako treće lice uništi stvar nakon predaje, ili pre predaje ali nakon što je poverilac u docnji zakasnio da primi stvar, rizik za propast stvari je na poveriocu, u prvom slučaju zbog pravila *res perit domino*, a u drugom slučaju zato što se krivica poverioca ne može pripisati dužniku. Ako je stvar predata, poverilac je postao vlasnik i tužba zbog protivpravne štete pripada njemu, a ako je bio u docnji, tužba i dalje pripada dužniku jer je on i dalje vlasnik, ali poverilac može tražiti da mu se tužba ustupi, što znači da mu pripada indirektno.[20] U tekstu se kaže, u stvari, da se radi o više tužbi, čije ustupanje od strane prodavca kupac može da zahteva. Jedna od njih je svakako tužba zbog protivpravne štete, a koje bi mogle biti ostale, može se zaključiti iz sledećeg Ulpijanovog teksta:

D. 19, 1, 13: ULPIJAN, iz trideset druge knjige o ediktu. *§ 10 Ako je prodata njiva na kojoj su usevi već zreli, došlo se do zaključka da i plodovi treba da budu predati kupcu, izuzev ako nije drugačije ugovoreno. § 11 Ako je zemljište bilo u zakupu, zakupnina treba da bude plaćena onome ko je izdao u zakup; isto je i sa gradskim zemljištima, izuzev ako nešto drugo nije izričito ugovoreno. § 12 Ali i ako postoji neko (pravo) po osnovu oštećenja stvari, tužba treba da bude ustupljena kupcu, na primer damni infecti ili aquae pluviae arcendae ili iz Akvilijevog zakona ili iz interdikta quod vi aut clam.*[21]

Ulpijan se bavi pitanjem, kome pripadaju plodovi stvari koja je predmet kupoprodaje? Ukoliko se radi o fizičkim plodovima stvari, na primer usevima na njivi koji u momentu predaje nisu odvojeni od glavne stvari, oni treba da budu predati kupcu, izuzev ako nije ugovoreno nešto

[19] A. Corbino: *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, Padova 2005., str. 117. Vidi i D. 9, 2, 29, 7 u kome se govori o sličnoj situaciji kada je municipalni magistrat naneo štetu na stvarima uzetim u zalogu.

[20] Natali: *op. cit*., str. 122-123.

[21] D. 19, 1, 13: ULPIANUS libro trigesimo secundo ad edictum. *§ 10 Si fructibus iam maturis ager distractus sit, etiam fructus emptori cedere, nisi aliud convenit, exploratum est. § 11 Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent qui locaverat: idem et in praediis urbanis, nisi si quid nominatim convenisse proponatur. § 12 Sed et si quid praeterea rei venditae nocitum est, actio emptori praestanda est, damni forte infecti vel aquae pluviae arcendae vel Aquiliae vel interdicti quod vi aut clam.*

drugo. Ukoliko civilni plodovi od zakupa stvari nisu naplaćeni rešenje je drugačije. Zakupnina se isplaćuje onome ko je stvar izdao u zakup, dakle, u zavisnosti od situacije, ili kupcu ili prodavcu, izuzev ukoliko nije drugačije ugovoreno. Zanimljivo je, međutim, da se u okviru rasprave o plodovima pominje i ono što se može naplatiti deliktnim tužbama zbog oštećenja stvari u pitanju. Ulpijan nedvosmisleno kaže da te tužbe treba da budu ustupljene kupcu, kao i Julijan u ranije citiranom tekstu D. 18, 6, 14. Pored tužbe iz Akvilijevog zakona, on nabraja i druga procesna sredstva: *actio damni infecti, aquae pluviae arcendae* i interdikt *quod vi aut clam.* Te tužbe, ukoliko prodavac ima pravo na njih, moraju biti ustupljene kupcu. Za nas je to značajno ne samo zbog toga što objašnjava zašto se u tekstu D. 18, 6, 14 kaže da, ukoliko je stvar oštećena posle poverilačke docnje, akvilijanska tužba treba da bude preneta na kupca (jer se naplata po osnovu tužbe tretira kao civilni plod stvari), nego i zato što ukazuje da je uvek kada je imao pravo na akvilijansku tužbu po osnovu oštećenja stvari dužnik morao da je prenese na poverioca (tj. pribavioca stvari). Ovo se odnosi na situaciju kada nije realizovao svoje pravo, odnosno ukoliko nije pokrenuo tužbu, ili je pokrenuo ali spor nije okončan. Naime, samim tim što je stvar bila predmet obligacionog odnosa njen vlasnik nije izgubio pravo na tužbu, i izvesno je da može da zahteva naplatu štete od delikventa.

Ni jedan tekst ne sugeriše da je poverilac čiji su imovinski interesi oštećeni zbog uništenja stvari mogao da ima neposrednu akvilijansku tužbu protiv delikventa, pa čak nema naznaka ni da je u njegovu korist postojala pretorska tužba *utilis causa ad exemplum legis Aquiliae*. Ipak, jedan Paulov tekst ukazuje da je o tome možda raspravljano:

D. 9, 2, 55: PAUL, iz dvadeset druge knjige pitanja. *Ticiju sam obećao Stiha ili Pamfila, i Stih je vredeo deset hiljada, Pamfil dvadeset; stipulator je ubio Stiha pre nego što je nastupela docnja; postavlja se pitanje o tužbi iz Akvilijevog zakona. Odgovorio sam: budući da je saopšteno da je ubio manje vrednog, u ovoj raspravi se poverilac ne razlikuje od trećeg lica...*[22]

U daljem tekstu Paul govori o proceni visine štete u slučaju uništenja predmeta alternativne obligacije, koje pitanje sada nije od značaja, jer

[22] D. 9, 2, 55: PAULUS libro vicensimo secundo quaestionum. *Stichum aut Pamphilum promisi Titio, cum Stichus esset decem milium, Pamphilus viginti: stipulator Stichum ante moram occidit: quaesitum est de actione legis Aquiliae. respondi: cum viliorem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor...*

je predmet ovog rada aktivna legitimacija za podizanje akvilijanske tužbe. Zato ćemo se baviti samo uvodnim delom ovog fragmenta.

Dužnik se stipulacijom obavezao da će predati roba Stiha ili roba Pamfila, po svom izboru. Ugovorena je, dakle, alternativna obligacija. Stih je vredeo deset hiljada sestercija, a Pamfil dvadeset hiljada. Pre nego što je nastupela docnja, poverilac je ubio manje vrednog roba, Stiha. Oštećeni je postavio pitanje o primeni tužbe iz Akvilijevog zakona.

Paul je odgovorio sledeće. Budući da je ubijen jeftiniji rob, svejedno je da li ga je ubio poverilac ili treće lice. Ovo svakako zato što, u slučaju da je ubijen vredniji rob, oštećen bi bio i poverilac, ali bi se pitanje eventualne primene akvilijanske tužbe iz razloga korisnosti u korist poverioca postavilo samo ako bi treće lice ubilo roba, a ne ako bi to učinio sām poverilac. To ukazuje da je o sličnim problemima Paul već raspravljao u ovoj knjizi na drugom mestu.[23] Ipak, to što je o pitanju da li poveriocu treba dati akvilijansku tužbu možda raspravljano, ne znači i da je odgovor pravnika bio pozitivan, jer u prilog tome ne svedoči ni jedan tekst. Pre će biti da su poveriočevi imovinski interesi zaštićeni na neki drugi način, verovatno putem *actio doli*, kako ćemo videti na osnovu dalje analize tekstova,

4. Konkurencija sa *actio de dolo*. Zbog pravnog pravila po kome tužba iz Akvilijevog zakona pripada vlasniku stvari (*Legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino* D. 9, 2, 11, 6) okolnost da je uništena stvar bila predmet obligacionog odnosa sama po sebi ne daje pravo na akvilijansku tužbu zainteresovanoj stranci u obligaciji. Imovinski interes poverioca, ipak, može biti oštećen. Moguće je da je poverilac imao interesa da mu stvar, koju je neko uništio, bude predata. Ako stvar uništi sām dužnik, on će odgovarati po tužbi iz kontrakta, što spada u kontraktnu odgovornost i time izlazi iz okvira teme ovog rada. Međutim, ako to učini treće lice, ono često neće naneti štetu samo dužniku, nego i poveriocu. Poverilac kome stvar nije predata još nije vlasnik, i nema direktnu akvilijansku tužbu. Nema ni stvarno pravo na stvari, te ne može da ima ni tužbu *utilis causa*. Budući da tužbu zbog protivpravne štete ne može da ima, njegovi interesi se štite drugim procesnim sredstvima. Tim problemom se bavi sledeći Paulov fragment:

D. 4, 3, 18, 5: PAUL, iz jedanaeste knjige o ediktu. *Ako roba, kojeg si mi ti obećao, neko drugi ubije, većina ispravno misli da protiv njega*

[23] C. A. Cannata: *In tema di „aestimatio rei" nell'azione aqiliana*, SDHI 58/1992., str. 398-399.

treba dati actio de dolo malo, jer ti si oslobođen (obaveze) prema meni, i zato će ti biti uskraćena tužba iz Akvilijevog zakona.[24]

Rob koji je trebao biti predat po osnovu stipulacije ubijen je od strane trećeg lica. Poveriocu se daje *actio doli*, jer mu *actio damni iniuriae* ne pripada, budući da nije vlasnik, niti ima stvarno pravo na stvari. U tom slučaju, dužniku se ne daje akvilijanska tužba zato što je oslobođen obaveze.[25]

Ovaj zanimljivi tekst privlačio je pažnju još starije romanističke literature sa različitih aspekata. Između ostalog, pored aktivne legitimacije za podizanje akvilijanske tužbe, interesantan je i sa aspekta pitanja konkurencije odnosno kumulacije akvilijanske tužbe sa *actio doli* i pitanja ustupanja akvilijanske tužbe, obračuna štete nanete štetem licu, i opšteg problema štete.[26]

Sa aspekta našeg istraživanja, interesantan je utoliko što kazuje da se u situaciji kada je poveriocu data *actio doli* uskraćuje akvilijanska zaštita dužniku, iako je vlasnik stvari. Ovo, bar na prvi pogled, nije logično, ako se zna da se tužba zbog protivpravne štete daje čak i ako je poverilac uništio stvar. Zbog toga Fon Libtov prihvata mišljenje nekih starijih autora da je deo teksta od *ideoque* pa nadalje interpolisan, i umesto toga u svojoj „rekonstrukciji" stavlja reči *sed tu nihilo minus lege Aquilia agere potes*. On smatra da je u klasičnom periodu bila moguća kumulacija *actio de dolo* i akvilijanske tužbe.[27] Ipak, izgleda da nema razloga za sumnju u klasičnost fragmenta. Naime, akvilijanska tužba po pravilu se ne kumulira sa tužbama iz drugih privatnih delikata. U jednom drugom tekstu, u kome raspravlja o slučaju kada je istom radnjom delikventa naneta i uvreda i imovinska šteta, Paul kaže da se ne može kumulativno dati akvilijanska tužba i tužba iz injurije, *jer nije dobro ni pravično da se osudi onaj, koji je isplatio procenjenu vrednost štete* (*quoniam desiit bonum et aequum esse condemnari eum, qui aestimationem praestitit* - D. 44, 7, 34pr). Nije jasno zašto bi Paul u slučaju uništenja predmeta obligacije prihvatio da se isto lice dva puta kazni, ako se na osnovu drugih tekstova zna da je smatrao da takvo kažnjavanje ne bi bilo u skladu sa pravičnošću?

---

[24] D. 4, 3, 18, 5: PAULUS libro undecimo ad edictum *Si servum, quem tu mihi promiseras, alius occiderit, de dolo malo actionem in eum dandam plerique recte putant, quia tu a me liberatus sis: ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur.*

[25] Natali: *op. cit*., str. 124-125.

[26] Odličan pregled mišljenja u ranijoj romanističkoj literaturi o ovom fragmentu vidi u: Slapnicar: *op. cit*., str. 234-239.

[27] von Lübtow: *op. cit*., str. 76, 79-80.

Dakle, treba potražiti drugi način da se objasni izostanak akvilijanske zaštite u ovom slučaju.

Jedno od mogućih tumačenja nudi Slapnikar koji misli da je u fragmentu D. 4, 3, 18, 5 reč o docnji dužnika. On polazi od toga da je u slučaju docnje dužnik objektivno odgovoran za ispunjenje, jer nastupa *perpetuatio obligationis*. Od momenta kada je dužnik u docnji obligacija postaje trajna, i ukoliko njeno ispunjenje postane nemoguće ona se ne gasi, nego se primarna obaveza izvršenja obligacije pretvara u sekundarnu obavezu naknade štete u novcu. Iako dužnik više ne može da preda uništenu stvar (roba), poverilac je ovlašćen da zahteva kondikcijom iznos novca *quanti servus erit*. Naravno, u situaciji kada je sām poverilac uništio stvar, ovo ne važi (D. 9, 2, 54), ali Slapnikar misli da nema nikakve razlike između situacije kada je dužnik uništio stvar i kada je to uradilo neko treće lice, budući da poverilac svakako dobija obeštećenje od dužnika putem kondikcije. Dakle, smisao *actio doli* u D. 4, 3, 18, 5 je samo u tome da se postiže kazna *in simplum* za lice koje spreči da poverilac dobije stvar, a ne da se on obešteti, jer imovinski gubitak (*damnum*) na njegovoj strani ni ne postoji, budući da može zahtevati od dužnika vrednost stvari.[28]

Postoji više argumenata protiv ovakvog tumačenja. Pre svega, iz samog teksta se ne vidi da se radi o docnji. Dalje, rešenje po kojem bi se poveriocu naknada isplatila dva puta deluje nelogično. Treba podsetiti i na ranije analizirane tekstove u kojima se problem oštećenja stvari nakon docnje rešava na drugi način, putem prepuštanja akvilijanske tužbe poveriocu, a ne putem *actio de dolo.*

Zbog svega ovoga, izvesno je da stvari stoje drugačije nego što predlaže Slapnikar, i da se u situaciji kada se poveriocu daje *actio doli* dužniku ne daje akvilijanska tužba uprkos tome što je on i dalje vlasnik stvari. S tim u vezi, treba podsetiti na činjenicu da *actio de dolo* može postojati samo kada je postojala namera da se nekom nanese imovinska šteta. Polje primene *actio damni iniuriae* je, što se tiče stepena odgovornosti, šire, jer se ona može podići i kada je stvar uništena iz nehata. Dakle, akvilijanska tužba je u ovom slučaju subsidijarna. Primenjuje se samo u situaciji kada nije bilo zle namere da se poveriocu učini šteta putem uništenja stvari. Ako je predmet obligacije uništen ili oštećen iz nepažnje od strane trećeg lica, onda nema mesta primeni *actio de dolo*, ali dužnik kao vlasnik stvari ima tužbu zbog protivpravne štete. Ukoliko je dužnik bio u docnji, on treba da poveriocu isplati iznos vrednosti stvari po osnovu kondicije, ali je izvesno da se može osloboditi obaveze ako na poverioca

[28] Vidi: Slapnicar: *op. cit.,* str. 233-256, posebno str. 245-246

prenese akvilijansku tužbu protiv delikventa. Ukoliko je stvar samo oštećena od strane trećeg lica a ne i uništena, treba da preda stvar i da na poverioca prenese akvilijansku tužbu, ili da plati smanjenu vrednost stvari, ukoliko je akvilijansku tužbu već realizovao. Ako je, međutim, treće lice uništilo stvar sa namerom da nanese štetu poveriocu, onda poveriocu pripada *actio de dolo* protiv delikventa, jer za primenu ove tužbe nije neophodno da je tužilac nosilac prava svojine na oštećenoj stvari. U tom slučaju dužnik, iako je vlasnik stvari, nema akvilijansku tužbu protiv delikventa, zbog pravila da niko ne može biti više puta kažnjen za isti delikt, ali biva oslobođen obaveze da poveriocu putem kondikcije isplati vrednost uništene stvari u novcu *(quia tu a me liberatus sis: ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur)*.

U prilog ovom tumačenju, citirajmo i jedan Papinijanov tekst, u kome se analizira slična situacija, u kojoj se daje *actio de dolo* u korist poverioca u slučaju uništenja stvari:

D. 4, 3, 19: PAPINIJAN, iz trideset sedme knjige pitanja. *Ako jemac ubije obećanu životinju pre docnje, Neracije Prisk i Julijan su odgovorili da protiv njega treba da bude data actio de dolo, jer se, kao posledica oslobađanja dužnika, i on oslobađa obaveze.*[29]

Jemac je pre docnje ubio životinju za koju je jemčio da će biti predata. Time je dužnik oslobođen obaveze, a samim tim se obaveza jemca, kao akcesorna, gasi. Neracije Prisk i Julijan ne sumnjaju da se može dati *actio de dolo* poveriocu. Nema nikakve sumnje da je jemac ubio životinju sračunato i sa zlom namerom, jer je morao znati da je u pogledu nje postojao obligacioni odnos za koji je jemčio i da će tako naneti štetu poveriocu.[30]

Papinijan ni ne pominje mogućnost da je dužniku u ovom slučaju mogla pripasti tužba iz Akvilijevog zakona. Iako se to u tekstu izričito ne kaže, nema sumnje da se *actio de dolo* daje u korist poverioca. Dakle, Papinijan rešava problem na sličan način kao Paul u tekstu D. 4, 3, 18, 5. Ovaj tekst eksplicitno saopštava da se *actio de dolo* daje poveriocu kada je stvar uništena pre docnje, i sa izričitom namerom da se poveriocu nanese šteta. Ovo povećava izvesnost da je i u tekstu D. 4, 3, 18, 5 reč o sličnoj situaciji.

[29] D. 4, 3, 19: PAPINIANUS libro trigensimo septimo quaestionum. *Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Iulianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur.*

[30] Slapnicar, *op. cit.,* str. 241-242.

Ipak, treba reći da sigurno tumačenje teksta D. 4, 3, 18, 5 nije moguće dati. Iako se poslednja navedena interpretacija čini verovatnija, ni Slapnikarova teorija nije u suprotnosti sa izvorima. Osim toga, treba naglasiti da Paul kaže da je mišljenje koje on navodi većinsko, i on ga smatra za ispravno (*plerique recte putant*). Iz toga se može zaključiti da su neki klasični pravnici ovaj problem rešavali na drugačiji način, koji nam, na žalost, nije poznat.

5. Konkurencija sa tužbama iz kontrakata. Može se postaviti pitanje, da li dužnik koji uništi ili ošteti tuđu stvar koja mu je bila predata po osnovu kontrakta, i koju je bio obavezan da vrati, treba da odgovara po osnovu tužbe iz kontrakta, ili tužbe zbog protivpravne štete, ili po osnovu obe tužbe?

U današnjoj romanistici u pogledu odgovora na ovo pitanje nema kontroverzi. Akvilijanska tužba ne može da se kumulira sa kontraktnim i drugim reipersekutornim tužbama. Jedino u slučaju kada neko ne bude u potpunosti obeštećen kontraktnom tužbom daje se tužba iz Akvilijevog zakona na preostali iznos štete.[31] U Digestama ima više primera za to.

Tako, ako krivicom zakupčevih robova zgrada u zakupu izgori u požaru, zakupodavac može da ga tuži tužbom iz kontrakta, a budući da je zakupodavac ujedno i vlasnik stvari pripada mu i tužba zbog protivpravne štete. Međutim, on može da dobije odštetu samo po jednom osnovu, kontraktnom ili deliktnom, tj. ne može da upotrebi obe tužbe istovremeno:

D. 9, 2, 27, 11: ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu. *Prokul kaže, ako su zakupčevi robovi zapalili vilu, zakupac odgovara ili po osnovu zakupa ili po osnovu Akvilijevog zakona, tako da zakupac može da robove noksalo preda, i ako je stvar presuđena po osnovu jedne tužbe, po osnovu druge više ne treba postupati. Ali ovo važi ukoliko nije bilo nehata zakupca; a ako je posedovao robove delikvente, odgovoran je zbog protivpravne štete, jer poseduje takve (robove). On piše da se istog treba držati i u pogledu ličnosti stanara u stambenoj zgradi za izdavanje; koja izreka ima smisla.*[32]

---

[31] F. M. De Robertis: *"Quanti ea res est – Id quod interest" nel sistema della grande Compilazione (Contributo alla dottrina del risarcimento del danno nel diritto giustinianeo)*, SDHI 32/1966., str. 121-122.

[32] D. 9, 2, 27, 11. ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum: *Proculus ait, cum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere, et si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum. sed haec ita, si culpa colonus careret: ceterum si noxios servos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuit. idem servandum et circa inquilinorum insulae personas scribit: quae sententia habet rationem.*

Problemom konkurencije *actio damni iniuriae* sa tužbom iz kontrakta *locatio conductio* bavi se i sledeći Ulpijanov tekst:

D. 9, 2, 27, 34: ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu. *Ako neko robu uzetom u najam poveri da vodi mazgu, pa on tu mazgu veže povodcem za svoj palac, i mazga se trgne tako da i iščupa palac robu i sebe strmoglavi, Mela piše, ako je umesto iskusnog iznajmljen neiskusan, na osnovu najma treba tužiti gospodara zbog povrede ili osakaćenja mazge, ali ako je mazga bila uplašena udarcem ili zastrašivanjem, tada njen vlasnik, tj mazgin, kao i (vlasnik) roba, treba da imaju tužbu na osnovu Akvilijevog zakona protiv onoga koji ju je uplašio. Meni se, međutim, čini da bi i u onom slučaju u kojem postoji tužba na osnovu najma trebala da postoji isto tako i Akvilijanska.*[33]

U ovom tekstu Ulpijan prepričava slučaj koji je rešio pravnik Mela. Činjenično stanje je sledeće. Rob je uzet u zakup da bi odveo mazgu. Povodac životinje koja mu je poverena rob je vezao za palac svoje ruke. Mazga se survala u provaliju i istrgla palac robu.

Po mišljenju Mele, zakupodavac može biti tužen tužbom od strane zakupca zbog povrede mazge, ukoliko je iznajmljen neiskusan rob umesto iskusnog, i ukoliko se nesreća dogodila zbog njegovog neznanja. Međutim, ukoliko je do nesreće došlo zbog toga što je neko treće lice uplašilo mazgu, te se ona usled toga survala u provaliju, onda i vlasnik roba i vlasnik mazge mogu da tuže to treće lice tužbom iz Akvilijevog zakona zbog povreda nanetih robu, odnosno mazgi. Činjenica da je rob neiskusan u gonjenju mazgi u tom slučaju nema značaja, jer do nesreće nije došlo zbog njegovog neznanja, već krivicom trećeg lica.[34]

Ulpijan dodaje da smatra da i u situaciji kada je moguća kontraktna tužba, tj. kada je do nesreće došlo usled nestručnosti roba, a ne krivice trećeg lica, vlasniku mazge treba dati i akvilijansku tužbu, svakako protiv gospodara roba, tj. zakupodavca.

---

[33] D. 9, 2, 27, 34: ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum: *Si quis servum conductum ad mulum regendum commendaverit ei mulum ille ad pollicem suum eum alligaverit de loro et mulus eruperit sic, ut et pollicem avelleret servo et se praecipitaret, Mela scribit, si pro perito imperitus locatus sit, ex conducto agendum cum domino ob mulum ruptum vel debilitatum, sed si ictu aut terrore mulus turbatus sit, tum dominum eius, id est muli, et servi cum eo qui turbavit habiturum legis Aquiliae actionem. mihi autem videtur et eo casu, quo ex locato actio est, competere etiam Aquiliae.*

[34] P. Ziliotto: *L'imputazione del danno aquiliano (tra iniuria e damnum corpore datum)*, 2000., str. 123.

Interpolacionistička kritika je smatrala da su delovi ovog paragrafa koji se odnose na tužbu iz kontrakta delo Justinijanovih kompilatora,[35] ali izgleda da za ovakvu skepsu nema mesta. Naime, potpuno je logično da se protiv zakupodavca daje kontrakna tužba, jer on nije ispunio svoju obavezu iz kontrakta. Za pretpostaviti je da je bilo ugovoreno da u najam bude dat gonič mazgi, a ne bilo kakav rob, a čovek koji smatra da će krupnu i snažnu životinju moći zadržati tako što će je vezati za jedan prst, ne samo da nije iskusan mazgar, već očigledno uopšte nije gonič mazgi po profesiji![36]

To što se *actio de pauperie* ne spominje ne treba da čudi, jer je rob izgubio prst usled svojeg neznanja, ili krivice trećeg lica, a ne usled iznenadnog neuobičajenog ponašanja (*motus*), ili probuđene divljine (*commota feritas*) životinje.

Glavnu nejasnoću u ovom tekstu predstavlja karakter akvilijanske tužbe. Naime, Mela kaže, a sa njime se slaže i Ulpijan, da, ukoliko je nesreća izazvana time što je neko treće lice uplašilo mazgu, i vlasnik roba i vlasnik mazge mogu da ga tuže akvilijanskom tužbom zbog povreda koje su pretrpeli rob, odnosno životinja. Iako to ni Ulpijan ni Mela ne kažu izričito, treba smatrati da se ovde u stvari radi o tužbi *in factum* odnosno *ad exemplum legis Aquiliae*,[37] jer delikvent nije naneo štetu neposredno svojim telom.[38]

Ulpijan smatra da i u slučaju kada postoji tužba iz kontrakta protiv zakupca treba da postoji i akvilijanska tužba. Iako bi se i ovde na prvi pogled reklo da se radi o direktnoj tužbi iz Akvilijevog zakona po osnovu *culpa in eligendo*, izgleda da je Ulpijan imao u vidi noksalnu tužbu.[39]

---

[35] J. B. Thayer: *Lex Aquilia (Digest IX, 2, Ad Legem Aquiliam-text, translation and commentary)*, Cambridge 1929., str. 96-97.

[36] R. Robaye: *Remarques sur le concept de faute dans l'interprètation classique de la lex Aquilia*; RIDA XXXVIII, Bruxelles 1991., str. 351-352., nap. 38.

[37] Thayer: *ibid.*

[38] U jednom drugom Ulpijanovom tekstu (D. 9, 2, 9, 3), on citira pravnika Ofilija koji kaže da će se u slučaju kada neko uplaši konja i time izazove pad jahača dati protiv njega tužba *in factum*. Nema razloga da sumnjamo da je u slučaju kada uplaši mazgu i time izazove povredu bilo nje same, bilo njenog goniča bilo drugačije.

[39] Thayer: *ibid.* Naime, ni po direktnoj tužbi, ni po tužbi *in factum*, zakupodavac ne može biti odgovoran, jer nije izazvao štetu niti neposredno svojim telom, niti posredno. On može biti tužen samo noksalno, po osnovu objektivne okolnosti, jer je vlasnik roba koji je izazvao štetu. Međutim, odgovornost će se u ovom slučaju procenjivati po istim kriterijumima kao da je gonič mazgi bio slobodan čovek. Ukoliko je do nesreće došlo zbog neznanja ili fizičke slabosti roba, njegov gospodar će biti odgovoran. Dakle, kriterijum za procenu kulpe isti je kao i u slučaju kada je gonič mazgi slobodan čovek.

Treba naglasiti da u slučaju kada bi vlasnik mazge mogao da tuži gospodara roba i deliktnom i kontraktnom tužbom, ipak ne bi mogao da dobije dvostruko zadovoljenje, jer presuda po osnovu jedne od te dve tužbe isključuje drugu. To se može zaključiti po osnovu analogije sa drugim izvorima, uključujući i sledeći Alfenov tekst koji nalazimo u poglavlju Digesta *Locati conducti* (19.2):

D. 19, 2, 30, 2: ALFEN, iz treće knjige digesta skraćenih od strane Paula. *Neko ko je dao u najam mazge da bi bile natovarene tačno određenim teretom; budući da ih je zakupac većim teretom (od ugovorenog) povredio, pitao je uvezi tužbe. Odgovorio sam da je ispravno tužiti ga bilo (tužbom) iz Akvilijevog zakona, bilo iz zakupa, ali po Akvilijevom zakonu može biti tužen samo onaj, koji je gonio mazge, dok je (tužbom) iz zakupa ispravno tužiti i ako ih je neko drugi povredio.*[40]

Ako neko pretovari zakupljenu mazgu i ona se povredi, moguća je kako tužba iz zakupa, tako i tužba iz delikta, ali tužba iz zakupa u svakom slučaju postoji protiv zakupca, a tužba iz Akvilijevog zakona protiv onog koji ju je vodio i neposredno prouzrokovao njenu povredu.[41] I iz ovog teksta se vidi da kada zakupodavac ima na raspolaganju i kontraktnu i deliktnu tužbu on može da upotrebi samo jednu od te dve, ili iz Akvilijevog zakona ili iz zakupa (*vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere*).

6. Problem legitimacije detentora. Direktna akvilijanska tužba, kao što je više puta podvučeno, pripada vlasniku stvari. Međutim, u rimskom klasičnom pravu u nekim slučajevima pretor dopušta tužbu *utilis causa* i nosiocima stvarnih prava na tuđim stvarima, ako su uništenjem stvari povređeni njihovi imovinski interesi. Može se postaviti pitanje, da li i licu koje nema stvarno pravo na stvari, ali po osnovu obligacije ima pridržaj stvari (detenciju), može da pripadne akvilijanska tužba iz razloga korisnosti?

Ulpijan kaže da savesni držalac i zalogoprimac imaju tužbu *in factum*:

D. 9, 2, 17: ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu. *Ako gospodar ubije svog roba, odgovaraće savesnom držaocu ili onom koji ga je prihvatio u zalogu po osnovu tužbe in factum.*[42]

---

[40] D. 19, 2, 30, 2: ALFENUS libro tertio digestorum a Paulo epitomatorum. *Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. respondit vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, cum conductore recte agi.*

[41] Robaye: *op. cit.*, str. 354-355.

[42] D. 9, 2, 17: ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum. *Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur.*

Bonae fidei possessor ima tužbu *in factum* protiv kviritskog sopstvenika koji ubije roba, ali nema sumnje da se ovde radi o zaštiti jedne situacije koja je, sa aspekta pretorskog prava, svojinska (bonitarna svojina). Ovu tužbu ima i založni poverilac. Međutim, on tu tužbu nema po osnovu svog statusa u obligaciji, nego po osnovu svog stvarnog prava zaloge, na isti način na koji se tužba *in factum ex lege Aquilia* daje licu koje ima pravo plodouživanja ili korišćenja stvari.[43]

Kako je zapaženo još u starijoj romanistici,[44] licu koje drži stvar po osnovu obligacionog odnosa a nema na njoj stvarno pravo, poput zakupca ili poslugoprimca, ne daje se akvilijanska tužba, ni direktna ni *in factum,* iako su uništenjem stvari oštećeni i njegovi imovinski interesi:

D. 9, 2, 11, 9: ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu. *Julijan kaže da onaj kome je odeća data na poslugu ne može, ako bi bila pocepana, tužiti (tužbom) iz Akvilijevog zakona, već ona pripada vlasniku.*[45]

Ukoliko odeća koja je bila data na poslugu bude pocepana od strane nekog trećeg lica, poslugoprimac ne može da tuži to treće lice tužbom iz Akvilijevog zakona. Tužbu ima isključivo vlasnik stvari.

U sledećem tekstu, koji se takođe bavi oštećenjem stvari date na poslugu od strane trećeg lica, Javolen čak ni ne raspravlja o mogućnosti da poslugoprimcu pripadne tužba iz Akvilijevog zakona, jer očigledno ne sumnja u to da ona pripada vlasniku. On samo raspravlja o tome, koga vlasnik treba da tuži:

D. 9, 2, 57: JAVOLEN, iz šeste knjige o Labeovim sledbenicima. *Dao sam ti konja na poslugu; kada si na njemu jahao, i drugi su jahali sa tobom, i jedan od njih nasrne na konja i tebe zbaci, i tom prilikom su slomljene noge konju. Labeo negira da protiv tebe imam bilo kakvu tužbu, ali ako se to dogodilo krivicom konjanika, protiv konjanika (imam tužbu); razume se da ne mogu tužiti vlasnika konja. Smatram da je ovo tačno.*[46]

---

[43] D. 9, 2, 11, 10; 7, 1, 17, 3; 4, 3, 7, 4; 43, 24, 13pr; 9, 2, 12; 4, 3, 1, 2. Vidi: J. Iliffe: *The Usufructuary as Plaintiff under the Lex Aquilia according to the Classical Jurists*, RIDA 3/12, 1965., str. 325-346.

[44] Natali: *op. cit*., str. 120.

[45] D. 9, 2, 11, 9: ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum. *Eum, cui vestimenta commodata sunt, non posse, si scissa fuerint, lege Aquilia agere Iulianus ait, sed domino eam competere.*

[46] D. 9, 2, 57: IAVOLENUS libro sexto ex posterioribus Labeonis. *Equum tibi commodavi: in eo tu cum equitares et una complures equitarent, unus ex his irruit in equum teque deiecit et eo casu crura equi fracta sunt. Labeo negat tecum ullam actionem esse, sed si equitis culpa factum esset, cum equite: sane non cum equi domino agi posse. verum puto.*

Javolen citira Labea koji navodi sledeći slučaj. Jedno lice jahalo je na konju uzetom na poslugu. Nekoliko drugih konjanika jahalo je zajedno sa njime, i jedan od njih je, očigledno svojom krivicom, naleteo na njega. Pri tome je konjanik zbačen sa konja (ne kaže se da je i povređen), a konju kojeg je uzeo na poslugu su slomljene noge. Pravno pitanje je: koga vlasnik konja treba da tuži? Po mišljenju Labea, sa kojim se slaže i Javolen, konjanik koji je jahao posuđenog konja ne može biti tužen, kao ni vlasnik drugog konja; treba da bude tužen konjanik koji je nasrnuo na prvog jahača, ukoliko se to dogodilo njegovom krivicom.

Konjanik koji je jahao posuđenog konja ne može biti tužen ni po osnovu kontrakta ni po osnovu delikta, jer šteta nije nastala njegovom krivicom. Treba da bude tužen jahač koji je svojom krivicom nasrnuo na njega. Nije rečeno kojom tužbom, ali je očigledno da se radi o *actio damni iniuriae*.

Labeo isključuje mogućnost da vlasnik konja koji je nasrnuo bude tužen (misleći, dakako, na *actio de pauperie*, mada to ne kaže izričito): *naravno da vlasnik konja ne može biti tužen - sane non cum equi domino agi posse*.[47]

Treba podsetiti i da u slučaju povrede roba uzetog u najam krivicom trećeg lica tužba pripada samo vlasniku roba, ali ne pominje se tužba u korist zakupca (D. 9, 2, 27, 34).

To što se detentoru ne daje direktna akvilijanska tužba je logično, jer ona pripada samo vlasniku stvari. Međutim, okolnost da se ne daje ni pretorska tužba ukazuje da klasični pravnici ne smatraju da je licu koje drži stvar po osnovu obligacije naneta šteta. Naime, propašću stvari obligacija se jednostavno gasi. Štaviše, ukoliko je treće lice uništilo stvar detentor po Julijanovom mišljenju ne podleže kontraktnoj odgovornosti, te ne može da pretrpi štetu na taj način što će isplatiti odštetu drugoj ugovornoj strani, jer se nikakvom pažnjom ne može izbeći da treće lice uništi stvar:

[47] Neki autori to čak pripisuju interpolaciji Justinijanovih kompilatora (Thayer: *op. cit.,* str. 121). Ipak, treba voditi računa o tome da su klasični pravnici davali *actio de pauperie* kao subsidijarnu tužbu, koja se primenjuje onda kada nije moguća primena tužbe iz Akvilijevog zakona zato što nema ljudske krivice. Za detalje o konkurenciji *actio de pauperie* i *actio legis Aquiliae* vidi: M. Polojac: *ACTIO DE PAUPERIE and Liability for Damage Caused bu Animals in Roman Law*; Belgrade 2003., str. 183-193. U slučaju kada neko naleti svojim konjem na drugog jahača, konj koga je čovek jahao shvata se samo kao njegovo oruđe (Polojac: *op. cit.*, str. 189). U skladu se time, nema nikakve sumnje da klasični pravnici u ovom slučaju smatraju da je šteta naneta *corpore*, i zato daju *actio legis Aquiliae directa*, a ne tužbu *in factum*.

D. 13, 6, 19: JULIJAN, iz prve knjige Digesta. *Nema sumnje da onih, koji nešto iznajmljuju da bi koristili ili prihvataju na poslugu, protivpravna šteta naneta od strane drugih ne treba da se tiče: kakvom se naime brigom i pažnjom može obezbediti, da nam neko ne nanese protivpravnu štetu?*[48]

U literaturi je bilo pokušaja da se sledeći tekst prikaže kao primer u kome je detentoru data akvilijanska tužba *in factum*:

D. 9, 2, 27, 14: ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu. *I zbog toga Celz postavlja pitanje, ako na tuđe polje sa usevima zaseješ ljulj ili divlji ovas, i time ga zagadiš, ne samo da te vlasnik može tužiti (interdiktom) zbog onoga što je učinjeno silom ili prevarom (quod vi aut clam), a i zakupac ako je zemljište dato u zakup, nego može da te tuži i (tužbom) in factum, i ako je zakupac bude koristio, mora da garantuje da neće voditi drugi postupak; ovo, naravno, stoga da vlasnik ne bi dalje vršio uznemiravanje; jer jedna je vrsta štete nešto pokvariti i promeniti, u kom slučaju ima mesta Akvilijevom zakonu, druga je kada nema promene (same stvari), ali je mučno odvajanje (pomešanih stvari).*[49]

Smisao ovog pomalo konfuznog[50] teksta je sledeći. Neko je zagadio tuđe polje takvim korovom koji će prouzrokovati da se zemljište ne može koristiti jedno vreme.[51] U tom slučaju vlasnik može da tuži po osnovu interdikta *quod vi aut clam*, a i zakupac, ako je zemljište dato u zakup. Osim toga, vlasnik može da koristi i tužbu *in factum ex lege Aquilia*. Dovde je tekst jasan. Ali, romanisti nisu saglasni oko tumačenja reči *sed*

---

[48] D. 13, 6, 19: IULIANUS libro primo digestorum. *Ad eos, qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est: qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?*

[49] D. 9, 2, 27, 14: ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum: *Et ideo Celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinares, non solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum, sed et in factum agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum debere amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet: nam alia quaedam species damni est ipsum quid corrumpere et mutare, ut lex Aquilia locum habeat, alia nulla ipsius mutatione applicare aliud, cuius molesta separatio sit.*

[50] Mišljenje starijih autora koji su odbacivali tekst kao interpolisan više nije prihvaćeno, ali i neki savremeni autori sumnjaju da je tekst možda skraćen. Tako, O. E. Tellegen-Couperus: *The Tenant, the Borrower and the lex Aquilia*, RIDA 42/1995., str. 418-420. i G. MacCormack: *Celsus quaerit: D.9.2.27.14*, RIDA 20/1973., str. 342.

[51] Ljulj je vrsta korova koju je skoro nemoguće otkloniti iz žita jer mu je seme veoma slično pšenici, a osim toga je opasan po zdravlje. Divlji ovas je bezopasan, ali otporan korov, i potrebno je šest godina da bi potpuno nestao sa zemljišta. Tellegen-Couperus: *op. cit.,* str. 418.

et in factum agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum debere amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet.

Mek Kormak misli da je u pasusu D. 9, 2, 27, 14 rečeno da tužba *in factum* može da pripadne kolonu, ako se pruže garancije da vlasnik neće tužiti po istom osnovu.[52]

Po drugom mišljenju, vlasniku zemljišta, kome inače pripada direktna tužba, u ovom slučaju se daje tužba *in factum* samo iz razloga što se radnja kojom je naneta šteta ne može opisati kao *corrumpere*. Detentoru zbog zagađenog zemljišta ne pripada čak ni tužba *in factum ex lege Aquilia*, i kolon može da tuži za uništeno žito, a ne za zemljište, i to kao vlasnik žita, dakle, direktnom tužbom.[53]

Drugo mišljenje deluje prihvatljivije, jer je u skladu sa drugim tekstovima. Dakle, u slučaju uništenja ili oštećenja stvari na kome jedno lice ima svojinu, a drugo pridržaj na osnovu pravnog posla koji mu pruža mogućnost da pribavlja plodove, detentor stvari ima direktnom akvilijanskom tužbom pravo da zahteva vrednost izgubljenih plodova, kao njihov vlasnik. Ovo, naravno, pod uslovom da detentor ima pravo pribiranja plodova po osnovu nekog pravnog posla (u navedenom primeru postoji zakup). Sa druge strane, vlasnik stvari ima pravo na tužbu zbog gubitka same stvari. Obojica imaju pravo na direktnu tužbu ali po različitom osnovu, te će i procena štete biti različita. Po tužbi vlasnika procenjuje se vrednost same oštećene stvari, a po tužbi detentora vrednost plodova. Naravno, u D. 9, 2, 27, 14 daje se tužba *in factum* zato što ne postoji *corrumpere*, ali da je taj uslov bio ispunjen, mogla je biti data i direktna tužba.

7. Zaključak. U slučaju da poverilac pre docnje uništi stvar koju je dužnik trebao da mu preda, dužnik, kao vlasnik stvari, može da ga tuži akvilijanskom tužbom, i biva oslobođen obaveze iz obligacije. Ako poverilac uništi stvar posle docnje, dužnik i u ovom slučaju biva oslobođen obaveze, ali ne može da tuži poverioca akvilijanskom tužbom. Ako poverilac ošteti stvar pre docnje, dužnik po osnovu tužbe iz kontrakta mora da mu preda oštećenu stvar, ali može da zahteva njenu punu vrednost akvilijanskom tužbom. Kada poverilac ošteti stvar posle docnje, dužnik je dužan da je preda, i ne može da tuži tužbom zbog protivpravne štete.

U slučaju da treće lice uništi stvar koja je predmet obligacije sa namerom da nanese štetu poveriocu, njemu se daje *actio doli* protiv trećeg lica, a dužnik biva oslobođen obaveze. Ako treće lice uništi stvar sa namerom da nanese štetu dužniku ili iz nehata, obligacija se gasi i dužniku

[52] MacCormack: *op. cit.*, str. 341-348.
[53] Tellegen-Couperus: *op. cit.,* str. 415-436.

pripada akvilijanska tužba protiv trećeg lica. Ako je treće lice uništilo stvar posle docnje a pre nego što je izvršena predaja stvari, akvilijanska tužba pripada dužniku, ali poverilac ima pravo da zahteva od dužnika da mu je prepusti. U tom slučaju dužnik verovatno biva oslobođen obaveze da naknadi poveriocu vrednost stvari u novcu, koju bi imao po osnovu *perpetuatio obligationis*. Ako treće lice ošteti stvar pre predaje, akvilijanska tužba pripada dužniku kao vlasniku stvari, ali poverilac ima pravo da zahteva da mu dužnik prepusti tužbu protiv trećeg lica.

U slučaju kada detentor koji drži stvar po osnovu kontrakta uništi ili ošteti stvar, poverilac, koji je ujedno i vlasnik stvari, može da ga tuži ili tužbom iz kontrakta ili tužbom zbog protivpravne štete, po svom izboru. Tužbe se ne mogu kumulirati.

Kada treće lice uništi stvar koja je po osnovu kontrakta bila predata dužniku u detenciju, akvilijanska tužba zbog uništenja stvari pripada poveriocu, tj. vlasniku. Dužniku koji po osnovu kontrakta uma pravo na plodove stvari pripada samo akvilijanska tužba na iznos vrednosti izgubljenih plodova, i to kao vlasniku plodova, a ne po osnovu svojstva stranke u obligaciji.

Samir Aličić, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

The Legitimacy of Raising Aquilian Claim in the Case of Destruction of an Obligation Relation Object

Abstract

If an object which should be submitted on the basis of obligation is unlawfully destroyed, Aquilian claim belongs to the debtor as the owner of the object, regardless of whether it was destroyed by a creditor or a third party, and the debtor is relieved of the obligation. The claim does not belong to him only if the creditor destroys the object while the debtor is delayed, or if a third party destroys the object with the intent to harm the creditor. In the latter case, actio doli belongs to the creditor. Also in cases in which he was denied Aquilian claim, the debtor is freed from liability obligations, if the destroyed object was individually determined.

Aquilian claim also belongs to the debtor in case of damage to the object which should be submitted, but if the object is damaged by a third party, the creditor is entitled to require from the debtor Aquilian claim to be left to him.

If the detentor destroys or damages the object he that keeps under contract , the creditor can sue him with contract suit or suit for unlawful damage. And if the object is destroyed by a third party, Aquilian claim on the value of the object belongs exclusively to the creditor as the owner of the object, while the detentor can only have the right to Aquilian claim on the value of results of the object, as their owner.

Key words: Roman law, obligations, indemnity law, unlawful damage, Aquilia law, legitimacy.

Originalni naučni rad 502/504:342.537

Mr Bojan Tubić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

POLJE PRIMENE ARHUSKE KONVENCIJE[1]

Sažetak: *Konvencija o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine (Arhuska konvencija) usvojena je 1998. godine, a stupila je na snagu tri godine kasnije. Ona predviđa tri elementa jačanja demokratičnosti u postupku donošenja odluka i to: pristup informacijama, učešće javnosti i pristup pravdi. Na prvom sastanku država članica osnovan je Odbor za praćenje sprovođenja Konvencije. Evropska unija je jedna od strana ugovornica i implementirala je Konvenciju u svoj pravni sistem. Nakon njenog stupanja na snagu doneto je nekoliko direktiva koje regulišu oblast na koju se ova Konvencija odnosi. Republika Srbija je ratifikovala Konvenciju 2009. godine i sada joj predstoji njena implementacija kroz jačanje učešća privatnih subjekata u odlučivanju o pitanjima životne sredine.*

Ključne reči: *pravo životne sredine, Arhuska konvencija, učešće javnosti, pristup pravdi.*

Uvod

Pitanjima zaštite životne sredine posvećeni su mnogi međunarodni ugovori. Aktivnosti država su intenzivirane sa namerom da se u ovoj oblasti donese značajan broj međunarodnih ugovora koji bi pokrili što veći broj pitanja zaštite životne sredine. Između ostalog, pokušano je da se privatnim subjektima olakša pristupanje informacijama i da im se omogući učestvovanje u donošenju odluka. Upravo ova pitanja reguliše jedna od najznačajnijih konvencija iz oblasti životne sredine - Konvencija o do-

[1] Rad je posvećen projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

stupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine (Arhuska konvencija), koja je doneta 1998. godine.[2] Ona predstavlja prvi međunarodni ugovor koji se isključivo odnosi na obaveze država prema njihovim građanima i nevladinim organizacijama

Nastanak Arhuske konvencije

Oblast koju reguliše Arhuska konvencija je bila predmet razmatranja i pre samog postupka njenog donošenja. 1990. godine u okviru Ekonomske komisije UN za Evropu, usvojen je nacrt Povelje o pravima i obavezama u oblasti zaštite životne sredine. U njoj su obrađena pitanja koja su kasnije pomenuta u Načelu 10 Rio Deklaracije, u kojem je navedeno da se pitanja životne sredine najbolje rešavaju uz učešće svih zainteresovanih građana, na odgovarajućem nivou. Na nacionalnom nivou, svaki pojedinac treba da ima pristup informacijama o životnoj sredini koju poseduju državni organi, uključujući i informacije o opasnim materijalima i aktivnostima u njihovim zajednicama i priliku da učestvuje u postupcima donošenja odluka. Takođe, navedeno je da treba da bude obezbeđen efikasan pristup sudskim i upravnim postupcima.

U oktobru 1995. godine u Sofiji, na 3. ministarskoj konferenciji „Životna sredina za Evropu“ usvojen je Nacrt smernica o pristupu informacijama i učešću javnosti u donošenju odluka o životnoj sredini. Nakon toga, 17. januara 1996. godine, Komitet za pitanja životne sredine Ekonomske komisije UN za Evropu je osnovao radnu grupu sa zadatkom da se napravi nacrt konvencije. Ova grupa je održala deset sastanaka od juna 1996. do marta 1998. godine. Tokom ovih pregovora, vlade zemalja Evrope, Kavkaza i Centralne Azije uspele su da stvore uslove za uključivanje građanskog društva u međunarodne diplomatske pregovore.[3] Konvenciju je potpisalo 35 država, 25. juna 1998. godine, u gradu Arhus u Danskoj.

Nakon usvajanja teksta Konvencije, javnost je bila angažovana na prikupljanju 16 ratifikacija, potrebnih da bi ona stupila na snagu. Do toga je došlo 30. oktobra 2001. godine.

---

[2] Konvencija o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine, Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, broj 38/09.

[3] S. Kravchenko, The Aarhus Convention and Innovations in Compliance with Multilateral Environmental Agreements, Colombian Journal of International Environmental Law & Policy, Vol 18, 2007, str. 7.

Oblasti koje reguliše Arhuska konvencija

U samom nazivu Konvencije se može videti koje su to tri oblasti na koje se odnosi Konvencija. Prvo, Konvencija zahteva od strana ugovornica da obezbede da javnost ima pristup informacijama i da ima pristup sudskoj kontroli. Pristup informacijama predstavlja osnov za svako učešće javnosti u postupku donošenja odluka.[4] Pod javnošću se podrazumeva ona javnost koja je pogođena ili je izvesno da će biti pogođena, ili ima interes za donošenje odluka u oblasti životne sredine. Nevladine organizacije koje promovišu zaštitu životne sredine i ispunjavaju uslove po nacionalnom pravu uključene su u ovu definiciju.[5] Prema tekstu same Konvencije, strane ugovornice treba da pružaju podršku nevladinim organizacijama koje se bave ovom oblašću. Ona zabranjuje diskriminaciju u pogledu državljanstva, nacionalne pripadnosti, prebivališta i kod pravnih lica u pogledu efektivnog ili registrovanog sedišta.

Konvencija obezbeđuje javni pristup informacijama o životnoj sredini i uspostavlja određena sredstva za njihovo prikupljanje i distribuiranje. Ona daje jedno opšte pravo pristupa ovim informacijama kojima raspolažu državni organi. To pravo imaju pojedinci i nevladine organizacije bez obaveze da dokažu konkretan interes u datom slučaju. Informacija o životnoj sredini se široko definiše i uključuje: elemente životne sredine (vazduh, zemlju, vodu itd.), faktore (supstance, energiju, buku i radijaciju), aktivnosti, mere, sporazume o životnoj sredini, politike i zakonodavstvo koje utiče ili bi moglo da utiče na prethodno navedene elemente. Takođe, pod ovom vrstom informacija se podrazumevaju i one o ljudskom zdravlju i bezbednosti, uslovima života i kulturnim mestima.

Ove informacije treba da budu dostupne „što je pre moguće“ ali ne kasnije od proteka jednog meseca od podnošenja zahteva, osim ukoliko obim ili složenost zahtevane informacije opravdavaju produženje roka.

Pristup informacijama može biti uskraćen ukoliko bi njihovo otkrivanje dovelo do povrede nekog interesa: nacionalne bezbednosti, međunarodnih odnosa, javne bezbednosti sprovođenja pravde, poverljivosti u poslovanju, prava intelektualne svojine, lične privatnosti itd. Pošto su oni definisani na jedan opšti način, postoji opasnost da može doći do zloupotreba pri diskrecionom odlučivanju koje je u suprotnosti sa Konvencijom. Osnovi za odbijanje zahteva za informacijama, koji su navedeni u Kon-

[4] M. Lee, C. Abbot, Legislation – The Usual suspects? Public Participation Under the Aarhus Convention, The Modern Law Review, Vol 66, 2003, str. 88.

[5] Član 2 stav 5 Arhuske konvencije, op. cit.

venciji, moraju da budu restriktivno tumačeni, uzimajući u obzir javni interes. Odluka kojom se odbija zahtev mora da bude obrazložena i doneta u kratkom roku.

Države ugovornice Konvencije treba da ažuriraju informacije o životnoj sredini i da ih čine dostupnim putem javnih lista, nacionalnih izveštaja, elektronskih baza podataka, uz aktivnu podršku državnih službenika. Pored stanja životne sredine, i zakonodavstvo, međunarodni ugovori i drugi značajni akti treba da budu dostupni kroz elektronske baze podataka. Svaka država bi trebalo da obezbedi jedinstven sistem podataka o zagađivanju kroz registre, ili na druge načine. Konvencija zahteva od država ugovornica da utiču na subjekte čije aktivnosti imaju značajan uticaj na životnu sredinu, da redovno obaveštavaju javnost o dejstvu njihovih proizvoda i aktivnosti na životnu sredinu. Ovakav neformalan zahtev nije odgovarajući za uspostavljanje registra zagađivača, koji bi trebao da sadrži informacije o aktivnostima koje utiču na životnu sredinu.

Učešće javnosti u postupku donošenja odluka o pitanjima životne sredine

U članovima 6 do 8 Konvencije navodi se minimum uslova za učešće javnosti u različitim oblastima donošenja odluka. Ono se odvija u specifičnim aktivnostima, planovima, programima i politikama, kao i u oblasti izvršne regulative i opšte primenljivih pravila.

Specifične aktivnosti se odnose na one navedene u aneksu uz Konvenciju, kao i na sve druge, koje mogu značajno da utiču na životnu sredinu. Konvencija zahteva da strane ugovornice obezbede rano učešće javnosti, kada su sve opcije otvorene i može doći do efikasnog učešća javnosti. Ponekad je u kasnijim fazama postupka donošenja pojedine odluke, teško da javnost utiče na njeno donošenje. Svaka država ugovornica treba da obavesti zainteresovanu javnost o predloženim aktivnostima, prirodi mogućih odluka, predviđenom postupku i mogućnosti učestvovanja, vremenskim okvirima i mestu gde se nalazi informacija. Javnost mora imati mogućnost da daje svoje komentare, pismeno ili usmeno, koje smatra da su relevantne za predloženu aktivnost. Takođe, države treba da osiguraju da se u odluci vodi računa o rezultatima učešća javnosti. Javnost nema pravo veta na donošenje odluke, organ koji donosi odluku ne može jednostavno da odbaci komentare i mišljenja javnosti bez njihovog ozbiljnog razmatranja. U odluci se moraju navesti razlozi na kojima je ona zasnovana.

Pripremanje planova, programa i politika koji se odnose na životnu sredinu treba da budu transparentni i da dozvole učešće javnosti u ranoj

fazi njihove izrade.[6] Pod ovim planovima i programima se podrazumevaju ne samo oni koje pripremi ministarstvo životne sredine, nego i planovi u oblasti turizma transporta, energetike, koji imaju značajan uticaj na životnu sredinu.

Član 8 Konvencije se odnosi na učešće javnosti tokom priprema izvršne regulative i drugih oštreprimenljivih pravno obavezujućih pravila koja mogu da imaju značajne posledice po životnu sredinu. Sama Konvencija se ne primenjuje na zakonodavna tela, ali se ovaj član može primeniti na izvršnu fazu pripreme pravila iako ih kasnije mora usvojiti parlament.

Pristup pravdi

Prema Arhuskoj konvenciji, pristup pravdi predstavlja način da se nezakonita odluka o pitanju životne sredine ispravi putem suda ili drugog nezavisnog i nepristrasnog tela ustanovljenog zakonom. Član 9 Konvencije nastoji da obezbedi pristup pravdi na tri načina: putem postupaka kontrole u pogledu informacije koja je zatražena, postupaka kontrole u odnosu na posebne odluke koje su podvrgnute uslovima učešća javnosti i ispitivanje opštih kršenja prava životne sredine.

Svako ko smatra da je njegov zahtev za dobijanjem informacije o životnoj sredini ignorisan, odbijen, ili nije razmatran u skladu sa Konvencijom mora imati pravo da zahteva preispitivanje donošenja konkretne odluke, pred sudom ili drugim nezavisnim ili nepristrasnim telom, osnovanim zakonom. Pod ovim drugim telima se pre svega misli na one zemlje koje imaju razvijenu instituciju ombudsmana. Konačne odluke moraju da budu obavezujuće za organe vlasti koji imaju datu informaciju i razlozi moraju biti izneti napsimeno kada je odbijeno davanje informacije.

Konvencija predviđa da svako može da osporava materijalnu i procesnu zakonitost bilo koje odluke, akta ili propuštanja koji se odnose na posebne aktivnosti, koji mogu da utiču na životnu sredinu.[7] Takođe, predviđeno je da države ugovornice moraju da obezbede pristup upravnim ili sudskim postupcima da bi se osporavala činjenja i nečinjenja privatnih subjekata i državnih organa koji krše propise o životnoj sredini. Takav pristup ovim organima se omogućava pripadnicima javnosti kada ispune uslove predviđene nacionalnim pravom.

Uključivanje ovog trećeg stuba u Konvenciju doprinosi jačanju mogućnosti da građani i nevladine organizacije pomognu u sprovođenju prava.

Prema samoj Konvenciji, organizacije koje se bave životnom sredinom poseduju pravni interes za donošenje odluka o životnoj sredini i za

[6] Član 7, ibid.
[7] Član 9 stav 2, ibid.

postupak sudske kontrole. Konvencija ne traži da zainteresovana lica budu više pogođena nego javnost uopšte. Ukoliko cela populacija određene oblasti može biti pogođena određenim aktivnostima, tada svi pojedinci mogu da učestvuju i da iznesu slučaj pred sud za kontrolu. Ovo se razlikuje od drugih konvencija iz oblasti ljudskih prava, koje previđaju da će udruženja koja se bave životnom sredinom imati pristup sudskim postupcima samo ukoliko su njihova građanska prava povređena, ali ne postoji pretpostavka da je javni ekološki interes ekvivalentan ljudskom pravu, u smislu člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima.[8] Države moraju da obezbede adekvatne i efikasne pravne lekove. Postupci moraju da budu pošteni, brzi i jeftini. Pristup pravdi bi mogao da bude samo jedna iluzija ukoliko bi troškovi bili preveliki.

U Arhuskoj konvenciji se ne govori o materijalnim pravima zaštite životne sredine. Međutim, ona definiše jednu široku kategoriju javnosti koja je zainteresovana za donošenje odluka o životnoj sredini. Određivanje šta predstavlja kršenje prava da bi postojao pravni interes u konkretnom slučaju, mora da bude u skladu sa ciljem davanja zainteresovanoj javnosti širokog pristupa pravdi, u smislu Konvencije. U slučaju *Zander protiv Švedske* pred Evropskim sudom za ljudska prava, Sud je zauzeo stav da tužioci, koji su bili vlasnici zemlje u blizini dozvoljenih štetnih aktivnosti, imaju procesnu legitimaciju po nacionalnom pravu, u upravnom postupku. Oni su takođe, mogli da se žale u upravnom sistemu. Njihov zahtev je bio u direktnoj vezi sa njihovom mogućnošću da koriste vodu iz njihovog bunara za piće. Sud je smatrao da je ovo deo njihovog prava kao vlasnika i da je ono bez sumnje jedno građansko pravo u smislu člana 6 stava 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima. U ovom slučaju je pitanje zaštite životne sredine i prava trećih strana povezano sa privatnom svojinom i pravom na zemlju, što je, nesumnjivo, pokriveno Evropskom konvencijom. Ipak, ostaje nejasno koliki je domet Konvencije van polja privatne svojine, na primer u slučaju prava na čist vazduh, prirodu itd.[9]

Mehanizam poštovanja Arhuske konvencije

Arhuska konvencija predviđa uspostavljanje sistema izveštavanja i kontrole primene, kao i obavezujući mehanizam rešavanja sporova. Pod ovim poslednjim se predviđa pregovaranje do kojeg može doći na inicija-

[8] O odnosu između ljudskih prava i prava životne sredine videti šire: O. Pedersen, European Environmental Human Rights and Environmental Rights. A Long Time Coming, The Georgetown International Environmental Law Review 21, 2008-2009, str. 73-111.

[9] Slučaj 45/1992/390/468 Zander protiv Švedske (Zander v Sweden), presuda od 25. oktobra 1993. godine, pasusi 24-27.

tivu jedne države ugovornice. U slučaju spora o tumačenju ili primeni Konvencije, spor može biti iznet pred Međunarodni sud ili arbitražu, ili može biti rešen putem bilo kog drugog sredstva rešavanja sporova koji je prihvatljiv za strane u sporu.[10] Za ovo je potreban pristanak obe strane. Treća država članica u ovakvim slučajevima može da se uključi u postupak uz pristanak tela koje sudi. Nepoštovanje obaveza iz Konvencije retko pogađa drugu ugovornicu, jer je cilj Konvencije da nametne obaveze državama u odnosu na njihove državljane. Od 2007. godine nije došlo do rešavanja sporova na ovaj način. Sudski postupci bi doveli samo do utvrđivanja propusta države i zbog toga nemaju interes da pokreću takve slučajeve.[11]

Tokom pregovora za usvajanje Konvencije, pokrenuto je pitanje uspostavljanja međunarodnog tela za kontrolu primene, koje bi takođe bilo dostupno za nedržavne subjekte. Član 15 Konvencije predviđa da će strane ugovornice na sastanku, konsenzusom uspostaviti nekonfrontirajuće, nepravne i konsultativne opcione aranžmane radi razmatranja poštovanja njenih odredbi.[12] Na prvom sastanku država članica doneta je odluka o kontroli primene konvencije i izabran je prvi Odbor za praćenje sprovođenja. Na sastancima Odbora koji su usledili usvojena su procesna pravila o njegovom radu. Sastav Odbora je odražavao značaj koji je Konvencija pridavala sektoru nevladinih organizacija. One mogu, kao i države ugovornice, da predlažu članove Odbora, koji obavljaju tu funkciju u svom privatnom kapacitetu a ne zastupaju interese države iz koje dolaze.

Odbor je nadležan da razmatra tri vrste podnesaka koji se odnose na primenu Konvencije. U pitanju su: obraćanje Sekretarijata, podnesci strana ugovornica i neposredni podnesci javnosti. Sekretarijat i Odbor mogu da traže dodatne informacije o pitanjima poštovanja, ali samo Odbor ima nadležnost da ispituje, izveštava, procenjuje ili donosi preporuke Sastanku država članica. Povremeni sastanci država članica na kraju odlučuju o usvajanju izveštaja Odbora i o merama za rešavanje problema nepoštovanja Konvencije. On može da zahteva od država članica i usvajanje i podnošenje izveštaja o primeni strategija poštovanja i primene Konvencije. U skladu sa prvim stubom Konvencije, Odbor održava otvorene sednice i čini dostupnim javnosti sve nacrte i preporuke.

---

[10] Član 16 Arhuske konvencije, op. cit.

[11] O primeni Arhuske konvencije videti: B. Toth, Public Participation and Democracy in Practice – Aarhus Convention Principles as Democratic Institution Building in the Developing World, Journal of Land Resources & Environmental Law, Vol. 30, 2010, str. 326-328.

[12] Član 15 Arhuske konvencije, op. cit.

U slučajevima kada propisi ili praksa države ugovornice očigledno protivreče obavezama na osnovu Konvencije, Odbor donosi jedan broj predloga za poštovanje. On je u kontaktu sa državama i obično ne objavljuje konačnu verziju svojih zaključaka sve dok konkretna država ne dobije mogućnost da ih komentariše. Rezultat toga je dosledno, jednoglasno usvajanje zaključaka i preporuka, na periodičnim sastancima država ugovornica.

Primena Arhuske konvencije u Evropskoj uniji

Arhuska konvencija, na osnovu članova 17 i 19 omogućava državama i regionalnim međunarodnim organizacijama da je ratifikuju. Do sada, osim država, jedino je Evropska unija strana ugovornica Konvencije. Ona je posebna vrsta regionalne organizacije, koja je, između ostalog, rukovođena načelima supsidijarnosti i poverenih nadležnosti. Arhuska konvencija se bavi pitanjem životne sredine, koje je u značajnom delu u nadležnosti Evropske unije, na osnovu člana 191 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.[13] O ovim pitanjima donošeni su i propisi u Evropskoj uniji, kao na primer Direktiva 90/313/EEC o pristupu informacijama iz oblasti životne sredine.[14] EU, sa svojim državama članicama, sa kojima ima podeljenu nadležnost u ovoj oblasti, može da zaključuje mešovite međunarodne ugovore na osnovu člana 300 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

Može se reći da je tadašnja Evropska zajednica imala dualistički pristup prema Arhuskoj konvenciji, jer su pristupili ovom aktu kroz odluku Saveta, ali su i usvojili propise kako bi se primenila Konvencija u institucijama same Evropske unije i državama članicama. U slučaju pred tadašnjim Sudom EZ, *Komisija protiv Francuske*, iz 2004. godine, rečeno je da pristupanje Evropske zajednice Arhuskoj konvenciji će, samo po sebi, uvesti obaveze iz Konvencije u pravni sistem tadašnje EZ, kao deo njenog *acquis communautaire*, čineći ih na taj način, obavezujućim za države članice i za institucije EZ.

U 2003. godini usvojene su dve direktive o pitanjima koja reguliše Konvencija. Prva je bila Direktiva 2003/4/EC o javnom pristupu informa-

[13] Član 191 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (Consolidated versions 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). Nekada je to bio član 174 Ugovora o Evropskoj zajednici.

[14] Direktiva 90/313/EEC o pristupu informacijama iz oblasti životne sredine, (Council Directive 90/313/EEC of 7 June 1990 on the freedom of accesss to information relating to the environment).

cijama o životnoj sredini,[15] koja je ukidala postojeći režim ustanovljen već pomenutom Direktivom 90/313/EEC. Usvojena je i Direktiva 2003/35/EC o omogućavanju učešća javnosti u stvaranju planova i programa koji se odnose na životnu sredinu i menjanju u pogledu učešća javnosti i pristupa pravdi Direktiva 85/337/EEC i 96/61/EC.[16] Kao što se može videti iz samog naslova direktive, ona menja druge dve, uvodeći odredbe o učešću javnosti i pristupu pravdi.

Ove dve pomenute direktive o pristupu informacijama o životnoj sredini sadrže mehanizme pristupa pravdi u vezi sa kršenjem navedenih prava. Ipak, je predložena direktiva o pristupu pravdi u pitanjima životne sredine, kako bi se obezbedio minimalni nivo harmonizovanih uslova za učešće u postupcima o životnoj sredini u EU.

Pored ovih usvojene su još dve drirektive, koje se odnose na pitanja iz Konvencije: Direktiva o proceni uticaja na životnu sredinu (EIA Direktiva)[17] i Direktiva o integrisanoj prevenciji i kontroli zagađenja.[18] Takođe, i Okvirna direktiva o vodama i Direktiva 2001/42/EC o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu su uključile kriterijume za učešće javnosti u postupku donošenja odluka. Svi naredni propisi koji budu usvojeni nesumnjivo će morati da udovolje zahtevima koje propisuje Arhuska konvencija.

Primena Arhuske konvencije u Republici Srbiji

Prve inicijative u vezi sa Arhuskom konvencijom u Republici Srbiji su se pojavile 1999. godine i izneo ih je Regionalni centar za životnu sredinu za centralnu i istočnu Evropu. U 2009. godini usvojeno je 16 zakona o životnoj sredini koji su usaglašeni sa direktivama Evropske unije. Oni su regulisali pitanja: otpada, zaštite prirode, zaštite vazduha, zaštite od buke, jonizujućeg zračenja, pitanja nuklearne bezbednosti, ograničavanje

[15] Direktiva 2003/4/EC o javnom pristupu informacijama o životnoj sredini (Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information).

[16] Direktiva 2003/35/EC o omogućavanju učešća javnosti u stvaranju planova i programa koji se odnose na životnu sredinu i menjanju u odnosu na učešće javnosti i pristup pravdi Direktiva 85/337/EEC i 96/61/EC (Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programs relating to the environment and amendig with regard to public participation and access to justice Council Directives 85/337/EEC and 96/61/EC).

[17] Direktiva 85/337/EEC o proceni određenih javnih i privatnih projekata na životnu sredinu, koja je izmenjena Direktivom 97/11/EC (Council Directive 85/337/EEC of 25 June 1985 on the assessment of certain public and private projects on the environment).

[18] Direktiva 96/61/EC o integrisanoj prevenciji i kontroli zagađenja (Council Directive 96/61/EC of 24 September 1996 concerning integrated pollution prevention and control).

proizvodnje i korišćenja hemijskog oružja, klimatskih promena itd. Zakoni koji su doneti treba da budu sprovedeni u praksi. Potrebno je izgraditi mehanizme i administrativnu strukturu za njihovo sprovođenje. Pojedine strategije u oblasti životne sredine nisu međusobno harmonizovane. Prioriteti u ovoj oblasti nisu jasno izraženi. Takođe, zbog nedovoljno razvijenog sistema monitoringa i nepostojanja ekoloških standarda sprovođenje donetih propisa nije na zadovoljavajućem nivou.

Arhuska konvencija je ratifikovana u maju 2009. godine. Osnovana su dva Arhuska centra, u Subotici i Kragujevcu, uz podršku Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju. Potrebno je omogućiti nevladinim organizacijama da aktivnije učestvuju u postupcima procene uticaja na životnu sredinu, kao i ojačati ulogu medija u ovoj oblasti.

Zaključak

Usvajanjem Arhuske konvencije uspostavljena su načela koja omogućavaju saradnju između državnih organa, javnosti i nevladinog sektora. Ona je ostvarena javnim pristupom informacijama o životnoj sredini i postignuta je šira mogućnost pristupa pravdi. Omogućavanje učešća javnosti u demokratskim procesima doprinosi jačanju demokratičnosti u postupku donošenja odluka iz ove oblasti. Učešće javnosti svakako doprinosi uspešnijem procesu donošenja odluka. Ratifikovanjem Arhuske konvencije Srbija je korak bliže harmonizaciji svojih propisa o ljudskim pravima i sudske prakse u pogledu ostvarivanja ekološke pravde, sa opštim okvirom pravnog sistema Evropske unije, čiji je jedan od značajnih elemenata i Arhuska konvencija.

Bojan Tubić, LL.M., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Application of the Aarhus Convention

Abstract

Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters (Aarhus Convention) has been adopted in 1998 and entered into force three years later. It envisages three elements for strengthening democratic procedures in decision-making: access to information, public participation and access to justice. At the first meeting of the Member States the Aarhus Convention Compliance Committee was founded. The European Union is a party of the Convention and it has implemented the provisions in its legal order. After entering into force of the Convention, several Directives that regulate these issues in the EU have been enacted. Republic of Serbia has ratified the Convention in 2009 and it is currently in the process of its implementation by involving private subjects in decision-making on environmental issues.

Key words: environmental law, Aarhus convention, public participation, access to justice.

Originalni naučni rad 347.771(497.11)

Mr Atila Dudaš, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNI OKVIR ZAŠTITE PRAVA PRONALAZAČA U SRBIJI*

Sažetak: *U ovom radu se daje prikaz razvoja pravnog uređenja patentnog prava u Srbiji od kraja XIX veka do današnjeg dana. Posebna pažnja posvećuje se Predlogu novog zakona o patentima usvojenog na sednici Vlade Republike Srbije početkom jula 2011. godine. Rad je nastao posle usvajanja Predloga, ali pre rasprave o njemu u Narodnoj skupštini.*

Od novih normativnih rešenja Predloga novog zakona o patentima naročito su značajni sledeći: uvođenje obaveze izrade izveštaja o stanju tehnike pre objavljivanja prijave pronalaska (tzv. rešeršni izveštaj); izjednačavanje malog patenta i patenta u pogledu inventivnog nivoa kao uslova patentibilnosti; razlikovanje malog patenta i ispitanog malog patenta u pogledu mogućnosti zahtevanja privremene mere radi sprečavanja neovlašćenog privrednog iskorišćavanja pronalaska; izmene formulacije pojedinih odredaba koje nameće stupanje na snagu Konvencije o evropskom patentu; ustanovljavanje prava žalbe podnosioca patentne prijave na upravne akte Zavoda za intelektualnu svojinu; izričito propisivanje mogućnosti izjavljivanja revizije u parnicama povodom zaštite prava nosioca patenta; omogućavanje podnošenja predloga za ponovno uspostavljanje prava i zbog propuštanja plaćanja godišnjih taksi za održavanje patenta; uvođenje instituta „nastavka postupka"; ustanovljavanje nadležnosti Zavoda za intelektualnu svojinu za vođenje registra o založnim pravima na patentima, malim patentima i pravima iz prijave, kao i druge novine koje nameće potreba usklađivanja domaće regulative sa odredbama TRIPS-a i Direktive EU br. 2004/48/EZ o merama za sprovođenje zaštite prava nosioca patenta.

* Članak je nastao kao rezultat rada na naučnoistraživačkom projektu br. 43008 pod nazivom *Razvoj metoda, senzora i sistema za praćenje kvaliteta vode, vazduha i zemljišta* koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

Ključne reči: *patent, patentno pravo, Predlog zakona o patentima iz 2011. godine*

Razvoj patentnog prava u Srbiji do usvajanja Zakona o patentima iz 2004. godine

U literaturi je uobičajena periodizacija razvoja regulative patentnog prava u Srbiji u četiri etape.[1]

Prva je trajala od potpisivanja Pariske konvencije za zaštitu industrijske svojine 1883. godine[2], odnosno, od osnivanja Unije za zaštitu industrijske svojine (čiji je jedan od osnivača bila i Kraljevina Srbija), do kraja Drugog svetskog rata.[3] U ovom periodu, neposredno po nastanku Kraljevine SHS, došlo je do usvajanja prvih propisa o zaštiti industrijske svojine, Uredbe o zaštiti prava industrijske svojine 1920. godine[4] i Zakona o zaštiti prava industrijske svojine dve godine kasnije[5], koji je predstavljao recepciju austrijskog patentnog zakona iz 1897. godine[6].

Druga etapa u razvoju domaćeg patentnog prava obuhvata period od kraja Drugog svetskog rata, tačnije od 1948. do 1960. godine.[7] Početak ovog perioda označava usvajanje Zakona o pronalascima i tehničkim unapređenjima[8], a kraj donošenje novog, istoimenog zakona 1960. godine[9]. Zakon iz 1948. godine je donet pod uticajem sovjetskog zakonodavstva, što je imalo za posledicu da je isključivo pravo korišćenja pronalaska imala država, dok je pronalazač imao pravo samo na priznanje autorstva, kao i pravo na naknadu ukoliko bi se pronalazak privredno iskorišćavao.[10]

---

[1] V. Sandra FIŠER, *Patent kao subjektivno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu – Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad, 2007, str. 21.

[2] Pariska konvencija o zaštiti industrijske svojine usvojena je 20. marta 1883. godine u Parizu, izmenjena 14. decembra 1900. godine u Briselu, 2. juna 1911. godine u Vašingtonu, 6. novembra 1925. godine u Hagu, 2. juna 1934. godine u Londonu, 31. oktobra 1958. godine u Lisabonu i 14. jula 1967. godine u Stokholmu. Parisku konvenciju je ratifikovala i SFRJ 1974. godine. V. Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori br. 5/1974. Tekst Pariske konvencije sa svim kasnijim izmenama i dopunama dostupan je na internet stranici Zavoda za intelektualnu svojinu Republike Srbije http://www.zis.gov.rs/sr/pdf/pariz.pdf (pristup strana-nici 16. jula 2011. godine).

[3] V. FIŠER, *Patent kao subjektivno pravo*, nav. delo, str. 21.

[4] Ibidem.

[5] Službene novine Kraljevine SHS, br. 69-IX/1992 i 116-XXXIX/1928.

[6] V. FIŠER, *Patent kao subjektivno pravo*, nav. delo, str. 21.

[7] Ibidem.

[8] Zakon o pronalascima i tehničkim unapređenjima, Službeni list FNRJ, br. 108/1948.

[9] Zakon o pronalascima i tehničkim unapređenjima, Službeni list FNRJ, br. 44/1960 i 28/1962.

[10] V. Slobodan MARKOVIĆ, *Patentno pravo*, Nomos, Beograd, 1997, str. 20; FIŠER, *Patent kao subjektivno pravo*, nav. delo, str. 21.

Treći period započinje donošenjem zakona iz 1960. godine i traje do 1981. godine, do usvajanja Zakona o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja.[11] Zakon iz 1960. godine je sadržavao rešenja koja su više odgovarala novim društvenim i ekonomskim okolnostima, pre svega sve izraženijem radničkom samoupravljanju i jačanju odnosa konkurencije među privrednim subjektima, kao i uvođenju mnogih elemenata tržišnog privređivanja.[12]

Četvrti period u razvoju domaćeg patentnog prava je započeo donošenjem navedenog patentnog zakona iz 1981. godine i traje i dan-danas. Zakon iz 1981. godine je sadržavao dosta restriktivne odredbe kojima je bio cilj da se favorizuje domaća tehnologija u odnosu na stranu. Razlog tome je da je ovaj zakon donet u vreme krize patentnog prava u međunarodnim okvirima, po uzoru na pojedina normativna rešenja patentnih zakona iz zemalja Latinske Amerike, u svetlu jačanja pokreta nesvrstanih.[13] U ovim okolnostima se u zemljama u razvoju na patentu zaštitu pronalazaka gledalo kao na instrument tehnološke kolonizacije, koja je izazivala slabljenje i relativizovanje patentne zaštite.[14]

Prvi savremeni zakon iz oblasti patentnog prava u Srbiji bio je Zakon o patentima iz 1995. godine.[15] Usvajanjem ovog zakona dolazi do raskida „sa nasleđem zakonodavnog eksperimentisanja u oblasti patentnog prava" i naše pravo se priklonilo izvornom konceptu patentnog prava, kao jednog od prava industrijske svojine.[16] Godine 2004. usvojen je novi Zakon o patentima koji je u još većoj meri od prethodnog usaglašen sa odredbama komunitarnih i međunarodnih izvora patentnog prava.[17]

Pozitivno-pravno uređenje patentnog prava u Srbiji

Važeći zakonski akt iz oblasti patentnog prava u Srbiji je pomenuti Zakon o patentima iz 2004. godine. Pored njega, kao osnovnog propisa, i podzakonskih akata, oblast patentnog prava uređuju i međunarodne konvencije koje je Srbija ratifikovala.

Od međunarodnih izvora patentnog prava koji imaju pravno dejstvo na teritoriji Srbije svakako treba istaći: Parisku konvenciju za zaštitu in-

[11] Zakon o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja, Službeni list SFRJ, br. 34/1981.

[12] V. MARKOVIĆ, *Patentno pravo*, nav. delo, str. 20; FIŠER, *Patent kao subjektivno - pravo*, nav. delo, str. 21.

[13] V. FIŠER, *Patent kao subjektivno pravo*, nav. delo, str. 22.

[14] V. MARKOVIĆ, *Patentno pravo*, nav. delo, str. 20-21.

[15] Zakon o patentima, Službeni glasnik RS, br. 15/95, 35/95 - ispr. i 28/96.

[16] V. MARKOVIĆ, *Patentno pravo*, nav. delo, str. XV.

[17] V. FIŠER, *Patent kao subjektivno pravo*, nav. delo, str. 22.

dustrijske svojine[18]; Konvenciju o unifikaciji nekih pojmova materijalnog patentnog prava iz 1971. godine, s izmenama iz 1979. godine (Strazburška konvencija)[19]; Ugovor o saradnji iz oblasti patenata iz 1970. godine, dopunjen 1979. i izmenjen 1984. godine, zajedno s pravilnikom za njegovo sprovođenje[20]; Konvenciju o priznavanju evropskih patenata iz 1973. godine, s izmenama iz 1991. i 2000. godine[21]; Ugovor o patentnom pravu iz 2000. godine[22] i Sporazum između SRJ i Evropske patentne organizacije o saradnji u oblasti patenata (Sporazum o saradnji i proširenju) iz 2001. godine[23]. Značajan korak u daljem razvoju zajedničkog evropskog patentnog prava bilo je usvajanje Konvencije o komunitarnom patentu 1975. godine u Luksemburgu, odnosno Sporazuma o komunitarnom patentu iz 1989. godine takođe u Luksemburgu, koji zbog nedostatka političke volje za njihovu primenu nisu stupili na snagu[24] Poslednji pokušaj stvaranja komunitarnog patenta bilo je usvajanje Predloga Uredbe Saveta EU o komunitarnom patentu 2000. godine.[25] Značajne odredbe o pravnoj zaštiti pronalazaka sadrži i Aneks 1C Sporazuma o osnivanju Svetske trgovinske organizacije (Marakeški sporazum) iz 1994. godine, Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (TRIPS sporazum), koji nije formalno ratifikovan u našem pravu, ali je važeći Zakon o patentima u značajnoj meri usklađen s njegovim odredbama.[26]

Podzakonski akti kojima se bliže uređuju pojedina pitanja u vezi sa pravnom zaštitom pronalazača su: Uredba o postupku za pravnu zaštitu pronalazaka[27]; Uredba o načinu, postupku i merama zaštite poverljivih pronalazaka značajnih za odbranu[28]; Odluka o visini naknada posebnih troškova postupka koji vodi Zavod za intelektualnu svojinu i naknada troškova za pružanje informacionih usluga Zavoda[29]; kao i akt usvojen od strane Zavoda za intelektualnu svojinu o postupku ispitivanja patentnih prijava[30].

---

[18] Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 5/1974.
[19] Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 42/2009.
[20] Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori, br. 3/1996.
[21] Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 5/2010.
[22] Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 19/2010.
[23] Službeni list SCG – Međunarodni ugovori, br. 14/2004.
[24] V. FIŠER, *Patent kao subjektivno pravo*, nav. delo, str. 32.
[25] Ibidem.
[26] V. FIŠER, *Patent kao subjektivno pravo*, nav. delo, str. 33.
[27] Službeni list SCG, br. 62/2004.
[28] Službeni glasnik RS, br. 110/2008.
[29] Službeni list SCG, br. 3/2006.
[30] Metodologija zavoda za postupanje u oblasti rešerša i ispitivanja prijava patenata. http://www.zis.gov.rs/sr/pdf_patenti/Metodologija_patenti.pdf (pristup stranici 16. jula 2011. godine).

Predlog novog Zakona o patentima

Nastanak Predloga zakona o patentima

Zavod za intelektualnu svojinu je na svojoj internet stranici objavio nacrt novog zakona o patentima, s obrazloženjem potrebe usvajanja novog zakonskog akta.[31] Nacrt je izrađen po ugledu na normativna rešenja patentnih zakona Danske, Grčke, Austrije, Slovačke, Mađarske, Rumunije, Bugarske, Hrvatske i Slovenije.[32] Zaključkom odbora za privredu i finansije Vlade donetim na 110. sednici od 19. oktobra 2010. godine usvojen je Program javne rasprave o radnoj verziji Nacrta zakona o patentima. Na osnovu ovog Programa javna rasprava je sprovedena u periodu od 25. oktobra do 8. novembra 2010. godine u Zavodu za intelektualnu svojinu.[33] U okviru javne rasprave je 5. novembra u Zavodu održan okrugli sto na kojem su učestvovali predstavnici ministarstava, pravosudnih organa, univerziteta, inovacionih centara, stručnih i naučnih udruženja, patentnih zastupnika i advokata, i to predstavnici Ministarstva odbrane; Visokog saveta sudstva, Vrhovnog kasacionog suda, Privrednog apelacionog suda, Privrednog suda u Beogradu, Višeg suda u Beogradu, Višeg suda u Novom Sadu; predstavnici Pravnog fakulteta u Beogradu, Centra za intelektualnu svojinu Fakulteta tehničkih nauka Novi Sad, Instituta Mihajlo Pupin, Inovacionog centra Mašinskog fakulteta, Inovacionog centra Elektrotehničkog fakulteta, Inovacionog centra Fakulteta organizacionih nauka, Poslovno tehnološkog inkubatora tehničkih fakulteta – Beograd; predstavnici Privredne komore Srbije; predstavnici zastupničkih kancelarija i predstavnici udruženja pronalazača, itd.[34] Na osnovu Nacrta i primedaba stručne javnosti sačinjen je Predlog zakona o patentima koji je Vlada usvojila 7. jula 2011. godine.[35]

Od načelnih razloga zbog kojih je potrebno usvajanje novog zakona o patentima ističu se razlozi terminološke prirode, imajući u vidu da je

---

[31] http://www.zis.gov.rs/sr/patenti/patenti_propisi.html (pristup stranici 16. jula 2011. godine).

[32] V. Obrazloženje Nacrta, str. 2.

[33] V. Analiza efekata Zakona o patentima, str. 15, na internet stranici Saveta za regulatornu reformu privrednog sistema Republike Srbije: http://www.ria.merr.gov.rs/uploads/media/Analiza%20efekata%20Zakona%20o%20patentima.pdf (pristup stranici 16. jula 2011. godine).

[34] Ibidem.

[35] http://www.srbija.gov.rs/vesti/vest.php?id=156129 (pristup stranici 16. jula 2011. godine).

Detaljnije o radu okruglog stola održanog 5. novembra 2010. godine u Zavodu za intelektualnu svojinu, o primedbama na tekstu Nacrta zakona koje su usvojene i koje nisu usvojene s obrazloženjima v. Analiza efekata Zakona o patentima, str. 17-27.

važeći zakona usvojen još u vreme postojanja Državne zajednice Srbija i Crna Gora[36], kao i potreba da se domaća regulativa uskladi sa komunitarnim izvorima prava[37] iz ove oblasti. Obaveza usklađivanja propisa iz oblasti prava intelektualne i industrijske svojine sa zajedničkom pravnom tekovinom Evropske unije u skladu je sa obavezama koje je Srbija preuzela Prelaznim sporazumom o trgovini i trgovinskim pitanjima. Prelazni sporazum, između ostalog, propisuje obavezu Srbije da najkasnije u roku od pet godina od dana njegovog stupanja na snagu (tj. do 2014. godine) ostvari zaštitu intelektualne, industrijske i komercijalne svojine na nivou sličnom onom koji postoji u Evropskoj uniji.[38] Na potrebu donošenja novog zakona o patentima iz navedenih razloga ukazuje i Strategija razvoja intelektualne svojine u periodu od 2011. do 2015. godine, koju je Vlada Republike Srbije usvojila 23. juna 2011. godine.[39]

Najznačajnija nova normativna rešenja Predloga zakona o patentima

Od najznačajnijih novih normativnih rešenja predloženog zakona o patentima mogu se istaći sledeća:

Predloženi zakon bi uveo obaveznu izradu izveštaja o stanju tehnike pre objavljivanja prijave pronalaska (tzv. rešeršni izveštaj). Prema važećem zakonu, postupak suštinskog ispitivanja patentne prijave pokreće se nakon objave prijave patenta, na zahtev podnosioca prijave, najkasnije u roku od šest meseci od datuma objave[40] ili u roku od 30 dana od dana prijema obaveštenja o proteku roka[41]. To znači da podnosilac prijave informaciju o tome da li pronalazak, čije patentiranje zahteva, ulazi u stanje tehnike dobija posle dugog vremena čekanja, kada je prijava objavljena, a pronalazak čije

---

[36] V. Obrazloženje Nacrta, str. 1.

[37] To su Direktiva br. 98/44/EZ o pravnoj zaštiti pronalazaka iz oblasti biotehnologije; Direktiva br. 2004/48/EZ za sprovođenje prava intelektualne svojine; Uredba Evropskog parlamenta i Saveta br. 1610/96 o priznavanju sertifikata o dodatnoj zaštiti proizvoda za zaštitu bilja; Uredba Saveta (EZ) br. 1768/92 o priznavanju sertifikata o dodatnoj zaštiti za lekove i Uredba Evropskog parlamenta i Saveta br. 816/2006 o prinudnoj licenci za patente koji se odnose na proizvodnju farmaceutskih proizvoda za izvoz u zemlje sa problemima javnog zdravlja. Navedeno prema Obrazloženje Nacrta, str. 1.

[38] V. Analiza efekata Zakona o patentima, str. 8.

[39] V. Strategiju razvoja intelektualne svojine za period od 2011. do 2015. godine usvojenu od strane Vlade Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 49/2011. Tekst dostupan na http://www.zis.gov.rs/upload/documents/pdf_sr/pdf/ Strategija%20razvoja%20intelektualne%20svojine.pdf (pristup stranici 16. jula 2011. godine), str. 20.

[40] V. čl. 42. st. 1. Zakona o patentima.

[41] V. čl. 42. st. 2. Zakona o patentima.

se patentiranje traži već je ušao u stanje tehnike. Cilj predloženog normativnog rešenja je da se skrati vreme u kojem podnosilac prijave dobija informaciju o novosti i inventivnosti pronalaska, kao i uslovima njegove patentibilnosti. Ovo bi se postiglo tako što bi se izveštaj o stanju tehnike izradio na osnovu podnete uredne prijave, a pre njenog objavljivanja.[42]

Novi zakon o patentima bi sadržao drugačiju regulativu i o malom patentu. Za razliku od važećeg[43], prema predloženom zakonu bi pronalazak koji se štiti malim patentom imao identičan inventivni nivo kao i pronalazak koji se štiti patentom, s tim da se mali patent ne bi odnosio i na konfiguraciju elemenata od kojih se pronalazak sastoji[44]. Novi zakon bi razlikovao priznati mali patent od ispitanog malog patenta. Potrebu ovakvog razlikovanja su nametnule česte zloupotrebe u praksi, jer su se podnosioci prijave malog patenta, na osnovu same prijave, učestalo, neosnovano služili privremenom merom zabrane iskorišćavanja pronalaska od strane trećih lica. Sada bi takvo pravo imali samo ukoliko priznati mali patent ima potvrdu o ispitivanju. Ovo nameće potrebu da se, u pogledu inventivnog nivoa, mali patent izjednači sa patentom i da se propiše rok trajanja patentne zaštite od deset godina.[45] Zaštiti savesnih trećih lica, koja upotrebljavaju pronalazak u periodu po objavljivanju prijave, ali pre dodele patenta, služio bi institut ispitivanja prijave po hitnom postupku. Prema predloženom zakonu, na zahtev suda Zavod će sprovesti postupak hitnog rešavanja prijave patenta.[46]

Određene izmene u odnosu na stari zakon nameće i to da je u vreme njegovog usvajanja Srbija imala status zemlje proširenja, prema Konvenciji o evropskom patentu, zbog čega su brojne odredbe u važećem zakonu uređene shodno tome (dejstvo evropske prijave patenta, proširenje dejstva evropskog patenta, postupak po zahtevu za upis proširenog evropskog patenta u Registar patenata, plaćanje takse za proširenje, takse za održavanje proširenih evropskih patenata, pitanje istovremene zaštite u slučaju kada prošireni evropski patent i nacionalni patent imaju isti datum podnošenja ili prvenstva, pod uslovom da je zatraženo pravo, a isti datum prvenstva je priznat istom licu ili njegovom pravnom sledbeniku).[47] Imajući u vidu, međutim, da je 1. oktobra 2010. godine počela da se primenjuje Konvencija o evropskom patentu, pozivanje na prošireno dejstvo evrop-

[42] V. Obrazloženje Nacrta, str. 2.
[43] V. čl. 134. st. 1. Zakona o patentima.
[44] V. Obrazloženje Nacrta, str. 3.
[45] Ibidem.
[46] V. Analiza efekata Zakona o patentima, str. 3.
[47] V. Obrazloženje Nacrta, str. 3.

skog patenta više nema smisla, te se u predloženom zakonu govori o postupanju po evropskim prijavama patenata, kao i postupanje u vezi sa priznatim evropskim patentom.[48] Po istoj logici, novi Zakon bi uredio i pitanje važenja Zakona o potvrđivanju Konvencije o priznanju evropskih patenata, propisujući da bi danom njegovog stupanja na snagu izgubile dejstvo odredbe čl. 3-15. Zakona o potvrđivanju Konvencije o priznanju evropskih patenata[49], s tim da bi se zahtevi za upis proširenog evropskog patenta po odredbama sadašnjeg zakona mogli podnositi sve dok se pred Evropskim zavodom za patente ne okončaju postupci u kojima je Srbija naznačena kao zemlja proširenja[50].

Bitnu novinu predloženog zakona predstavlja i ustanovljavanje prava žalbe podnosioca prijave.[51] Prema pravilima opšteg upravnog postupka protiv rešenja republičkih ministarstava ili drugog samostalnog organa uprave, odnosno upravne organizacije može se izjaviti žalba, samo ukoliko je takva mogućnost predviđena posebnim zakonom.[52] Imajući u vidu da važeći Zakon o patentima ne propisuje mogućnost podnošenja žalbe protiv upravnih akata Zavoda za intelektualnu svojinu, podnosilac prijave protiv odluka Zavoda može jedino da pokrene upravni spor. Pokazalo se u dosadašnjoj praksi da sud u sporu pokrenutom protiv rešenja Zavoda, po pravilu, odlučuje u postupku ograničene jurisdikcije, tj. odlučuje samo o zakonitosti upravnog akta, i ako je tužba osnovana, predmet vraća Zavodu na ponovno odlučivanje, i znatno ređe u postupku pune jurisdikcije u kojem u meritumu odlučuje o upravnoj stvari i svojom presudom zamenjuje pobijani upravni akt. Iz ovog razloga se sudska kontrola rešenja Zavoda pokazala neefikasnom, te je u predloženom zakonu ustanovljen dvostepeni upravni postupak, uvođenjem prava na žalbu podnosioca patentne prijave o kojoj odlučuje Vlada.[53] Uvođenjem dvostepenosti u upravnom postupku kojim Zavod dodeljuje patent i mali patent otklonila bi se asimetričnost u pravilima postupaka koje sprovodi Zavod, jer je u priznavanju ostalih prava industrijske svojine prihvaćena dvostepenost, dok ona još ne postoji u postupcima priznavanja patenata i malih patenata.[54]

---

[48] Ibidem.

[49] Ibidem.

[50] V. Obrazloženje Nacrta, str. 4.

[51] Ibidem.

[52] V. čl. 213. Zakona o opštem upravnom postupku, Službeni list SRJ, br. 33/97 i 31/2001, Službeni glasnik RS, br. 30/2010.

[53] V. Obrazloženje Nacrta, str. 4.

[54] V. Strategiju razvoja intelektualne svojine za period od 2011. do 2015. godine, str. 17.

Predloženi zakon izričito uređuje da je i u sporovima za zaštitu i upotrebu pronalazaka revizija uvek dozvoljena protiv pravnosnažnih presuda donetih u drugom stepenu. Predlagači smatraju potrebnim da se dopuštenost revizije izričito uredi u zakonu o patentima, imajući u vidu da je u praksi bilo sporno da li je prema odredbama Zakona o parničnom postupku sa izmenama iz 2009. godine revizija u ovim postupcima dopuštena i kada tužba sadrži kako imovinskopravni, tako i neimovinskopravni zahtev, i kako se računaju zahtevi Zakona o parničnom postupku u pogledu vrednosti predmeta spora, za uslove podnošenja revizije, koji su prema izmenama zakona iz 2009. godine drastično povećani (na 100.000 evra u građanskopravnim, odnosno 300.000 evra u privrednim sporovima).[55] Budući da Zakon o parničnom postupku propisuje da je revizija uvek dozvoljena ukoliko je ona propisana posebnim zakonom[56], ustanovljavanje prava na podnošenje revizije u predloženom zakonu o patentima, bez obzira na vrstu i vrednost tužbenog zahteva, otklonilo bi navedenu dilemu.[57]

Predloženi zakon bi uveo novinu i u pogledu utvrđivanje kruga razloga zbog kojih se može zahtevati ponovno uspostavljanje prava. Novo zakonsko rešenje bi omogućilo podnošenje predloga za ponovno uspostavljanje prava i zbog propuštanja plaćanja godišnjih taksi za održavanje patenta, što bi bilo u skladu sa odredbama Pravilnika za sprovođenje Ugovora o patentnom pravu. Ovakvo rešenje bi bilo, bez sumnje, u korist podnosilaca prijava, odnosno nosilaca patenata, jer se najveći broj predloga za ponovno uspostavljanje prava u praksi, upravo podnosi zbog propuštanja plaćanja godišnje naknade za održavanje patenta.[58]

Predlog novog zakona uvodi i institut „nastavka postupka“, pod čim se podrazumeva obaveza nadležnog organa da nastavi postupak po bezuspešnom proteku roka određenog podnosiocu prijave za preduzimanje odgovarajuće radnje. Prema tome, nepostupanje podnosioca prijave po nalogu nadležnog organa, ne dovodi do odbacivanja prijave, već nadležni organ pod određenim uslovima dalje vodi postupak kao da je podnosilac prijave preduzeo radnje o roku. Ovakvo rešenje je u skladu sa odredbama Ugovora o patentnom pravu.[59]

Novi zakon bi izričito uredio i pitanje upisa ugovora o zalozi čiji je predmet patent ili mali patent. Svojevremeno je Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar propisao da predmet vezdrža-

[55] V. čl. 394. st. 2. Zakona o parničnom postupku, Službeni glasnik RS, br. 125/2004 i 111/2009.

[56] V. čl. 394. st. 3. Zakona o parničnom postupku.

[57] V. Analiza efekata Zakona o patentima, str. 10.

[58] Ibidem.

[59] Ibidem.

vinske zaloge mogu biti i prava intelektualne svojine, pri čemu se zaloga na patentima stiče upisom u registar patenata, odnosno malih patenata.[60] Važeći zakon o patentima, međutim, nije uredio pitanja u vezi sa vođenjem registra založnog prava na patentima i malim patentima, te je u tekstu predloženog zakona ovaj nedostatak otklonjen.[61] Ovim bi se vođenje registra zaloge na patentima, malim patentima i pravima iz prijave prenelo iz nadležnosti Agencije za privredne registre u nadležnost Zavoda za intelektualnu svojinu. Radi izbegavanja situacije u kojoj bi se podaci nalazili u dva odvojena registra koje vode različiti organi, predlog novog zakona u prelaznim odredbama predviđa obavezu Agencije da u roku od 30 dana od dana stupanja na snagu zakona dostavi Zavodu za intelektualnu svojinu podatke o registrovanim zalogama na patentima, malim patentima i pravima iz prijave.[62]

Najzad, u okviru glava "Građansko-pravna zaštita" i "Kaznene odredbe" predloženog zakona,u potpunosti bi se implementirale odgovarajuće odredbe TRIPS sporazuma i Direktive EU br. 2004/48/EZ o merama za sprovođenje zaštite prava nosioca patenta. U okviru ovih mera uređen je postupak za izricanje privremene mere i mere obezbeđenja dokaza, mogućnost polaganja sredstava obezbeđenja, kao i obaveza pružanja informacija od strane zakonom predviđenih lica, po nalogu suda, o poreklu i distributivnoj mreži roba i usluga kojima se povređuje pravo iz prijave ili priznato pravo.[63]

[60] V. čl. 14. st. 3. Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, Službeni glasnik RS, br. 57/03 i 61/05 i 64/2006- ispr.

[61] V. Analiza efekata Zakona o patentima, str. 5.

[62] Ibidem.

[63] V. Obrazloženje Nacrta, str. 4.

Attila Dudás, LL.M., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

The Legal Framework of the Protection of Inventors in Serbia

Abstract

The author of this paper gives an overview of the evolution of legal framework of protection of rights of inventors in Serbia, since the end of the 19th century to present day. Special attention is paid to the legislative bill of the new patent law, adopted by the Serbian Government in the beginning of July, 2011. This paper was written in the period after the Bill had been adopted, but before the parliamentary debate began.

From the new legal institutions envisaged by the Bill the author points out in detail the obligation to issue a research report (report on the state of the art) before the publication of the patent application, evening up the petty patent and patent in respect of the inventive step of the invention as a condition of patentability, differentiation between petty patent and examined petty patent in respect of the right of the applicant to request interim court measures to prohibit unauthorized economic exploitation of the invention, changes in the wording of some sections of the law necessitated by entry in force of the European Patent Convention, introduction of right of appeal of the applicant against the administrative decisions of the Intellectual Property Office, prescribing explicitly the right of review as an extraordinary legal remedy in litigations initiated for the protection of the rights of patent holders, enabling restoration of rights (restitutio in integrum) in the case of failure to pay annual fees for maintenance of patent rights, introduction of the institution of „continuation of procedure", assignment of the administration of the registry of pledged patent rights, rights from petty patent and rights conferred by the patent application into the competence of Intellectual Property Office, and other novelties necessitates by the requirement of harmonization of domestic legislation with the sections of the TRIPS agreement and the Directive of the EU No. 2004/48/EC on the enforcement of intellectual property rights in respect of the measures for the protection of the rights of patent holders.

Key words: patent, patent law, the legislative bill of the new Patent Law from 2011

Pregledni članak 343.8(497.11)“18“

Miljana Todorović, asistent
Pravnog fakulteta u Nišu

SIMBOLIZAM U KAŽNJAVANJU U SRBIJI U PRVOJ POLOVINI XIX VEKA

Sažetak: *U radu se razmatra specifična pojava u krivičnom pravu Srbije u prvoj polovini XIX veka, koja se sastoji u posebnom, simboličnom odnosu kazni i krivičnih dela zbog kojih se izriču. Autor tu pojavu naziva simbolizmom u kažnjavanju i određuje je kao kažnjavanje kod koga se naglašenost veze između krivičnog dela i kazne ogleda u izvesnom oponašanju krivičnog dela načinom ili mestom izvršenja kazne, ili „kažnjavanjem“ delova tela koja su na određen način učestvovala u izvršenju krivičnog dela. Nakon navođenja primera presuda i propisa u kojima se simbolizam u kažnjavanju pojavljuje, autor daje pregled razvoja krivičnog prava i pravosuđa u Srbiji. Definisanjem i objašnjenjem simbolizma u kažnjavanju, a potom rekonstrukcijom društvenog i pravnog okvira u kome se pojavljuje, autor nastoji da odgovori na pitanja o njegovom poreklu i razlozima njegovog postojanja.*

Ključne reči: *simbolizam u kažnjavanju, Srbija prve polovine XIX veka, krivično pravo, pravosuđe.*

1. Uvod

Od prvih pisanih zakona do savremenog doba možemo pratiti razvitak i promene reakcije društva na neželjena ponašanja. Teorija krivičnog prava kvalifikuje njihove oblike, smešta ih u prepoznatljive okvire, a kasnije i sama utiče na zakonodavstvo. Vekovi poznate istorije prava pružaju uvid u nastojanja države da pronađe odgovor na nepoštovanje postojećih pravila, crpeći *ius puniendi* iz različitih izvora.

Svrha i ciljevi kažnjavanja su se tokom vremena menjali: odmazda i ispaštanje za izvršeno krivično delo, postizanje apsolutne božje pravde ili uspostavljanje moralnog i pravnog poretka narušenog krivičnim delom, zastrašivanje krivaca i potencijalnih izvršilaca, popravljanje krivaca. Propisi o kažnjavanju svedoče ne samo o razvitku pravne svesti jednog naroda, već i o stepenu razvitka društva i moralnim i religijskim stavovima. Pravo nam, kao „zamrznuta istorija"[1], pokazuje sliku državnog aparata, ciljeve vlastodržaca i probleme sa kojima se suočavaju kao i (ne)uspehe dotadašnjih mera. Mnoštvo teorija koje i danas postoje pokazuje da se ni izbliza nije došlo do savršene formule koja će odrediti pravu meru kazne za izvršeno krivično delo. Noviji slučajevi izricanja „*shame punishments*" u SAD i rasprava koja je tim povodom pokrenuta u teoriji potvrđuje takvo stanovište.[2] Traganje za pravom merom nije završeno, niti će se, po prirodi stvari, ikada završiti. Utoliko pre treba pogledati unazad i istražiti načine na koje je država pokušavala da reši ove probleme.

2. Pojam simbolizma u kažnjavanju

Krivično pravo i kazneni sistem u Srbiji do donošenja Krivičnog zakonika 1860. godine bili su predmet opsežnijeg razmatranja nekoliko autora.[3] Izvan fokusa (mada ne i bez pomena) ostale su izvesne specifičnosti krivičnog prava, suviše osobene da bi podlegle uobičajenoj siste-

[1] „Law is frozen history", C. J. Friedrich, *The philosophy of law in historical perspective*, Chicago 1958, 233.

[2] *Shame punishments* se sastoje u obavezi osuđenih da nose natpise sa objašnjenjem učinjenog krivičnog dela određeni broj sati na javnom mestu, najčešće onom na kome su izvršili krivično delo ili koje je sa njim u vezi. Vid. npr. M. Nussbaum, *Hiding from humanity: disgust, shame, and the law*, Princeton, 2006; U teoriji je poznat slučaj *U.S. v. Gementera* iz 2004. godine. Osuđenom je zbog krađe pošte izrečeno 100 sati društveno korisnog rada u poštanskoj službi, pri čemu je za vreme rada nosio okačenu tablu sa natpisom „*I stole mail. This is my punishment*", *http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1105137.html* (29.10.2010).

[3] Svojim obimom i značajem nesumnjivo se izdvaja zbirka propisa sa pogovorom T. Živanovića, *Zakonski izvori krivičnog prava Srbije i istorijski razvoj njegov i njenog krivičnog pravosuđa od 1804. do 1865,* Beograd 1967. Radovi iz oblasti krivičnog prava Srbije do 1860. su i: D. Papazoglu, *Krivično pravo i pravosuđe u Srbiji 1804-1813*, Beograd 1954; M. Miljković, „Kratak pogled na istorijski razvitak krivičnoga prava u nas za poslednjih 100 godina", *Branič* 6/1905, 161-177 i 263-286; V. Petrić, „Krivična dela - protiv života i tela u sudskoj praksi Srbije za vreme kneza Miloša", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/1959, 76-94; S. Pihler, „Osnovne karakteristike krivičnih sankcija u Srbiji XIX veka do kodifikacije iz 1860. godine", *Penologija* 1/ 1974, 47-61; S. Pihler, „Osnovne crte u razvoju krivičnog prava Srbije od 1815. do kodifikacije iz 1860", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1-2/1974, 147-168.

matizaciji, često i „nepoželjne“ zbog iskakanja iz veštački stvorenih sistema.

Takav je slučaj sa kaznama koje imaju poseban, simboličan odnos sa krivičnim delom zbog koga se izriču. T. Živanović je tu pojavu, uočenu u izvršenju smrtne kazne, nazvao kaznenim simbolizmom.[4] Međutim, simbolizam se ne pojavljuje samo u izvršenju smrtne kazne. Iako najčešći upravo kod nje, on se sreće i kod izvršenja telesnih kazni. Reč je zapravo o kažnjavanju kod koga je pojačana veza između kazne i dela, tako da kazna u izvesnom smislu oponaša krivičnog delo, bilo u pogledu načina bilo u pogledu mesta izvršenja.

Sačuvane presude u sudskim i delovodnim protokolima i krivični propisi pružaju mogućnost za razlikovanje nekoliko vidova simbolizma u kažnjavanju u Srbiji: izvršenje smrtne kazne na mestu na kome je izvršeno ubistvo, izvršenje smrtne kazne oruđem kojim je ubistvo izvršeno, izvršenje kazne na mestu izvršenja krivičnog dela, i pravi raritet – simbolični talion. Simbolizam je u nekim slučajevima bio predviđen samim krivičnim propisima, u drugim slučajevima ga nalazimo u presudama. Pitanja koja nameće postojanje simbolizma u kažnjavanju u Srbiji tiču se njegovog *porekla* i *razloga postojanja*. Da li je on posledica transplanata[5], nedovoljne razvijenosti krivičnog prava ili relikt srednjovekovnog srpskog prava? Da li je reč o pukoj slučajnosti ili njegovo postojanje potpunije objašnjava prirodu krivičnog prava Srbije?

Pre pokušaja odgovora na ova pitanja, potrebno je najpre razmotriti sačuvane presude i propise u kojima se kazneni simbolizam pojavljuje, a potom se osvrnuti na krivično pravo i pravosuđe u Srbiji u prvoj polovini XIX veka.

---

[4] „Ovo nije isključivo osobina ondašnjeg krivičnog prava Srbije. Simbolizam se nalazi u svima starim i primitivnim zakonodavstvima. Simbol je osetljiv znak, koji opominje, podseća na stvar koju predstavlja... Njemu je cilj da probudi uobrazilju prisutnih, da im iznese na očigled sliku sudbine koja ih očekuje ako pođu i oni putem onoga čijem pogubljenju prisustvuju.“ T. Živanović, 434-435.

[5]. Termin pravni transplant je u uporedno pravo uveo A. Votson (*Alan Watson)*, škotsko-američki komparativista, romanista i pravni istoričar. Njime označava metod stvaranja prava koji se sastoji u preuzimanju (transplantaciji, pozajmljivanju) inostranih pravnih ustanova, rešenja, čak i delova sistemama. Reč je o donekle antisociološkom pristupu, budući da se preuzimanje prava posmatra nezavisno od stepena razvitaka jednog naroda, ekonomskog i političkog uređenja, kao i kulturnih osobenosti. U tom smislu, Votson osporava tekovine istorijsko-pravne škole i kao jedan od faktora koji utiče na stvaranje prava ističe ulogu pravničke elite. O pravnim transplantima Vid. A. Votson, *Pravni transplanti,* Beograd 2000.

3. Primeri simbolizma u kažnjavanju u Srbiji[6]

3.1. Simbolizam u izvršenju smrtne kazne

Smrtna kazna je, od 1804. do donošenja Krivičnog zakonika 1860, bila česta, naročito kod vojnih krivičnih dela, krvičnih dela protiv države, ali i drugih dela tzv. opšteg kriminaliteta.[7] Načelo srazmernosti ne postoji do 1860. godine, pa je smrtna kazna često bila predviđana i za dela koja po savremenim shvatanjima predstavljaju dela manje društvene opasnosti.[8]

Iz sačuvanih propisa i presuda može se načelno zaključiti da je tokom XIX veka smrtna kazna izvršavana vešanjem, streljanjem, prebijanjem ruku i nogu i stavljanjem na točak (kolo)[9]. Postojali su, međutim, i drugi načini izvršenja ove kazne, što je upravo posledica kaznenog simbolizma.

Simbolizam u izvršenju smrtne kazne može biti dvojak. U prvom slučaju, simbolična veza između kazne i krivičnog dela ogleda se u načinu na koji se kazna izvršava, dok u drugom način izvršenja ostaje uobičajen, ali je mesto izvršenja kazne određeno mestom na kome je izvršeno krivično delo.

3.1.1. Izvršenje smrtne kazne na način na koji je izvršeno krivično delo

Opštu normu kojom se predviđa izvršenje smrtne kazne na način na koji je izvršeno ubistvo nalazimo u Visočajšem rešenju od 1. avgusta 1837. godine, „...i da se pri rešavanju, kako će se kazniti ubistvo, pazi

---

[6] Važno je napomenuti da propisi i presude u kojima postoji simbolizam u kažnjavanju čine neznatnan deo u odnosu na ukupan broj materijalnih izvora krivičnog prava i dostupnih presuda.

[7] Npr. Karađorđev zakonik iz ustaničke Srbije ovu kaznu propisuje za ubistvo, špijunažu, „deteubistvo“, hajdučiju i jatakovanje.

[8] U tom smislu, zanimljiv je propis iz 1820. godine (Uredba o ženidbi) u kome je propisana smrtna kazna za otimanje devojke, ili član 1 Kaznitelnog zakonika za poare i krađe iz 1847. koji propisuje smrtnu kaznu za krađu i razbojništvo. Nesrazmera između učinjenog krivičnog dela i kazne može se objasniti prilikama u Srbiji u prvim godinama - XIX veka, koje su zahtevale učvršćenje vlasti tek stvorenih državnih organa (u slučaju otmice to je sprečavanje nereda širih razmera i sprečavanje osvete), a kasnije, potrebom osiguranja novih društvenih odnosa usled čega je zaštita imovine postala imperativ. Osim - toga, analizom krivičnih dela za koja je pripisana ova kazna, može se zaključiti da kriterijum za propisivanje smrtne kazne nije uvek bio težina krivičnog dela, već i učestalog njegovog vršenja.

[9] „Koji bi se Srbin ufatio i osvedočio da tajno vodi...špiunluk da...rod svoj izdaje, taj da se kaštiguje, da mu se prebiju obe noge na 2 mesta i obe ruke, i tako živ da se digne na kolo, i da se ne skine dok kost traje “, čl. 24 Karađorđevog zakonika, *T. Živanović*, 12. „Ko bi ubio čoveka, da se ubije i na kolo metne“, čl. 1, Krivični zakonik prote Mateje, *ibid*., 8.

uvek na rod ubistva, te da se nad ubicama uvek izvršuje smrtna kazna *na onaj način, na koji su ga i oni izvršili, te da se ubicama ravna smrt diktira*.[10] Izgleda da ovim Rešenjem nije uvedeno novo pravilo, već je postojeća praksa dobila zakonsku snagu (ili je ponovljen nama nepoznat propis). Na takav zaključak upućuju sačuvane presude donete pre 1837. godine. Tako, ćuprijski okružni sud 1. jula 1825. godine donosi presudu: „Po pravilu verhovne naše vlasti, da *svakij onaj koi drugoga bezsudno kakvom smrtiju umori, a onakvom i on umoren da bude*, i da se nikakomu samovoljnomu ubicu život ne oprosti, reši se da i predrečenij ubilci Živko Jovanović i Đorđe Obradović iz pušaka ubijeni, a potom za primer pročima obešeni budu".[11]

Neposredno nakon donošenja Rešenja iz 1837, odobrena je presuda Upravitelnog sovjeta da se jedan šesnaestogodišnji mladić iz šabačkog okruga, koji je ubio devetogodišnje dete tako što ga je najpre sekirom udario u čelo, a potom njome zaklao da bi prikrio trag, „istim načinom umori, t.j. da se udari sekirom u čelo, pa ako ostane živ, da se zakolje sekirom i da mu se telo za ugled metne na točak, gde da ostane, dokle se god ne raspadne".[12] Septembra 1837. Veliki sud donosi presudu kojom se takođe predviđa izvršenje smrtne kazne na način na koji je izvršeno ubistvo: „Veliki Sud kao navaličnoga ubicu osuđuje ga, da se kamenjem ubije, kao što je i on Mladena o kamenje ubio".[13] Iz oktobra iste godine je i presuda Upravitelnog sovjeta: „Neka žena iz okruga užičkog ubila je svoga muža na spavanju, udarajući ga obramicom po glavi. Osuđena je da *na isti način na koji je svoga muža umorila, ubijena bude* i da joj se telo metne na točak, gde da stoji dokle god ne istrune".[14] Zbog nepoštovanja ovog načela, vraćena je nepotvrđena jedna presuda Upravitelnog sovjeta (28. septembra 1837, br. 2387) s primedbom: „obraćamo vnimanije i na to obstojatelstveno, da je potrebno onim istim načinom ubicu ubiti, kojim je on drugog ubio".[15]

Dakle, u navedenim primerima, smrtna kazna se izriče za izvršeno ubistvo, što je uobičajena kazna za to delo u ondašnjoj Srbiji (izuzev ubistva iz nehata ili ubistva na mah kada je sud ne retko oslobađao okrivljenog).[16] Međutim, ono što izdvaja navedene presude jeste direktno uslo-

[10] Istim Rešenjem određeno je da se „nad ženama nikad ne izvršuje smrtna kazna pucanjem iz pušaka", da se oružje nad ženama ne obezdostojava, *ibid.*, 113.

[11] O. Gavrilović, *Ćuprijski okružni sud 1815-1865*, Beograd 1991, 141.

[12] T. Živanović, 434.

[13] Vera Petrić, 81.

[14] T. Živanović, 435.

[15] *Ibid.*, 434.

[16] Npr. presuda br.293 „nehatno ubistvo nije kažnjivo" i br. 302 „ubistvo u jarosti nije kažnjivo", S. Maksimović, *Suđenja u Kneževini Srbiji pre pisanih zakonika – iz arhi-*

vljavanje načina izvršenja smrtne kazne oružjem i postupcima kojima je počinjeno ovo krivično delo.

Različiti načini izvršenja smrtne kazne ukinuti su dve godine pre donošenja Krivičnog zakonika. Rešenjem od 27. avgusta 1858, određeno je da se osuđeni na smrt ubije iz pušaka i odmah ukopa.[17] Na taj način je izbrisana svaka mogućnost da do sličnih presuda uopšte i dođe.

3.1.2. Izvršenje smrtne kazne na mestu izvršenja krivičnog dela

Simbolizam u izvršenju smrtne kazne, pored načina izvršenja, može se ogledati i u mestu na kome se ova kazna izvršava. Tako, u Delovodnom protokolu Karađorđa Petrovića stoji: „Pisato Sovjetu narodnjemu dasmo primili Pisma i presuždenija velikoga suda da se smertnom kaštigom kaštiguje starac Gligorije i sinovi njegovi štosu svojevolno u Bili urednika narodnjega marka i oni ono po presuždeniu primaju *naonom mestu di su ga u Bili*."[18]

Simbolizam se prepoznaje i u propisu od 10. avgusta 1820. godine, jednom u nizu pokušaja da se stane na put hajdučiji: „Jatak, koji bi hajduka dočekao i ugostio kod svoje kuće ili ma gde, biće obešen pred svojom kućom, gde će ostati dok sam truo ne padne. Ko bi se usudio da ga skine, biće na njegovo mesto obešen."[19] Dakle, za mesto izvršenja smrtne kazne predviđena je kuća u kojoj je skrivanjem hajduka jatak izvršio krivično delo.

Po svedočenju Joakima Vujića iz vremena prve vlade Miloša Obrenovića, veza između mesta izvršenja smrtne kazne i mesta izvršenja krivičnog dela bila je pravilo: „Tako velim, ako je smert, to onda zlodej svezan odvede se u onu istu nahiju i kneževinu, gdi je zlodejanije učinio…."[20] Međutim, s obzirom na prirodu ocena Miloševe vladavine iznetih u delu Putašestvije po Serbiji, bilo bi rizično prihvatati njegova viđenja bez rezerve.

---

ve požarevačkog magistrata, Požarevac 1898; Da se počinilac ubistva u nehatu „od svake kazne slobodan iz apsa pusti", br. 291; presuda br. 273 „s pedeset štapa kazni odma kući odpusti, da mu kuća ne propada", O. Gavrlilović, *Valjevski okružni sud 1815-1865*, Beograd 1973.

[17] T. Živanović, 328.

[18] *Delovodni protokol Karađorđa Petrovića 1812-1813*, Kragujevac 1988, 60. I pored očiglednih pravopisnih grešaka, presude iz Delovodnog protokola su navođene u originalu, s ciljem da i sam jezik posvedoči o vremenu u kome su zapisane (kurziv M.T.).

[19] T. Živanović, 52.

[20] J. Vujić, *Putašestvije po Serbiji,* Gornji Milanovac 1999, 217.

3.2. Simbolizam u izvršenju drugih kazni

Iako je najčešće vezan za izvršenje smrtne kazne, simbolizam je vezan i za druge vrste kažnjavanja. Zanimljiv pokušaj potpunog saobražavanja kazne učinjenom delu predstavlja član 31 Karađorđevog zakonika, po kome kazna u potpunosti zavisi od izvršenog dela: „Ko bi se usudio veštice tražiti i ubijati žene mučiti kako što su bivale ovakove budalaštine ili u vodu baciti, ko bi ovo učinio ovaku ludost za koju se Srbima belji svet smeje, za ovakvu budalaštinu odsuđujemo mu: *ono što bi on učinio bilo više rečenim vešticama, njemu da se učini*".[21]

Iz vremena ustaničke Srbije sačuvana je i sledeća presuda: „Pisato Sovjetu i poslato pismo Kneza aksentijevo Koje piše daje neki u dudovci dete od 10: Godina Silovao Kakomu Zapravo nađu i presude da odpišu Knezu aksentiju daga Kaštiguju *na onom mestu, deje Zlo u Činio* oni narod da vidi".[22] Sličnom formulacijom izriče se sankcija i određuje mesto izvršenja i u sledećem slučaju: „Pisato gospodaru vujici vujićeviću za Bogdana iz Krnjeva Kojije harao i rabijao stasine daga namuke udari dok Sve iz Kaže štaje zla počinio i kojije jošte šnjime...i Sovjet kakomu presudi Kaštigu opet daga vrati Natrag *na onom mestu dase Kaštiguje, de Koje Zlo učinio*".[23]

Nekoliko decenija kasnije, 1844. godine, sud u Požarevcu dosudio je telesne kazne zbog otkopavanja grobova, i odredio njihovo izvršenje na mestu učinjenog krivičnog dela. U presudi stoji da je sud rešio „u državnom današnjem zasedanju svom, da se oni za navedeno učinjeno bogomrsko delo, i to prvi Spasoje kao muž umrle žene s 40 a Dema s 25 udaraca štapova, a Kalina i Stojana s 25 kamdžija *na istom mjestu, groblju, gdi su pomenutu ženu otkopavali* posredstvom sreskog načelnika na ugled njima, podobnim bezzakonicima i sujevernicima kaznu, i po tom slobodni kućama svojim odpustu."[24]

3.3. Simbolični talion

Nalaženje simboličnog taliona[25], koji u sebi nosi eho više od tri hiljade godina starih civilizacija, u presudama srpskog suda 20-tih godina

---

[21] Vid. Z. Mirković, *Karađorđev zakonik (krivično, porodično i državno pravo ustaničke Srbije)*, Beograd 2008, 132.

[22] *Delovodni protokol Karađorđa Petrovića*, tačka 632, 39.

[23] *Ibid.,* tačka 658, 41.

[24] S. Maksimović, 174.

[25] Objašnjenje simboličnog taliona zahteva, najpre, definisanje samog taliona (*lex talionis*). Jedna od definicija ovog, široko poznatog principa kažnjavanja je: *Talion is the principle or law of retaliation that a punishment inflicted should correspond in degree and kind to the offense of the wrongdoer, as an eye for an eye, a tooth for a tooth; retributive justice.*

XIX veka budi naročito interesovanje. Ovde simbolizam u kažnjavanju u potpunosti dolazi do izražaja.

Simbolični talion postoji u slučajevima kada kazna pogađa onaj deo tela krivca kojim je na neki način izvršeno krivično delo, npr. odsecanje ruke za krađu ili kovanje lažnog novca, odsecanje jezika za lažno svedočenje itd. U stranoj literaturi ova vrsta kazni označava se pojmom *mirror punishment* (*spiegelstrafen*).[26] Činjenica da je ovaj princip poznavalo i vizantijsko pravo, i veza vizantijskog i srednjovekovnog srpskog prava, navodi najpre na pomisao da možda upravo tu treba tražiti razloge njegovog pojavljivanja u Srbiji u XIX veku. Procenjivanje opravdanosti takvih zaključaka biće predmet završnih razmatranja.

Presude u kojima se simbolični talion pojavljuje izrečene su učesnicima Čarapićeve bune 1826. godine. Reč je o kaznama sakaćenjem, a izbor delova tela nad kojima će se izvršiti u sebi sadrži simbolizam. Kazne sakaćenja u Srbiji bile su retkost, iako su telesne kazne do ukidanja 1875, a naročito u prvoj polovini XIX veka, najčešće izricane.[27] Učestale bune protiv vlasti Miloša Obrenovića i postojećeg sistema moguće su objašnjenje za izricanje ovih, naročito surovih, kazni.[28] Tako nešto nije iznenađujuće, budući da su izvršioci krivičnih dela protiv državnog poretka u svim vremenima i svim sistemima bili najstrože kažnjavani. Izreke ovih presuda ne ostavljaju mesta dilemi u pogledu motiva sudija kojima su se rukovodili prilikom izbora ovih kazni:

– Presuda br. 361. „PRESUĐUJEM - da se višepomenutom zloumišljeniku Mijajlu Berisavljeviću, kao svakom sozakljatniku, s otrovnom čašću jezika njegova i obe ruke odseku, *kao orudija besede i pisanja, kojima je otrov prosipao* i razdavoa k budućem prepjatstviju zloumlja njegova."

---

http://dictionary.reference.com/browse/lex+talionis (29.10.2010). Pojednostavljeno, moglo bi se reći da je talion princip po kome svako treba da pati na način i u meri u kojoj je učinio da drugi pate.

[26] Na ovom mestu treba postaviti pitanje odnosa taliona i simboličnog taliona. Kod taliona je princip „isto za isto" apsolutno dominantan, akcenat je na kažnjavanju koje mora biti izvršeno u istoj meri (ali ne većoj!) i na isti način; postoji direktna odmazda. Kod simboličnog taliona srazmere, međutim, nema. Primer odsecanja ruke za krađu to očigledno pokazuje. Na osnovu navedenog moglo bi se zaključiti i da generalna prevencija, kao svrha kažnjavanja, u slučaju simboličnog taliona ima primat, dok je kod taliona odmazda izrazito u prvom planu.

[27] Najčešći oblici telesne kazne u Srbiji bili su: šiba, batine štapovima za odrasle muškarce, kamdžijama za odrasle žene i rogozom za nedorasle. Više o telesnim kaznama Vid. M. Grubač, *Telesna kazna u Srbiji od 1804-1873,* Beograd 2004.

[28] Tako je 1817. godine izbila buna Sime Markovića i Pavla Cukića u šest nahija, 1821. buna Marka Todorovića Abdule i Stevana Dobrnjca u Požarevačkoj nahiji, 1825. Miloja Petrovića Đaka u Smederevskoj i drugim nahijama. LJ. Krkljuš, *Pravna istorija srpskog naroda,* Novi Sad 2002, 212.

– Presuda br. 364. „Smatrajući mi njegovo jedinomislenije, skonenije i vernost k sozakljatiju, ne da bi se od ovoga užasavao, nego još i svojeručno proklamacije pisati i zlu besedu razsejavati pomagao je. Toga radi – PRESUĐUJEMO – da se rečenom Petru Radosavčiću, sozakljatniku, s častiju jezika njegova i desna ruka odseče, *aki orudija zlorečija i pisanija da mu se prekratu*, a potom u svet da se odpusti."

– Presuda br. 365. „Rečeni Đorđe obstojatelno izvešten budući o zlokovarnomu sozakljatiju, ne samo što se nije otvažio takovo uskoriti, vlasti objaviti, nego još i pagubnom namereniju ih revnostno poborstvujući pomagao je proklamacije pisati. Zato u smotreniju ovom – PRESUĐUJEMO – da se Đorđu Paunkoviću s častiju otrovnog jezika njegova i desna ruka odseče, a potom da se po zasluzi nakazan u svet odpusti."[29]

Iz ovih presuda jasno se vidi simbolična veza između kazne odsecanja jezika i ruku i krivičnog dela koje je učinjeno govorom i pisanjem. U ovim presudama i svim zabeleženim slučajevima simboličnog taliona, bilo da je reč o zbornicima klinopisnog prava, vizantijskih zakona ili srpskog srednjovekovnog prava, postoji poseban odnos krivičnog dela i kazne; kazna u ovim slučajevima predstavlja jasan odraz krivičnog dela. [30]

4. Pravni i društveni okvir pojave simbolizma u kažnjavanju u Srbiji

Simbolizam u kažnjavanju najbolje može biti objašnjen rekonstruisanjem okvira u kome je našao plodno tlo za ispoljavanje. Taj okvir čine krivično pravo (stepen razvitka u rečenom periodu i njegove osnovne karakteristike) i pravosuđe (izgradnja i faktičko stanje). U široj slici stvorenoj na taj način, trebalo bi preciznije odrediti smisao, poreklo i značaj ove retke i u XIX veku neobične pojave, kakva je simbolizam u kažnjavanju.

4.1. Krivično pravo u Srbiji u prvoj polovini XIX veka

U perodu razvtka Srbije koji posmatramo, od 1804. do 1850. godine, krivičnopravne norme rasute su po različitim izvorima. Akti koji se donose često nemaju za prevashodni cilj inkriminaciju određenih ponašanja, nesistematizovani su i nose različite nazive (nastavlenija, ustrojstva, uredbe, ukazi, naredbe, rešenja, zakoni). U periodu Miloševe vladavine, nedostatak pisanih zakona i njegova „nastavlenija" donošena

[29] B. Peruničić, *Beogradski sud 1819-1839*, Beograd 1964, 240-243.

[30] Na primer, čl. 192, 195. i 218. Hamurabijevog zakonika; čl. 2, 11, 13, 14, 15, 16 i 18. Ekloge. D. Nikolić, A. Đorđević, *Zakonski izvori starog i srednjeg veka,* Niš 2002. O ovim kaznama u srpskom srednjovekovnom pravu Vid. M. Grubač, 23-28.

prema konkretnim potrebama bila su „nedovoljna da obuhvate i regulišu, da sabiju u okvire obaveznih normi brojne i raznovrsne delikte i sporove nastale u svakodnevnom životu tadašnje društvene zajednice.“[31] Zbog nedostatka pisanih normi sudije često sude po pravdi i pravičnosti. Da takav nedostatak postoji u čitavom periodu svedoči i Uredba iz 1852. kojom se određuje da „sudije u onim slučaevima, za koje propisani zakon il' Uredba kaznitelni nema, po zdravom razumu i sovjesti svojoj krivce osuđuju“[32].

Pravne norme koje se odnose na opšte institute krivičnog prava su retke, iako ih je vremenom sve više. Postepeno dolazi do raskida sa vekovnom praksom kolektivne odgovornosti,[33] ali će njeni tragovi biti prisutni još neko vreme.[34] Sem toga, krivična odogovornost se, u ovom periodu, još uvek delimično zasniva na privatnopravnom shvatanju krivičnopravnog odnosa. Iz sudskih predmeta može se videti da su optuženi, pa čak i osuđeni, oslobađani krivične odgovornosti ako bi im oštećena strana (u slučaju ubistva – porodica ubijenog) oprostila krivično delo.[35] Propise koji na opšti način regulišu olakšavajuće i otežavajuće okolnosti nalazimo u Policijskoj uredbi iz 1850. godine u čl. 38, mada su sudovi i u periodu koji je prethodio imali u vidu ove institute, ceneći ih po slobodnom sudijskom uverenju.[36] Kao jedna od olakšavajućih okolnosti i razlog za ublažavanje ili zamenu kazne, maloletstvo se normativno reguliše od 1847. godine.[37] Uračunljivost se ne definiše na opšti način, iako se iz sudskih presuda može videti da se o tome vodilo računa prilikom određivanja ka-

[31] V. Petrić, 76.

[32] Slična rešenja predviđaju i raniji propisi. Pravilnik Narodnog suda od 9. decembar 1828. propisuje: Ispiti i sudovi dok se zakoni ne ispišu da se čine po „blagosmotreniju“ članova N. Suda i po uredbama do sad izdanim. T. Živanović, 69-70; Pravila radi postupanja sudija i sudova za pravac služeća od 22. februar 1844. u čl. 2 određuje da u slučajevima gde ne bi bilo ni jednog ni drugog, „treba da se drže postojeći i nabljudavani običaja i da slušaju glas sovesti i zdravog razuma“. *Ibid.,* 175.

[33] Čl. 28 Ustava iz 1838. predviđa da deca i srodnici krivca ne mogu odgovarati za krivice svojih i srodnika, ni biti kažnjeni. Dve godine kasnije to će biti ponovljeno u čl. 20 Ustrojstva sudova iz 1840, koji predviđa da „djeca i srodnici krivaca neće odgovarati za krivicu svojih roditelja i srodnika, niti će se kazniti moći za nji“.

[34] Rešenje o istrebljenju hajduka i njihovih jataka u Užičkom Okružiju iz 1850. u čl. 8 predviđa proterivanje porodica hajduka i jataka u unutrašnjost Srbije.

[35] Vid. oslobađajuću presudu br.127 (oslobođen zbog ubistva usled oproštaja familije ubijenog), S. Maksimović, 207; V. Petrić, 90-91; S. Pihler, Osnovne crte u razvoju krivičnog prava Srbije od 1815. do kodifikacije iz 1860, 154.

[36] S. Pihler, Osnovne crte u razvoju krivičnog prava Srbije od 1815. do kodifikacije iz 1860, 157.

[37] Dopunitelna pravila o telesnim kaznama za ženske i maloletna lica, T. Živanović, 203; Rešenje o dopuni Zakona o hajducima, *ibid.,* 271.

zne. Vinost se takođe ne definiše, ali se iz propisa, a posebno iz sudskih presuda, može videti da se pravi razlika između umišljajnog, nehatnog i ubistva na mah.[38] Zanimljivo je da se nehatno ubistvo ponekad nije kažnjavalo, kao ni ubistvo na mah („ubistvo u jarosti nije kažnjivo“).[39]

Usled nedostatka zakona, pravni propisi su nastajali i zbog potrebe sudova za jasno definisanim opštim istitutima. Tako je, na primer, Ukazom o pokušanom zločinstvu, izdatim „soglasno sa predloženjem i mnjenijem Sovjeta“ na pitanje „popečiteljstva pravosudija“, određeno da će se pokušaj kazniti kao svršeno delo ako do izvršenja nije došlo zbog okolnosti koje su nezavisne od učinioca, s tim što je ostavljena mogućnost da sud dosudi blažu kaznu za pokušaj, ukoliko je to moguće s obzirom na svojstvo kazne.[40]

Od početka XIX veka, od kada možemo pratiti autonomni razvitak krivičnog prava Srbije, do Krivičnog zakonika iz 1860. godine, vrste kazni koje su izricane uglavnom ostaju iste. Primetna razlika, međutim, vidljiva je u oblicima pojedinih kazni kao i u načinu izvršenja. Osnovne karakteristike kaznenog sistema, naročito na početku perioda su: strogost i surovost kazni, odmazda i zastrašivanje u cilju specijalne i generalne prevecije, dominacija telesnih kazni i kombinovanje kazni. Kazne su bile ili apsolutno određene, kako u pogledu vrste tako i pogledu mere („da se strelja“, „da se strelja i potom obesi“, „da se stavi u aps pet nedelja“, „da trči šibu mrtvu kroz 300 momaka“), ili apsolutno neodređene („da se kazni“, „kaštigovaće se“), ili pak relativno neodređene kazne, određene prema vrsti, a neodređene po meri („taj ženik, kum i stari svat šibu da trče, a drugi štapovima da se kažnjavaju“).

Imajući sve rečeno u vidu, može se zaključiti da se u ovom periodu radi o jednom primitivnom krivičnom pravu koje se stihijski razvijalo, bez jasnog pravca, utvrđenih ciljeva i bez minimalne teorijske utemeljenosti.[41] Otuda ne iznenađuje što u njemu pronalazimo tragove primitivnog prava, u vidu simbolizma u kažnjavanju.

---

[38] Već su u Karađorđevom zakoniku propisane različite kazne za umišljajno i nehatno ubistvo (npr. u članovima 17 i 18).

[39] Vid. fn. 16.

[40] T. Živnović, 302. Primere kažnjavanja pokušaja kod pojedinih krivičnih dela moguće je naći mnogo ranije. Tako se u Karađorđevom zakoniku u čl. 20 govori o pokušaju ubistva, s tim što postoji izjednačavanje u kažnjavanju pokušaja i nehatnog ubistva („taj kaštigu ubice, koji je nehotice ubio, da trpi“). Više o institutima krivičnog prava u Srbiji od 1804-1813, D. Papazoglu, 165-168.

[41] „Krivično pravo Srbije pedesetih godina je, posmatrano u lokalnim okvirima, značajan činilac njenog izgrađivanja kao pravne države; objektivno, to je veliki napredak u odnosu na prethodne decenije državnopravnog života obeležene pored ostalog i izraže-

4.2. Razvitak pravosuđa u Srbiji u prvoj polovini XIX veka

Razvitak pravosuđa u Srbiji odvijao se postepeno. Razdoblje koje je predmet posmatranja, prva polovina XIX veka, može se uslovno podeliti na tri peroda: period ustaničke Srbije, period od 1815. do 1838. godine i treći, od 1838. nadalje. Svaki od njih ima određene osobenosti, ipak, i pojedine zajedničke karakteristike.

Potreba za organizovanim vršenjem sudske vlasti dovela je već 1804. godine, na Ostružničkoj skupštini, do inicijative da se izaberu sudije. Dalji korak u uspostavljanju sudske organizacije bilo je osnivanje Praviteljstvujuščeg sovjeta, koji je, iako zamišljen kao vrhovni organ vlasti, u prvom redu nastupao kao sud. Pored nižih seoskih i knežinskih sudova koji su već postojali, Sovjet je odmah po svome osnivanju počeo da radi na ustrojenju nahijskih sudova. U tom cilju odaslat je raspis da se u svakoj nahiji sazove skupština, sastavljena od vojnih poglavara, popova, kaluđera, buljubaša i od svakog sela da izabere „po tri najrazumnija i najbogobojažljivija" čoveka, „koji su u narodu kao pravdoljupci poznati" i da ih zakune, da u magistratu sede „i svakome bez razlike bezpristrasno i bezlicemjerno po sadašnjem običaju za sad, i po čistoj svojoj sovjesti" sude.[42] Narednih godina je nastavljeno sa naporima da se organizuje mreža sudova. O tome svedoče nešto potpuniji propisi, kao što je Uredždenie Sovjeta narodna za sud varoši Valjevske i toja nahiji.[43] Reorzanizacija vlasti u najvišim organima 1811. godine, unela je delimične promene u strukturu sudova. Dalje se ne pominju nahijski sudovi, već se za iste utvrđuje naziv „magistrat", a od nižih sudova pominju se samo seoski. Knežinski sudovi, koji su u ranijem periodu ponegde postojali pored seoskih, izgleda da su prestali sa radom usled ukidanja knežinske autonomije.[44]

Za dobijanje prave slike o pravosuđu u državi Prvog srpskog ustanka ipak nije dovoljno pogledati samo pravne propise koji su sačuvani. Treba imati na umu da se sukob oligarhijske i centralističke tendencije u vršenju vlasti prelamao i kroz organizaciju sudova, i da je zakonitost koja se tek nazirala morala ustuknuti pred faktičkim držaocima vlasti, moćni-

---

nom pravnom nesigurnošću. Posmatrano pak, u širim relacijama svoga doba, ono je tek jedva vidljiva senka krivičnoga prava kakvo su već imale evropske države; i sa suštinske, i sa pravno-tehničke strane, od njega je daleko tačno onoliko koliko su različiti društveni, ekonomski i politički uslovi u kojima je – i kao rezultat kojih je – nastajalo." D. Nikolić, „Izvori i priroda krivičnog prava Kneževine Srbije u vreme pripreme Krivičnog zakona", *Arhiv za pravne i društvene nauke* 4/1974, 658-659.

[42] D. Papazoglu, 23.

[43] Vid. T. Živanović, 14.

[44] D. Papazoglu, 26.

cima koji su autoritet crpli iz svog (često vojničkog) ugleda, a ne iz odluka novostvorenih organa. Da se to poklapalo i sa rezonovanjem naroda primećuje L. A. Batalaka: „Istina da su se ovom prilikom sudije na neki način poispostavljanje, ali narod, ili bolje reći ljudi, koji su imali jedan na drugoga što tužiti se, držali su: da su *starešine vlasnije od sudija, pa su zato opet starešinama na tužbu odlazili*".[45]

Politička uloga koja je bila namenjena Praviteljstvujuščem sovjetu u državi Prvog srpskog ustanka, njegov sastav i nadležnosti, u mnogome podsećaju na Narodnu kancelariju formiranu na osnovu sporazuma Miloša Obrenovića i Marašli Ali-paše 1815. godine. Kako navodi S. Jovanović, sudska i policijska vlast bile su formalno i posle 1815. u turskim rukama. U svakoj nahiji boravio je jedan muselim kao predstavnik policijske vlasti, i jedan kadija kao predstavnik sudske vlasti. Ali kad se sudilo Srbinu, prisustvovao je i srpski knez.[46] Osnivanje prvih nahijskih sudova počinje u Srbiji 1821. godine, a potpuno se uspostavlja do 1827. Do tog vremena, pored Narodne kancelarije u Beogradu (od 1820. i u Kragujevcu) i kneza Miloša, sudsku vlast vršili su uglavnom nahijski knezovi. Knežinski knezovi i seoski kmetovi mogli su da raspravljaju samo manje građanske sporove i neke prekršaje, nikako delikte. Knez Miloš je i dalje – posle osnivanja nahijskih sudova i Narodnog suda kao drugostepenog – ostao najviša sudska vlast, sudeći kao i dotad u svim vrstama sporova i u svim stepenima. Takođe, isključivo njemu pripadalo je pravo izricanja smrtne presude, pomilovanja i amnestije.[47]

Uspostavljanje čvršće sudske organizacije zahtevalo je i precizniju regulativu u pogledu nadležnosti i postupka. Narodni sud, osnovan 1821. godine uz odobrenje Kneza, izdaje Nastavlenija magistratima 6. jula 1825. (dopunjena su naredne godine). Ona će biti zamenjena Ediktom kneza Miloša, 1828. godine.[48] Sačuvani su i Poslovnik Narodnog suda iz 1828. godine, Uputstvo svim knezovima nahijskim iz 1829, kao i jedan akt iz 1833. naslovljen sa Dužnost članova nahijskih sudova.[49]

---

[45] L. Arsenijević – Batalaka, *Istorija srpskog ustanka* I, Beograd 1988, 140.

[46] S. Jovanović, *Iz istorije i književnosti*, Beograd 1991, 69.

[47] V. Petrić, „Razvitak pravosuđa u Srbiji u periodu 1815-1839. godine", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1/1966, 89.

[48] Na osnovu članova 2 i 5 ovog Edikta, može se zaključiti da je najpre sudio seoski kmet, zatim knez knežine ili sreza, magistrat i u poslednjoj instanci, Narodni sud. Vid. T. Živanović, 67.

[49] I pored očiglenog napretka u organizaciji pravosuđa, trebalo je da prođe još dosta vremena dok Srbija ne dobije profesionalan sudski aparat. O stvarnom stanju u sudovima slikovito govori Poslovnik Narodnog suda iz 1828. godine, otkivajući svojim zabranama

Promenu donosi Sretenjski ustav koji je, iako ukinut ubrzo nakon donošenja, ostavio traga u organizaciji sudova utoliko što je zadržan naziv okružni sud, a umesto termina knežina, uveden naziv srez. Terminološku zabunu upotpuniće i ispravničestva, organi okruga koji vrše upravnu i sudsku vlast, a koji imaju i vojna ovlašćenja.[50] Ispravničestva će Ukazom od 27. septembra 1837. godine biti ponovo nazvana magistratima. Ovim Ukazom o osnivanju Velikog Suda, jasno je predviđeno višestepeno suđenje (u krivičnom postupku instance su: magistrat, Veliki sud, Sovjet, Knjaz).

Poseban impuls izgrađivanju sudske organizacije dao je Hatišerif iz 1838, koji predviđa tri vrste sudova: primiritelni, okružni i Apelacioni. Ubrzo će biti doneta i detaljnija regulativa - Privremeno ustrojenije i krug delatnosti primiritelnih sudova iz 1839, Ustrojenije sudova okružni i Ustrojenije Velikoga ili Apelacionog suda iz 1840. godine. Uspostavljanjem Vrhovnog suda 1846. godine, koji je preuzeo nadležnosti Apelacionog suda, sudska organizacija je, u posmatranom perodu, dobila konačan oblik.

5. Zaključak

Nakon pregleda krivičnih propisa i presuda u kojima se pojavljuje, moglo bi se zaključiti da je simbolizam u kažnjavanju ono kažnjavanje kod koga se naglašenost veze između krivičnog dela i kazne ogleda u izvesnom oponašanju krivičnog dela načinom ili mestom izvršenja kazne, ili „kažnjavanjem“ delova tela koja su na određen način učestvovala u izvršenju krivičnog dela. Razmatranje krivičnog prava i pravosuđa kao okvira u kome je do takvog načina kažnjavanja dolazilo, neophodno je za njegovo razumevanje.

Stvorena mreža sudova na prvi pogled može podsetiti na višestepeno savremeno sudstvo, ali tu prestaje svaka sličnost. Njena krhka i promenljiva struktura nije garantovala pravilno funkcionisanje. Osim toga, izgrađivanje državnog aparata, uključujući i sudstvo, često je trpelo zbog

---

svakodnevne probleme novostvorenih državnih organa: „Ispiti i sudovi dok se zakoni ne ispišu da se čine po „blagorasmotreniju“ članova N. Suda i po uredbama do sad izdanim, i to u kancelariji a ne po polju ili na „divanini“ ili u odžakliji ili u sobama, u kojima članovi sudski obitavaju...I knezovi i pisari Narodnog Suda „da se čuvaju od stranstvovanja po malama kao skitnice i noćnici“. Ženska lica u konak sudski da ne dovode. Da se ne šale i namiguju ili pozivaju na „bludodejanije“ žene, koje bi Narodnom Sudu radi svoje nevolje i na tužbi ili radi kazne dolazile...“, *ibid*., 70.

[50] Vid. Uredbu o „dužnostima vojeni komandanta, ispravničestva, srezski starješina“ od 11. novembra 1836, *ibid.*, 106-109. O sudstvu u Srbiji Miloša Obrenovića vidi i N. Ranđelović, *Istorija prava II – osnovi srpske istorije prava,* Niš 2008, 78-79.

sukoba različitih tendencija u vršenju vlasti. Važan činilac u funkcionisanju sudova je i njihov sastav. Tokom čitave prve polovine XIX veka, sudije su bile bez pravničkog (često i bilo kakvog) obrazovanja, birane po ugledu i uticaju u lokalnoj zajednici.[51] Oskudnost propisa krivičnog prava imala je za posledicu suđenje po „pravdi i pravičnosti", a za pravično se smatralo i načelo tzv. recipročne odmazde, na kome je počivao i kazneni simbolizam.[52]

Da li je moguće odgovoriti na pitanje s početka ovoga rada o poreklu kaznenog simbolizma u srpskom pravu?

Iako „pozajmljivanje prava" najčešće vrši zakonodavac, do pravnih transplanata dolazi i na drugi način.[53] Otvorenost za preuzimanje inostranih rešenja vidi se rano, već u postupcima ustničkih vlasti za koje je smisao recepcije stranog prava bio vezan za pomoć konkretne države, dok će se u punoj meri pokazati nekoliko decenija kasnije, prilikom izrade kodifikacije građanskog i krivičnog prava. Dakle, transplanti se čine mogućim objašnjenjem porekla slučajeva kaznenog simbolizma, naročito simboličnog taliona koji jasno odudara od uobičajenog načina kažnjavanja. Međutim, malobrojnost tih presuda i činjenica da je u ovom slučaju preuzimanje prava moralo biti izvršeno od strane samih sudija, ne čini verovatnim traženje rešenja u stranim pravima.

Zavodljiva misao o kontinuitetu srpskog srednjovekovnog prava mogla bi poslužiti kao objašnjenje pojedinih oblika kaznenog simboli-

---

[51] Podaci s kraja peroda o kome se u ovom radu govori to neosporno potvrđuju. „U 1844. godini od 17 predsednika okružnih sudova trojica su nepismeni, trojica toliko pismeni da se mogu potpisati, trojica su učili još nešto preko osnovne škole, samo jedan je pravnik. Među članovima suda 21 je nepismen, slabo pismeni su 14, onih koji su učili nešto više od osnovne štkole 15, pravnik samo jedan." Čak je i 1874. godine u službi ostalo još tri predsednika suda nepravnika. T. Vasiljević, *Đorđe Cenić: Razvoj krivično-pravne misli u Srbiji XIX veka*, Beograd 1987, 30.

[52] Uloga običaja kao izvora sudske prakse je nedovoljno osvetljena. U literaturi je postojalo gotovo jedinstveno stanovište da je ta uloga bila znatna (naročito u ustaničkoj Srbiji, pri čemu se autori bez izuzetka oslanjaju na izvod iz Rodofinikinove prepiske, Vid. L. A. Batalaka, 480). Međutim, snažni argumenti u prilog suprotnom stanovišu nameću potrebu za preispitivanjem takvih stavova. Vid. T. Vasiljević, 98-99. Ocena uticaja turskih običaja na odluke srpskih sudova zahteva zasebno istraživanje. Ipak, budući da je najveći broj presuda u kojima se simbolizam u kažnjavanju pojavljuje iz dvadesetih i tridesetih godina XIX veka (vreme izgrađivanja faktičke i dobijanja formalne samouprave), ne čini se verovatnim da simbolizam u kažnjavanju koji se pojavljuje u njima ima poreklo u turskim običajima.

[53] Postojanje kazne šibe u Srbiji od vremena ustaničke Srbije do 1858. kada je ukinuta to potvrđuje. O poreklu šibe u Srbiji Vid. Z. Mirković, 37; M. Grubač, 33; Upor. I. Janković, *Smrt u prisustvu vlasti, Smrtna kazna u Jugoslaviji i svetu*, Beograd 1985, 124. Više o pravnim transplantima Vid. A. Votson.

zma. Međutim, iako u zakonskim tekstovima srednjeg veka postoji mnoštvo odredbi u kojima se prepoznaje ovakav način kažnjavanja, ne postoje indicije o korišćenju tih tekstova prilikom suđenja (imajući u vidu nivo pismenosti u Srbiji prve polovine XIX veka, čak i njihova dostupnost im ne bi bila od koristi).[54]

Okviri u kojima je izrastala srpska država u prvoj polovini XIX veka bili su: nerazvijeno društvo, postepeno prerastanje vazalnog statusa i snažni unutrašnji sukobi pretendenata na vlast. U takvim okvirima, nedostatak materijalnih izvora krivičnog prava i nerazvijeno sudstvo stvorili su mogućnost da se *primitivni smisao za pravdu* nađe u sudskim presudama i pojedinim krivičnim propisima. Nesvakidašnji za vreme u kome se javlja, kazneni simbolizam ipak predstavlja njegov proizvod.

[54] Jedini jasan trag o korišćenju srednjovekovnih zakona je onaj koji je ostavio Prota Matija Nenadović u svojim memoarima. Čak i da je podatak o korišćenju Krmčije verodostajan, nepoznato je da je njegov nacrt zakona bio primenjivan, a naročito da li je sličnih slučajeva bilo i kasnije. Vid. M. Nenadović, *Meomoari*, Beograd 2005.

Miljana Todorović, Assistant
Faculty of Law Niš

Penal Symbolism in Serbia in the First Half of the 19th Century

Abstract

The author explores a scarce and unusual phenomenon for the 19th century Serbia, of the emphasized nexus between crime and penalty. The author marks that special, symbolical relation of penalty, on the one hand, and sanction on the other, as "penal symbolism". This term refers to penalization which reflects the ties between crime and punishment by copying crime in terms of modus or place of execution, or by "punishing" those body parts which partook in committing a crime. The author classifies the examples of preserved judgments and legislations containing penal symbolism to those referring to modus or place of execution of death penalty, those which are examples of penal symbolism related to other sanctions, and those which are examples of the symbolic talion.

The author raises the questions of the origin of this phenomenon, as well as of its justification, and aims at providing answers by reconstructing legal and social framework of Serbia in the first half of the 19th century. With this objective in mind, she discusses the development of Criminal Law and its basic features, as well as the development of judiciary, the systematic institutionalization of the network of criminal courts, and, especially, the composition thereof. In the conclusion, the author rejects the possibility that penal symbolism is a product of legal transplantation or that of the continuity of Serbian medieval law. She asserts that the scarcity of material criminal law sources led to judging by "justice and fairness", and that those facts created conditions for the primitive sense of justice to find its way into judgments and legislations as penal symbolism.

Key words: penal symbolism, Serbia in the first half of the 19th century, criminal law, judiciary

Pregledni članak 502/504:341.45

Milana Pisarić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SUZBIJANJE PREKOGRANIČNOG EKOLOŠKOG KRIMINALITETA[1]

Sažetak: *Ekološki kriminalitet predstavlja ozbiljan međunarodni problem, koji se manifestuje u raznovrsnim oblicima, a koji nisu ograničeni na zagađenje vazduha, vode i zemljišta niti na istrebljenje biljnih i životinjskih vrsta do istrebljenja, već se odnose i na radnje koje ubrzavaju klimatske promene, drastično smanjenje zaliha ribe, pustošenje šuma i slično - uopšte na uništavanje prirodnih resursa. Navedene i slične radnje su transnacionalnog karaktera, s obzirom da mogu imati štetan uticaj na prirodne resurse, privredu i bezbednost više država, a u nekim slučajevima njihovi efekti su planetarnih dimenzija. Osim toga, u vezi sa krijumčarenjem određenih biljnih i životinjskih vrsta i pojedinim oblicima masovnog zagađenja u značajnom procentu uočeno je delovanje prekograničnih organizovanih kriminalnih mreža. Ovu činjenicu potvrđuju podaci o detaljnom planiranju realizacije aktivnosti, značajnoj finansijskoj podršci, pažljivom upravljanju međunarodnim pošiljkama i o velikom profitu. Ipak, transnacionalni ekološki kriminalitet nije bio među prioritetima međunarodnih i nacionalnih institucija sve do nedavno, s obzirom da je prepoznavanje razmera ovog oblika kriminaliteta i neophodnosti međunarodne saradnje od strane nadležnih organa skorijeg datuma.*

Ključne reči: *ekološki kriminalitet, međunarodna saradnja.*

---

[1] Rad je rezultat istraživanja ostvarenih na Projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ (br.179079), a sredstva za njegovo ostvarivanje su obezbeđena od strane Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije.

1. Uvod

Ekološki kriminalitet predstavlja ozbiljan međunarodni problem, koji se manifestuje u raznovrsnim oblicima, koji nisu ograničeni na zagađenje vazduha, vode i zemljišta niti na istrebljenje biljnih i životinjskih vrsta, već se odnose i na radnje koje ubrzavaju klimatske promene, drastično smanjenje zaliha ribe, pustošenje šuma i slično - uopšte na uništavanje prirodnih resursa. Oblici ekološkog kriminaliteta mogu se uslovno podeliti u dve kategorije:

1. trgovina prirodnim resursima, koja obuhvata trgovinu ugroženim vrstama, nezakonitu seču šuma i nezakonitu eksploataciju i trgovinu mineralnim resursima; i

2. trgovina opasnim materijama, koja obuhvata ilegalnu trgovinu supstanci koje oštećuju ozonski omotač i odlaganje i trgovinu otpadom[2].

Određeni oblici ekološkog kriminaliteta, kao što je krivolov divljih životinja, mogu ugroziti postojanje čitavih vrsta i lišiti lokalne zajednice vrednog resursa za turizam i privredu uopšte. Efekti pojedinih ekoloških krivičnih dela su globalne prirode, kao na primer, oštećenje ozonskog omotača ili bacanje opasnog otpada koji mogu uticati na široko geografsko područje ili zagaditi čitave vodene sisteme. Pored toga što efekti ekološkog kriminaliteta mogu biti prekogranični, kao u slučaju zagađenja vazduha i vode, faze u izvršenju krivičnih dela mogu biti transnacionalne po rasprostaranjenosti pojedinačnih akcija, kao kod trgovine opasnim otpadom iz industrijalizovanih zemalja u zemlje u razvoju.

Dakle, transnacionalni karaketer ekološkog kriminaliteta potiče ili od činjenice da su efekti kriminaliteta prekogranične prirode ili da postoji kretanje ilegalne robe preko nacionalnih državnih granica. Takva prekogranična dimenzija ekološkog kriminaliteta je posledica globalizacije kriminaliteta usled čega kriminalci posluju preko "uznemirujuće poroznih" granica,[3] koristeći lakoću komuniciranja i kretanja robe i novca. Pri tome, ekološki kriminalitet danas predstavlja jedan od najunosnijih oblika kriminalne aktivnosti. Procenjuje se da godišnji profit od ilegalnog odlaganja opasnog otpada, trgovine opasnim supstancama i krijumčarenja zašti-

[2] Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (2010) Expert consultation on the use of the Convention for combating emerging forms of crime. Item 5 of the provisional agenda for the Fifth session. CTOC/COP/2010/3, http://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/COP5/CTOC_COP_2010_1/CTOC_COP_2010_1_E.pdf

[3] Brack D. Hayman, *Intergovernmental Actions on Illegal Logging: Options for intergovernmental action to help combat illegal logging and illegal trade in timber and forest products*. UK Department for International Development, London, http://www.illegal-logging.info/ uploads/Illegalloggingfinalreport.pdf

ćenim prirodnim resursima iznosi između 18 i 25 milijardi eura, te da trgovina ugroženim vrstama donosi od svih tipova ekološkog kriminaliteta najviše prihoda, a u odnosu na ostale tipove kriminaliteta nalazi se na drugom mestu po profitabilnosti, odmah posle trgovine drogom[4]. Kao i u slučaju drugih nezakonitih aktivnosti na tržištu, teško je precizno utvrditi koliko je zaista rasprostranjen i profitabilan ekološki kriminalitet. Svetska banka, na primer, procenjuje da nelegalna seča šuma državama južne hemisfere stvara troškove od petnaest milijardi dolara u vidu izgubljenih prihoda i poreza svake godine[5].

2. Međunarodnopravno regulisanje ekološkog kriminaliteta

Globalni režim zaštite ugroženih vrsta, smanjenja zagađenja mora i vazdušnim prostorom, očuvanja šume i drugih prirodnih resursa postaje sve razvijeniji i razuđeniji, tako da je od održavanja Konferencije UN o životnoj sredini 1972. godine u Stokholmu (koja je prva značajna konferencija na kojoj su se razmatrala pitanja međunarodne zaštite životne sredine) zaključeno više od 250 međunarodnih i regionalnih ekoloških ugovora. Svaka od tih konvencija predviđa postojanje posebnih mehanizama za implementaciju i posebnih organa za nadzor nad sprovođenjem, a neke od konvencija sadrže i kaznene odredbe. Kako ekološki kriminalitet obuhvata raznovrsne oblike kriminalne delatnosti, a koji su difuzno raspoređeni u međunarodnoj pravnoj regulativi, međunarodne kaznene odredbe nisu koncentrisane u jednom propisu. Osim toga, postoje oblici ekološkog kriminaliteta koji za sada uopšte nisu obuhvaćeni konvencijama, kao na primer nezakonit, neprijavljen i/ili neregulisan ribolov i seča šuma.

Zemlje članice UN su 1995. godine prvi put razmatrale potrebu regilisanja najtežih oblika ekološkog kriminaliteta u međunarodnoj konvenciji[6], a od tada su postojali brojni predlozi u tom pravcu, od predloga da se propiše jedno opšte delo degradacije životne sredine[7], ekocid[8] ili

[4] Glen Wright, „Conceptualising and combating transnational environmental crime", *Trends in Organized Crime,* 2/2011.

[5] EIA, *Upholding the Law: The Challenge of Effective Enforcemen*t, London, 2007.

[6] ECOSOC, Resolution 1994/15, The role of criminal law in the protection of the environment, 25 July, 1994. Annex, Recommendations Concerning the Role of Criminal Law in Protecting the Environment, pargraph (k). http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1994/eres1994-15.htm.

[7] Videti kod: Todd Howland, „Chernobyl and Acid Deposition: An Analysis of the Failure of European Cooperation to Protect the Shared Environment", *Temple International And Comparative Law Journal* 2/1987.

[8] Videti kod: Mark Gray, „International Crime of Ecocide", *California Western International Law Journal* 215/1995; Christopher H. Lytton, „Environmental human rights:

genocid nad životnom sredinom[9], pa čak do predloga da se inkriminiše šteta naneta budućim generacijama[10]. Ipak, do današnjeg dana ne postoji konvencija koja bi na sveobuhvatan način rešila pitanje *stricto sensu* međunarodne inkriminacije teških oblika degradacije životne sredine, nego se kaznene odredbe nalaze u nekoliko konvencija koje obavezuju države potpisnice da inkriminišu određene oblike ekološkog kriminaliteta. Kao najznačajnije među takvim sporazumima navodimo: Međunarodnu konvenciju o sprečavanju zagađenja mora sa brodova[11], Konvenciju o sprečavanju pomorskog zagađenja bacanjem otpada i drugih materija[12], Konvenciju o međunarodnoj trgovini ugroženim vrstama divlje faune i flore[13], Bazelsku konvenciju o kontroli prekograničnog kretanja opasnih otpada i njihovom odlaganju[14]. Od regionalnih sporazuma, od značaja su Konvencija Saveta Evrope o zaštiti životne sredine kroz krivično pravo[15], te Direktiva Evropske unije o zaštiti životne sredine kroz krivično pravo[16]. Pojedini sporazumi, čiji je predmet zaštita životinja[17] i zaštita okeana[18] sadrže kaznene odredbe. Ujedinjene nacije su posvetile pažnju i ulozi krivičnog prava u zaštiti životne sredine, ali uglavnom u

---

Emerging trends in international law and ecocide", *Environmental Claims Journal* 13/2000.

[9] Lynn Berat, Defending the Right to a Healthy Environment: Toward a Crime of Geocide in International Law, 11 Boston University International Law Journal 327 (1993).

[10] World Future Council, Crimes against Future Generations < http://www.worldfuturecouncil.org/fj_crimes.html> .

[11] International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL 73/78), http://www.imo.org/about/conventions/listofconventions/pages/international-convention-for-the-prevention-of-pollution-from-ships-%28marpol%29.aspx

[12] Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (1972), http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/Convention-on-the-Prevention-of-Marine-Pollution-by-Dumping-of-Wastes-and-Other-Matter.aspx

[13] Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (1975), http://www.cites.org/

[14] Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal (1992), http://www.basel.int/

[15] Convention on the protection of the environment through criminal law, ETS No. 172 (1998), http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=172&CL=ENG.

[16] [16] Directive 2008/99/EC of 19 November 2008 on protection of the environment through criminal law, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0028:0037:EN:PDF.

[17] Convention for the Regulation of Whaling (Sept. 24, 1931), http://iwcoffice.org/commission/convention.htm

[18] For example, the International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil (May 12, 1954), http://www.admiraltylawguide.com/conven/oilpol1954.html

kontekstu borbe protiv organizovanog kriminala[19]. U Rezoluciji Ekonomsko-socijalnog saveta UN o ulozi krivičnog prava u zaštiti životne sredine državama članicama je preporučeno da obezbede širok spektar mera, pravnih lekova i sankcija, u svojim ustavnim i zakonskim okvirima i u skladu sa osnovnim principima krivičnog prava, kako bi se obezbedilo poštovanje zakona u oblasti zaštite životne sredine[20].

Ovi napori su ipak epizodni i sa nedovoljnim efektima. U okviru evropske regionalne integracije, Konvencija Saveta Evrope nije stupila na snagu, a dometi regulative EU u oblasti krivičnog prava su još uvek ograničeni. Na globalnom nivou, opredeljenje UN nije bilo diektno usmereno ka ekološkom kriminalitetu, tako da je isti izostao iz Konvencije Kancelarije Ujedinjenih nacija za borbu protiv trgovine drogom i kriminala (*UNODC)* protiv transnacionalnog organizovanog kriminala[21], a Konferencija država potpisnica Konvencije je tek nedavno (2010. godine) prepoznala ekološki kriminalitet kao "izuzetno relevantan u smislu mandata *UNODC*, s obzirom da se u nezanemarljivom broju slučajeva ekološki delikti vršeni u okviru aktivnosti organizovanih kriminalnih grupa"[22]. Na Dvanaestom kongresu posvećenom prevenciji kriminala i krivičnom pravosuđu u aprilu 2010. godine, u tzv. Deklaraciji iz Salvadora ukazano je na "izazov novih oblika kriminala koji imaju značajan uticaj na životnu sredinu"[23]. Nijedna od ovih inicijativa se osim toga nije zaista bavila globalnom ekološkom pretnjom kao takvom. S druge strane, međunarodna zajednica se fokusirala na međunarodni organizovani kriminal i terorizam, a implementacija međunarodnih sporazuma koji regulišu pojedine pojavne oblike ekološkog kriminaliteta, prepuštena je državama u skladu sa nacionalnim prioritetima, jer ne postoji globalni režim kontrole. Pored

[19] Na sastanku ad hoc ekspertske grupe decembra 1993. godine razmatrani su efikasniji oblici međunarodne saradnje u borbu protiv organizovanog kriminaliteta, prvi put uključujući i ekološki kriminaliteta.

[20] ECOSOC, Resolution 1994/15, The role of criminal law in the protection of the environment, 25 July 1994, http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1994/eres1994-15.htm.

[21] http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/index.html

[22] Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (2010) Expert consultation on the use of the Convention for combating emerging forms of crime. Item 5 of the provisional agenda for the Fifth session.CTOC/COP/2010/3.,
http://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/COP5/CTOC_COP_2010_1/CTOC_COP_2010_1_E.pdf.

[23] UN (2010) Draft Salvador Declaration on Comprehensive Strategies for Global Challenges: Crime Prevention and Criminal Justice Systems and Their Development in a Changing World. Twelfth Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, Salvador, Brazil. A/CONF.213/L.6/Rev.2., http://www.un.org/en/conf/crimecongress2010/.

implementacije međunaronih propisa i inkriminacije određenih oblika ekološkog kriminaliteta u pojedinim državama, kao problem može se postaviti pitanje broja postupaka koji se vode za krivična dela protiv životne sredine. Naime, čak i u zemljama članicama EU koje su ekstenzivno pristupile propisivanju određenih ponašanja kao krivičnih dela, relativno je nizak broj predmeta koji su procesuirani. Kako je utvrđeno u opsežnoj Studiji o krivičnom gonjenju pred nacionalnim sudovima u zemljama članicama EU, samo 122 postupka za krivična dela protiv životne sredine je vođeno u periodu između 1992. i 2003. godine[24].

Uprkos značajnim posledicama i rasprostranjenosti, izgleda da se ekološkom kriminalitetu ne prilazi sa dovoljno pažnje ni na nacionalnom ni na globalnom nivou. Kako UN u Deklaraciji iz Salvadora primećuju, države imaju tendenciju da pristup ekološkom kriminalitetu svedu isključivo na upravljanje prirodnim resursima, zanemarujući da inkriminišu ozbiljne oblike ekološkog kriminaliteta, a nije redak slučaj da ne postoje organi čija bi isključiva nadležnost bila otkrivanje i dokazivanje ekološkog kriminaliteta ili ako takvi organi postoje, često su službena lica nedovoljno obučena, neefikasna i nedostaju im dovoljna sredstva/motivacija.

3. Međunarodna saradnja u suprotstavljanju ekološkom kriminalitetu

Suprotstavljanje ozbiljnom globalnom problemu kakav je ekološki kriminalitet i efikasno sprovođenje ekoloških propisa zahteva uključivanje što većeg broja relevantnih aktera, odnosno interinstitucionalnu saradnju između lokalnih, regionalnih i međunarodnih, vladinih i nevladinih organizacija. Postojanje određenog broja kaznenih odredaba difuzno raspoređenih u različitim konvencijama i nepostojanje međunarodnog ugovora koji bi na sveobuhvatan način regulisao ekološki kriminalitet i stvorio okvire institucionalne saradnje između nadležnih organa država potpisnica ne znači samo po sebi da je suprotstavljanje ekološkom kriminalitetu nemoguće ili neefikasno. Primena odredaba međunarodnih konvencija u prekograničnim slučajevima sa sobom nosi određene izazove čije će prevazilaženje zavisiti u značajnoj meri od mehanizama za implementaciju koje postavi sama konvencija, od kojih su tri ključna: organi nadležni za utvrđivanje činjenica, procedure za proveru primene i sankcionisanje nepostupanja po odredbama konvencije. Dakle, da bi suprotstavljanje bilo uspešno, potrebno je stvoriti okvire za saradnju i mreže za komunikaciju

[24]Organised environmental crime in the EU Member States, http://ec.europa.eu/environment/legal/crime/pdf/organised_member_states.pdf.

između država, odnosno nadležnih institucija i organa. Neophodnost unapređenja međunarodne saradnje prepoznato je kao imperativ u pomenutoj Deklaraciji iz Salvadora, a *INTERPOL* je zauzeo stav da „jedan od najbitnih prepreka u borbi protiv ekološkog kriminaliteta" predstavlja nedovoljno „povezivanje"[25]. Stvaranjem mreže kao mehanizma putem koga države mogu da razmenjuju informacije i primere dobre prakse mogla bi se ostvariti i bolja koordinacija i saradnja nadležnih organa, jer bi takva saradnja, naročito prekogranična, ne samo olakšala odvijanje procesa implementacije konvencija, nego bi mogla rezultirati i međusobnom razmenom informacija u sprovođenju propisa, monitoringu i vođenju politike u oblasti životne sredine. U tom smislu, u okviru Programa Ujedinjenih nacija za životnu sredinu razmatra se mogućnost jačanja postojećih sporazuma i stvaranja globalne strukture upravljanja, tipa Svetske organizacije za zaštitu životne sredine[26].

Inače, u praksi se prekogranična saradnja realizuje u nekoliko oblika. Kao najznačajnija tri aspekta saradnje nadležnih organa u krivičnim stvarima mogli bi se izdvojiti: otkrivanje prekograničnog ekološkog kriminaliteta, zajedničko preduzimanje određenih istražnih radnji i pomoć procesno-dokaznog karaktera.

Otkrivanje prekograničnog ekološkog kriminaliteta. Očigledno je da slučaj prekograničnog ekološkog kriminaliteta podrazumeva nelegalnu aktivnost u više od jedne zemlje, što međutim može izgledati manje očigledno za organe nadležene za otkrivanje takvih nelegalnih aktivnosti u pojedinim zemljama, odnosno saznanje o transnacionalnom karakteru konkretnog slučaja i o potrebi obaveštavanja, razmene informacija i saradnje sa nadležnim organima druge države može se stvoriti tek u toku vođenja pretkrivičnog i krivičnog postupka. Koje su to informacije koje se mogu razmenjivati i na koji način, zavisi od pravnog okvira za saradnju državnih organa u krivičnim stvarima. U principu, nadležni organi stiču sazanja o kriminalnim aktivnostima u okviru transnacionalnog ekološkog kriminaliteta ili reaktivno ili proaktivno. Reaktivno delovanje nadležnih organa podrazumeva preduzimanje zadataka i poslova iz svoje nadležnosti, po saznanju za izvršeno krivično delo. Izvori saznanja su najčešće prijave građana ili drugih nadležnih organa u obavljanju poslova iz svoje nadležnosti (npr. od carinskih organa). Proaktivno delovanje primarno usmereno na prevenciji kriminaliteta počinje sa prvim operativnim podacima (indicijama) nad-

[25]Interpol (2009) Environmental Crime Programme: Strategic Action Plan, http://www.interpol.int/Public/EnvironmentalCrime/Manual/strategicplan.pdf

[26] http://www.unep.org/environmentalgovernance/

ležnih organa, a u cilju prikupanja podtaka dovoljnih i potrebnih za pokretanje krivičnog postupka. Policija, često u saradnji sa drugim državnim organima, može prikupiti informacije putem kontrole (komercijalnih vozila, vozova i brodova koji transportuju otpad do odredišta u inostranstvu). Pravni okvir za policijsku saradnju u Evropskoj uniji takođe omogućava sprovođenje akcije zajedničke kontrole od strane policijskih službenika dve ili više država članica. Postoji mogućnost korišćenja policijskih saradnika koji mogu da obezbede obaveštajne podatke o kriminalnim aktivnostima i o licima koja su uključena u realizaciju istih. Jedan od mogućih pristupa je da se sistematski prikupljaju i analiziraju informacije o određenom problemu o kom nadležni organi već poseduju određena saznanja. Primer radi, sistematska analiza kompanija koja posluju u određenom sektoru, kao što je primera radi kompanije koja se bavi odlaganjem azbesta, može da proizvede dovoljno osnova sumnje u postojanje kriminalne aktivnosti koji bi opravdali dalje vođenje istrage. Iz svega navedenog, međutim, jasno je da aktivna i sistematska razmena informacija o prekograničnom organizovanom ekološkom kriminalu i dalje sporadična u najboljem slučaju, a zajedničke istrage su retko rezultat koordiniranog napora od samog početka. Umesto toga, relevantne informacije se često ili uopšte ne razmenjuju ili se ne razmenjuju pravovremeno.

Zajedničko preduzimanje određenih istražnih radnji. Mogući oblik operativne saradnje može se ogledati u stavljanju na raspolaganje osoblja i opreme potrebnih da bi se izašlo u susret zahtevu za pružanje međunarodne pravne pomoći. Rešavanje molbi u vezi sa slučajevima prekograničnog ekološkog kriminala je prosleđeno lokalnim/regionalnim specijalizovanim organima unutrašnjih poslova/tužilaštava ili su specijalizovanim organima uprave (npr. ministarstvo nadležno za pitanja prostornog planiranja i životnu sredinu). Molbe za pružanje pomoći mogu se odnositi na različite situacije, od relativno jednostavnog zahteva za sprovođenje određene istražne radnje ili prikupljanja određenih podataka do zahteva za sprovođenje sveobuhvatnih i koordinisanih aktivnosti[27]. Međutim, molba za pružanje pravne pomoći može se odnositi na vođenje zajedničke istrage od strane nadležnih organa dve ili više država, što se u praksi ne dešava često, ako se uzme u obzir činjenica da rešavanje slučaja ekološkog kriminaliteta u datom trenutku ne predstavlja prioritet u različitim državama (npr. studija o prekograničnoj sarad-

[27] Toine Spapens, Cross-Border Police Cooperation In Tackling Environmental Crime**,** 9th INECE Conference20-24 June 2011, British Columbia, Canada, http://inece.org/conference/9/pre-conference-papers/.

nji Nemačke, Belgije i Holandije pokazala je da je najčešći razlog što se nije realizovala zajednička istraga upravo nepostojanje istog stepena prioriteta u pojedinim zemljama)[28].

Pomoć procesno-dokaznog karaktera. Ukoliko u skladu sa relevantnim pravnim izvorima o uzajamnoj pomoći u krivičnim stvarima zamolnica ispunjava sve uslove i nadležni organi se dogovore o zajedničkom vođenju istrage u vezi sa određenom kriminalnom grupom ili nezakonitom aktivnošću, pristupa se praktičnom radu usmerenom ka izvođenju, obezbeđenju ili pribavljanju neophodnih dokaza. Problem da službena lica nadležnih organa jedne zemlje ne postupaju u skladu sa zahtevom za pružanje pomoći usled nedostatka vremena, nedovoljno motiva ili procene da se ne radi o prioritetnom zadatku, može se prevazići ukoliko bi se stvorila mogućnost da službena lica nadležnih organa koji su pomoć zatražili budu prisutna prilikom izvođenja određenih istražnih/dokaznih radnji, kako bi kolegama iz zamoljene države pomogli u smislu postavljanja odgovarajućih pitanja licima koja se ispituju, oduzimanja potrebnih predmeta i uopšte izvođenja dokaza na način i po postupku koji su u skladu sa zakonom o krivičnom postupku države koja je uputila molbu. Ipak, ovakav način saradnje u praksi bi bio povezan za znatnim materijalnim i vremenskim troškovima, pa ne predstvalja standardni oblik saradnje. Redovan put za postupanje po molbi nadležnih organa druge države sam po sebi je dugotrajan i složen i podrazumeva uključivanje nadležnih policijskih, tužilačkih i/ili sudskih organa, a u određenim slučajevima i ministarstva pravosuđa dve države[29].

Iako postoje mnoge prepreke za pravovremeno i adekvatno postupanje po zamolnici, odnosno efikasnu saradnju u smislu vođenja paralelne i zajedničke istrage, te prepreke su neretko praktične, a ne pravne prirode. Stoga je pored stvaranja odgovarajućeg pravnog okvira za realizovanje različitih vidova saradnje, neophodno graditi mrežu u koju bi se uključili nadležni organi i nacionalne/međunarodne institucije. Dodatna mogućnost je uspostavljanje kancelarije za vezu (kakve su prvobitno razvijene u okviru borbe protiv trgovine drogom), a koje bi mogle doneti trenutne rezultate u rešavanju problema ekološkog kriminaliteta uspostavljanjem direktnih komunikacionih kanala između zemalja[30]. U tom pravcu Kancelarija UN za borbu protiv kriminala i trgovine drogom je 2000. godine proširila svoje funkcije[31], tako da se sada među aktivnostima ove agencije

[28] Ibidem.

[29] Ibidem.

[30] http://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/COP5/CTOC_COP_2010_1/CTOC_COP_2010_1_E.pdf.

[31] http://www.unodc.org/documents/WilflifeandFC/Resolution_55_25.pdf.

UN-a nalazi i borba protiv organizovane ilegalne trgovine biljnim i životinjskim vrstama. Takođe, promovisano je Partnerstvo protiv transnacionalnog kriminala - kroz regionalnu saradnju u sprovođenju zakona *(PATROL) (UNODC)*[32], čiji je cilj proširenje upotrebe kancelarija za vezu, kroz potpisivanje memoranduma o razumevanju za unapređenje međunarodne saradnje između država članica. Ukoliko se napredak ovih inicijativa bude ogledao u efikasnim rezultatima, mogle bi da se koriste kao modeli za dalje poboljšanje prekogranične saradnje u budućnosti i u drugim regionima.

Za funkcionisanje prekogranične saradnje neophodno je postojanje definisanog pravnog okvira za pružanje uzajamne pravne pomoći u krivičnim stvarima, u smislu multilateralnih i bilateralnih ugovora. Koji od nadležnih organa i institucija će biti uključeni i konkretan vi saradnje, zavisi od vrste pomoći koja je potrebna i države o kojoj se radi. Tako, na primer, unutar Evropske unije na snazi je Šengenska konvencija[33] koja omogućava policiji zemalja članica da razmenjuje informacije za potrebe vođenja pretkrivičnog postupka, a posebne istražne radnje preduzimaju se na osnovu Konvencije o uzajamnoj pomoći u krivičnim stvarima između država članica EU[34]. Međutim, ako pomoć traži država koja nije članica EU, odluku o razmeni informacije donosi nacionalni nadležni organ, kao što je Ministarstvo pravde, osim ako se ne primenjuje specifičan ugovor. Inače primena konvencija o pružanju međunarodne pomoći u krivičnim stvarima zavisi prvenstveno od nivoa uzajamnog poverenja u pravni sistem druge države, te zato ne čudi da se samo neke od sveobuhvatnih konvencija na globalnom nivou odnose i na slučajeve ekološkog kriminaliteta, sa izuzetkom Konvencije Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (2000), koju je do sada potpisalo 147 zemalja. Prema tome, saradnja se može zasnivati na bilateralnim ugovorima o uzajamnoj pomoći u krivičnim stvarima između dve ili više država, osim ukoliko ne postoje regionalne konvencije, kakva je na primer pomenuta Konvencija na nivou Evropske unije, koja opet ne rešava pitanje međunarodne saradnje sa zemljama ne-članicama.

Iz razloga nepostojanja međunarodne konvencije kojom bi se regulisalo pitanje saradnje u borbi protiv ekološkog kriminaliteta od izuzetnog značaja su aktivnosti INTERPOL-a i regionalne inicijative, odnosno mreže nadležnih organa/relevantnih institucija.

---

[32] http://www.unodc.org/documents/eastasiaandpacific/2011/border-crimes-vietnam/TNA_Viet_Nam_Report_Final.pdf.

[33] Schengen Implementation Convention (1991).

[34] Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the EU (2000).

3.1. Uloga INTERPOL-a

INTERPOL kao međunarodna organizacija koordinira i podržava operacije sprovođenja zakona širom sveta, između ostalog i sa ciljem otkrivanja i onemogućavanja delovanja mreže organizovanih kriminalnih grupa koje su odgovorne za različite tipove ekološkog kriminaliteta, u saradnji sa Sekretarijatima Programa UN za zaštitu životne sredine, pomenutih multilateralnih ekoloških sporazuma i Svetskom carinskom organizacijom. U okviru *INTERPOL*-ovog je 1992. godine formiran Komitet za borbu protiv ekološkog kriminaliteta (*Environmental Crime Committee*) koji je obrazovao dve radne grupe, Radnu grupu za borbu protiv ilegalne trgovine vrstama divlje flore i faune (*Wildlife Crime Working Group*) i Radnu grupu za borbu protiv trgovine opasnim materijama (*Pollution Crime Working Group*), preko kojih Komitet obavlja svoje funkcije u vezi sa različitim pojavnim oblicima ekološkog kriminaliteta.

Na 79. Generalnoj skupštini *INTERPOL* –a koja je održana u novembru 2010. godine jednoglasno je usvojena Rezolucija kojom se ukazuje na potrebu stvaranja Programa za borbu protiv ekološkog kriminaliteta na nivou *INTERPOL*-a, s obzirom na činjenicu da se radi o obliku kriminaliteta koji nije uvek odgovornost jedne države, nego zahteva multidisciplinarni i globalan pristup, zbog kompleksne i transnacionalne prirode[35]. Tom prilikom je stvoren Međunarodni konzorcijum za borbu protiv protiv ilegalne trgovine vrstama divlje flore i faune (*International Consortium on Combating Wildlife Crime*)[36], u čijem sastavu su *INTERPOL*, Sekretarijat *CITES-a, UNODC*, Svetska banka i Svetska carinska organizacija, a sa ciljem pružanja podrške nadležnim organima i institucijama na globalnom, regionalnom i nacionalnom nivou.

Samo u poslednje dve godine, u vezi sa borbom protiv ekološkog kriminaliteta, kao uspešne mogu se navesti sledeće **regionalne operacije** - operacija *TIGRE*, usmerena na otkrivanje ilegalne eksploatacije tigrova unutar njihovog prirodnog staništa, sprovedena u šest zemalja, rezultirala je hapšenjem više od 25 pojedinaca; operacije *HAZ* i *HAZ 2* usmerene protiv ilegalnog transporta opasnog otpada preko granica između SAD i Kanade, rezultirale su sa 225 krivičnih prijava; operacija *MOGATLE* usmerena na borbu protiv nelegalnog posedovanja i trgovine slonovače u pet afričkih zemalja, rezultirala je zaplenom više od 400 kg slonovače i hapšenjem oko 30 ljudi; **globalne operacije -** operacija *TRAM*, u februaru 2010. godine u kojoj je bilo uključeno 18 zemalja, usmerena na ilegal-

[35] http://www.interpol.int/Public/ICPO/GeneralAssembly/AGN79/resolutions/AGN79RES03.pdf

[36] http://www.cites.org/eng/prog/iccwc.shtml.

nu trgovinu tradicionalnim lekovima koji sadrže sastojke porekla od divljih životinja, rezultirala je zaplenom ilegalnih proizvoda u vrednosti više od 10 miliona evra; operacija *RAMP* usmerena protiv ilegalne trgovine ugroženim vrstama gmizavaca i vodozemaca, u kojoj je bilo uključeno 51 država sa svih pet kontinenata, rezultirala je oduzimanjem nekoliko hiljada životinja kao i proizvoda u vrednosti od više od 25 miliona evra[37].

Iskustvo poslednjih međunarodnih operacija koje je inicirao i koordinirao *INTERPOL*-ov Program za borbu protiv ekološkog kriminaliteta doprinelo je uočavanju oblasti u kojima bi se mogle poboljšati buduće operacije, tako da su date preporuke koje se odnose na potrebu znatnijeg uključivanja *INTERPOL*-a u budućim operacijama i češće korišćenje savremenih operativnih sistema komunikacije, te na potrebu za koordinacijom nacionalnih operativnih planova, stvaranje uniformisanih standarda izveštavanja i poboljšanjem razmene obaveštajnih podataka, uključujući efikasno korišćenje sistema bezbednosti i službenih portala i unapređenje međunarodnih kapaciteta za analizu podataka.

Bez obzira na uspeh pomenutih akcija i na maksimalno korišćenje specijalizovanih alata *INTERPOL*-a, kao što su međunarodni bezbednosni komunikacijski sistemi, baze kriminalističkih obaveštajnih podataka, kriminalistička analitička ekspertiza, s obzirom da se radi o sve izraženijem globalnom problemu, *INTERPOL* nastoji da proširi postojeće partnerstvo sa relevantnim nadležnim organima i specijalizovanim organizacijama, kako bi se izgradila koordinirana mreža u koju bi se uključili relevantni akteri u borbi protiv ekološkog kriminaliteta.

3.2. Regionalne inicijative za saradnju

Na evropskom kontinentu svakako da je najznačajnija uloga EUROPOL-a, kao regionalne policijske organizacije čiji mandat je 2001. proširen i na unapređenje saradnje nadležnih organa država članica u borbi protiv aktivnosti organizovanih kriminalnih grupa u oblasti ekološkog kriminaliteta. Osim toga, 1992. godine formirana je Mreža Evropske unije za implementaciju i sprovođenje ekoloških propisa (*The European Union Network for the Implementation and Enforcement of Environmental Law (IMPEL)*[38]), međunarodna neprofitna asocijacija organa i institucija nadležnih za zaštitu životne sredine u zemljama članicama (trenutno ima 45 članova/nadležnih institucija u 32 zemalje članice). Cilj Mreže je da stvaranje neophodnog podsticaja u Evropskoj uniji kako bi se ostvario

[37] http://www.interpol.int/Public/EnvironmentalCrime/.
[38] http://impel.eu/

napredak u obezbeđivanju efikasnije primene zakona o životnoj sredini, te kao takva predstavlja forum za saradnju, razmenu, pregled, razumevanje i primenu dobre prakse u primeni i sprovođenju ekološke regulative. Jezgro aktivnosti *IMPEL* -a odnosi se na razmenu informacija i iskustava o implementaciji i sprovođenju postojećih evropskih nadnacionalnih i nacionalnih ekoloških propisa, uključujući i pitanja krivičnopravne zaštite životne sredine.

Na severnoameričkom od 1994. godine u okviru Komisije za zaštitu životne sredine (*Commission for Environmental Cooperation (CEC*))[39], Kanada, Meksiko i SAD zajednički deluju na zaštiti okruženja. Uloga Komisije odnosi se na rešavanje regionalnih ekoloških problema, sprečavanje eventualne ilegalne trgovine i rešavanje sukoba u oblasti zaštite životne sredine, kao i na efikasnu primenu zakona o zaštiti životne sredine. U okviru Komisije formirana je Radna grupa za implementaciju koja je napravila veliki napredak u saradnji u oblasti zaštite životne sredine prepoznavši potrebu za poboljšanjem kapaciteta za monitoring i primenu zakona koji regulišu prekogranično kretanje opasnih otpada i supstanci koje oštećuju ozon, kao i za kooperativnim pristupom sprovođenju domaćih zakona, uključujući i one kojima se implementira Konvenciju o međunarodnoj trgovini ugroženim vrstama divlje flore i faune, kroz rad Severnoameričke radne grupe za zaštitu divljih vrsta (*North American Wildlife Enforcement Working Group*).

Na afričkom kontinentu su inicijative za borbi protiv trgovine ugroženim vrstama najrazvijenije, kao reakcija na iintenzivni krivolov podstaknut ilegalnom trgovinom pojedinih divljih vrsta faune i flore. Da bi se na adekvatan način odgovorilo na postajanje sve izraženijeg problema, u septembru 1994. godine zaključen je međuvladin sporazum zemalja istočne i južne Afrike u cilju preduzimanja zajedničkih napora da se suzbije ilegalna trgovina divlje faune i flore, tzv. Lusaka sporazum[40], koji je počeo da se primenjuje u junu 1999. godine, kada je formirana Radna grupa Lusaka sporazuma. Radna grupa je zaključila sporazume o saradnji sa sekretarijatima INTERPOL-a, Programa UN za zaštitu životne sredine (*United Nations Environmental Programme (UNEP)*), Konvencije o međunarodnoj trgovini ugroženim vrstama divlje flore i faune (*the Conven-*

[39] http://www.cec.org/

[40] Originalni naziv Sporazuma je Lusaka Agreement on Co-operative Enforcement Operations Directed at Illegal Trade in Wild Fauna and Flora. Do danas Sporazum je ratifikovalo šest država: Republika Kongo, Kenija, Tanzanija, Uganda, Zambija i Kraljevine Lesoto, a zemlje potpisnice su i Južnoafrička Republika, Kraljevina Svazilend i Etiopija. Za dodatne informacije posetiti sajt: http://www.lusakaagreement.org/

tion of International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES)), Svetske carinske organizacije (*World Customs Organization (WCO))* i Organizacije za zaštitu divljih vrsta faune (*Organization for conservation of Wild fauna (OCFSA))*. Uloga Radne grupe se osnosi na koordiniranje i olakšavanje međunarodne i regionalne saradnje na suzbijanju ekološkog kriminaliteta; jačanje kapaciteta lokalnih i nacionalnih organa za sprovođenje zakona kroz obuku i programe podizanja svesti; prikupljanje, analizu i razmena informacije o ilegalnoj trgovini divljih vrsta faune i flore; istraživanje slučajeva prekogranične trgovine divlje faune i flore i kršenja nacionalnih ekoloških propisa uopšte; rad sa međunarodnim agencijama, i sprovođenje regionalnih zajedničkih operacija sa relevantnim nacionalnim, regionalnim i međunarodnim organizacijama.

4. Zaključak

Suprotstavljanje ozbiljnom globalnom problemu kakav je ekološki kriminalitet i efikasno sprovođenje ekoloških propisa zahteva uključivanje što većeg broja relevantnih aktera, odnosno interinstitucionalnu saradnju između lokalnih, regionalnih i međunarodnih, vladinih i nevladinih organizacija. Postojanje određenog broja kaznenih odredaba difuzno raspoređenih u različitim konvencijama i nepostojanje međunarodnog ugovora koji bi na sveobuhvatan način regulisao ekološki kriminalitet i stvorio okvire institucionalne saradnje između nadležnih organa država potpisnica ne znači samo po sebi da je suprotstavljanje ekološkom kriminalitetu nemoguće ili neefikasno. U svakom slučaju, da bi takvo suprotstavljanje bilo uspešno, neophodno je stvoriti okvire za saradnju i komunikaciju između država, odnosno nadležnih institucija i organa. Iz razloga nepostojanja međunarodne konvencije kojom bi se regulisalo pitanje saradnje u borbi protiv ekološkog kriminaliteta od izuzetnog značaja su aktivnosti *INTERPOL*-a i regionalne inicijative, odnosno mreže nadležnih organa/relevantnih institucija.

Milana Pisarić, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Combating Transnational Environmental Crime

Abstract

Environmental crime is a serious and growing international problem, and one which takes many different forms. It is not limited to criminals polluting the air, water and land and pushing commercially valuable wildlife species closer to extinction; it can also include crimes which speed up climate change, destroy fish stocks, annihilate forests and exhaust essential natural resources. These crimes can have a harmful impact on the economies and security of multiple nations, in some cases they may even threaten the very existence of a country or people. Furthermore, a significant proportion of both wildlife crime and pollution crime cases point to the involvement of organized crime networks. This is evidenced by the detailed planning of operations, substantial financial support, the careful management of international shipments and massive profits. Still, to date, transnational environmental crime has been poorly attended to by the transnational organised crime and transnational policing discourse. National and international institutions have prioritised other forms of organised crime, giving little thought to the nuances of environmental crime and how they should be reflected in policing. Intention of this paper is to point out the importance of international cooperation and to point out the its good examples.

Key words: environmental crime, international cooperation

Pregledni članak 343.222-053.2

Stefan Samardžić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

UNIVERZALNA DONJA STAROSNA GRANICA SPOSOBNOSTI ZA KRIVIČNU ODGOVORNOST[1]

Sažetak: *Pitanje predmeta krivičnog prava u značajnoj meri određeno je i donjom starosnom granicom sposobnosti za krivičnu odgovornost. Krivično pravo predstavlja zakonsko i tipično nacionalno pravo, čija je nadnacionalna dimenzija tek u začetku. Ujednačavanje nacionalnih krivičnih zakonodavstava po pitanju uzrasta koji je potreban da bi se određeno lice moglo smatrati sposobnim da bude krivično odgovorno pre svega predstavlja izraz razvoja prava o ljudskim pravima, odnosno napretka u shvatanju prava deteta. Iako se čini sasvim opravdanim da zakonodavac u donošenju propisa iz krivične materije ima u vidu i zaštitu dečjih prava, to ipak predstavlja samo jedan od supsidijarnih kriterijuma u sistemu krivičnog prava. Ostaje pitanje da je li uopšte i do koje granice celishodno odstupiti od opštih načela krivičnog prava zbog posebnosti ove kategorije učinilaca. Analizom uporednopravnih rešenja kao i međunarodnopravnih nastojanja za ujednačavanjem pravnih sistema, naposletku pred nama se ukazuje pitanje potrebe za univerzalnom donjom starosnom granicom sposobnosti za krivičnu odgovornost.*

Ključne reči: *donja starosna granica krivične odgovornosti; uzrast; krivično pravo*

UVOD

Donja granica maloletstva u krivičnom pravu predstavlja svojevrstan ulazak u kriminalnu zonu – mesto gde krivično pravo u određenom smislu počinje. Pod donjom starosnom granicom sposobnosti za krivičnu

[1] Rad je posvećen projektu „*Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)*“ koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu.

odgovornost[2] podrazumevamo određene godine života neophodne da bi se jedan učinilac mogao smatrati *sposobnim da bude* subjekt krivičnog prava i da se prema njemu, odnosno protiv njega vodi krivični postupak. Naime, krivičnu odgovornost u okviru pojma minimalni uzrast za krivičnu odgovornost ne treba mešati sa pomenutim pojmom *krivične odgovornosti* koji se praktično svodio na zaključak da su ispunjeni svi elementi opšteg pojma krivičnog dela uključujući krivicu.[3] Ova i ovakva *krivična odgovornost* kao institut opšteg dela predstavljala je „termin koji u krivičnom pravu pretežno ima deklarativni, a ne i suštinski karakter".[4] Tako pod minimalnim uzrastom *za krivičnu odgovornost* podrazumevamo određene godine života neophodne da bi se jedan učinilac mogao smatrati *sposobnim da bude* subjekt krivičnog prava i da se prema njemu, odnosno protiv njega vodi krivični postupak.[5] Tek po ispunjenju ovog prethodnog uslova, u krivičnom postupku se utvrđuju sve značajne činjenice na osnovu kojih se donosi odluka o postojanju krivičnog dela, odgovornosti učinioca i naposletku, uz ispunjenost određenih uslova, i o izricanju krivične sankcije prema njemu.

U slučaju kada je učinilac u vreme izvršenja dela bio dovoljnog uzrasta da se da se na njega primene sve ili samo određene odredbe maloletničkog krivičnog prava ili naposletku opšte krivično pravo. Nasuprot očekivanju da su temeljni instituti jedne nauke relativno dobro istražen i opisan prostor, pitanje godina života učinioca kao uslova za krivičnu odgovornost ostaje neopravdano zapostavljeno u našoj nauci krivičnog prava. Još krajem pedesetih godina prošlog veka možemo sresti stavove da pitanje donje granice maloletstva nije od bitnog značaja[6], kao i zaključke is-

---

[2] U ovom radu sa istim značenjem biće korišćen izraz *minimalni uzrast za krivičnu odgovornost*, koji predstavlja prevod u međunarodnom pravu ustaljenog pojma *Minimum Age of Criminal Responsiblity* (*MACR*), kao i izraz *donja granica maloletstva u krivičnom pravu*. Nešto dublju terminološku raspravu o ovom krvičnopravnom institutu izneli smo u diplomskom radu na akademskim master studijama koji je odbranjen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu septembra 2010, pod naslovom „*Uticaj uzrasta učinioca na primenu krivičnog prava*", dostupno u biblioteci Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

[3] Drakić, D. 2010, *O krivičnoj odgovornosti maloletnika*, Sremski Karlovci, p. 8.

[4] vid. Stojanović, Z. 2004, „Krivica ili krivična odgovornost?", *Branič*, br. 3-4, Beograd, p. 7.

[5] U pogledu terminološkog određenja najmanjeg uzrasta koji je neophodan da bi se određeno lice moglo smatrati sposobnim da bude krivično odgovorno *M. Škulić* se opredeljuje za izraz *starosna granica sposobnosti za snošenje krivice*. Ovaj izraz smatramo veoma preciznim, naučno i dogmatski zasnovanim; vid. Škulić, M. 2010, „Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice u krivičnopravnom smislu", *Crimen (I)*, 2/2010, p. 203, 204.

[6] Vodopivec, K. 1958, „Krivična odgovornost maloletnika i krivičnopravne mere prema njima", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, knjiga XIV novog (trećeg) kola, knjiga LXXIII celokupnog izdanja, p. 374.

traživača da se o ovom pitanju teoretičari najčešće izričito ne izjašnjavaju[7]. Da pitanje uzrasta učinioca koji je neophodan da bi se prema njemu moglo primeniti krivično pravo nije jednostavno potvrđuju i neki strani autori[8] zapažajući da se teorija uglavnom uzdržava od jednoznačnog odgovora na ovo pitanje.

Pravna priroda donje starosne granice sposobnosti za krivičnu odgovornost, naročito u odnosu na važeće rešenje u srpskom pravu, od visokog je značaja za određena terminološka ali i suštinska pitanja kojima se bavi ovaj rad, no to svojom složenošću prevazilazi domete ovog rada.[9]

U drugoj polovini dvadesetog veka dolazi do snažnog razvoja prava o ljudskim pravima. Ljudska prava utkana su u same temelje krivičnog prava. Ona su objekt krivičnopravne zaštite sa jedne, ali takođe i mehanizam putem kog se deluje na pojedince koji su povredili krivičnopravne norme ograničavanjem određenih prava, sa druge strane. Krivičnopravna intervencija nezaobilazno zadire u prava pojedinaca koji su svojim ponašanjem povredili prava koja pripadaju drugim pojedincima ili zajednici u celini. Otuda u međunarodnim aktima kojima se štite ljudska prava značajno mesto zauzimaju odredbe kojima se jemče prava licima pod krivičnim progonom. Sa razvojem prava o ljudskim pravima vremenom se izdvaja posebna grupa dečjih prava, pa se tako u svetlu zaštite prava deteta pojavljuju težnje za uspostavljanjem međudržavnog dogovora i mogućeg opšteg obrasca u pogledu minimalnog uzrasta za krivičnu odgovornost.

Imajući u vidu da je i nakon više od pola veka ulaganja napora da se u međunarodnom pravu postavi neka univerzalna donja starosna granica sposobnosti za krivičnu odgovornost, uspeh izostao, postavlja se pitanje da li je ovakvo nastojanje uopšte opravdano i postoji li uopšte potreba da se uspostavi opšta saglasnost o minimalnom uzrastu za krivičnu odgovornost.

---

[7] Stevanović, I., Milošević, N. 2005, „Koncept Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i njegova korespodentnost sa oblicima i težinom kriminaliteta maloletnika“, *Kazneno zakonodavstvo: Progresivna ili regresivna rešenja*, Beograd, p. 408.

[8] Maher, G. 2004, „Age and criminal responsibility“, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 2, p. 493.

[9] U pogledu pravne prirode *donje starosne granice sposobnosti za krivičnu odgovornost*, uz učinjenu napomenu da za pomenuti institut koristi izraz *granica sposobnosti za snošenje krivice* videti isrpnu raspravu u: Škulić, M. 2010, „Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice u krivičnopravnom smislu“, *Crimen (I)*, 2/2010, p. 207-220. U ovom radu, koji smatramo nezaobilaznim za sve koji se interesuju za odnosnu problematiku, pomenuti autor se opredeljuje za izraz koji u sebi ne sadrži pojam *krivične odgovornosti*, konsekventno važećem srpskom materijalnom i procesnom krivičnom zakonodavstvu. Uz ranije iznete napomene, mi se u ovom radu opredeljujemo za navedene izraze kojima označavamo isti institut.

MEĐUNARODNOPRAVNI OKVIRI

Osim međunarodnih ugovora koji dotiču pitanje minimalnog uzrasta za krivičnu odgovornost od visokog značaja su i tumačenja organa koji nadziru primenu odnosnih konvencija. Još Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima[10] iz 1966. godine uspostavlja obavezu države da ustanovi određeni minimalni uzrast za krivičnu odgovornost, ali i obavezu da država mora primenjivati isti minimalni uzrast za krivičnu odgovornost dečaka i devojčica.[11] Danas je ukupno 166 zemalja sveta su ratifikovale ovaj međunarodni ugovor[12], a potpisnice ovog Pakta su čak i dve države koje su do danas jedine na svetu odbile da ratifikuju Konvenciju o pravima deteta iz 1989. godine – Somalija i Sjedinjene Američke Države.

Nadležni Komiteti po ovom, te Paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz iste godine[13], pa i Konvenciji protiv torture i drugih svirepih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka[14] iz 1984. godine kritikovaće donje starosne granice krivične odgvornosti postavljene od 7 do 10 godina.[15] Iako donju starosnu granicu krivične odgovonosti posta-

---

[10] *International Convenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*, usvojen i otvoren za potpis, ratifikaciju i pristupanje od strane Generalne skupštine Ujedinjenih Nacija Rezolucijom 2200A (XXI), od 16.12.1966. godine. Ratifikovan Zakonom o ratifikaciji Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (*„Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori", br. 7/71*)

[11] Cipriani, D. 2009, *Children's rights and the minimum age of criminal responsibility: a global perspective*, p. 42.

[12] prema podacima sa internet sajta United Nations Treaty Collection (UNTC), http://treaties.un.org, na dan 1.09.2011. godine

[13] *International Convenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESC)*, usvojen i otvoren za potpis, ratifikaciju i pristupanje od strane Generalne skupštine Ujedinjenih Nacija Rezolucijom 2200A (XXI), od 16.12.1966. godine. Ratifikovan Zakonom o ratifikaciji Međunarodnog o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, (*„Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori", br. 7/71*) Danas je 160 država prihvatilo obaveze po ovom međunarodnom ugovoru; prema: UNTC, vid. fusnotu 9, *ibid.*

[14] *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT)*. Usvojena i otvorena za potpis, ratifikaciju i pristupanje rezolucijom Generalne skupštine UN 39/46 od 10. decembra 1984. godine. Ratifikovana Zakonom o ratifikaciji Konvencije protiv torture i drugih svirepih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka (*„Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori",br 9/91*) Danas ova Konvencija ima 147 strana ugovornica; prema UNTC, vid fusnota 9, *ibid.*

[15] Danas: Malta (7), Jemen (7), Indonezija (8), Zambija (8), Novi Zeland (10), Hong Kong (10, dok pretpstavljamo da je u vreme izveštaja Komiteta granica bila na 9 godina); vid. *Concluding obsevations: Malta,* E/C.12/1/Add.101, 14.12.2004, §§. 21, 36; (*Hong Kong*): *China,* E/C.12/1/Add.58, 21.5.2001, §§. 24, 43; *Yemen,* CAT/C/CR/31/4, 5.2.2004, §§. 6(i), 7(i); *Indonesia,* CAT/C/IDN/CO/2, 16.5.2008, Advance Unedited Vers., §. 17 („urgency"); *Zambia*, CAT/C/ZMB/CO/2, 26.5.2008, §. 18; *New Zeland*, CAT/C/CR/32/4, 11.6.2004, §. 5(e); prema: Cipriani, D. 2009, *op. cit.*, p. 43-49; Nasuprot zvaničnom prevodu pomenute Konvencije, smatramo odgovarajućim prevod engleskog

vlja daleko iznad preporučenih standarda, zanimljiva je preporuka Komiteta protiv torture da Burundi treba da sprovede podizanje minimalnog uzrasta za krivičnu odgovornost sa 13 na 15 godina.[16]

Iako skroman, najviši domet u međunarodnopravnoj ravni po predmetnom pitanju dostigla su dva povezana dokumenta iz druge polovine osamdesetih godina dvadesetog veka. Ovaj jedinstveni međunarodnopravni mehanizam čine Konvencija o pravima deteta[17] i nešto pre nje usvojena Standardna minimalna pravila Ujedinjenih nacija za uređenje maloletničkog pravosuđa (*Pekinška pravila*)[18] koja predstavljaju neposredan izvor za primenu i tumačenje odredaba o minimalnom uzrastu za krivičnu odgovornost iz Konvencije. Nacrt Pravila ističe kako je „uzrast između 12 i 14 godina međunarodno rasprostranjen, i da se niže donje starosne granice sposobnosti za krivičnu odgovornost teško mogu smatrati usklađenim sa pravnim i socijalnim posledicama krivične odgovornosti".[19] Uprkos ovome, konačan usvojeni tekst Pravila ne određuje tačan minimalni uzrast za krivičnu odgovornost, pa je skroman ishod izražen u pravilu da „donja starosna granica krivične odgovornosti ne bi trebala biti postavljena previše nisko." U odsustvu međudržavne saglasnosti, a s obzirom na činjenicu da obavezuje potpisnice, Konvencija o pravima deteta[20] u članu

---

izraza *torture* srpskim pojmom *mučenje*. Osim toga i naš zakonodavac u KZ koristi pojam *mučenje*, vid. između ostalih i čl. 137 KZRS.

[16] Danas: Burundi (13); vid. *Concluding observations: Burundi,* CAT/C/BDI/CO/1, 15.2.2007, §. 13; prema: Cipriani, D. 2009, *op. cit.*, p. 49; U Burundiju se donja starosna granica krivične odgovornosti i krivičnog punoletstva poklapaju na uzrastu od 13 godina. Nije potpuno jasno da li Komitet smatra da je 13 godina prenizak minimalni uzrast za krivičnu odgovornost (smatramo da Komitet nije ovog stava – prim.aut.) ili pre izražava svoju zabrinutost činjenicom da ustvari maloletničko pravosuđe ne postoji i da se krivična odgovornost lica već sa 13 godina utvrđuje pred sudom i u postupku za odrasla lica.

[17] Ova konvencija najšire i najbrže ratifikovana konvencija ikada. Čak 193 zemlje je podnelo je svoje instrumente o ratifikaciji, odnosno pristupilo Konvenciji, a do danas su odbile da je ratifikuju samo Somalija i Sjedinjene Američke Države; prema internet sajtu *United Nations Treaty Collection* (UNTC), http://treaties.un.org, na dan 1.09.2011. godine.

[18] *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice*, poznata pod nazivom „*Pekinška pravila*", *(Beijing Rules)*, usvojena od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija Rezolucijom 40/33, od 29.11.1985. godine. Ova pravila su preporučujuća i nisu obavezujuća *per se.* Neki od njihovih fundamentalnih principa ugrađeni su u Konvenciju o pravima deteta, pa tako i formalnopravno obavezuju strane ugovornice ove Konvencije.

[19] Schüler-Springorum, H. 1983, *Report on the standard minimum rules for the administration of juvenile justice and the handling of juvenile offenders*¸ unpublished draft; prema: Cipriani, D. 2009, *op. cit.*, p. 52.

[20] *Convention on the Rights of the Child (CRC)*, usvojena i otvorena za potpis, ratifikaciju i pristupanje od strane Generalne skupštine Ujedinjenih Nacija Rezolucijom 44/25 od 20.11.1989. godine, a u međunarodnom smislu stupila na snagu već 2.9.1990. godine. Ratifikovana Zakonom o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima

40.3.(a) samo bojažljivo predviđa da će strane ugovornice „nastojati da podstiču... utvrđivanje najniže starosne granice ispod koje deca ne mogu biti smatrana sposobnom za kršenje krivičnog zakona."[21]

Iako se sama Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda[22] ne izjašnjava neposredno u pogledu donje starosne granice krivičnopravnog maloletstva, zanimljiv je stav Evropskog suda za ljudska prava izražen u dvema odlukama povodom čuvenog slučaja Buldžer (*Bulger*).[23] Sud je zaključio da samo pripisivanje krivične odgovornosti optuženima nije dovelo do povrede člana 3 Konvencije (*Zabrana mučenja*). Istražujući odgovarajuće odredbe nacionalnih zakona o minimalnom uzrastu za krivičnu odgovornost članica Saveta Evrope i odgovarajuće međunarodne akte Sud nije pronašao minimalni uzrast za krivičnu odgovornost za koji bi se moglo reći da je opšte prihvaćen u Evropi. Stav Suda bio je da donja granica sposobnosti za krivičnu odgovornost u Engleskoj nije u neskladu sa evropskim prosekom, zaključujući da u *Pekinškim pravilima* nema jasno izraženog stava koji je to minimalni uzrast za krivičnu odgovornost.[24] Uprkos kasnije zauzetim stavovima Komiteta za dečja

deteta *("Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori", br. 15/90 i "Sl. list SRJ - Međunarodni ugovori", br. 4/96 i 2/97)*

[21] Komitet za prava deteta je u tumačenju istog člana bio izričit u stavu da su prema Konvenciji države obavezne da utvrde preciznu donju starosnu granicu krivične odgovornosti i smatra da uzrast 12 godina predstavlja međunarodno prihvaćeni apsolutni minimum uzrasta za krivičnu odgovornost. Komitet podstiče strane ugovornice da tamo gde to nije slučaj donju granicu krivične odgovornosti podignu na 12 godina, i da nastave da je podižu i iznad tog uzrasta. Takođe, Komitet izričito zahteva da strane ugovornice u kojima je donja starosna granica krivične odgovornosti viša od 12 godina, ne spuštaju ovu granicu na niži nivo; prema: Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 10: Children's rights in juvenile justice*, CRC/C/GC/10, 25.4.2007, §. 30, 32, 33.

[22] *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, usvojena od Saveta Evrope i otvorena za potpisivanje 4.11.1950. Ratifikovana Zakonom o ratifikaciji evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. („Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori", broj 9/2003.

[23] Dvojica desetogodišnjaka u Liverpulu oteli su dvogodišnjeg dečaka Džejmsa Buldžera, tukli ga do smrti i na kraju ga ostavili na pruzi gde ga je kasnije presekao voz. U vreme izvršenja dela minimalni uzrast za krivičnu odgovornost u Engleskoj bio je 10 godina, a postojala je oboriva pretpostavka da lica starosti između 10 i 14 godina nisu sposobna da budu krivično odgovorna. U konkretnom slučaju ova pretpostavka je oborena i obojica su osuđeni na kaznu zatvora od 10 godina. Obojica su se obratili Evropskom sudu za ljudska prava koji je konstatovao povrede njihovih temeljnih prava; vid. European Court of Human Rights, *T. v. The United Kingdom, App.no. 24724/94: Judgment,* Strasbourg, 1999; *V. v. The United Kingdom, App.no. 24888/94: Judgment,* Strasbourg, 1999.

[24] Smatramo interesantnim napomenuti da će Komitet za dečja prava konkretizovati odnosne odredbe Konvencije i pravila koje se odnose na minimalni uzrast, tek nakon odluke Evropskog suda u ovom slučaju; prema Cipriani, D. 2009, *op. cit.*, p. 66.

prava, koji se žestoko usprotivio ovakvom stavu Evropskog suda, dalja praksa Suda nastavila je u istom pravcu.[25]

Možda bi najbolja ilustracija razloga zbog kojih uloženi napori na međunarodnoj ravni nisu ishodovali uspehom u postavljanju opšteprihvaćenog minimalnog uzrasta za krivičnu odgovornost bio upravo stav Kanadske delegacije u raspravi 1977. godine tokom usaglašavanja teksta Dopunskog protokola I uz Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba. Kanadski predstavnik istakao je da donja starosna granica krivične odgovornosti predstavlja pitanje na koje odgovor treba da daju nacionalna zakonodavstva i koje svaka država treba da uredi u skladu sa svojom nacionalnom kulturom, razvijenošću i potrebama, te da bi izjašnjavanje (Protokola) po tom pitanju za mnoge predstavljalo uplitanje u unutrašnja pitanja država.[26]

Međunarodno pravo, odnosno određeni njegovi delovi koji dotiču pitanja koja su predmet ovog rada ne počiva na određenom homogenom kulturološkom obrascu niti je u pogledu kulturnog nasleđa i tradicije jedinstven poredak. Nastojanja da se iz ove ravni deluje prema nacionalnim pravnim sistemima koji pripadaju različitim kulturnim krugovima, nipodaštavaju posebnosti određene kulture na kojima počiva svaki moralni, pa otuda i pravni poredak.

Nesporno je da međunarodni standardi maloletničkog pravosuđa predstavljaju značajnu tekovinu savremenog krivičnog prava. Takođe, čini se opravdanim izdvajanje posebnog postupka za maloletnike različitog od opšteg krivičnog postupka koji se vodi prema odraslim licima. Razmena iskustava među državama i usaglašavanje standarda u postupanju sa maloletnim licima koja dođu u sukob sa krivičnim zakonom takođe se čini poželjnom. Na ovaj način sprečavaju se određena neprihvatljiva postupanja u zemljama sa zaostatkom u razvoju dečjih prava i to se čini opravdanim. Međutim, ipak smatramo da uspostavljanje opšte donje starosne granice za krivičnu odgovornost nije nužan uslov za ostvarenje ovog cilja. U prilog ovom stavu, u narednom izlaganju prikazan je određeni broj (veoma različitih) uporednopravnih rešenja.

---

[25] European Court of Human Rights, *S.C. v. The United Kingdom, App.no. 60958/00: Judgment,* 2004.

[26] Kanada je u to vreme, pa sve do 1984. godine, zahtevala samo 7 godina kao minimalan uzrast za krivičnu odgovornost; Danas se ova granica u Kanadi nalazi na 12 godina; prema: Cipriani, D. 2009, *op. cit.*, p. 46

STANJE U UPOREDNOM PRAVU[27]

U okviru Evropske Unije, dugo vremena najniže donje starosne granice krivične odgovornosti primenjivane su u Ujedinjenom Kraljevstvu. I danas u Škotskoj lice može biti krivično odgovorno već sa 8 godina, dok se u Engleskoj, Velsu i Severnoj Irskoj zahteva navršenih 10 godina života. Izvan EU, na evropskom kontinentu Švajcarska sposobnim za krivičnu odgovornost smatra lica sa navršenih 10 godina. Sa druge strane francusko krivično pravo za postojanje sposobnosti za krivičnu odgovornost ne postavlja preciznu starosnu granicu, pa sposobno za krivičnu odgovornost može biti svako dete koje se može smatrati razboritim nezavisno od godina starosti.[28] Estonija zahteva samo 7 godina, dok zakonodavstvo Irske kao minimalan uzrast za krivičnu odgovornost zahteva navršenih 10, a za određena krivična dela 12 godina života, baš kao i Kipar. Holandija sposobnim za krivičnu odgovornost smatra lica nakon navršenih 12 godina[29], a u Grčkoj je donja starosna granica sposobnosti za krivičnu odgovornost 13 godina. Određen broj članica EU, kao i zemlje bivše Jugoslavije kroz prizmu krivičnog prava vide samo učinioce starije od 14 godina, dok je donja granica krivične odgovornosti u skandinavskim zemljama uključujući i Island navršenih 15 godina života, što predstavlja evropski maksimum.

---

[27] U pogledu svih podataka o aktuelnom minimalnom uzrastu za krivičnu odgovornost u analiziranim državama korišćena je monografija „*Children's rights and the minimum age of criminal responsibility: a global perspective*, iz 2009. čiji je autor *Don Cipriani*. Gde god nije naznačen izvor podatka u uporednopravnom delu, isti je preuzet iz pomenute monografije. Koliko je nama poznato, u našoj ali ni inostranoj literaturi, nije moguće pronaći sveobuhvatnu studiju koja sadrži aktuelnije, pa time i relevantnije podatke o pitanju minimalnog uzrasta za krivičnu odgovornost, i o povezanim pitanjima u nacionalnim zakonodavstvima širom sveta.

[28] I pored ograničenja ove uporednopravne analize isključivo na kriterijum uzrasta, ovakva ocena navedenog autora (Cipriani), koju prihvatamo, zahteva kratko pojašnjenje. Navedeni autor ističe da u Francuskoj deca svih uzrasta mogu biti podvrgnuta merama zaštite, pomoći, nadzora i obrazovanja, samo se mere koje je moguće primeniti, postupajući organi i postupak u kom se one izriču, razlikuju u odnosu na njihov uzrast. Tako mere edukativnog karaktera, *sanctions éducatives*, koje u određenim slučajevima lišavaju decu slobode, mogu se primeniti prema deci uzrasta od 10 godina i više. Nešto strožije mere, *penies*, koje takođe u određenim slučajevima podrazumevaju lišenje slobode deteta, mogu se izreći deci koja su navršila 13 godina. Tako, upravo na osnovu mogućnosti primene određenih mera, kod različitih autora srećemo različita značenja donje granice krivičnopravnog maloletstva u Francuskoj; prema Cipriani, D. 2009, *op. cit.*, p. 100, 137.

[29] Goldson, B. 2009, „Counterblast: 'Difficult to understand or defend': A reasoned case for raising the age of criminal responsibility", *The Howard Journal*, vol. 48, No 5, pp. 516-517.

Najviši minimalni uzrast za krivičnu odgovornost na svetu, od 16 godina predviđen je na Zelenortskim ostrvima. U Rusiji je ova granica takođe na 16, međutim za teža krivična dela može odgovarati i lice koje je navršilo 14 godina.[30] U SAD ovo pitanje je prepušteno zakonodavstvima saveznih država, od kojih mnoge uopšte ne propisuju uzrast potreban za krivičnu odgovornost, pa tako donja starosna granica varira između 0 i 14[31] uz dodatne uslove za primenu određenih mera. Kina načelno propisuje da lica sa 14 godina mogu biti krivično odgovorna, dok za određena krivična dela zahteva navršenih 16, sa izuzetkom Hong Konga u kome je za ulazak u krivično pravo, u skladu sa britanskim kolonijalnim nasleđem, dovoljno i 10 godina života.

Primenu testova razbora[32] prema licima između 7 i 12 godina života srećemo na Bahamima, u Bruneju, Grenadi, Indiji, državi Malavi, Mjanmaru, Nigeriji, Pakistanu, Singapuru. Iako na višem uzrastu, i dalje neprihvatljivu *doli incapax* praksu srećemo i u Keniji i na Šri Lanki (8-12), zatim u Australiji, Kini, na Novom Zelandu (10-14), dok na Kipru, Fidžiju i u Maleziji ovaj raspon obuhvata uzrast od 10. do 12. godine života. Iako je predviđeni minimum iznad internacionalno preporučenog, u susednoj Rumuniji takođe se primenjuje *doli incapax* test na lica koja su delo izvršila između 14. i 16. godine života.

Specifični su primeri kao što je recimo Kuba, koja ističe da je minimalni uzrast za krivičnu odgovornost čak 16 godina, iako praktično sva lica nezavisno od uzrasta mogu biti podvrgnuta specijalnim obrazovnim merama. Ovakvo postupanje podrazumeva mere boravka neodređenog trajanja u tzv. *obrazovnim* kampovima. Ova situacija slična je, pomalo

---

[30] Dunkel, F., Pruin, I. 2009, *Juvenile offenders subject to community sanctions or measures or deprived of their liberty - Current developments in juvenile justice policy and evaluation of a questionnaire of the COE*, Council of Europe – Council for Penological Co-operation, 28.01.2009; preuzeto sa www.search.coe.int, 20. marta 2010. Godine.

[31] Cipriani, D. 2009, *op. cit.*, p. 107; Čak 32 savezne države u SAD ne postavljaju minimalni uzrast za krivičnu odgovornost. Zbog povreda Federalnog krivičnog zakona, godišnje se uhapsi u proseku oko 400 dece, no pod određenim uslovima nadležost za ova dela može biti preneta sudovima saveznih država.

[32] Testovi razbora u različitim formama primenjuju se u određenom broju država u koje su ušli recepcijom ustanove *doli incapax* iz rimskog prava. Na ovim temeljima, koji su u rimskom pravu postavljeni dosta rano, počiva doktrina tzv. *doli incapax* testa, koja će preko engleskog *common law* sistema te recepcijom francuskog prava, biti široko prihvaćena. U najkraćem, *doli incapax* predstavlja oborivu pravnu pretpostavku da lica starosti preko minimalnog uzrasta za krivičnu odgovornost, a do određene (više) starosne granice nisu sposobna za krivičnu odgovornost. Dozvoljeno je pred sudom dokazivati suprotno. Tako u slučaju da se dokaže da je da je konkretno lice zrelo i razumno i pretpostavka bude oborena, otvara se mogućnost da lice bude krivično odgovorno i postupak se nastavlja.

neočekivanim poslednjim izmenama francuskog zakonodavca.[33] Začuđujuće je da i Poljska dozvoljava da se prema detetu, bez obzira na uzrast, ukoliko se utvrdi da su „lošeg morala", primene korektivne mere koje podrazumevaju lišenje slobode, praktično neodređenog trajanja.

U pogledu država za koje smo u prethodnoj analizi kao donju granicu maloletstva brojčano iskazali nulu, ipak ne možemo reći da se sva deca smatraju sposobnom da budu krivično odgovorna. Zakonodavstva koja imaju ovakva rešenja, zapravo ne propisuju izričito neki određen uzrast učinioca kao uslov da bi se mogao smatrati sposobnim za krivičnu odgovornost, ali sa druge strane puni domašaj krivične odgovornosti ograničavaju propisivanjem posebnih postupaka, odnosno mera koje se mogu izreći za određene kategorije učinilaca prema uzrastu.

Možemo primetiti da u teritorijalnom rasporedu uzrast od 7, 8 i 10 godina susrećemo pretežno u zemljama koje su bile pod određenim uticajem engleskog *common law* sistema. Tako od 75 država koje su nekada bile engleske kolonije ili protektorati, odnosno koje su na drugi način primile *common law*, čak 51 država odnosnu starosnu granicu postavlja na 7, 8 ili 10 godina. Sa druge strane, među 55 država koje danas primenjuju *doli incapax* test ili neku sličnu pretpostavku, oko 40 su bile pod direktnim uticajem engleskog *common law*. Otuda čini se istinitim zaključak da sve ranije britanske kolonije generalno karakteriše „duboka ujedinjenost pod štitom engleskog krivičnog prava".[34] Takođe, ovako niske granice sreću se i u islamskim zemljama. Minimalni uzrast za krivičnu odgovornost na nivou od 12 godina primećujemo i u mnogim afričkim i južnoameričkim zemljama, koje su svoja zakonodavstva uskladila nakon usvajanja Konvencije o pravima deteta i pod uticajem preporuka Komiteta. Posmatrajući grupu država koje zahtevaju navršenje 13. godine života kako bi se lice moglo smatrati sposobnim za krivičnu odgovornost, uočavamo da je veliki broj njih bio pod istorijskim uticajem francuskog prava.

Iako se može doći do zaključka da se uzrast od 14 godina pojavljuje veoma često kao donja granica sposobnosti za krivičnu odgovornost u zemljama koje su bile pod uticajem sovjetskog prava, ipak smatramo da ne bi bilo opravdano zaključiti da je u ovom slučaju uticaj sojvetskog prava dominantan faktor. Iako i važeće pravo Srbije donju starosnu granicu sposobnosti za krivičnu odgovornost postavlja na uzrastu od 14 godina, teško da

[33] *supra,* fusnota 17.

[34] Read, J. 1963, „Criminal Law in the Africa of Today and Tomorrow", *Journal of African Law*, No. 7, p. 5.

bi se sovjetski uticaj mogao valjano braniti kao presudan faktor u uspostavljanju ove granice kod nas, pa verovatno i u drugim zemljama sa istočne strane gvozdene zavese. Donja starosna granica sposobnosti za krivičnu odgovornost kod nas postavljena je na uzrastu od 14 godina još pre Drugog svetskog rata, a neposredno nakon rata naše pravo je veoma kratko bilo pod određenim sovjetskim uticajem. Imajući u vidu navedeno kao i činjenicu da su gotovo sve zemlje nekadašnjeg istočnog bloka u predsovjetskom periodu bile pod uticajem germanskog pravnog kruga, teško da bi se moglo zaključiti da je donja starosna granica sposobnosti za krivičnu odgovornost na uzrastu od 14 godina tekovina sovjetskog prava.[35]

Donju starosnu granicu sposobnosti za krivičnu odgovornost na uzrastu od 15 godina srećemo u skandinavskim zemljama.

Takođe, istražujući 192 zemlje članice Ujedinjenih nacija, zaključili smo da je svetski prosek minimalnog uzrasta sposobnosti za krivičnu odgovornost 12 godina, i da je ovaj prosečni uporednopravni uzrast *u skladu* sa preporukom Komiteta za prava deteta da minimalni uzrast za krivičnu odgovornost ne bi smeo biti niži od 12 godina života. Međutim, čini se ispravno zaključiti da je ovaj prosek značajno snižen u zemljama koje ne predviđaju izričito minimalni uzrast za krivičnu odgovornost. Otuda sledi zaključak da je svetski prosek, u zakonodavstvima koja propisuju minimalni uzrast sposobnosti za krivičnu odgovornost viši od preporuke Komiteta. Kod 89 zemalja sveta srećemo donju granicu krivične odgovornosti nižu od 11 godina, među kojima su i 23 države koje se vezuju za kriterijum nastupanja *pubetreta* ili uopšte izričito ne predviđaju tačan uzrast kao uslov krivične odgovornosti. Krivična zakonodavstva ovih zemalja izlaze iz međunarodno prihvaćenih obrazaca, kao što je to slučaj i sa 6 zemalja koje predviđaju različit minimalni uzrast na različitim delovima teritorije, zatim sa 42 države koje predviđaju uzrast u zavisnosti od težine učinjenog dela, te 55 zemalja koje primenjuju *doli incapax* ili slične testove.

Poredeći analizirane, pa i ostale države kroz prizmu kulture, moralnog i uopšte društvenog poretka, u vezi sa nivoom njihove ekonomske i socijalne razvijenosti, iz prethodne uporednopravne analize izranja kaleidoskopska slika savremenog sveta. Otuda ne čudi šarenolikost uporednopravnih rešenja u pogledu minimalnog uzrasta na kome se lice može smatrati sposobnim da shvati društveni poredak oko sebe i svoje ponašanje saglasi sa njegovim zahtevima.

[35] suprotno Cipriani, D. 2009, *op. cit.*, p. 109.

ZAVRŠNA RAZMATRANJA

Kao što smo videli, na međunarodnom nivou već više od pola veka ulaže se ogroman napor kako bi se postigla opšta saglasnost po naslovnom pitanju. Konačni cilj ovih aktivnosti bio bi uspostavljanje donje granice krivične odgovornosti na nekom univerzalno prihvaćenom uzrastu koji bi se primenjivao u svim zemljama sveta.

Imajući u vidu prirodu i (ne)moć međunarodnog prava, čini se da su ovakvi napori uzaludni. Više od toga, postavlja se pitanje zašto bismo uopšte pokušavali da usaglasimo nacionalna zakonodavstva sveta u pogledu nekog opšteg minimalnog uzrasta za krivičnu odgovornost. Nije do kraja jasno šta bi se postiglo ovakvim institutom koji bi počivao na iznuđenom međudržavnom konsenzusu, koji bi neizostavno ovo „srednje" rešenje odvojio od kulturoloških i običajnih temelja većine nacionalnih pravnih sistema.

Upravo različita uporednopravna rešenja u pogledu donje, ali i drugih starosnih granica (unutar) maloletstva odražava ranije ili kasnije sazrevanje mladih u različitim kulturnim krugovima, na drugačijim socio-ekonomskim osnovama pa i u zavisnosti od etničke pripadnosti, ili čak prirodnih i drugih uslova. Osim ovih evidentnih uticaja, uspostavljanje starosnih granica u nacionalnim krivičnim zakonodavstvima uslovljeno je faktorima političkog, kriminalno-političkog, te (možda i najznačajnije – prim. aut.) tradicionalno-istorijskog karaktera.[36] Takođe, u predmetnoj oblasti nisu retki transplantati koji potiču iz drugih nacionalnih pravnih sistema. Iako pozitivna iskustva drugih zemalja mogu biti od koristi, pozitivan rezultat preuzimanja tuđih rešenja mogao bi se očekivati tek nakon podrobnog ispitivanja i „ujednačavanja" svih pomenutih faktora koji su od uticaja na određivanje donje starosne granice sposobnosti za krivičnu odgovornost. Tek nakon toga moglo bi se očekivati da određeno rešenje, preneto iz nekog drugog nacionalnog pravnog sistema, ostvari zadovoljavajući rezultat. Tako je i u pogledu donje starosne granice krivične odgovornosti uočljivo „nepoštovanje nacionalnih posebnosti i potreba, već se na bazi pukog imitiranja prihvataju rešenja koja su trenutno u 'modi', ali neprihvatljiva za pojedine zemlje."[37]

---

[36] Carić, A. 1971, *Problemi maloljetničkog sudstva*, Split, p. 21-25.

[37] Lopez-Ray, M. 1959, „La prevention et le traitement...de la delinquence juvenile, Tendences internationales d'aujourd'hui", *Revue internationale de Criminologie et de Police technique*, No. 1, p. 8; (citirano prema: Jašović, Ž.B. 1991, *Kriminologija maloletničke delinkvencije*, Beograd, p. 47.

Ukoliko bi koncept čvrsto postavljene donje starosne granice odoleo udarima sveukupnih društvenih promena u savremenom svetu i pokazao se kao prihvatljivo rešenje, čini se da bi u njegovom određivanju ipak trebalo više slediti dostignuća savremene nauke. Iako smatramo da na određivanje donje starosne granice sposobnosti za krivičnu odgovornost presudan uticaj imaju društveni faktori, nikako ne bi trebalo osporavati da bi neki *de lege ferenda* minimalni uzrast za krivičnu odgovornost, morao biti u skladu sa saznanjima razvojne i socijalne psihologije, kao i biološko-medicinskih i drugih srodnih istraživanja.[38]

Iako bi starosne granice kojima se određuje domen primene krivičnog prava morale da budu zasnovane na nekom pretpostavljenom stepenu razvoja ličnosti pojedinca, kako bi se na tom nivou moglo zasnovati sticanje sposobnosti za krivičnu odgovornost, to ipak nije slučaj. Osnovne postavke ovakvog pristupa daju prednost socijalno-pedagoškim i psihološkim uzrocima maloletničke delinkvencije, koja se prvenstveno objašnjava društvenom uslovljenošću.[39] Čini se da svi pomenuti faktori, a naročito pripadnost određenom kulturnom krugu i tradicijsko-istorijski faktor, mnogo više utiču na postavljanje savremenih donjih starosnih granica krivičnopravnog maloletstva nego što se one zasnivaju na naučnim proučavanjima procesa biopsihičkog, socijalnog, moralnog i svakog drugog sazrevanja. Brojni su autori koji se na osnovu iznetih razloga zalažu za potpuno ukidanje starosnih granica, i potpunu individualizaciju tretmana delinkvenata koji „ne bi bio sputana i u suprotnosti sa pseudonaučnim sistemom starosnih granica.“[40]

Čini se kao da su nacionalni zakonodavci, bez nekog posebnog smisla, više okupirani pokušajem uspostavljanja nadnacionalnog dogovora povodom minimalnog uzrasta za krivičnu odgovornost, nego što nastoje da postavku ovog instituta prilagode promenama u svom društvu. Posmatrajući međunarodni nivo i preporuke različitih međunarodnih tela koja se bave odnosnom problematikom, rešenje u našem siste-

[38] Kako ističe *M. Škulić* „u tom smislu je posebno značajna procena koja se odnosi na dob u kojoj prosečno lice u konkretnoj državi i u uobičajenim uslovima stiče odgovarajući nivo zrelosti, što je vrlo kompleksno pitanje, nužno povezano kako sa stepenom društvenog i ekonomskog razvoja konkretne države...“ prema Škulić, M. 2010, „Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice u krivičnopravnom smislu“, *Crimen (I)*, 2/2010, p. 223 (fusnota 54)

[39] prema Škulić, M. 2003, *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, Beograd, p. 129. Na istom mestu, pomenuti autor ilustrujući ovakav pristup maloletničkoj delinkvenciji navodi i sledeću interesantnu postavku *F. Tanenbauma* „Kriminalac je proizvod zajednice“.

[40] Jašović, Ž.B. 1991, *Kriminologija maloletničke delinkvencije*, Beograd, p. 47

mu je u potpunosti saglasno sa međunarodnim „očekivanjima“. Ali, koja bi uopšte bila svrha usklađivanja sa preovlađujućim stavom međunarodne zajednice ako rešenje unutrašnjeg prava ne odgovara potrebama tog društva. Kako je krivično pravo nacionalno pravo i štiti dobra i vrednosti jednog konkretnog društva u datom trenutku, njegovi instituti treba da počivaju pre svega na temeljima na kojima počiva to društvo i njegov celokupan vrednosni sistem.

Kroz prikazana istorijska kretanja i važeća rešenja u uporednom pravu jasno se vidi da razvoj prava po predmetnim pitanjima nije išao samo jednom linijom koja bi bila karakteristična za sve nacionalne pravne sisteme. Istorijski razvoj čovečanstva nije jedan jedinstven ciklus, već je sačinjen od mnoštva zasebnih razvojnih procesa u okviru pojedinih kulturnih krugova. Na jedinstvenom razvoju kulture formirane su različite porodice pravnih sistema. Tako u Evropi i Severnoj Americi postoje konvencije kojima se štite ljudska prava i relativno efikasni sudovi koji postupaju po njima. Čak i u Africi postoji jedinstven instrument kojim se štite ljudska prava, iako je domet afričke Konvencije različit u saharskoj i podsaharskoj Africi. Ostaje pitanje kako u Aziji ne postoji jedinstven mehanizam kojim se štite ljudska prava. Odgovor je praktično identičan i mogao bi se primeniti i na nemogućnost postizanja opšteg konsenzusa o minimalnom uzrastu za krivičnu odgovornost: Azija se odlikuje velikim brojem religija, narodima različitog etničkog porekla i ogromnim razlikama u nivou socio-ekonomskog razvoja među državama. Zaključujemo da je kulturološka i uopšte socijalna heterogenost nepremostiva prepreka ujednačavanju prava uopšte, pa tako i po predmetnom pitanju.

Naposletku, uz sve iznete argumente pitanje samog uzrasta na kom će biti postavljena granica ulaska u domen krivičnog prava nije od presudnog značaja za krivičnopravnu praksu, jer će se uvek javljati i učinioci koji su mlađi od tog uzrasta. Možda i najznačajnije pitanje koje se pojavljuje, iako van naslovnog određenja ovog rada jeste kako reagovati prema ovakvim licima. U pravnim sistemima (pravno) razvijenijih zemalja zapaža se tendencija povlačenja krivično pravne reakcije i ustupanja mesta drugim vidovima organizovane korektivno-obrazovne društvene reakcije, koja je koliko je to god moguće preventivnog, tzv. preddeliktnog karaktera. Primetno je nastojanje maloletničkih zakonodavstava u uporednom pravu, što je slučaj i sa našim Zakonom o maloletnicima, izbegavanje represivnih krivičnih i insistiranje na socijalnim, vaspitnim i drugim popravnim merama koje se izriču upravo u krivičnom postupku i prema licima koja su sposobna za krivičnu odgovornost. Krivični postupak prema maloletnicima u postupanju, a naročito u merama koje se primenjuju,

mnogo je blaži i gotovo da postaje upitan njegov krivični karakter. Naročito, starosna granica koja isključuje mogućnost krivičnopravne reakcije ne sme anulirati svaku društvenu reakciju prema najmlađim delinkventima.[41] U interesu je pre svega ovakvog učinioca, pa i društva da se prema njemu reaguje u što ranijoj fazi kada je i mogućnost popravljanja veća. Reagovanje na protivpravna ponašanja mladih u najranijoj fazi čak i kada je stepen njihove društvene opasnosti nizak, omogućava se pozitivan razvoj ovih lica ali se istovremeno i predupređuju teži oblici kriminaliteta. U krivičnom pravu uočena tendencija da kasniji višestruki povratnici svoju kriminalnu karijeru započinju veoma rano[42] takođe opravdava što raniju organizovanu i sistematsku reakciju društva na delinkvenciju mladih.

Priklanjajući se stavu da u domenu regulisanja pitanja donje starosne granice krivične odgovornosti isključiva nadležnost pripada nacionalnim zakonodavcima, neophodno je u najkraćem osvrnuti se na trajanje donje starosne granice sposobnosti za krivičnu odgovornost u srpskom pravu od vremena u kome je postavljena na uzrast na kom se nalazi i danas.

U navedenom smislu treba imati u vidu da je rešenje našeg zakonodavca staro gotovo ceo jedan vek. Kada se pogleda razvojni put koji je srpsko društvo prešlo u tom periodu, društvene prilike su se značajno promenile. Dete koje je živelo u Srbiji pre jednog veka i dete koje danas odrasta ovde, u mnogome se razlikuju. Pre svega porodica je doživela veliki preobražaj, a osim toga detetu ja danas potrebno mnogo više znanja o životu i svetu nego što je to bilo početkom prošlog veka. Deca danas mnogo brže sazrevaju i stupaju u različite društvene, pa time i pravne odnose, ali izgleda i da su mahom sve duže socijalno i emocionalno infantilna i manje spremna za samostalan život. Opravdanje gotovo svake neoborive

[41] *M. Škulić* ističe da bi donja starosna granica sposobnosti za krivičnu odgovornost „u suštini ipak bila relativne prirode“ imajući u vidu oficijelnu reakciju na izvršenje krivičnog dela od strane lice koje se nalazi ispod zakonom predviđenog minimalnog uzrasta. Ovakav zaključak citirani autor „zasniva na činjenici da praktično nema države u svetu, bar ne one koja je iole civilizovana, a koja neće u slučaju da i veoma mlad učinilac izvrši krivično delo,... u odnosu na njega preduzeti određene mere, bilo iz domena krivičnog prava, bio iz sfere socijalne zaštite“ prema: Škulić, M. 2010, „Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice u krivičnopravnom smislu“, *Crimen (I)*, 2/2010, p. 223.

[42] Tako su Manhajm i Vilkins još 1955. godine pokazali da je iz grupe maloletnika kojima je prvi put suđeno u 16. godini recidiviralo 46%, a iz grupe koja je počinila prve prestupe u 11. godini recidiviralo je čak 65%; preuzeto iz: Jašović, Ž.B. 1991, *op.cit.*, str. 124. (originalni izvor: Manhein, H, Willkins, L.T. 1955, *Predicting Methods in Relation to Borstal Training*, London) Ovo ukazuje kolika je ozbiljnost delinkventne aktivnosti na dečijem uzrastu, koja se multiplicira odsustvom društvene reakcije na ovakva ponašanja.

pravne pretpostavke, pa tako i donje granice maloletstva nezavisno na kom uzrastu se ona nalazila, jeste obezbeđenje određene pravne sigurnosti. Ostaje pitanje da li važeća donja granica maloletstva u krivičnom pravu Srbije odgovara duhu vremena i da li je bez ove komplementarnosti moguće ostvariti očekivanu pravnu sigurnost u pogledu odnosnog pitanja?

Impunitas delicti propter aetatem non datur, si modo in ea quis sit, in quam crimen quod intenditur cadere potest
(C.J. – 9, 47, 7)

Stefan Samardžić, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Do We Need Universal Minimum Age of Criminal Responsibility?

Abstract

Although considerable efforts have been made in international law in order to set the general minimum age of criminal responsibility, no consensus has been reached on this issue. Having in mind the nature of international law it seems that such efforts are futile. Regardless of the (in)ability of international law to provide an answer to the question regarding minimum age of criminal responsibility, and the need to set general minimum age at the international level applicable in different societies, international normative acts bind national jurisdictions on regional and even universal level. With the aim of examining international standards dealing with the minimum age in national criminal legislation, and having in mind the obligation of states to harmonize their laws with international legal instruments, the author made an overview of the most relevant among these international standards in order of their creation. The tendency of harmonizing the minimum age of criminal responsibility, while formally hidden behind the rule of law argument in the states that belong to different cultures, ridicules specific character of particular culture on which every moral and legal order rests. As an illustration of this position, the author researched a number of (very different) comparative-law approaches. The comparative-law analysis clearly reveals colonial and non-colonial approach to this issue. Also, comparison of national legislation indicates wider dependents of child's understanding of criminal law on particular culture. The analysis of international regulatory standards and comparative-law approaches in a number of countries raises the issue of justification of harmonization with predominant standards of the international community in situations when national-law regulation does not correspond to the needs of a particular society.

Key words*: minimum age of criminal responsibility (MACR); age; criminal law*

Originalni naučni rad 343.2(497.11)(091)

Uroš Stanković, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NEKOLIKO NAPOMENA O NACRTU KRIVIČNOG ZAKONIKA VASILIJA LAZAREVIĆA (1839)[1]

***Sažetak**: U radu se razmatraju manje poznati detalji vezani za nacrt krivičnog zakonika Srbije koji je 1839. sačinio tadašnji gradonačelnik Zemuna Vasilije Lazarević. S obzirom na to da je u naučnoj obradi početaka kodifikacije krivičnog prava u Srbiji ovom dokumentu posvećeno vrlo malo prostora, postoji potreba da se skrene pažnja na jedan zaboravljeni i zapostavljeni tekst. Da bi stekao potpunija saznanja o nacrtu, autor je korsitio arhivsku građu koja otkriva šta se sa njim dogodilo nakon što ga je Lazarević predao Ministarstvu pravde. Iako je rad s izvorima donekle proširio saznanja o nacrtu, ono što se o njemu zna i dalje je daleko od zadovoljavajućeg.*

***Ključne reči**: Nacrt krivičnog zakonika, Vasilije Lazarević, kodifikacija krivičnog prava, istorija krivičnog prava Srbije.*

I

Normativno regulisanje krivičnog prava od suštinskog je značaja za izgradnju stabilnih društvenih odnosa u jednoj zemlji. Stoga ne čudi što se u sklopu nastojanja da se sačine najvažniji zakoni za Srbiju krajem 20-ih godina XIX veka javlja i ideja o kodifikaciji krivičnog prava. Ovu zamisao tadašnji zakonodavci su nastojali da ostvare prevođenjem stranih zakona.

[1] Rad je posvećen projektu Pravnog fakulteta u Novom Sadu *Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava – Srbija i EU*.

Tako je krajem 1828. godine tada već poznatom književniku Vuku Stefanoviću Karadžiću bio poveren prevod francuskog Krivičnog zakonika (Code penal, 1810). Njega su preveli delom Karadžić, a delom njegov pisar. U aprilu 1830. je tzv. *Zakonodateljna komisija*, zadužena za izbor odredaba koje će se naći u srpskim zakonima, završila preradu prevoda. Međutim, on nije bio ozakonjen.[2]

U martu 1834. na izradi krivičnog zakonika je počeo da radi sekretar Kneževske kancelarije Stefan Radičević. On je, preuzevši odredbe austrijskog, grčkog i francuskog zakonodavstva, u septembru iste godine dovršio sastavljanje projekta krivičnog zakonika koji se sastojao iz dva dela – *Zločinstvenog* i *Policajnog zakona*.[3]

Godine 1837. u Srbiju radi izrade zakona na poziv kneza Miloša dolaze novosadski senator Jovan Hadžić i gradonačelnik Zemuna Vasilije Lazarević. Njih dvojica su svoj rad na zakonima otpočeli pregledom nacrta koje im je predao sekretar Zakonodateljne komisije Lazar Zuban. Završivši pregledanje, 25. jula 1837. su knezu podneli izveštaj o sadržini nacrta i preporukama za nastavak kodifikatorskog rada.

U izveštaju se nalazi i deo posvećen projektu krivičnog zakonika. Hadžić i Lazarević su obavestili kneza da se on zasniva pretežno na austrijskom, a u manjoj meri na grčkom krivičnom zakonodavstvu. Taj put razvoja su ocenili kao pogrešan, jer se u Srbiji i Austriji razlikuju shvatanja o pojedinim krivičnim delima i sklonost ka njihovom izvršenju. Smatrali su da krivični zakonik za Srbiju mora izgledati drugačije nego u drugim zemljama, tj. imati "sebi svojstven vid".[4]

U prvoj fazi rada Hadžić i Lazarević su zajednički radili na kodifikaciji krivičnog, građanskog i građanskog procesnog prava. Poslove su podelili u maju 1838, tako što je Hadžić ponudio kolegi da odabere koji zakonik, odnosno zakonike, želi da sastavi. Lazarević se opredelio za krivični zakonik i zakonik o građanskom sudskom postupku.[5]

Sve što se od tada odvijalo u vezi s nacrtom krivičnog zakonika prilično je velika nepoznanica. Vrlo malo podataka o izradi teksta ovog na-

---

[2] A. S. Jovanović, *Rad na "toržestvenim" zakonima*, *Arhiv za pravne i društvene nauke* (dalje = APDN) VIII/4 (1909), str. 258 (ovaj Jovanovićev rad objavljen je u pet nastavaka u četvrtoj svesci APDN za 1909. i prve četiri za 1911); T. Nikčević, *Postanak i pokušaj prerade Građanskog zakonika Kneževine Srbije,* Beograd 1971, str. 9–11.

[3] Jovanović, *nav. delo*, APDN XI-1 (1911), str. 12–13; Nikčević, *nav. delo*, str. 15.

[4] Jovanović, *nav. delo*, APDN XI-1 (1911), str. 20.

[5] J. Hadžić, *Spomeni iz mojega dnevnika, Ogledalo srbsko* VIII (1864), str. 228 (rad je izašao u osam nastavaka u časopisu *Ogledalo srpsko* za 1864). Up. A. Ivić, *Izrada zakona za Kneževinu Srbiju (od 1829–1843),* APDN XI-3 (1921), str. 191, gde je podela poslova između Hadžića i Lazarevića smeštena u jun 1838. Moguće je da ovakvo razmimoilaženje potiče od činjenice da Ivić pojedine datume navodi po gregorijanskom kalendaru.

crta, njegovoj sadržini i postupku s njim posle predaje Ministarstvu pravde pružili su u svojim radovima Đ. Cenić, A. Jovanović i A. Ivić.[6] U nameri da o svemu ovome saznamo nešto više, pošli smo od podataka koje daje arhivska građa.

II

Lazarevićev samostalan zakonodavni rad nije mogao odmah da započne. Pošto je slabo pisao srpski jezik, zakonodavac je zamolio da mu se dodeli jedan pisar. Dodeljen mu je Vasilije Jovanović, tadašnji sekretar šabačke konzistorije (crkvenog suda), koga je Lazarević poznavao kao nekadašnjeg učitelja u Zemunu. Nešto kasnije, Jovanovića je na tom mestu zamenio Sava Popović, sekretar šabačkog magistrata.[7]

Nemamo detaljnijih podataka o tome koliko je Lazarević bio revnostan u prvih nekoliko meseci svog rada. Indiciju predstavlja pismo kneza Miloša upućeno Hadžiću i Lazareviću 26. oktobra 1838, kojim su opomenuti da ne gube vreme na privatne poslove i druženje s nemoralnim ljudima, već se posvete poslu za koji su dobro plaćeni.[8]

Kneževa opomena je, po svemu sudeći, uticala na Lazarevića. To se može zapaziti iz njegove izjave kako bi izradu krivičnog zakonika mogao da privede kraju za pet, šest meseci pod uslovom da dobije još jednog pisara. Vlast je udovoljila njegovoj molbi; za pisara mu je dodeljen sekretar Suda okruga smederevskog Milan Davidović, inače sin tvorca Sretenjskog ustava (1835) Dimitrija Davidovića.[9]

Ne svojom krivicom, Lazarević ipak nije mogao potpuno da se usredsredi na krivični zakonik. Donošenje zakona koji su se odnosili na organizaciju državnih organa iziskivalo je učešće koliko-toliko stručnih lica, u koja se i on ubrajao. Knez Miloš je 2. maja 1839. javio Državnom savetu da je rekao Lazareviću i Hadžiću da treba da se nađu Savetu pri ruci prilikom izrade zakona o sudovima.[10]

Lazarević je postupio prema kneževom nalogu. Zajedno sa Hadžićem, najpre je učestvovao je u pregledu nacrta Ustrojstva Državnog saveta, a zatim su mu postavljana mnogobrojna pitanja u vezi sa

---

[6] Vidi Đ. Cenić, *Objasnjenje Kaznitelnog zakonika za Knjažestvo Srbiju*, Beograd 1866, str. 5; Jovanović, *nav. delo*, APDN VIII/4 (1909), str. 261 i XI-2 (1911), str. 95; Ivić, *nav. delo*, str. 192–195.

[7] Hadžić, *nav. delo*, str. 228; Jovanović, *nav. delo*, APDN XI-2 (1911), str. 93.

[8] Jovanović, *nav. delo*, APDN XI-2 (1911), str. 93.

[9] Jovanović, *nav. delo*, APDN XI-2 (1911), str. 95.

[10] Arhiv Srbije (u daljem tekstu = AS), Pokloni i otkupi 132/141, *Knez Miloš Državnom Savetu, Beograd 2. maj 1839*.

organizacijom okružnih sudova i Apelacionog suda. Ali kada je trebalo da Hadžić i on uzmu učešća u pregledu normi o ministarstvima unutrašnjih dela i finansija, Lazarević je zamolio vladu da ga oslobodi te dužnosti kako bi mogao da usmeri svu energiju na izradu krivičnog zakonika.[11]

Vlada je pozitivno odgovorila na Lazarevićevu molbu. Ispostavilo se da je njegov pristup zakonodavnom poslu bio ispravan. Naime, već između kraja jula i početka oktobra[12] predao je nacrt krivičnog zakonika Ministarstvu pravde. Iz Ministarstva je dobio odgovor da će projekat biti pregledan i, posle usvajanja, odštampan.[13]

Prvi pouzdan dokaz da je Lazarević predao nacrt je dopis Ministarstva pravde Državnom savetu od 3. oktobra 1839, kojim se predlaže otpuštanje gradonačelnika Zemuna i poveravanje izrade zakonika o građanskom sudskom postupku, pupilarnom delovodstvu i ostavinskom postupku stručnim licima iz Srbije. Izgleda da Lazarević nije u celosti dovršio posao, budući da je Ministarstvo u istoj predstavci obavestilo Državni savet da je upitalo zakonodavca kada će biti gotov "postupak u sojuzu Kriminalnog Zakonika" (krivični postupak).[14]

Izvori nam otkrivaju podatke o obimu nacrta i stilu koji ga je krasio. Već pomenuti podnesak Ministarstva pravde od 3. oktobra 1839. obelodanjuje da se on sastojao iz dva dela.[15] Prema jednom zapisu iz delovodnog protokola Državnog saveta za 1841, prvi deo je bio napisan na 147, a drugi na 64 tabaka.[16] Lazarević je od peštanskih *Serbskih narodnih novina* dobio pohvalu za jasnoću nacrta, ali A. Jovanović napominje da on nije bio napisan pravopisom Vuka Karadžića.[17]

---

[11] Ivić, *nav. delo*, str. 192.

[12] A. Ivić kao datum predaje navodi 10. avgust 1839 (imajući u vidu Ivićevu nedoslednost u datiranju događaja, u pitanju bi mogao da bude i 29. jul, podvukao U. S.). Vidi Ivić, *nav. delo*, str. 192. Nama se on ne čini verovatnim, pošto u dopisu Ministarstva pravde Namesništvu kneževskog dostojanstva od 22. avgusta 1839, kojim je prenelo da je Lazarević izjavio kako je imao dogovor sa knezom Milošem da mu se honorar isplaćuje tri meseca unapred i poslalo ovaj predmet na rešavanje, nema ni reči o nacrtu krivičnog zakonika. Štaviše, Namesništvo u odgovoru od 28. avgusta nalaže Ministarstvu da od Lazarevića zatraži projekat. Vidi AS, Ministarstvo inostranih dela – Vnutreno odeljenje (dalje = MID-V), II/74 (1839), *Ministarstvo pravde Namesništvu br. 2802, Beograd 22. avgust 1839*; *Namesništvo Ministarstvu pravde br. 907, Beograd 28. avgust 1839*.

[13] Ivić, *nav. delo*, str. 193.

[14] AS, Državni savet (dalje = DS), Delovodni protokol za 1839, br. 1767; Zapisnici sednica Državnog saveta iz 1839, *Zapisnik sednice Državnog saveta od 7. oktobra 1839*.

[15] Ibid.

[16] AS, DS, Delovodni protokol za 1841, br. 258.

[17] *Serbske narodne novine*, br. 61 od 3. avgusta 1841, str. 242; Jovanović, *nav. delo*, APDN VIII/4 (1909), str. 261.

Nasuprot tome, o sadržini nacrta nemamo skoro nikakvih informacija. Napred smo videli da se od Lazarevića tražilo da preda i krivični postupak, što bi ukazivalo da je nacrt sadržao i procesnopravne odredbe.[18] Kao kuriozitet treba spomenuti da su se u nacrtu nalazila i tumačenja njegovih članova.[19] Do nas je stigao i podatak da je nacrt propisao da odabir kazni za izvršioce krivičnih dela pripada knezu.[20]

Na posredan način možemo da doznamo kakve su se još odredbe nalazile u nacrtu. Iz činjenice da je Ministarstvo pravde u oktobru 1839. obavestilo Državni savet kako je Lazarević predao projekat krivičnog zakonika koji je **preradio** (podvukao U. S.), mogli bismo krajnje obazrivo pretpostaviti da mu je kao polazna osnova služio tekst koji je primio po dolasku u Srbiju.[21]

Takođe, dopis u kome je Državni savet objasnio knezu Aleksandru Karađorđeviću (1842–1858) da donošenje zakona o kažnjavanju narušilaca javnog mira i poretka između ostalog nije celishodno i zato što on **čini deo Krivičnog zakonika** (podvukao U. S.), navodi nas na zaključak da je nacrt predviđao ovu vrstu krivičnih dela.[22] Ali, sa ovakvim zaključivanjem treba biti oprezan, pošto se ne može isključiti da je Državni savet prosto želeo da naglasi kako ta materija ulazi u sferu krivičnog prava.

*
* *

Kako je uvidom u tromesečne izveštaje okružnih sudova steklo utisak da se nedovoljno pokreću krivični postupci i izvršavaju kazne, Ministarstvo pravde se 24. novembra 1839. obratilo Državnom savetu s molbom da se odredi komisija za pregled Lazarevićevog nacrta. Predložilo je i sastav komisije; sačinjavali bi je ministar pravde Stefan Radičević, privremeni načelnik Odeljenja Ministarstva pravde Atanasije Teodorović, sudija Apelacionog suda Lazar Zuban, sekretar Apelacionog suda Jakov Dimšić i sudija Suda okruga beogradskog Maksim Ranković.[23]

Zapisnik sednice Državnog saveta od 25. novembra svedoči da je u vezi sa pregledom nacrta prethodnog dana vođen razgovor s ministrom

[18] Vidi i Cenić, *nav. delo*, str. 5

[19] *Serbske narodne novine*, br. 60 od 31. jula 1841, str. 242. Lazarević je unošenje tumačenja u nacrt pravdao nestručnošću srpskih sudija. Vidi Ivić, *nav. delo,* str. 195.

[20] *Serbske narodne novine*, br. 60 od 31. jula 1841, str. 238.

[21] AS, DS, Delovodni protokol za 1839, br. 1767; Zapisnici sednica Državnog saveta iz 1839, *Zapisnik sednice Državnog saveta od 7. oktobra 1839.*

[22] Vidi AS, DS, Delovodni protokol za 1843, br. 920; Zapisnici sednica iz 1843, l. 33, *Zapisnik sednice Državnog saveta od 13. septembra 1843*.

[23] AS, DS, Delovodni protokol za 1839, br. 2131; Zapisnici sednica Državnog saveta iz 1839, *Zapisnik sednice Državnog saveta od 25. novembra 1839*.

pravde. Učesnici razgovora nam nisu poznati, ali ishod jeste. Ministru Radičeviću je prepušteno da sam izabere s kim će pregledati nacrt, a tek kada oni okončaju posao Državni savet će imenovati komisiju.[24]

Nije poznato je li ministar pravde zaista izvršio odabir i da li je nacrt bio pregledan. On se u izvorima ponovo pominje tek naredne godine. Minstarstvo pravde je 26. marta 1840. zamolilo novog kneza Mihaila Obrenovića (1839–1842, 1860–1868) da odredi komisiju koja će, oslobođena od svih drugih dužnosti, pregledati projekat krivičnog zakonika. Podstaknut ovom molbom, vladar je 1. aprila pisao Državnom savetu da mu predloži sastav komisije, čije će članove on razrešiti svih drugih dužnosti dok se bave pregledanjem.

Državni savet je odgovorio knezu 6. aprila. Za članove komisije su imenovani ministar pravde Stefan Stefanović Tenka, zakonopisac Jovan Hadžić, sudija Apelacionog suda Lazar Zuban i načelnik Policijsko-ekonomskog odeljenja Ministarstva unutrašnjih dela Stefan Radičević.[25]

Verovatno usled napetih političkih prilika u zemlji tokom maja i juna 1840[26], pregled nacrta nije započet. Knez Mihailo je 7. juna uputio Državnom savetu dopis u kome je konstatovao kako neki članovi komisije nisu u mogućnosti da stupe na dužnost (verovatno ciljajući na ustavobranitelje Stefana Stefanovića Tenku i Lazara Zubana) i zamolio ga da, ukoliko pregled projekta nije moguće odložiti, izabere zamene za njih.[27]

Državni savet mu je u svom odgovoru od 10. juna poručio da se pregled nacrta zbog zauzetosti državnih organa ne može izvršiti i izneo predlog da se taj posao odloži do daljeg. Knez je 10. septembra izvestio Ministarstvo pravde o ovoj preporuci Državnog saveta, uz nalog da ga obavesti kada bude moglo da obrazuje komisiju.[28]

To što nacrt nije zvanično pregledan tokom 1840. ne znači da nije bilo inicijativa vezanih za njegovo doterivanje. Zbog intenziviranja sukoba između privrženika dinastije Obrenović i ustavobranitelja, u Topčideru je 12. avgusta održan sastanak kome su prisustvovali knez Mihailo, dr-

[24] Ibid.

[25] AS, MID-V II/73 (1840), *Ministarstvo pravde knezu Mihailu br. 1424, Beograd 26. mart 1840*; *Knez Mihailo Državnom savetu br. 306, Beograd 1. april 1840*; *Državni savet knezu Mihailu br. 420*, *Beograd 6. april 1840*.

[26] U aprilu 1840. u Kolubarskom okrugu je izbila buna naroda protiv tzv. *ustavobranitelja*, protivnika kneza Mihaila, za kojom su usledili nemiri i progoni pristalica ove grupacije i u drugim krajevima zemlje. Vidi D. Stranjaković, *Vučićeva buna*, Beograd 1936, str. 29–35.

[27] AS, MID-V II/73 (1840), *Knez Mihailo Državnom savetu br. 377, Beograd 7. jun 1840*.

[28] AS, MID-V II/73 (1840), *Državni savet knezu Mihailu br. 602, Beograd 10. jun 1840*; *Knez Mihailo Ministarstvu pravde br. 1496, Beograd 10. septembar 1840*.

žavni savetnici, sudije Apelacionog suda, predsednici okružnih sudova i okružni načelnici. U cilju suzbijanja delatnosti ustavobranitelja, ovaj skup je predložio kazne za neka krivična dela protiv vladara i države i istakao kako ti predlozi treba da predstavljaju osnovu krivičnog zakonika koji će biti izdat.[29]

Zastoj u zvaničnom pregledanju nacrta trajao je do 27. aprila 1841. Tada je Ministarstvo pravde u vezi sa njegovim ponovnim pokretanjem uputilo pismo knezu Mihailu. Iznevši kako je ministar pravde Stefan Radičević oko Božića počeo da pregleda nacrt ali zbog obaveza nije uspeo da završi započeto delo, zamolilo je vladara da za taj posao odredi komisiju. Ministarstvo ni ovog puta nije propustilo da izloži svoj predlog sastava komisije. Nju bi, kao vrsni u pravnoj struci, sačinjavali sudija Apelacionog suda Atanasije Teodorović i profesor prava Jovan Raić.

Knezu su predočene i kvalifikacije predloženih članova; Teodorović je sudija Apelacionog suda, i to sudija koji stručnošću odskače od svojih kolega, dobro poznaje duh srpskog naroda i dugo je bio advokat. Njegov potencijalni kolega Raić je obavljao advokatsku delatnost u Austriji i "najbolje strane" su ga preporučivale Ministarstvu prosvete. Nadzor nad komisijom vršiće Ministarstvo pravde, a po potrebi će u njenom radu učestvovati i ministar Radičević.[30]

Vladalac je 1. maja odgovorio ministarstvu da određivanje komisije za pregled nacrta ne spada u njegovu nadležnost i uputio ga na Državni savet. Posle dve nedelje, 15. maja, Ministarstvo je postupilo prema kneževoj preporuci. Državni savet je primio molbu da formira komisiju čiji će zadatak biti da izradi registar budućeg krivičnog zakonika.

Članovi komisije za pregled nacrta izabrani su na sednici Državnog saveta od 8. jula. Izbor je pao na člana Državnog saveta Goluba Petrovića, ministra pravde Stefana Radičevića, načelnika Karantinsko-sanitetskog odeljenja Ministarstva unutrašnjih dela Jovana Stejića i profesora prava Jovana Raića.[31]

Ovakav sastav naišao je na negodovanje dvojice dopisnika *Serbskih narodnih novina*. Prvi je ironično primetio da da se među članovima komisije, uz ostale nepravnike, nalazi i jedan lekar (Jovan Stejić, podvukao U. S.).[32] Na tu primedbu drugi dopisnik se nadovezao konsta-

[29] AS, Zbirka Mite Petrovića 7989, *"Obvezateljstvo", Topčider 12. avgust 1840.*

[30] AS, MID-V V/125 (1841), *Ministarstvo pravde knezu Mihailu br. 987, Beograd 27. april 1840.*

[31] AS, MID-V V/125 (1841), *Knez Mihailo Ministarstvu pravde br. 467, Beograd 1. maj 1841*; DS, Zapisnici sednica Državnog saveta iz 1841, l. 41, *Zapisnik sednice Državnog saveta od 8. jula 1841*; Delovodni protokol za 1841, br. 258.

[32] *Serbske narodne novine*, br. 60 od 31. jula 1841, str. 238.

tacijom da kritičar učenošću i iskustvom treba da prevazilazi onog koga kritikuje.[33]

Napadi na komisiju nisu prošli neopaženo u Kneževini Srbiji. U njenu odbranu ustao je anonimni čitalac iz ove zemlje, upozorivši da je pregledu bio podvrgnut i kodifikatorski rad doajena nemačke pravne nauke Fojerbaha[34], Grolmana[35] i Titmana[36], koje je izuzetno teško nadvisiti stručnošću.

U raspravu se umešao i urednik *Serbskih narodnih novina* Teodor Pavlović. On je branio pisanje svojih dopisnika o stručnosti članova komisije i izrazio stav da krivični zakonik zbog važnosti materije koju reguliše i prihvaćenosti u narodu treba da bude usvojen na narodnoj skupštini. Pored toga, sugerisao je najveću moguću javnost rada komisije.[37]

Teško je izreći konsekventan sud o pregledu projekta. Dok neki izvori tvrde da je komisija pregledala nacrt i iznela mnogobrojne i važne primedbe na njega, drugi to demantuju. Ako je verovati navodima *Serbskih narodnih novina*, delovođa komisije (nije poznato kome je od članova pripala ta uloga) je izjavio da su najveći nedostaci projekta komentari članova i prepuštanje izricanja kazni knezu, uz opasku da takve odredbe sprečavaju njegovo usvajanje.[38] U avgustu 1842. jedan članak iz istog lista je doneo vest da brojnost iznetih zamerki premašuje podneti nacrt i da one zbog svog značaja zaslužuju da budu štampane.[39]

Kazivanje Lazarevića o pregledu nacrta je znatno drugačije. Odgovarajući austrijskoj vlasti na proteste Srbije zbog njegovog kašnjenja s izradom nacrta zakonika o građanskom postupku, on je 12. marta 1842. izrazio nezadovoljstvo što projekat nije ni pregledan, a kamoli objavljen.[40] Na sredini između dve suprotstavljene tvrdnje stoji Đ. Cenić, u čijem delu se navodi kako je komisija pregledala nacrt, ali nije mogla ništa bitno da mu zameri.[41]

---

[33] *Serbske narodne novine*, br. 61 od 3. avgusta 1841, str. 242.

[34] Anselm Fojerbah (1775–1833), autor Bavarskog krivičnog zakonika (1813), u kojoj je u punoj meri došlo do izražaja njegovo zalaganje za teoriju generalne prevencije kao svrhe kažnjavanja. Detaljnije o Fojerbahu vidi u G. Radbruch, *Feuerbach*, Heidelberg 1997.

[35] Radi se o Karlu Grolmanu (1775–1829), članu komisija za reformu krivičnog zakonodavstva Hesena (1803) i izradu novog građanskog i građanskoprocesnog zakonika (1808). Vidi G. Radbruch, *Strafrechtsgeschichte*, Heidelberg 2001, p. 796.

[36] Reč je o Karlu Titmanu (1775–1834), nemačkom krivičnopravnom teoretičaru koji je 1811. izradio nacrt krivičnog zakonika za Saksoniju. Vidi T. Moosheimer, *Die Action injuriarum aestimatoria im 18. und 19. Jahrhundert: eine Untersuchung zu den Gründen ihrer Abschaffung*, Tübingen 1997, p. 16.

[37] *Serbske narodne novine*, br. 67 od 24. avgusta 1841, str. 266–268.

[38] *Serbske narodne novine*, br. 60 od 31. jula 1841, str. 238.

[39] *Serbske narodne novine*, br. 62 od 13. avgusta 1842, str. 252.

[40] Ivić, *nav. delo*, str. 194–195.

[41] Cenić, *nav. delo*, str. 5.

U arhivskoj građi iz 1842. nismo naišli na pomen nacrta. Sledeći put ga susrećemo tek 1843, i to prvo u fondu Inostranog odeljenja Ministarstva inostranih dela. Odatle saznajemo da je Ministarstvo pravde 19. januara upoznalo Ministarstvo inostranih dela sa činjenicom da se drugi deo nacrta ne nalazi kod njega i izrazilo uverenje da ga je bivši ministar pravde Stefan Radičević odneo sa sobom prilikom bekstva iz Srbije nakon Vučićeve bune.[42] Zatražilo je od Ministarstva inostranih dela da zamoli Zemunsku vojnu komandu da pribavi nestali deo projekta od Radičevića i pošalje ga Ministarstvu pravde.[43]

Ministarstvo inostranih dela uputilo je molbu Zemunskoj vojnoj komandi 24. februara. Odgovor, međutim, nije bio povoljan. Zemunska vojna komanda je notom od 23. aprila (po gregorijanskom kalendaru) predočila da je Radičević u svom iskazu naveo kako bežeći iz Beograda nije imao vremena da ponese čak ni najosnovnije stvari i da se nacrt ne nalazi kod njega.[44]

Delovodni protokol Državnog saveta za 1844. otkriva na koji je način srpska vlast uspela da dođe do dela nacrta koji joj je nedostajao. Lazarevićev sinovac Miloš, učitelj u Zemunu, je 2. avgusta uputio Državnom savetu predstavku kojom moli da mu se 10 talira isplaćenih na ime **prepisa nekoliko tabaka Krivičnog zakonika** (podvukao U. S.) uračuna u 100 forinti srebra primljenih u istu svrhu, jer je izvesni Ninić zahtevao od njega da taj novac vrati.[45] Prema tome, Miloš Lazarević je prepisao jedan deo nacrta, ali o tome ne znamo ništa podrobnije.

Naredni, a kako će se pokazati i poslednji pregled Lazarevićevog nacrta je podstakao knez Aleksandar u septembru 1843. Posle amnestije koju je 2. septembra izdao izvršiocima političkih krivičnih dela, vladar se založio za donošenje zakona o kažnjavanju narušilaca javnog mira i bezbednosti.

U tom smislu, monarh je 10. septembra uputio dopis Državnom savetu tražeći da se zakon donese. Odgovorivši da bi izrada takvog propisa iziskivala više vremena nego pregled celog krivičnog zakonika, Državni savet je 13. septembra formirao komisiju koja će biti zadužena da razmotri Lazarevićev nacrt.[46]

---

[42] *Vučićeva buna* je termin koji istoriografija koristi za pobunu ustavobranitelja u avgustu 1842, kojom je knez Mihailo svrgnut s prestola, a na njega doveden Aleksandar Karađorđević. Vidi Stranjaković, *nav. delo*, str. 55–76

[43] AS, Ministarstvo inostranih dela – Inostrano odeljenje (dalje = MID-I) II/67 (1843), *Ministarstvo pravde Ministarstvu inostranih dela br. 156, Beograd 19. januar 1843.*

[44] AS, MID-I II/67 (1843), *Ministarstvo inostranih dela Zemunskoj vojnoj komandi br. 84, Beograd 24. februar 1843*; *"Note", Semlin 23. April 1843*.

[45] AS, DS, Delovodni protokol za 1844, br. 928.

[46] AS, DS, Delovodni protokol za 1843, br. 920; Zapisnici sednica Državnog saveta iz 1843, l. 33, *Zapisnik sednice Državnog saveta od 13. septembra 1843*.

Članovi novoformirane komisije su bili državni savetnik Lazar Zuban, načelnik Odeljenja Ministarstva pravde Sava Šilić, predsednik Suda okruga beogradskog Lazar Arsenijević-Batalaka i zakonopisac Jovan Hadžić. Komisija je pregled trebalo da vrši i pre i posle podne, što govori o nameri Državnog saveta da krivično pravo u najkraćem mogućem roku bude kodifikovano.[47]

Već na početku svog rada komisija je dobila jednu sugestiju šta bi budući krivični zakonik trebalo da obuhvati. Preporuka je bila oličena u pismu Ministarstva unutrašnjih dela Državnom savetu od 20. septembra, kojim se požalilo da izvršioce carinskih prestupa u nedostatku krivičnog zakonika kažnjava po običajima, pa je zbog toga učestala pojava nesrazmernosti između težine krivičnog dela i izrečene kazne. Da se to u budućnosti ne bi događalo, Ministarstvo je molilo da se što pre izda krivični zakonik. Državni savet je na sednici od 25. septembra doneo odluku da se ovaj akt prosledi komisiji za pregled nacrta.[48]

Ministarstvo pravde ovog puta nije bilo naklonjeno pregledu nacrta, već je stalo na stanovište da bi kodifikaciju krivičnog prava trebalo potisnuti u drugi plan. Iz tog razloga je 6. oktobra zatražilo od Državnog saveta da se rad na pregledu nacrta privremeno obustavi, a komisija određena za taj posao preusmeri na razmatranje projekta građanskog zakonika.

Državni savet nije delio mišljenje Ministarstva. Mada je na sednici od 11. oktobra načelno rešio jedno od najspornijih tačaka u nacrtu građanskog zakonika – pravo nasleđa ženske dece, odustao je od izdavanja ovog projekta dok se za to ne steknu povoljniji uslovi. U takvoj situaciji, podvukao je kao prioritet donošenje krivičnog zakonika i zakonika o građanskom postupku.[49]

Raspolažemo skromnim saznanjima o radu komisije. Poznato nam je da su njeni članovi za vreme pregleda bili oslobođeni redovnih dužnosti. Naime, Ministarstvo pravde je zamolilo Državni savet da svog sekretara Venijamina Rozimirovića uputi u Sud okruga beogradskog, gde će na položaju predsednika da odmeni Lazara Arsenijevića-Batalaku dok traje pregled nacrta. Vrlo je verovatno da komisija ipak nije počela s radom

[47] AS, DS, Zapisnici sednica Državnog saveta iz 1843, l. 33, *Zapisnik sednice Državnog saveta od 13. septembra 1843*.

[48] AS, DS 605/1843, l. 1, *Ministarstvo unutrašnjih dela Državnom savetu br. 1441, Beograd 20. septembar 1843*; l. 3, *Zapisnik sednice Državnog saveta od 25. septembra 1843*.

[49] AS, DS, Zapisnici sednica Državnog saveta iz 1843, l. 182, *Zapisnik sednice Državnog saveta od 11. oktobra 1843*; MID-V, Delovodni protokol za 1843, br. 1080.

pre 11. oktobra, jer je Državni savet tada istakao kako ona treba da pristupi poslu.[50]

Izgleda da je komisija na početku rada procenila kako je čeka dug posao, jer je Državni savet 19. oktobra obavestio kneza da će pregled nacrta potrajati, te je stoga ipak izradio Zakon o buntovnicima. Ovaj propis je sačinila upravo komisija za pregled projekta.[51]

O samom pregledu nacrta imamo svega dva podatka. Iz dopisa kojim Državni savet u maju 1845. izveštava kneza o merama koje je preduzeo za poboljšanje efikasnosti rada sudova, pronalazimo rečenicu da je samo deo projekta pregledan.[52] Primedbe komisije na njegov tekst bile su, prema Đ. Ceniću, "umesne".[53]

U sledeće dve godine, 1844. i 1845. skoro da nema nikakvih tragova o nacrtu. Srpska vlast je u toku 1844. razmišljala da izradu krivičnog zakonika preuzme autor Srpskog građanskog zakonika (1844) Jovan Hadžić. To se vidi iz pisma koje je 27. avgusta te godine austrijski konzul u Beogradu Ferdinand Majerhofer uputio ministru inostranih poslova Austrije Klemensu Meternihu. Majerhofer je poručio Meternihu da srpska vlada želi da uposli Hadžića na izradi krivičnog zakonika i da Ugarska i Dvorska kancelarija nemaju ništa protiv toga.[54]

Godine 1845. poslednji put se pominje da će nacrt postati krivični zakonik. U gore navedenom podnesku Državnog saveta Ministarstvu pravde iz maja 1845, nalazi se podatak kako će uskoro biti izdata naredba da se nepregledani deo nacrta pregleda, dotera i spremi za ozakonjenje.[55] To se, ipak, nije dogodilo. U narednom periodu donošeni su manje ili više obimni krivičnopravni propisi, kako materijalnopravni tako i procesnopravni, ali Lazarevićev nacrt se nije našao među njima.

Kodifikacija krivičnog prava je tek 1851. pokrenuta s mrtve tačke. U martu te godine Ministarstvo pravde je obavestilo Državni savet da ga svakodnevna praksa uverava u neophodnost donošenja krivičnog zakonika i zakonika o krivičnom postupku i zamolilo da oni budu izdati.[56]

---

[50] AS, DS, Delovodni protokol za 1843, br. 1037; MID-V, Delovodni protokol za 1843, br. 1040.

[51] AS, MID-V III/246 (1843), *Državni savet knezu Aleksandru br. 1162, Beograd 19. oktobar 1843*; DS, Delovodni protokol za 1843, br. 1162.

[52] AS, MID-V II/254 (1845), *Državni savet knezu Aleksandru br. 400, Beograd 3. maj 1845*.

[53] Cenić, *nav. delo*, str. 5

[54] M. Kićović, *Jovan Hadžić (Miloš Svetić) – književna studija*, Novi Sad 1930, str. 120–121.

[55] AS, MID-V II/254 (1845), *Državni savet knezu Alesandru br. 400, Beograd 3. maj 1845.*

[56] AS, DS 680/1852, l. 1, *Ministarstvo pravde Državnom savetu br. 987, Beograd 5. mart 1851*.

Državni savet je 31. oktobra 1852. odgovorio Ministarstvu da sačini nacrte pomenutih zakonika, iz čega nedvosmisleno sledi da je Lazarevićev tekst i zvanično prestao da figurira kao budući krivičnopravni kodeks. O tome postoji i pisana potvrda na zapisniku sednice Državnog saveta od 25. septembra 1843 (videti napred). Zabeleška na njemu glasi da se predlog za dopunu nacrta zbog uputstva Ministarstva pravde o otpočinjanju kodifikacije krivičnog materijalnog i procesnog prava premesti u arhivu Državnog saveta.[57]

III

Dokumenti domaćih arhiva donose oskudne informacije o Lazarevićevom nacrtu. Iz njih možemo saznati neke detalje o sadržini nacrta i preporukama u vezi s njom, komisijama koje su bile određene da ga pregledaju i zamerkama iznetim na njegov račun, kao i momentu kada više nije predstavljao polaznu osnovu za kodifikaciju krivičnog prava. Trudili smo se da te podatke koliko je god moguće prikupimo i obradimo.

Uprkos tome, mnoga pitanja su ostala neodgovorena. Ni sada nije poznata sadržina nacrta, a našim saznanjima izmiče i rad komisija određenih da ga pregledaju. Odsustvo ovih, krucijalnih podataka onemogućava nam da izvučemo iole potpunije zaključke o projektu. Njihov eventualni pronalazak bi znatno doprineo rasvetljavanju početaka kodifikacije krivičnog prava u Srbiji.

Svesni da je deo građe o Lazarevićevom nacrtu verovatno nepovratno propao[58], mišljenja smo da još uvek ima velikog prostora za dalja istraživanja. Postoji mogućnost da se granice saznanja o nacrtu mogu pomeriti korišćenjem građe Hrvatskog državnog arhiva u Zagrebu. Tamo se nalazi fond Petrovaradinske graničarske regimente, u kome se sreću pojedini dokumenti o izradi prvih zakona za Srbiju, i na kome se bazira rad A. Ivića.[59] Možda upravo on krije značajnije podatke o nacrtu.

---

[57] AS, DS 680/1852, l. 3, *Državni savet Ministarstvu pravde, br. 195 za 1851, Beograd 31. oktobar 1852*; 605/1843, l. 3, *Zapisnik sednice Državnog saveta od 25. septembra 1843*.

[58] Istraživaču koji se bavio ovom temom logički se nameće pretpostavka gde je nestala građa o nacrtu. U sačuvanim predmetima Kneževske kancelarije koji se odnose na njega gotovo redovno se na poslednjem listu nalazi rečenica "**13. maja 1910. otkupljeno od g-đe Danice, udove g. Dragiše Mijuškovića** (podvukao U. S.)". Iz toga proizlazi da su i dokumenti kojih nema u arhivskim fondovima Kneževske kancelarije i Državnog saveta bili kod Dragiše Mijuškovića (1859–1903), nekadašnjeg profesora Istorije slovenskih prava na Velikoj školi u Beogradu. Njihova dalja sudbina je nepoznata.

[59] Vidi Ivić, *nav. delo*, str. 179, 180, 182, 185–188.

Uroš Stanković, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Few Remarks on Vasilije Lazarević's Penal Code Draft (1839)

Abstract

The article sheds light on some unfamiliar details related to Penal Code Draft for Serbia from 1839, authored by the mayor of Zemun Vasilije Lazarević. As this document to a large extent remained neglected in monographs and articles in relation with codification of criminal law in Serbia in 19th century, the author resolved to explore this topic thoroughly. Archival materials provided solid basis to learn more information in terms of what occurred to forgotten draft after Ministry of Justice had received it.

Lazarević consigned his draft to Minstry of Justice between the end of July and beginning of October 1839. Not long afterwards, the Ministry proposed State Council to form a committee tasked with revision of the draft. State Council rejected the proposal, instructing the Ministry to appoint persons to revise the draft on its own. Only when they have finished revision, the draft would be examined by the State Council's committee.

In the following year, 1840, Ministry of Justice requested Prince Mihailo Obrenović (1839–1842, 1860–1868) to elect members of the committee to revise Lazarević's draft. Not having jurisdiction over fullfillment of such request, the prince recommended State Council to do so. State Council opted for Minister of Justice Stefan Stefanović-Tenka, legislator Jovan Hadžić, judge of Appellate Court Lazar Zuban and head of Depatment of Police and Economics in Ministry of Internal affairs Stefan Radičević. However, due to turbulent political climate in Serbia, the committee was unable to execute its duty.

In 1841, a new comittee was formed by State Council. It was made up of member of State Council Golub Petrović, Minister of Justice Stefan Radičević, head of Department of Quarantine and Sanitation in Ministry of Internal Affairs Jovan Stejić and professor of law Jovan Raić. Existing

historical sources and literature reveal contradictory data regarding the committee's activity.

The last commission was appointed in 1843, and it included member of State Council Lazar Zuban, head of Department of Ministry of Justice Sava
Šilić, president of Belgrade District Court Lazar Arsenijević-Batalaka and legislator Jovan Hadžić. The comittee had only partly revised the draft, after which it lied in the archives of State Council. At initiative of Department of Justice, State Council adopted the resolution that new drafts of Penal Code and Code of Criminal Procedure should be composed, which meant Lazarević's work ceased to represent basis for codification of criminal law.

Lacking information on the contents of the draft and observations of comittees, available archival materials do not allow to draw resolute conclusions on the topic. Nevertheless, the records of Petrovaradin Border Regiment kept in Croatian State Archives in Zagreb, some of which contain data on early codification of criminal and civil law in Serbia, may potentially offer more explanations to this subject.

Key words: Penal Code Draft, Vasilije Lazarević, codification of criminal law, history of Serbian criminal law.

Pregledni članak 347.466

Tamara Đurđić, saradnik u nastavi
Pravnog fakulteta u Kragujevcu

FIDUCIJARNI PRENOS PRAVA SVOJINE

Sažetak: *Fiducijarni prenos svojine u cilju obezbeđenja potraživanja predstavlja bezdržavinsku formu obezbeđenja tražbine koja doživljava renesansu u uporednom pravu. Ovaj vid bezdržavinske zaloge nije zakonski normiran u našem pravu, niti uživa sudsku zaštitu, iako je veoma zastupljen u privrednom poslovanju. Reč je o veoma složenom pravnom institutu koji izaziva mnoge nedoumice i različita tumačenja u građanskopravnoj teoriji zbog niza specifičnosti koje ga karakterišu, a koje nisu tipične za imovinsko-pravne sisteme evropskih kontinentalnih zemalja. U radu se razmatraju sporna pitanja vezana za definisanje kauze i pravni osnov fiducijarnog prenosa svojine, njegovu pravnu prirodu, kao i pitanje njegove opravdanosti (legitimnosti). U cilju adekvatnijeg razumevanja ovog složenog stvarno-pravnog instituta i iznalaženja adekvatnih odgovora na neka od spornih pitanja koja se u teoriji otvaraju, analizirana su i pozitivno-pravna rešenja crnogorskog zakonodavaca, koji je od svih zemalja u okruženju među prvima normirao ovo bezdržavinsko sredstvo obezbeđenja.*

Ključne reči*: obezbeđenje potraživanja, bezdržavinska zaloga, fiducijarna svojina, fiducijar, fiducijant.*

UVOD

Sredstva obezbeđenja igraju važnu ulogu u savremenom poslovanju čije je adekvatno funkcionisanje uslovljeno postajanjem efikasnog sistema obezbeđenja potraživanja. Zahtevi modernog pravnog prometa nameću potrebu za elastičnijim i fleksibilnijim sredstvima obezbeđenja koja

će, s jedne strane, olakšati faktički položaj dužnika i omogućiti mu da iskorišćava ekonomski potencijal založene stvari radi lakše otplate duga, i s druge strane, pružiti dovoljnu garanciju namirenja poverioćevog potraživanja.

U tom cilju savremeno založno pravo uvodi atipična sredstva obezbeđenja kao što je bezdržavinska zaloga. Bezdržavinskom zalogom se menja pasivan položaj poverioca i dužnika u odnosu na založenu stvar za vreme trajanje založnog odnosa, i što je još značajnije, obezbeđuje se optimalna ravnoteža između poverioćevog i dužnikovog interesa. Pored registrovane zaloge i zadržavanja prava svojine, kao osnovnih oblika bezdržavinske zaloge, u uporednom pravu se razvila još jedna bezdržavinska forma obezbeđenja tražbine, a to je fiducijarni prenos svojine u cilju obezbeđenja potraživanja.

Fiducijarni prenos svojine u cilju obezbeđenja potraživanja doživljava renesansu u uporednom pravu i danas je široko zastupaljen u praksi evro-kontinentalnih zemalja, posebno zemalja u tranziciji, iako je samo u nekolicini zemalja zakonski regulisan. U našem pravu ovaj način obezbeđenja nije zakonski normiran, niti uživa sudsku zaštitu, iako je u privrednom poslovanju veoma zastupljen.

Reč je o veoma složenom pravnom institutu koji stvara mnogo raznovrsnih tumačenja u građanskopravnoj doktrini zbog niza specifičnosti koje ga karakterišu, a nisu tipične za imovinsko-pravne sisteme kontinentalnih zemalja. Neka od pitanja koja se otvaraju u vezi sa fiducijarnim prenosom svojine su pitanje njegove pravne prirode, definisanja kauze i pravnog osnova fiducijarnog prenosa svojine kao derivativnog načina sticanja, kao i pitanje njegove opravdanosti (legitimnosti).

U cilju iznalaženja odgovora na sporna pitanja i lakšeg razumevanja fiducijarnog prenosa svojine, u radu su analizirana pozitivno-pravna rešenja crnogorskog zakonodavca, koji je od svih zemalja u okruženju među prvima normirao ovaj stvarno-pravni institut. Analizirana rešenja mogla bi da posluže i kao smernica u regulisanju fiducijarnog prenosa svojine kao bezdržavinske forme obezbeđenja u predstojećoj reformi našeg građanskog zakonodavstva, pod uslovom da se prethodno zauzme pozitivan stav o potrebi njegovog normiranja.

O FIDUCIJARNOM PRAVNOM POSLU

Fiducijarni pravni posao je posao u kome jedno lice (fiducijant) prenosi neko pravo na drugo lice (fiducijar) i pri tome ugovara tzv. *pactum fiduciae*, tj. da po postizanju određenog ekonomskog dejstva fiducijar po-

novo prenese isto pravo na fiducijanta.[1] Reč je o jednom složenom pravnom poslu koji se sastoji iz dva funkcionalno povezana ugovora. Prvi je ugovor o prenosu svojine u cilju obezbeđenja potraživanja koji ima stvarnopravno dejstvo. Drugi ugovor je *pactum fiduciae,* kao obligacionopravni ugovor kojim se ograničava faktičko (ekonomsko) dejstvo prenosa svojine.

Fiducijarni pravni posao kao posao poverenja nastao je još u rimskom pravu i služio, između ostalog, za obezbeđenje tražbine (*fiducia cum creditore contracta)*. Kod ovih poslova računalo se na poveriočevo poštenje *(fiducia)* [2], po čemu su ovi poslovi i dobili naziv. Obaveza povraćaja svojine na stvari bivšem vlasniku nakon naplate potraživanja bila je najpre samo moralne prirode, a kasnije fiducijarna svojina dobija obligaciono-pravnu zaštitu u formi tužbe *actio fiduciae.*

Ovaj stvarnopravni institut je nastao kao preteča drugih formi založnog prava, pre svega ručne zaloge i hipoteke, i to kao rezultat tadašnjih ekonomskih potreba i nastojanja da se prevaziđe krutost i formalizam rimskog prava. Iz istih razloga, institut fiducije doživljava reafirmaciju u savremenom založnom pravu potiskujući druga sredstva obezbeđenja zbog njihovih funkcionalnih nedostataka.

Fiducijarni prenos svojine kao bezdržavinsko realno sredstvo obezbeđenja odgovara potrebama savremenog pravnog prometa, tako da je danas veoma zastupljeno u poslovanju. Iako su u uporednom pravu retki pravni sistemi koji zakonski regulišu fiducijarni prenos svojine, ovaj institut je zaživeo u poslovnoj praksi i uživa pravnu zaštitu kroz sudsku praksu. To je slučaj sa nemačkim[3], francuskim[4], austrijskim i drugim pravnim porecima.

U zemljama u okruženju, fiducijarni prenos svojine je regulisan na različite načine. U Hrvatskoj je Ovršnim zakonom fiducijarni prenos prava svojine na stvari regulisan kao vid sudskog i javnobeležničkog obezbeđenja, s tim da se sporazum strana unosi u sudski zapisnik i ima dejstvo

---

[1] Pravna enciklopedija, Mijić Dušan, Savremena administracija, Knj.1., Beograd, 1985. godina, str. 378.

[2] *Fiducia, ae, f.* – pouzdanost, samopouzdanje, poverenje, odvažnost, (u : *Latinski rečnik,* Avis Alba, Beograd, 2008)

[3] "U nemačkom pravu se pravi razlika između fiducijarne svojine prenete radi upravljanja i fiducijarne svojine prenete radi obezbeđenja tražbine koju fiducijar ima prema fiducijantu. Kod fiducijarne svojine prenete radi upravljanja fiducijar vrši pravo svojine u interesu fiducijanta, dok kod fiducijarne svojine radi obezbeđenja sledi sopstvene poverilačke interese prema fiducijantu, da bi obezbedio namirenje tražbine o dospelosti.", vidi: D. Medić, *Bezdržavinska zaloga u uporednom pravu,* SPM, 1-4/2000. str. 204.

[4] B. Goravica, *Fiducijarni prenos svojine,* Pravni život, br. 10/1997. str. 70.

sudskog poravnanja.[5] U Sloveniji je fiducijarni prenos svojine regulisan Stvarnopravnim zakonikom, i za nastanak ovog prava neophodan je sporazum strana u obliku javnobeležničkog zapisa.[6] Specifičnost slovenačkog prava je što se fiducijarni prenos svojine može odnositi samo na pokretne stvari, a takođe predmet fiducijarnog prenosa mogu biti i zalihe, čime se odstupa od načela specijalnosti.[7] Posebno je važno napomenuti da je crnogorski pravni sistem jedan od retkih u kojem je fiducijarni prenos svojine bio regulisan posebnim Zakonom o fiducijarnom prenosu svojine,[8] da bi odredbe ovog zakona bile inkorporisane u potpunosti u novi Zakon o svojinsko-pravnim odnosima Crne Gore.[9]

Naš zakonodavac nije normirao ovaj stvarnopravni institut, ali je značajno pomenuti da je Nacrtom Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima uveden institut *registrovane poverene obezbeđujuće svojine i očekivane obezbeđujuće svojine* koji, u pogledu nekih pravnih obeležja, ima sličnosti sa institutom fiducijarnog prenosa svojine.[10]

NEKA SPORNA PITANJA FIDUCIJARNOG PRENOSA PRAVA SVOJINE U CILJU OBEZBEĐENJA POTRAŽIVANJA

a) Jedno od spornih pitanja koje je aktuelno u pravnim krugovima kada je reč o fiducijarnom pravnom poslu jeste pitanje *u čijoj imovini se nalazi fiducijarno preneta svojina*. Da li ona pripada fiducijantu kao ekonomskom vlasniku stvari ili fiducijaru kao pravnom vlasniku?

Fiducijarnim pravnim poslom svojina se prenosi na fiducijara samo formalnopravno, što znači da ona kao stvarno pravo ulazi u imovinu fiducijara, dok ekonomska sadržina ovog prava ostaje u imovinskoj masi fiducijanta. Svojina se prenosi formalnopravno zato što ekonom-

---

[5] Vidi glavu XXVII (Sudsko i javnobeležničko osiguranje na temelju sporazuma stranaka), *Ovršni zakon RH*.

[6] *Stvarnopravni zakonik* (SPZ, Uradni list Republike Slovenije 87/2002), čl. 201-209.

[7] Stvarnopravni zakonik Slovenije poznaje i fiducijarnu cesiju kao oblik ustupanja potraživanja, na koju se primenjuju odredbe o ustupanju potraživanja; vidi V. Živković, A. Knežević, "Založno pravo na pokretnim stvarima", u: *Promene stvarnog prava u Srbiji,* Deo projekta GTC *"Podrška pravnim reformama u Srbiji i Crnoj Gori",* Beograd, 2004. str. 181.

[8] *Zakon o fiducijarnom prenosu prava svojine* ("Sl. list RCG", br. 23/96).

[9] *Zakon o svojinsko-pravnim odnoisima,* ("Službeni list Crne Gore", br. 19/09 od 13. 03. 2009. godina), u daljem tekstu: *Zakon o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

[10] Čl. 646-667, *Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima; „*Ka novom stvarnom pravu Srbije*",* Ministarstvo pravde, Beograd, 2007.

ski interes koji to pravo u formalno-normativnom smislu zaštićuje, ostaje i dalje prenosicu, tj. fiducijantu.[11] U konkurenciji interesa pravnog i ekonomskog vlasnika stvari, u praksi se prednost daje ekonomskoj sadržini prava u odnosu na formalno-pravna ovlašćenja, pa se smatra da se fiducijarna svojina nalazi u imovini fiducijanta kao ekonomskog vlasnika, a ne fiducijara kao pravnog vlasnika. Potvrda ovakvog stava jeste i položaj fiducijara u slučaju stečaja fiducijanta, gde fiducijar ima samo izlučno pravo kao založni poverilac, a ne razlučno pravo kao što bi imao pravi vlasnik stvari, jer on to nije. Fiducijant je, dakle, samo formalnopravno vlasnik založene stvari koji do dospelosti ima uslovno i vremenski ograničeno pravo svojine.[12]. Tek ukoliko dužnik ne isplati svoj dug o dospelosti potraživanja, fiducijant postaje pravi vlasnik obezbeđujuće stvari.

S obzirom da se fiducijarnim prenosom svojine vrši funkcija založnog prava, može se uočiti da se ovim načinom prenosa svojine izvestan ekonomski interes prenosi i na fiducijara, a to je obezbeđenje potraživanja iz predate stvari. Zbog toga se u teoriji opravdano navodi da je pravna vlast preneta na fiducijara ovim pravnim poslom šira nego što je potrebno za ostvarivanje njegovog ekonomskog interesa.[13]

b) *Pravna priroda fiducijarne svojine* je veoma kompleksno pitanje imajući u vidu složenost ovog pravnog instituta i njegove specifičnosti u pogledu razilaženje ekonomskog i pravnog efekta prenosa svojine kojim se odstupa od osnovnih karakteristika domaćeg sistema imovinskog prava. Međutim, upravo taj nesklad pravnog i ekonomskog dejstva fiducijarnog prenosa svojine predstavlja ključnu karaktersitiku koja određuje njegovu specifičnu pravnu prirodu.

Kod fiducijarnog prenosa svojine dolazi do funkcionalnog cepanja svojinskih ovlašćenja između fiducijara, kao ekonomskog vlasnika, na jednoj strani i fiducijanta, kao pravnog vlasnika, na drugoj strani. Funkcionalno cepanje prava svojine je karakteristika anglosaksonskog pravnog sisitema i svojinskog koncepta koji u ovom sistemu dominira, dok u kontinentalnom pravu važi princip jedinstvenosti i nedeljivosti prava svojine. Zato se u kontinentalnom pravu javlja niz nedoumica i različitih pravnih shvatanja kada je reč o fiducijarnom prenosu svojine i njegovoj pravnoj prirodi.

---

[11] Opširnije A. Gams, *Nešto o fiducijarnim pravnim poslovima*, Anali pravnog fakulteta u Beogradu, br.1-2, 1960, str. 34.

[12] LJ. Đurović, *Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine,* Pravni život, br.10/1998. god., str. 824.

[13] A. Gams, *op.cit.,* 34; LJ.Đurović, *op.cit.,* str. 825.

Institut fiducijarne svojine odstupa od osnovnih karakteristika klasičnog prava svojine, što je posledica ograničenja dejstva fiducijarno prenete svojine koja proizilaze iz *pactum fiduciae.* Fiducijarna svojina koja se prenosi na fiducijanta nije potpuna u smislu skupa svojinskih ovlašćenja, niti nezavisna svojina, već ona predstavlja uslovno, vremenski ograničeno pravo čija sudbina zavisi od izvršenja glavnog ugovora čijem obezbeđenju služi.[14] Dakle, fiducijarna svojina je svojina *sui generis* koja u funkciji obezbeđenja glavnog potraživanja predstavlja vrstu realnog sredstva obezbeđenja. Fiducija u kontinentalnom pravu biva sve više zastupljena kao ekvivalent anglosksonskog *trust-a*, a javlja se kao rezultat sve izraženije konvergencije anglosaksonskog i kontinentalnog pravnog sistema i prevazilaženja postojećih koncepcijskih razlika među njima.[15]

c) *Kauza fiducijarnog prenosa svojine*. U našem pravu zastupljen je princip kauzalne tradicije derivativnog načina sticanja svojine. To znači da je za derivativno sticanje svojine neophodno postojanje punovažnog ugovora usmerenog na sticanje svojine, kao *iustus titulus-a,* čijim zaključenjem se ne prenosi svojina, jer on nema translativno dejstvo, već predstavlja pravno objašnjenje zašto se vrši predaja stvari, tj. zašto dolazi do sticanje svojine. Drugi uslov koji mora biti ispunjen kod derivativnog sticanja svojine jeste *modus aquirendi*, koji podrazumeva predaju pokretnih stvari, odnosno upis u javne knjige, kada je reč o nepokretnostima. Pored toga što predaja mora biti izraz volje prenosioca da sticaoca učini vlasnikom, ona mora biti posledica punovažno zaključenog glavnog ugovora, kako bi proizvela pravno dejstvo prenosa svojine. U suprotnom, predaja neće dovesti do sticanja svojine.

Fiducijarna svojina se takođe stiče derivativnim putem. Prenosilac (fiducijant) je vlasnik stvari, predaja je fiktivna i vrši se putem *constitutum possesorium-a (*jer neposredna državina na stvari ostaje kod fiducijanta). Kod ugovora o fiducijarnom prenosu svojine sporna je kauza, a samim tim

[14] LJ. Đurović, *op.cit.*, str.825.

[15] Iako su razlike između ova dva pravna sistema evidentne u materiji stvarnog prava, pre svega zbog različitih svojinskih koncepata i pravne tradicije na kojima počivaju, u pravnim krugovima se ističe da bi bilo moguće postići jedinstveno regulisanje fiducijarnih odnosa, iz dva razloga: kao prvi razlog se navodi zajednički koncept fiducije u kontinentalnom, i trust-a u anglosaksonskom pravu; kao drugi razlog navodi se veliki broj bankarskih i investicionih instrumenata koji su u ovim pravnim sistemima nastali kao rezultat pravne prakse, a koji omogućavaju zadovoljavnje sličnih potreba u sferi fiducije i u jednom i u drugom pravnom sisitemu. Kao pokušaj u pravcu kreiranja zajedničkih pravila o fiduciji značajno je napomenuti Principe evropskog trust law-a; (vidi: D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann and H.L.E. Verhagen, *Principles of European Trust law*, Kluwer Law International, 1999).

i punovažnost ovakvog načina prenosa svojine. Naime, obezebeđujuća funkcija fiducijarnog prenosa svojine nije uvek vidljiva iz samog ugovora, a ugovor o prenosu svojine mora biti kauzalan da bi proizveo pravno dejstvo. To nadalje znači da ukoliko nema punovažnog *iustus titulus-a, s*a jasnim osnovom obavezivanja ugovornih strana, fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenja potraživanja neće proizvesti dejstvo. Zato neki teoretičari ove ugovore svrstavaju u apstraktne[16], a ima i onih koji ih poistovećuju sa simulovanim pravnim poslovima, što je potpuno pogrešno. Fiducijarnim pravnim poslom se ugovara stvarni prenos svojine, za razliku od simulovanih pravnih poslova kod kojih je takav prenos prividan; dok je cilj simulovanog pravnog posla da se prikrije drugi, disimulovani pravni posao i izigra zakon, cilj fiducije je obezbeđenje potraživanja.[17]

Dakle, da bi ugovor o fiducijarnom prenosu svojine bio punovažana u našem pravu, on mora biti kauzalan, iz njega mora biti jasno vidljiv cilj obavezivanja. Zato, ugovor o prenosu svojine bez vidljive kauze ili sa nedopuštenom kauzom, bio bi kod nas nepravovaljan. Švajcarska sudska praksa ovaj problem rešava tumačenjem da je sam fiducijarni akt, tj. davanje obezbeđenja, dovoljna kauza za transfer prava svojine.[18] Situacija je drugačija u nemačkom pravu u kojem je usvojen princip apstraktne tradicije derivativnog načina sticanja, pa se ovaj problem ne javlja, jer predaja stvari kao *modus aquirendi* predstavlja samostalan, apstraktan pravni posao, nezavisan od osnovnog pravnog posla usmerenog na prenos svojine.

Iz izloženog može se zaključiti da fiducijarni ugovor kao akcesoran nema svoj samostalan cilj već služi ostvarenju drugog ugovora kao glavnog, u kojem je sadržan osnov dužnikove obaveze. Taj cilj radi kojeg se vrši fiducijarni prenos svojine je obezbeđenje potraživanja koje je ustanovljeno glavnim ugovorom (najčešće ugovorom o kreditu ili zajmu).[19] Zato smatramo da je ugovor o fiducijarnom prenosu svojine kauzalni pravni posao koji predstavlja pravni osnov prenošenja svojine u cilju obezbeđenja, a čija se kauza nalazi izvan samog ugovora. [20]

---

[16]"Fiducijarni sporazum je apstraktni pravni posao kojim se skriva kauza, tako da prema trećim licima fiducijarni pavni posao ima jedno dejstvo, a između stranaka drugo"; R. Kuštrimović, *Stvarno pravo*, Niš, 2009. god., str. 297.

[17] Vidi J. Salma, *Fiducijarni pravni posao i fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenja potraživanja",* Pravni život, br. 10/1998. god., str. 392.

[18] B. Goravica, *op. cit.*, str. 64.

[19] Kod kreditnih poslova se razlikuju tri nivoa koji su pravno povezani: 1) kreditni posao na kome počiva obezbeđena tražbina; 2) ugovor o obezbeđenju kojim se regulišu uzajamne obaveze u odnosu na obezbeđenje kreditnih tražbina;3) stvarno-pravno prenošenje svojine na obezbeđujućoj stvari; (vidi: D. Stojanović, *op.cit.*, str. 627).

[20] D. Stojanović, *Prenošenje svojine u cilju obezbeđenja kredita,* Pravni život, br.5-6/1993. god. str. 621.

d) *Klauzula **lex commissoria** i fiducijarni prenos svojine*. Još jedno od spornih pitanja u vezi sa fiducijarnim prenosom svojine jeste *da li je ovaj stvarno-pravni institut u koliziji sa zabranom klauzule lex commissoria.* Klauzula *lex commissoria* je zabranjena u našem pravu, kako kod ugovora o zalozi[21], tako i kod ugovora o hipoteci.[22] Istu praksu slede i zemlje u okruženju, a crnogorski zakonodavac analogno primenjuje ovu zabranu i kod fiducijarnog prenosa svojine.

Zabrana klauzule *lex commissoria* ima opravdanje u zaštiti interesa dužnika, sprečavanju zelenaškog zloupotrebljavanja njegovog podređenog položaja i nametanja nepravičnih ugovornih odredbi. U momentu zaključenja ugovora, dužnik se nalazi u nezavidnom imovinskom položaju, tako da pritisnut dugovima, teško da može predstavljati ravnopravnu ugovornu stranu. Zabrana ugovaranja komisorne klauzule je ustanovljena i u interesu dužnikovih poverilaca kojima odgovara da založena stvar ne pripadne samo jednom poveriocu, već da bude prodata, te da se ostali poverioci namire iz viška dobijene vrednosti.

Međutim, nakon zaključenja ugovora, u fazi njegovog izvršenja, položaj dužnika je znatno promenjen, dužnik je oslobođen pritiska, tako da on može realno sagledati trenutno stanje i oceniti da li ustupanje predmeta zaloge poveriocu može biti u njegovom interesu.[23] Iako postoji jednoglasnost u pogledu dopuštenosti ugovaranja ove klauzule nakon zaključenja ugovora, sporno je od kog trenutka je njeno ugovaranje dopušteno. U sudskoj praksi je zazuzet stav da je klauzula *lex commissoria* dopuštena nakon dospelosti potraživanja[24], dok pravna teorija smatra da komisorna klauzula može biti ugovorena bilo kada nakon zaključenja ugovora. Položaj dužnika od tog momenta je znatno povoljniji, bez obzira da li se se ova klauzula ugovara pre dospelosti, u trenutku dospelosti ili posle dospelosti potraživanja.[25]

Moglo bi se reći da fiducijarni prenos svojine nije u koliziji sa zabranom klauzule *lex commisorio* iz više razloga. Pre svega, ugovorom o fiducijarnom prenosu prava svojine, fiducijarna svojina koja se ovim ugovorom prenosi nije potpuna, niti prava svojina i prenosi se samo uslovno i privremeno, do dospelosti potraživanja, za razliku od klauzule

---

[21] Vidi čl. 973. Zakona o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i "Sl. list SRJ", br. 31/93).

[22] Čl. 69. *Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa RS.*

[23] Vidi N. Tešić, *Registrovana zaloga*, Beograd, 2007. god. str. 218-220.

[24] Rešenje Vrhovnog suda NR Bosne i Hercegovine Gz. 13/57, *Zbirka sudskih odluka,* knjiga II, sv. I, odluka br. 80. (navedeno prema N. Tešić, *op.cit.,* str. 218).

[25] Vidi S. Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima,* II knjiga, Savremena administracija, komentar člana 973.

lex commissoria kod koje je prenos svojine konačan. Takođe se kod fiducijarnog prenosa svojine u cilju obezbeđenja, svojina prenosi na poverioca u momentu zaključenja ugovara, dakle pre dospelosti potraživanja, dok je kod komisorne klauzule dospelost potraživanja preduslov prelaska svojine na poverioca.[26] Kod zaloge se klauzulom *lex commissoria* predviđa da u slučaju neisplate potraživanja obezbeđenog zalogom, predmet zaloge prelazi u svojinu založnog poverioca, bez obzira da li vrednost založene stvari prevazilazi vrednost obezbeđenog potraživanja (ne postoji obaveza isplate razlike u ceni dotadašnjem vlasniku), dok se kod fiducijiarnog prenosa svojine predviđa obavezu poverioca da isplati dužniku razliku u ceni.

e) *O dopuštenosti fiducijarnog prenosa prava svojine*. Jedno od ključnih pitanje u vezi sa fiducijarnim prenosom svojine u funkciji založnog prava jeste pitanje njegove pravne dopuštenosti i punovažnosti. U domaćoj pravnoj teoriji i sudskoj praksi zastupljeni su oprečni stavovi. Dok u pravnoj teoriji postoje podeljena mišljenja o punovažnosti fiducijarnog prenosa svojine, sa prevagom pozitivnog stava[27], u sudskoj praksi je po pitanju pravne valjanosti ovog instituta zauzet pretežno neagativan stav.[28] Sudovi ne tretiraju fiducijarni prenos svojine kao poseban pravni institut, već analogno primenjuju pravila o zabrani klauzule *lex commissoria* koja se odnose na ugovor o zalozi i hipoteci, proglašavajući fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenja potraživanja ništavim.[29] Kao razlog nepriznavanja ovog instituta navodi se i nepostojanje zakonskog osnova.[30]

I svakako, jedan od glavnih razloga zbog čega se ugovoru o fiducijarnom prenosu svojine ne priznaje pravna valjanost jeste neusklađenost

---

[26] Vidi Z. Rašović, *Komentar zakona*..., str. 91.

[27] LJ.Đurović, *op.cit.*, str. 821; B. Goravica, *nav. delo.* str. 76 -77; D. Stojanović, *Prenošenje svojine u cilju obezbeđenja kredita,* Pravni život, br.5-6/1993. god., str. 621; *suprotno* A. Gams, *Nešto o fiducijarnim pravnim poslovima,* Anali pravnog fakulteta u Beogradu, 1-2/1960. god. str. 36.

[28]"Ništava je odredba ugovora zaključenih između parničnih stranaka kojim je tuženi preneo pravo vlasništva na spornim nepokretnostima na tužioca, kao sredstvo obezbeđenja vraćanja kredita (zaloga)"; presuda VS Prev. 625/97. od 29.10.1997. god., Viši privredni sud, Bilten sudske prakse, br. 1/1997.

[29] Presuda Saveznog suda GSZ 19/94, od 24.novembra 1994.godine, gde se sud poziva na član 973. ZOO kojim se predviđa zabrana klauzule *lex commissoria* kod ugovora o zalozi, kao i na čl. 69. Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa o zabrani komisorne klauzule kod ugovora o hipoteci; (navedeno prema B. Goravica, *Fiducijarni pravni poslovi,* Pravni život, br.10/1997. str. 65).

[30] Presuda Vrhovnog suda Srbije Prev. 347/96, od 16.10.1996. godine (navedeno prema B. Goravica, *Fiducijarni pravni poslovi,* Pravni život, br.10/1997, str.67).

ovog bezdržavisnkog sredstva obezbeđenja sa našim imovinskim sistemom prava, počev od neusklađenosti kauze i *iustus titulus-a*, kao i ekonomskog i pravnog dejstva ovakvog načina prenosa.

U anglosaksonskom pravnom sistemu koncept fiducijarnog instuta je prihvatljiv, s obzirom na vladajuću koncepciju svojine. Svojina se definiše kao skup svojinskih prava, odnosno ovlašćenja na stvari koja mogu pripadati različitim subjektima, pri čemu svako od tih prava (ovlašćenja) predstavlja jednu vrstu svojine.U anglosaksonskom pravu svojina se odvaja od klasičnog pojma stvari, i vezuje se za apstraktni entitet *estate* (interes), tako da ono što se ima u svojini je interes, dok je pitanje svojine na stvari bez praktičnog značaja, jer ono što se ima jeste svojina određenih interesa.[31] Dok je u anglosaksonskom pravu svojina deljiva, u kontinentalnom pravu svojina kao najsveobuhvatnija pravna vlast na stvari je nedeljiva, ili preciznije, nedeljiva su ekonomska i pravna ovlašćenja koja čine sadržaj svojine. Dakle, ne postoji mogućnost funkcionalnog cepanja svojine na više funkcionalnih svojina kao u anglosaksonskom pravu, jer se smatra da to dovodi do nesigurnosti ovog najvažnijeg stvarno-pravnog instituta.[32] S druge strane, upravo to funkcionalno razdvajanje svojinskih ovlašćenja čini suštinu fiducijarnog prenosa svojine.

FIDUCIJARNI PRENOS SVOJINE U PRAVU CRNE GORE

Pojam i karakteristike ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine

Prema Zakonu o svojinsko-pravnim odnosima Crne Gore, fiducijarna svojina predstavlja uslovno stečeno pravo svojine na pokretnoj ili nepokretnoj stvari koje ovlašćuje poverioca da pre ostalih poverilaca naplati svoje dospelo potraživanje, bez obzira kod koga se stvar nalazi.[33] Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine u zakon u se različito definiše, zavisno od toga da li je obezbeđujuća stvar pokretnost ili nepokretnost. "Ugovorom o fiducijarnom prenosu prava svojine na pokretnoj stvari dužnik ili neko treći prenosi pravo svojine na povjerioca radi obezbeđenja naplate potraživanja, a povjerilac se obavezuje da po namirenju svog potraživanja

[31] Više o svojini u anglosaksonskom pravu vidi u istomenom radu: R. Jelić, *Svojina u anglosaksonskom pravu,* Pravni život, br. 10/2000. god.

[32] D. Stojanović, *Pravo svojine u Evropskoj ekonomskoj zajednici,* Pravni život, 11-12/91. god. str. 1184.

[33] Čl. 14. *Zakona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

omogući dužniku nesmetano vršenje prava svojine".[34] Dakle, ukoliko je u pitanju pokretna stvar, fiducijar stiče svojinu momentom zaključenja ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine, a predaja je fiktivna (na osnovu *constitutum possessorium-a).*

"Ugovorom o fiducijarnom prenosu prava svojine na nepokretnoj stvari obavezuje se dužnik ili neko treći da prenese pravo svojine na povjerioca radi objezbeđenja naplate potraživanja, a povjerilac se obavezuje da po namirenju svog potraživanja omogući dužniku nesmetano vršenje prava svojine."[35] Ukoliko su predmet fiducijarnog prenosa svojine nepokretne stvari, pored punovažno zaključenog ugovora o prenosu svojine, za prenos svojine neophodan je i upis ovog prava u katastar nepokretnosti kao *modus aquirendi.* Dakle, u oba slučaja fiducijarnog prenosa svojine, bilo da je u funkciji obezbeđenja potraživanja pokretna ili nepokretna stvar, neophodno je da budu ostvarene pretpostavke derivativnog načina sticanja: a) da je dužnik vlasnik stvari koju daje u svrhu obezbeđenja, b) da postoji punovažni ugovor upravljen na konstituisanje obezbeđenja (*iustus titiulus*), c) da je izvršena fiktivna predaja stvari, kod pokretnosti, odnosno upis u fiducijarnog prenosa svojine u javni registar, kod nepokretnosti (*modus acquirendi*).[36]

Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine je imenovan, formalan i akcesoran (sporedan) ugovor: imenovan, jer je izričito regulisan zakonom; formalan, jer se zahteva pismena forma za punovažnost ovog ugovor, i potpisi overeni od strane suda ili notara, kada je u pitanju prenos prava svojine na nepokretnosti[37]; akcesoran, jer njegova sudbina zavisi od glavnog ugovora čijem obezbeđenju služi.

Pored zahteva forme koji mora biti ispunjen, za punovažnost fiducijarnog prenosa svojine neophodan je upis ugovora o fiducijarnom prenosu svojine u odgovarajući javni registar[38]. Upis je dakle obavezan, ima konstitutivni značaj i doprinosi zaštiti pravne sigurnosti trećih lica.[39] Na ovaj način se ujedno ostvaruje i funkcija publiciteta, što je od

---

[34] Čl. 353. st. 1. *Zakona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

[35] Čl. 353. st. 2. *Zakona o svojinsko-pravnim odnosima CG*.

[36] U hrvatskom pravu se prenos svojine na nepokretnostima upisuje u zemljišne knjige, a u nedostatku odgovarajuće javne knjige, načelo publiciteta se ostvaruje putem javnog oglasa, bilo da je reč o nepokretnostima, pokretnim stavrima, odnosno pravima ; (vidi čl. 266. *Ovršnog zakona* Republike Hrvatske, Narodne novine 57/96, 29/99, 42/00. – u daljem tekstu: Ovršni zakon RH).

[37] Čl. 355. *Zakona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

[38] Čl. 378. *Zakona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

[39] Načelo obaveznosti upisa ugovora o fiducijarnom prenosu svojine je zastupljeno i u drugim pravima, kao što su englesko, švajcarsko, pravo SAD (vidi Z. Rašović, *nav. delo.* str. 169).

posebnog značaja kod fiducijarnog prenosa svojine na pokretnim stvarima, jer obezbeđujuća stvar ostaje u neposrednoj državini fiducijanta, pa se publikovanjem fiducijarnog pravnog posla sprečava izigravanje zakona. Za registarciju ove vrste ugovora zakonodavac predviđa kraći rok (od 8 dana od dana zaključenja ugovora), iz razloga pravne sigurnosti.

Akcesornost ugovora o fiducijarnom prenosu svojine jedna je od njegovih osnovnih karakteristika. Ovaj ugovor nema svoj samostalni cilj, već služi obezbeđenju potraživanja koje proizilazi iz glavnog ugovora (najčešće ugovora o zajmu ili kreditu), pa je njegova punovažnost uslovljena punovažnošću glavnog ugovora.[40] Međutim, akcesornost fiducijarne svojine ne treba shvatiti u apsolutnom smislu. U odnosu na obezbeđeno potraživanje ona predstavlja strukturalnu autonomiju (na jednoj strani obezbeđena obligacija, a na drugoj strani jedno stvarno pravo) i jednu funkcionalnu nezavisnost koja proizilazi iz prirode garancije.[41] Iako je u pitanju sporedan, akcesorni ugovor, na ugovor o fiducijarnom prenosu svojine primenjuju se pravila obligacionog prava o zaključenju ugovora, formi, manama volje, ništavosti ugovora i dr.[42]

U pravnoj teoriji je sporno da li je ovaj ugovor jednostrani ili dvostrani, da li je teretan ili dobročin. Prema široj koncepciji poimanja ugovora kao jednostranog ili dvostarnog, po kojoj se u pogledu određivanja njegove prirode ne uzimaju u obzir samo obaveze koje je ugovor u momentu zaključenja proizveo, već i obaveze koje nastaju u fazi izvršenja ugovora, ugovor o fiducijarnom prenosu svojine bi bio svrstan u kategoriju dvostranih ugovora. S druge strane, kauza dužnikove obaveze kod ugovora o fiducijarnom prenosu svojine nalazi se izvan ovog ugovora kao sporednog i sadržana je u glavnom ugovoru (najčešće ugovoru o kreditu ili zajmu).[43]

Ukoliko se ugovor o fiducijarnom prenosu svojine, kao akcesorni ugovor, posmatra u jedinstvu sa glavnim ugovorom čijem obezbeđenju služi, može se izvesti zaključak da je reč o teretnom ugovoru. Ovakvo

---

[40] „Akcesornost ugovora o fiducijarnom prenosu svojine je drugačije prirode od tipičnih akcesornih poslova (npr. ugovora o garanciji), jer njegova punovažnost ne zavisi toliko od punovažnosti ili postojanja obezebeđenog posla, koliko od faktičkih okolnosti vezanih za raspolaganje fiducijarnog poverioca sa predmetom fiducije, tj. u zavisnosti od fiducijarnog poverenja i pravila *lex commisoria* ako se ustupanje kvalifikuje kao zaloga." (J. Salma, *Fiducijarni pravni posao i fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenjaa potraživanja,* Pravni život, br.10/1998.god.. str. 387.

[41] Z. Rašović, *Komentar Zakona o fiducijarnom prenosu svojine",* Podgorica, 1996. godina. str. 51.

[42] Z. Rašović, *Komentar Zakona*...str.46.

[43] Z. Rašović, *Komentar Zakona...*, str.45.

stanovište zastupa i crnogorski zakonodavac, koji, između, ostalog propisuje da poverilac ima pravo da od dužnika ili trećeg lica zahteva drugu stvar, ako opterećena stvar ima materijalni ili pravni nedostatak, zbog kojeg ne predstavlja dovoljno obezbeđenje za naplatu potraživanja.[44]

Iako je akcesornost fiducijarne svojine u odnosu na obezbeđeno potraživanje jedna od njenih glavnih odlika, što znači da ovaj vid obezbeđenja ne može nastati pre nastanka samog potraživanja čijem obezbeđnju služi, u crnogorskom pravu je predviđen izuzetak od ovog pravila, pa je moguće fiducijarnim prenosom svojine obezbediti uslovno i buduće potraživanje.[45] Na ovaj način se, pre svega, jača pravni položaj poverioca, jer se poverilac osigurava od eventulanih dužnikovih raspolaganja i prouzrokovanja štete.

Značajno je napomenuti i rešenje predviđeno u Zakonu o svojinsko-pravnim odnosima CG, po kome se fiducijarnim prenosom prava svojine garantuju i druge obaveze koje su nastale između poverioca i dužnika posle zaključenja ugovora o prenosu prava svojine, a koje bi dospele za isplatu pre namirenja obaveze za čije je obezbeđenje izvršen prenos svojine, ako drugačije nije ugovoreno.[46] Ovo rešenje je nesumnjivo usvojeno po ugledu na pravila založnog prava.

Crnogorski zakonodavac predviđa ništavost odredbe ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine kojom se predviđa da će stvari koje su objekat ovog prava definitivno preći u svojinu poverioca, ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti. Takođe propisuje i ništavost odredbe kojom poverilac za sebe ugovara upotrebu opterećene stvari, ubiranje plodova koje ta stvar daje ili iskorišćavanje stvari na drugi način (tzv. antihretička klauzula), jer bi takva oderdba bila u suportnosti sa suštinom fiducijarnog prenosa svojine kao bezdržavinskog sredstva obezbeđnja.[47] Međutim, ovakvo ugovaranje je dopušteno nakon isteka roka od osam dana od nastanka potraživanja, jer se smatra da nakon zaključenja ovog ugovora, dakle u fazi njegovog izvršenja, dužnik nije više u tako nezavidnom položaju u kakvom je bio u fazi njegovog zaključenja. Zakonodavac je predvideo ovako kratak rok da bi pružio maksimalnu zaštitu dužniku od eventualnih zloupotreba od strane poverioca.[48]

---

[44] Čl. 371. Zak*ona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*
[45] Čl. 356. Zak*ona o svojinsko-pravnim odnosima CG*
[46] Čl. 357. Zak*ona o svojinsko-pravnim odnosima CG*
[47] Čl. 358. *Zakona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*
[48] Z. Rašović, *Komentar zakona...,* str. 92.

Predmet ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine

Načelo specijalnosti kao jedno od osnovnih načela založnog prava primenjuje se i kod fiducijarnog prenosa svojine, kako u pogledu potraživanja koje se obezbeđuje, tako i u pogledu stvari koje mogu biti objekat ovog prava.[49] Predmet fiducijarnog prenosa svojine mogu biti pokretne i nepokretne stvari, zbir stvari (npr. robni lageri), kao i buduće stvari, s tim što se u ovom poslednjem slučaju fiducijarna svojina stiče nastankom same stvari, odnosno upisom u javne knjige kada je reč o nepokretnostima. Kada je reč o robnom lageru, zahtev za individualizacijom predmeta zaloge ostvaruje se propisivanjem minimuma količine robe koja se mora neprekidno nalaziti u robnom lageru.

Fiducijarni prenos svojine obuhvata stvar u celini sa svim sastavnim delovima, pripacima i neodvojenim plodovima.[50] Pravilo o plodovima se primenjuje ukoliko dužnik o dospelosti ne ispuni svoju obavezu prema fiducijaru kao poveriocu, kada dolazi do konačnog sticanja fiducijarne svojine od strane fiducijara. Dakle, do momenta definitivnog sticanja svojine od strane fiducijara, pravo pribiranja plodova (čim se plodovi odvoje od glavne stvari) pripada fiducijantu koji ima neposrednu vlast na stvari. Momentom definitivnog sticanja svojine od strane fiducijara, fiducijarna svojina se proteže i na neodvojene plodove koji predstavljaju sastavni deo plodonosne stvari sa kojom čine jedinstveni pravni objekat i pripadaju vlasniku plodonosne stvari, tj. fiducijaru.

Rešenja crnogorskog zakonodavca koja se odnose na predmet ugovora o fiducijarnom prenosu svojine analogna su odgovarajućim pravilima založnog prava. Načelo specijalnosti u pogledu obezbeđujućeg predmeta dosledno je sprovedeno. Pravila kojima se definiše domašaj fiducijarnog prenosa svojine podudaraju se prvenstveno sa pravilima registrovane zaloge i hipoteke kod kojih dužnik ostaje u posedu založene stvari i ovlašćen je da pribira plodove koje stvar daje.

Ukoliko se na stvari učine izvesna poboljšanja ili se na drugi način poveća njena vrednost nakon zasnivanja pravnog odnosa između fiducijanta i fiducijara, fiducijarna svojina se prostire i na tu uvećanu vrednost.[51] Ovo rešenje je u skladu sa principom ekstenzivnosti zaloge.

Kada je reč o pripatku, ukoliko se pođe od principa građanskog prava *accessorium sequitur naturam sui,* logično je rešenje da se fiducijarni prenos svojine odnosi i na pripatke, koji su bili vezani za glavnu stvar u

[49] Vidi čl. 359. st. 1. Zak*ona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

[50] Čl. 359. st. 2. Zak*ona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

[51] LJ. Đurović, *Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine,* Pravni život, br.10/1998.god. str. 817.

momentu konstituisanja ovog vida obezbeđenja potraživanja. Međutim, postavlja se pitanje da li fiducijarni prenos svojine obuhvata i one pripatke koji su naknadno pripojeni glavnoj stvari, tj. u slučaju kad faktički odnos između pripatka i glavne stvari nije postojao u momentu konstituisanja fiducijarne svojine u funkciji založnog prava. U vezi sa ovim pitanjem zastupljeni su različiti stavovi u pravnoj teoriji. Pogrešno bi bilo pretpostaviti da je dužnik od samog početka želeo da založi sve kasnije pripatke, jer oni nisu bili obuhvaćeni ugovorom, i takva fikcija bi bila neodrživa. Kasnije nastali pripadak je obuhvaćen "založnim neksusom" samo pod uslovom da o tome postoji nesumnjivo izražena volja.[52] Moguć je i drugačiji pristup ovom problemu. Ako se prihvati pojmovno određenje pripatka da on obuhvata nepotpuno inkorporisane delove koji se mogu odvojiti bez oštećenja i one koji su fizički samostalni, ali funkcionalno povezani sa glavnom stvari, može se zaključiti da novi pripadak potpada pod isti pravni režim kao i glavna stvar, samim njegovim dovođenjem u funkcionalnu vezu sa glavnom stvari. U ovakvoj situaciji, posredno izražena volja dužnika je sasvim dovoljna.[53]

Rešenje crnogorskog zakonodavca u pogledu mogućnosti fiducijarnog prenosa svojine na nepokretnostima suprotno je stavu koji preovladava u uporednom pravu da predmet fiducijarnog prenosa svojine može biti samo pokretna stvar. Ovakava stav se obrazlaže funkcijom fiducije kao bezdržavinskog sredstva obezbeđenja, a to je zaloga bez deposesije dužnika.[54] Kod nepokretnosti se funkcija bezdržavinske zaloge ostvaruje hipotekom, ali se nepokretnost može javiti kao predmet fiducijarnog prenosa svojina u cilju smanjenja formalnosti u fazi naplate potraživanja u odnosu na hipoteku.[55] Slično crnogorskom predviđeno je rešenje u makedonskom[56] i hrvatskom pravu[57], gde se pored pokretnosti, kao objekat fi-

[52] Vidi Z. Rašović, *Komentar zakona...,* str. 103.

[53] Vidi N. S. Tešić, *Registrovana zaloga,* Beograd, 2007*,* str. 141.

[54] LJ. Đurović, *op.cit.,* str. 816.

[55] M. Lazić, *Reforma založnog prava u Republici Srbiji (mobilijarna hipoteka i hipoteka),* Evropski pravnik, 2/2007.god.,str.85.

[56] Uzimajući u obzir pozitivno iskustvo zemalja koje su usvojile prenos svojine nad imovinom i prenos prava radi obezbeđenja, ovaj vid obezbeđenja nekretninama prvi put je regulisan amandmanima iz 1997. godine na *Zakon o proceduri prisilnog sporvođenja*, čije su odredbe kasnije prepisane i izmenjene *Zakonom o obezbeđenju potraživanja* (vidi: A. Janevski i T. Zoroska-Kamilovska, *„Nesvojinski sigurnosni interes u pokretnoj imovini i pravima u zakonu i praksi Republike Makedonije",* Forum za građansko pravo za Jugoistočnu Evropu, Prva regionalna konferencija, Cavtat, 2010. godina, str. 159).

[57] "Fiducijano vlasništvo uređeno je prvenstveno odredbama Ovršnog zakona o tom institutu, pri čemu postoji jedinstevno uređenje za pokretnine i nekretnine" (H. Ernst, *„Besposjedovna sredstva osiguranja na pokretnim stvarima u republici Hrvatskoj"* Fo-

ducijarnog prenosa svojine mogu naći i nepokretnosti. U poslovnoj praksi fiducijarni prenos svojine na nepokretnostima predstavlja zastupljenu formu obezbeđenja bankarskih kredita, pored hipoteke, jer se nepokretnošću pouzdano garantuje poverioćevo potraživanje iz glavnog ugovora (najšešće banke kao kreditora), i omogućava namirenje iz vrednosti opterećene stvari po dospelosti potraživanja, bez učešća suda.[58]

Analognom primenom pravila o sticanju svojine od nevlasnika, fiducijarno sticanje svojine od nevlasnika se takođe čini mogućim na pokretnim stvarima.[59]

Sadržina ugovora o fiducijarnom prenosu svojine

Sadržinu ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine čine prava i obaveze ugovornih strana. Fiducijar ima pravo na dopunu obezbeđenja, prodaju stvari pre vremena zbog kvarenja ili gubljenja vrednosti, pravo da zahteva predaju stvari i izvrši njenu prodaju ako dužnik ne ispuni svoju obavezu o dospelosti, pravo zadržavanja stvari, pravo namirenja, pravo da zahteva uspostavljanje ustanove sekvestra, obavezu povraćaja viška, obaveza postupanja u skladu sa trgovačkim običajima. Fiducijant ima pravo na državinu, upotrebu stvari i pribiranje plodova, obavezu čuvanja stvari sa pažnjom dobrog domaćina, odnosno dobrog privrednika, obavezu predaje stvari ako svoj dug ne izmiri o roku, obavezu obaveštenja poverioca o promenama na stvari i dr. Ukratko ćemo objasniti neke od pomenutih prava i obaveza.

Fiducijant, kao ekonomski vlasnik, ima neposrednu državinu na stvari i mogućnost njenog ekonomskog iskorišćavanja tj. upotrebe i pribiranja plodova za vreme trajanja fiducijarne svojine. Pravilo o pribiranju plodova je dispozitivne prirode, tako da se ovo pravo može ugovoriti u korist poverioca. Međutim, od momenta konačnog sticanja svojine od strane fiducijara kao poverioca, on kao pravi vlasnik stvari ima pravo na plodove koje daje opterećena stvar, po samom zakonu.[60]

Zakonodavac propisuje i obavezu dužnika da stvar čuva sa pažnjom dobrog privrednika, odnosno dobrog domaćina[61], kao i njegovu obavezu da preda stvar poveriocu, ukoliko ne izmiri obavezu u roku[62]. Dužnik je

---

rum za građansko pravo za Jugoistočnu Evropu, Prva regionalna konferencija, Cavtat, 2010. godina, str. 173).

[58] D. Medić, *Rasprave iz građanskog i poslovnog prava* , Banja Luka, 2007. godina, str. 59.

[59]. Z. Rašović, *Komentar zakona*…, str. 95.

[60] Čl. 369. Zak*ona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

[61] Čl. 365. Zak*ona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

[62] Čl. 366. Zak*ona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

obavezan da obavesti poverioca o svim promenama koje se dešavaju na opterećenoj stvari, u suprotnom, odgovara za prouzrokovanu štetu.[63] Fiducijant nije ovlašćen da stvar preda na upotrebu drugome, bez saglasnosti poverioca.[64] Ukoliko postupi protivno ovoj odredbi (u slučaju predaje stvari na upotrebu drugome, bez dozvole poverioca), zakonodavac predviđa njegovu odgovornost za slučajnu propast ili oštećenje stvari.

Odgovornost dužnika je intezivirana kroz institut sekvestra. To znači da ako dužnik ne čuva opterećenu stvar "kako treba", tj. ukoliko postupa protivno ugovoru ili zakonu, stvar će, na zahtev poverioca, a po odluci suda, biti oduzeta od dužnika i predata trećem licu na čuvanje, kada dužnik gubi neposrednu državinu na stvari, jer se ona transformiše u posrednu državinu.[65] Lice kome je stvar data na čuvanje, drži stvar za dužnika i uživa državinsku zaštitu. Moglo bi se zameriti crnogorskom zakonodavcu na upotrebi sintagme "kako treba", koja spada u kategoriju pravnih standarda. Nju bi trebalo zameniti već uobičajenim standardom čuvanja stvari sa pažnjom dobrog domaćina, odnosno dobrog privrednika.

Sa druge strane, fiducijar kao pravni vlasnik stvari ima ovlašćenje pravnog raspolaganja sa stvari, koje je ograničeno dok traje ispunjenje glavnog ugovora. On ne može predmet obezbeđenja otuđiti, opteretiti, niti njime raspolagati na bilo koji drugi način, ukoliko ta mogućnost nije predviđena ugovorom o obezbeđenju, jer je fiducijar, kao primalac obezbeđenja, obligacionopravno vezan da svoj svojinski položaj koristi u skladu sa ciljem obezbeđenja.[66] Svojina preneta na fiducijara u cilju obezbeđenja potraživanja nije potpuna u smislu svojinskih ovlašćenja koja čine sadržinu ovog prava, niti nezavisna svojina. Reč je o uslovnom i privremenom pravu svojine, ili preciznije " pravnoj moći" koja se padanjem dužnika u docnju pretvara u "pravu svojinu".[67] To zači da ukoliko fiducijant kao dužnik ne ispuni svoju obavezu o dospelosti, fiducijar kao poverilac ima pravo da zahteva predaju stvari od dužnika radi njenog unovčenja i namirenja potraživanja koje ima prema dužniku.[68]

Osnovna karakteristika založnog prava jeste oficijelni način njegove realizacije kojim se doprinosi pravnoj sigurnosti, ali sa druge strane znatno usporava postupak naplate potraživanja. Fiducijarni prenos svojine ra-

---

[63] Čl. 367. Zak*ona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

[64] Čl. 368. Zak*ona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

[65] Čl. 370. *Zakona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

[66] D. Stojanović, *Prenošenje svojine u cilju obezbeđenja kredita,* Pravni život, br.5-6/1993, str. 631.

[67] LJ. Đurović*, op. cit.*, str. 824.

[68] Čl. 374. Zak*ona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

di obezbeđenja potraživanja je upravo ustanovljen u cilju brže i efikasnije realizacije potraživanja, bez formalnosti i učešća suda. Postoje dve grupe pravila kojima se reguliše namirenje poverioč evog potraživanja: jedna se odnose na sva potraživanja nastala iz ugovora, a druga se odnose na potraživanja nastala iz ugovora u privredi. U prvom slučaju, fiducijaru na raspolaganju stoji mogućnost prodaje stvari po ceni utvrđenoj procenom stručnjaka, kao i mogućnost da založenu stvar zadrži za sebe po toj ceni. Ako stvar ima tržišnu ili berzansku vrednost, poverilac je može prodati po toj ceni, bez javne prodaje (po isteku osam dana od upozorenja dužnika da će tako postupiti). Kod ugovora u privredi, poverilac može izvršiti javnu prodaju opterećene stvari (po isteku 8 dana od upozorenja učinjenog dužniku).[69]

Zakonodavac propisuje i mogućnost prevremene prodaje opterećene stvari i pre dospelosti potraživanja, i to po odluci suda, a na zahtev poverioca ili dužnika, kako bi se sprečila opasnost da stvar postane nedovoljna za namirenje poverioč evog potraživanja.[70] To će biti slučaj kad se stvar kvari ili gubi vrednost[71], ili kada je na tržištu pronađen povoljan kupac, kada je prevremena prodaja moguća samo uz saglasnost dužnika[72]. Postupak prevremene prodaje okončava se deponovanjem novčane sume kod suda, iz koje će biti namireno poverioč evo potraživanje. Osim toga, poverilac ima pravo da zahteva dopunu obezbeđenja od dužnika ili trećeg lica, ako opterećena stvar ima materijalni ili pravni nedostatak, zbog čega ne predstavlja dovoljno obezbeđenje poverioč evog potraživanja[73].

U cilju zaštite interesa dužnika, crnogorski zakonodavac propisuje obavezu poverioca da u fazi namirenja potraživanja iz vrednosti založene stvari mora postupati u skladu sa postojećim trgovačkim običajima i trgovački razumno. Standard "trgovački razumno postupanje" preuzet je iz *common law* sistema[74], a koje postupanje je trgovački razumno, ima ceniti sud u svakom konkretnom slučaju. Kod naplate potraživanja iz vredno-

[69] Čl. 375. Zak*ona o svojinsko-pravnim odnosima CG*

[70] Čl. 372. Zak*ona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

[71] Čl. 372. st. 1. Zak*ona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

[72] Čl. 373. st. 2. *Zakona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

[73] Čl. 371. Zak*ona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

[74] Iako su razlike između anglosaksonskog i kontinentalnog pravnog sistema evidentne u materiji stvarnog prava, pre svega zbog različitih svojinskih koncepata i pravne tradicije na kojima počivaju, u pravnim krugovima se ističe da bi bilo moguće postići jedinstveno regulisanje fiducijarnih odnosa. Kao pokušaj u pravcu kreiranja zajedničkih pravila o fiduciji značajno je napomenuti Principe evropskog trust law-a (više o tome: D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann and H.L.E. Verhagen, *Principles of European Trust law*, Kluwer Law International, 1999; R. Helmholz, and R. Zimmermann*, Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective,* Duncker & Humblot, Berlin, 1998).

sti založene stvari, poverilac je dužan da nakon namirenja potraživanja (dospelih kamata, troškova unovčenja stvari), razliku u vrednosti vrati dužniku (u roku od 8 dana od dana namirenja), ukoliko je vrednost fiducijarnog dobra veća od vredosti potraživanja.[75] Ovakvo rešenje je u funkciji jednog od osnovnih načela obligacionog prava – načela jednake vrednosti uzajamnih davanja[76], čime se sprečava neosnovano obogaćenje fiducijara. Ukoliko po dospelosti dužnik isplati poverioćevo potraživanje, svojina se ponovo uspostavlja u svom punom obimu (rekadentnost prava svojine) i po samom zakonu (*ex lege*) prelazi na dužnika[77].

Iz izloženih rešenja koja se odnose na prava i obaveze fiducijara i fiducijanta koja proizilaze iz ugovora o fiducijarnom prenosu svojine, može se zaključiti da se ona u velikoj meri podudaraju sa odgovarajućim pravilima ručne zaloge i hipoteke.

Prestanak fiducijarne svojine

Fiducijarna svojina kao akcesorno pravo prestaje kada prestane i glavno potraživanje čijem obezbeđenju fiducijarna svojina služi.[78] Obezbeđeno potraživanje najčešće prestaje isplatom duga u celosti od strane dužnika. Takođe, potraživanje prestaje i kad se poverilac odrekne prava svojine na nepokretnosti, pismenom izjavom datom kod nadležnog organa koji vodi katastar nepokretnosti, dok je kod pokretnih stvari dovoljna pismena izjava o tome Fiducijarna svojina prestaje i propašću opterećene stvari.

ZAKLJUČAK

Iako se u pravnoj teoriji osporava kauzalnost ugovora o fiducijarnom prenosu svojine u cilju obezbeđenja potraživanja, čime se dovodi u pitanje i punovažnost ovog načina prenosa svojine, ipak treba smatrati da je ugovor o fiducijarnom prenosu svojine kauzalan pravni posao. Njegova kauza se nalazi u ugovoru o kreditu ili nekom drugom glavnom ugovoru na kojem počiva obezbeđeno potraživanje, a sam ugovor o fiducijarnom prenosu svojine predstavlja punovažni pravni osnov sticanja fiducijarne svojine (bez obzira na razilaženje pravnog i ekonomskog efekta ovog prenosa).

---

[75] Čl. 377. Zak*ona o svojinsko-pravnim odnosima CG*.

[76] Čl. 8. Zak*ona o obligacionim odnosima CG*.

[77] Čl. 374. st. 2. *Zakona o svojinsko-pravnim odnosima CG (*„Ako dužnik isplati dugovanu činidbu, svojina na stvarima automatski prelazi na dužnika“).

[78] Čl. 383, *Zakona o svojinsko-pravnim odnosima CG.*

Nesporno je da fiducijarni prenos svojine nije u skladu sa osnovnim karakteristikama i načelima našeg imovinskog prava, ali on, isto tako, nije ni u suprotnosti sa prinudnim pravnim propisima. Stoga, ne predstavlja ništav pravni posao, već izraz slobode ugovaranja kao osnovnog načela obligacionog prava. Sa druge strane, treba imati u vidu da je praksa u potpunosti prihvatila fiducijarne pravne poslove i da su oni, kao sredstvo obezbeđenja, potpuno zaživeli u privrednom poslovanju.

I pored izraženih funkcionalnih prednosti ovog instituta u odnosu na ostala realna sredstva obezbeđenja, kao njegova negativna strana ističe se nedostatak publiciteta. Ukoliko za fiducijarni prenos svojine ne bi bio predviđen upis u registar kao konstitutivni element, to bi imalo za posledicu prikrivanje publiciteta fiducijarne svojine, stvaranje lažne slike o bonitetu dužnika i podrivanje pravne sigurnosti. Međutim, propisivanjem obaveznog upisa fiducijarne svojine u javni registar, kao što je to predvideo crnogorski zakonodavac, ovaj nedostatak se u priličnoj meri otklanja. Time se sprečava izigravanje zakona i povećava stepen pravne sigurnosti, čemu doprinosi i propisivanje relativno kratkog roka (od osam dana) u kojem se može izvršiti registarcija.

Pozitivno se može oceniti i intencija crnogorskog zakonodavca da u dovoljnoj meri osigura pravni položaj poverioca, ali i da na adekvatan način zaštiti interese dužnika (fiducijanta). Propisivanjem mogućnosti da se fiducijarnim prenosom svojine obezbedi uslovno i buduće potraživanje, nesumnjivo se jača pravni položaj poverioca koji se na taj način osigurava od eventulanih dužnikovih raspolaganja i prouzrokovanja štete. U cilju zaštite interesa poverioca zakonodavac propisuje obavezu dužnika da stvar koja je objekat fiducijarne svojine čuva sa pažnjom dobrog domaćina, odnosno privrednika, a takođe je odgovornost dužnika intenzivirana i kroz institut sekvestra.

U cilju zaštite interesa dužnika, propisana je obaveza poverioca da u fazi namirenja potraživanja iz vrednosti založene stvari mora postupati u skladu sa postojećim trgovačkim običajima i trgovački razumno. Poverilac je dužan da nakon namirenja potraživanja, razliku u vrednosti vrati dužniku ukoliko je vrednost fiducijarnog dobra veća od vrednosti potraživanja. Ovakvo rešenje je u funkciji očuvanja jednog od osnovnih načela obligacionog prava – načela jednake vrednosti uzajamnih davanja, čime se sprečava neosnovano obogaćenje fiducijara. Zabrana ugovaranja klauzule *lex commissoria* takođe je predviđena u svrhu zaštite dužnika.

Na kraju, možemo zaključiti da fiducijarni prenos svojine u svrhu obezbeđenja potraživanja, kao vid bezdržavinske zaloge, nesumnjivo

predstavlja elastično i efikasno sredstvo obezbezbeđenja naplate potraživanja koje u potpunosti odgovara zahtevima tržišne privrede. Zato ga ni pravna doktrina, ni sudska praksa ne smeju ignorisati, a niz pravnih pitanja koja se u vezi sa fiducijarnom svojinom pokreću, praksa nije u stanju da reši bez odgovarajuće zakonske regulative. Iz tih razloga, moglo bi se razmišljati da se u predstojećoj reformi građanskog zakonodavstva u naše pravo takođe uvede fiducijarni prenos svojine kao alternativa registrovanoj zalozi. Kao valjan putokaz ka tom cilju mogu poslužiti uporednopravna rešenja ovog stvarnopravnog instituta, posebno iskustva zemalja u okruženju, imajući u vidu zajedničku pravnu tradiciju, kao i prostornu i ekonomsku povezanost s našom državom.

Tamara Đurđić, Junior Assistant
Faculty of Law Kragujevac

Fiduciary Transfer of Property Rights

Abstract

Fiduciary transfer of property rights for the purpose of loan security represents the non-possessory form of collateral, which experiences renaissance in the comparative law. It is a complex legal institute, which is subject to numerous concerns and can be viewed from different perspectives, due to the large number of its specific features – non typical for the Continental European legal systems. The paper discusses disputed issues related to defining the causa, as well as the legal grounds, for fiduciary transfer of property rights, its legal nature and the justification thereof. Aiming at more adequate understanding of this complex Property Law institute and finding satisfactory answers to some of the disputed issues the legal theory has opened, the author analyses provisions of current legislation in Montenegro, which was the first country in the Region to regulate this non-possessory form of collateral.

Key words: loan security, non-possessory collateral, fiduciary property, principal, fiduciary

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Originalni naučni rad 331.106.24(439)

Dr. Tamás Prugberger, DSC, Professor Emeritus
an der Juristischen Fakultät in Miskolc

DIE REFORMSREGELUNG BEIM UNGARISCHEN KOLLEKTIVEN ARBEITSEINIGUNGS-, UND BETRIEBSVERFASSUNGSSYSTEM

***Abstrakt**: Der Artikel beschäftigt mit den wichtigsten kollektivsarbeitsrechlichten Institutionen, die die Arbeitsfriede versichern könnten. Zuerst wird das ungarische dreieckige (tripartit) Zentralkoalitionsverhandlungssystem und der Zentralarbeitsrat, außerdem das zweieckige Wirtschaftausschuss-System im Vergleich der west-europäischen Systemen kritisch analisiert. In Zusammenhang damit werden mehrere Reformvorschläge ausgearbeitet. Die Schlussfolgerung ist der Analisierung, dass die allgemeine Zentralkoalitionsverhandlungssystem, eben so, wie die Wirtschaftschussverhandlungen sehr bürokratisch ausgebaut sind. Deswegen beiden Verhandlungssystemen sollen reformiert werden, am liebsten nach dem spanischen System. Am letzten beschäftigt der Beitrag auch durch kritische Analisierung mit dem Betriebrat, wo die Betriebsratswahl und die Betriebsratsbefugniss sollen verändert werden.*

***Schlüsselwörter**: Koalitionsverhandlungen, Arbeitseinigungsrat, zwei-, und dreieckige (bipartit und tripartit) Koalitions(tarifs)verhandlungen, Koalitions(tarifs)fähigkeit, Representationsvoraussetzungen, Betriebsrat, Betriebsratsmitglied, Betriebsratswahl, Mitbestimmungsrecht.*

I.
Die Vorausgegangenen

Das kollektive Arbeitseinigungssystem im ungarischen Arbeitsgesetzbuch (ABGB), das nach der politischen Systemwandeln, im Jahr 1992 im Kraft getreten wurde, war, und ist mangelhaft geregelt. Das ABGB hat nämlich nur das allgemeine Zentraleinigungssystem geregelt, aber eine solche Regelung bei den Wirtschaftszweigen und bei der ländlichen (territorialischen) Ebene die Regul-

ierung herausgeblieben wurde[1]. An diesen zwei Gebieten wurden die Einigungsstellen nur bei dem öffentlichen Dienst durch das Angestelltengesetz (A.G) und das Beamtengesetz (B.G) eingeführt[2]. So kann beim Beamtenverhältnis das kollektive Einigungs-, und Verhandlungssystem in den verschiedenen Beschäftigungszweigen, ebenso wie in der örtlichen Ebene funktionieren. Im öffentlichen Dienst das hier erwähnte Einigungsforumsystem funktioniert schon lange bei den sogenannten Angestellten und bei den Beamten. Nämlich in Ungarn gibt es ein Unterschied zwischen diesen zwei Faktoren, weil die Beamten arbeiten bei den Behörden und die Angestellten bei den solchen Institutionen die behördliche Tätigkeit nicht ausüben (zum Beispiel Schule, Museen usw.). Zurückkehrend zum kollektiven Arbeitsrecht, das ungarische ABGB, hat nur der Nationalarbeitsrat geregelt, der dreieckig aufgebaut wurde. Das heißt, die Regierung durch die Arbeitsministervertretung mit den Gewerkschaftsverbänden und mit den Arbeitnehmerverbände in Zusammenhang mit den Arbeitsbeziehungen verhandelt und geeinigt hat.

Der Nationalarbeitsrat funktioniert nach dem belgischen und holländischen Modell[3]. Aber die Voraussetzungen der Teilnahme sind nicht so klar und gleichweise (paritativ) geregelt in Ungarn, wie in den hier erwähnten beiden Staaten. Bei uns in Ungarn bis zur letzten Zeit alle Arbeitgeberverbände waren berechtigt in der Arbeit des Nationalarbeitsrates teilzunehmen, aber an der Arbeitgeberseite nur solche, die in 1991 bei der Vermögensverteilung des kommunistischen Gewerkschaftsverbandes schon funktionierten. Die Gewerkschafte haben bei der Vermögensaufteilung so großes Teil bekommen, wie große Mitgliedszahl beweisen konnte. Weil noch in dieser Zeit die ehemalige kommunistische Gewerkschafte über den gröbste Mitgliedszahl verfügten, die 90 % Repräsentationsrecht in der Arbeit des Nationalarbeitsrat bekommen haben, und die sogenannte alternative, die am Ende der 80-er Jahren gegründet waren, haben nur insgesamt 10 % Teilnahmemöglichkeit (Stimmrecht) erreichen konnten. In dieser Zeit es war darum so gelöst, weil kurz vor der politischen Systemwandeln und kurz noch nach, bis zur Umorganisierung der staatlichen Unternehmungen zur Handelsgesellschaft, die Unternehmensleitung solche Arbeitnehmer, die aus den alten kommunistischen Gewerkschaften ausgetreten und in den neuen eingetreten sind verfolgen hat[4].

---

[1] 1992. Gesetz (ABGB) I. Kapitel, §§ 16-17.; Kiss, Munkajog (Arbeitsrecht), Unipress, Pécs, I. Band, 22.

[2] 33/1992. Ges.(A.G.). 1. Teil, §§ 4-7.; 23/1992. Ges. (B.G.) VII. Kapitel, §§ 65., 65/A-C.

[3] Jura Europae (Droit du travail-Arbeitsrecht), Edition technique juris caseurs, Paris-C. H. Beck Verlag, München, I.Vol/Band, 30.50-2 (B.); II. V/B. 60.50-8-12. (NL.) vergl. mit ung. ABGB §16 und AG. § 4-6. und B.G. § 65/A-C.

[4] Prugberger, Európai és magyar összehasonlító munka-, és közszolgálati jog (Europaische und ungarische rechtvergleichene Arbeits-und öffentliche Dienstrecht), Complex (Kluwer) Verlag, Budapest,102.

Deswegen verweigerten die neuen Gewerkschäfte ihre Mitgliedsliste zu veröffentlichen. So die einzige Lösung für die Feststellung der Repräsentativität war dieses Vermögensaufteilen, obwohl es sehr unrechtmäßig ist und für den frühen Gewerkschaftskreis vorteilhaft war. Außerdem wurde durch das ABGB weder das zweiseitige Wirtschaftzweigsverhandlungssystem, noch das örtliche (territorialische) Verhandlungsforum eingeführt. Deswegen in der Praxis im Privatarbeitsmarkt haben weder dreieckige, noch zweieckige Verhandlungen zwischen die Sozialparteien bis zur am Anfang der zweitausenden Jahren nicht fortgesetzt.

In dieser Hinsicht die andere ost- und mitteleuropäischen Länder viel bessere Lage sind, weil sie das kollektive Arbeitsrecht obwohl später in ihrem Rechtsystem eingeführt haben, als Ungarn, aber die ungarische Regelung in diesem Aspekt von der Mehrheit dieser Staaten überholt wurde. Fast alle diese Länder in Ost- und Mitteleuropa haben der dreieckige Nationalarbeitsrat so eingeführt, wo die Teilnahmevoraussetzung als bei den Gewerkschäften, auch bei den Arbeitsgeberverbände gleich nach dem belgischen-holländischen Modell von ihrem ABGB festgestellt wurde und außerdem die Wirtschaftzweighandlungskommissionen in der Hinsicht der Sozialparteien funktionieren auch auf dem Grund solcher Prinzipen, wo einerseits die Mitgliedszahl, anderseits die Vertretungskreis im zuständigen Wirtschaftzweig bei der Rats-, und Kommissionsmitgliedsaspiranten in die Frage kommen[5].

In Ungarn der erste Versuch bei dem nationalen Arbeitsrat die Teilnahmevoraussetzungen nach dem belgischen-holländischen Modell aufzubauen im Jahr 1997 die sog. sozial-liberale Horn-Regierung wollte mit einem dreiseitigen Abkommen, in Zustand bringen, wo die Vertragsparteien der Arbeitsminister, und die Gewerkschafts-, und Arbeitgeberverbände waren, die im Nationalarbeitsrat im 1992 durch das Vermögensaufteilen Ratsmitglieder geworden sind. Nach diesem Abkommen sollten im Nationalarbeitsrat solche Gewerkschaftsverbände Vertretungsrecht bekommen, die in diesem Wirtschaftzweig, wohin sie gehöhrten, in bestimmten Mitgliedszahl von Gewerkschaften haben, und außerdem die Gewerkschaftsverbände müssen allein oder im Konföderation die Mehrheit ihres Wirtschaftzweiges vertreten. Bei der Arbeitnehmerverbände

[5] Kohl-Platzer, Arbeitsbeziehungen in Mitteleuropa, 2. Aufl. Nomos Verlag, Baden-Baden, 2004; Internationale Konferenz über die Entwicklung des Arbeitsrecht in Mitteleuroa, Miskolc, 26-27 April, Miskolc, Veröffentl. In Napi Jogász, 4-8/2002.; Kostecka, Neugestaltung des kollektiven Arbeitsrecht in der CSRF. Arbeit und Recht 11/1992; Vladarova, Die Rolle von Tarifsverhandlungen im Arbeitsrecht im slovakischen Pepublik, Recht in Ost und West, 12/1993; Szubert, Betrachtung über Modelle des Arbeitsrechtes aus polnischer Sicht, Osteuroparecht, 1/1991; Scharf, Gewerkschaften und sozialpartnerschaftliche Strukturen in der russische Föderation, WIRO, 5/1996; Gidro, Ami megtörtént és ami még hiányzik (Über die neue romanische Arbeitsrecht), Napi Jogász, 8/2002.

waren auch die Teilnahmevoraussetzungen in solchem Prinzip festgelegt, nur in der vorausgesetzte Mitgliedszahlvoraussetzung war unterschiedlich[6]. Obwohl dieses Abkommen hat die Repräsentativitätsvoraussetzungen sehr korrekt und gerecht geregelt, ist nur ein Papiertiger geblieben, weil die Anwendung dieses Abkommens der „sozialistischer" Gewerkschaftsverband, der durch das ehemaligen Vermögensaufteilen 90 % Teilnamerecht bekommen hat und die andere fünf alternativen insgesamt nur 10 %, gescheitert hat. Der sozialistische Verband wollte seinem Vorteilsrecht nicht verlieren lassen. Zu dieser Verzögerung hat von den Arbeitgeberverbände auch große Hilfe bekommen, weil die meiste unter diesen Organen vom ehemaligen politischen Nomenklatur zur Stande gebracht wurden, wohin die ehemalige kommunistische Politikern als Unternehmer eingetreten sind. Bevor hat dieser Gewerkschaftsverband mit der Hilfe der Freie Demokraten auch inhaltlich ähnlichen Gesetzentwurf der die Antall-Regierung verfasst hat[7], hat in 1992 nicht in Kraft getreten lassen.

II.
Die reformierte Regelung

Die oben erwähnten Mangeln und ungleiche Teilnahmevoraussetzungen wurden mehr als zehn Jahren später durch die Gesetze von 73/2009. und 74/2009 aufgelöst[8]. Der 73/2009 Gesetz reguliert die Voraussetzungen des Teilnahmerechtes im Nationalarbeitsrat. Der Vorteil dieses Regelung ist, dass die Repräsentativitätskriterien bei den Koalitionsparteien diskriminierungslos sind, es heißt, gleichberechtig sind festgestellt. Aber diese Regelung hat Nachteile auch, weil die Mitwirkungskriterien der Sozialparteien in der Arbeit des Rates in beider Seite sehr bürokratisch und kompliziert festgelegt sind.

Die Mitwirkungsvoraussetzungen im Arbeitsrat I.) von der Gewerkschaftsseite die Folgenden sind: 1.) In vier Wirtschaftszweige und in zwölf Unterzweige soll der Zentralverband mindestens über ein Mitgliedsgewerkschaft oder Bezirksverband verfügen. 2.) Außerdem je Zentralgewerkschaftsverband soll mindestens hundertfünfzig Betriebsgewerkschäfte haben. II.) Bei der Arbeitgeberseite die folgende Voraussetzungen schreibt das Gesetz vor: 1.) Mindestens in zwei Wirtschaftszweige und in sechs Unterzweige der Zentralarbeitgeberverband soll Mitgliedsorgane haben; 2.) Außerdem in drei Regionen

[6] Herczogh, Kormánykoncepció az érdekegyeztetés átalakításáról (Regierungskonzeption über die Umstaltung des Koalitionsverhandlungssystems), Munkaügyi Szemle, 2/1999; Gesetzentwurf am februar 1999.

[7] Prugberger, 101

[8] Ungarische Gesetsblatt, 06. 07. 2009. (73. Ges. Über den Nationalsrat und die Verhandlungen im Nationalsrat, und 74.Ges. über die Verhandlungskomissionen in Wirtschaftszweigen)

oder in zwei Regionen, oder in zehn Bezirken soll ein Verband auch über Mitgliedsorgan verfügen; 3.) Unter den Mitgliedsorganen mindesten ein soll 80 % von alle Arbeitnehmer beschäftigen lassen. III.) Endlich in beiden Seiten ist vorgeschrieben, das die Zentralverbände sollen in dem Europaische verband Mitglied sein[9].

Der 74/1009. Gesetz reguliert das Wirtschaftszweig, und territorialisches Koalitionsverhandlungssystem, das mit ohne Teilnahme der Regierung zweieckig ist. Hier muss man bemerken, dass schon vor einige Jahren Verhandlungskommissionen von unten spontanerweise zusammengetreten sind. Die Teilnahmevoraussetzungen hat aber dieses Gesetz auch sehr bürokratisch vorausgeschrieben.

Die Teilnahmevoraussetzungen in solche zweieckigen Verhandlungskommissionen hat dieses Gesetz folgenderweise festgestellt: I.) Die Voraussetzungen von der Gewerkschaftsseite sind: 1.) Ein Gewerkschaftsverband soll mindestens bei zehn Arbeitgeber als Mitglied bei zehn Betriebsgewerkschaft haben; 2.) oder bei solcher Arbeitgeber soll über Vertretungsrecht verfügen, wo mehr als 10% von der Stimme bei den Betriebsratswahl erreichen hat; 3.) oder bei einer Firma an dem Betriebsratswahl allein mehr als 50% Stimme erreichen hat. II.) An der Arbeitgeberseite soll ein Verband mindestens vierzig Arbeitgeber als Mitglied haben; 2.) oder ein Mitgliedsfirma soll 5% von allen Arbeitnehmern beschäftigt sein[10].

Diese Lösung gleicht nach der Voraussetzungen für die Firmagewerkschäften, die vorschrieben, welche Gewerkschäften bei wie große Repräsentativität sind berechtigt im Unternehmen mit dem Arbeitgeber Firmatartifvertrag zu schließen. Nämlich in Ungarn nach den ABGB nur solche Firmagesellschaften sind berechtigt mit dem Arbeitgeber zu verhandeln und mit ihm Tarifvertrag zu schließen, die an den Betriebsratswahlen 10 % von den Stimmen eingereicht haben. Es ist aber dazu nicht genügend, weil es andere Voraussetzungen auch geben.[11]

Unter diesen erstens: wenn in der Firma nur eine Gewerkschaft funkzioniert, dann ist sie berechtigt in der Name der Belegschaft einen Firmatarifvertrag zu schließen, wenn mehr als 50 % der Stimmen an dem Betriebswal bekommen hat. Zweitens: funktioniert im Unternehmen mehrere Gewerkschäfte, mindestens soll zwei miteinander eine Konföderation bilden, wenn zusammen mehr als 50% der Betriebswahlstimme erreicht haben, können der Firmatarifvertrag mit dem Arbeitgeber gemeinsam unterschreiben. Drittens: wenn

[9] 73/2009. Ges. §§ 4-5.
[10] 74/2009 Ges. §§ 7-8.
[11] ABGB. § 49

unter den mehreren tariffähige Unternehmensgewerkschäfte nur eine möchte mit dem Arbeitgeber Tarifvertrag zu schließen die anderen aber nicht, so die tarifbereite Gewerkschaft muss 65 % von den Stimmen an dem Betriebsratswahl erreichen[12].

Problematisch ist es auch, dass beide Gesetze schreiben komplizierte und bürokratische Verhandlungsprozessregelungen vor. Es ist auch vorgeschrieben, welche Maßnahmen können die Verhandlungen zu holen. Die Verhandlungsergebnisse können Entscheidungen, Vereinbarungen und Vorschläge sein. Aber der wichtigste, der Tarifvertrag, ist nicht einmal erwähnt.

Diese Voraussetzungskriterien, die das 74-ere Gesetz vorschreibt sind auch genau so kompliziert und bürokratisch, wie die, welche das 73-e Gesetz bei dem Zentralarbeitsrat vorschreibt. Beide sind in der Praxis schwierig zu verwirklichen. Die Lage wird dadurch auch noch verschwert und kompliziert, weil eine ganze Serie von Prozessregelungen vorschreiben, was für Entscheidungen können die Mitglieder des Zentralrates und der Kommissionen zu schließen oder Abkommen und Tarifverträge in der Zustande zubringen/[13]. Deswegen ist es förderlich, dass diese zwei Gesetze wenn nicht korrigiert werden ebenso unanwendbar blieben, wie das dreiseitiges Abkommen, welches in 1995 geschlossen wurde.

III.
Revisionsvorschläge „de lege ferenda"

Eine idealische Vereinfachung könnte mit der Übernahme des bulgarischen Systems erreicht werden, welches ruht am holländischen Modell. In Bulgarien die Teilnahmevoraussetzung beim Zentralarbeitsrat scheint folgenderweise aus: I.) An der Gewerkschaftsseite: 1.) Der Verband allein oder in Konföderation muss über fünfzigtausend Gewerkschaftsorganen als Mitglied verfügen. 2.) Außerdem auch allein oder in Konföderation soll in seinem Wirtschaftzweig mehr als 50% von den Gewerkschäften vertreten. II.) Bei den Arbeitgeberverbände ist es ähnlich. Der Unterschied nur in der Mitgliedszahlvorschrift liegt, weil ein Arbeitgeberverband braucht fünfhundert Arbeitgebern als Mitglied[14]. Diese Lösung ist viel einfacher als die jetzige ungarische Lösung. Deswegen wäre es günstig, wenn die jetzige ungarische Regelung mit der bulgarischen ausgetauscht würde. Das bulgarische Modell im Zusammenhang mit den Teilnahmevoraussetzungen im Zentralarbeitsrat gleichartig ist. Das heißt,

[12] ABGB. § 33

[13] 73/2009. Ges. §§ 7-16.; 74/2009. Ges. §§ 12-18.

[14] Sredkova, Die Bulgarische Arbeitsgesetzbuch auf dem Wege der Reformen, ZIAS, 2/1995, 256-257.; Schrammeyer, Das novellierte bulgarische Arbeitsgesetzbuch, WIRO, 10/1993, 34.

keine Seite ist weder positiv noch negativ diskriminiert. Außerdem diese Lösung dadurch auch gerecht ist, weil wenn ein Gewerkschaftsverband oder ein Arbeitgeberverband bei der ländlichen Wahlen die gesetzlich vorgeschriebene Mitgliedszahl und das wirtschaftszweigliche Vertretungsrecht nicht erreicht, oder beweisen konnte und deswegen im Nationalarbeitsrat (Zentralarbeitsrat) im Gegenteil mit dem belgischen Modell[15], wenn ein Koalitionsverband in seinem Wirtschaftzweig bedeutend ist, also wenn dort, oder in einem bestimmte Gebiet allein oder in Konföderation mehr als 50% Vertretungsrecht hat, berechtig ist in der Arbeit der zuständigen Kommission teilzunehmen[16]. Man muss aber feststellen, in diesem Hinsicht gibt es in Ungarn kein Problem, weil auf dem Grund des 74. Gesetzes das Teilnahmerechts in den Zweig-, und Territorialverhandlungskommissionen hängt nicht vom Teilnahmerecht im Zentralarbeitsrat ab[17].

Dementsprechend wäre es möglich den Firmatarifvertragsabschluss einfacher zu tun. Meiner Ansicht nach, bei dem Firmentarifsabschluss könnte der Betriebsratswahl ausgeschaltet werden und soll solcher von einem oder in einer Konföderation von mehreren von den Gewerkschaften mit dem Arbeitgeber abgeschlossen werden, wenn die unternehmerische Gewerkschaftsseite mehr als 50% der Belegschaft als Mitglied vertreten kann.

Mit dieser Lösung ist auszuschalten das Gewerkschaftsvorschlagssystem für die Mitgliedskandidierung des Betriebsrates und könnte das deutsche System übernommen werden, wo die von dem zurückgetretenen Betriebsrat delegierte Nominierungskommission die Mitgliedskandidaten für den Betriebsrat mitwirkend mit der Belegschaftsversammlung/ nominiert [18].

Wenn aber weiter das Nominierunggsrecht bei den Unternehmensgewerkschäften bliebe, dann wäre einfacher die spanische Lösung zum Teilnamerecht in den Zweig-, und Territorialkommissionen und im Zentralarbeitsrat übernehmen. Nämlich in dieser Methode die Repräsentierung-, oder Teilnahmekriterien sind von unten nach oben festgelegt. Das Teilnahmerecht von unten nach oben in der verschiedenen Ebene in der Kommissionen und an der Spitze im Arbeitsrat hängt nur davon ab, ob ein oder mehrere von den Koalitionsorganen in beiden Seiten mehr als 50% als Mitglied vertreten können. Bei den Arbeitgeberverbänden hängt es einfach vom Mitgliedszahl ab, aber bei den Gewerkschäften und Gewerkschaftsverbände von den Betriebsratswahlen, deren Ereignisse an je höherer Ebene zusammenrechnen werden. So geht eine automatische Rotation an der einzelne Ebene und wenn eine in einer unteren Ebene

[15] Jura Europae, I. 30.50-2

[16] Jura Europae, II. 60.50-8-12

[17] Das ungarisches Modell ist in dieser Hinsicht mit dem hollandischem ganz ahnlich

[18] In Ungarn von dem ehemalige Staatsekretar des Arbeitsministerium hat eine solche modifizierung im neue Entwurf des ABGB-s ausgearbeitet

drinnen ist, andere kann ausfallen, aber bei der Zusammenrechnung an der oberen Ebene kann wieder zurücktreten. Soll ein Koalitionsverband in einer niedrigen Ebene kein Vertretungsrecht in der Kommission bekommen, in der höhere Ebene zuständige Kommission kann erscheinen, sogar auch im dreieckigen Nationalarbeitsrat in der Spitze mit der Mitwirkung bei dem dortige Tarifvertragsabschluss[19].

Wenn die Nominierung bei den Betriebsratswahlen weiter in dem Kompetenz der Betriebsgewerkschaften bleibt, dann meiner Meinung nach wäre günstig das spanische Modell völlig übernehmen, weil das jetzige ungarische Modell sehr kompliziert ist. Bis zur Unternehmensebene das Tarifvertragsabschlussrecht hängt von den Betriebsratswahlen ab, aber ab dieser Ebene hinauf bis zur National-, oder Zentralarbeitsrat das Teilnamerecht ist in Moment im ungarischen Arbeitsrecht nach dem holländischen Modell festgelegt. So das ungarische Modell jetzt eine komplizierte Mischung ist.

Das bisher beschriebenes Reformkonzept könnte geändert werden, weil die neue Orban Regierung den Landeseinigungsrat und das dreieckige (tripartit) Arbeitsverhandlungssystem stil legen.[20] In diesem Fall bleibt nur die duale Wirtschaftszweigsverhandlung im Rahmen der Zweigskomissionen.[21] So die Koalitionsverhandlungen werden nur in den Wirtschaftszweigen mit ohne Mitwirkung des Staats zweieckig (bipartit) ähnlich vorsetzen, wie es im deutschen Recht ist.[22] In diesem Fall wären aber unnötig die oben erwähnte Representationsvoraussetzungen. Meiner Ansicht nach, ein solches System kann nur dann gut funktionieren, wenn als die Gewerkschäften, als die Arbeitgeberverbände, so, wie im Deutschland, nur nach Wirtschaftzweigen gliedern sich und bei dieser Gliederung im Gegenteil mit den italienischen und belgischen, eben sowie mit den ungarischen Situationen spielen keine Rolle aus politischen und religionischen Aspekte.[23] Unter solchen Voraussetzungen können die Verhandlungen mit ohne staatlicher Führungsmitwirkung zielgesetzt fortsetzen. Weil im Ungarn die Koalitionsparteien als politisch, auch religionisch gliedern sich, deswegen ist die staatliche Mitwirkung bei den ungarischen Zentralarbeitsverhandlungen nützlich. Nämlich die staatliche Mitwirkung ist die Sicherung, dass die Verhandlungen nicht schief in politischer oder religionischer Ebene laufen.

---

[19] Alivez-Perez, Gewerkschaftsrechte im Betrieb nach spanischem Recht, Arbeitsrecht im Betrieb, 12/1989, 384-385; Borbély, A spanyol érdekegyeztetési etalon, Európa Fórum, 4/1994, 92-104

[20] Figyelő, 3/2011.

[21] Ges. 74/2009 würde bleiben, 73/2009 würde aus dem Kraft gezogen

[22] Jura Europae (Droit du travail-Arbeitsrecht), Editions Technique Iuris chasseurs, Paris-H.C. Beck Verlag, München, I. 10-50.

[23] Jura Europae, II. 30.50-2-4; I. 20.50-6-7

Deswegen wäre es besser, wenn der Nationalarbeitsrat und das dreieckige Zentralverhandlungssystem im Ungarn weiter verbleiben könnte.

IV.
Die Betriebsverfassungsregelung „de lege lata“ und Vorschläge „de lege ferenda“

Der Betriebsrat ist im Ungarn teils nach dem deutschen System aufgebaut. So in Ungarn im Betriebsrat kann nur zugeteilte Arbeitnehmer/in kandidiert und gewählt werden.[24] Der so organisierter Betriebsrat funktioniert nach dem unikalischen System, wie im Deutschland, Österreich, Niederland, Schweiz, Frankreich und Spanien.[25] Das ungarische System ist aber in zwei Seiten eigenartig. Einerseits beim Betriebsratswählen können als die Gewerkschaften, auch die Arbeitnehmern Betriebsratsmitglieder kandidieren.[26] Es ist eine Mischung des deutschen und spanischen Wahlsystems.[27] Nämlich im Deutschland kandidiert mit der Mitwirkung der Betriebsversammlung der Kandidierungsausschuss[28] und im Spanien nur einfach die Betriebsgewerkschäften. Außerdem der Betriebsrat, oder ein/e Betriebsratsmitglied kann nur durch eine Belegschaftsabstimmung zurückgerufen werden.[29] Es ist ein Unterschied zum deutschen System, wo den Betriebsrat oder seinen Mitglied mit einem Gerichturteil möglich ist abzulösen. Unterscheidet sich das ungarische vom spanischen System auch, wo die solche Gewerkschaft, die den Betriebsrat, oder den Betriebsrater kandidiert hat, beiden kann einfach zurückrufen. Wenn den Tripartitverhandlungsreform des spanischen Systems vom Ungarn gewählt wird, kann die spanische Lösung übernommen werden. Aber wenn strukturell das jetziges System bleibt, oder nach dem Regierungsvorschlag eine bipartit Koalitionsverhandlungssystem eingeführt wird, kann das deutsche gerichtliche Zurückrufungssystem in das ungarische Recht statt die jetzige komplizierte Lage eingeführt werden.

Der andere große Unterschied ist, dass in Ungarn das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ganz formalistisch ist. Es beschränkt auf die Hilfe aus dem Sozialfond und auf die Verwaltung der sozialen Einrichtungen des Betriebs. Wegen der neoliberalischen Globalisierung beide fehlen schon. So das

---

[24] § 49 des ungarisches ABGB-s

[25] Marhold, Kollektives Arbeisrecht, Manzsche Verlag, Wien ; Jura Europae, II. 60.50.8-9.; Rehbinder, Scweizerisches Arbeitsrecht, Sempfli et Clio Verlag, 230-233.; II. 40-50-8.; Alivez/Perez, Gewerkschaftsrechte in Betrieb nach spanischem Recht, Arbeitsrecht im Betrieb, 12/1989, 384-386

[26] § 55. und 56. des ung. ABGB-s

[27] Sehe die 1-te und 19-te Noten

[28] Sehe die 1-te Note

[29] § 51 des ung. ABGB-s

Mitbestimmungsrecht praktisch in Ungarn gibt es nicht.[30] Dadurch hat der ungarische Betriebsrat eben so, wie beim auch unikalisch aufgebaute französische Betriebsrat, nur Meinungsaustausch-, und Informationsrecht.

Meiner Ansicht nach, dieses enge Mitbestimmungsrecht soll verbreitet werden. Deswegen schlage ich vor, auf alle solchen Fragen, die das Arbeitsverhältnis (Lohn, Arbeitszeit, Arbeitspause, Ruhezeit, Urlaub, Kündigung, Arbeitsschutz, Betriebshygenie, etc.) berühren, soll das Mitbestimmungsrecht vom Betriebsrat umfassen, eben so, wie es bei den west-europäischen Staaten gültig ist.

[30] Vergl. Mit § 65. des ABGB.s

Dr Tamaš Prugberger, profesor emeritus
Pravnog fakulteta u Miškolcu

REFORMA MAĐARSKIH PROPISA O KOLEKTIVNOM PREGOVARANJU I SAVETA ZAPOSLENIH

Sažetak

Rad sadrži kritičku analizu nacionalnog sistema kolektivnog pregovaranja u Mađarskoj, na osnovu upoređivanja sa zapadnoevropskim sistemima. Rezultat kritičke analize je da je mađarski sistem prilično birokratizovan, te je sazreo za reformu, pri čemu bi se za uzor mogao uzeti španski sistem. Predlaže da se na osnovu iskustva španskog prava u mađarskom pravu bude usvojen opšti i granski sistem kolektivnog pregovaranja.

Ključne reči: kolektivno pregovaranje, tela za kolektivno pregovaranje, bilateralno i trilateralno kolektivno pregovaranje, ovlašćenje za kolektivno pregovaranje, uslovi za ovlašćenje za kolektivno pregovaranje, savet zaposlenih, članstvo u savetu zaposlenih, izbori za savet zaposlenih, pravo zaposlenih na učešće u donošenju odluka

Originalni naučni rad 342.8(37)

Dr Tamaš Notari, vanredni profesor
Univerziteta Karolj Gašpar u Budimpešti

IZBORNI SISTEM I IZBORNA KAMPANJA U STAROM RIMU[1]

Sažetak: *Kvint je najverovatnije za svog brata, slavnog oratora Marka Tulija Cicerona sastavio Commentariolum petitionis to jest „Priručnik za konkurisanje za magistrature", kada je želeo da Marko bude izabran na najviši položaj u rimskoj republici, na funkciju konzula. Mada je autorstvo ovog dela pisanog u obliku pisma sporno u literaturi, ipak nam se čini prihvatljivim mišljenje, da je njegov autor bio Kvint Tulije Ciceron i da je bio naslovljen na njegovog slavnog brata i oratora Marka. Značaj ibora za konzule (za svaku godinu su birana po dva konzula) nikako ne možemo podceniti u političkom životu Rima, jer su ovi izbori bitno uticali na sudbinu Imperije u sledećoj godini. To opravdava činjenicu da su kampanje često imale oštar i odlučan ton. Marko Tulije Ciceron je krenuo u borbu za osvajanje ove službe kao „novi čovek" (homo novus), tj. kao neko čiji preci nisu zauzimali više položaje u upravljanju republikom. Marko je trebalo da nastoji na tome, da u najvećoj meri iskoristi raspoloživa sredstva – prvenstveno svoju govorničku slavu – da bi pobedio svoje konkurente koji su bili arsitokratskog porekla, ali su bili ozloglašeni po pokvarenom načinu života i po svojim zlodelima. Autor starog veka, Kvint Tulije Ciceron savetuje, da radi uspeha u kandidaturi na javne funkcije, kandidat ne treba da se ustručava ni od kakvog trika, lažnog obećanja, laži ili pretvaranja. Nije poznato u kojoj meri je Marko Tulije Ciceron koristio savete svog brata, koji na Makijavelijski način usmeravaju ka beskrupuloznom oportunizmu i manevrisanju. Činjenica jeste, međutim, da je postigao željenu poziciju.*

[1] Prevod predavanja Tamaša Notarija, koje je održano studentima Pravnog fakultetu u Novom Sadu 20. aprila 2011. godine, pod naslovom ***„Election and Campaign in Ancient Rome",*** na engleskom jeziku.

***Ključne reči**: izbori u Rimu; izborna kampanja; Ciceron; Commentariolum petitionis, rimsko javno pravo.*

I. Izborni sistem i izborna korupcija u starom Rimu

U Rimu u periodu republike postojale su četiri skupštine *(comitia curiata, comitia centuriata, comitia tributa, concilium plebis)*. U poslednjem veku republike od ovih skupština funkcionisale su samo centuriatska skupština, koja je birala više magistrate i konzule, i tributska za izbor nižih magistrata. Prema tradiciji, centuriatsku skupštinu je osnovao kralj Servije Tulije, ali je njeno postojanje potvrđeno u izvorima tek od sredine V veka. Pri osnivanju, ova skupština je bila formirana po vojnim jedinicama, vremenom, međutim, ova zasnovanost na vojnoj organizaciji se gubi[2]. Na osnovu cenzorske procene imovine, građani su bili podeljeni u 193 centurije – konjanika i pešaka, na sledeći način. Konjanici su dali osamnaest centurija, a njihov imovinski cenz je trebalo da bude viši od sto hiljada asa. Pešadija je bila podeljena u pet razreda prema imovinskom cenzu: prvi razred čiji je imovinski cenz bio iznad sto hiljada asa dao je osamdeset centurija; drugi sa cenzom iznad sedamdeset i pet hilljada asa dao je dvadeset; treći sa cenzom iznad pedeset hiljada asa, dvadeset; četvrti sa cenzom iznad dvadeset pet hiljada asa takođe dvadeset; a peti razred sa imovinom iznad jedanaest hiljada asa dao je trideset centurija.

Ovim razredima je bilo dodato još pet centurija građana bez imovine: po dve centurije dali su zanatlije (*fabri)* i duvači (*cornices),* a jednu proleteri (*proletarii)*[3]. Posle 215. godine s. e. broj centurija prvog razreda bio je smanjen sa osamdeset na sedamdeset centurija, a ove su bile podeljene na trideset i pet centurija mlađih građana (*iuniores)*, onih od osamnaest, do četrdeset i šest godina i na trideset i pet centurija starijih (*seniores)*, od četrdeset sedme do šesdesete godine. Pre početka izbora kockom bi izabrali od centurija mlađih onu koja će glasati kao prva (*centuria praerogativa)* i time su na neki način ovoj centuriji dali mogućnost da utiče na krajnji ishod glasanja[4].

---

[2] Földi A.–Hamza G.: *A római jog története és institúciói.* Budapest 2009[14]. 34.

[3] Naravno centurije najbogatijih nisu imale sto vojnika, dok su centurije građana bez imovine bile sastavljene od više hiljada građana.

[4] Földi–Hamza 2009. 34; Németh Gy.: *Választások a köztársaságkori Rómában.* In: Németh Gy.–Nótári T.: *Hogyan nyerjük meg a választásokat. Quintus Qullius Cicero – A hivatalra pályázók kézikönyve.* Szeged 2006. 138.; Németh Gy.–Nótári T.: *Választási kampánystratégia az ókori Rómában.* Jogtudományi Közlöny 61. 2006/7–8. 268–279.

Glasanje se odvijalo počev od centurija najbogatijih, zatim su glasali siromašniji, a najzad – teoretski – najbrojnija centurija građana bez imovine. Mada je glas svakog građanina imao istu vrednost, jer se glasanje odvijalo unutar svake centurije, kako bi se većinom glasova – za ili protiv – formirao glas centurija, neophodno je istaći da je ova jednakost ipak bila samo formalna. Naime brojanje glasova nije sledilo posle zaključenja glasanja, nego u toku, dok se glasanje još odvijalo. Ovo nam se čini čudnim, ali je služilo političkim interesima vladajućih slojeva. Glasanje je trajalo samo dotle dok nije dostignut procenat glasova iznad pedeset posto od ukupnog broja centurija. Prema tome, pobeda na iborima bila je obezbeđena ako je od ukupnog broja (sto devedeset i tri centurije) nešto više od polovine glasalo na „odgovarajući" način: osamnaest centurija konjanika zajedno sa osamdeset centurija prvog razreda već su dali više od polovine glasova. Kasnije, kada je broj centurija prvog razreda pao na sedamdeset bilo je dovoljno da se njihovim glasovima pridruži još dvadeset centurija drugog razreda. Prvih devedeset osam centurija činio je samo mali deo celokupnog građanstva, prema tome, glasanje nije ni približno izražavalo odluku većine građana[5].

Pored toga, na izborima ni približno nije učestvovalo celokupno građanstvo, jer se glasanje odvijalo na Marsovom polju, koje je moglo da prihvati sedamdeset hiljada građana, a njihov ukupan broj je već u II veku višestruko prelazio ovaj broj. Siromašniji slojevi koji su živeli u okolini Rima, po pravilu nisu bili prisutni na glasanju, naročito, obzirom na to, da su se izbori za konzule održavali u drugoj polovini jula, a to je bilo vreme za žetvu ječma i ubiranje pasulja. Ova okolnost uticala takođe na to da odlučivanje na skupštinama pripada najbogatijima[6].

Građanin koji je vodio glasanje otvarao je glasanje svojim govorom *(contio),* zatim je saopštio imena kandidata i uputio molitvu bogovima, potom je seo na kurulsku stolicu (*sella curulis)* pored glasačkog mosta. Glasači su pristupili glasanju po centurijama. Dobili bi tablicu prevučenu voskom na koju bi napisali početna slova imena preferiranog kandidata, da bi to ubacili u urnu *(cista)* koja je stajala na kraju drvenog mosta. Posle glasanja pojedinih centurija glasove bi brojali u posebnoj prostoriji, a odluke centurija beležili bi tačkama pored imena kandidata.

Čim su dva kandidata dobila jedan glas više od pedeset posto glasova centurija, glasanje je proglašeno uspešnim, i izbori su bili zatvoreni.

[5] Németh 2006. 138. i dalje; Németh–Nótári 2006. 268. i dalje.

[6] Laser, G.: *Quintus Tullius Cicero – Commentariolum petitionis.* Texte zur Forschung 75. Darmstadt 2001. 16.

Institut izborne tišine bio je nepoznat rimskoj republici, tako da su agenti pokušavali da agitiraju za svog kandidata još i onda kada su se glasači već nalazili na početku glasačkog mosta. Ukoliko se u toku glasanja učinilo da ishod neće biti povoljan za vladajuće slojeve, primenjivali su ponekad i drastične mere da bi ishod glasanja usmerili u drugom pravcu. Tako na primer, glasački most bi se „slučajno" srušio, ili su auguri baš javili da su se pojavili loši znaci[7] - u oba slučaja izbori bi bili poništeni, odnosno bili bi odloženi za nekoliko dana, da bi se dobilo na vremenu kako bi se preokrenulo javno mnenje[8].

Izborna korupcija (krađa)

Izbore je određenom zakonitošću pratila i izborna korupcija, *ambitus*. Poznato je da su početkom drugog veka bila doneta dva zakona o sankcionisanju *ambitus*a: *lex Cornelia Baebia*[9] iz 181. godine s. e. i jedan zakon iz 159. godine s. e. – njihova sadržina, međutim, nije poznata.

U vremenu između braće Grah i Sule sistem *quaestiones perpetuae* bio je već raširen. Iz ovog perioda potiče jedan zapis o pravom sporu zbog *ambitus*a: naime, za godinu 116. i 115. za konzula je bio izabran *Marcus Aemilius Scaurus*, koji je bio *homo novus*. Njegov protivnik *P. Rutilius Rufus* protiv njega je pokrenuo postupak zbog izborne korupcije. Na to je *Scaurus* reagovao pokretanjem postupka zbog istog razloga protiv Rufa – uostalom oba optuženika (koji su bili istovremeno i tužioci) bila su oslobođena[10].

Sulin zakon, *lex Cornelia de ambitu* na neki način je sporan[11], jer naša saznanja o *leges Corneliae* nisu potpuna. Naime o ovim zakonima znamo iz dva izvora: to su Ciceronovi govori i fragmenti pravnika poznih klasičara sačuvani u Digestama. Ciceron o ovim zakonima govori samo u kontekstu u kom to zahteva interes slučaja i ukoliko to može da iskoristi za svoj govor, prema tome, ne nastoji na potpunoj prezentaciji zakona, jer to i nije bio njegov zadatak. Klasični pravnici su se pak bavili samo onim Sulinim zakonima koji su ostali na snazi i posle Avgustovih reformi. Postojanje *lex Cornelia de ambitu,* međutim, na osnovu sledećeg ipak može da bude izvesno: u prethodnom vremenu osuđeni za *ambitus* bili su kažnjavani zabranom da se kandiduju za magistraturu u vremenskom traja-

[7] Plut. *Cato min.* 42.
[8] Németh 2006. 145.
[9] Liv. 40, 19, 11.
[10] Gruen, E. S. P.: *Roman Politics and the Criminal Courts 149–78 BC.* Cambridge 1968. 120–122.
[11] Kunkel, W.: *Quaestio.* In: *Kleine Schriften.* Weimar 1974. 61.

nju od deset godina[12]. Spomenuti *lex Cornelia* nikako nije mogao da bude *lex Cornelia Baebia* iz 181. godine, jer od njegovog govora u odbranu Publija Kornelija Sule i *lex Cornelia* prošlo je više od deset godina i obzirom na to da je u ovom periodu izdato više zakona o sankcionisanju *ambitus*a, ne može da se pretpostavi da je kazna ostala ista[13].

Posle Sule na čelu *quaestio de ambitu* stajao je jedan pretor, tako, na primer, 66. godine je u funkciji *praetor ambitus* bio je *C. Aquilius Gallus*[14]. O kasnijim zakonima informacije pruža Ciceronov govor *Pro Murena.* Na zahtev *C. Corneliusa* koji je bio plebejski tribun, 67. godine donet je *lex Calpurnia*,[15] koji predviđa sledeće sankcije za *ambitus*: isključenje iz senata, doživotnu zabranu konkurisanja za magistrature (a ne samo deset godina, kao što je to bilo određeno sa *lex Cornelia),* kao i određenu novčanu kaznu[16].

Jedna senatska odluka iz 63. godine neka pitanja predviđena u *lex Calpurnia* posebno je sankcionisala, tako: podplaćivanje pripadnika partije da bi se okupili prilikom ulaska kandidata u Rim i tako dali privid podrške; podelu znatnog broja besplatnih karata i mesta za gladijatorske igre; kao i prekomerno čašćenje[17]. Ovaj *senatus consultum* najverovatnije je tumačio i konkretizovao spomenuti zakon[18].

Događaji iz 64. godine, a prvenstveno korupcija koja je uzela maha od strane Antonija i Katiline, zahtevali su donošenje novog zakona. Ovaj zakon je bio *lex Tullia de ambitu*[19]. Donet je 63. godine i bio je podržan od svih kandidata koji su pretendovali za konzulat 62. godine. Ovaj zakon je za *ambitus* predvideo kao kaznu i progonstvo u trajanju od deset godina, energičnije je postupio sa novčanim davanjima (podmićivanjem), i kažnjavao je odsustvo na sudu zbog simulovane bolesti. Pored toga, zabranjivao je organizovanje gladijatorskih igara od strane kandidata u periodu od dve godine pre kandidovanja, osim ako je to bilo određeno putem testamenta. Zakon je na ovaj način nastojao da spreči isplatu novčane nadoknade biračima za njihove glasove. Zabranjivao je i pratnju kandidata

[12] Schol. Bob. *ad Cic. Sulla* 5, 17.

[13] Mommsen, Th: *Römisches Strafrecht.* Leipzig 1899. 867.

[14] Cic. *Cluent*. 147.

[15] Cic. *Mur*. 46; Dio Cass. 36, 38, 39.

[16] Cic. *Mur*. 47; Jehne, M.: *Die Beeinflußung von Entscheigungen durch „Bestechung": Zur Funktion des ambitus in der römischen Republik.* In: Jehne, M. (Hrsg.): *Demokratie in Rom? Die Rolle des Volkes in der Politik der römischen Republik.* Hermes Einzelschriften 96. Stuttgart 1995. 66. i dalje.

[17] Cic. *Mur*. 67. Detaljnije o tome, videti, Laser 2001. 14. i dalje; 22. i dalje.

[18] Adamietz, J: *M. T. Cicero, Pro Murena.* Darmstadt 1989. 25.

[19] Cic. *Mur*. 5.

od strane mase podkupljenih klijenata, jer je njihova brojnost već kao trijumfalna pratnja mogla da ukaže biračima na sigurnu pobedu kandidata. Međutim, kao što to konstatuje i Adamič, krajne granice *ambitus*a u suštini su ipak bile određene imovinskim mogućnostima kandidata[20].

II. A *Commentariolum petitionis* i antička strategija izborne kampanje

Govoreći o izbornoj kampanji svakako treba spomenuti prvi sačuvani dokument o kampanjskoj strategiji, *Commentariolum petitionis* iz 64. godine. U ovom dokumentu Kvint Tulije Ciceron, mlađi brat Marka Tulija Cicerona daje bratu savete o tome kako bi mogao da pobedi na izborima za konzula za 63 godinu, da bi se popeo na najviši položaj u rimskoj republici. Žanr latinskih komentara *(commentarius)* potiče od grčke *hypomnémá.* Ovaj žanr je korišćen za pisanje podsetnika *(mimnéskesthai),* za beleženje arhivskih podataka*,* na primer, za evidenciju liste i računa poslovnih transakcija. Korišćen je i za spise privatnog karaktera koji nisu bili namenjeni objavljivanju[21]. Pored toga žanr – *hypomnémá* usled svoje širine, mogao je da posluži i u drugim slučajevima, kao na primer, za opis značajnih događaja, za beleženje biografskih ili praktično savetodavnih podataka[22]. Počev od helenističkog perioda *hypomnémá* je označavala prvenstveno analitički komentar književnih tekstova: citirane fragmente pratio je komentar i različita mišljenja. Kasnije, a naročito u poslednjim vekovima rimske republike, pod *commentarius* podrazumevali su se jednostavni opisi činjenica, koje bi istoriografi razradili kao godišnjake *(libri annales),* ili istorijske knjige *(historia).* Međutim, ni u ovo vreme nije izašao iz upotrebe *commentarius* za privatne potrebe, odnosno za beleške koje nisu bile namenjene objavljivanju[23]. Imajući u vidu navedeno, postavlja se pitanje, kom žanru pripada *Commentariolum petitionis?* Deminutiv samog naslova – *commentariolum* ukazuje na to, da njegov autor nije nastojao na tome da temu obradi u celini, nego je u vidu skraćenih zabeleški hteo da iznese svoje stavove o kandidovanju na funkcije.

Commentariolum petitionis počinje pozdravom upućenim Marku Tuliju Ciceronu[24]. To ukazuje na činjenicu da je autor ovaj spis namera-

[20] Adamietz 1989. 27. *Letztlich fand der ambitus eine wirkliche Grenze nur in den beschränkten ftnanziellen Möglichkeiten der Kandidaten.*

[21] Laser 2001. 3; Rüpke, J.: *Commentarii.* In: Der Neue Pauly 3. Stuttgart–Weimar 1997. 99. i dalje.

[22] Gell. 1, 12, 6; 20, 6, 3; Plut. *Sulla* 5 i dalje.

[23] Laser 2001. 3 i dalje.

[24] *Comm. pet.* 1.

vao da pošalje kao pismo[25]. U prvim redovima rada, kao i u poslednjim paragrafima, Kvint Tulije Ciceron neposredno, bratski se obraća svom Marku, međutim, na kraju pisma poziva ga da svojim zapažanjima poboljša tekst, da bi delo kasnije bio publikovano kao pravi *commentarius*[26]. S ovim Kvint ukazuje na to, da njegovo delo u poslatoj formi još ne može da se smatra pravim komentarom, ali posle bratovljeve korekcije želi to da objavi. Zaista, većina rukopisa *Commentariolum petitionis,* se pojavljuje kao deo knjige pisama Marka Tulija Cicerona razmenjenih sa rođacima i prijateljima *(ad familiares),* čiji je autor Kvint Tulije Ciceron (knjige 9–16). Ovaj tekst ne može da se smatra u pravom smislu pismom ni zbog toga što njegova struktura, uvod i zaključak, a zatim i detaljnost ukazuje na to, da je njegov autor delo koji je kasnije trebalo biti objavljeno u osnovi već napisao. Ako zanemarimo lične momente i upućivanje Marku, možemo konstatovati da je rad, ili veći njegov deo kao *commentarius* bio je već spreman za objavljivanje[27].

Pitanje je, međutim, da li je Kvint posle Markovih korekcija publikovao, ili je mogao da publikuje svoj rad u kom opisuje organizovanje i sprovođenje izborne kampanje, jer je načine borbe za glasove opisao sa neumoljivom iskrenošću. Ginter Laser ovako rezimira spis Kvinta: kandidat koji pretenduje da osvoji funkciju konzula ne sme da se ustručava ni od kakve vragolije, lažnog obećanja, laži, pretvaranja i učlanjavanja u grupu koja vodi ka cilju, tj. ulizivanja[28].

Otkrivanje ovako jasnog oportunizma i manevrisanja nikako nije odgovaralo vladajućem sloju kasne republike, a posebno bi se Marko Tulije Ciceron našao u veoma nezgodnoj situaciji, jer ne bi mogao da skine sa sebe sumnju da je kao *homo novus* samo zato uspeo da postane konzul, jer je sva ta sredstva i primenio u sopstvenom slučaju. Obzirom na sve to, možemo da konstatujemo da je *Commentariolum petitionis* nastao prvenstveno kao lični dopis Kvinta Marku, u kom Kvint želi da pomogne Marku, ukazujući na bitne momente i sredstva izborne kampanje radi pobede na izborima za konzula[29].

III. Koncepcija (sastav, sadržina) dela

Prateći Gintera Lasera, najnovijeg izdavača *Commentariolum petitionis*[30]*,* struktura rada bi bila sledeća:

---

[25] Waibel, L.: *Das commentariolum petitionis – Untersuchungen zur Frage der Echtheit.* München 1969. 58. i dalje.

[26] *Comm. pet.* 1. 58.

[27] Laser 2001. 4 i dalje.

[28] Laser 2001. 5.

[29] Laser 2001. 5.

[30] Laser 2001. 94–99.

I. *Prooemium* – uvod (1)

1. Commentariolum petitionis nastoji na tome, da pruži sistematizovane podatke za Markovo kandidovanje na mesto konzula.

II. Razrada plana (2a)

2a. Kvint određuje tri teme koje će biti razmatrane u njegovom radu:

Dosadašnja karijera Marka Tulija Cicerona, posebno imajući u vidu da je on *homo novus;*

magistratura na koju se kandiduje je konzulat; mesto kandidovanja je Rim.

III. Kandidat koji je u položaju *homo novus* (2b–12)

2b Dosadašnji govornički uspesi Marka nivelišu njegovo svojstvo „novog čoveka" sa pripadnicima stare aristokracije – stoga ne treba da ima osećaj niže vrednosti.

3. Marko treba da se pojavi svakodnevno pred javnošću uz pratnju njegovih mnogobrojnih pristalica (klijenata).

4. Marko treba da podseti svakog, kog je odbranio na sudu, da u toku kampanje mogu da mu izraze zahvalnost za učinjenu uslugu. Pored toga, Marko treba da traži podršku uglednijih (uticajnijih) ljudi.

5. Dosadašnja javna aktivnost, pri čemu se Marko naslanjao na podršku naroda, bio je proizvod trenutačnih potreba, ali to nije bio Markovo stvarno političko opredeljenje.

6. Vođe građana treba pridobiti da postupaju zastupajući interese kandidata.

7. Mada je Marko „novi čovek" on može da se takmiči sa kandidatima koji potiču iz reda senatora sa jednakim šansama, jer je on zbog svoje veštine mnogo iznad ostalih.

Govor optužbe (invektiva) protiv Antonija i Katiline (8–10)

8. Antonija je dosadašnja njegova karijera činila nepodobnim za to da uzme aktivno učešće u javnom životu.

9. Ubistva vođena od strane Katiline za vreme proskripcija još su živa u sećanju građana.

10. Posebnu težinu ima ubistvo *M. Marius Gratidianus*a.

Ponovni osvrt na tematiku homo novus (11–12)

11. Dobrom i poštenom „novom čoveku" birači su naklonjeni i dobronamerni.

12. Rivali poreklom iz stare aristokratije ističu se pre svega svojim nedelima.

IV. postavljeni cilj je: konzulat (13–53)

13. Dostojanstvo konzula je prestižno, prema tome, one koji tome zavide treba pridobiti posebnim ustupcima.

14. Oni koji su izgubili spor u kom je suprotnu stranu zastupao Marko, mogu da budu njegovi mogući suparnici ili neprijatelji. Stoga, treba ispitati, da li pristalice Pompeja mogu Ciceronu da pruže pouzdanu podršku.

15. Prepreke koje se mogu pojaviti pri kandidovanju mogu biti eliminisane samo putem detaljnog i celishodnog rada.

Amicorum studia – neophodnost sticanja prijatelja među građanima različitog reda i ranga (16–40)

16. Svi oni koji pomažu Marku da uspe u kandidaturi, mogu se smatrati prijateljima, čak i onda ako, iskreno rečeno, sa nekima od njih ne bi bilo poželjno negovati prijateljske odnose.

17. Najpovoljnije za kandidata je njegov bezprekoran život i poštovanje od strane slugu (robova u njegovoj kući).

18. Marko treba da pronađe prijatelje iz svih društvenih slojeva, a posebno iz onih uglednih.

19. Svima treba dati do znanja, da je Markovo kandidovanje za konzula prilika da mu se revanširaju za njegove već učinjene usluge.

20. Kandidat treba da podeli među svojim pristalicama zadatke koje treba obaviti u toku kampanje.

21. Marko treba da zatraži podršku od sve više građana, istovremeno uveravajući ih da će biti njihov dužnik.

22. Napore onih koji pomažu Marku treba pomno pratiti, kako bi znali da Marko primećuje (ceni) njihove napore.

23. Temu govora, odnosno razgovora treba prilagoditi određenim kategorijama građana; s tim da bi učestalost kontakata sa njima zavisilo od očekivane i ostvarene podrške koju bi oni pružali.

24. Radi izbegavanja previše napora, kandidat treba da traži prijateljstvo sa onima koji su agilni i koji su popularni u društvu – one od kojih može da očekuje samo neznatnu podršku, ili nisu popularni među svojim sugrađanima, ne treba da uključi u kampanju.

25. Prilikom kandidovanja može da zasnuje prijateljstvo i sa onim ljudima, sa kojima bi inače izbegavao svaki kontakt.

26. Mogao bi da uveri većinu njih i u to da će prijateljstva sklopljena za vreme izborne kapanje biti trajna.

27. Prijateljstvo prema konkurentima nema nikakav značaj za birače.

28. Marko bi mogao da izgubi svoju prednost pred Antonijem samo ako bi se ubuduće ponašao posebno neodgovorno.

29. Prijateljskim vezama treba da vezuje za sebe što više ljudi – nije zanemarljivo stoga ni razgovor na forumu sa oslobođenicima.

30. Prijateljstvo sa uglednijim građanima je potrebno i zbog toga, što na ovaj način može da pridobije za sebe još više birača. Kandidat treba da ima pristalice na celoj teritoriji Italije da bi na ovaj način obezbedio podršku za sebe i na ovoj teritoriji.

31. Birači iz okoline Rima misle da su u prisnoj prijateljskoj vezi sa kandidatom već i onda ako ih ovaj pozdravlja po imenu.

32. Pozdravljanje birača po imenu može da bude korisno i u Rimu.

33. Među ekvestrima treba obratiti posebnu pažnju na mlade, jer oni mogu veoma srdačno da podrže kandidata.

34. Svakodnevna pratnja kandidata treba da bude mnogobrojna i da bude sastavljena od svih slojeva društva.

35. Pouzdanost *salutatores* (pozdravljača) je neizvesna, jer oni svakodnevno posećuju i više kandidata.

36. Mnogo su važniji pratioci *(deductores)* od *salutator*a, jer se ovi svakodnevno u isto vreme javno pokazuju u društvu kandidata na forumu.

37. Oni koji ceo dan prate kandidata *(sectatores)* od prethodnih ispunjavaju još važniji zadatak. Oni duguju zahvalnost kandidatu i ako sami ne mogu biti prisutni trebalo bi da pošalju nekog iz rodbine.

38. Svi oni koje je Marko bilo kada branio, trebalo bi da iskoriste mogućnost da se revanširaju za njegovu uslugu.

39. U Rimu se mnogi samo pretvaraju da su prijatelji Marka.

40. Ako je Marko nekog povredio, treba to da ispravi, naime, niko ne treba da ima razlog da ga ne podrži na izborima.

Podrška od strane naroda popularis voluntas (41–53)

41. Kvint uvodi tematiku planiranja pribavljanja glasova iz narodnih krugova.

42. U toku izbora Marko treba da se predstavi u najvećoj mogućoj meri kao prijatelj mase stanovništva, čak i onda ako inače izbegava kontakte sa nižim slojevima društva.

43. Kandidat treba svuda (a ne samo na *forum*u u Rimu) da radi na tome da pridobije što više glasača.

44. Kandidat ne treba da se ustručava od davanja raznih obećanja, i treba da se pokaže kao galantan u davanjima.

45. Ako bi neko zatražio pomoć od kandidata to mu obavezno treba obećati – a ako bi molbu ipak morao da odbije, to treba da uradi na poseban prijateljski način.

46. Prijateljski izrečena laž za mnoge nema tu težinu, kao neprijateljski saopštena istina.

47. Pri obećanjima kandidat još uvek može da se nada da neće svi tražiti od njega i da ispuni obećanje – u najgorem slučaju birač će se kasnije naljutiti na kandidata, ali ako ne bi dao obećanje, to bi se dogodilo odmah.

48. Za dobar glas kandidata mnogo je bolje ako se samo nekolicina birača ljuti na njega na forumu, nego ako bi pri običnoj salutaciji svi bili ljuti i to ne bi sakrivali ni pred ostalim građanima.

49. Ako kandidat želi da stekne popularnost među masama, treba da koristi ista sredstva kao i za sticanje prijatelja.

50. Dobar glas (popularnost) garantuje kandidatu mnogobrojne glasove.

51. Dosadašnje usluge činjene Pompeju najverovatnije su već obezbedili podršku Marku i među pristalicama Pompeja, ali i pored toga treba naglašavati da Markovu kandidaturu podržava i Pompej.

52. Kandidat treba da se pojavi u javnosti u pompi, ali istovremeno da se ne ustručava da svoje protivnike okrivljuje zbog razbacivanja novca.

53. Treba da izbegava da zauzme tačno određene (jasne, direktne) stavove, jer bi na taj način umanjio svoje izglede za pobedu.

V Bitnost mesta održavanja izbora – a to je Rim (54–57)

54. Zbog veličine grada i mase stanovništva kandidat može da čini mnoge greške.

55. Marko treba da iskoristi svoj govornički dar i na taj način ili treba da privoli građane da stanu na njegovu stranu, ili pak treba da zastraši svoje suparnike, da će pokrenuti postupak protiv njih zbog izborne korupcije.

56. Zahvaljujući svojoj popularnosti Marko će da pobedi, bez obzira na to koliku sumu bi njegovi protivnici potrošili na podkupljivanje birača.

57. Ako Marko postupa planski, odn. poveća svoju popularnost, a svoje konkurente malo zastraši, neće ni doći do podmićivanja, ili to neće imati odlučujući efekat.

VI. Molba za davanje dopunskih saveta i za ispravke (58)

58. Marko posle učinjenih sadržinskih i stilskih ispravki neka vrati ovde napisano Kvintu, da bi posle prerade, od toga nastao jedan rad koji bi bio koristan za svakog ko namerava da se kandiduje za magistrature.

IV Pitanje autorstva Commentariolum petitionis

O tome, ko je bio autor *Commentariolum petitionis* postoje različita mišljenja. Pitanje originalnosti ovog dela pokrenuo je Henderson na prelasku iz XIX u XX vek, to međutim, nije imao naročite odjeke u literaturi – ostalo je bez podržke i osporavanja[31]. Mincer je u članku pisanom o Kvintu Ciceronu zauzeo stav da je tekst originalan[32]. Tek je Vat koji je izdao *Commentariolum* sredinom XX veka izrazio svoje čuđenje da je ovo delo ikad moglo da se smatra pismom Kvinta Cicerona upućenim Marku[33]. Najnoviji izdavač ovog dela, Laser, odbivši stavove ovakve kritike, međutim, polazi od toga da je to rad Kvinta Cicerona[34]. Protiv autorstva Kvinta navode se sledeći argumenti. Veoma je naivno, da bi Kvint kao mlađi brat svom starijem bratu Marku pisao uputstva o tome kakvu strategiju da prati pri kandidovanju za konzula, a da u tome, kako i sam priznaje, nije saopštio ništa više svom bratu od onog što je ovaj već znao ili je mogao znati. Pored toga, čini nas sumnjičavim činjenica da argumenti navedeni u *Commentariolum*u protiv konkurenata Antonija i Katiline vraćaju se od reči do reči u Markovom govoru pod naslovom *In toga candida,* koji je fragmentarno sačuvan putem Askonija. Na osnovu toga smatra se da je *Commentariolum* plagijat sastavljen na osnovu govora *In toga candida* i *Pro Murena,* kao i na osnovu pisma Marka upućenom Kvintu o provincijskoj upravi[35].

Ove argumente više autora (na primer, Til) potkrepljuje i sledećim. Rukopisi sačuvani od Cicerona ne mogu da daju odgovor na pitanje originalnosti dela, niti možemo izvući zaključke o jeziku i stilu Kvinta na osnovu pisama Kvinta od kojih su tri upućena Tiru, a jedno Marku.

Istovremeno veoma je neverovatno da bi njegov stil bio mnogo različit od stila njegovog brata s kojim je bio skoro vršnjak i dobio je i isto obrazovanje. Mišljenje da se nastanak *Commentariolum*a može da se stavi na kraj Avgustove vladavine, može da se odbije pitanjem: u čijem bi interesu bilo da daje detaljan opis o tajnama izbora i kampanje iz 64 godine s. e. u poslednjim godinama Avgustove vladavine, kao i ako bi se neko na to

---

[31] Detaljnije o raspravama videti, Schanz, M.–Hosius, C.: *Geschichte der römischen Literatur, I.* München 1927. 551.

[32] Münzer, F.: *Q. Tullius Cicero.* In: Paulys Realencyclopädie der classischen Alterthumswissenschaft I–XXIV und I A–X A, Suppl. I–XV. Neue Bearbeitung von G. Wissowa, W. Kroll, K. Mittelhaus und K. Ziegler. Stuttgart–München 1893–1978. VIIa. 1943. 1288.

[33] *M. Tulli Ciceronis epistulae III.* Ed. S. W. Watt. Oxford 1958. 179.

[34] Laser 2001. 5. i dalje.

[35] Cic. *ad Q. fr.* 1, 1.

ipak odlučio u to vreme, zašto bi izabrao za autora baš Kvinta Cicerona koji je bio beznačajna ličnost kako u književnosti, tako i u politici. Čemu bi to koristilo, da posle smrti Marka, iskoristi Kvintovo ime, da bi se razotkrila promenljiva politika njegovog brata? Zašto bi izabrao baš onaj period za opis kada još ni Katilinu nisu odstranili sa javne pozornice? Najzad, koji plagijator bi bio tako skroman da odmah na početku svog dela naglasi da eventualni čitalac ništa novo ne bi mogao da nauči iz dela?

Autor dela uopšte nije nameravao da stekne retorsku slavu, jer je njegov stil suv, njegove rečenice ne zvuče uhu za zadovoljstvo[36]. *Commentariolum* svedoči o takvom opisu vremena, da je njegov autor svakako morao da bude savremenik koji je događaje doživljavao iz neposredne blizine, a ukazivanja na Markov položaj i njegovu pozadinu[37] svedoče o takvim saznanjima, na osnovu kojih hrabro možemo pretpostaviti da je primalac saopštenja tačno znao na šta misli autor, čak i onda ako je autor izostavio neke reči ili nije dovršio rečenicu.

Znanja o veštini kandidovanja nisu bila nepoznata ni Marku, međutim, sakupljanje iskustava od strane Kvinta opravdava činjenica da se i on sam kandidovao na položaj nižih magistratura *(magistratus minores)* i tako je mogao da dopuni strategiju brata sopstvenim zapažanjima[38].

Množina korišćena u rečenicama ličnijeg karaktera[39] takođe ukazuje na to, da je autor pisma bio u prisnom odnosu sa destinatarom. Činjenica da neke rečenice *Commentariolum* nalazimo skoro od reči do reči prepisane u govoru *In toga candidá,* takođe ne može biti argument protiv originalnosti dela. Kvintova namera pri slanju svojih zapisa bratu bila je da ih ovaj dopuni i ispravi[40] da bi to kasnije objavio. Kasnije 59. godine svoje delo *Annales* takođe je poslao na ispravke Marku da bi ga kasnije objavio[41].

Naravno, Marko nije objavio *Commentariolum* ni 64 godine, a ni kasnije, jer bi se na ovaj način steklo saznanje o njegovim političkim nastojanjima i njegovom oportunizmu. Međutim, optužbe sakupljene u ovim zapisima protiv Antonija i Katiline, mogao je mirne duše da iskoristi u kasnijem govoru, u *In toga candidá*[42].

---

[36] Till, R.: *Ciceros Bewerbung ums Konsulat. (Ein Beitrag zum commentariolum petitionis.)* Historia 11. 1962. 316.

[37] Uporedi, *Comm. pet.* 29.

[38] Laser 2001. 7.

[39] Uporedi, *Comm. pet.* 56.

[40] *Comm. pet.* 58.

[41] Cic. *Att.* 2, 16, 4; *ad Q. fr.* 2, 12, 4.

[42] Till 1962. 317; Laser 2001. 6.

Publikovanje ovog dela nije bilo u interesu Marka, isto kao ni objavljivanje nekoliko njegovih pisama upućenih Atiku. Ako sve to uzmemo u obzir, mada nemamo neposredne dokaze o tome, ipak moramo odbiti stav ekstremne kritike, i sve dok suprotno ne bude dokazano, pretpostaviti da je autor *Commentariolum petitionis*a bio Kvint Tulije Ciceron[43].

Ono što je bilo nepovoljno za Marka pri kandidovanju na izborima proizilazio je iz njegovog karaktera, kao i njegovog pogleda na svet. Naime, obzirom na to, da je bio platonist, bila mu je strana simulacija[44], kao i sklonost ka sklapanju prijateljstava prilagođavajući se biračima[45]. Njegovo najače sredstvo bio je njegov govornički dar koji mu je obezbeđivao popularnost u narodu[46]. Međutim, zbog toga, trebalo je da bude oprezan da ga ne smatraju političarem narodne stranke, jer o ishodu glasanja nije odlučivala masa naroda *(urbana multitudo)*[47].

Interesantno je, da Kvint nije pridavao poseban značaj tome da je Marko nedavno pomogao pripadnicima narodne partije (*C. Fundanius*u, *Q. Gallus*u, *C. Cornelius*u i *C. Orchivius*u). Konstatovao je samo, da je to bilo korisno za sticanje podrške sa njima povezanih udruženja[48]. Marko je konstantno nastojao na tome da izbegne privid pripadnosti narodnoj partiji, ali pri tome često je upao u nezgodne situacije. Tako je bilo, na primer, i u slučaju kada je prihvatio odbranu Manilija *(C. Manilius)*[49]. Naime, masa je pritisnula Marka da ispuni svoje ranije dato obećanje o tome da će prihvatiti odbranu Manilija[50]. Do procesa početkom 65. godine ipak nije došlo usled političke situacije, tako da se Marko oslobodio toga da bude primoran da i javno zauzme jasan politički stav[51].

Dok ovaj slučaj Kvint nije smatrao bitnim, Markov istup u interesu Pompeja, 67. godine, i protekom toliko vremena smatrao je momentom koji zamagljuje bratovu karijeru[52].

Razlog za to može biti, da dok su sudske besede u svakodnevnom toku događaja brzo padale u zaborav, a pored toga je Marko i više puta istakao da njegovi, u sporu formulisani stavovi, nisu njegovi lični stavovi[53],

[43] Laser 2001. 7.
[44] *Comm. pet.* 1. 45.
[45] *Comm. pet.* 42. 45. 54.
[46] *Comm. pet.* 2. 55.
[47] *Comm. pet.* 52.
[48] *Comm. pet.* 19. 50.
[49] Comm. pet. 51.
[50] Cic. *imp. Cn. Pomp.* 69. 71.
[51] Till 1962. 318.
[52] *Comm. pet.* 5.
[53] Cic. *Cluent.* 130.

ovaj govor koji je u svojstvu pretora koji tek započinje svoj mandat, prvi održao u skupštini ističući da Pompeju imperijum treba da dodeli skupština, a ne senat, ukazao je na Markovo nedvosmisleno suprotstavljanje senatu. Radi svoje popularnosti Ciceron je nastojao da umanji ugled senata, što su mu kasnije neki zamerili – stoga je sada trebalo vešto da manevriše, s jedne strane da ne izgubi Pompeja i njegove pristalice, a s druge, da ne pogorša svoje izglede u senatorskim krugovima spominjući svoju privrženost Pompeju[54].

Kako Kvint procenjuje izglede svog brata na izborima početkom 64. godine i kakvo je njegovo mišljenje o konkurentima? Kvint smatra da je povoljna okolnost da Marko nema opasne konkurente među nobilima i ukazuje na to koliko je bilo teško Kaldu *(C. Coelius Caldus)* konzulu 94. godine (koji je kao i Ciceron bio *homo novus)* da pobedi svoje rivale koji su bili poreklom iz istaknutih nobilskih porodica[55].

Konzulat su nobili u to vreme posmatrali kao sopstvenim monopol[56], i smatrali su da će izbor Cicerona za Konzula uprljati i obezčastiti službu[57]. Zatim Kvint nabraja imena četvoro mogućih protivnika od kojih Galba i Kasije, mada potiču iz uglednih porodica, nemaju nikakve izglede na uspeh, jer nemaju dovoljno izdržljivosti ni poleta[58]. Kazneni postupak vođen protiv Katiline – suprotno svakom očekivanju- imao je za okrivljenog povoljan ishod[59]. Nešto ranije, jula 65. godine to ni Marko nije smatrao verovatnim i razmišljao je o tome da prihvati Katilininu odbranu, jer bi na taj način mogao da pridobije simpatije Krasa i Cezara, koji su stajali iza Katiline, za svoju kasniju izbornu kampanju[60].

Marko ipak nije prihvatio odbranu Katiline, a Katilina je posle oslobađajuće presude stupio u savez sa Antonijem što su odobravali i ostali spomenuti. Sve ovo nedvosmisleno dokazuje motivisanost tadašnjih političkih saveza mogućim trenutačnim interesima, ali ukazuje i na to da bi i Ciceron, radi povećanja svojih izgleda za pobedu na izborima, prihvatio mogućnost saveza i sa Katilinom, a potom, posle izbora primenio bi istu taktiku kao i sa Antonijem – ali ove hipoteze bi se već graničile sa neistorijskim izmišljotinama[61].

---

[54] Till 1962. 319.
[55] *Comm. pet.* 7.
[56] Sall. *Iug.* 63, 3.
[57] Sall. *Cat.* 23, 6.
[58] *Comm. pet.* 7.
[59] *Comm. pet.* 10.
[60] Cic. *Att.* 1, 2, 1.
[61] Till 1962. 322.

Zaključak

U strategiju pridobijanja podrške glasača na izborima ne može se smatrati neupućenim ni Marko, ali sakupljanje iskustvene građe za tu strategiju od strane Kvinta potkrepljuje činjenica da se i on sam kandidovao za niže magistrature i tako je mogao da dopuni strategiju brata sopstvenim iskustvima. U rečenicama *Commentariolum petitionis* koje su ličnog karaktera, činjenica da se koristi množina, ukazuje na prisan odnos između pisca i primaoca pisma.

Marko ovaj *Commentariolum* naravno nije objavio ni 64. godine, a ni kasnije, jer bi na taj način pružao uvid u svoje političke namere i otkrio bi i sopstveni oportunizam. Međutim, u ovom spisu zabeležene optužbe protiv Antonija i Katiline mirne duše i komotno je iskoristio u svom kasnijem govoru, u *In toga candida.*

Kvint je u ovom delu potpunom iskrenošću otkrio ni malo povoljan položaj svog brata u kandidaturi za konzula. Marko je u očima nobila bio *homo novus.* Iza njega nije stajao ni odgovarajući tabor klijenata, nije imao ni dovoljnu materijalnu podlogu – a njegovi konkurenti Antonije i Katilina su u svemu tome imali dobru poziciju.

Mada izraz *homo novus* nikad nije bio tačno definisan, koristili su ga u dva značenja: u užem smislu označavao je one građane među čijim precima nije bilo konzula; u širem smislu pak one, čiji preci, iako nisu dostigli ovaj najviši položaj, ali su bili nosioci neke magistrature, ili su bili članovi senata.

Optimati sa omalovažavanjem su koristili ovaj izraz, jer je za njih značio samo došljaka koji ih nastoji imitirati. Ciceron je, međutim, ponosno isticao o sebi, da iako nije poreklom iz senatorske aristokratije, sve moguće magistrature dostigao je u dozvoljenom najranijem uzrastu. Nije nam poznato u kojoj meri se pridržavao saveta svog mlađeg brata prilikom izbora za konzula, ali činjenica jeste, da je bio izabran za konzula i da je kao konzul 63. godine ugušio Katilininu zaveru.

Tamás Nótári, Ph.D., Associate Professor
Károli Gáspár University, Budapest

Electoral System and Electoral Campaign in Ancient Rome

Abstract

One of the most famous orators of the Antiquity, Marcus Tullius Cicero entered the election for the consul's position held in 64 B.C. arranged under extremely disturbed circumstances and he won the consulatus for 63 B.C. Difficulties were caused among others by the fact that an indebted nobleman called Lucius Sergius Catilina saw the only breakthrough for ensuring his political and financial survival in being elected consul, and manifested that in case he would lose he would be willing to take as well violent actions (later, he actually carried out his threats). The orator's younger brother, Quintus Tullius Cicero wanted to help his brother in his campaign foreseen as having quite a lot of turns; so, he wrote a manual for him on the lawful and illegal instruments that could be used in the elections. This work, Commentariolum petitionis (A Handbook for Applicants for Offices) is the first summary of campaign strategy in the history of mankind. In addition to the evaluation of the given situation, the presentation (and exploitation) of the weaknesses of counter nominees, the book provides advice on several counts that might possibly continue to have relevance even today. We do not know to what extent the experienced politician, Cicero adhered to his younger brother's advice; it is, however, a fact that he was elected consul, and as a consul he defeated Catilina's revolt in. 63 B.C.

Key words: Roman elections; election campaign; Cicero; Commentariolum petitionis; Roman public law.

Pregledni članak 338.124.4:347.72.035

Dr. Tibor Nochta, Dozent
an der Juristichen Fakultät in Pécs

Ist die Wirtschaftskrise ein Vertragsrisiko?

„Ein wesentliches Element jedes Vertrags ist das Risiko." (Oliver W. Holmes)

Zusammenfassung: *Ein Vertrag wird immer für die Zukunft gemacht und von beiden Parteien wird erwartet, die möglichen Risiken nach Maßgabe seiner Möglichkeiten zu ermessen. Dieses Erfordernis ist das Pfand auch der Erhaltung des Vertragsgleichgewichts.*

Die wirtschaftlichen Krisenlagen greifen jedoch die von den Parteien gebotenen Stützpfeiler der Verträge an und so wird die Betonung vom Vertrag auf das Gesetz verlegt. Eine Wirtschaftskrise ergibt die Auflösung des Ganzen des Vertrages, es zeigt sich ein größerer Anspruch für die äußere Einmischung. Gegenüber dem harten Recht schlägt das Pendel in der Richtung zum biegsamen sozialen Recht aus. In so einer Lage können die Vertragsrisiken in einem sehr breiten Bereich erscheinen, sie werfen die Möglichkeit der Vernunftwidrigkeit – unconscionability – der Verträge, bzw. die Anwendbarkeit der sog. hardship Institution auf.

In unserer kurzen Analyse untersuchen wir aus all diesen Gründen vier Dimensionen der Probleme.

1. Die privatrechtliche Doktrin der sog. wirtschaftlichen Unmöglichkeit.

2. Die modifizierende Rolle der als Korrektion des Prinzips pacta sunt servanda (der unbedingten Erfüllung der Verträge) bekannten clausula rebus sic stantibus (der in den Umständen eingetretenen Änderungen).

3. Die Voraussetzungen der richterlichen Abänderlichkeit der Verträge.

4. Die auf der Zusammenarbeit der Parteien beruhende Lösung.

Stichwörter: *Vertragsgleichgewicht, Rechtsgeschäfte vom wirtschaftlichen Inhalt, Plusrisiko, allgemeine Vertragsbedingungen, wirtschaftliche Krisenlagen, Gleichgewichtslage der Vertragsparteien, Risikoübernahme, vertraglicher Schwerpunkt, Vertrag als Mittel der Rechtsvereinheitlichung, Rechtsetzung,*

wirtschaftliche Unmöglichkeit, clausula rebus sic stantibus, richterliche Abänderlichkeit der Verträge, wirtschaftlich-finanzielle Krise, Kursrisiko, Mitwirkungspflicht, gemeinsame Beseitigung der Vertragsrisiken

Die Verhaltensweise zur Zeit des Vertragsabschlusses kann zweierlei sein und sie ist auch dem Fall der Steinmetze ähnlich, deren Aufgabe ist, aus dem Granitstein Steinwürfel herauszureißen. Auf die Frage, was sie tun, murmelt müde der eine: „Ich behaue einen Würfel aus diesem verfluchten Stein." Der andere antwortet begeistert: „Auch ich beteilige mich am Bau der Kathedrale." Der Vertrag wird immer für die Zukunft gemacht und von beiden Parteien wird erwartet, die möglichen Risiken nach Maßgabe seiner Möglichkeiten zu ermessen. Dieses Erfordernis ist das Pfand auch der Erhaltung des Vertragsgleichgewichts.

Bei den Rechtsgeschäften von einem im engeren Sinne genommenen wirtschaftlichen Inhalt kann man über solche Plusrisiken sprechen, infolge deren die vom Vertrag gebotenen Möglichkeiten in vielen Fällen nicht ausreichend sind und später ist es notwendig, sich mit Rechtsetzungsmitteln oder mit richterlichen Mitteln einzumischen. Diese Rechtsgeschäfte beruhen in gewissem Sinne auf Spekulation – sie sind die Schlusssteine der Erwägung der wirtschaftlichen Interessen der am Rechtsgeschäft Beteiligten. Diese Erwägung zieht die voraussichtlichen Vorteile und die zu übernehmenden Nachteile in Betracht. Auch die im Interesse der zu erreichenden Wirtschaftsziele gewählten Vertragstypen beruhen darauf. In Wirtschaftsbeziehungen kommt die Unausgeglichenheit der Parteien im Rechtsgeschäft schon beim Vertragsabschluss häufig vor, die sogar mit einer Rechtsfolge der Ungültigkeit verbunden sein kann (Anwendung von unanständigen allgemeinen Vertragsbedingungen, Wuchervertrag, objektive Wertunangemessenheit), und die nach dem Vertragsabschluss eingetretenen Änderungen der Umstände werfen eine Änderung oder Aufhebung (Rückgängigmachung) des Vertrags voraus. Die wirtschaftlichen Krisenlagen greifen die von den Parteien gebotenen Stützpfeiler der Verträge an und so wird die Betonung vom Vertrag auf das Gesetz verlegt. Eine Wirtschaftskrise ergibt die Auflösung des Ganzen des Vertrages, es zeigt sich ein größerer Anspruch für die äußere Einmischung. Gegenüber dem harten Recht schlägt das Pendel in der Richtung zum biegsamen sozialen Recht aus. In vielen Fällen ist eine richterliche Lockerung notwendig, weil das Recht das den physisch und rechtlich nicht mehr erfüllbaren Verträgen entsprechendes Verhalten erwarten darf.

Jede sinnvolle Risikoübernahme ist eine immanente Folge der Verträge. Bis zur Grenze des rationell und zweckmäßig voraussichtlichen Risikos kommt die mit dem Schuldverhältnis durchflochtene Gleichgewichtslage der Vertrag-

sparteien in keine solche Gefahr, die eine Einmischung beanspruchen würde. Zu einer Einmischung kann es nur in dem Falle kommen, wenn die rationelle Risikoübernahme infolge der Änderungen der Wirtschaft, des Marktes schon von einem solchen Umfang und dermaßen unvoraussichtlich ist, das für irgendeine der Parteien eine unerträgliche Mehrlast bedeutet. Zugleich kann zur Befreiung von einer Vertragspflicht nicht führen, wenn irgendeine der Parteien ihre eigene Erfüllungsfähigkeit, die Vertrags- und Marktsrisiken nicht richtig ermessen hat.[1] In unserer Epoche hat die Zunahme der Vertragsrisiken zahlreiche wirtschaftliche und gesellschaftliche Ursachen. In ihrer Reihe hat eine hervorragende Bedeutung die Globalisierung, die den Vertrag in den internationalen Handelsbeziehungen vor das Gesetz stellte.[2] Das Recht, als „der die Wirtschaftsentwicklung langfristig bestimmende Sinn" wurde vom gesetzlichen auf den vertraglichen Schwerpunkt versetzt und damit zählt der Vertrag heute als eines der wichtigsten Mittel der Rechtsvereinheitlichung. Für das Vertragsrecht sind heute die atypische Eigenschaft, die Flexibilität und diejenige Tatsache charakteristisch, dass die Schuld eine immer mehr verkaufbare Ware ist, die Kontrakte neue finanzielle Produkte erschaffen und die Gegenstände der Verträge außer den körperlichen Gegenständen immer mehr auch die immateriellen Güter sind.

In dieser Lage können die Vertragsrisiken in einem sehr breiten Bereich erscheinen, sie werfen die Möglichkeit der Vernunftwidrigkeit - *unconscionability* – der Verträge[3], beziehungsweise die Anwendbarkeit der sog. *hardship* Institution auf. Das heißt, wenn eine von den nach dem Vertragsabschluss eingetretenen Umständen verursachte solche Ungleichheit zwischen den vertraglichen Leistungen entsteht, deren Risiko die benachteiligte Partei nicht übernahm, kann sie mit der Hilfe des hardship eine erneute Verhandlung des Vertrags beantragen, beziehungsweise im Falle der Ablehnung der Wiederverhandlung kann sie die Rückgängigmachung des Vertrags initiieren.[4]

Wir beurteilen auch als eine wichtige Fragestellung, was für eine Rolle die Rechtsetzung, die Gerichte, und nicht in letzter Reihe die Parteien im Interesse der Wiederherstellung eines ausgekippten vertraglichen Gleichgewichts erfüllen müssen? Darauf gibt es keine vereinfachliche und ausschließliche Antwort, wir sind der Meinung, dass alle drei Faktoren in der Schaffung der vertraglichen Wahrheit eine Rolle bekommen können, es ist zwar wahr, dass nicht in einem identischen Maß und nicht auf eine identische Weise. In diesem kurzen Entwurf

[1] Siehe Pf IV. 21. 185/1984-BH 1985/12/470, LB Pfv. VIII.20.872/1999-BH 2001/4. 169

[2] L. Francesco Galgano: Globalisierung im Spiegel des Rechts. Die Analyse des Wirtschaftsrechts. Übersetzt von Peter Metzinger HVG ORAC Verlag 2006 Budapest S. 10-11).

[3] Siehe die amerikanische Uniform Commercial Code 2. Artikel 302),

[4] Siehe UNIDROIT Grundprinzipien Artikel 6.2.3, Absatz 4, Punkt b)

gibt es nur eine Möglichkeit, diejenigen rechtlichen wichtigen Momente zu beurteilen, die im Laufe der Darstellung der wirtschaftlich-finanziellen Krise als Vertragsrisiko nach unserer Beurteilung nicht umzugehen sind. Wir gestehen, dass uns auch diejenige Entdeckungsneugier bei der Formulierung unserer Schlussfolgerungen geführt hat, ob unser Privatrecht einen dem entsprechenden sozialen Inhalt hat, der auf die Änderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse mit der Unterstützung der richterlichen Praxis auf entsprechende Weisen zu reagieren fähig ist?[5]

Der Zusammenhang des Vertrags und der Wirtschaftskrise wirft hinsichtlich unseres Themas die Frage auf, mit welchen vertraglichen Institutionen und von wem die auch die Verträge im Großen betreffende Wirtschaftskrise zu mildern sei? In unserer kurzen Analyse untersuchen wir aus all diesen Gründen vier Dimensionen der Probleme.

1. *Die privatrechtliche Doktrin der sog. wirtschaftlichen Unmöglichkeit.*
2. *Die modifizierende Rolle der als Korrektion des Prinzips pacta sunt servanda (der unbedingten Erfüllung der Verträge) bekannten clausula rebus sic stantibus (der in den Umständen eingetretenen Änderungen).*
3. *Die Voraussetzungen der richterlichen Abänderlichkeit der Verträge.*
4. *Die auf der Zusammenarbeit der Parteien beruhende Lösung.*

1. Die wirtschaftliche Unmöglichkeit (frustration)

Wegen des Eintritts des Wirtschaftsrisikos (zum Beispiel Konkurs, Inflation, Wirtschaftskrise usw.) wird die Erhaltung des Vertrags mit unverändertem Inhalt in vielen Fällen sinnlos (irrationell) oder hinsichtlich irgendeiner Partei unbillig. In der Wirklichkeit wird der immanente Inhalt des Vertrags in diesen Fällen vereitelt. Die ihrem unbedingten Inhalt entsprechende Erfüllung der Verträge kann wirtschaftlich unmöglich werden. Auf dessen Anerkennung haben die kontinentalen und die angelsächsischen Rechtssysteme auf verschiedene Weise reagiert. Zum Beispiel war das Haus der Lords in England im Zusammenhang mit einem wohl bekannten Fall zur Feststellung der Unmöglichkeit der Erfüllung gezwungen, als die Krönung nicht stattgefunden hat, wurde die Aufrechterhaltung des Mietzins der zur Besichtigung gemieteten Fensterplätze sinnlos, folglich gab es keine Erfüllungspflicht mehr.[6] Die deutsche Dogmatik identifizierte die Unmöglichkeit schon am Ende des 19. Jahrhunderts gerade mit

[5] Siehe in Bezug darauf noch Tunyogi Szűcs Kálmán: A gazdatartozások rendezésével kapcsolatos jogi kérdések [Kálmán Tunyogi Szűcs: Die mit der Regelung der Schulden der Wirte verbundenen rechtlichen Fragen] MJEÉ 1935./10. S. 191

[6] Siehe den Fall Krönungsidylle aus dem Jahre 1902

dem *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, auf Grund des französischen Rechts ergab das unvorsehbare Vertragsrisiko die Rückgängigmachung des Vertrags.

In Ungarn hat die richterliche Praxis diesen Kunstausdruck zur Zeit des ersten Weltkriegs ausgestaltet. Die zeitgenössischen richterlichen Entscheidungen haben den in Not geratenen Warenschuldnern auf solche Weise geholfen, dass sie die Warenleistung „ökonomisch" für unmöglich erklärt haben, sie haben die zur Warenleistung verpflichtete Partei von der Leistung befreit, oder sie haben den Inhalt der Schuld auf solche Weise geändert, dass sie den Geldschuldner zur Bezahlung eines größeren Gegenwertes, beziehungsweise den Warenschuldner zur Bezahlung einer kleineren Quantität verpflichtet haben.[7]

Später wurde ihr Anwendungsbereich auf diejenigen Fälle immer breiter, wo *sich das Gleichgewicht der Leistungen im zweiseitig verpflichtenden Vertrag infolge der außerordentlichen Wirtschaftsverhältnisse aufgelöst hat*.[8]

Die Gerichte gingen davon aus, dass diejenigen wirtschaftlichen Grundvoraussetzungen mit der wirtschaftlichen Unmöglichkeit umstürzen, auf die die Parteien ursprünglich das Interessengleichgewicht ihrer gegenseitigen Leistungen begründeten. Zugleich behandelte die Judikatur die Einmischung in den Vertrag mit einer vorsichtigen Mäßigkeit, wenn sie mit der Erschütterung der Vertragstreue verbunden ist.

Zuerst fasste der § 1150 des Privatrechtlichen Gesetzesvorschlags vom Jahre 1928 an der Schwelle der großen Weltwirtschaftskrise das Wesen der wirtschaftlichen Unmöglichkeit die in den gerichtlichen Urteilen der Gerichte höherer Instanz am Anfang des Jahrhunderts formulierten Thesen synthetisierend ab.

„Wenn eine solche das gewöhnliche Vertragsrisiko erheblich überschreitende eingehende Änderung nach dem Vertragsabschluss im Falle des zweiseitig verpflichtenden Vertrags eingetreten ist, mit der die Parteien vernunftgemäß nicht rechnen konnten, und infolge deren das von den Parteien vor Augen gehaltene wirtschaftliche Gleichgewicht der Leistung und Gegenleistung umgestürzt ist, oder eine dem Vertrag zugrunde liegende anderweitige Vermutung auf solche Weise vereitelt wurde, dass sich die eine Partei im Gegensatz zur Gutgläubigkeit und Billigkeit einen nicht erwarteten unangemessenen Gewinn verschaffen, die andere Partei jedoch einen ebensolchen Verlust erleiden würde (wirtschaftliche Unmöglichkeit), kann das Gericht die gegenseitigen

[7] Siehe Blau György: Tartozások csökkentése, mint válságjogi követelmény MJE Értekezések [György Blau: Verminderung der Schulden, als eine Erfordernis des Krisenrechts] MJE Disputationen 1935 S. 63-93

[8] Szladits: Magyar magánjog III. Kötelmi Jog Általános része [Szladits: Ungarisches Privatrecht III. Allgemeiner Teil des Schuldrechts] S. 495 Budapest 1941 Grill Károly Verlag

Verpflichtungen der Parteien entsprechend ändern, oder es kann die eine Partei – auch eventuell mit der billigen Verteilung des Schadens – zum Rücktritt berechtigen."

Diese Gesichtspunkte der wirtschaftlichen Unmöglichkeit haben die einheimische richterliche Praxis Jahrzehnte lang bestimmt, einzelne Elemente dieses Tatbestandes tauchen auch in unserer heutigen Rechtspraxis auf.

Die Beurteilung der wirtschaftlichen Änderungen hat sich in unserer gegenwärtigen einheimischen richterlichen Praxis bis jetzt auf eine unregelmäßige Weise gestaltet. *Die Außergewöhnlichkeit der richterlichen Änderung der Verträge mit Bezugnahme auf die wirtschaftliche Unmöglichkeit ist zu beobachten*. Auf Grund der Entscheidungen von dieser Tendenz und von verhältnismäßig geringer Quantität kann man eindeutig die Silhouetten einer unbegründet verengenden Rechtspraxis entdecken. So ist die Änderung des Vertrags durch das Gericht auf Grund des § 241 UZGB nicht zulässig, wenn es um die sich in einem breiten Bereich zeigenden Folgen der gesellschaftlich-wirtschaftlichen Änderungen geht.[9] Die Inflation, sowie die Änderung der Verhältnisse der Nachfrage und des Angebots gehören zum Bereich des Geschäftsrisikos, die keine der Parteien berechtigen, eine Vertragsmodifizierung zu verlangen, beziehungsweise sie führen nicht automatisch zur Vertragsmodifizierung.[10]

2. Die Rolle des Prinzips clausula rebus sic stantibus

Die angenommene Bedeutung des Rechtsprinzips clausula rebus sic stantibus: *„die sich auf den gegenwärtigen Stand der Sachen beziehende Klausel"* weist im Recht der Verträge auf die grundlegende Änderung der zur Zeit des Vertragsabschlusses vorliegenden Umstände hin. Es ist kein ausschließlich im Zusammenhang der privatrechtlichen Verträge angewendetes Prinzip, es wird auch mit internationalen Abkommen, Verträgen in Verbindung gebracht. Im Falle einer solchen Änderung kann sich die eine Partei eines Abkommens oder Vertrags ihm entziehen.[11] Diese Doktrin wurde von der Seite der Völkerrechtler mit viel Kritik betroffen, weil sie eine Möglichkeit des Austritts von den vertraglichen Verpflichtungen gewährleistet. Die gegenwärtige Praxis zeigt in der Richtung der Einschränkung ihres Wirkungsbereiches. „Die grundlegende Änderung der Umstände" ist ein schwer definierbarer Begriff, und *gemäß dem Artikel 62 des Wiener Kaufabkommens über das Recht der Verträge* soll die Änderung „von den

[9] Siehe dazu LEB Gf. 30.197/1991-BH 1992/2/ Entscheidung Nr. 123).

[10] Siehe dazu die folgenden Entscheidungen: LEB Pf. II 22.137/1994 – BH Fall Nr. 1996/3/145, LB Pf. IV.21189/1992 – BH 1993/11/678

[11] Evans, Graham, Jeffrey Newnham (1998). Dictionary of International Relations (in englischer Sprache). London: Penguin Books, S. 467

beteiligten Parteien nicht voraussichtlich“ und „das Maß der auf Grund des Vertrags noch zu erfüllenden Verpflichtungen radikal umwälzend sein“.[12]

Das Wiener Kaufabkommen macht einen Unterschied zwischen der nachträglichen Unmöglichkeit und der grundlegenden Änderung der Umstände. Die vorige kann auf Grund des Artikels 61 des Abkommens in dem Falle ein Grund für den Austritt sein, wenn „die Unmöglichkeit infolge des dauerhaften Verschwindens oder der dauerhaften Vernichtung des zur Durchführung des Vertrags unerlässlich notwendigen Gegenstandes eingetreten ist.“

Die clausula rebus sic stantibus – mit Rücksicht auf die Gesichtspunkte des Verbraucherschutzes und des Schutzes des öffentlichen Interesses – wurde für unsere Tage ein auf den breiten Bereich der Verträge angewendetes Prinzip. In der richterlichen Praxis soll man jedoch solche Bedingungen seiner Anwendung finden, die nicht mit wirtschaftlich unerträglichen Folgen verbunden sind. Es ist auch ein wichtiges Erfordernis, dass die Verträge von äußeren, unbegründeten Einmischungen nicht geschwächt werden, weil das dem öffentlichen Vertrauen gegenüber den Verträgen, nicht in letzter Reihe der Rechtssicherheit schadet. Nicht genügend ist die Berufung darauf, dass die Partei den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn die im Späteren eingetretenen Änderungen ihm bekannt gewesen wären, weil jeder Vertragsabschluss auch einem Würfeln ähnlich ist – *„man kann nicht wissen, was daraus vorkommt“*. Wir können nicht alle Änderungen der Umstände im Voraus ermessen, die Übernahme eines rationellen Risikos ist notwendig. Die horizontale rechtliche Auffassung der Verträge muss auch weiterhin aufrechterhalten werden, weil die Marktverhältnisse ohne die Vertragsfreiheit entstellt werden. Das vertikale Vertragsbild kann aus diesem Grund nur ausnahmsweise sichtbar werden.

3. Die Wirtschaftskrise als ein richterlicher, den Vertrag modifizierender Umstand

Die Berufung auf die wirtschaftlich-finanzielle Krise kann auf Grund des § 241 unseres geltenden Zivilgesetzbuches – da der Sonderbegriff der wirtschaftlichen Unmöglichkeit dem Kodex nicht bekannt ist – im Bereich der Anwendung des Prinzips „clausula rebus sic stantibus“ in den zur gerichtlichen Vertragsmodifizierung eingeleiteten Prozessen vorkommen. Der § 241 uZGB gewährleistet dem Gericht eine Möglichkeit, den Vertrag zu ändern, wenn *„die Erfüllung des Vertrags infolge des nach dem Vertragsabschluss eingetretenen*

[12] Das Wiener Abkommen über das Recht der Verträge. *Die Verordnung mit Gesetzeskraft Nr. 12 vom Jahre 1987 über das Recht der Verträge, in Wien über die Verkündung des am 23. Mai 1969 datierten Vertrags*

Umstandes im dauerhaften Rechtsverhältnis der Parteien die wesentlichen und berechtigten Interessen irgendeiner Partei verletzen würde". Aus dem gesetzlichen Tatbestand fühlt man den Willen des Gesetzgebers heraus, dass die Vertragsmodifizierung durch das Gericht ausnahmsweise und an Voraussetzungen gebunden sein soll, weil ihre weitläufige Anwendung auch mit der unbegründeten Einschränkung der Vertragsfreiheit verbunden wäre. Das Gesetz regelt also die Änderung des Vertrags im Gerichtswege als Ausnahme vom allgemeinen Prinzip der Vertragsfreiheit – ermöglichend auf solche Weise in einzelnen Fällen die Wiederherstellung des umgestürzten Gleichgewichts nach den Gesichtspunkten der Billigkeit auch in dem Falle, wenn kein Konsens zwischen den Parteien in dieser Frage vorliegt. Die Eigentümlichkeit der Fälle der Vertragsmodifizierung besteht also darin, dass eine Möglichkeit für das am Leben Erhalten des Vertrags vorliegt. Die Parteien wenden sich an das Gericht, um in ihrem aus verschiedenen Gründen schwer einstellbaren Rechtsverhältnis Ordnung zu schaffen, um die Rechte und Pflichten anders zu bestimmen, oder um die im Rechtsverhältnis vorkommende andere Partei zur Duldung von etwas zu verpflichten, weil die bestehende Lage für sie mit einem schweren Nachteil verbunden ist.

Gemäß der im § 241 des geltenden ZGB erscheinenden Gesetzesbestimmung ist die gerichtliche Vertragsmodifizierung an die folgenden strengen und verbindend bestehenden Bedingungen gebunden.

a) zwischen den Parteien soll ein dauerhaftes Rechtsverhältnis vorliegen,

b) nach dem Vertragsabschluss soll irgendeine Änderung geschehen,

c) infolge der Änderung soll die Erfüllung des Vertrags ein wesentliches berechtigtes Interesse irgendeiner Partei verletzen.

Zur Modifizierung ist das gemeinsame Vorliegen aller drei Bedingungen notwendig. Auch im Falle des gemeinsamen Vorhandenseins der Bedingungen tritt jedoch die Modifizierung nicht automatisch ein, weil das Gericht erwägen kann, was es für die am meisten entsprechende Lösung im gegebenen Fall betrachtet. Das Gericht kann nämlich statt der Abänderung auch die Aufhebung des Vertrages wählen, wenn es die weitere Aufrechterhaltung des vertraglichen Verhältnisses nicht für realistisch hält. In dieser Beziehung ist das Gericht nicht mehr an die Klage gebunden.

aa) Die Dauerhaftigkeit des Rechtsverhältnisses:

Der Rechtsgeber hat nicht bestimmt, was als dauerhaftes Rechtsverhältnis zu betrachten ist. In jedem konkreten Fall wartet diese Aufgabe auf die Rechtsanwendung. Die ausgebildete ungarische Praxis weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die richterliche Vertragsabänderung gerechtfertigt sein kann und das dauerhafte Rechtsverhältnis anerkannt werden kann, falls die

Erfüllung des Vertrages das Verhalten der Parteien einander gegenüber für längere Zeit bestimmt.[13] Dementsprechend ist nicht die Tatsache entscheidend, dass die Erfüllung durch eine oder mehrere Handlungen erfolgt, sondern man kann über ein dauerhaftes Rechtsverhältnis sprechen, wenn die Rechte, die Pflichten und das Verhalten der Parteien für längere Zeit durch den Vertrag bestimmt werden.[14]

bb) Die Veränderung der Verhältnisse

In der ungarischen Judikatur ist auch das Erfordernis eindeutig, nämlich, dass es nach dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses solche Umstände erscheinen, unter denen die Erfüllung des Vertrages zu dem Nachteil des einen Partners führt. An und für sich stellt die Veränderung der Verhältnisse nach dem Abschluss des Vertrages noch keine genügende Bedingung des richterlichen Einschreitens dar. Das Oberste Gericht hat zum Beispiel in einem seiner Entscheidungen darauf hingewiesen, dass die Anwendung von § 241 *bei den in breiten Kreisen stattfindenden Folgen von grundsätzlichen gesellschaftlich-wirtschaftlichen Veränderungen, bei denen die Veränderung des Gebührensystems notwendig wäre,* nicht angebracht sei.[15]

Im Zusammenhang mit dieser Bedingung sind zwei Elemente von hervorragender Bedeutung. Es ist nämlich zu entscheiden, was die Folge ist, wenn der den Schaden erleidende Partei bei der entsprechenden Sorgfältigkeit bereits bei dem Abschluss des Vertrages mit der Veränderung der Umstände hätte rechnen müssen. Andererseits ist auch das zu untersuchen, welchen Effekt die Tatsache hat, dass die Veränderung der Umstände eventuell gerade der den Schaden erleidende Partner herbeigeführt hat. Weder im Zivilgesetzbuch, noch in der angefügten ministeriellen Begründung wird erwähnt, ob die Versäumnis der Sorgfältigkeit beim Vertragsabschluss die gerichtliche Abänderung ausschließen kann. Aufgrund von § 4 Abs. 4 uZGB, der das Prinzip *"Nemo suam turpitudinem auditur"* enthält, kann man zu der Schlussfolgerung kommen, dass die gerichtliche Abänderung von der Partei nicht beantragt werden kann, die beim Abschluss des Vertrages mit der späteren Veränderung der Umstände rechnen konnte, jedoch hat sie den Vertrag doch abgeschlossen, entweder aus Fahrlässigkeit, oder weil sie bewusst das Risiko eingegangen war. Zum Beispiel wird die Veränderung der Verhältnisse von Nachfrage und Angebot als ein Element des Geschäftsrisikos betrachtet, die keinen der Partner zur Beantragung der Vertragsabänderung

[13] Siehe dazu die durch die GKT 3/1978 - Stellungnahme modifizierte Stellungnahme GKT 82/1973.

[14] LB Gf. V. 31059/1982. BH 1984/ Nr. 231

[15] LEB Pf. 22. 02. 137/1994 – BH 1996/3/Nr. 145, LB Pf. 21. 04. 189/1992-BH 1993/11/678.

berechtigt.[16] In einer Entscheidung von besonders großer Bedeutung des Obersten Gerichts wies das Gericht darauf hin, dass in dem Fall, wenn die die Abänderung beantragende Partei nach dem Abschluss des Vertrages entdeckt, dass die zur Bestimmung der zu zahlenden Gebühr vorgeschriebene Methode für sie nachteilig ist, kann das Gericht den Vertrag nicht abändern.[17]

In der richterlichen Praxis ist es ein generell gewordenes Prinzip, dass die gerichtliche Abänderung von der Partei beantragt werden kann, die bei dem Abschluss des Vertrages mit der Veränderung der Umstände rechnen konnte.[18] Die Abänderung des Vertrages auf gerichtlichem Wege ist folglich bei dem gemeinsamen Bestehen dieser drei Voraussetzungen möglich. *Es geht hier um ein dauerhaftes Rechtsverhältnis, einen Umstand, der nach dem Abschluss des Vertrages entstand, und der in einem kausalen Verhältnis mit der Verletzung der berechtigten Interessen einer der beiden Parteien steht*.

Die Untersuchung dieser Bedingungen ist in letzter Zeit wegen der heutzutage am meisten krisenempfindlichen Verträge aktuell geworden, nämlich in dem Fall der Darlehensgeschäfte des Devisenfonds. Hinsichtlich der ersten Bedingung, nämlich, dass zwischen den Parteien ein dauerhaftes Rechtsverhältnis besteht, entsprechen Kreditverträge des Devisenfonds in allen Hinsichten den notwendigen Voraussetzungen, da der Kredit während mehrerer Jahre, oft Jahrzehnte abgezahlt werden muss. Die zweite Bedingung ist die nach dem Abschluss des Vertrages erfolgte Veränderung der Umstände. Scheinbar erfüllt sich auch dieser Umstand, da von der Schwächung des Forints diejenigen betroffen sind, die ihre Verträge bereits früher, bei einem wesentlich stärkeren Forintkurs abgeschlossen haben. Die dritte Bedingung stellt die Beeinträchtigung der Interessen dar. Das realisiert sich, wenn der Vertrag, ohne die Abänderung des Vertrages, das wesentliche und berechtigte Interesse der einen Partei (in unserem Fall das des Schuldners) beeinträchtigt. Auch diese Bedingung ist gegeben, da die wegen der Schwächung des Forints erfolgende Erhöhung der Abzahlraten den Lebensunterhalt des Schuldners, in bestimmten Fällen die Lebenshaltung der ganzen Familie und ihr Eigenheim gefährdet. Die Veränderung des Kurses beeinträchtigt auf jeden Fall wesentliches und berechtigtes Interesse. Scheinbar sind alle Voraussetzungen gegeben, damit das Gericht zum Beispiel die Abzahlungsrate herabsetze, oder dass es bei der Abzahlung statt der Verrechnung entsprechend dem Kaufkurs der Währung, die Verrechnung nach dem Verkaufskurs oder nach dem Kurs veröffentlicht von der Ungarischen Nationalbank vorschreibe, beziehungsweise es die Laufzeit verlängere. Es ist fraglich jedoch, ob es von dem Gericht wirklich getan wird?

[16] Siehe LB Pf. IV. 211 189/1992. – BH 1993/Nr. 11. 670.
[17] Siehe LB Pfv. VIII. 2007 2/1999. – BH 2001/Nr. 4. 169.
[18] Siehe BH 2005. 347.

Trotz des erwähnten, gesamten Bestehens der Bedingungen ist der Ausgang der so gestarteten Fälle in der heutigen ungarischen richterlichen Praxis durchaus nicht eindeutig.

Nach den stabilen Gesichtspunkten der einheimischen Judikatur im Zusammenhang mit der Abänderung des Vertrages: a) lediglich die Veränderung von solchen Umständen gibt eine Ursache zu der Abänderung des Vertrages, *die sich unmittelbar an die Bedingungen des konkreten Vertrags knüpfen,* b) das Gesetz gibt keine Ermächtigung dazu, dass *die Gerichte das Ganze des Gesellschaftslebens, oder, wegen Änderungen, die alle Subjekte von verschiedenen Vertragstypen betreffen, die einzelnen Verträge abändern.* Die Auswirkungen der globalen finanziellen und wirtschaftlichen Krise lassen sich aber keineswegs an die gegebenen Verträge knüpfen. Sowohl der Darlehensgeber, als auch der Darlehensnehmer sind von der Krise betroffen, aber es ist zwar zweifellos, dass die Geldinstitute versuchen, alle Risiken auf die Darlehensnehmer zu schieben. Sie werden eigentlich auf Grund der auf die vorsichtige Tätigkeit beziehenden Gesetzesbestimmungen dazu verpflichtet. c) Nach der bestehenden richterlichen Praxis ist die Abänderung eines Vertrages durch ein Urteil auch aus dem Grund ausgeschlossen, *weil das Kursrisiko beim Vertragsabschluss beiden Parteien bekannt war*. Darauf haben die Banken die Darlehensnehmer sowohl vor dem Abschluss des Vertrages, als auch in dem Vertrag ausdrücklich aufmerksam gemacht. Auch die Ungarische Nationalbank und die Staatliche Aufsichtsbehörde der Finanziellen Organisationen haben in mehreren Veröffentlichungen auf die nachteiligen Folgen der Kursschwankungen hingewiesen. Das Kursrisiko ist dementsprechend ein allgemein bekannter Umstand. Zweifellos ist jedoch, dass mit einer derartigen Schwächung des Forints niemand gerechnet hat. Diejenigen also, die ein Devisendarlehen aufgenommen haben, sind ein Risiko eingegangen, das eine gewisse Zeit lang mit Vorteilen, beziehungsweise mit niedrigeren Abzahlungsraten verbunden war. Später wurde dieser Vorteil wegen der Kursänderung immer kleiner. Angespornt wurden die Darlehensnehmer zu der erhöhten Risikobereitschaft nicht durch die Bank, sondern dadurch, dass die Bedingungen des Devisenkredits wesentlich vorteilhafter und die Abzahlungsraten niedriger als die Forintkredite von dergleichen Höhe und Laufzeit waren (und auch noch beim heutigen schwachen Forintkurs sind).

Selbstverständlich können die Gerichte auf Grund der Abwägung der Umstände des konkreten Falles von den obigen abweichende Schlüsse ziehen, und sie können ihre frühere Praxis ändern. Das könnte jedoch zu der Folge führen, dass die Geldinstitute die Verträge der in Verzug befindlichen Darlehensnehmer massenhaft und ihre aktuelle Praxis verändernd sofort kündigen würden. Die

gerichtliche Abänderung des aufgehobenen Vertrags ist allerdings nicht möglich. Durch die Kündigung ist also die Möglichkeit der Klageeinleitung bereits im Falle des geringsten Zahlungsverzugs einfach auszuschließen. In so einer Situation ist die optimale Lösung die Einigung des Darlehensgebers und des Darlehensnehmers, nämlich die Verhandlung über die Rettung des Vertrages, wodurch es zu der Verlängerung der Laufzeit oder zur Aufhebung der Kapitalabzahlung kommen kann.

4) Mitwirkungspflicht bei der gemeinsamen Beseitigung der Vertragsrisiken?

Mit Sicherheit lässt sich durch die entsprechende Verteilung der durch die wirtschaftliche – finanzielle Krise verursachten, im Voraus nicht entsprechend kalkulierbaren Vertragsrisiken vermeiden, dass nur die eine Partei eine wesentliche und ungerechte wirtschaftliche Beeinträchtigung seines Interesses erleidet. Die entsprechende Garantie für die kulante Verteilung der Lasten kann durch den Konsens der Parteien gesichert werden. In dieser Hinsicht ist die Erfüllung der Mitwirkungspflicht von besonderer Bedeutung und zwar gerade bei der Veränderung der äußeren Umstände – zum Beispiel in einer wirtschaftlichen Krisensituation, wo die Verminderung der Folgen im Interesse beider Parteien liegt, weil es wirtschaftlich und langfristig ein Verlust ist, wenn die Leistungsfähigkeit der anderen Partei unmöglich wird. Die Rettung des Vertrages ist ein gemeinsames wirtschaftliches Interesse, und aus diesem Grund braucht man die kulante Verteilung der Lasten der im Voraus nicht absehbaren Extrarisiken. Ein entsprechendes Mittel dazu kann die Vertragsbedingung sein, dass die Parteien die gemeinsame Tragung der die eine Partei in ungerechtem Maße betroffenen Auswirkungen der Folgen der geänderten wirtschaftlichen Verhältnisse übernehmen. Weitere Bedingungen können die Neuverhandlung des Vertrages und die entsprechende Abänderungspflicht im Rahmen eines Mediationsverfahrens sein. Das richterliche oder rechtsetzerische äußere Einschreiten in die Welt der Verträge werden als solche äußere Faktoren angesehen, die weniger wirksam sind und in vielen Fällen eine nicht auf dem Willen beider Parteien beruhende Lösung anbieten, darüber auch nicht sprechend, dass der Sieg in diesen Prozessen in der Wirklichkeit langfristig ein Sieg *von Pyrrhus* sei.

Dr Tibor Nohta, docent
Pravnog fakulteta u Pečuju

DA LI JE EKONOMSKA KRIZA UGOVORNI RIZIK?

Sažetak

Ekonomske krize današnjice nameću potrebu uspostavljanja i funkcionisanja efikasnog pravnog poretka u cilju očuvanja primenljivosti instituta ugovornog prava. Odlučujući elementi pravnog poretka kojima se nastoji suzbiti posledice kriza su zakonodavstvo, sudska praksa i instituti ugovornog prava koji efektivno funkcionišu. Pored navedenih u cilju suzbijanja posledica ekonomskih kriza neophodno je ostvariti određeni stepen društvene solidarnosti zasnovane na načelu pravičnosti.

Sve više dobijaju na značaju dobrovoljna socijalna i ekonomska obavezivanja međunarodnih korporacija. One, pre svega banke i osiguravajuća društva, imaju ključnu ulogu u uticaju na kvantitet i kvalitet potrošnje. Predviđanja i planiranja tržišnih rizika, kao i rizika koje nameću očekivani ekonomski procesi, su od suštinskog značaja za njih. U ovom kontekstu one moraju biti svesne potrebe zaštite slabije strane i pri formulisanju ugovornih odredaba, jer se ovakva vrsta pažnje smatra sastojkom pažnje koju treba da pokazuju pri zaključenju ugovora (culpa in contrahendo). Pored toga, neophodno je da i potrošači pokazuju neophodni stepen obazrivog ponašanja kada donose odluku o zaključenju ugovora. Imajući u vidu zajedničke interese strana koje mogu biti narušeni nepredviđenim okolnostima kao jedno od mogućih rešenja nastalog problema je unošenje klauzule u ugovor kojom se strane obavezuju da će srazmerno snositi negativne ekonomske posledice nastupanja nepredviđenih okolnosti koje pogađaju jednu stranu u meri za koju se ne može razumno zahtevati da je snosi ona sama ili kojom se obavezuju da će u takvom slučaju započeti pregovore u okviru nekog postupka medijacije s ciljem da se ugovor izmeni. Drugi metod sanacije posledica nastupanja nepredviđenih okolnosti je sudska ili zakonodavna intervencija u sadržinu ugovora, spoljašnji uticaj na ugovornu volja strana, kojom se iznalazi rešenje koje se ne zasniva uvek na volji obeju ugovornih strana.

Ključne reči: ekvivalentnost u ugovorima, pravni poslovi sa ekonomskom sadržinom, dodatni rizik, opšti uslovi poslovanja, ekonomska kriza, uravnotože-

ni položaj ugovornih strana, preuzimanje rizika, težište ugovora, ugovor kao sredstvo ujednačavanja prava, ekonomska nemogućnost ispunjenja ugovora, clausula rebus sic stantibus, sudska intervencija u ugovor, ekonomsko-finansijska kriza, obaveza saradnje između ugovornih strana, uklanjanje ugovornog rizika sporazumom strana

Pregledni članak 349.41(439)

Csilla Csák, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Miskolc

Zoltán Nagy, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Miskolc

Regulation of Obligation of Use Regarding the Agricultural Land in Hungary

Abstract: *In this paper regulation issues of use, including mainly issues of the lease in Hungary are presented (barriers and financial issues of the use obligations). Basic regulation regarding the consensual nature of land use is the Code Civil. Compared to it special regulation can be found in the Act on arable land. There is more specialization regarding each branch of cultivation, such as the act on forest, grape cultivation, lands under nature protection.*

Hungary joined the EU in 2004. During this accession the legal regulation regarding arable land must have been considered by the obligation of harmonisation. Accordingly, property and use relationships of the Members States' citizens were altered. Moratorium was given to foreign citizens till 2014, i.e. there is a possibility for different regulation regarding foreigners.

There have recently been amendments of the Act on arable land and a process aiming new Act on arable land is at issue. There is a need for amendment mainly because of foreign property acquiring. However issues of property and use are closed, accordingly the amendment of use relations is also due soon. It is urged by the expiry of the moratorium and by the agricultural support issues.

Key words: *arable land, land lease, taxation*

Before the transformation of regime (1989) the use of agricultural land[1] was carried out on state farms and in cooperatives within the cooperative com-

[1] Agricultural land: situated in the exterior zone of the settlement and in the land registry it is classified as arable land, grape, orchard, garden, pasture-land, meadow, reed, forest, cultivated area or registered as fishpond.

mon land use. This model was created in accordance with the economical aims of the large-scale agricultural cultivation. Furthermore, the individual land use of private persons was made possible by croft land use or garden-plot land use.

The transformation of regime basically annulled the large-scale collective land use and by expanding the private property it legalized the proprietary use. Therefore, if a cooperative wish to use an agricultural land, it shall conclude an agreement with the land proprietor. [2] If the proprietor does not allow other persons to use his/her land, he/she has to take care of the land cultivation. It means that the land productivity maintenance and the use according to agricultural classification (grape, orchard, forest) should be taken into consideration.

Actually the use is in connection with the proprietary issues regarding that the proprietor uses his/her land on its own or transfers it. By use transferring it is crucial question to determine the way of use.

Since 1th May, 2004 Hungary is a member of the European Union. With the accession a new chapter has begun regarding the Hungarian legal regulation, because the Union's legislation makes a great impact on the Hungarian regulation. It means on the one hand the obligation of harmonization according to the accession negotiations and the documents; on the other hand after the accession the already harmonized legislation.

I. Basis of the legal regulation of land use

By the regulation of land regarding the branch of law the distinction between the private and public sector's regulation could be found. Civil law emerges regarding the substantive law and obligation; administrative regulation can be discerned in the administrative actions. Nonetheless, teaching of and doing research on the land as special regulations belong to the agrarian law. Agrarian law deals with - among others – subjective and objective side of the agrarian plant structure, and the agrarian finance (subvention, credits). Land protection refers to environment protection, but taxation of the agricultural activity belongs to financial law.

According to the consensual nature of the land use obligations the basic regulation can be found in the Civil Code[3] (regarding the Hungarian abbreviation furthermore "Ptk."). In comparison with Ptk. the Act on the agricultural land (regarding the Hungarian abbreviation furthermore "Tft.") contains special rules.[4] Moreover, regarding each classification there are specialized rules. For

[2] It must be mentioned, that according to the Act on cooperatives it is possible to prescribe land transport in the constitution as a condition of the membership in the cooperative. Nowadays, it is a possibility; it depends on the members' decision.

[3] Act IV. of 1959. In the meantime the new Ptk. has been adopted (Act CXX of 2009), which comes into force from 1st of May continuously.

[4] Act LV. of 1994

example this relates to the acts on forest, grape cultivation, and territories under environment protection.

Within the agricultural production land lease has an outstanding meaning. According to the lease contract the leaseholder is entitled alongside with remuneration for the temporary use, practice of the land or other profit-oriented matter. The rules of lease shall apply to the land lease with regard to the special rules. Lease is a general contract, land lease is a special one. Lease means use; land lease means more than use, which refers to the fact that the object of land lease shall be fruitful. It must be appropriate to guarantee the option of use of profits.[5] The land lease contract shall be concluded in written from. Without the written form the consequences of invalidity shall apply.

According to Ptk. the land sub-lease is invalid, except the Act makes it possible. Tft. makes it possible by special circumstances and exclusively in order to reach the production integration.

The leaseholder having the leaser's consent may agree with other land user on the transfer of land for a definite time. This agreement shall be concluded written. This transfer does not concern the obligations of the leaseholder towards the leaser – if the parties do not agree otherwise.[6] The amendment of Tft. of 2002 made possible to transport the lands of the leaseholder into cooperation which procure and sale and into other associations.[7] This legal method may guarantee the use of farmlands, or as it called in Hungary the family farms.[8]. According to the Act family farms include the property of lands of maximum 300 ha (including the interior zone land under agricultural and forestry cultivation); or include lease or use of all agricultural lands of maximum 300 ha of a farmer family with the usage of the belonging immovable and movable (building, edifice, agricultural facilities, equipment, machine, animals and assortment etc.) being registered in the inventory, the farming is based upon the full employment of at least one family member and on the cooperation of the other family members.[9].

---

[5] PRUGBERGER, Tamás: A haszonbérleti szerződésről de lege lata és de lege ferenda (About the land lease contract de lege lata and de lege ferenda). In: Publicationes Universitatis Miskolcinensis Sectio Juridica et Politica TOMUS XXII. Miskolc University Press 2004. 463.p.

[6] Tft. § 12/A.

[7] OLAJOS, István: Termőföldek használatának speciális szabályai. (Special rules of land use) In: CSÁK (ed.): Agrárjog (Agrarian Law), Novotni, Miskolc, 2008. 125.p.

[8] OLAJOS, István-PRUGBERGER, Tamás: A termőföld birtoklás, hasznosítás és forgalmazás a családi gazdaság elősegítésének új jogi szabályozása tükrében.(The land's asset, use and transfer in the light of the new legal regulation supporting family farms). Magyar Jog (Hungarian Law) 5/2002, 286-295.p.

[9] Tft. § 3 h.

II. Legal forms of land use

Special rules are applicable to the land lease in comparison with lease of other objects or a right. This specialty can be discerned firstly in the size of lands appropriate for lease, secondly in the land lease's duration, thirdly in the regulation of the right for pre-lease, fourthly in the installation of the land lease registry, fifthly in the cessation of the lease. These rules are declared in Tft. Act on the agricultural land.

The inland private and legal person, or associations without legal personality can lease lands of at the most 300 ha or 6000 golden crowns. This rule shall apply to foreigners too. This means the main rule, under which there are of course exceptions, because the Hungarian State, the local government can lease without any limitation, association and cooperation are allowed to lease lands of at maximum 2500 ha or 50.000 golden crowns. Under this limitation that land should not be taken into consideration which is leased from the member of cooperation, association, from proprietor of personal share or from the National Land Fund. The Hungarian regulation similar to other Western-European countries' regulation limits the size of lands being leased, but does not determine a lower bound rather an upper bound.[10] This kind of regulation might be reasonable, but it has some deficiencies, like lease is not bound to the proficiency of the lease holder, to verification of the agricultural vocation, or to the agricultural experience.

The land lease contract can be concluded for a definite time, of which duration might be maximum 20 years. It is not prohibited to conclude the contract again for a definite time. This rule shall apply to inlanders and foreigners (private or legal person) as well. Of course, there are exceptions regarding the classification. If the land lease contract refers to forest or forest cultivation classification, it might be concluded for 5 years after the expiration of the production period (cutting age). If the land lease contract refers to grape or orchard classification, it might be concluded till the end of the year during which the grape, orchard or plantation are worth (period of depreciation). This kind of land lease contract can not be terminated by dismissal, but each part has right for termination without notice, if the conditions are met. For example the leaser might terminate the contract, if the lease holder transferred the land use without the leaser's consent or not in accordance with it, if he/she made an investment on the land overstepping the fair farming; or he/she changed the classification of the land; or carried out actions not being in accordance with the environment protection rules or the prescriptions of the authorities and they affect unfavora-

[10] OLAJOS, István: A termőföldről szóló törvény módosítása avagy mi fér bele száz napba. (Amendment of the Act on agricultural land. What can be done during 100 days?) Napi Jogász (Daily Lawyer) 7-8/200, 8-12.p.

bly the state of the environment; or endangered anyhow the maintenance of the natural merits. The private lease holder might terminate the contract without any notice, if his/her state of health is getting such worth, or there is a such long-lasting change in his/her family- or life circumstances, which hinder the fulfillment of his/her obligations under the contract.

There is a right for pre-emption or pre-lease in the case of sale or transfer of use of the land. The right for pre-lease entitling the lease holder is in common with the right for pre-emption; therefore, if there is a gap in the regulation, the rules of the right for pre-emption shall apply.[11] By practicing the right for pre-emption Tft. declares a hierarchy. Therefore the earlier lease holders are in favor at the first place with those who made a plantation or operate a fishpond or animal farm. Then the neighbours, and other inhabitants are next in line, who carry out professional agricultural activity. If there are more offers on behalf of the authorized at the same place in the hierarchy, the leaser might decide, with whom he/she is going to conclude the contract.[12]

There is a great number of entitled for pre-lease right; therefore, the notification of the entitled arose as a big issue. In this case the notification of each entitled by the lease holder cannot be applicable. Therefore, the offer should be published by the local government or on the government portal for a period of time. The entitled can make a valid declaration to offers published in this way.

This right for pre-lease shall not apply to close relatives in the case of land lease contract, and of land lease being condition for the farm transmission subsidy or in the case of garden-plot (small exterior zone parcel).

There are two types of land lease relationship in Hungary: part tenancy and partial cultivation.

According to the part tenancy contract the leaser is entitled for use and collection of fruits of a land for a definite time, and in return is obliged to transfer the half or other part of the product to the lease holder in kind. The rules of land lease shall apply to the part tenancy except for the duration of the contract and size of the leasable land.

In the case of partial cultivation the parties together determine what kind of corps would be cultivated on the land, what kind of obligations may arise from the contract regarding the parties (ground-clearance, plough, seeding, cutting, plant-care, plant-protection, harvest), the amount of the share; and the

[11] LESZKOVEN, László: A termőföldet érintő elővásárlási jog egyes kérdései. (Some issues of the right for pre-emption on agricultural land.) In: Publicationes Universitatis Miskolcinensis Sectio Juridica et Politica TOMUS XXII. Miskolc University Press 2004. 396.p.

[12] OLAJOS, István: A 2002. február 22-én hatályba lépő termőföld elővásárlási és előhaszonbérleti jogok gyakorlásáról. (About the practice of rights for pre-emption and pre-lease on the agricultural land coming into force on 22nd of February, 2002.) Napi Jogász (Daily Lawyer), 4/2002, 4. 7-12.p.

rules of carrying the damage in the case of vis maior or extraordinary events. The rules of land lease shall apply to the partial cultivation except for the duration of the contract and size of the leasable land.

The cultivation of land might be carried out according to the right for usufruct and use. In the case of usufruct the entitled can use and collect of the fruits of an object being of someone else's property.

According to the right for use the entitled uses and collects the fruits of an object not overstepping the needs of the co-living family members. These two legal institutions have been regulated in the Civil Code (Ptk.). Both are appropriate to create right for use on the land either by contract or by authority's action. This latest is not limited by the Tft., but the rights arising from a contract are narrowed. The aim was not to avoid the rules of usufruct on land. The land in the property of the party and the lands falling under usufruct (use) should be reckoned up and the statutory land maximum shall be taken into consideration in accordance with it.

The restrictive rules of the property transfer shall apply to the foundation of right for usufruct and use by contract. Therefore, foreigner (except for citizens of the Member States) cannot be subject of such contract.

Under this rule there is an exception: land use by courtesy, by which the close relative can gain the land use free of charge.

In Hungary till the Accession (2004) foreigners could not gain land. After this alongside strict conditions[13] the citizens of the Member States can, but other foreigners cannot. Most of the time this restriction was avoided by use obligations, by which the foreigner gained the asset and by means of a contractual declaration stated the possibility of property transfer, if the legal environment in the future does not restrict the property transfer of foreigners. The amendment of Tft. introduced the land use registry, which aims to make visible these kinds of efforts and is condition for the recourse of agrarian subventions. It was created for the reliable verification of land use, which is a credible registry supervised by an authority and registers any kind of title regarding land use.[14].

[13] Member State's citizen: citizen of the European Union's Member State, of a state belonging to the European Economic Area, or according to the international treaty citizen of a State falling under the same recognition with the above mentioned States. The rules applicable to the inland private persons shall apply to those Member State's citizens, who wish to settle down as farmer performing independent agricultural activity and have been living and performing this activity in Hungary continuously, legally at least for 3 years.

[14] SZILÁGYI, János Ede: A termőföldek törvényes elővásárlási jogának alakulásáról, különös tekintettel a rendszerváltás utáni jogfejlődésre. (About the statutory right for pre-emption on land with special regard to the development after the transformation of regime.) In: Publicationes Universitatis Miskolcinensis Sectio Juridica et Politica TOMUS XXIV. Miskolc University Press 2006. 520.p.

III. Taxation rules of land lease

The agricultural activity and the taxpayers carrying out such activity play an important issue in taxation regulation.

Generally speaking, all taxation regulation endeavors to create an ordinary regulation and to validate the neutrality in competition. Besides, the legislator prefers those taxpayers who perform agricultural activity.[15]

The legislator takes it into consideration, that this branch has a great expenses demand, and receipts do not always prove these expenses (own workforce offered, own stocks used). The most of taxpayers perform this activity complimentary, that is why the income is lower, the sector has a great need of assets and workforce, and the investments clear the costs on the long run. For the state agriculture is a favorably treated, strategic branch, therefore, not only the activity but the taxpayers also can not be burdened with high taxes.

Considering all the facts, tax law tries to bring this branch in a favorable position with its own measures. Such measures are:

(a) special taxation forms and guarantee of legal position for some taxpayers;

(b) to ensure the special taxation of agricultural products and of the agricultural activity;

(c) determination of special tax rates;

(d) assurance of freedom taxation;

(e) prescription of reduction of tax base;

(f) assurance of tax credits.

In the case of land lease there is a similar regulation, though tax law deals with this institution only narrowly. Special rules can be found in the Personal Income Tax and Value Added Tax law (VAT).[16]

Vat law deals with the issues of lease – and not only with the land lease – by the rules of taxation freedom. The Act contains different rules to taxpayers performing agricultural activity, but there is not any construction regarding lease.[17]

Although among the tax free categories there are rules regarding the rental and lease of real estate.[18]

The Act on VAT determines two types of tax free category: taxation freedom without tax deduction (activities with public interest, financial, insurance

[15] NAGY, Zoltán: Az agrárszektor különleges adójogi szabályozásának alapkérdései. (Basic Issues of the special taxation rules of the agrarian sector.) In: CSÁK, Csilla (ed.): Agrárjog (Agrarian Lae), Novotni,, Miskolc, 2008. 306. p.

[16] Act CXVI of 1995 on the personal income tax, Act CXXVII of 2007on VAT

[17] HADI, László (ed.): Az új adójog magyarázata, (Interpretation f the new Tax law) 2010. HVG-ORAC Kft., Budapest, 557-559. p.

[18] Act on VAT § 86. (1) l.

services etc.); and taxation freedom with tax deduction (sale of goods within the EC, activity connected to the international transport). [19]

Lease belongs to the taxation freedom without tax deduction, which is favorable, firstly, tax does not need to be counted upon, and secondly therefore there is not any tax obligation on lease. But it is disadvantageous on behalf of the tax payers, because the tax transferred to them cannot be deducted.

The Act on Personal Income Tax regulates land lease in more details by defining the legal institution. According to tax law, it concludes land lease, if the private proprietor or the beneficiary of usufruct lease the land according to a written agreement for one or more year in return of fee for usage of agriculture, forestry and fishery.[20]

Rental of the real estate (including land lease) falls under a special regulation according to the personal income taxation. The taxpayer has options after which income group he/she wishes to classify his/her rental or lease activity; and tax pay takes place according to this classification. [21]

If the taxpayer chooses to rank his lease activity into the composite taxation income, the taxpayer has the possibility for itemized cost accounting, or to account cost proportion determined in the statue.[22] After the deduction the remainder amount will be the income, which shall be part of the composite tax base. [23]

If the Act makes it possible, the taxpayer can rank his income under lease activity into the separate taxation income. In this case there is no possibility for cost accounting, but there is a lower tax key in the Act (25 %) regardless the amount of the income.[24]

The Act supports long-lasting land lease contracts by means of special tax free regulations. The income deriving from land lease is tax free, if the land

---

[19] HADI (2010.): op. cit. 507-530. p.

[20] Act on Personal Income Tax §3. 53. tax law handles the definition of lease within a wider taxation category, ie. the rental of real estate.

[21] SZAKÁCS Imre: Az adózás nagy kézikönyve (Great handbook of Taxation), Complex Kft., Budapest, 2008. 761-762. p. Income has two main types from the taxation's point of view: composite income and separate income. By composite income the tax bases should be contracted, this amount shall be ranked in the tax table's zones, after that the counted tax shall be determined by means of the tax table. (Zone progressive taxation). The counted tax is deducted by the tax credits. The tax base of separate income and the taxation shall be determined by the types of the income.

[22] Act on Personal Income Tax § 18 (1) In this case the lease income belongs to the incomes deriving from independent activity within the composite income.

[23] Act on Personal Income Tax § 30 According to the regulation in 2010 in the case of composite income the tax rate will be 17 % under the tax base of 5 Million forint; above 5 Million forint, the amount over exceeding 5 Million forint will be taxed by 32 %.

[24] Act on Personal Income Tax § 74. There is an exception: the taxpayer performs lease as individual entrepreneur. In that case the taxation rules of individual entrepreneurs shall apply.

lease contract is concluded for five years. But, if the contract being tax free terminates within the tax break period, the taxpayer is obliged to pay taxes with default interest. (This freedom taxation is not concerned, if the termination is caused by vis maior, or by termination without notice.)

IV. The agricultural land in the light of the EC

Regarding the Community regulation there are rules concerning land policy, but basically the national, Member State's regulation shall apply. The Community's primary legislation relates to land policy issues in the field of freedom of goods, prohibition of discrimination and the right for settlement. There is a general prohibition, ie. discriminative legislation between EU and non EU Member State's citizens should not be essentially unfavorably distinctive. These principles can be discerned in the secondary legislation of the Community and in the judicial practice of the European Court of Justice.

The European Community and Hungary concluded the European Agreement in 1991. This document referred to land property regarding the freedom of settlement as determining the time till Hungary must assure the national treatment with regard to the community corporations and citizens. Regarding use relationships the principle of national treatment has been already applied.

With respect to the property issues Hungary managed to gain a moratorium (7 + 3 years) regarding the regulation of property transfer of EU citizens. It might be reasonable because of the low land prices. These seven years will expire in 2011. Concerning the remained 3 years Hungary handed in a petition to the Union. If this petition is accepted, Hungary shall assure this principle in 2014 regarding the property transfer of EU citizens.

Currently, according to this process the Act on agricultural land needs to be amended. This has already begun. The amendment is needed first of all because of the foreigners' property transfer. But, the issues of property and use belong to each other; therefore, the amendment of the use relationships will also take place. These issues are urged not only by expiry of the moratorium, but also by the agrarian subsidies.

Dr Čila Čak, docent
Pravnog fakulteta u Miškolcu

Dr Zoltan Nađ, docent
Pravnog fakulteta u Miškolcu

Prava upotrebe poljoprivrednog zemljišta u Mađarskoj

Sažetak

U radu se daje prikaz pitanja u vezi sa pravima upotrebe poljoprivrednog zemljišta u Mađarskoj, pre svega pravima koja proističu iz ugovora o zakupu, s posebnim osvrtom na njihova ograničenja, finansijski aspekt itd.

Imajući u vidu konsensualni karakter obligacionih prava upotrebe poljoprivrednog zemljišta, njihov opšti pravni okvir je sadržan u odredbama Građanskog zakonika. Posebne odredbe o ovim pitanjima se nalaze u Zakonu o poljoprivrednom zemljištu, kao i u propisima kojima su uređene pojedine oblasti poljoprivrede, kao što su propisi o zaštiti šuma, vinogradarstvu, propisi kojima je uređena zaštita životne sredine u specijalnim rezervatima prirode itd.

Godine 2004. Mađarska je postala članica Evropske unije. U procesu pridruživanja je trebalo izvršiti harmonizaciju domaćeg prava sa komunitarnim pravilima i u pogledu pravnog uređenja poljoprivrednog zemljišta. Pri tome je bilo neophodno izmeniti pravila o mogućnosti sticanja prava svojine na poljoprivrednom zemljištu i prava njegove upotrebe od strane državljana ostalih članica Unije. Mađarska je do 2014. godine dobila tzv. moratorijum, tj. pravo da različito uredi navedena prava, zavisno od toga da li je njihov titular državljanin Mađarske ili državljanin neke od država članica Unije.

Trenutno je u Mađarskoj veoma aktuelno pitanje izmene Zakona o poljoprivrednom zemljištu ili usvajanje novog zakona. Izmene ovog zakona nameće, pre svega, potreba da se uredi pravo stranih lica na sticanje poljoprivrednog zemljišta. Pravo svojine na poljoprivrednom zemljištu i prava upotrebe istog su u tesnoj vezi, te se osnovano mogu očekivati izmene i pravila koja se odnose na upotrebu poljoprivrednog zemljišta. Potrebu za izmenu pravnog uređenja prava upotrebe poljoprivrednog zemljišta aktualizuje delom i očekivani prestanak važenja moratorijuma 2014. godine, delom i posebna pitanja u vezi sa subvencijama poljoprivrednoj proizvodnji.

Ključne reči: poljoprivredno zemljište, zakup poljoprivrednog zemljišta, oporezivanje

Pregledni članak 342.565.2(497.7)

Blaže Krčinski, advokatski pripravnik u Skoplju

BADINTER U USTAVNOM SUDU MAKEDONIJE: *NOVUM* ILI *REQUIEM*

Sažetak: *Ovaj rad predstavlja osvrt na način glasanja u Ustavnom sudu Republike Makedonije, sa osvrtom na predložene izmene zahtevane od strane političkih stranaka. Ovakve predloge dolaze od strane nacionalnih manjina odražavajući njihova nastojanja za drugačijim radom Ustavnog suda. Predložene izmene načina glasanja u Ustavnom sudu podrazumevaju uvođenje tzv. dvojnog glasanja, što bi u uporednopravnoj praksi bio do sada neviđen presedan. U ovom radu najoštrije se protivimo ovakvim izmenama i smatramo ih u najmanju ruku neozbiljnim i štetnim za ukupan proces vladavine prava i pravne države. Predložene izmene dovele bi jedino do izuzetka zakona, koji su doneti u parlamentu po takozvanom badinterovom principu od kontrole ustavnosti pred Ustavnim sudom, jer bi se u tom slučaju o ovim zakonima morali pozitivno izjasniti i sudije iz redova manjinskih zajednica. Na ovaj način se marginalizuje značaj Ustavnog suda, pretvarajući ga u instituciju koja bi samo formalno, ali ne i suštinski preispitivala ustavnost određenih zakona koji se pre svega odnose na nacionalne manjine, a sve sa ciljem da se ti zakoni potvrde kao ustavni i održe na snazi. Ako Makedonija želi nastaviti sa zaista dugim kontinuitetom u oblasti ustavnog sudstva, na način na koji se to radi u unitarnim i federalnim državama, trebalo bi se najodlučnije suprotstaviti ovakvim predlozima i razmatranjima, jer one vode samo ka delegitimizacije ustavnog sudstva i ustavnog sistema u celini. Ovaj rad je nastao kao izraz istraživanja autora, koji baveći se ovom temom nije uspeo empirijski dokučiti ovakva rešenja, koje jedino proizlaze iz političkih nastojanja nacionalnih manjina. Takođe zabrinjavajuće je kako se u Republici Makedoniji niko iz stručne, naučne ili političke javnosti do sada nije argumentovano suprotstavio ovim promenama ili istakao argumente njima u prilog.*

***Ključne reči*:** *Ustavni sud; Badinterov princip; Način glasanja o ustavnosti zakona; Ustavne promene; Zaštita nacionalnih manjina*.

Pre svega treba uputiti čitaoca u način glasanja i samu suštinu principa dvojne većine ili još poznatiji kao badinterov princip. Naime ovaj princip nastao je 2001. godine kao rezultat *Ohridskog ramkovnog ugovora (Ohridski okvirni ugovor; eng. Ohrid framework agreement)* sa kojim je okončan vojni sukob koji se odvijao na teritoriji Republike Makedonije. Ovim ugovorom su završena višemesečna vojna dejstva koja su bila izazvana od strane nezadovoljnih albanskih ekstremista, koji su tvrdili kako su ugnjetavani od strane makedonske vlasti. Kao rezultat tog ugovora proizašao je i jedan veoma važan princip koji je svrstan u sam Ustav i koji čini Makedoniju jedinstvenom demokratijom u svetu koja ga primenjuje. Naime, radi se o takozvanom *Badinterovom principu*[1]. Ovaj princip po samoj svojoj suštini ima za cilj da onemogući prosto nadglasavanje nacionalne manjine u Parlamentu, te da svi ključni zakoni koji se odnose na nacionalne manjine[2] budu doneti u skladu sa *Badinterovim principom*, odnosno uz saglasnost predstavnika nacionalnih manjina. Svi zakoni koje se donose u Parlamentu Republike Makedonije prema ovom principu podležu dvojnom glasanju na sledeći način. Prvo o zakonu glasaju svi prisutni poslanici i ukoliko se postigne odgovarajuća većina, tada se pristupa glasanju nacionalnih manjina. U ovom, drugom delu glasanja izjašnjavaju se samo poslanici iz redova nacionalnih manjina, pa tek ukoliko se i ovim glasanjem postigne neophodna većina, zakon se smatra izglasanim. U suprotnom, ukoliko se ne postigne neophodna većina u glasanju predstavnika nacionalnih manjina, u tom slučaju zakon ne može biti izglasan. Na ovaj način se štite kulturne, jezičke i istorijske vrednosti nacionalnih manjina koje žive u Republici Makedoniji, a omogućava se proporcionalna[3] zastupljenost predstavnika nacionalnih manjina u svim državnim institucijama. U amandmanu VI Ustava govori se o pravičnoj i

[1] Ovaj princip je dobio ime po uglednom Francuskom pravniku Robertu Badinteru, koji je bio član međunarodne komisije koja je učestvovala u kreiranju Ohridskog ramkovnog ugovora, i ovaj princip predstavlja njegov predlog, pa zato u praksi je poznatiji i kao *badinterov princip*.

[2] U amandmanu X kojim se zamenjuje član 69 Ustava navodi se da: „zakone koje direktno zadiru u kulturu, upotrebu jezika, obrazovanja, lične dokumente i upotrebu simbola, Parlament odlučuje sa većinom glasova od prisutnih poslanika, pri čemu mora imati većinu glasova od prisutnih poslanika koji pripadaju zajednicama koje nisu većinske u Republici Makedoniji".

[3] U amandmanu VI Ustava govori se o pravičnoj i odgovarajućoj zastupljenosti nacionalnih manjina u svim organima državne vlasti.

odgovarajućoj zastupljenosti nacionalnih manjina *u svim organima državne vlasti i drugim javnim institucijama*. Međutim, prema tumačenju predstavnika nacionalnih manjina, ovaj član Ustava odnosi se na sve organe državne vlasti, pa shodno tome trebao bi da se odnosi i na proporcionalnu zastupljenost nacionalnih manjina u Ustavnom sudu. Međutim, smatramo da ovo tumačenje nije odgovarajuće.

U amandmanu VI Ustava govori se o pravičnoj i odgovarajućoj zastupljenosti nacionalnih manjina u organima državne vlasti i javnim institucijama. Prvo pitanje koje se ovde javlja jeste, koji se to sve organi podrazumevaju pod *organima državne vlasti*? Prema članu 8 stav 4 Ustava, jedna od temeljnih vrednosti je podela državne vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku. Glava tri Ustava nosi naziv „Organizacija državne vlasti" i u njoj se govori o organizaciji zakonodavne (parlament), izvršne (vlada i predsednik republike) i sudske vlasti. Međutim Ustavni sud, kao naročit organ ne pominje se u glavi tri Ustava, već se o njemu govori u glavi IV Ustava koja nosi naziv „Ustavni sud Republike Makedonije" i posvećena je isključivo pitanjima koja se odnose na Ustavni sud.

Takođe iz amandmana VI proizlazi i formulacija *javne institucije*, koja je po našem mišljenju isuviše opšta i ne daje dovoljno precizan okvir, šta bi se pod ovim pojmom podrazumevalo. Kada se govori o javnim institucijama pre svega se misli na institucije koje spadaju u organizaciju državne vlasti, međutim tu se, prema našem mišljenju nikako ne može svrstati Ustavni sud.[4] Član 108 Ustava predviđa da je Ustavni sud je organ Republike koji štiti ustavnost i zakonitost. Prema rečima profesora Škarića „Ustavni sud jeste državni organ, međutim on je nezavisan od drugih organa državne vlasti", pa iz ovog proizlazi da se u Ustavnom sudu ne može primeniti „čista" proporcionalna zastupljenost koja je predviđena u amandmanu VI ustava.[5]

Jedna od promena koja takođe proizlazi iz *Ohridskog ramkovnog ugovora* je i način glasanja o izboru sudija Ustavnog suda. Prema ranijem rešenju sve sudije ustavnog suda birale su se većinom glasova od ukupnog broja poslanika u parlamentu. Nakon pomenutih izmena, sada se od ukupnog broja od devet sudija Ustavnog suda, šest sudija bira se većinom glasova svih poslanika, dok je za ostalih troje sudija osim veći-

[4] U francuskoj upravnoj misli, pod *javnim institucijama* podrazumeva se da one sačinjavaju administraciju, a administracija predstavlja zbir organa i javnih institucija kojima je povereno upravljanje javnim poslovima. Detaljnije u *M. Ruse, O. Ruse*, Upravno pravo i Upravna postapka, Praven Fakultet Skopje 2006, str. 9.

[5] Proporcionalna zastupljenost se sprovodi u svim državnim organima, a proporcionalnost se određuje na temelju popisa, iz kojeg proizlazi tačan broj nacionalnih manjina u državi.

ne glasova svih poslanika, potrebna i većina glasova poslanika zajednica koje nisu većina u Republici Makedoniji. Iz ovog rešenja indirektno proizlazi da Ustavni sud Makedonije od ukupnog broja od devet sudija prema Ustavu, troje treba biti iz redova nacionalnih manjina. Naravno, ovo nije izričito navedeno, međutim logički je zaključiti da kada biraju tih troje sudija, tu nacionalne manjine imaju pravo „veta" ukoliko im se kandidat „ne dopada" ili on nije iz redova manjinskih zajednica koje žive na teritoriji Republike Makedonije. Trenutno Ustavni sud ima dvoje sudija iz redova nacionalnih manjina, tačnije albanske nacionalnosti. U ovom okviru nije moguće primeniti zahtevane izmene jer je precizno regulisan samo način glasanja o izboru sudija Ustavnog suda, ali nije precizno definisan sam broj sudija koji moraju biti pripadnici nacionalnih manjina.

Politički odnosi u Makedoniji i njihov uticaj na ustavni sistem, i direktnije na Ustavni sud predstavljaju podsticaj autoru da se zainteresuje za predmetnu problematiku ovog rada. Naime, pri svakoj promeni makedonskog Ustava albanske političke stranke postavljaju niz zahteva među kojima i jedan veoma zanimljiv: da se u Ustavnom sudu Republike Makedonije odlučuje po *badinterovom principu*. Ovaj zahtev na sreću do sada nije bio ozbiljno razmatran, ali uvek kada su vršene promene Ustava korišćen je kao instrument pritiska kako bi se izdejstvovale promene u interesu albanske nacionalne manjine, u nadi da će jednog dana ovaj zahtev zaista i biti usvojen. Prema ovom predlogu ukoliko bi ikada bio usvojen, Ustavni sud bi o ustavnosti zakona koji se direktno odnose na nacionalne manjine i koji su doneti sa strane parlamenta po *badinterovom principu*, glasao kao i parlament. To bi značilo da bi nakon razmatranja pitanja ustavnosti ovih zakona bilo neophodno uspostaviti većinu glasova sudija koje pripadaju nacionalnoj manjini iz razloga jer se odluka smatra donetom ako je za nju glasalo pet od devet sudija, a među tih pet glasova potrebno bi bilo uspostaviti većinu glasova sudija koje pripadaju nacionalnim manjinama. Ukoliko među pet glasova potrebnih za punovažno odlučivanje Ustavnog suda ne bi postojala većina od tri glasa sudija pripadnika nacionalnih manjina, ne bi bilo moguće doneti punovažnu odluku. Ovo bi praktično predstavljalo mogućnost „veta" koja bi bila data nacionalnim manjinama, kako bi se sprečilo da budu „majorizovane" od strane većine. Pa zato logično se postavlja pitanje da li će ovaj predloženi sistem biti najveći ***novum*** u načinu odlučivanja ustavnih sudova i naći svoju praktičnu primenu u svim multikulturnim društvima unitarnih i federalnih država ili ***requiem*** koji će doneti samo nova neslaganja i nemire, i biti početak federalizacije Makedonije.

U nastavku ćemo dati detaljan prikaz rešenja u određenom broju zakonodavstava u pogledu načina glasanja ustavnih sudova o ustavnosti zakona.

1. NAČIN GLASANJA O USTAVNOSTI ZAKONA U USTAVNIM SUDOVIMA EVROPSKIH DRŽAVA

Osnovna funkcija svakog ustavnog suda je ocenjivanje ustavnosti i zakonitosti opštih normativnih akata. Svi opšti pravni akti koji su doneti od strane zakonodavne, izvršne i sudske vlasti podležu ocenivanju ustavnosti i zakonitosti. U analizi teme ovog rada za nas su zanimljivi isključivo zakoni. Kada jedan zakon bude donet i objavljen u službenom glasilu, uz protek ustavom predviđenog vremenskog roka, on postaje sastavni deo pravnog poretka države i obavezujući je za sve stanovnike određene države, međutim taj zakon može biti i u formalnom i u materijalnom smislu suprotan ustavu. Pa zato postoji mogućnost da isti bude ocenjivan od strane ustavnog suda. Za nas je posebno zanimljiv u ovom slučaju način glasanja ustavnih sudova o ustavnosti zakona, koja je većina potrebna da bi sud proglasio zakon protivustavnim.

Tako u Republici Srbiji Ustavni sud odluke donosi većinom glasova svih sudija ustavnog suda[6]. Prema Zakonu o ustavnom sudu, čl. 42 stav 4, način rada i odlučivanje na sednici ustavnog suda uređuje se poslovnikom, a u poslovniku o radu ustavnog suda u čl. 58 navodi se da ustavni sud donosi odluke većinom glasova od svih sudija, osim kad donosi odluku da samostalno pokrene postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti kada odlučuje dvotrećinskom većinom glasova svih sudija.

U Republici Hrvatskoj „Ustavni sud donosi odluke i rešenja većinom glasova svih sudaca, ako ustavom ili ovim ustavnim zakonom nije drugačije određeno“.[7] Takođe u Poslovniku o radu ustavnog suda članom 45 još jednom je potvrđen stav iz člana 27 ustavnog zakona i glasi „odluke, rešenja i izvešća, donose se na sednici ustavnog suda većinom glasova svih sudaca“.

U Mađarskoj Ustavni sud odlučuje na plenarnoj sednici ili u panelima po troje sudija[8]. Na plenarnoj sednici sud odlučuje između ostalog i o oceni ustavnosti zakona[9]. Plenarna sednica ustavnog suda sačinjena je od svih sudi-

---

[6] čl. 175, Ustav Republike Srbije, „Službeni glasnik RS“ br. 98/2006.

[7] Odluke Ustavnog suda koje se odnose na ocenu ustavnosti i zakonitosti donose se isključivo većinom glasova svih sudaca, dok je drugačije određeno u člancima 68, 71, 83 ustavnog zakona, a u vezi sa člankom 104 Ustava, zatim člancima 92, 47 i 98 ustavnog zakona, ali ovi članci nisu povezani sa načinom glasanja o oceni ustavnosti i zakonitosti.; čl. 27, Ustavni zakon o ustavnom sudu Republike Hrvatske, *Narodne Novine* br. 49/2002

[8] čl. 25 stav 1,Zakon o Ustavnom sudu Mađarske, *Act XXXI of 1989.*

[9] čl. 30 stav 1, Zakon o Ustavnom sudu Mađarske, *Act XXXI of 1989.*

ja, a može se održati ukoliko na njoj prisustvuje najmanje 8 sudija uključujući i Predsednika suda, a u slučaju njegove sprečenosti, zamenik predsednika.[10] Ustavni sud odlučuje većinom glasova svih sudija ustavnog suda, osim ako nije drugačije predviđeno u Poslovniku o radu Ustavnog suda[11].

U Republici Slovačkoj Ustavni sud sastoji se od 13 sudija. Ustavni sud donosi odluke na plenarnoj sednici i u senatu. Plenarna sednica sastoji se od svih sudija ustavnog suda[12], a plenarna sednica može se održati ukoliko njoj prisustvuje najmanje sedam sudija. Ustavni sud može da donese punovažnu odluku ukoliko je za nju glasala prosta većina od ukupnog broja sudija ustavnog suda.[13]

Ustavni tribunal Poljske sastoji se od 15 sudija. Ustavni tribunal može da odlučuje na plenarnoj sednici ako je na njoj prisustvovalo dve trećine svih sudija ustavnog suda[14], a odluka će se smatrati punovažnom ukoliko je ona izglasana sa prostom većinom glasova svih sudija.[15]

U Sloveniji prema zakonu o Ustavnom sudu, sud odlučuje na zatvorenim sednicama. Na zatvorenoj sednici mora prisustvovati većina sudija Ustavnog suda. Ustavni sud odlučuje o meritumu stvari većinom glasova svih sudija.[16]

Ustavni sud Savezne Republike Nemačke sastoji se od 16 sudija. Sudije su podeljene u dva senata (*plavi* i *crveni*, odnosno *senat 1* i *senat 2*). Senat broji 8 sudija, a može punopravno da odlučuje ukoliko ima kvorum, koji čini 6 sudija. Da bi senat doneo odluku osim što mora imati kvorum, on mora imati većinu glasova svih sudija jednog senata.[17]

Ustavni sud Češke odlučuje na plenarnoj sednici, a plenarnu sednicu sačinjavaju sve sudije ustavnog suda[18], a plenum može punovažno odlučivati ukoliko na njemu prisustvuje najmanje 10 sudija. Ustavni sud na ple-

---

[10] čl. 30 stav 3, Zakon o Ustavnom sudu Mađarske, *Act XXXI of 1989.*

[11] čl. 25 stav 3, Zakon o Ustavnom suda Mađarske, *Act XXXI of 1989.*

[12] čl. 2 stav 4, Zakon o Ustavnom sudu Slovačke, *Act* 38/1993, 293/1995, 398/1998, 97/1999, 226/2000, 124/2002

[13] čl. 4 stav 3, Zakon o Ustavnom sudu Slovačke, *Act* 38/1993, 293/1995, 398/1998, 97/1999, 226/2000, 124/2002

[14] čl. 14 stav 2, Zakon o Ustavnom tribunalu Poljske, *Dz.U.* No.102, 48, 53, 98, 169, 56, 178, 182,197.

[15] čl. 14 stav 6, Zakon o Ustavnom tribunalu Poljske, *Dz.U.* No.102, 48, 53, 98, 169, 56, 178, 182,197.

[16] čl. 41, Zakon o Ustavnom sudu Slovenije, *Udarni list RS* 64/07

[17] Ustavni sud Nemačke odlučuje sa dvotrećinskom većinom kada se radi o impičmentu saveznog predsednika Nemačke ili protiv sudije saveznog ustavnog suda, utvrđivanje neustavnosti političkih stranaka i u odlučivanju o osnovnim pravima građana.

[18] čl.11, Zakon o Ustavnom sudu Češke Republike, *Act.No.* 182/1993, 331/1993, 236/1995, 77/1998, 18/2000, 132/2000, 48/2002, 202/2002, 320/2002, 114/2003, 83/2004, 120/2004, 234/2006, 342/2006.

narnoj sednici može doneti odluku ukoliko za nju glasala većina sudija prisutnih na plenarnoj sednici.[19]

2. NAČIN GLASANJA O USTAVNOSTI ZAKONA U USTAVNOM SUDU REPUBLIKE MAKEDONIJE I PREDLOG O UVOĐENJU BADINTEROVOG PRINCIPA

Prema Ustavu Republike Makedonije, organ nadležan za ocenivanje ustavnosti i zakonitosti jeste Ustavni sud. Ustavni sud u postupanju i odlučivanju o ustavnosti i zakonitosti vezan je jedino Ustavom Makedonije iz 1991. godine i Poslovnikom o radu Ustavnog suda. Interesantno je pomenuti da su da još od 1991. godine pa sve do danas način rada, postupak, vrste i dejstvo odluka Ustavnog suda Makedonije detaljnije uređeni u Poslovniku. Makedonija je tako jedna od retkih, ako ne i jedina zemlja u kontinentalnom delu Evrope koja primenjuje centralizovani sistem kontrole ustavnosti, a da pritom nema zakon o ustavnom sudu, već postupak i način odlučivanja uređuje poslovnikom, koji donosi sam Ustavni sud. Na ovaj način Ustavni sud Makedonije je normativno jedna od najjačih institucija ovog tipa u svetu.

Ako se pažljivo pogleda Ustav Makedonije iz njega ne proizlaze odredbe iz kojih se može odrediti koja većina je potrebna da bi se neki zakon oglasio neustavnim. Međutim u Poslovniku o radu Ustavnog suda u članu 4 navodi se da Ustavni sud Makedonije odlučuje isključivo na sednicama (plenarnoj sednici). Prema članu 6 stav 1 Poslovnika, sednica se može održati ako je na njoj prisutno najmanje 5 sudija Ustavnog suda, dok se odluke i rešenja donose većinom glasova od ukupnog broja sudija Ustavnog suda[20], osim ako ovim Poslovnikom nije drugačije predviđeno.[21] Prema tome Ustavni sud Makedonije kada odlučuje o ustavnosti i zakonitosti postupa po već utvrđenim pravilima, koje su opšte prihvaćene u komparativnoj praksi evropskih ustavnih sudova. Prema tome ovde se radi o čisto tehničkom pitanju, te kao takvo ovo nije sporno u ustavnim sistemima koji primenjuju ustavno sudstvo.

---

[19] čl.13, Zakon o Ustavnom sudu Češke Republike, *Act.No.* 182/1993, 331/1993, 236/1995, 77/1998, 18/2000, 132/2000, 48/2002, 202/2002, 320/2002, 114/2003, 83/2004, 120/2004, 234/2006, 342/2006.

[20] Čl. 25 stav 4, Poslovnik Ustavnog suda Republike Makedonije, *Služben Vesnik*, br. 70/92

[21] Iz samog teksta Poslovnika kada se radi o oceni ustavnosti i zakonitosti nije predviđena druga većina osim one navedene u čl. 25 Poslovnika.

Kao što smo pomenuli ranije, princip koji je ustavno utemeljen isključivo u pogledu odlučivanja u Parlamentu Republike Makedonije – *badinterov principa*, kada bi se prema željama nacionalnih manjina preslikao na rad Ustavnog suda, smatramo nedopustivim i štetnim za ustavni sistem i ustavni sud. Naime, *badinterov princip* kako je utvrđen u Ustavu prestavlja politički princip i primenjiv je isključivo u političkim institucijama kao što je parlament. Parlament je sačinjen od političkih stranaka koje na legalan i legitiman način predstavljaju interese svojih birača i nacionalnih grupa kojima pripadaju, bilo da su većinske ili manjinske. Kroz proces koji se odvija u parlamentu u postupku donošenja zakona neizbežne su političke nesuglasice i „trgovina" u pogledu konačnog teksta zakona, kako bi se zadovoljile obe strane, postizanje dogovora i unošenje takvog sporazuma u donete zakone. Međutim, ovo je jedino moguće u parlamentu. Kroz ovakav sistem glasanja postiže se dogovor u donošenju zakona kojima se garantuju prava nacionalnih manjina. Doneti zakoni moraju biti u skladu sa Ustavom, međutim čak i ako to nije slučaj poslanici za to ne snose krivicu. Zato je tu Ustavni sud da primeni ustav i da svaki zakon koji je suprotan njemu poništi. Svi zakoni koji su doneti od strane parlamenta predstavljaju sastavni deo pozitivnopravnog poretka jedne države. Međutim, sam pravni poredak potčinjen je jednom višem poretku, a to je ustavni poredak. Ustavni poredak čini sam ustav. Pri tom treba imati u vidu da Ustav koji je temelj ustavnog poretka, važi na način što svi ostali pravni akti koji su suprotni njemu mogu biti eliminisani iz pravnog poretka, jer svaka norma suprotna Ustavu vređa načelo ustavnosti. Iz navedenog razloga, ukoliko bi se pristupilo ustavnim promenama i promenio način glasanja, primenivši *badinterov princip* kao princip koji će važiti i za ustavni sud, tada bi se bitno uticalo na njegovu ulogu čuvara ustava. Naime, nije moguće u načinu odlučivanja ustavnog suda primeniti jedan princip koji je čisto politički. Tako bi se samo doprinelo delegitimizaciji suda i ostavila bi se mogućnost za pojavu brojnih nesuglasica i podela među samim sudijama ustavnog suda, što bi izmestilo težište sa pravnih pitanja koje su ključne u donošenju samih odluka, i dovelo do konfrontacije sudija u samom glasanju i sukobu stavova samih sudija (većinski i manjinski). Sama funkcija ustavnog suda je suštinski pravosudna zbog toga što podrazumeva rešavanje jednog pravnog pitanja prema pravnim načelima, a ne ocenu političke celishodnosti i adekvatnosti.[22] Primenom ovog principa bi se omogućila, po našem mišljenju, jedna veoma loša stvar – ne formalna već suštinska izuzetak od primene zakona od strane ustavnog

[22] S. Bulajić, Čuvar Francuskog Ustava, Beograd 2006, str. 21

suda. Naime ukoliko bi neki zakon o kojem bi sud odlučivao po takozvanom *badinterovom principu*, bio predmet ocene ustavnosti od strane suda, da bi taj zakon ili deo zakona bio proglašen neustavnim potrebna bi bila i većina glasova sudija koja dolaze iz redova nacionalnih manjina. Samim tim sudije ustavnog suda doveli bi se u nejednak položaj, jer njihovi glasovi ne bi bili jednaki pri samom odlučivanju, a time bi se narušilo ustavom garantovano pravo jednakosti svih građana.[23] Takođe i predsednik Ustavnog suda Makedonije, gospodin Branko Naumovski, na godišnjoj konferenciji namenjenoj informisanju javnosti, o primeni *badinterovog principa* u Ustavnom sudu je rekao sledeće: „Uvođenje *badinterovog principa* odnosno glasanja i nadglasavanja u jednu ovakvu situaciju predstavljalo bi uvođenje politike u odlučivanje. A mislim da je unošenje politike u odlučivanje opasna stvar i da joj tu nije mesto. Politici je mesto u parlamentu, u određenim pitanjima o kojima se može formirati konsenzus i potom uneti u konačan tekst zakona. Smatramo da bi politički uticaj u odlučivanju suda značio smetnju koncepciji ustavnog sudstva i ustava i ne mogu da pretpostavim kako bi to funkcionisalo.“[24] Tako, hipotetički bi se lako mogla dogoditi situacija, da zbog dvoje sudija od ukupno devet, određeni zakon ne može biti proglašen neustavnim. Postavlja se pitanje da li je Ustavni sud institucija u kojoj se ceni stručnost sudija i njihovo pravno obrazovanje, da li su oni birani jer predstavljaju sam vrh pravne misli jedne države sa ciljem da svoje znanje primene u odlučivanju o ustavnosti zakona temeljeći svoje odluke na pravnim stanovištima, ako sa druge strane postoji mogućnost da budu „nadglasane“ od strane dvoje, troje sudija prema njihovim političkim aspiracijama.

Nažalost, izneti zaključci ne predstavljaju proizvod proizvoljne kontemplacije, već se temelje na realnim situacijama koje su se događale proteklih godina u Ustavnom sudu. Naime, u Republici Makedoniji 2007. godine Ustavni sud je doneo odluku kojom je ukinuto nekoliko članova Zakona o upotrebi zastava zajednica koje žive u Republici Makedoniji.[25] Ovaj Zakon prema Ustavu spada u grupu zakona koji se donosi po *badinterovom principu*, i za njega se osim opšte pozitiv-

[23] Čl. 9, Ustav Republike Makedonije: „Građani Republike Makedonije su jednaki u slobodama i pravima nezavisno od pola, rase, boje kože, nacionalnog i socijalnog porekla, političkog i verskog ubeđenja, imovinskog i socijalnog stanja. Građani su jednaki pred ustavom i zakonima.“

[24] Izjava pretsednika ustavnog suda, Branka Naumovskog data na konferenciji za medije 24.02.2011. godine v. http://kanal5.com.mk/default.aspx?mId=37&eventId=71823&egId=13.

[25] Odluka Ustavnog suda Republike Makedonije, U.br.133/2005-0-1 doneta 10.24.2007. godine.

no izjasnila i većina poslanika koja pripada nacionalnim manjinama. Međutim, ovaj zakon je bio osporen pred ustavnim sudom, uz tvrdnju da je suprotan ustavu. Ustavni sud u svojoj odluci argumentovano obrazložio zašto je ovaj zakon tj. iz kog razloga su određeni njegovi članovi suprotni ustavu. Kada je ova odluka dospela u javnost, Ustavni sud je postao meta žestokih kritika od strane nacionalnih manjina, naročito albanske, čiji pripadnici su se pored kritika samog Ustavnog suda, žestoko obrušili na „svoje" sudije (sudije albanske nacionalnosti), tvrdeći da rade suprotno albanskim nacionalnim interesima. Nekoliko dana nakon sporne odluke Predsednik Ustavnog suda, koji je inače bio albanske nacionalnosti, povukao je svoj potpis sa odluke i podneo ostavku zajedno sa još jednim sudijom albanske nacionalnosti.[26] Time se samo u praksi pokazuje da ustavni sud nije imun na političke pritiske, međutim ostaje na sudijama i njihovom moralnom kredibilitetu i integritetu da istraju u tome. Iz pomenutog primera stičemo predstavu kakva je situacija u državi, a posebno pod kakvim pritiskom se nalaze sudije. Dodatno ukoliko se omogući primena ovog principa i u Ustavnom sudu, nije sporno da će se pojedinim sudijama omogućiti da koriste mehanizam, kojim bi sprečili da politički kalemljeni zakoni budu ukinuti ili poništeni, i da pri tom uspešno prođu kroz filtere postupka ocene ustavnosti.

Iz svega iznetog, logično se postavlja pitanje, ko će u ovoj situaciji biti najveći gubitnik? Svakako će to biti ustavni sistem Makedonije.

Glavni zadatak Ustavnog suda jeste da odoli pritiscima politike i primeni pravo. Prema rečima profeosra Krbeka „Predmeti ustavnog sudovanja sadržavaju uvjek političke elemente. Ali svrha tog sudovanja jest upravo depolitiziranje."[27] Uvođenjem dvojnog glasanja u Ustavnom sudu, sudije bi se stavile u neravnopravni položaj. Iako se troje sudija bira posebnom većinom, to im ne daje za pravo da njihovi glasovi budu više uvažavani od glasova ostalih sudija, koje se biraju običnom većinom poslanika Parlamenta. Način izbora troje sudija dvojnom većinom uveden je sa ciljem da se u samom sastavu Ustavnog suda nađu i sudije koje pripadaju nacionalnim manjinama. U unitarnim državama vodi se briga o odgovarajućoj zastupljenosti manjina, dok se u ustavnim sudovima federalnih država vodi računa o odgovarajućoj zastupljenosti federalnih jedinica. Međutim, ni u kom slučaju, ni u federalnim ni u unitarnim državama, ni jedan sudija nema „jače" pravo glasa. Ukoliko bi kojim slučajem došlo

[26] U obrazloženju svoje ostavke sudije su istakle da su bili nadglasani od strane makedonskih sudija, i da je on kao predsednik ustavnog suda morao da potpiše odluku.

[27] I. Krbek, Ustavno sudovanje, JAZU, Zagreb 1960, str.7.

do primene ovog principa, to bi značilo degradaciju samih sudija. Tada bi se moglo očekivati da sudije koje faktički imaju većinu u svom stavu budu nadglasane od nekoliko sudija (2-3), i da dođe do sukoba stavova u Ustavnom sudu, što bi opstruiralo rad suda, i dovelo do međusobne podele i etiketiranja sudija. Kao krajnja konsekvenca ovakvog rešenja pojavilo bi se delegitimizaciju i degradiranje same institucije Ustavnog suda. Ako kojim slučajem do toga dođe, ustavni sud će izgubiti podršku javnosti, i tada može doći do mnogo ozbiljnijih posledica, a to je nepoverenje u samu instituciju, koja treba da bude temelj vladavine prava i pravne države. U krajnjem slučaju to bi moglo dovesti do produbljivanja međuetničkih tenzija, koje nesumnjivo postoje, što bi u krajnoj instanci mogao da bude motiv za federalizaciju Makedonije.

Ono što se prikazuje samo kao tehničko pitanje koje bi značilo samo nastavak onoga što već postoji i uspešno funkcioniše u parlamentu Makedonije, bilo bi predstavljeno i kao podizanje zaštite prava nacionalnih manjina na jedan viši nivo, zapravo bi bilo mnogo više od toga. To bi suštinski predstavljalo otvaranje Pandorine kutije, i početak nekog novog i neizvesnog doba za Ustavni sud Makedonije.

Iz ovog razloga treba ostati na već utvrđenoj formulaciji u brojnim zakonima o ustavnim sudovima, da se odluke ustavnog suda donose većinom glasova od ukupnog broja sudija. Ukoliko se neki sudija neslaže sa odlukom većine, on može da glasa protiv nje, no u svakom slučaju naposletku mora da prihvati odluku većine i da stavi svoj potpis na nju. Takođe, sudija na raspolaganju ima i institut izdvojenog mišljenja, preko koga može argumentovano da obrazloži svoje stavove i gledišta po određenim pitanjima. Generalno odluke ustavnog suda se donose na zatvorenim sednicama tajnim glasanjem, međutim i ukoliko se otkrije ishod glasanja, pravilo je da identitet sudija i kako su oni glasali, ostane u tajnosti.[28] Jedino sudija može sam da otkrije kako je glasao i zašto je to učinio preko instituta izdvojenog mišljenja. Sudija može slobodno da iskaže svoje argumente, da navede određena pravna pitanja i šta smatra merodavnim u konkretnom slučaju, ali takođe ima pravo i da otvoreno kritikuje odluku Ustavnog suda. Kroz istoriju mnogo puta se pokazalo da su odluke ustavnog suda, služeći se rečima prof. Krbeka „odbačene kao staro gvožđe, dok su izdvojena mišljenja koja su bila argumentovana i progresivna, usvojena od strane judikature.“[29]

[28] G.Vanberg, The politics of constitutional review in Germany, Cambridge University press 2005, r. 91

[29] I. Krbek, Ustavno sudovanje, JAZU, Zagreb 1960., str. 87

3. USTAVNI SUD KAO ZAŠTITNIK MANJINA

Parlament i izvršna vlast su institucije koje izražavaju volju većine, no njihovo obavljanje funkcija ne sme u celosti biti podređeno volji većine, već treba poštovati i prava koja uživaju pripadnici manjina. Prema rečima sudije ustavnog suda Bugarske, Nena Nenovskog „suverenitet ljudi je izražen ne samo kroz zakone već i kroz ustav, pa ustav daje svim organima legitimitet. Ustavni sud nije predstavnički organ u tradicionalnom smislu, već on treba da bude odraz volje građana, u granicama funkcije koju on obavlja. Ustavni sud nije obavezan voljom većine, on može ukinuti zakon koji je protivustavan pa i u slučaju da on prestavlja volju većine.[30]" Međutim moramo reći da ustavni sud iako štiti prava nacionalnih manjina, on zapravo ne radi na način koji bi se od njega očekivao. Naime, prema rečima Stefana Grifina (*Stephen Griffina*) koji govoreći o američkom konstitucionalizmu kaže sledeće: „akcenat na nadglasavanju kao fundamentalni princip Američke demokratije u raspravi sa sudskom kontrolu zakona i ustavnom poziciji leži u pretpostavci da jedino Vrhovni sud može igrati značajnu ulogu u zaštiti ustavnih prava. A to očito nije slučaj.[31]" Alek Stoun Svit (*Alec Stone Sweet*) navodi da je smešno očekivati da ustavni sud funkcioniše kao neka vrsta bedema, koji će sprečavati tiraniju zakona od strane većine. I zaista najveća zaštita prava koje manjine mogu ostvariti jeste ona zaštita koja se obezbedi putem donošenja zakona. U parlamentu se svakako može postići dogovor oko spornih pitanja, a nakon toga se to može uneti u same norme. No, upravo iz razloga što u većini zemalja sveta to nije moguće postići, manjine pa i svi ostali građani imaju mogućnost obraćanja ustavnom sudu. Ustavni sud nesumnjivo deluje kao zaštitnik manjina, a posebno u onim sistemima gde je predviđena apstraktna kontrola ustavnosti zakona. Tamo je omogućeno da se manjine obrate sudu i ospore neka zakonska rešenja ukoliko ih smatraju neustavnim. Međutim, sama mogućnost obraćanja sudu je mač sa dve oštrice. Ukoliko budu osporena neka zakonska rešenja, samo da bi se kontriralo parlamentarnoj većini, velika je mogućnost da taj zahtev ne bude usvojen, pa samim oni gube podršku javnosti. Zato iako formalno ova mogućnost stoji na raspolaganju pripadnicima manjina, uvek joj se oprezno prilazi, jer ukoliko se u tome ne uspe, veoma je teško biračima objasniti zašto je to tako urađeno. Tako odgovor na pitanje, da li će Ustavni sud biti saveznik parlamentarne manjine zavisi od mnogo faktora.

[30] W. Sadurski, Rights before courts – a study of Constitutional courts of Post communist states of central and eastern Europe, Springer 2005, r. 58

[31] Ibid. p.60.

4. ZAKLJUČAK

Od svega navedenog možemo reći da Ustavni sud kao institucija koja se bavi isključivo pravnim pitanjima. Svaki pokušaj da se u odlučivanju suda primeni neki politički princip, kao što je u ovom radu analiziran *badinterov princip*, jedino bi doveo do delegitimizacije ustavnog suda u vršenju njegove uloge čuvara ustava. Potreba zaštite nacionalnih manjina u svim demokratijama jedan je od osnovnih ciljeva i preduslov vladavine prava, a to se najefikasnije ostvaruje u parlamentu svake države. Međutim, ukoliko u parlamentu ne bude obezbeđena adekvatna zaštita, poslednji bedem zaštite prava nacionalnih manjina jeste Ustavni sud. Njegova uloga jeste da ukoliko ustavom garantovana prava budu povređena nekim opštim pravnim aktom, taj akt ukine i omogući zaštitu određenih prava. Međutim, ukoliko bi se u Ustavnom sudu Makedonije primenio *badinterov princip*, došli bismo do apsurdne situacije, u kojoj bi prava nacionalne manjine bila uzdignuta iznad prava većine. Prava koja uživaju pripadnici nacionalnih manjina ne mogu biti na višem nivou i zaštićena od toga da kad se donosi zakon koji se odnosi direktno na njih zavisi isključivo od njihovih glasova, pa ukoliko smatraju da je određeni zakon suprotan njihovim pravima i interesima, tada bi mogli da ne glasaju za njega. Primena *badinterovog pricipa* u Ustavnom sudu omogućila bi jedino prazan prostor u odlučivanju Ustavnog suda, kuda bi kroz filter ustavnosti prošli zakoni suprotni ustavu, a odnose se na nacionalne manjine i u kojima je vrlo verovatno da se ne krše prava manjina, već su čak ugrožena prava većine građana. Iz ovog razloga smatramo da u ni u kom slučaju ne bi trebalo primeniti *badinterov princip* u odlučivanju Ustavnog suda, jer je pre svega on štetan za sam ustavni sistem, a doveo bi i do opstanka neustavnih zakona u pravnom sistemu, pa time i povreda prava onih na koje se ti zakoni odnose.

Mora se povući jasna granica gde se završava politika, a gde počinje pravo.

Blaže Krčinski, Trainee Lawyer in Skoplje

Badinter in Macedonian Constitutional Court: *Novum* or *Requiem*

Abstract

In this paper author talks about Macedonian constitutional court and the possibility of adopting a new principle so called *Badinter principle*. This principle is already in use in Macedonian Parliament and his basic goal is protecting the national minorities from being over voted in the Parliament. Whit this Albanian minority wants to insure that the law's who are pass in the Parliament with this principle, would apply in the Constitutional court exactly the same. According the author this will only provide exception of constitutionality of law's who are past in the parliament with *Badinter principle*. National minorities can't get a bigger protection of their rights which they currently enjoy, without putting the majority in subordinate role and breaking the fundamental principles of rule of law. Constitutional court should keep the same competencies and the way of deciding who are well accepted in comparative practice. Only way out of these situations is electing judges who are professional and who would resist the political pressure, and would lead only by law.

Key words: Constitutional court; Badinter principle; Constitutional changes; Protection of national minorities; Voting in constitutional courts about legality of acts