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

ZBORNIK RADOVA
COLLECTED PAPERS

XLV 3 (2011)

TOM II

NOVI SAD, 2011.

ZRPFNS, Godina XLV Novi Sad, br. 3 (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 Magdolna Sič, vanredni profesor
Stari rimljani su znali da je olovo opasan otrov ali su to tolerisali – da li se to događa i danas? 427
Dr Branislav Ristivojević, docent
Uticaj vrednosnih sadržaja kulture na razvoj i uobličavanje međunarodnog krivičnog prava 443
Dr Nataša Deretić, docent
Uporedna analiza: „prava čoveka“ u rimskoj državi i savremena „ljudska prava“ 469
Dr Slobodan P. Orlović, docent
Narodna skupština Srbije i Evropski parlament – jedno ustavnopravno poređenje 497
Dr Bojan Pajtić, docent
Ekološka odgovornost 517
Dr Gordana Drakić, docent
Prekid trudnoće prema Krivičnom zakoniku kraljevine Jugoslavije i projektima koji su mu prethodili 533
Dr Maša Kulauzov, docent
Položaj vanbračne dece u porodičnoj zadruzi prema običajnom pravu Južnih slovena 543
Dr Jelena Vidić, docent
Posthumna oplodnja i njena naslednopravna dejstva 553
Dr Vladimir Marjanski, docent
Pojam, vrste i osnovna obeležja osiguranja od ekoloških šteta 567
Dr Velizar Golubović, savetnik
Usaglašenost prava socijalne sigurnosti Srbije sa pravom Evropske Unije 579
Dr Petar Đundić, asistent
Posledice razlikovanja zakonite i nezakonite eksproprijacije stranog ulaganja 599
Dr Samir Aličić, asistent
Ulpijan, celz i zagađenje zemljišta korovom (d. 9. 2. 27. 14) 613

Dr Dragana Ćorić, asistent
Novi minuti posvećeni Radbruhovoj formuli 635
Mr Bojan Tubić, asistent
Primena načela *uti possidetis juris* pri određivanju međudržavnih granica 647
Mr Atila Dudaš, asistent
Kauza ugovorne obaveze – francuski uticaj na Zakon o obligacionim odnosima Republike Srbije 663
Marko Knežević, asistent
O novom uređenju voljnog zastupanja u parničnom postupku 681
Nataša Rajić, asistent
Sadržinska ograničenja mera kojima se reguliše status ljudskih prava u vanrednim prilikama – međunarodni standardi i ustav Republike Srbije 699
Sandra Samardžić, asistent
Populaciona politika, planiranje porodice – postojeće tendencije i moguća rešenja 715
Stefan Samardžić, asistent
Krivičnopravna reakcija u oblasti zaštite životne sredine 737
Uroš Stanković, asistent
Uredba o seči šume i jedan primer njene primene u praksi 759
Luka Baturan, asistent
Mogućnost primene Kouzove teoreme radi postizanja internalizacije ekološkog troška u pravnom sistemu Republike Srbije 779

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Dr Žerar Marku, redovni profesor
Savremena kontrola uprave 767
Dr Judit Barta, docent
Reforme penzijskog osiguranja u Mađarskoj 817

TABLE OF CONTENTS

Magdolna Sič, Ph.D., Associate Professor
The Ancient Romans Knew that Lead is a Dangerous Metal but they Tolerated it – is it Happening Even Today? 427

Branislav Ristivojević, Ph.D., Assistant Professor
The Impact of Cultural Value Contents on the Development and Shaping of International Criminal Law 443

Nataša Deretić, Ph.D., Assistant Professor
Comparative Analysis: 'Civil Rights' in the Roman State and Contemporary 'Human Rights' 469

Slobodan P. Orlović, Ph.D., Assistant Professor
National Assembly of Serbia and European Parliament – a Constitutional-law Comparison 497

Bojan Pajtić, Ph.D., Assistant Professor
Environmental Liability 517

Gordana Drakić, Ph.D., Assistant Professor
Abortion Under the Criminal Code of the Kingdom of Yugoslavia and the Projects that Preceded it 533

Maša Kulauzov, Ph.D., Assistant Professor
Position of Illegitimate Children in *Zadruga* according to Customary Law of South Slavs 543

Jelena Vidić, Ph.D., Assistant Professor
Posthumous Reproduction and its Hereditary Legal Effects 553

Vladimir Marjanski, Ph.D., Assistant Professor
The Concept, Types and Basic Properties of Insurance against Ecological Damages 567

Velizar Golubović, Ph.D. director's adviser
Harmonization of Social Security Law of Serbia with the Law of European Union 579

Petar Đundić, Ph.D., Assistant
The Consequences of the Distinction between Lawful and Unlawful Expropriation of Foreign Investment 599

Samir Aličić, Ph.D., Assistant
Ulpian, Celsus and Weed Pollution of Soil (D. 9. 2. 27. 14) 613

Dragana Ćorić, Ph.D., Assistant
New Minutes for Radbruch's Formula 635
Bojan Tubić, LL.M., Assistant
Application of *uti possidetis juris* Principle in the Process of Determination of International Borders 647
Attila Dudás, LL.M., Assistant
Cause of Contract – French Influence on the Law on Obligations of the Republic of Serbia 663
Marko Knežević, Assistant
On the New Regulation of Representation by Counsel in Litigation 681
Nataša Rajić, Assistant
Limitations Related to Content of Measures Regulating the Status of Human Rights in Emergency Situations – International Standards and the Constitution of the Republic of Serbia 699
Sandra Samardžić, Assistant
Population Policy, Family Planning – Current Trends and Possible Solutions 715
Stefan Samardžić, Assistant
Some Problems in Response of the Criminal Law to Environmental Crimes 737
Uroš Stanković, Assistant
Regulation on Deforestation and an Exemple of its Application in Practice 759
Luka Baturan, Assistant
Implementation of "Coase Theorem" for the Purpose of Internalization of Ecological Cost in the Law System of Republic of Serbia 779
SECTION FOR FOREIGN AUTHORS
Gérard Marcou, Professeur
Le Controle de L'administration Aujourd'hui 767
Dr. Judit Barta, Dozent
Die Veränderungen des ungarischen Rentensystems (Das drei-Säulen System und das zwei-Säulen System) 817

Originalni naučni rad 502/504(37)

Dr Magdolna Sič, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

STARI RIMLJANI SU ZNALI DA JE OLOVO OPASAN OTROV ALI SU TO TOLERISALI – DA LI SE TO DOGAĐA I DANAS?[1]

Sažetak: *Olovo je u starom Rimu bilo u širokoj upotrebi. Štetnosti olova u najvećoj meri bili su izloženi rudari, kao i radnici koji su obrađivali ovaj metal. Rimljanima su bile poznate bolesti rudara prouzrokovane olovom, ali su smatrali da život ostalog dela stanovništva nije ugrožen malom količinom olova, pa su ga čak koristili i za lečenje. Nisu bili svesni u kojoj meri ovaj metal oštećuje zdravlje svih, pa i onih iz najbogatijih slojeva. Novim naučnim metodama dokazan je veliki stepen zagađenosti životne sredine olovom za vreme Rimske imperije. Danas usled naučne dokazanosti štetnosti olova, ono je u najvećem broju zemalja eliminisano kao dodatak benzinu, a u razvijenim zemljama nastoji se i na daljem smanjivanju prisustva olova u životnoj sredini. Mi smo u ovom procesu tek na početku. Obzirom na to da smo sa sprovođenjem mera zaštite životne sredine zaostali za mnogim zemljama, ne bi trebalo da to shvatimo samo kao obavezu harmonizacije prava sa pravom EU, već kao zajednički zadatak koji je u interesu svakog od nas.*

Ključne reči: *olovo; zaštita životne sredine; stari Rim; zagađenost teškim metalima u Srbiji*

Uvod

Olovo je bilo jedan od sedam metala poznatih od najranijih vremena. Upotreba olova vezuje se za pojavu korišćenja vatre[2], dok se otvaranje pr-

[1] Ovaj rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ (br. 179079) čiji je nosilac Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

[2] A. Milton - A. Lessler, Lead and Lead Poisoning from Antiquity to Modern Times, Ohio Journal of Science 1988, 3, str. 79. https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/.../V088N3-078.pdf?...1 Među najstarijim metalnim predmetima pronađenim prilikom arheoloških iskopavanja nalazi se i nakit od - olova iz groba u Anatoliji koji potiče iz oko 6000. godine s. e.

vih rudnika olova stavlja u četvrti milenij[3]. Olovo (Pb) se dobijalo iz rude kao što je *cerussa* (ceruzit ili olovni karbonat, PbCO3), nazvan i belo olovo, a prvenstveno iz galenita (PbS, olovni sulfat)[4]. Galenit sadrži 86,6 %, olova. Ostali njegovi sastojci su arsen, on, antimon i srebro. Izvor svetske proizvodnje srebra u najvećoj meri je galenit, a ne srebrna ruda. Počev od uvođenja srebrnih kovanica kao platežnog sredstva prvenstveni razlog vađenja galenita bio je dobijanje srebra. Rudnik Laurion u Grčkoj dao je 300 dela olova na 1 deo srebra. Olovo se smatralo nuzproduktom[5]. Galenit se dobijao uglavnom iz rudnika Male Azije, Balkana, Španije, Sardinije i Britanije[6] U bronzano doba (2 100-1 200 s. e.) rudarstvo nije znatno ugrožavalo prirodu, a ni i u gvozdeno doba (1 200-50 s. e.) nije značilo opasnost za ljudski život, sve dotle dok rudnici olova nisu prešli na znatniju proizvodnju[7]. Proizvodnja olova je dostigla svoj maksimum od 80.000 t/godišnje za vreme uspona Rimske imperije, što odgovara proizvodnji za vreme industrijske revolucije, dve hiljade godina kasnije[8]. Proizvodnja olova je drastično opala posle pada Zapadnog Rimskog Carstva, da bi ponovo počela da raste od oko 1000. godine n. e[9].

Olovo se topilo u livicama u blizini rudnika. Rudari i radnici u ovim livnicama bili su izloženi dejstu olova i njegovih isparina *(Plin. H. N.* 34, 49; 35, 19; *Xenophon, Memorabilia,* 3, 6; *Vitruvius*, *De Architectura* 8, 3, 6). Zanatlije koji su pravili razne predmete od olova uglavnom su imali svoje radionice u blizini livnica[10].

---

[3] Na primer, L. Makra, Szemelvények a környezetszennyezés történetéből, különös tekintettel a levegő szennyezésére, III. Rész, http://www.sci.u-szeged.hu/eghajlattan/legszenny3.htm

[4] F. Retief – L. P. Cilliers, Lead Poisoning in Ancient Rome, Acta Theologica, Vol. 26:2 (2006) http://historyoftheancientworld.com/2010/08/lead-poisoning-in-ancient-rome/, str. 147.

[5] C. F. Boutron, Historical reconstruction of the Earth's past atmospheric environment from Greenland and Antarctic snow and ice cores, *Environmental Review*, 1995, 3, str. 1.

[6] F. Retief – L. P. Cilliers, Lead Poisoning in Ancient Rome, str. 148.

[7] *Ibid.*

[8] S. Hong, J. P. Candelone, C. C. Patterson, C. F. Boutron, Greenland ice evidence of hemispheric lead pollution two millennia ago by Greek and Roman civilizations, *Science*, 1994, 265, str. 1841-1843.

[9] L. Needleman – D. Needleman, Lead poisoning and the decline of the Roman aristocracy, *Classical Views,* 29/1985, str. 73. navodi izvore po kojima se procenjuje da je godišnja proizvodnja olova u toku prva dva veka nove ere dostigla otprilike četiri kilograma *per capita*. To je dve trećine od onog proizvedenog u Sjedinjenim Državama 1970-ih godina. J. O. Nriagu, Occupational exposure to lead in ancient times, *The Science of the Total Environment,* 31/1983, str. 106., procenjuje da je proizvodnja olova u starom svetu rasla od 3.170 kilotona godišnje u bronzano doba do 14.310 kilotona u gvozdeno doba i do 14.960 kilotona za vreme Rimske imperije (50. s. e. – 500. n. e), da bi u periodu od 500. do 1000. godine proizvodnja ponovo pala na 4.250 kilotona.

[10] J. O. Nriagu, Occupational exposure to lead in ancient times, str. 112.

Dokazanost zagađenosti životne sredine olovom u rimsko doba

Posle Međunarodne godine geofizičara 1957-58. godine, pokrenut je program radi otkrivanja zagađenosti vazduha u dalekoj prošlosti na osnovu informacija koje su sačuvane u naslagama leda i snega na Grenlandu i na Antartiku.

Najdublji sloj (9000 stope /1 = 30,48 cm/ do kojeg su istraživači stigli na Grenlandu doseže do skoro 8000 godina pre sadašnjeg vremena[11]. Istraživanja su pokazala da je koncentracija olova u vazduhu, pre nego što je vađenje ove rude započeto, kada je olovo stiglo u vazduh samo iz prirodnih izvora (iz zemlje i stena), bila mala i njen faktor je bio približno 1 (0,8). Nivo olova u vazduhu ostao je isti i pre 3000 godina, što ukazuje na to da je antropogena emisija olova tada još bila zanemarljiva, u odnosu na njegovu količinu koja je stigla u vazduh prirodnim putem[12]. Koncentracija olova u vazduhu počela je da raste u 5. veku s. e. U grčko – rimskom periodu (između 400 i 300 godine s. e.) faktor koncentracije olova dostigao je vrednost od 4. Ovakav visoki nivo se zadržao narednih sedam vekova. Prema tome, slojevi leda i snega na Grenlandu ukazuju na to da je koncentracija olova u vazduhu bila četvorostruka u odnosu na njegovu prirodnu vrednost. To je najranije zagađenje vazduha koje je utvrđeno, a koje je prethodilo industrijskoj revoluciji dve hiljade godina kasnije, kao i drugim faktorima zagađenja prirode[13]. Za vreme uspona Rimske imperije godišnje je maksimalno vađeno i prerađivano 80.000 tona olova. Od ove količine 5% stiglo je u vazdušni omotač, što iznosi godišnje 4000 tona[14]. Emisija olova dovela je do lokalnog i regionalnog zagađenja vazduha širom Evrope. To je dokazano, na primer, otkrivanjem naslaga olova na dnu jezera u južnoj Švedskoj[15]. Grupa istraživača je svoje istraživanje usmerila na to da otkrije odakle je ovo zagađenje poteklo. Došli su do zaključka da su glavni izvori zagađenja bili rudnici sa teritorije Španije. Utvrdili su da oko 70% olova pronađenog u naslagama leda na Grenlandy

[11] C. F. Boutron, Historical reconstruction of the Earth's past atmospheric environment from Greenland and Antarctic snow and ice cores, str. 1-28.

[12] L. Makra, http://www.sci.u-szeged.hu/eghajlattan/legszenny3.htm; E. Borsos, L. Makra, R. Béczi, B. Vitányi, M. Szentpéteri, Anthropogenic air pollution in the ancient times. Acta Climatologica et Chorologica. 2003;36-37: str. 5-15. Acta Climatologica et Chorologica. Acta Universitatis Szegediensis (Internet), University of Szeged (cited 2011 Feb 25) http://www.sci.u-szeged.hu/eghajlattan/akta03/005-015.pdf.

[13] S. Hong, J. P. Candelone, C. C. Patterson, C. F. Boutron, Greenland ice evidence, str. 1841-1843.

[14] *Ibid.*

[15] I. Renberg, M. W. Persson, O. Emteryd, Pre-industrial atmospheric lead contamination detected in Swedish lake sediments. *Nature*, 368, 1994, str. 323-326.

potiče iz perioda između 150. godine s. e i 50. godine n. e. sa rudarskog područja *Rio Tinto* u jugozapadnom delu Španije[16]. Olovo se topilo u otvorenim topionicama odakle su sićušne čestice aerosola mogle lako dospeti, danas već poznatim vazdušnim strujama, u područje Arktika[17]. Čestice aerosola se zadržavaju u vazduhu jednu ili dve nedelje, a to vreme je bilo dovoljno da stignu vazdušnim strujama do Grenlanda i do polova, da bi tamo bile zarobljene u slojevima leda[18].

Posle pada Rimske imperije došlo je do naglog pada koncentracije olova i ona se vratila na iznos prirodne koncentracije. U toku srednjeg veka i u doba renesanse, međutim, emisija olova je počela ponovo da raste, da bi oko pre 470 godina dostigla dvostruku vrenost u odnosu na rimsko doba[19]. Kasnije pokazuje postepeni rast, da bi u periodu od 1930 – tih godina do 1960 – tih godina došlo do naglog rasta. Do toga je došlo zbog korišćenja olova kao dodatka benzinu počev od 1923. godine. Koncentracija olova u vazduhu je 1960-tih godina bila oko 200 puta veća od njene priodne vrednosti. Prema Batronu to je najteže ikad zabeleženo zagađenje prirode na zemlji[20]. Počev od 1970- tih godina zapaža se znatan pad zagađenja olovom. Ovaj povoljan pokazatelj je rezultat sve raširenije upotrebe bezolovnog goriva. U skorije vreme za zagađivanje prirode olovom Evroazija se smatra odgovornom sa 75% koncentracije olovom[21].

Prisustvo olova u uzorcima zuba dece iz starog veka sa teritorije Velike Britanije takođe se smatra dokazom o značajnoj opterećenosti olovom u Rimsko doba.

Saradnici grupe istraživača (Natural Environment Research Council i British Geological Survey) ispitivali su koncentraciju olova u zubnoj gleđi skeleta sa raznih teritorija Britanije iz rimskog i rano srednjovekovnog perioda da bi ove nalaze uporedili sa koncentracijom olova u zubnoj gleđi današnjeg čoveka. Prema istraživanjima sporvedenim u Britaniji, početkom 1980-tih godina, koncentracija olova u zubnoj gleđi savreme-

---

[16] K. J. R. Rosman, W. Chisholm, C. F. Boutron, J. P. Candelone, U. Görlach, Isotopic evidence for the sources of lead in Greenland snows since the late 1960s. *Nature*, 362, 1993, str. 333-335.

[17] S. Hong, J. P. Candelone, C. C. Patterson, C. F. Boutron, Greenland ice evidence, str. 1841-1843.

[18] I. Salma, Tendenciák a városi levegőminőség alakulásában, - http://www.matud.iif.hu/ 2010/03/06.htm

[19] C. F. Boutron, Historical reconstruction, str. 1-28.

[20] *Ibid.*

[21] K. J. R. Rosman, W. Chisholm, C. F. Boutron, J. P. Candelone, U. Görlach, Isotopic evidence, str. 333-335.

nog čoveka, prema uzorcima uzetim sa raznih mesta, jedva se razlikuje i prosečna njena vrednost iznosi 3 ppm. Prema novijim istraživanjima u zubnoj gleđi današnje dece iznosi samo nekoliko desetina ppm, što znači da se smanjila koncentracija olova u vazduhu – zahvaljujući smanjivanju globalne emisije olova[22].

Na osnovu ispitanih uzoraka iz rimskog perioda stigli su do nas podatci koji pokazuju koncentraciju olova u zubnoj gleđi koja prelazi čak i vrednost od 10 ppm. Ova vrednost odgovara izloženosti dejstvu olova uzeled zanimanja ili drugih okolnosti. Na osnovu ovih podataka pretpostavlja se, da je zagađenje olovom bio značajan problem u rimsko doba, kao i u ranom srednjovekovnom periodu. Engleska, Škotska, Vels i Irska su bogati prirodnim resusima olova, kao i drugim rudama. Pretpostavlja se da je baš bogatstvo ruda privuklo Rim da osvoji Britaniju. Smatra se da podaci nalaženja tragova olova u znatnoj vrednosti u zubnoj gleđi sa ove teritorije dokazuju da je stanovništvo ove teritorije (rimsko-britanskog, anglosaksonskog i vikinškog porekla) zbog razvijenog rudarstva bilo izoženo znatnom olovnom opterećenju. Činjenica da je visoka koncentracija olova bila iskazana i u zubima dece, ukazuje na to, da se koncentracija olova može smatrati pre zagađivanjem životne sredine, nego samo ugrožavanjem zdravlja rudara[23].

Upotreba olova u starom Rimu

Olovo je u rimsko doba bio popularan metal. Njegova svakodnevna upotreba bila je široka. Spominje se i kao rimski metal[24]. Olovo je najviše korišćeno za pravljenje vodovodnih cevi i rezervoara pri gradnji vodovodnog sistema Rima i drugih gradova Imperije[25]. Međutim, Rimljani su pored olovnih koristili i keramičke cevi[26], koje nisu bile štetne za zdravlje. Snabdevanje Rima vodom obezbeđivala je vodovodna mreža koja je bila dugačka više od 400 kilometara i koja je dnevno transportovala više

[22] Za vreme neolitika, kada još nisu koristili metale, koncentracija olova u zubnoj gleđi čoveka u proseku iznosila je 0,3 ppm.

[23] L. Makra, http://www.sci.u-szeged.hu/eghajlattan/legszenny3.htm.

[24] A. Markham, A Brief History of Pollution. *Earthscan, London,* 1994., prema L. Makra, http://www.sci.u-szeged.hu/eghajlattan/legszenny3.htm.

[25] *Vitruvius*, 8, 3-1; F. Retief – L. P. Cilliers, Lead Poisoning in Ancient Rome, str. 149.; Prema Valdronu (H. A Waldron, Lead poisoning in the ancient world, *Medical History* 17, str. 393), pri gradnji samo jednog vodovodnog priključka Lijonske vodovodne mreže bilo je korišćeno 12.000 tona olova.

[26] Vodovodni kanal od kamena pokriven keramičkim pločama, kao i keramički vodovodni sistem sačuvan je, na primer, u Starom Budimu (Aquincum), prema E. Maróti, http://www.hik.hu/tankonyvtar/site/books/b1001/87-02-01Maroti.html

od milion kubnih metara vode. Za vreme principata, počev od vladavine Oktavijana Avgusta (27. god. s. e.) do smrti Trajana (117. god. n. e.) svaki manji ili veći grad Italije dobio je vodovod, a u toku drugog veka bio je završen i njihov kanalizacioni sistem[27].

Jedinjenja olova korišćena su u kozmetici. Lepota je bila možda još bitnija u starom svetu nego danas, jer je ona čoveka približavala ne samo svojim sugrađanima već i božanstvima. Kao kozmetička sredstva za ulepšavanje korišćene su razne prirodne komponente mineralnog i životinjskog porekla. Među tim prirodnim kozmetičkim preparatima olovu je pripalo značajno mesto. Olovo je korišćeno kao puder[28] za postizanje belog tena[29], korišćeno je zatim kao ruž, kao kreon za oči, a takođe i kao senka u plavoj i žutoj nijansi[30]. Štetno dejstvo olova na kožu, kao i na zdravlje čoveka bilo je poznato i pre više hiljada godina, ali bez obzira na to, olovni preparati su i dalje korišćeni. Postavlja se pitanje, koje sastojke koriste današnji proizvođači kozmetike i da li vode računa i o mogućem štetnom dejstvu često isticanih prirodnih (u smislu „zdravih") komponenti kozmetičkih preparata?

Olovo je korišćeno i za farbanje maski i uopšte za pravljenje boja. Zatim su ga koristili za konzerviranje hrane, kao zaslađivač i začin, a posebno u vinarstvu za sprečavanje vrenja[31] i za zaslađivanje kiselog vina[32]. Rezervoari za čuvanje vina kao i posude za proizvodnju maslinovog ulja su često pravljene od olova ili su bile obložene olovom[33]. U procesu fermentacije vina takođe su koristili uglavnom olovom obložene sudove. Olovo je korišćeno za pravljenje posuđa: pehara, tanjira, lonaca, tiganja

---

[27] E. Maróti, http://www.hik.hu/tankonyvtar/site/books/b1001/87-02-01Maroti.html

[28] Posebno je olovni karbonat (belo olovo) korišćen kao puder *(Ovid. Medicamina faciei,* 73).

[29] Idealna ženska lepota bila je beo ten, crvene usne i tamna kosa i obrve. Beo ten je ukazivao na pripadnost višim slojevima, eliti, na ženu koja je besposleno provodila dane u hladovini svoga doma.

[30] *Plin. H.N*. 34, 50.

[31] L. Needleman – D. Needleman, Lead poisoning, str. 74, 75.

[32] Obzirom na to da nisu znali za šećer, a med je bio dosta skup, Rimljani su kao zaslađivač koristili koncentrat napravljen od mladog vina. Ovaj koncentrat poznat kao - *sapa* ili *defrutum (Columella*, 12, 19, 20) nastao bi vrenjem mladog vina i bio je znatno - zatrovan olovom. Nemački lekar Hofman 1883. godine po rimskom receptu napravio je - *sapa* u olovom obloženoj posudi i dobio je sirup od vina sa približno 240 mg Pb po litru. Dodavanjem dve čajne kašike ovog sirupa u litru vina, vino bi sadržalo 20-30 mg Pb po litru. Dužim kuvanjem odnos olova u slatkom sirupu bi se lako popeo i na 1000 mg Pb po litru. Prema, A. Milton - A. Lessler, Lead and Lead Poisoning, str. 80. Olovni acetat (olovni šećer), koji bi nastao delovanjem acetata na olovo, bio je takođe korišćen kao zaslađivač hrane i vina.

[33] *Cato*, *De re rustica*, 66.

itd[34]. Od olova su pravili i novac ili su ga dodavali bakarnim, srebrnim ili zlatnim kovanicama. Obzirom na to da se lako oblikuje i odupire koroziji bilo je korišćeno u brodogradnji, kao i u građevinarstvu, zatim pri pravljenju statua, reljefa, vaga, kao i projektila i drugih vojnih rekvizita[35].

Postoje podaci i o tome da je olovo korišćeno i kao kontraceptivo sredstvo[36], pre svega za onesposobljavanje spermatozoida[37]. Smatra se da je korićeno i za medicinske potrebe. *Dioscorides*[38] preporučuje *litharge*[39] (olovni oksid, ili žuto olovo) za tretman određenih kožnih obolelja, a u kozmetici kao sredstvo protiv bora. Ipak, stvarni učinak olova u medicini ostao je sporan.

Dejstvo olova na ljudski organizam

Olovo i njegova jedinjenja su otrovna. Olovo truje ljudski organizam putem isparavanja (olovna isparina), udisanja olovne prašine usled poroznosti olova, kao i isparavanja njegovih jedinjenja (olovni tetraetil kao dodatak benzinu), kao i putem rastvaranja u vodi (na primer, olovni acetat). Simptomi trovanja olovom su: glavobolja, nagon na povraćanjem, dijareja, nesvestica i grč[40]. Smatra se da je već Hipokrat (460-377 s. e.) opisao ove simptome: gubitak apetita, bolovi u stomaku, bledilo, gubitak

---

[34] H. A Waldron, Lead poisoning in the ancient world, *Medical History,* 17, 1973, - str. 393; L. Needleman – D. Needleman, Lead poisoning, str. 74.

[35] J. O. Nriagu, Occupational exposure to lead, str. 105.

[36] K. Hopkins, Contraception in the Roman Empire, *Comparative Studies in Society and History* 8, 1965, str. 134; S. C. Gilfillan, Lead poisoning and the fall of Rome. *Journal of Occupational Medicine* 7, 1965, str. 57. Detaljnije o metodama kontrole rađanja u antičkom svetu, videti, John M. Riddle, *Contraception and Abortion from the Ancient World to the Renaissance,* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992, *vii*; Angus McLaren. *A History of Contraception from Antiquity to the Present Day*, Cambridge, MA: Basil Blackwell Ltd., 1990, 58; Norman Himes. E. *The Medical History of Contraception*, New York, Gamut Press, 1963, str. 86-87.

[37] K. Hopkins, Contraception in the Roman Empire, str. 134; S. C. Gilfillan, Lead poisoning, str. 57. O rezultatima istraživanja uticaja olova na plodnost povezano sa genetskim faktorom, videti, Susan Benoff, Asha Jacob, and Ian R. Hurley, Male infertility and environmental exposure to lead and cadmium, *Hum. Reprod. Update (2000) 6(2): 107-121 doi:10.1093/humupd/6.2.107 http://humupd.oxfordjournals.org/content/6/2.toc*

[38] Dioscorides, 95, 100, 102, 103 2000. *De materia medica. Being a Herbal with - many other medicinal materials. A new indexed version in modern English*. By T.A. Osbaldeston & R.P.A.Woods. Johannesburg: Ibidis Press; takođe, *Plin. H.N.* 24, 50.

[39] *Litharge* je sekundarni mineral koji nastaje oksidacijom galenita.

[40] L. Makra, Szemelvények a környezetszennyezés történetéből http://www.sci.u-szeged.hu/eghajlattan/legszenny3.htm; Detaljan opis simptoma akutnog i hroničnog trovanja olovom videti u: Lead Poisoning in Ancient Rome By Francois Retief and Louise P. Cilliers, Acta Theologica, Vol.26:2 (2006) http://historyoftheancientworld.com/2010/08/lead-poisoning-in-ancient-rome/

težine, muka, razdražljivost i nervni grč[41]. Međutim, obzirom na to da Hipokrat ne spominje da su ovi simptomi uzrokovani baš olovom, prihvatljivije je mišljenje da najraniji opis trovanja olovom potiče od Nikandera iz sredine drugog veka stare ere[42].

Bolesti pruzrokovani olovom

Olovo je veoma toksično za ljudski organizam. Blokirajući lučenje enzima neophodnih za metabolizam, olovo ugrožava funkciju mnogih ljudskih organa i toksično deluje na jetru, bubrege, krvni i nervni sistem, a posebno na tkivo kostiju. Kod odraslih samo oko 8% oralno unetog olova se absorbuje, dok kod dece absorpcija može da dostigne i do 50%. U slučaju udisanja absorbuje se 30-40% od udisanog olova, a od toga se 80-100% prelazi i u krvni sistem. Absorbovano olovo iz krvotoka stiže u jetru i u bubrege odakle se većim delom i izlučuje. Vremenom, međutim, zaostalo olovo se zadržava u drugim organima kao i u kosi. Posebno, više od 90% olova zadržanog u organizmu se akumulira u kostima gde njegov nivo raste po pravilu do četrdesete godine života. Količina olova u kostima je u direktnoj prporciji sa apsorpcijom olova u toku života. Ovo olovo nije toksično, osim ako ne pređe u krvni sistem usled znatne dekalcifikacije. Prisustvo olova u drugim tkivima: u bubregu, krvi, mišićima i nervnom sistemu predstavlja opasnost za zdravlje. Ako je koncentracija olova velika dolazi do trovanja olovom, mada je utvrđeno i to da koncentracija olova ne dovodi do iste kliničke slike kod svakog pojedinca, jer je tolerancija prema ovom toksinu individualna[43].

Na osnovu sprovedenog istraživanja od strane Nacionalnog instituta za brigu o bezbednosti i zdravlju (National Institutes of Occupational Safety and Health – NIOSH)[44] i Centra za kontrolu zdravlja (Center for Di-

---

[41] O tome Milton A. Lessler, Lead and Lead Poisoning from Antiquity to Modern Times, The Ohio Journal of Science, Vol. 3, 1988 http://historyoftheancientworld.com/2-010/09/lead-and-lead-poisoning-from-antiquity-to-modern-times/

[42] *Nicander*, *Alexipharmaca*, II, 74 i dalje. Međutim, do sedmog veka nije zabeleženo da je trovanje olovom bilo raširenije. Tek je vizantijski lekar, Paul iz Egine *(Paulus Aegineta*, *Epitomae medicae libri septem*) opisao ovu bolest, napominjući da se ona raširila iz Italije u razna područja Imperije (III, 64). U toku srednjeg vega upotreba proizvoda koji su sadržali olovo bila je veoma raširena. Usled toga sve češće je bila utvrđena toksičnost metala, što je bilo zabeleženo u posebnim knjigama, na primer, u traktatu iz 1473. godine: U. Ellenberg „On the Poisonous and Noxious Vapors and Fumes of Metals"; kao i u delu iz 1556. godine: G. Agricola *„De Re Metallica"*.

[43] Acta Theologica Supplementum, 7 2005 str. 152 – 153.

[44] Kongres Sjedinjenih američkih država polazeći od težine problema zagađenja olovom doneo je 1970. godine Akt o brizi o zdravlju (Occupational Health Act) na osnovu kojeg je fo-

sease Control – CDC) Sjedinjenih Američkih Država, utvrđeni su sledeće granice toksičnosti olova absorbovanog u ljudski krvni sistem[45]:

<20 /LtgPb po 100 mL — od malog ili nikakvog značaja nije za odrasle, ali za embrione, novorođenčad i decu može da predstavlja opasnost;

>40 /AgPb po 100 mL — velika je doza i opasna je kako za decu tako i za većinu odraslih;

>80)LtgPb po 100 mL — predstavlja trovanje olovom i zahteva hitno lečenje pacijenata, a najverovatnije i hospitalizaciju. Ove granične vrednosti su u novije vreme smanjene za malu decu i za decu u razvoju (CDC 1985)[46].

Toksičnost olova bila je poznata u Rimu ali je bila tolerisana

Rimljani su znali da je olovo opasan metal, ali to nisu znatnije povezali sa olovnim sudovima korišćenim za pripremanje hrane[47]. Plinije Stariji govori o štetnim isparinama koji dolaze iz topionica olova (*Historia Naturalis* XXXII, 31), o *cerussa* kao smrtonosnom otrovu (XXIII, 40) i o njegovom korišćenju za izazivanje abortusa (XXIII, 30). Vitruvije (*De architectura* VIII, 3, 5; 6. 10 i 11) napominje da je voda pored rudnika olova zatrovana i štetna je za ljudski organizam. *Soranus* za srečavanje začeća preporučuje mazanje grlića materice sa belim olovom (*Gynaeciorum,* I.19.61[48]). A Galen (*De Antidotis*, XIV, 144) i Celz (V, 27,12b) su nastojali na tome da naprave sredstva protiv trovanja belim olovom[49].

Štetnosti olova u najvećoj meri bili su izloženi rudari, kao i radnici koji su obrađivali ovaj metal[50]. U rudnicima su, međutim, uglavnom radi-

---

rmiran poseban institut NIOSH), a zatim i posebne zakone za detoksifikaciju. NIOSH je utvrdio parametre prihvatljivog graničnog nivoa olova u vazduhu, vodi i hrani.

[45] Milton A. Lessler, Lead and Lead Poisoning, str. 81. B. L. Johnson - R. W. Mason, A review of public health regulations on lead. Neurotoxicology, 5, 1984, str. 1-22.

[46] Dozvoljeni granični nivoi su kasnije na osnovu dokazane štetnosti i relativno male doze olova na zdravlje male dece i one u razvoju bili smanjeni. O tome, B. L. Johnson R. W. Mason, A review of public health regulations on lead. Neurotoxicology 5, 1984, str. 1-22.

[47] Plinije, kao i drugi autori iz rimskog perioda, preporučuju da se mlado vino pripremi u olovnim posudama: „...novo vino treba da vri za vreme mesečeve mene, što znači kada su planete u konjunkciji, i nikako drugim danima; šta više treba da se koriste olovne a ne bakarne posude..." (XIV, 27).

[48] *Sorani Gynaeciorum* libri IV, http://cmg.bbaw.de/epubl/online/cmg_04.html

[49] O tome, L Cilliers – F P Retief, Poisons, poisoning and the drug trade in ancient Rome, University of the Free State, str. *8,* http://www.vb-tech.co.za/ebooks/eBook%20-%20History%20-%20Cilliers%20and%20Retief%20-%20Poisons%20in%20ancient%20Rome.pdf

[50] Procenjuje se da je godišnje oko 80.000 radnika radio u rudnicima i topionicama olova, a još oko 60.000 u manufakturnoj industriji. Higijena je u to vreme bila na niskom nivou u rudnicima. Kao meru zaštite koristili su jedino pokrivanje lica i glave da bi sprečili udisanje toksina. Topionice su, međutim, ozbiljno ugrožavale ne samo radnike već svakog ko je živeo u okolini. O tome, J. O. Nriagu, 1983: Lead and Lead Poisoning in antiquity, Wiley, New York, -

li robovi. Prema procenama, u grčo – rimsko doba više od stotinu hiljada ljudi (prvenstveo robova) umrlo je usled akutnog trovanja olovom u rudnicima, ili pri obradi ovog metala[51].

Prema tome, Rimljani su znali da je olovo opasan metal[52], ali su zanemarili ovu činjenicu, misleći da je koban samo za robove i siromašno stanovništvo koje je bilo angažovano na vađenju i obradi ovog metala. Ova kategorija stanovništva, kao najniža u rimskom društvu je i inače bila osuđena na stradanje u službi slobodnih građana. S druge strane olovo je bilo u širokoj upotrebi i smatrali su da mala količina olova ne oštećuje ljudsko zdravlje, a može da bude i korisno za lečenje raznih bolesti. Inače, Rimljani su i lekove nazivali otrovima *(venenum[53])* smatrajući ih dobrim otrovima za razliku od onih opasnih.

Prema Gaju *D.* 50, 16, 236 *pr.* „Onaj ko govori o `otrovu` treba da doda da li je loš ili dobar: jer su i lekovi otrovi, i oni se tako nazivaju jer menjaju prirodno stanje onog kome su namenjene. Za ono što mi nazivamo otrovom, Grci kažu *farmakon,* naime, kod njih ovaj naziv pokriva kako lekove tako i ono što škodi: stoga dodavanjem drugog izraza prave razliku. Homer, njihov istaknuti pesnik informiše nas o tome, jer kaže: *farmaka, polla men esvla memigmena, polla de lugra* (to jest: ima mnogo izvanrednih otrova, a takođe su mnogi i štetni)“[54]. Pored toga, već su i Ri-

---

1983, str. 108 – 109. Prema Pliniju *(Plin. H. N.* 33, 31), isparavanja iz ovih topionica bila su fatalna kako za ljude tako i za životinje i insekte. Savremena istraživanja su pokazala (J. Zmudski, G. R. Bratton, C. Womac and L. Rowe, Lead poisoning in cattle: reassessment of the - minimum toxic oral dose, Bull. Environ. Contam. Toxicol. 30, 1983, str. 435-441) da su fatalne doze olova za životinje mnogo niže nego za ljude. Stoka pri konzumiranju 6-8 mg Pb po kilogramu dnevno, uginula bi u roku od nedelju dana ili dve. Konji uginu u roku od nekoliko nedelja, čak i pri konzumiranju 3-4 mg Pb po kilogramu dnevno. Ljudski organizam može da toleriše 20-30 mg Pb po kilogramu dnevno.

[51] J. O. Nriagu, Occupational exposure to lead in ancient times, Science of the Total Environment, 31**,** 1983, str. 105-116; S. Hong, J. P. Candelone, C. C. Patterson, C. F. Boutron, Greenland ice evidence of hemispheric lead pollution two millennia ago by Greek and Roman civilizations. *Science*, 265, 1994, str. 1841-1843.

[52] O tome još, L Cilliers - F P Retief, Poisons, poisoning and the drug trade, str. 8.

[53] Prema Kaufmanu (D. B. Kaufman, Poisons and poisoning among the Romans, *Classical Philology,* 27, 1932, str. 156) reč *venenum (venom)* je izveden iz reči *Venus*, a izvorno značenje reči jeste ljubavni napitak. U svakodnevnom životu ova reč je imala tri značenja: lek, otrov, i magična droga ili abortiv.

[54] D. 50, 16, 236 pr.: *Gaius libro quarto ad legem duodecim tabularum. „Qui "venenum" dicit, adicere debet, utrum malum an bonum: nam et medicamenta venena sunt, quia eo nomine omne continetur, quod adhibitum naturam eius, cui adhibitum esset, mutat. Cum id quod nos venenum appellamus, Graeci farmakon dicunt, apud illos quoque tam medicamenta quam quae nocent, hoc nomine continentur: unde adiectione alterius nomine distinctio fit. Admonet nos summus apud eos poetarum Homerus: nam sic ait:*

mljani došli do saznanja o tome da određene supstance u malim količinama leče, a u velikim škode zdravlju[55].

Podaci iz rimskog perioda ukazuju na to, da mada je štetnost olova bila poznata, smatralo se da u malim količinama ono ne ugrožava zdravlje, pa može da se koristi i u lečenju raznih kožnih obolenja, čireva, čak i raka ili pak da spreči neželjeno začeće. Opasnim za zdravlje i život smatrana je samo neposredna izloženost ovom otrovu i njegovim isparinama, jer je smrtnost rudara u rudnicima olova bila zabeležena stvarnost. U rudnicima i radionicama su, međutim, radili robovi, osuđenici ili siromašni stanovnici provincija čiji život nije bio na ceni u tadašnjem društvu. Prema tome, smatralo se da smrtnost usled trovanja olovom nije zabrinjavajuća, da male količine nisu štetne, pa čak mogu i da leče. Mišljenje o tome da rimski zakonodavac nije reagovao na poznatu štetnost olova na zdravlje čoveka, jer je olovo bilo u širokoj upotrebi, ne možemo da prihvatimo za antičko doba. To je prenošenje današnjeg shvatanja u ranija vremena – anahronizam. Rimska aristokratija nije bila svesna u kojoj meri je i sama izložena štetnom dejstvu olova. Tu i tamo možemo pročitati da su primetili da je potpuno prirodno vino ono najbolje[56] i da je voda bolja iz keramičkih vodovodnih cevi[57], nego olovnih, ali nisu imali savremene naučne metode za istraživanje dejstva olova na zdravlje čoveka.

---

farmaka, polla men esvla memigmena, polla de lugra [id est: venena multa quidem egregia, multa item noxia].“

[55] *Dioscorides, Materia Medica* IV, 64 opisuje korisna i kobna dejstva opijuma iz maka (*papaver somniferum)*. Ova supstanca je bila u širokoj upotrebi kao sredstvo za spavanje, protiv bolova i za poboljšanje varenja. Međutim, ako se koristi u većoj koncentraciji i većoj dozi, pacient će pasti u letargiju, može biti omamljen i ukočen, čak do te mere da mu preti smrt. O tome, H. Bloch, Poisons and poisoning, *J. National Med. - Assoc.* 79 (9), str. 761-763. H. J. F. Horstmanshoff, Ancient medicine between hope and fear: Medicament, magic and poison in the Roman Empire, *European Review,* 7(1) 1999, str. 37-51. Nije neverovatno da sedativno dejstvo maka potiče od sposobnosti ove biljke - da akumulira toksične elemente. Naime utvrđeno je da su teški metali u najvećoj meri prisutni čak i u makovom zrnu. O tome videti, R. Kastori, A szennyezett talajok - fitoremediációja – lehetőségek és korlátok, u: A magyar tudomány napja a Délvidéken, VMTT, Újvidék, 2011, str. 17.

[56] *Columella, De re rustica*, XII, 19, 2 (http://www.thelatinlibrary.com/columella/columella.rr12.shtml) konstatuje da je najbolje vino ono koje je prirodno, kojem nije dodat ni konzervans, ni zaslađivač za poboljšanje ukusa. Kolumela istovremeno upozorava kupce na to da ugodan ukus vina ne ukazuje uvek i na njegov prirodni kvalitet.

[57] *Vitruvius, De Architectura,* VIII, 6, 10-11 (Vitruvius Pollio, Marcus; Rose, Valentin, 1829-1916; Müller-Strübing, Hermann, Lipsia, Teubner, http://www.archive.org/details/dearchitecturali00vitruoft), u vreme vladavine Oktavijana Avgusta, ukazuje na to da je štetno dejstvo olova bilo poznato: „Voda koja teče keramičkim vodovodima je mnogo zdravija nego ona u olovnim cevima; zaista ona koja je dostupna putem olovnih cevi štetna je jer je u njoj prisutno belo olovo (*cerussa*, olovni karbonat, PbCO3), koje je

Konstatacija da olovo u malim količinama ne ugrožava čovekovo zdravlje, jer je reč o metalu koji je u širokoj upotrebi realna je za naše, savremeno doba. U članku M. A. Leslera[58] možemo pročitati: „Nema načina da se tako važan metal kao što je olovo odstrani iz životne sredine, ali povećanom pažnjom i kontrolom možemo znatno smanjiti izloženost životinja i ljudi olovu. Industrijsko rukovanje toksičnim otpadcima fabrika koje koriste olovo i olovne proizvode može dati značajne rezultate za sprečavanje ulaska olova u životnu sredinu. Međutim, biće uvek izvora oslobađanja olova u životnu sredinu, jer bilo gde postoje rudnici, otpaci bušotina često sadrže olovo koje može da se izlije putem kiše. Iz zapaljenog kamenog uglja olovo se oslobađa u vazduh; područje oko topionica metala pokazuje zagađenost olovom i do nekoliko milja u pravcu vetra".

Lesler ukazuje na savremenu realnost, na dalju potrebu za olovom, kao i na činjenicu zagađivanja i šire okoline ovim metalom, ako se to ne podvede pod posebnu kontrolu. Međutim, u najvećoj meri su ugroženi i dalje radnici koji dolaze u neposredan kontakt sa teškim metalima. Zasad nisam naišla na istraživanje koje bi se odnosilo na pronalaženje metoda zaštite ovih radnika, bez obzira da li je reč o rudarima, radnicima na obradi metala[59], ili naučnicima koji vrše eksperimente sa metalima.

Problem zagađenja životne sredine olovom danas

Zagađenost životne sredine stanovništva u blizini rudarskih područja dokazuje više istraživanja. Na osnovu istraživanja sprovedenim u Šošone (Ajdaho) koje je obuhvatalo grupu od 919 dece koja žive blizu topionice olova utvrđeno je da 42% dece ima visoki nivo olova u krvi, kao i da

---

štetno za ljudski organizam. Prema tome, voda koja teče preko tih (olovnih cevi) štetna je, nema sumnje da ne služi ljudskom telu. To može biti dokazano posmatranjem radnika koji rade sa olovom, oni su bledi; jer pri livenju, olovne isparine se zadržavaju u različitim delovima tela, i sagorevajući ih svakodnevno, uništavaju snagu krvi; stoga vodovodi ni po koju cenu ne treba da budu od olova ako vodimo računa o zdravlju". *Columella, De re rustica*, I, 5, 2 takođe preporučuje keramičke vodovodne cevi: „Kišnica je bolja za zdravlje tela i smatra se izuzetno dobrom ako se sprovodi keramičim cevima u pokrivenu cisternu". Istog je mišljenja i Celz *(Celsus*, *De Medicina*, II.18.12).

[58] M. A. Lessler, Lead and Lead Poisoning from Antiquity to Modern Times, str. 81.

[59] Prema mom neposrednom saznanju, radnici u livnici Fabrike armature „Istra" u Kuli, pre oko dvadest godina pored beneficiranog staža, kao zaštitu od štetnih isparina metala dobili su samo litru mleka dnevno, misleći, najverovatnije da to pročišćava organizam od olova. U razvijenim zemljama, mnogi procesi neporedne obrade metala su već automatizovani putem kompjuterske obrade, tako da su radnici pošteđeni neposrednih kontakata sa štetnim metalima.

99% dece koja žive u području od 1.6 kilometara od topionice ima toksični nivo olova u krvi[60]. Nedavno je otkriven povišeni nivo olova i kod nas u krvi 51-nog deteta iz sela Zajača, gde postoji deponija pri topionici „Zajača" koja je počela sa radom još 1938. godine.[61]

Po novijim istrtaživanjima i mali nivo olova u krvi dece može da ima štetne efekte na njihovo zdravlje, njihov intelektualni i psihički razvoj[62], kao i na kasniju reproduktivnu sposobnost. Pri saznanju ovih činjenica društvo ne bi trebalo da bude indiferentno, jer to nisu tuđa deca nego i naša, a pored toga možemo da postavimo i pitanje bitno za sve nas: da li znamo odakle potiče voće i povrće koje kupujemo na pijcama, ili preko trgovačkih ogranizacija u prodavnicama[63]?

Kastori ukazuje na opasnost teških metala za čovekovo zdravlje, jer ovi metali sa područja izvora stižu i u okolna područja i akumulirani u biljkama ulaze u lanac ljudske i životinjske ishrane[64]. Olovo spada u veoma otrovne elemente, koje relativno lako ulaze i apsorbuju se u

---

[60] P. J. Landrigan, S. H. Gehlback, B. F. Rosenblum, J. M. Shoults, Epidemic lead absorption near an ore smelter, New Eng. J. Med. 292/1975, str. 123-129.

[61] B 92, 30. 08. 2011; kao i D. Škobalj, Z. Jakovljev, Prostorne degradacije prouzrokovane industrijskom proizvodnjom u republici Srbiji (Spatial degradation caused by industry in republic of Serbia) International conference "Degraded areas & Ecoremediation" Publisher Faculty of Applied Ecology Futura, Belgrade Chief Editor Prof. Gordana Dražić, Beograd, 2010, str. 175. Kao najznačajniji industrijski kompleksi koji imaju uticaja na degradaciju životne sredine u 2005. godini navedeni su: fabrike cementa: BFC (Lafarge, Beočin), Novi Popovac-Holcim (Paraćin) i Titan (Kosjerić); rafinerije u Pančevu i Novom Sadu; hemijska i metalurška industrija: Petrohemija i Azotara (obe u Pančevu), US Steel železara (Smederevo), FOM (Beograd), Agrohem (Novi Sad), Zorka i Azotara (obe u Subotici), FSK (Elemir), RTB (Bor), IHP (Prahovo), HK Zorka Šabac, Viskoza Loznica, Župa Kruševac, Topionica olova Zajača; industrije građevinskih materijala i elemenata: Industrija vatrostalnih materijala i elektrotermičkih proizvoda Magnohrom (Kraljevo), Šamot (Arandjelovac), Fabrika kreča (Jelen Do) i Toza Marković (Kikinda); fabrike papira: Matroz (Sremska Mitrovica) i Božo Tomić (Čačak).

[62] Prema istraživanju Mičigenskog državnog univerziteta, sprovedenog 2007. godine, utvrđeno je da i veoma mali nivo olova u krvi dece može dovesti do problema u njihovom ponašanju i učenju. To je samo još jedan dokaz o tome da nema bezbednog nivoa olova u krvi dece. Ranije studije dokazuju i opadanje inteligencije dece izložene i maloj količini olova. Prema http://newideas.net/adhd/differential-diagnosis/mercury-chemical-toxicity.

[63] Prema S. R. Tuviću, U voću i povrću olovo i arsen, http://www.blic.rs/Vesti/Drustvo/271269/U-vocu-i-povrcu-olovo-i-arsen (14. 08. 2011). Ispitivanja Instituta za zemljište pokazala su da na pojedinim lokacijama oko Lazarevca, Obrenovca, Velike Morave, Kostolca u zemljištu ima više arsena, olova, nikla, hroma od maksimalno dozvoljenih količina, a zna se da su ovi elementi izuzetno toksični i kancerogeni.

[64] R. Kastori, A szennyezett talajok fitoremediációja – lehetőségek és korlátok, u: A magyar tudomány napja a Délvidéken, VMTT, Újvidék, 2011, str. 8.

ljudski i životinjski organizam. On razmatra kao prventveni zadatak, razne načine čišćenja zemljišta od zagađenja[65]. Od svih metoda najprihvatljivim smatra čišćenje zemljišta putem biljaka, putem fitoremedijacije ili takozvane „zelene tehnologije"[66], jer je ova metoda delotvorna, jeftina i što je veoma bitno, ekokoški je prihvatljiva. Fitoremedijacija putem biljaka koje su sposobne da u velikoj meri akumuliraju toksične materije iz zemlje bila je predložena već 1982. godine za čišćenje obradive zemlje. U novije vreme istraživači koji se bave fitoremedijacijom zajedno sa genetičarima nastoje na tome da gene biljaka sposobne za akumuliranje i tolerisanje opasnih materija presade u biljke velike biomase sa dubokim korenom, koje brzo rastu, otporne su, a teške metale akumuliraju u stabljiki, da bi na ovaj način brže očistili zemlju od štetnih materija. Biljke korišćene za dekontaminaciju zemljišta treba da podležu posebnom režimu deponovanja. Zasad, dok se ne primene metode čišćenja obradive zemlje, u cilju zdrave ishrane neophodno je znati u kojoj meri se akumuliraju opasne supstance, sa kontaminiranog zemljišta, posebno teškim metalima u onom delu biljaka koji se koristi za ishranu[67].

Danas imamo i naučnu dokazanost štetnosti olova na životnu sredinu, a posebno za zdravlje čoveka. Poznate su i metode ispitivanja, i eliminisanja štetnih materija iz lanca ishrane. Međutim, ono što nedostaje, jeste, primena ovih metoda u praksi i dosledna, veoma rigorozna kontrola ove primene. Istina, na osnovu Zakona o zaštiti životne sredine[68], Vlada je još januara 2010. godine donela „Odluku o utvrđivanju Nacionalnog programa zaštite životne sredine". Prema ovom programu (7.7.2. Rudarstvo) u kratkoročnim ciljevima određenim za period 2010 – 2014. godine predviđeni su veoma nejasni zadaci[69] u odnosu na dugoročne ciljeve, jer ako bi kratkoročni zadaci bili uspešno izvršeni dugoročni bi se svodili na

---

[65] Tehnološki postupci dekontaminacije zemljišnih parcela mogu da se podele u tri grupe, a to su: fizičke, hemijske i biološke metode.

[66] Fitoremedijacija obuhvata nekoliko tehnilogija: fitoekstrakciju, fitostabili-zaciju, rizofiltraciju, rizodegradaciju, fitodegradaciju i fitovolatizaciju.

[67] R. Kastori, A szennyezett talajok fitoremediációja – lehetőségek és korlátok, str. 13 – 19.

[68] „Službeni glasnik RS", br. 135/04, 36/09, 36/09, 72/09.

[69] Kratkoročni ciljevi 2010 – 2014. godine

– Završenje započete aktivnosti na remedijaciji i rekultivaciji rudnika na kojima se više ne izvode rudarski radovi;

– Sprovođenje tehničkih mera za sprečavanje zagađenja vazduha, vode i zemljišta u okolini rudarskih objekata;

– Uspostavljanje i jačanje monitoringa životne sredine u okolini svih aktivnih rudarskih objekata.

monitoring, kontrolu i ispravku neadekvatnih i nedovoljnih mera, a ne na stvarno pročišćavanje okoline od opasnih materija iz rudnika[70]. Što se zagađenja životne sredine teškim metalima tiče, mi smo uglavnom tek u fazi ispitivanja opasnosti, utvrđivanja stepena zagađenja i planiranja zadataka na remedijaciji i rekultivaciji rudnika. Stoga, dok naučna istraživanja ukazuju na neophodnost dodatnog smanjenja graničnih vrednosti olova imajući u vidu decu i ljude sa niskom genetskom tolerancijom ovog metala, mi se zasad još uvek možemo ponadati samo u to da smo nasledili dobre gene za toleranciju olova i drugih štenih materija sa kojima svakodnevno dolazimo u kontakt.

[70] Kontinuirani ciljevi 2010 – 2019. godine

– Povećati stepen prečišćavanja otpadnih voda koje nastaju u procesu eksploatacije i prerade mineralnih sirovina;

– Obezbediti prečišćavanje rudničkih voda iz aktivnih i napuštenih rudarskih objekata;

– Remedijacija i rekultivacija površina degradiranih izvođenjem rudarskih radova;

– Primena tehničkih mera za sprečavanje zagađenja vazduha u okolini površinskih kopova;

– Smanjiti rizik od zagađenja voda i zemljišta koji nastaje kao posledica rudarskih aktivnosti;

– Rešavanje problema odlaganja jalovine i rešavanje problema privremenih deponija otpadne isplake nastale pri izradi iz naftnih bušotina;

– Rešavanje problema prerade jalovine i njihovo odlaganje na adekvatno pripremljenim i odgovarajućim podlogama, sa uspostavljanjem monitoringa.

Magdolna Sič, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Novi Sad

The Ancient Romans Knew that Lead is a Dangerous Metal but they Tolerated it – is it Happening Even Today?

Abstract

In ancient Rome lead was used frequently. The most exposed to the noxiousness of lead were the miners and the workers that were treating the metal. The Romans noticed the lead caused illness with miners, but they nevertheless thought that small amounts of lead do not jeopardize the life of the rest of the population. Moreover, they used lead even for medical treatments. The ancient Romans were not conscious enough about the level of harmfulness of this metal for everyone's health, even for the wealthiest. New scientific methods proved a high level of environmental lead pollution at the time of the Roman Empire. Today, as the harmfulness of lead is scientifically proved, and is therefore eliminated as an addition to petrol. Moreover, most developed countries strive towards further elimination of lead from the environment. Serbia is only at the beginning of this process. Having in mind that in taking actions for the protection of environment we stay behind many countries, we should not take it only as part of the harmonization process with EU law, but as a common task that is in the interests of all.

Key words: lead; environmental protection; ancient Rome; heavy metal pollution in Serbia

Originalni naučni rad 341.4:141.2

Dr Branislav Ristivojević, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

UTICAJ VREDNOSNIH SADRŽAJA KULTURE NA RAZVOJ I UOBLIČAVANJE MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG PRAVA[1]

***Sažetak**: U radu se raspravlja pitanje odnosa vrednosnih sadržaja kulture na uobličavanje i razvoj međunarodnog krivičnog prava. Odavno je shvaćeno da je odgovor svakog društva na kriminalitet u najtešnjoj vezi sa njegovom vrednosnom podlogom. Koje vrednosti nekog društva će biti zaštićene krivičnim pravom i od kojih napada uslovljeno je vrednosnim stavom ljudi o tome šta je dobro, a šta je loše. Budući da se kulture širom sveta razlikuju i vrednosni stavovi se razlikuju. Upravo iz ovog razloga međunarodni legislator je razvio dugovekovnu tradiciju mukotrpnog usaglašavanja vrednosnih stavova kako bi njegove norme bile prihvatljive za veliki broj država. Ovo vodi velikom broju nedovoljno određenih, amorfnih i fluidnih definicija u međunarodnom pravu i doslednom odbijanju njegovih subjekata da se podvrgnu prinudnim normama ove grane prava. Svaki pokušaj odstupanja od ove tradicije je uzrok nedelotvornosti međunarodnopravne norme, što dokazuje neuspehom prinudnih institucija međunarodnog krivičnog pravosuđa kao što su ad hoc tribunali. Iz ovoga sledi da su domaća, a ne međunarodna suđenja, uvek delotvorniji vid pravosuđa.*

Za glavni činilac koji oblikuje vrednosne stavove neke kulture pisac uzima njenu nadmoćnu versku etiku. Pisac tvrdi da je usled velikih verskih razlika između kultura nemoguće zaokruženo i celovito vrednosno usaglašavanje na međunarodnoj ravni. Danas će se većina pisaca u oblasti međunarodnog krivičnog prava saglasiti da se ustrojstvo ove pravne

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

grane u različitim kulturama sveta opisuje kao "zapadnjačko". Ova tvrdnja se najbolje dokazuje malom, skoro beznačajnom, podrškom koju Međunarodni krivični sud uživa izvan tzv. "zapadne civilizacije". Daljnja posledica vrednosne neusaglašenosti od koje pati međunarodno krivično pravo ogleda se u nepostojanju jedne zaokružene i celovite politike suzbijanja međunarodnog kriminaliteta.

Između dva moguća puta za prevazilaženje opisanog problema, pisac se opredeljuje za usaglašavanje međunarodnog krivičnog prava sa kulturnim razlikama koje ga opterećuju pre nego za usvajanje jednog kulturnog odnosno vrednosnog obrasca. U suprotnom, međunarodno krivično pravo bi njegovi adresati doživljavali i ocenili kao jedan od mehanizama za nametanje vrednosnog poretka politički ili privredno nadmoćne kulture.

***Ključne reči**: Međunarodno krivično pravo, međunarodno krivično pravosuđe, međunarodni krivični sud, kultura, vrednosti, verska etika.*

Uvod

Nema sumnje da je odnos kulture i svakog krivičnog prava, pa tako i međunarodnog krivičnog prava, višeznačan i složen. Uporednopravna istraživanja, koja su nužna u međunarodnom krivičnom pravu, nemoguće je pravilno razumeti ako se ne sagleda kulturno okruženje u kojem nastaju norme pravnih sistema koji se upoređuju.[2] Kulturne razlike su vrlo rano označene kao činilac koji ograničava rešavanje sporova u međunarodnom pravu.[3] Jedan od problema koji je usporavao razvoj međunarodnog humanitarnog prava tokom hladnog rata bio je i nemogućnost jednake primene ove grane prava u različitim kulturama.[4] Čini se da isto važi i danas, kada je u pitanju međunarodno krivično pravo.[5]

---

[2] Ioannis Papadopoulos, ***Introduction on Comparative Legal Cultures: the Civil Law and the Common Law on Evidence and Judgement*** (oral presentation of the book by Antoine Garapon & Ioannis Papadopoulos, ***Juger at Amerique et en France. Culture juridique francaise et common law***, Paris, 2003), Cornel Law Faculty Working Papers, paper 15, http://scholarship.law.cornell.edu/clsops_papers/15, p. 1.

[3] Jessica Almqvist, ***The Impact of Cultural Diversity on International Criminal Proceedings***, Journal of International Criminal Justice, 2006, p. 745.

[4] James Meernik, ***Reaching Inside the State: International Law and Superior Liability***, International Studies Perspectives, 2004, p. 360.

[5] Arapske države imaju snažan otpor prema međunarodnom krivičnom pravosuđu koji je delimično prouzrokovan kulturnim jedinstvom arapskog sveta na verskim osnovama: Adel Maged, ***Arab and Islamic Shari`a Perspectives on the Current Systems of International Criminal Justice***, International Criminal Law Review, 2008, p. 478.

Nauka krivičnog prava je odavno uvidela da način na koji neko društvo odgovara na ponašanja koja su protivna interesima cele zajednice, stoji u neposrednoj vezi sa stepenom kulturnog razvoja na kojoj se to društvo nalazi.[6] Krivično delo je kulturno uslovljen pojam.[7] Pri tome se prvenstveno misli na vrednosnu dimenziju kulture jer ona u najvećoj meri utiče na sadržaj krivičnog prava. Da li može da se zauzme slična pretpostavka i po pitanju međunarodne zajednice? Da li i međunarodna zajednica odgovara na izazove sopstvenom opstanku stvarajući mehanizme koji su uvezi sa njenim kulturnim razvojem?

Da bi se mogao potražiti odgovor na ovo pitanje potrebno je opredeliti se za jednu od nebrojenih mogućih odrednica pojma kulture i jednu od većeg broja mogućih odrednica međunarodnog krivičnog prava.[8] Iako su oba pojma, ne samo neodređeni, već i nisu stalni, ipak je manji problem sa određenjem međunarodnog krivičnog prava. Rad neće izgubiti na vrednosti ako se ovome ne posveti naročita pažnja i on se shvati vrlo široko, kao skup normi međunarodnog prava krivičnopravnog sadržaja. Pojam kulture je veći problem. On je vremenski, i po mnogim drugim osnovama, živa, promenljiva, dinamična veličina, što značajno utiče na mogućnost njegovog određenja.[9] [10]

Iz ovog razloga rad će se prvo odrediti prema pojmu kulture, i to onom koji naglasak stavlja na njene vrednosne sadržaje. Zatim će se posvetiti vrednosnim stavovima u pravu i potrebi njihovog usaglašavanja u međunarodnom pravu. Pokazaće se iz kojih razloga je to neophodno, ali istovremeno će se osvetliti pitanje da li je to moguće. Verska etika, kao jedan od glavnih tvoraca vrednosnih stavova u kulturi, označiće se kao uzrok koji otežava vrednosno usaglašavanje. Na kraju rada ocrtaće se nekoliko mogućnosti za prevazilaženje problema.

---

[6] Toma Živanović, ***Osnovi krivičnog prava: Opšti deo***, Geca Kon, Beograd, 1910, str. 3.

[7] Franja Bačić, ***Krivično pravo-Opći deo***, Informator, Zagreb, 1980, str. 136.

[8] Croeber i Kluckhohn su pronašli čak 164 različite odrednice pojma kultura: Alfred Croeber & Clyde Kluckhohn, ***Culture: A Critical review of Concept and Definitions***, Cambridge, 1952, navedeno prema: Ratko Božović, ***Kultura***, objavljeno u: ***Enciklopedija političke kulture***, Urednik: Vojislav Stanovčić, Savremena administracija, Beograd, 1993, str. 578.

[9] "Kultura je pokretna meta.": Ibid., str. 578.

[10] Usamljena su suprotna mišljenja da kultura jeste relativno ustaljena kategorija. Tako May piše da su suđenja za genocid u Hagu i Aruši vrlo važni „kulturni markeri" koji obeležavaju kada je učinjena teška nepravda: Larry May, ***Crimes Against Humanity: A Normative Account***, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 3.

1. Kultura

Iako se pojam kulture izvodi iz latinskog glagola *colere* što znači obrađivati, kultivisati zemlju, a njegova prva upotreba se pripisuje Ciceronu, čini se da su pojam kulture koristili već grčki filozofi sofisti.[11] U početku se odnosio samo na razvijanje i unapređivanje svoje sopstvene ličnosti odnosno mogao se svesti na erudiciju ili izobrazbu ličnosti. [12] Od tada do danas nastale su mnoge odrednice pojma kulture i njenog sadržaja koje se, u najvećem broju slučajeva, mogu svesti na tri osnovna smisla: a) kultura kao izuzetnost ukusa u lepim umetnostima; b) kultura kao zaokružena i sjedinjena potka ljudskog znanja, verovanja i ponašanja koje zavisi od sposobnosti simboličkog mišljenja i društvenog učenja; v) kultura kao skup zajedničkih stavova, vrednosti, ciljeva ili ponašanja koja odlikuje neku instituciju, organizaciju ili grupu.[13] Iako bi se sva značenja pojma kulture mogla svesti na neku od tri pomenute, ipak treba spomenuti još jedno njeno značenje: kultura u smislu civilizacije.[14] Poseban pomen zaslužuje pojam „pravne kulture" koji se u pravnoj nauci koristi bez da se pruži iole približno određenje tog pojma.[15] U najvećem broju slučajeva pojam „pravne kulture" koristi se na sličan način na koji se shvata pojam kulture u smislu civilizacije. Kod tih shvatanja pojam „pravna kultura" se

---

[11] Ratko Božović, str. 566.

[12] Nabrajajući oblasti Bentamovog obrazovanja i polja njegovog naučnog i svakog drugog interesa Pradel zaključuje da „Njegova kulutra objašnjava kvalitativni i kvantitativni značaj njegovih dela.": Žan Pradel, ***Istorijat krivičnih doktrina***, sa francuskog preveo: prof. dr Obrad Perić, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008, str. 37.

[13] Alfred Croeber & Clyde Kluckhohn, navedeno prema: Ratko Božović, str. 577-578.

[14] „Krvna osveta i kompozicija su od ovog doba postepeno nestale pod uticajem zakonodavstva kulturnih država...": Toma Živanović, op. cit., str. 26; „Ono [krivično pravo] nikad nije iznad društveno-ekonomske strukture i njome uvjetovanog kulturnog razvoja društva.": Franja Bačić, str. 34; „U tom smislu su i zahtjevi za slobodom i jednakošću i uopšte revalorizacijom vrijednosti pojednica kao ličnosti... ...ovakvi principi... ...postaju zajednička misao čitavog ondašnjeg kulturnog sveta.": Ibid., str. 47. Hippel smatra da je pobeda taliona nad krvnom osvetom „veliki kulturni napredak ljudskog društva": R. Hippel, ***Lehrbuch des Strafrechts***, 1932, navedeno prema: Ibid., str. 41.

[15] Fletcher koristi pojam "svaka pravna kultura" kao da je u pitanju oznaka za unutrašnje pravne poretke: Georg P. Fletcher, ***Basic Concepts of Criminal Law***, New York, Oxford, 1998, p. 4; Pradel koristi pojam „švajcarska pravna kultura" koju naziva „legalističkom": Žan Pradel, ***Komparativno krivično pravo, Sankcije***, sa francuskog preveo: prof. dr Obrad Perić, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, str. 104, podnožna napomena 353; Duttwiler koristi pojam "francuska pravna kultura" da opiše uticaj koji je francusko krivično pravo ostavilo na niz drugih krivičnih prava. Uglavnom su u pitanju bivše francuske kolonije: Michael Duttwiler, ***Liability for Ommission in International Criminal Law***, International Criminal Law Review, 2006, p. 54.

poistovećuje sa pojedinim porodicama pravnih sistema ili, čak, sa pojedinim pravima unutar njih. [16] [17]

Cilj ovog rada nikako nije određivanje pojma kulture, niti njegovom sistematizacijom iz više razloga, što objektivnih, što subjektivnih, već samo oslikavanje onoga što pojam kulture svakako mora da zahvati. Vrednosni stavovi nesumnjivo predstavljaju sadržaj pojma kulture. Stoga se može sagledati međudelovanje vrednosnih stavova pojedinih kultura i međunarodnog krivičnog prava i njegove jurisprudencije.[18] To znači da će se u ovom radu koristiti poimanje kulture koje je u najvećoj meri blisko onom koje kulturu vidi kao civilizaciju.

2. Vrednosni stavovi u pravu odnosno krivičnom pravu

U uvodu rada je navedena teza da je nauka krivičnog prava odavno uvidela da način na koji neko društvo odgovara na ponašanja koja su protivna interesima cele zajednice, mora da stoji u neposrednoj vezi sa stepenom kulturnog razvoja na kojoj se to društvo nalazi.[19] [20] Pri tome se prvenstveno misli na vrednosnu dimenziju kulture jer ona u najvećoj meri utiče na sadržaj svakog, pa tako i krivičnog prava.[21] Vrednosni-idejni si-

---

[16] Tako na primer Garapon i Papadopoulos: Ioannis Papadopoulos, p. 1-7.

[17] "Dok se zapadno-evropski pravni sistemi suočavaju sa problemom kako da učine svoje pravne kulture otvorenijim i tako doprinesu stvaranju još veće Evropske unije, postkomunistička pravna metodologija je bliža evropskoj pravnoj kulturi XIX veka": Zdenek Kuhn, ***Worlds Apart, Western and Central European Judicial Culture at the Onset of European Enlargement***, American Journal of Comparative Law, 2004, p. 532; Krivični postupak u međunarodnom krivičnom pravu je nastao iz sukoba ili sudara ili nadmetanja dve vrste krivičnog postupka-inkvizotornog i akuzatornog. Nadmetanje ova dva postupka je bilo i nadmetanje između dve pravne kulture. Svaka od ovih kultura krivičnog postupka predstavlja osnovne ideju krivičnog gonjenja i suđenja: Maximo Langer, ***The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law***, American Journal of Comparative Law, 2005, p. 848-849; Prema Davidu najznačajnija odlika neke pravne kulture jesu „stilovi argumentacije u jurisprudenciji": Rene David, Introduction, II ***International Encyclopedia of Comparative Law***, 1972, navedeno prema: Erhard Blankenburg, ***Patterns of Legal Culture: The Netherlands Comparing to Neighboring Germany***, American Journal of Comaparative Law, 1998, p. 40.

[18] Kao jedan od retkih primer iz jurisprudencije može se navesti jedno poglavlje presude Ruandskog tribunala u slučaju Akajesu koje nosi naziv „Kulturni faktori koji utiču na izjave svedoka kao dokazno sredstvo": ICTR, Chamber I, ***Judgement***, The Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu, para. 155-156.

[19] Toma Živanović, str. 3.

[20] Mogući su, ali su izuzetno retki slučajevi kada se desi da prenaglašavanje pojedinih pristupa pravu, recimo jezičkog pristupa, bilo prilikom stvaranja prava bilo prilikom njegove primene, dovedu do dejstva upravo suprotnog onome gde vrednosti oblikuju pravo. U tim retkim slučajevima dolazi do zanemarivanja vrednosnih izvora prava: Nikola Visković, ***Jezik prava***, Naprijed, Zagreb, 1989, str. 25.

[21] "…jezik prava… …je nabijen vrednosnim stavovima…": Svetislav Taboroši, ***Jezik u pravu***, objavljeno u: ***Pravo i jezik*** (priredio Miodrag Mićović), Zbornik referata sa

stem, ali i sistem opštih pravnih normi nekog društva, može se odrediti kao skup istorijski stvorenih, ustaljenih i u svesti ljudi pohranjenih znakova i pravila upotrebe tih znakova koji su u određenoj meri prisilni u toku pravnog opštenja.[22] Koje vrednosti u pomenutom sistemu će biti zaštićene krivičnim pravom i od kojih napada uslovljeno je poimanjem ljudi o tome šta je dobro, a šta je loše. Koji oblici učestvovanja u krivičnom delu će biti zahvaćeni krivičnopravnim uplivom i koje faze u ostvarenju krivičnog dela takođe zavise od vrednosnog shvatanja društva o granicama slobode pojedinca. Društvo koje više vrednuje slobodu pojedinca će ove granice postaviti usko, a društva koje je ne cene, široko.[23] Ukoliko zakonodavac postavi krivično pravo mimo ovih vrednosnih doživljaja društva ima sve šanse da naiđe na odbacivanje i otpor. Sledstveno, takvo stanje loše će se odraziti na najvažniju svrhu krivičnog prava, generalnu prevenciju. Nema generalnopreventinog dejstva onog krivičnog prava koje se ne susreće sa vrednosnim sistemom građana. U takvom društvu će se brzo uvećati broj krivičnih dela, sa daljim štetnim posledicama po delotvornost krivičnog prava. Do kakvih razlika u pravu može da dovede različit vrednosni okvir u kome se ono stvara?

Na zakonodavnom polju može da dovede do potpuno različitih oblika pravnih normi. Tako su u anglosaksonskoj porodici pravnih sistema definicije u zakonima konkretnije i više tehničke, a u jezicima evropske-kontinentalne pravne tradicije (nemački, francuski itd.) više apstraktnije i sistemske.[24] Načelno rečeno, anglosaksonsku porodicu pravnih sistema odlikuje jedna vrsta „proceduralnog" pristupa krivičnom pravu koji je uslovljen kulturom njihovog društva.[25] U isto vreme on je daleko manje ograničen doktrinarnim i dogmatskim razmatranjima od romansko-civilističkog i germanskog pravnog sveta.[26] Iako postoji opasnost da se ovaj stav nazove

---

naučnog skupa održanog u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Pravni fakultet u Kragujevcu, 2006, str. 30, podnožna napomena 9.

[22] Nikola Visković, str. 22.

[23] "Naime, pravo je sistem i svi njegovi osnovni pojmovi su samo komponente koje se usklađuju u celini pravnog sistema, a ovaj, opet, u okvire dominantnog vrednosnog sistema društva.": Svetislav Taboroši, str. 31.

[24] Nikola Visković, str. 34-35.

[25] Markus Dirk Dubber, ***Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law***, American Journal of Comparative Law, Vol. 53, 2005, p. 681.

[26] M. Cherif Bassiouni, ***Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework***, objavljeno u: M. Cherif Bassiouni, ***International Criminal Law***, Ardsley, New York, Transnationals Publishers, 1999, p. 17; „Profesor John Willis… …kojega sam došao pitati da mi objasni pojam sile u common law pa me ismijao. „Mi se na bavimo pojmovima, to radite vi evropljani, mi se bavimo činjenicama!." Bojim se da će pravnici... ...ovog dela Evrope imati velike poteškoće u nastojanju da u Haškom tribunalu, koji je velikim dijelom uređen angloameričkim common law-om, putem konceptual-

uopštavanjem bez mnogo utemeljenja, jako grubo bi se moglo reći da je anglosaksonski pristup svim društvenim činjenicama, pa tako i pravu, više empirijski, a na kontinentu više teorijski.[27] Tako, na primer, instituti krivičnog prava koje bi prosečno pravo kontinentalne porodice pravnih sistema delilo na osnove koji isključuju protivpravnost ili krivicu, na prave ili stvarne smetnje vođenju krivičnog postupka i slično, u krivičnom pravu svojstvenom anglosaksonskim državama se svi nazivaju jednim imenom – odbrane (defences). Ovo dolazi otuda što su vrednosti kojima se vode anglosaksonski pravnici praktične, i teže rešavanju sporova, a to znači postupku.[28] Anglosaksonci se, načelno rečeno, ne bave logičkom uređenošću i doslednošću sistema prava kao kontinentalci.[29] Dakle, ako će neki institut krivičnog prava pomoći optuženom da se „odbrani" na sudu, anglosaksonci će ga nazvati „odbrana", bez obzira da li taj institut isključuje krivicu ili protivpravnost, ili ne isključuje ništa, već samo vodi prekidu postupka.[30] Anglosaksonce, kao posledica nadmoćnog vrednosnog sistema njihove kulture, načelno, ne zanima kako neki od pomenutih instituta deluje u celini prava, već kakvo mu je dejstvo u postupku.

Takođe, različit vrednosni okvir može da dovede do različitih shvatanja i poimanja, čak i najznačajnijih krivičnopravnih instituta. Tako je pitanje određenja uračunljivosti, koje je, budući da je uračunljivost jedan od elemenata krivice ključno za određenje ovog pojma, vrednosno uslovljeno. Pojam duševne bolesti nije isti za Aboridžine središnje Australije i Evropljane.[31]

---

ne analize postignu pravnu sigurnost za svoje klijente.": Ivan Pađen, ***Rasprava***, objavljeno u: ***Zapovjedna odgovornost***, Hrvatski helsinški odbor, Zagreb, 2003, str. 187-188; Evropska krivičnopravna literatura se daleko više bavi krivičnopravnom teorijom nego njen američki parnjak: Jens David Ohlin, ***Group Think: The Law of Conspiracy and Collective Reason*****,** The Journal of Criminal Law & Criminology, Vol. 98, 2008, p. 160, footnote 44.

[27] Karbonije pišući o trojici preteča sociologije u Engleskoj, Bentamu, Mejnu i Spenseru, ističe da je njihov pristup pravu više empirijski nego teorijski, i zapaža da je to posledica njihovog engleskog porekla: Žan Karbonije, ***Pravna sociologija***, IKZS, Sremski Karlovci, 1992, str. 76.

[28] „...pravnim sistemima common law porodice... ...vidljive su zajedničke karakteristike… ...nastao kao aktivnost sudaca na rješavanju pojedinih konkretnih sporova, common law nije težio uspostaviti sustav normi načelnog karaktera za rješavanje odnosa pro futuro.".: Ivo Josipović, ***Uhićenje i pritvor***, Targa, Zagreb, 1998, str. 6-7.

[29] Prva rečenica kapitalnog Holmes-ovog dela je: „Život prava nije bila logika, život prava bilo je iskustvo.": Oliver Wendell Holmes, ***Common Law***, 1881, Little, Brown and company, Boston, http://www.law.harvard.edu/library/collections/special/online-collections/common_law/Lecture01.php

[30] Potpuno o ovim razlikama i njihovim posledica u međunarodnom krivičnom pravu kod: Branislav Ristivojević, ***Razvoj međunarodnog krivičnog prava***, Pravni život, broj 9, 2008.

[31] Vladeta Jerotić, ***Ličnost – njen razvoj i posledice***, JRKK, broj 3, 1974, str. 442-443, navedeno prema: Dragiša Drakić, ***Neuračunljivost***, Školska, Novi Sad, 2007, str. 12.

Na polju primene prava različit vrednosni okvir može da dovede do potpuno drugačijeg oblika postupka i drugačijeg položaja i uloge njegovih subjekata. Položaj sudije u krivičnom postupku različit je u različitim kulturama. Kao najvažnija razlika između sudija u anglosaksonskoj i kontinentalnoj pravnoj kulturi jeste mogućnost anglosaksonskog sudije da stvara pravo.[32] Sudija na kontinentu je „matematičar" koji piše „silogistička rezonovanja" pravilima logike, za razliku od sudije u anglosaksonskoj porodici pravnih sistema koji je "narator prava" putem pisanja „obrazloženja".[33] Sudija u anglosaksonskoj pravnoj kulturi ima pravo da piše izdvojena mišljenja, koja na kontinentu ne postoje, a koja poreklo nalaze u angloameričkoj političkoj kulturi odnosno njihovom političkom liberalizmu koji trpi suprotstavljanje državnoj vlasti.[34] Ustanova unakrsnog ispitivanja svedoka, toliko svojstvena krivičnom postupku anglosaksonske porodice pravnih sistema, u drugim pravnim kulturama nailazi na potpuno nerazumevanje i dosledan otpor i odbacivanje.[35] Sam osnov načina ispitivanja svedoka jeste uređen pravom, pa je samim tim podložan već opisanim razlikama u pravnim kulturama. Međutim njegove granice i obim odredиće sudija uz pomoć svog shvatanja za dozvoljeno ili zabranjeno, a ono je svakako uslovljen društvenim normama koje nisu uređene pravom, što znači da je i ova dimenzija ispitivanja svedoka podložna nepravnim kulturnim razlikama. Osim ovih postoje mnogo drugih razlika u različitim pravnim kulturama.[36]

---

[32] Različite porodice pravnih sistema sudijama daju ima različiti položaj u postupku. U anglosaksonskoj sudija je tvorac prava, u evropskoj-kontinentalnoj nije. To se „u Evropi iz bojazni za društvene i individualne interese nikad neće dozvoliti": Tihomir Vasiljević***, Uslovna osuda***, Hrvatska tiskara, Mostar, 1935, str. 78; Nikola Visković, str. 160.

[33] Ioannis Papadopoulos, p. 4

[34] Ibid., p. 5.

[35] Svedoci u Ruandskom tribunalu su unakrsno ispitivanje doživljavali na takav način da su se osećali kao lažovi, prevaranti, duševno poremećeni, budale i, čak, optuženi: Jessica Almqvist, p. 757.

[36] Svodeći ključne razlike između dve velike porodice pravnih sistema Garapon i Papadopoulos nalaze da evropsku kontinentalnu pravnu kulturu odlikuje pravo koje dolazi od gore, centralizovanost, vertikalnost, isključivi karakter istine, jedinstvo, nepoverenje prema licima u postupku, pasivnost strana u postupku, naglasak na materijalnom pravu, postojeće pravo, pravne naredbe, neograničena vlast, pravne institucije. S druge strane anglosaksonsku pravnu kulturu odlikuje pravo koje dolazi od dole, decentralizovanost, horizontalnost, nadmetanje između naracija istine, podele, poverenje prema licima u postupku, nadmetanje između strana u postupku, naglasak na pravu postupka, postojeći društveni odnosi, društvene naredbe, ograničena vlast, samostalnost društva u odnosu na pravo: Ioannis Papadopoulos, p. 5.

Različite kulture prate i različite društvene norme o vladanju čoveka u bezmalo svakom vidu javnog i društvenog života, pa tako i onog dela života koji se odnosi na ponašanje čoveka u pravu.[37] Nesporno je da je veliki deo ovog ponašanja uređen pravom u vidu pravila postupka, međutim jedan vrlo važan deo nije. On je uređen vanpravnim društvenim normama. Kao najbolji primer za ovu tvrdnju jeste tumačenje prava. Ono jeste uređeno pravilima, ali ta pravila nisu pravna pravila.[38] I pravni i vanpravni vid uređenja ponašanja čoveka u postupku je osetljiv na vrednosne promene.[39] Iako će, s obzirom na ulogu u postupku, sudija i njegova ocena tih vanpravnih društvenih normi biti najvažnija, ne treba zanemariti ni ocenu drugih učesnika u postupku kao što su optuženi, svedoci, žrtve ili obični građani. Naročito je važno stanovište žrtava i običnih građana.[40] Ovo stoga što oni jesu adresati pravde koju sud treba da zadovolji. Kako će sud zadovoljiti pravdu ako ne radi u skladu sa očekivanjima njenih adresata koji će svoje stavove o pravednom oblikovati u skladu sa društvenim normama kulture kojoj pripadaju?[41] Ova pojava je naročito izražena u polju krivičnog prava. Dobro je poznato da je krivično pravo nedelotvorno u odnosu na ponašanja koja nisu istovremeno i predmet moralne osude. Samo one norme krivičnog prava koje unapred računaju s podrškom široko prihvaćenih i istovrsnih moralnih normi imaju šanse za

[37] Jessica Almqvist, p. 749-750.

[38] Više o tome: Branislav Ristivojević, ***Tumačenje u srpskoj nauci krivičnog prava***, Novi Sad, 2010, str. 18-19.

[39] "…vrednosni elementi su prisutni kao kriterijumi za ocenu da li je neko ponašanje u skladu sa propisom ili nije.": Svetislav Taboroši, str. 30, podnožna napomena 9.

[40] Vasiljević piše da je sistem uslovne osude za zaštitinim nadzorom "…u angloameričkom zakonodavstvu… …dao dobre rezultate zbog naročitog menataliteta naroda.": Tihomir Vasiljević**,** str. 81.

[41] Američka vojna komisija koja je 7. decembra 1945. godine donela, sada već čuvenu odluku, da japanskog generala Jamašitu osudi na smrt vešanjem sastojala se od 5 generala, a ne pravnika. U odluci, između ostaloga stoji: „Uzeto u svojoj punoj vrednosti svedočenje ukazuje da japanski stariji zapovednici deluju u vakumu, skoro u drugom svetu, u pogledu njihovih jedinica poredeći sa obrascima koje američki generali prihvataju bez pogovora.", navedeno prema: Weston D. Burnett, ***Contemporary International Legal Issues-Command Responsibility And a Case Study of The Criminal Responsibility of Israeli Military Commanders For The Pogrom at Shatila and Sabra***, Military Law Review, 1985, p. 94. Ovaj nalaz američke vojne komisije jasno govori da o različitim obrascima ponašanja koje različite kulture, američka i japanska, svojim društvenim normama nameću starešinama u svojim vojskama. Vrlo je važno napomenuti da je američka vojna komisija bila sastavljena od generala, a ne pravnika po obrazovanju, što jasno govori da nisu ni mogli da primenjuju pravne norme, taman i da je to bila njihova namera, Prvo zato što nemaju obrazovanje potrebno za tako nešto, a drugo zato što se postupak u kojem su odlučivali nije mogao nazvati pravnim postupkom. Ono što su mogli da primene jesu društvene norme kulture u kojoj žive i rade o čemu jasno svedoči navedeni tekst.

uspeh.[42] Ukoliko neko društvo odnosno zajednica deli moralne i običajne stavove o pravdi onda će prirodno biti daleko jednostavnije za njene pripadnike da razumeju i prihvate domaće krivično pravo i domaće krivično pravosuđe kao način za rešavanje sporova između ljudi.[43] To određenom krivičnom pravu i pravosuđu obezbeđuje legitimitet u svesti svih onih o čijim interesima se u njemu odlučuje.[44] Istovremeno mu obezbeđuje i snagu. Ljudi se smatraju obavezni pravom i poštuju ga ukoliko je ono blisko njihovom osećaju za legitimno i pravedno.[45] [46] Norme iza kojih ne stoji etička saglasnost će po prirodi stvari naići na otpor jednog dela adresata.[47]

Možda najvažniji deo ponašanja subjekata u pravnim postupcima koji nije uređen pravnim normama i koji ostavlja prostor za prodor vrednosnih stavova kao činioca od kojeg će zavisiti primena prava jeste tumačenje. Skoro da nema pravne norme koja ne zahteva tumačenje kao sastavni deo primene prava. Ključni metod tumačenja, ciljni odnosno teleološki metod, svakako jeste podložan shvatanjima ili stavovima tumača koji se mogu podvesti pod pojam vrednosnih stavova u svakom smislu te reči.[48] Ovo stoga što je ličnost čoveka, u ovom slučaju tumača

---

[42] Potpuno o osnosu morala i krivičnog prava kod: Zoran Stojanović, ***Krivično pravo – Opšti deo***, Pravna knjiga, Beograd, 2009, str 11-13.

[43] Vasiljević pišući o razlikama anglosaksonskog i evropsko-kontinentalnog sistema uslovne osude primećuje: „Engleski sistem odlaganja presude ne slaže se s pravnom svešću naroda u Evropi. Evropska publika više voli da da vidi kakvu takvu kaznu makar i uslovnu, nego odlaganje izricanja presude u opšte... ...ona hoće bar da se prečiste računi ostavljajući da se posle sporazume oko načina plaćanja ": Tihomir Vasiljević**,** str. 78.

[44] Jessica Almqvist, p. 760.

[45] „Da bi moglo da ostvari svoje delovanje, krivično pravo mora vjerno odraziti svoje vrijeme, osnovne zahtjeve svoga vremena, tradiciju i kulturu svoje sredine. Ono ne smije biti strano stavovima i zahtjevima suvremenog čovjeka, jer će inače biti zatvoren svaki put do njega i svaki utjecaj na njegova ponašanja": Franja Bačić, str. 9.

[46] Tako: Joel Feinberg, ***The Moral Limits of the Criminal Law***. Vol. I: ***Harm to Others***, Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 6, navedeno prema: Larry May, p. 65. Feinberg legitimitet vidi isključivo u „moralnom legitimitetu" bez da pronaće izvore tih moralnih normi.

[47] Nikola Visković, str. 97.

[48] Visković pišući o tumač kako može, prema svojim interesima ili sposobnostima da iskoristi neka značenja dobijena pravilima ciljnog tumačenja koja nije koristio tvorac norme kaže: „Ova treća teškoća javlja se nadasve pri upotrebi vrijednosno-idejnih kodova koji su stjecište suprotstavljenih skupnih interesa i ideologija (kolektivnih vrijednosnih svijesti, religijskih uverenja, političkih programa, ekonomskih doktrina itd.), nose najnejasnija značenja i najmanje su homogenizirani, tj. pluralistički su i međusobno konfliktni. Na taj način se enkodiranje i dekodiranje poruke mogu ne podudarati, pa između pošiljaoca i primaoca može doći do neslaganja, ne samo u pogledu „pravog" ili najadekvatnijeg značenja poruke, nego i u pogledu nizova njenih mogućih značenja. To pak znači da primalac poruke, a i opće pravne norme, redovito, barem jednim manjim delom, sam kon-

pravne norme, oblikovana određenim kulturnim uticajima koji ne mogu a da ne ostave trag na pravom značenju norme kao ishodu postupka tumačenja.[49]

2.1. (Ne)usaglašavanje vrednosnih stavova u međunarodnom pravu

Da bi norme međunarodnog prava bile prihvatljive za veliki broj njegovih subjekata one nastaju usaglašavanjem stavova istih. Ti stavovi su u prvom redu uslovljeni interesima pomenutih subjekata, ali su jednako sigurno, u određenoj meri, uslovljeni odlikama preovlađujuće kulture subjekta. Iz ovog razloga norme međunarodnog prava nužno moraju da budu visoko neodređene i široko postavljene, a prilikom izrade prevoda na druge jezike moraju da se upotrebljavaju što opštiji pojmovi.[50] Samo tako je moguće da većina subjekata prava odlučivanja koji vode poreklom iz različitih kultura prepoznaju svoje interese u normi međunarodnog prava. Ovo stanje podrazumeva da norma međunarodnog prava, u načelu, ne može da bude prinudna. Svesni ovog problema (a i usled nekih drugih razloga), nosioci odluka u međunarodnom pravu nikada u njegovoj istoriji nisu ni pokušali da ustanove bilo koju instituciju međunarodnog pravosuđa sa obaveznom nadležnošću. Drugim rečima niko nikada nije pokušao da nametne neki međunarodni sud subjektima čije će razmirice da rešava, do osnivanja ad hoc Tribunala 90-tih godina prošlog veka. Samo one sudove koji su prošli opisani postupak u nastajanju i osnivanju adresati pravde su ocenjivali kao prihvatljive sa stanovišta legitimnosti. Sasvim je jasno da unutar jednog društva ili zajednice (države) nema potrebe za ovakvim mukotrpnim usaglašavanjem interesa obzirom da postoji preovlađujuća kultura.[51] Upravo iz ovog razloga domaće odnosno naci-

---

struira značenja poruke - a ne samo „prepoznaje" značenja koja je poruci dao pošiljalac": Nikola Visković, ***Tumačenje u pravu***, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1007. Sasvim je jasno da su „...vrijednosno-idejnih kodova koji su stjecište suprotstavljenih skupnih interesa i ideologija (kolektivnih vrijednosnih svijesti, religijskih uverenja, političkih programa, ekonomskih doktrina itd.)..." u suštini elementi jedne određene kulture.

[49] „Svaki pojedinac može da pristupi predmetu istraživanja jedino u svome svojstvu proizvoda beskonačnog niza kulturnih uticaja.": Georg Jelinek, ***Borba starog s novim pravom***, sa nemačkog preveo: Novica Kraljević, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 1998, str. 100.

[50] Kordićeva smatra da je to neophodno kako bi se akt mogao primeniti u više različitih država: Ljubica Kordić, ***Problemi razumijevanja i prevođenja pravnog teksta***, objavljeno u: "***Istraživanja, izazovi i promjene u teoriji i praksi prevođenja***", uredili: Vladimir Karabalić, Vesna Omazić, Sveučilište u Osijeku, Filozofski fakultet, Osijek, 2008, str. 292.

[51] „Od stupnja civilizacije zajednice, njezine kulture i naročitih prilika zavisi, koja će... ... pravila izabrati i pretvoriti u [krivične] zakone": Stanko Frank, ***Teorija kaznenog prava***, Školska knjiga, Zagreb, 1955, str. 45.

onalno, a ne međunarodno pravosuđe, uvek je pogodnije za sva suđenja, pa tako i ona za međunarodna krivična dela. O ovome najbolje svedoči činjenica da prinudne institucije međunarodnog pravosuđa prestaju da postoje,[52] a Međunarodni krivični sud, koji deluje u okruženju načela komplementarnosti sa domaćim pravosuđima, sve jasnije zauzima svoje mesto u međunarodnom pravu.

2.2. Da li je moguće vrednosno usaglašavanje na međunarodnoj ravni?

Različite kulture odlikuju različita poimanja vrednosti, bilo one filozofske, etičke, moralne, religijske, što prirodno vodi razlikama u pravnim kulturama, i na kraju razlikama u pravnim normama.[53] Nesporno je da je osnovni zadatak i svrha krivičnog prava zaštita određenih vrednosti odnosno dobara u jednom društvu. Ako se shvatanje pojma vrednosti razlikuje od kulture do kulture, prirodno je da će se krivičnopravne norme koje treba da budu nadgradnja tog sistema razlikovati.[54] Najbolji primer za ovu tvrdnju je Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima koji nikad nije imao onaj stepen delotvornosti koji imaju regionalni paktovi iz oblasti ljudskih prava usled velike civilizacijske i samim tim kulturne razlike država potpisnica.[55] U krajnjoj liniji i dan danas se vode rasprave između različitih delova sveta o tome koliko su, u stvari, ljudska prava univerzalna, odnosno opšta vrednost.[56]

---

[52] „Vreme tribunala je prošlo": Kai Ambos, ***The International Criminal Law at The Crossroads: From Ad Hoc Imposition to a Treaty-Based Universal System***, in: C. Stahn & L. van den Herik, ***Future Presprectives on International Criminal Justice***, T. M. C. Asser Press, The Hague, 2010, p. 161.

[53] „Dostojnost nekog dobra da bude zaštićeno [krivičnim pravom] određuje kultura nekog konkretnog društva (na primer poštovanje slobode i ugleda građanina na Istoku i na Zapadu)": Stanko Frank, str. 73.

[54] Klefner primećuje da različite kulture vode ka različitim krivičnopravnim normama koje određuju kaznene raspone kod istih međunarodnih krivičnih dela. Ovo stanje ilustruje razlikom kod kaznenih raspona u finskom i kongoanskom krivičnom pravu: Jann K. Klefner, ***The Impact of Complementarity on National Implementations of Substantive International Criminal Law***, Journal of International Criminal Justice, 2003, p. 98.

[55] „...koncepti ljudskih prava u Aziji i Africi... ...se temelje na drugim filozofskim načelima no što je to slučaj s evro-američkim konceptom... ...kineska, hindu i muslimanska civilizacija imaju ugrađene kolektivističke elemente s elementima religioznog uticaja koji sustav ljudskih prava definiraju na drugačiji način.": Ivo Josipović, str. 11.

[56] Machteld Boot, ***Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Mater Jurisdiction of the International Criminal Court: Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes***, Intersentia Mortsel, 2002, p. 644.

Savremena nauka krivičnog prava je shvatila da pozitivna generalna prevencija jeste ključna svrha kažnjavanja. To znači da je krivično pravo najdelotvornije ukoliko neko društvo uspe da raširi svest o sistemu vrednosti na kojem je to pravo utemeljeno.[57] Što je neko društvo veće i u sebi obuhvata više pojedinaca ili zajednica pojedinaca, to je veća šansa da je ono u kulturnom smislu raznorodno. Samim tim je teže stvoriti pravnu celinu u kojoj će se ogledati vrednosti i interesi najvećeg broja pripadnika tog društva. Kada se pređe na međunarodnu ravan stanje postaje složeno u najvećoj mogućoj meri. Nesporno je da jedno opšte, svetsko društvo sa istorodnom kulturom ne postoji. Međunarodna zajednica se sastoji od različitih civilizacija i kultura. Stoga je vrlo teško stvoriti zaokruženu vrednosnu celinu koja će imati isto značenje kod najvećeg broja pripadnika različitih kultura koji čine međunarodnu zajednicu, pa samim tim i zaslužiti isti stepen uvažavanja i poštovanja, što je preduslov za jedno delotvorno međunarodno krivično pravo.[58] Kao opis ovih tvrdnji mogu se uzeti odnos različitih krivičnopravnih poredaka prema smrtnoj kazni, ubistvu, nasilnom prekidu trudnoće, nasilju u porodici, slobodi govora ili zakonodavnoj kaznenoj politici.

Naravno da ne treba otići u drugu krajnost sa tvrdnjom da ne postoji neki najmanji zajednički vrednosni imenitelj u međunarodnoj zajednici[59] i na tom imenitelju izgrađeni krivičnopravni pojmovi.[60] Skoro je sigurno da nema društva na planeti koje ne uvažava život, telo ili neke druge ne-

---

[57] Meron drži da je "stvaranje kulture vrednosti nezamenljivo" za suzbijanje međunarodnih krivičnih dela: Theodor Meron, ***The Humanization of Humanitarian Law*****,** The American Journal of International Law, 2000, p. 278.

[58] Tako Pradel komentarišući stavove Vrhovnog suda SAD u pogledu smrtne kazne kaže da „...treba uzeti u obzir američki kulturni kontekst koji Evropljani nedovoljno razumeju.": Žan Pradel, II, str. 20, podnožna napomena 33.

[59] Pišući o univerzalnom principu važenja krivičnog zakonodavstva Živanović stoji na stavu da „...bi se princip trebao da primeni na krivična dela upravljena protiv dobara *zajedničkih svima kulturnim državama*.": Toma Živanović, str. 131. Živanović smatra da vrednosti u pitanju jesu sigurnost novčanog saobraćaja, sigurnost svetskih saobraćajnih puteva, sigurnost međunarodnog trgovačkog saobraćaja, odbrana od međunarodnih neprijatelja (hostis generi humani), kao što su anarhisti, trgovci belim robljem, morski gusari itd; Alvarez smatra da su i nacisti, imali iste „kulturne vrednosti" kao i njihovo „evropsko kulturno" okruženje. Najbolji dokaz za to je tzv. „tehnika neutralizcije" odnosno psihološki postupak kojim su nacisti pokušali sami sebi da objasne kako se takva zlodela uklapaju rečeno vrednosno okruženje. Da su nacisti promenili svoje vrednosno ustrojstvo ne bi morali da razvijaju „tehniku neutralizacije": Alex Alvarez***, Adjusting to Genocide***, Social Science History, Vol. 21, 1997, p. 143.

[60] Fletcher drži da postoji 12 zajedničkih tačaka kako je on zove "univerzalne gramatike krivičnog prava" koja je u stvari "duboka, sveopšta struktura krivičnog prava": Georg P. Fletcher, p. 4-5.

sumnjive vrednosti.[61] Nema kulture u ljudskom društvu koja ne zahteva da se kriva osoba kazni. Kazna je vrlo važan činilac koji blagotvorno utiče na društveno povezivanje.[62] Slično je i sa idejom da težina kazne treba da prati težinu krivičnog dela.[63] Te činjenice, međutim, nisu dovoljne da budu osnov jednom krivičnopravnom poretku. U kojoj meri odnosno obimu se štiti život, u kojim slučajevima, pod kojim okolnostima, na koji način, pa, čak, i samo poimanje života i smrti, jesu samo neka od pitanja koja sigurno imaju različite odgovore u različitim kulturama pa sledstveno tome imaju različitu krivičnopravnu nadgradnju.[64] O ovome svedoče velike razlike u kaznama za ista krivična dela u različitim krivičnim pravima.[65] U pravilu se razlike povećavaju sa smanjenjem stepena opštosti nekog pojma.[66]

2.3. Verska etika kao ključni činilac koji onemogućava usaglašavanje vrednosnih stavova

Verovatno najznačajniji činilac koji utiče na uobličavanje kulturne istovetnosti nekog društva jeste nadmoćno versko opredeljenje njegovih pripadnika.[67] Stavovi nekog društva o najvažnijim i najvećim vrednosti-

---

[61] May ovaj minimum naziva „moralni minimalizam": Larry May, p. 25. On, međutim, greši kada ga nalazi u „osnovnom minimumu ljudskih prava" koji država mora da štiti da bi pojedinac bio obavezan da poštuje pravni poredak; Maged tvrdi da su "vrednosti i načela" Šerijatskog prava u skladu sa postojećim normama međunarodnog krivičnog prava: Adel Maged, p. 479-480. Zanimljivo je da pisac istog tekstu na strani 478. kao neophodno predznanje za objašnjenje uzdržanosti arapskih država prema prihvatanju Rimskog statuta ističe poznavanje Šerijatskog prava. Ako su njegove "vrednosti i načela" usklađene sa međunarodnim krivičnim pravom zašto onda nema više arapskih država članica ovog Suda?

[62] Emil Dirkem, ***O podeli društvenog rada***, 1893, navedeno prema: Žan Karbonije, str. 89.

[63] Naučna istraživanja u neurologiji pokazuju da je ljudska priroda takva da, čak, nalazi zadovoljstvo u kažnjavanju vinovnika: Mirko Bagaric & John Morss, ***International Sentencing Law: In Search of Justification and Coherent Framework***, International Criminal Law Review, 2006, p. 243, 250.

[64] Taboroši ističe da i najveće vrednosti kao što su život ili sloboda mogu u različitim kulturama biti podvrgnute ograničenjima drugih jačih individualnih ili kolektivnih prava: Svetislav Taboroši, str. 31-32.

[65] Aćimović, pišući kako je univerzalni princip važenja krivičnog zakonodavstva neprimenljiv, kaže da je to iz razloga što „...zbog razlike zakonodavstava pojedinih država (kao posledica razlike njihovih civilizacija) krivična dela nisu svuda ista i kažnjiva po zakonima svih država;...": Miodrag Aćimović, ***Krivično pravo-Opšti deo***, Pravni fakultet, Subotica, 1937, str. 35; Slično kod: Mirko Bagaric & John Morss, op. cit., p. 251

[66] Svetislav Taboroši, str. 32.

[67] Nikolaj Danilevski, ***Rusija i Evropa***, Beograd, 2007, str. 115; Taboroši piše da je „evropski obrazac pravde izrastao iz judeohrišćanske religije": Svetislav Taboroši, str. 33;

ma (i nevrednostima) u njemu, kao što su istina (laž), pravda (nepravda), vrlina (mana) ili dobro (loše), su u velikoj meri oblikovani verskim stavovima.[68] Kada se neka pravna rešenja oslanjaju na te stavove onda ona prolaze kroz isto vrednosno (odnosno nevrednosno) "sito".[69] Pravo i religija su dugo vremena bili personalno i funkcionalno spojeni i međusobno se podržavaju i opravdavaju u ciljevima i sredstvima. Pojam "opšteg dobra" pokazuje se kao krajnja svrha i božanskog i pravnog poretka.[70] Stoga je poimanje istine u pravu, a ona je posredni cilj svakog krivičnog postupka, u najneposrednijoj vezi sa poimanjem istine u nadmoćnoj verskoj etici u društvu.[71]

Kao jedan od primera verski oblikovane pravne etike može se uzeti odnos evropskih društava i japanskog društva prema vladavini prava, položaju pojedinca u društvu ili samoubistvu.

Pojam vladavine prava (rule of law) u Japanu se shvata potpuno drugačije nego u njegovoj anglosaksonskoj otadžbini. Na prostorima svog porekla on ima značenje načela kojim se ograničava vlast putem prava sa svrhom zaštite subjektivnih prava i sloboda pojedinaca. Budući da su ta subjektivna prava i slobode pojedinaca njihova prirodna prava, i time neotuđiva, niko, pa ni državna vlast ih ne može uskratiti ili ograničiti. To je smisao pojma vladavine prava u anglosaksonskom svetu. Upravo su-

---

Arapske države imaju snažan otpor prema međunarodnom krivičnom pravosuđu koji je u najvećoj meri prouzrokovan kulturnim jedinstvom arapskog sveta na verskim osnovama. Islamsko Šerijatsko pravo objašnjava stav arapskog sveta prema međunarodnom krivičnom pravu: Adel Maged, p. 478.

[68] „...Ma da su Srbi imali svoju samorodnu kulturu, oni su sa dolaskom u današnje zemlje morali podleći tuđinskom uticaju nalazeći se u blizini naroda koji je bio mnogo kulturniji od njih. Položaj Srba je bio takav da ovaj uticaj nije dolazio samo s jedne, već sa tri strane... ...Ali od najvećeg uticaja na celokupni tadašnji život pa i na staro običajno pravo bila je crkva... ...Crkva je... ...bila od prevelikog uticaja na krivično pravo i u onim zemljama u kojima je i pre hrišćanstva bilo zakona i onda se može misliti šta je hrišćanstvo značilo za staro srpsko pravo...": Božidar Marković, ***Krivično pravo***, Merkur, Beograd, 1909, str. 204-205.

[69] Austrijski građanski zakonik ima dosta primesa hrišćanskog moralnog elementa koji se ogleda u snažnom značaju ideja dobronamernosti, poštenja i pravičnosti: Božidar Marković, ***Reforma našeg građanskog zakonodavstva***, Beograd, 1939, str. 15.

[70] Sve do nedavno su se sudije, vladari pozivali na "božju milost", a pravno i teološko obrazovanje se sticalo na istim ustanovama: Nikola Visković, str. 124-125.

[71] Razlika u krivičnom postupku svojstvenom anglosaksonskoj i evropskoj-kontinentalnoj porodici pravnih sistema dolazi od razlike poimanja istine u protestantizmu i rimokatoličanstvu: Ioannis Papadopoulos, p. 2-3, Pošto se vera i filozofija u dalekoistočnim kulturama tesno prepliću, navedeni stav treba shvatiti u svetlu te veze. "Slično je i sa istočnjačkim filozofijama koje su u velikoj meri uticale na specifično oblikovanje pravnih vrednosti …": Melita Dundić, ***Jezik u pravu***, Glasnik AKV, 1988, broj 10, str. 20.

protno, u Japanu, on ima smisao ideološke odrednice koja opravdava nadmoć države nad pojedincima.[72]

Pojedinac uopšte nema onaj položaj u japanskom društvu koji ima u evropskim. U društvu ne postoji shvatanje koje stavlja interese pojedinca iznad interesa društva jer nema teorije društvenog ugovora koja ovome prethodi. Čitav niz jemstava koje postoje u evropskim društvima u svrhu zaštite prava pojedinca u krivičnom postupku ne postoje u krivičnom postupku u Japanu,[73] što je logična posledica društvenog poretka u kojem je pojedinac u svakom pogledu podvrgnut opštem dobru zajednice kojoj pripada: porodica, škola, preduzeće, nacija i sl.[74]

Samoubistvo se, zahvaljujući hrišćanstvu, u Evropi i društvima oblikovanim po njenom uzoru smatra jednim od najvećih grehova. Prema hrišćanskoj verskoj etici, čak i ubistvo može da bude oprošteno, jer ubica ima kada da se pokaje. Samoubistvo ne može da se oprosti. Razlog je taj što samoubica nema kada da se pokaje. Stoga je u Evropi dugo vremena samoubistvo bilo krivično delo, a zaostaci tog vrednosnog pristupa u pravu Engleske postojali su sve do 1961. godine.[75] U kulturi Japanskog društva, potpuno suprotno, samoubistvo se drži za visoko moralan i dostojanstven čin koji je u određenim društvenim slojevima ili društvenim ulogama obavezan.[76] Ono predstavlja častan način za okončavanje životnih problema za pojedinca, zbog čega nikada nije bilo kriminalizovano.[77]

---

[72] Urabe Noriho, ***Rule of Law and Due Process: A Comparative View of the United States and Japan***, Law and Contemporary Problems, No. 1, 1990, p. 69.

[73] Kopel, poglavlju svog rada posvećenog japanskom ZKP-a, daje naziv „Policijska država": David Kopel, ***Japanese Gun Control***, Asia Pacific Law Review, No. 2, 1993, p. 28-30.

[74] Kopel kao najbolji primer razlike evropskih društava koja su okrenuta pojedincima, i japanskog, koje je upravo suprotno, okrenuto zajedici, navodi način kažnjavanja dece. U SAD dete koje se ne vlada dobro biće sankcionisano zabranom izlaska iz kuće. U Japanu će biti sankcionisano izbacivanjem iz kuće: Ibid, p. 36.

[75] Zoran Stojanović, Obrad Perić, ***Krivično pravo-posebni deo***, Pravna knjiga, Beograd, 2006, str. 39.

[76] Fuse smatra da ovakav stav prema samoubistvu dolazi od drugačijeg poimanja života i smrti kao vrednosti u japanskoj kulturi: Toyomasa Fuse, ***Suicide and Culture in Japan: A Study of Seppuku as an Institutionalized Form of Suicide***, Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology, No. 2, 1980, p. 57.

[77] Japanski KZ u članu 202. ima krivično delo koje odgovara članovima 119. i 117. srpskog KZ-a „Navođenja na samoubistvo i pomaganja u samoubistvu" i „Lišenje života iz samilosti". Ipak ono nije posledica kulturne istovetnosti Japana i Srbije, već činjenice da je Japan svoj prvi KZ izradio preuzimajući 1880. godine francuski Code Penal, a zatim 1907. nemački KZ. Ovaj drugi je na snazi i danas. Preuzimanjem, prvo francuskog, a za-

Verovatno najveće razlike u pravnim ustanovama koje su uslovljene različitim verskim kulturama nalaze se u polju bračnog i porodičnog prava.[78] Ono je u najvećoj meri zavisno od nadmoćnog kulturnog obrasca jednog društva, a sve do Drugog svetskog rata veliki broj država se ustezao da ovo pravno polje uredi prepuštajući ga kanonskom pravu.[79]

I razlike u stavovima prema međunarodnom krivičnom pravu dolaze od većinskog verskog opredeljenja nekog društva. Sadašnje ustrojstvo međunarodnog krivičnog prava, ali još više međunarodnog krivičnog pravosuđa, može se, u kulturnom smislu, opisati kao „zapadnjačko".[80] [81] Ako se i stavi na stranu pitanje da li je ova tvrdnja tačna, pripadnici nekih od najvećih kultura (kultura u smislu civilizacije) sveta, kao što su islamska, indijska i kineska, vide rad tribunala i Međunarodnog krivičnog suda upravo na ovaj način.[82] Ovo nije novost. Odavno su poznate temeljne razlike između dalekoistočnih, s jedne strane, i evropskih ili anglosaksonskih porodica pravnih sistema, s druge strane.[83]

---

tim i nemačkog zakonodavstva preuzeta je i vrednosna podloga normi i danas stranih japanskom društvu koje ima verovatno najveću stopu samoubistvava na svetu.

[78] „...kakve li se sve misli nameću kad se samo setimo na kakve sve različite načine individue, narodi i zakonodavstva regulišu preljubu.": Rudolf Jering, ***Borba za pravo***, sa nemačkog preveo: Kosta N. Hristić, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 1998, str. 39.

[79] Setimo se samo zaključka koji je izveo Valtazar Bogišić kada je stajao pred zadatkom ozakonjenja građanskog prava u Crnoj Gori. Samo je imovinsko bilo moguće ozakoniti. Ostale grane prava (bračno, porodično, nasledno) su bile toliko raznorodno uređene običajima da je taj posao bio nemoguć. Njegov zaključak je bio da ga treba ostaviti postojećem načinu uređenja-običajima. Običaji u ovom polju su se stvarali pod uticajem kanonskih normi.

[80] Kai Ambos, p. 177; May ovaj pristup naziva „zapadnjačka pristrasnost": Larry May, p. 175; Duttwiler način na koji Tribunal u Hagu pristupa uporednpravnim analizama naziva „zapadnjačke tendencije": Michael Duttwiler, p. 29.

[81] Suprotan stav zauzima Fichtelberg. On smatra da međunarodno krivično pravo iako liberalan jeste univerzalan pravni sistem. To ne znači da su njegove vrednosti „eurocentrične" u svom karakteru. Liberalizam nije svojstvo određene kulture ili društva: Aaron Fichtelberg, ***Liberal Values in International Criminal Law***, Journal of International Criminal Justice, 2008, p. 13.

[82] Dosta arapskih zemalja doživljava Sud kao "zapadnjački". Potpuno o načinu na koji arapske zemlje doživljavaju Međunarodni krivični sud videti tekst: Adel Maged, p. 477-507; Kina isto. O odnosu Kine prema Međunarodnom krivičnom sudu: Lu Jianping & Wang Zhixiang, ***China`s Attitude Towards the ICC***, Journal of International Criminal Justice, 2005, p. 616; Indija, takođe, vidi ovaj Sud kao "zapadnjački". O odnosu Indije prema Međunarodnom krivičnom sudu: Usha Ramanathan, ***India and the ICC***, Journal of International Criminal Justice, 2005, p. 627-634.

[83] "…u nekim tačkama, azijski pravni sistemi [su] ili potpuno neprihvatljivi ili nerazumljivi za sisteme anglosaksonskog ili evropskokontinentalnog prava, čak i kada su u pitanju pravni sistemi visokorazvijenih i visokocivilizovanih sistema azijskog tipa, kao što je slučaj sa Japanom.": Melita Dundić, str. 20.

U samom međunarodnom krivičnom pravu najbolji primer vrednosne neusaglašenosti izazvane verskim uverenjima ugrađeni su u norme koje uređuju jedno od krivičnih dela u okviru zločina protiv čovečnosti-prinudne trudnoće (forced pregnancy). Unošenje ovog krivičnog dela je bilo snažno zastupano od strane ženskih nevladinih organizacija, a protivili su se Vatikan, arapske zemlje i neke verske nevladine organizacije.[84] Predlog Rimskog statuta je sadržao odredbu ovog dela zbog koje su arapske države izrazile zabrinutost da će morati da uvedu zakone koji dozvoljavaju nasilan prekid trudnoće.[85] Rešenje za ovu potpunu vrednosnu neusaglašenost se pronašlo putem dodavanja novog stava u odredbu ovog krivičnog dela po kojem je isključeno dejstvo norme na unutrašnja prava tako da ona ne gube pravo da urede pitanje trudnoće i prekide trudnoće po volji.[86] Normativno rešenje za prevazilaženje vrednosnih razlika poreklom iz različitih verskih kultura kod ovog krivičnog dela jednostavno ne postoji. Rimski statut je ovom odredbom te vrednosne razlike učinio legalnim i saglasio se sa postojanjem više različitih pravnih poredaka u međunarodnom krivičnom pravu u polju nasilnog prekida trudnoće. Za one kulture koje su vrednosno saglasne sa nasilnim prekidom trudnoće ovo krivično delo važi, za one koje nisu saglasne ono ne važi. Zanimljivo je zapažanje da se oko ovog krivičnog dela razvila jedna od najžustrijih rasprava prilikom rada na pripremi Rimskog statuta,[87] što govori o značaju vrednosnih razlika koje su osnovane na verskim stavovima.

3. Nepostojanje pravne politike međunarodnog krivičnog prava kao dalja posledica vrednosne neusaglašenosti

Problem nedostatka vrednosne usaglašenosti, u suštini, govori o jednom većem problemu sa kojim se suočava međunarodno krivično pravo, a to je činjenica da ono pati od nedostatka svoje pravne politike. Međunarodno krivično pravo jednostavno nema jednu doslednu, zaokruženu, celovitu kriminalnu politiku odnosno politiku suzbijanja kriminaliteta. Kada bi sta-

[84] Frances T. Pilch, ***Sexual Violence: NGOs and the Evolution of International Humanitarian Law***, International Peacekeeping (Frank Cass), 2003, p. 98.

[85] Steven C. Roach, ***Arab States and the Role of Islam in the International Criminal Court***, Political Studies, 2005, p. 148.

[86] Umberto Leanza, ***The Rome Conference on the Esthablishment of International Criminal Court: A Fundamental Step in the Strengthening of International Criminal Law***, in: William A. Schabas and Flavia Latanzi, ***Essays on The Rome Statute of The Interantional Criminal Court***, Il Sirente, Ripa Fagnano Alto, 2000, p. 16.

[87] Christopher Keith Hall, ***The First Five Sessions of the UN Preparatory Commission for The International Criminal Court***, The American Journal of International Law, 2002, p. 779.

nje bilo drugačije, ona bi svakako bila osnovana, kao i svaka druga kriminalna politika, na jednom sistemu vrednosti i njemu odgovarajućih ciljeva.

U njenom odsustvu nosioci ovlašćenja za donošenje odluka lutaju, oslanjajući se na vrednosti koje su im bliske, od slučaja do slučaja. Tako se dolazi u stanje da sudije institucija međunarodnog krivičnog pravosuđa presudama daju pečat sistema vrednosti koji oni sami usvajaju, bilo svesno, bilo nesvesno, odrastajući i obrazujući se u jednoj kulturi.[88] Radni jezik institucija međunarodnog krivičnog pravosuđa takođe doprinosi vrednosnoj jednostranosti budući da se vladajuća vrednosna svest prenosi na jezik, a sa jezikom na argumentaciju u donošenju odluka.[89] Jedan od boljih dokaza ovog stanja jeste veliki broj izdvojenih mišljenja koja se pojavljuju u presudama institucija međunarodnog krivičnog pravosuđa, koje se u pravilu ne odnose na pitanja dokazivanja, odnosno pitanje postojanja nekih činjenica, već se odnose na pitanje postojanja i obima važenja određenih pravnih načela.[90] Način na koji Tribunal u Hagu pristupa uporednopravnim analizama kojima se iznalaze ova pravna načela može se nazivati „zapadnjačkim" jer se u njima kao izvori nalaze samo pravne postavke svojstvene anglosaksonskoj i evropskoj-kontinentalnoj porodici pravnih sistema.[91]

4. Mogući putevi za prevazilaženje vrednosne neusaglašenosti

Mišljenja o usklađivanju međunarodnog krivičnog prava i vrednosnih razlika pojedinih kultura koje ono mora da obuhvati su različita.

S jedne strane nalaze se predstavnici stavova o apsolutnom domašaju kulturnih vrednosti koje nosi međunarodno krivično pravo.[92] Nekim delima se tako očito nanosi šteta međunarodnoj zajednici, da ona moraju

[88] Pradel piše da su sudije u Belgiji daleko sklonije da koriste klasičnu francusko-belgijsku uslovnu osudu nego probaciju, jer je ona poreklom iz Engleske. Slično, sudije u Engleskoj slabo koriste francusko-belgijsku uslovnu osudu jer se ona „sukobljava sa tradicijom probacije". Pradel ovu pojavu nekritičkog preuzimanja normi jedne u drugu porodicu pravnih sistema naziva „kalemljenje koje se ne razume": Žan Pradel, II, str. 73.

[89] „...se vladajuća vrijednosna svijest prenosi na jezik, na sistem pravnih normi i čak na logiku (naročito onu argumentativnu), a sastojci svih idejnih kodova iskazuju se jezično i logički.": Nikola Visković, str. 156.

[90] Jessica Almqvist, p. 751-752.

[91] Duttwiler misli da je razlog za tu pojavu činjenica da Haški tribunal sudi za krivična dela izvršena u Evropi: Michael Duttwiler, p. 29. Ovo nije netačno, ali i drugi Tribunali (Ruanda, Sijera Leone, Istočni Timor…) postupaju na isti način iako ne sude za dela izvršena u Evropi.

[92] Taboroši smatra da postoji "evropocentrično shvatanje sveta" prema kojem je evropski obrazac pravde "jedini vrednosni izvor iz kojeg se može razviti pravni sistem": Svetislav Taboroši, str. 33.

biti propisana kao krivična dela u svim društvima.[93] Prema njima kulturne razlike će morati da se smanjuju kulturnim prilagođavanjem Rimskom statutu.[94]

S druge strane su predstavnici mišljenja da norme međunarodnog prava treba da se menjaju na taj način da uzimaju u obzir kulturne potrebe neke zajednice, a ne da nameću kulturne vrednosti. Tako bi međunarodno krivično pravosuđe bilo više od nusproizvoda sirove snage države i ne bi stvaralo dodatnu moć ionako moćnima.[95] [96] Isključivo „zapadnjački" pristup međunarodnom krivičnom pravu nema legitimitet da pretvori ovu granu prava u univerzalan sistem.[97] Činjenica je da se pravnici obrazovani u drugim, „nezapadnim" porodicama pravnih sistema suočavaju sa teškoćama kada deluju u institucijama međunarodnog krivičnog pravosuđa.[98] [99] Upravo takav, jednostrani pristup je sprečio da se prilikom istorijskog razvoja zločina protiv čovečnosti, u širem smislu tog izraza, uzme u obzir činjenica da različite kulture stvaraju različito okruženje u kojem se oni vrše. Sudija ili tužilac ima problem da razume kulturno „obojen" način izvršenja međunarodnog krivičnog dela koji mu je stran.[100] Sadašnje odredbe uzimaju u obzir samo političku dimenziju zločina, a zanemaruju kulturnu koja je jednako važna za njihovo objašnjenje.[101] Ukoliko se za-

---

[93] May drži da neka „načela" prelaze državne granice i imaju opšteobaveznu snagu: Larry May, p. 24.

[94] Steven C. Roach, p. 143.

[95] Mark A. Drumbl, ***Collective Violance And Individual Punishment: The Criminality Of Mass Atrocity***, Northwestern University Law Review, 2005, p. 610.

[96] „...u nauci postoji optužba da su ius cogens norme zapadnjački moralni ideali nametnuti ostatku sveta.": Larry May, p. 39.

[97] Kai Ambos, p. 177; May ovaj pristup naziva „zapadnjačka pristrasnost": Larry May, p. 175; Duttwiler način na koji Tribunal u Hagu pristupa uporednpravnim analizama naziva „zapadnjačke tendencije": Michael Duttwiler, p. 29.

[98] Larry May, p. 175.

[99] Ne treba smetnuti sa uma da se ne podrazumeva uvek ista stvar kada se govori o „zapadnim" ili „nezapadnim" porodicama pravnih sistema. Tako May poistovećuje „zapadni model prava" sa „angloameričkim modelom prava": Ibid., p. 205. Ovo je svakako netačno, jer bi to ostavilo iz domena „zapadnog modela prava" sve one „evropske modele prava" koji nisu angloamerički, a to znači sve države zapadne Evrope sa izuzetkom Velike Britanije. Sigurno je da svi stanovnici država zapadne Evrope sebe doživljavaju kao „zapadnjake", a svoja prava kao „zapadna prava".

[100] Harmen van der Wilt, ***Equal Standards? On the Dialectics Between National Jurisdiction and the International Criminal Court***, International Criminal Law Review, Vol. 8, 2008, p 231.

[101] „...verovanje i emocionalna memorija zajednice igraju ključnu ulogu u genocidu i masakrima...". „...daleko od toga da ovi zločini imaju veze samo sa političkim ciljevima nametnutim odozgo na dole, na piramidalan način, već mogu da se razviju i odole prema gore. Ova mrežna logika, u kojoj lokalna dinamika međureaguje sa nacionalnom logikom

nemari, ova činjenica može ozbiljno da potkopa napore institucija međunarodnog krivičnog pravosuđa ka dostizanju pravde.[102] Naročito u slučaju kada je neko krivično delo opterećeno nejasnoćama, međunarodno krivično pravo mora biti pažljivo prema kulturnim razlikama[103] jer razlike u kulturnom okruženju iz kojeg dolazi sudija mogu da vode različitim odlukama.[104] Ovako nešto se već dogodilo u Haškom tribunalu gde su nosioci glavnih uloga doneli sa sobom odlike svoje pravne kulture i svojeg pravnog obrazovanja.[105]

Promene u pravu treba da se vrše samo u oslonu na naročito kulturno nasleđe pravnog poretka u kojem se vrše. Kada promene dolaze na takav način da su oni koji treba da ih primenjuju objekt, a ne subjekt, tih promena, normalno je da će se „objekti" opirati i da će se držati onoga što je ukorenjeno u tradiciji.[106] Kao primer može se uzeti Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima koji nikad nije imao onaj stepen delotvornosti koji imaju regionalni paktovi iz oblasti ljudskih prava usled velike civilizacijske razlike država potpisnica.[107] I Rimski statut može poslužiti kao primer. U izboru između dva opisana pristupa ovom problemu, akti Međunarodnog krivičnog suda, istina posredno, govore da su tvorci Statuta bili skloni drugom rešenju.[108]

---

omogućava nasilju da se potajno širi kao voda zakonima kapilarnosti...": Helene Dumont, ***Introducion: Le crime de genocide: Construction d`un paradigme plurdisciplinaire***, Criminologie, 2006, p. 3-22, navedeno prema: Mireille Delmas-Marty, ***Violence and Massacress-Toward a Criminal Law of Inhumanity***, Journal of International Criminal Justice, 2009, p. 8-9.

[102] Jessica Almqvist, p. 746.

[103] Stephen Erikkson, ***Treatment Under International Humanitarian Law: Criminal Accountability, State Responsibility, And Cultural Considerations***, Air Force Law Review, 2004, p. 289-290.

[104] Antonio Kaseze, ***Međunarodno krivično pravo***, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005, str. 32; Van der Wilt za primer uzima odluku u slučaju Akajesu o javnom podsticanje na izvršenje genocida koje je prema njemu kulturno podložna pravna postavka. Zahvaljujuću drugom kulturnom okruženju na Balkanu ona će ako bude primenjena pred Haškim tribunalom dobiti drugo značenje: Harmen van der Wilt, p 270.

[105] Maximo Langer, p. 836-837.

[106] Ennio Amodio, ***The Accusatorial System Lost and Regained: Reforming Criminal Procedure in Italy***, American Journal of Comparative Law, 2004, p. 498.

[107] «...koncepti ljudskih prava u Aziji i Africi... ...se temelje na drugim filozofskim načelima no što je to slučaj s evro-američkim konceptom... ...kineska, hindu i muslimanska civilizacija imaju ugrađene kolektivističke elemente s elementima religioznog uticaja koji sustav ljudskih prava definiraju na drugačiji način»: Ivo Josipović, str. 11.

[108] Rešenje koje je Rimski statut usvojio u vezi sa „Prinudnim trudnoćama" kao jednim od zločina protiv čovečnosti govori u prilog ovog zaključka; Slično prethodnom govori i Pravilnik postupka i dokazivanja gde organizaciona jedinica Suda koja se bavi žrtvama i svedocima, između ostaloga, ima obavezu da svoje osoblje obuči da bude sposob-

Ne sme se smetnuti sa uma stav iznet u Uvodu rada da je krivično delo (pa samim tim i krivično pravo) uvek kulturno i društveno uslovljena veličina. Njegovo krajnje određenje se ne može dati bez oslonca na određeni kulturni i društveni poredak.[109] Nema nekog prirodnog krivičnog dela nezavisnog od pozitivnog prava, odnosno normativne ***vrednosne*** ocene zakonodavca.[110] [111] U izvođenju pravilnog zaključka o ovom problemu ne sme se smetnuti sa uma da je u pitanju **međunarodna** grana prava i da **međunarodni** karakter krivičnih dela koja su u pitanju čini kulturne razlike neumitnim i njih je nemoguće potpuno isključiti.[112] Ako se one, barem delimično, u meri u kojoj je to moguće, ne prevaziđu, jedan od kulturnih obrazaca ili uzora u međunarodnom krivičnom pravu će biti nadmoćan.[113] Dok god međunarodna zajednica ne bude bila u stanju da se identifikuje sa jednim globalnim društvom, koje ima jednu, koliko-toliko uprosečenu kulturu, kulturne razlike će opstajati i opterećivati razvoj i uobličavanje međunarodnog krivičnog prava. Ono što će uticati na obim problema jeste činjenica da se današnji svet putem postupka globalizacije kulturno ujednačava sledstveno čemu se vrednosne razlike između društava smanjuju.

Otvoreno je pitanje da li se uviđa pun domašaj problema kulturnih razlika u međunarodnom krivičnom pravu i da li se on rešava ozbiljnije od savladavanja prostih jezičkih prepreka koje se rešavaju prevođenjem.[114]

Zaključak

Koliko god pojam kulture bio neodređen i neuhvatljiv, sigurno je da sadržaj kulture čine vrednosni stavovi njenih pripadnika. Način na koji oni utiču na krivičnopravni poredak društva iz kojeg dolaze je jasan i nesporan. Vrednosni stavovi su ugrađeni u same temelje krivičnog prava. Ono je stvoreno na ideji oživotvorenja tzv. zaštitne funkcije odnosno za-

---

no da vodi računa o polnim i kulturnim razlikama žrtava i svedoka („…Ensure training of its staff… …relating maters… …including gender and cultural sensitivity…“): ICC, ***Rules of Procedures and Evidence***, Rule 18(d); Ova organizaciona jedinica Suda može u svoj rad da uključi osobe stručne u oblasti polnih i kulturnih razlika (...unit may include as appropriate persons with expertise, inter alia, in following areas… …gender and cultural diversity…): ICC, ***Rules of Procedures and Evidence***, Rule 18(d)

[109] Franja Bačić, str. 136.

[110] Ibid., str. 136.

[111] „Kako bi neko mogao da se posveti izučavanju ljudskih ustanova u ma kom smislu ako im poriče svaku vrednost.“: Georg Jelinek, str. 100.

[112] Jessica Almqvist, p. 758.

[113] Larry May, p. 175.

[114] Jessica Almqvist, p. 747.

štite određenih vrednosti koje uživaju nedvosmislenu podršku najvećeg dela pripadnika neke kulture. Ti stavovi su za stara i dobro utemeljena krivična dela (mala in se) stvoreni davno i ona se prihvataju bez preispitivanja. Međutim kada su u pitanju nova krivična dela do njih se dolazi mukotrpnim usaglašavanjem vrednosnih stavova u društvu. Ovo je prirodna posledica preventivne svrhe krivičnog prava. Ona se ne bi mogla ostvariti ako pripadnici neke kulture ne bi delili vrednosne stavove svog zakonodavca. Što je neko društvo u kulturnom smislu više jednoobrazno i skladno to je njegovo krivično pravo uspešnije. Ista načela bi morala da budu primenjena i u međunarodnom krivičnom pravu ako ono želi da bude delotvorno.

Međunarodna zajednica je svesna ovih zakonitosti pa norme međunarodnog prava pokušava da učini prihvatljivim za veliki broj njegovih subjekata usaglašavanjem stavova istih. Iz ovog razloga odredbe međunarodnih ugovora nužno moraju da budu visoko neodređene i široko postavljene. Samo tako je moguće da većina subjekata prava odlučivanja koji vode poreklom iz različitih kultura prepoznaju svoje interese. Ovo stanje podrazumeva da norma međunarodnog prava ne može da bude prinudna. Svesni ovog problema nosioci odluka u međunarodnom pravu nikada u njegovoj istoriji nisu ni pokušali da ustanove bilo koju instituciju međunarodnog pravosuđa sa obaveznom nadležnošću. Drugim rečima niko nikada nije pokušao da nametne neki međunarodni sud subjektima čije će razmirice da rešava, do osnivanja ad hoc Tribunala 90-tih godina prošlog veka. Samo one sudove koji su prošli opisani postupak u nastajanju i osnivanju adresati pravde su ocenjivali kao prihvatljive sa stanovišta legitimnosti. Upravo iz ovog razloga domaće odnosno nacionalno, a ne međunarodno pravosuđe, uvek je pogodnije za sva suđenja, pa tako i ona za međunarodna krivična dela. O ovome najbolje svedoči činjenica da prinudne institucije međunarodnog pravosuđa prestaju da postoje, a Međunarodni krivični sud, koji deluje u okruženju načela komplementarnosti sa domaćim pravosuđima, sve jasnije zauzima svoje mesto u međunarodnom pravu.

Najveći deo vrednosnih razlika koje sadrže različite kulture u svetu vode poreklo od različitih verskih etika koje su nadmoćno zastupljene u pojedinim društvima. Nadmoćna verska etika nekog društva u najvećoj meri utiče na poimanje vrednosti njegove kulture. Mera u kojoj su verski vrednosni stavovi u međunarodnoj zajednici različiti govori o mogućnosti usaglašavanja jedne vrednosne potke koja bi bila ostvariva osnova za jedno međunarodno krivično pravo. Upravo ova vrednosna neusaglašenost je uzrok nepostojanja, ne samo jednorodnog i usaglašenog međunarodnog krivičnog prava, već njegove dosledne, jasne, smislene i zaokružene

pravne politike. Ako međunarodno krivično pravo nema svoju pravnu politiku, ono, možda, može da ima oblik i bitisanje u sadašnjosti, ali nema svoju dimenziju, i pravac kretanja, u budućnosti.

Budućnost međunarodnog krivičnog prava će, po svemu sudeći, biti u priznavanju vrednosne šarolikosti koja postoji danas u svetu pre nego u kulturnom podređivanju jednoj uskoj vrednosnoj potki koju predstavljaju njegove norme. Ukoliko je ova ocena tačna onda će se kao njegova nužna posledica pojaviti smanjena delotvornost ove grane prava i njenih pravosudnih institucija. Na kraju može se postaviti i jedno retoričko pitanje da li je kulturno usaglašavanje u svetu nužno? Možda je jedna od vrednosti koju treba očuvati „lepota različitosti".[115]

[115] Ennio Amodio, op. cit., p. 500.

Branislav Ristivojević, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

The Impact of Cultural Value Contents on the Development and Shaping of International Criminal Law

Abstract

The paper discusses the relationship between the cultural value contents on shaping and development of international criminal law. It was established long time ago that the response of each society to the criminality is closely connected with its value basis. Which society values will be protected by the criminal law and from which attacks depends on people value judgment on what is good and what is bad. Since the cultures around the world differ the value systems also differ. For this reason the international legislator developed long tradition of difficult harmonization of value judgments so that its provisions become acceptable for great number of states. This leads to the number of insufficiently regulated, amorphous and fluid definitions in the international law and constant rejection by its enteritis to obey to the imperative provisions of this law. Each attempt to deviate from this tradition is the reason for loosing efficiency, which is proved by the author through the failure of imperative institutes of the international criminal law like for example ad hoc tribunals. The conclusion would be that domestic, and not the international, criminal proceedings are always more efficient type of criminal justice.

The author is of the opinion that dominant religious ethics is the main factor that is shaping value judgments of certain culture. The author claims that due to the major religious diversities between the cultures it is not possible to carry out entire value harmonization in the international arena. Today the majority of authors in the field of international criminal law will agree that establishment of this type of law is described as "pro-western oriented" in different cultures of the world. This conclusion is best proved if one takes into consideration the small, almost insignificant support of the International Criminal Tribunal out of the "western civilization". The further consequence of the value disharmony suffered by the

international law is that there is no full and complete policy for repressing international crime.

Between the two possible paths the author prefers to harmonize international criminal justice with cultural diversities that burden it than to adopt one cultural or value pattern. In contrary, the international criminal law would be considered and evaluated by its addressees as one of the mechanisms for imposing the system of values by the politically and economically more powerful culture.

Key words: International criminal law, international criminal justice, international criminal court, culture, values, religious ethics

Originalni naučni rad 342.7(37)

Dr Nataša Deretić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

UPOREDNA ANALIZA: „PRAVA ČOVEKA“ U RIMSKOJ DRŽAVI I SAVREMENA „LJUDSKA PRAVA“[1]

***Sažetak**: Okosnicu ovog rada predstavlja traganje za korenima „prava čoveka“, koja dosežu i do vremena pre rimske civilizacije i izraza „ljudska prava“ koji je prilično nov pojam za ono, što se nekada nazivalo „pravima čoveka“. Nesporno je, da je robovlasnički karakter rimskog društva učinio pojam „čoveka“ ograničenim i isključujućim, s obzirom na činjenicu da se temelji na dominantnom obliku zavisnosti i korišćenja drugog čoveka (roba). Robovi nisu imali status „čoveka“; tretirani su kao „oruđa koja govore“ (instrumentum vocale), kao stvari koje su u svojini onoga ko je tretiran kao „čovek“, što je bio prvenstveno, slobodan rimski građanin. Gospodar roba mogao je njime raspolagati kao bilo kojim drugim svojim dobrom i odlučivati o njegovom životu i smrti. S obzirom na to da rimsko društvo nije stvorilo neophodne pretpostavke da svakom čoveku ponudi da koristi ono što mu je samo po sebi dato - pravo na život i slobodu, iz čega se izvode ostala prava – na prvi pogled čini se bespredmetnim pitanje prava čoveka, pojedinca i staranje o njemu. To je samo na prvi pogled, jer su u rimskim okolnostima osnovna „prava čoveka“ ipak postojala ali samo za rimske građane, dok su u odnosu na ostale (ženu, decu, robove...), „sistematski kršena“.*

U svakom periodu kroz koji je prošla rimska država (kraljevstvo, republika, principat i dominat), Rimljani su posedovali svest o klasama koje čine njihovo društvo. Svaki čovek posmatran je u funkciji dva suštinska kriterijuma: poreklo i bogatstvo. S obzirom na to, kaže se da

[1] Ovaj rad je rezultat rada na projektu br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

je rimsko društvo u svim etapama, osim one početne, sukobljeno društvo. Imamo suprostavljene društvene slojeve, superiorne i inferiorne... Nakon što je „čovek“, najpre određen kao slobodan ili rob, njegov položaj u društvu i porodici (njegov „status“) je određen tako što se slobodni ljudi grupišu u oslobođenike, peregrine i rimske građane; u rimske građane dalje ulaze posebne klase: patriciji, plebejci, nobili i vitezovi...

Stara podela društva na „slobodne“ (liberi) i sluge (servi) biće ukinuta tokom X veka. Onda kada se shvatilo da se u nekim delovima sveta ne smatara da „prava čoveka“ – obuhvataju sva ljudska bića i kada je „pojam života stekao političko značenje“, nastao je izraz „ljudska prava“. Nažalost, dugo je vremena trebalo da prođe (tek u XX veku), pa da se „ljudska prava“, „prepoznaju i priznaju“. Tome su prethodili ratovi i druga razaranja koja su dovela do poništavanja miliona ljudskih života. S obzirom da države, svaka ponaosob, nisu uspele da obezbede i garantuju svakom pojedincu (čoveku) osnovna ljudska prava, to je učinila međunarodna zajednica putem Opšte deklaracije o ljudskim pravima, koju je generalna skupština Ujedinjenih nacija „usvojila i proklamovala“, 1948. godine. Ubrzo nakon toga Evropski savet 1950. godine donosi Evropsku konvenciju o ljudskim pravima u kojoj su pobrojana tradicionalna politička i građanska prava.

***Ključne reči**: život, čovek, prava čoveka (građanina), prirodna prava, ljudska prava, sloboda, demokratija.*

Uvod

„*Čovek je merilo istorije, njeno jedino merilo; štaviše, razlog njenog postojanja*“

Lisjen Fevr

U rimskom pravu za „čoveka“ je upotrebljavan izraz *homo* ili *persona*, „oba u značenju samo čoveka kao bića bez ikakvog prizvuka na njegov pravni položaj“.[2] Navedenoj tvrdnji ide u prilog Gajeva rečenica u prvoj knjizi Institucija, da „osnovna podela ljudi (*personarum*) je u tome što su svi ljudi (*homines*) ili slobodni ili robovi“.[3] I

[2] Stojčević D., *Rimsko privatno pravo*, Beograd, 1988., str. 73. I danas pojedini filozovi kada govore o “čoveku“, misle da je to najopštija i najneutralnija kategorija koja se može pripisati svakom pojedinačnom ljudskom biću koje govori...

[3] Gaius libro primo Institutionum *Summa itaque de iure personarum division haec est, quod omnes hominess aut liberi sun taut servi.*

Justinijanovi kompilatori u Digestama takođe određuju čovekov položaj u društvu, a time i njegova prava, u zavisnosti od toga da li je on „slobodan čovek" (*caput liberum*) ili „ rob" (*caput servile*).[4] Reči pesnika Vergilija:„*...ti Rimljaninu, misli na to kako da upravljaš narodima svoga Carstva...*"[5], nedvosmisleno objašnjavaju demokratiju Rimljana.

I u pravnom statusu „čoveka", kao uostalom i u čitavom rimskom pravu, prisutna je razlika u dinamici intezivnog razvoja pravnog sistema – kretanje od prvobitne jednakosti svih ljudi (bez obzira na pol), do jako izraženih staleških podela, njihovo nivelisanje na osnovu izdvajanja prednosti bogastva i ideja slobode ličnosti, zatim stvaranje novih staleža sa izraženim ispoljavanjem „socijalnog motiva" u pravu. Onda kada je formirana rimska država, jedino se nije menjalo to što su „prava čoveka", u bilo kom obliku posmatrana, bila u njenoj isključivoj nadležnosti.

„Prava čoveka" i „ljudska prava", iako imaju zajednički osnov – prirodna prava, nisu identični pojmovi. To iz razloga što su „prava čoveka od samog svog nastanka bila ograničena na određene ljudske entitete koji više od drugih polažu pravo na ljudskost".[6] U antičko doba, to su su bili Grci i Rimljani, dok u savremeno doba (XIX vek) koje je u znaku buržoaskih revolucija, to su isključivo pripadnici pojedinih vodećih evropskih naroda. Ti isti vodeći narodi su u revolucionarnom zanosu, najpre donosili zakone koji su bili toliko nerealno slobodoumni, da su vrlo brzo morali da budu zamenjeni umerenijim propisima. Pod uticajem škole prirodnog prava i filozofa iz XVIII veka, revolucionari su utemeljili osnovne postulate buržoaskog prava: sloboda, jednakost i neograničena privatna svojina. Posle revolucionarnog zanosa došlo je vremenom do smirivanja i staloženijeg uređenja pravnog sistema kroz sveobhvatne kodifikacije, između ostalog i ljudskih prava. Pri tome se treba podsetiti da su vodeće zemlje toga doba kao kolonijalne sile, znale za ustanovu ropstva, što daje drugačiju sliku o njihovom poimanju „ljudskih prava".

---

[4] Dig. 26, 1, 1; Dig. 4, 5, 3, 1.

[5] Vergilijeve (rođen 70. g. pre n.e., a umro 19 g. pre n.e.) reči verno odražavaju duh Rimljana koji su doista znali da upravljaju pokorenim narodima. Ono što je snaga pokorila, administracija i političko ustrojstvo učvršćšuju. Rimljani su znali "da upravljaju mirom: poštujući jezičke, verske i druge razlike pokorenih naroda, naučili su da silu zamene kulturnim uticajem do te mere da kod pokorenih naroda izazovu želju da oponašaju Rim...". Videti opširnije: Rober Ž.N.: *Stari Rim* (prevod, Aleksandrić, M.), 2009, str. 20.

[6] Zaharijević A.: *Od prava čoveka ka ljudskim pravaima: čovek – nacija – čovečanstvo*, u *Filozofija i društvo*, Beograd, br. 1/2008, str. 127.

1. Prava čoveka kao unutrašnja stvar rimske države

Na **početku rimske istorije**, mada su se znatno izgubili elementi prvobitne zajednice i gentilnog uređenja, još uvek nema države koja bi se bazirala na klasnoj prinudi i teritorijalnom principu povezivanja ljudi. Održavanju stroge hijerarhije raznih društvenih elemenata nesumnjivo je doprineo rod (gens), utvrđujući stvarno zavisnost pojedinca od roda. Društvo organizovano na srodničkom principu, bez klasnih razlika i bez aparata za klasnu prinudu (prava), uređeno je tako da su svi odrasli članovi zajednice ekonomski i pravno jednaki. Rodovski starešina koji se vremenom izdvaja u svakom rodu, u odnosu na ostale članove roda, „samo je prvi među jednakima"; zastupa ostale članove roda u odnosima prema ostalim rodovima, i nema neku izraženu veću vlast prema ostalim članovima roda.[7] Osnovni regulator ponašanja u primitivnim društvima - običaj, garantovao je sigurnost i opstanak svakog pojedinca. Na sve ono što narušava utvrđeni red i što stvara pometnju, povlači sankcije koje imaju primitivni karaker.

Od svih naroda koji su u starom veku živeli na Apeninskom poluostvrvu, Etrurci su (pored Grka, naravno) izvršili najveći kulturni i politički uticaj na Rim. Pod uticajem etrurske civilizacije koja je nosila jake tragove matrijarhata, što se neminovno odrazilo na položaj žene, supruga rimskog građanina starog doba (*matrona*), kako u privatnom tako i u javnom životu, uživala je veliki ugled i poštovanje, i imala je značajnu društvenu poziciju. Da je rimska *matrona* (žena starog doba) uvažavana od svoga muža, da je odvažna i hrabra, potvrđuju mnoge legende koje nalazimo kod: Vergilija u *Eneidi*, Tacita u *Germaniji*, Livija u *Od osnivanja grada Rima* ... To će se promeniti kada prevlada patrijarhat i kada zaživi patrijarhalna porodica agnata gde muž, odnosno šef porodice, ima svu vlast prema potčinjenim licima u svojoj porodici (svojoj ženi i deci i ženama i deci svih svojih agnatskih srodnika...).

---

[7] Treggiari S., *Roman Marriage*, Oxford, 1993, na str. 13. ukazuje, kao uostalom i dosta drugih romanista, da usled nedostataka adekvatnih izvora koji se odnose na najstariji period tj. na doba pre legendarnog osnivanja grada Rima, uobičajeno se kaže da se početak kviritskog prava odlikuje pravnom jednakošću članova rimske zajednice – kurije. U takvim uslovima, pojedinac ne igra nikakvu ulogu van svoje dužnosti u zajednici: ako je vojnik, on dušom i telom pripada starešini; kao zemljoradnik, on mora najbolje da iskoristi svoju zemlju u službi svoga oca, a ako je otac porodice on se stara o imanju ma koliko ono bilo malo. U početku je taj najbitniji objekat pravnog sistema – zemljište, pripadalo celokupnoj rimskoj zajednici – kuriji, ali se isto prenosilo u privatno vlasništvo pojedinih porodica. S obzirom na agrarni karakter tadašnjeg društva, gde je zemljište najznačajnija nepokretna stvar, u skladu sa dobrim je, sve ono čime se "održava plodnost zemlje, nada u bogate žetve, stalno obnavljanje roda, stabilnost imanja".

Kada su se **društvene prilike izmenile** i kada su ratovi postali redovna pojava, (vode se ili radi pljačke ili radi osvajanja tuđih teritorija), gore navedeni utvrđeni red biva ozbiljno narušen. Pokoravanjem okolnih naroda, zaživeće ustanova ropstva. Vergilijeve reči iz uvoda ovog teksta („*...ti Rimljaninu, misli na to kako da upravljaš narodima svoga carstva...*"), nalaze svoju potvrdu u praksi. Nije mnogo od značaja to što je u početku ropstvo bilo patrijarhalnog karaktera (zbog malog broja, robovi su tretirani kao članovi porodice), a kasnije, kako su se robovi brojčano povećavali, ropstvo poprima klasični karakter. Kao rezultat zaposedanja novih teritorija i bogaćenja vojnih starešina i njihovih porodica, pored ropstva, usledиće i unutrašnja ekonomska i klasna diferencijacija. Početno jedinstvo zajednice biva narušeno nejednakom raspodelom ratnog plena, što ima za posledicu imovinsku nejednakost i stvaranje rodovske aristokratije. To će iznedriti različite društvene staleže: *patricije* (koji čine rodovsku aristokratiju) i *plebejce* (koji su bili van nje). Iako su oba sloja bili slobodni, *patriciji* su bili povlašćeni jer su imali osnovna građanska prava, dok su plebejci bili obespravljeni, zbog čega su, peti i četvrti vek pre n. e. u znaku njihove borbe da se izjednače sa patricijima u socijalnom, pravnom i ekonomskom pogledu. Plebejci su zahtevali da ravnopravno sa patricijima učestvuju u raspodeli ratnog plena (to se prvenstveno odnosi na zemlju stečenu osvajanjima – *ager publicus*); da učestvuju u vlasti i da svi budu jednaki pred sudom, odnosno da se na sve isto zakon primenjuje. Kolika je podvojenost ova dva društvena staleža, proizilazi i iz okolnosti da je ta njihova podvojenost prisutna i u religijskoj sferi.[8]

U prvim vekovima **republike** kao rezultat borbe plebejaca da se izjednače u pravnom položaju s patricijima, najpre su nastali tzv. *sakralni zakoni* (*leges sacratae*). Plebejci su putem ovih zakona obezbeđivali jedinstvo plebejske zajednice u nastojanjima da se promeni odnos snaga.[9] Pretnjom da će trajno napustiti grad (*seccesio plebis*) i da će osnovati novo naselje na obližnjem Svetom brdu – primoravali su patricije na ustup-

[8] Plebejci su imali svoje sopstvene bogove (*Cerera, Liber, Libera*) i svetilište koje se nalazilo izvan samog grada, u podnožju Aventina; podignuto je 493. pre n.e. po nalogu svetih knjiga proročice Sibile (*libri Sybillini*) kako bi se odobrovoljili bogovi u vreme teške gladi koja je zavladala gradom. Videti opširnije: Bujuklić Ž., *Forum Romanum*, Beograd. 2006, str. 442.

[9] Kolektivnom zakletvom plebejci su se obavezali na poštovanje *leges sacratae*, a svako ko bi povredio ove zakone (uključujući i patricije) proglašavan je za *homo sacer*. To znači da su takve ličnosti stavljane izvan božanskih i ljudskih zakona i mogli su biti ubijeni od bilo koga, a njihova imovina je posvećivana bogovima (*consecratio capitis et bonorum*). Sankcija "prepuštanje osveti povređenog božanstva" pogađala je ne samo one koji su se grubo ogrešili o zajednicu (povredile su *leges sacratae*) i zbog toga su proglašene za *homo sacer*, već i one ličnosti koje su počinile težak zločin.

ke. Izborivši se da ih zastupaju tribuni, položaj plebejaca se znatno poboljšao jer su plebejski tribuni postali nedodirljivi i mogli su da koriste „pravo veta" („zabranjujem"). S pravom se Rober Ž. N. pita: „možemo li da zamislimo kakvu bi opasnoost takva opozicija predstavljala u našim savremenim demokratijama".[10] Koristeći sredstva koja bi se danas mogla svrstati u sredstva „građanske neposlušnosti" (podizanje buna, pretnje iseljenjem iz grada Rima...), plebejci postepeno uspevaju da se izbore za pojedina građanska prava (bez otvorenog nasilja i krvavih obračuna): za sopstvene magistrature (*tribune plebis*), objavljivanje zakona i pravo na ulaganje veta (*intercessio*), organizovanje posebnih skupština (*concilia plebis*), kodifikovanje dotadašnjeg običajnog prava – *Zakon dvanaest tablica* (*leges duodecum tabularum*) s kojim otpočinje period tzv. pisanog prava (*ius scriptum*), pravo zaključenja braka (*ius conubii*) sa patricijima (*lex Canuleia* iz 445. pre n.e.), ukidanje dužničkog ropstva (*lex Poetelia Papiria* iz 326. pre n.e.), učestvovanje u svešteničkim službama (*pontificies*) i patricijskim magistraturama (*magistratus*), priznanje opšte važnosti odluka koje su donošene na plebejskim skupštinama (*concilia plebis*),[11] neposredan ulazak tribuna u Senat (*lex Atinia*, 149. pre n.e.)...

Ne mireći se sa staleškom razlikom, plebejaci su uspeli da se izjednače sa patricijima, najpre u političkim, a potom i u ostalim pravima. I oni postaju privilegovani deo slobodnog stanovništva kome posebnu pažnju posvećuje Gaj (a kasnije i Justinijan). Kako je u rimskoj državi pravo na život, kao osnovno ljudsko pravo, imao samo rimski građanin, pojam čoveka i građanina se dopunjuju. Ističući u svakoj prilici „rimski sam građanin" (*civis romanus sum*), Rimljani su se posebno trudili da šire rimsko građanstvo.[12] Od javnih prava rimski građani imaju aktivno

[10] Rober Ž. N., nav. delo, str. 87.

[11] U izvorima ima dilema od kada su po rimskoj tradiciji odluke plebejskih skupština (plebiscita) postale obavezne za sve, dakle i za patricije, a ne kao do tada, samo plebejce. Po jednima to se dogodilo sredinom V veka pre n.e., (navodno na osnovu *leges Valeriae Horatiae,* iz 449. godine), dok je po drugima, to bilo tek 287. godine pre n.e, na osnovu *lex Hortensia.*

[12] Rimsko građanstvo se *sticalo* na nekoliko načina: rođenjem (*ius sanguinis*) i prirođenjem (*naturalisatio*). *Rođenje* deteta u braku rimskih građana, nije automatski dovodilo do sticanja statusa rimskog građanstva. Najpre je u starom pravu bilo neophodno da tek rođeno dete, otac porodice (*pater familias*) prihvati za svoje. Nakon diskriminatorskog odnosa prema ženskoj deci (jer je u početku bio obavezan da prihvati svu mušku decu, a samo prvorođenu kći), vremenom će zaživeti pravilo da je otac porodice morao da prihvati svako dete koje se živo rodi i koje ima ljudski oblik. *Prirođenje* (naturalizacija) je bio način da rimsko građanstvo stekne i lice koje nije bilo rođeno kao rimski građanin. U zavisnosti od toga ko je dopuštao *naturalizaciju*, Rimljani su razlikovali *privatnu* i *javnu naturalizaciju.* Kod *privatne naturalizacije* – glavni akteri prirođenja bili su paterfamiliasi

biračko pravo koje se sastoji u pravu glasa u komicijama (*ius suffragi*) i pasivno biračko pravo - pravo da bude biran za magistrate (*ius honorum*) tj. pravo da bude biran za nosioca neke javne funkcije, pravo služenja u legijama, pravo učestvovanja u religijskim svečanostima (pravo da izvode auspicije i preuzimaju dostojanstvo sveštenika - *ius sacrorum*),[13] pravo da se pozivaju na narod prilikom krivičnih procesa (*ius provocationis*). Rimsko građanstvo imalo je i svoje *privatno-pravno* značenje i ticalo se: prava zaključenja rimskog braka (*ius conubii*)[14] i pravo zaključenja poslova po propisima rimskog imovinskog prava (*ius commercii*).[15] *Ius conubii* su imali isključivo rimski građani i stari Latini (*Latini veteres*), uz ograničenja za plebejce do *lex Canuleia* (445. god. pre n.e.), za građane libertine u vremenu principata, a za pripadnike grupa vezanih za zanimanja u postklasičnom pravu. *Ius commercii* se tiče: sticanja prava na svojinu i ostala stvarna prava, pravo na stupanje u obligacione odnose, pravo da se može samostalno raspolagati svojom imovinom za slučaj smrti, pravo da se bude naslednik, pravo na zaštitu nekog svog ugroženog prava. Rob (*servus*) u najvećem delu rimske istorije nema ni politička (javna) ni privatna prava koja ima rimski građanin. Kažemo u najvećem delu, jer će se situacija u vezi sa njima, vremenom donekle promeniti.

U periodu **republike**, umesto stare deobe ljudi na *patricije* i *plebejce* imamo podelu ljudi (Rimljana) na bogatu senatsku aristokratiju (*nobili), plebejce i seljake. Nobili* su potomci stare rodovske aristokratije (na-

---

putem usvojenja lica *alieni iuris* (*adoptio*) i lica *sui iuris* (*adrogatio*)…. kao i putem oslobađanja iz ropstva. Tokom republike se praktikovala *javna naturalizacije* gde su rimsko građanstvo dodeljivali svojom odlukom državni organi (konzuli, pretori, upravnici provincija, princeps, imperator).

[13] Pravni akti starog rimskog prava, odlikovali su se formalizmom (izgovaranjem reči u svečanoj formi "*per aes et libram*", javno u prisustvu petorice svedoka i merača s vagom –*libripens*-a), i magičnim ritualnim obredima (gledanje pomoću iznutrica životinja, uzimanje *auspicija* – utvrđivanje rspoloženja bogova, na primer, u trenutku kada stupa na posvećeno tle ili kada polazi na put ili kod zaključenja braka, na način da se posmatraju ptice ili nebo; ti poslovi su odlagani za sutra ukoliko ne postoje "srećne auspicije" (poleti jedna ptica ili se začuje jedna reč koja je "loš znak"). Okolnost da je ulogu vrača preuzimao zbor visokih rimskih sveštenika, samo pokazuje da je religiozni karakter kviritskog prava u direktnoj vezi sa zatvorenošću sistema koji se odnosi samo na rimske građane.

[14] Ulpiani Reg. 5, 4.: „*Conubium habent cives Romani cum ciubus Romanis, cum Latinis autem te peregrinis ita, si concessum sit* ".

[15] Posebno pravo rimskih građana bilo je i pravo "na tri imena" (*tria nomina*) – lično ime (*praenomen*), ime gensa (*nomen gentilicius*) i porodično ime (*cognomen*); posle uvođenja teritorijalnih tribusa, uz ime je moralo biti navedeno i ime tribusa, u cilju bolje identifikacije rimskih građana.

ziv potiče od reči *nobilis*, što u prevodu znači – *plemenit, ugledan, višeg položaja*); osnov njihove moći je tradicija. Iz njihovih redova se biraju članovi za senat i druge političke funkcije (sudije i najviša sveštenička zvanja). Mada su u načelu visoke državne funkcije bile dostupne svima, praktično su, zbog visokih troškova i izdataka, do njih dolazili samo najbogatiji slojevi. S obzirom na to da je obavljanje tih magistratura bilo uslov za ulazak u Senat, senatorski stalež je stvarno postao nasledan za članove koji su poticali iz porodica nobila.

Sloj plebejca se u periodu republike podelio na *ekvestre i gradski plebs*. Ekvestre će iznedriti društveni sloj poznat kao konjanici, vitezovi, koji je u periodu republike izrastao u poseban društveni sloj.[16] Društveni slojevi nobili i ekvestri se razlikuju po tome što se moć nobila bazirala na tradiciji, dok je moć ekvestara počivala na bogastvu koje im je otvaralo put ka najvišoj vlasti. Ekvestri (*ordo equester*) su bili oni sposobni i snalažljivi plebejci koji su uspeli da se (raznim bankarskim špekulacijama) kroz nekoliko generacija obogate i time sasvim odvoje od gradskog plebsa. Njima je posebno pogodovao razvoj trgovine i zanatstva, i nije im bilo ispod časti da se bave poslovima koji su bili zabranjeni za pripadnike senatorskog staleža (prekomorskom trgovinom, bankarstvom, zakupom javnih radova i državnih poreza...). Finansijski ojačan taj deo plebejske populacije sve otvorenije traži od patricija da ravnopravno sa njima učestvuje u „vlasti i privilegijama". Obogaćeni plebejci (*ekvestri*) su se počeli „povezivati sa najmoćnijim patricijskim porodicama". Nakon Suline diktature (80. godina pre n.e.) koji je bezuspešno pokušao da onemogući uticaj ekvestara (tako što je proskripcijama desetkovao taj društveni sloj) i da ih liši mnogih privilegije, došlo je do „primirja" između senatora i konjanika; to je bilo neizbežno jer su građanski rat i ustanci robova doveli u pitanje opstanak države. Kada su krajem republike iz borbe nobila i ekvestara, ekvestri izašli kao pobednici – imperator Avgust je došao na vlast kao njihov kandidat (i plebsov). Izašavši kao pobednik iz krvavih sukoba kojima je okončana *res publica*, Oktavijan Avgust da bi se revanširao ekvestarima, pristupa popunjavanju Senata predstavnicima tog staleža, što je podiglo njihov ugled i moć.[17]

---

[16] Prema reformi Servija Tulija, građani koji su služili u vojsci kao konjanici, "vitezovi" (*equites*) imali su najskuplje naoružanje i opremu i bili su razvrstani u 18 centurija (čete od sto ljudi). Te čete vitezova su po rangu stajale ispred prvog razreda, u koji su ulazili najbogatiji građani, koji međutim nisu posedovali konje pa su sa ostala četiri razreda činili pešadiju.

[17] Posle Avgusta, privilegovan položaj u društvenom i političkom životu ekvestara se nastavlja dolaskom na vlast Hadrijana koji nastavlja refeorme započete u vreme Avgusta... Opširnije: Bujuklić Ž.: *nav. delo,* str. 258.

U vreme **principata,** hijerarhijski sastav društva će biti obogaćen novim društvenim slojem: senatorskim i činovničkim. Ekonomski veoma moćni i politički izuzetno uticajani, ekvestri su dospeli do visokih magistratura, jer je obavljanje neke od tih magistratura bio osnovni preduslov za ulazak u kategoriju nobila. Ekvestri koji izrastaju u pravu „finansijsku oligarhiju" su vremenom stekli i druge privilegije koje su bile nedostupne senatorima: mogli su da budu porotne sudije u krivičnim sporovima, što im je garantovao jedan zakon iz 218. godine pre n.e. (*lex Sempronia*). Avgust je došavši na vlast učinio nešto veoma neobično za to vreme. Očekivalo se, naime, da će uništiti nobile. Desilo se međutim, obrnuto: osim nekoliko senatorskih porodica koje je doista uništio, ostale je pomagao i njihove redove popunjavao svojim ljudima, bogatim ekvestrima. Tako je nastao novi društveni sloj – *senatorski*, koji je bio rezervisan za najbogatije i privilegovane. Sa najvećim brojem ekvestara („poslovnih ljudi") desilo se nešto sasvim drugo: preuzimajući ulogu „princepsovih savetnika za ekonomske i finansijske poslove", vremenom su pretvoren u društveni sloj, koji je bio poznat kao *činovnički* sloj. Njima su popunjavana mesta u carskoj administraciji.

Od doba principata (poznog Carstva) pa nadalje, stanovništvo se sve više razlikuje po socijalnoj, odnosno, staleškoj pripadnosti, koje je imalo značajne posledice i u pogledu pravnog položaja pojedinih grupa. Društvo je jasno podeljeno na moćnike koji su na vlasti *honestieres* **(**osobe senatorskog ili viteškog staleža, veliki zemljoposednici i visoki carski i državni službenici) i niži stalež (*humiliores*) gde su ulazili: gradski i seoski plebs tj. mali zemljoposednici, seljaci, koloni.[18] Navedeni društveni slojevi nisu nikada bili zatvoreni, što je imalo za posledicu to, da je promena materijalnog stanja mogla da dovede do prelaska iz jednog društvenog sloja u drugi.

Staleška razlika među ljudima s početka principata, bila je determinijući faktor kod određivanja „prava čoveka" i u **dominatu**. I pored činjenice da od 212. godine svi slobodni ljudi dobijaju pravo rimskog građanina,[19] nesporno je da su i imućni rimski građani pred imperatorom i dalje

[18] Ova podela je imala odraza u situaciji odmeravanja kazni pojedincima u krivičnoj i procesnoj materiji. Tako su samo pripadnicima nižih slojeva društva izricane kazne koje su smatrane nečasnim (*smrtna kazna bacanja divljim zverima, pribijanja na krst, telesne kazne...*); kazne kao što je na primer *progonstvo* pogađale su samo pripadnike viših slojeva. I kod svedočenja na sudu, iskaz pripadnika višeg sloja se smatrao verodostojnijim.

[19] Karakala je te godine (*Constitutio Antoniana*) pravo građanstva proširio na sve stanovnike imperije ali se zaboravlja da je on to uradio zbog finansijskih razloga, jer su svi bili obavezni da plaćaju naslednu taksu i ostale poreze. Karakala je najmanje mario za pravo gra-

„bespravni", kao i rob. Povodom ograničenja staleške prirode koja je postavio Avgust svojim zakonodavstvom, Ulpijan je pisao da je Julijevim zakonom zabranjeno senatorima i njihovim potomcima da zaključuju brak sa oslobođenicama (libertinkama).[20] Razlog za takvu zabranu u mnogi romanisti vide u težnji imperatora Avgusta da sačuva rimsko-latinski element u višim slojevima društva, tj. da građane sačuva od „priliva tuđe ropske krvi". Koliko pomeniti imperator insistira na staleškoj razlici pri zaključenju braka, jasno je iz odredbi zakona *Lex Julia et Papia Poppea* gde je predviđeno da u slobodi rođena lica nisu trebala da zaključe brak sa izvesnim „nečasnim ženama" (*mulieres infames, feminae probrosae*); u tu kategoriju žena spadale su: glumice, podvodačice, preljubnice, prostitutke, oslobođenice.[21] Tek će u vreme Justinijana (527-565) biti dozvoljeno zaključenje braka bivšim glumicama i njihovim kćerima sa pripadnicima najvišeg staleža.[22] Taj njegov postupak može da posluži kao

---

đanstva svih slobodnih ljudi, već je vapio za novcem da bi imao čime da"podmićuje svoju vojsku i isplaćuje prekomerne troškove" koje je iziskivala njegov opstanak na vlasti.

[20] Ulpiani Reg. 13, 1–2: „*Lege Iulia prohibentur uxores ducere senatores quidem librique eorum libertinas...*".

[21] Avgust je najpre pokušao da svim, u slobodi rođenim licima, zabrani zaključenje braka sa libertinima. Kada taj pokušaj nije uspeo, imperator Avgust je doneo zakon (*lex Iulia*) koji se zasnivao na staleškoj razlici koja postaje smetnja za zaključenje braka. Zabranjeno je bilo senatorima da zaključuju brak sa oslobođenicama (libertinkama) i licima glumačke profesije. Zabrana zaključenja braka podrazumevala je i zabranu veridbe. O tome Paul kaže: "Senator i njegov sin, unuk od sina, praunuk rođen od (unuka) sinova, ma ko od njih bio ili bude, nijedan ne može svesno i namerno uzeti za verenicu ili suprugu oslobođenicu, ili onu koja je sama ili čiji se otac ili majka bave glumačkim pozivom; niti senatorova kći, unuka po sinu ili praunuka po unuku sinovu, može s oslobođenikom ili sa onim čiji su se otac ili majka bavili glumačkim pozivom, svesno i namerno zaključiti veridbu ili brak" (Pauli Dig. 23, 2, 44: „*...ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam, aut eam, quae ipsa cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit; neve senatoris filia, neptisve ex filio, proneptisve ex nepote filio nato nata libertino eive, qui ipse cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit, sponsa nuptave sciens dolo malo esto, neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto*"). Da bi se brak pripadnika senatorskog reda sa libertinkom ili sa licima glumačke profesije, smatrao nepostojećim po *lex Iulia*, bilo je potrebno, kako Paul kaže, da je zaključen *sciens dolo malo*, tj. da je zaključen svesno i zlonamerno (Pauli Dig. 23, 2, 44.). To znači da je senatoru bilo poznato pravo stanje stvari u pogledu njegove buduće supruge i da ni u kom slučaju nije bilo reči o zabludi.

[22] C. 5, 4, 23. 3. Pomenutoj kategoriji žena olakšan je život i mnogo pre, u vreme vladavine Justina; on je naime dopustio glumici koja je prestala da se bavi glumom i njenoj kćeri, kao i kćeri umrle glumice – da zaključe brak, uz uslov da za to dobije odobrenje imperatora (C. 5, 4, 23.). Justinijan je i ovom prilikom pokazao da je bio modernijih shvatanja od svojih prethodnika, jer je 534. godine ukinuo zahtev za odobrenjem imperatora (C.1, 4, 33, 1–2; C. 5, 4, 29). Od tada bivše glumice, njihove kćerke i kćerke pokojne glumice mogu da zaključuju brak kako sa „libertinima", kao i sa slobodno rođenima, pa i s onima koji zauzimaju i najviši društveni položaj (C. 1, 4, 33, 2).

još jedan dokaz, kako se u rimskom društvu krug bračnih smetnji i zabrana određivao prema potrebama i interesima rimskih vladara. Justinijan je ukinuo i dejstvo Julijevog zakona za pripadnike visokih društvenih redova, kojim je bilo zabranjeno senatorima i njihovim potomcima da zaključuju brak sa osobama koje vode nečastan život ili se bave ponižavajućim zanimanjem. Pozadina svega toga, bila je namera Justinijana da se oženi Teodorom, poznatom kurtizanom Konstantinopolja, čije poreklo je i nije baš preporučivalo za caricu.[23]

U **dominatu**, usled unutrašnje krize i spoljašnjih faktora (najezde varvara) kao i usled uticaja hrišćanstva,[24] nastavlja se sa formiranjem novih modela staleža čime se nastavljaju ograničenja pravne sposobnosti rimskog građanina u okviru javnog prava. Pored carskih službenika koji u periodu dominata postaju veoma bitan deo birokratizovane državne uprave, novi staleži se formiraju prema veroispovesti, sa prelaskom u koloniju...; Hrišćanska crkva nije pravila razliku između slobodnih i neslobodnih ljudi, ali jeste između vernika i nevernika, što znači da je pravo građanstva, u smislu „prava čoveka" zavisilo od toga kojoj veri neko pripada. Tako da svi oni koji nisu bili hrišćani (Jevreji, pagani...) nisu imali pravo građanstva.

Položaj **robova** u rimskoj državi je još jedan pokazatelj razlike u dinamici razvoja pojedinih rimskih ustanova, pa i ustanove ropstva: od „člana porodice" u vreme patrijarhalnog ropstva, robovi postaju „objekt" prava („oruđa za rad"), da bi vremenom doživeli da im se prizna imovinsko pravna spsobnost. Nedostatak *ius conubii* imao je za posledicu da se veza koju bi robovi i robinje zasnivali međusobno ili sa slobodnim licem, pravno nije smatrala brakom (*nulum matrimonium*); na tu vezu se gledalo kao na čisto faktički odnos koji je imao i poseban naziv – *contubernium.*[25] Kontubernijum, zajedno sa *konkubinatom* („divljim" brakom) Rimljani su svrstavali u „tolerisane polne veze slične braku"; tolerisali su njihovo postojanje jer nisu imali načina da spreče njihovo zaključenje. Dugo vremena se nije mogao zaključiti brak između rimskih građana i li-

[23] Ona je prema Prokopiju imala najniže moguće poreklo: „rodila se u cirkusu, gde joj je otac bio sluga, a ona se kasnije bavila svim i svačim, između ostalog, bila je i čuvena kurtizana Konstantinopolja".

[24] Kada se pojavilo, hrišćanstvo je bilo pokret ugnjetenih; to je najpre bila religija robova, oslobođenika, siromaha i bespravnih naroda koje je Rim podjarmio i raseljavao. Hrišćanstvo je propovedalo da predstoji oslobođenje od bede i ropstva i to oslobođenje predstoji u životu na „onom svetu"... Hrišćanstvo je doživelo da od progonjene religije postane jedino važeća religija.

[25] Pauli Sent. 2, 19, 6: „*Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest*"

bertina (oslobođenih robova); smatralo se da „lice koje bi izgubilo status roba, sa promenom statusa nije sticalo *ius conubii*".

Poboljšanje položaja robova, započeto još u periodu republike (čijem su padu doprinele između ostalog i pobune robova), nastavlja se u principatu kada prestaju velika osvajanja, što je prouzrokovalo smanjenje priliva robova. Paterfamilias dozvoljava potčinjenim licima (pa i robovima) da učestvuju u privrednom saobraćaju i time im priznaje imovinsko pravnu sposobnost. Dodeljuje im se pekulij, što je imalo za posledicu, njihovu zainteresovanost za rezultate svog rada. Ograničava se pravo gospodara da raspolaže životom roba, kao i pravo na teška kažnjavanja robova. Gospodar roba pored toga što ga nije smeo bezrazložno ubiti, nije ga smeo ni maltretirati, jer u suprotnom, morao ga je otuđiti. Polovinom prvog veka su već zabeleženi slučajevi da se robinja sa troje dece oslobađala radne obaveze, a ona koja rodi i četvrto dete, postajala je slobodna. Ustalila se praksa da se sve više robova pušta na slobodu. Za razliku od starog prava (koji poznaje nekoliko oblika oslobađanja iz statusa ropstva - *manumissio censu, testament, vindicta*), u klasičnom periodu, građanstvo su dobijali samo oslobođenici pri čijem su oslobađanju poštovani posebni zakoni doneti u vreme Avgusta, kako bi se sprečilo prekomerno oslobađanje robova - *lex Fufia Caninia* i *lex Aelia Sentia*. Prvi zakon je ograničavao gospodara roba u broju robova koje je mogao osloboditi, a drugi zakon je propisivao uslove kojih su se gospodari robova morali pridržavati, ukoliko su želeli da oslobođeni robovi steknu status građanstva.[26] Zakon Elija Sencijaje predviđao da robovi mlađi od trideset godina, oslobođeni i pretvoreni u Latine, ukoliko bi se oženili rimskom građankom, ili Latinkom ili ženom sa njihovim statusom i ako dobiju sina, pa o tome posvedoči najmanje sedam svedoka – punoletnih rimskih građana, imaju pravo kada im sin napuni godinu dana, da izađu pred nadležni organ (pretora ili upravnika provincije) koji će im dodeliti rimsko građanstvo.[27] U postklasičnom pravu, polna veza robova dobila je izvesno priznanje: uvedena je zabrana prodaje robova koji su živeli u kontubernijumu, na razne strane i raznim gospodarima (*separation dura*), kao i zabranjena polne veze bli-

[26] Gai Inst. 1, 17. Po zakonu Elija Sencija (*lex Aelia Sentia* je donet 4. godine n.e.), rob je oslobađanjem mogao da postane rimski građanin ukoliko ispuni tri uslova: da je stariji od trideset godina, da je imao gospodara po kviritskom pravu i da je oslobođen valjanom manumisijom (bilo putem štapića – *vindicta*, bilo upisom u cenzorske knjige bilo na osnovu testamenta). Ukoliko jedan od ovih uslova nije bio ispunjen, takav rob nije postajao rimski građanin već Latin Junijan. Preuzeto iz Gajevih Institucija koje je preveo Stanovević O., Beograd, 1982, str. 35.

[27] Gai Inst. 1, 29. Stanovević O., nav. delo, str. 39.

skih srodnika među robovima (*cognatio servilis*).[28] Senekine reči: „*On je rob. Naravno, on je čovek*“, stvaraju novu svest o položaju robova; van razuma je, odnosno, neracionalno je, oduzimanje svakog prava robovima. Njihov bolji položaj iniciraće i hišćanska crkva, tako da država počinje da gleda na robove kao na svoje podanike.

Od IV veka n.e., kada otpočinje feudalizacija rimskog društva, robovi se masovno pretvaraju u *kolone* (*colonus*). Koloni (bivši robovi ali i bezemljaši) dobijaju poseban pravni, ekonomski i socijalni položaj kao neposredni proizvođači, koji trajno i nasledno obrađuju zemljište veleposednika. Po svom pravnom položaju, „kolon u postklasičnom periodu razvoja rimskog društva je slobodan čovek, s očinskom vlašću, rimski građanin; iako u načelu slobodan čovek (*ingenuus*), kolon je time što je vezan za zemlju koju nije mogao da napusti – dobijao status poluslobodnog čoveka.[29] Po položaju na “sredini između roba i slobodnog čoveka“, kolon je mogao, zajedno sa zemljištem koje obrađuje, da bude otuđen i ustupljen drugom vlasniku. Pored obaveze da za korišćenje zemljišne parcele, vlasniku plaća u naturi određen deo proizvoda, kolon je bio ograničen u još nekim pravima: nije mogao da zaključi brak sa slobodnom građankom, „a od V veka i sa bilo kojom, ako nije stanovala na području istog vlastelinstva“.[30]

U vezi sa ustanovom ropstva, Rimljani znaju i za ustanovu *ius postliminii*.[31] To je pravo rimskog građanina koji je pao u zarobljeništvo i postao rob, da ponovo – ako se vrati na rimsko područje i tako postane slobodan – stekne sva prava koja je ranije imao. To, međutim, nije važilo za brak i posed, jer se uzimalo da su to faktička stanja koja je zarobljavanje prekinulo. Ukoliko bi zarobljenik umro u ropstvu, uzimalo se kao da je umro u trenutku zarobljavanja, dakle kao slobodan čovek. Ta okolnost je posebno bila važana kod nasleđivanja, pa ukoliko je trebalo proceniti valjanost sačinjenog testamenta, odnosno, ukoliko je trebalo odrediti krug naslednika - ta pitanja su rešavana kao i za ostale građane.

---

[28] Inst. 3.6.10.

[29] Prvi akt o vezivanju kolona za zemlju se vezuje za Konstantina i njegovu konstituciju iz 322. godine n.e. (C.Th. 5, 17, 1.). Videti opširnije: Romac A., *Rečnik rimskog prava,* Zagreb, 1975. str. 111.

[30] Romac A., nav. delo, str. 112.

[31] Dig. 49, 15. Ovom ustanovom je mogao svaki rimski građanin (ukoliko nije zbog izvršenog krivičnog dela izgubio građanstvo), da traži povraćaj statusa rimskog građanina To iz razloga što se polazilo se od toga da je “vlast oca privremeno obustvljena na osnovu *ius postliminii*, ukoliko je sin ili unuk pao u ropstvo“: *Ipse quoque filius neposve si ab hostibus caputus fuerit, similiter dicemus propter ius postliminii potestatem quoque parentis in suspenso esse.*

2. Traganje za korenima „prava čoveka“

Iako su „prava čoveka“ u rimskim okolnostima rezervisana samo za rimske građane, u traganjima za korenima „prava čoveka“, kao unutrašnje stvari rimske države - polisa, nemoguće je ne dotaći se antičkih vremena.[32] Učenja sofista, Sokrata, Platona i Aristotela u pojmu „čoveka“ vide jedno od temeljnih demokratskih pojmova. Oni su proučavajući jedini oblik vladavine u Grčkoj, tokom četvrtog veka pre n.e. – demokratiju, dali „idejni nacrt za obrazovanje jednog novog i savršenog polisa“. I pored poznate okolnosti da demokratija nije trijumfovala svuda u Grčkoj (u nekim državama je vladala *oligarhija* - manjina najbogatijih i najuticajnijih ljudi, a u nekim *tiranija* - gde je svu vlast imao jedan čovek, oslonjen na najamničku vojsku)[33] - antičke demokratije su bile uzor slobodi i napretku, posvećivale su manje ili više pažnju položaju i pravima njihovih nosilaca, bez kojih oni to ne bi mogli da budu.[34] Sofisti su svoja proučavanja usresređivali na čoveka, društvo i državu; po njima je čovek merilo svih stvari. Pod njihovim uticajem razviće se i niz filozofskih škola kojima je zajedničko između ostalog i to da su „svi tražili prihvatljive odgovore na zamršena pitanja“. Rimljani su preuzevši niz grčkih filozofskih ideja, istovremeno preuzeli i njihova razmatranja i napomene o prirodnom pravu.[35]

I pored toga što je grčka demokratija kritikovana od učenih ljudi i mislilaca koji su dokazivali da to nije bila demokratija za sve građane, jer ima institucija koje to potvrđuju (ropstvo, izolovanje žena, *ostrakizam*[36] i dr.) -

---

[32] To iz razloga “što niko ne može da shvati sadašnjost dok ne stekne jasan pojam o evoluciji civilizacije u antičkom dobu; pri tome treba naglasiti da je grčka civilizacija postala svetska samo zahvaljujući ponovnom i dugotrajnom dodiru sa istočnim kulturama (Egipat, Mesopotamija, Persija...) nakon što je Aleksandar Veliki osvojio Istok, i da je tu istu civilizaciju kao svoju prihvatio Zapad, a to znači savremena Evropa, jednostavno zato što ju je u celosti preuzela Italija koja je ovu civilizaciju u njenom rimskom obliku učinila pristupačnom delovima antičkog sveta koje je rimska imperija objedinjavala sa ciljem da im obezbedi civilizovan život...“Rostovcev M.: *Istorija starog sveta*, Beograd, 2004, str.28

[33] Videti opširnije: Rostovcev M., nav. delo, str. 147.

[34] Avramović S.: *Temelji moderne demokratije* u “*Starogrčka baština*“, Beograd, 1989, str. 13-22.

[35] Malenica A., *Rimsko pravo*, Novi Sad, 2008, str. 134.

[36] *Progonstvo* (*aquae et ignis interdictio*) kao mera kažnjavanja pojedinih lica u Rimu, ima sličnosti sa merom kažnjavanja poznatu kao “*ostrakizam“*, a koju su uveli u Atini Klisten (ili Solon). To je bila osuda istaknutih ljudi na “časno“ progonstvo na period od 10 godina, ukoliko se posumnjalo da bi pojedini spretni političari mogli uvesti “tiraniju“. Ovde treba podsetiti da izraz “tiranija“ u Atinskoj Grčkoj nema isto značenje kao danas. “Tiranin“ je bio vladar koji je na vlast došao nedemokratskim putem. U grčkim gradovima vlast tiranina je bila često uperena protiv aristokratije i u interesu širih slojeva ljudi. U vezi sa kaznenom merom “progonstva“ iz zajednice, najpre se na skuštini (*eklezija*) odlu-

ideje koje zastupaju Sokrat,[37] zatim njegov učenik Platon i Aristotel (koji kaže da „ljudi nisu nipošto po prirodi jednaki, već se jedni rađaju da budu robovi, a drugi da im budu gospodari") – našle su pogodno tlo u rimskom društvu. Već smo u uvodu ovog rada napomenuli da i Gaj, razmatrajući pojam „prava čoveka", u prvoj knjizi Institucija, naglašava da se osnovna podela ljudi bazira na tome da li su oni slobodni ili robovi. Iako su rimski pravnici – stoičari, pod uticajem grčkih shvatanja „prirodnih zakona", podržavali prirodna prava: pravo slobode govora (*isogoria*) i pravo jednakosti pred zakonom (*isonomia*), treba podsetiti da ni rimska demokratija nije ono što se pod njom danas podrazumeva. Kratak osvrt na odnose koji vladaju među građanima kao i na proces izbora, nedvosmisleno nas uveravaju da još od II veka pre n.e., sve počiva na novcu i nepotizmu. Pravljenje karijere ili napredovanje u okviru institucija bilo je rezervisano za malobrojne. Pravo glasa, koje omogućuje učešće u vlasti i definiše puni građanski status, imali su samo slobodni rimski građani, ali opet ne svi...Nije bila bez značaja i praksa da ko ima iza sebe podršku finansijskih moćnika taj je sticao vojnu prevlast i izlazio je kao pobednik iz krvavih sukoba. Podela ljudi na „slobodne" i „robove", trajaće sve do X-og veka, kada će je zameniti podela na vojnike (*milites*) i seljake (*rusticii*).[38]

3. Koreni ideje o „ljudskim pravima"

Nesporno je da i **ideja o „ljudskim pravima"** iako je novijeg datuma, vodi poreklo još od grčkih shvatanja „prirodnih zakona",[39] posebno

---

čivalo da li ima građanina koji bi mogao da ugrozi demokratiju, a potom su tajnim glasanjem, putem upisivanja na glineni crep (*ostrakon*) imena, članovi skupštine odlučivali koga će proterati na 10 godina. Bilo je potrebno da najmanje 6000 ljudi napiše ime nekog građanina, da bi on bio proteran. Dešavalo se da najbolji Atinjanin bude žrtva ove mere...Videti opširnije: Stanojević O., *Istorija političkih i pravnih institucija*, Beograd, 1988, str. 100.

[37] Sokrat je bio jedan od onih učenih ljudi koji su uviđali slabosti grčke demokratije. Pozivao je ljude "da upoznaju sami sebe" kako bi bolje živeli kao pojedinci, kao članovi užih zajednica pa i na kraju kao članovi države. To njegovo zalaganje ga je na kraju koštalo glave: osuđen je na smrt, a na dušu mu je stavljeno "da ne veruje u bogove koje priznaje država i da kvari omladinu".

[38] Prema toj podeli postojali su oni (u suštini malobrojni) koji su imali privilegiju da nose oružje i da se bore, zbog čega su bili izuzeti od tereta uobičajenih nameta, i oni (većina svetovnih ljudi) od kojih se očekivao napor u oblasti proizvodnje koji će zadovoljiti njihove sopstvene ogranničene potrebe, ali i malo veće i prefinjenije potrebe onih koi su imali privilegiju od plodova njihovog rada.

[39] Grčki mislioci su rano shvatili da postoje pored specifičnih pravila za svaki polis i ona pravila koja su zajednička svima; zajednička pravila temelje se na razumu i prirodi. Tu je i nezaobilazni Aristotel koji je ukazivao da ono što je po prirodi pravedno nije uvek pravedno i sa stanovišta prava. Stoici su takođe raspravljali o prirodnom pravu i pod tim su podrazumevali pravo koje je u skladu sa čovekovim razumom.

od stoičara koje je privukla vrlina u ljudskoj aktivnosti: vladanje samim sobom, umerenost (uzdržavanje od luksuza), pravda, hrabrost... Ove i slične ideje o „ljudskim pravima" su najpre prihvatili rimski pravnici stoičari koji zastupaju stanovište da pravo proizilazi iz prirode (i da je zbog toga zajedničko svim ljudima); osnov morala je usklađivanje sa prirodom. Sam izraz *virtus* prevodi se kao sposobnost da se neko ponaša kao čovek (*vir*) po pravdi i pravičnosti; da se ponaša „ljudski". S proširenjem „ideje ljudskosti čoveka, širila se i demokratija".[40] A demokratija je nezamisliva bez „prava čoveka" i „ljudskih prava" čiji je put kodifikacije bio veoma dug.

Bez obzira na neprolazne vrednosti antičkih tekovina, ideja da „ljudska prava" potiču od shvatanja „o urođenom čovekovom dostojanstvu", iz koga proističu neka osnovna i neotuđiva prava i slobode, koje nikakva vlast ne daruje ili može da oduzme - naći će pogodno tlo za dalje razrade u glavama srednjovekovnih hrišćanskih mislilaca iz XI veka (Gracijan) i iz XIII veka (Toma Akvinski). Oni obavezujuću snagu „prirodnih zakona" nalaze u Božijoj volji; pravo koje je dao Bog, predstavlja prirodno pravo. Gracijan izjednačava prirodno pravo sa božanskim pravom koje je ljudima dato u Starom i Novom zavetu; Sv. Toma Akvinski piše da postoji „nepromenljivo pravo božanskog razuma;" Toma Akvinski dalje kaže da se posredstvom prirodnog prava „čuva sve ono što pojedinac duguje Bogu i ispunjava se sve ono čemu je priroda naučila sva živa bića".[41] Ovo njegovo mišljenje polazi od Ulpijanovog shvatanja prirodnog prava preuzeto od Celza i ono glasi da „je pravo veština pronalaženja rešenja koja su dobra i pravična (*ius est ars et boni et aequi*) i za pojedinca i za zajednicu kojoj on pripada.

Hrišćanski Zapad između XI i XV veka živi u uverenju „da postoji univerzalni i večiti ljudski model koji je definisala religija, kroz teologiju kao najviši izraz nauke o veri". S „verom je sve počinjalo i sve se završavalo". Prvi dokument sa neposrednim garancijama prava čoveka u skladu sa tadašnjim prilikama jeste *Magna carta libertateum* (*Velika povelja slobodne Engleske*) koju je 1215 godine obnarodovao kralj Jovan Bez Zemlje. U osnovi to je tipičan feudalni dokument o pravima i obavezama vazala, koji nema neposrede veze sa modernim shvatanjem demokratije i ljudskih prava.[42] Kralj Jovan nakon što je najpre podario večnu slobodu crkvi, podario je „mnoge slobode svim slobodnim ljudima kraljevstva i to

[40] Zaharijević A., nav. delo, str. 115.

[41] Videti opširnije: Malenica A., nav. delo, str. 134.

[42] Avramović S. – Stanimirović V., *Uporedna pravna tradicija* , Beograad, 2007, str. 218.

zauvek"; „po značaju smatra se da *Velika povelja* prevazilazi okvire engleske državnosti i vreme u kome je nastala; ona je odraz državotvornih akata uopšte celog srednjeg veka".[43] Treba podsetiti da je ova povelja nadživela vekove i „danas je deo pozitivnog prava Engleske".

U XVI i XVII veku zahvaljujući velikim misliocima i njihovim brojnim otkrićima u prirodnim naukama (to je vreme Galileja, Njutna, Kopernika i Dekarta), otpočinje period racionalizma i prosvećenog apsolutizma. To je vreme oslobađanja ljudske misli od teološke dominacije, što ima za posledicu da se i među crkvenim misliocima javljaju neke nove ideje, koje primat nad Božijom voljom vide u čovečjem razumu. Zaživelo je uverenje da „čovek razumom može da pronikne u suštinu svih stvari". Razum i rezonovanje proglašavaju se univerzalnim metodom naučnog istraživanja, pa renesansni pokret biva zamenjen novim - racionalnim. Rađa se ideja da i na području prava postoje „prirodni zakoni", koje kao univerzalne i nepromenljive treba samo otkriti. Na tom putu se polazi od različitih polazišta. Jedni polaze od Boga, drugi od samog čoveka u kome vide ili egoistu ili punog vrlina, dok treći (kao na primer Hobs) polaze od „divljeg sveta prirode" u kome su ljudi slobodni i jednaki i u kome svaki pojedinac zbog svoje egoistične prirode ratuje sa svima drugima (*Homo homini lupus* - „'čovek je čoveku vuk"); u takvoj situaciji čovek ima prirodno pravo da upotrebi silu kako bi odbranio svoj život.[44] Pojedini romanisti[45], to Hobsovo stanovište o pravu na upotrebu sile povezuju sa Florentinovim fragmentom u prvoj knjizi Digesta: „Mi smo dužni da odbijemo nasilje i svako postupanje koje nije u skladu sa pravom, kako bi smo zaštitili svoj fizički integritet (telo).[46] Holanđanin Hugo Grocius (1583-1645) smatra da pored nesavršenog, pozitivnog prava u kome narod živi, postoji i savršeno pravo, razumom dato (prirodno pravo). „Sledeći načelo razuma, narod ima pravo da se pobuni protiv nesavršenog prava".[47] Navedene ideje su brzo prihvaćene u krugovima građanskog staleža (trgovaca i bankara) koji se nisu mirili sa postojećim stanjem u društvu. Prirodna prava

[43] Avramović S.: *Magna carta libertatem* , u *Temelji moderne demokratije*, Beograd, 1989, str. 47.

[44] U situaciji gde je "čovek čoveku vuk" i gde je svako ugrožen, razum tera čoveka, po Hobsu, da se mirnim putem reši svaki sukob među ljudima. Mir, a ne rat je "za svakog pojedinca najveće dobro". To je jedan prirodni zakon koji je kao opšte pravo pronađen razumom, "koje čoveku zabranjuje da čini ono što uništava njegov život" i on je osnov za uspostavljanje mira i čovekovog života u društvu.

[45] Malenica A. *nav. delo*, str. 135.

[46] *Florentinus libro primo institutionem* ut vim atque iniuriam propulsemus: nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelamcorporis sui fecerit, iure fecisse existimetur…

[47] Stanojević O. – Stanković E.: *Savremeni pravni sistemi*, Kragujevac, 2010, str. 17.

će „postati glavno oružje građanskog staleža za obaranje feudalnog poretka".[48] Krenule su revolucije, najpre u Holandiji, potom u Engleskoj, Francuskoj i drugim zemljama. Rezultat je bio donošenje niza građanskih zakona koji su se oslanjali na rimsko pravo i ideje Huga Grocija. Na ustanovu ropstva se ne gleda blagonaklono jer se polazi od toga da se ljudi rađaju slobodni, da imaju slobodu kretanja, pravo na sreću, pravo na privatnu svojinu; državom treba da vlada narod preko predstavnika koje sam izabere; u državi se mora izvršiti podela vlasti na izvršnu, sudsku i zakonodavnu (za šta se zalagao Monteskje) i dr.

Iako je u srednjem veku – sloboda najviša vrednost, pokretač mnogih čovekovih pobuna, tek će pod velikim uticajem političke misli liberalne buržoazije, slobode i prava čoveka biti potpunije oblikovani. Kraj XVII i početak XVIII veka konačno stavlja pojedinca u prvi plan. U njemu se vidi odlučujući činilac novih odnosa i ekonomskih i društvenih preobražaja. Tada su konačno utemeljena brojna načela presudna za savremene tvorevine u oblasti korišćenja i zaštite prava čoveka i vladavine prava. Ne odstupajući od ideje da prirodna prava (među kojima je prvo i osnovno, „pravo na život") čovek stiče rođenjem, u vreme nastajanja građanskog društva tokom XVII i XVIII veka doneti su dokumenti čiji su sadržaj „ljudska prava". U ta dokumenta su zapisana prirodna prava čoveka i njegov odnos sa državom. Tu je nezaobilazni *Habeas Corpus Act* (Zakon koji proglašava prava i slobode podanika i koji određuje nasleđe krune).[49] Ovaj dokument o pravima čoveka u anglosaksonskom pravu donet 1679 godine, u engleskom parlamentu više puta je dopunjavan. Osnovna načela ovog akta kojim se izvršna vlast stavlja delom pod kontrolišu sudske vlasti, svode se na zabranu nezakonitog hapšenja bez sudskog naloga, zabranu dugotrajnog zadržavanja u zatvoru bez uverljivih dokaza o krivici, na zaštitu čoveka od maltretiranja u istrazi i iznuđenog priznanja i druga prava kojima se garantuje nepovredivost ličnih sloboda pred policijom i sudom.[50] Jedna od važnijih dopu-

[48] Stanojević O. – Stanković E.: nav. delo, str. 143.

[49] Ovaj akt je garantujući "nepovredivost ličnih sloboda", nadživeo vekove i njegove odredbe iz ukupno 20 članova, poslužile su kao osnov savremenom kaznenom pravu. Odredbe pomenutog Zbornika "utiru put ka zaštiti od političke samovolje i policijskih i sudskih zloupotreba koje su i najveća pretnja čovekovim pravima i slobodama; sa ovim zakonom započinje praktično ustavno uređenje pitanja prava i sloboda građana, umesto pojedinačnih dokumenata". Preuzeto od: Vasiljević V., *Prava čoveka između politike i prava* u Zborniku *Prava čoveka,* Beograd, 1991, str. 12.

[50] Ovim aktom jedino je sudski organ, a ne policijski nadležan da odluči ima li osnova da jedno lice bude lišeno slobode. U situaciji kada policijski organ ne može da čeka sudski nalog (zbog mogućnosti bekstva, uklanjanja tragova krivičnog dela...) zakon

na ovog akta dogodila se kada je engleski parlament 1689 godine doneo *Povelju o pravima* (poznatiju kao *Bil o pravima*); taj akt se smatra „jednim od prvih dokumenata koji ustanovljavaju ljudska prava". Ne prekidajući sa prevođenjem prirodnih prava u tadašnja pozitivna prava, dodato je još pravo svakog čoveka, optuženog za krivično delo, na pošteno i javno suđenje pred porotom. Ukinute su preterane kaucije za uhapšenog i svirepe i neuobičajene kazne. 1816. godine *Habeas corpus act* je proširen i na građanski teren: zabranjeno je da muž drži ženu zatvorenu, roditelj decu, zabranjeno je držanje robova u Engleskoj.[51]

Oslobođenje severnoameričkih kolonija od engleske vlasti i uspostavljanje državnosti, označeno je *Deklaracijom o nezavisnosti SAD*, koju je 13 država Amerike usvojilo na kongresu 4. jula 1776. Njen tvorac Tomas Džeferson bio je pod velikim uticajem ideja koje su zastupali pobornici prirodnog prava, pre svih Džon Loka (koji se smatra rodočelnikom „ljudskih prava") i Ž.Ž. Rusoa.[52] Američka Deklaracija o nezavisnosti je u preambuli istakla da su „svi ljudi rođeni jednaki, da im je tvorac podario izvesna neotuđiva prava, među kojima je pravo na život, slobodu i traganje za srećom". Zanimljivo je da nije ubačen stav o privatnoj svojini kao prirodnom pravu, niti stav kojim se zabranjuje ropstvo, kako bi se udovoljilo južnim kolonijama, gde je ropstvo još uvek važeća kategorija; sam Džeferson je posedovao robove do svoje smrti.

Francuska buržoaska revolucija je iznedrila *Deklaraciju prava čoveka i građanina* (26 avgust 1789), koja počiva takođe na učenju škole prirodnog prava. Nesporno je da su pomenutim dokumentom „udareni temelji moderne demokratije i pravne države", ali treba podsetiti da Francuska u to doba još uvek ima svoje afričke kolonije; nakon što je 1794. godine ropstvo ukinuto, ono biva ponovo uspostavljeno u doba Napoleona (1801). Robovima-stanovnicima kolonija i doseljenicima iz

predviđa striktne uslove pod kojima se neko lišava slobode bez sudskog naloga... Videti opširnije: Avramović S. - Stanimirović V., nav. delo, str. 219 – 221.

[51] Avramović S. – Stanimirović V.: nav. delo, str.222.

[52] Filozof iz XVII veka *Džon Lok*, u svojim izlaganjima o prirodnom pravu polazi od ideje da je ono prisutno u ljudskoj zajednici od najranijih dana njenog postojanja kada su svi ljudi slobodni i jednaki. Dokazujući da ljudi imaju prirodno pravo na život, slobodu i svojinu, s pravom se smatra rodočelnikom "ljudskih prava". *Monteskje* je dokazivao da je prirodno pravo prethodilo društvenom stanju i da je ono superiornije od onog stanja koje je ustanovljeno religijom i državom. *Ž. Ž. Ruso* je pod uticajem prosvetiteljskih ideja tvrdio da je čovek u prvobitnom divljaštvu živeo izolovano, da je bio pun vrlina i da su ga u njegovom delovanju pokretala dva instikta koja prethode razumu: instikt samoodržanja i instikt samoosećanja.

Afrike, posebnim zakonom se zabranjuje da imaju svojinu, jer su oni sami nečija svojina; svojina onog ko se smatra „čovekom" (pod kojim se podrazumevao francuski građanin). Iako je doneta pod snažanim uticajem *Američke Deklaracije o nezavisnosti*, za razliku od nje, Francuska Deklaracija „postavlja opšte principe i načela, bazirane na razumu". U njenom tekstu u vezi sa pravima čoveka kaže se da su: „ljudi rođeni slobodni i ostaju slobodni sa jednakim pravima": „svrha svih političkih udruživanja je očuvanje prirodnih i neotuđivih prava čoveka: sloboda, svojina, sigurnost i suprostavljanje nasilju". Određujući granice ljudske slobode, navodi se da se „sloboda sastoji u mogućnosti da se čini sve ono što ne škodi drugome... obuhvata pravo govora, slobodu štampe, slobodu veroispovesti i slobodu od proizvoljnog hapšenja" (čl. 4). U vezi sa zakonom kaže se da „zakon ima pravo da zabrani samo radnje štetne za društvo..."(čl. 5); „...svi građani imaju pravo da lično ili preko svojih predstavnika učestvuju u donošenju zakona: zakon mora biti isti za sve, bilo da štiti, bilo da kažnjava". Pošto su svi građani jednaki pred zakonom... dostupna su im sva dostojanstva, mesta i javne službe, prema njihovim sposobnostima, bez obzira na bilo kakvu razliku, osim one koja se tiče njihovih vrlina i talenata" (čl. 6). U čl. 7 postavljeni su osnovni principi modernog krivičnog prava kroz načelo: „da niko ne može biti optužen, uhapšen ili zadržan za delo koje nije unapred propisano zakonom (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), i kroz načelo da niko nije kriv dok mu se krivica ne dokaže (poznato načelo prezumpcije nevinosti) u čl. 9. Od ostalih prava garantuje se pravo na slobodu veroispovesti, slobodu misli, govora i štampe, kao i pravo svojine koje je nepovredivo i sveto (čl. 17).

Kada su nakon buržoaskih revolucija u Evropi počele da niču nacionalne države, svaka od njih je postala priča za sebe. Zajedničko pravo koje se temeljilo na recipiranom rimskom pravu i kanonskom pravu, više nije imalo raniji uticaj.[53] Pod uticajem istorijskopravne škole koja je insistirala na specifičnostima svakog naroda (poseban jezik, posebna kultura, pa i posebno pravo), države donose svoje zakone koji su nosili pečat svakog naroda ponaosob. U isticanju svojih osobenosti posebno su prednjačili totalitarni režimi u Rusiji, Italiji i Nemačkoj. U Rusiji je 1917. doneta *Deklaracija prava naroda Rusije*, a 1918. *Deklaracija prava radnog i eksploatisanog naroda*.[54] Ovim političko-ideološkim aktima, otpočeće „je-

[53] Stanojević O. – Stanković E.: nav. delo, str. 19.

[54] Deklaracijom iz 1917 godine koju su potpisali Lenjin i Staljin propisana su četiri načela kojima će sve u državi Rusiji biti podređeno: ravnopravnost i suverenost naroda, pravo naroda na samoopredeljenje do otcepljenja i stvaranja samostalnih država, ukidanje nacionalno-religijskih privilegija i ograničenja, slobodan razvoj nacionalnih manjina i et-

dan svojevrstan postupak kršenja prava i sloboda čoveka i građanina u ime zaštite tih prava i sloboda u totalitarizmu sistema socijalističkog tipa".[55] Da zlo bude veće, takvo ponašanje vlasti (kojoj je sve dozvoljeno, poput „boga i gospodara" - *dominus et deus*) nastaviće se u periodu nakon drugog svetskog rata, do šezdesetih godina. Čovek je predmet nemilosrdnog zlostavljanja; da bi opstao mora bespogovorno da sluša. I onda kada je 1936. godine SSSR dobio ustav (tzv. Staljinov ustav), iako je obilovao skalom ljudskih sloboda, to su bile samo puke deklaracije koje sa stvarnošću toga doba nisu imale nikakve veze. A stvarnost je bila i dalje jeziva po pitanju prava čoveka: hapšenja, suđenja bez zakona, i koncentracioni logori bili su svakodnevica.[56]

I totalitarni režimi u Italiji u periodu od 1927. godine i u Nemačkoj 1933. godine, ostaće zapamćeni po grubom kršenju ljudskih prava i sloboda čoveka. Zabranom slobode mišljenja, političkog okupljanja i izjašnjavanja - pretila je opasnost da fašistički režimi tih zemalja unište najvrednije tekovine civilizovanog sveta. Posebno je bilo strašno to što su nacistički planovi podrazumevali uništavanje čitavih grupa naroda i život samo za „izabrane" narode koji pripadaju arijevskoj rasi. Pitanje genocida

---

ničkih grupa (Videti opširnije: *Temelji moderne demokratije*, Beograd, 1987, str. 446-447). Ovom drugom Deklaracijom iz 1918. godine, čiji najveći broj odredbi je i unet u Ustav RSFSR iz 1918., najpre je ukinuta privatna svojina na zemlji (do tada neprikosnoveno prirodno pravo). Zemlja prelazi u svojinu države kao i banke koje su do tada bile u privatnom vlasništvu. Da bi se obezbedila "planska privreda", uvedena je "opšta radna obaveza" kako bi se uništio "parazitski sloj" u koji ulaze, do tada imućni ljudi (V. Vasiljević, nav. delo, str.14). Nažalost, ovakvo uređenje države preuzeće i druge socijalističke evropske države, među njima i FNRJ, koja kada je stvorena 1945. godine, već je bila deo sovjetske interesne sfere. I na ovim prostorima sve one kojima nije bio na srcu komunizam i novo društveno uređenje, ali i "neposlušne drugove", stizala je sudbina proskribovanih ljudi koji su dobijali epitet "narodnog neprijatelja"; pretresi njihovih kuća, zatvaranje, masovna i tajna pogubljenja desetine hiljada ljudi, čak i bez sudske presude, postaju redovna pojava. "Narodnim neprijateljima" je konfiskovana privatna imovina, najčešće na ekskluzivnim lokacijama, čiji je jedini greh bio što su bili imućni i "nisu bili odani tekovinama narodnooslobodilačke borbe". Radilo se o osveti pobednika koji je nemilosrdno rušio sve ono što je ideološki označavano za stubove i nosioce starog režima. Kršeći osnovna ljudska prava, želela se promena svesti ljudi na najsvirepiji način.

[55] Vasiljević V.: nav. delo, str. 14.

[56] Ljudi su hapšeni i zatvarani u logore, a da ni sami nisu znali šta ih je tamo dovelo. Čini nam se zanimljivim jedan primer koji navodi Stanojević O., na str. 15 u citiranom delu. "Radilo se o jednom uglednom direktoru preduzeća u SSSR –u, koji iako je bio disciplinovan član partije ipak se obreo u logoru. Kada su posle Hruščova i njegovog čuvenog *tajnog* referata o kultu ličnosti, stroga pravila malo popustila, nesrećni direktor se ususdio da pita upravnika logora zašto je on zatvoren. Ovaj ga je podsetio na jedan partijski kongres na kome je Staljin držao referat, a on je bio delegat. Uzeto mu je za zlo što je prvi prestao da aplaudira kada je drug Staljin završio govor."

na Jevrejima, bilo je deo opšte nacističke politike „konačnog rešenja jevrejskog pitanja".[57]

4. Savremeno poimanje ljudskih prava

Nakon završetka svetskih ratova (Prvog i Drugog) koji su odneli preko pedeset miliona života, bilo je jasno da je osnovno ljudsko pravo „pravo na život", i te kako ugroženo. Stanovište da su „ljudska prava", njihov položaj i garancije, kao i odnos pojedinca i države - stvar unutrašnjeg prava svake države, vladalo je sve do II svetskog rata. Kada se uvidelo da države prvobitnim idejama o pravima čoveka i građanina, nisu uspele da urede odnose unutar svojih zemalja, na način kojim bi se obezbedila stabilnost i izbegli nesporazumi koji ugrožavaju i opšte interese i interese užih društvenih grupa –intervenisala je međunarodna zajednica. To je imalo za posledicu da se ljudska i građanska prava proširuju i dopunjuju,[58] što je rezultiralo pojavljivanjem univerzalnih i regionalnih dokumenata koji garantuju ljudska prava. Univerzalni dokument o ljudskim pravima je *Povelja Ujedinjenih nacija* iz 1945. U tom prvom savremenom kodifikatorskom aktu, uveden je tehnički izraz „prava čoveka". Nakon toga je rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija od 10. decembra 1948. „usvojena i proklamovana" *Univerzalna (opšta) deklaracija o ljudskim pravima.*[59] U njoj je dat prvi celovit popis „prava čoveka" a time i „ljudskih prava", „bez obzira na pol, rasu, boju kože, jezik, veroispovest, politička i druga uverenja, nacionalno i socijalno poreklo, svojinu, rođenje ili neki drugi status", na šta upućuje čl.2. Univerzalni karakter ljudskih prava svodi „prava čoveka" na „status ideala". Tome se pribeglo iz razloga što je to bilo lakše nego konkretnim delima (postupcima) obezbediti, da svako ljudsko biće, samim tim što je ljudsko biće, ima pravo na život, na slobodu, bezbednost ličnosti; da se niko se ne sme držati u ropstvu, niti podvrgnuti mučenju ili svirepom, nečovečnom ili ponižavajućem postupku ili kažnjavanju... i da

[57] Otpočinjanjem Drugog svetskog rata, Treći rajh će u Nemačkoj, ali i u svim ostalim delovima ratom zahvaćene Evrope, imati oformljenu organizaciju i odgovarajući upravni aparat za rešavanje "jevrejskog pitanja". Jevreji su prolazili pakao, gde god su se našli. Stavljani su pod specijalne rasističke propise koji su uključivali: popis, prijavljivanje imovine, prisilni rad, masovna streljanja i logore smrti sa gasnim komorama.

[58] Ozbiljna pažnja je posvećena: pravilima ratovanja (učesnicima oružanih sukoba, koji su zarobljeni, garantuje se dostojanstvo i neophodna nega), sprečavanju i suzbijanju trgivine robljem, kontroli proizvodnje i trgovine narkoticima.

[59] Zanimljivo je da je 48 država glasilo za rezoluciju, nijedan protiv, a nekoliko država je bilo uzdržano - Jugoslavija, (tada FNRJ), Saudijska Arabija, Južna Afrika i SSSR.

svako ima pravo da svuda bude priznat kao pravni subjekt...[60] Nažalost, praksa će pokazati da su navedena prava za mnoge građane bila samo utopija. Zaboravljalo se i danas se često zaboravlja da „na osnovu prirodnog zakona ljudsko biće ima pravo da bude poštovano zbog same činjenice što je čovek".

Nakon Univerzalnog dokumenta o ljudskim pravima, očekivalo se da se u okviru OUN donese jedinstveni akt *Povelja o pravima čoveka.* To se nije desilo iz razloga što su se članice OUN podelile oko značaja pojedinih vrsta prava. Umešala se politika i umesto jedinstvenog dokumenta, 1966. godine doneta su dva dokumenta: *Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima* i *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima.* Istovremeno je usvojen i *Fakultativni protokol koji se odnosi na međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima*. Navedenim aktima su „prava čoveka" prenesena u međunarodnu nadležnost, a ne kao do tada što su bila u domenu nacionalne nadležnosti. Doneti su mnogobrojni međunarodni dokumenti kojima su uređena „prava čoveka" i u nekim užim područjima, kao što su pitanja zaštite od ropstva (ukidanje ropstva i trgovine robljem), zabrana rasne diskriminacije i aparthejda, zaštita prava žene i deteta, zabrana genocida, zabrana nasilja i ponižavajućeg položaja...[61] Dalji doprinos ostvarivanju i zaštiti „prava čoveka" pored širih regionalnih kodifikacija[62], daju i uže regionalne organizacije[63],

[60] Dalja lista savremenih ljudskih prava, odnosno prava svakog čoveka odnosi se na: posedovanje svojine, jednakost pred zakonom, pravično i efikasno nepristrasno suđenje; niko ne sme biti proizvoljno hapšen, pritvoren ili proteran; svako je nevin dok se ne utvrdi krivica, načelo legaliteta u kaznenom postupku, sloboda kretanja i izbora stanovanja, slobodno napuštanje zemlje i vraćanje u nju, pravo na jedno državljanstvo, sloboda sklapanja braka, sloboda misli i izražavanja mišljenja, pravo na socijalno osiguranje, ostvarivanje privrednih, društvenih i kulturnih prava, slobodan izbor zanimanja, pravični i zadovoljavajući uslovi rada, zaštita od nezaposlenosti, jednaka plata za isti rad, pravični i zadovoljavajući uslovi rada, obrazovanje i stupanje u sindikaat, pravo na školovanje, pravo na standard koji garantuje zdravlje i blagostanje, učešće u kulturnom životu zajednice, organičenja i korišćenja prava na osnovu zakona i poštovanje istih prava drugih...

[61] Dalje uže oblasti u kojima su tretirana pitanje ostvarivanja i zaštite čoveka odnosila su se na zaštitu pojedinaca u kaznenom progonu i tokom izvršenja krivičnih sankcija, zatim na zaštitu žrtava zločina, etikom lica koja primenjuju zakon i samostalnošću pravosuđa. U vezi sa pravom na život, učinjeni su krupni koraci ka svođenju smrtne kazne u neophodne okvire za zaštitu ključnih interesa države... Op. citat: Vasiljević V., nav. delo, str. 21-22.

[62] Pored širih regionalnih kodifikacija po pitanju prava čoveka koje su obavljene u Evropi, Americi i Africi usvojena je u Rimu 1950 godine *Konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.*

[63] Od užih regionalnih organizacija, ostvarivanju i zaštiti ljudskih prava poseban doprinos dao je Evropski savet u čijoj organizaciji je održana: Konferencija o evropskoj saradnji i bezbednosti (sa završnim aktima iz Helsinkija i Beča), Konferencija o ljudskoj dimenzi-

kao i mnoga udruženja i savezi najrazličitijih struka, kao što su Međunarodna organizacija rada (MOR) i Međunarodni crveni krst i dr.

Nesporno je da mnogi međunarodni dokumenti razmataju položaj čoveka u svim segmentima društva, s ciljem unapređenja zaštite prava čoveka, ali se s pravom konstatuje da „hiperprodukcija međunarodnih dokumenata o pravima pojedinaca ne znači sama po sebi da je međunarodna zajednica garant tih prava".[64] Pokazalo se da mnoge države koje su trebale da primenjuju navedena dokumenta, nisu to činile zbog raznih okolnosti, trenutnih interesa i odnosa snaga. Posebno su se autoritarni sistemi pokazali nespremnim da se posvete unapređenju zaštite prava čoveka. S druge strane, danas često oni (misli se na međunarodnu zajednicu kao „gospodare sveta") koji proglašavaju svojim ciljem brigu o ljudskim pravima – gaze prava velikog broja ljudi u ekonomski slabim državama, koje su postale žrtve mnogih nerealnih rešenja vodećih političara međunarodne zajednice. Svedoci smo da se u mnogim zemljama uz podršku „zapadne demokratije", uz primenu „dvostrukih aršina", narod ponižava, razbija i na mala vrata, podvodi pod stranu okupaciju. Tužno je govoriti o bilo kakvim ljudskim pravima, kada prvo i osnovno ljudsko pravo - „pravo na život" više ne pripada „čoveku", već onome ko je jači i ko mora bespogovorno da se sluša pred pretnjom brutalnim nasiljem. To smo mi koji živimo na ovim prostorima i te kako osetili na svojoj koži.[65]

---

ji KEBS-a u Kopenhagenu (sa završnim dokumentima sa tog sastanka). U organizaciji OESC-a, novembra 1990 godine, doneta je *Pariska povelja za novu Evropu*.

[64] Vukas B., *Međunarodna zaštita prava čoveka*: *granice rasta*, u Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, br. 5-6/ 1989, str. 674.

[65] Kada su tokom 1991. i 1992. godine iz jugoslovenske federacije istupile četiri njene federalne jedinice: Slovenija, Hrvatska, Bosna i Hercegovina, Makedonija, koje postaju nezavisne i suverene države, sa istorijske pozornice silazi "druga" (tzv. "avnojevska") Jugoslavija. "Otcepljene" republike, kao nezavisne države, priznaje i međunarodna zajednica. Albanski nacionalisti na Kosovu tada otvoreno traže da Kosovo i Metohija, iako pokrajina, postanu "Republika Kosovo". Srbija i Crna Gora koje se ne slažu sa time, odlučuju da ostanu zajedno i proglašavaju SRJ (Saveznu Republiku Jugoslaviju). Savet Bezbednosti u toj novoj državi nalazi krivca za nastali haos i tragediju naroda koji se našao u građanskom ratu najnečovečnijih razmera. Krajem maja 1992. godine SRJ je kažnjena od međunarodne zajednice posebnim ekonomskim i političkim merama – suspendovana je iz UN i drugih međunarodnih organizacia. Usledila je nova odmazda kada su članice NATO – pakta od 24. marta do 10. juna 1999. godine bombardovale Jugoslaviju bez saglasnosti OUN. Zdušno potpomognuti od međunarodne zajednice (posebno od SAD-a), albanski nacionalisti i separatisti, februara 2008. organizuju referendum na kome su jednostrano proglasili "nezavisnost Kosova". Tu "samostalnost" je podržala međunarodna zajednica za rad svojih geostrateških interesa, uvela protektorat i time odvojili od Srbije 15% njene teritorije...

Zaključak

Danas, biti čovek, znači biti subjekt prava: imati sposobnost da se bude nosilac prava i obaveza (biti vlasnik ili titular stvarnih prava, naslednik...) kao i sposobnost da se bude vršilac prava i obaveza (da se svojom izjavom volje stiče i otuđuje svojina i druga stvarna prava, stiče i otuđuje nasleđe, stiču i gase dugovi i potraživanja...). U rimskom društvu, navedene sposobnosti imao je samo ograničen broj ljudi, i pored toga što su rimski pravnici isticali da je „pravo stvoreno zbog ljudi".[66] Pored navedenih privatnih prava, danas svaki čovek ima i javna prava: da bira i da bude biran za neku od funkcija u javnom životu. Taj vid demokratije je u Rimu bio samo teorijski, s obzirom da u praksi njime nisu mogli da se koriste svi građani.

Pojam „čovek" praktično ulazi u upotrebu tek u prosvetiteljsko doba kada postaje jedan od temeljnih demokratskih pojmova. „Čovek" iz Francuske „*Deklaracije o pravima čoveka i građanina*" iz 1789. godine i „čovek" iz kasnije (nakon veka i po) „*Univerzalne deklaraciji o ljudskim pravima*", pokazuju da se sva zla u svetu u oblasti ljudskih prava ne mogu „lečiti" samo sa odredbama iz navedenih deklaracija. Dosadašnja iskustva potvrđuju tezu da se prava čoveka i visok stepen zaštite ljudskih prava, stvarno mogu garantovati samo u pravnoj državi i u pravoj, a ne formalnoj demokratiji, kojoj pribegavaju posttotalitarni sistemi. Svakom iole politički pismenom čoveku jasno je da je formalna demokratija veliko zlo i da je danas najveća pretnja čovekovim pravima i slobodama - politička samovolja i policijska i sudska zloupotreba. Značajni garant doslednog ostvarivanja i zaštite prava čoveka je, pored domaćeg zakonodavsta (koje mora biti usaglašeno sa međunarodnim aktima) i samostalno sudstvo koje će na najmanju moguću meru svesti zloupotrebe i nepravdu. Pri tome treba naglasiti da na početku XXI veka, sadržaj pojma „čovek" se izmenio u tom smislu što se i danas kao u rimskom pravu polazi od apstraktnog pojma „čovek", a ne od života. Nekažnjeno se poništavaju životi onih koji se ne uklapaju u geostrateške i političke interese „velika sila". Danas, pod pretpostavkom „zaštite ljudskih prava", sama međunarodna zajednica krši, upravo ona prava koja su sadržana u aktima tih istih organa međunarodne zajedice; „dvostrukim aršinima" se kroji politička karta novog svetskog poretka.

Upoređenje „prava čoveka" u rimskom i „ljudskih prava" u savremenom pravu, izdvajanje zajedničkih osobina i razlika, može biti od pomoći za određivanje uslova, mera i granica u kretanju ka univerzalnom

[66] Dig. 1, 5, 2: *Hominum causa omne ius constitutum est*.

pravnom sistemu. Pri tome ne treba izgubiti iz vida činjenicu da su tradicija i običaji predaka bili duboko ukorenjeni u svest starih Rimljana, koji su rano izgradili visoke moralne zahteve koje su postavljali pred svoje članove zajednice. Opravdano se za Rim kaže da je bio "spoj raznorodnih tradicija i naroda kakve je svet retko viđao, jer su oni sve svoje vrline stavili u službi zajedničkog ideala u kojem individualne ljudske potrebe igraju malu ulogu....[67] Nisu nas uzalud, najznačajniji filozofi i istoričari antike, poput Cicerona, upoznavali sa osnovnim moralnim principima koji su služili na čast starim Rimljanima. To je najpre vrlina (*virtus*) koja se tumači kao znak hrabrosti i ogleda se u „razlikovanju ispravnog, korisnog i čestitog, dobrog od onog što je zlo", i u tome da se „postave granice i mere vlastitim željama". Zatim dolazi *pietas* koja označava dužnost ljudskog bića da poštuje svoju otadžbinu i porodicu. Ovaj pojam se odnosi i na *fides* - upražnjavanje lojalnosti prema drugim ljudima, međusobno poverenje i poštovanje zadate reči. Najvažnija stvar za Rimljanina „starog kova" bila je „da za života stekne dobar glas, a da posle smrti za njim ostane uspomena na njegovu vrlinu". Vrline oličene u volji (istrajnosti), strogosti (disciplini) i odanosti porodici i otadžbini (poštovanju i održavanju obaveza), nalagale su sinu obavezu da poštuje oca; da mu se pokorava. Ukoliko tako nije radio, on se ponašao suprotno prirodnom onosu stvari: proglašava se za *sacer* i kao takav bio osuđivan.[68]

Navedenog se ne bi trebalo tako lako odreći i pored toga što se danas sa svih strana sugeriše, da sve zemlje koje ponovo hoće da se integrišu u širu Evropu (Evropsku uniju), zasnovanu na „pluralističkoj demokratiji", moraju da obezbede „vladavinu prava i zaštitu osnovnih ljudskih prava". Pri tome se zaboravlja da se u savremenom svetu, ljudski faktor – običaji i tradicije naroda, njihove predstave u vezi svog prava, obaveza, slobode i dostojanstva, moraju uzimati u obzir, kod bilo kakvog racionalnog ubeđenja koje se razvija pod uticajem spoljnih faktora, procesa modernizacije i globalizacije.

[67] Navedeno prema: Dušanić S., *Istorija sveta, I knjiga*, 1979, str. 186.

[68] "Oceubicu" spominje još "kraljevski zakon" Numa Pompilija, gde oceubistvo dobija i posebno ime - *parricidias*. Oceubica je sankcionisan na najbrutalniji način: prvo bi bio išiban pa zašivan u vreću sa psom, petlom, zmijom i majmunom i bacan sa Tarpejske stene kako "živ više nikada neba ne ugleda, a mrtav da ne nađe u zemlji groba".

Nataša Deretić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Comparative Analysis: 'Civil Rights' in the Roman State and Contemporary 'Human Rights'[69]

Abstract

The paper focuses on exploring the roots of 'civil rights' dating from the times before the Roman civilization and the term of 'human rights', which is a comparatively new concept for what was once understood as 'the right of men.' There is no doubt that the character of the Roman society which was based on slavery made the notion of 'man' restricted and exclusive, since it was based on the dominant form of dependence and use of another person (a slave). Slaves did not have the status of 'men'; they were treated as 'speaking tools' (instrumentum vocale), as well as possessions owned by the person treated like a 'man', primarily a free citizen of Rome. The slave's master could dispose of him just like any other object and decide upon his life and death. Given the fact that the Roman Empire did not create the necessary prerequisites for every person to use what they were naturally given: the right to life and liberty - from which all other rights are derived - it may appear irrelevant to study the issue of the rights of individuals and the treatment they received. But this is only a first glance impression, because the conditions in Rome ensured the basic 'rights of men' exclusively for the Roman citizens, whereas in the case of others (women, children, and slaves) these rights were "systematically violated."

In all the stages of the Roman state (as kingdom, republic, principate, and dominate) there was awareness among the Romans of the classes constituting their society. Every person was regarded in the function of two essential criteria: his origin and wealth. It is therefore said that the Roman society in all its stages, except the initial one, was a society of

[69] The paper resulted from the project no. 179079 financed by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia.

conflicts. There were always conflicting classes, the superior ones and the inferior ones. Having been determined as either a free citizen or a slave, the 'man' was further positioned within the society and the family according to his affiliation to liberated persons, peregrines, and the citizens of Rome; the Roman citizens were further classified as patricians, plebeians, noblemen and knights.

The old division of society members into 'the free ones' (liberi) and servants (servi) was to be abolished much later, in the 10th century. Once it was realized that, in some parts of the world, the term 'civil rights' did not apply to all humans and when the term 'life' acquired a political meaning, the new term of 'human rights' was adopted. Unfortunately, it took a long time for 'human rights' to be recognized and adopted, so that it took place only in the 20th century. This was preceded by wars and other forms of devastation that led to the annihilation of millions of human lives and that was the dear price of learning how to appreciate them.

Key words: life, man, civil rights, natural rights, freedom, democracy.

Originalni naučni rad 342.53(497.11:4)

Dr Slobodan P. Orlović, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NARODNA SKUPŠTINA SRBIJE I EVROPSKI PARLAMENT – JEDNO USTAVNOPRAVNO POREĐENJE[1]

Sažetak: *Boljem razumevanju dva paralelna procesa - integracije Evropske unije i približavanja Republike Srbije Uniji, može poslužiti poređenje Narodne skupštine i Evropskog parlamenta. Radi se o dva zakonodavna organa koja pored nekih sličnosti imaju i brojne razlike. Ključna različitost je u tome što je Narodna skupština „pun" zakonodavni organ vlasti, a Evropski parlament je deo zakonodavstva Unije, poput jednog od domova parlamenta. Možda najvažniji uzrok ove razlike jeste činjenica da je Narodna skupština organ vlasti države, a Evropski parlament institucija političke i ekonomske zajednice koja (još uvek) nije država. Za pretpostaviti je da će se ustavnopravne razlike između Evropskog parlamenta i Narodne skupštine, ili parlamenta neke druge države, sve više smanjivati ako se nastave procesi prenošenja suverenosti sa država na Evropsku uniju. Istovremeno, menjaće se odnos političke moći Evropskog parlamenta i nacionalnih parlamenata država članica Unije.*

Ključne reči: *Narodna skupština, Evropski parlament, Republika Srbija, Evropska unija, struktura, nadležnost.*

1. UVOD

U većini svetskih i gotovo svim evropskim državama narod (nacija) je nosilac suverenosti. Suverenost - najvišu vlast, po savremenoj ustavnopravnoj definiciji imaju svi građani države. Zbog brojnosti, i nekih drugih

[1] Rad je posvećen projektu *Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)*, koji sprovodi Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

razloga, nosilac suverenosti ne vrši vlast neposredno. Tako je još od propasti gradova-država, polisa antičke Grčke.

U ovom dobu narod u donošenju državnih odluka učestvuje preko posrednika. Posrednici su poslanici izabrani na neposrednim izborima i odaslani u predstavničko telo (parlament, skupštinu) da u ime naroda vrše vlast. To je pravilo koje potvrđuju izuzeci poput referenduma, narodne inicijative, plebiscita, peticije, gde narod direktno, neposredno učestvuje u postupku donošenja državne odluke ili konačno donosi neki akt vlasti.

Funkcionisanje države na principu predstavljanja naroda u organima vlasti koji su obrazovani putem neposrednih (parlament) ili posrednih izbora (vlada), naziva se *predstavnička demokratija*. Pored gotovo svih današnjih evropskih država takva je jednim delom i „evropska naddržava", Evropska unija. Funkcionisanje te „do sada najneposrednije unije između evropskih naroda" „zasnovano je na predstavničkoj demokratiji". U Evropskoj uniji se „odluke donose javno i na nivou što je moguće bliže građanima".[2]

Parlament je organ koji je simboliše predstavničku demokratiju. U nekim državama i predsednik republike je direktno biran od strane građana pa je i on kao neposredni predstavnik naroda lice predstavničke demokratije. Za razliku od tako biranog predsednika republike, vlada prizašla iz parlamentarne većine je „samo" predstavnik organa predstavničke demokratije – parlamenta.

Već je ispričana priča da parlament stvarno nije prvi u hijerarhiji državnih organa. Formalnopravno, parlament je najviši organ vlasti, ali u svakodnevnom životu države po stvarnoj političkoj moći efikasnosti pa i ugledu, on zaostaje za organima izvršne vlasti – vladom i/ili predsednikom republike. Mnogo je razloga za političko propadanje parlamenta i to nije tema ovog rada. Ali već dug dekadentan put parlamenta suprotan je cilju predstavničke demokratije - vladavini naroda. Što je narodno predstavništvo dalje od stvarne vlasti, manje je predstavničke demokratije.

Bilo kako bilo, parlament je po ustavima današnjih država nosilac zakonodavne vlasti. Republika Srbija je predstavnička demokratija u ko-

[2] Čl. 1 i 10 Ugovora o Evropskoj uniji od 2007. (eng. *the Treaty on European Union*, Lisabonski ugovor, u daljem tekstu: Ugovor). U radu su korišćeni tekstovi Ugovora, Ugovora o funkcionisanju Evropske unije i protokola iz publikacije: D. Simović, A. Fira, *Institucionalni okvir Evropske unije nakon Lisabonskog sporazuma,* Sremska Kamenica 2008. i tekstovi sa veb adrese http://www.consilium.europa.eu/uedocs/ cmsUpload/st06655-re02.en08.doc.

joj „Suverenost potiče od građana (...)". Ustav Srbije određuje Narodnu skupštinu kao „najviše predstavničko telo i nosioca ustavotvorne i zakonodavne vlasti (...)".[3] U Evropskoj uniji, koja je definisana kao predstavnička demokratija ali još uvek ne i kao država, zakonodavna vlast nije data samo jednom njenom organu. Zakonodavne nadležnosti imaju Evropski parlament i Savet, a u postupku donošenja zakona istaknut je položaj „vlade", Evropske komisije.

Upoređivanjem položaja zakonodavne vlasti u predstavničkim demokratijama - ovde u Ustavom zaokruženoj državi, Srbiji, i u Ugovorom nedovršenoj „državi", Evropskoj uniji, osvetliće se položaj zakonodavne vlasti. Ujedno, položaj zakonodavstva u Evropskoj uniji nekad i sad, može nagovestiti koji je dalji pravac razvoja zakonodavstva Unije. Ovo je posebno značajno s obzirom da se države članice polako, „puzajući", odriču državnog suvereniteta prenoseći nadležnosti na Evropsku uniju.

2. OSVRT NA RAZVOJ PARLAMENTA U SRBIJI I EVROPSKOJ UNIJI

Vršenje vlasti donošenjem zakona u Srbiji postaje značajnije i obimnije sredinom XIX veka. Narodna skupština postojala u prvom srpskom Ustavu, Sretenjskom ustavu od 1835., ali je bila skrajnuta od „zakonodateljne" vlasti. Skupština je bila savetodavno telo sa nekim finansijskim nadležnostima. Skupština ni tu funkciju nije ostvarila jer je Sretenjski ustav ostao neprimenjen. Za vreme Turskog ustava (1838-1869) donet je prvi Zakon o Narodnoj skupštini (1958), potom i još dva, ali Skupština tek Namesničkim ustavom od 1869. postaje organ zakonodavne vlasti. Narodna skupština je napokon Radikalskim ustavom od 1888. dobila neka obeležja savremenog parlamenta, pre svega punu zakonodavnu nadležnost.

Od donošenja Ustava od 1903. pa do vremena Ustava od 2006. skupština ostaje zakonodavni organ. Za to vreme to telo je bilo dvodomno (1901-1903, 1953-1963), trodomno (1974-1990) i petodomno (1963-1974), delilo je zakonodavnu vlast sa kraljem u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca i Kraljevini Jugoslaviji (1921-1941, uz jedan prekid) i sa Prezidijumom (1946-1953), bilo je središnji organ skupštinskog sistema i jedinstva vlasti (1946-1990). U podeli vlasti po Ustavu od 1990. Narodnoj skupštini je dodeljena zakonodavna vlast i ustavotvorna vlast koju deli sa građanima. Takvu odredbu sadrži i važeći Ustav od 2006.

[3] Čl. 2 i 98 Ustava Srbije od 2006.

Dug, gotovo dvovekovni razvoj organa zakonodavne vlasti mogao bi se podeliti u četiri perioda. Prvi, koji počinje Prvim srpski ustankom (1804) i traje do Majskog prevrata. Skupština je od običajnim pravom ustanovljenog narodnog sabora postala državni organ ustanovljen zakonom. Potom je Skupština Ustavom (1869) određena kao organ zakonodavne vlasti. U drugom razdoblju, skupština se ostvaruje kao organ zakonodavne vlasti i narodno predstavništvo. U ovom burnom periodu (1903-1941), sa ratovima, stvaranjem nove države, diktaturom, skupštini u praksi ipak nije postala efikasno narodno predstavništvo. U trećem periodu (1946-1990) skupština je zakonodavni organ koji po ustavima a manje u praksi ima prevlast nad izvršnim većem (vladom). Načelo podele vlasti u korist egzekutive zamenjeno je načelom jedinstva vlasti u korist skupštine. Ustavom od 1990. počinje četvrti period u kome Narodna skupština po ustavima staje u ravan sa organima izvršne i sudske grane vlasti. Ipak, najviše predstavničko telo u svojoj najvažnijoj, zakonodavnoj nadležnosti postaje „druga klasa" i prepušta vodeće mesto vladi.

Evropski parlament (eng. *The European Parliament,* naziva se i: Skupština, Evropska parlamentarna skupština) nema tako dugu i raznovrsnu istoriju uspona i padova, poput srpskog ili parlamenta neke druge „stare" evropske države. Iako je ideja ujedinjene Evrope („evropskog carstva") prilično stara,[4] tek nakon Drugog svetskog rata začet je embrion iz kojeg je nastala današnja Evropska unija. Evropska zajednica za ugalj i čelik (*ECSC*, Pariz, 1951-2002) je, kao jedna od zajednica preteča Evropske unije, stvorila svoje organe po ugledu na organe države. Među njima i Evropski parlament.

Tokom poluvekovnog razvoja Evropski parlament je prešao put od savetodavnog tela do organa zakonodavne vlasti. Ali, ovaj organ još uvek nema puni zakonodavni kapacitet. Prvi Evropski parlament je izabran posrednim putem od strane nacionalnih skupština šest država članica *ESCS-a*.[5] Položaj tog organa ojačavan je postepeno: neposrednim izborima (do 1979. vlade država članica su birale članove Parlamenta), dobijanjem budžetskog prava (1986), pravom veta (1992), kontrolnom funkcijom prema organima izvršne vlasti (1992) i drugim nadležnostima.

Evropski parlament nije isto što i zakonodavna vlast Unije jer i drugi organ, Savet (eng. *The Council of the European Union*, naziva se i: Savet Evropske unije, Savet ministara) ima zakonodavne nadležnosti.

[4] Na primer, *Traktat* o paktu hrišćana istoka i zapada protiv Otomanskog carstva od sredine XV veka. Vid. http://www.cemi.org.me/cemi.co.me/publikacije/download/ueu.pdf, 9. novembar 2011.

[5] Francuska, Nemačka, Italija, Belgija, Holandija i Luksemburg.

Ovo telo izvršne i zakonodavne prirode ima budžetsko pravo i pravo posredne zakonodavne inicijative (preko Komisije, „izrada studije"), a nadležno je da raspravlja i glasa o predlozima zakona („zakonodavnom aktu" po terminologiji Ugovora) .

Tako Ugovorom podeljena zakonodavna vlast Unije čini Evropski parlament inferiornijim u odnosu na ionako slab položaj narodnog predstavništva danas.[6] I bez detaljnije analize može se zaključiti da Evropski parlament tek treba da ostvari celinu zakonodavne vlasti koju, bar po Ustavu, ima Narodna skupština, odnosno neki drugi nacionalni parlament. Tako bi se približio položaju organa zakonodavne vlasti u današnjim državama.

3. STRUKTURA NARODNE SKUPŠTINE I EVROPSKOG PARLAMENTA

Nosilac zakonodavne i ustavotvorne vlasti u Republici Srbiji je jednodomno predstavničko telo, **Narodna skupština**.[7] Na unapred poznat broj članova Skupštine, 250, građani putem izbora prenose deo suvereniteta i posredno učestvuju u donošenju zakona i drugih propisa.

Neposredan i tajni *način izbora* članova narodnog predstavništva je jedan od osnova predstavničke demokratije. Neposrednost se ogleda u direktnoj vezi birača i biranog, dok tajnost izbora osigurava slobodu ispoljavanja političkog mišljenja.[8] Politički značaj neposredog izbora zakonodavnog tela umanjen je činjenicom da se jedan organ izvršne vlasti, predsednik Republike, bira na isti način.[9]

Četvorogodišnji *mandat* narodnih poslanika je u redovnim prilikama kraći od petogodišenjeg mandata predsednika Republike. Iz toga bi se moglo zaključiti da narod više suvereniteta, odnosno na duži period daje

[6] Položaj Evropskom parlamentu možda dodatno slabi i činjenica da on još uvek nema jedno sedište, već radi u Francuskoj (Strazbur), Belgiji (Brisel) i Luksemburgu.

[7] U teoriji se smatra da je jednodomni parlament više u saglasnosti sa načelom narodne suverenosti. R. Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2011, 286.

[8] Za razliku od posrednog delegatskog sistema izbora koji je postojao nekim periodima (1974-1990), kada su poslanici delegirani, a ne birani. Na običajne skupštine u toku i posle Prvog srpskog ustanka poslanici su pozivani. Ustav od 2006. šturo kazuje o izboru poslanika (čl. 100 i 101) prepuštajući ovu materiju zakonu.

[9] Definisanje Narodne skupštine u Ustavu od 2006. "najvišim predstavničkim telom ne stoji, jer je pri neposrednom izboru, i predsednik Republike predstavnički organ istog stepena legitimnosti kao i Narodna skupština". R. Marković, *Ustav Republike Srbije, Predgovor: Ustav Republike Srbije od 2006 – kritički pogled*, Beograd 2006, 29.

šefu države nego zakonodavnoj vlasti. Mandat narodnih poslanika može biti produžen u slučaju vanrednog ili ratnog stanja, što je zasad ostalo u teoriji. Mandat može biti skraćen odlukom organa izvršne vlasti *o raspuštanju* Skupštine, čega je bilo u našoj praksi. Narodnu skupštinu može raspustiti predsednik Republike na obrazložen predlog Vlade. Raspuštena Skupština i dalje postoji. Ona vrši tekuće i neodložne poslove sve do konstituisanja novog parlamenta.[10]

Narodni poslanik zastupa interes svih birača. Ovo nije smetalo Ustavu da tom nosiocu slobodnog mandata i prenesene narodne suverenosti da „slobodu" da svoj mandat „neopozivo stavi na raspolaganje političkoj stranci na čiji je predlog izabran za narodnog poslanika".[11] Drugim rečima, da *poslanik unapred potpiše ostavku* na svoju poslaničku funkciju. Time je politička stranka postala subjekt zakonodavne vlasti namesto poslanika koji su, „pod uslovima određenim zakonom", zamenljiva kategorija.[12]

Poslanicima je neophodno obezbediti uslove da raspravljaju o zakonskim predlozima i da kontrolišu vladu, saglasno načelu podele vlasti, bez pritiska izvršne i pretnje sudske vlasti. Kontrola i kritika rada vlade i njenih predloga zakona su gotovo uvek delo poslanika opozicije. Da bi se sačuvala sloboda i kvalitet kritike i kontrole, opozicionom delu parlamenta treba obezbediti *imunitetska prava*. Bez obzira što opozicija kritikujući rad vlade „puca u vazduh" zarad pažnje birača i pripreme za naredne iz-

[10] Narodna skupština je raspuštena 1992, 1993, 2000 i 2003. godine. Odredba čl. 109 Ustava da „Narodna skupština koja je raspuštena vrši samo tekuće ili neodložne poslove, određene zakonom" znači da raspuštena skupština ne prestaje da postoji, za šta se u našoj teoriji zalaže Ratko Marković. *Ustavno pravo*, Beograd 2011, 316, vid. V. Petrov, „Instituti parlamentarnog prava u novom Ustavu Republike Srbije - konstituisanje i raspuštanje Skupštine", *Pravna riječ* 10/2007, 169. Vid. suprotno mišljenje: S. Jovanović *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Beograd 1995, 201, M. Pajvančić, *Ustavno pravo*, Novi Sad 2011, 41.

[11] Čl. 102/2 Ustava od 2006. Priroda poslaničkog mandata je tako evoluirala od slobodnog do ponovo imperativnog mandata, ali sada ne u odnosu poslanika prema biračima već prema političkim strankama. Vid. D. Prodanović, „Nastanak i razvitak shvatanja o prirodi mandata članova predstavničkih tela", *Arhiv za pravne i društvene nauke* 2-3/1973, 324-337.

[12] U praksi nije baš tako jer se *ustavna* odredba o „blanko ostavci poslanika pod uslovima određenim zakonom" svela na diskreciono odlučivanje skupštinskog Odbora za administrativno-budžetska i mandatno-imunitetska pitanja. Po rečima predsednika Odbora „uprkos postojanju popularnih blanko ostavki, za vreme ovog mandata, u protekle 3 godine, nijednom poslaniku nije uzet mandat mimo njegove volje, iako je takvih pokušaja i pritisaka bilo, a da se istovremeno prilikom odlučivanja ostalo u okviru zakona" N. Konstantinović, „Rad u skupštinskim odborima – Zakonodavni odbor", *Unapređivanje kvaliteta zakonodavnog postupka u Narodnoj skupštini*, Beograd 2010, 39.

bore. Vlada je stranačkom subordinacijom nadređena poslanicima pozicije pa tu, logično, nema prostora za kritiku njenog rada.

Narodni poslanik ne može odgovarati za mišljenje ispoljeno u vršenju svoje funkcije, niti za glasanje u Skupštini. Takođe, poslanik se ne može pritvoriti ni krivično goniti za krivično delo za koje se može izreći zatvorska kazna, osim ako to ne odobri Narodna skupština. Samo ako je zatečen u vršenju najtežih krivičnih dela (zaprećena kazna veća od pet godina zatvora) narodni poslanik može biti pritvoren i bez odobrenja Skupštine.[13]

Evropski parlament je institucija Evropske unije koja „zajedno sa Savetom, obavlja zakonodavnu i budžetsku funkciju". Evropski parlament je, takođe, jednodomno predstavničko telo koje čine „predstavnici građana Unije". Propisano je da broj članova Parlamenta „ne može biti veći od 750, plus predsednik".[14] U ovom sedmom sazivu Parlament ima 736 poslanika. Postoje mišljenja da je Evropski parlament samo jedan dom u dvodomnom zakonodavnom organu Unije, odnosno da će s vremenom prerasti u dom naroda. Drugi skupštinski dom bi onda bio Savet, dom država.[15] Ako se ima u vidu da i parlamenti država članica imaju određene nadležnosti u zakonodavnom postuku, može se konstatovati da je zakonodavna delatnost u Uniji specifična, a položaj Evropskog parlamenta poseban.[16]

Politički značaj Evropskog parlamenta kao „predstavnika građana Unije" porastao je uvođenjem *neposrednog izbora* poslanika. Umesto vlada država članica, članove Parlamenta biraju građani Unije na „opštim neposrednim izborima, slobodnim i tajnim glasanjem". Unapred se zna koliko koja država članica bira poslanika i o tome Evropski savet, na inicijativu i uz saglasnost Evropskog parlamenta, jednoglasno odlučuje. Države članice u Evropski parlament „šalju" najmanje 6, a najviše 96 pred-

[13] Član 103 Ustava od 2006.

[14] Čl. 14 Ugovora.

[15] J. Simić, *Evropski parlament: akter u odlučivanju u Evropskoj uniji*, Beograd 2010, 223. Ilustracija dvodomnosti već sada je zajednički Odbor za usaglašavanje stavova Parlamenta i Saveta (eng. *the Conciliation Committee*) na primer u postupku donošenja budžeta, što je način prevazilaženja sukoba domova parlamenta.

[16] U razloge jedinstvenog položaja Evropskog parlamenta ubrajaju se i sledeće - konstatacije: poslanici dolaze iz različitih država i političkih partija, a ujedno pripadaju evropskim političkim grupama u Parlamentu; u njemu dominiraju „zakonodavne stranke" (koalicije) koje ne učestvuju direktno na izborima za Parlament u državama članicama; Parlament ima manje ovlašćenja nego u parlamentarnom sistemu i njegov rad je više pod - uticajem politike nego rad nacionalnog parlamenta. G. Roland, *Legislative Behavior in the European Parliament*, http://cesifo.oxfordjournals.org/content/55/1/15.full?maxtoshow=&hits=10&RESULTFORMAT=&fulltext=european+parliament&searchid=1&FIRSTINDEX=0&resourcetype=HWCIT, 9. novembar 2011.

stavnika, srazmerno broju stanovnika, po sopstvenom izbornom sistemu.[17] Ovde nema „konkurentnog" organa po kriterujumu neposrednog izbora, na primer neposredno izabranog šefa države. Funkcioneri ostalih institucija Unije ne biraju se direktno od njenih građana i stoga nemaju takav „demokratski potencijal". Možda je to razlog *nepostojanja prava raspuštanja* Parlamenta i sledujućeg zaštićenog položaja poslanika čiji mandat ne može biti prekinut odlukom organa izvršne vlasti.

Mandat poslanika Evropskog parlamenta iznosi pet godina. Jedino sudije Suda pravde (eng. *the Court of Justice*) i Osnovnog suda (eng. *the General Court*) imaju duži mandat (šest godina), ali se biraju posredno od strana vlada država članica. Ugovor ne uređuje status poslanika Parlamenta, već je to većim delom uređeno unutrašnjim aktom Parlamenta, uz mišljenje Evropske komisije i odobrenje Saveta.

Poslanik glasa na osnovu sopstvenog stava, individualno. Poslanici su slobodni, nezavisni i garantuje im se *slobodan mandat*. Poslanik ne može biti obavezan da glasa na osnovu instrukcija i svaki takav ugovor je ništav.[18] Proizlazi da poslanik Evropskog parlamenta zastupa interese svih birača Unije, a ne samo birača one države članice iz koje dolazi.

Pitanja *imuniteta* članova Evropskog parlamenta takođe ne uređuje Ugovor, već Poslovnik o radu Evropskog parlamenta (2008., pitanja kao što su zaštita poslanika u slučaju hapšenja u nekoj državi članici, ovlašćenja predsednika Parlamenta, nadležnost odgovarajućeg odbora itd.) i poseban Protokol (2004). Za vreme zasedanja članovi Evropskog parlamenta u svojoj državi uživaju imunitet kao i poslanici nacionalne skupštine. Na teritoriji druge države članice evropski poslanici zaštićeni su od pritvora i pravnih postupaka protiv njih, osim ako su zatečeni u vršenju krivičnog dela. O oduzimanju imuniteta odlučuje Evropski parlament.[19]

---

[17] Čl. 14 Ugovora. Malta ima pet, a Nemačka 99 predstavnika u Evropskom parlamentu. Vid. http://www.europarl.europa.eu/members/expert/groupAndCountry.do? language=EN , 25. oktobar 2011. U Velikoj Britaniji se za izbor poslanika Evropskog parlamenta primenjuje proporcionalni sistem, za razliku od prostog većinskog sistema kojim se biraju poslanici britanskog Doma komuna.

[18] *Statute for Members of the European Parliament* (a. 2-3) *http://eur-lex.europa.eu/ LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32005Q0684:EN:NOT,* Slične odredbe sadrži i Poslovnik o radu Evropskog parlamenta (eng. *the Rules of Procedure,* u daljem tekstu: Poslovnik), pravilo 2. - *http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+RULES-EP+20110926+0+DOC+PDF+V0//EN&language=EN,* 25. oktobar 2011.

[19] Vid. pravila 5-7 Poslovnika.. Vid. čl. 9 Protokola (eng. *the Protocol on the Privileges and Immuties of the European Union, a. 9*), http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:310:0261:0266:EN:PDF, 25. oktobar 2011.

Narodna skupština nije u svakodnevnim državnim poslovima. Ustav propisuje da parlament redovno *zaseda* dva puta godišnje po tri meseca (s proleća i u jesen). Skuština zapravo radi onim intenzitetom i brzinom koji joj nametne vlada. Vlada planira donošenje zakona i skupštinska većina, kao deo koji je dao poverenje vladi, ima obavezu da te zakone izglasa. Potreba za radom parlamenta može biti intenzivnija i hitna, bilo da je u pitanju redovno donošenje zakona ili nastale krizne prilike. Tada vlada ili najmanje trećina narodnih poslanika može zahtevati sazivanje Skupštine na vanredno zasedanje, na kome se odlučuje o unapred određenim pitanjima.[20]

Predsednik Narodne skupštine predstavlja Skupštinu, saziva sednice, rukovodi radom i vrši druge poslove iz nadležnosti zakonodavne vlasti predviđene zakonom i poslovnikom. Iza predsednika i potpredsednika Skupštine takođe stoji politički sporazum iskazan većinom glasova svih poslanika, ali manje političke važnosti nego što je dogovor o podršci predsedniku Vlade i ministrima.

Narodna skupštinu organizaciono čine *skupštinski odbori*. Odbori nisu tela ili organi samostalne egzistencije u odnosu na parlament, već su njegova „produžena ruka" i mesta parlamentarnog rada.[21] Skupštinski odbori su stalna radna tela, a mogu postojati i privremeni anketni odbori i komisije. Broj odbora ne uređuje Ustav, već Poslovnik o radu Narodne skupštine i njihov sastav uglavnom je srazmeran brojnosti poslaničkih grupa. Na sednice odbora mogu biti pozvana i druga lica: stručnjaci, poslanici predlagači itd. Narodna skupština sada ima 20 stalnih odbora (ranije čak 30), a neke od njih pominje i Ustav.[22] Matični odbori bi trebali biti tela sposobna da kvalitetno raspravljaju o zakonskom predlogu iz određene oblasti, na primer iz poljoprivrede, bezbednosti, prava deteta itd. Ali to nije tako. Rad u odborima, kao i rad u plenumu, uglavnom je lišen vredne rasprave i sveden na iznošenje afirmativnih ili kritičkih već poznatih gledišta političke stranke, sa mesta pozicije ili opozicije.

Unutrašnju strukturu Narodne skupštine karakteriše i postojanje *parlamentarnih grupa*. Njih formira najmanje pet poslanika iz jedne ili više stranaka sa sličnim političkim stavovima. Narodni poslanik dela onako kako je dogovoreno u poslaničkoj grupi i može biti član sa-

[20] Skupština se sastaje bez poziva posle proglašenja ratnog ili vanrednog stanja (čl. 106 Ustava od 2006).

[21] V. Petrov, *Parlamentarno pravo*, Beograd 2010, 107.

[22] Čl. 6 Poslovnika o radu Narodne skupštine (*Službeni glasnik RS*, br. 52/10). Vid. čl. 153 i 158 Ustava od 2006.

mo jedne poslaničke grupe.[23] Time se suzbija individualna inicijativa poslanika, ali se podiže efikasnost, ne nužno i kvalitet rada parlamenta. Teorijski mogućih 250 političkih stavova narodnih poslanika sužено je danas na gledišta 10 poslaničkih grupa u Narodnoj skupštini i jednog samostalnog poslanika.

Niz akata Skupština *donosi* težom većinom – glasovima svih narodnih poslanika, ali to je još uvek vladina većina.[24] Tek većina koja se traži u postupku promene Ustava, dvotrećinska većina od ukupnog broja poslanika, nije nužno i većina koja podržava vladu. Odluke se donose u plenumskom zasedanju Skupštine, a priprema akta odvija se najčešće predplenumskom komunikacijom nadležnog ministarstva i skupštinskog odbora.

Evropski parlament ima godišnje i vanredna *zasedanja*. Godišnje zasedanje počinje drugog utorka u martu i traje onoliko koliko parlament odluči. Vanredno zasedanje Parlamenta može da zahteva Evropska komisija, Savet ili sam Parlament na zahtev većine od ukupnog broja poslanika. Razlozi vanrednog zasedanja Parlamenta su uobičajeni, uglavnom su to radne potrebe. Zbog razloga hitnosti raspravljanja određenog pitanja, vanredno zasedanje može zakazati i predsednik Parlamenta uz odobrenje Konferencije predsednikâ (eng. *the Conference of Presidents,* čine je predsednici političkih grupa i predsednik Parlamenta).[25]

Članovi parlamenta među sobom biraju *predsednika* Evropskog parlamenta, apsolutnom većinom glasova svih poslanika. Ukoliko na početku izbora ne bude takve političke većine, u poslednjem, četvrtom krugu glasa se o dva najbolja kandidata iz prethodnog kruga glasanja. Nakon izbora predsednika biraju se potpredsednici (14) i administrativno-finansijski službenici (petoro, eng. *the Questors*), svi na dve i po godine. Predsednik rukovodi aktivnostima Parlamenta i njegovih tela i osigurava da odgovarajući pravni propisi budu sprovedeni.[26]

---

[23] Čl. 22 Poslovnika o radu Narodne skupštine.

[24] Iznadpolovičnom većinom svih narodnih poslanika proglašava se i ukida vanredno stanje, donose akti o merama odstupanja od ljudskih i manjinskih prava; zakoni o: - referendumu, pravima nacionalnih manjina, teritoriji i nadležnosti autonomnih pokrajina i lokalnih samouprava, razvojnom i prostornom planu, zaduženju Republike i potvrđivanju međunarodnih ugovora.

[25] Čl. 229 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije od 2007. (eng. *the Treaty on the Functioning of the European Union,* ranije se zvao Ugovor o osnivanju Evropske zajednice, eng. *the Threaty of Establishing of European Community,* u daljem tekstu: Ugovor o funkcionisanju EU). Pravilo 134 Poslovnika, *ibid.*, 83. 12 plenarnih sednica održava se u Strazburu, a šest u Briselu.

[26] Čl. 14 Ugovora. Vid. pravila 12-20 Poslovnika.

Rad Parlamenta funkcioniše na dva koloseka – preko parlamentarnih odbora i političkih grupa.[27] *Položaj odbora* Parlamenta i drugih radna tela nije uređen najvišim aktom, Ugovorom, već nižim pravnim aktima.[28] 20 stalnih parlamentarnih odbora (Odbor za spoljne poslove ima dva pododbora – za ljudska prava i za bezbednost i odbranu), kao i posebni, „krizni" odbori, čine unutrašnju strukturu Parlamenta. Nadležnost matičnih odbora je uobičajena: predlažu, menjaju i usvajaju predloge zakona, daju mišljenja za plenarnu sednicu itd. Rad odbora zasniva se na stručnoj i pravnoj argumentaciji i nije ishodište političke pripadnosti člana odbora. Posebno telo, Konferencija (eng. *the Conference of Committee Chairs*) koordinira rad predsednikâ odbora i predlaže Parlamentu osnivanje pojedinih odbora.

Političke stranke u Uniji su najviša, Ugovorna kategorija. One „doprinose formiranju evropske političke svesti i izražavaju volju građana Unije".[29] Političke stranke na poseban način deluju u Evropskom parlamentu, grupisane u političke grupe i neformalne intergrupe (eng. *the Intergroups*).

Politička struktura Parlamenta je specifična u odnosu na parlament države. Teorijski, moguća su dva kriterijuma za formiranje *političkih (poslaničkih) grupa*. Prvo merilo bi bilo nacionalno – iz koje države članice poslanik dolazi, a drugo politički-ideološko – kojoj političkoj grupi (stranci) poslanik pripada. Evropski parlament je podeljen političko-ideološki, s desna na levo, na sedam političkih grupacija.[30] 25 poslanika može oformiti političku grupu, s tim da su iz najmanje sedam, odnosno šest država članica. Politička šarolikost Parlamenta sužava se na trenutno sedam političkih mišljenja (plus 29 samostalnih poslanika), čime se podiže efikasnost ovog organa. Za slobodu poslaničkog mandata je bitno da je izričito propisana nemogućnost političke prinude poslanika kako da glasa u odnosu na stav usvojen u političkoj grupi.

---

[27] R. Etinski *et al*., *Osnovi prava Evropske unije*, Novi Sad 2010, 98.

[28] Vid. pravila 183-197 Poslovnika.

[29] Čl. 10 Ugovora. Detaljnije odredbe o političkom grupama sadrži Poslovnik, - pravila.

[30] Narodnjaci (demohrišćani, ERR), socijaldemokrate (S&D), liberaldemokrate (ALDE), konzervativci reformisti (ECR), zeleni (Greens/EFA), levica (GUE/NGL), slobodne demokrate (EFD). Vid. http://www.europarl.europa.eu/parliament/public/staticDisplay.do;jsessionid=F42FFBAC32821972D67399D22EE1BBA8.node1?language=EN&id=45&pageRank=4, 26. oktobar 2011. Zajedništvo unutar političkih grupa je različito i u nekim pitanjima su nacionalni interesi važniji od privrženosti političkoj grupi. T. C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford 2003, 33.

Evropski parlament *odlučuje* većinom glasova prisutnih članova, ukoliko Ugovorima nije drugačije određeno.[31] Kvorum za rad, jedna trećina poslanika, određen je Poslovnikom o radu.[32] Pre nego što se glasa na plenumu, predlog akta se usklađuje u političkim grupama i parlamentarnim odborima.

4. NADLEŽNOSTI NARODNE SKUPŠTINE I EVROPSKOG PARLAMENTA

Parlament je još uvek organ najbliži narodnom suverenitetu, ali sve manje mesto stvarne vlasti. Politički pasivna priroda parlamenta ogleda se u tome što vlada priprema i podnosi predloge zakona i drugih akata koje će vladajuća, parlamentarna većina bespogovorno usvojiti. Ovo kazuje da parlament nije mesto stvarnog odlučivanja. Ipak, pored osnovne nadležnosti da donosi zakone parlament još uvek ima pravne instrumente kojima bira, smenjuje i kontroliše vladu, a negde i predsednika republike.

Ustav Srbije je istakao mesto **Narodne skupštine** u političkom sistemu samim tim što joj je dodelio najvišu vlast u zemlji – ustavotvornu i zakonodavnu.[33] Ta načelna odredba o najvišoj vlasti je drugim parlamentarnim institutima i samom praksom poprilično ogoljena. Skupština političkim odnosom uvijenim u pravnu formu deli zakonodavna ovlašćenja sa Vladom i predsednikom Republike. Taj odnos je, u stvari, volja izvršne vlasti koja se planski predočava parlamentu, a potom i ostvaruje. Položaj Narodne skupštine je osnova slike parlamentarne organizacije vlasti Srbije. Parlamentarni princip „kočnica i ravnoteža“ vidi se u pravu Vlade da predsedniku Republike predloži da raspusti Skupštinu i pravu Skupštine da Vladi izglasa nepoverenje.

Vlada je putem zakonodavne inicijative praktično preuzela zakonodavnu vlast. Narodni poslanici i građani kao uspešni predlagači zakona gotovo da ne postoje jer je Vlada predložila gotovo sve donete zakone. Tako od ustavne “hvale” da Skupština poseduje zakonodavnu vlast ostaje malo jer je ona u postupku stvaranja zakona stešnjena između Vlade - predlagača zakona i predsednika Republike - nosioca prava proglašenja

[31] Parlament većinom od ukupnog broja poslanika: donosi Poslovnik o radu, bira predsednika Evropske komisije, daje saglasnost za prijem nove države članice, glasa o budžetu itd.

[32] Vid. pravilo 155 Poslovnika.

[33] Čl. 98 Ustava od 2006. Gro ovlašćenja Narodne skupštine nalazi se u čl. 99 Ustava.

zakona i prava veta. Zakoni se usvajaju većinom glasova prisutnih narodnih poslanika, pod uslovom da je prisutna većina od ukupnog broja (najmanje 64 od prisutnih najmanje 126). U Ustavom propisanim slučajevima Narodna skupština odlučuje većinom svih narodnih poslanika i dvotrećinskom većinom.

Narodna skupština je „delimični ili potpuni ustavotvorac".[34] Narodna skupština će deliti *ustavotvornu vlast* sa biračima ili jedina odlučivati, što zavisi od predmeta ustavne revizije. Pored najmanje 150.000 birača i jedne trećine narodnih poslanika (84), predlog promene Ustava mogu podneti i organi izvršne vlasti, predsednik Republike i Vlada.[35]

Najmanje jednom godišnje Skupština odlučuje o *budžetu* kojim raspolaže Vlada. Rasprave o zakonu o budžetu, završnom računu i o eventualnom rebalansu budžeta jesu prilike da narodni poslanici preispitaju protekli rad Vlade. Neizglasavanjem budžeta narodni poslanici Vladi uskraćuju finansijska sredstva neophodna za vršenje vlasti. Od Ustava od 1990. Srbija nije imala „budžetsku krizu", ali i da se to desilo vlada ne bi nužno pala jer bi se privremeno koristio prošlogodišnji budžet.

Skupština pored zakona i Ustava donosi i druge pravne i političke akte. Iako Ustav ne pominje skupštinske političke akte (već „druge opšte akte"), ona donosi preporuke, rezolucije, deklaracije, akte kojima se daju smernice ili postavljaju granice delovanja izvršne vlasti.[36]

Ugovor o Evropskoj uniji na opšti način određuje nadležnost **Evropskog parlamenta**. Pored zakonodavne i budžetske nadležnosti, Evropski parlament „sprovodi političku kontrolu i daje mišljenja na način na koji je to predviđeno Ugovorima. On bira predsednika Komisije".[37] Nadležnosti Evropskog parlamenta su donekle specifične u odnosu na zakonodavno telo parlamentarne države. U položaj Parlamenta ugrađeni su modaliteti parlamentarne i skupštinske organizacije vlasti koji daju posebnost odnosu zakonodavne i izvršne vlasti. Princip

[34] I. Pejić, *Parlamentarno pravo*, Niš 2011, 237.

[35] Čl. 203-204 Ustava od 2006. Za promenu preambule, ustavnih načela, ljudskih i manjinskih prava i sloboda, uređenja vlasti itd., pored dvotrećinske većine u Narodnoj skupštini potrebna je i saglasnost većine izašlih birača na referendumu.

[36] Narodna skupština donosi: zakon, budžet, završni račun, plan razvoja, prostorni plan, poslovnik, strategiju, deklaraciju, rezoluciju, preporuku, odluku, zaključak, autentično tumačenje zakona i akt kojim se uređuju jedinstvena metodološka pravila za izradu propisa (čl. 8 Zakona o Narodnoj skupštini, *Službeni glasnik RS*, br. 9/10).

[37] Čl. 14 Ugovora, čl. 230 i 234 Ugovora o funkcionisanju EU. Sve nadležnosti Parlamenta se mogu označiti kao: zakonodavne, budžetske, političko-nadzorne i savetodavne. R. D. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac 2010, 91.

„kočnica i ravnoteža“ nije potpun jer Komisija (vlada) ne može raspustiti Parlament, a može joj biti izglasano nepoverenje. Takođe, poslanici Evropskog parlamenta nemaju pravo zakonodavne inicijative, ali mogu da podnose amandmane ili da odbiju predlog zakona.U posebnim slučajevima zakonodavni akti mogu biti usvojeni i po inicijativi Evropskog parlamenta.[38]

Pored toga što samo delom ima zakonodavnu vlast, Parlament *nema nadležnost ni da menja Ugovor*, najviši pravni akt Unije. Od „ustavotvorne“ vlasti Parlamentu ostaju savetodavna ovlašćenja i saglasnosti u određenim slučajevima. Parlament ima pravo podnošenja predloga izmene Ugovora i to u redovnom postupku samo posredno, Evropskom savetu preko Saveta, a u pojednostavljenom postupku direktno Evropskom savetu koji sam donosi odluku o reviziji.[39] Organi izvršne vlasti – Komisija i vlade država članica takođe imaju pravo predlaganja izmene Ugovora. Parlament može, na zahtev većine od ukupnog broja svojih članova, zatražiti od Evropske komisije da sačini neki akt radi sprovođenja Ugovora.[40]

Zakonodavna vlast Parlamenta je nepotpuna, ali ne samo zbog nepostojanja zakonodavne inicijative poslanika. Ona se ograničava i dalje. U redovnom zakonodavnom postupku odlučivanje Parlamenta o zakonodavnom aktu je podeljeno sa Savetom, kao dva ravnopravna doma, na primer, odlučivanje o budžetu. U posebnom zakonodavnom postupku Parlament ima samo savetodavnu ulogu, a o nekim pitanjima kao što su porezi uopšte ne odlučuje.

Zakonodavni postupak započinje Evropska komisija podnoseći predlog Evropskom parlamentu i Savetu. U Evropskom parlamentu o tom predlogu raspravljaju nadležni odbori i na plenarnom zasedanju se donosi odluka o izmeni, usvajanju ili odbijanju predloga. Na kraju, ta odluka se mora usaglasiti sa odlukom Saveta („saodlučivanje“), što će se u slučaju sukoba postići putem zajedničkog Odbora za usaglašava-

[38] Čl. 17 (1, 7, 8) Ugovora, čl. 289 (4) Ugoora o funkcionisanju EU. Zakonodavni akti su: uredbe, direktive i odluke.

[39] Čl. 48 Ugovora. U redovnom postupku izmenu Ugovora usvaja Konferencija predstavnika vlada država članica (eng. *Conference of representatives of the governments of the Member States*) po preporuci koju usvaja posebna Skupština (eng. *Convention composed of representatives of the national Parliaments, of the Heads of State or Government of the Member States, of the European Parliament and of the Commission*). Izmene Ugovora stupaju na snagu tek po ratifikaciji u državama članicama. Od Evropskog parlamenta do konačne odluke postoji *pet* nivoa odlučivanja. U pojednostavljenom postupku postoje „samo“ još dva nivoa od Evropskog parlamenta - odluka Evropskog saveta i ratifikacija u državama članicama.

[40] Čl. 225 Ugovora o funkcionisanju EU.

nje.[41] Nacionalni parlamenti država članica svojim ovlašćenjima takođe sužavaju zakonodavnu vlast Evropskog parlameta pravom na informisanje, pravom na davanje mišljenja na predlog akta, pravom zaštite principa supsidijarnosti.[42]

Evropski parlament u posebnom zakonodavnom postupku učestvuje u donošenju *budžeta Unije*. I ovde je vlada ta koja pre isteka budžetske godine dostavlja predlog prihoda i rashoda Savetu i Evropskom parlamentu. Sve dok ova dva organa ne usaglase stavove (u slučaju nesaglasja – uz pomoć pomenutog zajedničkog Odbora), koristiće se stari budžet i to mesečno jedna dvanaestina prošlogodišnjeg budžeta. Evropska komisija će podnositi nove predloge sve do usvajanja budžeta. Po donošenju budžetskog akta Komisija je odgovorna Parlamentu za rashode i ima obavezu da mu podnosi izveštaje o izvršenju budžeta, finansijskom stanju Unije itd. [43]

Ostalu normativnu delatnost Evropskog parlamenta čine interni opšti i pojedinačni pravni akti, neobavezujuća mišljenja, deklaracije i rezolucije kao vrsta političkih akata.[44]

Narodna skupština *kadrovskim ovlašćenjima* vrši značajan uticaj na funkcionere drugih državnih vlasti. Taj uticaj je najveći prilikom njihovog izbora, ali traje i posle jer parlament uglavnom ima pravo da razreši funkcionera koga je izabrao. Narodna skupština bira i opoziva Vladu i ministre, ne bira ali razrešava predsednika Republike, bira i odlučuje o prestanku funkcije određenih sudskih funkcionera itd.[45] U vezi sa stvarnim odlučivanjem parlamenta kao jedinstvenog organa i ovde bi se moglo

---

[41] Vid. čl. 288-297 Ugovora o funkcionisanju EU.

[42] Čl. 1 i 3 Protokola o ulozi nacionalnih parlamenata u Evropskoj uniji (eng. *Protocol on the Role of National Parliaments in the European Uninon* i čl. 6 Protokola o primeni principa supsidijarnosti i srazmernosti (eng. *Protocol on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality*) u vezi sa čl. 5 Ugovora.

[43] Vid. čl. 312-324 Ugovora o funkcionisanju EU, pravila 75-78 Poslovnika. Budžet se usvaja u granicama najmanje petogodišnjeg finansijskog okvira (eng. *financial framework*) koji, nakon odobrenja Evropskog parlamenta, usvaja Savet. Na rast „prisnosti" Parlamenta i Saveta ne utiče samo budžetski postupak već i rad zajedničkog Odbora (eng. *the Conciliation Committee*). P. Craig, G. de Búrca, *EU Law: Text*, *Cases*, *Materials*, Oxford 1998, 72.

[44] Na primer, Rezolucija o evro-integracijama Srbije od 19. januara 2011. ili ranije, u vreme raspada SFR Jugooslavije, više nepovoljnih rezolucija po Srbiju. Vid. J. Simić, 188-199.

[45] Skupština bira i: sudije Ustavnog suda (bira pet, a razrešava svih 15 sudija), predsednika Vrhovnog kasacionog suda, predsednike sudova, Republičkog javnog tužioca, javne tužilaca, sudije i zamenike javnih tužilaca u skladu sa Ustavom, izborne članove Visokog saveta sudstva, guvernera Narodne banke Srbije, Savet guvernera i Zaštitnika građana (čl. 105, 118 i 153 Ustava od 2006).

prigovoriti da je za donošenje odluke o izboru konkretnog lica dovoljna „vladina" većina u Skupštini.

Za razliku od drugih organa i funkcionera koje bira Skupština, Vlada i svaki ministar ponaosob moraju *neprekidno uživati političku podršku većine* narodnih poslanika. Skupština proverava sopstveno poverenje u Vladu i ministre poslaničkim pitanjima, raspravom o izveštaju anketnih odbora, interpelacijom, glasanjem o nepoverenju, budžetskim pravom. Ovi instrumenti parlamentarne kontrole po pravilu samo prete a ne ugrožavaju opstanak vlade na vlasti.[46] Narodna skupština može da smeni i drugog nosioca izvršne vlasti, predsednika Republike, dvotrećinskom većinom svih narodnih poslanika, pod uslovom da Ustavni sud utvrdi da je on povredio Ustav.

Narodna skupština će po predlogu Vlade koja ceni političke okolnosti doneti zakon o amnestiji. To je akt dobre volje države ka učiniocima krivičnih dela. Narodna skupština ima nadležnost da proglasi *ratno stanje i vanredno stanje* i da donosi mere odstupanja od ljudskih i manjinskih prava u tim kriznim okolnostima.[47]

Od *kadrovskih ovlašćenja* **Evropskog parlamenta** najvažnije je pravo izbora predsednika Evropske komisije, a potom izglasavanje poverenja ostalim njenim članovima. Ovo je deo parlamentarnog odnosa zakonodavne i izvršne vlasti. Na predlog Evropskog saveta (ovde u ulozi šefa države) Parlament apsolutnom većinom bira predsednika Evropske komisije. Da bi Komisija bila izabrana prvo joj mora biti izglasano poverenje od strane Evropskog parlamenta,[48] a potom je imenuje Evropski savet (kvalifikovanom većinom). Parlament može da *izglasa nepoverenje* Komisiji (dvotrećinskom većinom prisutnih poslanika, pod uslovom da postoji kvorumska većina ukupnog broja poslanika) koja nastavlja da radi do izbora nove Komisije.[49] Pored mogućnosti izglasavanja nepoverenja Komisiji, poslanici (najmanje 40), parlamentarni odbori i političke grupe mogu da podnose interpelacije. Svaki član parlamenta može da postavi poslaničko pitanje.[50]

Evropski parlament bira Evropskog ombudsmana i predlaže sedam članova posebnog savetodavnog Komiteta (eng. *the panel*) koji učestvuje

---

[46] „...Ministar obično nije dovoljno spreman (za odgovor na poslaničko pitanje, *S.O.*), pa uglavnom izlaže opšte stavove vladine politike i ne pruža istinski odgovor na pitanje". D. M. Stojanović, *Pravni položaj poslanika*, Niš 1999, 150.

[47] Vid. čl. 200-202 Ustava od 2006.

[48] Obična većina - većina prisutnih, a kvorum je jedna trećina od ukupnog broja poslanika. Vid. čl. 17 (7) Ugovora, čl. 231 Ugovora o funkcionisanju EU, pravilo 155 Poslovnika.

[49] Čl. 17 Ugovora, čl. 234 Ugovora o funkcionisanju EU i pravila 105-107 Poslovnika. Parlament do sada nije izglasavao nepoverenje Komisiji, a 1999. Komisija na čelu sa Žakom Santerom (*Santer*) bila je prinuđena da podnese ostavku zbog optužbi za korupciju.

[50] Pravila 115-117 Poslovnika. Vid. J. Simić, 145-146.

u postupku imenovanja sudija i opštih pravobranilaca Suda pravde i Osnovnog suda. Parlament u redovnom zakonodavnom postupku može sa Savetom osnovati specijalizovane sudove (eng. *specialised courts*) za tužbe u posebnim oblastima, biva konsultovan pri izboru članova Izvršnog odbora (eng. *the Executive Board*) Evropske centralne banke i Finansijskog suda (eng. *the Court of Auditors*).[51]

Evropski parlament za razliku od Narodne skupštine nema kvazisudska ovlašćenja, što znači da ne donosi zakon o amnestiji. U podeli nadležnosti unutar Evropske unije i između organa Unije i država članica, Evropski parlament nije dobio ovlašćenja ni u vezi sa *ratnim i vanrednim stanjem*. To je u rukama Saveta i Visokog predstavnika Unije za spoljne poslove i bezbedonosnu politiku, kao i u nadležnosti organa država članica.

Uz druge organe Unije Evropski parlament ima nadležnosti u oblasti *spoljne politike*. Po važnosti to nisu prava prvog reda, već određene preporuke, rezolucije, mišljenja, sastanci o različitim spoljnopolitičkim pitanjima, na primer o jugoslovenskoj krizi, Bliskom istoku, ljudskim pravima itd.

5. ZAKLJUČAK

Savremene svetske i evropske političke struje donele su globalni proces jačanja egzekutive na račun legislative. Parlament je kao zakonodavni organ stavljen u „drugi ešalon" vlasti. Prvi red je zauzela vlada, predsednik republike ili oboje. U takvoj podeli vlasti manje više su formalno zadovoljeni principi parlamentarizma. Pre svih pravilo da građani biraju i šalju svoje predstavnike u zakonodavno telo gde ti poslanici u njihovo ime i u opštem interesu ostvaruju suverenost narodnu donoseći zakone. Narodna skupština Srbije i Evropski parlament donose zakonodavne i druge akte ali, poput drugih parlamenata, zapravo se saglašavaju sa predlozima koje uobličavaju Vlada i Evropska komisija. Ovo je grubo opisana zajednička karakteristika ova dva zakonodavna organa.

Po ostalim obeležima Narodna skupština i Evropski parlament se razlikuju, pre svega zbog činjenice da su u pitanju jedan nacionalni parlament i parlament međunarodne političke organizacije koja (još) nije postala država. Iznad Narodne skuštine je samo Ustav, a Evropski parlament kao organ najviše vlasti Unije ima brojniju „konkurenciju". Pre svega, Unija ima i drugi zakonodavni organ - Savet i ta dva zakonodavca sarađuju poput dva parlamentarna doma. Tu su i parlamenti država članica.

[51] Čl. 255-257 Ugovora o funkcionisanju EU, pravila 107a-109 Poslovnika.

Oni nemaju značajne nadležnosti u zakonodavnom postupku Unije, ali skraćuju domet Evropskog parlamenta donošenjem zakona u svojoj državi.[52] To je posledica sveobuhvatnog političkog odnosa Unije i država članica (sistem „tri stuba"[53]) koji se postepeno menja prenošenjem sve više suverenosti na Uniju.

U nekim karakteristikama koje se tiču strukture, unutrašnje organizacije, položaja poslanika, nadležnosti, Narodna skupština i Evropski parlament imaju sličnosti. Na primer, rukovođenje parlamentom, poslaničke grupe odnosno političke grupe, imunititet i druga statusna prava poslanika, neki instrumenti parlamentarne kontrole, delovi postupka izbora vlade, nadležnost za donošenje budžeta i drugih pravnih akata, donošenje političkih akata, neka kadrovska ovlašćenja itd. Nijedna od ovih nadležnosti ni postupaka nije istovetna, ali te različitosti ne treba smatrati bitnim.

Uočljive su i značajnije razlike u položaju ova dva organa. Rečeno je da parlament danas gubi trku za moć sa izvršnom vlašću, ali to za Evropski parlament važi samo kao opšta ustavnopravna pojava. Narodna skupština je od početka u senci Vlade, ali položaj Evropskog parlamenta konstantno jača onim tempom kojim se Unija približava državi. Evropski parlament nije stvarno gubio moć jer je nije ni imao, već obratno – njegov položaj je bivao jači izmenama Ugovora (presudno u Mastrihtu (1992), potom u Amsterdamu (1997), Nici (2001) i Lisabonu). Da bi mogao da se takmiči sa izvršnom vlašću Evropski parlament je prvo morao stekne obeležja zakonodavnog organa. Tek tada a jednim delom i danas, njegovo odnos sa Evropskom komisijom se može posmatrati kao odnos zakonodavne i izvršne vlasti.

Ono što karakteriše sadašnju nepotpunu ravnotežu Evropskog parlamenta i Evropske komisije jeste pravo Parlamenta da izglasa nepoverenje Komisiji, koje ne prati pravo Komisije da raspusti Parlament. Ova karakteristika skupštinskog sistema vlasti ublažena je nepostojanjem zakonodavne inicijative članova Parlamenta, što u praksi još više ističe Komisiju kao predlagača zakonskih akata. Ako bi se nekim narednim izmenama Ugovora krenulo putem dalje integracije Unije i parlametarizma, Komisija bi morala dobiti pravo da raspusti Parlament. Komisija bi tu nadležnost mogla uživati sama ili zajedno sa budućim šefom „evropske države" kao što je u Srbiji. Ovo bez obzira da li će Evropski parlament postati donji dom budućeg zakonodavnog organa Unije ili će zakonodavna vlast u ovolikoj meri ostati naročito uređena.

---

[52] Tako u odluci Saveznog ustavnog suda Nemačke, Mastriht (*Maastricht*) piše da nemački Bundestag mora zadržati zadatke i ovlašćenja od suštinskog značaja (*BverfGE 89, 155*).

[53] Vid. Z. Radivojević, V. Knežević-Predić, „Nova arhitektura Evropske unije", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2011, 12-14.

Slobodan P. Orlović, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

National Assembly of Serbia and European Parliament – a Constitutional-law Comparison

Abstract

For better understanding of the two parallel processes – EU integration and the rapprochement of the Republic of Serbia to the Union, a comparison of National Assembly of Serbia and European Parliament could be used. There are two legislative bodies in matter, which despite some similarities have numerous differences. The key difference is that National Assembly is a "full" legislative body, and European Parliament is a part of the Union's legislation, such as one of the Parliament's houses. Perhaps the most important cause of this difference is the fact that National Assembly is a power body of the State, and the European Parliament is an institution of a political and economic community which is not (yet) a state. It is to be assumed that the constitutional-law differences between European Parliament and National Assembly, or the parliament of another state, will increasingly diminish if the processes of the transfer of states' sovereignty to the European Union continue. At the same time, the relation of the political power of the European Parliament and the national parliaments of the Union state members will change.

Key words: European Parliament, National Assembly, European Union, Republic of Serbia, structure, jurisdiction.

Originalni naučni rad 502/504:347.426.6

Dr Bojan Pajtić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

EKOLOŠKA ODGOVORNOST[1]

Sažetak: *Imajući u vidu narastajući značaj problematike odgovornosti za nastanak štete kao i opasnosti od nastanka štete u kontekstu zaštite životne sredine na nivou Evropske unije, u ovom radu je posebno obrađena problematika tzv. ekološke odgovornosti i njenog regulisanja na nivou EU, kao i implemenatcije ove ustanove u pojedina nacionalna zakonodavstva. Analiza je izvršena polazeći od sagledavanja načina regulisanja pitanja životne sredine prema Direktivi o ekološkoj odgovornosti, a poseban akcenat je stavljen na implementaciju ove Direktive u pojedinim državama članicama EU.*

Ključne reči*: ekološka odgovornost, ekološka šteta, građansko pravo, naknada štete, zagađivač plaća*

1. Uvodna razmatranja

Zaštita životne sredine na nivu Evropske Unije se ne može striktno odvojiti na građanskopravnu i javnopravnu zaštitu i iz tog razloga se definiše kao integralna zaštita koja nužno podrazumeva i koordinaciju i saradnju različitih organa vlasti i to prvenstveno pravosudnih i upravnih organa vlasti. U toj integralnoj zaštiti pojedine grane prava imaju specifične uloge. Tako i građansko pravo ima posebno značajnu ulogu u zaštiti životne sredine kojom se obezbeđuje adekvatna prevencija i restitucija u ovoj oblasti. Iako se primarno građanskopravna zaštita odnosi na

[1] Rad je nastao kao rezultata istraživanja u prvoj godini rada na Projektu „Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)“ čiji nosilac je Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

prirodne vrednosti, u savremenom svetu postoji primetna tenedencija da se ona proširi i na ljudskim radom stvorene vrednosti što je posledica pravnog definisanja životne sredine kao skupa prirodnih i ljudskim radom stvorenih vrednosti. Zaštita životne sredine koja se ostvaruje po pravilima obligacionog prava je preventivna i posledično-restitutivna. U građanskopravnom smislu šteta predstavlja umanjenje tuđe imovine ili sprečavanje njenog uvećanja - materijalna šteta, kao i nanošenje fizičkog i duševnog bola, odnosno izazivanje straha određenog intenziteta i trajanja - nematerijalna šteta. Ipak, štetne posledice koje nastaju u životnoj sredini nemaju za posledicu građanskopravnu odgovornost jer se ne mogu uvek podvesti pod pojam štete u građanskopravnom smislu. Građanskopravna odgovornost postoji ukoliko je šteta na zaštićenim dobrima merljiva i ukoliko se posledica sastoji u ugrožavanju ili povredi ličnih imovinskih ili neimovinskih dobara nekog fizičkog ili pravnog lica. Ove štete se otklanjaju sredstvima klasičnog odštetnog prava. U našem zakonodavstvu je sprečavanje štete na zaštićenim dobrima jedan od osnovnih ciljeva pravne politike zaštite životne sredine, što je u skladu i sa međunarodnim dokumentima iz ove oblasti kojima se preventivno delovanje podiže na nivo osnovnog načela. U tom kontekstu je značajno pomenuti i dva osnovna načela prava životne sredine, a to su načelo „korisnik plaća“ i načelo „zagađivač plaća“ koja su predviđena i kod nas. U skladu sa pravilima odštetnog prava zaštićena dobra se dovode u odgovarajuće stanje o trošku odgovornog lica. Određene preventivne i restitutivne mere se finansiraju sredstvima iz opštih fondova u koje se slivaju naknade koje zagađivači plaćaju zbog opterećenja ili zagađenja životne sredine. Fizička i pravna lica koja koriste prirodne vrednosti dužna su da plate realnu naknadu i da snose troškove rekultivacije prostora. Ova sredstva su deo namenskih fondova iz kojih država finansira različite mere koje doprinose održivom razvoju i zaštiti životne sredine. Zakonom o zaštiti životne sredine[2] je propisano da svaka aktivnost mora biti planirana i sprovedena na način da prouzrokuje najmanju moguću promenu u životnoj sredini, predstavlja najmanji mogući rizik po životnu sredinu i zdravlje ljudi, smanji opterećenje prostora i potrošnju sirovina i energije u izgradnji, proizvodnji, distribuciji i upotrebi, obezbedu mogućnost reciklaže, spreči ili ograniči uticaj na životnu sredinu na samom izvoru zagađenja. Pitanja koja nisu obuhvaćena posebnim propisima, rešavaju se u po opštim pravilima Zakona o obligacionim odnosima o preventivnom

[2] Službeni glasnik RS broj 135/2004, 36/2009, 36/2009 – dr. zakon, 72/2009 – dr. zakon i 43/2011 – odluka US

delovanju.[3] U slučaju štete koja nastane usled obavljanja opštekorisne delatnosti u skladu sa dozvolom nadležnog organa, može se zahtevati samo naknada štete koja prelazi propisane granice, ali oštećeni i tada može da traži da odgovorno lice preduzme mere za sprečavanje štetnih posledica ili njihovo smanjenje.[4] U Zakonu o zaštiti životne sredine je odgovornost za štetu regulisana odvojeno od odgovornosti za zagađenje. Za zagađenje životne sredine su odgovorni zagađivači kao i lica koja su nezakonitim ili nepravilnim delovanjem omogućila ili dopustila da do zagađenja dođe. Za nastalu štetu odgovara zagađivač po principu objektivne odgovornosti i tada dokazuje postojanje štete i uzročne veze između njegovih postupaka i nastupelih štetnih posledica, a zagađivač snosi troškove procene štete i štetnih posledica koje su nastupile. On je takođe dužan da nadoknadi izdatke koji su nastali usled hitnih intervencija koje su preduzete u vreme nastanka štete, a koje su bile neophodne za ograničavanje i sprečavanje negativnih efekata po životnu sredinu. Sam zagađivač snosi troškove sanacije, troškove sprečavanja štete (iste ili slične) u budućnosti i troškove naknade oštećenim licima. U tom smislu je sam zagađivač Zakonom obavezan da se osigura od odgovornosti za štetu ukoliko ima postrojenje ili vrši delatnost od kojih potiče visok stepen opasnosti po zdravlje ljudi i životnu sredinu. Oštećeni može da traži obeštećenje neposredno od samog zagađivača ili osiguravača, tj. finansijskog garanta zagađivača. Ukoliko je štetu prouzrokovao veći broj zagađivača, njihova odgovornost je solidarna. Potraživanje zastareva u roku od tri godine od saznanja oštećenog za nastupelu štetu i štetnika (subjektivni rok), a najkasnije u roku od dvadeset godina od nastanka štete (objektivni rok). Odgovornost za sekundarne posledice zagađenja je regulisana Zakonom o zaštiti životne sredine, a na pitanja koja nisu regulisana posebnim propisima se primenjuju opšta pravila Zakona o obligacionim odnosima i drugim propisima iz oblasti građanskog prava. Odgovorno lice je svako lice (fizičko i pravno) koje je zagadilo zaštićena dobra ili je stvorilo povećani rizik od nastupanja takvih posledica. Svaki zagađivač može da odgovara po pravilima građanskig, krivičnog ili upravnog prava. Odgovornost za zagađenje je javanopravne prirode, odgovornost za sekundarne posledice zagađenja je uglavnom privatnopravna, u prvom slučaju šteta pogađa društvo, a u drugom prvenstveno pojedinačne interese.[5]

[3] Službeni list SFRJ broj 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, Službeni list SRJ broj 31/93 i Službeni list SCG broj 1/2003 – Ustavna povelja

[4] Videti: član 156. stav 3. i 4. ZOO

[5] Više videti: J.Salma i grupa autora, Osnove prava životne sredine, Novi Sad 2009., str.183-184.

2. Direktiva o ekološkoj odgovornosti[6]

Aprila 2004. godine na snagu je stupila Direktiva Evropske unije o ekološkoj odgovornosti kojom se uvodi sistem odgovornosti za štetu u životnoj sredini nastalu ljudskom (industrijskom) delatnošću. Ova Direktiva reguliše ekološku odgovornost i sprečavanje i otklanjanje štete nastale u životnoj sredini. Direktiva obezbeđuje direktnu primenu principa „zagađivač plaća", uvodi koncept ekološke štete i niz mera i postupaka u cilju sprečavanja i otklanjanja nastale štete. U vezi sa ovim pitanjem potrebno je napomenuti da se danas sve više spominje i pojam korporativne društvene odgovornosti koja predstavlja posvećenost preduzeća da doprinese održivosti privrednog razvoja sarađujući sa zaposlenima, njihovim porodicama, lokalnom zajednicom i društvom uopšte u cilju poboljšanja njihovog života.

Pitanje ekološke odgovornosti nužno zahteva i definisanje pojma ekološke štete. Ekološka šteta 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. Šeta nad ekološkim sistemom ne odnosi se samo na štetu nad ekološkim sistemom već zaštićenim evropskim[7] ili nacionalnim pravom. Građanskopravna odgovornost za štetu na nivou EU je regulisana Konvencijom Saveta Evrope o građanskoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu obavljanjem delatnosti opasne po životnu sredinu koja je doneta 1993. godine u Luganu. Zasnovana na principu „zagađivač plaća", ova Konvencija širokom definicijom odgovornosti olakšava teret dokazivanja titularima prava na naknadu štete. Konvencija se odnosi na sva fizička i pravna lica koja imaju uticaja i vrše kontrolu nad obavljanjem 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 su regulisana nacionalnim pravom, odnosno pomenutom Konvencijom ukoliko je ratifikovana i implementirana u nacionalno zakonodavstvo. Iako uvodi jedinstveni evropski sistem sprečavanja i integralne naknade ekološke štete, Direktiva nema retroaktivno dejstvo. Ona se odnosi na štetu na-

[6] Direktiva 2004/35/CE Evropskog parlamenta i Saveta od Aprila 2004 o odgovornosti za ekološku štetu u vezi sa zaštitom i otklanjanjem ekološke štete, OJ L 143, 30.4.2004.

[7] Član 2 (1) (a) 2§ i (3); Direktiva 79/409/ECC od 02. aprila 1979. o očuvanju divljih ptica i Direktiva 92/43/EEC od 21. maja 1992 o očuvanju prirodnog staništa i divlje flore i faune.

stalu posle 2007. godine ukoliko je nastala radnjom izvršenom posle 2007. godine. Direktiva se ne odnosi ni na štetu nastalu trideset godina posle štetne radnje, emisije ili incidenta. Direktiva se odnosi na operatere „regulisanih delatnosti". Većina industrijskih delatnosti podpada pod ovu kategoriju.

3. Vrste odgovornosti

Direktiva usvaja princip stroge odgovornosti za operatere delatnosti koje su opasne po životnu sredinu. U Aneksu Direktive su taksativno nabrojane delatnosti za koje postoji pretpostavka štetnosti po životnu sredinu. Za sve ostale aktivnosti koje nisu nabrojane predviđena je odgovornost po principu krivice. Stroga odgovornost pokriva sve vrste ekološke štete, odgovornost po principu krivice odnosi se samo na štetu nad ekološkim sistemom. Određene vrste ekološke štete predviđene međunarodnim konvencijama o građanskoj odgovornosti (nuklearne katastrofe, izlivanje nafte i sl.) izuzete su iz Direktive. S obzirom na široko postavljene izuzetke od odgovornosti i moguće odbrane operatera, stroga odgovornost se može primeniti samo u malom broju slučajeva kada je odgovornost za štetu očigledna i notorna, s obzirom na uzročnu vezu između štetnog dela i nastale štete. Operater nije odgovoran za štetu prouzrokovanu od strane trećeg lica koja je nastala uprkos činjenici da je odgovarajuća procedura zaštite bila primenjena. Takođe, operater nije odgovoran ni za štetu nastalu usled više sile. Oslobađanje od odgovornosti postoji i u slučaju štete prouzrokovane radnjom za koju postoji dozvola ili odobrenje nadležnog organa, ali ovo može da dovede do različitog tretmana operatera u slučaju prekogranične štete kada se postavlja pitanje da li dozvola izdata u zemlji štetne radnje oslobađa odgovornosti za štetne posledice te radnje nastale u drugoj zemlji članici.

Direktiva o Ekološkoj odgovornosti ima za cilj da obezbedi buđenje ekološke svesti kod preduzetnika i njihovo fokusiranje na uticaj aktivnosti koje sprovode, kao i da preventivno otklanjaju uzroke moguće štete, nasuprot čekanju da do štete dođe i naknadnom razmatranju regulativa koje bi mogle u tom slučaju biti primenjene. Direktiva je bazirana na principu „zagađivač plaća" čime se nastoji obezbediti da zagađivač plaća, odnosno odgovara za nanetu štetu, a ne da to čine poreski obveznici. Osim toga, Direktiva ima za cilj da ustanovi neke opšte okvire koji bi se ticali zagađivanja okoline, kako bi sprečila preduzetnike da svoje poslove dislociraju - sele u druge države članice zato što su tamo zakonske odredbe koje se tiču životne sredine fleksibilnije ili ne postoje. Države članice su imale vremena do Maja 2007. godine da implementiraju Direktivu, međutim, mnogi nisu ispoštovali ovaj rok.

Odgovornost pada na operatere - rukovodioce, odnosno svako lice koje vodi ili kontroliše aktivnosti koje iz svoje osnovne delatnosti. Države članice mogu da prošire odgovornost i na lica koja raspolažu sa određenom ekonomskom moći u vezi sa realizacijom takvih aktivnosti. Aktivnost koja je u opisu delatnosti je ona aktivnost koja se izvršava tokom ekonomske aktivnosti preduzeća ili kompanije, bez obzira na to da li je ona privatna ili javna, profitabilnog ili neprofitabilnog karaktera.

Direktiva se odnosi na slučajeve nanošenja štete životnoj sredini koje su izazvane ili su rezultat aktivnosti iz delatnosti onih koji takve aktivnosti kontrolišu, ako je šteta naneta: a) biima i prirodnim staništima koja su zaštićena Direktivom o prirodnim staništima iz 1992. godine i Direktivom o divljim pticama iz 1979. godine; b) vodama koje su zaštićene okvirnom Direktivom o zaštiti voda iz 2000. godine i v) gađenje zemljišta koje stvara značajan rizik u smislu povrede ljudskog zdravlja.

Za određene aktivnosti visokog stepena rizika, predviđena je odgovornost za sve tri kategorije štete nanete životnoj sredini i primenjuje se stroga odgovornost. Ove aktivnosti visokog stepena rizika uključuju postrojenja koja podležu Integrisanoj prevenciji zagađenja i Direktivi o kontroli, a kontrola otpada podleže okvirnoj Odluci o otpadu ili Direktivama o spaljivanju otpada. Činioci drugih aktivnosti mogu se takođe smatrati odgovornim za štetu nanetu zaštićenim vrstama i zaštićenim priridnim staništima ukoliko se utvrdi njihova krivica ili zanemarivanje.

Ukoliko postoji neposredna pretnja nanošenja štete životnoj sredini, operater mora bez odlaganja da preduzme mere kako bi šteta bila svedena na minimum. Ako ove mere neće sprečiti oštećenje, operateri moraju da informišu nadležne vlasti u najkraćem mogućem vremenu. Mere koje će se preduzeti zavisiće od vrste štete za koji postoji pretnja da će se desiti. Državne vlasti mogu naložiti operateru koje mere treba da preduzme ili da sami preduzmu mere ako operater u tome ne uspe, ako je rukovodeće lice trenutno nedostupno ili ako se od njega ne zahteva da preuzme teret troškova.

Onda kada je do nanošenja štete po životnu sredinu došlo, operater mora da obavesti nadležne vlasti o situaciji i da istovremeno preduzme mere kojima će kontrolisati i upravljati zagađivačima kako bi sprečio dalje širenje štete i nepovoljne efekte na ljudsko zdravlje. Državne vlasti mogu zahtevati da operater preduzme mere sanacije ili će oni sami preduzeti mere pod okolnostima gore navedenim.

Operater nisu odgovorni za troškove preventivnih ili mera sanacije ukoliko je štetu prouzrokovalo treće lice, ako su preduzete propisane mere bezbednosti, ili ako je šteta prouzrokovana u saglasnosti sa nalogom ili naredbom organa državne vlasti. Direktiva takođe državama daje diskreciono pravo da odluče da li će osloboditi operatera odgovornosti ako šteta rezultira iz neodobrene aktivnosti ili ako može pokazati da se nanošenje štete nije očekivalo, odnosno da nije postojao razlog da se određena aktivnost može pokazati štetnom, u skladu sa naučnim i tehničkim saznanjima u momentu kada je do nanošenja štete došlo.

Pod okolnostima stvarne ili moguće štete po životnu sredinu, treća lica su ovlašćena da traže od vlasti da preduzmu mere. Uzevši da zahtev za preduzimanje mera na prihvatljiv način pokazuje da šteta po životnu sredinu postoji, nadležne vlasti to moraju uzeti u obzir.

4. Osiguranje od štete

Prema Direktivi, preduzeće u Evropi se može osigurati od odgovornosti za otklanjanje ekološke štete, međutim, trenuto je moguće osigurati samo štetu od „više sile" (tzv. akcidentno zagađenje)[8], a sobzirom da je ona samom Direktivom izuzeta od odgovornosti, ovaj vid osiguranja je bespredmetan. Praksa osiguravajućih društava će dati odgovor da li će i na koji način prostupiti osiguranju ekološke štete stvaranjem novih vrsta polisa koje su alternativne klasičnom osiguranju od odgovornosti koje samo delimično dotiče ekološku štetu. Treba napomenuti da finansijsko pokriće od odgovornosti nije obavezno već je ostavljeno samim državama da o tome odluče. Ipak, nedostatak ponude osiguranja može da dovede i do razvoja drugih formi finansijskog pokrića što će nesumnjivo povećati troškove zaštite od odgovornosti, čime će se postići suprotan efekat u odnosu na preventivnu svrhu Direktive. Kao prelazno rešenje za prevazilaženje problema do uspostavljanja stabilnog tržišta osiguranja može biti pokriće od odgovornosti i finanasiranje naknade štete putem *ekoloških fondova* koji već postoje u pojedinim državama članicama i nekim zemljama istočne Evrope.[9] Svrha ovih fondova je da obezbedi sredstva iz jednog ili više izvora radi definisanja i upravljanja odgovornosti za ekološku štetu. Ekološki fond može prikupljati sredstva i radi zaštite, unapređenja i razvoja životne sredine.

[8] Bergkamp L., Corporate Governance and Social Responsibility: A New Sustainability Paradigm?, European Environmental Law Review, May 2002, str.298.

[9] Više videti:: Hawk N., Financing Environmnetal Improvement: the Use of Environmental Funds in EU and CEE Countries, European Environmental Law Review, April 2003, str. 113-120.

Direktiva podstiče sve države članice da razviju sisteme za obaveznu finansijsku sigurnost. Sledeće države su se obavezale da će razviti takve sisteme u vezi sa Direktivom:

- Portugalija (1.1.2010)
- Španija (30.04.2010)
- Grčka (2011)
- Mađarska (2010)
- Rumunija (2010)
- Bugarska (01.01.2011)
- Slovačka (2012)
- Češka (01.01.2013)

Brojne zemlje su takođe postavile pravne obaveze za operacije koje spadaju pod režim stroge odgovornosti da bi pokazale finansijsku sigurnost koja bi mogla da nadoknadi štetu ako operater nije u mogućnosti da plati. Portugal i Bugarska su uvele takve režime, a Španija, Grčka, Mađarska, Češka, Rumunija i Slovenija, tek treba da sprovedu svoje obaveze. Tamo gde je osiguranje dostupno, to je uglavnom izabrana mogućnost.

Finansijska sigurnost može imati brojne forme, uključujući obveznice, deponovane račune, kredite, i odgovarajuće osiguranje. Poslednje je obično najefikasnije i može biti preferirano od strane vlasti. Potrebno je napomenuti da Direktiva nije jedini regulatorni program u Evropi koji može zahtevati finansijske garancije, tu spadaju i Integrisana prevenciju zagađenja i dozvole kontrole, upravljanje otpadom i licence za rudarstvo i kamenolome. U dodatku svim obaveznim potrebama finansijske sigurnosti, postoje značajne praznine u standardnim programima kada se radi o oštećenju životne sredine. Glavni nedostaci polisa su: 1.pokriće za štetu nanetu životnoj sredini i posebno proces restauracije; 2. pokriće za štetu nanetu životnoj sredini postepenim zagađivanjem; i 3.pokriće za štetu izazvanu događajima koji nisu zagađenje, kao što je požar.

Iako su se obavezale na neki vid finansijske sigurnosti, države članice nisu usvojile niti objavile nikakva pravila, kao ni smernice za implementaciju. Španija je na primer usvajila pristup zasnovan na šablonskoj proceni izlaganja rizika. Verovatno će finansijska sigurnost korak po korak biti uvrštena u zvanične rasporede, tokom određenog vremenskog perioda u saglasnosti sa zadatim rokovima. Bez obzira na buduće potrebe za finansijskom sigurnošću, kompanije imaju neograničenu odgovornost pod uslovima Direktive i implementacije nacionalnih zakona.

Kada postoji osiguranje, važno je da osiguravajuće društvo ima odsek za ekologiju, da je organizovano i sposobno da promptno odgo-

vori na ekološke tužbe i da može da prikaže dugoročne obaveze za zaštitu sredine.

Dok je finansijski koncept ekološke odgovornosti predviđen Direktivom još uvek mlad u Evropskoj uniji i bez sumnje je usporen trenutnom ekonomskom situacijom, predstavlja nesumljivo značajnu promenu i dobru priliku za osiguravajuću industriju. Osiguranje je, po viđenju mnogih, najočigledniji i verovatno najefikasniji vid rešenja za zadovoljavanje potreba finansijske koncepcije predviđene Direktivom. Prebacivanje finansijskih posledica rizika po životnu sredinu na tržište osiguranja treba da bude glavna tačka razmatranja za kompanije, bilo da zakonodavstvo taj korak ohrabruje ili ne. Dok mnoge organizacije neće preduzeti ništa, osim ako se primoraju zakonskim ili ugovornim zahtevima, evidentno je da pošto se svest o pretnjama po životnu sredinu razvila, razviće se i potreba za osiguravajućim rešenjima. Kompanije koje uvažavaju važnost takvih rizika i imaju potrebu da ih strateški kontrolišu, takođe ističu da će osiguranje biti efikasno sredstvo koje će podržati ovu strategiju. Tržište osiguranja je dobro ustanovljeno u Velikoj Britaniji i drugim državama članicama, ali odskora se fokusiralo na „operativne“ rizike za životnu sredinu (oni rizici koji dolaze kao rezultati njihovih poslovnih aktivnosti). Postoji prostor za razvoj, ali stručnjaci u osiguranju ovog sektora pobrinuli su se da ova vrsta osiguranja bude pristupačna za sve organizacije (kompanije), bez obzira na njihovu veličinu ili sektor. Svakako, ova vrsta osiguranja nije samo za velike internacionalne korporacije jer veliki broj lica, od malih porodičnih firmi do globalnih organizacija, usvaja ovaj nivo kontrole rizika. Trenutni ekonomski uslovi čine situaciju težom za mnoge, u proceni rizika ili kupovini odgovarajućeg osiguranja, ali kompanije moraju da se zapitaju da li su u stanju da priušte sebi posledice neosiguranih događaja.

Bez sumnje, Direktiva o ekološkoj odgovornosti predstavlja značajan korak u razvoju prava životne sredine. U pojedinim državama članicama u kojima propisi o životnoj sredini nisu razvijeni, Direktiva je donela velike i značajne promene. Bez obzira na aktivnosti sprovođenja, promene u zakonodavstvu su pozitivan podstrek u porastu svesti kompanija o njihovim ekolškim odgovornostima, koje su praćene korporativnom odgovornosti širom sektora. Reputacioni rizik je takođe bitan faktor, s obzirom da će kupci, akcionari, investitori i drugi sigurno više obraćati pažnju na to koliko kompanija pridaje važnosti zaštiti životne sredine. Dok kompanije postaju svesnije rizika po životnu sredinu, prepoznavanje posledica ostaje diskutabilno – uprkos zakonodavnim podstrecima. Stavljanje akcenta na ozbiljnost i težinu zagađenja, znači da

će preduzeća, bez obzira na veličinu i delatnost, previdеti sopstveni uticaj na životnu sredinu, pri čemu finansijske posledice za svaku kompaniju su različite. Pa tako, troškovi sanacije štete nanete životnoj sredini mogu lako biti apsorbovane od strane jedne organizacije, ali mogu ugroziti solventnost druge.

5. Implementacija Direktive o ekološkoj odgovornosti – primer Nemačke[10]

Ekološka odgovornost u Nemačkoj zasnovana je na tri glavna principa:

- princip prevencije cilja na izbegavanje ili minimalizaciju mogućnosti zagađenja na prvom mestu (vlasti mogu da se umešaju i intervenišu čak i ako se zagađenje još nije desilo);
- princip „zagađivač plaća" znači da će svako ko je odgovoran za izazivanje štete po životnu sredinu biti odgovoran za troškove sanacije;
- princip saradnje znači da ekološki uslovi moraju biti razvijeni u uskoj povezanosti sa javnim i privatnim organizacijama.

Nemački propisi o životnoj sredini su uglavnom doneti na saveznom nivou. Izvršna vlast je prepuštena članicama. Na saveznom nivou važnu ulogu imaju Ministarstvo za zaštitu životne sredine i Agencija za zaštitu životne sredine. Nemačka je jedna od država u kojoj se najteže pronalazi odgovarajuće osiguranje zbog slojevitih i raznolikih regulativa. Iako je osiguranje dostupno, osiguravači su veoma strogi po pitanju svojih uslova.

Nemačka se smatra „ekološkom državom", budući da smatra zaštitu životne sredine jednim od svojih najvažnijih zadataka. Kao i u mnogim drugim zemljama, teški inženjering i industrijske kompanije (kao što su rafinerije, hemijska postrojenja i fabrike papira), za koje se najviše očekuje da će izazvati zagađenje životne sredine, podležu specijalnim zahtevima kad se radi o dobijanju dozvole. Ukoliko je kompanija direktno odgovorna za zagađenje koje predstavlja opasnost za opšte zdravlje i okolinu, vlasti mogu da preduzmu potrebne mere koje uključuju potražnju izmirenja troškova za sanaciju. Nemački Savezni Vrhovni Sud je posebno olakšao pravila o dokazima i obrnuo teret dokazivanja. Sudovi su takođe

[10] Za iskustva pojedinih država članica EU u pogledu implementacije Direktive o ekološkoj odgovornosti videti: Implementation of the Environmental Liability Directive, House of Commons Environment, Food and Rural Affairs Committee, Sixth Report of Session 2006–07, Published on 12 July 2007 by authority of the House of Commons, London: The Stationery Office Limited i The implementation of the European Union Environmental Liability Directive Briefing on the main issues arising in relation water, http://www.rspb.org.uk/Images/eldwater_tcm9-153637.pdf

primenili koncept „dužnosti da se zaštiti javnost“ na ekološku odgovornost. Svako ko stvara moguću opasnost po životnu sredinu ima dužnost da preduzme razumne mere opreza i prevencije protiv nanošenja štete trećim licima. Određene radnje degradacije životne sredine smatraju se krivičnim delima, uključujući zagađenje vode ili vazduha izazvano škodljivim supstancama, odbacivanje otpada koje preti ugrožavanjem životne sredine, i neodobreno rukovanje instalacijama koje su opasne po sredinu. Godine 2007., Nemačka je usvojila zakon kojima je Direktiva o ekološkoj odgovornosti implementirana u nacionalno zakonodavstvo. Zakonom su precizirane odredbe Direktive, a uvedeni su i novi oblici odgovornosti. Osim toga postoje dve važne dodatne odredbe prema kojima je predviđena mogućnost da država donese odluku da li će dozvoliti da operater odgovara za ekološku štetu u slučaju da je za obavljanje svoje delatnosti dobio dozvolu od države. Nevladine organizacije imaju pravo da zahtevaju da se preduzmu mere sanacije, čak i uslučajevima da nemaju konkretan pravni interes.

6. Implementacija Direktive o ekološkoj odgovornosti – primer Francuske

U Francuskoj kompanije nisu obavezne da se osiguraju u vezi sa životnom sredinom, iako je izlivanje nafte bilo „bolna“ ilustracija toga kako dok se povećava stepen odgovornosti, mora da se poveća i finansijsko pokriće. Pravo životne sredine u Francuskoj je dobro uređeno, a Direktiva o ekološkoj odgovornosti je implementirana u Avgustu 2008. godine. Za razliku od drugih država članica, u Francuskoj ne postoji pravna obaveza da se kupi finansijska sigurnost za slučaje rizika nanošenja štete životnoj sredini. Ostaje na operateru da odluči o tome

U Avgustu 2009. godine, Francuska vlada je objavila ekološku katastrofu u jednom od najlepših evropskih prirodnih rezervata, nakon što se nafta izlila iz jedne od podzemnih cevi u južnom regionu Bouches-du-Rhone. Više od 4000 kubnih metara sirove nafte razlilo se na preko 5 hektara zemljišta. Kroz cevovod je prenošeno 23 miliona tona sirove nafte godišnje rafinerijama i petrohemijskim postrojenjima u Francuskoj, Nemačkoj i Švajcarskoj. Troškovi čišćenja su iznosili oko 20 miliona evra prema nekim izveštajima. U ovom slučaju, sud je doneo odluku da operater nije bio vezan strogim pravilima o odgovornosti. Kao rezultat incidenta, međutim, došlo je do promene u zakonu u smislu da teške industrijske aktivnosti u budućnosti moraju da podležu režimu stroge odgovornosti. Što znači da teret dokazivanja pada na samog operatera.

Incident pruža osiguravajućim društvima i kontrolorima rizika uvid u moguće troškove vezane za zagađivanje. Velike kompanije su počele da shvataju značaj osiguranja u kontekstu životne sredine što je doprinelo stalnom porastu na tržištu osiguranja. Međutim, sveukupno gledano, preuzimanje ekoloških osiguravajućih proizvoda u Francuskoj od strane velikih industrija ostaje na niskom nivou. Kompanije srednje veličine se posebno uglavnom uzdržavaju od kupovine specijalizovane ekološke polise. Procene kažu da u Francuskoj ima oko 10 000 polisa, a čak oko dva miliona industrijskih kompanija.

7. Evropska Direktiva o ekološkoj odgovornosti i njena primena u Velikoj Britaniji

U Velikoj Britaniji, Engleska je implementirala Direktivu u Martu 2009. godine zajedno sa Velsom, Škotskom i Severnom Irskom koje su se zatim pridružile. U tom smislu su donete posebne uredbe koje važe za štete nanete na dan ili nakon 1. Marta 2009. godine. U Uredbama su sadržane odredbe iz same Direktive, a jedino proširenje vezano je za ubrajanje biodiverzibilne štete po vrste ili prirodna staništa na području posebnog naučnog interesa. Različiti organi izvršne vlasti su obuhvaćeni ovim uredbama kao što je Agencija za životnu sredinu. Lokalne vlasti imaju ovlašćenje da vrše prevenciju i sanaciju zemljišta ako su aktivnosti propisane od strane lokalnih vlasti. U suprotnom, Agencija je nadležna u slučajevima zagađenja voda, prirode, za biodiverzibilna zagađenja zemljišta, lokalne vlasti za zagađenja zemljišta, a Državni sekretarijat za obalna biodiverzibilna zagađenja. Ukoliko postoji više vrsta zagađenja, postoji zajednička nadležnost za rešavanje u takvim slučajevima. Odgovornost predviđena uredbama je zajednička i pojedinačna – operater može da pozove na dogovornost bilo kog drugog odgovornog operatera. Određene vrste zagađenja su isključene iz uredbi, kao npr. naftno zagađenje koje potpada pod primenu međunarodnih konvencija, kao i radioaktivnost koja je regulisana Aktom o nuklearnim instalacijama (1965). Termin „šteta“ nije definisan u uredbama nego u samoj Direktivi, kao merljiva negativna promena u prirodnom resursu (primer, zaštićene vrste i prirodna staništa, voda i zemljište) ili merljiva oštećenja prirodnih resursa (primer, funkcije izvedene od strane prirodnog resursa za dobrobit drugog resursa ili javnosti) koja mogu bit direktne ili indirektne.

Prema uredbama propisane kaznene odredbe se odnose na nepreduzimanje svih raspoloživih mera i radnji u prevenciji nanošenja štete po životnu sredinu ili sprečitu širenja štetenih posledica, neinformisanju da je

došlo do zagađivanja okoline (ili druge štete za koju postoje osnovi da će postati zagađenje okoline) i/ili neposredne pretnje takve štete ili neusklađivanje sa zahtevima o potrebnim merama sanacije.

Uredbe postavljaju novi set obaveza i odgovornosti na širok spektar poslovanja i to.

- obaveze samo-prijavljivanja prema uredbama znače da se sistemi internog prijavljivanja i procene rizika moraju osmisliti posebno;
- u nekim slučajevima, moraće se razmotriti napredna procena mogućih rizika zagađenja okoline ili neke druge štete, kao i potrebne mere koje se trebaju preduzeti;
- neki operateri mogu odlučiti da preduzmu procene početnog stanja svojih poseda;
- otkrivanje zagađenja ili štete po životnu sredinu (ili druge štete za koju postoje realni osnovi da se veruje da će postati zagađenje životne sredine) tokom prodaje ili kupovine mogu biti povod za zahteve o objavljivanju tj. informisanju nadležnih vlasti o tome, ili će zahtevati od stranaka da traže utvrđivanje dgovornosti za preuzeti rizik.

U Velikoj Britaniji postoji veoma razvijeno i sofisticirano tržište za osiguranje životne sredine. Preduzeća su izložena mogućnosti teških kazni prema Direktivi i smatraju se odgovornim za štetu koju nanesu vršenjem aktivnosti na svojim posedima, čak iako se šteta dogodila zbog aktivnosti prethodnih vlasnika. Propisi Velike Britanije predviđaju odgovornost vlasnika poseda za stanje životne sredine i štetu nanetu životnoj sredini na tom posedu, nezavisno od toga da li je ona nsatala i pre njegovog vlasništva, pa je veoma važno da vlasnici poseda budu upoznati sa istorijatom njihovih zemljišta i poseda. Na kraju treba pomenuti da su mnoge kompanije proširile svoje polise opšte odgovornosti na iznenadne i slučajne događaje, ali ne postoji sigurnost da li će te polise odgovarati novim merama sanacije.

8. Neke specifičnosti primene evropske Direktive o ekološkoj odgovornosti u Španiji

U Španiji, kršenje brane na Boliden rudniku blizu Sevilje u Aprilu 1998. godine predstavlja jednu od najvećih ekoloških incidenata u istoriji te zemlje. Pukotina je oslobodila oko pet miliona kubnih metara toksičnog rastvora, koji je sadržao smrtonosne nivoe olova i teških metala čime je uništena lokalnu sredina i zagađeno 40km dve lokalne reke kao i njiva i farmi. Ukupno, preko 40 tona ribe je uginulo, i oko 5000 gusaka, kao i 20000 vodenih ptica. Mere sanacije zahtevale su iskopavanje 12 miliona tona zagađenog zemljišta i rezultirale su totalnim ekonomskih krahom u tom regionu (400 mili-

ona evra). Na osnovu ovakvog iskustva, Španija je usvojila najstrožiji pristup upotrebe Direktive i ekološkoj odgovornosti. Direktiva o ekološkoj odgovornosti je implementirana u Španiji Aprila 2007. godine, ali faktički se sa njenom primenom otpočelo tek 2010. godine.

Ipak, ispitivanje 700 španskih kompanija, koje je sprovelo TNS Global Market Research pokazalo je da je prisutan značajan niski nivo ekološke svesti i o rizicima koji će uticati na poslovanje. [11] Ovo istraživanje, objavljeno u Avgustu 2011. godine, takođe je pokazalo nedostatak znanja o dostupnim polisama osiguranja kako bi se kompanije obezbedile od mogućih rizika. Ovo je pokazalo da više od polovine preduzeća nemaju odgovarajuće pokriće. Ali što je još alarmantnije, preko 30% njih se izjasnilo da neće preduzeti ništa da se zaštite od mogućih ekoloških nezgoda.

9. Zaključna razmatranja

Pravo životne sredine i održivi razvoj predstavljaju dva dela jedne celine i apsolutni prioritet današnjice. Održivi razvoj je moguć ukoliko se posmatra sa tri aspekta socijalnog, ekonomskog aspekta životne sredine. Održivi razvoj se ne može postići ukoliko se prirodni resursi i energija troše bržim tempom nego što je planeti potrebno da ih obnovi, ili ukoliko se otpad stvara brže nego što može da se razloži.[12] Zbog toga je potrebno stvoriti uslove za održivi razvoj, a jedan od koraka učinjenih u tom pravcu je donošenje Direktive o ekološkoj odgovornostina nivou Evropske unije. Ipak, sama za sebe, Direktiva nije dovoljna za ostvarenje održivog razvoja i zbog toga je potrebno dalji razvoj usmeriti u pravcu jačanja ekološke i društvene odgovornosti preduzeća - koncepta koji se oslanja na dobrovoljno aktivno učešće i doprinos preduzeća u stvaranju naprednijeg društva i zdravije životne sredine.[13] Korporativna odgovornost preduzeća zahteva aktivan rad na razvijanju najbolje prakse u organizovanju rada, permanentnom stručnom usavršavanju, jednakom tretmanu zaposlenih, integraciju u društveni sistem i ostvarenje održivog razvoja. Aktiva uloga samih zagađivača u ovom kontekstu postaje imperativ savremenog društva koja uz podizanje ekološke svesti zagađivača treba da omogući stvaranje široko polje delovanja i aktivnu ulogu nevladinog sektora u zaštiti životne sredine i održivog razvoja.

---

[11] http://www.insuranceinsight.eu/insurance-insight/news/2085955/spanish-companies-lack-environmental-risk-awareness

[12] Shelton D., Course 3 – Techniques and Procedures in International Environmental Law in UNITAR Programme of Training for the Application of Environmental Law, 2nd edition, UNITAR, Geneva 2004, Predgovor.

[13] Berkamp L., *op.cit.*, str. 138.

Bojan Pajtić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Environmental Liability

Abstract

Given the growing importance of the issue of responsibility for the damage and the danger of damage in the context of environmental protection at EU level, in this paper is specially treated so-called problems environmental responsibility and its regulation at the EU level, as well as implementation of this institution in some national legislation. The analysis was performed looking at ways of starting to regulate environmental matters under the Directive on environmental liability, and special emphasis is placed on the implementation of this Directive in individual EU countries such as Great Britain, Germany, Spain and France. Given that environmental protection is one of the area divided jurisdiction where EU bodies share equal responsibility with the national administrations of EU member states, ultimate goal is not only to protect the environment, but to promote the concept of improving the quality of the environment. In this context, the role of companies in the EU and the world is that in addition to taking legally required environmental protection measures, conduct additional environmental programs under the auspices of the increasingly popular corporate social responsibility.

Key words: environmental responsibility, environmental damage, civil law, compensation for damage, polluter pay principle

Originalni naučni rad 343.54(497.1)”1922/1926”

Dr Gordana Drakić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PREKID TRUDNOĆE PREMA KRIVIČNOM ZAKONIKU KRALJEVINE JUGOSLAVIJE I PROJEKTIMA KOJI SU MU PRETHODILI[1]

***Sažetak**: Autor se, u uvodnom delu rada, ukratko osvrće na odnos društva, države, odnosno prava prema problemu prekida trudnoće u toku istorijskog razvoja.*

Nakon toga, izlaže odredbe pravnih propisa koji su regulisali prekid trudnoće pre donošenja jedinstvenog Krivičnog zakonika za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca. Posebno je ukazano na rešenja predložena u nacrtima krivičnog zakonika iz 1922. i 1926. godine.

U završnom delu rada detaljno su analizirani paragrafi Krivičnog zakonika iz 1929. godine koji su se odnosili na prekid trudnoće i izloženi zaključci o usvojenim rešenjima.

***Ključne reči**: prekid trudnoće, pobačaj, krivičnopravna zaštita žene, Krivični zakonik, projekti krivičnog zakonika, Kraljevina Jugoslavija.*

Pravo na život predstavlja najvrednije i osnovno pravo čoveka. Kao najznačajnije ljudsko pravo, garantovano je u međunarodnim dokumentima i nacionalnim zakonodavstvima svih država. U skladu s tim, uživa i odgovarajuću krivičnopravnu zaštitu. Prema našem pravu, čovek stiče pravnu sposobnost nakon rođenja i, istovremeno, postaje subjekt prava. Period pre rođenja, međutim, priznat je tradicionalno u građanskom pravu, pre svega naslednom pravu, kao period u kome se uvažavaju prava i

[1] Rad je nastao kao rezultat istraživanja u okviru Projekta ***Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo*** čiji nosilac je Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

interesi još nerođenog deteta. U domen tog uvažavanja, odnosno pravne zaštite, ulazi i pravo na život još nerođenog deteta.

Život nerođenog deteta krivičnopravno je zaštićen inkriminisanjem nedozvoljenog pobačaja, odnosno nedozvoljenog prekida trudnoće. Takva inkriminacija postoji u našem krivičnom zakonodavstvu, kao i u krivičnim zakonodavstvima savremenih država.[2]

Pobačaj, odnosno pobacivanje sa krivičnopravnog aspekta je veštačko prevremeno prekidanje stanja trudnoće, odnosno izazivanje prevremenog porođaja trudne žene ili usmrćivanje ploda u njenoj utrobi. „Plod je objekat pobacivanja od trenutka svog začetka pa do trenutka (prevremenog ili vremenog, ali prirodnog) rađanja kada se je ma koji deo njegovog tela počeo pojavljivati, jer od tog trenutka postaje čovek; prema tome, bez značaja je u kome se stadiju razvića počev od začeća nalazi pobačeni plod".[3]

Odnos pobačaja i krivičnog prava predstavlja problem, koji je još od najstarijih vremena bio predmet pažnje i interesovanja pravnika i lekara, sociologa i filozofa, te svih onih koji su se bavili, i bave se, proučavanjem ljudskog života i društva. Prilikom razmatranja ovog problema, težište je kroz istoriju, najpre, bilo postavljeno na ženinu ličnost, potom je pažnja bila usmerena na plod, da bi u novom veku analiza problema podrazumevala i ličnost žene i plod.

Može se reći da se u evoluciji ovog pitanja jasno ističu tri perioda. U prvom embrion nije uživao zaštitu, već je zaštitu imala samo žena i njen telesni integritet. U narednom periodu, fetus je dobio samostalnu zaštitu, a žena je dospela u veoma nezavidan položaj, te je za neke slučajeve, bila propisana čak i smrtna kazna za ženu koja je pobacila. Tek u trećem periodu u razvoju ovog problema, uzeta je, pored ploda, i žena u zaštitu putem relevantnih propisa.[4]

Kažnjavanje pobačaja imalo je, u starom veku, pre svega za cilj da se obezbedi krivičnopravna zaštita žene i njenog telesnog integriteta. Prema Hamurabijevom zakoniku[5], najpoznatijem i najbolje sačuvanom zakoniku drevne Mesopotamije, kažnjavao se muškarac koji bi nanošenjem povrede trudnoj ženi prouzrokovao neželjeni prekid trud-

---

[2] Više o pitanju prava na život nerođenog deteta videti: Đ. Dorđević, *Pravo na život nerođenog deteta*, Pravni život, Beograd 1997, 9, 17-26.

[3] D. Jevtić, *O pobačaju*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 1953, 341. Tako i T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava*, Posebni deo, Beograd 1923, I, 1, 59-60.

[4] Tako: N. Nedeljković, *Pobacivanje u krivičnom pravu*, Policija, Beograd 1937, 13-16, 707.

[5] Više o karakteristikama i sadržini Hamurabijevog zakonika: S. Šarkić, *Istorija države i prava I Osnovi svetske pravne istorije*, Novi Sad 2011, 31-40.

noće. Tako je u § 209. Hamurabijevog zakonika bilo propisano: „Ako čovek udari ćerku slobodnog čoveka, tako da ona izgubi plod, da plati deset sekela srebra za njen plod“.[6] Dakle, bila je propisana novčana kazna za gubitak ploda koji je usled nanete povrede zadesio trudnu ženu. Inkriminisanje tzv. voljnog pobačaja je izostalo, jer nisu bile predviđene kazne za trudnu ženu koja bi sama ili uz nečiju pomoć izazvala prekid trudnoće.

Međutim, sasvim je izvesno da su prekidi trudnoće preduzimani i u najstarijim ljudskim zajednicama, s druge strane o njihovoj učestalosti ne može se izvesti siguran zaključak.[7] U potpunosti se može prihvatiti tvrdnja da „i voljni odnosno obavezni pobačaj i zabranu istoga, stvorila je potreba. Voljni odnosno obavezni pobačaj izazvala je potreba, da se umanje štetne posledice porođaja za ženu i porodicu ili da se, u interesu zajednice, umanji broj učesnika u trošenju hrane. Zabranu voljnog pobačaja izazvala je potreba da se umnoži broj radnih odnosno borbenih ruku“.[8]

S vremenom se, pod uticajem hrišćanstva, razvilo shvatanje da je plod u utrobi već nakon šest do deset nedelja živo biće i da prema tome voljni pobačaj predstavlja ubistvo živog čoveka – homicidium. Voljni pobačaj smatran je za greh i zločin protiv duše usmrćenog ploda koja je zbog toga lišena mogućnosti spasenja. Taj stav hrišćanske crkve dominirao je tokom srednjeg veka, a crkveni sudovi su voljni pobačaj kažnjavali ekskomunikacijom i smrtnom kaznom koju su izvršavali svetovni sudovi.[9] „U čitavom se srednjem vijeku pometnuće najstrože kažnjavalo i to pometnuće već „živog“ ploda sa smrtnom kaznom, dočim se pometnuće u prvim tjednima začeća blaže kažnjavalo“.[10]

Početkom novog veka, pobačaj se još uvek smatrao zločinom, ali su teške i okrutne kazne izazvale protiv sebe brojne prigovore. Međutim, prigovori nisu isticani „protiv ovladalog pravnog karaktera pobačaja, nego samo protiv oštrine kaznenih sankcija. Istom enciklopedisti Montesquieu, Rousseau, Voltaire, pa i čuveni protivnik smrtne kazne Beccaria ustaju protiv kažnjavanja pobačaja“.[11] Ove ideje „u zakonima XIX-tog veka su došle do izražaja samo u ublažavanju kazni koje su zaprećene za prekid trudnoće“.[12]

---

[6] D. Nikolić, A. Đorđević, *Zakonski tekstovi starog i srednjeg veka*, Niš 2011, 22.

[7] Tako: Z. Ponjavić, *Prekid trudnoće pravni aspekti*, Kragujevac 1997, 70-71.

[8] Č. Marković, *Zabrana ili sloboda voljnog pobačaja*, Subotica 1925, 4.

[9] F. Čulinović, *Žena u našem krivičnom pravu*, Beograd 1934, 40-41.

[10] M. Vranić, *O kažnjavanju pometnuća*, Mjesečnik, Zagreb 1928, 6-7, 285.

[11] F. Čulinović, nav. delo, 41.

[12] Z. Bašić, *Krivično delo nedozvoljenog prekida trudnoće*, magistarska teza, Novi Sad 2000, 12. Na stranama 13-19. autor detaljno izlaže zakonska rešenja koja su regulisala prekid trudnoće u različitim državama tokom XIX veka.

Kada je reč o srpskom pravu, *Kriminalni (Kaznitelni) zakonik za Knjažestvo Srbiju* iz 1860. godine sadržao je odredbe koje su se odnosile na prekid trudnoće u XVII glavi, pod naslovom *O pobacivanju dece*. U § 168 bila je propisana kazna do pet godina zatvora za trudnu ženu koja preduzme voljni pobačaj. Prema § 169 istom kaznom kažnjavalo se lice koje je sa znanjem i na zahtev trudne žene, upotrebilo ili njoj dalo sredstva koja su izazvala prekid trudnoće. Međutim, ako se radilo o licu koje je više puta ili u vidu zanata preduzimalo takve radnje ono se kažnjavalo robijom do dvanaest godina. U narednom paragrafu bilo je inkriminisano vršenje prekida trudnoće bez pristanka trudne žene, za koje je u slučaju da žena zbog toga umre bila zaprećena kazna do dvadeset godina robije.[13]

Zakonik je, dakle, stajao na stanovištu bezuslovne kažnjivosti svakog voljnog pobačaja. „Zametak je dakle i po našem ranijem krivičnom pravu imao karakter osobnosti; t. j. njemu se davala kaznenopravna zaštita još dok nije postao osoba u pravom, fiziološkom smislu te reči. Zametak se štitio od svačijeg zahteva u njegovu pravnu sferu. Njegov telesni integritet bio je zaštićen kaznenopravnim odredbama čak i protiv njegove majke“.[14]

Projekat Kaznenog zakonika za Kraljevinu Srbiju iz 1910. godine sadržao je, u glavi XVI pod naslovom *Zločini protiv života i tela*, odredbe o voljnom pobačaju, kao i o onom preduzetom bez volje i znanja trudne žene.[15] Za sve oblike ovog dela bila je kao kazna propisana robija u različitom trajanju u zavisnosti od pojedinosti izvršenog dela. Interesantno je primetiti da je u Motivima, koji su objašnjavali rešenja sadržana u tekstu Projekta, bilo navedeno, kada je reč o sankciji propisanoj za prekid trudnoće, sledeće: „Što se tiče kazne ove krivice, mi smo predložili robiju s obzirom na mnogobrojnost ovog zločina“.[16] Ovo je posredan, ali svakako relevantan i zvaničan podatak da su prekidi trudnoće često preduzimani.

Nakon stvaranja Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca 1. decembra 1918. godine u državi je postojalo šest pravnih područja na kojima su važili različiti pravni propisi nasleđeni iz pravnih sistema država u čijem sastavu su do ujedinjenja bile jugoslovenske zemlje. Kada je reč o krivičnopravnim propisima, u novostvorenoj Kraljevini na snazi je bilo šest različitih krivičnih zakonika. Pravni partikularizam stvarao je probleme u praksi, te je donošenje jedinstvenog krivičnog zakonika bilo neophodno.

---

[13] D. Nikolić, *Krivični zakonik Kneževine Srbije*, Niš 1991. Tekst Zakonika kao prilog monografiji na str. 195-282.

[14] F. Čulinović, nav. delo, 42.

[15] *Projekat i motivi Kaznenog zakonika za Kraljevinu Srbiju*, Beograd 1910, 34-35.

[16] Isto, 388.

Tako je, primera radi, na području nekadašnje Kraljevine Srbije na snazi bio *Krivični zakonik* iz 1860. godine, a na teritoriji nekadašnje Kraljevine Crne Gore važio je *Krivični zakonik* donesen 1906. godine po uzoru na srpski.

Na području Vojvodine je i nakon stvaranja Kraljevine SHS, važio ugarski *Kazneni zakon tzv. V. zakonski članak iz 1878. godine* koji je bio noveliran 1908. godine. U osamnaestoj glavi V. zakonskog članka koja je propisivala „Zločine i prestupe protiv čovekova života" odredbe o pobačaju bile su u njenom petom odeljku pod naslovom „Uništenje utrobnog ploda". Prema § 285. trudna žena koja sama ili uz nečiju pomoć namerno izazove prekid trudnoće „ako je van braka pala u trudno stanje: ima se kazniti robijom do dve godine, u protivnom slučaju pak robijom do tri godine".[17] Za lice koje je uz pristanak trudne žene izvršilo pobačaj bila je propisana ista kazna, a ako je to učinilo iz koristoljublja kažnjavalo se robijom u trajanju od pet godina. Ukoliko neko lice izvrši prekid trudnoće bez pristanka trudne žene kažnjavalo se, prema § 286, tamnicom do pet godina, a ako je time prouzrokovalo njenu smrt tamnicom od deset do petnaest godina.

U stručnoj javnosti negativno su komentarisane postojeće razlike u pogledu inkriminacije nedozvoljenog prekida trudnoće u zavisnosti od toga o kom se pravnom području u državi radilo: „...državljani jedne iste države za delikat jedne iste naravi u Ljubljani kažnjavaju se, u Beogradu ne. I kad se kažnjavaju, u Beogradu je druga kazna, sad manja, sad veća, u Ljubljani sad veća, sad manja; a u Crnoj Gori može ići i do doživotne robije, koja kazna inače nigde ne postoji. Takve prilike zahtevaju kategorično – remeduru, koja može doći tek izjednačenjem kaznenog prava".[18]

Izjednačenje prava i donošenje novih jedinstvenih propisa predstavljalo je jedan od najvažnijih zadataka u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca, a njegovoj realizaciji pristupilo se neposredno nakon ujedinjenja. U tom cilju ustanovljen je Stalni zakonodavni savet pri Ministarstvu pravde, a u njegovom sastavu, između ostalih, oformljena je krivičnopravna komisija sa zadatkom da radi na pripremi predloga novog krivičnog zakonika. U Ustavu Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca -Vidovdanskom ustavu donesenom 28. juna 1921. godine, bio je propisan posebni tzv. skraćeni postupak za izjednačenje prava u državi.[19]

---

[17] *Kazneni zakon V. zakonski članak iz 1878. godine* preveo i priredio M. Jocić, Novi Sad 1926, 179.

[18] M. Dolenc, *Problem krivično-pravne zaštite ploda utrobe*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1924, VII, 4, 165.

[19] član 133. Ustava Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* broj 142 A od 28. juna 1921. godine.

Krivičnopravna komisija izradila je 1922. godine predlog krivičnog zakonika za celu Kraljevinu, koristeći kao osnovu, prilikom rada, pomenuti Projekat kaznenog zakonika za Kraljevinu Srbiju. Ministarstvo pravde je naložilo štampanje predloga krivičnog zakonika sa kratkim objašnjenjem.[20]

Projekat krivičnog zakonika iz 1922. godine propisivao je u posebnoj glavi pod naslovom „Krivična dela protiv života i tela", između ostalih, i odredbe o pobačaju. U § 170. bilo je određeno da se trudna žena koja svoj plod pobaci, ili drugome dozvoli da to učini, kazni robijom ili zatočenjem do tri godine. Prema § 171. osoba koja trudnoj ženi sa njenim pristankom izvrši pobačaj kažnjavala bi se robijom do pet godina, a u slučaju da je ta osoba lekar, apotekar, babica ili osoba koja vrši pobačaje za novac – kažnjavala bi se robijom do deset godina. Sledeći paragraf regulisao je slučaj izvršenja prekida trudnoće bez znanja i volje trudne žene za koji je bila zaprećena kazna robije do petnaest godina.[21]

Rad na nacrtu jedinstvenog krivičnog zakonika prešao je, potom, iz nadležnosti krivičnopravne komisije zakonodavnog saveta „u ruke uže komisije" kojoj su bili povereni još neki zadaci. Uža komisija pripremila je nacrt, te je u februaru 1926. godine ministar pravde podneo Narodnoj skupštini novi predlog krivičnog zakonika za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca.[22]

U periodu nakon objavljivanja predloga krivičnog zakonika iz 1922, a pre nego što je nacrt iz 1926. godine ugledao svetlost dana, u stručnoj javnosti povedena je rasprava o tome da li jedinstveni zakonik treba da sadrži odredbe o „nekažnjavanju veštački prouzrokovanog pobačaja bar do trećeg meseca od začeća". Profesor ljubljanskog Univerziteta i član komisije koja je izradila nacrt krivičnog zakonika iz 1922. godine, Metod Dolenc deklarisao se kao pobornik zakonske zabrane voljnog pobačaja. On je, u raspravi koju je napisao tim povodom, izložio ključne razloge zbog kojih je, po njegovom mišljenju, bilo potrebno zadržati zakonsku zabranu voljnog pobačaja. Braneći rešenja navedena u projektu istakao je, između ostalog, sledeće: „Naš vrlo konzervativan, u pretežnoj većini agrarni narod, kojemu su deca blagoslov božji...načelno dopuštenje pobacivanja ploda utrobe nikada neće razumeti, kamo-li odobriti, ovo treba, da nam je jasno kao beli dan!"[23]

---

[20] M. Dolenc, A. Maklecov, *Sistem celokupnog krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije*, Beograd 1935, 20.

[21] *Projekat kaznenog zakonika za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca*, Beograd 1922, 38.

[22] M. Dolenc, A. Maklecov, nav. delo, 21.

[23] M. Dolenc, nav. delo, 169.

Suprotno gledište, dakle, da voljni pobačaj treba da bude dopušten zakonom zastupao je, takođe, univerzitetski profesor Čedomir Marković koji je tim povodom održao predavanje na Beogradskom Narodnom Univerzitetu u decembru 1924. godine. Po pisanju štampe predavanje je bilo „vrlo dobro posećeno i saslušano do kraja...Slušaoci su predavača toplo i burno pozdravili. Pored veselih i živahnih studentkinja, na predavanju je zapažen i veliki broj ozbiljnih i otmenih gospođa. Ljudi[24] je bilo manje od polovine slušalaca".[25] Na osnovu ovog izveštaja, ali i stručnih rasprava i članaka objavljenih u tom periodu, možemo zaključiti da je pitanje zabrane, odnosno dozvoljenosti voljnog pobačaja bilo aktuelno društveno pitanje koje je izazivalo pažnju javnosti.

U toku predavanja, profesor Marković posebno se osvrnuo na mišljenje dr Dolenca po kojem narod, budući konzervativan i agrarni, ne bi prihvatio zakonsko dopuštenje pobačaja, te je istakao: „Sve dokle ne čujemo njegov odgovor, putem ankete, plebiscita ili referenduma, tvrđenje je proizvoljno, gola pretpostavka. Ono ima vrednost samo ličnog uverenja, kao što je i vrednost moga suprotnog ličnog uverenja, naime da bi se narod...u pretežnoj većini izjasnio za dopuštenje voljnog pobačaja...".[26]

Nacrt krivičnog zakonika iz 1926. godine propisivao je, u načelu, blaže kazne za prekid trudnoće u odnosu na nacrt iz 1922. godine. Tako je bilo predviđeno da će se trudna žena koja voljno pobaci kazniti zatvorom do tri godine, a ne robijom kako je prethodnim nacrtom bilo određeno. Istom 170. § dodato je da sud u naročito lakim slučajevima može odmeriti kaznu po slobodnoj oceni.

Naredni, 171. § propisivao je da će se lice koje izvrši prekid trudnoće na zahtev trudne žene kazniti strogim zatvorom, dok je kazna po drugom stavu ostala ista – robija do 10 godina ukoliko je to lice bilo lekar, babica ili osoba koja je pobačaj izvršila za novac.

Ko izvrši prekid trudnoće bez znanja i pristanka trudne žene kažnjavao se robijom do 10 godina, a ako je usled toga nastupila smrt žene sledila je kazna od najmanje 5 godina robije. Ovom paragrafu (172.) bio je dodat treći stav, koga u nacrtu iz 1922. godine nije bilo, u kojem je bilo propisano da se neće kazniti lekar koji pobačaj izvrši da bi trudnoj ženi spasio život ili je zaštitio od velike štete po njeno zdravlje.[27]

---

[24] U predmetnom novinskom tekstu, imenica ljudi označava muškarce.

[25] Pisanje štampe navedeno prema *Pogovoru*, odnosno *Dodatku* uz tekst pomenutog predavanja koje je, po želji samog autora štampano u celini: Č. Marković, *Zabrana ili sloboda voljnog pobačaja*, Subotica 1925, 26.

[26] Isto, 9.

[27] Odredbe nacrta iz 1926. godine navedene prema: M. Vranić, nav. delo, 286.

U rešenjima nacrta krivičnog zakonika iz 1926. godine, propisivanjem blažih kazni, naročito za trudnu ženu, napravljen je korak napred. Najstrožije kazne bile su zaprećene licima koja su se u vidu zanimanja bavila izvršavanjem pobačaja. Svakako najznačajnija odredba bila je ona o nekažnjavanju lekara koji pobačaj izvrši iz medicinskih razloga, čime su medicinske indikacije prvi put pomenute kao mogući osnov za zakonsko dopuštenje prekida trudnoće.

Politički događaji u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca odredili su, između ostalog, i trenutak donošenja jedinstvenog krivičnog zakonika. Iako je pomenuti nacrt bio podnesen Narodnoj skupštini u novembru 1927. godine, zbog neredovnog rada zakonodavnog tela, zakonik je donesen tek nakon zavođenja Šestojanuarske diktature 27. januara 1929, a u celoj državi stupio je na snagu 1. januara 1930. godine.[28]

U jedinstvenom Krivičnom zakoniku kada se radi o odredbama koje su se odnosile na prekid trudnoće, a u poređenju sa, napred pomenutim nacrtima, bila je vidljiva tendencija blažeg kažnjavanja. Pored toga, predmetna materija u zakoniku je bila nešto opširnije obrađena. Odredbe o prekidu trudnoće nalazile su se u glavi XVI koja je nosila naslov *Krivična dela protiv života i tela* u paragrafima 171 – 174. Prema § 171. zatvorom do tri godine kažnjavala se svaka trudna žena „koja sama plod svoj pobaci ili drugom dopusti da joj to učini". Objekat krivičnopravne zaštite bio je, dakle, samo plod, te je navedenom odredbom bila izražena generalna zabrana voljnog pobačaja. Međutim, u drugom stavu istog paragrafa bilo je propisano da sud može „vanbračnu mater, ako je sama izvršila pobačaj, i osloboditi od svake kazne".[29]

U § 172 bila je propisana kazna strogog zatvora do pet godina za lice koje trudnoj ženi na njen zahtev ili uz njen pristanak izvrši pobačaj. Ukoliko pobačaj pod navedenim uslovima, izvrši lekar, apotekar, babica ili lice koje to obavlja za nagradu, bila je zaprećena kazna do pet godina robije. Prekid trudnoće bez pristanka trudne žene regulisan je u § 173, a propisana kazna bila je robija do pet godina. Ako žena zbog toga umre učinilac se kažnjavao robijom od najmanje pet godina.

U trećem stavu § 173 bilo je propisano sledeće: „Neće se kazniti lekar koji trudnoj ženi uz prethodnu prijavu vlasti a na osnovu lekarskog komisijskog mišljenja pravilno izazove prekidanje trudnoće ili pobačaj da bi joj spasao život ili otklonio neizbežnu opasnost po njeno zdravlje, kad

[28] *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Br. 33-XVI od 9. februara 1929. godine.

[29] *Krivični zakonik za Kraljevinu Jugoslaviju od 27. januara 1929. sa izmenama i dopunama od 9. oktobra 1931. godine*, Beograd 1932, 72.

to nikakvim drugim načinom nije moguće".[30] Zakonodavac je, dakle, iz naročitih obzira dopustio ustanovljavanje ovog izuzetka od opšte zabrane vršenja pobačaja. Ovom odredbom Krivičnog zakonika se „prvi put u našoj pravnoj istoriji izričito dozvoljava ili bolje reći ne kažnjava pobačaj zametka".[31]

Poslednji paragraf koji se odnosio na prekid trudnoće, § 174, propisivao je kaznu strogog zatvora za lice koje javno oglašava i nudi, javno izlaže i hvali sredstva ili oruđa za pobačaj ploda, odnosno nudi svoje ili tuđe usluge u tom smislu.

Krivični zakonik za Kraljevinu Jugoslaviju ostao je, kada se radilo o problemu prekida trudnoće, u načelu, na stanovištu opšte kažnjivosti pobačaja koje je bilo dominantno i u odredbama krivičnih propisa, odnosno nacrta koji su mu prethodili. Shodno tome, plod je ostao objekat krivičnopravne zaštite, a žena objekat krivičnopravne represije ako se radilo o voljnom pobačaju.

Krivični zakonik propisao je, kako smo izložili, dva izuzetka od opšte kažnjivosti pobačaja. Prvi se ticao vanbračne majke koja je sama izvršila pobačaj i koja je odlukom suda mogla biti oslobođena od svake kazne. Uvođenje ove mogućnosti u tekst Zakonika značilo je ozakonjenje prvog ustupka u korist ideje o nekažnjivosti voljnog pobačaja izvršenog od strane majke.[32]

Drugi je regulisao situaciju kada lekar izvrši pobačaj da bi ženi spasio život. Međutim, tu se nije moglo govoriti o voljnom pobačaju, jer je njegovo izvršenje indikovano okolnostima koje nisu zavisile od volje trudne žene. Pri tom, u obzir su se uzimale samo medicinske indikacije za dozvolu veštačkog prekida trudnoće, a ne i ostali opravdani razlozi koji su često isticani u prilog ideji o potrebi nekažnjavanja pobačaja. Pored toga, primena pomenute odredbe Zakonika bila je komplikovana, i s obzirom na formulaciju praktično ograničena na mali broj slučajeva. Možemo zaključiti da je, ipak i pored pomenutih ograničenja, odredba stava tri § 173. predstavljala prvi korak ka opštoj nekažnjivosti voljnih pobačaja, preduzetih do određenog vremenskog trenutka od začeća ploda, koja je usledila decenijama kasnije.

---

[30] Isto, 72.

[31] F. Čulinović, nav. delo, 45.

[32] U periodu uoči i nakon donošenja Krivičnog zakonika u javnosti su isticani zahtevi za većom liberalizacijom pobačaja i tome u prilog iznošeni brojni razlozi. Između ostalog, tako je „8. maja 1933. g. održat ženski zbor u Ljubljani protiv § 171. kr. z., na kojem se isticalo da preveliki broj rađanja ide na štetu države i naroda". J. Kulaš, *Krivičnopravno delo pobačaja*, Branič, Beograd 1935, 9, 417.

Gordana Drakić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Abortion Under the Criminal Code of the Kingdom of Yugoslavia and the Projects that Preceded it

Abstract

In the introductory part of this paper the author briefly adverts to the attitude of society, state and law towards the issue of abortion during its development through the history. Afterwards, the author outlines the legal provisions related to the termination of pregnancy before the Criminal Code of the Kingdom of Yugoslavia was enacted in 1929, particularly emphasizing the solutions proposed in the projects from 1922 and 1926. The final part of the article gives detailed analysis of the 1929 Criminal Code paragraphs that pertain to the abortion exposing also the author's conclusions regarding the adopted solutions.

Key words: abortion, termination of pregnancy, legal protection of women, Criminal Code, Criminal Code projects, Kingdom of Yugoslavia.

Originalni naučni rad 347.632:340.141(=81)

Dr Maša Kulauzov, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

POLOŽAJ VANBRAČNE DECE U PORODIČNOJ ZADRUZI PREMA OBIČAJNOM PRAVU JUŽNIH SLOVENA[1]

Sažetak: *U radu je razmotren položaj vanbračne dece u porodičnoj zadruzi Južnih Slovena. Analizirane su običajnopravne norme koje se odnose na lična, imovinska i nasledna prava vanbračnih potomaka. Obzirom da su nezakonita deca diskriminisana u odnosu na zakonite, bračne potomke, ukazano je i na značaj koji je pozakonjenje vanbračne dece imalo za poboljšanje njihovog pravnog položaja. Skrenuta je pažnja i na vrlo restriktivne mogućnosti utvrđivanja vanbračnog očinstva sudskim putem, što je u skladu sa povoljnijim položajem muškarca u patrijarhalnom društvu.*

Ključne reči: *Običajno pravo, porodična zadruga, Južni Sloveni, vanbračna deca, pozakonjenje vanbračne dece, utvrđivanje vanbračnog očinstva.*

Položaj vanbračne dece u porodičnoj zadruzi Južnih Slovena regulisan je odredbama običajnog prava. Dragocene podatke o pravima i obavezama vanbračne dece prema roditeljima i njihovim krvnim srodnicima, o ličnim i imovinskim pravima nezakonite dece i njihovom naslednopravnom položaju, pružio nam je vrsni poznavalac običajnog prava i znameniti pravnik Valtazar Bogišić. On je priredio zbornike običajnog prava koji su nam poslužili kao osnovni izvor prilikom pisanja ovog rada.[2]

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

[2] Više o Bogišiću i njegovom kodifikatorskom radu u oblasti običajnog prava videti u radu M. Kulauzov, *Položaj žena u porodičnoj zadruzi prema običajnom pravu Južnih*

Dok u savremenom pravu porodični status deteta nema nikakav pravni značaj obzirom da su vanbračna deca u potpunosti izjednačena sa bračnom[3], u južnoslovenskim zemljama u XIX veku to nije bio slučaj. Kako je u patrijarhalnom društvu XIX veka položaj deteta u najvećoj meri zavisio od toga da li je rođeno u zakonitom braku, mišljenja smo da proučavanje običajnopravnih normi o statusu vanbračne dece u porodičnoj zadruzi zaslužuje posebnu pažnju. Zato smo u radu pokušali da damo celovit prikaz običajnopravnih odredaba o svim bitnim aspektima pravnog položaja vanbračne dece u patrijarhalnoj porodici, a potom i da izvršimo njihovu istorijskopravnu analizu.

I

Položaj vanbračne dece u južnoslovenskoj kućnoj zadruzi odraz je opštih prilika u patrijarhalnoj seoskoj sredini XIX veka. Tadašnje konzervativno društvo osuđivalo je vanbračne odnose kao protivne polnom moralu, a vanbračnu decu smatralo porodičnom sramotom. Stoga se u svim krajevima naseljenim Južnim Slovenima nezakonita deca nazivaju pogrdnim imenima – *kopilad*, *mulad*, *izrod*.

Vanbračni otac je oslobođen roditeljskih dužnosti prema svojoj vanbračnoj deci. Roditeljska vlast pripada majci, i ona je dužna da se stara o životu i zdravlju, vaspitanju i obrazovanju svog nezakonitog deteta. Dete nosi porodično ime svoje majke i upisuje se u matičnu knjigu rođenih na majčino ime, odnosno na ime porodične zadruge u kojoj je majka rođena. Majka je, zajedno sa svojom kućnom zadrugom, dužna da izdržava svoje vanbračno dete, dok otac nema nikakvih materijalnih obaveza prema svom nepriznatom potomku. Vanbračno dete ima ista prava i dužnosti prema majci i njenoj patrijarhalnoj porodici kao i zakonita deca. Smatra se ravnopravnim članom zadružnog domaćinstva i uživa jednaka lična, imovinska i nasledna prava kao i ostali ukućani.[4]

Međutim, budući da je u svim južnoslovenskim zemljama održavanje vanbračnih odnosa izazivalo moralnu osudu, vanbračna deca su sma-

---

Slovena, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, XLII 1 – 2 (2008), str. 807 – 816.

[3] Čl. 6 st. 4 *Porodičnog zakona*, priredila M. Draškić, Beograd 2005, str. 32.

[4] V. Bogišić, *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena – Građa u odgovorima iz različnih krajeva Slovenskoga Juga*, knjiga I, Zagreb 1874, str. 315 – 318, 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. 65 – 66, u daljem tekstu: *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*.

trana plodom greha i porodičnom sramotom. Stoga je često majčina porodična zadruga odbijala da prihvati vanbračno dete za svog punopravnog člana. Tada bi majka, lišena materijalnih sredstava i podrške porodice, ostavljala dete pred kućom svog vanbračnog partnera i pretpostavljenog oca deteta, ili bi dete odnosila u sirotište. U naročito zaostalim, patrijarhalnim krajevima poput Crne Gore i Hercegovine u kojima su bili prisutni ostaci rodovsko – plemenskog uređenja, čak i u XIX veku zabeleženi su slučajevi davljenja nepriznate vanbračne dece. Smatralo se da je rođenje nezakonitog deteta najsramotnija i najgrešnija stvar i da predstavlja najgrublju povredu plemenske časti i ugleda. Prema narodnom verovanju, sahranjivanje ubijenog deteta u selu donosi mu veliku nesreću, uključujući i mogućnost da selo opusti i odumre. Zato su deca sahranjivana krišom, u šumama i pećinama izvan sela. Doduše, plemenski glavari i sudovi su nastojali da iskorene ovaj surovi običaj, propisujući visoke globe za onog ko udavi vanbračno dete. Počinioci ovog zločina po pravilu su bili najbliži srodnici majke deteta, a ponekad i detetov otac. Koliko je zabrana ubijanja vanbračne dece bila delotvorna teško je reći. U svakom slučaju, činjenica da je ubijanje vanbračnog potomstva bilo strogo zabranjeno dovela je do toga da su deca ubijana kradomice, noću, kako bi počinioci ovog dela izbegli strogu kaznu. Obzirom da je ovaj užasan, sramotni čin vršen tajno ne postoje podaci o tome koliko je ta pojava bila rasprostranjena u seoskoj sredini XIX veka.[5]

Kako bi nezakonita deca izbegla ovakvu nesrećnu sudbinu, ponekad bi ljudi bez potomstva primali vanbračnu decu u svoju kuću, starali se o njoj, vaspitavali je i izdržavali. Budući da se među njima ne zasniva srodnički odnos, deca ne stiču pravo da naslede imovinu svojih dobročinitelja. U Konavlima u zaleđu Dubrovnika je bilo uobičajeno da lice koje odgaja tuđeg nezakonitog potomka ima pravo na novčanu nadoknadu iz državne kase. Muška deca ostaju u kućnoj zadruzi u koju su primljena i nakon punoletstva, a ženska deca do udaje. Odraslo muško dete koje ne želi da ostane u kući bilo bi poslato da uči zanat ili u pomorsku školu. Ženska deca imaju pravo na devojačku spremu i udaju prema postojećim običajima. Između dece i lica koja su ih odgajila stvara se veza slična krvnoj, a bilo je i slučajeva da primljeno muško dete nakon punoletstva oženi devojku iz porodične zadruge u kojoj je odrastao. Tako bi vanbračni potomak stekao status punopravnog člana te zadružne porodice, i dobio sva prava koja inače pripadaju zadrugaru koji po ženidbi nastavi život u kućnoj zadruzi svoje žene. On nosi porodično ime ženine patrijarhalne poro-

[5] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 315 – 317; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 65.

dice, i ravnopravno sa ostalim odraslim muškim zadrugarima učestvuje u radu zadružnog veća kao najznačajnijeg organa upravljanja zadrugom. Obzirom da poseduje jednaka imovinska prava kao i ostali punoletni muški zadrugari, ima mogućnost da potražuje deo u zadružnom imetku u slučaju kućne deobe, kao i pravo da stiče posebnu imovinu radom van kuće. Njegov pravni položaj se uglavnom ne razlikuje od položaja ostalih odraslih muških zadrugara, osim što ima nešto manju vlast nad svojom ženom, koja se obično ne pokorava njegovim odlukama kao ostale žene odlukama svojih muževa.[6]

Sudska zaštita interesa vanbračne dece obezbeđena je samo u Crnoj Gori i Hercegovini. Tako sud vanbračnog oca koji odbija da preuzme svoje roditeljske dužnosti kažnjava visokom globom od sto trideset talira. Taj novčani iznos se uplaćuje u državnu kasu i služi za podmirenje troškova izdržavanja deteta. Ukoliko se ne može sa sigurnošću utvrditi ko je vanbračni otac jer je majka deteta bila u intimnoj vezi sa više muškaraca, svaki od njih je dužan da u državnu kasu uplati jednak deo navedenog iznosa na ime izdržavanja nezakonitog potomka. Ako, pak, neki od tih muškaraca zbog lošeg imovnog stanja nije u mogućnosti da plati traženu svotu, njegova novčana obaveza bi bila podeljena na jednake delove među ostalim partnerima vanbračne majke. Kad bi se, vremenom, njegov materijalni položaj popravio, ostali majčini vanbračni partneri bi imali pravo da od njega potražuju sumu za koju je uvećan njihov udeo u propisanom novčanom iznosu. Brigu o detetu bi preuzela neka siromašnija žena koja se u narodu zove *hranilica* ili *odgajilica*, i ona bi se uz novčanu naknadu starala o detetu do njegovog punoletstva.

Sud vodi računa o namenskom trošenju sredstava uplaćenih u državnu kasu za vanbračno dete. Stoga seoske starešine i plemenski glavari povremeno kontrolišu da li žena kojoj je dete povereno pravilno rukuje novcem koji služi za njegovo izdržavanje, kao i da li je detetu obezbeđena adekvatna nega, ishrana i školovanje. O svemu tome oni podnose izveštaj sudskim organima.[7] Interesantno je da je jedino u Crnoj Gori i Hercegovini obezbeđena sudska zaštita interesa vanbračne dece, iako se u ovim zaostalim, nerazvijenim krajevima na održavanje vanbračnih odnosa gledalo kao na najveću, ne samo porodičnu već i plemensku sramotu.

Kada bi biološka majka prihvatila brigu o detetu, njoj bi se isplaćivalo sto trideset talira uplaćenih u državnu blagajnu. U tom slučaju ona bi preuzela funkciju prirodnog staratelja i zakonskog zastupnika svog maloletnog potomka, kao i sva ostala roditeljska prava i dužnosti. Kao jedini

[6] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 317 – 318 i 274 – 283.
[7] *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 65 i 143.

nosilac roditeljskog autoriteta, starala bi se o njegovom izdržavanju, vaspitanju i školovanju. Kako roditeljska vlast u ovakvoj situaciji ni ne pripada vanbračnom ocu, on pored navedene materijalne obaveze nema drugih dužnosti prema detetu.[8]

Obzirom da su nezakonita deca poveravana na brigu i staranje licima koja bi ih odgajala uz novčanu nadoknadu, u svim krajevima naseljenim Južnim Slovenima u XIX veku zabeleženi su retki primeri usvajanja vanbračne dece. Usvojenjem bi se u znatnoj meri popravio pravni položaj nezakonitog deteta, jer je usvojeno dete, tj. *posinak* ili *poćerka* izjednačeno u pravima sa bračnim detetom usvojilaca – *poočima* i *pomajke*. Bilo je neophodno da se sa usvojenjem saglasi i porodična zadruga adoptivnih roditelja. Kada bi ovaj uslov bio ispunjen, usvojeno dete bi bilo upisivano u zadružnu kuću i sticalo porodično ime patrijarhalne porodice svojih usvojilaca. Ono stupa pod roditeljsku vlast poočima i pomajke i ima prema njima sva prava i dužnosti koja deca imaju prema svojim roditeljima. Kako se sa usvojenjem morala saglasiti i kućna zadruga, usvojenik punoletstvom stiče sva lična, imovinska i nasledna prava odraslih zadrugara. Usvojeno žensko dete ima jednak položaj kao i ostali ženski članovi zadruge, te sa navršenjem bračne zrelosti stiče pravo na devojačku spremu i udaju prema postojećim običajima.[9]

II

Pravni položaj vanbračnog deteta mogao se u bitnoj meri popraviti naknadnim sticanjem bračnog statusa putem tzv. pozakonjenja. Do pozakonjenja je moglo doći naknadnim sklapanjem braka vanbračnih roditelja. Za razliku od našeg savremenog prava u kojem pozakonjenje nema više nikakav pravni značaj, jer su vanbračna deca u potpunosti izjednačena sa bračnom, u južnoslovenskoj porodičnoj zadruzi to nije bio slučaj. U patrijarhalnoj seoskoj sredini XIX veka nezakonita deca su diskriminisana u odnosu na bračne potomke, jer nemaju nikakva prava prema svom vanbračnom ocu i njegovoj porodičnoj zadruzi. Smatralo se da se putem uskraćivanja prava vanbračnom potomstvu sankcioniše nemoral i društveno neprihvatljiv čin vanbračne majke. Nezakonita deca ne samo da nisu mogla nasleđivati oca i njegove krvne srodnike i polagati pravo na očev udeo u zadružnom imetku, već nisu bila dostojna ni da nose očevo porodično ime. Zato je pozakonjenje bilo od presudnog značaja za popravljanje pravnog položaja vanbračne dece.

[8] Ibid.
[9] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 301 – 310.

Tako su u Hrvatskom primorju, Hercegovini, Katunskoj nahiji u Crnoj Gori i gradu Tatar Pazardžiku u Bugarskoj zabeleženi slučajevi da čitava zajednica izvrši pritisak na vanbračnog oca da oženi majku deteta. Pri tom su se za vanbračnu majku koristili izrazi *obeščašćena*, *prevarena*, *osramoćena devojka*, iz čega se jasno vidi koliko je rađanje vanbračnog deteta štetilo ženinoj časti i ugledu. Zato celo selo vrši pritisak na vabračnog oca da pozakoni dete naknadnim sklapanjem braka sa majkom, jer je to moralni čin putem kojeg bi bila rehabilitovana njena ženska čast i dostojanstvo. Ipak, iako bi odbijanje vanbračnog oca da pozakoni dete izazvalo moralnu osudu okoline, sredina u kojoj je dete rođeno ne može primorati oca da oženi majku svog deteta. Čak i u Crnoj Gori gde o pozakonjenju vanbračne dece vodi računa sud, u krajnjoj liniji otac deteta sam donosi odluku da li će sklopiti brak sa svojom vanbračnom partnerkom. Ukoliko ne pozakoni dete plaća visoku globu od sto trideset talira namenjenih izdržavanju vanbračnog potomka. Istu globu plaća i otac deteta koji je već u punovažnom braku te stoga nije u mogućnosti da pozakoni dete naknadnim sklapanjem braka sa njegovom majkom.[10]

Najstrožije sankcije za vanbračnog oca koji odbije da oženi majku svog deteta predviđene su u Konavlima u Dubrovačkom okružju, Hercegovini i Katunskoj nahiji u Crnoj Gori. Meštani bi takvog oca oterali iz sela uzevši mu svu imovinu, uključujući i njegov udeo u zadružnom imetku. Taj udeo bi potom predali vanbračnoj majci da iz njegove vrednosti podmiri troškove izdržavanja vanbračnog potomka. Ovako stroga kazna je predviđena za vanbračnog oca jer je u ovim krajevima održavanje vanbračnih odnosa izazivalo veliki gnev i osudu sredine. Tako, ukoliko bi brat uhvatio sestru u ložnici sa muškarcem mogao ga je pretući, jer se smatralo da je ovim nemoralnim činom naneta sramota celoj zadružnoj porodici. Ako bi muž zatekao ženu sa ljubavnikom mogao ga je nekažnjeno ubiti. Iako pisani zakoni zabranjuju ubistvo ženinog ljubavnika, u narodu je ono smatrano adekvatnom osvetom za preljubu kao delo kojim se najgrublje krše porodični moral i čast.[11]

Pozakonjeno dete stiče status bračnog deteta i upisuje se u matičnu knjigu rođenih na ime porodične zadruge svog oca. Roditeljska vlast nad detetom pripada ocu, koji je dužan da se stara o njegovom životu, zdravlju i vaspitavanju. Otac je detetov prirodni staratelj i zakonski zastupnik i on zajedno sa svojom kućnom zadrugom snosi troškove izdržavanja i školovanja svog maloletnog potomka. Ukoliko je očeva porodična zadru-

[10] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 315 – 319; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 65- 66 i 143 - 144.

[11] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 630.

ga bogata, muškom detetu se pruža mogućnost školovanja u gradovima u kojima bi, po završetku škole sin i ostajao kao činovnik, advokat, državni službenik. Bez obzira na to koliko dugo bi pozakonjeni sin boravio van kuće, u svim južnoslovenskim zemljama je uvek imao pravo povratka u svoju porodičnu zadrugu. Ovo stoga što je status zadrugara trajan i pojedinac ga može biti lišen samo u izuzetnim slučajevima.[12] U Bosni i Hercegovini se školovanje dece po gradovima uobičajilo tek nakon austrougarske okupacije, odnosno posle 1878. godine.[13]

Sin kojeg je otac pozakonio nasleđuje imovinu svog pokojnog oca, a žensko dete ima pravo na miraz i pristojno udomljenje prema postojećim običajima.[14] U slučaju deobe porodične zadruge, pozakonjeni sin umrlog zadrugara ima pravo na očev udeo u zadružnom imetku prema načelu reprezentacije (predstavljanja).[15]

Da bi dete steklo bračni status pozakonjenjem, neophodno je najpre da vanbračni otac prizna dete za svoje, odnosno da ne osporava vanbračno očinstvo. Nepriznata vanbračna deca nemaju nikakvih prava prema svom pretpostavljenom vanbračnom ocu, jer je u svim južnoslovenskim zemljama zabranjeno istraživanje vanbračnog očinstva sudskim putem. Dete nosi porodično ime majčine porodične zadruge koja preuzima brigu o njegovom vaspitanju, školovanju i izdržavanju. Doduše, i pored poricanja prezumptivnog oca, u većini slučajeva se ipak sa velikom verovatnoćom moglo pretpostaviti ko je otac nezakonitog deteta. Tada bi zajednica izvršila neformalni pritisak na oca da prizna i pozakoni dete, ali je u krajnjoj liniji odluka ipak zavisila od njega. Poricanje očinstva je povlačilo moralnu osudu okoline, ali ne i konkretne sankcije za vanbračnog oca. Jedino ukoliko je trudnoća nastupila kao posledica silovanja bila je predviđena mogućnost sudskog utvrđivanja vanbračnog očinstva. Ako je očinstvo utvrđeno sudskim putem, otac preuzima obavezu izdržavanja svog vanbračnog potomka.[16] Ovako restriktivne mogućnosti utvrđivanja vanbračnog očinstva su u funkciji zaštite interesa muškarca, čiji je opšti položaj u patrijarhalnom društvu XIX veka daleko povoljniji od položaja žene u konzervativnoj seoskoj sredini.

---

[12] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 90 – 96 i 315 – 317 ; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 36 i 65 – 66.

[13] *Dodatak arhimandrita Nićifora Dučića za Hercegovinu od 1898. godine*, objavljen kao prilog knjizi *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 121. U daljem tekstu: *Dodatak za Hercegovinu od 1898. godine*.

[14] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 348 – 351.

[15] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 332 – 337; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 96 - 98.

[16] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 315 – 319 i 629 – 631; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 65 - 66 i 143 – 144.

* *
*

U svim krajevima naseljenim Južnim Slovenima na održavanje vanbračnih odnosa gledalo se kao na pojavu koja ugrožava polni moral i porodičnu stabilnost. Samim tim i vanbračno roditeljstvo osuđeno je kao velika porodična sramota i greh. Iako su i vanbračni roditelji, u prvom redu majka, snosili posledice svog društveno neprihvatljivog čina, najviše štete zbog njihovog nemoralnog ponašanja trpeli su nezakoniti potomci. Diskriminisana u odnosu na bračnu, nepriznata vanbračna deca su lišena ličnih, imovinskih i naslednih prava prema svom vanbračnom ocu. Njihov neravnopravan položaj u odnosu na zakonitu decu je svakako nepravedan, ali je i odraz opštih prilika u patrijarhalnoj seoskoj sredini XIX veka. Zato je u svim južnoslovenskim zemljama čitava zajednica nastojala da izvrši pritisak na vanbračnog oca da pozakoni dete naknadnim sklapanjem braka sa njegovom majkom, obzirom da bi pozakonjenjem bio u znatnoj meri poboljšan pravni položaj nezakonitog potomka.

Maša Kulauzov, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Position of Illegitimate Children in *Zadruga* according to Customary Law of South Slavs

Abstract

Position of illegitimate children in so – called *zadruga* (extended family, common among South Slavs) is examined in this paper. The rules of customary law regarding personal rights, property rights and rights of succession of illegitimate children are presented and critically analyzed. Children born out of wedlock were not equal to children born in lawful marriage. Therefore, significance of legalization of illegitimate children in terms of improvement of their legal status is pointed out. Usually, paternity could be determined solely subject to the consent, i. e. recognition of the illegitimate father. Extramarital paternity could not be established in legal proceedings, except when pregnancy is a consequence of rape.

Key words: Common law, *zadruga*, Souh Slavs, illegitimate children, legalization of illegitimate children, establishment of extramarital paternity.

Originalni naučni rad 347.63:57.089

Dr Jelena Vidić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

POSTHUMNA OPLODNJA I NJENA NASLEDNOPRAVNA DEJSTVA[1]

Sažetak: *Dozvoljenost posthumne oplodnje, odnosno začeće i rađanje dece nakon smrti jednog ili eventualno i oba roditelja, kao i određivanje njenih naslednopravnih efekata, u današnje vreme nesumnjivo predstavljaju aktuelna pitanja u oblasti biomedicinski potpomognute oplodnje. U radu se razmatraju sledeća pitanja: način pravnog regulisanja posthumne oplodnje i naslednopravnog položaja dece začete posthumnom oplodnjom u savremenim zakonodavstvima Evrope, odnosno sveta, stavovi sudske prakse po pitanju dozvoljenosti posthumne oplodnje i zakonskih naslednih prava dece začete ovim putem, a u određenoj meri i pitanje opravdanosti posthumne oplodnje. U zaključku se ukazuje na činjenicu da je u današnje vreme manji broj savremenih zakonodavstava pristupio pravnoj regulativi posthumne oplodnje, pri čemu se u onim pravima koja su to učinila, po pravilu ne mogu izdvojiti jedinstvena ili opšteprihvaćena rešenja. Imajući u vidu da se radi o veoma značajnom pitanju, koje dovodi do proširivanja granica očinstva, majčinstva, roditeljstva i porodice, zaključuje se da će u budućnosti sve veći broj zakonodavstava biti suočeno sa potrebom njegove odgovarajuće pravne regulative.*

Ključne reči: *posthumna oplodnja, nasledna prava posthumno začete dece.*

1. Pojam i slučajevi posthumne oplodnje

U današnje vreme, kao rezultat brzog razvoja medicine i biotehnologije, odnosno kao rezultat napredovanja u oblasti biomedicinski potpomognute oplodnje, moguće je začeće i rađanje dece nakon smrti jednog

[1] Rad je nastao u okviru naučno-istraživačkog projekta br. 179079 pod nazivom *Biomedicina, saštita životne sredine i pravo* koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

ili eventualno i oba roditelja. Naime, kombinovanjem krioprezervacije sperme i drugih metoda humane asistirane prokreacije (artificijelna inseminacija, *in vitro* fertilizacija) može doći do posthumne oplodnje i rađanja deteta i nakon smrti jednog od roditelja, a u situaciji kada je zamrznut embrion i nakon smrti oba roditelja.

Ideja o posthumnoj oplodnji potiče još iz 1866. godine, kada je italijanski naučnik Montegazza došao do saznanja da sperma može uspešno da se zamrzne. On je smatrao da ovo otkriće može da bude veoma korisno za žene čiji su muževi otišli u rat, gde su mogli poginuti. Krioprezervacija sperme u nauci je dobila kredibilitet 1953. godine, kada je naučno dokazano da spermom koja je zamrznuta može da se oplodi i rodi zdrava i normalna beba.[2] Tokom vremena zamrzavanje reproduktivnih ćelija počelo se uspešno vršiti, tako da se danas krioprezervacija[3] reproduktivnih ćelija i embriona vrši rutinski u nekom od ovlašćenih medicinskih centara.[4]

O postojanju posthumne oplodnje se može govoriti u tri situacije. Tako je ovaj vid oplodnje najpre moguć u situaciji kada je zamrznut genetski materijal partnera u toku života, pri čemu se u okviru ove situacije mogu razlikovati dva slučaja.

O prvom slučaju može se govoriti onda kada postoje zamrznuti embrioni, odnosno oplodne ćelije, a uz to i pristanak partnera da u slučaju smrti jednog od njih nadživeli partner ima pravo da iskoristi zamrznuti genetski materijal u cilju dobijanja potomstva. Tako je sud u slučaju *Hecht v. Superior Court (Kane)* u određenom smislu ispoštovao nameru ostavioca da njegova sperma bude korišćena za posthumnu oplodnju njegove partnerke. Naime, u ovom slučaju, Apelacioni sud Kalifornije rešavao je po zahtevu Elen Heht, partnerke Vilijama Kejna da bude oplođena njegovom spermom nakon njegove smrti. Partneri su živeli zajedno pet godina, ali nisu bili u braku. 1991. godine Kejn je deponovao genetski materijal u banku sperme u Kaliforniji. Isti mesec on je izvršio samoubistvo, pri čemu je sastavio testament u kojem

---

[2] V. Ljiljana Spirovik Trpenovska, Dejan Mickovik, Angel Ristov: Nasleduvanjeto vo Evropa, Skople, 2011., str. 184.

[3] Proces zamrzavanja (krioprezervacije) sastoji se u mešanju uzoraka sa nekim od krioprotektanata – DMSO, glicerol, propanediol, na temperaturama do -40 stepeni C ili -80 stepeni C, te u njihovom brzom deponovanju u tečni azot na temperaturi od -196 stepeni C. V. Olga Jović: Surogat materinstvo, magistarski rad, Beograd, 2004., str. 7.

[4] Nije tačno utvrđeno koliko godina sperma može da bude zamrznuta, a da se pritom može uspešno izvršiti oplodnja, ali se pretpostavlja da ona može uspešno da se čuva i u toku perioda od 12 godina, pa sve do nekoliko stotina godina. V. J. Greenfield, Dad Was Born A Thousand Years Ago? An Examination of Post-Mortem Conception and Inheritance, with a Focus on the Rule Against Perpetuities, MINN. J.L. SCI.& TECH, Vol. 8:1, 2007., str. 281. Navedeno prema: Ljiljana Spirovik Trpenovska, Dejan Mickovik, Angel Ristov: op. cit., str. 184.

je ostavio spermu njegovoj partnerki i izrazio nadu da će se ona iskoristiti za rađanje deteta nakon njegove smrti. Kejn je imao i dvoje dece, koji su se protivili zahtevu Elen Heht da bude posthumno oplođena spermom njihovog oca. Iako je u ovom slučaju postojala jasna namera lica o čijim oplodnim ćelijama se radi, Elen Heht je morala da se obrati sudovima kako bi mogla da iskoristi zamrznuti genetski materijal, s obzirom na to da je banka sperme u kojoj je materijal čuvan odbila da preda zamrznute semene ćelije. Prvostepeni sud je doneo presudu kojom je naredio da se navedene ćelije unište, a razlog za ovakvu odluku bio je i zahtev dvoje dece Vilijama Kejna, koja su tvrdila da upotrebom ovih ćelija i rađanjem deteta nakon smrti njihovog oca dolazi do uznemiravanja porodičnih odnosa, kao i do emocionalnih, psiholoških i finansijskih stresova. Međutim, Apelacioni sud je ipak doneo odluku kojom je dozvolio upotrebu ovih ćelija, ističući da genetski materijal predstavlja poseban oblik imovine i da način njegove upotrebe isključivo zavisi od volje osobe od koje potiče, pri čemu je zaštita osnovnog prava na rađanje deteta jača od brige za psihološki bol koji eventualno mogu da dožive dvoje dece ostavioca.[5]

Drugi slučaj postoji onda kada se partneri prilikom pristupanja tehnikama asistirane reprodukcije ne izjasne po pitanju posthumne oplodnje, s tim što je u samom postupku zamrznut njihov genetski materijal, u kom slučaju nadživeli partner može tražiti da mu se omogući dalje korišćenje zamrznutog materijala za potrebe posthumne oplodnje. U ovom smislu, spomenućemo poznat slučaj u francuskoj sudskoj praksi, koji je izazvao velike rasprave ne samo u Francuskoj, već i u celom svetu - *Parpalaix v. CECOS*. Naime, 1981. godine, dve godine pred svoju smrt, Alen Parpaleks kome je bila postavljena dijagnoza kancera testisa, pred početak hemoterapije deponovao je svoje oplodne ćelije u banku za čuvanje sperme - CECOS, ali nije ostavio specifične instrukcije u vezi njene upotrebe. Nakon njegove smrti, udovica Korin Ričard je zahtevala predaju zamrznute sperme svog pokojnog muža u svrhu začeća i rađanja deteta. Međutim, njen zahtev banka sperme je odbila, obrazlažući da činjenica da je gospodin Alen Parpaleks želeo da sačuva svoje semene ćelije ne znači da je na ovaj način istovremeno izrazio i pristanak da se njegovo dete rodi posthumno. Udovica se zbog toga obratila sudu koji je stao na stanovište da pri rešavanju ovog slučaja treba da se utvrdi istinska namera donora sperme, te da namera Alena Parpaleksa da sačuva svoje oplodne ćelije kako bi kasnije mogle biti upotrebljene u svrhu reprodukcije, obavezuje CECOS da oplodne ćelije vrati ženi Alena Parpaleksa, jer su njoj bile i

[5] V. C. A. Scharman, Not Without My Father: The Legal Status of the Posthumously Conceived Child, Vanderbilt Law Review, Vol. 55., 2002., str. 1015., 1033-1035.

namenjene. Sud je istakao da ovo pravo ne može biti predmet ugovora, te da o sudbini oplodnih ćelija treba da odluče lica od kojih potiču, pa je iz tog razloga naveo da je želja Alena Parpaleksa da svoju suprugu učini majkom zajedničke dece bila nedvosmislena.[6]

Naposletku, posthumna oplodnja moguća je i situaciji kada ne postoji prethodno zamrznut genetski materijal, već nadživeli partner ili neki drugi blizak član porodice zahteva da se uzme genetski materijal umrlog muškarca nakon njegove smrti. Tako je 1998. godine Pem Reno, majka devetnaestogodišnjeg Džeremija Renoa, koji je poginuo igrajući ruski rulet, zahtevala od doktora da se uzme sperma njenog sina, smatrajući da to predstavlja jedini način da postane baba. Ona je planirala da koristi doniranu jajnu ćeliju da se začne embrion sa spermom njenog umrlog sina. Potom je planirala da zaključi ugovor sa surogat majkom, koja bi rodila njenog unuka.[7] U teoriji se navodi i slučaj *Diane Blood*, koja je nakon što je njen suprug pao u komu i nakon što je bilo jasno da do oporavka neće doći, uspela da dobije semene ćelije putem metoda elektroejakulacije, ali joj kasnije, na njen zahtev, nije dozvoljeno korišćenje ovih ćelija za potrebe oplodnje. Istaknuto je da uzimanje semenih ćelija od njenog supruga, dok se on nalazio u stanju kome, bez mogućnosti da da svoj pristanak, predstavlja nedozvoljenu radnju, te da bi i sama upotreba ovako dobijenih ćelija predstavljala kršenje odredbi Zakona o humanoj fertilizaciji i embriologiji Velike Britanije, prema kojima je posthumna oplodnja moguća samo ako je prethodno dat pristanak za nju. Međutim, i pored odbijanja zahteva supruge od strane Agencije za humanu fertilizaciju i embriologiju, slučaj je završio pred sudom, koji je dozvolio supruzi da genetski materijal iznese iz zemlje i postupak oplodnje izvrši u drugoj državi. Oplodnja supruge je izvršena u Belgiji dva puta, tako da je ona sada majka dva dečaka.[8]

2. Pravno regulisanje posthumne oplodnje

a) Pravo Srbije

Prema Zakonu o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplođenja, koji je u pravu Srbije donet 2009. godine[9], postupak biomedicinski potpomognutog oplođenja predstavlja kontrolisani po-

[6] V. C. A. Scharman., op. cit., str. 1014.

[7] V. J. Dorogazi, Gillet-Netting v. Barnhart and Unanswered Questions About Social Security Benefits for Posthumously Conceived Children, Washington University Law Quarterly, Vol. 83., 2005., str. 1598. Navedeno prema: Ljiljana Spirovik Trpenovska, Dejan Mickovik, Angel Ristov: op. cit., str. 185.

[8] V. Sandra Josić: Subjekti postupka *in vitro* fertilizacije u uporednom pravu i njihov pravni položaj, master rad, Novi Sad, 2010., str. 62-63.

[9] „Sl. glasnik RS“, br. 72/2009. Zakon se primenjuje od 01.01.2010. godine. U daljem tekstu ZBMPO.

stupak oplođenja žene koji se sprovodi u skladu sa savremenim standardima medicinske nauke, koji je različit od polnog odnosa i koji se sprovodi u skladu sa ovim zakonom.[10]

ZBMPO kao postupke lečenja neplodnosti predviđa unutartelesno oplođenje, pod kojim se podrazumeva unošenje semenih ćelija u polne organe žene, te unošenje jajnih ćelija zajedno sa semenim ćelijama u polne organe žene, kao i vantelesno oplođenje, pod kojim se podrazumeva spajanje jajnih i semenih ćelija izvan tela žene, te prenošenje ranog embriona u telo žene.[11]

Kada je reč o dozvoljenosti postmortalne oplodnje, u ZBMPO postoje određene nedoumice. Naime, u Zakonu je najpre predviđeno kao uslov da bi postupak BMPO bilo moguće izvesti da je neophodno da u vreme primene postupaka postoji zajednica života između supružnika ili vanbračnih partnera.[12] Iz navedenog bi se moglo zaključiti da posthumna oplodnja, odnosno oplodnja nakon smrti supruga ili vanbračnog partnera nije dozvoljena.[13] Međutim, u odgovarajućem delu Zakona koji se odnosi na supružnike, odnosno vanbračne partnere koji su uključeni u postupak BMPO, istovremeno se navodi da je moguć pismeni pristanak lica od koga potiču reproduktivne ćelije (u skladu sa ovim zakonom, odnosno na osnovu testamenta) da se njegove ćelije mogu upotrebljavati i posle njegove smrti.[14] Stoga se u teoriji s pravom ističe da je naš Zakon po ovom pitanju nejasan i kontradiktoran.[15]

U situaciji kada se jajna ćelija oplođuje semenom donora, Zakonom je posebno predviđena zabrana upotrebe reproduktivnih ćelija donora koji je umro, kao što je predviđena i obaveza zdravstvenog radnika da pre upotrebe reproduktivne ćelije proveri da li je donor živ.[16] Ukoliko je međutim donor za života dao pismeni pristanak da se posle njegove smrti njegove reproduktivne ćelije mogu upotrebljavati, onda se one mogu koristiti u postupku BMPO,[17] s tim što tako začeto dete ne može postati zakonski naslednik donora, jer donor nema pravne ili druge obaveze, kao ni prava prema detetu, odnosno deci začetoj i rođenoj upotrebom doniranih reproduktivnih ćelija u postupku BMPO.[18]

---

[10] V. čl. 3/2 ZBMPO.

[11] V. čl. 23. ZBMPO.

[12] V. čl. 26. st. 2. ZBMPO.

[13] U tom smislu v. Gordana Kovaček-Stanić: Porodičnopravni aspekt biomedicinski potpomognutog oplođenja u pravu Srbije i evropskim pravima, Zbornik Matice srpske za društvene nauke, br. 131/2010, str. 427.

[14] V. čl. 58. st. 4. ZBMPO.

[15] V. Gordana Kovaček-Stanić: op. cit., str. 427.

[16] V. čl. 53. st. 1-2. ZBMPO.

[17] V. čl. 53. st. 3. ZBMPO.

[18] V. čl. 51. ZBMPO.

Uopšte, u naslednom pravu Srbije, naslednik može da bude samo lice koje je živo u momentu smrti ostavioca ili koje je bilo začeto u toku života ostavioca, pod uslovom da se živo rodi.[19] Povodom pitanja da li dete koje je posthumno začeto može postati naslednik, mišljenja u domaćoj doktrini su podeljena.

Prema jednom shvatanju, ukoliko se radi o jajnoj ćeliji, treba uzeti da postoji neoboriva pretpostavka da je žena koja je rodila dete njegova majka. Tako, ukoliko je primera radi, prilikom vantelesne oplodnje uzeta zamrznuta jajna ćelija majke ili tetke žene koja je rodila dete, dakle, bez obzira ko je biološka majka deteta, majkom deteta će se bezizuzetno smatrati žena koja je rodila dete. S druge strane, odnosno ukoliko se radi o veštačkoj oplodnji semenim ćelijama lica koje nije u životu, naslednopravni problem se sastoji u tome što ostaviočevo dete, koje je nesumnjivo njegovo, nije bilo ni začeto u trenutku smrti ostavioca, a osnovno pravilo naslednog prava jeste da naslednik mora doživeti trenutak delacije ostavioca ili bar mora biti začet u tom trenutku, pod uslovom da se rodi živ (fikcija o nasciturusu). Prema shvatanju ovog dela teorije, ciljnim tumačenjem fikcije o nasciturusu treba izvesti pravilo da ostaviočevo dete može uvek naslediti svog oca nezavisno od momenta začeća, pod uslovom da se živo rodi. Pravni položaj ranije određenih naslednika ostavioca zavisio bi od njihove savesnosti. Tako bi se oni smatrali savesnim držaocima odgovarajućeg dela zaostavštine do trenutka saznanja za veštačku oplodnju, odnosno rođenje deteta ostavioca. Posle tog trenutka ne samo da ne bi smeli da raspolažu nasleđenim dobrima, već bi se morali ponašati kao *bonus pater familias*, jer će u suprotnom biti dužnici naknade pričinjene štete novom nasledniku.[20]

Međutim, prema mišljenju drugog dela teorije, protiv proširenja fikcije o nasciturusu na slučajeve veštačke oplodnje *post mortem* govore razlozi očuvanja pravne sigurnosti i pouzdanja, kako naslednika, tako i trećih lica u sigurnost pravnog prometa, imajući u vidu činjenicu da je u današnje vreme moguće konzervirati veću količinu sperme i upotrebljavati je dugo vremena nakon smrti davaoca. S obzirom na to, prema ovom shvatanju, protezanje fikcije o nasciturusu osujetilo bi svaku mogućnost da se konkretan naslednopravni slučaj definitivno okonča, jer bi se iznova javljali zahtevi postmortalno začete ostaviočeve dece za udeo u nasledstvu.[21]

---

[19] V. čl. 3. st. 1-2. Zakona o nasleđivanju Srbije iz 1995. godine „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 46/95.

[20] V. Oliver Antić: Nasledno pravo, Beograd, 2009., str. 72-73.

[21] V. Dejan Đurđević: Institucije naslednog prava, Beograd, 2010., str. 48.

b) Uporednopravni pregled

Iako posthumna oplodnja polako počinje da zauzima svoje mesto u savremenim zakonodavstvima, ona je ipak u velikom broju zemalja zabranjena ili nije pravno regulisana. Tako je u današnje vreme ovakav vid oplodnje dozvoljen u malom broju zakonodavstava Evrope, kao što su zakonodavstva Velike Britanije, Holandije, Grčke, Belgije, Španije i Makedonije, dok s druge strane, većina zakonodavstava ne dozvoljava *post mortem* inseminaciju.[22]

Kao rezultat izveštaja Komiteta za istraživanje u sferi oplodnje i embriologije Velike Britanije, objavljenog 1984. godine, u kojem je navedeno da se posthumna oplodnja ne preporučuje zbog dubokih psiholoških problema koje može da izazove kod majke ili kod deteta, pri čemu se u onim slučajevima kada žena i pored ukazivanja na negativne posledice ipak reši da rodi dete posthumnom inseminacijom, u izveštaju preporučuje da takvo dete nema pravo nasleđivanje, u Velikoj Britaniji, Zakonom iz 1990. godine bilo je predviđeno da se u slučaju posthumne inseminacije muškarac čijim semenim ćelijama je ona izvršena, neće smatrati ocem deteta.[23] Međutim, Zakonom o humanoj fertilizaciji i embriologiji Velike Britanije iz 2008. godine, ovakav stav je napušten, te su precizno regulisani uslovi pod pretpostavkom čijeg ispunjenja će se suprug ili vanbračni partner smatrati ocem deteta u slučaju *post mortem* oplodnje.[24]

U zakonodavstvu Holandije, Zakonom o embrionima iz 2002. godine, kao pravilo je postavljeno da ukoliko je donor sperme ili jajne ćelije umro, zamrznuti embrion se neće više čuvati. Međutim, ako je za života ovih lica postojala pismena izjava koja se odnosila na upotrebu gameta ili embriona, tada se oni mogu čuvati i upotrebiti za posthumnu reprodukciju.[25]

Prema zakonodavstvu Belgije, u slučaju kada su oba partnera u ugovoru izričito pristala na posthumnu oplodnju, embrioni mogu biti upotrebljeni nakon smrti jednog od partnera, uz uslov da postupak ne bude izvr-

---

[22] U pravu Francuske, posthumna reprodukcija je zabranjena. Tako je u pravu ove zemlje izričito predviđeno da muškarac i žena koji čine supružnički ili vanbračni par moraju biti živi u trenutku implantacije. Ni u pravu Švajcarske nije dozvoljena inseminacija, niti embrio transfer *post mortem.* Zakonom je izričito predviđeno da se ćelije zametka ili impregnirane jajne ćelije ne smeju upotrebljavati nakon smrti osobe od koje potiču. U Italiji, jedan od subjektivnih preduslova da bi lica mogla pristupiti tehnikama medicinski asistiranog rađanja je to da su oboje živi, tako da ni prema pravu ove zemlje nije dozvoljena posthumna inseminacija, niti embrio transfer. V. Gordana Kovaček-Stanić: op. cit., str. 426-427.

[23] V. Ljiljana Spirovik Trpenovska, Dejan Mickovik, Angel Ristov: op. cit., str. 200.

[24] V. Gordana Kovaček-Stanić: op. cit., str. 427.

[25] V. Dragica Živojinović: Nasledna prava posthumno začete dece, Pravni život, Beograd, br. 10/2005., str. 707.

šen pre isteka roka od 6 meseci nakon smrti, niti nakon isteka roka od 2 godine. Dozvoljena je i posthumna oplodnja zamrznutim gametima, u vremenskom okviru koji je predviđen i za upotrebu embriona.[26]

U pravu Španije, nije moguće utvrđivanje očinstva, niti uspostavljanje bilo kakve druge pravne veze između deteta koje je začeto putem asistirane reprodukcije i umrlog muškarca, ako genetski materijal tog muškarca nije bio implementiran u telo žene pre njegove smrti. Međutim, za utvrđivanje očinstva primenjivaće se ista pravila kao kada se radi o bračnom očinstvu, ukoliko je partner žene za života dao pristanak da njegov genetski materijal bude upotrebljen u roku od 12 meseci nakon njegove smrti.[27]

U pravu Makedonije, Zakonom o biomedicinski potpomognutoj oplodnji iz 2008. godine,[28] u slučaju smrti muškarca dozvoljena je posthumna oplodnja uz njegovu prethodnu saglasnost, koja je data u pismenoj formi, najasnije u roku od jedne godine od smrti donora.[29] Rešenje makedonskog zakonodavstva prema kojem je pravo na posthumnu oplodnju predviđeno za partnere koji ne moraju da se nalaze u braku ili vanbračnoj zajednici, u teoriji predstavlja predmet kritike. Tako se ističe da ovo rešenje nije u skladu sa rešenjima najvećeg broja zakonodavstava, prema kojima se za dozvoljenost posthumne oplodnje zahteva da se muškarac i žena nalaze u braku.[30] Osim toga, u teoriji se kritikuje i zakonom predviđen rok u kojem treba da dođe do posthumnog začeća. U tom smislu se navodi da se žena nakon smrti partnera nalazi u teškoj emotivnoj situaciji, kada treba da se suoči sa gubitkom bliske osobe, te da ona u takvom stanju nije sposobna da donese tako ozbiljnu odluku, kao što je rađanje deteta koje nema oca i o kojem treba sama da se brine. Stoga se u teoriji predlaže da ovaj rok treba da iznosi 2 ili 3 godine, imajući u vidu i činjenicu da ni sam postupak oplodnje ne uspeva uvek odmah, već da je za to potrebno određeno vreme.[31] Posthumno začeto dete nema pravo na nasleđivanje, jer je u Zakonu o nasleđivanju Makedonije predviđeno da naslednik može da bude samo ono lice koje je živo u momentu

[26] V. čl. 16. i čl. 44-45. Zakona o medicinski asistiranoj reprodukciji i raspolaganju suvišnim embrionima i gametima Belgije (PROJET DE LOI relatif à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gametés). http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/2567/51K2567005.pdf

[27] V. čl. 9. LEY 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. http://www.eshre.eu/binarydata.aspx?type=doc&sessionId=jqoqywbfievly4452us4pey1/Spanish_law_14_2006_TRA_2.pdf

[28] „Služben vesnik na Republika Makedonija“, br. 37/08.

[29] V. čl. 33. st. 2. Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji Makedonije.

[30] V. Ljiljana Spirovik Trpenovska, Dejan Mickovik, Angel Ristov: Naslednoto pravo vo Republika Makedonija,Skoplje, 2010., str. 59.

[31] V. Ljiljana Spirovik Trpenovska, Dejan Mickovik, Angel Ristov: op. cit., str. 58-59.

smrti ostavioca, ili koje je bilo začeto za njegovog života.[32] Za ovo rešenje u teoriji se ističe da je diskriminatorsko i neprihvatljivo, te se u tom smislu navodi da ukoliko je zakonodavac već dozvolio i pravno regulisao posthumnu oplodnju, onda je on morao i da predvidi da ovakva deca mogu da postanu zakonski naslednici svog oca.[33]

I u SAD, kao što je to slučaj i u Evropi, najveći broj država ne reguliše posthumnu oplodnju, niti mogućnost deteta da zakonski nasledi svog genetskog oca u ovakvom slučaju, pri čemu su u The Uniform Status of Children of Assisted Conception Act (USCACA), date određene smernice u pogledu naslednih prava posthumno rođene dece. U ovom dokumentu, u odeljku 4 (b) predviđeno je da se lice čijim je reproduktivnim ćelijama začeto dete nakon njegove smrti, neće smatrati roditeljem deteta. Ovaj pristup je prihvaćen samo u dve države SAD-a. Tako je u Severnoj Dakoti predviđeno da se umrlo lice ne smatra roditeljem u slučaju posthumnog začeća, shodno čemu dete nema zakonska nasledna prava. Virdžinija takođe ima istu takvu odredbu, s tim što je u ovoj državi ostavljena mogućnost detetu da nasledi ostavioca, ukoliko je on dao pismenu saglasnost za posthumnu inseminaciju.[34]

Zakonodavstvom Floride predviđeno je da posthumno začeto dete može da postane naslednik samo ukoliko je donor sperme to predvideo svojim zaveštanjem, a to znači da ono nema pravo na zakonsko nasleđivanje.[35] U Kaliforniji je predviđena široka zaštita posthumno rođene dece. Tako se u ovoj državi zahteva od roditelja da obezbedi jasan i nedvosmislen dokaz da je umrli donor svoj genetski materijal ostavio da se upotrebi za začeće deteta, pri čemu dete može da nasledi ukoliko se rodi u roku od 3 godine od smrti donora. I u pravu Luizijane dete mora da bude rođeno u roku od 3 godine od smrti donora, da bi postalo naslednik.[36]

---

[32] V. čl. 122. Zakona o nasleđivanju Makedonije. „Službeni vesnik na Republika Makedonija", br. 47/96.

[33] U teoriji se navodi da zakonodavac ima dve mogućnosti. Jedna je da se sačeka sa raspravljanjem zaostavštine (dve ili najviše tri godine), ukoliko je ostavilac donirao spermu i sastavio pismenu izjavu da njegova partnerka bude posthumno oplođena. Druga mogućnost je da se rezerviše jedan deo zaostavštine za dete koje će se eventualno roditi, a da se ostatak zaostavštine raspodeli ostalim naslednicima. Ukoliko se dete ne rodi, deo predviđen za njega će se podeliti među ostalim naslednicima. U tom smislu v. Ljiljana Spirovik Trpenovska, Dejan Mickovik, Angel Ristov: op. cit., str. 61-62.

[34] V. Ljiljana Spirovik Trpenovska, Dejan Mickovik, Angel Ristov: Nasleduvanjeto vo Evropa, Skople, 2011., str. 201.

[35] V. C. A. Scharman., op. cit., str. 1011.

[36] V. A. Horner, I Consented to What? Posthumous Children and the Consent to Parent After-Death, Southern Ilinois University Law Journal, Vol. 33., 2008., str. 174. Navedeno prema: V. Ljiljana Spirovik Trpenovska, Dejan Mickovik, Angel Ristov: op. cit., str. 202.

U teoriji se navodi da se u zakonodavstvima država SAD-a može izdvojiti nekoliko osnovnih karakteristika u pogledu regulisanja posthumne oplodnje i prava ovako začetog deteta da postane naslednik svog oca: 1) potrebno je da se donor genetskog materijala saglasio da se začne dete nakon njegove smrti; 2) potrebno je da postoji pismeni dokaz o njegovoj volji; 3) postoji vremensko ograničenje u pogledu mogućnosti nasleđivanja donora od strane posthumno rođene dece; 4) najčešće se zahteva da postoji brak između donora i žene koja treba da bude posthumno oplođena njegovom spermom.[37]

3. Nasledna prava posthumno začete dece u sudskoj praksi

Poslednjih godina, sudovi u SAD su rešavali u nekoliko slučajeva povezanih sa pravom dece, koja su bila začeta i rodila se posthumno. Između ostalog, sudovi su u ovim slučajevima na jedan veoma ozbiljan i pravno podržan pristup rešavali o pravu ovakve dece da se jave kao zakonski naslednici, a kroz utvrđivanje motiva, cilja i namere zakonodavca.

Najpoznatiji slučaj u SAD, u kojem je Vrhovni sud Masačusetsa 2002. godine rešavao o naslednim pravima posthumno začete dece je slučaj *Woodward v. Commissioner of Social Security.* U ovom slučaju, tri godine nakon zaključenja braka između Voren i Loren Vudvord, muž se razboleo od leukemije. Pre početka terapije, a zbog mogućnosti da će ona dovesti do sterilnosti, on je donirao spermu. Umro je nakon 10 meseci od početka bolesti, a njegova žena je dve godine nakon njegove smrti rodila blizance posthumnom oplodnjom. Rešavajući po zahtevu udovice Loren Vudvord, a u vezi sa priznavanjem zakonskih naslednih prava deci, Vrhovni sud Masačusetsa je našao da posthumno rođena deca mogu da postanu naslednici iza svog pokojnog oca. Pri rešavanju ovog slučaja, Vrhovni sud je naveo da su u njemu sadržana tri značajna interesa: najbolji interes dece, interes države za efikasnom raspodelom zaostavštine, kao i reproduktivna prava umrlog bračnog druga, pri čemu je istakao „da je njegova uloga da harmonizuje ove interese u cilju realizacije osnovne namere zakonodavca". U vezi sa pitanjem najboljeg interesa deteta, sud je utvrdio da i zakonodavstvo i sudska praksa treba da posvete posebnu brigu potrebi dece da uživaju ista prava, nezavisno od okolnosti njihovog rađanja. Sud je utvrdio i da zakonodavnom politikom, kada god je to moguće, treba da se obezbedi da deca budu izdržavana od strane roditelja, a ne da postanu zavisni od socijalne pomoći. Sud je zaključio da dete začeto posthumnom oplodnjom može da postane naslednik ukoliko je potencijalni roditelj – donor, jasno i nedvosmisleno

[37] V. Browne C. Lewis, Dead Men Reproducing: Responding to the Existence of Afterdeath Children, George Mason Law Review, Vol. 16:2, 2009., str. 147. Navedeno prema: V. Ljiljana Spirovik Trpenovska, Dejan Mickovik, Angel Ristov: op. cit., str. 202.

pristao kako na posthumnu oplodnju, tako i na materijalnu podršku svoj budućoj deci. S druge strane sud je istakao da bez obzira na činjenicu nesporno velikog značaja prava i interesa dece, treba imati u vidu i interes za brzom i efikasnom raspodelom zaostavštine, što nameće pitanje koliko dugo treba čekati sa postupkom raspravljanja zaostavštine da bi nasledna prava posthumno začete dece bila zaštićena, pri čemu je odgovor na ovo pitanje prepustio zakonodavcu. Kao generalnu ocenu za ovaj slučaj, sud je zaključio da posthumno začeta deca mogu nasleđivati pod pretpostavom ispunjenja tri uslova. Prvi uslov podrazumeva da lice koje postavlja zahtev mora da dokaže da postoji genetska veza između deteta i ostavioca, drugi da ovakvo lice mora da dokaže da se ostavilac saglasio da dete bude posthumno začeto, dok se treći uslov odnosi na činjenicu da ovo lice mora da dokaže da se ostavilac saglasio i da obezbedi finansijsku podršku za dete koje će se roditi posthumnom oplodnjom. Ova odluka je pokazala da je sud i pored toga što zakonodavac predviđa da se kao naslednici mogu pojaviti samo deca koja su začeta za života ostavioca i koja su se rodila najkasnije u roku od 300 dana od njegove smrti, tumačenjem namere zakonodavca došao do zaključka da i posthumno rođena deca mogu zakonski da naslede. Pritom, sud je ukazao i na činjenicu da zakonodavac nije eksplicitno isključio mogućnost posthumno začete dece da postanu naslednici.

Po istom pitanju, odnosno o postojanju zakonskih naslednih prava posthumno začete dece, sud u SAD je odlučivao i u slučaju *Estate of Kolacy*. U ovom slučaju, 2000. godine od Vrhovnog suda u Nju Džersiju zahtevano je da utvrdi da li su bliznakinje začete u postupku *in vitro* fertilizacije, a koje su rođene 18 meseci nakon smrti oca, njegovi zakonski naslednici, prema naslednom pravu Nju Džersija. Isto kao i u Masačusetsu, tako je i u Nju Džersiju zakonom predviđeno da se kao naslednici mogu pojaviti samo lica koja su živa u momentu smrti ostavioca, ili koja su bila začeta za života ostavioca, a rodila su se 300 dana po njegovoj smrti. Sud je doneo odluku da bliznakinje mogu da budu naslednici ostavioca, pri čemu je prilikom donošenja ovakve odluke imao u vidu činjenicu da postoje jasni i nedvosmisleni dokazi da je ostavilac biološki otac bliznakinja. Sud je u navedenom slučaju utvrdio da je opšta namera zakonodavca da pravo na nasleđivanje od strane dece treba da ima prednost u odnosu na restriktivno, bukvalno tumačenje zakona. Dakle, sud je svoju odluku zasnovao kroz utvrđivanje cilja i namere zakonodavca i na ekstenzivnom tumačenju zakona. Napomenućemo da je u ovom slučaju bila i jasno izražena namera ostavioca, koji se u pismenoj izjavi pred svoju smrt saglasio da bude otac deteta rođenog posthumnom inseminacijom.[38]

[38] Primeri preuzeti iz: Ljiljana Spirovik Trpenovska, Dejan Mickovik, Angel Ristov: op. cit., str. 194 -198.

U zaključku

Smernice svakog zakonodavstva, kada je reč o pravnoj regulativi posthumne reprodukcije, predstavljaju koncept reproduktivnih sloboda, s jedne strane i princip uzimanja u obzir najboljeg interesa deteta, s druge strane.

Poštovanje reproduktivnih sloboda podrazumeva uvažavanje autonomije volje pojedinca. Posmatrano sa ovog aspekta, posthumnu oplodnju bi trebalo dozvoliti, jer se na taj način poštuje individualna sloboda partnera u domenu reprodukcije, pri čemu se ne sme zanemariti činjenica da se rađanjem dece ostvaruje ne samo interes partnera, već i samog deteta i uopšte celog društva.

S druge strane, treba imati u vidu i činjenicu da posthumna oplodnja može da ima duboke psihološke, pravne i ekonomske posledice na decu koja se rađaju nakon smrti roditelja. Naime, u razmatranju opravdanosti posthumne reprodukcije nesumnjivo je da i interesi deteta moraju biti uvaženi, pri čemu se pod ovim podrazumeva najpre interes deteta da ima oba roditelja, da bude čuvano, vaspitavano i izdržavano od strane oba svoja roditelja, što u slučaju posthumne oplodnje nije moguće, imajući u vidu da se radi o situaciji kada je izvesno da jedan roditelj neće biti živ u momentu začeća deteta. U teoriji se navodi da se u ostvarenju posthumne reprodukcije, na dobrobit deteta nepovoljno odražava činjenica da će ovakvo dete biti podizano u monoparentalnoj porodici, te da dete može da doživi psihički i emotivni šok kada sazna da je začeto nakon smrti svog genetskog roditelja, zbog čega se može osećati promašenim, obeleženim ili manje vrednim.[39]

Iako pravo na posthumnu reprodukciju može da dođe u sudar sa interesima deteta da ima oba roditelja, mišljenje pretežnog dela teorije je da je osnovni interes deteta u ovom slučaju da se rodi, da postoji, da se pojavi kao subjekt prava. Prema ovom shvatanju, za dete je bolje da se rodi i u monoparentalnoj porodici, nego da se uopšte ne rodi. U krajnjoj liniji, uvek treba dati prednost životu i rađanju deteta, ukoliko se time ne narušavaju osnovna ljudska prava.[40]

Pokušaji da se uspostavi ravnoteža između prava deteta i poštovanje reproduktivne autonomije kao osnovnog prava čoveka, stavljaju zakonodavstva u mnogim zemljama pred teške dileme. Iz prethodnih izlaganja evidentno je da je u današnje vreme manji broj savremenih zakonodavstava

[39] V. Dragica Živojinović: op. cit., str. 710. Opširnije o etičkim i pravnim dilemama posthumne reprodukcije v. str. 708-711.

[40] V. u tom smislu: Ljiljana Spirovik Trpenovska, Dejan Mickovik, Angel Ristov: op. cit., str. 190.

pristupio pravnoj regulativi posthumne oplodnje, pri čemu u onim pravima koja su to učinila, ne postoje jedinstvena ili opšteprihvaćena rešenja u pogledu pravnog regulisanja posthumne reprodukcije, kao ni u pogledu regulisanja drugih značajnih pitanja koja su povezana sa posthumnom oplodnjom, poput pitanja naslednog prava posthumno začete dece. Tako, dok pojedina zakonodavstva u potpunosti zabranjuju posthumnu oplodnju, dotle druga precizno normiraju uslove pod kojima je ona dopuštena. U nekim zakonodavstvima posthumno rođenoj deci priznato je pravo na zakonsko nasleđivanje, dok u drugim zakonodavstvima i pored dozvoljenosti posthumne oplodnje, ovakvoj deci nisu priznata zakonska nasledna prava, pri čemu su u SAD zabeleženi slučajevi gde su se i sudovi sretali sa zahtevom za utvrđivanje zakonskih naslednih prava posthumno začete dece.

Nesumnjivo je da će pitanja povezana sa ovom reproduktivnom tehnologijom i njenom primenom, koja su, kako smo to videli, već rezultirala određenim brojem zakonodavnih reformi i sudskih odluka, vremenom još više dobijati na aktuelnosti. Imajući u vidu da se radi o veoma značajnom pitanju, koje dovodi do proširivanja granica očinstva, majčinstva, roditeljstva i porodice, za očekivati je da će u budućnosti sve veći broj zakonodavstava biti suočeno sa potrebom njegove odgovarajuće pravne regulative.

Jelena Vidić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Posthumous Reproduction and its Hereditary Legal Effects

Abstract

Permissibility of posthumous reproduction, i.e. conception and birth of children after the death of one or both parents, and determining its hereditary legal consequences, today undoubtedly represents issues of great importance in the field of biomedical assisted reproduction. This paper discusses the following issues: 1) the way of the legal regulation of posthumous reproduction in modern European legislations and the hereditary status of the children conceived by posthumous reproduction, 2) attitudes of case law regarding the permissibility of the posthumous reproduction and hereditary rights of the children conceived in this way and 3) to some extent the question of justification of posthumous reproduction. In the conclusion it is pointed out that today a very small number of modern legislations regulate the issue of posthumous reproduction, whereby there are no unique and universally accepted solutions in the legislations which regulate this question. Bearing in mind that this is a very important issue, leading to the expansion of the boundaries of fatherhood, motherhood, parenting and family, we may conclude that there will be an increase in legislations faced with the need for its appropriate legal regulations.

Key words: posthumous reproduction, hereditary rights of the children conceived by posthumous reproduction.

Originalni naučni rad 368.022:502/504

Dr Vladimir Marjanski, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

POJAM, VRSTE I OSNOVNA OBELEŽJA OSIGURANJA OD EKOLOŠKIH ŠTETA[1]

Sažetak: *Osiguranje od ekoloških šteta je oblast osiguranja u okviru koje se putem različitih vrsta i modaliteta ugovora o osiguranju obezbeđuje pokriće šteta prouzrokovanih zagađenjem životne sredine. U radu se analiziraju osnovne karakteristike različitih vrsta i modaliteta osiguranja od ekoloških šteta: osiguranje od odgovornosti za štete prouzrokovane zagađenjem životne sredine, osiguranje prvog lica (eng. first party insurance) i direktno osiguranje (eng. direct insurance) od ekoloških šteta. Upoređujući pomenute vrste osiguranja autor ukazuje na njihove prednosti i nedostatke u sferi obezbeđivanja osiguravajućeg pokrića ekoloških šteta.*

Ključne reči: *osiguranje, odgovornost, ekološka šteta, zaštita životne sredine.*

1. Pojam osiguranja od ekoloških šteta

Osiguranje od ekoloških šteta je oblast osiguranja u okviru koje se putem različitih vrsta i modaliteta ugovora o osiguranju[2] obezbeđuje pokriće šteta prouzrokovanih zagađenjem životne sredine. Pojam ekološke štete definisan je Direktivom Evropske unije o odgovornosti u oblasti zaštite životne sredine[3]. Prema navedenoj direktivi ekološka šteta obuhvata

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

[2] U pogledu različitih modaliteta ugovora o osiguranju videti: V. Marjanski, *Ugovor o osiguranju*, Novi Sad, 2007, str. 154-161.

[3] Direktiva 2004/35/EC Evropskog parlamenta i Saveta od aprila 2004 o odgovornosti u oblasti zaštite životne sredine OJ L 143, 30.4.2004. (dalje u fusnotama: Direktiva EU o odgovornosti u oblasti zaštite životne sredine).

štetu nad zaštićenim vrstama i staništem, zagađenje vode i zagađenje zemljišta.

Šteta nad zaštićenim vrstama i staništem nastaje u slučaju značajnih štetnih uticaja na uspostavljanje i održavanje pozitivnog stanja zaštićenih staništa i vrsta.[4] Ova šteta obuhvata isključivo štetu nad ekološkim sistemima (biodiverzitetu) zaštićenim evropskim ili nacionalnim pravom.[5]

Zagađenje voda nastaje usled značajnih negativnih uticaja na ekološki, hemijski i, ili kvantitativni status ili ekološki potencijal vode.[6] Zagađenje zemljišta predstavlja bilo kakvo zagađenje podobno da stvori značajan rizik za negativne posledice po čovekovo zdravlje.[7]

Ekološke štete mogu biti pokrivene različitim vrstama i modalitetima ugovora o osiguranju. Tu prvenstveno spadaju ugovori o osiguranju od odgovornosti za štete prouzrokovane zagađenjem životne sredine, ali u uporednopravnoj praksi u novije vreme sve su zastupljeniji i ugovori koji po svojoj prirodi ne spadaju u ugovore o osiguranju od odgovornosti. To su "klasični" ugovori o osiguranju imovine i, ili lica kojim se pokrivaju štete nastale zagađenjem životne sredine, a koji se zaključuju u svoje ime i za svoj račun (osiguranje prvog lica – eng. *first party insurance*) ili u svoje ime a za račun ili u korist jednog ili još češće većeg broja drugih lica (direktno osiguranje – eng. *direct insurance*).

Osiguranje od odgovornosti za štete prouzrokovane zagađenjem životne sredine nastalo je u drugoj polovini 20-tog veka. U početku se razvijalo u okviru osiguranja od odgovornosti za štetu koja proističe iz obavljanja određene delatnosti, ali se vremenom izdvojilo u još specifičniju oblast osiguranja – osiguranje od odgovornosti za štetu nastalu iz opasne delatnosti.[8] Razvoj ove vrste osiguranja doveo je do toga da su osiguravajuća društva u praksi počela da oblikuju posebne polise osiguranja kojim se obezbeđuje isključivo pokriće rizika koji uzrokuju zagađenje životne sredine (ekološke štete). Paralelno s tim izvršeno je

---

[4] Direktiva EU o odgovornosti u oblasti zaštite životne sredine, čl. 1 st. 1 (a).

[5] Dragana Radojević, „Nova Direktiva Evropske Unije o odgovornosti u oblasti zaštite životne

sredine", *MP*, br. 1-2/2005, str. 190. str. 185.

[6] Direktiva EU o odgovornosti u oblasti zaštite životne sredine, čl. 1 st. 1 (b).

[7] Direktiva EU o odgovornosti u oblasti zaštite životne sredine, čl. 1 st. 1 (c).

[8] Branka Pećanac, „Pravna priroda osiguranja od ekoloških šteta", *Tokovi osiguranja*, br. 2/2007, str. 3.

izdavajanje ovih rizika u posebnu grupu odvojenu od grupe tzv. konvencionalnih rizika.[9] Štete izazvane zagađenjem životne sredine mogu biti izuzetno velikih razmera, pa se u cilju zaštite interesa osiguravača prilikom zaključenja uobičajenih vrsta ugovora o osiguranju (npr. osiguranja od požara) u polisi osiguranja vrši isključenje tzv. ekoloških rizika. Ovo iz razloga što bi u suprotnom obaveze osiguravača mogle biti u značajnoj disproporciji sa premijama koje dobijaju kod uobičajenih vrsta ugovora o osiguranju.

Ipak, zbog ekonomskih rizika za obavljanje ove vrste osiguranja (teškoća prilikom procene učestalosti i obima rizika, određivanja adekvatne visine premije osiguranja, problema dvostrukog plaćanja zagađivača[10]), kao i niza otvorenih pravnih pitanja (definisanja odgovornosti i njegovog vremenskog važenja, identifikovanja odgovornih lica, određivanja osiguranog rizika i njihove osigurljivosti, utvrđivanja vrsti troškova spasavanja i njihovog obima, definisanja osiguranog slučaja itd.) na tržištu osiguranja od ekoloških šteta pojedinih zemalja osiguranje od odgovornosti za štete prouzrokovane zagađenjem životne sredine pretežno ili u potpunosti ustupa mesto drugim vrstama osiguranja od ekoloških šteta – osiguranju prvog lica (eng. *first party insurance*) i, ili direktnom osiguranju (eng. *direct insurance*).[11]

Tokom narednih razmatranja biće objašnjene osnovne karakteristike pomenutih vrsta osiguranja uz njihovo međusobno upoređivanje i navođenje osnovnih prednosti i nedostataka koja ona sa sobom nose. Detaljnija ekonomska analiza različitih vrsta osiguranja i oblika finansijskog pokrića rizika od nastupanja ekoloških šteta će zbog ograničenog obima ovog rada izostati.[12] Takođe, naredna razmatranja neće obuhvatiti raspravu o obavezi osiguravača da snosi troškove spasavanja, niti analizu neophodnosti uvođenja obaveznog osiguranja od ekoloških šteta, budući da su ova pitanja delimično obrađena u nekim ranijim radovima iz ove oblasti.[13]

---

[9] *Ibid*, 4.

[10] Potencijalni zagađivač prvo značajno investira kako bi dobio dozvolu za obavljanje delatnosti koje mogu ugroziti životnu sredinu, a ako ekološka šteta ipak nastupi on može biti pozvan na odgovornost da je nadoknadi.

[11] U literaturi se često kao primer navodi delatnost holandskih osiguravajućih društava.

[12] U pogledu ekonomskih aspekata osiguranja od ekoloških šteta videti: Michael Faure and David Grimeaud, Financial Assurance Issues of environmental Liability Report, Mastricht University (Metro) and European Centre for Tort and Insurance Law (ECTIL), final version 1.12.2000.

[13] O tome videti opširnije kod Predrag Šulejić, „Osiguranje i zagađenje životne sredine“, *Pravni život*, br. 11/2000, str. 473-474. i Branka Pećanac, nav. članak, str. 10-12.

2. Ugovori o osiguranju od odgovornosti od šteta prouzrokovanih zagađenjem životne sredine

Ugovori o osiguranju od odgovornosti od šteta prouzrokovanih zagađenjem životne sredine (dalje u tekstu: ugovori o osiguranju od odgovornosti za ekološke štete) su ugovori u kojima se jedna ugovorna strana, osiguravač obavezuje da će osiguraniku pružiti pravnu zaštitu od neutemeljenih ili preteranih zahteva za naknadu štete od strane lica oštećenih zagađenjem životne sredine, kao i da će nadoknaditi štetu koju će osiguranik (štetnik), ako nastupi štetni događaj (ekološka šteta), biti dužan da plati jednom ili većem broju oštećenih lica u vezi sa svojom građanskom odgovornošću pokrivenom osiguranjem, dok se druga ugovorna strana (po pravilu osiguranik) obavezuje da plati premiju osiguranja.

Prilikom analize ove vrste ugovora neophodno je dati odgovor na dva osnovna pitanja: ko može biti osiguranik i kada postoji odgovornost za nastupanje ekološke štete?

Prvo, kada je reč o osiguraniku, odgovor na pitanje ko se može osigurati od navedene vrste odgovornosti potražićemo u pravu Evropske unije. Direktiva Evropske unije o odgovornosti u oblasti zaštite životne sredine primenjuje se na tzv. operatere registrovanih delatnosti. Kako većina industrijskih delatnosti upravo potpada pod tu kategoriju (npr. hemijska industrija, upravljanje otpadima, transport i rukovanje opasnim materijama itd.) sledi da je bilo koji operater koji se bavi nekom od tih aktivnosti podložan odgovornosti za štetu. Pored ovog uslova, prema Konvenciji Saveta Evrope o građanskoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu obavljanjem delatnosti opasne po životnu sredinu donetom 1993. godine u Luganu (Švajcarska), uslov za postojanje građanske odgovornosti je da operater vrši kontrolu opasnih aktivnosti u vreme nastanka štete. Iz toga proističe da samo subjekti koji ispunjavaju oba navedena uslova mogu imati i svojstvo osiguranika kod ove vrste ugovora o osiguranju.

Drugo je pitanje kada postoji odgovornost za nastupanje ekološke štete. Ovo pitanje je od izuzetnog značaja budući da građanska odgovornost za štetu prouzrokovanu zagađenjem životne sredine predstavlja rizik kod ove vrste osiguranja. Definisanje ove vrste građanske odgovornosti dugo je predstavljalo problem koji je dovodio u pitanje osigurljivost ovog rizika i primenu ove vrste osiguranja uopšte. Na međunarodnom planu, ova vrsta odgovornosti prvi put je definisana pomenutom Konvencijom Saveta Evrope o građanskoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu obavljanjem delatnosti opasne po životnu sredinu.[14] Konvencija predviđa dva

[14] Pored ove Konvencije, ova materija je u određenim segmentima regulisana i drugim međunarodnim dokumentima: Konvencijom o građanskoj odgovornosti za štete usled

vida odgovornosti za prouzrokovanu ekološku štetu: odgovornost u pogledu supstanci, organizama i određenih otpadnih instalacija ili lokacija i, odgovornost u pogledu lokacija za stalno deponovanje otpada. U prvom slučaju operater (rukovalac) koji obavlja opasnu aktivnost odgovoran je za ukupno nastupelu štetu usled ove aktivnosti kao rezultat akcidenta u vreme ili u toku perioda kada je on obavljao kontrolu te aktivnosti.[15] U drugom slučaju odgovoran je operater na lokaciji za stalno deponovanje otpada u vreme kada je šteta prouzrokovana otpadom deponovanim na toj lokaciji.[16]

Pomenutom Konvencijom i Direktivom EU predviđeni su i izuzeci od odgovornosti operatera za ekološku štetu.[17] Među njima, pored ostalih, spada i viša sila (šteta prouzrokovana ratnim zbivanjima, neprijateljstvom, građanskim ratom ili ustankom, kao i prirodnim fenomenom izuzetnog karaktera koji se ne može izbeći, niti mu se može suprotstaviti). Slučajevi u kojima postoje uslovi za primenu ovih izuzetaka ne mogu biti pokriveni osiguranjem od odgovornosti, jer tada odgovornosti nema. Budući da trenutno osiguravajuća društva u domenu osiguranja od odgovornosti pružaju osiguravajuće pokriće samo za štetu nastalu usled više sile (eng. *accidental pollution*), koja je inače Konvencijom i gore pomenutom Direktivom EU izuzeta od odgovornosti, ovaj vid osiguranja praktično gubi svoj značaj u svim zemljama koje su ratifikovale Konvenciju ili implementirale Direktivu EU u svoje nacionalno pravo.

Kako naša zemlja za sada nije ratifikovala navedenu Konvenciju, niti implementirala pomenutu Direktivu EU, domaća osiguravajuća društva za sada u svojoj ponudi imaju isključivo ugovore o osiguranju od odgovornosti za ekološke štete. S druge strane, kao odgovor na ovakva norma-

---

zagađivanja naftom donetom u Briselu 1967 godine (konvencija predviđa obavezno osiguranje od odgovornosti brodara koji prevozi naftu), Konvencijom o građanskoj odgovornosti za nuklearne štete donetom u Beču 1977 godine (konvencija predviđa obavezno osiguranje od odgovornosti vlasnika nuklearnog postrojenja) i Konvencijom o građanskoj odgovornosti za štete prouzrokovane za vreme prevoza opasne robe drumom, železnicom i brodovima unutrašnje plovidbe donetom u Ženevi 1989. Godine (konvencija predviđa obavezno osiguranje od odgovornosti prevozioca opasne robe).

[15] Dragan Jovašević, „Evropski standardi i zaštita životne sredine“, *Evropsko zakonodavstvo*, br. 27-28, str. 132.

[16] *Ibid*.

[17] To su sledeći slučajevi: 1) Kada je šteta prouzrokovana ratnim zbivanjima, neprijateljstvom, građanskim ratom ili ustankom; 2) Prirodnim fenomenom izuzetnog karaktera koji se ne može izbeći, niti mu se može suprotstaviti (viša sila); 3) Delatnošću neke treće strane; 4) Zagađivanjem na prihvatljivim nivoima (a šta su prihvatljivi nivoi predstavlja faktičko pitanje koje se mora rešiti u svakom konkretnom slučaju imajući u vidu sve okolnosti objektivnog i subjektivnog karaktera) ili, 5) Opasnim aktivnostima koje su obavljene u skladu sa zakonom u interesu lica koje je pretrpelo štetu.

tivna rešenja u uporednom pravu u pojedinim zemljama osiguravajuća društva uvode nove polise stvarajući tako nove vrste i modalitete osiguranja od ekoloških šteta.

Pored ovoga treba istaći da uz osiguranje, u pojedinim zemljama postoje i drugi vidovi finansijskog pokrića odgovornosti operatera u slučaju prouzrokovanja ekoloških šteta. Najzastupljeniji vid finansijskog pokrića od odgovornosti i finansiranje naknade ekološke štete su tzv. ekološki fondovi (eng. *environmental funds*). Takvi fondovi već postoje u pojedinim državama članicama EU. Svrha ekološkog fonda je da obezbedi prihode iz jednog ili više izvora (poreza, budžeta i kamata na zajam u cilju definisanja i upravljanja odgovornosti za ekološku štetu).[18] Pored navedenog, ekološki fond može imati za opšti cilj prikupljanje sredstava za zaštitu, unapređenje i razvoj životne sredine.[19] Ipak, s obzirom na to da ekološki fondovi predstavljaju samo prelazno rešenje do uspostavljanja novog tržišta osiguranja od ekoloških šteta, tokom narednih razmatranja analiziraćemo druge vrste i modalitete ugovora o osiguranju od ekoloških šteta koji su u uporednom pravu sve prisutniji.

3. Osiguranje prvog lica (eng. *first party insurance*) i direktno osiguranje (eng. *direct insurance*) od ekološke štete

Za razliku od osiguranja od odgovornosti kod koga osiguravač „pokriva" rizik odgovornosti osiguranika (potencijalno odgovornog lica) za naknadu štete prema trećem licu (eng. *third party insurance*), osiguranje prvog lica (eng. *first party insurance*) je sistem u kome se osiguravajuće pokriće obezbeđuje i naknada isplaćuje neposredno osiguraniku kao oštećenom (žrtvi). Još uvek se, međutim, ne može zauzeti opšti stav o tome da li takva vrsta osiguranja može predstavljati alternativu klasičnom osiguranju od odgovornosti od ekoloških šteta. To zavisi od niza različitih faktora, kao i od činjenice da li se ovakva vrsta osiguranja kombinuje sa klasičnim osiguranjem od odgovornosti.[20]

Stavljajući na stranu gore pomenuta normativna rešenja u domenu građansko-pravne odgovornosti za štete prouzrokovane zagađenjem životne sredine, koja su svakako umanjila značaj osiguranja od odgovornosti za ekološke štete, jedna od najvećih prednosti ove vrste osiguranja u odnosu na osiguranje od odgovornosti za osiguravača je svakako lakša

[18] D. Radojević, *nav. članak*, str. 190.

[19] *Ibid.*

[20] Michael Faure, *Environmental damage insurance in theory and practice*, Paper prepared for the Law and economics of environmental policy: a symposium UCL Centre for law and the environment and CSERGE, London, 5-7 September, 2001, str. 16.

selekcija i procena rizika.[21] Naime, teorijski posmatrano, mnogo je lakše prethodno kontrolisati i proceniti rizik od nastupanja štete za pojedinačno oštećeno lice, nego proceniti rizik za prouzrokovanje štete nepoznatom trećem licu od strane osiguranika kod ugovora o osiguranju od odgovornosti. Takođe, u domenu osiguranja od odgovornosti nije moguće prethodno znati da li će osiguranik (štetnik) prouzrokovati štetu „žrtvi" koja ima veoma visoke ili veoma niske prihode.[22] Ovakav vid nesigurnosti može se izbeći kod osiguranja prvog lica gde osiguranik (potencijalno oštećeni) prethodno bira visinu osiguravajućeg pokrića u skladu sa svojim sopstvenim potrebama i očekivanim gubicima.

Iako sistem osiguranja prvog lica zbog opisanih prednosti teorijski izgleda bolji, njega je u punom obimu teško primeniti u domenu osiguranja od ekoloških šteta. Kod tzv. čistog osiguranja prvog lica tj. onog koje se zaključuje u svoje ime i za svoj račun, osiguranik je istovremeno i ugovarač osiguranja pa njega tereti obaveza plaćanja premije. Iz tog razloga u praksi je teško zamisliti interes osiguranika (npr. građana koji strahuju od nastupanja ekološke štete) da se zaštiti od ekoloških šteta zaključivanjem ugovora o osiguranju i plaćanjem premije iz sopstvenih izvora, osim u slučaju operatera koji inače obavlja opasnu delatnost, za koga bi se moglo zamisliti da traži osiguravajuće pokriće za zagađenje koje se može desiti na njegovom postrojenju.[23]

Zbog navedenog alternativa se može potražiti u zaključivanju ugovora u svoje ime a za tuđ račun ili u korist trećeg/ih lica[24] (eng. *direct insurance*). Ovi ugovori kao i oni koji se zaključuju u svoje ime i za svoj račun (osiguranje prvog lica), imaju prirodu „klasičnih" ugovora o osiguranju imovine i lica. U sistemu tzv. direktnog osiguranja može se zamisliti potencijalni zagađivač koji poseduje određeno postrojenje i zato traži osiguravajuće pokriće obezbeđujući pri tome zaštitu trećim licima koja mogu pretrpeti štetu njegovom delatnošću.

Osiguranik (potencijalni oštećeni) ovde, međutim, nije istovremeno i ugovarač osiguranja. To znači da on, za razliku od osiguranja od odgovornosti i osiguranja prvog lica, nije obveznik plaćanja premije. Takođe, za razliku od ugovora o osiguranju od odgovornosti gde je osiguranik istovremeno ugovarač osiguranja i potencijalni štetnik, kod direktnog osiguranja, ugovarač osiguranja je samo potencijalni štetnik. Kao i kod ugo-

[21] *Ibid*, 17.
[22] *Ibid,* 18
[23] *Ibid*, 19.
[24] Termin ugovaranja za tuđ račun koristi se u imovinskom osiguranju gde su predmet osiguranja ekonomska dobra, dok se termin ugovaranje u korist trećeg koristi u domenu osiguranja lica gde su predmet osiguranja lična dobra (život, zdravlje i telesni integritet).

vora o osiguranju od odgovornosti naknada iz osiguranja kada nastupi osigurani slučaj neće biti isplaćena ugovaraču osiguranja, već trećem licu. Ipak, suprotno osiguranju od odgovornosti gde je štetnik istovremeno i osiguranik kome se pruža osiguravajuće pokriće od odštetnih zahteva trećih lica zbog nastupanja njegove odgovornosti, kod ugovora o osiguranju u svoje ime, a za tuđ račun ili u korist trećeg/ih lica (direktnog osiguranja), lice za čiji se račun ili korist ugovor zaključuje ima svojstvo osiguranika. To znači da to lice još u trenutku zaključenja ugovora, ako je reč o imovinskom osiguranju, mora imati osigurljiv interes tj. interes da se na predmetu osiguranja ne realizuje osigurani rizik (da ne nastupi osigurani slučaj), jer bi u suprotnom pretrpelo materijalni gubitak.

Ipak, za razliku od osiguranja od odgovornosti, gde je uslov za isplatu naknade iz osiguranja postojanje odgovornosti osiguranika (štetnika), kod ugovora o osiguranju u svoje ime i za svoj račun (osiguranje prvog lica) i u svoje ime, a za tuđ račun ili u korist trećeg/ih (direktnog osiguranja), za nastupanje uslova za isplatu naknade iz osiguranja dovoljno je samo postojanje štete. Tu nije neophodno utvrđivanje odgovornosti štetnika i uzročne veze između njegovih radnji i, ili propuštanja i nastupele štete. Naravno, budući da je ugovarač osiguranja takođe obuhvaćen pojmom zainteresovanog lica (kod direktnog osiguranja potencijalni zagađivač), i ovde je neophodno da šteta nije nastupila njegovom isključivom voljom (slučaj namernog prouzrokovanja štete), jer u suprotnom ne bi bio ispunjen jedan od uslova za postojanje osiguranog rizika – nezavisnost nastupanja događaja od isključive volje zainteresovanog lica.

Dakle, u domenu osiguranja od ekoloških šteta, pored osiguranja od odgovornosti za ekološke štete, moguće je zamisliti postojanje osiguranja prvog lica, gde potencijalna „žrtva“ traži osiguravajuće pokriće za sebe i direktno osiguranje gde potencijalni zagađivač (štetnik) traži osiguravajuće pokriće za račun ili korist trećeg/ih lica ugroženih opasnim delatnostima koje on vrši.

Dok je osnovna razlika između osiguranja prvog lica i direktnog osiguranja subjekt koji finansira osiguravajuće pokriće, osnovna razlika između osiguranja od odgovornosti s jedne i osiguranja prvog lica i direktnog osiguranja s druge strane, sastoji se u uslovu za nastanak prava na zahtev za isplatu naknade iz osiguranja. Kao što je gore istaknuto kod osiguranja prvog lica i direktnog osiguranja uslov za nastanak prava na zahtev za isplatu naknade iz osiguranja nije nastupanje odgovornosti, već sama činjenica da je nastupila ekološka šteta. Ipak, iako kod osiguranja prvog lica i direktnog osiguranja za nastanak prava na isplatu naknade nije neophodno utvrđivanje odgovornosti zagađivača da bi nastalo pravo na zahtev iz osiguranja, i dalje ostaju poteškoće koje proističu iz prirode

ekoloških rizika. Zbog postepenosti nastanka ekoloških šteta, kod ove vrste osiguranja nastupanje osiguranog slučaja retko predstavlja događaj koji je u potpunosti iznenada nastupio. Naši uslovi osiguranja u domenu osiguranja od odgovornosti[25], međutim, dopuštaju mogućnost posebnog pokrića od odgovornosti za štete usled iznenadnog i neočekivanog događaja i onda kada su štete nastale postepeno (npr. uzrok štete: prskanje cevi za odvod otpadnih voda i izlivanje u reku nastao je iznenadno, ali su posledice – zagađivanje reke i pomor riba, nastale postepeno).[26] Ovakvo rešenje bi smo mogli zamisliti i u slučaju uvođenja novih vrsta osiguranja od ekoloških šteta (osiguranja prvog lica i direktnog osiguranja) od strane domaćih osiguravajućih društava.

U zavisnosti kako je to formulisano u polisi osiguranja, kod direktnog osiguranja lice koje želi da ostvari svoj zahtev na naknadu iz osiguranja treba da dokaže da je šteta nastala usled osiguranog rizika tj. vršenjem opasne delatnosti konkretnog operatera (zagađivača). Problem, međutim, može nastati ako je ekološka šteta nastala delatnošću većeg broja zagađivača (npr. to je naročito čest slučaj kod kontaminacije voda). U tom slučaju oštećeni treba da dokaže da je ekološka šteta prouzrokovana usled posebnog osiguranog rizika tj. vršenjem opasne delatnosti od strane konkretnog operatera. Prednost ovakvog koncepta je svakako u tome što nije neophodno dokazati postojanje odgovornosti zagađivača (irelevatno je da li je šteta nastala zbog subjektivne ili objektivne odgovornosti zagađivača[27] ili usled više sile), već samo da je šteta prouzrokovana vršenjem opasne delatnosti konkretnog zagađivača.

Za razliku od osiguranja od odgovornosti kod osiguranja prvog lica i direktnog osiguranja ne postavlja se pitanje da li nastupela šteta „prelazi normalne granice“. Prema čl. 156. st. 3 ZOO predviđeno je: „Ako šteta nastane u obavljanju opštekorisne delatnosti za koju je dobijena dozvola nadležnog organa, može se zahtevati samo naknada štete koja prelazi normalne granice.“ Oštećeni, kod osiguranja koja nemaju karakter osiguranja od odgovornosti, prilikom isticanja zahteva za naknadu iz osiguranja ne mora voditi računa o ovom pravnom standardu. On ima pravo na zahtev

[25] Osiguranje od odgovornosti za ekološke štete je u našem pravu pokriveno opštim uslovima za osiguranje od odgovornosti. Ne postoje posebni uslovi za osiguranje od odgovornosti za štete prouzrokovane zagađenjem životne sredine. P. Šulejić, „Zagađivanje životne sredine i osiguranje“, *Pravni život*, br. 11/2000, str. 472.

[26] P. Šulejić, nav. članak, str. 473.

[27] Građansko-pravnaodgovornost za zagađenje životne sredine je, po pravilu, objektivnog karaktera. Princip subjektivne odgovornosti važi samo u slučaju prouzrokovanja štete na priznatom ekološkom sistemu. O tome videti opširnije kod D. Radojević, *nav. članak*, str. 187.

iz osiguranja i ako šteta ne prelazi tzv. normalne granice, jer za nastanak prava na zahtev nije neophodno postojanje odgovornosti zagađivača.[28] Time se izbegava i problem koji proističe iz tumačenja onoga što se smatra normalnom granicom prilikom prouzrokovanja štete: „ono što može biti uobičajeno u jednoj sredini ne mora se smatrati odgovarajućim i za neku drugu sredinu."[29]

4. Odnos osiguranja prvog lica i direktnog osiguranja sa osiguranjem od odgovornosti za ekološke štete

S obzirom na to da kod osiguranja prvog lica i direktnog osiguranja postojanje odgovornosti nije uslov za nastanak zahteva za naknadu iz osiguranja, jedno od interesantnih pitanja je pitanje njihovog odnosa sa osiguranjem od odgovornosti i odgovornošću za ekološke štete uopšte. Čak iako bi bio uveden sistem obaveznog osiguranja prvog lica ili direktnog osiguranja nema razloga za pružanje „imuniteta zagađivačima[30], bez obzira na činjenicu što se kod tih vrsta osiguranja oni javljaju u ulozi ugovarača osiguranja koji plaćanjem premije finansiraju njihovo sprovođenje. Ako bi treće oštećeno lice ostvarilo naknadu iz osiguranja trebalo bi mu ostaviti i mogućnost da se koristi pravima koja proističu iz opšte građansko-pravne odgovornosti štetnika. Time se preventivno utiče na potencijalnog zagađivača da sprovede sve propisane i neophodne mere u cilju sprečavanja nastupanja ekoloških šteta. S druge strane, zaštitu od odštetnog zahteva po osnovu njegove odgovornosti za ekološke štete, zagađivač i dalje može potražiti zaključujući osiguranje od odgovornosti. Stoga nema opravdanja da se osiguranje od odgovornosti od ekoloških šteta u potpunosti zameni novim vrstama osiguranja u ovoj oblasti.

[28] Time se rešava problem koji bi postojao da je osiguranje od odgovornosti jedina vrsta osiguranja od ekoloških šteta. Naime, oni koji su dobili dozvolu od nadležnog organa ne moraju da se osiguraju za štetu za koju i ne odgovaraju, a oni koji obavljaju delatnost bez dozvole, po pravilu, uopšte ne bi zaključili osiguranje od odgovornosti od šteta prouzrokovanih trećim licima. P. Šulejić, *nav. članak*, str. 470.

[29] P. Šulejić, *nav. članak*, str. 470.

[30] Michael Faure, *Environmental damage insurance in theory and practice*, str. 23.

Vladimir Marjanski, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

The Concept, Types and Basic Properties of Insurance against Ecological Damages[31]

Abstract

Insurance against ecological damages is a domain of insurance, within which damages caused by environmental contamination are covered by means of different insurance contract types and modalities. The paper analyses the fundamental characteristics of different types and modalities of insurance against ecological damages: liability insurance of damages caused by environmental contamination, first party insurance and direct insurance against ecological damages. By comparing the above insurance types the author points out their advantages and drawbacks within the field of providing insurance coverage against ecological damages.

Key words: insurance, liability, ecological damages, protection of the environment

[31] The paper is dedicated to the project "Biomedicine, Protection of the Environment and Law" no. 179079, currently financed by the Ministry of Education of the Republic of Serbia.

Pregledni članak 364.3:061.1EU(497.11)

Dr Velizar Golubović, savetnik
direktora RZ PIO

USAGLAŠENOST PRAVA SOCIJALNE SIGURNOSTI SRBIJE SA PRAVOM EVROPSKE UNIJE

Sažetak: *U radu je ukratko izloženo komunitarno pravo socijalne sigurnosti i preostali zadaci na usklađivanju zakonodavstva Srbije u ovoj oblasti. Poslednjih godina izvršene su izmene zakonodavstva kojima su ojačani principi ravnopravnosti polova i sprečavanja diskriminacije, regulisano profesionalno uključivanje lica sa invaliditetom, kao i nadzorna funkcija nad organizacijama koje sprovode dopunsko penzijsko osiguranje*

Kad je u pitanju obavezno socijalno osiguranje Srbije konstatovano je da sa izuzetkom privilegovanog načina ostvarivanja starosne i invalidske penzije za žene i delimične invalidnosti prouzrokovane povredom na radu postoji visok stepen usaglašenosti sa komunitarnim pravom, pri čemu je neophodno zaključiti sporazume o socijalnom osiguranju sa još 10 država članica EU.

S druge strane, profesionalno penzijsko osiguranje je delimično nesaglasno sa pravom EU, odnosno sa Direktivom 2003/41/EU u oblasti tehničkih rezervi, kao i sa Direktivom 113/2004/EU u pogledu obaveze izjednačavanja očekivanog trajanja života za oba pola.

Ključne reči: *pravo socijalne sigurnosti, socijalno osiguranje, profesionalno penzijsko osiguranje, proces pridruživanja EU, usaglašavanje prava.*

Uvod

Potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropske unije i Republike Srbije (2008. godine), koji će stupiti na snagu po sprovedenom postupku ratifikacije Sporazuma u svim državama članicama Evropske unije (EU), Evopskom parlamentu i Republici Srbiji za-

počela je formalna institucionalizacija odnosa sa EU, kao i sprovođenje obimnog posla radi izvršavanja preuzetih obaveza u pogledu harmonizacije propisa i ispunjenja uslova za prijem u punopravno članstvo u EU.[1] Usklađivanje zakonodavstva Srbije sa zakonodavstvom EU poznatim pod nazivom *acquis communataire* (pravna tekovina zajednice) vrlo je složen i obiman posao i mora se odvijati postepeno i po sektorima.[2]

Kad je u pitanju socijalna sigurnost od posebnog značaja su Konvencije Međunarodne organizacije rada (MOR-a) kao akti multilateralnog karaktera kojima su utvrđeni standardi u oblasti rada i socijalno-ekonomskih prava zasnovanih na radu. Evropska unija je utvrdila te standarde na još višem nivou. Evropsko pravo socijalne sigurnosti obuhvata evropsko nekomunitarno i evropsko komunitarno pravo socijalne sigurnosti. Evropsko nekomunitarno pravo je skup normi koje donosi Savet Evrope radi koordinacije i harmonizacije prava socijalne sigurnosti država članica. Najznačajniji akti Saveta Evrope u ovoj oblasti su Evropska socijalna povelja iz 1961. godine i Revidirana evropska socijalna povelja iz 1996. godine (koje su dale pravu na socijalnu sigurnost rang osnovnog socijalnog prava), kao i Evropski kodeks o socijalnoj sigurnosti (donet 1964. godine a revidiran 1990. godine radi uspostavljanja viših standarda u odnosu na Konvenciju MOR-a broj 102).[3]

Komunitarno pravo socijalne sigurnosti je skup normi koji se sadrži u osnivačkim ugovorima Evropske unije,[4] sekundarnom zakonodavstvu, i odlukama Suda pravde Evropske Unije u cilju određivanja merodavnog prava u pogledu (komunitarnog) radnika migranta, odnosno koje uspostavlja pravilo koordinacije prava socijalne sigurnosti u cilju ostvarivanja slobode kretanja radnika, ali i radi ostvarivanja određenih efekata na konkurenciju.[5] Komunitarno i nekomunitarno pravo socijalne sigurnosti se

---

[1] Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane, Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori, 83/2008.

[2] Republika Srbija je od 2004. godine započela i sa procesom usklađivanja nacionalnog zakonodavstva sa zakonodavstvom EU, i svake godine je usvajala Akcioni plan za harmonizaciju.

[3] O podeli evropskog prava socijalne sigurnosti na evropsko komunitarno i evropsko nekomunitarno pravo socijalne sigurnosti videti: B. Lubarda, Evropsko radno pravo, Univerzitas, Podgorica, 2004. str. 39-40 i 350-352.

[4] Evropska unija je shodnu stavu 2 člana 1 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije osnovana ovim Ugovorom i Ugovorom o Evropskoj uniji, pri čemu oba ugovora imaju istu pravnu vrednost. Ovim ugovorima je zamenjen stari Ugovor o osnivanju Evropske Zajednice, a Evropska Unija je zamenila i nasledila Evropsku Zajednicu. Evelyn Ellis, The impact of the Lisbon treaty on gender equality, *European gender equality law review* – No. 1/2010 str. 7.

[5] Jean-Pierre Chauchard, Le droit de la securite social, LGDJ, Paris, 2001, str. 82-83, B. Lubarda, *op. cit*, str. 352.

prepliću. Tako je u svojoj Preambuli Ugovor o osnivanju EU potvrdio osnovna socijalna prava kako su definisana Evropskom socijalnom poveljom.

Kako Ugovor o Evropskoj uniji nije preneo Uniji ovlašćenja za regulisanje oblasti socijalne sigurnosti to nije došlo do harmonizacije prava u ovoj oblasti.[6] Sistemi socijalne sigurnosti su plod istorijskog, političkog i ekonomskog razvoja usled čega su još uvek veoma različiti, tako da i dalje u okviru dva osnovna modela organizovanja i finansiranja socijalne sigurnosti – Bizmarkovog i Beveridžovog – postoje brojni varijeteti. Upravo je ova raznolikost sistema socijalne sigurnosti u uslovima postojanja slobode kretanja zahtevala donošenje pravila koordinacije ovog sistema.

U ovom radu biće izloženi najznačajniji akti komunitarnog prava socijalne sigurnosti. Takođe će biti analizirani dosadašnji rezultati i preostali zadaci na usklađivanju zakonodavstva Srbije u ovoj oblasti.

Komunitarno pravo socijalne sigurnosti

Osnivačkim ugovorima Evropske unije kao najvišim aktima komunitarnog prava utvrđeni su osnove i principi na kojima počiva celina pravnog sistema. Tako je Poveljom o osnovnim pravima Evropske unije, koja shodno članu 6 Ugovora o Evropskoj uniji ima istu pravnu snagu kao i Ugovor, utvrđeno više principa u oblasti socijalne sigurnosti. Najpre je utvrđeno da EU priznaje i poštuje ostvarivanje prava na naknade iz socijalne sigurnosti i socijalne usluge koje obezbeđuju zaštitu u slučajevima materinstva, bolesti, nesreće na poslu, starosti, nesposobnosti za samostalan život, kao i u slučaju gubitka zaposlenja, saglasno pravilima postavljenim pravom Unije, nacionalnim pravom i praksom. Takođe se svakom licu koje stanuje i pravno se kreće unutar EU obezbeđuje ostvarivanje prava na naknadu po osnovu socijalne sigurnosti i socijalne prednosti, shodno pravu Unije i nacionalnim pravima.[7] Unija priznaje i uvažava prava starih da vode dostojanstven i nezavisan život, dok licima sa invaliditetom priznaje prava na naknade po osnovu merila propisanih da osiguraju njihovu nezavisnost i socijalnu i profesionalnu integraciju u život za-

[6] U članu 5 Ugovora o Evropskoj uniji predviđeno je da u oblasti koja ne spada u okvir njene isključive nadležnosti Unija shodno principu subsidijarnosti može delovati samo ako države članice ne mogu na zadovoljavajući način postići ciljeve predložene akcije, i ako se zbog razmera i efekata predložene akcije njeni ciljevi mogu bolje postići na nivou Unije. (Consolidated version of the Treaty on European Union, OJ C 83/2010).

[7] Član 34 stav 1 i 2 Povelje o osnovnim pravima Evropske Unije (Charter of fundamental rights of the European union, OJ 2010/C 83/389).

jednice (čl. 25-26). Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije nalaže se Evropskoj Komisiji da ohrabri saradnju između država članica i olakša koordinaciju njihovih akcija u svim poljima socijalne politike, a naročito u oblasti socijalne sigurnosti, zaštite od nesreće na poslu i profesionalnih bolesti. U tom cilju Komisija će delovati u bliskom kontaktu sa državama članicama praveći studije, davajući mišljenja i uređujući konsultacije o problemiima naraslim na nacionalnom nivou i na međunarodnom nivou, naročito podstičući uspostavljanje pravila i indikatora, organizovanjem razmene najbolje prakse i pripremom neophodnih elemenata za periodični monitoring i ocenjivanje (član 156).[8]

U hijerarhiji izvora komunitarnog prava posle osnivačkih ugovora dolazi sekundarno zakonodavstvo, odnosno derivativno komunitarno pravo u koje spadaju uredbe i direktive. Načelo supsidijarnosti je osnovno načelo komunitarnog prava kojim se reguliše vršenje nadležnosti, a uredbe su pravni akti koji se neposredno primenjuju u zemljama članicama EU. Direktive su glavni metod pravnoobavezujuće harmonizacije sistema socijalne sigurnosti, pri čemu treba imati u vidu da se direktive iz ove oblasti mogu donositi samo uz primenu načela jednoglasnosti.[9] Značajne razlike između sistema socijalne sigurnosti nalažu široku primenu pravila koordinacije. Pod pravilom koordinacije podrazumeva se pravilo međunarodnog prava socijalne sigurnosti koje ima za cilj da uredi transnacionalni pristup u cilju zaštite socijalne sigurnosti radnika migranata i članova njihovih porodica, odnosno da odredi merodavno nacionalno pravo u svakom konkretnom slučaju.

Najznačajnije uredbe iz oblasti socijalne sigurnosti su 883/2004, 987/2009 i 988/2009. Ove uredbe su se zadržale na načelnim pitanjima socijalne sigurnosti, nastojeći da obezbede bolju koordinaciju među veoma različitim sistemima država članica.[10] Na taj način je poštovano pravo na razlike među pojedinim državama u ovoj složenoj i sa stanovišta osiguranika i korisnika socijalnog osiguranja vrlo osetljivoj materiji.

Stupanjem na snagu Uredbe 883/2004/EZ o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti, (01.05.2010. godine)[11] koja je doneta 2004. godine u

---

[8] Consoldated version of The Treaty on the functioning of the European union, OJ 2010/C 83/1.

[9] Jednoglasnost se ne zahteva samo u domenu primene principa rodne ravnopravnosti, vid. Severine Chapon and Chantal Euzeby, Towards a convergence of European social models?, *International Social Security Review,* Vol.55 2/2002, str.. 40.

[10] Chantal Euzeby, Rethinking social security in the European Union: Extending fundamental universal rights, *International Social Security Review,* Vol.57 1/2004, str. 96-97.

[11] Regulation (EC) No 883/2004 of The European Parliament and of The Council of 29 April 2004 on the coordination on social security systems (Oficial Journal L 166/2004).

cilju obezbeđenja jednostavnih i jasnih pravila o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti zemalja članica EU, zamenjena je Uredba 1408/71, koja je postala kompleksna i preopširna. Nova Uredba je objedinila administrativne institucije u oblasti socijalne sigurnosti i omogućila elektronsku razmenu podataka između zemalja članica. Osnovana je Administrativna komisija za usklađivanje sistema socijalne sigurnosti koja je u sastavu Komisije Evropske Unije a sastoji se od predstavnika vlada svih država članica. Ova Komisija se bavi administrativnim pitanjima i tumačenjem odredbi ove Uredbe, kao i unapređenjem saradnje država članica. Pod okriljem Administrativne komisije formirana je Tehnička komisija za obradu podataka, kao i Revizorski odbor.

Uredba 883/2004 se odnosi na sve naknade iz oblasti socijalne sigurnosti: naknade zarade za vreme bolesti, invalidske naknade, naknade po osnovu povrede na radu i profesionalne bolesti, naknade za starosnu i prevremenu penziju, naknade za članove porodice preminulog osiguranika, odnosno korisnika penzije, naknade po osnovu nezaposlenosti, kao i porodiljske naknade (naknade po osnovu materinstva, odnosno očinstva). Izuzete su socijalna i medicinska pomoć i naknade žrtvama rata (član 3).

Osobe na koje se ova Uredba odnosi (državljane država članica, lica bez državljanstva i izbeglice koje prebivaju na teritoriji država članica uključujući i članove njihovih porodica) podležu zakonodavstvu samo jedne države članice. Pri tom je za osnovno načelo uzeto načelo primene zakonodavstva prema mestu rada (*lex loci laboris*), a samo izuzetno primenjuje se načelo zakonodavstva prema prebivalištu radnika (*lex loci domicili*). Izuzeci se odnose na državne službenike koji se nalaze na privremenom radu u drugoj zemlji, na radnike koji obavljaju svoje poslovne delatnosti u drugoj državi u ime poslodavca (detaširani radnici) u trajanju kraćem od dve godine, kao i na lica koja obavljaju svoje (samostalne) poslovne delatnosti u jednoj državi članici pa se odluče da te poslove u trajanju kraćem od dve godine obavljaju u drugoj državi članici (čl. 11-12). Takođe su izuzeci od primene zakonodavstva prema mestu rada predviđeni i za lica koja obavljaju delatnosti u više država (član 13). Vezano za princip primene zakonodavstva samo jedne države članice jeste i pravilo da se u slučaju osoba koje se kreću unutar Zajednice primenjuje program socijalnog osiguranja samo jedne od država članica zbog mogućih komlikacija koje bi moglo izazavati korišćenje programa različitih država (stav 15 Preambule). Ovde se naročito ima u vidu korišćenje programa zdravstvenog osiguranja, koje je po svojoj prirodi kratkoročno osiguranje i podrazumeva hitnost pružanja medicinske nege. S obzirom na razlike u pojedinim nacionalnim sistemima Uredba 883/2004 daje preporuku državama članicama da donesu pravila o medicinskom lečenju članova poro-

dice pograničnih radnika u državi članici u kojoj pogranični radnici obavljaju svoju poslovnu delatnost (stav 23 Preambule).

U novoj Uredbi su preuzeta osnovna načela iz Konvencije MOR-a o minimalnoj normi socijalnog obezbeđenja br. 102 iz 1952. godine kao što su: načelo određivanja nacionalnog propisa koji se primenjuje u određenom slučaju, načelo sabiranja perioda osiguranja, zaposlenja ili boravka u državama članicama prilikom ostvarivanja prava, načelo jednakog tretmana domaćih i stranih radnika u pogledu prava i obaveza iz socijalnog osiguranja, načelo očuvanja stečenih prava, kao i prava u sticanju i njihovog slobodnog prenosa na teritoriju druge države članice[12], s tim da su ona dalje razrađena shodno odlukama Suda pravde i izmenama nacionalnog zakonodavstva u pojedinim zemljama. Posebno je razrađen princip koji podrazumeva tretiranje pojedinih činjenica ili događaja sa teritorije jedne države članice kao da su se dogodile na teritoriji države članice čije se zakonodavstvo primenjuje, pri čemu nije ugrožen princip sabiranja staža. Naglašeno je da načelo izjednačavanja činjenica ili događaja zahteva izuzetnu obazrivost kako njegova primena ne bi dovela do preklapanja istovetnih naknada za isti vremenski period. Stoga je bilo neophodno utvrditi pravila prioriteta u slučajevima preklapanja prava naročito na porodične naknade (član 10).

Takođe je posebna pažnja posvećena primeni načela jednakog tretmana zbog sve većeg broja pograničnih radnika – radnika koji imaju prebivalište u jednoj državi članici a rade u drugoj, s obzirom na primenu načela *lex loci laboris.* S tim u vezi su obaveze jednakog tretmana naknada, primanja i činjenica, pri čemu su uzete u obzir odluke Suda pravde u ovoj oblasti (član 5). Načelo sabiranja staža dobilo je primenu i u oblasti prevremenih penzija kao prava koje ne postoji u svim državama članicama. Naglašena je potreba bližeg i efikasnijeg usklađivanja programa osiguranja u slučaju nezaposlenosti i službi za zapošljavanje u svim državama članicama.

Uredbom 883/2004 je izričito utvrđeno da ona zamenjuje konvencije o socijalnom osiguranju izuzev u slučaju da su odredbe konvencija koje su države članice zaključile povoljnije za osiguranike (član 8). Takođe su ukinute odredbe o prebivalištu u nacionalnom zakonodavstvu ukoliko na bilo koji način umanjuju, obustavljaju ili ukidaju stečena prava na naknadu osiguranika ili članova njegove porodice koji nemaju prebivalište države članice koja ih isplaćuje (član 7). Na taj način je osnaženo načelo očuvanja stečenih prava, odnosno prava i pogodnosti koja se stiču od strane osiguranika ili članova njihovih porodica.

[12] Uredba o ratifikaciji Konvencije MOR-a o minimalnoj normi socijalnog obezbeđenja, Sl. list FNRJ – Međunarodni ugovori, br. 1/55.

Uredba 988/2009 o izmenama Uredbe 883/2004 usvojena je u cilju da se udovolji zahtevima država članica koje su pristupile EU posle donošenja ove Uredbe uzimajući u obzir skorašnji razvoj sistema socijalnog osiguranja u starim državama članicama.[13] Aneks XI je uvažio osobenosti različitih sistema socijalnog osiguranja država članica utvrdivši brojne izuzetke da bi olakšao primenu pravila koordinacije.

Posle Uredbi najveći pravni značaj imaju direktive kojima se uspostavlja obaveza na usklađivanje nacionalnog zakonodavstva, pri čemu je najvažnije obezbediti ostvarivanje ciljeva sadržanih u njima. Relevantne direktive za oblast socijalnog osiguranja su 7/79, 378/86, 41/2003 i 113/2004. Direktiva 79/7/EEZ od 19. decembra 1978. godine[14] ima svrhu progresivnog ostvarivanja načela ravnopravnosti muškaraca i žena u oblasti socijalne sigurnosti i primenjuje se na zakonom uspostavljene sisteme koji obezbeđuju zaštitu protiv rizika invalidnosti, starosti, nesreće na radu ili profesionalne bolesti i nezaposlenosti. Načelo jednakosti tretmana ima za cilj sprečavanje svake diskriminacije zasnovane na polu, bilo neposredne, bilo posredne, posebno na bračnom ili porodičnom stanju, a naročito se odnosi na područje primene sistema i uslove za pristup sistemu, obavezu plaćanja doprinosa i njihov obračun, kao i obračun davanja, uključujući i uslove za trajanje i čuvanje prava za davanje (član 4). Ova Direktiva omogućuje državama članicama da iz područja primene izuzmu određivanje starosne granice za penzionisanje, priznavanje prava na davanja za slučaj starosti ili invalidnosti na osnovu izvedenih prava supruge, priznavanje privilegija u osiguranju za slučaj starosti za osobe koje su odgajale decu, kao i priznavanje prava na davanja na osnovu razdoblja prekida zaposlenja zbog odgajanja dece. Pri tom se obavezuju države članice da periodično preispituju opravdanost zadržavanja razlčitih uslova s obzirom na pol (član 7).

Pored obaveznog javnog socijalnog osiguranja regulativa EU obuhvata i oblast ugovornog, dopunskog profesionalnog penzijskog osiguranja. Tako Direktiva 86/378/EEZ o zaštiti prava u profesionalnim šemama socijalne sigurnosti zaposlenih i samo-zaposlenih lica koja se kreću unutar Zajednice[15] obezbeđuje da ostvarivanjem slobodnog kretanja unutar

[13] Regulation (EC) N0 988/2009 of The European Parliament and of The Council of 16 September 2009 amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination on social security systems, and determining the content of its Annexes (Official Journal L 284/43).

[14] Council Directive 79/7EEC of 19 december 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security (Oficial Journal L 6/79).

[15] Council Directive 86/378/EEC of 24 July 1986 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes (Official Journal L 225/86).

Zajednice zaposleni i samo-zaposleni ne trpe štetne posledice u pogledu dopunskog penzijskog osiguranja tako da radnici koji su odlaskom u drugu državu članicu prekinuli uplatu doprinosa za dodatno osiguranje u ranijoj državi imaju isti pravni položaj kao i radnici koji su ostali u toj državi i prekinuli da uplaćuju doprinose (član 4). Istovremeno se i penzije ostvarene u dopunskom osiguranju jedne države isplaćuju korisnicima koji su se nastanili u drugoj državi članici bez umanjivanja. Takođe se obezbeđuje da se u slučaju detaširanih radnika – radnika poslatih na rad u drugu državu – nastavlja s plaćanjem doprinosa u državi njegovog porekla, s tim da nastaje i obaveza plaćanja doprinosa za dodatno osiguranje u novoj državi (član 6). Ova Direktiva sadrži obavezu obezbeđenja jednakosti između muškaraca i žena (naročito u pogledu obračuna penzija) i naglašava (samo deklarativno) potrebu informisanja radnika o njegovim pravima i obavezama prilikom prelaska iz jedne države članice u drugu zbog zaposlenja ili samo-zaposlenja.

Diretiva 86/613/EEZ ima za cilj da načelo jednakog postupanja s obzirom na polnu pripadnost lica uključenih u profesionalne aktivnosti u svojstvu samozaposlenih osigura i u pogledu onih vidova zakonskog sistema socijalne sigurnosti koje nije obuhvatila Direktiva 79/7 – zaštitu žena za vreme trudnoće i porodiljskog odsustva što predviđa pravo bračnog druga (ako nije obuhvaćen osiguranjem) da shodno načelu dobrovoljnosti pristupi ovom osiguranju.

Direktiva 98/49/EEZ o sprovođenju načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u sistemima dodatnih penzijskih osiguranja[16] obuhvata dodatno (dopunsko) penzijsko osiguranje, bilo da je obavezno ili dobrovoljno, bilo da je zasnovano na principu tekućeg finansiranja ili na principu kapitalizacije. Pri tom se insistira na načelu polne jednakosti i zabrani diskriminacije s obzirom na bračno i porodično stanje naročito u odnosu na primenu dopunskog penzijskog osiguranja i uslove za sticanje svojstva osiguranika, obračun i obavezu plaćanja doprinosa, kao i obračun davanja, te uslova za njegovo trajanje i očuvanje. Navedeni su segmenti u kojima mogu nastati nejednakosti kao što su: sticanje svojstva osiguranika, pristup obaveznom ili dobrovoljnom dopunskom penzijskom osiguranju, određivanje različite starosne granice za pristupanje sistemu ili ostvarivanju prava na penziju, određivanje trajanja osiguranja kao uslova za penzionisanje, određivanje različitog iznosa davanja izvan okvira aktuarskog obračuna, utvrđivanje povratka doprinosa pri napuštanju sistema, primena odredaba samo za radnike jednog pola za čuvanje

[16] Council Directive 98/49/EC on safeguarding the supplementary pension rights of employed and selfemployed persons moving within the Community (Oficial Journal L 209/98).

očekivanih prava, kada osiguranik napušta sistem. Posebno je interesantno da se u dopunskom osiguranju za razliku od obaveznog osnovnog osiguranja, insistira na jednakoj starosnoj granici za oba pola.

Kao i prethodne dve, Direktiva 2003/41/EZ o aktivnostima i nadzoru nad ustanovama za profesionalno penzijsko osiguranje, odnosi se na uređenje dopunskog socijalnog osiguranja.[17] Direktiva određuje obavezu državama članicama da nosiocima dodatnog socijalnog osiguranja ograniče delatnost samo na sprovođenje osiguranja za koju svrhu su osnovani, uz propisivanje minimalnih uslova za njihovo osnivanje (član 7).

Takođe su propisana ovlašćenja i obaveze nadležnih vlasti u pogledu nadzora nad radom ustanova dodatne penzije radi sprečavanja ili uklanjanja nepravilnosti u njihovom radu. U cilju zaštite interesa osiguranika državama su na raspolaganju mere pravne i finansijske prirode od ograničenja u raspolaganju imovinom do ograničenja ili zabrane delatnosti. Direktivom su detaljno propisani elementi tehničkih rezervi kako bi se obezbedilo pokriće za sve rizike i očuvao nivo likvidnosti potreban da bi se odgovorilo obavezama. Ustanove dodatnih penzija moraju u svakom trenutku raspolagati imovinom dovoljnom za pokriće svojih tekućih i budućih obaveza. Dozvoljena su samo privremena odstupanja od ovog zahteva o čemu se moraju obavestititi osiguranici.

Način i periodičnost obračuna tehničkih rezervi su detaljno propisani uz ostavljanje mogućnosti da pored aktuara obračun mogu vršiti i drugi finansijski stručnjaci shodno nacionalnim propisima. Pri tom su propisane metode i načela koja se moraju poštovati zahtevajući da akturska procena mora biti oprezna i u pogledu imovine i u pogledu obaveza na ime davanja uzimajući u obzir moguća nepovoljna kretanja. Kamatne stope koje se primenjuju moraju biti izabrane i primenjene s oprezom, dok se tablice smrtnosti (biometrijske tablice) moraju sastaviti uzimajući u obzir karakteristike grupe osiguranika i rizike koje pokrivaju. Neophodno je prilagođavati pojedine elemente aktuarskih obračuna promenama pravnih, demografskih ili ekonomskih uslova, a Evropska komisija je obavezna svake druge godine da objavi određene podatke u cilju usklađivanja pravila za obračun tehničkih rezervi (čl. 15-16).

Iako Direktiva polazi od principa savesnosti (prudent person rule) kao osnovnog pravila ulaganja, namećući pravila ulaganja imovine u korist osiguranika koja jamče sigurnost, kvalitet, likvidnost i rentabilnost portfelja, ostavljena je mogućnost državama članicama da postave ograni-

[17] Council Directive 2003/41/EC of the European Parliament and of the Council of 3 june 2003 on the activities and supervision of institutions for occupational retirement provision (Oficial Journal L 235/2003).

čenja ulaganjima u pojedine vrste imovine. Ulaganja moraju biti raspoređena da se izbegne rizik zavisnosti od jedne imovine, ulaganje u imovinu jednog subjekta ne sme preći 5%, odnosno 10% kada taj subjekat pripada određenoj grupi a već je uloženo u imovinu subjekta iz iste grupe (član 18). Istovremeno se ustanove dodatnog osiguranja mogu zaduživati samo kratkoročno, radi likvidnosti, i ne mogu davati zajmove, niti jemstvo.

Direktiva 2004/113/EZ o primeni principa jednakog tretmana između muškaraca i žena u pristupu i pružanju dobara i usluga[18] odnosi se na privatna dobrovoljna penzijska osiguranja koja nisu zasnovana na zaposlenju. Kako je upotreba aktuarskih faktora vezanih za pol bila široko rasprostranjena u odredbama o osiguranju i drugim finansijskim uslugama to je u cilju postizanja jednakog tretmana muškaraca i žena propisano da upotreba pola kao faktora aktuarskog obračuna ne treba da rezultira u razlikama u pojedinačnim premijama i benefitima (član 5). Ovo pravilo primenjuje se samo u novim ugovorima zaključenim posle početka primene ove odredbe – 21.12.2007. godine (član 5). Ovakva odredba predstavlja veliku izmenu u oblasti dobrovoljnog osiguranja gde je dominantna praksa primene različitih tablica smrtnosti za muškarce i žene.

Zadaci Srbije u oblasti socijalne sigurnosti u procesu pridruživanja EU

Stupanjem u punopravno članstvo i u Srbiji će stupiti na snagu propisi koji imaju nadnacionalni karakter i predstavljaju najznačajniji deo pravne tekovine EU. U postupku stabilizacije i pridruživanja, naša dosadašnja „dobrovoljna harmonizacija" pretvoriće se u „obaveznu delimičnu harmonizaciju".[19] Stoga je od posebnog značaja da među obavezujućim normama komunitarnog prava socijalne sigurnosti ne postoji osnovni minimum prava (prihoda) koji mora obezbediti država članica za pojedine socijalne rizike. Posledica je to izvršenog izbora od strane EU da svoju konstrukciju gradi kroz tržište i razvoj konkurencije, dok je socijalnoj dimenziji dat samo sekundarni značaj koja ostaje u nadležnosti država članica, naglašavanjem ideje da ekonomski progres donosi i socijalni progres, kao i da će socijalni modeli pre ili kasnije postati konvergentni.[20]

[18] Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the princeiple of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services (Oficial Journal L 137/2004).

[19] P. Jovanović, Radno pravo u procesima stabilizacije i pridruživanja Evropskoj uniji, Tendencije u razvoju radnog i socijalnog prava, *Radno i socijalno pravo*, 1-6/2005, str. 21-22.

[20] Severine Chapon and Chantal Euseby, *op. cit*. str. 37

Sa izuzetkom socijalnih prava radnika migranata Unija ne nameće zemljama članicama nikakve specifične čvrste pravne normative o socijalnoj politici. Pored političkih i ekonomskih kriterijuma nisu uzeti u obzir i socijalni kriterijumi, već je pitanje socijalne sigurnosti svedeno uglavnom na njen ekonomski aspekt što se vidi iz kriterujuma koji su postavljeni pred zemlje srednje Evrope u toku procesa njihovog pridruživanja Evropskoj uniji. Tako se u slučaju Češke insistiralo na nastavku reforme sistema finansiranja zdravstvenog i penzijskog osiguranja, u slučaju Poljske na nastavku reforme sistema finansiranja socijalnog osiguranja, dok se od Mađarske zahtevalo kompletno restrukturiranje javnih finansija uključujući i reformu sistema zdravstvenog osiguranja.[21]

U svetlu ovih činjenica postaje jasno pasivno držanje Evropske Unije prema strukturnim reformama penzijskih sistema država sukcesora SFRJ, koje su nametali Međunarodni monetarni fond i Svetska banka. Ovakav pristup EU je još razumljiviji ako se uzme u obzir činjenica da su penzijski sistemi država osnivača EU veoma raznoliki pri čemu je privatizaciju sistema u značajnoj meri izvršila samo V. Britanija (1987. godine), dok je to u minimalnoj meri uradila Švedska (2001. godine). Stoga EU nije ni bila prisutna na ključnim debatama i programima tehničke pomoći u pogledu socijalne politike država sukcesora SFRJ, niti je predstavila neki konkretan model za njihove sisteme socijalne sigurnosti.[22]

Tako u slučaju Hrvatske koja je nedavno uspešno okončala pregovore za pristupanje EU najviše problema u harmonizaciji proizilazi upravo iz reformisanog sistema penzijskog osiguranja koji je delimično privatizovan po poznatom troslojnom modelu Svetske banke i to u segmentima ravnopravnosti polova i invalidskog osiguranja. Problem ravnopravnosti polova proističe iz činjenice da žene žive duže od muškaraca za 6-7 godina što primenom aktuarskog obračuna anuiteta (penzije) od akumuliranih sredstava na individualnom računu rezultira nižom penzijom u odnosu na muškarce. U tom sistemu nema elemenata solidarnosti tako da gotovo i nema mogućnosti ostvarivanja prava na invalidsku penziju i porodičnu penziju iza smrti aktivnog osiguranika. Takođe u slučaju povrede na radu nema mogućnosti za ostvarivanje penzije pod povoljnijim uslovima, tj. u većem obimu nego u ostalim slučajevima.[23]

---

[21] Vladimir Rys, Transition countries of central Europe entering the European union: Some social protection issues, International social security review, Vol. 54, 3-3/2001, str. 185.

[22] Dorian Jano, «(necessary and suficient) Conditions for reforming pensions schemes in eastern Europe: Slovenia vs. Macedonia», *Sout-East Europe Review* 2/2007, str. 117.

[23] Mihovil Rismondo, Hrvatski sustav mirovinskog osiguranja i europski socijalni model, Revija za socijalnu politiku (17) 1/2010, str. 107-109.

Rezervisano držanje EU prema reformskim procesima penzijskih sistema zemalja jugoistočne Evrope podstaknuto je donekle i značajnim razlikama u sistemima socijalne sigurnosti država članica, posebno socijalnog osiguranja. To se najbolje može videti na primeru stope zamene zarade penzijom (*replacement rate*) kao ključnog indikatora velikodušnosti penzijskog sistema. Tako se među zemljama EU neto stopa zamene posmatrano na nivou prosečne zarade kreće od 36,6% u Irskoj do 99,8% u Grčkoj ili 109,8% u Luksemburgu.[24] Upravo se na ovom mestu nalazi širok prostor u kome EU može korišćenjem modela otvorene koordinacije smanjiti postojeće razlike.

Ipak, Evropska komisija zajedno sa Savetom Evrope se angažovala posredstvom KARDS projekta na izradi «Programa podrške socijalnim institucijama» (Social institution support programme) radi pripreme planova o regionalnoj i nacionalnoj strategiji u oblasti socijalne sigurnosti. Tom prilikom ocenjeno je stanje u oblasti socijalne sigurnosti i socijalne zaštite u regionu i usaglašenost pojedinih segmenata ovih oblasti sa evropskim pravnim standardima. Izveštajima su obrađene teme legalizacije crne i sive ekonomije, obezbeđenje socijalne sigurnosti za poljoprivrednike, naplata doprinosa, informativni centri i jedinstveno obavljanje poslova (one-stop-shop) i obaveznost drugog sloja penzijskog sistema i njegove posledice. Sumirajući najvažnije rezultate studije u oblasti legalizacije sive i crne ekonomije predloženo je čak 70 mera za rešenje problema u ovoj oblasti ostavljajući svakoj državi da napravi po svojoj meri kombinaciju mera i da utvrdi program za njihovo sprovođenje pri čemu bi u aktiviranju takvih programa EU i Savet Evrope mogli biti od pomoći. U oblasti obezbeđenja socijalne zaštite za poljoprivrednike zahteva se poboljšanje definicije lica koja se mogu smatrati poljoprivrednicima (minimalni obim aktivnosti u pogledu obrađivanja zemljišta ili uzgoja životinja), kao i strukture sistema socijalnog osiguranja kojim su obuhvaćeni poljoprivrednici. Posebno se insistira na preispitivanju regulative vezane za obaveznost osiguranja članova porodice u savremenim uslovima, kao i na poboljšanju regulative u pogledu osnovica za plaćanje doprinosa, polazeći od pravila da se za procenu vrednosti dohotka uzima procenjena vrednost poljoprivredne imovine.[25] Dakle, reč je o savetodavnim predlo-

[24] Ako su uzmu u obzir iznosi zarade (na nivou proseka) i penzije pre oporezivanja razlike su nešto manje i kreću se od 30,6% u Irskoj do 84% u Grčkoj i 101,9% u Luksemburgu. Navedeno prema: Monika Queisser and Edward Whitehouse, Comparing the pension promises of 30 OECG countries, *International social security Review*, Vol. 59, 3/2006 str. 67-68.

[25] Danny Pieters, Paul Schoukens, Regional strategic memorandum on social security, «Social institutions support programme», CARDS, Council of Europe, European Commission, 2007, str.2.

zima koji su usmereni na dogradnju sistema i poboljšanje njegovog funkcionisanja.

U okviru istog projekta urađena je studija – Nacrt Memoranduma o nacionalnoj strategiji u oblasti socijalne sigurnosti za Republiku Srbiju koja se fokusirala na pitanja kojima bi srpske vlasti trebalo da se bave u narednom periodu. *Inter alies,* reč je o pitanjima poboljšanja upravljanja sistemom socijalne sigurnosti, boljeg definisanja profesionalne nesposobnosti za rad, unapređenja pravnog položaja nezaposlenih, garantovanja pristupa zdravstvenoj zaštiti tj, pristupa kvalitetnim medicinskim uslugama kako bi se ostvarilo međunarodno priznato pravo na socijalnu sigurnost i zdravlje bez diskriminacije po osnovu finansijske sposobnosti.[26]

Neposredne zadatke za Srbiju u procesu pridruživanja uspostavlja Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (SSP) čijim su pojedinim odredbama utvrđena određena pitanja koja se posredno ili neposredno tiču socijalne sigurnosti. Sporazum predviđa koordinaciju sistema socijalne sigurnosti pri čemu se mora obezbediti primena principa sabiranja ostvarenih perioda osiguranja u zemljama potpisnicama prilikom ostvarivanja prava na penziju, kao i principa slobodne prenosivosti penzija i drugih primanja prema zemlji prebivališta (izuzev davanja koja nisu zasnovana na plaćenim doprinosima).

Sporazum insistira na zakonitom radnom odnosu kao pravnom osnovu socijalnog osiguranja, koji omogućava ostvarivanje prava iz ovog osiguranja. Mora se istaći da važeći Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju ne sadrži odredbe kojima se stranim državljanima ograničava, niti ostvarivanje prava na osiguranje, niti ostvarivanje prava iz osiguranja.[27] Principi sabiranja perioda osiguranja ostvarenog u drugim državama i slobodne prenosivosti penzija ugrađeni su u bilateralne sporazume o socijalnom osiguranju sa pojedinim državama, dok je pitanje prenosivosti penzija u zemlje sa kojima nije zaključen sporazum o socijalnom osiguranju zasnovano na principu reciprociteta. Ono što predstavlja poseban problem jeste činjenica da Srbija nema potpisane sporazume o socijalnom osiguranju sa jednim brojem zemalja članica EU (Portugalija, Španija, Grčka, Kipar, Litvanija, Letonija, Estonija, Finska, Malta, Irska), pa je neophodno intenzivirati aktivnosti na njihovom zaključivanju.

[26] Grega Strban, Draft National strategic memorandum on social security, «Social institutions support programme», CARDS, Council of Europe, European Commission, 2007.

[27] Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, Sl. glasnik RS 34/03...101/10.

Dostignuti rezultati na usklađvanju propisa o socijalnoj sigurnosti u Srbiji sa regulativom EU

Sistem socijalne sigurnosti Srbije je poslednjih godina pretrpeo nekoliko važnih izmena, naročito u oblasti penzijskog i invalidskog osiguranja, dobrovoljnog penzijskog osiguranja, osiguranja za slučaj nezaposlenosti, prava lica sa invaliditetom, sprečavanja diskriminacije i ravnopravnosti polova. Penzijski sistem Srbije odlikuje privilegovan način ostvarivanja prava na starosnu i invalidsku penziju za žene koji je prema nedavnim izmenama Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju delimično redukovan sa odloženom primenom, pa ipak nije usaglašen sa Direktivom 79/7/EEZ o progresivnom ostvarivanju načela ravnopravnosti muškaraca i žena u oblasti socijalne sigurnosti.[28] Budući da ova Direktiva omogućuje državama članicama da iz područja primene izuzmu određivanje starosne granice za penzionisanje na određeno vreme, s tim da periodično preispituju opravdanost zadržavanja razlčitih uslova s obzirom na pol, ostaće neusaglašenost u delu privilegije na povoljniji iznos visine starosne i invalidske penzije (za 6%), kao i pogledu ostvarivanja prava na starosnu penziju po osnovu navršenog perioda osiguranja (38 godina za žene prema 40 godina za muškarce). Visok deficit penzijskog sistema Srbije mogao bi usloviti preispitivanje ovih privilegija pre nego to budu zahtevale potrebe harmonizacije propisa sa komunitarnim pravom.

Saglasno savetima datim u navedenoj studiji u okviru CARDS-ovog programa podrške socijalnim ustanovama proširen je krug osiguranika po osnovu obavljanja poljoprivredne delatnosti. Tako su sada pored nosilaca poljoprivrednog gazdinstva i domaćinstva obaveznim osiguranjem obuhvaćeni i odrasli članovi porodice ako nisu korisnici penzije ili nisu na školovanju (član 13). Kao poljoprivredna domaćinstva, porodična poljoprivredna gazdinstva, odnosno mešovita domaćinstva definisana su domaćinstva koja poseduju više od 0,5 hektara poljoprivrednog zemljišta, kao i ona koja imaju manje od 0,5 hektara, ako se na njima obavlja stočarska, povrtarska ili vinogradarska proizvodnja, uzgoj ribe, gajenje pečuraka, pčela, puževa, i drugi uzgoj ili gajenje, pri čemu nije utvrđen minimalni obim ovih aktivnosti, niti minimalni prihod po osnovu njihovog obavljanja, pa je nejasno ko će biti obuhvaćen obaveznim osiguranjem po osnovu obavljanja poljoprivredne delatnosti.

[28] Zakon o izmenama i dopunama Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju (Sl. glasnik RS 101/2010) predviđa postepeno smanjenje privilegija za žene u periodu od 2013 do 2022. godine.

Uključivanjem vojnih osiguranika u jedinstven sistem penzijskog i invalidskog osiguranja, počev od 2012. godine, prestaće da postoji i poslednje strukovno osiguranje, a time i potreba njegovog usklađivanja sa Direktivom 86/378/EEZ o zaštiti prava u profesionalnim šemama socijalne sigurnosti zaposlenih i samo-zaposlenih lica koja se kreću unutar Zajednice.

Specifičnost sistema socijalne sigurnosti Srbije je i u podeli rizika nesreće na poslu, odnosno povrede na radu i profesionalne bolesti između penzijskog i invalidskog osiguranja i zdravstvenog osiguranja. Povreda na radu predstavlja privilegovan način nastupanja kako privremene, tako i trajne, potpune invalidnosti, jer se naknada po osnovu ovog rizika ostvaruje u maksimalnom iznosu, što znači da se penzija (bilo invalidska, bilo porodična) ostvaruje u obimu kao da je osiguranik navršio 40 godina osiguranja, a naknada zbog privremene sprečenosti za rad (tzv. bolovanje) u prosečnom iznosu zarade. Međutim, nije predviđena naknada, niti pravo na profesionalnu rehabilitaciju u penzijskom i invalidskom osiguranju kada je nesreća na poslu izazvala profesionalnu ili delimičnu nesposobnost za rad. Ovakvim rešenjem je ispoštovana odredba Konvencije MOR-a broj 128 koja predviđa alternativu između obezbeđenja naknade po osnovu potpune ili delimčne nesposobnosti za rad, ali ne i odredba člana 34 Povelje o osnovnim pravima EU, koja ne pravi razliku između stepena nesposobnosti za rad. Stoga u svim sistemima socijalne sigurnosti zemalja članica EU (u kojima je nesreća na poslu poseban rizik za koji se plaća i poseban doprinos) postoji i obezbeđenje za slučaj delimične nesposobnosti za rad u obliku novčane naknade, uz korišćenje programa profesionalne rehabilitacije, ukoliko je to potrebno. Na taj način prenebregnuti su i saveti za poboljšanje zakonske definicije profesionalne nesposobnosti za rad dati u pomenutoj studiji G. Štrbana.

U pogledu prava lica sa invaliditetom na korišćenje mera koje im osiguravaju samostalnost, socijalno i profesionalno uključivanje i učešće u životu zajednice napravljen je veliki pomak donošenjem Zakona o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom koji je počeo da se primenjuje 2010. godine.[29] Prema ovom Zakonu status osobe sa invaliditetom, kojoj pripadaju prava na profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje pod opštim i posebnim uslovima, ima i lice kome je, u skladu sa propisima o penzijskom i invalidskom osiguranju, utvrđena kategorija invalidnosti, odnosno preostala radna sposobnost. Isti status steći će i lice kome se u skladu sa ovim zakonom proceni radna sposobnost saglasno kojoj ima mogućnost zaposlenja ili održanja zapo-

[29] Zakon je objavljen u Sl. glasniku RS 36/09

slenja, odnosno radnog angažovanja (čl. 3-5). Pri tom je utvrđena obaveza za svakog poslodavca sa više od 20 zaposlenih, da zaposli određeni broj osoba sa invaliditetom prema kvotnom sistemu, odnosno da plati odgovarajuću sumu kao kompenzaciju radi finansiranja zarada istog broja osoba sa invaliditetom u socijalnom preduzeću ili preduzeću za profesionalnu rehabilitaciju.

Ovim Zakonom je omogućeno da profesionala rehabilitacija bude organizovana na mnogo višem nivou i u kontinuitetu. I pored toga ostaje zamerka nedostatka instituta profesionalne nesposobnosti za rad (kao i u slučaju kada je nesposobnost prouzrokovana povredom na radu ili profesionalnom bolešću) u sistemu penzijskog i invalidskog osiguranja koji bi obezbedio ostvarivanje naknade, odnosno delimične invalidske penzije kad usled delimične ili profesionalne invalidnosti, izražene u značajnoj meri u odnosu na svoju kvalifikaciju i navršenih godina života, nije svrsishodno upućivanje na profesionalnu rehabilitaciju.[30]

Posebno je značajno da je novim Zakonom o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti[31] izostavljena odredba po kojoj se briše sa evidencije nezaposlenih lice koje ne prihvati bilo koji ponuđeni posao čime je eliminisana neusklađenost sa evropskim Kodeksom o socijalnoj sigurnosti. Naime, «bilo koji ponuđeni posao» ne može se smatrati odgovarajućim zaposlenjem, jer se prema mišljenju odbora nezavisnih eksperata, koji tumače evropski Kodeks o socijalnoj sigurnosti, pri definisanju termina «odgovarajuće zaposlenje» moraju uzeti u obzir starosna dob, kvalifikacije, iskustvo, dužina radnog odnosa na poslednjem radnom mestu i porodične i lične okolnosti.[32] Novi zakon predviđa da po isteku roka od 12 meseci «odgovarajuće zaposlenje za nezaposlenog jeste i zaposlenje na poslovima na nižem nivou u okviru iste ili srodne vrste stečenog obrazovanja, u skladu sa individualnim planom zapošljavanja, uzimajući u obzir radno iskustvo i stanje na tržištu rada“ (član 33). Jasno je da ni ovakva definicija odgovarajućeg zaposlenja, iako predstavlja veliko poboljšanje u odnosu na prethodnu, ne odgovara u potpunosti navedenom zahtevu Kodeksa o socijalnoj sigurnosti.

Kad je u pitanju regulativa profesionalnih penzija u Srbiji takođe postoji značajna potreba za usaglašavanjem propisa iz ove oblasti sa Direktivom 2003/41/EU, iako je ova Direktiva bila na snazi u vreme kad je do-

[30] Velizar Golubović, Invalidsko osiguranje u državama sukcesorima SFRJ, Pravo, teorija i praksa 11-12/2010, str. 9-10.

[31] Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti, Sl. glasnik RS 36/09.

[32] Grega Strban, *op. cit*. str. 18.

net Zakon o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima.[33] Ovaj Zakon uopšte nije regulisao tehničke rezerve već samo u okviru investicionih načela sadrži načelo likvidnosti. Ova oblast nije regulisana ni podzakonskom regulativom a jedino je Odlukom o pravilima kontrole rizika utvrđena obaveza društva za upravljanje dobrovoljnim penzijskim fondom da svojim unutrašnjim aktima utvrdi sistem upravljanja rizicima (tržišnim i operativnim rizicima, i rizicima likvidnosti).[34] Interesantno je da se ni u nedavnim izmenama Zakona o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima, ne pominju tehničke rezerve.[35] Mogući razlog ovakvog postupka leži u činjenici da je ovo osiguranje zaživelo tek od 2006. godine, pa su zbog toga i obaveze penzijskih fondova najvećim delom daleko od dospeća, ali treba imati u vidu da je neophodno od samog starta planirati sredstva za pokriće trenutnih i budućih obaveza. Posebno treba uzeti u obzir nivo likvidnosti koji zahteva prevremeno povlačenje akumuliranih sredstava u slučaju nastupanja potpune nesposobnosti za rad prema nalazu organa veštečenja Republičkog fonda za socijalno i invalidsko osiguranje (član 62).

Regulativa u oblasti nadzora nad ustanovama za profesionalno socijalno osiguranje je vrlo skromna, ali je, za razliku od tehničkih rezervi, obuhvaćena u nedavnim izmenama Zakona. Shodno odredbama Direktive 2003/41 izmenama Zakona su pojašnjene ranije mere u vršenju nadzora od strane Narodne banke, uz uvođenje novih instrumenata kontrole, upravne i finansijske prirode, koji će se primenjivati u slučajevima kršenja propisa ili sprečavanja nepravilnosti u radu društva za upravljanje i fonda. Narodna banka je ovlašćena da utvrdi novčane kazne, kao i da oduzme dozvolu za rad, ali ne i da uvede prinudnu upravu (čl.68-69b). Takođe su definisani zadaci, procedure i radnje sistema unutrašnje kontrole na svim nivoima, a detaljno je propisan način izbora i obavljanja eksterne revizije finansijskih izveštaja društva za upravljanje i fonda, uzimanjem u obzir međunarodnih standarda revizije (čl. 25-27a).

Iako u Zakonu o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima nije navedeno načelo savesnosti kao temeljno investiciono načelo, insistiranjem na principima sigurnosti imovine, diversifikacije portfolija i održavanja potrebne likvidnosti, u osnovi su sadržana pravila investiranja iz navedene Direktive, uključujući i zabranu nametanja obave-

[33] Zakon o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima, Sl. glasnik RS 85 /05...31/11.

[34] Odluka o pravilima kontrole rizika u poslovanju društva za upravljanje dobrovoljnim penzijskim fondom i dobrovoljnog penzijskog fonda, Sl. glasnik RS 27/06.

[35] Zakon o izmenama i dopunama Zakona o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima (Sl. glasnik RS 31/11).

ze ulaganja u određenu imovinu (čl. 30-34). Istovremeno je propisano i pravilo direktnog propisivanja oblika i strukture ulaganja (guidelines rule) utvrđivanjem maksimalne visine ulaganja imovine.[36] Slično postojećoj praksi u zemljama EU, ni Zakon o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima, ni u obliku programirane isplate, niti u obliku kupovine anuiteta (član 62), ne sadrži obavezu izjednačavanja očekivanog trajanja života za oba pola, pa će biti neophodno u narednom periodu prilagoditi se zahtevima Direktive 113/2004 o primeni principa jednakog tretmana između muškaraca i žena.

Nedavno doneti Zakon o ravnopravnosti polova u potpunosti preuzima standarde sadržane u napred navedenim direktivama, ali ostaje veliki posao u obezbeđenju primene načela ravnopravnosti u brojnim propisima, kao i njihovoj primeni u praksi.[37]

Zaključak

S obzirom na proces pridruživanja EU u kome se Srbija nalazi od posebnog je značaja da među obavezujućim normama komunitarnog prava socijalne sigurnosti ne postoji osnovni minimum prava (prihoda) koji mora obezbediti država članica za pojedine socijalne rizike. Neposredne zadatke za Srbiju u procesu pridruživanja uspostavlja Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju čijim su odredbama utvrđeni principi sabiranja perioda osiguranja ostvarenog u drugim državama i slobodne prenosivosti penzija prema zemlji prebivališta. Primena ovih principa zahteva da oni budu ugrađeni u bilateralne sporazume o socijalnom osiguranju sa preostalih 10 država članica EU pa je neophodno intenzivirati aktivnosti na zaključenju sporazuma sa ovim državama.

Posmatrano u celini može se oceniti da su poslednjih godina učinjeni značajni koraci na usaglašavanju prava socijalne sigurnosti Srbije sa komunitarnim pravom socijalne sigurnosti.[38] Doneti su Zakon o ravnopravnosti polova i Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom, kao i novi Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti a izmenjeni su Zakon o penzijskom i invalidskom

[36] Odluka o maksimalnim visinama ulaganja imovine dobrovoljnog penzijskog fonda, kao i uslovima i načinu ulaganja te imovine u inostranstvu, Sl. glasnik RS 63/07,...34/10.

[37] Senad Jašarević, Ravnopravnost polova u radnom zakonodavstvu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2010

[38] B.Lubarda, Usklađenost prava i prakse Srbije i Izmenjene evropske socijalne povelje, Tendencije u razvoju radnog i socijalnog prava, *Radno i socijalno pravo*, 1-6/2005, str. 66.

osiguranju i Zakon o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima. Ove izmene su iskorišćene da se ojačaju principi komunitarnog prava socijalne sigurnosti kao što je ravnopravnost polova, profesionalno uključivanje lica sa invaliditetom, sprečavanje diskriminacije, kao i da se ojača nadzorna funkcija nad organizacijama koje sprovode dopunsko penzijsko osiguranje. Takođe, može se oceniti da je usklađenost propisa iz oblasti socijalne sigurnosti Srbije sa komunitarnim pravom postojala i ranije u velikoj meri zahvaljujući ugradnji opšteprihvaćenih standarda sadržanih u Konvenciji MOR-a broj 102 o minimalnoj normi socijalnog obezbeđenja i u našem pravu, i u pravu zemalja-članica EU. Takođe, regulativa EU u oblasti socijalnog osiguranja zadržala se na načelnim postavkama ne ulazeći u njihovu detaljnu razradu, nastojeći da obezbedi koordinaciju među različitim sistemima zemalja članica kako bi se omogućila nesmetana mobilnost rada na ovom prostoru.

Neusaglašenost ostaje u privilegovanom načinu ostvarivanja starosne i invalidske penzije za žene koji će ostati (u manjem obimu) i posle postepene redukcije predviđene u Zakonu o izmenama i dopunama Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, uz mogućnost ranijeg dolaska do starosne penzije u odnosu na muškarce. Takođe, u penzijskom i invalidskom sistemu Srbije predviđeno je obezbeđenje naknade po osnovu nesreće na poslu samo za slučaj potpune nesposobnosti za rad.

Dobrovoljno dopunsko penzijsko osiguranje je i dalje nesaglasno sa Direktivom 2003/41/EU, iako je ova Direktiva bila na snazi u vreme kad je donet Zakon o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima. Nesaglasnost ostaje u delu tehničkih rezervi koje su ostale u potpunosti izvan regulative. Takođe, nesaglasnost postoji i sa Direktivom 113/2004/EU o primeni principa jednakog tretmana između muškaraca i žena u pogledu obaveze izjednačavanja očekivanog trajanja života za oba pola.

Velizar Golubović, Ph.D., director's adviser
in the Pension and Disability Fund of the Republic of Serbia

Harmonization of Social Security Law of Serbia with the Law of European Union

Abstract

In this work, the author shortly exposes Communitarian social security law and remained tasks of the harmonization of Serbian legislation in this field. Recently some amendments of legislation were made in order to strengthen principles of gender equality and prevent discrimination, to regulate employment of persons with disability, as well as to install supervision in Institutions for occupational retirement.

Regarding the compulsory social insurance in Serbia it may be concluded that there exists a high degree of compliance with the EU legislation, with an exception of privileged mode of entitlement for old age and disability pensions for women and partial disability caused by work injury where it is necessary to conclude agreements on social security with 10 EU states members.

On the other side, occupational retirement provision is partially incompatible with Communitarian social security law, i.e. with Directive 2003/41/EC in the field of technical provision, as well as with Directive 113/2004/EU regarding the obligation of equation of the life expectancy for both sexes**.**

Key words: social security law, social insurance, occupational pension insurance, EU accession process, harmonization of law.

Originalni naučni rad 347.234:339.727.22

Dr Petar Đundić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

POSLEDICE RAZLIKOVANJA ZAKONITE I NEZAKONITE EKSPROPRIJACIJE STRANOG ULAGANJA

***Sažetak**: Rad predstavlja razmatranje pravnih i faktičkih posledica razlikovanja zakonite i nezakonite eksproprijacije imovine stranog ulagača od strane države domaćina. Autor analizira uticaj zakonitosti eksproprijacije na iznos naknade čiju isplatu duguje država, pitanje da li indirektna eksproprijacija može biti zakonita, te posledice koje nezakonito oduzimanje ulaganja može imati na priznavanje dejstva tog čina na teritoriji strane države. Savremena arbitražna praksa stoji na stanovištu da nezakonita eksproprijacija povlači za sobom obavezu država domaćina da isplati ulagaču ne samo iznos tržišne vrednosti ulaganja u trenutku eksproprijacije, već i sumu koja je adekvatna uvećanju vrednosti ulaganja do kojeg je došlo od trenutka oduzimanja do dana donošenja odluke. Mada je u arbitražnoj praksi i pravnoj doktrini rasprostranjeno shvatanje da je svaka indirktna eksproprijacija automatski i nezakonita, zbog činjenice da država domaćin nije ulagaču ponudila isplatu naknade, takvo gledište je logički neodrživo i necelishodno. Zaključak arbitražnog suda da je država izvršila indirektnu eksproprijaciju trebalo bi posmatrati kao prethodni uslov koji aktivira obavezu države da isplati naknadu u iznosu predviđenom BIT. Povreda međunarodne obaveze države i primena strožeg standarda naknade usledila bi tek ako bi se država oglušila o ovu obavezu. Negativne posledice nezakonite eksproprijacije mogu se ogledati u nepriznavanju njenog dejstva na teritoriji drugih država. Ipak, te posledice u velikoj meri zavise od spremnosti nacionalnih sudova da se upuste u ispitivanje zakonitosti ponašanja organa druge države.*

***Ključne reči**: eksproprijacija, strana ulaganja, dvostrani sporazumi o zaštiti investicija, investiciona arbitraža.*

Uvod

Pravo države domaćina ulaganja da izvrši eksproprijaciju imovine stranog investitora na svojoj teritoriji kada to smatra neophodnim sastavni je deo svih savremenih dvostranih međunarodnih sporazuma o zaštiti i unapređenju investicija (eng. *Bilateral Investment Treaties*, u daljem tekstu: BIT), pod uslovom da je ona preduzeta u javnom interesu, na nediskriminatornoj osnovi, uz sprovođenje zakonitog postupka i uz isplatu adekvatne naknade čija se visina obično vezuje za tržišnu vrednost ulaganja u trenutku oduzimanja ili neposredno pre nego što je ono nastupilo.[1] Na sličan način su uslovi zakonitosti definisani u običajnom međunarodnom pravu, uz načelno prihvatanje da država duguje isplatu naknade u slučaju oduzimanja ali i odsustvo saglasnosti o tome da li ovaj izvor prava sadrži pravilo o visini te naknade.[2] U praksi rešavanja investicionih sporova i doktrini međunarodnog prava stranih ulaganja eksproprijacija koja ispunjava navedene uslove se obično opisuje kao zakonita eksproprijacija. Međutim, u ovim izvorima je mnogo teže pronaći dosledno i koherentno objašnjenje o praktičnim posledicama razlikovanja zakonite od nezakonite eksproprijacije.

Jedan od mogućih razloga za navedeni problem verovatno leži u želji da se dokaže da običajno međunarodno pravo sadrži pravilo o dužnosti države da isplati ulagaču naknadu u visini pune tržišne vrednosti oduzete imovine. Zbog toga se javljaju gledišta da je irelevantno da li je eksproprijacija zakonita, jer država domaćin svakako duguje ulagaču isplatu naknade u punovj vrednosti eksproprisane imovine.[3] U slučaju primene odredaba BIT nema dileme u pogledu standarda visine naknade, jer je on određen u samom sporazumu, ali može biti sporno da li se ovaj stanard primenjuje i kada eksproprijacija ne ispunjava druge uslove za svoju zakonitost (na primer, nije preduzeta u javnom interesu). U ovom radu se zastupa gledište da (ne)zakonitost eksproprijacije ulaganja mora da se odrazi na visinu iznosa naknade čiju isplatu duguje država domaćin.

---

[1] Vidi, na primer, R. Dolzer, M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, 1995, str. 97. i dalje.

[2] Vidi A. Reinisch, Legality of Expropriations, u knjizi: A. Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford, 2008, 175, 176.

[3] Vidi u tom smislu P. Comeaux, N. S. Kinsella, *Protecting Foreign Investment under International Law*, New York, 1997, str. 86. Takođe, A. Sheppard, The Distinction Between Lawful and Unlawful Expropriation, u knjizi: C. Ribeiro (ed.), *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, Hungtinton, New York, 2006, str. 169-201.

Pitanje iznosa naknade za izvršenu eksproprijaciju može da se postavi u kontekstu zakonitosti oduzimanja na još jedan način. Naime, kod indirektne eksproprijacije država svojim merama ometa imovinska prava investitora u stepenu da ona postaju beskorisna, pri čemu ne prihvata da je izvršila oduzimanje i pravo svojine formalno ostaje netaknuto.[4] Imajući u vidu da država domaćin ne želi da prihvati da njene mere predstavljaju oduzimanje imovine ulagača, ona ovom subjektu ni ne nudi isplatu naknade. Iz toga logički sledi da je svaka indirektna eksproprijacija *ipso facto* nezakonita, jer joj nedostaje isplata naknade kao uslov zakonitosti. U drugom delu rada pokušaćemo da dokažemo logičku i praktičnu neodrživost ovakvog stanovišta.

Konačno, zakonitost eksproprijacije održava se na priznavanje njenog dejstva na teritoriji drugih država. Treći deo rada sadrži kratak osvrt na pomenuto pitanje.

Uticaj zakonitosti na visinu naknade za izvršenu eksproprijaciju

U savremenoj teoriji i praksi rešavanja investicionih sporova danas dominira stav da zakonitost ponašanja države domaćina ključno određuje sadržinu njenih obaveza kod eksproprijacije.[5] Glavni argument za takvu poziciju sadržan je u konstataciji profesora Sornaradže (*Sornarajah*): „...[s]vaki pravni sistem nužno mora praviti razliku između štete koja proistekne iz zakonitih i nezakonitih akata.“[6] Ističe se i da bi jednako vrednovanje zakonite i nezakonite eksproprijacije bilo „očigledno suprotno interesima pravde i opštoj preventivnoj funkciji prava.“[7]

Kao što se može zaključiti iz onoga što je prethodno rečeno, sporazumi o zaštiti investicija najčešće sadrže standard (nekada i pravila o metodama izračunavanja) naknade u slučaju eksproprijacije, dok je postojanje običajnopravnog pravila o standardu naknade u međunarodnom pravu manje izvesno. Međutim, u novijoj arbitražnoj praksi, kada je reč

[4] Vidi odluku Iransko-američkog tribunala (*Iran-US Claims Tribunal*) u predmetu Staret (*Starrett Housing Corp. et al., v. The Government of the Islamic Republic of Iran, et al*., Award No. 314-24-1 (14 Aug. 1978), 16 Iran – U. S. C. T. R. 112).

[5] Vidi, na primer, S. Ripinsky, K. Williams, *Damages in International Investment Law*, London, 2008, str. 83, 84; takođe, A. Reinisch, *op. cit*., str. 200; U. Kriebaum, *Eigentumsschutz im Völkerrecht*, Berlin, 2008, str. 543; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment,* Cambridge, 2004, str. 482; R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, str. 92.

[6] M. Sornarajah, *op. cit*., str. 438.

[7] I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford, 2009, str. 68.

o postupcima pokrenutim na osnovu BIT, pojedini arbitražni sudovi jasno ističu stav da je standard naknade pomenut u ugovoru važeći samo u slučaju zakonite eksproprijacije ulaganja. Tako je, na primer, ovu poziciju zauzelo arbitražno veće u predmetu ADC protiv Mađarske (*ADC v. Hungary*), kada je istaklo da BIT, načelno posmatrano, ima karakter *lex specialis* u odnosu na pravila običajnog međunarodnog prava, ali da u konkretnom slučaju sporazum između Kipra i Mađarske ne sadrži bilo kakva pravila o određivanju naknade štete u slučaju nezakonite eksproprijacije.[8] Do identičnog zaključka došlo je i arbitražno veće u sporu Vivendi II (*Vivendi* II), u kome je pitanje naknade u slučaju nezakonite eksproprijacije takođe tretirano kao pitanje koje izlazi van okvira francusko-argentinskog BIT.[9]

Suština prethodno iznetih stavova je u tome da odgovor na pitanje kakve su posledice nezakonite eksproprijacije treba tražiti izvan odredbi sporazuma o zaštiti investicija, odnosno u pravilima običajnog međunarodnog prava koja regulišu odgovornost države za izvršenje međunarodno protivpravnog akta. Osnov i nezaobilazna polazna tačka takvog gledišta je odluka Stalnog suda međunarodne pravde u slučaju Fabrika u Hožufu (*Case concerning the factory of Chorzow*). Sud, naime, u često citiranom delu obrazloženja navodi:

„Osnovno načelo sadržano u ovom pojmu nezakonitog akta – načelo za koje se čini da je ustanovljeno međunarodnom praksom, a posebno odlukama međunarodnih sudova – jeste da reparacija mora, koliko god je to moguće, izbrisati sve posledice nezakonitog akta i ponovo uspostaviti situaciju koja bi, po svemu sudeći, postojala da taj akt nije počinjen. Restitucija u naturi ili, ako to nije moguće, isplata sume koja odgovara vrednosti koju bi nosila restitucija u naturi; dosuđivanje, ako je neophodno, naknade štete koja je pretrpljena a koja nije pokrivena restitucijom u naturi ili plaćanjem koje je zamenjuje – to su načela koja bi trebalo da služe kako bi se utvrdio iznos naknade koji se duguje za akt suprotan međunarodnom pravu.“[10] Isplata pravične naknade, u iznosu vrednosti oduzete imo-

[8] *ADC Affiliate Ltd and ADC & ADMC Management Ltd v. Hungary* (ICSID Case No. ARB/03/16), Final award on jurisdiction, merits and damages, September 27, 2006, pasus br. 481.

[9] *Compania de Augas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal S. A. v. The Argentine Republic (Vivendi II)* (ICSID Case No. ARB/97/3), Award, August 20, 2007, pasus br. 8.2.3; Isto tako, *Siemens A. G. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/8), Award, February 6, 2007, pasus br. 349. Tekst odluke je dostupan na: -http://ita.law.uvic.ca/documents/Siemens-Argentina-Award.pdf.

[10] P. C. I. J., *Case concerning the factory of Chorzow,* Indemnity, vol. A, No. 17, September 13th, 1928, str. 47.

vine uz odgovarajuću kamatu do dana isplate, dužnost je države samo u slučaju zakonite eksproprijacije, a budući da je Poljska izvršila oduzimanje dve nemačke fabrike suprotno međunarodnom ugovoru zaključenom sa ovom državom, iznos naknade koju ona duguje nije nužno ograničen na pomenuti iznos."[11]

Na poziciji koja je identična onoj zauzetoj od strane Stalnog suda međunarodne pravde u ovom slučaju, nalazi se i nacrt Članova o odgovornosti države za međunarodno protivpravne akte (u daljem tekstu: nacrt Članova o odgovornosti države), sačinjen 2001. godine od strane Komisije OUN za međunarodno pravo i usvojen u formi rezolucije Generalne skupštine OUN.[12] Glava II ovog dokumenta govori o naknadi štete. Član 35. glasi:

„Država odgovorna za akt protivan međunarodnom pravu ima obavezu da izvrši restituciju, odnosno da uspostavi stanje koje je postojalo pre izvršenja protivpravnog akta, pod uslovom i u obimu:

(a) da restitucija nije faktički nemoguća;

(b) da restitucija ne predstavlja teret nesrazmeran koristi koja će se dobiti vraćanjem u pređašnje stanje umesto novčanom naknadom štete."

Ako naturalna restitucija nije moguća, odgovorna država je dužna da isplati novčanu naknadu. Prema članu 36. nacrta Članova o odgovornosti države:

„1. Država odgovorna za akt protivan međunarodnom pravu ima obavezu da novčano nadoknadi štetu prouzrokovanu tim aktom, u onom obimu u kojem šteta nije nadoknađena restitucijom.

2. Naknada će obuhvatati svu finansijski procenjenu štetu, uključujući i izmaklu dobit u onoj meri u kojoj je ona dokazana."[13]

Kada je u pitanju eksproprijacija stranih investicija, naturalna restitucija često nije faktički moguća, ali ni poželjna, posmatrano sa aspekta investitora. Moguće je da predmet eksproprijacije bude fizički uništen ili prodat trećem licu ili da je poslovna klima u kojoj bi ulagač trebalo da realizuje svoj poslovni poduhvat do te mere narušena u sporu sa državom domaćinom, da investitor jednostavno ne želi da nastavi sa poslovanjem u takvom okruženju. Arbitražni i nacionalni sudovi, sa druge strane, vezani su tužbenim zahtevima tužilaca i ne mogu naložiti naturalnu restituciju ako se tužbom zahteva isključivo isplata naknade štete u novčanom iznosu. Zahtev za dosuđivanje novčanog iznosa koji

[11] *Ibidem*, str. 47, 48.

[12] Official Records of the General Assembly, 56. zasedanje, Dodatak br. 10 (A/RES/56/10), 12. decembar 2001. godine. Citirano prema: S. Đajić, *Praktikum za međunarodno javno pravo (opšti deo)*, Novi Sad, 2007, str. 373.

[13] Prevod prema: *Ibidem*, str. 381.

višestruko premašuje vrednost ulaganja u konkretnom slučaju može, konačno, biti prečica kojom investitor želi da stigne do profita. Potreba da se vodi računa o specifičnom karakteru jedne od stranaka u investicionom sporu takođe sprečava ostvarivanje naturalne restitucije. Ako je u konkretnom slučaju preduzeta regulativna eksproprijacija, tj. investitor je lišen ulaganja promenom propisa ili usled njihove primene, pomenuti način brisanja negativnih posledica ponašanja države domaćina bi direktno zadirao u njenu suverenost. Dobar primer za takav slučaj navode Ripinski i Vilijams (*Ripinsky, Williams*) koji citiraju odluku arbitražnog veća u sporu LG i E protiv Argentine (*LG & E v. Argentina)*.[14] U ovom slučaju arbitražni sud je zaključio da Argentina nije odgovorna za eksproprijaciju koncesije koja je predstavljala ulaganje, ali da je suspenzijom tarifa za transport prirodnog gasa i izmenom pojedinih finansijskih propisa povredila druge obaveze iz američko-argentinskog BIT. Jedan od alternativno postavljenih zahteva oštećenog investitora u nastavku postupka bio je i da arbitražno veće Argentini naloži izmenu zakonodavnog okvira i vraćanje u stanje u kojem se on nalazio pre nego što je prouzrokovana šteta američkom koncesionaru. Arbitražni sud je, međutim, našao da bi to predstavljalo zadiranje u suverenost ove države i odlučio da dosudi naknadu u novčanom iznosu.[15] Nespremnost arbitražnih sudova da u svojim odlukama državama nametnu nenovčane obaveze, u kontrastu je sa načelnim stavom koji su u prošlosti zauzeli neki od njih – da nadležnost arbitražnog suda u investicionom sporu obuhvata pravo da strankama naloži ili zabrani određeno ponašanje.[16]

Iz onoga što je prethodno rečeno proizilazi da naturalna restitucija nije pogodan način za otklanjanje posledica nezakonite eksproprijacije stranih investicija. Alternativa se nalazi u kvantifikovanju novčane naknade na način koji će obezbediti rezultat približan restituciji. Jasno je da bi iznos naknade za izvršenu eksproprijaciju, barem načelno posmatrano, trebalo da se razlikuje u zavisnosti od toga da li je ona izvršena zakonito ili ne. Arbitražna praksa pokazuje, međutim, da nije uvek najjasnije na koji način se dolazi do te razlike i u čemu se ona tačno sastoji. U brojnim sporovima su arbitražna veća koja su prethodno konstatovala da je država domaćin povredila zabranu eksproprijacije iz sporazuma o zaštiti investicija, jednostavno primenila standard naknade iz tog sporazuma, ignorišu-

[14] S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit*., str. 58.

[15] *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG & E International, inc. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1), Award, July 25, 2007, pasus br. 87.

[16] Vidi o tome kod: C. Schreuer, Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration, *Arbitration International*, vol. 20, 4/2004, str. 329-333.

ći pitanje da li zakonitost eksproprijacije utiče na iznos naknade.[17] Ipak, nekoliko novijih arbitražnih odluka nagoveštavaju pravac u kojem bi se praksa mogla kretati u budućnosti. U predmetu Simens protiv Argentine, arbitražni sud je zaključio da je tužena država izvršila eksproprijaciju ugovornih prava tužioca suprotno nemačko-argentinskom BIT, te da je zbog toga odgovorna za nezakonitu eksproprijaciju.[18] Prilikom razmatranja pitanja iznosa naknade, arbitražni sud je naglasio razliku između standarda naknade predviđenog u nacrtu Članova o odgovornosti države i odluci Stalnog suda međunarodne pravde u slučaju Fabrika u Hožufu, sa jedne strane, i onog koji je sadržan u stavu 2. člana 4. pomenutog BIT. Ključna razlika se tiče toga da, prema pravilu međunarodnog običajnog prava, pravo tužioca na naknadu nije ograničeno vrednošću investicije na dan eksproprijacije, već uključuje i „...[s]vako povećanje vrednosti investicije do dana donošenja ove odluke, uključujući i bilo kakvu posledičnu štetu".[19] Isto tako, u slučaju ADC protiv Mađarske, arbitražno veće je smatralo da standard naknade za nezakonitu eksproprijaciju iz odluke u slučaju Fabrika u Hožufu (brisanje svih negativnih posledica nezakonitog akta) zahteva da datum procene vrednosti oduzete investicije bude datum donošenja odluke, a ne datum eksproprijacije, jer se samo tako tužilac može staviti u poziciju u kojoj bi bio da eksproprijacija nije izvršena.[20] Prema tome, i ovde je zauzet stav da naknada za nezakonitu eksproprijaciju mora obuhvatiti i **naknadno uvećanje vrednosti investicije**.

Ideja koja stoji iza shvatanja da se iznos naknade mora razlikovati u slučaju zakonite i nezakonite eksproprijacije zasnovana je na gledištu da se državi koja je izvršila nezakonitu eksproprijaciju ne sme dozvoliti da izvuče korist iz činjenice da je došlo do naknadnog uvećanja vrednosti oduzetog ulaganja, između trenutka oduzimanja i dana donošenja arbitražne odluke ili sudske presude.[21] Time se, potpuno opravdano, uvodi pojmovno razlikovanje između naknade za eksproprijaciju (dužnost države u slučaju zakonite eksproprijacije) i naknade štete ili reparacije (obaveza koja nastaje u slučaju da je eksproprijacija bila nezakonita).[22]

---

[17] Vidi, na primer, *CME Czech Republic B. V. (The Netherlands) v. Czech Republic* (UNCITRAL), Partial Award, September 13, 2001, pasus br. 615 (tekst odluke je dostupan na: http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2001PartialAward.pdf); *Metalclad Corporation v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Award, August 30, 2000, pasus br. 113; *Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award, May 29, 2003, pasusi br. 187, 188.

[18] *Siemens A. G. v. The Argentine Republic,* pasus br. 273.

[19] *Ibidem*, pasus br. 352.

[20] *ADC Affiliate Ltd and ADC & ADMC Management Ltd v. Hungary*, pasus br. 497.

[21] Vidi I. Marboe, *op. cit*., str. 77.

[22] Vidi *Ibidem*, str. 78, 79.

Zakonitost indirektne eksproprijacije i njen uticaj na visinu naknade

Važno pitanje koje se tiče eksproprijacije jeste i da li je ona zakonita u slučaju da je država domaćin propustila da isplati naknadu za oduzetu investiciju, pri čemu su ispunjeni svi ostali uslovi za njenu zakonitost? Pitanje se može dodatno zakomplikovati – da li zakonita eksproprijacija zahteva da naknada bude isplaćena uvek u odgovarajućem iznosu? Da li je dovoljno da država načelno priznaje da je u obavezi da isplati naknadu i da preduzme korake u tom pravcu? Da li zakonita eksproprijacija postoji ako država domaćin isplati naknadu u bilo kom iznosu, neposredno nakon oduzimanja?[23]

U sudskoj i arbitražnoj praksi i pravnoj doktrini ukorenjeno je gledište da samo neslaganje investitora i države u pogledu iznosa naknade za eksproprijaciju ne čini oduzimanje nezakonitim.[24] Od države domaćina se očekuje postupanje u dobroj veri. Ako ona načelno prihvata obavezu da isplati naknadu, ako je ponudila određeni iznos na ime naknade ili je predvidela u nacionalnom pravu mehanizam na osnovu kojeg investitor može da ostvari pravo na naknadu, njeno ponašanje ne može se smatrati, samo po sebi, nezakonitim.[25]

Poseban problem, tesno povezan sa prethodno pomenutim, jeste problem odnosa obaveze isplate naknade za indirektnu eksproprijaciju i njene zakonitosti. Naime, kako u slučaju indirektne eksproprijacije (naročito one regulativnog karaktera) država domaćin ne prihvata činjenicu da je oduzimanje uopšte izvršeno, podrazumeva se da ni naknada za izvršenu eksproprijaciju nije isplaćena niti ponuđena investitoru. Iz toga bi nužno proistekao zaključak da je svaka indirektna eksproprijacija automatski i nezakonita, odnosno, da predstavlja povredu međunarodnopravne obaveze države. Tako Kribaum navodi: „Posebno čest slučaj je odsustvo bilo kakve ponude naknade kod indirektne eksproprijacije izvršene kroz regulativnu delatnost države. Države u takvim slučajevima ne pretpostavljaju postojanje eksproprijacije, pa zato ne predviđaju ni naknadu. Zbog toga su indirektne eksproprijacije najčešće takođe nezakonite.“[26] Takav zaključak prihvaćen je, često bez šire elaboracije i dadatnih objašnjenja, od strane pojedinih pravnih pisaca.[27]

---

[23] Vidi S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit*., str. 68.

[24] Vidi o ovome kod U. Kriebaum, *op. cit*., str. 528-535.

[25] Vidi S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit*., str. 68; D. W. Bowett, State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach, *British Yearbook of International Law*, 59/1988, str. 69; U. Kriebaum, *op. cit*., str. 536; A. Reinisch, *op. cit*., str. 198, 199.

[26] U. Kriebaum, *op. cit*., str. 536.

[27] Vidi, na primer, W. M. Reisman, R. D. Sloane, Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation, *British Yearbook of International Law*, 47/2003, str. 137; R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit*., str. 91; S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit*., str. 69; I. Marboe, *op. cit*., str. 62.

U novijoj arbitražnoj praksi se mogu pronaći naznake shvatanja da sama činjenica da je izvršena indirektna eksproprijacija automatski vodi zaključku da je ona nezakonita, zbog odsustva naknade, te da sa sobom povlači odgovornost države za izvršenje međunarodnog protivpravnog akta. Na primer, u slučaju Vivendi II, analizirajući sadržaj odredbe o zabrani eksproprijacije iz stava 2. člana 5. francusko-argentinskog BIT, arbitražno veće je navelo:

„Takođe, struktura člana 5(2) Sporazuma upućuje arbitražni sud na to da prvo razmotri da li su osporavane mere eksproprijatorne, i tek tada da se zapita da li su one u skladu sa određenim uslovima, kao što su javna svrha, nediskriminatornost, posebno preuzete obaveze itd. Ako zaključimo da su osporavane mere eksproprijatorne, postojaće povreda člana 5(2) Sporazuma, čak i ako bi mere bile u javnom interesu i nediskriminatorne, **zbog toga što naknada nije isplaćena**."[28]

Arbitražno veće je u nastavku postupka zaključilo da su mere Argentine preduzete u odnosu na koncesionara bile eksproprijatorne, kao i da ova država duguje isplatu naknade za nezakonitu eksproprijaciju.[29] U predmetu Simens protiv Argentine, odluka kojom je ista država proglašena odgovornom za indirektnu eksproprijaciju prava iz još jednog koncesionog ugovora bila je zasnovana na činjenici da Argentina nije izvršila plaćanje naknade, bez opravdanih razloga, čime je njeno postupanje bilo suprotno odredbama relevantnog BIT, tj. nezakonito[30] i podložno standardu naknade koji se primenjuje u takvim slučajevima.[31] Potrebno je, međutim, napomenuti da nezakonitost indirektne eksproprijacije u ovom slučaju nije proistekla isključivo iz toga što naknada za oduzetu imovinu investitora nije isplaćena, već i iz činjenice da arbitražni sud nije našao dokaz za tvrdnju da su pojedine mere Argentine preduzete sa javnom svrhom.[32]

Suprotno ovome, u slučaju Gec protiv Burundija (*Goetz c. Burundi*), i pored toga što je arbitražno veće utvrdilo da je tužena država izvršila indirektnu eksproprijaciju investicije tužilaca, tako što je, nakon dve godine od izdavanja, povukla sertifikat na osnovu kojeg su belgijski investitori uživali poreska i carinska oslobođenja za svoje privredno društvo osnovano u Burundiju, angažovano na poslovima eksploatacije i prodaje plemenitih metala, ono je odbilo da iz činjenice da naknada za

[28] *Compania de Augas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal S. A. v. The Argentine Republic (Vivendi II)*, pasus br. 7.5.21. Naglasak autora.

[29] *Ibidem*, pasusi br. 8.2.3.-8.2.7.

[30] *Siemens A. G. v. The Argentine Republic*, pasus br. 273.

[31] *Ibidem*, pasus br. 353.

[32] *Ibidem*, pasus br. 273.

indirektnu eksproprijaciju nije isplaćena izvede zaključak da je eksproprijacija suprotna BIT i nezakonita. Arbitražni sud je naveo da je isplata naknade za „mere jednake eksproprijaciji" uslov njihove zakonitosti, prema članu 4. BIT između Burundija i Belgijsko-luksemburške ekonomske unije, da opoziv sertifikata nije bio praćen isplatom naknade, ali da to nije dovoljno da učini preuzete mere nezakonitim u smislu međunarodnog prava.[33] Prema stavu arbitražnog veća, pomenuti BIT zahteva isplatu adekvatne i efektivne naknade, ali ne insistira na tome da ona bude isplaćena pre eksproprijacije.[34] Čini se da je suština ove odluke u tome da država domaćin ne može biti odgovorna za nezakonitu indirektnu eksproprijaciju samo na osnovu činjenice da nije investitoru isplatila naknadu u vrednosti oduzete imovine, odnosno, da je obaveza plaćanja naknade uslovljena prethodnim zaključkom da se aktivnost države može svrstati pod „mere jednake eksproprijaciji". Arbitražnom odlukom Burundiju je naloženo da, u okviru razumnog roka, isplati adekvatnu i efektivnu naknadu investitorima i istaknuto da će u suprotnom izvršiti akt suprotan međunarodnom pravu čije će posledice utvrditi arbitražni sud.[35]

Za odluku donetu u sporu Midl Ist Sement Šiping (*Middle East Cement Shipping*) može se zaključiti da prećutno prihvata stav vrlo blizak onome koji je zauzet u predmetu Gec protiv Burundija. Naime, ovde je arbitražno veće našlo da je Egipat preduzeo „mere čije je dejstvo jednako eksproprijaciji" iz člana 4. grčko-egipatskog BIT u odnosu na ulaganje grčkog investitora, ali je jedini zaključak koji je iz toga izvelo bio da investitoru pripada pravo na naknadu u iznosu tržišne vrednosti investicije, kao što je predviđeno istim članom BIT.[36] Prema tome, odluka se može tumačiti u prilog tome da konstatacija da je izvršena indirektna eksproprijacija aktivira obavezu isplate naknade za oduzetu investiciju, a ne da automatski vodi zaključku da je eksproprijacija nezakonita, zbog toga što naknada nije isplaćena. U izvesnom smislu je bliska navedenom pogledu i već pomenuta praksa pojedinih arbitražnih sudova koji, i pored konstatacije da je ponašanjem države povređena odredba sporazuma o zaštiti investicija od indirektne eksproprijacije i njena obaveza na osnovu međunarodnog prava, prilikom odlučivanja o visini naknade ipak primenjuju standard sporazumom

[33] *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi* (Affaire CIRDI ARB/95/3), Sentence, 10 Février 1999, pasus br. 130.

[34] *Ibidem*.

[35] *Ibidem*, pasus br. 133.

[36] *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S. A. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/99/6), Award, April 12, 2002, pasusi br. 107 i 144.

predviđen za zakonitu eksproprijaciju. Time se prećutno izražava nespremnost da se država kažnjava, kroz pooštravanje standarda naknade, u slučajevima kada je zapravo teško sa sigurnošću utvrditi da li je eksproprijacija zaista i nastupila.

Gledište prema kojem je propuštanje države da plati naknadu za indirektnu eksproprijaciju automatski nezakonito, u smislu da aktivira primenu pravila o odgovornosti države za međunarodne protivpravne akte nosi sa sobom i jednu nelogičnost. Ono bi značilo da država može da izvrši i otvorenu, direktnu eksproprijaciju ulaganja i da ne bude odgovorna za povredu međunarodnog prava, ako pri tome ponudi investitoru isplatu novčane naknade, makar njena visina bila i neadekvatna. Sa druge strane, ako regulativna aktivnost države (na primer, na polju zaštite životne sredine) nanosi štetu investitoru i ima karakter indirektne eksproprijacije – država je odgovorna za nezakonitu eksproprijaciju i njena odgovornost potpada pod stroži režim. Bolje i realnije gledište bilo bi da sama činjenica da naknada nije isplaćena kod indirektne eksproprijacije ne znači i da je ona nezakonita i da zahteva *restitutio in integrum*. Kod ove vrste eksproprijacije obavezu plaćanja naknade možemo posmatrati kao posebnu obavezu čije aktiviranje zavisi od prethodnog zaključka o tome da li je eksproprijacija uopšte nastupila. Drugačije tumačenje bi vodilo praktičnoj posledici da se države, u poređenju sa situacijom kada je izvršena direktna eksproprijacija, kažnjavaju za preduzimanje regulativne delatnosti kojom se potencijalno nanosi šteta stranom investitoru.

Uticaj zakonitosti na priznavanje dejstva eksproprijacije u inostranstvu

Osim na visinu naknade, zakonitost eksproprijacije značajno utiče i na priznavanje dejstva eksproprijacije od strane drugih država. Naime, ako je država domaćin izvršila eksproprijaciju imovine stranog investitora suprotno pravilima međunarodnog prava, kao problem se može javiti priznavanje dejstva tih akata na teritoriji neke druge države. Pri tome, potrebno je naglasiti da su države zaštićene jurisdikcionim imunitetom od tužbi pred sudovima drugih država. Zbog toga je praktično teško očekivati da će oštećeni subjekt napadati pred sudom strane države zakonitost samog titulusa države koja je izvršila oduzimanje. Pitanje punovažnosti i osporavanje dejstva eksproprijacije izvršene u inostranstvu se može javiti, pre svega, u postupcima pokrenutim protiv trećih lica koja izvode svoje pravo na oduzetoj imovini iz prava ove države – na primer, u postupku protiv lica koje je kupilo eksproprisanu imovinu i unelo je u državu su-

da.[37] Raniji vlasnik tada može isticati da je prenos prava svojine na državu koja je izvršila eksproprijaciju bio ništav i tražiti da mu se imovina vrati.

U prošlosti su nacionalni sudovi pojedinih država pridavali različit značaj činjenici da je eksproprijacija određene imovine izvršena suprotno međunarodnom pravu.[38] Odlučujući o tužbenim zahtevima kojima se osporava punovažnost eksproprijacije, nacionalni sudovi nekih država direktno analiziraju usklađenost oduzimanja sa pravilima međunarodnog prava. Britanski i američki sudovi su tako spremni, pod uslovom da tužilac uspe da prevaziđe prepreku u vidu imuniteta strane države i njenih akata, da proglase eksproprijaciju koja nije u skladu sa međunarodnim pravom nevažećom u pogledu imovine na koju se odnosi tužba i da priznaju pravo svojine prvobitnom vlasniku.[39] Sudovi Nemačke, Italije i Japana su u prošlosti posmatrali usklađenost eksproprijacije sa pravilima međunarodnog prava u kontekstu ustanove javnog poretka. Međutim, sudovi ovih država su često izbegavali da eksproprijaciju koju je sprovela strana država proglase nevažećom, pozivajući se na to da akti preduzeti u konkretnom slučaju ne predstavljaju nužno povredu međunarodnog prava ili da ne vređaju u dovoljnoj meri domaći javni poredak da bi im bilo oduzeto dejstvo.[40] Nemački sudovi, na primer, nisu skloni tome da odbiju priznavanje dejstva eksproprijacije izvršene u inostranstvu bez plaćanja naknade, ako ne postoji dovoljno čvrsta veza slučaja sa Nemačkom, čime bi bila opravdana upotreba klauzule javnog poretka.[41] Francuski sudovi, sa druge strane, tradicionalno smatraju eksproprijaciju bez plaćanja naknade suprotnom domaćem javnom poretku, bez potrebe da se oslanjaju na međunarodno pravo.[42]

Mada je teško izvesti generalne zaključke kada je reč o praksi nacionalnih sudova o navedenom pitanju, sa sigurnošću se može reći da su oni mnogo revnosniji u ispitivanju zakonitosti eksproprijacije izvršene u inostranstvu kada se u svojstvu oštećene strane javljaju državljani ili privredna društva države suda, nego kada je reč o subjektima neke treće države.[43]

---

[37] Vidi M. Bogdan, *Expropriation in Private International Law*, Lund, 1975, str. 85.

[38] *Ibidem*, str. 83-93.

[39] Vidi N. Rubins, N. S. Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution (A Practitioner's Guide)*, Oxford, 2005, str. 430-432.

[40] *Ibidem*, str. 432.

[41] Primeri takvih odluka u nemačkoj sudskoj praksi se mogu pronaći kod M. Bogdan*, op. cit*., str. 88.

[42] *Ibidem*, str. 87.

[43] *Ibidem*, str. 92.

Zaključak

Savremena arbitražna praksa stoji na stanovištu da je standard naknade za izvršenu eksproprijaciju prisutan u dvostranim sporazumima o zaštiti ulaganja primenjiv samo ako je oduzimanje izvršeno u skladu sa pravilima međunarodnog prava. Suprotno tome, nezakonita eksproprijacija povlači za sobom obavezu država domaćina da isplati ne samo iznos tržišne vrednosti ulaganja u trenutku eksproprijacije, već i sumu koja je adekvatna uvećanju vrednosti ulaganja do kojeg je došlo od trenutka oduzimanja do dana donošenja odluke. Mada je u arbitražnoj praksi i pravnoj doktrini rasprostranjeno shvatanje da je svaka indirktna eksproprijacija automatski i nezakonita, zbog činjenice da država domaćin nije ulagaču ponudila isplatu naknade, takvo gledište je logički neodrživo i štetno po interese država da regulišu društvene odnose na svojoj teritoriji, a posredno može negativno uticati i na rešenost država da stranim ulagačima garantuju zaštitu od ove vrste nekomercijalnih rizika. Zaključak arbitražnog suda da je država izvršila indirektnu eksproprijaciju trebalo bi posmatrati kao prethodni uslov koji aktivira obavezu države da isplati naknadu u iznosu predviđenom BIT. Povreda međunarodne obaveze države i primena strožeg standarda naknade usledila bi tek ako bi se država oglušila o ovu obavezu. Negativne posledice nezakonite eksproprijacije mogu se ogledati u nepriznavanju njenog dejstva na teritoriji drugih država. Ipak, te posledice u velikoj meri zavise od spremnosti nacionalnih sudova da se upuste u ispitivanje zakonitosti ponašanja druge države, posmatrano sa aspekta pravila međunarodnog prava o eksproprijaciji stranih ulaganja.

Petar Đundić, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

The Consequences of the Distinction between Lawful and Unlawful Expropriation of Foreign Investment

Abstract

The paper deals with legal and factual consequences of the distinction between lawful and unlawful expropriation of a foreign investment by the host state. The author analyses the impact which the legality of expropriation has on the amount of compensation owed by the host state, an issue of whether the indirect expropriation can ever be lawful and the consequences which illegal expropriation has on recognition of such an act in territories of other countries. It is well established in contemporary arbitral practice that the illegal expropriation entails an obligation of the host state to pay the investor not only the amount equal to the market value of the investment at the time of expropriation, but also the sum which would include the increase of the investment's value from the moment of taking to the date on which the arbitral award is issued. Although the arbitration practice and legal doctrine generally accept that an indirect expropriation is automatically unlawful, due to the fact that the host state does not offer any compensation to the aggrieved investor, such view is logically unsound and irreconcilable with the duty of states to regulate in general interest. The conclusion of an arbitral tribunal that the state has conducted an indirect expropriation should be seen as a precondition which triggers the secondary obligation of the state – to pay an adequate compensation for the property taken provided for in the BIT. Actions of the host state should be regarded as a breach of international obligation and could activate the application of the stricter standard of compensation only if the host state ignores the duty to compensate the investor. The negative consequences of illegal expropriation may be reflected in the non-recognition of its effects on the territory of other states. However, these effects are highly dependent on the willingness of national courts to engage in a review of the legality of conducts of another state.

Key words: expropriation, foreign investments, bilateral treaties for the protection of investments, investment arbitration.

Originalni naučni rad 347.426.3(37)

Dr Samir Aličić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ULPIJAN, CELZ I ZAGAĐENJE ZEMLJIŠTA KOROVOM (D. 9. 2. 27. 14)[1]

Sažetak: *Predmet ovog rada je analiza značenja pasusa Justinijanovih Digesta D. 9. 2. 27. 14. Autor daje pregled različitih teorija posvećenih ovom tekstu i kritički osvrt na njihovu argumentaciju. Na osnovu egzegeze izvora, predlaže novi način tumačenja teksta.*

Ključne reči: *Akvilijev zakon, damnum iniuria datum, šteta, vanugovorna odgovornost, interdictum quod vi aut clam, zagađenje, obligacije, rimsko pravo.*

1. Uvod

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 potajno (quod vi aut clam), a i zakupac ako je zemljište dato u zakup, nego može da te tuži i (tužbom) na osnovu činjeničnog stanja (in factum), i ako je zakupac bude koristio, mora da garantuje da se kasnije neće voditi drugi postupak; ovo, naravno, zato da vlasnik ne bi kasnije vršio uznemiravanje; jer jedna je vrsta štete nešto pokvariti i promeniti, u kom slučaju ima mesta Akvilijevom zakonu, druga je kada (same stvari) nisu promenjene, ali bi ih bilo teško odvojiti.*[2]

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

[2] 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*

Ovaj zanimljivi tekst već duže vreme privlači pažnju romanista, ali njegovo značenje i dalje nije do kraja rasvetljeno. Nijedno od postojećih tumačenja nije prihvaćeno kao nesporno, i moguće je da to neće biti slučaj ni u budućnosti. Bez ambicije da ovaj problem u potpunosti rešimo, u ovom radu nameravamo da najpre damo pregled dosadašnjih teorija i uz kritički osvrt na njihovu argumentaciju, i da ponudimo još jedno moguće tumačenje pasusa Digesta 9.2.27.14.

2. Pregled dosadašnjih tumačenja

Zaključci koji su nesporni i oko kojih postoji saglasnost romanista su sledeći.

U tekstu se razmatra slučaj u kome je neko zagadio tuđe obradivo zemljište tako što je seme korova pobacao u zasejanu njivu.

Pravno pitanje nije izričito navedeno, ali se može zaključiti kako je glasilo: da li lice koje je zagadilo zemljište može biti tuženo, kojom tužbom, i ko ima aktivnu legitimaciju za njeno podnošenje?

U odgovoru se navodi da 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.* Iz ostatka teksta je jasno da se radi o *actio in factum ex lege Aquilia*, odnosno tužbi zbog protivpravne štete (*actio damni iniuriae in factum*). Ako zakupac bude koristio ovu tužbu, treba da pruži garanciju da vlasnik zemljišta neće naknadno[3] postavljati dalje zahteve. U tekstu se još konstatuje da je jedna vrsta štete (*damnum*) pokvariti neku stvar (*corrumpere*), u kom slučaju ima mesta primeni Akvilijanske tužbe, dok je druga vrsta štete kada sama stvar nije pokvarena, nego izmešana sa drugima, tako da je odvajanje pomešanih stvari teško (*molesta separatio*).

Tako reći sve drugo u vezi ovog teksta je sporno.[4] Iz pokušaja da se odgovori na brojna pitanja koja se mogu postaviti nastale su različite teo-

---

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.

[3] Reč *amplius*, koja ima više značenja (šire, više, sveobuhvatnije, itd.) ovde znači *naknadno* Vidi: F. Guizzi: *In tema di origini della "cautio de rato"*, Labeo 7/1961., str. 340-341.

[4] Da li se pravno pitanje odnosilo samo na mogućnost primene akvilijanske tužbe, ili je i primena interdikta bila pod znakom pitanja? Zašto se daje tužba *in factum*, a ne direktna akvilijanska tužba? Zašto se uopšte daje ova tužba, kad postoji interdikt? Da li se interdikt i akvilijanska tužba primenjuju kumulativno, ili samo jedno od ta dva procesna sredstva? Po kom osnovu kolon ima tužbu i interdikt, i kako je moguće da se detentoru daje tužba iz Akvilijevog zakona, kad drugi izvori tu mogućnost isključuju? Kako se procenjuje šteta po tužbi vlasnika a kako po tužbi kolona? Zašto kolon mora da ponudi garan-

rije. One se mogu razvrstati u četiri grupe, i nude četiri različita tumačenja ovog teksta:

2.1 Fragment je interpolisan, jer se u klasičnom pravu detentoru ne daje akvilijanska tužba. U izvornom tekstu kolonu se nije davala akvilijanska tužba, a možda ni interdikt. Brojni izvori svedoče da rimsko klasično pravo nije davalo detentoru akvilijansku tužbu, pa čak ni tužbu *in factum ex lege Aquilia*. Ona se daje isključivo licima koja imaju stvarno pravo na stvari,[5] te rešenje kojim se ova tužba daje zakupcu deluje kao izuzetak. Problem „nesaglasnosti" ovog pasusa sa drugim klasičnim tekstovima u starijoj romanistici je rešavan u maniru epohe: tekst D. 9. 2. 27. 14 označen je kao interpolisan,[6] Mada je i tada bilo onih koji su branili njegovu klasičnost,[7] ostao je pod sumnjom još izvesno vreme nakon što je interpolacionistička kritika prestala da bude većinski prihvaćen način obrade izvora u romanistici, pre svega zbog njegove jezičke nesređenosti.[8] Među autorima koji su u novije vreme ukazivali na moguće interpolacije, pomenimo sledeće:

Pozivajući se na stavove koje su ranije izneli Pampaloni i Beseler, Albaneze smatra da je ovaj fragment teško interpolisan u delu od reči *non solum* do *inquietet*. Polazeći od pretpostavke da klasično pravo nije moglo dati kolonu tužbu *in factum* na osnovu Akvilijevog zakona, on predlaže „rekonstrukciju" teksta na takav način da se tužba daje samo vlasniku: *an legi Aquiliae actione tenearis? et ait in factum agendum*. Šta više, on smatra da je tekst interpolisan dva puta. Prema Albanezeu, deo u kome se govori o kolonu unet je postklasičnom glosom, dok su tekst o interdiktu *quod vim aut clam* uneli Justinijanovi kompilatori.[9]

---

ciju da vlasnik neće postavljati dalje zahteve, kakva je priroda te garancije i zašto se ona traži samo u slučaju primene akvilijanske tužbe, a ne i u slučaju interdikta?

[5] D. 9. 2. 11. 9; 9. 2. 27. 34; 9. 2. 57.

[6] Vidi npr.: J. B. Thayer: *Lex Aquilia (Digest IX, 2, Ad Legem Aquiliam-text, translation and commentary)*, Cambridge 1929., str. 91-92.

[7] Thayer: *ibid.*

[8] Nedostatke teksta priznaju i oni koji brane njegovu klasičnost: deluje nekompletno, jer sadrži samo deo pitanja, a verovatno ni odgovor nije celovit (G. MacCormack: *Celsus quaerit: D.9.2.27.14*, RIDA 20/1973., str. 341.; O. E. Tellegen-Couperus: *The Tenant, the Borrower and the lex Aquilia*, RIDA XLII/1995., str. 417.); jezik teksta je neobičan (MacCormack: ibid.); oblik glagola *agere* u rečima *non solum...posse agere* ne odgovara obliku u *sed et in factum agendum* (Tellegen-Couperus: *op. cit.,* str. 417.). Osim toga, tekst je deo Ulpijanovog izlaganja o značenju izraza *rumpere* u Akvilijevom zakonu koji je započet u prethodnom paragrafu i nastavlja se u narednim, a diskusija o konkurenciji tužbi i aktivnoj legitimaciji u tekstu D. 9. 2. 27. 14 sadržinski se ne uklapa u ovu problematiku (MacCormack: *ibid*.).

[9] B. Albanese: *Studi sulla legge Aquilia,* Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo, 21/1950., str. 332-333.

I Fon Libtov smatra da je tekst interpolisan, i tvrdi da je u izvornom tekstu razlog zašto se umesto direktne tužbe zbog protivpravne štete daje tužba *in factum* nije bio izostanak fizičkog oštećenja stvari (*rumpere*), već izostanak neposredno nanete štete (*corpore*).[10]

Poslednji autor koji dopušta da je tekst interpolisan od strane postklasičnih pravnika je Valino, mada on ne isključuje ni to da je do izmene došlo već u klasičnom periodu. Polazeći od stavova Ferinija, tvrdi da je nemoguće da je proširenje *actio damni iniuriae* na kolona klasično, jer za primenu direktne tužbe nedostaju čak dva elementa: da je oštećenje nanet*o corpore*, i da je oštećeni vlasnik stvari.[11]

Interpolacionistička kritika teksta D. 9. 2. 27. 14 je danas jednoglasno odbačena,[12] a jezička nesređenost i jezgrovitost fragmenta pripisuju se skraćenju i sažimanju Celzovog teksta od strane postklasičnih pravnika, Justinijanovih kompilatora ili Ulpijana,[13] ili pak tome što drugi deo teksta u kome je dato objašnjenje odgovora ne predstavlja nastavak citata iz Celzovog dela, nego objašnjenje dato od samog Ulpijana,[14] pre nego eventualnim interpolacijama. Kako ćemo videti, postoji više mogućih objašnjenja značenja ovog teksta u kontekstu drugih klasičnih tekstova, i nema razloga za sumnju u to da je rešenje koje on sadrži klasično.

2.2 Vlasnik zemlje i kolon interdiktom zahtevaju štetu koju su pretrpeli, nezavisno jedan od drugoga, a tužba *in factum* se daje samo kolonu kao procesnom zastupniku vlasnika zemlje, kako na ime

---

[10] U. von Lübtow: *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971., str. 165 i dalje.

[11] E. Valino: *Acciones pretorias complementarias de la accion civil de la ley Aquilia*, Pamplona 1973., str. 81-84.

[12] Ovakav stav dominantan je još od šezdesetih i sedamdesetih godina dvadesetog veka. (A. Di Porto: *La tutela della "salubritas" fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone. I – Acque*., BIDR 91/1988., str. 494-497.) Protiv interpolacionističke kritike ovog teksta videti i: MacCormack: *op. cit*., str. 342 i 347., i Tellegen-Couperus: *op. cit.,* str. 417.

[13] Mek Kormak misli da je tekst skraćen od strane Justinijanovih kompilatora (MacCormack: *op. cit*., str. 342.), dok Telegen-Kuper, iako dopušta i navedenu mogućnost, misli da bi to pre moglo biti delo postklasičnih pravnika iz predjustinijanskog perioda. (Tellegen-Couperus: *ibid.*) I Kapogrosi Kolonjezi smatra da je malo verovatno da je tekst interpolisan budući da je rešenje koje sadrži logično, mada ni on ne isključuje da je možda bilo skraćenja. (L. Capogrossi Colognesi: *L'interdetto "quod vi aut clam" e il suo ambito di applicazione*, Index 21/1993., str. 277-278. nap. 64.)

[14] Guizzi: *op. cit*., str. 331-332.; P. Cerami: *La concezione celsina del "ius". Presuposti culturali e implicazioni metodologice. I: L'interpretazione degli atti autoritativi*, Estratto dagli Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo 38., Palermo 1985., str. 125 i dalje; Di Porto: *ibid*.; protiv: A. Guarino: *La concezione celsina del "ius".(Lettura)*; LABEO 32/1986., str. 76.; B. Winiger*: La responsabilité aquilienne romaine (damnum iniuria datum)*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997. str. 39.

zemlje tako i na ime plodova. Zato se u ovom slučaju zahteva procesna garancija, koja se ne zahteva kod interdikta. Direktna akvilijanska tužba se ne daje jer kolon nije vlasnik zemlje. U prvoj objavljenoj studiji posvećenoj analizi pasusa D. 9. 2. 27. 14[15] Mek Kormak na osnovu poređenja sa drugim tekstovima zaključuje da kolon može da podigne interdikt (D .43. 24. 11. 12; 43. 24. 11. 13) zahtevajući izgubljene plodove (D. 43. 24. 12; 43. 24. 19), i to istovremeno sa vlasnikovim interdiktom koji se podiže na vrednost samog zemljišta (D. 43. 24. 12).[16] On, međutim, ističe da je jedan od uslova za primenu interdikta *quod vi aut clam* postojanje radnje na zemlji (*opus in solo*),[17] i smatra da samo tamo gde postoji promena u materiji zemljišta, tj. oštećenje u fizičkom smislu, ima mesta interdiktu. Autor oštećenje zemljišta koje je neophodno za primenu interdikta izjednačava sa akvilijanskim *corrumpere*. Budući da se radnja sejanja korova ne može opisati kao *corrumpere* u akvilijanskom smislu, Celz je razmatrao da li se u ovom slučaju može primeniti interdikt ili ne, pa je iz nekog razloga zaključio da ipak može, ali se ovaj razlog izgubio usled skraćivanja teksta.[18]

Zaključak do kojeg je Celz došao je sledeći. Vlasnik može da podigne ili interdikt ili akvilijansku tužbu, dakle samo jedno od ta dva procesna sredstva (D. 43. 24. 15. 12).[19] Akvilijanska tužba se u ovom slučaju daje *in factum* zato što se ne može smatrati da je zemlja pokvarena (*corruptum*) usled sejanja korova. Ona se može dati i kolonu, ako je zemlja data u zakup.

Mek Kormak postavlja pitanje, zašto Celz zahteva procesnu garanciju u slučaju kada kolon podiže *actio in factum*, ali ne i u slučaju kada podiže interdikt?[20] Iako ne isključuje mogućnost da se referenca na interdikt

---

[15] MacCormack: *op. cit*., str. 341-348.

[16] MacCormack: *op. cit*., str. 346.

[17] Koja su to *opera* koja mogu biti uslov za njegovu primenu, nije preciznije određeno, a slučajevi koje izvori nabrajaju su raznoliki: sečenje drveća (D.43.24.7.5), razbacivanje đubreta po plodnoj zemlji (D.43.24.7.6), bacanje zagađujućih substanci u bunar (D.43.24.11pr), pomeranje kamenja (D.43.24.15.1). Međutim, u tu grupu ne spadaju: branje plodova (D.43.24.7.5), paljenje stogova (D.43.24.9.3), niti nošenje đubreta preko tuđe zemlje uprkos zabrani (D.43.24.22.3). (MacCormack: *op. cit*., str. 344.)

[18] MacCormack: *op. cit*., str.345.

[19] MacCormack: *op. cit*., str. 345-346.

[20] Pitanje prirode ove garancije samo po sebi je zanimljivo, ali nije od značaja za razumevanje smisla fragmenta D. 9. 2. 27. 14, te se njime nećemo baviti. Ipak, treba pomenuti da je u literaturi bilo je dosta rasprave oko toga da li je *cautio* koja se ovde pominje poseban institut, ili je u pitanju samo drugi naziv za isti tip procesnog obezbeđenja, koji se u drugim tekstovima pominje pod drugim imenom. (Thayer: *op. cit*., str. 92-93.) Mišljenje starijih autora da je *cautio amplius non peti* stariji institut civilnog prava, dobro-

izgubila u skraćivanju teksta, autor smatra da na osnovu ugovoru o zakupu kolon ima pravo da postupa kao zastupnik, prokurator vlasnika zemlje, te samo on podiže tužbu *in factum* kako na ime zemlje, tako i na ime plodova, ako pruži garanciju da i vlasnik neće tužiti po istom osnovu. On polazi od pretpostavke da procesno obezbeđenje ima značaja samo ako je onaj koji daje garanciju prokurator drugog lica, za koje garantuje da neće pokrenuti spor po istom osnovu.[21]

Stavovi Mek Kormaka su prihvaćeni od izvesnog boja autora.[22] Ipak, ova teorija ima dva krupna nedostatka. Prvi je taj što bi analogija sa interdiktom sugerisala da se i u slučaju primene akvilijanske tužbe zaštita daje i kolonu i vlasniku zemlje, a ne samo kolonu. Drugo, postavlja se pitanje, ako se u ovom slučaju daje pravna zaštita detentoru putem akvilijanske tužbe, makar u svojstvu prokuratora vlasnika stvari, zašto se ne daje ni u jednom drugom slučaju?

2.3 I po interdiktu i po akvilijanskoj tužbi vlasnik zemlje tuži zbog zagađenja zemljišta, a kolon zbog plodova, kao njihov sopstvenik. Direktna akvilijanska tužba se ne daje iz razloga što se zagađenje zemljište ne može opisati kao *corrumpere*. Kao odgovor na interpolacionističku kritiku, dosta rano se javilo objašnjenje da se tužba daje kolonu kao vlasniku plodova, a ne zbog njegovog svojstva zakupca.[23] Tako, Natali piše 1896. godine da je ovaj tekst izuzetak od principa da se ne da-

---

voljna garancija u stipulacionoj formi koja je kasnije zamenjen sa *cautio de rato* Gvici odbija, i misli da je reč o istom institutu. (Guizzi: *op. cit*., str. 331-341.) Napomenimo i to da isti autor smatra da je deo teksta u kome se pominje procesna garancija delo Ulpijana, a ne Celza. Po ovoj teoriji, Ulpijan je postavio procesnu garanciju kao uslov za podizanje tužbe, dok je Celz samo pomenuo da i kolon može dobiti *actio in factum*. Gvici polazi od pretpostavke da rana klasična jurisprudencija nije poznavala *cautio amplius non agi* koja se ovde pominje. (Guizzi: *op. cit*., str. 331-332.)

[21] MacCormack: *op. cit*., str. 347-348. Ideja nije u potpunosti originalna, i po svemu sudeći potiče od nekih starijih autora koji su, kritikujući stanovište da je kolon imao akvilijansku tužbu kao vlasnik plodova, smatrali da je kolon imao samo interdikt i da je zato morao da ponudi osiguranje ako bi želeo da koristi akvilijansku tužbu. Garancija je bila način da se izbegne konkurencija sa interdiktom. (Thayer: *op. cit*., str. 91-92.)

[22] I neki savremeni autori misle da je sopstvenik imao pravo da bira između interdikta i akvilijanske tužbe, dok je posesor imao samo interdikt, izuzev ako se putem fikcije ne bi dala pretorska *actio utilis ex lege Aquilia*. Tako, J. M. Llanos Pitarch: *La restitución en la posesión (El interdicto quod vi aut clam)*, Castellón 1995., str. 166-167. I Mek Kormakov stav da se akvilijanska tužba daje ili vlasniku ili kolonu, dakle, ne obojici istovremeno, prihvaćen je od nekih romanista, tako: P. Ziliotto: *L'imputazione del danno aquiliano (tra iniuria e damnum corpore datum)*, 2000., str. 182-183. Isto važi i za njegovo stanovište da je za primenu interdikta *quod vi aut clam* moralo postojati *corrumpere,* i da je njegovo polje primene sa tog aspekta isto kao kod akvilijanske tužbe, npr. Llanos Pitarch: *op. cit.,* str. 152., 154-163., i 166-167.

[23] Thayer: *op. cit*., str. 91.

je tužba iz Akvilijevog zakona iz razloga korisnosti nekome ko nema stvarno pravo na stvari, ali misli da je to posledica toga što je kolon sopstvenik budućih plodova, i da se kolonu samo na ime plodova daje tužba iz razloga korisnosti.[24] Direktna tužba se ne daje jedino iz razloga što šteta nije nanete *corpore*, mada bi inače kolon kao sopstvenik plodova imao direktnu tužbu.[25] Naravno, vlasniku pripada tužba zbog zemljišta koje je dovedeno u gore stanje..

U jednom od samo dva rada do sada objavljena u romanistici koja su izričito posvećena analizi fragmenta D.9.2.27.14, Olga Telegen-Kuper je, kao reakciju na stavove Mek Kormaka, reformulisala ovu teoriju i potkrepila je novom argumentacijom.[26]

Autorka odbacuje kao netačan zaključak Mek Kormaka da uslov za primenu interdikta postoji samo onda kada dolazi do neke fizičke promene na zemljištu, i smatra da Celz nije imao nikakve sumnje u pogledu toga da li u ovom slučaju treba dati interdikt ili ne.[27] Ne slaže se ni da se *cautio amplius non peti* primenjivala isključivo u slučaju kada je neko postupao na sudu kao prokurator, i tvrdi da se primenjivala i u drugim situacijama.[28]

Prema njenom tumačenju, kolon, kako interdiktom tako i tužbom zbog protivpravne štete, mogže da zahteva vrednost plodova, a vlasnik ne zahteva vrednost zemlje, jer ona nije trajno uništena nego samo privremeno zagađena, nego vrednost izgubljenih žetvi ukoliko zemljište nije dato u zakup, ili nakon što zakup prestane. Razlog zašto se obezbeđenje ne zahteva kod interdikta je taj što se interdikt može podići samo u roku od godinu dana od učinjenog prestupa. To znači da se može podići samo za štetu koja nastane u tom periodu, dakle, samo za jednu žetvu. Ako je zemljište dato u zakup, isključivo zakupac može koristiti interdikt, dok akvilijansku tužbu vlasnik može da podigne i zbog slabih žetvi nakon prestanka ugovora o zakupu. Interdikt se primenjuje ako postoji oštećenje (*corruptio*) zemljišta, a u slučaju da ovaj uslov nije ispunjen, daje se akvilijanska tužba, ali *in factum*, budući da je postojanje fizičkog oštećenja ujedno i uslov za primenu direktne tužbe zbog protivpravne štete.[29]

---

[24] N. Natali: *La legge Aquilia (ossia il damnum iniuria datum) – Studio sul lib. IX, tit. II del Digesto*, Roma 1896., str. 120-122.

[25] Natali: *op. cit*., str. 78.

[26] Tellegen-Couperus: *op. cit.,* str. 415-436.

[27] Tellegen-Couperus: *op. cit.,* str. 422-423. Neki autori u prilog tome da *opus* u smislu interdikta u slučaju sejanja korova nedvosmisleno postoji navode da *opus* postoji i u slučaju prostog oranja zemlje, pa bi tim pre postojao u slučaju njenog zagađenja. Tako, Capogrossi Colognesi: *op. cit.,* str. 278., nap. 64.

[28] Tellegen-Couperus: *ibid.*

[29] Tellegen-Couperus: *op. cit.,* str. 423-427.

Autorka podvlači da niko ne može da ima akvilijansku tužbu po osnovu isključivog svojstva detentora, jer kolon ima tužbu kao vlasnik plodova, a ne kao držalac zemljišta.[30] Istina, kolon u vreme kad je delikt učinjen još nije vlasnik plodova, jer plodovi koji nisu odvojeni od zemlje su svojina vlasnika zemlje, ali autorka smatra da zakupac koji je obrađivao zemlju nije shvatio da je zemljište zagađeno sve do žetve. Tek tada je uvideo da ne vredi žnjeti jer je nemoguće razdvojiti korov od pšenice.[31]

Ukratko, ona smatra da je Celz u izvornom tekstu razmatrao četiri pitanja, i ponudio u zavisnosti od situacije četiri različita odgovora:

Prvo, ako je zemljište oštećeno, da li vlasnik može da podigne tužbu i koju? Odgovor je, može da podigne interdikt *quod vi aut clam*.

Drugo, ako je zemljište oštećeno, da li detentor može da podigne tužbu? Može, pripada mu interdikt kao vlasniku plodova.

Treće, ako zemljište nije oštećeno, da li vlasnik može da tuži akvilijanskom tužbom? Da, ali ne direktnom nego *in factum*, jer ne postoji uslov koji se odnosi na *corrumpere*.

Četvrto, da li kolon može da tuži ako zemljište nije oštećeno? Može, i to kao vlasnik plodova.[32]

Iako najbolje argumentovana od svih dosadašnjih teorija, ova teza ipak ima svojih slabosti. Osnovni zaključak, da vlasnik parcele tuži zbog zagađenog zemljišta, a kolon za plodove kao njihov vlasnik, pod uslovom da pruži garanciju da vlasnik zemlje neće tužiti po istom osnovu, nudi prihvatljivo objašnjenje zašto je kolonu data akvilijanska tužba, a da pri tome ne dovodi u pitanje pravilo da se ona ne daje detentoru, i, budući da ne protivreči ni jednom izvoru, načelno je prihvatljiv. Međutim, navedena rekonstrukcija Celzovog mišljenja deluje preambiciozno i nije utemeljena na tekstu paragrafa 9. 2. 27. 14, u kome se nigde ne spominje mogućnost da se uskrati interdikt. Zatim, objašnjenje po kome se kolon shvata kao vlasnik plodova zato što do žetve nije shvatio da je bačeno seme korova ne deluje ubedljivo, a može se kritikovati i objašnjenje da je tužba data *in factum* zbog izostanka fizičkog oštećenja stvari.

2.4 U slučaju zagađenja zemljišta interdikt ili tužba iz Akvilijevog zakona pripadaju vlasniku zemlje, a u slučaju zagađenja žetve, Celz bi dao interdikt ili tužbu kolonu, a Ulpijan ne bi. Treba pomenuti i sasvim originalnu teoriju koju je izneo Di Porto. On polazi od toga da drugi deo teksta D. 9. 2. 27. 14 u kome se daje objašnjenje za napred citirano Celzovo rešenje (od *nam* do kraja pasusa) potiče od Ulpijana, i da Ulpijan, za razliku od Celza, ima na umu dve odvojene situacije. Prva je

[30] Tellegen-Couperus: *op. cit.,* str. 427-436.
[31] Tellegen-Couperus: *op. cit.,* str. 418.
[32] Tellegen-Couperus: *op. cit.,* str. 423-427.

mešanje žita sa korovom, koje ima za posledicu mukotrpno odvajanje semena. Druga je zagađenje samog zemljišta. Ulpijan bi dao interdikt samo u slučaju zagađenja zemljišta, ali ne i zbog toga što je požnjeveno seme pomešano sa nečim. Kao dokaz navodi to što Ulpijan u slučaju mešanja žita sa peskom ili drugom materijom ne pominje interdikt, nego samo akvilijansku tužbu (D. 9. 2. 27. 20).[33] Smatra da je, nasuprot njemu, Celz imao liberalan stav prema primeni interdikta i da ga je davao i tamo gde Ulpijan ne bi. Ulpijan se striktno drži principa da *opus* mora biti učinjen *in solo*, a Celz ne, i u skladu sa time daje interdikt i kada je šteta učinjena na plodovima (sečenjem nezrelog zasada drveća - D. 43. 24. 18pr). Štaviše, dopušta tužbu i ako nema nikakvog materijalnog oštećenja (ako je posečeno zrelo drveće), samo ako je time nanet materijalni gubitak vlasniku. Ulpijan, međutim, ne smatra da se u slučaju da neko dira plodove drveta može dati interdikt, jer ne postoji *opus in solo* (D. 43. 24. 7. 5).[34]

Dakle, budući da se radi o dve situacije, interdikt, u zavisnosti od toga o kojoj se od njih radi, ima samo kolon, ili samo vlasnik zemlje, a isto važi i za akvilijansku tužbu.

Iako prihvaćena od nekih autora,[35] ova teorija ima brojne slabosti. Pre svega, iz samog teksta se ne vidi da su Ulpijan i Celz imali suprotstavljene stavove, mada se ne može isključiti da je Celzov tekst upotrebljen van izvornog konteksta. Dalje, oni izričito govore o sejanje korova, a ne o mešanju već požnjevenog žita sa semenom korova,[36] te paralela sa Ulpijanovim tekstom D. 9. 2. 27. 20 u kome se pominje mešanje žita i peska ništa ne dokazuje. Uostalom, Ulpijanovo ćutanje o primeni interdikta u tekstu D. 9. 2. 27. 20 može se objasniti time što je tekst deo rasprave o akvilijanskoj odgovornosti, te je logično što je u njemu raspravljano samo o primeni tužbe zbog protivpravne štete, a ne i o interdiktu. Zatim, istina je da Ulpijan u tekstu D. 43. 24. 7. 5 ne daje interdikt u slučaju odnošenja plodova, ali na kraju istog teksta precizira da *opus in solo* postoji i ako neko učini nešto na stablima, ali ne i ako učini štetu na plodovima (*in solo fieri accipimus et si quid circa arbores fiat, non si quid circa fructum arborum*). Dakle, njegovo mišljenje se u suštini ne razlikuje od Celzovog u tekstu D. 43. 24. 18pr. Na kraju, rasprava o *corrumpere* u tekstu D. 9. 2. 27. 14 nema veze sa interdiktom, i odnosi se na primenu Akvilijevog zakona (*ut lex Aquilia locum habeat*).

---

[33] Di Porto: *op. cit*., str. 495-496, nap. 117.

[34] Di Porto: *op. cit*., str. 494-497.

[35] Tako, A. Corbino: *Il danno qualificato e la lex Aquilia (Corso di diritto romano)*, Padova 2008., str. 162.

[36] Capogrossi Colognesi: *op. cit.,* str. 278., nap. 64.

3. Kritički osvrt na postojeće teorije

Sa izuzetkom teorija zasnovanih na interpolacionističkoj kritici, koje su danas jednoglasno napuštene, sve ostale navedene teorije imaju uporište u izvorima, i prihvaćene su, manje ili više, u savremenoj romanistici. Ipak, sve su podložne kritici. Teorija Del Porta deluje najslabije argumentovano, mada se ne može potpuno isključiti. Mek Kormakova teorija je verovatnija. Ipak, najbolje potkrepljeno izgleda stanovište koju je iznela Telegen-Kuper. U ovom radu nastojaćemo da dokažemo da je njen osnovni zaključak ispravan, ali i da se neki drugi aspekti značenja teksta D. 9. 2. 27. 14 mogu objasniti na drugačiji način nego što je autorka predložila. Pokušaćemo da ponudimo novu argumentaciju za ovu teoriju, ali i da ukažemo na potrebu revizije nekih zaključaka.

Ukratko, nastojaćemo da dokažemo sledeće: da se akvilijanska tužba daje kolonu po osnovu svojstva vlasnika plodova a ne po osnovu svojstva detentora, dok se vlasniku zemlje daje tužba na ime svojstva sopstvenika zemljišta; da se ona daje zato što vlasnik zemljišta ne bi mogao da podigne interdikt za štetu koja nastupa nakon godinu dana od kada je šteta učinjena, dok akvilijanska tužba ne podleže vremenskom ograničenju; da ni Ulpijan ni Celz nisu sumnjali u to da se u ovom slučaju može dati interdikt i da zato ovo pitanje nisu ni razmatrali; da kolon može da podigne tužbu od momenta zagađenja po osnovu fikcije da je vlasnik plodova a ne tek nakon žetve kad postane njihov vlasnik odvajanjem od zemljišta; da razlog za to što se ne daje direktna akvilijanska tužba ne mora biti izostanak fizičkog oštećenja stvari, i da pogrešan utisak o tome proističe odatle, što je Ulpijan upotrebio Celzov tekst u kontekstu koji on izvorno nije imao.

Treba istaći da smo svesni da pri sadašnjem stanju izvora nema izgleda da će se doći do nespornog tumačenja teksta D. 9. 2. 27. 14, te ni jedna od navedenih konstatacija ne pretenduje da bude definitivna, nego samo da ukaže na moguće načine rešavanje nekih problema vezanih za ovaj tekst.

3.1 Problem legitimacije i konkurencije procesnih sredstava. Celz kaže, ako je na tuđe zemljište sa usevima bačeno seme korova, vlasnik zemlje može da tuži učinioca interdiktom *quod vi aut clam* (*quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum*). Razmotrimo najpre pitanje, da li je Celz sumnjao u mogućnost primene interdikta u ovom slučaju? Uslovi za odgovornost po ovom interdiktu su: da je učinjena izvesna radnja (*opus*) na zemlji i svemu što je za nju vezano u najširem smislu; koja je štetna; i koja je učinjena silom ili potajno.[37] Analizirajmo svaki ponaosob.

[37] Llanos Pitarch: *op. cit.,* str. 73-83. i 84-108.; Capogrossi Colognesi: *op. cit.,* str. 232. Vidi i: G. Longo: *Voce: Interdictum quod vi aut clam*; Novissimo digesto italiano VIII, Torino 1962., str. 808-809.

Pre svega, da li u ovom slučaju postoji *opus*, i da li postoji povezanost sa zemljom?[38] Odgovor na ovo pitanje je potvrdan. Ovaj uslov postoji i u slučaju prostog oranja zemlje,[39] a posebno je indikativan sledeći fragment:

D. 43. 24. 11pr ULPIJAN, iz sedamdeset prve knjige o ediktu: *Onaj koji u komšijin bunar nešto prospe, tako da time pokvari vodu, Labeo kaže da podleže interdiktu quod vi aut clam; naime živa voda se smatra delom zemlje, kao da je izvršio delo na vodi.*[40]

Ako je zagađenje vode delo izvršeno na zemlji, budući da se ona smatra delom zemlje, ne postoji ni jedan razlog da se i zagađenje samog zemljišta ne smatra aktom izvršenim na zemlji, a to važi i za plodove, jer su i oni deo zemlje dok se od nje fizički ne odvoje. Dakle, ni Celz ni Ulpijan nisu imali razloga da sumnjaju da u slučaju zagađenja zemljišta postoji *opus in solo*.

Da li u tekstu D. 9. 2. 27. 14 postoji i uslov da je šteta naneta zlonamerno, odnosno *silom ili potajno* (*vi aut clam*)? Ne kaže se izričito da je seme korova bačeno iz zle namere. Ipak, da je šteta naneta zbog nepažnje, to bi verovatno bilo u vezi sa nekim obligacionim odnosom, i tada bi se moralo postaviti pitanje kontraktne odgovornosti, o kojoj se, međutim, u tekstu ne raspravlja.[41] Na prvi pogled, ideja o tome da bi neko sakupio veću količinu semena korova a zatim ga potajno bacio na tuđu njivu čini se neobičnom. Međutim, podsetimo na poznatu biblijsku alegoriju o odvajanju žita od kukolja, u Jevanđelju po Mateju:

Jevanđelje po Mateju, 13. 24 *Iznese im još jedno poređenje, govoreći: „Nebesko kraljevstvo je kao čovek koji je posejao dobro seme na svojoj njivi. 25 Dok su, međutim, ljudi spavali, došao je njegov neprijatelj i posejao*

[38] Ulpijan u drugim tekstovima podvlači da interdikt *quod vi aut clam* može da se primeni samo na one radnje koje se silom ili prevarom vrše na zemljištu (*ad ea sola opera quaecumque in solo vi aut clam fiunt* - D.43.24.1.4).

[39] Capogrossi Colognesi: *op. cit.,* str. 278., nap. 64.

[40] D. 43. 24. 11pr. ULPIANUS libro septuagensimo primo ad edictum *Is qui in puteum vicini aliquid effuderit, ut hoc facto aquam corrumperet, ait Labeo interdicto quod vi aut clam eum teneri: portio enim agri videtur aqua viva, quemadmodum si quid operis in aqua fecisset.*

[41] Tako, ako neko proda drugome bolesnu ovcu pa se putem nje zaraze kupčeve ovce, prodavac odgovara po tužbi iz kupoprodaje (D.19.1.13pr). Analogno tome, u slučaju nehatnog sejanja zagađenog semena na tuđoj njivi od strane radnika moglo bi se odgovarati po tužbi iz kontrakta *locatio conductio*, ili, u slučaju prodaje zagađenog semena, putem tužbe iz kupoprodaje.

kukolj među pšenicu, pa otišao. 26. Kad je, pak, bilje izniklo i donelo plod, tada se pojavio i kukolj. 27. Onda domaćinovi robovi, koji dođoše do njega, mu rekoše: „Gospodaru, zar nisi posejao dobro seme na svojoj njivi? Otkud onda kukolj?“ 28. A on im reče: „Neprijatelj čovek to učini.“[42]

Isus je u svojim alegorijskim pričama (parabolama) koristio jednostavne primere iz svakodnevnog života, koje su njegovi slušaoci mogli lako razumeti jer su svima bili dobro poznati.[43] Dakle, izgleda da je u njegovo (tj. rimsko) doba sejanje korova u tuđe useve bilo uobičajen način da se nekome napakosti. Biblijska priča potkrepljuje autentičnost fragmenta D. 9. 2. 27. 14 isto toliko, koliko fragment govori u prilog autentičnosti ove Isusove parabole.

Da bi neko imao ovlašćenje da podigne interdikt neophodno je i da bude povređen njegov imovinski interes. U romanistici ne postoji potpuna saglasnost oko toga da li je potrebno i da je tužilac nosilac nekog prava na zemlji, ili interdikt može pripasti i posesoru.[44] Međutim, sa aspekta analize paragrafa D. 9. 2. 27. 14 ovo pitanje nije od značaja, jer ni oni koji sumnjaju da se interdikt daje svakome ko ima imovinski interes, ne dovode u pitanje da se daje nosiocima obligacionih prava, pa prema tome i zakupcu,[45] o čemu izvori nedvosmisleno svedoče:

D. 43. 24. 12 VENULEJ, iz druge knjige o interdiktima *Kad god, međutim, ovaj interdikt bude dopušten zakupcu zemlje i plodouživaocu, on uvek pripada i vlasniku, ako on u vezi toga ima nekog interesa.*[46]

Dakle, interdikt se može dati zakupcu zemlje, naravno, na ime plodova. To podrazumeva i štetu koju je pretrpeo usled sejanja korova na njivi, jer se šteta od korova smatra štetom koja nije posledica više sile, te pada na teret zakupca:

---

[42] Vulgata, Mt. 13. 24. *Aliam parabolam proposuit illis, dicens: „Simile factum est regnum caelorum homini, qui seminavit bonum semen in agro suo. 25. cum autem dormirent homines, venit inimicus eius, et superseminavit zizania in medio tritici, et abiit. 26. Cum autem crevisset herba, et fructum fecisset, tunc apparuerunt et zizania. 27. Accedentes autem servi paterfamilias, dixerunt ei: Domine, nonne bonum semen seminasti in agro tuo ? Unde ergo habet zizania? 28. Et ait illis: Inimucus homo hoc fecit:*

[43] Podsetimo i na priče o izgubljenoj ovci (Mt. 18. 12-14; Lu. 15. 3-7), izgubljenom novčiću (Lu. 15. 8-10) i raspusnom sinu (Lu. 15. 11-32).

[44] Llanos Pitarch: *op. cit.,* str. 111.

[45] Llanos Pitarch: *op. cit.,* str. 119-120. Vidi i: I. Fargnoli: *Studi sulla legittimazione attiva all'interdetto quod vi aut clam*, Milano 1998.

[46] D. 43. 24. 12 *VENULEIUS* libro secundo interdictorum *Quamquam autem colonus et fructuarius fructuum nomine in hoc interdictum admittantur, tamen et domino id competet, si quid praeterea eius intersit.*

D. 19. 2. 15. 2 ULPIJAN, iz trideset druge knjige o ediktu: *Da vidimo, da li zakupodavac odgovara zakupcu za štetni uticaj loših vremenskih prilika? Servije kaže da vlasnik treba da obešteti kolona za svaku silu kojoj nije moguće odupreti se, kao kao što su poplava, ptice razne vrste, i ako se nešto slično dogodi, ili ako se desi napad neprijatelja; a ako međutim nedostatak potiče iz same stvari, to je na štetu kolona, na primer ako bi usevi bili pokvareni korovima ili travama.*[47]

Naravno, i ako je zemljište dato u zakup, vlasnik i dalje može da podigne interdikt, ako je povređen njegov imovinski interes (*quid praeterea eius intersit* - D. 43. 24. 12).

Na osnovu navedenog, možemo zaključiti da su u slučaju navedenom u tekstu D. 9. 2. 27. 14 ispunjeni svi uslovi za primenu interdikta *quod vi aut clam*. Celz i Ulpijan nisu imali razloga da raspravljaju o tome da li se ovo procesno sredstvo može primeniti ili ne. Dakle, mišljenje prema kome Celz daje akvilijansku tužbu u slučaju kada se ne može podići interdikt jer ne postoji *opus in solo*[48] nema osnova. Kako vlasniku tako i kolonu, pored interdikta čija je primena van sumnje, daje još i tužba *in factum* (*non solum quod vi aut clam ... sed et in factum agendum*). Naravno, oni mogu da koriste samo jedno od ta dva procesna sredstva. Efekat koji će postići će u oba slučaja biti isti: osuđeni će morati da plati procenjeni iznos štete.[49]

Izgleda da razlog uvođenja tužbe *in factum* treba tražiti, kako je u literaturi već konstatovano,[50] u tome što se interdikt može podići samo u roku od godinu dana, dok za akvilijansku tužbu ne postoji takvo ograničenje. Ako bi kasnije nastupila šteta usled slabe žetve, interdikt se ne bi mogao podići, ali bi se mogla podići akvilijanska tužba. To je ujedno i razlog zašto se kod interdikta ne zahteva procesno obezbeđenje: on se može podići samo jednom, dok se akvilijanska tužba može podići više puta u slučaju loše žetve, te nije moguće da vlasnik naknadno podiže in-

[47] D. 19. 2. 15. 2 ULPIANUS libro trigesimo secundo ad edictum *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint.*

[48] Tellegen-Couperus: *op. cit.,* str. 423-427.

[49] Lice koje bude osuđeno po interdiktu *quod vi aut clam* mora da povrati stvari u pređašnje stanje, ili, ako to nije moguće, da plati procenjenu vrednost spora. (Llanos Pitarch: *op. cit.,* str. 108-110.) U slučaju zagađenja zemljišta, povraćaj u pređašnje stanje neće biti moguć, tako da će osuđeni morati da plati procenjeni iznos štete.

[50] Tellegen-Couperus: *ibid.*

terdikt, ali može da podigne akvilijansku tužbu, pa se traži garancija da njome neće zahtevati iznos štete za ranije žetve, koji je naplatio zakupac.[51] Kako tužbom tako i interdiktom, dakle, može da se zahteva samo iznos štete na plodovima. Kolon zahteva iznos štete za žetve pre isteka zakupa, a vlasnik za one kasnije. U svakom slučaju, izvesno je da vlasnik ne može da zahteva iznos vrednosti zemljišta, jer ono nije trajno učinjeno neplodnim, nego samo privremeno degradirano. Naime, kao korovi čije je seme posejano, pominju se ljulj (*lolium*) i divlji ovas (*avena*). Ljulj je vrsta korova koju je teško otkloniti iz žita jer mu je seme veoma slično pšenici, a osim toga je opasan po zdravlje, dok je divlji ovas bezopasan, ali otporan korov, i potrebno je šest godina da bi potpuno nestao sa zemljišta.[52] Bilo bi besmisleno da se zbog par godina loše žetve zahteva puna vrednost zemlje, pogotovo ako je za deo tog perioda zemlja bila izdata u zakup.

Dakle, u pogledu ovlašćenja za podizanje tužbi, stvari su stajale na sledeći način. U slučaju zagađenja zemljišta, vlasniku zemlje pripada interdikt. Međutim, ako je zemljište dato u zakup, interdikt može da podigne samo kolon. Celz u stvari kaže da interdikt može da podigne ili vlasnik ili, ako je zemljište dato u zaku, kolon (*quod vi aut clam dominum posse agere **vel**, si locatus fundus sit, colonum*). Ovo iz razloga što ugovor o zakupu obradive zemlje mora trajati bar godinu dana, po prirodi stvari. Vlasnik može da tuži i tužbom iz Akvilijevog zakona (*sed et in factum agendum*), i ako je zemljište dato u zakup ovo je i jedino procesno sredstvo koje može da koristi. Moći će da je koristi i kolon, ali u tom slučaju mora da pruži garanciju da vlasnik neće kasnijom tužbom zahtevati naplatu štete koja će po presudi biti nadoknađena kolonu (*et si colonus eam exercuit, cavere eum debere amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet*).

3.2 Priroda akvilijanske tužbe *in factum*. Može se postaviti pitanje, po kojem osnovu se kolonu daje akvilijanska tužba, i zašto se daje tužba *in factum*,[53] a ne direktna akvilijanska tužba?

Rekli smo da je kolon mogao imati tužbu samo kao vlasnik plodova. Međutim, po striktnoj primeni principa *superficies solo cedit* plodovi predstavljaju svojinu vlasnika zemlje dokle god ne budu ubrani. U pokušaju da prevaziđe ovaj problem, Telegen-Kuper pretpostavlja da kolon do žetve nije ni primetio da je zemljište zagađeno korovom, a i da bi tek nakon žetve uvideo da je žnjeo uzalud jer je nemoguće razdvojiti korov od pšenice, tako da je mogao da tužbom zahteva puni iznos vrednosti že-

[51] *Ibid.*
[52] Tellegen-Couperus: *op. cit.,* str. 418.
[53] O prirodi akvilijanske *tužbe in factum* vidi npr.: Ziliotto: *op. cit*., str. 60.

tve.[54] Međutim, nastavak biblijske priče o kukolju i pšenici pokazuje da stvari nisu morale stajati tako:

Vulgata, Jevanđelje po Mateju 13. 28. *Robovi mu, pak, rekoše: „Hoćeš li, dakle, da odemo i da ga sakupimo (korov)?" 29. I (on) reče: „Ne; da ne biste slučajno skupljajući kukolj, iščupali isto tako sa njime i pšenicu. 30. Neka oboje rastu zajedno do žetve; a u vreme žetve reći ću žeteocima: prikupite prvo kukolj i svežite ga u snopove da se spali, pšenicu, međutim, sakupite u moju žitnicu."*[55]

U biblijskoj priči, zemljoradnikovi robovi su pre žetve, čim su usevi iznikli, primetili da je posejan korov. Ali, nisu ga odmah počupali, jer je praksa izgleda bila da se to ne čini pre žetve, da se ne bi i pšenica iščupala zajedno sa njime. Razdvajanje je, međutim, bilo moguće, i vršilo se u vreme žetve, ali je taj posao sigurno zahtevao dodatnu radnu snagu, i, prema tome, dodatne troškove.[56] Uostalom, ni u tekstu D. 9. 2. 27. 14 se ne kaže da bi *separatio* bila *impossibilis* nego teška, *molesta*. Na osnovu ovoga možemo zaključiti dve stvari. Prvo, štetu koju je kolon pretrpeo ne predstavlja uništeno žito, nego troškovi razdvajanja žita od korova prilikom žetve. Drugo, postojanje štete moglo je da se primeti i pre žetve, te se postavlja pitanje, da li bi kolon već tad mogao da podnese tužbu? Po analogiji sa tužbom za krađu plodova reklo bi se da može:

D. 47. 2. 26. 1 PAUL, iz devete knjige o Sabinu: *Takođe je konstatovano da kolon, koji je isplatio novac (tj. zakupninu) može da tuži za krađu onoga ko ukrade neubrane plodove, budući da bi oni bili njegovi čim bi ih sakupio.*[57]

Dakle, *actio furti* daje se kolonu u slučaju krađe neubranih plodova, pod uslovom da je platio zakupninu, budući da bi mu plodovi pripali čim bi ih sakupio. Nema razloga da sumnjamo da su stvari stajale isto i kod tužbe zbog protivpravne štete u slučaju sejanja korova, tim pre što će na-

[54] Tako, Tellegen-Couperus: *op. cit.,* str. 418.

[55] Vulgata, Mt. 13. 28. „*Servi autem dixerunt ei, Vis, imus, et colligimus ea? 29. Et ait: Non: ne forte colligentes zizania, eradicetis simul cum eis et triticum. 30. Sinite utraque crescere usque ad messem, et in tempore messis dicam messoribus: Colligite primum zizania, et alligate ea in fasciculos ad comburendum, triticum autem congregate in horreum meum."*

[56] Biljka opisana kao *zizania* u biblijskoj priči identična je biljci *lolium* koju spominju Ulpijan i Celz. U pitanju je biljka koja se na srpskom jeziku zove *ljulj*.

[57] D. 47. 2. 26. 1 PAULUS libro nono ad Sabinum *Item constat colonum, qui nummis colat, cum eo, qui fructus stantes subripuerit, acturum furti, quia, ut primum decerptus esset, eius esse coepisset.*

kon žetve kolon zaista postati njihov vlasnik, dok na plodovima koji su mu ukradeni zapravo nikad nije stekao svojinu.

Prema tome, kolonu je kao vlasniku plodova mogla pripasti i direktna tužba iz Akvilijevog zakona. Međutim, tužba se ne samo kolonu nego i vlasniku zemlje daje *in factum*. Većina romanista smatra da je razlog tome što nedostaje element koji se odnosi na fizičko oštećenje stvari (*corrumpere*). Ni zemljište ni usevi nisu oštećeni, samo će postojati teškoće oko razdvajanja (*molesta separatio*) semena korova. Da je postojao uslov koji se odnosi na fizičko oštećenje, Celz bi dao direktnu tužbu zbog protivpravne štete.[58] U tom pogledu se slažu i autori čija su tumačenja pasusa D. 9. 2. 27. 14 u drugim aspektima dijametralno suprotna.[59]

Ova teorija je dobro zasnovana na izvorima. Naš pasus pripada Ulpijanovom razmatranju iz osamnaeste knjige o ediktu koje su Justinijanovi kompilatori uvrstili u poglavlje Digesta o Akvilijevom zakonu (D. 9. 2 – *Ad legem Aquiliam*). Odnosi se na treće poglavlje Akvilijevog zakona, i to na interpretaciju reči *rumpere*, kao jednog od uslova za primenu trećeg poglavlja Akvilijevog zakona, koji zahteva da oštećenje bude naneto putem spaljivanja, slamanja ili uništenja stvari (D. 9. 2. 27. 5). Nakon što se pozabavio slučajevima nanošenja štete vatrom (27. 6-12) Ulpijan je najpre konstatovao:

D. 9. 2. 27. 13 *Inquit lex 'ruperit'. rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt 'corruperit'.*[60]

Posle konstatacije da su još stari rimski pravnici pod glagolom *rumpere* podrazumevali bilo kakvo kvarenje stvari (*corrumpere*), Ulpijan navodi primer štete koja je naneta bez promene suštine stvari, u našem tekstu D.9.2.27.14: zagađenje korovom, kod koga samo žito zapravo nije

[58] Akvilijev zakon u trećem poglavlju predviđa odgovornost za onog koji nešto spali, slomi ili uništi (*usserit fregerit ruperit* – D. 9. 2. 27. 5). Klasični pravnici su se koncentrisali na tumačenje reči *rumpere*, smatrajući da druga dva izraza predstavljaju samo posebne slučajeve unutar šireg pojma uništenja, koje je obuhvaćeno izrazom *rumpere* (D. 9. 2. 27. 16). Međutim, izraz *rumpere* su tumačili dosta široko, i smatrali su da postoji u svakom slučaju u kome postoji kvarenje, *corrumpere*, odnosno bilo kakva fizička promena na stvari (G. 3. 217). Pod time se podrazumeva čak i takva fizička promena na stvari koja ne dovodi do smanjenja njene upotrebne vrednosti (na primer u slučaju brisanja teksta sa tablica testamenta - D. 9. 2. 42). Ipak, sāmo mešanje stvari ne znači da postoji *corrumpere* (na primer, u slučaju mešanja žita sa peskom - D. 9. 2. 27. 20).

[59] Tako: MacCormack: *op. cit*., str. 343-344.; Ziliotto: *op. cit*., str. 183-184.; Tellegen-Couperus: *op. cit.,* str. 417-418.

[60] D. 9. 2. 27. 13 *Zakon kaže „uništio" (ruperit). Pod glagolom „uništiti" gotovo svi stari su podrazumevali i „pokvario" (corruperit).*

uništeno, ali je izmešano na takav način da ga je teško odvojiti od korova.[61] Nakon toga sledi primer u kome fizička promena stvari postoji:

D. 9. 2. 27. 15 *Cum eo plane, qui vinum spurcavit vel effudit vel acetum fecit vel alio modo vitiavit, agi posse Aquilia Celsus ait, quia etiam effusum et acetum factum corrupti appellatione continentur.*[62]

Ulpijan citira Celza koji kaže da se, suprotno ranije navedenoj situaciji kada je žito izmešano sa korovom, vino koje je prosuto, ili isprljano, ili ukiseljeno, može smatrati za *corruptum*, te ima mesta primeni direktne tužbe iz Akvilijevog zakona. U paragrafima koji slede, Ulpijan razmatra primenu glagola *rumpere*, uz digresije koje se odnose na druga pitanja poput krivice i legitimacije za podizanje tužbe, do kraja fragmenta (§ 35). Dakle, tekst o zagađenju polja korovom je deo Ulpijanove rasprave o tumačenju reči *rumpere*.

Ipak, nije izvesno da se Celzovo mišljenje izvorno nalazilo u kontekstu u kome ga citira Ulpijan. Reč je verovatno o tekstu iz Celzovih knjiga pitanja (*questionum*) ili knjiga digesta (*digestorum*).[63] Radi se o delima naučno-didaktičke prirode koja su uglavnom sadržala analizu pravnih slučajeva. Celz je najverovatnije razmatrao različite pravne aspekte slučaja zagađenja zemljišta korova, stvarnog ili fiktivnog,[64] a Ulpijan ga je u svom ko-

[61] Da Ulpijan koristi citat od Celza radi objašnjenja prethodnog paragrafa D. 9. 2. 27. 13 misli i Zilioto (Ziliotto: *op. cit*., str.182).

[62] D. 9. 2. 27. 15 *Celz kaže da je jasno da se protiv onoga koji isprlja, ili prospe, ili ukiseli vino, ili ga na drugi način pokvari, može tužiti po osnovu Akvilijevog zakona, jer se pod izrazom „pokvareno" (corruptum) podrazumeva isto tako i „prosuto" (effusum) i „ukiseljeno" (acetum factum).*

[63] U svojim knjigama *Ad Sabinum* i *Ad edictum* Ulpijan više puta citira Celza (D. 12. 1. 1. 1; 28. 5. 9. 2; 34. 2. 19. 3; 7. 1. 2. 7; 12. 6. 26. 13; 34. 2. 19. 3; 47. 2. 43. 10; 47. 12. 2; CO. 12. 7. 5) i po pravilu navodi i delo i tom iz kojeg je citat preuzet: *ut libro primo quaestionum Celsus ait* – D. 12. 1. 1. 1; *Celsus libro duodecimo quaestionum, digestorum undecimo posse defendi ait* - D.28.5.9.2; *Idem Celsus libro nono decimo quaestionum quaerit* – D.34.2.19.3; *scribit Celsus libro octavo decimo digestorum* - D. 7. 1. 2. 7; *ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicensimo digestorum scripsit* - D. 12. 6. 26. 13; *Idem Celsus libro nono decimo quaestionum quaerit* - D.34.2.19.3; *Celsus libro duodecimo digestorum quaerit* - D. 47. 2. 43. 10; *Celsus libro XXXVII digestorum scribit* - CO. 12. 7. 5. Ulpijan samo još na jednom mestu pored paragrafa 9. 2. 27. 14-15, u tekstu D. 47. 12. 2, citira Celza bez preciziranja o kojem se delu radi.

[64] Da se u slučaju zagađenja zemljišta radi o fiktivnom sporu, ukazuje ne samo moguće poreklo ovog rešenja, nego i sam tekst. Pre svega, izraz *Celsus quaerit* ukazuje da je sam Celz taj koji postavlja pitanje, na koje potom daje odgovor. Osim toga, Celz kaže da je na polje posejan *ljulj ili divlji ovas*, i da je vino *isprljano ili prosuto ili ukiseljeno ili pokvareno na neki drugi način*, što ukazuje da on govori o mogućim situacijama, a ne da daje odgovor na konkretno pitanje.

mentaru pretorovog edikta citirao kao primer u sklopu razmatranja problematike fizičkog oštećenja stvari, da bi ilustrovao situaciju u kojoj nastaje šteta iako nema fizičkog oštećenja. U narednom paragrafu navodi primer za suprotnu situaciju, kada je vino pokvareno ili ukiseljeno i kada se, prema tome, može smatrati da postoji *corrumpere*. Ovaj primer je takođe citiran od Celza, ali u Celzovom delu sa prethodno navedenim slučajem zagađenja zemljišta možda nije imao nikakve veze.

Moguće je da je postojao neki drugi razlog zašto Celz u slučaju zagađenja zemljišta nije dao direktnu tužbu. Neki autori ukazuju na mogućnost da direktna tužba nije data zato što šteta nije naneta neposredno (*corpore*).[65] U prilog tome govori činjenica da je Celz pridavao veliki značaj (*multum interesse dicit*) tome da li je šteta naneta direktnom radnjom učinioca ili posredno:

D. 9. 2. 7. 6 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Celz, međutim, kaže da je od velikog značaja da li je ubio ili izazvao uzrok smrti, jer ukoliko je neko izazvao uzrok smrti, ne podleže tužbi iz Akvilijevog zakona, već tužbi in factum. On u vezi s time navodi onog ko bi dao otrov umesto leka i prouzrokovao uzrok smrti, kao i onog koji mentalno obolelom pruži mač; jer njih ne tereti (tužba) iz Akvilijevog zakona, već in factum.* [66]

Davanje otrova robu je situacija u kojoj Celz ne bi dao direktnu tužbu jer šteta nije naneta neposredno, a to je situacija veoma slična sejanju korova na njivi.

Obratimo pažnju i na sledeći Ulpijanov fragment iz *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*:

CO. 12. 7. 5 ULP. 18 ED. *Ali većinom se smatra da nema mesta Akvilijevom zakonu, i tako Celz piše u trideset sedmoj knjizi Digesta. On naime kaže: "ako se plamen oteo sa zapaljene strnjike, ne treba da odgovara po Akvilijevom zakonu, već treba tužiti in factum, jer to nije spalio direktno, već se plamen proširio dok je radio nešto drugo."*[67]

---

[65] Llanos Pitarch: *op. cit.,* str. 152.; Valino: *op. cit.,* str 84.; Winiger: *op. cit*., str. 159-164.; von Lübtow: *op. cit.,* str. 165. i dalje.

[66] D. 9. 2. 7. 6 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Celsus autem multum interesse dicit, occiderit an mortis causam praestiterit, ut qui mortis causam praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur. unde adfert eum qui venenum pro medicamento dedit et ait causam mortis praestitisse, quemadmodum eum qui furenti gladium porrexit: nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum.*

[67] CO. 12. 7. 5 ULP. 18 ED. *sed plerisque aquilia lex locum habere non videtur, et ita celsus libro XXXVII digestorum scribit. ait enim " si stipulam incendentis ignis effugit,*

Celz je smatrao da se u slučaju kada je do štete došlo usled širenja plamena ne daje direktna akvilijanska tužba iz razloga što šteta nije naneta neposredno. Treba pomenuti da je on jedini pravnik koji tako rezonuje. Ulpijan (D.9.2.27.8) i Paul (D. 9. 2. 30. 3) u sličnim situacijama štete nanete usled širenja vatre ni ne pominju tužbu *in factum*, niti postavljaju pitanje da li je šteta naneta direktno, već raspravljaju samo o problemu kulpe, i ako je ovaj uslov ispunjen, daju direktnu akvilijansku tužbu. Dakle, koncept neposrednog nanošenja štete Celz je shvatao mnogo striktnije nego drugi pravnici, i moguće je da u slučaju sejanja korova ne bi dao direktnu akvilijansku tužbu, nego tužbu *in factum*.

Poslednja rečenica paragrafa D. 9. 2. 27. 14 u modernim izdanjima Digesta, *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*, stilski se ne uklapa u ovaj tekst. Njome se uvodi sledeći paragraf, u kojem se navodi primer vina pomešanog sa prljavštinom, za koje se može smatrati da je pokvareno, nasuprot semenu izmešanom sa korovom, koje fizički nije promenjeno, samo ga je teško odvojiti. Treba podsetiti da podela fragmenata na paragrafe ne potiče od rimskih, nego od kasnijih pravnika. Sasvim je moguće da ova rečenica nije imala veze sa slučajem zagađenja zemljišta korovom, i da je u Celzovom delu bila vezana sa slučajem kvarenja vina.

Uostalom, nije sigurno ni da je ova rečenica Celzova. Moguće je da potiče od Ulpijana, i da je on time želeo da uvede ovaj tekst kao primer u širi kontekst rasprave o interpretaciji izraza *corrumpere*.

I ako pretpostavimo da ova rečenica potiče od Celza i da se odnosila na problem zagađenja zemljišta, moguće je da je u izvornom kontekstu imala drugačiji smisao, i da deo rečenice *ut lex Aquilia locum habeat*, koji jezički odudara od ostatka rečenice, predstavlja Ulpijanovu digresiju. Ako pretpostavimo da u ovom slučaju šteta nije naneta *corpore*, rasprava o tome da li postoji *corrumpere* ne bi imala smisla, jer bi tužba svejedno bila *in factum*.

Treba naglasiti da se govori o dve *species damni*. *Damnum* nije fizičko oštećenje stvari, nego imovinski gubitak koji je pretrpeo vlasnik.[68] Moguće

---

aquilia lege eum non teneri, sed in factum agendum, quia non principaliter hic exussit, sed dum aliud egit, sic ignis processit".

[68] Uprkos time što je Daube opsežnom egzegezom izvora ovo još davno dokazao (D. Daube: *On the Use of the Term damnum*, Collected Studies in Roman Law, Frankfurt a. M., 1991., str. 279-339. - preštampano iz: Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantesimo anno del suo insegnamento universitario, Napoli 1949., str. 93-156.), neki romanisti i dalje primenjuju pogrešno tumačenje ovog izraza u značenju fizičkog oštećenja, umesto pravog značenja, imovinskog gubitka. Tako, Viniger u tekstu D. 9. 2. 27. 14 tumači *damnum* u značenju fizičkog oštećenja (Winiger: *op. cit*., str. 42 i 159-164.).

je da je Celz hteo da kaže da postoje dva načina procene štete. Gubitak koji je pretrpeo kolon svodi se na troškove odvajanja žita od korova, jer njegova stvar (žito) nije uništena, nego samo izmešana sa korovom. S druge strane, vlasnik zemlje pretrpeo je drugačiju vrstu gubitka, usled toga što je njegova zemlja privremeno degradirana (*corrupta et mutata*). On će je teško uspeti izdati ponovo u zakup dokle god zagađenje traje, i izvesno je da može tužbom tražiti ili iznos zakupnina, ili puni iznos vrednosti žetvi koje će biti izgubljene u budućnosti. U svakom slučaju, bilo bi nelogično da vlasnik bude prisiljen da seje na zagađeno polje, pa da posle zahteva troškove odvajanja, te se njegovi imovinski gubici teško mogu proceniti na isti način kao gubici kolona. Dakle, moguće je da je Celz želeo da objasni zašto se tužba daje i zakupcu i vlasniku, i da je u daljem tekstu, koji je izgubljen usled skraćivanja, objasnio način procene štete. No, ovo nije moguće tvrditi sa sigurnošću, te mora ostati u domenu pretpostavki.

4. Zaključak

Izvesno je da ni Celz ni Ulpijan u tekstu D. 9. 2. 27. 14 nisu sumnjali da se u slučaju zagađenja zemljišta korovom može dati nterdikt *quod vi aut clam*, jer su ispunjeni svi uslovi za njegovu primenu. Interdiktom može da se zahteva samo šteta koja će nastati u roku od godinu dana. Iz tog razloga ovo procesno sredstvo pripada ili vlasniku zemlje, ili, ako je zemljište dato u zakup, zakupcu, dakle, ili jednom ili drugom. Iz razloga što se zbog procesnog roka interdiktom može naplatiti samo šteta na trenutno zasejanom žitu, ali ne i na onome koje će roditi kasnije, daje se pored interdikta i akvilijanska tužba. Ona pripada kako vlasniku zemlje, tako i zakupcu. Zakupcu se daje za onu štetu koja nastane pre isteka zakupa, a vlasniku za onu koja nastane kasnije. Iz istog razloga zakupac koji koristi akvilijansku tužbu mora da pruži procesnu garanciju u formi stipulacije da vlasnik zemlje eventualnom naknadnom tužbom neće zahtevati naknadu štete po istom osnovu, dok kod interdikta ova garancija nije potrebna jer se on ne može kasnije podizati. Zakupcu se tužba daje kao vlasniku plodova, budući da postaje njihov sopstvenik u trenutku žetve, a ne po osnovu svojstva detentora zemlje. Tužba se i vlasniku i zakupcu ne daje kao direktna, nego kao *actio in factum ex lege Aquilia*. Razlog za to nije moguće sa sigurnošću utvrditi. Moguće je da se radi o izostanku fizičke promene stvari (*corrumpere*), ili je u pitanju neki drugi razlog, na primer to što šteta nije naneta neposredno (*corpore*). I vlasnik i kolon mogu da upotrebe samo interdikt, ili samo tužbu, po svom izboru.

Samir Aličić, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Ulpian, Celsus and Weed Pollution of Soil (D. 9. 2. 27. 14)

Abstract

The subject of this paper is the analysis of meaning of Digest text D. 9. 2. 27. 14. An overview of different theories devoted to this text has been presented here with a critical review of their argumentation, and another possible way of interpretation has been proposed.

The author draws the following conclusions based on comparative source analysis. It is certain that neither Celsus nor Ulpian in the text D. 9. 2. 27. 14 doubted that in the case of weed pollution of soil, interdict *quod vi aut clam* can be given since all conditions for its implementation were fulfilled.

With the interdict only the damage caused within a year can be claimed. For this reason this procedural means belongs to either the land owner or, if the land is leased, to the leaseholder.

For the same reason along with the interdict, Aquilian claim is given, provided that only one of the two procedural means can be used. It belongs to both the land owner and the lease holder. It is given to the lease holder for the damage caused before the expiry of the lease, and to the land owner for the one caused later. Therefore, the lease holder who uses Aquilian claim has to provide a procedural guarantee that the land owner will not by any subsequent claim request compensation for damages on the same grounds. The claim is given to the lease holder on the grounds of yield owner and not on the grounds of land owner. The claim is given both to the owner and the lease holder not as a direct, but as *actio in factum ex lege Aquilia.* The reason for this cannot be determined with certainty, as it is possible that Ulpian quoted Celsus's opinion in a different context from the original one.

Key words: *Lex Aquilia*, *damnum iniuria datum,* damage, extra-contractual liability, *interdictum quod vi aut clam,* pollution, obligations, Roman law.

Originalni naučni rad 340.12

Dr Dragana Ćorić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NOVI MINUTI POSVEĆENI RADBRUHOVOJ FORMULI[1]

Sažetak: *„Sukob između pravde i pravne sigurnosti mogao bi se rešiti na taj način da pozitivno pravo,koje obezbeđuje propis i moć,ima prednost i onda kada sadržinski nepravedno i nesvrsishodno, osim u slučaju da protivurečnost pozitivnog zakona prema pravdi dostigne toliko nepodnošljivu meru da zakon kao „neispravno pravo“ mora da odstupi pred pravdom“. Ova „Radbruhova formula“ aktuelna je i danas, nekoliko decenija nakon nastanka, i potpuno se uklapa u savremene težnje funkcionisanja pravnog sistema i same primene prava. U narednih nekoliko minuta, shodno Rabruhovim i kasnije minutima koje im je posvetio prof. D.Basta, fokus naših razmatranja biće usmeren-upravo ovde.Jer bez prava, nema postojanja ni države, ni građana.*

Ključne reči*: Radbruh, zakonsko pravo, nadzakonsko nepravo,važenje prava*

Prolegomena

Naređenje je jedini zakon za vojnika, napisao je Radbruh u svom prvom minutu posvećenom filozofiji prava[2].Ovaj i ovakav „zakon“ vojnik može prekršiti ako zna da je izvršenje naređenja zločin ili prekršaj.Moral-

[1] Rad je nastao u toku istraživanja za potrebe projekta „Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)“, koji se finasira iz sredstava Pravnog fakulteta u Novom Sadu. Rukovodilac projekta je prof. dr Dragan Milkov

[2] Gustav Radbruch:“Five Minutes of Legal Philosophy“, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.26,No.1(2006), pp 13-15, translated by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L.Paulson

no, vojnik ostaje „čist", ali se sa tim ne bi složila stvarnost, u kojoj vojnik izvršava i takvo naređenje,više strepeći od kazne svog neposrednog zapovednika zbog neizvršavanja naređenja nego od kazne-zakona.Pravnik, sa druge strane, ne poznaje takve izuzetke , u smislu izbegavanja primene zakona koji smatramo nepravednim ili kršenjem nekog drugog pravila. Zakon je za pravnika isti za sve, bilo da je nepravedan ili pravedan . Postoji, samim tim i važi. Njegova eventualna nepravednost, diskriminatorni karakter ili druga negativna posledica koja može nastati njegovom primenom, ne treba da zabrinjava pravnika. Jer, Pravnik se uvek može ekskulpirati sentencom, „da je u to vreme važio neki zakon u kome su neki odnosi bili regulisani na jedan određeni način i da je svako drugo ponašanje suprotno navedenom moglo značiti njegov prekršaj i samim tim kažnjavanje". Vojnika će, pak, u svakom slučaju sačekati suočavanje, ili sa sopstvenom ili sa komandnom odgovornošću njegovog nadređenog. Sledeći ovu misao, proizilazi da su pravnici čak i veći, hrabriji i tvrdokorniji vojnici od profesionalnih vojnika.Ta hrabrost pravnika treba da se dokaže u situacijama kada zakoni „svesno opovrgavaju volju za pravdom"[3], te je njihovo važenje diskutabilno i nepravično. Radbruh je i sam pitao, kakvo bi to bilo pravo i filozofija, ako bi se samo oslanjali na već postojeća rešenja, bez da im se otvoreno suprotstave i tako doprinesu stvaranju „racionalnog sistema bez kontradikcija"[4]. No, to suprotstavljanje je ostavljeno da bude lični čin pojedinaca, kao mera balansa prema pravnom sistemu, koji može a ne mora biti funkcionalan, pravičan i izvodljiv.

Svaka revolucija, bilo da je ostala samo na rečima,ili je i zapravo u praksi sprovedena, donela je promene.Ponekad je i nepoštovanje datih obećanja dovoljna promena, posmatrano sa etičke strane. No, jedino obećanje koje je svaki novi režim striktno poštovao jeste obračun sa poslenicima režima koji oni smenjuju.Tada pravna sigurnost, o kojoj Radbruh takođe govori u svojoj filozofiji prava, ustupa prednost-pravdi. Jer pravedno je kazniti, bar *post factum*, one koji su vas ranije kažnjavali i ponižavali.Ali Pravnik će reći, pa samo su postupali po tada važećem pravu.Prvobitni revolucionarni zanos je sklon uopštavanju , samo u svoju korist, i prekrajanju prava-opet samo u svoju, ne toliko u opštu korist[5]. U svom trećem minutu posvećenom filozofiji prava, Radbruh dalje navodi da „kad se ubijanje političkih neistomišljenika slavi, a isto delo počinjeno

[3] Gustav Radbruch:"Five Minutes of Legal Philosophy",, p.14.

[4] GUSTAV RADBRUCH, *Legal Philosophy, in* THE LEGAL PHILOSOPHIES OF LASK, RADBRUCH, AND DABIN 43,112 (Kurt Wilk trans., 1950).

[5] Opštu korist, kao jedan od najvažnijih ciljeva prava navodi Radbruh u četvrtom minutu posvećenom filozofiji prava.

nad vlastitim istomišljenicima kažnjava surovo ili ponižavajućim kaznama, to onda nije ni pravda ni pravo“[6]. Jer pravda teži jednakosti, suđenju po istim pravilima za sve, bez obzira kakve su ličnosti u pitanju, koje nacije, vere. No i kad je pravda -suština ideje prava, time nije u potpunosti ni iscrpljena sama ideja prava, jer pravda ostavlja otvorenim dva pitanja: „ ...koga trebamo smatrati jednakim sa kime, a koga treba posmatrati različito od drugih...“[7].Pravo, dakle, po Rabruhu, treba da ujedini sve ljude u „projektu“ zajedničkog života. No, konstantni sukob prirodnopravnog koncepta koji počiva na pravednosti, i pozitivnopravnog koncepta, koji počiva na samom faktu postojanja i važenja(bilo kakvog) prava jesu razlog da nove minute posvetimo ovoj temi.

Osnova Radbruhove formule

Teza prirodnopravne i pozitivističke orijentacije su uspešno i dosledno spojene u okviru Radbruhove *Filozofije prava,* složni su u tome brojni teoretičari koji se ovom tematikom bave. Njegova formula o zakonskom nepravu i nadzakonskom pravu je imala, u najmanju ruku, veoma neobičan razlog nastanka, i celo njeno postojanje i tumačenje je u decenijama koje slede nakon njenog formulisanja, a u zavisnosti od određenih društveno političkih okolnosti,imalo nekoliko svojih vidova.Ta formula u potpunosti glasi[8]: „Sukob između pravde i pravne sigurnosti mogao bi se rešiti na taj način da pozitivno pravo,koje obezbeđuje propis i moć,ima prednost i onda kada sadržinski nepravedno i nesvrsishodno, osim u slučaju da protivurečnost pozitivnog zakona prema pravdi dostigne toliko nepodnošljivu meru da zakon kao „neispravno pravo“ mora da odstupi pred pravdom.

Nemoguće je povući oštriju liniju između slučajeva zakonskog neprava i zakona koji važe uprkos neispravnoj sadržini; međutim svom oštrinom se može povući jedna druga granica: tamo gde se čak i ne teži za pravdom,gde se jednakost,koja čini jezgro pravde,svesno osporava prilikom donošenja propisa pozitivnog prava,tu zakon nije recimo samo „neispravno pravo“,on čak i nema pravnu prirodu: Jer **pravo se, pa ni pozitivno pravo, ne može definisati drugačije nego kao poredak i propisivanje koji su po svom smislu namenjeni da služe pravdi**“.

---

[6] Gustav Radbruch:“Five Minutes of Legal Philosophy“, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.26,No.1(2006), p 14.

[7] *Heather Leawoods,Gustav Radbruch:An Extraordinary Philosopher,JOurnal of Law and Policy,,vol2,2000 p.492.*

[8] Citat prema tekstu Danila N. Baste:“ Petnaest minuta o prirodi Radbruhove formule“,Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, 4/2002.

Sledeći misao da je pojedinac taj koji se mora suočiti sa svim izazovima i doneti odgovarajuću odluku, posebno u izuzetnim situacijama, pojedincu se mora dozvoliti, zarad očuvanja svojih prava, da zauzme i moralno i pravno suprotan stav stavu političkih lidera i pravnog sistema.[9] Sigurnost se ovde ogleda upravo u garanciji pojedincu da brani svoj integritet, i po cenu da je to suprotno pravu, ali samo ako je pravo toliko nepravično, nemoralno ili nemoguće za ispunjenje.

Radbruh je definisao pravo kao kulturni ali i izrazito vrednošću protkan pojam. Naime,pravo se može shvatiti samo u okviru ponašanja koje se povezuje sa vrednošću, kao datost čiji je smisao da ostvari ideju prava.[10] Ideja prava jeste prvo u pravdi,koja nas upućuje, da sa jednakima postupamo jednako, a sa nejednakima nejednako. No,budući da sama pravda ne ustanovljava dovoljno dobar i jak osnov za potpuno ostvarivanje cilja ili ciljeva prava, to se pravdi pridružila i „svrsishodnost".No pošto i ona zajedno sa pravdom ne zadovoljava suštinu ideje prava, dolazimo do pravne sigurnosti kao vrhovne vrednosti.

„Sigurnost prava zahteva pozitivnost prava, ako se ne može utvrditi šta je pravedno mora se propisati šta će biti po pravu i to od strane organa koji je u stanju i da sprovede ono što je napisao"[11]. Sama pozitivnost prava postaje pretpostavka za njegovu ispravnost,jer „u pojam ispravnog prava isto toliko spada da bude pozitivno koliko je zadatak pozitivnog prava da bude ispravno". Zakon, dakle, važi zato što postoji, a to svojstvo mu pridaje moć koju država ima i koju koristi u cilju sprovođenja-teksta zakona.[12]

Od ova tri elementa cilja prava, samo je svrsishodnost promenljiva i podložna uticajima različitih društvenih, političkih i ekonomskih okolnosti. Sa druge strane,pravda i pravna sigurnost se nalaze visoko pozicionirane iznad svih sukoba. **Ako imamo u vidu da je upravo zaštita stečenih prava pojedinaca, kao jedan od imperativa pravne sigurnosti, u konstantnoj koliziji sa retroaktivnim dejstvom i drugim čestim negativnim pojavama i čestim promenama zakona shodno**

---

[9] *Heather Leawoods, Gustav Radbruch:An Extraordinary Philosopher, Journal of Law and Policy, vol.2, 2000, ppg 489-517.*

[10] Gustav Radbruh,Filozofija prava, Beograd, 1980 ., str 14 i str.44

[11] Jer u suprotnom, državni organ je(pod kojim se ne podrazumeva samo zakonodavni organ, već svi državni organi koji donose određene opšte pravne akte) samo produkovao nesposobno za primenu i neizvodljivo, mrtvo pravo.

[12] Gustav Radbruh, Nacrt pogovora za „Filozofiju prava" iz 1947. godine, objavljeno u: časopisu „Reč", br. 65/II, mart 2002. godine. Sa druge strane, i država je pozvana da donosi zakone, samo ako je spremna da samu sebe smatra obavezanom tim istim zakonima. U suprotnom, donošenje zakona postaje samo deklarativno.

principu svrsishodnosti, postavljamo pitanje, kako onda i da li još uvek, i u praktičkom smislu možemo posmatrati pravnu sigurnost kao imperativ pravne države, izvan svih sukoba i političkih borbi? Sva tri zahteva su podjednako značajna i zahtevna u procesu svoje realizacije, i upravo zato su u stalnoj koliziji, koju je moguće rešiti na različite načine[13].

Radbruh ovde iznosi jedan stav sa kojim se ne možemo u potpunosti složiti,a to je da je bitnije da se spor između različitih pravnih gledišta, koja neminovno postoje u sudskoj praksi ali i u teoriji ,okonča, nego da se on okonča pravedno ili svrsishodno. Važnije je postojanje (čak i lošeg) pravnog poretka nego njegova pravednost i svrsishodnost[14]. To znači da su ovo dvoje u sukobu sa pravnom sigurnošću. Pravna sigurnost, kako je već navedeno, zahteva pozitivnost prava, ali pozitivno pravo želi da važi bez obzira na ova druga dva zahteva .Pozitivnost prava, tj. njegovo važenje, je jednostavno fakt i pretpostavlja postojanje neke „sile" koja će ga propisati,i koja će obezbediti njegovu nesmetanu primenu.

Pravna sigurnost ne zahteva samo važenje pravnih propisa koje propisuje sila i koji se stvarno sprovode;ona postavlja zahteve i u pogledu njihove sadržine,zahtev da se pravo može sigurno koristiti i da bude primenljivo,a to često pravu daje crte koje su u protivurečnosti sa svrsishodnošću. Zahtevi koje postavlja pravna sigurnost mogu na kraju čak doći u protivurečnost i sa posledicama izvedenim u pozitivnosti, koja i sama predstavlja jedan zahtev pravne sigurnosti.Onda pravne činjenice postaju protivpravne činjenice i mogu uništiti objektivno,ali i subjektivno pravo, stvaranjem novog prava.

U interesu pravne sigurnosti, navodi dalje Radbruh, pravosnažnost dopušta važenje i sadržinski neispravnoj odluci za taj pojedini slučaj, a neispravnom precedentu možda čak i šire od tog pojedinog slučaja.[15] U ovom je zapravo i suština našeg neslaganja, jer nijedna odluka ne sme postaviti kao prioritet njeno donošenje nauštrb zahteva poštovanja stečenih prava i poštovanja pravde uopšte. Slično Radbruh govori i u svom Nacrtu pogovora za Filozofiju prava, da".. čak i sadržajno najgori zakon ima nekakvu pravnu vrednost jer bar svojom formom garantuje pravnu sigurnost...".[16]

U ideji pravne sigurnosti dodiruju se problem ideje prava i problem važenja prava, što je poslednje pitanje normativnosti faktičkog, kako je to predstavio Jelinek, jer kako može iz jednog fakta da proizađe

[13] *Heather Leawoods*,navedeno delo.
[14] Gustav Radbruh, navedeno delo,str.94-95
[15] Ibid,str.96-100.
[16] Gustav Radbruh, Nacrt pogovora za Filozofiju prava, str.138.

norma, a iz pravne volje države ili društva neko pravno trebanje". Ali u potrazi za osnovom tog važenja, pravna teorija važenja će jednom nužno naići na činjeničnost jednog autoritativnog htenja, koje se ne može dalje izvoditi"[17]. Biće dovoljno da se utvrdi da je osnov za donošenje nekog propisa njemu neposredno nadređeni i akt više pravne snage.

Pravna sigurnost je tokom celog Radbruhovog stvaralaštva bila i ostala jedan od osnovnih stožera njegove teorije. Imajući u vidu i njegovu jasnu poziciju u smislu dve sfere društvenog delovanja, tačnije-uobičajenu i izuzetnu, i pomirenje tri ranije navedene antinomije u doba stabilnih društvenih odnosa, njegov odnos prema pravnoj sigurnosti kao ključu za brže i efikasnije prevazilaženje problema u izuzetnim situacijama, sam koncept pravne sigurnosti dobija još više na težini i značaju

Bitno je istaći da normativne teorije važenja postavljaju sebi za zadatak da prikažu važenje prava za svaki pojedinačni slučaj. Ali važenje prava u odnosu na jednog pojednačnog čoveka ne može se zasnivati na tome što ono važi inače za ostale ljude. Još jedno obeležje pokazuje deskriptivnu prirodu teorije važenja. Ona je prinuđena da, shodno stepenu delotvornosti prizna i stepen važenja dva istovremeno sukobljena pravna poretka-onog koji je prestao da važi i ovog koji je počeo da važi. Sećanje na prvi propis i ustaljeni način ponašanja shodno njegovoj sadržini je još važeće, dok prilagođavanje na drugačiji vid ponašanja, kako to propisuje novi zakon, traje duže i praćeno je brojnim nedoumicama oko načina primene.

I gde je tu pravo?

Sledeći Radbruhovu argumentaciju, proizilazi da pravo važi samo kad može da se uspešno sprovede. Postojanje mehanizama za njegovo sprovođenje je puka deklaracija, dokle god se to isto i ne realizuje i tada imamo pravnu sigurnost na delu. Radi ilustracije, Radbruh navodi primer obavljanja sudijske funkcije. Sudije su dužne da svoje lično pravno osećanje žrtvuju autoritativnoj zapovesti zakona, služeći zakonu bez obzira na njegovu pravednost." Jer,na kraju krajeva, ako niko ne može da odredi šta je pravedno ili svrsishodno, onda neko mora odrediti šta je legalno", a to će ovde činiti-sudije.

Bilo da se važenje prava posmatra kao suštinska karakteristika pozitivnog prava, ili kao metafizička iluzija i ideološka obmana,ono se neraskidivo povezuje sa obavezom poštovanja njegove sadržine.[18] U prilog tome govori i konstanta u shvatanju uloge zakonodavnog organa,a to je da

[17] Ibid.

[18] Dajović Goran: „Pravna obaveznost i važenje prava", *Službeni glasnik*, Beograd, 2008, str.9.

je zakonodavni organ punomoćnik naroda, građana, te da kada donosi zakone i druge propise, postupa u ime građana i za njihov račun.[19]

Tako je Đ.Tasić,prilikom razmatranja fenomena važenja prava, istakao da pravo uvek ima jedan zajednički element za sve posmatrače i to je njegovo važenje, i zaključuje da ako pravo važi onda jedino možemo reći i da postoji.[20] Lukić je pak razdvajanjem *pravnog*, *normativnog važenja* („važenje koje je formalizovano, tj tačno je određeno kad počinje i kada prestaje"[21]) od *stvarnog važenja* („odgovarajuće ponašanje ljudi, tj priznavanje važenja određenim normama"[22]) važenje samo po sebi proizveo u faktički fenomen.

Treba imati u vidu još jedno savremeno stanovište o pojmu važenja prava uopšte. Prema ovom stanovištu, postoje *globalno važenje prava* ,pod kojim se podrazumeva važenje celokupnog pravnog poretka,i *interno važenje prava*,pod kojim se podrazumeva postojanje individualnih normi unutar poretka. Same norme unutar poretka jesu njegov konstitutivni element, bez kojeg ni poredak sam ne bi postojao, te je njihovo važenje nužan i neophodan uslov kako za njihovo priznanje i poštovanje, tako i za postojanje i poštovanje poretka u celini.[23]

Bitno je istaknuti i Radbruhovo izuzetno argumentovanje u pogledu „superiorne potrebe za pravdom", koja jeste svojevrsni supstitut potrebe za postojanjem prava. **Iako je neka radnja bila dozvoljena u vreme kad je počinjena, zahtev pravde može da zahteva ili dozvoljava retroaktivnu primenu propisa, u kom slučaju zahtev za pravdom i njenim ispunjenjem nadmašuje domete principa neretroaktivnosti.** Radbruh je dakle, verovao da je **sam princip neretroaktivnosti toliko bitan da bi se njegova primena mogla poništiti samo u ekstremnim situacijama,** i na ovaj način je mogla da se opravda i retroaktivna primena prava u slučaju nirnberških procesa.

Pitanje važenja prava je jedno od najvažnijih pitanja pravne teorije jer su u njemu problematizovani odnosi: obaveznosti i efikasnosti, legitimiteta i legaliteta ,pravde i morala nasuprot sili,postavljenih ideala i real-

[19] Čedomir Marković: "Sud ima pravo da ceni ustavnost zakona", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 5/1908, 411-417.

[20] Đorđe Tasić:" Problem opravdanja države", *Službeni list SRJ*, Beograd, 1995, str.88. Isto navodi i Dajović Goran, navedeno delo, str.9.

[21] Radomir Lukić:" Pravo kao idealna (ideelna)pojava", "Sistem filozofije prava", Savremena administracija,Beograd, 1992, str.29.Neka norma ili pravo u celini ne važi zato što postoji u pravnoj svesti društva, već zato što ona sama po sebi postoji, nebitno je da li je ona poznata široj javnosti ili nije, da li se primenjuje ili ne i kako se primenjuje.

[22] Radomir Lukić:" Pojam prava", str 7.

[23] Navedeno prema :Dajović Goran, navedeno delo, str 17-18.

ne mogućnosti njihovog ostvarenja. Formalna važnost akta je povezana sa donšenjem akta od strane nadležnog subjekta,odgovarajućeg postupka(u koji računamo i period vakacije) i objavljivanjem na odgovarajući način.Bez obzira na to kakva je *vrednosno* njena sadržina (da li je npr. nepravedna ili nemoralna) i da li je ona *faktički* delotvorna (efikasna), dovoljno je da je norma formalno važeća.

„Napetost između norme i egzistencije, između 'treba' i 'jeste' ne sme pasti ispod određenog minimuma. A s druge strane, suprotnost između pravne norme i odgovarajuće stvarnosti socijalne egzistencije ne može ići preko određenog minimuma.“[24] Ukoliko, pak, određene pravne norme „padnu“ ispod minimuma delotvornosti, zbog toga što ih ne primenjuju ni građani, ni državni organi, te norme prestaju da važe[25]. Sa ovim je usko povezano i funkcionisanje svakog sistema, jer, ako, kao što je već navedeno, ta „napetost“ između stvarnosti i propisa raste, istovremeno se smanjuje i funcionisanje sistema kao takvog.

Značaj Radbruhove formule

Radbruhova formula, pored svog neospornog teorijskopravnog značaja, jeste, i danas, u savremenim uslovima, nekoliko decenija kasnije od svog nastanka „mesto susreta“ problema teorije i prakse, koji se uvek trebaju rešavati, u korist onih kojima je pravo najpotrebnije-građana. Nemački sudovi, primera radi,su Radbruhovu formulu prihvatali kao osnov za donošenje presuda, a prvi put kada su raspravljali o zločinima nacista u Drugom svetskom ratu, i to neposredno posle završetka Drugog svetskog rata. Neki istoričari i teoretičari prava su i postavili pitanje , kako je bilo moguće tako brzo preći sa jednog na potpuno drugačiji vrednosni sistem, i imati dovoljno pravne zrelosti za osuđivanje dela koja su počinjena-u skladu sa tada važećim pravom.[26]Sudovi su, naime,

[24] Hans Kelzen, Čista teorija prava, CID, Podgorica, 2003. str.158.

[25] Bitan element je moralno vrednovanje pravne norme od strane adresata, jer neke norme će prihvatati kao moralno ispravne, a odbacivati druge kao moralno bezvredne, pa je moguć nesklad između formalnog i vrednosnog važenja

[26] Deo te rasprave se može pronaći u *: Brian Bix,Robert Alexy's Radbruch Formula and the Nature of Legal Theory, Rechtstheorie, vol 37, pp.139-149, 2006, Minnesota Legal Studies research Paper 06/13.* Neke zločine nisu počinili sami nacisti nego i obični ljudi, koji su iz ličnih razloga, iskoristili u nepodnošljivu netolerantnost i nepravednost zakona za vreme nacističkom režima. Kao primer za ovu tvrdnju Radbruh je često navodio primer žene koja je svog supruga prijavila da je govorio i vršio propagandu protiv Hitlera, te je suprug, usled nemogućnosti izvršenja smrtne kazne nad njim, upućen na front gde je i poginuo. Ovaj slučaj je stigao pred Viši provincijalni sud Bamberga 1949. godine, gde je sud primenom Radbruhove formule , smatrao, da: „..žena nije počinila prekršaj ako se po-

stali na stanovište da su zakoni za vreme nacizma bili toliko netolerantni i nepodnošljivo nepravedni da su sami sebi garantovali ništavost. Tako netolerantni, nisu ni mogli biti smatrani pravom, i ne mogu nikako opravdati ciljeve zbog kojih su mnogi zločini u Drugom svetskom ratu počinjeni.[27].

Možemo, ipak, danas sa sigurnošću reći, da je Radbruh ceo svoj život posvetio pronalaženju rešenja konflikta između pravde i pravne sigurnosti.[28] Počev od svog prvog relativističkog rešenja ovog sukoba, koje je formirao 1914. godine, kada je rešavanje ovog rastućeg antagonizma između ove dve pojave prepuštao slučaju i okolnostima u svakoj državi posebno[29],preko zastupanja subjektivnog stava 1932 .godine , kada je smatrao da treba prepustiti sve „savesti pojedinca", Radbruh je svoj puni zamah doživeo u teorijskom smislu upravo nakon Drugog svetskog rata. Prošavši aktivno kroz sve faze razvoja Nemačke u prvoj polovini 20. veka, i lično i profesionalno je mogao da oseti sve tanane nijanse odlučivanja na osnovu zakona ili na osnovu pravde.

Neki savremeni teoretičari su skloni da primenu Radbruhove formule posmatraju kao povredu zabrane retroaktivnosti[30]; no ona zapravo povređuje „samo" pravnu sigurnost, jer ustanovljava ponovno preispitivanje ranije donetih odluka- ne zbog moguće nezakonitosti bilo materijalne ili formalne, nego zbog drugačijeg vrednosnog sistema, koji će novi režim imati.

Još jedno stalno pitanje u pogledu razumevanja Radbruhove formule jeste, da li se ona treba posmatrati kao tvrdnja o prirodi prava ili kao preporuka sudijama , kako da se ponašaju tokom suđenja i kako da donose odluke. Jasno je da će *common law* sistemu, Radbruhova formula biti prihvaćena kao preporuka sudijama, jer imaju obavezu da „razvijaju pravo i neretko koriste i druge pravne i uopšte izvore podobne za

---

smatra važeće nacističko pravo u tom momentu, već je njeno ponašanje i lažno prijavljivanje supruga povreda smisla za pravdu i razumnog ponašanja svih ljudi koji dobro rezonuju". Na kraju osuđena je zbog „narušavanja slobode". Više o ovom i drugim slučajevima u kojima je primenjena Radbruhova formula na sajtu: *http://theoryofjurisprudence.blogspot.com/2006/07/radbruch-formula.html*, pristup sajtu 28.10.2011.

[27] Stanley L. Paulson*, On the background and Sginificance of Gustav Radbruch's Postwar papers, Oxford Journal od Legal Studeis, Vol. 26, Issue I, pp.17-40.*

[28] **F. Saliger**, *Content and Practical Significance of Radbruch's Formula***,** *Problemi filosofii prava. – 2004. – Tom II., pp 68/70*

[29] I to imajući u vidu da se kao glavni kriterijumi prilikom rešavanja ovog konflikta imaju uzeti sloboda,moć ili kultura.

[30] **F. Saliger**, *Content and Practical Significance of Radbruch's Formula***,** *Problemi filosofii prava. – 2004. – Tom II., pp 68/70*

rezonovanje i van prava".[31] Kontinentalnopravni sistem, ipak počiva na pozitivnosti prava.

Evidentno je da je svojom sadržinom „Radbruhova formula" otvorila teren za nove, brojne teorijske rasprave i različitu primenu u praksi. Pravda, sigurnost i svrsihodnost, jesu polazne tačke svakog prava i pravnog sistema. Od države dakle zavisi, kojem će se od ova tri „carstva" prikloniti, te da li će imati nepravedno ali poznato pravo, pravedno ali ne svrsishodno pravo, ili će učiniti veliki napor pa zadovoljiti sva tri kriterijuma.

[31] *Brian Bix, Radbruch's Formula and Conceptual Analisys,* dostupno na : *http://tnl.mcmaster.ca/conference/papers/Bix%20-%20Radbruch's%20Formula%20and%20Conceptual%20Analysis.pdf*, pristup sajtu: 27.10.2011.

Dragana Ćorić, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

New Minutes for Radbruch's Formula

Abstract

Confrontation between justice and legal certainty may be resolved in such a way, that law, which insures power and legal acts, is more valuable even if it has unjust content and if it is inappropriate, except in case that the law is sounjust, that such „corrupted law", must resign before the justice" This so called Rabruch's formula is very interesting even today, even though few decades later from its constituion. It is easily adapted into modern state of mind and functioning of legal systems.So, it deserves a few minutes more, to talk about this issue.Because, when there's no law, there are no states, nor people.

Key words: Radbruch,legally, supra-statutory un-law, the validity of law

Originalni naučni rad 341.222:341.212

Mr Bojan Tubić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRIMENA NAČELA *UTI POSSIDETIS JURIS* PRI ODREĐIVANJU MEĐUDRŽAVNIH GRANICA[1]

Sažetak: *Načelo uti possidetis juris je bilo osnovno načelo pri određivanju državnih granica u vreme dekolonizacije. Ono je primenjivano u Latinskoj Americi i Africi, ali je svoju primenu našlo i krajem 20. veka u procesu disolucije SSSR, SFRJ i Čehoslovačke. Načelo uti possidetis juris se zasniva na pretpostavci da su bivše kolonijalne administrativne granice čuvale stabilnost i teritorijalni integritet. Ono je nesumnjivo povezano sa pravom naroda na samoopredeljenje. Ono čuva postojeće granice sprečavajući secesiju, ali na taj način ne dozvoljava rešavanje pitanja loše određenih i spornih granica. Nejasne osnove po kojima su određivane granice mogu biti izvor haosa i sporova, što se i pokazalo u slučajevima pred Međunarodnim sudom pravde. Vladajući stav u teoriji je da bi se načelo uti possidetis juris trebalo primenjivati uz određena ograničenja, u periodu posle dekolonizacije, kao osnovu za očuvanje teritorijalnog integriteta postkolonijalnih država.*

Ključne reči: *uti possidetis juris, granice, međunarodno pravo, država, samoopredeljenje.*

UVOD

Određivanje granica između država je svakako jedno od najznačajnijih pitanja međunarodnog prava. Ono je aktuelno od samog nastanka država koje su svoje odnose rešavale ne samo diplomatskim putevima,

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

nego i upotrebom sile. Granice su prvobitno određivale sile pobednice u nekom oružanom sukobu, zatim se to prenelo na velike međudržavne konferencije, gde je opet jedna grupa država izašla kao pobednik iz oružanog sukoba. Nekada uz prisustvo poraženih, nekoliko država je kroz 19. vek utvrđivalo granice država u Evropi. To utvrđivanje se zasnivalo na određenim načelima, ali ona nisu bila jasno izražena i nisu imala dominantnu ulogu u tom procesu. Za razliku od Evrope, u Latinskoj Americi nastaju države koje se oslobađaju kolonijalne dominacije Španije i Portugalije. Oni svoju nezavisnost baziraju pre svega na primeni načela *uti possidetis juris*, odnosno bivše administrative granice se pretvaraju u međudržavne. Ovo načelo dobija svoju punu afirmaciju u procesu dekolonizacije, nakon Drugog svetskog rata. Nakon toga, tokom devedesetih godina prošlog veka, u istočnoj Evropi, u procesima disolucije SFRJ, SSSR i Čehoslovačke, ovo načelo dobija nešto drugačiju dimenziju. Pitanje je da li ono postoji i danas i u kom obliku?

NASTANAK NAČELA *UTI POSSIDETIS JURIS*

Načleo *uti possidetis juris* ima svoje korene u rimskom pravu iz doba republike. Naime, ono se može povezati sa jednim od brojnih edikata koje je izdavao pretor u početnoj fazi sudskog postupka. U slučajevima kada bi dve strane tražile vlasništvo nad nepokretnom imovinom, edikt bi dodeljivao privremenu svojinu onome ko stvar poseduje odnosno ima je u državini, za vreme trajanja postupka. Ovo pravilo se ne bi primenjivalo ukoliko je zemlja stečena prevarom ili prinudom. Načelo *uti possidetis* nije konačno određivalo raspolaganje imovinom, već je premeštalo teret dokazivanja tokom trajanja postupka na stranu koja nije imala u državini spornu zemlju. Ovo je predstavljalo prednost za onoga ko je bio u posedu i on je postajao tuženi u postupku, čak i u slučaju ako je nezakonito uklonio tužioca sa konkretnog zemljišta. Ovaj edikt je bio sažet u izrazu *uti possidetis, ita possideatis,* što znači „Pošto poseduješ, možeš da poseduješ“.[2]

Teoretičari međunarodnog prava su prihvatili ovo rimsko načelo, ali su ga i izmenili. Promenjena je oblast primene od zahteva povodom privatnog zemljišta, do teritorijalnog suvereniteta država. Takođe, privremeni status je promenjen u trajni. Ove promene su bile i očekivane u periodu kada su korišćenje sile u odnosima između država i sticanje teritorije na taj način bili dozvoljeni. Već u ovoj fazi je došlo do napuštanja koncepta

[2] S. Ratner, Drawing a Better Line: Uti Possidetis and the Borders of New States, The American Journal of International Law, Vol. 90, 1996, str. 593.

rimskog prava, koje je zabranjivalo i privremeno posedovanje strani koja je stekla imovinu prinudom. Ukoliko bi se ovaj koncept prihvatio, došlo bi do povratka na stanje pre rata, odnosno ne bi se ozakonilo sticanje novih teritorija.

PRIMENA NAČELA *UTI POSSIDETIS JURIS* U PROCESU DEKOLONIZACIJE U LATINSKOJ AMERICI

Početkom 19. veka načelo *uti possidetis juris* je primenjivano na teritoriji Latinske Amerike. Ratovi za nezavisnost su na ovom kontinentu vođeni između 1810. i 1824. godine. Bilo je potrebno odrediti granice novonastalih država. Evropske države, Španija i Portugalija, pokušale su da prenesu nadležnosti na nove države, a načelo je tim državama pružalo zaštitu od evropskog intervencionizma. Takođe, nastojalo se da se spreče budući pogranični sukobi među novim državama. Granice su utvrđivane na osnovu različitih dokumenata iz perioda španske vladavine, kao i na osnovu ugovora između Španije i Portugalije.

Vođe pokreta za oslobođenje su usvojile politiku *uti possidetis* iz dva razloga. Prvo su želeli da osiguraju da nijedna teritorija u Južnoj Americi ne ostane *terra nullius*, nakon proglašenja nezavisnosti, jer bi na taj način mogla da postane predmet prisvajanja od strane Španije ili neke druge države. Takođe, na ovaj način su pokušani da se spreče sukobi međunovonastalim državama, tako što bi se ustanovile tačne granice.[3] U skladu sa pravom tog vremena, obezbeđeno je da sva zemlja koju nastanjuje domicilni narod bude deo nove države.

Granice u Latinskoj Americi su bile izvedene iz brojnih španskih vladinih akata, koji su ustanovljavali posebne teritorijalne jedinice: provincije, okruge, distrikte, generalne kapetanije i druge. Značaj ovih teritorija i njihove granice menjali su se tokom vremena, obično jednostranim odlukama španske države. Vođe novonastalih država su počele da kodifikuju *uti possidetis* u ugovore i domaće pravo. Na primer, Venecuela se 1830. godine odvojila od Velike Kolumbije i postala posebna država i u svom Ustavu je navela da će njena teritorija da se sastoji od svega onoga što je pre političkih promena 1810. godine bilo nazivano Generalat Vene-

[3] Granični sporovi između novonastalih država nisu bili u potpunosti izbegnuti. Na primer, velika država Gvatemala, u Centralnoj Americi, podelila se odmah po sticanju nezavisnosti 1821. godine i od nje su nastali El Salvador, Honduras, Nikaragva i Gvatemala. Tomaš Bartoš, Uti Possidetis. Quo Vadis?, Australian Year Book of International Law, Vol. 18, 1997, str. 45.

cuele. To je bila jedna administrativna jedinica u okviru veće kolonijalne jedinice – Vice-kraljevstva Nove Granade.

Može se reći da su, uprkos opšteprihvaćenosti načela *uti possidetis juris*, njegove granice i posledice primene ostali nejasni. Naime, države Latinske Amerike su prihvatile mogućnost da njihove konačne granice mogu da se razlikuju od onih povučenih u skladu sa načelom *uti possidetis juris*, iako nisu planirale obimniju reviziju španskih administrativnih granica. Takođe, prihvatanje ovog načela nije moglo da reši konfuzije nastale promenom teritorijalnih režima tokom španske vladavine, odsustvom jasno utvrđenih granica, što je bila posledica zanemarivanja lokalnih geografskih karakteristika. Takođe, nisu bile zanemarljive ni političke tenzije među novonastalim državama. Ovi problemi su na kraju i doveli do oružanih sukoba među državama, kao i do mirnih načina razgraničenja, putem ugovora o granicama, ili sporazuma o arbitražama.

Države i pravni teoretičari su imali različita gledišta o značenju *uti possidetis* što je dovelo do nastanka novih termina: *uti possidetis juris* i *uti possidetis facto*. Prvo pravilo je govorilo da su samo španski pravni akti relevntni za određivanje granica, a da je efektivno posedovanje određene teritorije nevažno. Pristalice drugog pravila su smatrale da će se granice odrediti tako što svakoj državi pripada ona teritorija koju zapravo kontroliše, u trenutku dobijanja nezavisnosti. Arbitri su podržavali i jedno i drugo pravilo. Međutim, može se reći da je na *uti possidetis* dodato *juris* što je označavalo važnost pravnih akata španske države, iako se nije u potpunosti zanemarivala ni činjenica ko poseduje konkretnu teritoriju. Načelo *uti possidetis facto* je prihvaćeno u Brazilu koji je odbacio špansko-američko tumačenje i na taj način, samo kroz činjenicu posedovanja, značajno proširio svoju teritoriju, van granica određenih u ugovorima Španije i Portugalije. On nije smatrao da je obavezan načelom *uti possidetis juris* sve dok nije zaključio ugovore sa susednim državama. Ostale države Latinske Amerike su naravno prihvatile ovo načelo u međusobnim odnosima i svojim nacionalnim ustavima.

PRIMENA NAČELA *UTI POSSIDETIS JURIS* U PROCESU DEKOLONIZACIJE U AFRICI

Ponovna primena načela *uti possidetis juris* desila se nakon raspada kolonijalne dominacije Velike Britanije, tokom dekolonizacije u Africi. Evropske kolonijalne sile, koje su pristigle u Afriku u 18. veku nisu odmah povukle linije razgraničenja između sebe. Svaka država je pokušavala da utvrdi svoje sfere uticaja i na osnovu toga, vršila delimitaciju. Gra-

nice su povlačene ne uzimajući u obzir lokalno stanovništvo, ni geografiju, jer su države kolonizatori samo pokušavale da smanje oružane sukobe između njih samih.[4] One su zaključile međunarodne ugovore kojima su obezbedile nemešanje drugih država u njihove poslove na teritorijama koje su ulazile u njihovu sferu interesa. Ove oblasti su vremenom bile podeljene administrativnim linijama. Međutim, ova razgraničenja su retko bila jasna i precizna i vršena su linijama duž uporednika i podnevaka. Nije vođeno računa o stanju na terenu, geografskim ni demografskim kriterijumima. Ovo je, između ostalog, i jedan od uzroka konstantnih oružanih sukoba na ovom kontinentu, nakon Drugog svetskog rata, jer su ovakve granice postale međudržavne u postkolonijalnoj Africi. U trenutku dekolonizacije afričke države su odlučile da prihvate kolonijalne granice kako bi što više ubrzale proces sticanja nezavisnosti. Nisu imale dovoljno volje, a ni snage da u potpunosti rekonstruišu granice, kako bi ispravile nepravde iz prošlosti.

Organizacija afričkog jedinstva (OAJ), kao regionalna međunarodna organizacija, osnovana je 1963. godine. Godinu dana nakon toga, na sastanku ove organizacije, doneta je Kairska deklaracija, u kojoj je sugerisano da države treba da poštuju granice koje su postojale u trenutku sticanja nezavisnosti.[5] Ova deklaracija je potvrđena i u članu 4 stavu b Ustavnog akta Afričke Unije, gde je navedeno da će ova organizacija funkcionisati u skladu sa načelom poštovanja granica koje su postojale u vreme dobijanja nezavisnosti.[6] Ovaj akt je potpisan 11. jula 2000. godine u Lomeu (Togo) čime je ustanovljena Afrička Unija kao naslednik OAJ.[7]

Ovakva politika je pre svega služila da se spreče teritorijalne pretenzije susednih država, koje su mogle da dovedu i do oružanih sukoba. Takođe, na unutrašnjem planu je ovakvo rešenje destimulativno delovalo na secesionističke težnje etničkih manjina, koje su želele promenu granica. Ovakvo rešenje je zaživelo u Africi. Ratovi zbog granica su bili izuzeci i države su rešavale granične sporove sporazumno. Takođe, države su uspešno odbijale secesionističke pokušaje na svojim teritorijama.

---

[4] Ibid. str. 69.

[5] Rezolucija Organizacije afričkih država o teritorijalnim sporovima iz 1964. godine (OAU Cairo Declaration on Border Disputes among African States legitimising national borders inherited from colonial times, 1964).

[6] Član 4 stav b Ustavnog akta Afričke unije. Dostupno na http://www.africa-union.org/root/au/aboutau/constitutive_act_en.htm#Article4 sajt posećen novembra 2011. godine.

[7] A. M. McHugh, COMMENT, Resolving International Boundary Disputes in Africa: A Case for the International Court of Justice, Howard Law Journal 49, 2005-2006, str. 219.

Iako se granični sporovi nastavljaju i danas, načelo *uti possidetis juris* je postalo osnov za njihovo rešavanje i odnelo je prevagu u odnosu na druge kriterijume, kao što su etnički, ili istorijski. O primeni ovog načela pred Međunarodnim sudom pravde u graničnim sporovima biće više reči u nastavku rada. Prednost načela *uti possidetis juris* je u jednostavnosti njegove primene. Međutim, javljaju i se i određeni problemi, zbog toga što granice povučene isključivo po uporednicima i podnevcima ne poštuju demografske, etničke i druge kriterijume. Značenje termina *uti possidetis juris* se promenilo. Ono se nije odnosilo na zadržavanje administrativnih granica jedne kolonijalne sile, kao u Latinskoj Americi, već je bilo primenjeno na granice više kolonijalnih sila.

PRIMENA NAČELA *UTI POSSIDETIS JURIS* U ISTOČNOJ EVROPI

Nestankom Sovjetskog Saveza, SFRJ i Čehoslovačke pojavila se prilika da se još jednom ispita primena pravila *uti possidetis juris*. Nakon Drugog svetskog rata, podela tadašnje Jugoslavije na 6 republika je ostavila značajan broj pripadnika manjina van svoje „matične republike". Kada su neke od njih počele da proglašavaju nezavisnost 1991. godine, međunarodna zajednica je brzo zauzela stav da se unutrašnje granice SFRJ ne mogu menjati upotrebom sile. Rezolucije koje su tada donosili Evropska zajednica, Savet bezbednosti UN i KEBS bile su zasnovane na stavu da ukoliko dođe do disolucije SFRJ to treba da bude po republičkim granicama. U januaru 1992. godine, novoosnovana Arbitražna komisija Konferencije Evropske zajednice o Jugoslaviji primenila je načelo *uti possidetis juris*. Ova tzv. Badinterova arbitražna komisija je zauzela stav da je dato načelo, iako u početku primenjeno u rešavanju pitanja dekolonizacije, danas opšteprihvaćeno. Komisija se pozvala na odluku Međunarodnog suda pravde u Slučaju graničnog spora između Burkine Faso i Malija.[8] Načelo je logički povezano sa pitanjem dobijanja nezavisnosti, bez obzira gde se događa. Međutim, Badinterova komisija nije citirala nastavak odluke u Slučaju graničnog spora, gde se kaže da je cilj načela da se spreče pogranični sukobi, nakon povlačenja kolonijalne sile. Ovo ukazuje da se načelo primenjuje u kontekstu dekolonizacije. Ništa u ovoj presudi nije ukazivalo da se načelo *uti possidetis juris* može primeniti na slučajeve se-

[8] Slučaj povodom pograničnog spora (Burkina Faso protiv Malija), presuda od 22. decembra 1986. godine (Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), judgment of 22 December 1986, ICJ Reports 1986. dostupno na http://www.icj-cij.org/ docket/files/69/6447.pdf sajt posećen novembra 2011. godine.

cesije od međunarodno priznatih država. To je bio jedan od razloga zbog čega je mišljenje Badinterove komisije bilo podvrgnuto kritikama pravne nauke.[9] Pojedini autori smatraju da je Badinterova komisija stvorila novu verziju ovog načela odnosno načleo *uti possidetis modernis*, time što je unutrašnje granice bivše SFRJ pretvorila u međunarodne.[10]

Administrativne granice Sovjetskog Saveza su bile mnogo složenije od onih u SFRJ. 1926. godine SSSR se sastojao od osam republika čije granice su poštovale etničke faktore, iako je bilo nezadovoljnih grupa. Rukovodstvo SSSR je preuredilo ove granice pre Drugog svetskog rata, deleći narode kako bi ojačalo svoj politički uticaj. Nakon rata, uključivanjem dodatnih teritorija istočne Evrope, ponovo su promenjene unutrašnje granice, između ostalog i uključivanjem delova bivših baltičkih država u stare republike SSSR. Kada je došlo do raspada SSSR, baltičke države su odbile da unutrašnje granice bivše države prerastu u međudržavne, jer su izgubile određene teritorije u trenutku anektiranja. Ostale države su se složile da zadrže svoje administrativne granice. U članu 5 Sporazuma o osnivanju Zajednice Nezavisnih Država, koji je potpisan u Minsku 1991. godine, navodi se da strane ugovornice potvrđuju i poštuju međusobni teritorijalni integritet i nepovredivost postojećih granica unutar Zajednice. Ovo je potvrđeno, iste godine, u Deklaraciji iz Alma Ate, koju je potpisalo 11 bivših republika, bez Gruzije i baltičkih država. Cilj ovih akata je bio da se potvrdi i ojača načelo *uti possidetis juris*, kako bi se obezbedio legitimitet za nove granice. Takođe, tadašnja Evropska zajednica i njene države članice usvojile su 16. decembra 1991. godine, u vreme donošenja deklaracija u okviru Zajednice Nezavisnih Država, Evropske smernice o priznavanju novih država u istočnoj Evropi i Sovjetskom Savezu, koje su predviđale zajedničku politiku priznavanja, koja je između ostalog zahtevala poštovanje nepovredivosti svih granica, koje se mogu menjati samo mirnim sredstvima i zajedničkim sporazumom.[11] Ipak, pojedine bivše republike i dalje imaju međusobne pretenzije i još uvek ne postoji konsenzus o dozvoljenosti secesija i teritorijalnih promena. Brojni pogranični sporovi[12] koji su nastali disolucijom Sovjetskog Saveza uka-

[9] S.Ratner, op.cit., str. 614. O radu Badinterove komiisje videti: M. Pomerance, The Badinter Commission: The Use and Misuse of the International Court of Justice's Jurisprudence, Michigan Journal of International Law, Vol. 20, 1998-1999.

[10] T. Bartoš, op. cit., str.71.

[11] M. N. Shaw, Peoples, Territorialism and Boundaries, European Journal of International Law 3, 1997, str. 499.

[12] U pitanju su pokušaji secesije Južne Osetije i Abhazije od Gruzije, kao i sukob između Jermenije i Azerbejdžana, povodom regiona Nagorno Karabah, koji se nalazi u Azerbejdžanu, a naseljen je pretežno jermenskim stanovništvom.

zuju da načelo *uti possidetis juris* nije iskreno prihvaćeno od strane novih država ili da ono ima ograničen značaj u slučaju sporova. Pojedini autori objašnjavaju disoluciju ove države primenom njenog Ustava, koji je dugi niz godina bio uzurpiran od strane centralne vlade.[13] Odredbe Ustava su predviđale da ova vlada ima neograničenu nadležnost i da pravo federacije ima primat u odnosu na pravo republika.[14] Formalno posmatrano, republike su bile u voljnom savezu, putem samoopredeljenja, sa mogućnošću otcepljenja.

Nakon Prvog svetskog rata Čehoslovačku su činile: Češka, Moravska, Slovačka, deo Šlezije i Rutenija. Češka i Moravska su ranije bile posebne jedinice unutar Svetog Rimskog Carstva, a zatim deo Austrijskog carstva, dok je Slovačka bila deo Mađarske. Granica između češkog i slovačkog dela je zapravo bila istorijska moravsko-mađarska granica. Tokom Drugog svetskog rata, Nemci su koristili ovu granicu kao međunarodnu, između tzv. Protektorata nad Češkom i nezavisne države Slovačke. Kada je došlo do disolucije Čehoslovačke 1993. godine dve strane su se odmah dogovorile da će ta granica biti međunarodna. Uspostavljanje ove granice se može povezati sa istorijskim nasleđem i ne vezuje se samo za unutrašnju administrativnu podelu Čehoslovačke. Naravno, moguće je pretpostaviti da su međunarodne granice nastale transformisanjem unutrašnjih primenom načela *uti possidetis juris*. Međutim, ovaj primer se ne može uzeti kao dokaz prakse država po ovom pitanju.

NAČELO *UTI POSSIDETIS JURIS* PREMA MEĐUNARODNOM PRAVU

Pojedini autori smatraju da koncept ovog načela nije jasan u međunarodnom pravu.[15] Oni navode da nije do kraja utvrđeno da li je ovo pravilo načelo međunarodnog prava ili običajno pravno pravilo. Ono sa čime se slaže većina autora jeste da je ono bilo neophodno u procesu dekolonizacije, jer nijedno drugo pravilo nije moglo da ispravi nepravde koje su nanete u prošlosti. Ono je sprečavalo nastanak nemira i većih sukoba u postkolonijalnoj eri u Aziji, Africi i Latinskoj Americi. Načelo *uti possidetis juris* je povezano sa načelom samoopredeljenja koje je predviđeno u

[13] Ibid., str. 82.

[14] Ustav SSSR, član 75. Dostupno na http://www.departments.bucknell.edu/russian/const/77cons03.html#chap08 sajt posećen novembra 2011. godine.

[15] A. Rosen, Economic and Cooperative Post-colonial Borders: How Two Interpretations of Borders by the I.C.J. May Undermine the Relationship Between *Uti Possidetis Juris* and Democracy, Penn State International Law Review, Vol. 25, 2006-2007, str. 212.

Povelji UN. Ono je trebalo da bude jedan od oblika prava na samoopredeljenje naroda u postkolonijalnim državama, koji su trebali da budu određeni granicama koje su uspostavili prethodni vladari. Povezivanje ova dva načela je započeto još početkom 19. veka u Latinskoj Americi, a nastavljeno na afričkom kontinentu. Dekolonizacija se ovde odvijala duž kolonijalnih granica jer je to bio najjednostavniji i najbrži način. Načelo *uti possidetis juris* je bila implicitna osnova za ovakav postupak. U Kairskoj deklaraciji Organizacije Afričkog Jedinstva se izričito ne pominje ovo načelo ali sve ukazuje na njegovu primenu, jer se predviđa da afričke države treba da poštuju postojeće granice pri dobijanju nezavisnosti, uz naravno, promenu suvereniteta, koji se prenosi sa države kolonizatora na nove vlasti. Slično se navodi u članu 2 stavu 1 tački c i članu 3 Povelje OAJ. Takođe, ova pravila poštuje i nova Povelja Afričke Unije.

Badinterova komisija je zaključila da pravo naroda na samoopredeljenje ne sme da u sebu uključi promene postojećih granica u vreme nezavisnosti čime se potvrđuje načelo *uti possidetis juris*, osim u slučajevima kada postoji saglasnost zainteresovanih država za suprotno postupanje.[16]

Pojedini autori smatraju da načelo *uti possidetis juris* ne bi trebalo da bude kriterijum za određivanje državnih granica, jer se pokazalo kao nejasno i protivrečno. Granice stvarane na ovaj način su često ostajale nejasne ili zbog istorijskih razloga, ili zbog toga što su to želele kolonijalne sile. Ugovori kojima su ustanovljene nisu bili ratifikovani, niti su granice bile precizno određene na mapama, što je sve dovodilo do toga da države nisu prihvatale nove granice i pored postojanja ugovora koji ih određuju.

Takođe, pravo na samoopredeljenje ne uključuje i pravo na otcepljenje. Velika većina država u procesu dekolonizacije je formirana putem samoopredeljenja, a ne secesijom. Izuzetak je na primer nastanak Namibije 1990. godine, koja se odcepila od Južne Afrike.

Primena načela *uti possidetis juris* je opravdana kada se nove države saglase da se ono primenjuje u njihovim međusobnim odnosima, ili kada država dobije nezavisnost u regionu u kojem važi međunarodno običajno pravilo koje kaže da u odsustvu kontinuiranog protesta nove države, treba da bude poštovano ovo načelo. Ova druga situacija se vezuje za razvoj običajnih normi, podstaknutih odlukama Međunarodnog suda pravde u postkolonijalnom periodu, u odnosu prema afričkom kontinentu. Ovo pravilo nije u potpunosti primenjivo na države koje su nastale disolucijom SSSR i Čehoslovačke.

U slučajevima u kojima je primenjeno načelo *uti possidetis juris* može se primetiti da države žele da izričito potvrde postojeću normu, ta-

[16] Mišljenje Badinterove komisije, Opinion No. 2. EJIL (1992), str. 183-84.

ko da akt kojim se to čini odražava međunarodno običajno pravo, ili on služi kao potvrda državne prakse. Takođe, strane žele da zaključe posebne obavezujuće sporazume kojima bi regulisale njihove međusobne odnose i razjasnile teritorijalne odnose između njih. Među novim državama koje nisu zaključile sporazume kojima se potvrđuju nasleđene granice po dobijanju nezavisnosti, postoji mnogo više spornih teritorijalnih pitanja, nego prihvatanja datog stanja.

Ovo pravilo može da se primeni naravno samo na strane ugovornice takvih sporazuma. Međutim, vremenom ono može da obaveže i druge države i to ne samo iz regiona, ukoliko se one nisu izričito i konstantno protivile primeni te norme, od trenutka sticanja nezavisnosti. U slučaju protivljenja, pravilo će se primeniti samo ukoliko se može smatrati imperativnom normom međunarodnog prava od koje odstupanje nije moguće. Takođe, pravilo može da obavezuje i ukoliko nova država pristupa postojećoj zajednici država i mora da prihvati pravne norme koje važe u toj zajednici u trenutku pristupanja. Države uvek mogu da menjaju svoje granice sporazumom što znači da pravilo *uti possidetis juris* nije imperativnog karaktera. Takođe, ne postoje dokazi za primenu ovog pravila bez izričite saglasnosti novonastalih država i van konteksta dekolonizacije, pa se ne može govoriti o tome da je ovo načelo deo pravnog sistema međunarodne ili neke uže zajednice.

Granice država koje su nastale disolucijom SFRJ nametnute su od strane drugih država, za razliku od većine afričkih država koje su samoinicijativno prihvatile teritorijalni *status quo*. Primena načela *uti possidetis juris* je u prvom slučaju bila samo prividna, kada su bile u pitanju granice između SRJ, Bosne i Hercegovine i Hrvatske. Ono nije efikasno sredstvo za sprečavanje konflikata čak i u slučajevima kada se države dogovore da će se ono primeniti. Tako, u slučaju disolucije Čehoslovačke koje je izvršeno sporazumno bile su potrebne neke manje teritorijalne promene. Nametanje ovog načela u slučajevima kada se učesnici u sporu ne slažu sa njegovom primenom nije najefikasnije rešenje.

Mora se voditi računa o primeni načela *uti possidetis juris* u slučajevima kada se javlja pitanje sukcesije država u odnosu na međunarodne ugovore, odnosno kada je razgraničenje predviđeno ugovorom. Strane u sporu se obično slažu da se načelo primeni ali se često ne slažu u pogledu njegovog sadržaja. Teoretski posmatrano, načelo *uti possidetis juris* obezbeđuje jedan konačni mehanizam za utvrđivanje granica. Međutim, u praksi, nejasne granične linije mogu da stvore određenu nesigurnost i zainteresovane države su tada primorane da reše pitanje granica od početka odnosno da razgraničenje bude učinjeno primenom dodatnih kriterijuma.

Ukoliko bi načelo *uti possidetis juris* predstavljalo opštu normu međunarodnog običajnog prava, ono bi se moglo primeniti na svaki spor, ukoliko države u sporu ne bi posebno isključile njegovu primenu pred Sudom. Sporovi između država Latinske Amerike, kao i spor između Burkine Faso i Malija su bili zasnovani na činjenici da su se strane u sporu pozivale na načelo *uti possidetis juris*. Njegova automatska primena bi dovela do zastoja u fleksibilnom rešavanju graničnih sporova. Zbog destabilizirajućeg karaktera ovih sporova, po region, a i šire, potrebno je prihvatiti veću fleksibilnost pri određivanju kriterijuma za donošenje odluke. Pošto međunarodno pravo ne proizilazi iz jednog vrhovnog autoriteta nego je zasnovano na načelu efektiviteta, stabilnost u međunarodnoj zajednici se najbolje postiže određivanjem granica uz pristanak zainteresovanih država.

Načelo *uti possidetis juris* bi trebalo posmatrati kao početnu poziciju pri parničenju povodom graničnih sporova, a ne kao jedno apsolutno pravilo. Mnogi međunarodni sporovi, a posebno oni o granicama, su, po svojoj prirodi, više politički nego pravni. Pitanja koja se ovde javljaju mogu da budu, pored nesaglasnosti povodom razgraničenja, i mnoga druga vanpravna pitanja. Kod onih koja se mogu rešiti primenom prava, trebalo bi svakako uvažavati načelo *uti possidetis juris*.

Načelo *uti possidetis juris* ima i svoje kritičare. Oni ukazuju da ovo načelo može da podstakne separatiste da podele postojeće države duž administrativnih linija. To se na primer, dogodilo u bivšoj SFRJ. Takođe, slično se desilo i u Eritreji, a mnogi autori pominju i primer kanadske provincije Kvebek, čiji stanovnici zagovaraju nezavisnost ove provincije. Takođe, načelo *uti possidetis juris* može da dovede do nepravdi i nestabilnosti, jer se stanovništvo ostavlja nezadovoljnim u novoj državi.

NAČELO *UTI POSSIDETIS JURIS* U PRAKSI MEĐUNARODNOG SUDA PRAVDE

Međunarodni sud pravde je rešavao i teritorijalne sporove. U ovim slučajevima, Sud je koristio načelo *uti possidetis juris* i dodatno ga definisao, odnosno objašnjavao. Pregledom nekih od ovih slučajeva može se ukazati na primenu načela *uti possidetis juris* u praksi.

U Slučaju povodom graničnog spora (Burkina Faso protiv Malija), Međunarodni sud pravde je obeležio načelo *uti possidetis juris*.[17] On je rešavao granični spor u kojem su obe države zahtevale da se utvrdi gra-

[17] Slučaj povodom pograničnog spora (Burkina Faso protiv Malija), op. cit.

nična linija u skladu sa načelom nepromenljivosti granica nasleđenih iz doba kolonizacije. Sporan je bio deo zemlje poznat pod nazivom Agaher, koji je bio izvor sukoba od 1960. godine, kada su obe ove zemlje stekle nezavisnost. Tokom godina, pokušaji OAJ i pojedinih afričkih predsednika nisu uspeli da dovedu do trajnog rešenja i zbog toga su se vlade obe države 1983. godine, saglasile da spor iznesu pred Međunarodni sud pravde. U svojoj presudi, Sud se oslonio na primenu načela *uti possidetis juris* kako bi odredio granicu između dve države i utvrdio je da je ovo načelo čvrsto ustanovljeno načelo međunarodnog prava u pitanjima dekolonizacije.[18] Na taj način, ostalo je otvoreno pitanje da li je dato načelo u potpunosti formirano i da li je ono primenljivo samo u postupku dekolonizacije ili i u drugim oblastima međunarodnog prava. Ova presuda se ipak i pored svojih nedostataka danas smatra najznačajnijom odrednicom načela *uti possidetis juris* u međunarodnom pravu.

U Slučaju povodom kopnenog, ostrvskog i pomorskog graničnog spora,[19] Sud je razmatrao pitanje granice između El Salvadora i Hondurasa. Ove dve države Latinske Amerike su imale nerešeno pitanje granice još od perioda sticanja nezavisnosti od Španije, a bile su i u ratu zbog toga. Zajedničkim sporazumom iz 1986. godine, oni su poverili Sudu rešavanje spora. Sud je rekao da ako se u sporazumu predviđa da će spor biti rešen primenom načela međunarodnog prava, tada će se primeniti načelo *uti possidetis juris*. Samo u slučaju da se strane u sporu o tome sporazumeju, ovo načelo se neće primeniti. El Salvador je tvrdio da se načelo mora uzeti u obzir zajedno sa drugim argumentima. Pod tim je podrazumevao npr. akte administracije u periodu posle sticanja nezavisnosti, odnosno načelo efektiviteta, kao i demografske podatke i podelu nacionalnih resursa. Honduras, je pak smatrao da se argumenti zasnovani na efektivitetu ne mogu primeniti, iako je i sam podneo nekoliko dokaza ukoliko bi se ovo načelo razmatralo. Sud je doneo odluku da su irelevantni argumenti El Salvadora zasnovani na demografiji i podeli nacionalnih resursa, ali da načelo efektiviteta može biti od koristi pri određivanju granične linije. Takođe, načelo jednakosti ne može biti korišćeno da bi se menjala granica nasleđena iz kolonijalnog perioda, ali se može koristiti kada se granična linija ne može odrediti primenom načela *uti possidetis juris*.[20]

---

[18] Ibid., str. 554.

[19] Slučaj povodom kopnenog, ostrvskog i pomorskog graničnog spora (El SalvadorHonduras), presuda od 11. septembra 1992. godine, Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment of 11 September 1992, ICJ Reports 1992. dostupno na http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1 =3&p2=3&code=sh&case=75&k=0e sajt posećen novembra 2011. godine.

[20] Ibid., str. 514.

U Slučaju teritorijalnog spora između Libije i Čada,[21] sporna je bila oblast od preko 500 hiljada kvadratnih kilometara. Libija je okupirala ovu teritoriju 1973. godine, što je dovelo do dugogodišnjeg oružanog sukoba između ove dve države, dok nisu podneli spor na rešavanje Međunarodnom sudu pravde 1990. godine. Libija je zasnivala svoj zahtev na skupu prava i pravnih osnova domorodačkog stanovništva, Italije, Otomanskog Carstva i same Libije. Čad je zasnovao svoj zahtev na Ugovoru iz 1955. godine o prijateljstvu i dobrosusedskim odnosima između Francuske, koja je tada kolonizirala Čad i Libije. Sud je smatrao da je taj Ugovor predviđao da sporna oblast pripada Čadu i da nijedan naredni ugovor između Čada i Libije nije doveo u pitanje ili menjao granicu ustanovljenu Ugovorom iz 1955. godine. Sud je zauzeo stav da granica ustanovljena ugovorom zadržava svoj trajni karakter i kada ugovor, kojim je ona ustanovljena, više ne bude na snazi.

Međunarodni sud je razmatrao i Slučaj Kasikili/Sedudu ostrva, u kojem su u sporu bile Bocvana i Namibija.[22] One su 1996. godine sporazumno iznele ovaj spor pred Sud, koji se ticao pomenutog ostrva na reci Čobe koja je činila granicu između država. Od Suda je traženo da utvrdi njihovu međusobnu granicu oko spornog ostrva, na osnovu pravila i načela međunarodnog prava i Anglo-nemačkog ugovora od 1. jula 1890. godine. Ovaj Ugovor je predviđao da granična linija između tadašnje britanske teritorije (Bocvane) i nemačke teritorije (Namibije) ide glavnim tokom reke Čobe. Sud je morao da definiše šta je to glavni tok odnosno glavni kanal reke Čobe, pošto to nije bilo razjašnjeno u Ugovoru. Razmatrajući činjenice kao što su: dubina i širina kanala, rečni tok, rečno korito, mogućnost plovidbe po kanalu, Sud je zaključio da je rečni kanal severno od ostrva Kasikili/Sedudu glavni kanal i time je Bocvana dobila kontrolu nad ostrvom. Pre nego što je doneo odluku, Sud je razmotrio i argument Namibije koja je tvrdila da njoj treba da pripadne ostrvo pošto su i ona i njeni prethodnici vršili suverenu vlast nad ostrvom od početka 20. veka. Sud je odbacio ove argumente Namibije, primetivši da su građani Namibije koristili ostrvo samo povremeno i isključivo zbog poljoprivrede.

---

[21] Slučaj teritorijalnog spora (Libija protiv Čada) presuda od 3. februara 1994. godine (Case Concerning Territorial Dispute (Libya v. Chad), Judgment of 3 February 1994), ICJ Reports 1994. dostupno na http://www.icj-cij.org/docket/files/83/6897.pdf sajt posećen novembra 2011. godine.

[22] Slučaj Kasikili/Sedudu ostrva (Bocvana protiv Namibije), presuda od 13. decembra 1999. godine (Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia), Judgment of 13 December), ICJ Reports 1999. dostupno na http://www.icj-cij.org/docket/files/98/7577.pdf sajt posećen novembra 2011. godine.

U Slučaju povodom graničnog spora između Benina i Nigera, ove dve države su 2001. godine tražile od Suda da odredi celu granicu između njih, odnosno da se utvrdi granica u delu reke Niger i reke Mekrou.[23] Sud je zauzeo stav da će primeniti načelo *uti possidetis* ali je naglasio i da fizičke karakteristike zemljišta, posle kolonijalnog perioda, neće biti u potpunosti zanemarene. Sud je u pogledu reke Niger utvrdio da je granica između Nigera i Benina išla duž glavnog plovnog kanala reke. Sud je došao do ovog zaključka analizirajući aktivnosti stranaka, odnosno primenjujući načelo efektiviteta zbog nedostataka jasnih dokaza u pogledu pravnog osnova nad ostrvima na reci Niger. Sud je utvrdio da najveće ostrvo, Lete, i još 15 drugih pripadaju Nigeru, dok je devet ostrva pripalo Beninu. U pogledu teritorije oko reke Mekrou, Sud je prvo morao da utvrdi da li je ova reka sama formirala granicu kako je tvrdio Benin. Citirajući dekret francuskih kolonijalnih vlasti iz 1927. godine, Sud je presudio da je ova reka činila zajedničku granicu, kada su obe države dobile nezavisnost i da, u skladu sa načelom *uti possidetis juris*, čini i sadašnju granicu. Sud je takođe odlučio, da pošto reka Mekrou nije plovna, granica treba da se proteže sredinom reke.

Pojedini autori smatraju da bi se načelo *uti possidetis juris* trebalo primenjivati uz određena ograničenja, u periodu posle dekolonizacije i eventualno ponovo razmotriti, kao osnovu za očuvanje teritorijalnog integriteta postkolonijalnih država. Argumenti za ovakav stav su da je veza načela *uti possidetis juris* sa pravom naroda na samoopredeljenje slaba, kao i da postoji sumnja dozvoljenosti akata samoopredeljenja u sadašnjim državama. Pravo na samoopredeljenje čuva postojeće granice nedozvoljavajući secesiju, ali na taj način ne dozvoljava rešavanje pitanja loše određenih i spornih granica. Nejasne osnove po kojima su određivane granice mogu biti izvor haosa i sporova, što se i pokazalo u slučajevima pred Međunarodnim sudom pravde.

PITANJE ADMINISTRATIVNIH GRANICA

Jedno od najznačajnijih pitanja koje se mora analizirati kod primene načela *uti possidetis juris* jeste pojam administrativnih granica. Značenje ovog pojma se menjalo kroz istoriju i zavisilo je od konteksta u kojem se

[23] Slučaj povodom graničnog spora (Benin protiv Nigera), presuda od 12. jula 2005. godine (Case Concerning the Frontier Dispute (Benin v. Niger), Judgment of 12 July 2005), ICJ Reports 2005. dostupno na http://www.icj-cij.org/docket/files/125/8228.pdf sajt posećen novembra 2011. godine.

pojavljuje. Na primer, u Latinskoj Americi su to bile granice koje su proisticale iz brojnih španskih vladinih akata koji su uspostavljali teritorijalne jedinice, ili su nastajale ugovorima zaključenim između Španije i Portugalije.

U Africi su, u početku, granice određivane na osnovu sfera uticaja, odnosno dogovora među kolonijalnim silama koji su obezbeđivali nemešanje jednih sila u zonu uticaja drugih. Kasnije su granice prerasle u administrativne, kako su kolonijalne sile jačale kontrolu nad svojim teritorijama.

Postoji funkcionalna razlika između međunarodnih i unutrašnjih administrativnih granica. Naime, međudržavne granice se stvaraju kako bi se razdvojili narodi i države, dok se unutrašnje granice formiraju kako bi se efikasno vladalo unutar same države i održalo njeno jedinstvo. Međunarodne granice u Evropi danas možda i gube određeni značaj, jačanjem Evropske unije, međutim, države ih ni u kom slučaju ne smatraju nevažnim. Na ostalim kontinentima, granice su, takođe, i dalje jedan od osnovnih elemenata svake države.

Uzimajući u obzir istorijski kontekst, pojedini autori smatraju da postoji spoljašnji i unutrašnji aspekt administrativnih granica bivših kolonijalnih država.[24] Posmatrano prema spolja granice su predstavljale nešto što su stvorile strane sile kako bi se uspostavio mir u određenom regionu. Posmatrano prema unutra, granice su predstavljale unutrašnju podelu nadležnosti bivše kolonijalne sile. Načelo *uti possidetis juris* se zasniva na pretpostavci da su bivše kolonijalne administrativne granice čuvale stabilnost i teritorijalni integritet.

ZAKLJUČAK

Primena načela *uti possidetis juris* nailazi na određene teškoće kada se primenjuje na administrativne granice unutar država. Prvo, postoji razlika između unutrašnjih i međunarodnih granica i između unutrašnjih granica država i kolonijalnih linija razgraničenja na koje se ovo načelo prvobitno primenjivalo. Takođe, došlo je i do promena u međunarodnom pravu, i to između ostalog u naglašavanju prava na unutrašnje samoopredeljenje, što je ipak još uvek i danas sporno u pravnoj nauci. Značaj načela je bio mnogo veći u procesu dekolonizacije, ali i danas ima svoje mesto u postupku određivanja državnih granica.

[24] A. Rosen, op. cit., str. 216.

Bojan Tubić, LL.M., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Application of *uti possidetis juris* Principle in the Process of Determination of International Borders

Abstract

Uti possidetis juris principle was basic rule in determining international borders in the period of decolonization. It was applied in Latin America and Africa, but also at the end of 20th century in the processes of dissolution of USSR, SFRY and Czechoslovakia. *Uti possidetis juris* principle is based on the presumption that former colonial administrative borders kept stability and territorial integrity. It was undoubtedly connected with the right of self-determination. It keeps the existing borders by preventing secession, but in that way it does not solve the problem of badly determined and disputed borders. The unclear foundations on which the borders were determined can be a source of chaos and indisputes, which was shown n some cases before the International Court of Justice. The dominant theory is that *uti possidetis juris* principle should be applied with certain limitations, in the period after decolonization as a basis for preserving the territorial integrity of postcolonial states.

Key words: *uti possidetis juris*, borders, international law, state, self-determination.

Originalni naučni rad 347.441.13(44:497.11)

Mr Atila Dudaš, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

KAUZA UGOVORNE OBAVEZE – FRANCUSKI UTICAJ NA ZAKON O OBLIGACIONIM ODNOSIMA REPUBLIKE SRBIJE

Sažetak: *U ovom radu se istražuje uticaj Francuskog građanskog zakonika na Zakon o obligacionim odnosima Republike Srbije u pogledu instituta osnova ugovorne obaveze. U pitanju je institut u vezi sa kojim Zakon odstupa od svog dominantnog uzora, Švajcarskog zakonika o obligacijama, koji eksplicitno ne zahteva postojanje punovažne kauze za nastanak i punovažnost ugovora, i doslovce preuzima odredbe Francuskog građanskog zakonika. Međutim, odredbe našeg Zakona o osnovu ugovorne obaveze eksplicitno uređuju i uticaj pobuda na punovažnost ugovora, što nije slučaj sa Francuskim građanskim zakonikom.*

Analizom sudske prakse može se zaključiti da pobude za zaključenje ugovora u našem pravu dobijaju pravni značaj u dva različita vida. Sudovi usvajaju stav doktrine da u dobročinom ugovorom pobude ulaze u pojam kauze. Pored dopuštenih, pravni značaj dobijaju i nedopuštene pobude. One čine teretan ugovor ništavim pod uslovom nesavesnosti druge strane, a dobročin bez obzira na njenu savesnost.

Kljične reči: *kauza ugovora, kauza ugovorne obaveze, osnov ugovora, osnov ugovorne obaveze, pobude za zaključenje ugovora*

Zakon o obligacionim odnosima Republike Srbije iz 1978. godine[1] predstavlja u suštini neznatno izmenjeni tekst Skice za zakonik o obliga-

---

Ovaj članak je nastao u okviru naučnoistraživačkog projekta *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.

[1] Zakon o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89 i Službeni list SRJ br. 31/93 (u daljem tekstu: ZOO).

cijama i ugovorima Mihaila Konstantinovića iz 1969. godine.[2] Osnovni normativni uzor Zakona, odnosno Skice koja mu je prethodila, je Švajcarski zakonik o obligacijama iz 1911. godine. Međutim, švajcarsko civilno zakonodavstvo nije bilo jedini, već samo glavni zakonodavni osnov izrade Skice. Sam Konstantinović u predgovoru Skice ističe da je pokušao da identifikuje najbolja normativna rešenja u raznim stranim izvorima prava i da ih, u formi i sadržini upodobljenim našim uslovima, unese u sadržinu budućeg zakona o obligacionim odnosima.[3] Tako se u Skici, odnosno u Zakonu o obligacionim odnosima mogu uočiti, na primer, instituti karakteristični i za nemačko[4] i francusko pravo[5]. Od pravnih instituta kod kojih se može sagledati uticaj francuskog prava i doktrine na normativnu sadržinu Zakona o obligacionim odnosima, u ovom radu se razmatra institut osnova ugovorne obaveze (kauze), kod kojeg je francuski uticaj najizraženiji u našem Zakonu. U analizi će akcenat, pretežnim delom, biti na normativnom uređenju ovog instituta i sudskoj praksi, a manje na prikazu doktrinarnih stavova o kauzi ugovorne obaveze.

Odredbe Francuskog građanskog zakonika o kauzi ugovorne obaveze

Osnovna i principijelna odredba o kauzi ugovorne obaveze u Francuskom građanskom zakoniku nalazi se u članu o pretpostavkama zaključenja ugovora: za nastanak ugovora neophodno je da postoji saglasnost volja ugovornih strana, njihova poslovna sposobnost, predmet ugovora i *dopuštena kauza obaveze*.[6]

Ova odredba je više načelnog, nego praktičnog značaja, jer su sve pretpostavke zaključenja punovažnog ugovora u narednim odredbama Zakonika de-

---

[2] Mihailo KONSTANTINOVIĆ, *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Klasici jugoslovenskog prava, Službeni list SRJ, Beograd, 1996, prvi put objavljena 1969. godine u izdanju Pravnog fakulteta u Beogradu (u daljem tekstu: Skica).

[3] V. KONSTANTINOVIĆ, *Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, op.cit. str. 35.

[4] Nemački uticaj pokazuju, na primer, odredbe o zelenaškom ugovoru, konverziji, preuzimanju duga ili prigovoru neispunjenja ugovora. V. Miodrag ORLIĆ, *Istorija nastajanja građanskog zakonodavstva u Srbiji* u: Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije, Izveštaj Komisije sa otvorenim pitanjima, Pravni život, br. 11/2007, tom III, str. 6-407, na str. 77.

[5] Odredbe Skice, odnosno Zakona o obligacionim odnosima inspirisane normativnim rešenjima Francuskog građanskog zakonika su, na primer, norme o načinu određivanja uslova subjektivne odgovornosti za štetu, o osnovu ugovora ili o vršenju dužnikovih prava od strane poverioca. V. ORLIĆ, *Istorija nastajanja građanskog zakonodavstva u Srbiji*, op.cit. str. 76-77.

[6] „Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: Le consentement de la partie qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet certain qui forme la matiére de l'engagement; Une *cause licite dans l'obligation*." Čl. 1108. Francuskog građanskog zakonika (autorov kurziv).

taljnije uređene. Ona nabraja sve opšte pretpostavke koje su neophodne za punovažnost ugovora, osim forme ugovora, koja se ne smatra opštom, već posebnom pretpostavkom. O njenom principijelnom značaju govori i naslov glave Zakonika kojoj pripada: Neophodne pretpostavke punovažnosti sporazuma.[7]

U pogledu domena primene instituta kauze ugovorne obaveze u Francuskom građanskom zakoniku ova odredba je od velikog značaja, jer jasno i eksplicitno određuje opšti kauzalistički stav Zakonika: svaka ugovorna obaveza mora imati dopuštenu kauzu, koja se smatra jednom od pretpostavki punovažnosti ugovora.

Imajući u vidu da je Francuski građanski zakonik „bastion" teorije kauze, pomalo je iznenađujuće što njegove središnje odredbe o ovom pojmu predstavljaju svega tri rečenice u tri člana Zakonika, u odeljku pod naslovom „O kauzi".[8]

Francuski građanski zakonik najpre propisuje da obligacija koja *nema stvarnu kauzu*, odnosno ima *prividnu* ili *nedopuštenu kauzu*, ne proizvodi pravno dejstvo.[9]

Kauza je nedopuštena ako je zakonom zabranjena, protivna dobrim običajima ili javnom poretku.[10] Odredbe Zakonika o dopuštenosti kauze su formulisane u skladu sa opštim ograničenjima načela slobode ugovaranja navedenim u uvodnim odredbama Zakonika. Zakonik, naime, propisuje da strane ne mogu odstupiti od odredaba zakona kojima se štiti *javni poredak* i *dobri običaji*.[11] Na osnovu ovih opštih odredaba Zakonika, francuska sudska praksa je brojne ugovore proglašavala ništavim zbog nedozvoljene kauze. Tako, smatraju se protivnim javnom poretku i moralu, te su ništavi, ugovor o poklonu učinjen konkubini da bi se pridobila ili održala njena naklonost, kao i svi ostali ugovori koji se zaključuju s ciljem favorizovanja konkubinata[12], ugovor o bračnom posredovanju u kojem posrednik na bilo koji način vrši pritisak na određena lica da stupe u brak[13], ugovor kojem je cilj stvaranje, održavanje ili iskori-

---

[7] „Des conditions essentielles pour la validité des conventions".

[8] „De la cause".

[9] „L'obligation *sans cause*, ou sur une *fausse cause*, ou sur une *cause illicite*, ne peut avoir aucun effet." Čl. 1131. Francuskog građanskog zakonika (autorov kurziv).

[10] „La cause est illicite, quand elle est *prohibée par la loi*, quand elle est contraire aux *bonnes moeurs* ou ŕ *l'ordre public*." Čl. 1133. Francuskog građanskog zakonika (autorov kurziv).

[11] „On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent *l'ordre public* et les *bonnes moeurs*." Čl. 6. Francuskog građanskog zakonika (autorov kurziv).

[12] V. Jacques SAIGET, *Le contrat immoral*, Jouve & Cie., Paris, 1939, str. 345. Navedeno prema Slobodan PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, knjiga prva, 7. izdanje, Službeni list SFRJ, Beograd, 1990 (1. izdanje 1968), str. 335, fn. 719.

[13] V. Roger DORAT DES MONTS, *La cause immorale* (Etude de jurisprudence), Libraire Rousseau, Paris, 1956, str. 32. Navedeno prema PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 335, fn. 719.

šćavanje javnih kuća[14], ugovor koji se odnosi na nedopuštene igre na sreću[15], ugovor kojim se jedna strana obavezuje da će u korist druge upotrebiti svoj ugled, uticaj ili poverenje koje uživa u određenom krugu da bi joj omogućila sticanje neke koristi[16], ugovor zaključen radi izborne agitacije, kupovine glasova i uopšte izborne korupcije[17], ugovor kojim se na nedopušten način utiče na formiranje javnog mnenja[18], ugovor zaključen radi ometanja pravilnog sprovođenja javne dražbe[19], ugovor kojim se ostvaruje fiskalna prevara ili ustupanje neke javne funkcije[20], ugovor kojim se daje novčana naknada za izazivanje dobrovoljnog razvoda braka[21], itd.

Shvatanje o dopuštenosti kauze, kao elementu zaštite javnog poretka, vremenom se menja. To pokazuje i primer ugovora o posredovanju u zaključenju braka uz naknadu, koji je u početku uvek bio ništav, jer se smatralo da ima nemoralnu kauzu. Brak je tada bio neraskidiv i svaki ugovor o posredovanju u zaključenju braka je ugrožavao dostojanstvo instituta braka i slobodu zaključivanja braka.[22] Vremenom, međutim, dolazi do promena u shvatanju moralnosti ovog ugovora. Od početka XX veka, pozivom na nedopuštenu kauzu, proglašavaju se ništavim samo takvi ugovori o posredovanju u zaključenju braka u kojima se predviđa izuzetno visoka naknada za rad posrednika ili nemoralan način njenog utvrđivanja. Tako su sudovi zbog nedopuštene kauze proglašavali ništavim ugovore o posredovanju u zaključenju braka u kojima se naknada posredniku ugovara u srazmeri s mirazom koji će budući suprug dobiti ili koji propisuju da će se naknada posredniku isplatiti samo ukoliko do zaključenja braka stvarno i dođe.[23]

---

[14] V. SAIGET, *Le contrat immoral*, op. cit. str. 336; DORAT DES MONTS, *La cause immorale*, op. cit. str. 45-49. Navedeno prema PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op.cit. str. 335, fn. 719.

[15] V. SAIGET, *Le contrat immoral*, op. cit. str. 344. Navedeno prema PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 335, fn. 719.

[16] V. SAIGET, *Le contrat immoral*, op. cit. str. 346; DORAT DES MONTS, *La cause immorale*, op. cit. str. 52. Navedeno prema PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 335, fn. 719.

[17] Ibidem.

[18] Ibidem.

[19] V. CARBONNIER, Jean, *Theorie des obligations*, Presses universitaires de France, Paris, 1963, str. 202; SAIGET, *Le contrat immoral*, op. cit. str. 346-347. Navedeno prema PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 336, fn. 719.

[20] Ibidem.

[21] Ibidem.

[22] V. SAIGET, *Le contrat immoral*, op. cit. str. 66; DORAT DES MONTS, *La cause immorale*, op. cit. str. 34. Navedeno prema Slobodan PEROVIĆ, *Zabranjeni ugovori u imovinskopravnim odnosima*, Novinska ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1975, str. 218.

[23] Ibidem.

Francuski građanski zakonik ne sadrži izričitu odredbu o uticaju pobuda na punovažnost ugovora. Stoga se može postaviti pitanje da li kauza ugovorne obaveze obuhvata i pobude, kauzu u subjektivnom smislu, ili samo objektivizovani cilj ugovarača, kauzu u objektivnom smislu. U doktrini se smatra da se pod zahtevom Zakonika da svaka ugovorna obaveza mora imati stvarnu i dopuštenu kauzu podrazumeva ne samo objektivna kauza, već i pobude za zaključenje ugovora.[24] Ovaj stav potvrđuje i sudska praksa.[25] Štaviše, subjektivnom shvatanju kauze se, u smislu odlučne pobude koja je bitno uticala na obrazovanje ugovorne volje strana (*le motif implusive et determinant*) daje mnogo veća pažnja od kauze u objektivnom smislu, te se de lege ferenda predlaže da se pojam kauze u subjektivnom smislu zadrži, a da se pojam kauze u objektivnom smislu kritički preispita.[26] U francuskoj literaturi se slučajevi ništavosti ugovora zbog nedopuštenosti kauze i nedopuštenosti predmeta razlikuju upravo po pravnoj relevantnosti motiva za zaključenje ugovora. Ističe se da se u slučaju ništavosti ugovora zbog nedopuštenih pobuda, razlog ništavosti nalazi van ugovora, odnosno nalazi se u pozadini saglasnosti volja, tj. da je to nedopušteni interes radi kojeg strana zaključuje ugovor.[27] Mogući su, dakle, ugovori koji bi bili punovažni prema svojoj objektivnoj kauzi, ali su ništavi zbog nedopuštenosti subjektivne kauze, pod uslovom da je druga strana znala ili morala znati za nedopuštenu pobudu. Takav bi, na primer, bio ugovor o zakupu nekretnine radi obavljanja nedopuštene delatnosti u njoj[28] ili ugovor o poklonu zaključen sa konkubinom. Ukoliko je poklon konkubini učinjen iz pobude da se održi vanbračna zajednica, tj. ako je neka vrsta naknade za porok, nema pravno dejstvo. Ali, ako je motiv poklonodavca bio da se pruži obeštećenje konkubini ili izrazi naklonost prema njoj, ugovor je punovažan.[29]

---

[24] V. Raymond YOUNGS, *English, French & German Comparative Law*, 2nd edition, Routledge-Cavendish, London-New York, 2007 (1st edition 1998), korišćeno prvo izdanje, str. 385.

[25] V. presudu Trib, 14 mars 1899. u kojoj je sud utvrdio da je kauza ugovora o kupovini pića nedopuštena, te je ugovor ništav, jer je piće naručeno od strane kandidata na izborima da se određeni broj birača njime ponudi. Slično, ništav je poklon učinjen licu s kojim poklonodavac nije u braku radi održavanja zajednice koja je protivna moralu (Civ. 14 oct 1940, Gaz Pal 1940, 2165), zajam radi kupovine javne kuće (Req. 1 april 1895), itd. Navedeno prema YOUNGS, *English, French & German Comparative Law*, op. cit. str. 385.

[26] V. Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 27e edition, Presses universitaires de France, Paris, 2002 (1e édition 1955), korišćeno deseto izdanje iz 1974. godine, tom četvri (*Les obligations*), str. 100.

[27] V. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit. str. 91, t. 26.

[28] V. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit. str. 98, t. 28.

[29] V. DORAT DES MONTS, *La cause immorale*, op. cit. str. 12. Navedeno prema PEROVIĆ, *Zabranjeni ugovori*, op. cit. str. 211.

Odredbe Zakona o obligacionim odnosima Republike Srbije o kauzi ugovorne obaveze

Osnovne i najvažnije odredbe o kauzi ugovorne obaveze nalaze se u čl. 51. i 52. Zakona o obligacionim odnosima. One predstavljaju skoro doslovni prevod čl. 1131, 1132. i 1133. Francuskog građanskog zakonika, te u ovom pogledu Zakon o obligacionim odnosima odstupa od svog dominantnog uzora, Švajcarskog zakonika o obligacijama, koji eksplicitno ne zahteva postojanje dopuštene i stvarne kauze za nastanak i punovažnost ugovora. Odredbe Zakona o kauzi ugovora su, međutim, detaljnije od shodnih odredaba Francuskog građanskog zakonika. Naš zakon, naime, sadrži izričite odredbe i o uticaju pobuda na punovažnost ugovora[30], što nije slučaj sa Francuskim građanskim zakonikom.

Osnov ugovorne obaveze

Zakon o obligacionim odnosima propisuje da svaka ugovorna obaveza mora imati dopušten osnov[31], pri čemu ne daje smernice šta osnov ugovorne obaveze znači, ali zato definiše kada je on nedopušten. Osnov je nedopušten ukoliko je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima.[32] Za slučaj da ugovor nema osnov ili je on nedopušten, Zakon propisuje sankciju ništavosti.[33] U teoriji se ova dva slučaja jasno razlikuju po svojim pravnim posledicama (nepostojeća kauza čini ugovor nepostojećim, a zabranjena kauza ništavim).[34] Međutim, Zakon o obligacionim odnosima ne poznaje kategoriju nepostojećih ugovora, te nepostojeća kauza i nedopuštena kauza u našem pozitivnom pravu imaju identičnu sankciju, povlače ništavost ugovora. Postoji stav u doktrini da Zakon uopšte ne bi trebalo da određuje pravnu sankciju nepostojeće ili nedopuštene kauze, već bi bilo dovoljno da za valjanost pravnog posla samo zahteva postojanje osnova, s tim da bi se u slučaju nepostojeće ili nedopuštene kauze primenjivale opšte odredbe Zakona o ništavosti[35].

---

[30] V. čl. 53. ZOO.

[31] V. čl. 51. st. 1. ZOO.

[32] V. čl. 51. st. 2. ZOO.

[33] V. čl. 52. ZOO.

[34] V. Slobodan PEROVIĆ, komentar uz čl. 52. ZOO u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, glavni urednik Slobodan PEROVIĆ, Savremena administracija, Beograd, 1995, knjiga I, str. 123. i Stojan CIGOJ, *Uloga i značaj kauze (osnova) u ugovornom pravu*, Pravni život, br 10/1988, str. 1451-1477, na str. 1472.

[35] V. Želimir ŠMALCELJ, *Dopuštena osnova ugovornih obaveza*, Naša zakonitost, br. 1/1980, str. 15-32, na str. 24.

U doktrini se ističe da u dobročinim ugovorima pobude za zaključenje ugovora po svojoj prirodi ulaze u pojam kauze[36], uprkos tome što Zakon izričito propisuje da pobude, u načelu, ne utiču na punovažnost ugovora. Zakon, međutim, čini relevantnim nedopuštene pobude[37], o čemu će biti reči, kao i dopuštene pobude u kontekstu bitne zablude u vezi sa dobročinim ugovorima[38]. Važno je razlikovati domen primene dopuštenih pobuda u smislu osnova dobročinog ugovora od njihovog kvalifikovanja kao slučaja bitne zablude u dobročinom ugovoru. Pobude za zaključenje ugovora ulaze u pojam osnova dobročinog ugovora, jer objašnjavaju zašto ugovor nastaje, dok u kontekstu zablude o pobudama Zakon čini pravno relevantnim pogrešnu predstavu dužnika, tj. poklonodavca o pobudi, koja ga je navela na davanje poklona. Prema tome, inkorporacijom pobuda u osnov dobročinog ugovora pravo daje zaštitu legitimnim očekivanjima poklonodavca u pogledu držanja poklonoprimca, dok se u kontekstu bitne zablude sankcioniše pogrešna predstava o nekoj okolnosti koja čini pobudu poklonodavca. Domen primene pobuda u kontekstu osnova i bitne zablude u dobročinom ugovorima je, dakle, različit.

Skica donekle drugačije uređuje institut osnova ugovorne obaveze od Zakona o obligacionim odnosima.[39] Najpre treba istaći ne koristi izraz „osnov", kao Zakon o obligacionim odnosima, već „*pravni osnov*"[40], što može da aludira na titulus, pravni osnov nastanka subjektivnog građanskog prava ili državine, a ne na kauzu ugovora.[41] Obaveza je ništava ukoliko nema dozvoljen pravni osnov, a nedozvoljenim Skica smatra osnov koji je protivan zakonu, javnom poretku ili moralu.[42] Pravni osnov postoji i kad nije izražen, međutim, ukoliko pravni osnov ne postoji, obaveza je bez dejstva.[43] Skica i normativno razlikuje pravne posledice nedopuštenog pravnog osnova od njegovog nepostojanja. Nedopuštenost osnova povlači ništavost ugovora, dok je ugovor nepostojeći ukoliko nema stvarni osnov. Pored dozvoljenosti, pravni

---

[36] V. Mihailo KONSTANTINOVIĆ, *Obligaciono pravo, prema beleškama sa predavanja*, Savez studenata Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 1965 (priredio Vladimir KAPOR), str. 41; Jožef SALMA, *Obligaciono pravo,* reprint 6. izmenjenog i dopunjenog izdanja, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2009 (1. izdanje 1985), str. 299.

[37] V. čl. 53. st. 2. i 3. ZOO.

[38] V. čl. 62. ZOO.

[39] V. čl. 31. st. 1-5. Skice.

[40] V. čl. 31. st. 1. Skice (autorov kurziv).

[41] Ovakav stav u našoj doktrini zastupa Boris Vizner. V. Boris VIZNER, *Da li je u pitanju pravni osnov (titulus iuris) ili glavni cilj (causa finalis) obveznog ugovora*, Naša zakonitost, br. 8/1977, str. 28-41, na str. 39.

[42] Ibidem.

[43] V. čl. 31. st. 2. Skice.

osnov prema Skici mora biti i istinit. Ako nije istinit, ugovor će ostati na snazi samo ukoliko se iza neistinitog osnova nalazi neki dozvoljen osnov.[44] Smisao ove odredbe je da se oduzme dejstvo prividnom ugovoru i da se obezbedi pravno dejstvo prikrivenom ugovoru, pod uslovom da takav postoji. Skica u kontekstu pravnog osnova uređuje i pitanje zablude o osnovu[45], koja je kvalifikovani oblik zablude, jer povlači nepostojanje ugovora, a ne njegovu rušljivost. I u ovom kontekstu se može uočiti izvesna razlika između odredaba Skice i Zakona o obligacionim odnosima, jer Zakon pogrešnu predstavu o osnovu uređuje u drugom kontekstu, kao jedan od mogućih slučajeva nesporazuma.[46] Najzad, Skica sadrži pravilo prema kojem dužnik može da odbije da izvrši obavezu koja nema dozvoljen pravni osnov i posle zastarelosti prava da traži poništaj obaveze.[47] U pitanju je odredba koja nije ušla u Zakon o obligacionim odnosima.

Odredbe Prednacrta Građanskog zakonika[48] o osnovu ugovorne obaveze[49] zadržavaju sistematiku i strukturu odredaba važećeg Zakona, ali se u sadržinskom smislu vraćaju nekim rešenjima iz Skice. Najvažnije je istaći da Prednacrt, kao i Skica, pred izraz „osnov" u tekst odredbe unosi atribut „pravni". Pitanje nije samo od jezičkog, već i od suštinskog značaja. Pretvaranje izraza „osnov" u sintagmu „*pravni osnov*" otvorilo bi dilemu da li pod osnovom ugovorne obaveze prema sadašnjem, kao i prema budućem Zakonu o obligacionim odnosima treba podrazumevati kauzu

[44] V. čl. 31. st. 3. Skice. Ova odredba zaslužuje izvesnu kritiku. Ugovor koji nema dopušten ili stvarni osnov može biti ništav ili nepostojeći, te treba koristiti ove pravne kategorije. Formulacija „da će ugovor ostati na snazi", odnosno neće ostati na snazi ako nema istinit pravni osnov (*argumentum a contrario*) je neadekvatna, jer se ne uklapa u klasične kategorije nevažnosti ugovora (nepostojanje, ništavost ili rušljivost).

[45] V. čl. 31. st. 4. Skice.

[46] V. čl. 63. ZOO.

[47] V. čl. 31. st. 5. Skice. Ova odredba se čini suvišnom i nedoslednom, te je ispravna odluka tadašnje komisije za izradu Zakona o obligacionim odnosima što je nije unela u tekst Zakona. Ona je suvišna, jer nedopuštenost osnova povlači ništavost ugovora, te je nepotrebno posebno naglasiti da protek roka za poništaj obaveze nema za posledicu da će dužnik morati da ispuni obavezu koja nema dozvoljeni osnov. Ništave obaveze se, u načelu, protekom vremena ne mogu konvalidirati. Ona je i nedosledna, jer se odnosi samo na nedozvoljeni osnov, što bi po jezičkom tumačenju značilo da je polje njene primene sužено samo na nedozvoljeni osnov, te da ne obuhvata i neistiniti osnov. Takav zaključak bi značio da bi dužnik mogao da odbije zahtev za ispunjenje obaveze koja ima nedozvoljeni osnov i po isteku roka za napadanje obaveze, ali isto pravo ne bi imao u slučaju da poverilac zahteva ispunjenje obaveze koja nema stvarni osnov, što bi svakako bilo protivno kogentnom zahtevu da svaka obaveza mora imati dopušteni i istiniti osnov.

[48] Građanski zakonik Republike Srbije, Prednacrt, Knjiga druga, Obligacioni odnosi, Generalni sekretarijat Vlade Republike Srbije, Beograd, 2009 (u daljem tekstu: Prednacrt).

[49] V. čl. 48. i 49. Prednacrta.

ugovora ili titulus, što je od suštinskog značaja, jer bi usvajanje drugog tumačenja približilo Srbiju grupi država koje se u ovom pogledu tradicionalno označavaju kao antikauzalistički pravni poreci. To bi bila značajna novina u pogledu ovog instituta u našem pravu, pri čemu valja istaći da Komisija za izradu Građanskog zakonika ni u Prednacrtu, niti u Izveštaju iz 2007. godine[50] nije istakla da čl. 51. i 52. Zakona o obligacionim odnosima zahtevaju reviziju u meritumu. Stoga se može pretpostaviti da Komisija nema nameru da suštinski izmeni koncept osnova u Zakonu, da se pod njim podrazumeva titulus sticanja nekog subjektivnog građanskog prava ili državine, a ne kauza ugovora.

Kao i Skica, Prednacrt u naslovu odredbe o osnovu govori o njegovoj dozvoljenosti i istinitosti, dok Zakon o obligacionim odnosima u naslovu dotičnog člana govori samo o dopuštenom osnovu. Zahtev za stvarnim osnovom se u Zakonu izričito ne spominje, ali on proizilazi iz pretpostavke da osnov postoji i kad nije izražen.[51] Prema Prednacrtu, pravni osnov je nedozvoljen, ukoliko je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili moralu.[52] I Prednacrt, kao i Zakon, zahtev za stvarnim osnovom izvodi iz pretpostavke postojanja dozvoljenog osnova, čak iako nije izražen.[53] Slično normativnom rešenju Skice, i u Prednacrtu se predlaže da se odredbe Zakona o osnovu ugovorne obaveze dopune rečenicom prema kojoj dužnik može odbiti zahtev za ispunjenje obaveze koja nema dozvoljeni osnov i posle zastarelosti prava da traži njen poništaj.[54]

Osnov ugovora u sudskoj praksi

Osnov u teretnim ugovorima

Sudska praksa je bogata primerima u kojima su poništavani ugovori pozivom na nedopuštenost osnova. Tako, na primer, zbog nedopuštenosti osnova ništavim je smatran ugovor o poslovnoj saradnji zaključen 1999. godine između Savezne uprave carina i poslovne banke na osnovu kojeg su carinski prihodi uplaćivani na račun poslovne banke, koja je ta sredstva isplaćivala Vojsci Jugoslavije, što je predstavljalo povredu budžetskih zakona i zakona o finansiranju Vojske Jugoslavije.[55] Pozi-

[50] *Rad na izradi Građanskog Zakonika Republike Srbije – Izveštaj Komisije o otvorenim pitanjima*, Vlada Republike Srbije, Beograd, 2007.

[51] V. čl. 51. st. 3. ZOO.

[52] V. čl. 48. st. 2. Prednacrta.

[53] V. čl. 48. st. 3. Prednacrta.

[54] V. čl. 49. st. 2. Prednacrta.

[55] V. presudu Vrhovnog suda Srbije br. PRev. 224/2006 6. septembra 2006. godine objavljenu u izdanju Sudska praksa trgovinskih sudova, Bilten br. 4/2006. Navedeno i parafrazirano iz elektronske baze podataka Paragraflex.

vom na nedopuštenost osnova smatran je ništavim i ugovor o tehničkoj saradnji kojim se prenosi pravo izgradnje na neizgrađenom građevinskom zemljištu, jer ono nije moglo biti u slobodnom prometu[56], kao i ugovor o gatanju kartama uz naknadu kojim se jedna strana obavezala da će vradžbinama popraviti zdravstveno stanje kćerke druge strane. Sud je u ovom slučaju zauzeo stav da su vradžbine ostatak paganskih verovanja i ne pripadaju savremenoj civilizaciji, te je njihovo ugovaranje protivno javnom poretku i dobrim običajima i čine osnov ugovora nedopuštenim.[57] Prema stavu sudske prakse, nema dopušten osnov, te je ništav, ugovor o zajmu na osnovu kojeg zajmoprimac predmet zajma nije vratio zajmodavcu, već trećem licu, radi osujećenja prinudne naplate sa bankovnih računa zajmodavca.[58] Ništav je zbog nedozvoljenog osnova i fiducijarni pravni posao kojim se stiče svojina na nepokretnosti radi obezbeđenja potraživanja iz ugovora o zajmu.[59]

U oceni domaće sudske prakse o osnovu teretnog ugovora, poseban značaj ima jedna odluka nekadašnjeg Saveznog suda iz 2000. godine.[60] Imajući u vidu da je u sporu razmatrana sama suština pojma osnova ugovora i da je predmet prošao kroz sve tadašnje sudske instance, daće se njegov detaljniji prikaz koji je poučan iz više aspekata. Slučaj se ticao ugovora o preuzimanju duga i ugovora o izmirenju duga akcijama radi konsolidacije tužene Disbanke a.d. Beograd. Međutim, uprkos zaključenim ugovorima i naporima strana, nije ostvarena željena konsolidacija. Budući da je izostala konsolidacija banke, što je bio cilj zaključenja navedenih ugovora, tužilac je tražio da se proglase ništavim zbog nepostojanja osnova. Prvostepeni i drugostepeni sud su smatrali da su ugovori ništavi,

---

[56] V. presudu Višeg trgovinskog suda br. Pž. 3068/2006 od 18. septembra 2006. godine. Navedeno i parafrazirano iz elektronske baze podataka Paragraflex.

Izreka presude je ispravna, ali se obrazloženju može uputiti kritika. Ovakav ugovor bi trebalo da bude ništav ne zbog nedozvoljenog osnova, već zbog nedozvoljenog predmeta ugovora prema čl. 47. ZOO.

[57] V. presudu Vrhovnog suda Srbije br. Rev. 5113/2002 od 19. decembra 2002. godine u Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda Srbije br. 1/2003, str. 65. Navedeno i parafrazirano iz elektronske baze podataka Paragraflex.

[58] V. presudu Višeg Trgovinskog suda br. Pž. 330/2009 od 10. juna 2009. godine. Navedeno i parafrazirano iz elektronske baze podataka Paragraflex.

[59] V. rešenje Vrhovnog suda Srbija br. Rev. 3708/2002 od 26. decembra 2002. godine. Navedeno i parafrazirano iz elektronske baze podataka Paragraflex.

[60] V. presudu Saveznog suda br. Gzs 15/2000 od 29. juna 2000. godine. Navedeno i parafrazirano prema *Zbirka aktuelne sudske prakse iz radnog prava, privrednog prava, obligacionog prava, stvarnog prava, stambenog prava, naslednog prava, porodičnog prava, autorskog prava, parničnog postupka, vanparničnog postupka, izvršnog postupka, krivičnog prava*, prvo izdanje, priredila Gordana STANOJČIĆ, Poslovni biro, Beograd, 2007, str. 263-264.

jer se nije ostvario *ekonomski interes* strana[61] i da je tužilac „bio u zabludi u pogledu pobuda, motiva i osnova za zaključene tih ugovora" i utvrdili njihovu ništavost prema čl. 103. ZOO.[62] Revizijski sud je imao drugačiji stav. Smatrao je da pobude i motivi nisu uneti u sadržinu ugovora u vidu uslova, te nisu pravno relevantni i strane su dužne da ispune ugovor kako glasi. Naglasio je da je neostvarenje svrhe ugovora poslovni rizik koji preuzimaju strane, te ne dovodi do ništavosti ugovora.[63] Tadašnji Savezni sud, krajnja sudska instanca je, međutim, ukinuo odluku revizijskog suda i potvrdio prvostepenu i drugostepenu odluku. Savezni sud je smatrao da je kauza *neposredni razlog,* koji je naveo strane na zaključenje ugovora, pri čemu nema značaja da li je vidljiva iz ugovora ili nije.[64] Ukoliko nije vidljiva, sud je dužan da je utvrdi na osnovu *motiva strana,* koji su ih naveli na zaključenje ugovora, *običaja u prometu* i *opštih moralnih načela*.[65]

Odluka Saveznog suda zaslužuje kritiku, dok se stav revizijskog suda čini ispravnim. Savezni sud nije posvetio dovoljno pažnje razlici između kauze ugovora i pobuda iz kojih strane zaključuju ugovor i u navedenim ugovorima, koji su po svojoj prirodi teretni, očekivanja strana i izvesne činjenice (neobezbeđivanje novih deponenata tuženoj, propuštanje da se unesu nova novčana sredstva, zakašnjenje u deponovanje sopstvenih sredstava i povlačenje istih pre otkaznog roka, itd.) smatrao kauzom ugovora. Navedene radnje i propusti se mogu kvalifikovati kao neostvarenje pobuda koje su strane navele na zaključenje ugovora, ali ne i kao kauza, u smislu objektivizovanog cilja ugovora. Stoga je ispravan stav revizijskog suda da ostvarenje svrhe ugovora, u ovom smislu pobuda, spada u poslovni rizik strana, čije neostvarenje ne može da dovede do ništavosti ugovora zbog nepostojećeg osnova. Najzad, vredno je pažnje da su prvostepeni, drugostepeni i Savezni sud kauzu ugovora definisali kao ekonomski cilj strana. Sa takvim stavom se može, ali ne mora složiti, jer ekonomsko shvatanje nije jedino moguće, a u doktrini nije ni pretežno shvatanje kauze ugovora. Međutim, za pravilnu praktičnu primenu instituta osnova ugovorne obaveze, njegovo teorijsko poimanje je manje bitno. Bitnije je njegovo razgraničenje od pobuda, što je Savezni sud pogrešno izvršio.

---

[61] V. *Zbirka aktuelne sudske prakse* ... (prired. STANOJČIĆ), op. cit. str. 263. (autorov kurziv).

[62] V. *Zbirka aktuelne sudske prakse* ... (prired. STANOJČIĆ), op. cit. str. 264.

[63] Ibidem.

[64] Ibidem (autorov kurziv).

[65] Ibidem (autorov kurziv).

Osnov u dobročinim ugovorima

Kao što je prethodno navedeno, u doktrini se ističe da u dobročinim ugovorima pobude iz kojih strane zaključuju ugovor ulaze u pojam kauze ugovora, uprkos tome što Zakon o obligacionim odnosima izričito utvrđuje da (dopuštene) pobude iz kojih strane zaključuju ugovor ne utiču na njegovu punovažnost.[66] Isti stav zauzima i sudska praksa. U ovom smislu su vredne pažnje dve veoma lepo obrazložene odluke Vrhovnog suda Srbije.

U jednoj, usvojenoj 2006. godine, Vrhovni sud je dao tako jasno i stilski elegantno određenje pobuda u značenju osnova dobročinog ugovora da zaslužuje neposredno citiranje. Sud smatra da je „Kod ugovora o poklonu motiv neposredni cilj, pobuda koja navodi poklonodavca na zaključenje ugovora. Motiv je subjektivna psihološka pojava vezana za ličnost, unutrašnja strana poklonodavca. Dakle, motiv je nešto sasvim lično, skriveno, posredno, subjektivno, i ne sadrži se u izjavi volje. Prema tome, motiv kod ugovora o poklonu kao dobročinog ugovora postaje sastavni deo ugovora, dobija značaj kao i osnov, i može se reći da se motiv spaja sa osnovom.“[67]

U drugoj odluci iz 2005. godine, Vrhovni sud zauzima stav da pobude treba da se ostvare da bi dobročin ugovor imao osnov.[68] Slučaj se ticao poklona stana učinjenog 1993. godine od strane slepog i bespomoćnog muža svojoj ženi. Kako je vreme odmicalo, supruga se o mužu sve manje brinula, a 2004. godine je došlo čak i do razvoda braka. Nakon toga je poklonodavac tražio poništaj poklona zbog nepostojanja osnova, pozivom na čl. 52. Zakona o obligacionim odnosima. Sud je smatrao da poklonodavčev motiv da mu zarad poklona poklonoprimac, supruga „pruži ljubav, pažnju i negu i da se o njemu stara, jer je to nesposoban da čini sam“ ulazi u pojam osnova, te ako se ove pobude ne ostvare, dolazi do otpadanja osnova ugovora, te je ugovor ništav po čl. 52. Zakona.[69]

Sudovi su i u mnogim drugim slučajevima potvrdili stav doktrine da u dobročinom ugovoru pobude ulaze u pojam osnova ugovora, te njihovo nepostojanje ili neostvarenje čini ugovor ništavim zbog nepostojanja osnova. Tako, na primer, sudovi proglašavaju ništavim, zbog nepostojanja osnova, ugovor o

---

[66] V. čl. 53. st. 1. ZOO.

[67] V. Rešenje Vrhovnog suda Srbije br. Rev. 3132/2005 od 13. aprila 2006. godine. Navedeno i parafrazirano iz elektronske baze podataka Paragraflex.

[68] V. presudu Vrhovnog suda Srbije br. Rev 1147/2005 od 1. decembra 2005. godine. Navedeno i parafrazirano prema *Zbirka aktuelne sudske prakse* ... (prired. STANOJČIĆ), op. cit. str. 264-265.

[69] V. *Zbirka aktuelne sudske prakse* ... (prired. STANOJČIĆ), op. cit. str. 265.

poklonu u kojem poklonodavac nema stvarnu volju da učini poklon[70] ili ugovor o poklonu između supružnika, koji je izgubio osnov, jer je naknadno došlo do poremećaja međusobnih odnosa, pa i do razvoda braka.[71]

Uticaj nedopuštenih pobuda na punovažnost ugovora

Pobude (motivi) iz kojih se ugovor zaključuje načelno ne utiču na njegovu punovažnost. Ovakav stav izričito zauzima i Zakon o obligacionim odnosima.[72]

Pravna irelevantnost pobuda se odnosi samo na pobude koje tokom pregovora za zaključenje ugovora nisu drugoj strani stavljene do znanja. Ukoliko su strane, ili jedna od njih, pobude iz kojih zaključuju ugovor formulisale kao uslov ugovora, njihovo neostvarenje utiče na postojanje ugovora, jer se nije ostvario uslov u pravnotehničkom smislu. U ovakvom slučaju pobude postaju kauza ugovora po volji strana.[73]

Prema Zakonu o obligacionim odnosima, subjektivni razlozi koji navode strane da se ugovorom obavežu su pravno irelevantni[74] (razume se, osim ako su ih strane formulisale u obliku uslova ugovora). Ova odredba Zakona se odnosi na dopuštene pobude, i to u teretnom ugovoru. Prethodno je već izneto da doktrina i sudska praksa smatraju da dopuštene pobude ulaze u kauzu dobročinih ugovora, uprkos načelnoj odredbi Zakona o pravnoj irelevantnosti pobuda. Za razliku od dopuštenih pobuda koje su prema Zakonu irelevantne, nedopuštene pobude mogu, pod određenim uslovima, da utiču na punovažnost ugovora. Prema rečima Zakona, ukoliko je nedopuštena pobuda bitno uticala na nastanak ugovorne volje jednog ugovarača, a drugi ugovarač je za to znao ili morao znati, ugovor će biti bez dejstva.[75] Zakon koristi sintagmu „bez dejstva“, čija je praktična

---

[70] V. na primer rešenje Okružnog suda u Valjevu br. Gž 871/2001 od 20. jula 2001. godine. Navedeno i parafrazirano prema *Zbirka aktuelne sudske prakse* ... (prired. STANOJČIĆ), op. cit. str. 265-266.

U ovom slučaju je sud zauzeo stav da je ugovor o poklonu ništav zbog nepostojanja osnova, jer je između istih strana prethodno zaključen ugovor o doživotnom izdržavanju sa istim predmetom, te poklon nema stvarni osnov, imajući u vidu da mu nedostaje namera da se učini poklon.

[71] V. presudu Okružnog suda u Čačku br. Gž. 1342/2006 od 1. novembra 2006. godine. Navedeno i parafrazirano iz elektronske baze podataka Paragraflex.

[72] V. čl. 53. st. 1. ZOO.

[73] V. CIGOJ, *Uloga i značaj kauze (osnova) u ugovornom pravu*, op. cit. str. 1461; Dragor HIBER, *Pojam bitne zablude pri zaključenju ugovora*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1991, str. 120.

[74] V. čl. 53. st. 1. ZOO.

[75] V. čl. 53. st. 2. ZOO.

Dragor Hiber ispravno smatra da je odredba Zakona o nedopuštenosti pobuda u teretnim i dobročinim ugovorima nespretno formulisana. Ističe, da pobuda sama ne može

posledica ništavost ugovora. Zakon bi u ovom pogledu sasvim slobodno mogao da koristi termin „ništav", imajući u vidu da se u teoriji smatra da pravna posledica nedopuštenosti pobuda nije nepostojanje (što formulacija „bez dejstva" može da implicira), već ništavost ugovora.[76] Navedeno pravilo o uticaju savesnosti saugovarača na punovažnost ugovora se primenjuje samo u teretnom ugovoru. Nedopuštena pobuda čini dobročin ugovor ništavim, bez obzira na savesnost saugovarača, tj. nezavisno od toga da li je saugovarač znao ili morao znati da je nedopuštena pobuda bitno uticala na formiranje ugovorne volje prve ugovorne strane.[77] Prema tome, nedopuštena pobuda čini teretan ugovor ništavim samo ako je druga strana bila nesavesna.[78] Dopuštenost pobuda treba procenjivati po istim merilima kao i dopuštenost kauze u objektivnom smislu[79], tj. pobude su dopuštene ukoliko nisu protivne prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima.[80]

Skica i Prednacrt u pogledu regulative o uticaju pobuda na punovažnost ugovora suštinski ne odstupaju od navedenih odredaba Zakona o obligacionim odnosima.[81] Kao i Zakon o obligacionim odnosima, oba izvora propisuju da dozvoljene pobude ne utiču na punovažnost ugovora, dok nedozvoljene utiču na punovažnost dobročinih ugovora, bez obzira na savesnost druge ugovorne strane, a na punovažnost teretnih ugovora samo pod uslovom njene nesavesnosti.

Uticaj nedopuštenih pobuda na punovažnost ugovora u sudskoj praksi

Naša sudska praksa je bogata primerima poništaja ugovora zbog nedopuštenih pobuda strana. Tako, u jednom novijem slučaju, Vrhovni sud Srbije je konstatovao da su ugovori o raspolaganju imovinom zadruge ništavi, jer su zaključeni radi onemogućavanja naplate potraživanja poveri-

---

biti nedopuštena, to može biti samo okolnost koja ulazi u pojam finalnog motiva. Zatim, nije jasno šta znači formulacija „ugovor bez dejstva", da li se pod njom podrazumeva ništav ili nepostojeći ugovor. Najzad, sporno je da li u teretnim ugovorima saugovarač treba da zna kumulativno kako za bitan uticaj pobude na formiranje ugovorne volje druge strane, tako i za njenu nedozvoljenost, ili alternativno za jednu od ove dve činjenice. V. HIBER, *Pojam bitne zablude pri zaključenju ugovora*, op. cit. str. 354.

[76] V. PEROVIĆ, komentar uz čl. 53. ZOO u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (urednik: PEROVIĆ), op. cit. str. 124.

[77] V. čl. 53. st. 3. ZOO.

[78] V. CIGOJ, *Uloga i značaj kauze (osnova) u ugovornom pravu*, op. cit. str. 1474.

[79] V. čl. 51. st. 2. ZOO.

[80] V. PEROVIĆ, komentar uz čl. 53. ZOO u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (urednik: PEROVIĆ), op. cit. str. 125.

[81] V. čl. 32. Skice i čl. 50. Prednacrta.

laca zadruge iz njene imovine.[82] Izigravanje poverilaca, onemogućavanje naplate njihovog potraživanja je nemoralan motiv, za koji je druga strana znala, te je sud utvrdio ništavost ugovora zbog nedopuštenosti pobuda.[83] Ovaj slučaj je vredan pažnje i zbog toga što je u njemu sud izvršio razgraničenje između pobuda i osnova ugovora. Sud je smatrao da je pobuda činilac koji izaziva želju kod ugovornika radi postizanja određenog cilja, što je zapravo osnov. Prema tome, osnov objašnjava obavezu strane, dok pobuda objašnjava sam osnov.[84] Dalje, pozivom na nedopuštenost pobuda sudovi poništavaju ugovore o poklonu između supružnika zaključene radi održavanja bračne zajednice. Činjenje poklona iz ovog motiva je protivno javnom poretku i dobrim običajima, jer se „bračna vernost ne može obezbeđivati materijalnim dobrima".[85] Teško je ne složiti se sa osnovnom moralnom intonacijom ove odluke da, kao što su rimski pravnici govorili, brak treba da se zasniva na ljubavi, a ne na materijalnom interesu[86]. Međutim, poništavanje ugovora o poklonu između bračnih drugova pozivom na nemoralnost motiva, kada se on sastoji od održavanja bračne zajednice davanjem materijalnih dobara, zaslužuje kritiku. Smisao zabranjivanja zaključenja ugovora iz nedopuštenih motiva je zaštita društvenih interesa, tj. osujećenje zaključenja ugovora iz motiva koji nisu spojivi sa interesima javnog poretka. Interes je svakog društva održavanje bračne, a eventualno i porodične zajednice u koju se bračna zajednica po pravilu razvija, na bilo koji način, čak i davanjem materijalnih dobara supružniku. Svaki motiv koji je usmeren na održavanje bračne ili porodične zajednice trebalo bi da bude dopušten, šta više favorizovan, sve dok sredstva ili način kojima se to čini ne vređaju interese javnog poretka. Davanje materijalnih dobara supružniku ne bi se moglo smatrati sredstvom ili načinom održavanja bračne zajednice koje bi vređalo javne interese.

Po logici stvari, pod dobročinim pravnim poslovima se najčešće podrazumeva ugovor o poklonu, kao najtipičniji dobročin pravni posao. Sudska praksa, međutim, pod pojam dobročinog pravnog posla ispravno svrstava svaki pravni posao kod kojeg izostaje uzajamnost koristi i na iste primenjuje pravila Zakona o uticaju nedopuštenih pobuda na punovažnost ugovora. Tako je, na primer, Vrhovni sud Srbije u jednom slučaju utvrdio

[82] V. Presudu Vrhovnog suda Srbije br. Rev. 116/2007 od 13. decembra 2007. godine. Navedeno i parafrazirano iz elektronske baze podataka Paragraflex.

[83] Ibidem.

[84] Ibidem.

[85] V. presudu Vrhovnog suda Srbije br. Rev. 393/1999 od 24. marta 1999. godine objavljenu u časopisu Privrednik br. 141/142. Navedeno i parafrazirano iz elektronske baze podataka Paragraflex.

[86] V. D 24.1.1. *Ulpianus libro trigesimo secundo ad Sabinum*.

da je ugovor o cesiji bez naknade dobročin posao koji nedopuštena pobuda čini ništavim, bez obzira na savesnost saugovarača.[87]

Zaključna razmatranja

Istraživanje je pokazalo da Zakon o obligacionim odnosima gotovo doslovce preuzima odredbe Francuskog građanskog zakonika o kauzi ugovorne obaveze. Međutim, za razliku od Francuskog građanskog zakonika, naš Zakon sadrži i izričite odredbe o uticaju pobuda (kauze u subjektivnom smislu) na punovažnost kako teretnih, tako i dobročinih ugovora. Francuska sudska praksa i doktrina zauzima stav o dejstvu nedozvoljenih pobuda na punovažnost ugovora, ali Zakonik o tome nema izričitu odredbu.

U kontekstu pravila Zakona o obligacionim odnosima o kauzi ugovorne obaveze pobude iz kojih strane zaključuju ugovor dobijaju pravnu relevantnost u dva vida. Jedan se odnosi na pravni značaj dopuštenih pobuda, a drugi na uticaj nedopuštenih pobuda na punovažnost ugovora.

Uprkos tome što Zakon u čl. 53. st. 1. načelno propisuje da dopuštene pobude iz kojih strane zaključuju ugovor ne utiču na njegovu punovažnost, sudska praksa domen primene ove odredbe ispravno ograničava na teretne ugovore. Prihvata stav doktrine da u dobročinim ugovorima (dopuštene) pobude ulaze u pojam osnova ugovora, te se njihovo neostvarenje smatra otpadanjem osnova što, po čl. 52. Zakona, čini dobročin ugovor ništavim. Domen primene osnova dobročinih ugovora, pak, treba razlikovati od poništaja istih pozivom na zabludu o pobudama što Zakon izričito uređuje u čl. 62. Institutom osnova dobročinog ugovora nastoji se zaštititi legitimno očekivanje dužnika da se ostvari pobuda zbog koje je preduzeo obavezu, dok institut zablude zbog pogrešne predstave o pobudama pruža pravnu zaštitu dužniku, ukoliko je imao pogrešnu predstavu o okolnosti koja je bila od odlučujućeg značaja za formiranje njegovog motiva da se bez naknade obaveže.

Za razliku od dopuštenih, uticaj nedopuštenih pobuda na punovažnost ugovora je u Zakonu nedvosmisleno uređen u čl. 53. st. 2. i. 3, što u tumačenju i primeni u praksi ne pokazuje značajnije teškoće. Međutim, može se uputiti kritika kvalifikovanju određenih pobuda kao nedopuštenih (kao, na primer, pobuda poklonodavca – supružnika da poklonima održava bračnu zajednicu), ali to predstavlja vrednosnu ocenu, o kojoj konačnu odluku donosi sud, tumačeći pojam javnog poretka i dobrih običaja.

[87] V. rešenje Vrhovnog suda Srbije br. Spzz 15/2007 od 22. februara 2007. godine. Navedeno prema *Mega zbirka sudske prakse iz obligacionog prava*, knjiga prva, urednici Zdravko PETROVIĆ i Vladimir KOZAR, Intermex, Beograd, 2009, str. 131-132, na str. 132.

Attila Dudás, LL.M., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Cause of Contract – French Influence on the Law on Obligations of the Republic of Serbia

Abstract

In this paper the author analyzes the influence of the French Civil Code on the effective Serbian Law on Obligations from 1978 in respect of the cause of contract. This is an institution in respect of which the Law conspicuously departs from the Swiss Law on Obligations, which served as its prime legislative model, and follows the path designated in the French code. The author concludes that the Serbian law transcripts almost verbatim the rules of law in the French code pertaining to the cause of contract. However, its provisions are somewhat more detailed than those of the French counterpart, since it explicitly governs the impact of motives on the validity of a contract as well.

Analyzing the Serbian case-law, the author concludes that motives gain legal relevance in Serbian contract law in two different ways. On the one hand, courts confirm the proposition adopted in the doctrine that in gratuitous contracts (permitted) motives pertain to the notion of cause. On the other hand, illicit, non-permitted motives make gratuitous contracts void regardless whether the other party acted in good faith or not, while they render onerous contracts void only if the other party acted in bad faith, that is, he or she knew or should have known that the first party was guided by illicit motives to conclude the contract.

Key words: cause of contract, consideration, cause of obligation, basis of contract, legal basis of obligation, motives

Originalni naučni rad 347.921.4

Marko Knežević, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

O NOVOM UREĐENJU VOLJNOG ZASTUPANJA U PARNIČNOM POSTUPKU

***Sažetak**: Novim Zakonom o parničnom postupku od 26.09.2011. g., koji će početi da se primenjuje 02.01.2012. g., bitno je izmenjena koncepcija osnova voljnog zastupanja – postulacione sposobnosti i sposobnosti biti punomoćnik. U radu se istražuje u kojoj meri novo uređenje unosi novine u parnični postupak, što podrazumeva i prethodno dobro prikazivanje još uvek postojećeg režima. Dalje se ukazuje i na moguće dileme sa kojima će se, manje ili više verovatno, susresti praksa. Na kraju, s obzirom da je uređenje navedene dve sposobnosti u proteklom periodu bilo podloga važenju načela slobodnog zastupanja, čini se pokušaj da se dâ odgovor i na pitanje daljeg opstanka načela.*

***Ključne reči:** voljno zastupanje; postulaciona sposobnost; obavezno advokatsko zastupanje; punomoćnička sposobnost; advokati; načelo slobodnog zastupanja.*

I. Uvodne napomene

1. Zastupanje u procesnom pravu se u svojim osnovama ne razlikuje od onog u materijalnom pravu. Može se reći da zapravo postoji zajednička osnova pojma. Tu svakako spada pojam zastupanja – preduzimanje radnji (materijalno ili procesnopravnih) u ime drugog[1], tako da je pravno dejstvo isto kao i da je zastupani preduzeo radnju. Nadalje, kao i u materijalnom, i u procesnom pravu se razlikuje zakonsko zastupanje i voljno zastupanje, tj. zastupanje putem pu-

[1] Pri ovakvom određenju prihvatamo *Stankovićev* stav o nepotrebnosti dodatka „i za tuđ račun“ pri definisanju zastupanja (*Stanković/Vodinelić*, Uvod u građansko pravo[5] [2007] br. 560).

nomoćnika. Iako se radi o različitim vrstama zastupanja, ipak se mora naglasiti da su ona principijelno po dejstvima ista; različit im je samo osnov za zastupanje.[2] Zakonsko zastupanje prema tome podrazumeva da se radi o takvom ovlašćenju za zastupanje u odnosu na koga zastupani nema nikakvog uticaja. Naprotiv, za voljno zastupanje je to odlučujuće, jer ono ima svoj osnov ima u volji zastupanog i pretpostavlja njegovo da ga punomoćnik zastupa.[3]

2. Zajedničke osobine prestaju tamo gde postaje jasno da se radi o dvema različitim granama prava, koje na kraju imaju i različitu pravnu prirodu. Sasvim drugačije gledanje na voljno zastupanje u parničnom postupku, diktirano pre svega različitim pravnopolitičkim i/ili ideološkim razlozima, utiču na suštinsko diferenciranje. To se potvrđuje na sledeća dva primera, koja su zapravo i ključna tematika ovog rada. Tako se u izlaganjima o voljnom zastupanju u materijalnom pravu, iako je to svakako zamislivo, ne dovodi u pitanje uopšte sloboda jednog lica da bira da li će samo da preduzme pravni posao ili će to da učini putem punomoćnika; štaviše mogućnost izbora se dovodi u vezu sa privatnom autonomijom.[4] Isto tako, ne spominje se ni eventualno ograničavanje slobode izbora u ličnosti punomoćnika spram njegovih kvalifikacija.[5] U procesnom pravu međutim već odavno se ograničava sloboda stranaka da same, neposredno preduzimaju procesne radnje, i nameće im se obavezno advokatsko zastupanje. Takođe, tamo gde i stranke smeju da samostalno vode parnicu, na različite načine im se sužava mogućnost izbora punomoćnika, propisivanjem naročitih kvalifikacija i drugih uslova. Prvo pitanje u nauci se obrađuje u okviru postulacione sposobnosti, odnosno u vidu tzv. obaveznog advokatskog zastupanja; drugo u sposobnosti biti punomoćnik. Oba međutim grade osnovu voljnog zastupanja, jer se daje odgovor na pitanja „kada je ono neophodno?“ i „ko može biti punomoćnik?“. Tema istraživanja je upravo novo uređenje navedene problematike, s obzirom na nedavno usvojen nov Zakon o parničnom postupku[6] koji će početi da se primenjuje 01.02.2012. g. Do tada još uvek važi Zakon o parničnom postupku iz 2004. g.[7] i njime uspostavljen režim. Prema tome, u radu će biti izloženo novo uređenje voljnog zastupanja u parničnom postupku spram ova dva pitanja, koja se inače u nauci i tretiraju kao osnovna pri predstavljanju voljnog zastupanja.[8] Utoliko je i tema nešto uža od samog naslova.

---

[2] U tom smislu *Rosenberg*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts[2] (1929) § 47 I 1.

[3] *Rosenberg*, (cit. u fn. 2) § 47 I 1

[4] Up. *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB[8] (2002) Rn 923.

[5] Up. npr. *Stanković/Vodinelić*, (cit. u fn. 1) br. 576 i sled.

[6] Sl. glasnik 72/11 (ZPP 11).

[7] Sl. glasnik 125/04, 111/09 (ZPP).

[8] Vidi *Poznić/Rakić-Vodinelić*, Građansko procesno pravo[16] (2010) br. 304; *Starović/Keča*, Građansko procesno pravo[3] (2004) 148.

3. Kritičko predstavljanje novog uređenja podrazumeva najpre sažeto prikazivanje samih pojmova postulacione i punomoćničke sposobnosti (II.). Omogućavanje boljeg razumevanja uređenja koje nas očekuje od 01.02.2012. g. zahteva ne samo predstavljanje još uvek važećeg režima, već i upoznavanje sa njegovim istorijatom, odnosno prethodnim konceptima (III.). Tek tada se, smatramo, može dati valjano prikaz novog uređenja, uključujući i dileme koje on donosi (IV.).

II. O postulacionoj sposobnosti i sposobnosti biti punomoćnik

1. Pod postulacionom sposobnošću se najčešće podrazumeva sposobnost stranke koja je inače parnično sposobna da lično, neposredno preduzima procesne radnje. U domaćoj nauci nesporno je da se pod ovom sposobnošću podrazumeva mogućnost preduzimanja radnji bez obaveznog punomoćnika određenih kvalifikacija, dok je sporno da li to obuhvata i faktičku mogućnost neposrednog preduzimanja radnji.[9] Najčešće se postulaciona sposobnost, maksimalno pojednostavljeno, vezuje za obavezno, prinudno advokatsko zastupanje – ako je stranka postulaciono sposobna, za vršenje parničnih radnji njoj nije potreban advokat, ona, rečnikom ZPP, može lično da preduzima parnične radnje; ukoliko nema postulacionu sposobnost nju mora zastupati advokat ako pretenduje na aktivno držanje u postupku. Ovako predstavljena postulaciona sposobnost naizgled nema veze sa voljnim zastupanjem, jer je stranka obavezna da bude zastupana. Međutim, i ovde se radi o voljnom zastupanju, jer je osnov za zastupanje punomoć. Dalje, ovakvo zastupanje je „voljno“ utoliko što stranka odlučuje o ličnosti punomoćnika, ona mu daje naloge i uputstva, i na kraju ona odlučuje o sudbini zastupanja. Obaveznost advokatskog zastupanja je na kraju samo teret stranke, domen njene dispozicije, ne i prinuda u pravom smislu reči.[10]

---

[9] Uže shvatanje čini se da je u većini; vidi *Poznić*, Komentar Zakona o parničnom postupku iz 1976. godine (2009) 178; *Triva/Belajec/Dika*, Građansko parnično procesno pravo[6] (1986) § 61/10; *Starović/Keča*, (cit. u fn. 8) 148; *Palačković*, Parnično procesno pravo (2004) 109; za šire shvatanje *Zuglia*, Parnični postupak FNRJ (1957) § 60/5; *Jakšić*, Građansko procesno pravo[2] (2007) br. 721 i sled. U nemačkoj i austrijskoj nauci šire shvatanje je vladajuće, što ima ipak potvrdu i u pozitivnom pravu (vidi umesto svih *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht[17] [2010] § 45 Rn 10, odnosno *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts[2] [1990] Rz 360). U ovom radu će se ovo pitanje ostaviti po strani, tako da kada se govori o postulacionoj (ne)sposobnosti misli se na uže shvatanje.

[10] U tom smislu i *Fućik*, koji s pozivom na *Dolinar/Holchamera* sugeriše da se koristi pojam teret advokatskog zastupanja (*Anwaltslast*) umesto obaveznog prinudnog advokatskog zastupanja (*Anwaltspflicht*, *Anwaltszwang*). Vidi *Fucik* in *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zur ZPO[3] (2006) § 27 Rz 1.

U pogledu procesnog značaja, postulaciona sposobnost se ne ubraja u procesne pretpostavke, već u pretpostavke punovažnosti samih parničnih radnji.[11]

Uobičajeno je da se u sistematskim delima izlažu argumenti za i protiv obaveznog advokatskog zastupanja, koji izgleda uvek korespondiraju jedni drugima. Na prednost jedne opcije nudi se odmah protivargument.[12] Međutim, treba napomenuti da razlozi koji su vodili zakonodavce u ovoj materiji nisu uvek bili čisto pravnopolitičke prirode. Presudni su bili, u određenim periodima, razlozi ideološke prirode, što je slučaj upravo i sa našim pravom.

2. I kada imaju postulacionu sposobnost stranke mogu biti ograničene u pogledu izbora punomoćnika. Može se propisati da one mogu da izaberu samo lice koje ispunjava određene uslove. Tada se govori o posebnoj sposobnosti biti punomoćnik, ili možda bolje o punomoćničkoj sposobnosti, negde i o postulacionoj sposobnosti samih punomoćnika.[13]

I ovde, kao i kod postulacione sposobnosti, razmatraju se različiti aspekti pravne politike. Takođe, kao i kod postulacione sposobnosti, sužavanje punomoćničke sposobnosti pravda se javnim interesima; zato se obično daje sposobnost naročito pravno kvalifikovanim licima.[14] Međutim, na konkretno uređenje i ovde mogu uticati razlozi drugačije prirode, što opet nalazi potvrdu (i) u našem pravu.

III. Postojeće uređenje voljnog zastupanja (ZPP)

1. U još uvek važećem parničnom sistemu važi, uz određene izuzetke, načelo tzv. slobodnog zastupanja, koje bi podrazumevalo da su stranke postulaciono sposobne, odnosno da se za svojstvo punomoćnika ne traže nikakva svojstva.[15] Izuzeci postoje u oba domena. Stranke nemaju postulacionu sposobnost u postupku po reviziji i zahtevu za zaštitu zakonitosti (zzz), već postoji obavezno advokatsko zastupanje (čl. 84 st. 2 ZPP). Punomoćnik može da bude svako poslovno sposobno lice, osim nadripisara (čl. 85 st. 1

---

[11] *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, (cit. u fn. 9) § 45 Rn 2; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht[7] (2009) Rz 323; Suprotno *G. Stanković*, Građansko procesno pravo[7] (2007) 154.

[12] Vidi npr. *M. Marković*, Građansko procesno pravo I/1 (1957) br. 136; *Fasching*, (cit. u fn. 9) Rz 436.

[13] Kod nas se retko punomoćnička sposobnost dovodi u vezu sa postulacionom sposobnosti punomoćnika, iako to ima i praktičan značaj, o čemu će biti reči kasnije. Nedostatak punomoćničke sposobnosti kod u tom smislu tretiraju *M. Marković*, (cit. u fn. 12) br. 242; *G. Stanković*, (cit. u fn. 11) 153; vidi i *Fasching*, (cit. u fn. 9) Rz 438.

[14] Up. *Holzhammer*, Österreichisches Zivilprozeßrecht (1970) 85/86.

[15] *G. Stanković*, (cit. u fn. 11) 251; *Poznić/Rakić-Vodinelić*, (cit. u fn. 8) br. 304.

ZPP). Prikazano načelo nastalo je međutim ranije, već nakon Drugog svetskog rata. Zato je neophodno i istaći da i pored identičnog naziva današnje načelo nema istu sadržinu, ali ni i opravdanje sa ranijim.

2. Velike društvene promene nakon Drugog svetskog rata imale su svoj uticaj i na građansko procesno pravo. Iako ne u tolikoj meri kao kod ostalih grana prava, nova ideologija menjala je dotadašnje koncepte.[16] Upravo je domen voljnog zastupanja temeljno promenjen. Predratno uređenje je zamenjeno sa načelom slobodnog zastupanja, po kojem je ukinuto bilo kakvo obavezno advokatsko zastupanje, odnosno po kojem je, po pravilu, svako poslovno sposobno lice moglo da bude punomoćnik, osim nadripisara; izuzetak je bilo zastupanje pravnih lica koja upravljaju opštenarodnom i društvenom imovinom u sporovima gde vrednost predmet spora prelazi određenu vrednost, kada je punomoćnik moglo da bude lice samo sa položenim pravosudnim ispitom (čl. 84, 481 st. 2 ZPP 56). Oba navedena zaokreta bila su inspirisana prvenstvno ideološkim razlozima, tek potom drugim.[17] Takvo načelo je stoga bilo izraz tadašnje ideologije.[18] Kasnije izmene načela ticale su se promene vrsta pravnih lica za koje je u određenim sporovima veće vrednosti bilo potrebno da punomoćnik bude kvalifikovan, što je na kraju, nakon napuštanja socijalizma, rezultovalo time da je za sva pravna lica propisano ovo ograničenje voljnog zastupanja. U toku celog navedenog perioda navedeni izuzetak dvostrukog karaktera (ograničenje samo za pravna lica i određenim sporovima), kao i zabrana nadripisarima da budu punomoćnici, daje potvrdu postojanja samog načela.

3. Današnje načelo, vidi se, ima sasvim različitu sadržinu. U pogledu postulacione sposobnosti u odnosu na ranije načelo uveden je značajan izuzetak u vidu obaveznog advokatskog zastupanja u postupcima po revi-

---

[16] O tome vidi *Dika/Uzelac*, Zum Problem des richterlichen Aktivismus in Jugoslawien, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 40 (1990) 391 (393); *Uzelac* in Beschleunigung des zivilgerichtlichen Verfahrens in Mittel- und Osteuropa (2004) 67 (75).

[17] Obavezno advokatsko zastupanje nije posmatrano u može se reći klasičnom aspektu prednosti i mana koje ono donosi u smislu kvaliteta same pravne zaštite koja se postiže u parničnom postupku. Ono je bilo ispitivano prema „klasnom karakteru", pa je kao sredstvo kojim je za vreme Kraljevine Jugoslavije „vladajuća klasa osiguravala svoje klasne interese u sudskim postupcima" bilo nespojivo sa tadašnjim uređenjem (*Kamhi*, Građanski sudski postupak[3] [1961] 231); takođe, time je u predratnom periodu obezbeđivan privilegovan ekonomski položaj profesiji koja je po svojoj klasnoj pripadnosti bila pobornik tadašnjeg poretka, koji je bio neprihvatljiv nakon rata (*Kamhi*, Građanski sudski postupak [1951] 140). Up. i *Poznić*, Građansko procesno pravo (1957) 174; *Zuglia*, (cit. u fn. 9) § 18/3. Ipak, pojedinci su, doduše u manjini, o obaveznom advokatskom zastupanju govorili ideološki neutralno, dakle na klasičan način; tako već 1948. g. *M. Marković* (Teorija građanskog parničnog postupka [1948] br. 111).

[18] Izričito *Zuglia*, (cit. u fn. 9) § 18/3.

ziji i zzz (čl. 84 st. 2 ZPP). Time je i napravljen zaokret u odnosu na paradigmu ranijeg načela u vidu ideološke nepodobnosti ovog instituta.[19] Treba odmah ovde napomenuti i da je obavezno advokatsko zastupanje bilo nedugo po stupanju na snagu i predmet kontrole ustavnosti.[20] S druge strane, u pogledu svojstava punomoćnika, današnje uređenje predstavlja zapravo potvrdu samog načela, jer je ukinuto inače osporavano ograničenje u pogledu kvalifikovanosti punomoćnika pravnog lica u imovinskopravnim sporovima preko određene vrednosti predmeta spora.[21] Time je i postala bespredmetna rasprava o značaju radnji koje je preduzeo punomoćnik bez kvalifikacija.

4. Zakonski izraz današnjeg načela slobodnog zastupanja nije otklonio sve dileme u pogledu njegove same sadržine, tj. sadržine obaveznog advokatskog zastupanja i sposobnosti biti punomoćnik. Neke sporne situacije su neminovno nove, dok su neke samo oživljavanje ranijih dilema.

a) Tekst odredbe čl. 84 st. 2 ZPP[22] pokrenuo je u praksi i teoriji dva sporna pitanja. Prvo, da li i stranka koja je sama advokat ima postulacionu sposobnost, tj. da li i nju mora da zastupa advokat u postupku po reviziji i zzz. Drugo, da li su stranke postulaciono nesposobne samo za izjavljivanje revizije i zzz, ili uopšte tokom celog postupka po njima. U pogledu prvog pitanja, praksu *VSS* koja nije pravila razliku među strankama, tako da je i stranka advokat isto morala da izjavi reviziju i zzz putem advokata[23], prekinuo je *US*; svrha obaveznog advokatskog zastupanja je za njega obezbeđivanje kvalitetnog zastupanja pred najvišom instancom, pa je tako suprotno cilju ove ustanove tražiti i da stranka koja je sama

---

[19] Ipak se mora naglasiti da nakon napuštanja socijalizma se ova nepodobnost i ne spominje; up. npr. *Poznić/Rakić-Vodinelić*, Građansko procesno pravo[15] (1999) br. 214.

[20] *Ustavni sud* (*US*) je utvrdio da je obavezno advokatsko zastupanje je u skladu sa Ustavom (IU-181/2005 Službeni glasnik RS 106/06 = Bilten US 2/2006, 14 [17] za usklađenost za Ustavom iz 1990. g.; IU-28/2005 Bilten US 1/2009, 184 [189] za uslađenost sa sadašnjim Ustavom). U teoriji afirmativno *G. Stanković*, Obavezno advokatsko zastupanje u postupcima po reviziji i zahtevom za zaštitu zakonitosti, ISP 10/2007, 19 i sled.

[21] Kritika takvom ograničenju kretala se zapravo u dva smera. Prvo ono nije moglo da obezbedi postulirani cilj (kvalitetno vođenje postupka), jer je stranka pravno lice imala postulacionu sposobnost, a za zastupnika pravnog lica se nisu tražile bilo kakve kvalifikacije (*Triva/Belajec/Dika*, [cit. u fn. 9] § 66/2). S druge strane kritika je bila usmerena i na poremećenu ravnotežu i jednakost stranaka, jer je ovaj režim bio predviđen samo za pravna lica, ne i za fizička (u tom smislu *Poznić*, Da li je potrebna reforma jugoslovenskog parničnog zakondavstva, Pravni život 1-2/1996, 67 [71]; *isti*, [cit. u fn. 9] uz čl. 91 br. 1).

[22] „Stranku mora zastupati advokat u postupku po reviziji i zahtevu za zaštitu zakonitosti".

[23] Rev 2101/07 Bilten OpS u Novom Sadu 1/2008-9; Rev 1450/06 Bilten OkS u Beogradu 76 (2007) 158; Sgzz 284/07 Bilten OpS u Novom Sadu 3/2007-3.

advokat bude zastupana putem drugog advokata. Ovde je *US* zapravo teleološkom redukcijom čl. 84 st. 2 ZPP došao do stava da je stranka advokat postulaciono sposobna uvek u parničnom postupku.[24] Time je rečnikom nauke uvedeno još jedno oslobođenje od obaveznog advokatskog zastupanja, jer su pravna lica koja javno pravobranilaštvo zastupa po zakonu takođe oslobođena (država, pokrajine, opštine i gradovi).[25] U pogledu drugog pitanja, koje se inače postavilo samo u teoriji, zauzet je stav da se obavezno advokatsko zastupanje odnosi samo na izjavljivanje revizije i zzz, ne i na npr. davanje odgovora na reviziju, dakle da se obaveza odnosi samo na revidenta; pri tome se stav pravda nepostojanjem izričito previđene mogućnosti odbacivanja odgovora na reviziju iz tog razloga, što se ceni kao nedoslednost u zakonu.[26] Iako je poslednje tačno, ne bi smo mogli da se složimo sa samim zaključkom, jer nepostojanje izričite mogućnosti odbacivanja odgovora na reviziju zato što ga nije dao advokat nije razlog da se negira takva mogućnost. Pre svega, i sam čl. 84 st. 2 ZPP govori o obaveznom advokatskom zastupanju u *postupcima* po reviziji i zzz, a ne u njihovom izjavljivanju; odgovor na reviziju prema tome spada u postupak po reviziji. Odlučujuće međutim jeste ustavno komforno tumačenje: načelo jednakosti (čl. 21 Ustava) kao i ravnopravnost stranaka i jednakost oružja kao delovi prava na pravično suđenje (čl. 32 st. 1 Ustava; čl. 6 st. EKLJP) zahtevaju da obe stranke budu pod istim teretom.[27]

b) Određenje da „svako fizičko lice koje je poslovno sposobno lice" može biti punomoćnik, pre je nastavilo nego oživelo dugogodišnju dilemu: može li i pravno lice biti određeno kao punomoćnik? Prema jezičkom tumačenju nesporno odgovor je negativan. Međutim, tek stavljanje u kontekst sa odredbama materijalnog prava daje drugačiju konotaciju. Prvo, ističe se da je smisao redakcije ZPP zapravo u tome da odredi da punomoćnik u parnici ne može da bude i ograničeno poslovno sposobno lice, što je prema jednom delu domaće nauke moguće u materijalnom pravu.[28] Drugo, odredbu ZPP treba dovesti u sklad sa čl. 89 st. 3 ZOO, prema kome punomoćnik može biti i pravno lice; smisao odredbe ZPP bi

[24] To ipak ne važi za advokatskog pripravnika (*VKS* Gzz1 184/10 Bilten VKS 1, 133 [134]).

[25] *G. Stanković*, (cit. u fn. 11) 218; *VTS* Pž 9037/2007 Sudska praksa trgovinskih sudova 4/2007 = *ParagrafLex*.

[26] *Poznić/Rakić-Vodinelić*, (cit. u fn. 8) br. 723.

[27] Zato je i krajnje problematična odredba po kojoj direktnu reviziju mora da izjavi advokat samo u slučaju stranke koja je fizičko lice (čl. 390 st. 4 ZPP). Iscrpno o pojmu fer postupka *Matscher*, Der Begriff des fairen Verfahren nach Art. 6 EMRK, FS Beys Bd II (2003) 989 ff.

[28] V. umesto svih *D. Đurđević*, Neutralni pravni poslovi, Anali pravnog fakulteta u Beogradu LVIII (2010) 77 (83/84) sa daljim upućivanjima.

prema tome bila da je punomoćnik fizičko lice koje je zastupnik pravnog lica.[29] Na kraju je bilo pokušaja da se za takav stav nađe i izričita zakonska potvrda, ali čini se bez uspeha.[30] I pored toga treba uzeti da sadašnje uređenje sposobnosti biti punomoćnik podrazumeva da se punomoć može dati i pravnom licu. Parnične radnje preduzimaće poslovno sposobno fizičko lice koje ima položaj zastupnika tog pravnog lica[31], i to bez zahtevanja dodatnih kvalifikacija.

5. Na osnovu prkazanog, može se zaključiti da načelo slobodnog zastupanja postoji. Ograničenja u vidu obaveznog advokatskog zastupanja i uskraćivanja punomoćničkog svojstva predstavljaju zaista izuzetke.

IV. Uređenje voljnog zastupanja prema novom Zakonu o parničnom postupku

1. Oba osnovna segmenta voljnog zastupanja pretrpela su izmene u novom Zakonu o parničnom postupku. Zanimljivo je da su one kao takve uobličene tek u zakonodavnom postupku putem amandmana na Predlog ZPP. Drugim rečima, razlikuju se od predloženih rešenja, što je imalo uticaj na kvalitet usvojenog teksta.

I postulaciona i punomoćnička sposobnost su neposredno regulisana u čl. 85 ZPP 11. Postulacionu sposobnost stranke sada gube pravnosnažnim okončanjem postupka, što znači da je u postupku po vanrednim pravnim lekovima obavezno advokatsko zastupanje, osim ako je stranka sama advokat (st. 3). Sposobnost biti punomoćnik dosta je sužena, tako da punomoćnici mogu da budu samo advokati (st. 1), sa izuzetkom puno-

---

[29] Vladajuće stanovište u teoriji: *Poznić*, (cit. u fn. 9) uz čl. 90 br. 1; *Triva/Belajec/Dika*, (cit. u fn. 9) § 66/2; U praksi su zauzimani različiti stavovi, pa i u okviru istog suda (vidi kod *Poznića*). U dostupnoj praksi nakon ZPP, zauzet je stav da punomoćnik u parnici može biti samo fizičko lice (*VSS* U 834/2005 od 26.05.2006. g. *ParagrafLex*).

[30] *G. Stanković*, (cit. u fn. 11) 205 navodi u tom smislu primer zastupanja autora u sudskom postupku od strane organizacije za kolektivno ostvarivanje prava (čl. 150 st. 4 ZASP 04; čl. 153 st. 5 ZASP). Ovaj primer ipak ne govori u prilog stavu da punomoćnik u parnici može biti pravno lice, jer i sam ZASP određuje da autori kolektivno ostvaruju prava na naplatu novčanih naknada tako što ih prenose na organizaciju koje ona *u svoje ime a za njihov račun* naplaćuje (čl. 153 st. 3), odnosno da organizacija ima pravo pred sudom da štiti poverena joj prava na kolektivno ostvarivanje (čl. 153 st. 5). Prema tome, ako i dođe do parnice, stranka je organizacija, ne sam autor, tako da i nema voljnog zastupanju u smislu parničnog postupka.

[31] *Poznić*, (cit. u fn. 9) uz čl. 90 br. 1; *G. Stanković*, (cit. u fn. 11) 205/206. U nemačkom pravu to je od 2007. g. i izričito regulisano: „Punomoćnici koji nisu fizička lica preduzimaju radnje putem njihovih organa i zastupnika kojima je dato (dalje) punomoćje“ (§ 79 II S. 3 dZPO; opširnije *Hüßtege* in *Thomas/Putzo*, ZPO[29] [2008] § 79 Rn 16).

moćnika pravnih lica, koji mogu da budu i njihovi stalno zaposleni sa položenim pravosudnim ispitom (st. 2). Razlike u odnosu na još uvek važeće uređenje su očigledne, i nije teško zaključiti da se načelo slobodnog zastupanja suzilo. U tom smislu treba postaviti i pitanje postoji li u ZPP 11 još uvek ovo načelo. Da bi se učinio pokušaj davanja takvog odgovora potrebno je svakako preciznije i odrediti sadržinu novih rešenja, te ukazati i na eventualne dileme.

Nikako ne treba zaboraviti i to da novo uređenje, uostalom kao i još važeće, ima širi krug delovanja zahvaljujući statusu parničnog prava. Ono se kao bazično shodno primenjuje u svim ostalim građanskim sudskim postupcima, a materija voljnog zastupanja spada tradicionalno u deo koji je uređen samo parničnim pravom. Zato uređenje ove materije nalazi svoju shodnu primenu u vanparničnom (čl. 30 st. 2 ZVP), izvršnom (i izvršenje i obezbeđenje; čl. 10 ZIO) i stečajnom postupku (čl. 7 st. 2 ZSt).

2. Usvojeno rešenje postulacione sposobnosti razlikuje se od današnjeg uređenja u tome što je prošireno i na postupak po ponavljanju postupka. Izričito predviđanje oslobođenja od advokatskog zastupanja za stranku advokata, prihvatajući tumačenje *US* u pogledu današnjeg sistema (v. *supra ad* III. 4. a)), otuda i nije novina. Radi se pre o želji da se stanovište *US* izričito pretoči u zakonski tekst. Pre nego što se pozabavimo domašajem novog uređenja, treba navesti i kako je to bilo originalno u Predlogu ZPP.

a) U Vladinom predlogu bilo je predviđeno širenje obaveznog advokatskog zastupanja na sve postupke po pravnim lekovima, dakle i na postupke po redovnim pravnim lekovima (čl. 85 st. 2 Predloga ZPP). Takva značajna novina nažalost nije bila praćena obrazloženjem u gotovo rekordno kratkom obrazloženju Predloga zakona (svega 9 strana za 508 članova!)[32]. To zaista čudi, jer nisu dati nikakvi razlozi za tako ogroman, pa rekli bismo i istorijski pomak. Zato se može se reći da je dobro što nije usvojeno takvo rešenje, s obzirom da je ono izgleda bilo pre plod voluntarizma, nego dobro istražene i promišljene aktivnosti. Time se ne bi radikalno izmenio samo parnični postupak, već i svaki drugi gde se shodno primenjuju njega pravila.[33] Razlog više za pozdravljanje izmene amandmanima jeste i činjenica da odredbe o dodeljivanju besplatnog punomoćnika kao fundamentalnog korektiva postojanja obaveznog advokatskog zastupanja nisu značajnije promenjene. Iako je uneta izmena o računanju

[32] Predlog ZPP, br. 2954-11.

[33] Sa takvim rešenjem bi smo daleko prevazišli i uporednopravne uzore koji se sporadično spominju u Predlogu ZPP (Nemačka, Austrija i Švajcarska). Pitanje je da li se to uopšte imalo u vidu.

rokova kod zahteva za dodeljivanje, dalja razrađivanja instituta koji bi trebao da obezbedi pravo na pristup sudu svima nisu bila predložena. U tom smislu su i izbegnuta buduća kršenja ovog ustavnog odnosno konvencijskog prava koja bi bila rezultat nedovoljno razrađenog teksta.[34]

b) Obavezno advokatsko zastupanje, sudeći po redakciji čl. 85 st. 2 ZPP 11, predviđeno je za vanredne pravne lekove, dakle i za reviziju (u istom obliku kao do sada) ali i za ponavljanje postupka.[35] Prema tome, trebalo bi uzeti i da predlog za ponavljanje postupka mora za stranku da izjavi punomoćnik advokat, jer bi u suprotnom on bio odbačen. Ipak, primećuje se da u odredbama o ponavljanju postupka nema odredaba koje govore o tome, nasuprot dela o reviziji, gde se izričito reguliše odbacivanje revizije koja nije izjavljena putem advokata (čl. 410 st. 1 t. 2 ZPP).[36] Prema tome, već nedoslednost zakona u metodu otvara moguće dileme o domašaju obaveznog advokatskog zastupanja. Ukoliko sud ne bi uspeo da argumentuje odbacivanje predloga za ponavljanje postupka opštom odredbom čl. 85 st. 3 ZPP 11, odnosno doktrinom o postulacionoj sposobnosti, onda bi trebalo uzeti da i u postupku po predlogu za ponavljanje postupka *per analogiam* važi upravo čl. 410 st. 1 t. 2 ZPP 11.

Dalje, postoji potreba i za preciziranjem radnje za koje postoji obavezno advokatsko zastupanje, jer kompleksnost ponavljanja postupka to zahteva. Naime, ne samo da je potrebno advokatsko zastupanje za sam predlog za ponavljanje, već i za raspravljanje o predlogu; to je uostalom već rečeno i za današnje uređenje u pogledu revizije (v. *supra ad* III. 4. a)). U istom smislu to znači da obaveza advokatskog zastupanja postoji za obe stranke – i za predlagača, i za protivnika predlagača.

Na kraju, obavezno advokatsko zastupanje u ponavljanju postupka se okončava pravnosnažnošću rešenja o predlogu. Ako se dozvoli ponavljanje, u ponovljenom postupku nema više obaveze, jer to više nije postupak po vanrednom pravnom leku, već novi prvostepeni (ili drugostepeni) postupak.[37]

Posledice postupanja postulaciono nesposobne stranke su nepunovažnost radnji. Prema tome, vanredni pravni lek, kao i podnesak u okviru postupka po

---

[34] Nije uneto najznačajnije pojašnjenje: besplatan punomoćnik se automatski dodeljuje stranci koja je oslobođena od plaćanja troškova (potpuno oslobođenje) u situacijama kada postoji obavezno advokatsko zastupanje, što bi bio slučaj sa svakim postupkom po pravnom leku. Up. § 165 st. 1 t. 3 GPP; § 121 I dZPO; § 64 I 3 öZPO.

[35] Ne i za zzz koji se ukida, barem što se stranaka tiče.

[36] Ni ova odredba nije najsrećnije redigovana, jer se kaže da će se odbaciti revizija ako nije podneta preko *punomoćnika,* iako jasno čl. 85 st. 2 ZPP 11 određuje da vanredne pravne lekove mogu da izjavljuju samo *advokati*. Ovu nedoslednost treba pripisati menjanju predložene koncepcije svojstava punomoćnika amandmanima.

[37] Za takvu prirodu ponovljenog postupka *Starović/Keča*, (cit. u fn. 8) 444.

njemu (npr. odgovor na reviziju, podnesak protivnika predlagača) biće odbačen; ako stranka dođe na ročište za raspravljanje o predlogu za ponavljanje postupka, ili dođe punomoćnik koji nije advokat, smatraće se da su izostali.

3. Mnogo značajnije izmene, koje se mogu svrstati u jedne od krupnijih izmena dosadašnjeg parničnog postupka, pretrpelo je uređenje punomoćničke sposobnosti. Ponovno ograničavanje sposobnosti biti punomoćnik otvara stare dileme, dok se neke pojavljuju zbog prirode ograničenja kao potpuno nove. Kao što je već istaknuto, i ovaj segment voljnog zastupanja je imao dinamičan put od Predloga do usvajanja.

a) U Vladinom predlogu ZPP bilo je predloženo da to mogu biti samo advokati. Time se zapravo predlagao koncept tzv. uslovljenog (relativnog) obaveznog advokatskog zastupanja (nem. *bedingter, relativer Anwaltszwang*), instituta koji izgleda potiče iz austrijskog prava[38], ali koji je zanimljivo jedan od retkih koji nije prihvaćen u preuzimanju autrijskog parničnog postupka 1929. g. kod nas.[39] Prema ovom institutu, ukoliko stranka želi punomoćnika, on neizostavno može biti samo advokat. U Predlogu ZPP ovo rešenje je obrazlagano prvenstveno „doslednim sporovođenjem ustavne odredbe, prema kojoj pravnu pomoć može da pruža samo advokatura"; dalje je konstatovano i da postojeće rešenje po kojem su izjednačeni advokati i druga lica koja ne moraju da budu kvalifikovana pre svega neoprihvatljivo sa stanovišta advokature kao profesije, a da potom „nije ni u skladu sa Ustavom".[40] Sa ovim obrazloženjem koje je više paušalno proglašavanje uslovljenog obaveznog advokatskog zastupanja kao jedinog u skladu sa Ustavom se nikako ne možemo složiti. Ustavna odredba po kojoj pravnu pomoć pruža advokatura uopšte ne postoji! Član 67 Ustava koji spominje pravnu pomoć i advokaturu tiče se *prava na pravnu pomoć*, prava da se dobije pravna pomoć, pod određenim zakonskim uslovima besplatna.[41] To je očigledno, jer sam čl. 67 st. 2 Ustava, koji jedini i spominje advokaturu, određuje da pravnu pomoć pružaju advokatura i službe pravne pomoći koje se osnivaju u jedinicama lokalne samouprave. Ukratko, ne govori se uopšte o monopolu advokature na vršenje pravne pomoći u smislu zastupanja. Da je argument Predloga ispravan, onda bi znači-

[38] Tvorac austrijskog parničnog postupka, svetski čuveni *Franc Klajn*, ističe da se radi o starom austrijskom pravnom običaju (*Klein/Engel*, Der Zivilprozeß Oesterreichs [1927] 141). Institut se i danas tako naziva, što nije slučaj sa Nemačkom, u kojoj je u oslabljenoj formi uveden tek 2007. g. reformom zastupanja. Vidi o reformi *Sabel*, Die Vertretung im Zivilprozess, Anwaltsblatt 2008, 390 ff.

[39] Vidi za razloge neuvođenja Obrazloženje tadašnjeg Ministarstva pravde u *Goršić*, Komentar Građanskog parničnog postupka I (1933) 8/9. Up. izvorni § 28 öZPO i § 130 st. 1 GPP.

[40] Predlog ZPP, br. 2954-11, str. 109/110.

[41] Takvo rezonovanje ovog prava iz Ustava daje izleda i *G. Stanković*, (cit. u fn. 11) 251. Up. i *Pajvančić*, Komentar Ustava Republike Srbije (2009) 89.

lo da je novo uređenje voljnog zastupanja, po kojem i oni koji su položili pravosudni ispit mogu da zastupaju svog poslodavca, zapravo neustavno rešenje.

Iznesenom kritikom se svakako ne dovodi u pitanje drugi deo argumentacije iz Predloga, po kojem ograničavanje punomoćnika na advokate služi očuvanju digniteta postupka, kao i obezbeđenju kvalitetne, efikasne i ekonomične pravne zaštite.[42] U suštini bi trebalo pozdraviti ograničavanje punomoćničke sposobnosti na pravno kvalifikovana lica, koja su pre svega advokati. Time se prvenstvo, jer je to u fokusu, obezbeđuje kvalitetno zastupanje strankama[43], a tek nakon toga se suzbija nadripisarstvo u smislu nelojalne konkurencije advokatima. Međutim, trebalo je i voditi računa o stvarnosti, a stvarnost je da nisu advokati jedini kvalifikovani.[44] To pokazuje i samo usvojeno rešenje, po kojem punomoćnici pravnih lica mogu biti njihovi stalno zaposleni koji su položili pravosudni ispit; takođe, imperativ stvarnosti u tom slučaju se pokazuje na još drugom nivou: da je usvojeno predloženo rešenje, ne samo da se ne bi postigla kvalitativno bolja pravna zaštita stranaka (jer su i korporativni pravnici sa pravosudnim ispitom u najmanju ruku isto kvalifikovani[45]), već bi došlo do mnogobrojnih otkaza, a pravna zaštita bi suštinski poskupela za sva pravna lica. Time se potvrđuje da se prilikom izgradnje sistema pravne zaštite mora voditi o postulatima koje je *Klajn* formulisao još pre više od sto godina, a koji bi ovde podrazu-

[42] Predlog ZPP, br. 2954-11, str. 110.

[43] Pitanje svojstva punomoćnika, baš kao i postulaciona sposobnost, zona je javnog interesa, i to primarno u smislu zaštite stranaka, a tek onda obezbeđivanja bržeg i racionalnijeg funkcionisanja pravosuđa. U tom smislu već *Pollak*, System des österreichischen Zivilprozessrechts mit Einschluß des Executionsrechtes (1930-1932) 141. Danas je ova misao pod uticajem učenja o socijalnoj državi, time i socijalnom postupku, možda i više prisutna nego na početku XX veka. Vidi *Bodiroga/Knezevic*, Die Belehrung der rechtsunkundigen Parteien im serbischen Zivilverfahren in *Garber/Clavora* (Hrsg.), Die Rechtsstellung von wirtschaftlich, sozial und gesellschaftlich benachteiligten Personen im europäischen, internationalen Zivilverfahrensrecht: Tagungsband der 2. Österreichischen Assistententagung zum Zivil- und Zivilverfahrensrecht der Karl-Franzens-Universität Graz (in Druck).

[44] Tako i *Uzelac* u njegovoj raspravi povodom mogućnosti uvođenja obaveznog advokatskog zastupanja u Hrvatskoj (Obvezatno odvjetničko zastupanje, Pravo u gospodarstvu 37-2 [1998], 149 [155]). O „poštovanju stvarnosti" i nepostojanju realnog opravdanja za apsolutni advokatski monopol vidi *Triva/Dika*, Građansko procesno pravo[7] (2004) § 62/2, str. 329.

[45] Argumentacija da su jedino advokati kvalifikovani za zastupanje u poređenju sa tzv. korporativnim pravnicima pokazuje svu ranjivost. Naime, nisu svi advokati podjednako kvalifikovani za zastupanje u *parnici*, jer dobar deo njih se i ne bavi time. Korporativni pravnik se ipak bavi u najmanju ruku privatnim pravom. U rezultatu bi to izledalo ovako: advokat krivičar koji nije godinama imao dodira sa parnicom i privatnim pravom bi mogao da bude punomoćnik, ne i korporativni pravnik sa položenim pravosudnim ispitom koji je u toj materiji godinama.

mevali da se nađe optimalno rešenje između postizanja što kvalitetnije pravne zaštite i uštede u novcu, što monopol advokata kod zastupanja ne bi značio. Na kraju je važno istaći i to da ni uporednopravna rešenja nisu tako radikalna kao rešenje iz Predloga ZPP.[46]

b) Rešenje usvojeno amandmanima, po kojem uz advokate još i zasposleni pravnih lica sa položenim pravosudnim ispitom mogu da budu punomoćnici, uvelo je jednu značajnu novinu o kojoj se možda i nije razmišljalo. Predlog ZPP, kao što je već rečeno, predviđao je isključivi advokatski monopol. Tome su bile prilagođene i sve ostale odredbe o voljnom zastupanju. Unetom izmenom koncepta u vidu izuzetka za zaposlene pravnih lica sa položenim pravosudnim ispitom, nisu međutim menjane ove odredbe. Kao rezultat sada se ne pravi razlika u odnosu na obim ovlašćenja iz parničnog punomoćja punomoćnika advokata i onog koji to nije, što je bio slučaj u svim ranijim zakonima. Tako, i zaposleni pravnog lica može da bez izričitog ovlašćenja npr. povuče tužbu, odrekne se tužbenog zahteva, prizna tužbeni zahtev i da zaključi sudsko poravnanje. Dalje, prema slovu zakona i zaposleni pravnog lica može da prenese punomoćje na drugog punomoćnika (čl. 89 st. 1 t. 3 ZPP 11), a izgleda i da od protivne stranke primi i naplati dosuđene troškove (čl. 89 st. 1 t. 4 ZPP 11). Ovome treba dodati i širenje odgovornosti punomoćnika, jer teška sankcija za neuredan podnesak u vidu momentalnog odbacivanja sada pogađa ne samo advokata, već i zaposlenog pravnog lica (čl. 101 st. 5 ZPP 11).

ba) Prva značajna dilema koju donosi novo uređenje sposobnosti biti punomoćnik tiče se sudbine parničnih radnji koje je preduzeo punomoćnik koji ne ispunjava potrebne uslove, odnosno uopšte značaj ove povrede. Radi se zapravo o aktuelizovanju stare dileme; u istom smislu je bilo postavljeno pitanje za radnje koje je preduzimao punomoćnik pravnog lica bez položenog pravosudnog ispita u sporovima preko određene vrednosti u sistemu ZPP 76. Prema tome, šta će se desiti sa npr. odgovorom na tužbu koji dâ punomoćnik koji nije advokat niti stalno zaposleni stranke sa položenim pravosudnim ispitom? Ili, koje su posledice da na ročište pristupi lice bez punomoćničke sposobnosti?

[46] Reforma voljnog zastupanja u Nemačkoj iz 2007. g. suzila je sposobnost biti punomoćnik, ali ne samo na advokate. Punomoćnici mogu biti i npr. zaposleni stranaka, zaposleni pravnih lica javnog prava, punoletni članovi porodice ukoliko ispunjavaju uslove za sudiju i sl. (§ 78 I, II dZPO). U Austriji postoji relativno obavezno advokatsko zastupanje, ali ne u svim parnicama (§ 28 öZPO). U Hrvatskoj je Novelom 2003. g. reformisan sistem iz ZPP 76, tako da punomoćnik može pored advokata biti i zaposleni pravnog lica odnosno preduzetnika, srodnik do određenog stepena kao i u radnom sporu zaposleni sindikata, dok je zadržano staro rešenje o kvalifikovanom punomoćniku pravnog lica u sporovima preko određene vrednosti (vidi *Triva/Dika*, [cit. u fn. 44] §62/2).

Prva alternativa bi podrazumevala da sud rešenjem uskrati mogućnost zastupanja takvom licu, ali da preduzeta radnja ne gubi dejstvo. To bi zapravo bio vladajući stav koji je primenjivan u sistemu ZPP 76. Stav je obrazlagan time da iako punomoćnik nema potrebne zakonske uslove, stranka je ipak njemu dala punomoćje, tj. on nije *falsus procurator*. Nadalje, argumentacija se pozivala i na analogiju sa slučajevima punomoćnika nadripisara, jer radnje koje bi nadripisar preduzeo za stranku ne bi izgubile svoju važnost iako bi se njemu oduzelo pravo da zastupa stranku.[47] Konsekventno ovakav propust ne bi imao značaj apsolutno bitne povrede parničnog postupka, već eventualno relativne.[48] Prema tome, u prvom primeru, odgovor na tužbu bi proizvodio sva pravna dejstva; ili u drugom, smatralo bi se da je stranka pristupila, ali bi se odmah i odložilo ročište jer bi se uskratilo zastupanje punomoćniku. Ova alternativna odgovara u načelu i rešenjima u uporednom pravu.[49]

Druga alternativa bi podrazumevala da se svojstvo punomoćnika tretira kao pitanje njegove postulacione sposobnosti.[50] Kako je postulaciona sposobnost pretpostavka važnosti parnične radnje, to bi značilo da se radnje takvih punomoćnika uopšte ne bi uzele u obzir. Čini se da je u suštini takvo rešenje u Austriji, gde se iz razloga pravne politike propisuje ipak obaveza vraćanja podneska punomoćnika koji nije advokat stranci na ispravak.[51] Takođe, u rezultatu je to mišljenje manjine u sistemu ZPP 56/76, koje je pri rešavanju ovog problema polazilo od toga da punomoćnika bez potrebnih svojstava treba tretirati kao lice bez punomoći.[52]

---

[47] *Poznić*, (cit. u fn. 9) uz čl. 91 br. 7 sa daljim upućivanjem na praksu; *Triva/Belajec/Dika*, (cit. u fn. 9) § 66/13, str. 270; *Zuglia*, (cit. u fn. 9) § 63 t. 5.

[48] To je bila i stalna sudska praksa (v. npr. *VSS* SP 9/89-103 i *VSBH* SP 10/90-94; za dalje upućivanje na praksu vidi i *Momčinović*, Zastupnici poduzeća i njihova ovlaštenja u pravnom prometu i u parničnom postupku u *Z. Crnić* [ur.], Građansko parnično pravo u praksi [1989] 137 [144]), i vladajuća teorija (*Poznić*, [cit. u fn. 9] uz čl. 91 br. 7 sa daljim navodima).

[49] U Hrvatskoj kao zemlji sa kojoj imamo nesumnjivo zajedničko pravno nasleđe, u potpunosti je preuzet mehanizam iz ranijeg vremena, dakle ništa se nije ni menjalo (vidi *Triva/Dika*, [cit. u fn. 44] § 68/3, str. 331). Isto je i u reformisanom nemačkom pravu – radnje koje je preduzeo punomoćnik koji nema potrebna svojstva do rešenjo o uskraćivanju zastupanja ostaju na snazi (§ 79 III dZPO). U Austrijskom pravu međutim pravi se razlika između podnesaka i ročišta; ako je podnesak podneo punomoćnik koji nije advokat (naravno u sporovima gde je propisano da samo advokat može da bude punomoćnik), on će se vratiti stranci sa nalogom da ga ona ili advokat podnesu (dakle, suštinski ratifikacija); ako je međutim na ročište došao punomoćnik koji nije advokat, smatraće se da je stranka izostala, pa se otvaraju vrata ka presudi zbog izostanka (*Fasching*, [cit. u fn. 9] Rz 438).

[50] Vidi fn. 13.

[51] Vidi fn. 49.

[52] Tako *Vražalić* u *Poznić/Vražalić/Bačić*, Komentar Zakona o parničnom postupku (1957) uz čl. 84 br. 2 kao i autori citirani kod *Poznića*, (cit. u fn. 9) uz čl. 91 br. 7 fn. 946.

Optiranje za jednu od izloženih alternativa biće težak zadatak, pre svega prakse koja će se sigurno suočiti sa takvim problemima. Prva alternativa je svakako blaža po svojim posledicama, ali je upravo zato pogodna za zloupotrebe i odugovlačenja postupka. Postojala bi i pretnja da se praktično dezavuiše novo uređenje i njegova imperativnost, naročito ako se prihvati stav da neuočavanje takve greške u zastupanju može imati samo značaj relativno bitne povrede parničnog postupka. Obrnuto, druga alternativa koja doprinosti jačanju procesne discipline i teži prevenciji zloupotreba, u svojim teškim posledicama negativno utiče na već dovoljno povećanu odgovornost stranaka. Ona je teoretski i doslednija, jer se zaista može govoriti o punomoćničkoj sposobnosti kao postulacionoj sposobnosti.

bb) Novo uređenje punomoćničke sposobnosti postavlja pitanje svog domašaja u odnosu na rešenja u drugim zakonima. Tu se pre svega misli na čl. 195 Zakona o radu[53] koji predviđa da zaposlenog u radnom sporu može zastupati i predstavnik sindikata čiji je on član. U vreme donošenja ZR jedna nepotrebna odredba, jer tada je to bilo svakako moguće, sada je i direktnom sukobu sa opštim i novim pravilom o punomoćnicima uopšte. Čini se da se rešenje ne može tražiti prosto u pravilima *lex specialis derogat legi generali* i *lex posterior derogat legi prior*, već bi trebalo uzeti u obzir i smisao novog uređenja kao i prirodu i krakteristike radnog prava. Zato se zalažemo za rešenje sporne situacije tako da čl. 195 ZR ne gubi svoju važnost, jer bi se time izneverila misija sindikata kao institucije, te naročite brige za zaposlene. Međutim, čl. 195 ZR upravo treba tumačiti kroz novo uređenje matičnog, parničnog prava, tako da bi se za predstavnika sindikata zahtevalo da ima položen pravosudni ispit. To je u skladu sa izraženim kursom zakonodavca koji je pokazao upravo donošenjem novog ZPP, a to je zahtev za kvalifikovanosti punomoćnika na nivou opštosti. Ovo rešenje, koje je ujedno i kompromis sukoba dve norme, služi na kraju najviše samom zaposlenom koji će moći putem svog sindikata da dobije adekvatno zastupanje.

bv) Teoretski napori da se opravda mogućnost da punomoćnik u parnici može da bude i pravno lice od početka primene novog ZPP biće učinkoviti čini se samo u jednom slučaju. Jedino pravno lice kome bi bilo zamislivo dati punomoće bi bilo zapravo samo ortačko advokatsko društvo (OAD). U svim drugim slučajevima nemoguće je da fizičko lice koje je zastupnik pravnog lica bude ujedno advokat (arg. čl. 21 st. 3 Zakona o advokaturi[54]); primena izuzetka iz čl. 85 st. 2 ZPP 11 ovde takođe nije zamisliva. Punomoć data OAD prema tome znači da će kao punomoćnik

[53] Sl. glasnik 24/2005 sa kasnijim izmenama (ZR).
[54] Sl. glasnik 31/2011 (ZAdv).

moći da figuriraju svi advokati ortaci, osim ako nije drugačije određeno osnivačkim ugovorom (arg. čl. 52 st. 1 ZAdv u vezi čl. 64 ZPD).

bg) Koliko će rezultata od željenih dati novo uređenje zavisiće na kraju od samih sudija, tj. od njihove zainteresovanosti da proveravaju ispunjenost uslova punomoćnika, jer kako bi to *Triva* rekao, „čovek je i ovde krajnja mera svih vrednosti".[55] Već je u sistemu ZPP 76 bilo govora o sasvim različitom postupanju sudova pri takvoj proveri, od kojih su neki i zanemarivali svoju dužnost.[56] Zato ostaje otvoreno pitanje i samog načina dokazivanja/utvrđivanja punomoćničkog svojstva stalno zaposlenih u pravnom licu koji imaju položen pravosudni ispit, te inteziteta provere. Za advokate se takvo pitanje ne postavlja, s obzirom da oni svoje podneske moraju snabdeti i potpisom i pečatom (arg. čl. 29 st. 5 ZAdv); štaviše, sudeći po praksi *VSS*, oba elementa su uslov urednosti podneska – ako nedostaju, on se odbacuje.[57]

4. Ako se sumira izneseno u pogledu novog uređenja voljnog zastupanja u parničnom postupku, ostaje da se zapitamo postoji li još uvek načelo slobodnog zastupanja u parničnom postupku. Da li su izvršenim promenama odstupanja od samog načela toliko povećana da su presudno prevagnula i odstranila samo načelo iz procesnog sistema ili se još uvek može govoriti o načelu i izuzecima?

Ukoliko se načelo posmatra još uvek kao spoj dva segmenta, postulacione i punomoćničke sposobnosti, onda se čini da načela nema više. Sloboda je u oba segmenta bitno ograničena, dovoljno da se ne govori više o izuzecima od načela. Kod postulacione sposobnosti se može govoriti o pravilu da je stranka postulaciono sposobna, a da je izuzetak oblast vanrednih pravnih lekova. Međutim, već kod punomoćničke sposobnosti se ne može govoriti o slobodi stranaka ni u pravilu, jer je ona sužena na, u poređenju sa prethodnim uređenjem, bitno manji krug lica. Argument da su stranke i ranije, kada su imale slobodu izbora, gotovo uvek birale advokate ne igra nikakvu ulogu ovde; za postojanje principa je bitna data mogućnost, ne kozumirana. Prema tome, načelo slobodnog zastupanja, onako kako je do sada bilo shvatano, nije našlo svoje mesto u novom parničnom postupku.

---

[55] Esej o otvorenom pravosuđenju u *Triva* (red.), Novo parnično procesno pravo (1977) 224.

[56] *Anastovski*, Punomoćnik organizacije udruženog rada u parničnom postupku, SP 8/84, 77 i sled.

[57] Rev 2278/08 Bilten OkS u Beogradu 79 (2009), 148.

Marko Knežević, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

On the New Regulation of Representation by Counsel in Litigation

Abstract

New Code of Civil Procedure which was passed on 26th September 2011, and which is to be in effect on 1st January 2012 brought significant changes in the core of representation by counsel – litigation pro se and ability to be a counsel. The paper examines by which extent new regulation brings novelties in litigation. Further the possible dilemmas in the practice are pointed out. Because the very regulation of the litigation pro se and ability to be a counsel were, and still are ground for principle of free representation, an effort is made towards a giving an answer on the further existence of it.

Key words: representation by counsel; litigation pro se; compulsory representation by counsel; ability to be a counsel; lawyers; principle of free representation.

Pregledni članak 342.7:342.77

Nataša Rajić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SADRŽINSKA OGRANIČENJA MERA KOJIMA SE REGULIŠE STATUS LJUDSKIH PRAVA U VANREDNIM PRILIKAMA – MEĐUNARODNI STANDARDI I USTAV REPUBLIKE SRBIJE[1]

Sažetak: *Neupitna je potreba da se ljudska prava podvedu pod poseban režim ostvarivanja tokom vanrednih prilika. Činjenica, međutim, da odluka kojom se država uvodi u izmenjen režim funkcionisanja predstavlja akt pravno-političke prirode koji delimično izmiče pravnoj kontroli, opravdava zahtev da se vlast ograniči u postupanju nakon uvođenja vanrednog stanja. U tom smislu, uspostavljeni su međunarodni standardi koji se, između ostalog, odnose i na zahteve u pogledu sadržine mera kojima se reguliše režim ostvarivanja ljudskih prava tokom vanrednih prilika. Sadržinska ograničenja ovih mera doprinose da sfera individualne slobode, bar u minimalnoj meri, bude očuvana i u situacijama kada država ne funkcioniše na uobičajen način. U radu se, u tom smislu, ispituje usklađenost ustavnog okvira sa zahtevima koje postavlja međunarodna zajednica u pogledu regulisanja režima ostvarivanja ljudskih prava u vanrednim prilikama, u delu koji se odnosi na zahteve u pogledu sadržine ovih mera.*

Ključne reči*: ljudska prava, apsolutno zaštićena prava, princip proporcionalnosti, zabrana diskriminacije, međunarodne obaveze države, Ustav Republike Srbije*

[1] Rad je rezultat istraživanja na projektu „*Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)*“ kojeg finansira Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

Uvod

Institucionalizacija vanrednog stanja predstavlja kompleksan sistem pravila po kojima funkcioniše ustavni sistem u situacijama ozbiljnog ugrožavanja ili narušavanja osnovnih vrednosti i postulata na kojima počiva. Ovaj sistem objedinjuje pravila koja regulišu uslove, nadležnost i proceduru odlučivanja o uvođenju vanrednog stanja; uslove, nadležnosti i proceduru odlučivanja o režimu ostvarivanja ljudskih prava tokom vanrednog stanja, kao i pravila kojima se uređuju instrumenti kontrole vlasti u pogledu vršenja ovih nadležnosti. Režim ostvarivanja ljudskih prava deo je, dakle, celine funkcionisanja ustavnog sistema u vanrednim prilikama.[2]

Potreba za ograničavanjem organa vlasti u pogledu utvrđivanja režima ostvarivanja ljudskih prava tokom vanrednih prilika leži u pravnoj prirodi odluke kojom se ovakva stanja uvode. Akt kojim se proglašava vanredno stanje, naime, predstavlja akt mešovite, pravno-političke prirode budući da, pored pravne uključuje i političku komponentu u smislu ovlašćenja organa vlasti da diskreciono procenjuju postojanje ustavom propisanog osnova za donošenje ovakve odluke. Ovaj diskrecioni prostor predstavlja sferu čistog političkog odlučivanja organa vlasti i izmiče pravnoj kontroli, u čemu se iznalazi opravdanje za postavljanje odgovarajućih korektiva državnim organima u pogledu njihovog postupanja nakon uvođenja vanrednog stanja.

Pravila koja obavezuju organe vlasti u regulisanju režima ostvarivanja ljudskih prava koncipirana su tako da istovremeno zadovolje dva naizgled protivrečna zahteva: da ostave dovoljan prostor organima vlasti za preduzimanje neophodnih "rezova" u domenu individualne slobode građana, kao i da istovremeno zaštite tu sferu od nepotrebnog zadiranja i obezbede neophodan minimum prava u takvim okolnostima.[3] Preciznije, uloga vlasti u ovakvim situacijama svodi se na zahtev za iznalaženjem pravične mere u pogledu zaštite javnog interesa i sfere individualne slobode.[4] Ova pravila, u osnovi, implementiraju zahtev da ustav i u vanred-

---

[2] Pajvančić, M., Režim sloboda i prava građana u vanrednim prilikama, komparativni pristup, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, god. izdanja 1993, br. 1/2, str.74.

[3] Klasičan koncept o konfliktu interesa države da zaštiti svoj integritet i interesa građana da sačuvaju svoja prava i slobode u uslovima vanrednog stanja, izmenjen je i ublažen praksom Evropskog suda i Evropske komisije za ljudska prava. Više o tome: Gajin, S., Zaštita ljudskih prava u uslovima vanrednog stanja – esej o primeni i tumačenju članova 15,17. i 18. Evropske konvencije o ljudskim pravima, *Pravni život*, Beograd, 9/1995, str.844-845.

[4] Međunarodni dokumenti poznaju dva instrumenta za iznalaženje odgovarajućeg balansa između obima ostvarivanja ljudskih prava i sfere javnog interesa: odredbu kojom se reguliše pitanje ograničenja ljudskih prava i odredbu kojom se reguliše pitanje deroga-

nim priilikama zadrži svojstvo akta kojim se garantuju ljudska prava i slobode, i ograničava državna vlast.[5]

Pitanje mera kojima se utvrđuje poseban režim ostvarivanja ljudskih prava tokom vanrednih prilika objedinjuje nekoliko ključnih aspekata. Ovi aspekti se odnose na propisivanje: uslova za donošenje ovih mera, organa vlasti u čijoj je nadležnosti donošenje ovih mera, procedure za donošenje ovih mera, mehanizama kontrole ovih mera kao i propisivanje posebnih zahteva koji se tiču sadržine ovih mera. Ovaj rad biće posvećen pitanju sadržinskih ograničenja, odnosno posebnim zahtevima koji se tiču sadržine ovih mera. Sa tim u vezi, analiza ustavnog okvira kojim se opredeljuju sadržinska ograničenja mera kojima se reguliše režim ostvarivanja ljudskih prava tokom vanrednih prilika pokazaće koliko su ustavna rešenja saglasna međunarodnim standardima kao i da li postoje odgovarajući pomaci u odnosu na normativno rešenje sadržano u prethodnom Ustavu Republike Srbije po ovom pitanju.

Međunarodni standardi u pogledu sadržinskih ograničenja mera kojima se reguliše režim ljudskih prava u vanrednim prilikama

Mogućnost odstupanja od ljudskih prava u uslovima vanrednih prilika dozvoljena je aktima međunarodnog karaktera. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Evropka konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, kao jedni od osnovnih međunarodnih instrumenata koji regulišu oblast ljudskih prava, sadrže odredbe kojima se dopušta državama članicama da pod odgovarajućim uslovima, odstupe od obaveza predviđenih tim aktima.[6] Međunarodni pakt, za razliku od Evropske konvencije, preciznije definiše uslove pod kojima je derogacija moguća, propisujući da države članice mogu preduzeti mere kojima se odstupa od obaveza predviđenih tim aktom ukoliko „izuzetna opšta opasnosti ugrozi opstanak nacije“ i ukoliko je to „objavljeno službenim aktom“. Poslednji uslov, koji se odnosi na zvanično objavljivanje takvog stanja, esencijalan je u smislu ostvarivanja principa zakonitosti i vladavine prava u takvim stanjima.[7] Ispunjavanjem ovih uslova, dakle, moguće

cije ljudskih prava u vanrednim prilikama. Videti: Schreuer, C., Derogation of Human Right in Situations of Public Emergency: The Experience of the Convention on Human Rights, *Yale Journal of World Public Order*, Vol. 9, Issue 1 (Fall 1982), pp. 113,114.

[5] Pajvančić, M., *op.cit.,* str.73.

[6] Videti član 4 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966. god; član 15 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama iz 1950. god.

[7] General Comment No. 29: States of Emergency (article 4) 08/31/2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, dostupno na internet adresi: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361

je derogirati određena ljudska prava garantovana ovim međunarodnim instrumentom.

Pored zahteva u pogledu dopuštenosti, mere kojima se odstupa od obaveza predviđenih ovim konvencijama (odnosno kojima se, praktično, reguliše režim ostvarivanja ljudskih prava u vanrednim prilikama) ograničene su odgovarajućim zahtevima u pogledu sadržine. Ti zahtevi predstavljaju svojevrsne standarde kojim međunarodna zajednica nastoji da ograniči moć organa vlasti u situacijama kada ustavni sistem ne funkcioniše na uobičajen način i time postigne da ljudska prava budu u i takvim okolnostima očuvana u najnužnijoj meri.

Postoje četiri zahteva koja međunarodna zajednica postavlja kada je u pitanju sadržina mera kojima se reguliše režim ljudskih prava tokom vanrednih prilika: prvi zahtev se odnosi na izuzimanje odgovarajućih prava iz kruga onih čija je derogacija moguća (tzv. apsolutno zaštićena prava koja se, kao takva, bezuslovno uživaju u punom obimu); drugi zahtev nalaže da mere kojima se reguliše režim ostvarivanja ljudskih prava budu proporcionalne nastaloj opasnosti; treći zahtev tiče zabrane u pogledu diskriminatorne sadržine ovih mera, dok četvrti zahtev nalaže da preduzete mere moraju biti saglasne drugim obavezama koje država ima po međunarodnom pravu.

a) Apsolutno zaštićena prava

Međunarodna zajednica saglasna je o tome da određena ljudska prava u uslovima vanrednih prilika moraju imati apsolutnu zaštitu odnosno da se njihovo ostvarivanje i u takvim okolnostima mora garantovati u punoj meri. Reč je o tzv. apsolutno zaštićenim pravima čija derogacija nije moguća u uslovima vanrednih prilika. U pogledu ostvarivanja ovih prava, dakle, ne postoji razlika s obzirom na okolnosti u koje država zapada: i u redovnim i u vanrednim prilikama ova prava ostvaruju se u punom kapacitetu.

Pitanje oko kojeg, međutim, ne postoji saglasnost na međunarodnom nivou predstavlja sadržaj ljudskih prava koja spadaju u kategoriju apsolutno zaštićenih. Međunarodni instrumenti, naime, različito opredeljuju krug apsolutno zaštićenih prava. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima u krug apsolutno zaštićenih svrstava širi krug prava nego što to čini Evropska konvencija.[8] Američka konvencija o ljudskim pravima proši-

[8] Prema članu 4 stavu 2 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima apsolutno zaštićena prava su: pravo na život (član 6), zabrana mučenja, svirepog, nehumanog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja kao i podvrgavanja medicinskom i naučnom eksperimentu bez slobodnog pristanka (član 7), zabrana ropstva, trgovine robljem i držanja u potčinjenosti (član 8, stavovi 1 i 2), zabrana pritvaranja usled neizvršavanja ugovorne obaveze (član 11), prava opredeljena institutom legaliteta dela i sankcije (član 15), pra-

ruje listu apsolutno zaštićenih prava u odnosu na Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, dok Afrička povelja o pravima čoveka i naroda uopšte ne sadrži odredbu koja dozvoljava derogaciju ljudskih prava tokom vanrednih prilika što upućuje na zaključak da su sva prava garantovana ovom Poveljom prava apsolutnog karaktera.

Na ovom mestu potrebno je ukazati na stavove i mišljenja odgovarajućih tela, izraženih u formi opštih komentara i principa, koji relativizuju i proširuju pojam apsolutnih prava. U Opštem komentaru koji se odnosi na član 4 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima navodi se da klasifikacija nederogirajućih prava ne znači su ograničenja ovih prava uvek neopravdana. Kao primer navodi se član 18 koji ne podleže derogaciji, a kojim se garantuje sloboda misli, savesti i veroispovesti. Ova sloboda, shodno stavu 3 člana 18, može biti ograničena iz razloga propisanih Konvencijom, čime se jasno pokazuje da je mogućnost ograničenja prava nezavisna od mogućnosti derogacije.[9] U ovom dokumentu se, takođe, navodi da određena prava ne mogu biti predmet derogacije, bez obzira što kao takva nisu opredeljena članom 4 Pakta, kao što je npr. humano postupanje prema licu lišenom slobode uz uvažavanje njegovog ličnog dostojanstva (što je propisano članom 10 Pakta koji je u bliskoj vezi sa apsolutnim pravom iz člana 7 kojim se zabranjuje mučenje, nečovečno i ponižavajuće postupanje i kažnjavanje); pravo na delotvorno pravno sredstvo u slučaju povrede prava (što proizlazi iz člana 2 Pakta) i dr.[10] Posebno je naglašeno da poštovanje principa zakonitosti i vladavine prava podrazumeva da tokom vanrednih prilika budu poštovani osnovni zahtevi u pogledu prava na pravično suđenje koji se ogledaju u poštovanju prezumpcije nevinosti, sudskom procesuiranju krivičnog dela, pravu da se pokrene postupak pred sudom u vezi sa ispitivanjem zakonitosti pritvaranja, kako bi se zaštitila apsolutna prava.[11] Sličan pristup u pogledu tumačenja apsolutnih prava sreće se i drugim dokumentima.[12]

---

vo na pravni subjektivitet (član 16) i sloboda misli, savesti i veroispovesti (član 18). Evropska konvencija, u osnovnom tekstu (član 15 stav 2) i dopunskim protokolima u krug apsolutnih prava svrstava pravo na život (član 2), zabranu nečovečnog i ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (član 3), zabranu ropstva ili položaja sličnom ropstvu (član 4 stav 1), prava opredeljena institutom legaliteta dela i sankcije (član 7), zabranu izricanja smrtne kazne (Protokol broj 6, član 1) i zabranu ponovnog suđenja licima pravnosnažno osuđenim ili oslobođenim za isto krivično delo (Protokol broj 7 stav 4).

[9] General Comment No. 29, para. 7.

[10] General Comment No. 29, para. 13 (a), 14.

[11] General Comment No. 29, para. 16.

[12] Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, Annex, UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984). Dostupno na internet adresi: http://graduateinstitute.ch/faculty/clapham/hrdoc/docs/siracusa.html

Bez obzira na iznete različitosti u pogledu regulisanja, primetno je da na nivou međunarodne zajednice postoji napor da se pojedina ljudska prava zaštite u svim okolnostima, a da se sam problem apsolutnih prava sagledava više u suštinskom, a manje u formalnom smislu.

b) Princip proporcionalnosti (strictly required by the exigencies of the situation)

Drugi standard u oblasti regulisanja ljudskih prava tokom vanrednih prilika izražen je u zahtevu da mere kojima se odstupa od uobičajenog režima ostvarivanja ljudskih prava sadržinski budu oblikovane tako da odgovaraju „strogo zahtevima situacije". Ovaj zahtev podrazumeva da postoji proporcionalnost između preduzetih mera i nastale opasnosti koja je povod njihovom donošenju. Proporcionalnost, nasuprot neredovnim, relevantna je i za režim ostavarivanja ljudskih prava u redovnim prilikama u kojima se primenjuje prilikom ograničenja ljudskih prava.[13]

Međunarodni pakt o građaskim i političkim pravima naglašava da mere kojima se odstupa od obaveza predviđenih paktom budu „u onom strogom obimu u kojem to stanje zahteva" („*strictly required by the exigencies of the situation*") dok Evropska Konvencija, nešto drugačijom formulacijom („u meri koju zahteva nužnost situacije"), u suštini izražava istovetan zahtev: mere kojima se odstupa od obaveza preuzetih ratifikacijom ovih dokumenata moraju biti srazmerne tj. proporcionalne nastaloj opasnosti.[14]

U Opštem komentaru člana 4 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima pojašnjava se da zahtev „*strictly required by the exigencies of the situation*" objedinjuje i vremensku i prostornu dimenziju ovih mera. Takođe se navodi da, u skladu sa ovim zahtevom, postoji obaveza države da pažljivo procenjuje opravdanost kako odluke kojom se proglašava stanje opasnosti tako i odluke kojom se derogiraju ljudska prava.[15] Posebno se naglašava da to što pojedine odredbe Pakta nisu obuhvaćene apsolutnom zaštitom, ne znači da mogu biti derogirane po slobodnoj volji, nego u skladu sa objektivnom procenom stvarnog stanja, što je obaveza koja proističe iz principa proporcionalnosti.[16]

---

[13] Profesorka Pejić, u vezi sa tim, otvara zanimljivo pitanje: „...da li je moguća „hijerarhija" ustavnih odredaba o individualnim pravima i slobodama, kao i da li je moguće primeniti stepenovanje u sistemu zaštite ljudskih prava štiteći istovremeno javni i individualni interes" polazeći od opšte pretpostavke da „princip ustavnosti počiva na pravilu o jednakoj pravnoj snazi normi sadržanih u ustavu". Pejić, I., Ustavna jemstva i „granice" ograničenja ljudskih prava, *Pravni život*, broj 12/2010, Beograd, str. 856.

[14] Videti član 4 stav 1 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i član 15 stav 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

[15] General Comment No. 29, para. 4, 5.

[16] General Comment No. 29, para. 6.

U dokumentu koji je sačinila međunarodna grupa eksperata za ljudska prava, Principi ograničenja i derogacije odredaba Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (u daljem tekstu Sirakuza Principi) takođe se bliže određuje standard „*strictly required by the exigencies of the situation*", s tim da se u ovom slučaju, akcenat više stavlja na „ strogoj neophodnosti" preduzetih mera.[17] Ukazuje se da mere derogacije, u smislu ozbiljnosti, vremenskog trajanja i prostornog opsega, budu strogo neophodne i proporcionalne prirodi i intenzitetu nastale opasnosti; da se neophodnost svake mere mora pojedinačno procenjivati; da zahtev u pogledu „stroge neophodnosti" nije zadovoljen ukoliko se uobičajenim merama (u okviru postojećih ograničenja ljudskih prava) može suzbiti nastala opasnost; da se zahtev u pogledu „stroge neophodnosti" mera primenjuje na objektivan način odnosno da je usmeren na jasnu, postojeću i neposrednu, a ne na potencijalnu opasnost. Naročito je važno naglasiti da ovaj dokument uređuje pitanje kontrole poštovanja principa proporcionalnosti tokom vanrednih prilika, propisujući da je potrebno obezbediti periodično preispitivanje mera od strane zakonodavnog tela, kao i efikasan pravni lek licima koja smatraju da su im povređena prava usled nepoštovanja ovog principa.[18]

Princip proporcionalnosti, dakle, objedinjuje vremenski, prostorni i sadržinski aspekt preduzetih mera kojima se reguliše režim ostvarivanja ljudskih prava tokom vanrednih prilika i predstavlja esencijalno merilo njihove prihvatljivosti u takvim okolnostima.

c) Princip zabrane diskriminacije

Zabrana diskriminacije predstavlja drugo lice načela jednakosti koje stoji u osnovi celokupnog koncepta ljudskih prava.[19] Jednakost u uživanju ljudskih prava, kao najvišu vrednost, potvrđuju brojni međunarodni dokumenti. „U tom kontekstu, savremeno pravo ljudskih prava se i suštinski razlikuje od, kroz istoriju poznatih pokušaja, da se samo višim grupama i slojevima, odnosno njihovim pripadnicima, priznaju prava, ali da se to ne odnosi čak na celokupne narode tih država, a kamoli na druge rase, etničke, verske i slične grupe."[20] Da bi se dodatno osigurala jednakost u uživa-

[17] Pojedini autori proporcionalnost i neophodnost pomatraju kao različite principe odnosno uslove. Videti: McGoldrick, D., The interface between public emergency powers and international law, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, Issue 2 (2004), pp.389.

[18] Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, para. 51-56.

[19] Paunović, M., Krivokapić, B., Krstić, I., *Osnovi međunarodnih ljudskih prava*, Megatrend Univerzitet, Beograd, 2007, str. 137.

[20] Paunović, M., Krivokapić, B., Krstić, I., *op. cit*, str. 138.

nju ljudskih prava, propisuje se izričita zabrana diskriminacije po najširim osnovima.

Ovaj princip relevantan je i za period vanrednih prilika u kojima ljudska prava potpadaju pod izmenjen režim ostvarivanja. Princip zabrane diskriminacije prisutan je u normativnom rešenju derogirajuće klauzule Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, dok Evropska konvencija ne uslovljava mere derogacije takvim sadržinskim ograničenjem.[21] Nedostatak takve odredbe ne znači, međutim, da Evropska konvencija to dopušta. Propisujući, naime, obavezu države da, prilikom preduzimanja mera kojima se odstupa od ljudskih prava, poštuje druge obaveze koje ima prema međunarodnom pravu, Evropska konvencija posredno otvara prostor za primenu ratifikovanih međunarodnih ugovora koji sadrže ovaj uslov odnosno zabranu diskriminatornog dejstva mera u normativnom rešenju ovog instituta (npr. Međunarodni Pakt o građanskim i političkim pravima). Treba, ipak, imati u vidu vremenski trenutak donošenja Evropske konvencije, pa u tom svetlu prosuđivati nedostatke u normativnom regulisanju pojedinih instituta.[22]

Ono što, međutim, treba naglasiti je činjenica da je zabrana diskriminacije tokom vanrednih prilika postavljena u suženom obliku odnosno da su pojedini osnovi za zabranu diskriminacije u ovakvim situacijama isključeni. Naime, stavom 1 člana 4 kao mogući osnovi za zabranu diskriminacije navode se samo rasa, pol, boja, jezik, vera i socijalno poreklo. Na ovom mestu bi se moglo otvoriti pitanje da li priroda vanrednog stanja odnosno uzroka koji dovode njegovom uvođenju ipak mogu da upute na diskriminišući karakter mera po nekim osnovima. Objašnjenje u pogledu izostavljanja pojedinih osnova diskriminacije, kao što je npr. nacionalno poreklo, bi trebalo potražiti u stavovima odgovarajućih tela za zaštitu ljudskih prava koja su se tim pitanjem bavila.[23] U Opštem komentaru člana 4 Pakta, pak, proširuje se lista prava koja se moraju uživati bez diskriminacije u vanrednim prilikama.[24]

U svakom slučaju, međunarodno pravo stoji na stanovištu da zabrana diskriminacije, doduše u suženom obliku, postoji i tokom vanrednih prilika.

---

[21] Uporediti: član 4 stav 1 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i član 15 stav 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

[22] Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama usvojena je 1950. godine, dok je Međunarodni pakt o građaskim i politički pravima i slobodama usvojen 16 godina kasnije odnosno 1966. godine.

[23] Više o tome: McGoldrick, D., *op.cit*, str. 412-414.

[24] Član 2, 3, 14, stav 1, član 23, stav 4, član 24, stav 1, i član 25 Pakta. Videti: General Comment No. 29, para. 8.

d) Princip saglasnosti preduzetih mera sa drugim obavezama koje država ima prema međunarodnom pravu

Mere kojima se odstupa od ljudskih prava tokom vanrednih prilika moraju zadovoljiti još jedan uslov koji se tiče sadržine. Ove mere, naime, ne smeju biti u suprotnosti sa drugim obavezama koje država ima po međunarodnom pravu. Ovaj uslov sadrže oba analizirana međunarodna instrumenta, dakle, i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Evropska konvencija, u skoro identičnoj formulaciji.[25] Ova odredba ima integrišuću funkciju u smislu upućivanja na primenu drugih međunarodnih izvora ljudskih prava koji mogu biti relevantni za period vanrednih prilika, pri čemu se najpre misli na norme međunarodnog humanitarnog prava. Ova odredba, takođe, ima nadomešćujuću funkciju otvarajući prostor primeni onih međunarodnih izvora koji na potpuniju način regulišu pitanje derogacije ljudskih prava, uz uslov da ih je država ratifikovala (Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima na koncizniji način reguliše institut derogacije u odnosu na Evropsku konvenciju, na šta je na odgovarajućim mestima u tekstu već ukazano).

U Opštem komentaru člana 4 Pakta pojašnjava se da obaveze koje država ima po međunarodnom pravu mogu biti zasnovane kako na ugovorima tako i na opštim pravilima međunarodnog prava i da njihovo poštovanje proizlazi iz odredbe Pakta kojom se ne dozvoljava nikakvo ograničenje ili odstupanje od osnovnih prava čoveka koja su priznata drugim instrumentima pod izgovorom da ih ovaj pakt ne priznaje ili da ih priznaje u manjoj meri.[26] U tekstu Sirakuza principi takođe se ukazuje na obavezu poštovanja obaveza koje država ima po međunarodnom pravu.[27]

Država je, dakle, dužna da prilikom regulisanja režima ostvarivanja ljudskih prava tokom vanrednih prilika ima u vidu sve obaveze koje ima po međunarodnom pravu i da mere derogacije koncipira tako da one budu u saglasnosti sa tim obavezama.

Sadržinska ograničenja mera kojima se reguliše status ljudskih prava u vanrednim prilikama prema Ustavu Republike Srbije

U ovom delu rada biće analiziran ustavni okvir Republike Srbije, u delu koji se odnosi na mere kojima se reguliše režim ostvarivanja ljudskih prava tokom vanrednih prilika, sa aspekta usaglašenosti sa zahtevima ko-

[25] Videti: član 4 stav 1 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i član 15 stav 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

[26] General Comment No. 29, para. 9.

[27] Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, para. 66.

je postavlja međunarodno pravo. Prethodno će biti dat kratak osvrt na normativno rešenje ovog instituta prethodnog Ustava kako bi se uočilo da li je postoje odgovarajući pomaci u regulisanju ovog pitanja.

a) Normativno rešenje Ustava Republike Srbije iz 1990. godine

Prema Ustavu Republike Srbije iz 1990. godine razlikovala su se tri oblika vanrednih prilika: ratno stanje, stanje neposredne ratne opasnosti i vanredno stanje. Normativni okvir utvrđivanja režima ostvarivanja ljudskih prava odvojeno je postavljen za stanje rata odnosno vanredno stanje.

Za vreme ratnog stanja, Ustavom je bilo propisano da se mogu „*ograničiti pojedine slobode i prava čoveka i građanina*" kao i „*izmeniti organizacija, sastav i ovlašćenja Vlade i ministarstava, sudova i javnih tužilaštava*."[28] Primetno je da je pod udar mera, koje su se mogle donositi tokom ratnog stanja, potpadala celokupna ustavna materija, dakle, i materija ljudskih prava i materija organizacije vlasti. U pogledu regulisanja režima ostvarivanja ljudskih prava tokom ratnog stanja, Ustav ne pruža odgovor na pitanje koja ljudska prava mogu biti podvrgnuta izmenjenom režimu, nego opštom formulacijom navodi da su to „pojedine slobode i prava". Dalji odgovor ne možemo potražiti ni oslanjajući se na međunarodne izvore koji regulišu oblast ljudskih prava, s obzirom na činjenicu da Ustav nije sadržavao upućujuću normu u tom smislu niti je otvarao prostor njihovoj neposrednoj primeni. Jasno je, međutim, da su te pojedine slobode i prava mogle biti samo ograničene, nikako i suspendovane, što proizlazi iz dikcije ustavne norme. Ovim se iscrpljuju pitanja u vezi sa regulisanjem ljudskih prava tokom vanrednih prilika. U tekstu Ustava ne pominju se standardi koje u tom smislu postavlja međunarodno pravo (princip proporcionalnosti, apsolutno zaštićena prava, zabrana diskriminatornog dejstva, saglasnost sa drugim obavezama koje država ima po međunarodnom pravu).[29]

Regulisanje režima ostvarivanja ljudskih prava tokom vanrednog stanja prethodnim Ustavom je, međutim, drugačije normativno opredeljeno. U Ustavu se navodi da predsednik Republike, na predlog Vlade, „*donosi akte za preduzimanje mera koje takve okolnosti iziskuju, u skladu sa Ustavom i zakonom*."[30] Iako ova formulacija podseća na formulaciju

[28] Videti član 83 stav 1 tačka 7 Ustava Republike Srbije iz 1990. godine, „*Službeni glasnik RS*", br. 1/90.

[29] Treba imati u vidu da je Međunarodni Pakt o građanskim i političkim pravima, koji iscrpno reguliše institut vanrednih prilika, ratifikovan 1972. godine, dakle, davno pre usvajanja Ustava Republike Srbije (1990. godine).

[30] Videti član 83 stav 1 tačka 8 Ustava Republike Srbije iz 1990. godine.

Ustava francuske Pete republike koja pruža tamošnjem Predsedniku izvanredna ovlašćenja, rezerva „u skladu sa Ustavom i zakonom" umnogome umanjuje ovlašćenja predsednika Republike Srbije. Ono što, međutim, stoji kao otvoreno pitanje jeste: da li je ustavotvorac ovakvom formulacijom, praktično, dao ovlašćenje Narodnoj skupštini da zakonom ovlasti predsednika Republike da svojim aktima uređuje materiju ljudskih prava tokom vanrednog stanja. Na ovom mestu konstatovaćemo da takav zakon zaista bio donet i da je davao ovlašćenje predsedniku Republike da svojim aktima uređuje režim ostvarivanja taksativno nabrojanih sloboda i prava, uz zahtev da se takvim aktima „u što kraćem roku i sa što manje štetnih posledica, obezbedi otklanjanje vanrednog stanja".[31] Ne ulazeći dublje u problem ustavnosti ovog zakona, suštinsko pitanje koje se u ovom slučaju postavlja jeste koliko je zaista smisleno izostaviti pitanje regulisanja ljudskih prava (kao ustavne materije) tokom vanrednog stanja iz samog teksta Ustava i prepustiti to zakonodavcu.

Iz svega iznetog proizlazi da normativni okvir Ustava Republike Srbije iz 1990. godine u pogledu regulisanja režima ostvarivanja ljudskih prava tokom vanrednih prilika nije pružao jasne i potpune smenice organima vlasti niti je bio u saglasnosti sa važećim međunarodnim standardima iz te oblasti.

b) Normativno rešenje Ustava Republike Srbije iz 2006. godine

Ustavotvorac novog ustava, Ustava Republike Srbije iz 2006. godine, poučen iskustvom koja su normativna rešenja prethodnog Ustava u praksi proizvela, pristupio je daleko pažljivije uređivanju instituta vanrednih prilika. Ova materija regulisana je u okviru posebnih članova, smeštenih u delu Ustava koji nosi naziv „Ustavnost i zakonitost".[32] Status ljudskih prava tokom vanrednih prilika kao i nadležnosti organa državne vlasti u takvim periodima „života" države regulisani su, dakle, najvišim pravnim aktom države. Ustavne norme, dakle, predstavljaju uporište za postupanje organa vlasti u situacijama ozbiljnog ugrožavanja države što dopušta zaključak da ustav i u takvim okolnostima zadržava svoje bitno svojsvo, svojstvo jemca i zaštitnika ljudskih prava.[33]

---

[31] Videti član 5 stav 2 i član 6 stav 1 Zakona o merama za slučaj vanrednog stanja, „*Službeni glasnik RS*", br. 19/90.

[32] Videti član 200, 210, 202 Ustava Republike Srbije, „*Službeni glasnik SR*", br. 98/06.

[33] Pajvančić, M., Ustavnost vanrednog stanja, uporedni ustavnopravni pregled uvođenja vanrednog stanja i sudbina sloboda i prava građana, u Čavoški, K. (ur.), *Ustavnost i vladavina prava*, Biblioteka suočavanja, Beograd, 2000, str. 444.

Ustav Republike Srbije razlikuje ratno i vanredno stanje kao oblike neredovnih stanja odnosno vanrednih prilika i u oba slučaja, praktično, utvrđuje istovetan normativni okvir režima ostvarivanja ljudskih prava.[34] Ustav, najpre, dozvoljava „*odstupanje*" *od ljudskih i manjinskih prava* i u ratnom i vanrednom stanju, što je termin eminentan statusu ljudskih prava u ovakvim prilikama („ograničenje" ljudskih prava vezuje se, pak, za njihov režim ostvarivanja u redovnim prilikama) i što odgovara standardima koje u tom smislu postavlja međunarodna zajednica (*derogation*).

Nadležnost za donošenje mera kojima se odstupa od ljudskih i manjinskih prava, njihovo vremensko dejstvo i obaveza njihovog podnošenja na potvrdu parlamentu pitanja su koja su drugačije uređena za oblast ratnog odnosno vanrednog stanja. [35] Sadržinska ograničenja ovih mera, pak, uređena su na istovetan način za oba ova neredovna stanja i izdvojena su u poseban član Ustava.[36] Mere, dakle, kojima se odstupa od ljudskih i manjinskih prava u ratnom odnosno vanrednom stanju u sadržinskom smislu moraju biti saglasne principu proporcionalnosti, zabrani diskriminacije i odgovarajućim zahtevima kojima se markiraju granice zadiranja u materiji ljudskih prava (kategorija tzv. aspolutno zaštićenih prava).

U prvom stavu člana Ustava kojim se regulišu ova pitanja navodi se da su odstupanja od ljudskih i manjinskih prava zajemčenih Ustavom dozvoljena samo u obimu u kojem je to neophodno, što izražava princip proporcionalnosti preduzetih mera postojećoj opasnosti („*strictly required by the exigencies of the situation").*[37] U drugom stavu istog člana uključen je princip zabrane diskriminatornog dejstva mera kojima se odstupa od ljudskih i manjihskih prava izražen u zahtevu da one ne smeju da dovedu do razlikovanja na osnovu rase, pola, jezika, veroispovesti, nacionalne pripadnosti ili društvenog porekla. Poslednji stav (četvrti) ovog člana posvećen je pobrojavanju onih ljudskih i manjinskih prava koja uživaju apsolutnu zaštitu i koja su izmeštena iz kruga onih čija je derogacija moguća.[38]

---

[34] Videti član 202 Ustava Republike Srbije.

[35] Videti član 200 stavove 4, 6, 7 i 9 i član 201 stav 4 Ustava Republike Srbije.

[36] Videti član 202 Ustava Republike Srbije.

[37] Videti član 202 stav 1 Ustava Republike Srbije.

[38] U grupu apsolutnih prava spadaju: dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti (član 23), pravo na život (član 24), nepovredivost fizičkog i psihičkog identiteta (član 25), zabrana ropstva, položaja sličnom ropstvu i prinudnog rada (član 26), postupanje s licem lišenim slobode (član 28), pravo na pravično suđenje (član 32), pravna sigurnost u kaznenom pravu (član 34), pravo na pravnu ličnost (član 37), pravo na državljanstvo (član 38), sloboda misli, savesti i veroispovesti (član 43), prigovor savesti (član 45), sloboda izražavanja nacionalne pripadnosti (član 47), zabrana izazivanja rasne, nacionalne i verske mržnje (član 49), pravo na

Ono što ustavni tekst izostavlja, a što je predstavlja zahtev međunarodnog prava po pitanju sadržinskih ograničenja mera kojima se odstupa od ljudskih prava, je saglasnost tih mera sa drugim obavezama koje država ima po međunarodnom pravu. Ovo ograničenje, za razliku od napred nabrojanih, nije postavljeno Ustavom Republike Srbije. Nedostatak ovog zahteva ne može se nadomestiti ustavnom odredbom o neposrednoj primeni potvrđenih međunarodnih ugovora, jer se sistemskim tumačenjem ustavnih odredbi ne dolazi do preciznog određivanja mesta međunarodnih izvora prava u našem ustavnom sistemu.[39] Problemi do kojih bi ovaj nedostatak mogao da dovede u praksi ticali bi se ostvarivanja onih prava koje međunarodni akti kategorizuju kao apsolutno zaštićena, dok ih Ustav takvima ne određuje (npr. minimalna prava odbrane).[40]

U pogledu ostalih standarda, Ustav ide, u manjoj ili većoj meri, u pravcu zahteva koje postavlja međunarodno pravo. Primetno je da Ustav pruža apsolutnu zaštitu daleko širem krugu prava nego što to čine međunarodni dokumenti.[41] Pažljiva analiza, međutim, pokazuje da su u tom smislu neka rešenja nepotpuna, čak i kontradiktorna, sa aspekta suštinske zaštite ovih prava u apsolutnom smislu. Kao primer ovoj tvrdnji može poslužiti pravo na pravično suđenje, čiji je sadržaj razmešten u tri zasebna člana, sa različitim statusom u pogledu režima ostvarivanja tokom vanrednih prilika.[42] U tom smislu bi se mogla staviti primedba ustavotvorcu izražena u zahtevu za užim, ali konciznijim odabirom ljudskih prava koja bi bila uvrštena u ovu kategoriju, s obzirom na činjenicu da sam princip proporcionalnosti generalno stoji u funkciji zaštite ljudskih prava.[43]

U pogledu osnova za zabranu diskriminacije, Ustav izdvaja rasu, pol, jezik, veroispovest, nacionalnu pripadnost i društveno poreklo. Pojedini autori dovode u pitanje opravdanost izostavljanja pojedinih osnova (političko i drugo uverenje, rođenje, imovno stanje, kultura, starost i psihički ili fizički invaliditet) kada je u pitanju režim ostvarivanja ljudskih prava tokom vanrednog stanja, smatrajući da bi i u ovim situacijama trebalo da bude pri-

---

zaključenje braka i ravnopravnost supružnika (član 62), sloboda odlučivanja o rađanju (član 63), prava deteta (član 64) i zabrana nasilne asimilacije (član 67).

[39] O mestu međunarodnih izvora prava u ustavnom sistemu videti: Pajvančić, M., Kontraverze ustavnog okvira zaštite ljudskih prava, *Ustavne i međunarodne garancije ljudskih prava*, Zbornik radova, Niš, 2008. str. 245-260.

[40] Rajić, N., Pravo na pravično suđenje kao apsolutno pravo, međunarodni standardi i Ustav Republike Srbije, *Pravna Riječ*, br.27/2011, Banja Luka, str. 337.

[41] Videti: Simović, D., Adamović, D., Konstitucionalizovanje instituta vanrednog stanja u ustavima Republike Srbije, *Pravni život*, br. 12/2010, Beograd, str. 959.

[42] Rajić, N., *op.cit*, str.334-335.

[43] Rajić, N., *op.cit,* str. 339.

menjen opšti ustavi princip.[44] Upoređujući ustavno rešenje sa rešenjem sadržanim u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima, zapaža se da Ustav delimično proširuje, a delimično sužava osnove za zabranu diskriminacije sadržane u odredbi Pakta.

Iako podložne kritici, ustavne norme kojima se opredeljuje status ljudskih prava tokom vanrednih prilika u mnogome prate zahteve koje u tom smislu postavlja međunarodno pravo što upućuje na zaključak da je materiji ljudskih prava u takvim okolnostima ipak posvećena posebna pažnja. Ukupna ocena zaštite ljudskih prava tokom vanrednih prilika, međutim, ne može se sagledati samo na osnovu ocene usaglašenosti sadržinskih ograničenja mera kojima se reguliše status ljudskih prava sa međunarodnim standardima. Potrebno je uzeti u obzir sve odredbe koje oblikuju ovaj institut u celosti, a posebno one koje uređuju pitanje proglašenja vanrednog stanja i kontrole takve odluke.[45]

Zaključak

Ustav Republike Srbije iz 2006. godine, u delu koji se odnosi na sadržinska ograničenja mera kojima se reguliše status ljudskih prava tokom vanrednih prilika, u velikoj meri prati standarde koje međunarodno pravo postavlja u toj oblasti, u čemu pokazuje napredak u odnosu na normativno rešenje sadržano u prethodnom Ustavu.

Ustavom se propisuje da mere kojima se reguliše režim ostvarivanja ljudskih prava tokom vanrednih prilika moraju pratiti zahteve u pogledu proporcionalnosti, nediskriminacionog dejstva (po odgovarajućim osnovima) kao i odgovarajućeg kruga apsolutno zaštićenih prava. Izostavljen je, međutim, zahtev koji se tiče sadržinske usklađenosti ovih mera sa drugim obavezama koje država ima po međunarodnom pravu. Ovim nedostatkom se umanjuje ukupan koncept zaštite ljudskih prava tokom vanrednih prilika, obzirom da se na taj način ne ostavlja prostor primeni međunarodnih izvora prava u ovoj oblasti, čija je neposredna primena ionako upitna usled nejasnih odredbi Ustava kojima se opredeljuje njihovo mesto u ustavnom sistemu Republike Srbije. Pored primedbi koje se mogu staviti na odabir osnova za zabranu diskriminacije kao i relativno širok i neprecizno postavljen krug apsolutno zaštićenih prava, čini se da je ovo najkrupniji nedostatak u pogledu sadržinskih ograničenja mera kojima se reguliše status ljudskih prava u vanrednim prilikama.

---

[44] Pejić, I., *op. cit*, str. 860-861.

[45] Više o tome: Pajvančić, M., Vukadinović, G., Legal State, The Constitution and The State of Emergency – an example of Serbia, *Pravni život*, br. 14/2007, Beograd, str. 307-323.

Nataša Rajić, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Limitations Related to Content of Measures Regulating the Status of Human Rights in Emergency Situations – International Standards and the Constitution of the Republic of Serbia

Abstract

Special regime of the exercise of the of human rights in extraordinary circumstances is an unquestionable. The fact, however, that the decision of proclaiming state of emergency is the legal and political that partly stays without controle. That is the reason why is necessary to limit the power of state`s bodies in their acting after the proclamation of the state of emergency.

In this sense, international standards have been established which, among other things, include requirements regarding the content of measures regulating the regime of human rights during extraordinary circumstances. Limitations related to content of these measures contribute to the sphere of individual freedom, at least minimally, be preserved, and in situations where the State does not function normally. The paper, in this sense, examines the compliance of the constitutional framework with the requirements set by the international community to regulate the regime of human rights in emergency situations, in part related to the requirements for the content of these measures.

Key words: human rights, absolutely protected human rights, the principle of proportionality, the prohibition of discrimination, international obligations of the state, the Constitution of the Republic of Serbia.

Pregledni članak 314.15:347.61

Sandra Samardžić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

POPULACIONA POLITIKA, PLANIRANJE PORODICE – POSTOJEĆE TENDENCIJE I MOGUĆA REŠENJA[1]

***Sažetak**: Rad nastoji da prikaže trenutnu demografsku sliku u zemljama Evropske Unije i Srbije i mere koje se preduzimaju kako bi se postigli određeni ciljevi u oblasti reprodukcije stanovništva. Kako, se većina zemalja EU, kao i Srbija, susreće sa niskim prirodnim priraštajem karakteristično je vođenje pronatalitetne politike, uz istovremeno priznavanje pojedincima pravo na planiranje porodice koje podrazumeva pravo da slobodno odluče da li će i koliko dece imati, kao i koliki će razmak biti između rođenja. U radu su analizirana relevantna zakonska rešenja koja direktno ili indirektno utiču na povećanje prirodnog priraštaja, kao i ona zakonska rešenja koja doprinose ostvarivanju prava na planiranje porodice. Takođe, u radu je učinjen osvrt i na odgovarajuće odredbe Predloga građanskog zakonika Srbije, analizirajući njihov eventualan pozitivan ili negativan uticaj na demografsku sliku Srbije.*

***Ključne reči:** populaciona politika, planiranje porodice.*

1. Uvod

U današnje vreme postojanje jedne, univerzalne definicije porodice, predstavlja nemoguću, ali u isto vreme i nepoželjnu pojavu.

Već duže vreme, ono što se smatra porodicom menja se iz dana u dan, pa tako danas možemo govoriti o nuklearnoj porodici, kao najkarakteristični-

[1] Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta Pravnog fakulteta u Novom Sadu „Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)".

jem obliku porodice, a koju čine roditelji i njihova deca[2], zatim o proširenoj porodici, gde pored članova nuklearne porodice ulaze i dalji srodnici (babe, dede..), šire zajednice (lica koja se nalaze u krvnom ili tazbinskom srodstvu) i o gazdinstvima (lica koja dele zajedničko domaćinstvo)[3].

U Opštoj deklaraciji o pravima čoveka UN iz 1948. porodica je definisana kao „prirodna i osnovna ćelija svakog društva i ima pravo na zaštitu društva i države".[4]

Međutim čini se ispravnim, kada se govori o porodici, govoriti pre svega o funkcijama porodice, i u skladu sa tim formulisati politiku zaštite porodice.[5]

Tako, jedna od najosnovnijih funkcija porodice jeste reproduktivna, koja obuhvata seksualnu i biološku komponentu i koja je od izuzetnog značaja za društvo (ali i za samu porodicu), jer stopa nataliteta utiče na obnavljanje stanovništva.[6] Još od najranijih dana ljudske istorije, društvo je bilo zainteresovano za planiranje porodice u određenom pravcu, koji je odgovarao prilikama i uslovima u kojima su ljudi živeli.[7] Danas, u zavisnosti od različitih demografskih prilika, države zauzimaju različite stavove i u skladu sa tim sprovode odgovarajuće populacione politike, iako država nije oduvek imala ovakav pristup.

2. Nastanak populacione politike

Posmatrano istorijski, razvoj populacione politike koja podrazumeva direktnu intervenciju države kako bi se postigli određeni demografski ciljevi, može se podeliti u pet faza.[8]

Tokom prve faze čiji početak vezujemo za nastanak Ujedinjenih nacija, karakteristično je generalno slabo ili gotovo nikakvo znanje u pogledu demografskog stanja država. U skoro svim državama bio je prisutan nagli posrast broja stanovništva, ali se tada se činilo neprihvatljivim, da se država na bilo koji način upliće u oblast koja se odnosi na fertilitet i

---

[2] Gordana Kovaček-Stanić, Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko pravo, Novi Sad, 2009, str. 29.

[3] Jonathan Herring, *Family Law*, fifth edition, 2011.

[4] Opšta deklaracija o pravima čoveka, usvojena na Generalnoj skupštini UNi1948. godine (Službeni list FNRJ, 0/1948).

[5] Jonathan Herring, *op.cit*.

[6] Gordana Kovaček-Stanić, *op. cit*., str. 30.

[7] Olga Cvejić-Jančić, Porodično pravo, Novi Sad, 2009.

[8] **Fertility, Contraception And Population Policies**, Population Division Department of Economic and Social Affairs United Nations Secretariat, ESA/P/WP.18225 April 2003. Prva faza trajala je od 1945 - 1970, druga faza od 1970 -1980, treća 1980 – 1990, četvrta od 1990 – 2000 i peta, poslednja počinje početkom 21. veka.

planiranje porodice. Pa ipak, tokom ove faze, polako je započeto sa isticanjem značaja prikupljanja podataka o ukupnom broju stanovništva i analizi takvih podataka. Održana je i prva Konferencija u Rimu 1954. godine, a kao važan rezultat istaknuta je potreba za proučavanjem populacija u kontekstu njihovih ekonomskih, socijalnih i kulturoloških uslova. Nekoliko zemalja u razvoju, je donelo različite programe, kako bi pokušali da odgovore na sve veći rast broja stanovnika. Skupština UN je 1961. godine donela *Rezoluciju 1839 o porastu populacije i ekonomskom razvoju*, gde je između ostalog, istaknuta potreba za proučavanjem povezanosti između porasta broja stanovnika i ekonomskog i socijalnog razvoja. Tokom ove faze, održana je i Konferencja u Beogradu 1965. godine, gde je pravo roditelja da odluče koliko će dece imati, koje je ranije ustanovljeno kao osnovno ljudsko pravo, tada prvi put smešteno u socijalni i međunarodni kontekst. Nekoliko meseci kasnije, na Konferenciji u Teheranu, istaknuto je da zaštita porodice i dece ostaje glavni zadatak međunarodne zajednice. Takođe, roditelji imaju pravo da slobodno odluče o broju dece, kao i koliki će biti razmak između rođenja dece.

Tokom preostalih faza, započeti trend je nastavio da se razvija, pa tako tokom druge faze sve više država počinje da shvata ozbiljnost problema naglog porasta broja stanovnika i neophodnost uvođenja odgovarajućih populacionih politika. Tokom 70-ih godina moderne kontraceptivne metode su unapređene i učinjene dostupnim. Na Konferenciji u Bukureštu donet je i Akcioni plan (*World Population Policy of Action)* čiji je glavni doprinos u tome što je rešavanje pitanja porasta broja stanovnika istaknut kao legitimni cilj politike svake države. Sve veća svest o neophodnosti uvođenja adekvatnih populacionih politika karakteriše i naredne faze, da bi u četvrtoj fazi u Kairu 1994. godine bila održana najvažnija Konferencija UN-a posvećena pitanju svetske populacije. Ono što je pored ostalog karkterisalo Program[9] koji je donet na ovoj Konferenciji je i naročito isticanje pitanja položaja žena i njihovih prava, te se tako reč *žena* provlači kroz gotovo jednu trećinu preporuka u okviru ovog Programa.

Pored populacione politike koja, kao što je rečeno, predstavlja politiku direktnog uticaja države radi postizanja određenih demografskih ciljeva, istovremeno je promovisana i politika planiranja porodice, čije je osnovno obeležje shvatanje o neprikosnovenom pravu pojedinca da slobodno odlučuje o rađanju.

Danas, kada se veliki broj razvijenih zemalja (ali i zemalja u razvoju) susreće sa problemom niskog prirodnog priraštaja, pojavila se potreba

[9] Tekst celog programa može se preuzeti sa sledećeg sajta: http://www.iisd.ca/ Cairo/ program/p00000.html (sajt posećen 20.11.2011.)

za drugačijom formulacijom i merama populacione politike od onih koje su bile neophodne 50-ih i 60-ih godina prošlog veka. Sa druge strane neophodno je preduzeti odgovarajuće korake (pre svega na zakonodavnom planu) kako bi se pojedincima u što širem obimu omogućilo da odlučuju o rađanju, odnosno pružiti im dovoljno mogućnosti kako bi zadovoljili svoju želju za potomstvom. Preduzete mere moraju u obzir uzeti sve činioce koji karakterišu određeno područje i u skladu sa tim delovati. Podrška države u ovoj oblasti, iako ne jedini, svakako da predstavlja prvi, nužan i odlučujući korak.

3. Stanje i faktori koji utiču na demografsku strukturu u Evropskoj Uniji i Srbiji

U poslednjoj četvrtini dvadesetog veka fertilitet je značajno opadao u svim delovima sveta, pa tako danas stopa fertiliteta iznosi ispod troje dece po ženi, dok je pre trideset godina stopa ukupnog fertiliteta bila blizu petoro dece.[10] Imajući to u vidu, mnoge države usvojile su pronatalitetnu politiku sa ciljem rehabilitacije reprodukcije.

Međutim, posmatrajući primer Evropske Unije, možemo zapaziti da se ukupan broj stanovnika u okvirima njenih granica povećava. Ono što tu sa druge strane treba imati u vidu, je da promena u kretanju broja stanovništva zavisi od tri faktora: stope fertiliteta, mortaliteta, ali i od ukupnih migracija. Upravo poslednji faktor, uticao je (i dalje utiče) na povećanje broja stanovnika EU, te se tako ukupan broj stanovnika u EU, od njenog osnivanja, utrostručio i dostigao cifru od 500 miliona.[11] Posmatrajući globalno, odnos između broja rođenih i umrlih je za svih 27 država članica bio pozitivan, ali posmatrajući pojedinačno, 12 država koje su EU pristupile 2004. odnosno 2007. godine, taj odnos je negativan. Očekuje se da će broj stanovnika u svih 27 država biti u porastu do 2015. godine, kada bi broj umrlih mogao da premaši broj rođenih. Pa ipak, ukupan broj stanovnika će i dalje biti u porastu, pre svega zahvaljujući velikom broju migracija iz država koje nisu članice EU, te bi do 2030. godine ukupan broj stanovnika mogao dostići i cifru od 528 miliona.[12]

Neke projekcije ukazuju da bi međutim, u narednoj deceniji u svih 48 zemalja Evrope došlo do smanjivanja ukupnog broja stanovništva i to

[10] Branislav S . Đurđev, Izazovi depopulacije, *Zbornik matice srpske za društvene nauke*, br. 21/2006, str.

[11] European Demographic Data Sheet 2010, EU population reaches 500 million, Vienna Institute of Demography (VID), Austrian Academy of Sciences, Vienna, Austria, www.populationeurope.org

[12] Ibidem

sa sadašnjih 800 miliona na 500, koliko sada iznosi ukupan broj samo stanovnika EU. [13]

Ono što je stvarnost jeste da među državama postoji ozbiljan disparitet, te se tako neke države susreću sa velikim porastom broja stanovnika koji čak iznosi i do 30 procenata, dok druge opet beleže konstantan pad.[14]

U poslednjih nekoliko decenija, mnoge evropske države beleže izrazito smanjenje stope fertiliteta, te je tako još 1984. godine, Evropski parlament je usvojio rezoluciju (br. C127/78) koji poziva na razmatranje "mera za borbu protiv ovog trenda opadanja stanovništva, koji je zajednički za sve države članice".[15]

U ovoj grupi zemalja nalazi se i Srbija, koja tokom prethodnih tridesetak godina beleži konstantan pad broja stanovnika. Kao izrazito težak period koji je svakako imao velikog uticaja na demografski razvitak jesu devedesete godine HH veka u kojima preovlađuje niz burnih događaja, pre svega raspad SFRJ, rat u okruženju, sankcije međunarodne zajednice, društvene promene (tranzicija, transformacija ili regresija), duboka ekonomska kriza, poremećaji socijalne stratifikacije, politički problemi, kriza institucija, vojna intervencija NATO pakta.[16]

Pored toga, razlog savremenog reproduktivnog ponašanja može se naći u nekim dostignućima i razvitku, bez obzira da li u svojoj suštini predstavljaju pozitivne ili negativne rezultate današnjice. Tako su, između ostalog, na jednoj strani emancipacija i ndividualizam, nuklearna porodica i izmenjen položaj žene i dece u njoj, insistiranje na kvalitetu sopstvenog života i kvalitetu života deteta, liberalan zakon o abortusu i dostupnost efikasne kontracepcije, a na drugoj materijalistička svest sa potrošačkim mentalitetom i lični život, razuđeniji nego ikada ranije.[17]

Imajući sve ovo u vidu čini se da posledica, odnosno niska stopa prirodnog priraštaja u Srbiji predstavlja očekivanu i uobičajenu pojavu. Ne bismo međutim, smeli ostati pasivni i ne preduzeti nikakve korake u cilju popravljanja stanja u Srbiji.

---

[13] Ibidem

[14] Tako, u poslednjih 10 godina države koje su zabeležile najveći porast su Turska (30,2%), Irska (27%), Španija (18,6%), Švajcarska (16,3%), Norveška (14,7%), dok države koje beleže najveći pad su: Latvija (-15,7%), Estonija (-14,7%), Bosna i Hercegovina (-14,35), Bugarska (-13,6%), Ukrajina(-11,7%).

[15] Reproductive Decision-Making in a Macro-Micro Perspective (REPRO), Synthesis and Policy Implications

[16] Rašević Mirjana, Odlaganje rađanja u optimalnoj dobi života – osnovna demografska cena 1990-ih u Srbiji, *Zbornik matice srpske za društvene nauke*, br. 21/2006, str. 141-

[17] Rašević Mirjana, "Prihvatanje populacione politike na individualnom nivou: žene koje namerno prekidaju trudnoću", *Stanovništvo*, str. 41-55, broj 1-4, 1995.

U tom smislu, donet je niz akata koji imaju posredan ili neposredan uticaj na demografska kretanja u Srbiji. Neki od njih, međutim, i dalje nisu počeli da se primenjuju, a neizvesno je i kada bi se mogao očekivati početak primene.

Pravci mogućeg delovanja u cilju povećanja stope prirodnog priraštaja mogu biti različiti, te se tako sa jedne strane može posmatrati set propisa koji se odnose na pitanje planiranja porodice, ali istovremeno je neophodno predvideti i doneti niz zakona i predvideti konkretne mere koje će olakšati donošenje odluke o stvaranju potomstva, a tu se pre svega misli na niz finansijskih, socijalnih, poreskih i drugih sličnih mera.

4. Značajne zakonodavne aktivnosti u Srbiji u okviru populacione i politike planiranja porodice

Sprovodeći odgovarajuću pronatalitetnu populacionu politiku, država donosi niz akata koji za cilj imaju podsticanje rađanja. Takođe, i mere koje se odnose na planiranje porodice su kompleksne i donose se na različitim nivoima, od državnog pa do nivoa lokalne samouprave.[18]

Najpre je na nivou pokrajine 2004. godine u Vojvodini donet „Program demografskog razvoja AP Vojvodine sa merama za njegovo sprovođenje“[19], dok je na nivou Republike, 2008. godine doneta „Strategija podsticanja rađanja“[20]. Mere koje predviđaju ova dva dokumenta su vrlo slične, a mogle bi se grupisati u nekoliko kategorija: moguća rešenja problema nedovoljnog rađanja; očuvanje i unapređenje reproduktivnog zdravlja adolescenata; borba protiv steriliteta; snižavanje psihološke cene roditeljstva; usklađivanje rada i roditeljstva; populaciona edukacija; aktiviranje lokalne samouprave. Međutim, nijedan od ova dva dokumenta nije doživeo svoje sprovođenje, najpre zbog razloga ekonomske prirode.

Sa druge strane u Programu koji je donela AP Vojvodina, dat je predlog za unapređenje porodičnopravne zaštite kao i moguće zakonodavne inicijative za unapređenje državnih mera u ovoj oblasti. Mogli bismo zaključiti da je većina predloženih rešenja usvojena u Porodičnom zakonu koji je usvojen 2005. godine. Pored ovog zakona, u Srbiji je na snazi i nekolicina drugih zakona koji sadrže mere kojima se podstiče natalitet.

---

[18] Ibidem

[19] *Program demografskog razvoja Autonomne Pokrajine Vojvodine sa merama za njegovo sprovođenje*, Skupština Autonomne Pokrajine Vojvodine, Izvršno veće AP Vojvodine, Pokrajinski sekretarijat za demografiju porodicu i drštvenu brigu o deci, 2005.

[20] *Strategija podsticanja rađanja*, kompletan takst moguće je pronaći na sajtu Vlade Republike Srbije: http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678.

4.1. Planiranje porodice i odgovarajuća legislativa

Planiranje porodice nije samo ljudsko pravo već i snažna preventivna mera, pošto život i zdravlje žene i deteta u velikoj meri zavise od prihvaćenog reproduktivnog modela i uslova u kojima se on ostvaruje.[21] Pitanje planiranja porodice, i pored krupnih dostignuća do kojih je došlo u prethodnih pola veka, i dalje predstavlja jednu kontroverzu iz više razloga:

- strah od prisile programa za planiranje porodice;
- ideja da planiranje porodice promoviše promiskuitet;
- debate o abortusu i o statusu nerođenog deteta.[22]

Kao jedan kompleksan institut „planiranje porodice podrazumeva pravo čoveka da slobodno odlučuje o rađanju dece“[23]. Ovo pravo daje mogućnost titularima ovog prava da odluče o tome da li će, kada i koliko dece imati.[24] Kod nas je ovo pravo prvi put uvedeno Ustavom SFRJ iz 1974. godine[25], a zatim preuzeto u Ustavu Republike Srbije iz 1990. godine.[26] Važeći Ustav iz 2006. godine u delu koji nosi naziv „Ljudska i manjinska prava i slobode“, u članu 63, navodi da „svako ima pravo da slobodno odluči o rađanju dece“.[27]

Mogli bismo reći da je Srbija do sada učinila nekoliko bitnih koraka u pogledu regulisanja pitanja koja se odnose na planiranje porodice. Pre svega, 2005. godine u Srbiji je donet Porodični zakon čija rešenja u mnogome doprinose boljoj zaštiti porodice i dece.[28]

Tako, zakon u članu 75 sadrži mogućnost zajedničkog vršenja roditeljskog prava oba roditelja i posle razvoda braka, navodeći da „roditelji roditeljsko pravo vrše zajednički i sporazumno kada vode zajednički život“, ali i „...kada ne vode zajednički život ako zaključe sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava i ako sud proceni da je taj sporazum u najboljem interesu deteta.“[29] Takav vid vršenja roditeljskog prava je od izuzetnog značaja kako za same roditelje, tako i za dete, jer omogućava

---

[21] Rašević Mirjana, Šest zabluda relevantnih za populacionu politiku, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, str. 73-91, broj 127, 2009.

[22] Human Rights Education Associates, Study Guide: The Right to Family, http://www.hrea.org/index.php?base_id=158.

[23] Gordana Kovaček-Stanić, „Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko pravo“, Novi Sad, 2009, str. 31.

[24] Olga Cvejić-Jančić, „Porodično pravo“, Novi Sad, 2009, str. 217.

[25] v. čl. 191 Ustava SFRJ „Službeni list SFRJ“, br. 9/1974.

[26] v. čl. 27 Ustava RS „Službeni glasnik RS“, br. 1/90.

[27] Ustav Republike Srbije, „Službeni glasnik RS“, br. 98/2006.

[28] Gordana Kovaček-Stanić, Porodični zakon Srbije iz 2005. u kontekstu planiranja porodice, *Zbornik matice srpske za društvene nauke*, br. 121/2006, str 157-169.

[29] V. član 75 Porodični zakon Srbije, "Sl. glasnik RS", br. 18/2005

da oba roditelja budu uključena u detetov život i donose zajednički odluku o svim pitanjima koja su bitna za dete.

Takođe, ono što je u ovom zakonu uvedeno kao novina u oblasti statusnog roditeljskog prava jeste ukidanje rokova kod utvrđivanja i osporavanja materinstva i očinstva kada se radi o detetu kao tužiocu.[30] Pre donošenja Porodičnog zakona, utvrđivanje i osporavanje materinstva i očinstva bilo je ograničeno do 26. godine deteta. Sada je međutim, data potpuna prednost pravu deteta da zna svoje prirodno poreklo, što svakako predstavlja jedno od najosnovnijih dečjih prava.

Zakon poznaje samo jedan oblik usvojenja i to potpuno usvojenje, ukidajući mogućnost nepotpunog usvojenja koje je predviđao prethodni zakon. Ovo rešenje bismo svakako mogli smatrati adekvatnim, imajući u vidu da bi mogućnost postojanja i otvorenog usvojenja, mogla dovesti do pojave da rođenje jednog deteta zadovolji potrebe dva para, jer bi se kao roditelji sa jedne strane pojavljivali usvojitelji, ali istovremeno bi i biološki roditelji mogli vršiti neke funkcije roditeljstva, s obzirom na to da nepotpuno usvojenje ne predviđa prekidanje svih kontakata između deteta i bioloških roditelja.

Imajući istovremeno u vidu to, ali i demografsko stanje Srbije, možemo postaviti pitanje da li je adekvatno rešenje koje sadrži predlog Građanskog zakonika[31], a prema kojem bi postojala mogućnost potpunog (neraskidivog) i nepotpunog usvojenja, pa se tako nepotpunim usvojenjem između usvojioca i usvojenika i njegovih potomaka zasnivaju jednaka prava i dužnosti kao između deteta i roditelja, ukoliko zakonom nije predviđeno drugačije, a sa druge strane usvojenje ne utiče na prava usvojenika prema njegovim biološkim roditeljima i drugim srodnicima, kao ni na njegove dužnosti prema njima. Takođe, u Predlogu se navodi da ovakav vid usvojenja može biti raskinut odlukom organa starateljstva (ili alternativno, odlukom suda). Inicijativu za raskid mogli bi mogla da podnesu sva lica, ako za to postoji interes, ali i sam usvojilac odnosno usvojenik. Iako bi ovakvo rešenje moglo da umanji patnju deteta koja može nastati nakon saznanja da su ga biološki roditelji dali na usvajanje, te da spreče da se zbog toga oseća odbačenim, sa druge strane bi moglo da unese veću konfuziju u odnosima deteta sa biološkim roditeljima sa jedne i usvojiteljima sa druge strane, uz istovremen negativan uticaj na postizanje odgovarajućih demografskih ciljeva.

Rešenje koje je svoje mesto davno pronašlo u pravnom sistemu Srbije, ali ga je svakako bitno pomenuti, jeste potpuno izjednačavanje brač-

[30] V. član 249-252 Porodični zakon Srbije, "Sl. glasnik RS", br. 18/2005.
[31] V. član 124 Prednacrta Građanskog zakonika

ne i vanbračne dece[32], naročito ako se ima u vidu da se oko četvrtina (24%), od ukupnog broja dece u Srbiji, rodi van braka[33].

4.1.1. Pravci planiranja porodice

Pravo na slobodno odlučivanje o rađanju dece svakako nije apsolutno. U tom smislu planiranje porodice može se posmatrati u pozitivnom i u negativnom smislu,[34] odnosno u cilju rađanja ili sprečavanja rađanja deteta[35].

U prvu grupu spadaju pravo na začeće prirodnim putem, na lečenje smanjene plodnosti, na presađivanje gonada, na biomedicinski potpomognutu oplodnju (BMPO) i pravo na rađanje deteta. Drugu grupu čine preventivni i korektivni metodi, u zavisnosti od toga da li se želi sprečiti samo začeće ili rađanje već začetog deteta.[36]

Kao preventivni metodi navode se kontracepcija i sterilizacija, dok u korektivne metode spada prekid trudnoće.

4.1.1.1. Planiranje porodice u cilju rađanja

U današnje vreme, ono što dodatno doprinosi smanjivanju stope prirodnog priraštaja jeste i kasno stupanje u brak[37], ali i nastojanje žena da obezbede ravnopravan položaj sa muškarcima, čime su počele da zanemaruju, ili bar da privremeno potiskuju i odlažu, svoju želju za potomstvom, često takvim postupcima ugrožavajući mogućnost za začećem, imajući u vidu to da se plodnost žene posle 25. godine smanjuje.

Međutim, dugogodišnjim istraživanjima koja su omogućila napredak u oblasti biomedicinski potpomognute oplodnje, problem neplodnosti, koji je postao značajan medicinski, društveni i socijalni problem, postao je u velikoj meri rešiv. Na taj način, velikom broju parova, omogućeno je da se ostvare kao roditelji, primenom jedne od nekoliko dozvoljnih metoda BMPO, čime se otvara još jedan put u cilju povećanja stope prirodnog priraštaja.

---

[32] Ovo načelo je u domaći pravni sistem uvedeno još Ustavom iz 1946. godine, ali je do potpunog izjednačavanja došlo Ustavom iz 1974. godine. Jedina razlika koja i danas postoji jeste u pogledu utvrđivanja očinstva. (Gordana Kovaček-Stanić, Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko pravo, Novi Sad, 2009, str. 209.)

[33] Statistički godišnjak Republike Srbije 2011, podaci za 2010. godinu.

[34] Olga Cvejić-Jančić, *op. cit,* str. 224.

[35] Gordana Kovaček-Stanić, *op. cit,* str. 32.

[36] *Ibidem.*

[37] Prema podacima Republičkog zavoda za statistiku iz 2009. godine u Srbiji, prosečna starost muškaraca prilikom zaključivanja braka je 32,8 godina, a žena 29,2 godine.

U Srbiji je ova oblast do skora bila regulisana Porodičnim zakonom, ali je 2009. godine donet Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog začeća, koji je počeo da se primenjuje 1.1.2010. godine.[38]

Prema novom Zakon o lečenju neplodnosti Srbije, pravo na lečenje neplodnosti postupcima BMPO imaju punoletna i poslovno sposobna žena i muškarac koji vode zajednički život u skladu sa zakonom kojim se uređuju porodični odnosi - supružnici, odnosno vanbračni partneri i koji su, s obzirom na godine života i opšte zdravstveno stanje, sposobni da vrše roditeljsku dužnost i koji su u takvom psiho-socijalnom stanju na osnovu koga se opravdano može očekivati da će biti sposobni da obavljaju roditeljske dužnosti, u skladu sa zakonom, u interesu deteta. Ovde bi od izuzetnog značaja bilo da lica koja budu ovlašćena da proveravaju ispunjenje uslova budu kompetentna za ovakvu proveru, te da se vodi računa o tome da provera uslova ne optereti postupak.[39]

Kako bi se utvrdilo postojanje vanbračne zajednice (u slučajevima kada se radi o vanbračnoj zajednici koja nije registrovana) neophodno je da vanbračna zajednica ispunjava određene kriterijume, pre svega da se radi o zajednici koja traje određeno vreme, odnosno da postoji zajednica života. Tako neka zakonodavstva zahtevaju tačno određeni vremenski period koliko je neophodno da vanbračna zajednica traje, kako bi mogla da proizvodi pravna dejstva. Ukoliko zakon ne postavlja tako precizan uslov, moglo bi se postaviti pitanje kako dokazati da se dva lica nalaze u vanbračnoj zajednici, pa im na osnovu toga dozvoliti status subjekata u postupcima BMPO.

U Porodičnom zakonu Srbije, vanbračna zajednica se definiše kao *trajnija* zajednica života žene i muškarca, između kojih nema bračnih smetnji.[40] Međutim, iako sam zakon ne sadrži dovoljno jasan kriterijum po kojem bi se moglo utvrditi postojanje vanbračne zajednice, izuzev da je ona trajnijeg karaktera (što se takođe može tumačiti na različite načine) u praksi bi se to eventualno moglo dokazati time što se od svih parova (tako i od onih koji se ne nalaze u braku) zahteva podnošenje dokumentacije i lekarskih izveštaja o svim prethodnim pokušajima lečenja neplodnosti, što svakako ukazuje na neophodnost postojanja određene trajnosti te zajednice, s obzirom da takva prethodna istraživanja iziskuju izvestan vremenski period.

---

[38] U Srbiji se od 1. januara 2010. godine primenjuje *Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplođenja*, "Sl. glasnik RS", br. 72/2009

[39] Gordana Kovaček-Stanić, „Porodičnopravni aspekt biomedicinski potpomognutog oplođenja u pravu Srbije i evropskim pravima“, *Zbornik matice srpske za društvene nauke,* br. 131, 2010. str. 415-

[40] V. član 4, Porodičnog zakona Srbije, "Sl. glasnik RS", br. 18/2005

Izuzetno, pravo na lečenje neplodnosti postupcima BMPO ima i „punoletna i poslovno sposobna žena koja sama živi ... uz sporazumnu saglasnost ministra nadležnog za poslove zdravlja i ministra nadležnog za porodične odnose, ako za to postoje naročito opravdani razlozi". [41]

Interesantno je ovde istaći da se davanje dozvole ženi koja sama živi dozvoljava samo kada za to postoje naročito opravdani razlozi. Pri tom se ti razlozi ni na koji način dalje ne pojašnjavaju, ali ono što više zabrinjava jeste da se prilikom donošenja ove odluke nigde ne pominje da će se ona donositi uzimajući u obzir najbolji interes deteta. Ipak, razlog zbog kojeg bi se postupak dozvolio i ženi bez partnera treba da bude medicinske prirode, imajući u vidu da se postupak BMPO sprovodi u smislu lečenja neplodnosti, a što je sadržano već u samom nazivu Zakona. Osim toga, mora biti poštovano i načelo medicinske opravdanosti koje je eksplicitno predviđeno u Zakonu o lečenju neplodnosti. Na osnovu toga, može se pretpostaviti da se homoseksualna orijentacija žene ili nemogućnost da se roditeljstvo ostvari samo zbog toga što žena nema partnera neće smatrati opravdanim razlozima.[42]

Pored toga, za donošenje ove dozvole, nadležna su ministarstva za poslove zdravlja i za porodične odnose, što podrazumeva da se u svakom posebnom slučaju, u kom žena postavi ovakav zahtev, kontaktira i traži saglasnost ministarstava, koja svoju odluku treba da donesu kao rezultat podrobnog ispitivanja svih relevantnih okolnosti i uzimanja u obzir najboljeg interesa deteta.

U modelu Zakona o ljudskoj reprodukciji uz biomedicinsku pomoć,[43] bilo je predviđeno drugačije rešenje, prema kojem bi donošenje ovakve odluke bilo u nadležnosti suda, koji bi u svakom konkretnom slučaju, vodeći se pre svega načelom najboljeg interesa deteta, donosio odluku. Uključivanje sudova kao nezavisnih tela, koja bi imala više prilike da se posvete svakom pojedinačnom slučaju u donošenju ovakvih odluka, predstavlja mnogo bolju opciju, u odnosu na gorepomenuto važeće rešenje, prema kojem nadležnost pripada samo ministarstvima za poslove zdravlja i za porodične odnose, imajući u vidu da se može očekivati veliki broj zahteva koje će žene bez partnera uputiti ministarstvu, čime bi kvalitet ovkvih odluka mogao biti doveden u pitanje.

Još jedan od mogućih metoda BMPO jeste i surogat materinstvo. Postoji velika razlika između donacije semenih ćelija, pa i donacije jajne

[41] V. član 26, Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplođenja, "Sl. glasnik RS", br. 72/2009

[42] Gordana Kovaček-Stanić, *op. cit.*

[43] Gordana Kovaček-Stanić, „Legislativa o ljudskoj reprodukciji uz biomedicinsku pomoć", Univerzitet u Novom Sadu, 2008., str. 38.

ćelije u odnosu na surogat materinstvo, jer ovaj slučaj obuhvata nošenje i rađanje deteta.[44] U slučaju „parcijalne" surogacije, žena rađa dete koje genetski potiče od nje, pri čemu otac može biti muškarac koji je zaključio ugovor, ili donor semenih ćelija ili partner surogat majke.[45] Međutim, u slučajevima „pune" surogacije, surogat majka samo nosi i rađa dete koje genetski potiče od bračnog para, korišćenjem *in vitro* fertilizacije.[46] Za ove slučjeve postoje posebna pravila, te tako zakonodavstva koja dozvoljavaju surogat materinstvo uzimaju u obzir sociološki kriterijum prilikom određivanja materinstva i očinstva, pa se roditeljima smatraju lica koja žele da se staraju o detetu.[47] Surogacija omogućuje dobijanje potomstva onim parovima gde žena nije u mogućnosti da nosi bebu, odnosno gde bi porođaj predstavljao veliki rizik po život žene. Naše zakonodavstvo, međutim, izričito zabranjuje surogaciju i zadržava pravilo, prema kojem se žena koja je dete rodila smatra majkom deteta.

Međutim, u Prednacrtu Građanskog zakonika, nalazi se i odredba koja bi uvela i ovu mogućnost. Naime u slučaju rađanja za drugog u matične knjige bi se kao majka deteta upisivala žena koja na osnovu ugovora (o rađanju za drugog) imala nameru da se stara o detetu (nameravana majka), bez obzira da li su njene oplodne ćelije korišćene za oplodnju druge žene (surogat majke).[48] Ovaj postupak bio bi dozvoljen samo ako između nameravanih roditelja ne može doći do začeća prirodnim putem (polnim odnosom), kao ni uz pomoć drugih vidova biomedicinski potpomognutog začeća, ili ako začeće prirodnim putem ili korišćenjem drugih vidova začeća nije poželjno zbog ozbiljne opasnosti od prenošenja teške nasledne bolesti na dete.[49] Iako bi uvođenje surogat materinstva, otvorilo još jednu mogućnost da želja za potomstvom bude ostvarena, čini se da onako kako je surogacija regulisana ne predstavlja najadekvatnije rešenje, s obzirom na to da se predlaže i mogućnost da sud može ženi koja je rodila dete za drugog priznati pravo na kontakte sa detetom, ako to ne bi bilo suprotno njegovom najboljem interesu. Imajući u vidu pravila koja se odnose na položaj donora, a koja zabranjuju utvrđivanje njegovog identiteta, čini se da bi različit pristup kada se radi o surogat materinstvu, mogao da

[44] Gordana Kovaček-Stanić, „Porodični zakon Srbije iz 2005. godine u kontekstu planiranja porodice", *Zbornik Matice Srpske za društvene nauke*, sveska 121, godina 2006, 157-169.

[45] Gordana Kovaček-Stanić, „Porodično-pravni aspekti surogat materinstva", *Pravni život*, Beograd, 9/2001. str. 492.

[46] *Ibidem.*

[47] *Ibidem.*

[48] V. član 60 Prednacrta građanskog zakonika.

[49] V. član 61 Prednacrta građanskog zakonika

dovede kod dece do konfuzije u pogledu toga koga će smatrati majkom. Stava smo, da ukoliko se eventualno i dozvoli mogućnost surogacije, položaj surogat majke treba regulisati na isti način kao što se to čini u pogledu pravnog položaja donora.

4.1.1.2. Planirnje porodice u cilju sprečavanja rađanja

Pored ovlašćenja u cilju rađanja dece, pravo na planiranje porodice podrazumeva i metode u cilju sprečavanja rađanja.[50] U tom smislu, može se govoriti o *preventivnim* metodama, u koje spadaju sterilizacija i kontracepcija koji dovode do privremenog ili trajnog sprečavanja začeća, i o *korektivnim*, gde spada prekid trudnoće.

Ovlašćenja koja prvenstveno za cilj imaju da spreče rađanje dece, od izuzetnog su značaja za populacionu politiku. Naime, način regulisanja, odnosno dostupnost ovih metoda takođe utiče na demografsku strukturu u jednoj državi. Kako one pre svega imaju veoma značajnu ulogu u oblastima koje se bore sa izrazito velikim prirodnim priraštajem[51], moglo bi se zaključiti da bi restriktivna politika prema ovim metodama mogla da ima povoljan uticaj na povećenje prirodnog priraštaja. Takav stav tokom 50-ih i 60-ih godina XX veka imale su vlasti Bugarske, Čehoslovačke i donekle Mađarske, ali jedan od najdrastičnijih primera svakako predstavlja Rumunija. Naime, Rumunija je 1965. godine zabranila uvoz kontraceptivnih sredstava, onemogućila pristup modernoj i efikasnoj kontracepciji, a dozvolila je namerni prekid trudnoće samo u slučaju da je žena starija od 45 godina ili da ima najmanje četvoro dece ili kada joj trudnoća ugrožava život. Iako su ovakva zakonska rešenja prvobitno dovela do porasta stope nataliteta, takav trend nije dugo potrajao, već je nasuprot tome došlo do porasta materinskog morbiditeta i mortaliteta, uz istovremen nagli porast broja Rumunki koje su postale infertilne usled obavljanja abortusa u nelegalnim uslovima.[52]

---

[50] Gordana Kovaček-Stanić, Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko pravo, Novi Sad, 2009,

[51] Kao jedan od drastičnih primera politike države koja se bori sa visokom stopom prirodnog priraštaja, svakako možemo navesti primer Kine. Naime, u ovoj državi je pre 30 godina uveden zakon o kontroli rađanja, koji dozvoljava porodici u Kini da ima samo jednog potomka. Kao posledica toga, u ovoj državi se godišnje obavi čak 11 miliona abortusa, a na većinu se dolazi pod pritiskom službe za planiranje porodice. Žene u Kini nemaju mogućnost da odlučuju o svom telu, te su posle prvog porođaja prinuđene na unutarmateričnu kontracepciju, sterilizaciju i abortus. (D. Vukotić, Ne popušta „politika jednog deteta", dnevni list „Politika", objavljeno: 17.02.2011.)

[52] Procenjuje se da je oko milion Rumunki u periodu od uvođenja restriktivne politike prekida trudnoće, ostalo infertilno. (Rašević Mirjana, Šest zabluda relevantnih za

Do 1996. godine, gotovo 73% evropskih država pružilo je direktnu ili indirektnu podršku kontraceptivnim metodama, da bi se do 2001. godine taj procenat popeo na 88%.[53]

Što se tiče država istočne Evrope, proces donošenja liberalnijih zakona u pogledu abortusa, započeo je tokom 50-ih i trajao do sredine 70-ih godina, kada je ovaj metod postao preovlađujući u pogledu kontrole rađanja, pre svega iz razloga što su ostali, moderni metodi kontracepcije, bili nedostupni.[54]

Danas, gotovo sve zemlje u Evropi dozvoljavaju prekid trudnoće, postavljajući odgovarajuća ograničenja koja se tiču pre svega indikacija i rokova pod kojima je prekid dozvoljen. [55]

Prekid trudnoće u **Srbiji** regulisan je Zakonom o prekidu trudnoće iz 1995. godine.[56] Situacija danas, međutim, ne čini se drugačijom od one '80-ih godina kada je isticano da prekid trudnoće, iako najnepoželjniji, predstavlja najrasprostranjeniji vid regulisanja rađanja.[57]

Prema važećem zakonu moguće je razlikovati slobodan i dozvoljen prekid trudnoće. Srbija spada u red onih zakonodavstava koja do određe-

---

populacionu politiku, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, str. 73-91, broj 127, 2009.)

[53] **Fertility, Contraception And Population Policies**, Population Division Department of Economic and Social Affairs United Nations Secretariat, ESA/P/WP.18225 April 2003.

[54] *Ibidem*.

[55] Prilično restriktivan je uslov koji se postavlja u **Irskoj**, gde je prekid trudnoće moguće dozvoliti samo ukoliko je to neophodno da bi se sačuvao majčin život. U **Poljskoj** je i dalje na snazi restriktivan zakon prema kojem je prekid trudnoće dozvoljen samo u slučaju kada trudnoća ugrožava život i zdravlje trudnice, kada je ona posledica silovanja i u slučajevima malformacije ploda. U **Španiji** je 5. jula 2010. godine nakon dosta polemika i protesta javnosti, ipak usvojen novi liberalniji zakon, koji dozvoljava slobodan prekid trudnoće do 14. nedelje bez ikakvih ograničenja. **Finska** dozvoljava prekid trudnoće radi očuvanja fizičkog i mentalnog zdravlja žene, kada postoji verovatnoća da će se dete roditi hendikepirano i ako je trudnoća posledica silovanja. Pored navedenih razloga, Finska, kao i **Ujedinjeno Kraljevstvo,** dozvoljava prekid trudnoće i iz socijalnih i ekonomskih razloga. U **Nemačkoj,** prema zakonu iz 1995. godine prekid trudnoće je kažnjiv, iako je moguće izvršiti prekid do 12. nedelje kada je trudnoća rezultat krivičnog dela, ali i na zahtev same trudnice ukoliko je prethodno posetila savetovalište, nakon čega ima tri dana da donese konačnu odluku. U slučaju kada trudnoća ugrožava fizički i duševni život trudnice, prekid je moguć bez obzira na starost ploda. Preostale evropske držve dozvoljavaju prekid trudnoće na zahtev žene, ali su rokovi u kojima žena može postaviti taj zahtev ograničeni. Više o tome: http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6235557.stm i http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/doc/

[56] Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenoj ustanovi, Sl. Glasnik RS br. 16/95

[57] Olga Cvejić-Jančić, Pravni režim prekida trudnoće, *Zbornik matice srpske za društvene nauke*, br. 77/1984., str.113-123.

nog momenta dozvoljavaju prekid trudnoće samo na zahtev trudne žene, dok sa druge strane postoje i ona zakonodavstva koja bez obzira na trajanje trudnoće zahtevaju postojanje određenih razloga.[58] Naime, prekid trudnoće samo na zahtev trudne žene moguće je izvršiti do 10. nedelje trudnoće, a nakon toga samo uz postojanje određenih indikacija. Međutim, prekid trudnoće se ne može se izvršiti kada se utvrdi da bi se njime teže narušilo zdravlje ili ugrozio život žene.[59] Ono što je vrlo bitno, jeste da važeći zakon, u slučajevima kada se radi o prekidu do 10. nedelje trudnoće, na zahtev trudnice, ne predviđa *dužnost* lekara specijaliste iz akušerstva i ginekologije da trudnoj ženi ukaže na opasnost i moguće štetne posledice po zdravlje koje mogu nastupiti usled prekida trudnoće.[60] Iako, u momentu kada žena već postavi zahtev za prekid trudnoće, svako upozorenje se čini zakasnelim, ipak bi takva dužnost predstavljala minimalnu i neophodnu meru društvene brige o budućim naraštajima[61], a ne bismo mogli isključiti ni mogućnost da bi takvi saveti i upozorenja mogli da dovedu i do promene odluke. Pored toga, od trudnice se ne zahteva navođenje motiva za prekid trudnoće čime je zapravo ženi data apsolutna sloboda u pogledu odlučivanja o ovom postupku u prvih 10 nedelja. Kako se najčešće radi o neplaniranim trudnoćama, odnosno o detetu koje prema majčinim kriterijumima „nije željeno", ne suprotstavljanje društva u takvim situacijama, stvaranjem stimulativnih socijalnih i ekonomskih uslova, čini da je sudbina takvog deteta, na žalost, rešena.[62]

Sa druge strane, kao što je napomenuto, nakon 10. nedelje trudnoće moguće je izvršiti prekid trudnoće, ali samo uz postojanje određenih indikacija. I u pogledu predviđenih indikacija, ali i u pogledu rokova, odnosno gornje granice za prekid trudnoće, postoje različita zakonska rešenja. U pogledu rokova, Srbija spada u grupu liberalnih rešenja po kojima se ne predviđa gornja granica za prekid trudnoće.[63]

Kada se radi o indikacijama, mogli bismo reći da je prethodni zakon bio manje restriktivan, s obzirom na to da je predviđao i socijalne indikacije, pored medicinskih, eugeničnih i krivičnopravnih. Prema sada važećem zakonu prekid trudnoće i nakon 10. nedelje može se izvršiti ako postoji neki od sledećih razloga:

---

[58] Gordana Kovaček-Stanić, Kriterijumi za liberalnost u regulisanju prekida trudnoće, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br.3-4, 1995., str. 163-173.

[59] V. član 3, Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenoj ustanovi, Sl. Glasnik RS br. 16/95.

[60] Olga Cvejić-Jančić, Prekid trudnoće kao metod planiranja porodice, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br.3-4, 1995., str. 95-107.

[61] Ibidem

[62] Zoran Ponjavić, Prekid trudnoće: pravni aspekti, Kragujevac, 1997. str. 118.

[63] Gordana Kovaček-Stanić, *op. cit.*

- kada se na osnovu medicinskih indikacija utvrdi da se na drugi način ne može spasiti život ili otkloniti teško narušavanje zdravlja žene;
- kada se na osnovu naučno-medicinskih saznanja može očekivati da će se dete roditi sa teškim telesnim ili duševnim nedostacima;
- kada je do začeća došlo izvršenjem krivičnog dela (silovanje, obljuba nad nemoćnim licem, obljuba nad maloletnim licem, obljuba zloupotrebom položaja, zavođenje i rodoskrnavljenje).[64]

Upravo vrlo nepovoljna demografska situacija može predstavljati razlog za izostavljanje socijalnih indikacija.[65] Sa druge strane, o opravdanosti prekida trudnoće zbog postojanja socijalnih indikacija, odlučivao je lekar, što je predstavljalo pravno nemoguću situaciju jer je odlučivao o pitanjima koja su izvan njegovih mogućnosti i znanja.[66]

U pogledu davanja dozvole za prekid trudnoće posle 10. nedelje, Zakon pravi razliku u pogledu trudnoće od 10. do 20. nedelje i trudnoće starije od 20. nedelje. Naime, u prvom slučaju dozvolu za prekid daje konzilijum lekara, dok u drugom slučaju odobrenje daje etički odbor. Rešenje, prema kojem se i za prekid trudnoće starije od 20 nedelja prediđaju isti uslovi kao i za prekid od 10. do 20. nedelje, predstavlja vrlo liberalan pristup, odnosno, prihvatljivije bi bilo izostavljanje krivično-pravnih indikacija, s obzirom da bi prekid trudnoće tada morao biti dozvoljen samo izuzetno.[67]

Zahtev za prekid trudnoće može poticati samo od trudne žene. Zakon ovde pravi i jedan izuetak od opšteg pravila koje se odnosi na lekarsku intrvenciju, a prema kojem se zahteva da lice bude poslovno sposobno. Naime, pravo na prekid trudnoće imaju i lica koja nisu poslovno sposobna, s obzirom na to da Zakon kao donju granicu za odlučivanje o ovom zahvatu navodi 16 godina. Takođe i lica koja su mlađa od 16 godina, odnosno lica koja su potpuno lišena poslovne sposobnosti mogu postaviti ovaj zahtev, ali tada se zahteva i pismena saglasnost roditelja, odnosno staraoca. Ukoliko oni svoj pristanak uskrate, prekid trudnoće se ne može izvršiti. Iako ovakvo rešenje neosporno ima pronatalitetni karakter[68], čini se neprihvatljivim naterati lice mlađe od 16 godina da trudnoću iznese do kraja, ukoliko se ono tome protivi.

---

[64] V. član 6, Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenoj ustanovi, Sl. Glasnik RS br. 16/95

[65] Gordana Kovaček-Stanić, *op. cit.*

[66] Zoran Ponjavić, Prekid trudnoće: pravni aspekti, Kragujevac, 1997. str. 118.

[67] Gordana Kovaček-Stanić, *op. cit.*

[68] Zoran Ponjavić, *op. cit.*

Iako je u Srbiji stopa ukupnih abortusa vrlo visoka, svakako da restriktivnija politika (kao što je to pokazala praksa nekih zemalja) ne bi dovela do očekivanog poboljšanja, odnosno do rehabilitacije rađanja u Srbiji. Međutim, neophodna je veća aktivnost države i društva u pogledu ovog pitanja.

Svakako da je neophodan pravilan pristup u pogledu regulisanja dostupnosti kontraceptivnih metoda. Pre svega, na taj način se obezbeđuje zaštita prava pojedinaca da samostalno odluče u pogledu toga da li će i koliko dece imati, dok sa druge strane, sprečava se veliki broj ilegalnih postupaka, koji se pre svega odnose na nedozvoljene i nestručne prekide trudnoće koje u pojedinim slučajevima mogu imati fatalne posledice po reproduktivno zdravlje, ali i po sam život žene. Pored toga, vrlo je važan rad i na edukaciji mladih, odnosno stanovništva u opšte. Edukacija mladih, u pogledu kontraceptivnih metoda, morala bi postati obavezna u svim školama, s obzirom na to da je u državama koje su usvojile takav pristup, stopa prekida trudnoće znatno opala. Takođe, poželjno bi bilo predvideti obavezu žene da se javi nekoj ustanovi, gde se neće vršiti prekid trudnoće, kao što je na primer, Centar za socijalni rad, koja bi imala zadatak da joj pruži osnovne informacije o planiranju porodice i da joj ukaže na mogućnosti podizanja deteta, čime bi se nastojao očuvati nerođeni život.[69]

Sa druge strane kao značajna preventivna metoda planiranja porodice u cilju sprečavanja rađanja, izdvaja se sterilizacija.

Podaci pokazuju da ovaj vid kontrole rađanja, predstavlja veoma rasprostranjenu tehniku kojoj pribegava sve veći broj žena. Sa druge strane, broj muškaraca je daleko manji, a istraživanja su pokazala da je uzrok tome taj što mnogi muškarci ne učestvuju u donošenju odluke vezane za prevenciju neželjene trudnoće prepuštajući je ženi, zatim dosta muškaraca veruje da vazektomija negativno utiče na muškost, i nemali broj ima strah od podvrgavanja operaciji bilo koje vrste.[70] Sterilizacija predstavlja metod kojim se sa jedne strane smanjuje broj abortusa, dok sa druge strane pozitivno deluje i na reproduktivno zdravlje žene, jer snižava mogućnost zapaljenja unutrašnjih polnih organa i pojavu određenih maligniteta.[71]

Iako je u svetu široko primenjivana, čini se da u našoj sredini i dalje rasprostranjena konzervativna kontrola rađanja, odnosno pribegavanje na-

[69] Ibidem

[70] Marijana Rašević, „Voljna sterilizacija u Srbiji: nezadovoljena potreba?“, *Pojedinac i država*, str. 233-241, Institut društvenih nauka, Beograd, 2005.

[71] Ibidem

mernom prekidu trudnoće u slučaju kada se ona ne želi.[72] U Srbiji sterilizacija nije zakonom uređena i nedovoljno se praktikuje kao mera zaštite od neželjene trudnoće. Najčešće se zahvat vrši uzgredno, a primarno samo izuzetno, ako postoje medicincke indikacije (zaštita zdravlja žene ili sprečavanje prenošenja genetskih poremećaja). Kao i svaka druga oblast i ova zahteva pažljivu zakonsku regulativu, koja bi precizno regulisala uslove i sam postupak za obavljanje sterilizacije, ali sa druge strane zahteva i promociju prednosti sterilizacije kao metoda planiranja porodice.

Rušenje pravnih barijera i prepreka druge prirode uključujući i postojanje medicinskih servisa je neophodno, međutim, ne samo zbog toga što je voljna sterilizacija važan instrument za ublažavanje problema abortusa u Srbiji, već i zbog poštovanja ljudskih prava, odnosno seksualnih i reproduktivnih prava žene i muškarca.[73]

4.2. Populaciona politika i odgovarajuća legislativa

Pored Porodičnog zakona i zakona koji direktno regulišu metode planiranja porodice značajnu grupu zakona čine i oni čija rešenja direktno ili indirektno podstiču natalitet. Tako, Zakon o radu[74] sadrži rešenje kojim se podstiče rađanje trećeg i četvrtog deteta, predviđajući da porodiljsko odsustvo i odsustvo sa rada radi nege deteta u tom slučaju traje dve godine, umesto jedne koliko iznosi za prvo i drugo dete. Pored toga, ovaj zakon predviđa i da očevi, umesto majke, bez ikakvih uslova mogu da koriste odsustvo sa rada radi nege deteta koje traje od navršena tri meseca deteta pa do godinu dana, za prvo i drugo dete, odnosno do dve godine za treće i četvrto dete. Otac takođe može da koristi i porodiljsko odsustvo, koje traje od rođenja deteta pa do navršena tri meseca, ali pod uslovom kada majka napusti dete, umre ili je iz drugih razloga sprečena, i kada majka nije u radnom odnosu.

Pored Zakona o radu, značajna su i rešenja i mere Zakona o finansijskoj podršci porodici sa decom[75]. Ovaj zakon obuhvata različite naknade, kao što je, naknada zarade za vreme porodiljskog odsustva i odsustva sa rada radi nege deteta, dečji dodatak, zatim roditeljski dodatak koji se isplaćuje progresivno za svako dete[76]. Iako je bilo pred-

[72] Ibidem

[73] Ibidem

[74] Zakon o radu, "Sl. glasnik RS", br. 24/2005, 61/2005 i 54/2009.

[75] Zakono finansijskoj podršci porodici sa decom, "Sl. glasnik RS", br. 16/2002, 115/2005 i 107/2009.

[76] Roditeljski dodatak za oktobar 2011. godine, predviđen je u jednokratnom iznosu od 31.782 dinara za prvo dete, dok se za drugo, treće i četvrto dete iznosi isplaćuju u 24

loga da se roditeljski dodatak isplaćuje jednokratno za svako dete, još uvek takav predlog nije zaživeo, pa se naknada za drugo, treće i četvrto dete isplaćuje u 24 jednakih mesečnih rata, što u mnogome umanjuje značaj ove naknade.

Iako ne direktno, i Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju[77] utiče na ovu oblast. Ovaj zakon, naime sadrži odredbu prema kojoj se ženi koja je rodila treće dete, po tom osnovu u poseban staž uračunava vreme u trajanju od dve godine.

5. Završna razmatranja

Demografsko stanje jedne države predstavlja odraz velikog broja različitih faktora. U slučajevima niskog prirodnog priraštaja na prvom mestu se ističu strukturne prepreke: nezaposlenost, nerešeno stambeno pitanje, problemi čuvanja dece, nezadovoljavajući ekonomski standard i druge pojave iz ovog kruga. Međutim, možda još dominantniji uticaj imaju promene shvatanja ljudi o odgovornosti pojedinca prema društvu, preteže težnje ka materijalističkim vrednostima, profesionalne ili intelektualne aspiracije, odnosno jedan generalno hedonistički (a slobodno bi se moglo reći i pomalo sebičan) pogled na život.

U savremenim uslovima, žene i muškarci se racionalno opredeljuju za jedno ili dva deteta, zadovoljavajući prvenstveno emocionalne i psihološke roditeljske potrebe uz istovremeno izbegavanje rizika. To se čini u atmosferi u kojoj je sloboda pojedinca daleko iznad odgovornosti i solidarnosti. Reč je o sopstvenoj mikro sferi, u kojoj nisu prisutne društvene demografske potrebe, o njima pojedinac ne razmišlja i/ili ih ne uvažava, niti ih društvo promoviše. [78]

Sa druge strane neophodno je da se efikasnost i svrsishodnost bilo koje mere predviđene populacionom politikom proverava i prati, odnosno da se prilagođava novonastalim uslovima, jer se do promena u reproduktivnom ponašanju stanovništva dolazi vrlo postepeno. Neophodan je protek određenog vremena, tokom kojeg je moguće da dođe do određenih promena koje će zahtevati izmenu postojećih, odnosno uvođenje novih mera. Takođe, veoma je važno prilikom donošenja novih zakona, odnosono

---

mesečne rate i to 124.279 dinara za drugo dete, 223.693 dinara za treće, odnosno 298.254 dinara za četvrto dete.

[77] Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju ("Sl. glasnik RS", br. 34/2003, 64/2004 - odluka USRS, 84/2004 - dr. zakon, 85/2005, 101/2005 - dr. zakon, 63/2006 - odluka USRS, 5/2009, 107/2009 i 101/2010).

[78] *Program demografskog razvoja Autonomne Pokrajine Vojvodine sa merama za njegovo sprovođenje*, Skupština Autonomne Pokrajine Vojvodine, Izvršno veće AP Vojvodine, Pokrajinski sekretarijat za demografiju porodicu i drštvenu brigu o deci, 2005.

drugih akata, uvek u obzir uzimati i demografske prilike, najpre kada se donose zakoni iz oblasti porodičnopravne zaštite, odnosno zakoni iz oblasti bimedicinski potpomognute oplodnje, zdravstva, školstva i svih drugih oblasti koje mogu imati uticaj na demografsku strukturu.

Postizanje postavljenih ciljeva u oblasti nataliteta, nezavisno od toga da li se želi postići povećanje ili smanjenje njegove stope, moguće je samo uz istovremen, koordinisan rad svih državnih organa i neprestanu promociju znanja kao značajnog činioca prilikom uspostavljanja određenog sistema vrednosti. Bez obzira koliko se činilo da je uzrok niske stope fertiliteta egoizam, odnosno individualizam, pojedini autori[79] s pravom ističu da kolektivno utvrđene norme, koje poprimaju epitet „modernog" ubrzo nadjačavaju racionalnost individue. Iz tog razloga neophodan je kontinuiran rad na promociji vrednosti porodice i omogućavanje sticanja znanja, kao osnovnog elementa svesti, koji može uticati na filozofiju življenja, a samim tim i na stavove, poglede i uverenja.

[79] Blagojević M, Roditeljstvo i fertilitet: Srbija 90-ih, Beograd, Filozofski fakultet, Institut za sociološka istraživanja, 1995.

Sandra Samardžić, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Population Policy, Family Planning – Current Trends and Possible Solutions

Abstract

This paper aims to show the current demographics of the EU member states and Serbia and the measures taken to achieve specific objectives in the field of population reproduction. As most of the EU countries, as well as Serbia, face with low population growth, the pro-birth policy it is characteristically and at the same time recognizing individuals the right of free family planning, which includes the right to decide whether and how many children have, and how much space will be between of birth. This paper analyzes the important acts that directly or indirectly affect the increase in population growth, as well as those solutions that contribute to the realization of the right to family planning. Also, the paper presents a review and the relevant provisions of the Serbian Draft Civil Code, and analyzes their eventual positive or negative impact on the demographic picture of Serbia.

Key words: population policy, family planning.

Pregledni članak 502/504:343

Stefan Samardžić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

KRIVIČNOPRAVNA REAKCIJA U OBLASTI ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE[1]

***Sažetak**: Više od tri decenije srpsko krivično pravo pruža direktnu zaštitu pravu čoveka na zdravu životnu sredinu. Sa druge strane čini se da životna sredina nikad nije bila zagađenija. Na osnovu prethodne dve premise mogli bismo očekivati bogatu praksu sudova u vezi sa krivičnim delima kojima se štiti životna sredina, a opet uvodna istraživanja koja su prethodila radu na ovom tekstu govore suprotno. Da li se u zaštiti životne sredine može računati na krivično pravo i u kojoj meri?*

***Ključne reči**: životna sredina, krivično pravo, Novi Sad*

1. Uvod

Gotovo neizbežna uvodna izlaganja o opštim mestima u pogledu nivoa razvijenosti čovečanstva, tehnike, industrije i ostalih segmenata sveukupnog napretka modernog društva kao povoda za bavljenje problematikom zaštite životne sredine, razlog su da čitaoci ovog rada ostanu uskraćeni za uvodni elaborat nastanka potrebe za regulisanjem predmetne problematike. Nastojeći da u središte pažnje čitaoca umesto legislature postavimo krivičnopravnu reakciju na ponašanja kojima se negativno deluje na životnu sredinu, vrata ove kratke analize otškrinućemo pitanjem kojim smo započeli svoje razmišljanje – postoje li uopšte slučajevi krivičnopravne reakcije na zagađivanje životne sredine u praksi sudova na području Novog Sada od vremena uvođenja ove inkriminacije u naše krivično zakonodavstvo do danas?

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

Pretpostavili smo da arhiva novosadskog suda zasigurno neće biti bogata krivičnom praksom u domenu zaštite životne sredine, ali su nas rezultati istraživanja prilično začudili i u jednom momentu doveli u pitanje mogućnost izrade ovog rada. U cilju da jasno opišemo prostor u kome smo se u istraživanju kretali i obrazložimo ovakvu svoju odluku, neophodno je učiniti određene napomene u pogledu inkriminacija koje su bile premet našeg istraživanja.

Fragmentarni karakter krivičnog prava[2] i njegova supsidijarna primena u zaštiti dobâra, kao poslednjeg sredstva, za kojim društvo poseže tek kada određenom dobru ne može da pruži zaštitu na drugi način[3], zahteva osvrt na druge vrste pravne zaštite životne sredine kojima se primarno garantuje ustavom proklamovano pravo na zdravu životnu sredinu.

Pravna regulativa koja se odnosi na životnu sredinu i njenu zaštitu zadire u različite grane prava, iz razloga što se i problemi koji u ovoj oblasti nastaju odražavaju u raznim sferama života. U daljem izalaganju pokušali smo da, koliko je to moguće, odvojeno izložimo preventivnu od represivno-restitutivne regulative, učinivši tako uslovnu podelu na primarnu i sekundarnu zaštitu životne sredine.

2. Pravni okviri primarne zaštite životne sredine

Kao i većina društveno priznatih vrednosti kojima zaštitu pruža i krivično pravo, životna sredina se primarno štiti drugim granama prava.[4] U izlaganju koje sledi učinićemo veoma kratak prikaz određenih pitanja koja se pojavljuju u okviru pojedinih grana prava pri njihovom susretu sa problemima zaštite životne sredine. U analizi pravnih okvira primarne zaštite životne sredine učinjen je osvrt na tačke koje vezuju konkretnu granu prava sa krivičnim pravom u zajedničkom cilju da se životnoj sredini pruži adekvatna pravna zaštita.

2.1. Ustavni okviri zaštite životne sredine

Pravo na zdravu životnu sredinu Ustav Republike Srbije[5] podiže na rang ustavnog prava. Ovakav pristup podrazumeva drugačiji pravni režim zaštite ovog prava u odnosu na države u kojima ustav samo ovlašćuje zakonodavca da

[2] Stojanović, Z. 2010, *Krivično pravo – opšti deo*, str. 6.

[3] v. čl. 3 Krivičnog zakonika Republike Srbije (*"Sl. glasnik RS", br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009 i 111/2009*)

[4] Za iscrpan spisak zakona i drugih akata koji predstavljaju izvore prava životne sredine vid. Nikolić, D. 2009, „Izvori prava životne sredine“, *Osnove prava životne sredine*, redaktor prof. dr Dušan Nikolić, str. 55-76.

[5] Ustav Republike Srbije *("Sl. glasnik RS", br. 98/2006)*.

u formi zakona propiše sadržaj i obim prava, uslove za njegovo ostvarivanje i obaveze pravnih subjekata u vezi sa pravom na zdravu životnu sredinu.[6]

Zdravoj životnoj sredini posvećene su norme sadržane u delu o ljudskim i manjinskim pravima (član 74) Ustava Republike Srbije. Ustav predviđa da svako ima pravo na zdravu životnu sredinu i na blagovremeno i potpuno obaveštavanje o njenom stanju. Dalje, isti član Ustava predviđa da je svako, a posebno Republika Srbija i autonomne pokrajine, odgovorane za zaštitu životne sredine. Interesantno je da za razliku od odgovornosti Ustav generalnom klauzulom konstituiše dužnost *svakoga* da čuva i poboljšava životnu sredinu, ne naglašavajući posebnu ulogu republike i autonomnih pokrajina.[7] Osim u navedenim odredbama Ustav indirektno pruža zaštitu životnoj sredini i u odredbama o ekonomskom uređenju[8] i o organizaciji vlasti[9].

Iako je nesporno da ustav kao najviši pravni akt jedne zemlje obavezuje i krivičnog zakonodavca, njegov uticaj na materijalno krivično zakonodavstvo nije onoliki koliko se to obično misli.[10] Ipak, ustav za krivičnog zakonodavca predstavlja okvir[11] za inkriminaciju određenih ponašanja kojima se vređaju društveno priznata dobra i vrednosti. Iako se Ustav Republike Srbije ne izjašnjava izričito u pogledu sankcionisanja povrede prava na zdravu životnu sredinu, to svakako ne predstavlja smetnju da se ovo ustavno pravo štiti, naposletku i krivičnim pravom.

2.2. Neposredna primena međunarodnog prava

Osim (bar deklarativne) tendencije da se konsekventno štite univerzalna prava čoveka[12] koja se iz međunarodnog prava uliva u ustave zemalja širom sveta, ustavnim odredbama se neretko reguliše i pitanje primene

---

[6] više o tome vid. Pajvančić, M. 2009 „Ustavno pravo i životna sredina", *Osnove prava životne sredine*, redaktor prof. dr Dušan Nikolić, str. 85-86.

[7] *ibid.* str. 81.

[8] Regulišući mogućnosti za ograničenja slobode preduzetništva – član 83 stav 2; te uslovima pod kojima se mogu ograničiti oblici korišćenja zemljišta – član 88 stav 2 Ustava Srbije; više o tome vid. Pajvančić, M. 2009, *op.cit.*, str. 82.

[9] član 97 stav 1 tačka 9, član 183, te član 190 Ustava Republike Srbije; detaljno Pajvančić, M. 2009, *op.cit.*, str. 83.

[10] Interesantnu raspravu o vezanosti i ograničenosti krivičnog zakonodavca ustavom vid. Stojanović, Z. 2008, *op.cit.*, *Branič*, br. 1-2, naročito str. 7.

[11] Stojanović, Z. 2008, „Ustav i krivično zakonodavstvo", *Branič*, br. 1-2, str. 7; Citirani autor između ostalog ističe interesantnu vezanost krivičnog zakonodavca jednim segmentom ustavom proklamovanog načela zakonitosti u krivičnom pravu. Naime, autor osim zahteva *lex praevia* i *lex scripta* dovodi u pitanje ustavnost određene krivične norme koja ne bi bila u dovoljnoj meri određena i precizna (*lex certa*), više vid. *op.cit.*, str. 15.

[12] Bownlie, I. 1999, *Principles of Public International Law,* p. 568; navedeno prema Škulić, M. 2001, „Krivičnopravna zaštita životne sredine", *Pravni život,* 9/2001, str. 260.

normi međunarodnog prava u nacionalnim pravnim sistemima. Srpski ustavotvorac se izričito izjasnio po ovom pitanju.

Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju.[13] Neposredna primena međunarodnog prava u (materijalnom) krivičnom pravu je gotovo neostvariva iz više razloga. Pre svega, zahtevi načela zakonitosti, ali i (za potrebe krivičnog prava) nedovoljna preciznost i nepotpunost normi sadržanih u međunarodnim ugovorima, zasnovanih na političkom konsenzusu međunarodne zajednice gotovo onemogućava ostvarivanje ustavom predviđene neposredne primene međunarodnog prava u krivičnom pravu.[14]

Međutim, postavlja se pitanje da li blanketni deo odredbe člana 260 KZ[15] ili neke od drugih odredaba koje imaju blanketni karakter, osim nacionalnih propisa obuhvata i međunarodne standarde zaštite, očuvanja i unapređenja životne sredine, koji se u Ustavom predviđenim okvirima neposredno primenjuju u pravnom sistemu Republike Srbije. Uz sve probleme koji redovno prate primenu inkriminacija blanketnog karaktera, ispunjavanje ovog prostora standardima maglovitog međunarodnog prava učinilo bi krivičnopravnu reakciju još manje efikasnom u polju u kome je njena efikasnost i učinkovitost, u najmanju ruku nejasna. Uprkos problemima koji bi se mogli pojaviti u praksi, ipak smatramo da bi na ovo pitanje trebalo dati potvrdan odgovor.

Kako je težište ovog rada na sekundarnoj zaštiti i to jednom njenom segmentu – krivičnopravnoj zaštiti životne sredine, ne upuštajući se u dublju analizu međunarodnopravnih aspekata[16], preći ćemo na sledeći korak ka osnovnom predmetu ove analize.

2.3. Građanskopravni instrumenti

Građansko pravo, koje mnogi autori sa pravom smatraju jednom od najobimnijih grana prava, za razliku od javnopravnih disciplina sadrži norme koje su pretežno dispozitivnog karaktera. Norme građanskog prava u najvećem delu primarno regulišu društvene odnose koji su predmet pojedinih grana prava iz građanskopravne familije.[17]

---

[13] vid. član 16 Ustava Srbije.

[14] Stojanović, Z. 2008, *op.cit.*, str. 17-18.

[15] Ko *kršeći propise o zaštiti, očuvanju i unapređenju životne sredine...*

[16] Iscrpan spisak relavantnih međunarodnih akata u oblasti zaštite životne sredine vid. Jovašević, D. 2009, „Uloga standarda međunarodne zajednice u uređivanju i zaštiti životne sredine", *Politička revija*, br. 1/2009, str. 178-185.

[17] Salma, J, Nikolić, D. 2009, „Građansko pravo i životna sredina", *Osnove prava životne sredine*, redaktor prof. dr Dušan Nikolić, str. 170; U određenom smislu, ponovno uspostavljanje povređenog prava kroz odgovarajuće građanske postupke ima posledično-

Pravo zaštite životne sredine heterogenog je karaktera i počiva na kombinaciji načela privatnog, ali i javnog prava[18] koja često predstavljaju izuzetak od opštih načela u ovim oblastima. U tom smislu, posebni zakoni koji se naročito odnose na određena pitanja životne sredine[19] predstavljaju *lex specialis* u odnosu na opšta pravila građanskog prava. U tom smislu, ukoliko naročitim propisom nije regulisana određena faktička situacija iz domena životne sredine, a pitanje se može okarakterisati kao građanskopravna stvar, tada sud može (ali i mora) odlučivati na osnovu opštih odredaba građanskog prava, uključujući i načela.[20]

Načela bitno razlikuju jednu granu prava od druge, što važi i za načela prava životne sredine, ali se ponekad, kao i u pravnom sistemu uopšte, mogu prepoznati određena pravna načela koja izvorno potiču iz neke druge grane prava u odnosu na onu u kojoj nalaze svoju primenu. Pokušaćemo da ukažemo na određene specifičnosti u primeni, ali i na interesantnija odstupanja od opštih načela građanskog prava u korist krivičnopravne, odnosno logike javnog prava u širem smislu, u vezi sa pitanjima iz domena zaštite životne sredine.

Utemeljena na načelu dispozicije, autonomija volje u građanskom pravu nije apsolutna. Ona je ograničena prinudnim propisima, javnim poretkom i dobrim običajima.[21] Upravo imperativni karakter javnopravnih normi, i to prvenstveno odredaba upravnog prava postavlja okvire javnog poretka, pa i principa održivog razvoja i zaštite životne sredine.[22] Zbog delimičnog preklapanja različitih grana prava u zaštiti životne sredine može doći do situacije da se prema licu odgovornom za zagađivanje budu izrečene dve sankcije (imovinkog karaktera) – novčana kazna u krivičnom ili kaznenom pravu u širem smislu, ali i obaveza naknade štete prema pravilima građanskog prava, u slučaju gde integralna restitucija nije moguća.[23] Tako, zagađivač može istovremeno odgovarati po pravilima građanskog, upravnog i krivičnog prava.[24] Ovde je značajno ukazati da postoji značajna razlika između *odgovornosti za zagađenje* koja je javno-

---

restitutivni karakter. Ovakva supsidijarna zaštita u građanskom pravu ostvaruje se i kroz norme obligacionog prava koje regulišu odgovornost za štetu.

[18] *ibid,* str. 172.

[19] U skladu sa predmetom ovog rada smatramo nepotrebnim i opterećujućim navoditi zakone i druge propise koji primarno i prevashodno regulišu oblast(i) koje spadaju u domen životne sredine, njene zaštite, očuvanja i unapređenja.

[20] *ibid*

[21] čl. 10 Zakona o obligacionim odnosima *("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 - Ustavna povelja)*

[22] Salma, J, Nikolić, D. 2009, *op.cit.*, str. 175.

[23] *ibid*, str. 179.

[24] *ibid*, str. 183.

pravnog karaktera, od uglavnom privatnopravne *odgovornosti za sekundarne posledice zagađenja*.[25]

Određenu vezu između građanskog i krivičnog prava u domenu zaštite životne sredine uočavamo u obavezi štetnika da otkloni štetne posledice, ukoliko je to moguće, odnosno da u suprotnom isplati određenu novčanu naknadu. Sličnom logikom se rukovodio i krivični zakonodavac propisujući mogućnost suda da učiniocu odredi obavezu da u određenom roku preduzme određene propisane mere zaštite, očuvanja i unapređenja životne sredine.[26] Neophodno je primetiti da je građanskopravna mera usmerena na zaštitu prava pojedinca koji je pretrpeo štetu, dok je krivično pravo u skladu sa svojim ciljem usmereno na širu zaštitu u interesu svih članova društva.

Sud može vodeći računa o materijalnom stanju oštećenika u parničnom postupku dosuditi manju naknadu ukoliko je lice koje je dužno naknaditi štetu slabog imovnog stanja te bi ga isplata potpune naknade dovela u oskudicu. Ovakav pristup, ne predstavlja ništa drugo do princip individualizacije sankcije, inače karakterističan za krivično pravo.[27]

I pored brojnih sličnosti odštetnog prava sa krivičnim i u širem smislu javnopravnim pristupom zaštiti životne sredine od zagađivanja, jedna od osnovnih razlika nalazi se u principu objektivne odgovornosti koji je ostvariv u građanskom (ali ne i u krivičnom) pravu. Ovaj princip zahteva samo utvrđivanje štete i uzročne veze sa radnjom štetnika, što je u potpunoj suprotnosti sa načelom individualne subjektivne odgovornosti, čija je neprikosnovenost utkana u same temelje krivičnog prava.

Tvrdnja da je građansko pravo jedan od najvećih i najsloženijih segmenata prava, uz sav trud da izaberemo interesantnije, i za dublju krivičnopravnu analizu značajnije, aspekte građanskog prava koji se tiču životne sredine, potvrđuje se u određenoj meri i obimom ovog poglavlja. S obzirom na to da u narednom delu rada prelazimo u domen javnog prava, a imajući u vidu činjenicu da je upravno pravo verovatno jedna od najobimnijih grana prava[28], kao i da verovatno pruža najsveobuhvatniju zašti-

---

[25] *ibid*, str. 184; Građanskopravna odgovornost za sekundarne posledice zagađenja regulisana je *Zakonom o zaštiti životne sredine ("Sl. glasnik RS", br. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - dr. zakon, 72/2009 - dr. zakon i 43/2011 - odluka US)* i većim brojem povezanih pravnih akata, odnosno supsidijarno Zakonom o obligacionim odnosima i drugim zakonima iz oblasti građanskog prava.

[26] Ovakvu odredbu sadrže sva četiri krivična dela (čl. 260-264 KZRS) koja su predmet analize ovog rada i kojima će u nastavku rada biti posvećena veća pažnja.

[27] Salma, J, Nikolić, D. 2009, *op.cit.*, str. 177.

[28] Milkov, D. 2009, „Upravno pravo i životna sredina“, *Osnove prava životne sredine*, str. 101.

tu životne sredine, nastojali smo da se u najkraćem osvrnemo samo na određene specifičnosti upravnopravne zaštite u ovoj oblasti.

2.4. Upravnopravni okviri zaštite životne sredine

Složenost upravnog prava odražava se u raznolikosti odnosa koji ispunjavaju pretpostavke da postanu upravno-pravni odnosi, ali i u činjenici da u upravno pravo osim normi o vršenju upravne delatnosti spadaju i norme o organizaciji, ali i kontroli državne uprave.[29]

Najviši izvor upravnog, kao i ostalih grana prava, Ustav sadrži odredbe koje se odnose na organizaciju državne uprave, koje smo izložili analizirajući Ustav kao izvor prava životne sredine.

Zakon predstavlja značajan izvor upravnog prava u oblasti zaštite životne sredine – bilo da se javlja kao formalni ili kao materijalni propis.[30] Formalni zakoni koji regulišu opšti upravni postupak[31], posebne upravne postupke u domenu zaštite životne sredine i upravni spor[32] nisu od presudnog značaja za krivičnopravnu reakciju. Sa druge strane, materijalni propisi kojima se regulišu prava i obeveze u vezi sa životnom sredinom[33] kao i značajan broj podzakonskih akata, koji predstavljaju izvor karakterističan za upravno pravo, od vitalnog su značaja za krivičnopravnu zaštitu životne sredine. Upravo ovi propisi materijalnopravnog karaktera, od kojih će neki biti pomenuti u daljem izlaganju, ispunjavaju sadržaj blanketnih odredaba inkriminacija u krivičnom pravu kojima se kroz krivičnopravnu reakciju pruža sekundarna zaštita životnoj sredini.

3. Sekundarna zaštita životne sredine

Životna sredina, odnosno medijumi koji ulaze u njen sastav predstavljaju veoma osetljivu oblast u kojoj je za ispravljanje i najmanjih grešaka potrebno mnogo vremena i još više sredstava, bez izvesnosti u pogledu rezultata mera kojima se određeni medijum nastoji dovesti u

[29] *ibid*, str. 102-103.

[30] *ibid*, str. 106.

[31] Zakon o opštem upravnom postupku *("Sl. list SRJ", br. 33/97 i 31/2001 i "Sl. glasnik RS", 30/2010)*

[32] Zakon o upravnim sporovima *("Sl. glasnik RS", 111/2009)*

[33] Među njima je svakako najznačajniji, već pomenuti *Zakon o zaštiti životne sredine ("Sl. glasnik RS", br. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - dr. zakon, 72/2009 - dr. zakon i 43/2011 - odluka US)*. Iako smo ovaj zakon pomenuli u izlaganju o građanskopravnoj zaštiti životne sredine, iz razloga jer brojne njegove odredbe predstavljaju osnov građanskopravne odgovornosti u ovoj oblasti, smatramo da on u pretežnom delu pripada materiji upravnog prava.

prethodno stanje. Upravo iz tog razloga, pitanje sekundarne zaštite životne sredine gotovo gubi (bilo kakav) preventivno-protektivni karakter u realnom smislu, pronalazeći prostor za zaštitu praktično u generalnoj prevenciji povrede ili urgožavanja nekog od gradijenata životne sredine. Da bi kazneno pravo, u širem smislu, moglo ostvariti ovu funkciju koja se pred njega postavlja, osim samih zakonskih okvira u domenu prekršaja, privrednih prestupa i krivičnih dela, od (smatramo presudnog) značaja je njihova primena u praksi u odnosu na slučajeve kojima se vređa životna sredina.

3.1. Prekršaji i privredni prestupi[34]

Prekršajima i privrednim prestupima u našoj teoriji je posvećena pažnja nesrazmerna njihovom praktičnom značaju, koji je smatramo naročito visok u oblasti zaštite životne sredine, u kojoj se, videćemo, krivičnopravna reakcija pokazuje kao sporadična i čini se neadekvatnom. Ovo ostaje nejasno naročito u pogledu prekršaja nakon donošenja važećeg Zakona o prekršajima[35] koji u potpunosti menja koncepciju prekršaja oslanjajući se u potpunosti na principe važećeg Krivičnog zakonika i prekršajni postupak reguliše kao sudski, pred naročitim prekršajnim sudovima.

Privredni prestupi, kao specifična vrsta delikata putem kojih u našem pravnom sistemu godinama egzistira odgovornost pravnog lica, uz odgovornost odgovornog fizičkog lica u pravnom licu i dalje postoje u našem pravnom sistemu[36], iako je njihova dalja sudbina neizvesna.[37]

---

[34] Interesovanje autora za problematiku ove dve vrste delikata, naročito za specifičnu primenu nekih opštih instituta u prekršajnom pravu, ali i za podrobniju analizu privrednoprestupne i prekršajne zaštite životne sredine u legislaturi i naročito u praksi, ograničeno je temom ovog rada i biće predmet daljih istraživanja autora.

[35] Zakon o prekršajima *("Sl. glasnik RS", br. 101/2005, 116/2008 i 111/2009)* predviđa da se prekršaji mogu predvideti odgovarajućim propisima od republičkog do lokalnog nivoa.

[36] Na osnovu člana 3 Zakona o privrednim prestupima *("Sl. list SFRJ", br. 4/77, 36/77 - ispr., 14/85, 10/86 (prečišćen tekst), 74/87, 57/89 i 3/90 i "Sl. list SRJ", br. 27/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/96 i 64/2001 i "Sl. glasnik RS", br. 101/2005 - dr. zakon)* privredni prestup se može predvideti zakonom i uredbom.

[37] vid. Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela *("Sl. glasnik RS", 97/2008)*; Mogućnost krivične odgovornosti za određena, zakonom izričito predviđena krivična dela predviđao je i *Krivični zakonik – opšti deo* iz 1947. godine *("Sl. list FNRJ", 106/47)* u članu 16. Takođe, tragove odgovornosti pravnih lica za krivična dela nalazimo u mogućnosti izricanja kazne konfiskacije imovine preduzeća koje pripada pravnom licu za dela privredne saradnje sa okupatorom, prema članu 10 Zakona o krivičnim delima protiv naroda i države *("Sl. list FNRJ", 56/46)*. više vid. Joldžić, V. 2011, „Ekološko kazneno pravo, specifičan regulator odgovornosti“, *Pravni život*, 9/2011, str. 566.

Tako je danas u Srbiji na snazi približno 83 propisa koji predviđaju prekršajnu odgovornost za kršenje odredaba kojima se direktno ili indirektno štiti životna sredina. U pogledu privrednoprestupne zaštite životne sredine u pravnom sistemu Srbije danas važi približno 31 propis koji predviđa barem jedan privredni prestup u oblasti zaštite životne sredine.[38]

Uz iznete podatke o okvirnom broju propisa kojima se predviđaju prekršaji i privredni prestupi u srpskom pravu zaštite životne sredine, preći ćemo na izlaganje o krivičnim delima koja srpski zakonodavac predviđa u oblasti zaštite životne sredine.

3.2. Krivičnopravna zaštita životne sredine

Od najranijih srpskih zakona u oblasti krivičnog prava (iako na posredan način) postojala je krivičnopravna zaštita određenih dobara koja danas ulaze u sastav onoga što nazivamo životnom sredinom.[39] U našem krivičnom pravu do izdvajanja posebnog krivičnog dela kojim se pruža zaštita životnoj sredini kao takvoj dolazi 1977. godine stupanjem na snagu Krivičnog zakona Socijalističke Republike Srbije.[40]

Neposredno pred donošenje ovog propisa u našoj teoriji možemo pronaći konstatacije da su nakon usvajanja Ustava iz 1974. godine, koji izričito utvrđuje pravo na zdravu prirodnu sredinu, time stvorene mogućnosti krivičnopravnog regulisanja, da postoji potreba propisivanja posebnih inkriminacija kojima bi se pružila krivičnopravna zaštita životnoj sredini.[41]

---

[38] Imajući u vidu slojevitost i heterogenost prekršajne i privrednoprestupne materije, kao i moguću nedoslednost u klasifikaciji propisa od strane baze podataka, i uz našu najbrižniju pažnju u istraživanju, izražavamo određenu rezervu u pogledu egzaktnosti podataka dobijenih analizom elektronske pravne baze *Paragraf Lex* na dan 30.11.2011. godine.

[39] Još 1860. godine *Kaznitelni zakonik za Knjažestvo Srbiju* je u okviru glave (XXXIV) kojom je pružana zaštita *sigurnosti života i zdravlja ljudi i domaćih životinja, i čistoti* predviđao nekoliko krivičnih dela koje naziva *istupima*, kojima se štiti životna sredina; preuzeto iz Stojanović, Z. 1995, „Krivično-pravna zaštita životne sredine – neki aspekti zakonodavnog regulisanja", *Pravni život,* 9/1995, str. 291.

[40] Stupio na snagu 1. jula 1977. godine da bi se kasnije nešto izmenjenog naslova kao Krivični zakon Republike Srbije *("Sl. glasnik SRS", br. 26/77, 28/77 - ispr., 43/77 - ispr., 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89 i 21/90 i "Sl. glasnik RS", br. 16/90, 26/91 - odluka USJ br. 197/87, 75/91 - odluka USRS br. 58/91, 9/92, 49/92, 51/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/2002, 11/2002 - ispr., 80/2002 - dr. zakon, 39/2003 i 67/2003)* primenjivao sve do stupanja na snagu važećeg Krivičnog zakonika, 1. januara 2006.

[41] Đorđević, M. 1974, „Krivičnopravna zaštita čovekove sredine", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 2/1974, str. 243. Autor u citiranom radu predlaže da se u slučaju izricanja uslovne osude osuđenom licu nametnu obaveze da učini šta pozitivno za zaštitu, po-

U glavi XIV koja je nosila naslov *Krivična dela protiv zdravlja ljudi i čovekove sredine*, životna sredina se pojavljuje kao deo grupnog objekta zaštite uz zdravlje ljudi kao primarni objekt zaštite. U tom smislu, bilo je opravdano postaviti pitanje da li se inkriminacijom iz člana 133 Krivičnog zakona štitila životna sredina kao takva ili se zaštita pružala pravu čoveka na životnu sredinu odnosno životnoj sredini u smislu funkcije koju ima pre svega za čoveka i druge koji imaju pravo da u njoj uživaju. Danas ovo pitanje nije više sporno zahvaljujući Krivičnom Zakoniku koji se jasno određuje prema njemu. Nezavisno od svih problema, smatramo ispravnim stav da životna sredina zaslužuje mesto koje joj pripada u važećem osnovnom srpskom krivičnom zakonodavstvu u kom predstavlja samostalan i primarni grupni objekt zaštite.[42]

Naime, u ranijem krivičnom zakonodavstvu primarna i opšta zaštita životne sredine bila je obezbeđena članom 133 Krivičnog zakona Srbije. Usvajanjem važećeg Krivičnog zakonika učinjena je sistematizacija postojećih inkriminacija, od kojih su neke, u sadašnju glavu XXIV, prešle iz drugih glava posebnog dela, a neke i iz sporednog krivičnog zakonodavstva. Tako životnu sredinu kao primarni grupni objekt zaštite u Krivičnom zakoniku ima ukupno 18 krivičnih dela.[43] Čini se opravdanom konstatacija da se ovakvim pristupom, koji je danas uopšte karakterističan za srpsko krivično pravo uvode (bez)brojne inkriminacije koje nadalje slabe krivičnopravnu reakciju. I pored toga, imajući u vidu i inače ograničene mogućnosti krivičnog prava (naročito u oblasti zaštite životne sredine), uvođenje ovih krivičnih dela sistematizovanih u posebnu glavu ipak ima svoje kriminalno-političko opravdanje.[44] Osim u Krivičnom zakoniku krivična dela iz oblasti zaštite životne sredine srećemo u još 6 srpskih zakona.[45]

---

boljšanje ili sprečavanje dalje povrede životne sredine. Za razliku od ovog predloga koji je svoje otelotvorenje doživeo u potonjem zakonodavstvu, predlog učinjen u istom radu (str. 246) da se novčani iznosi naplaćeni u krivičnim postupcima za zaštitu životne sredine uplate u korist fondova iz kojih bi es ta sredstva ulagala u unapređenje životne sredine, do danas nije naišao na simpatije srpskog krivičnog zakonodavca.

[42] Stojanović, Z, Perić O. 2009, *Krivično pravo – posebni deo*, str. 210.

[43] van XXIV glave Krivičnog zakonika (opravdano) su ostala pojedina krivična dela kojima se takođe barem na indirektan način ili pod određenim okolnostima slučaja pruža zaštita životnoj sredini; vid. čl. 258 i u vezi sa njim i 259, 278 i 282 i u vezi sa njima 288 Krivičnog Zakonika.

[44] Stojanović, Z. 2005, „Karakteristike predloga Krivičnog zakonika Srbije", *Branič*, br. 1-2, str. 19

[45] čl. 78 Zakona o sredstvima za zaštitu bilja *("Sl. glasnik RS", br. 41/2009)*, čl. 154 Zakona o veterinarstvu *("Sl. glasnik RS", br. 91/2005 i 30/2010)*; čl. 95 Zakona o zdravlju bilja *("Sl. glasnik RS", br. 41/2009)*; čl. 209 i 210 Zakona o zdravlju bilja *("Sl. glasnik RS", br. 41/2009)*; čl. 194 Zakona o pomorskoj plovidbi *("Sl. glasnik RS", br. 87/2011)*; čl. 45 Zakona o genetički modifikovanim organizmima *("Sl. glasnik RS", br.*

U vreme kada u naše krivično pravo još nije bila uvedena inkriminacija, zapažamo jedan interesantan, sada već iskustveno proveren, stav u našoj teoriji. Tako *Đorđević* ističe da među svim merama zaštite životne sredine krivičnopravne *nisu i ne mogu da budu među najznačajnijima*, ali da su nužne[46] i da mogu imati značajan doprinos u ovoj oblasti. Posle gotovo četiri decenije od uvođenja inkriminacija kojima se štiti životna sredina ostaje pitanje značaja i mogućnosti krivičnopravne reakcije u ovoj oblasti.

3.3. Inkriminacije u srpskom krivičnom pravu

Deo odgovora na ovo pitanje nastojali smo pronaći upravo kroz istraživanje sudske prakse sudova na području Novog Sada od uvođenja inkriminacije kojom se štiti životna sredina do danas. U referentnom periodu uz nekolicinu izmena inkriminacije došlo je i do promene samog krivičnog zakona. Tako je od 1977. do 2006. godine krivičnopravna zaštita životne sredine primarno garantovana praktično samo članom 133 ranije važećeg Krivičnog zakona.[47]

Podsećamo da je srpski krivični zakonodavac pokušao da proširi polje primene ove inkriminacije još 1994. godine, odustajući od zahteva da u osnovnom obliku za postojanje ovog krivičnog dela zahteva i posledicu izazivanja konkretne *opasnosti po život ili zdravlje ljudi ili uništenje životinj-*

41/2009). Uz rezerve iznete u fusnoti 37, smatramo da je polje greške kod istraživanja krivičnih dela u sporednom srpskom krivičnom zakonodavstvu umanjeno time što krivično delo može biti propisano samo zakonom, što je samo istraživanje učinilo lakšim, a rezultate preciznijim; podaci dobijeni analizom elektronske pravne baze *Paragraf Lex* na dan 30.11.2011. godine.

[46] u vreme kada zaštita životne sredine još uvek nije bila eksplicitno zaštićena kao primarni objekt zaštite u krivičnom pravu; preuzeto iz Đorđević, M. 1974, *op.cit.*, str. 247; Dr Miroslav Đorđević, srpskoj nauci krivičnog prava dao je veliki doprinos pripremivši sedamdesetih godina, do danas jedini ozbiljan i u didaktičkom pogledu kod nas neprevaziđen praktikum za krivično materijalno pravo. Poznat nam je i slučaj preuzimanja velikog dela ovog praktikuma od strane grupe autora u Sloveniji bez navođenja autorstva ili barem kratke zahvalnice.

[47] Korisno je, naročito za potrebe daljih empirijskih istraživanja, koja bi obuhvatila drugu teritoriju, imati u vidu da je od donošenja Krivičnog zakona Republike Srbije (1977) pa do isti obim zaštite dobara garantovan sa dva susedna člana – 133 (*Zagađivanje vazduha i vode*) i 134 (*Zagađivanje zemljišta*). Da bi nakon brisanja člana 134 njegova sadržina bila preneta u član 133. Teške oblike predviđao je član 135 (*Teška dela protiv zdravlja ljudi*) – interesantno je da u naslovu ovaj član ne sadrži i *čovekovu sredinu*, kao što je to slučaj kod naslova glave, iako od teških povreda štiti i dobra zaštićena članovima 133 i 134. Veoma sličnu inkriminaciju sadržao i Krivični zakon SAPV u članu 85 (uz napomenu da se odnosio samo na zagađivanje zemljišta), koji je imajući u vidu teritorijalnu ograničenost istraživanja takođe uzet u obzir.

skog i biljnog sveta većih razmera[48]. Iz ovakvog postupka možemo naslutiti motiv zakonodavca da podstakne (širu) primenu ove inkriminacije. Sa određene vremenske distance čini se da ovaj cilj nije ostvaren u dovoljnoj meri, dok je sa druge strane širenje granica krivičnog prava u ovoj oblasti svakako dalo doprinos njegovoj daljoj hipertrofiji.

Gotovo celokupan sadržaj ranije inkriminacije, uz određene izmene i dopune na koje ćemo ukazati, preuzeo je Krivični zakonik, razdvajajući ovo krivično delo na tri posebna koje predviđa u članovima od 260 do 262. Osim ova tri krivična dela, smatramo da se i u naredna dva člana (263 i 264) Krivičnog zakonika garantuje opšta krivična zaštita životne sredine. U našem istraživanju smo tako za predmet uzeli ovih pet krivičnih dela iz važećeg Krivičnog zakonika, na čijoj ćemo se kratkoj analizi zadržati.[49]

Smatramo da bi u ovom radu bilo opterećujuće i nepotrebno dalje analizirati same navedene inkriminacije, čiji prilično detaljan prikaz je učinjen u značajnom broju radova koji se bave odnosnom problematikom, te ćemo u dva naredna poglavlja učiniti samo parcijalan i letimičan osvrt na neke elemente ovih krivičnih dela koji su od većeg značaja za predmet ovog rada.[50]

3.4. Krivičnopravna reakcija u zaštiti životne sredine

3.4.1. Pregled rezultata nekih ranijih istraživanja ekološkog kriminaliteta

Iako stavove da je krivičnopravna reakcija u oblasti životne sredine retka i slaba susrećemo u našoj teoriji gotovo od vremena od kada su kod nas uvedene inkriminacije kojima se pruža zaštita ovim dobri-

[48] Kako zaključuje *Stojanović*, do tada se za postojanje osnovnog oblika ovog krivičnog dela zahtevalo da je došlo bezmalo do ekološke katastrofe; vid. Stojanović, Z. 1995, *op.cit.*, str. 297.

[49] Preostala krivična dela u XXIV glavi Krivičnog zakonika štite životnu sredinu u širem smislu te od pojedinih oblika napada na određena dobra čime se indirektno nanosi i šteta životnoj sredini, nisu predmet analize u ovom radu. Neophodno je napomenuti da u istraživanju sudske prakse sudova u Novom Sadu u referentnom periodu, kao i koristeći rezultate nekih ranije publikovanih istraživanja, u broju krivičnih predmeta predmeta brojčano najznačajnije mesto zauzimaju krivična dela *šumska krađa* (čl. 275) *nezakonit lov* (čl. 276) i *nezakonit ribolov* (čl. 277); o stanju ekološkog kriminaliteta u periodu 1981-1988. na teritoriji SFRJ vid. Joldžić, V. 1994, *Ekološki kriminalitet*, doktorska disertacija.

[50] Za detaljnu analizu predmetnih krivičnih dela vid. Stojanović, Z, Perić O. 2009, *Krivično pravo – posebni deo*, str. 210-219; Stojanović, Z. 2007, *Komentar Krivičnog zakonika*, str. 598-626; Drakić, D. 2009a, „Krivično pravo i životna sredina“, *Osnove prava životne sredine*, redaktor prof. dr Dušan Nikolić, str.136-145; Drakić, D. 2009b, „Krivično delo zagađenja životne sredine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2009, str. 219-229. Takođe u pogledu isrpne analize inkriminacije iz člana 133 ranijeg Krivičnog zakona vid. Stojanović, Z. 1995, *op.cit.*, str. 291-301.

ma[51], prikazaćemo određene sumarne podatke do kojih smo došli u okviru kaznene politike naših sudova. Pre nego što pređemo na izlaganje rezultata istraživanja koje smo sproveli u cilju provere našeg polaznog stava o nedostatku adekvatnog broja pravnosnažno okončanih (čak i pokrenutih) krivičnih predmeta u oblasti zaštite životne sredine pred sudovima na teritoriji Novog Sada, pokušaćemo da kroz rezultate nekih ranijih istraživanja delimično ukažemo na stanje krivičnopravne reakcije na ekološki kriminalitet u Srbiji.

Analizom jednog slučaja iz prakse[52] s početka osamdesetih godina u vreme kada je Šabac, gde je predmetni krivični postupak vođen, bio jedan od gradova sa najrazvijenijom hemijskom industrijom, pojašnjavaju se (istina samo) neki od razloga odsustva adekvatne krivičnopravne reakcije na dela protiv životne sredine. U konkretnom slučaju koncentracija otrovnih gasova u vazduhu u proseku bila je od 2 do 5 puta, a u ekscesnim slučajevima i preko 10 puta veća od dozvoljene. Zabeležene su posledice po biljni i životinjski svet u vidu propasti veće količine zasada i uginuća životinja koje su koristile zatrovanu vodu i hranu na parcelama na udaljenosti i do 10 kilometara od zagađivača. Registrovan je porast broja slučajeva dece sa problemema disajnih puteva, a broj karcinoma disajnih puteva povećao se tri puta u odnosu na stanje početkom sedamdesetih godina. Osim fabrika u kompleksu hemijske industrije, u gradu i okolini nije bilo drugih zagađivača koji bi u vazduh mogli emitovati iste supstance, čime je barem u čisto objektivnom (nekrivičnopravnom) smislu rešen problem uzročne veze. Navedene posledice nastale su sadejstvom emisija iz različitih proizvodnih pogona, propuštanjem odgovornih lica u svakoj od fabrika da preduzmu odgovarajuće mere zaštite. Upravo na ovoj činjenici, zasnivala se odbrana svakog od optuženih direktora, koji su tvrdili da njihova fabrika nije ozbiljan zagađivač i da nije prouzrokovala posledicu, već da to čine druge fabrike i proizvođači. Nakon donošenja osuđujuće presude u odnosu na četiri direktora Fabrika ista je ukinuta od strane drugostepenog suda, nakon čega je ovlašćeni tužilac odustao od optužbe bez

[51] Tako *Čejović* ističe da su ova „krivična dela vršena često, a do pokretanja krivičnog postupka i izricanja krivičnih sankcija dolazilo se zaista retko; Čejović, B. 1982, „Krivična dela protiv čovekove sredine“, *Pravni život*, 2/1982, str. 197; *Stojanović* ukazuje da se „problemi javljaju više na planu primene, nego na planu regulisanja“; Stojanović, Z. 1995, *op.cit.*, str. 300; *Škulić* konstatuje da iako „je jasno uočljivo da u praksi postoji čitav niz slučajeva teških zagađivanja životne sredine, krivičnopravna reakcija je skoro zanemarljiva“ napominjući da se sa sličnim problemima susreću i mnogim razvijenijim državama; Škulić, M. 2001, *op.cit.*, str. 262.

[52] Predmet Opštinskog suda Šabac K-239/82; više podataka u vezi sa ovim slučajem vid. Jugović, L. 1989, *Krivično pravni aspekt zaštite čovekove sredine*, magistarski rad, str. 60-64.

dovoljno jasnih pravnih razloga.[53] Situacija sa kojom se susreo istraživač izloženog slučaja veoma podseća na stanje o kome ćemo govoriti u sledećem poglavlju.[54]

Brojevi se ne razlikuju mnogo ni u jednom, nešto kasnije sprovedenom, istraživanju koje se odnosi na sličan period.[55] Analizirajući praksu postupanja sudova na području nekadašnje SFRJ uz izdvajanje podataka za teritoriju Srbije u periodu 1981 – 1988. godine, za sve oblike krivičnog dela zagađivanje životne sredine osnovano se može zaključiti da krivičnopravna zaštita životne sredine nije zaživela onako kako je to zakonodavac zamislio.[56] U periodu od osam godina na teritoriji Srbije prijavljeno je 407 osoba, da bi ih samo 118 bilo optuženo , a 59 osuđeno.[57] O neefikasnosti krivičnopravne reakcije u pogledu zaštite životne sredine svedoči da je oko 30% prijavljenih optuženo, a samo 12% osuđeno. I pored izuzetno blage kaznene politike, koja se u značajnom broju slučajeva ogledala u uslovnom osuđenju i novčanim kaznama (i pored mogućnosti izricanja kazne zatvora) oko 30% osuđenih je oslobođeno kazne.[58]

Nadovezujući se na ovo istraživanje iz osamdesetih godina, ovde ističemo da je u istom periodu Novi Sad imao nekoliko izuzetno razvijenih industrijskih postrojenja, za koja je teško verovati da nisu zagađivala životnu sredinu iznad dozvoljenih vrednosti. Autor ranije pomenutog istraživanja konstatuje da se na području Bora, Pančeva i Šapca tokom njegovog posmatranja (u periodu od osam godina) ne pojavljuje čak niti jedna prijava za ovo krivično delo[59]. Imajući u vidu značaj zagađivača u pomenutim gradovima,

---

[53] Jugović, L. 1989, *op.cit.*, str. 63-64; „Pravni razlozi za odustanak nisu dati , potpuno su nejasni i ne mogu se dokučiti iz spisa krvičnog predmeta“, *ibid.* str. 154.

[54] *Jugović* ističe da se u svom istraživanju 1989. godine obraćao većem broju sudova na teritoriji bivše SFRJ, koje je odabrao prema koncentraciji potencijalnih zagađivača, i podacima iz dnevne štampe o zagađivanjima. Nadležni sudovi u Čačku, Slavonskom Brodu, Nikšiću i Celju su obavestili autora da kod njih nema evidentiranih slučajeva krivičnog gonjenja za krivično delo zagađivanja životne sredine. Od sudova u Kranju, Zenici, Kosovskoj Mitrovici, Kraljevu, Boru i Nišu autor nije uspeo dobiti tražene podatke, te zaključuje da ni pred ovim sudovima nisu vođeni slični postupci; *ibid.* str. 155.

[55] Joldžić, V. 1994, *Ekološki kriminalitet*, doktorska disertacija; u pogledu broja prijava, optuženja odnosno osuda za krivično delo zagađivanje životne sredine v. naročito str. 219-238.

[56] *ibid.* str. 224.

[57] Ovaj broj se ne čini malim u odnosu na kasnije statističke podatke i rezultate do kojih smo došli u našem istraživanju. Ipak valjalo bi ovde podsetiti da je tadašnja inkriminacija člana 133 obuhvatala izuzetno širok krug radnji izvršenja ovog dela, kao i više kvalifikovanih oblika te i umišljajno i nehatno izvršena dela. Osim toga, podsetimo da su izneti brojevi zbirni rezultati za ukupno osam posmatranih godina; *ibid.* str. 219.

[58] *ibid.* str. 227.

[59] Joldžić, V. 1994, *op.cit.*, str. 225.

ostaje potpuno nejasan (ne tako mali) ukupan broj slučajeva koje autor istraživanja iznosi, pitajući se gde su se ti slučajevi dogodili.

Istraživanje koje smo sproveli odnosi se na praksu sudova na području Novog Sada za isto krivično delo i obuhvatajući period od 1977. godine, u odnosu na širu teritoriju Novog Sada preklapa se i potpuno obuhvata u sebi rezultate prethodno iznetog istraživanja. Međutim, uz napomenu da nismo uspeli da dođemo do podataka u odnosu na broj prijavljenih krivičnih dela, veoma je interesantno da je tokom celog perioda važenja ranijeg Krivičnog zakona Srbije[60], u novosadskom sudu nije pravnosnažno okončan ni jedan krivični postupak povodom krivičnog dela zagađivanje životne sredine.

3.4.2. O jednom pokušaju krivičnopravne reakcije na zagađivanje životne sredine pred novosadskim sudom[61]

Pre nego što se pozabavimo krivičnopravnom reakcijom za krivična dela koja uvodi važeći Krivični zakonik u periodu od njegovog stupanja na snagu do danas[62], osvrnućemo se na dva krivična postupka za dela iz člana 133 ranijeg Krivičnog zakona izvršena pre stupanja važećeg Zakonika na snagu, u kojima su pravnosnažne odluke donete u vreme kada je raniji zakon svoje mesto već bio ustupio važećem Krivičnom zakoniku.

U oba ova slučaja, postupak je vođen protiv odgovornih lica kojima se otuda na teret stavljalo izvršenje dela iz stava 2 člana 133[63], odnosno stav 4 u kome se predviđa nehatni oblik dela iz stava 2. Slučajevi se tiču određenih događaja u vezi sa dva velika novosadska industrijska postroje-

---

[60] Od 1. jula 1977. do 31. decembra 2005. godine.

[61] Istraživanje je sprovedeno u Osnovnom sudu u Novom Sadu. Obuhvaćen je period od 1. jula 1977. godine, kada je stupio na snagu tadašnji Krivični zakon koji put uvodi inkriminaciju zagađivanja životne sredine, do 30. novembra 2011. godine kada je istraživanje privedeno kraju. U skladu sa ranije iznetom podelom na krivična dela kojima se štiti životna sredina u užem i širem smislu, istraživanjem smo obuhvatili prvu grupu, u kojoj se do stupanja važećeg Krivičnog zakonika nalazilo samo krivično delo iz člana 133 (odnosno 134) ranijeg Krivičnog zakona Srbije (ali i 85 KZ SAPV), a nakon toga krivična dela iz članova 260-264 važećeg Krivičnog zakonika; v. *supra* napomene u poglavlju 3.3 ovog rada; Ova krivična dela mogla bi se nazvati i ekološkim krivičnim delima u najužem smislu; tako Joldžić, V. 1994, *op.cit.* str. 211.

[62] Krivični zakonik Republike Srbije stupio je na snagu 1. januara 2006. godine.

[63] Stav 2 člana 133 Krivičnog zakona Srbije glasio je: „*Odgovorno lice koje kršenjem propisa o zaštiti, čuvanju i unapređenju životne sredine propusti da postavi uređaje za prečišćavanje ili dopusti izgradnju, stavljanje u pogon ili korišćenje postrojenja koja zagađuju životnu sredinu ili na drugi način propusti da preduzme mere za sprečavanje ili onemogućavanje zagađivanja životne sredine i time dovede do zagađivanja vazduha, vode ili zemljišta kazniće se zatvorom od 3 meseca do 3 godine"*

nja, koja prema prirodi delatnosti predstavljaju potencijalne zagađivače velikih razmera.

U jednom od ovih krivičnih postupaka radnja izvršenja krivičnog dela koja se optuženom stavljala na teret sastojala se u *stavljanju u pogon postrojenja koje zagađuje životnu sredinu*, a da se prethodno nije uverio da li postoji opasnost od zagađenja. Kako se radnja ovog krivičnog dela sastoji u činjenju – *stavljanju u pogon* – nužan prethodni uslov za zasnivanje krivice učinioca je činjenica da je znao da takvom radnjom može dovesti do *zagađenja životne sredine*, pa tek onda da li je nastupila i zakonom predviđena posledica – *da je došlo do zagađivanja vazduha, vode ili zemljišta*. Upravo iz razloga relativne složenosti ove inkriminacije, u konkretnom slučaju pojavio se problem dokazivanja uzročne veze, odnosno postojanja dužnosti i mogućnosti svesti kod učinioca da svojom radnjom može prouzrokovati *zagađenje životne sredine*. U ovom predmetu optužba je odbijena nakon što je javni tužilac usled nedostatka dokaza odustao od daljeg krivičnog progona.[64]

Drugi postupak, u kome je zapravo doneta jedina osuđujuća prvostepena presuda za krivično delo zagađivanja životne sredine, u središte pažnje stavlja hemijsku industriju i odgovorno lice kome se na teret stavlja umišljajni oblik dela iz člana 133 stav 2 KZRS. U ovom predmetu prvostepeni sud je doneo osuđujuću presudu izričući uslovnu osudu i utvrdio kaznu zatvora od četiri meseca u vremenu proveravanja od jedne godine. Osnovano ističući u žalbi čitav niz nedostataka presude, branilac okrivljenog ukazao je na neke od problema za koje smatramo da bi se mogli susresti i u drugim sličim krivičnim predmetima kod nas[65], na osnovu čega drugostepeni sud ukida presudu i predmet vraća na ponovno odlučivanje. U ponovljenom postupku, na glavnom pretresu konstatovano je da je u konkretnom slučaju nastupila apsolutna zastarelost krivičnog gonjenja, te je sud u ovom predmetu odbio optužbu.[66]

---

[64] U ovom predmetu K 321/04 optužni predlog se odnosio na krivično delo iz člana 133 stav 4 u vezi stava 2 Krivičnog zakona Republike Srbije.

[65] Uz značajan broj nedostataka koji su posledica nemarnosti i nepreciznosti u radu na ovom predmetu, na šta je sigurno uticao i nedostatak sudske prakse, na koju se i u materijalnom i u procesnom smislu naši sudovi u oslanjaju velikoj meri, i u ovom postupku sud je očigledno imao problem sa utvrđivanjem uzročne veze, pa samim tim i krivice učinioca, u pogledu koje se sud u presudi uopšte ne izjašnjava (!?) što je od određenog značaja, imajući u vidu da ovo delo poznaje i nehatni oblik, mada se u pogledu kazne razlikuju samo u nepostojanju posebnog minimuma za nehatni oblik, što minimalnu kaznu umanjuje za dva meseca.

[66] Predmet K 1820/03 odnosno kasnije K 1361/2007 pred Opštinskim sudom u Novom Sadu.

Na ovaj način okončan je predmet u dosadašnjoj praksi novosadskog suda koji je, uz sve manjkavosti postupka krunisane sakrivanjem učinioca u magli apsolutne zastarelosti, jedini pretendovao da bude prvi slučaj uspostavljanja krivičnopravne odgovornosti za zagađivanje životne sredine pred sudom u Novom Sadu.[67]

3.4.3. Postupanje sudova po inkriminacijama važećeg Krivičnog zakonika

U važećem Krivičnom zakoniku životna sredina kao primarni objekt zaštite zaštićena je ekološkim krivičnim delima u najužem smislu, pod kojima podrazumevamo *Zagađenje životne sredine*[68] (čl. 260), *Nepreduzimanje mera zaštite životne sredine* (čl. 261)*, Protivpravna izgradnja i stavljanje u pogon objekata i postrojenja koja zagađuju životnu sredinu* (čl. 262)*, Oštećenje objekata i uređaja za zaštitu životne sredine* (čl. 263) *i Oštećenje životne sredine* (čl. 264). Istraživanje smo, u skladu sa upravo iznetim ograničenjem sproveli i u narednom periodu od stupanja važećeg Krivičnog zakonika na pravnu snagu do danas.

Oslanjajući se na podatke Republičkog zavoda za statistiku[69] u referentnom periodu od 2006. do 2010. godine na teritoriji cele Republike Srbije, ističući podatke vezane za teritoriju Vojvodine (u daljem tekstu: (V)[70], broj slučajeva osuđujućih presuda za ekološka krivična dela u najužem smislu nastavlja praksu ranijeg zakona. Osim samog broja osuđuju-

---

[67] U toku rada na ovom članku i našeg istraživanja pred sudom u Novom Sadu u fazi glavnog pretresa u prvostepenom postupku se nalazi predmet povodom krivičnog dela iz člana 260 stav 3 KZRS koji do zaključenja rada nije okončan. Predmet tog krivičnog postupka je slučaj pomora velikog broja poljskih životinja u jednom mestu u okolini Novog Sada. Nadamo se da ćemo u nekom od narednih članaka, posvećenih radu na istom projektu, imati mogućnost da učnimo osvrt na prvu pravnosnažnu presudu novosadskog suda za zagađivanje životne sredine.

[68] Interesantno je primetiti razliku u nazivu člana u odnosu na član 133 ranije važećeg Krivičnog zakona, koji je sadržao *zagađivanje* kao nesvršen glagolski oblik, što nije bilo u skladu sa bićem tog dela kojim je i ranije bila predviđena posledica *zagađenja* (ko...*zagadi* vazduh, vodu ili zemljište...); Smatramo da je terminološko preciziranje naslova ovog krivičnog dela učinjeno na adekvatan način Krivičnim zakonikom, što je krivičnom pravu često potrebno i uvek dobrodošlo.

[69] Dostupne na internet sajtu http://webrzs.stat.gov.rs [na dan 30.11.2011.] Napominjemo da se dostupne statistike odnose na osuđena lica, što znači da se u iskazanim brojevima koji predstavljaju krivične postupke pravnosnažno okočane osuđujućom presudom može „sakriti" i određeni broj krivičnih dela izvršenih u periodu važenja ranijeg krivičnog zakona (-kao što je to bio slučaj sa dva slučaja opisana u prethodnom poglavlju).

[70] Analitika Republičkog zavoda za statistiku Srbije u dostupnim podacima omogućila je uvid u stanje na teritoriji Vojvodine, što ovde ističemo okako bismo na taj način teritorijalno približili statistički uzorak istraživanju koje smo sproveli u novosadskom sudu i rezultate učinili uporedivim u većoj meri.

ćih presuda, navodimo i podatke o izrečenim sankcijama, ukazujući na kaznenu politiku naših sudova u ovoj oblasti.

U 2006. godini za krivično delo iz člana 260 osuđeno je jedno lice (V), kome je izrečena uslovna osuda, dok su za krivično delo iz člana 261 osuđena dva lica – jedno na kaznu zatvora (V), dok je drugom izrečena uslovna osuda.[71]

U statistici za narednu, 2007. godinu zabeležene su tri osuđujuće odluke za krivično delo iz člana 261, od kojih je u jednom slučaju izrečena novčana kazna, a u dva slučaja uslovna osuda.[72]

Sledeća 2008. godina, donosi nešto veći broj osuđujućih odluka. Tako je u ovoj godini za krivično delo iz člana 260 osuđeno ukupno troje lica, dok su za krivično delo iz člana 261 donete dve osuđujuće presude kao i za delo iz člana 264. Samo u jednom slučaju odgovornosti za kršenje člana 264 izrečena je kazna zatvora, dok su u ostalim slučajevima izrečene uslovne osude.[73]

Praksa postupanja se u 2009. godini vraća na raniji trend, pa je tako za krivično delo iz člana 260 jednom licu izrečena uslovna osuda, dok su dva lica osuđena za krivično delo iz člana 264, od čega je u jednom slučaju takođe izrečena uslovna osuda a u drugom kazna zatvora (V).[74]

U statistički poslednje analiziranoj, 2010. godini, pojavljuje se jedan slučaj krivičnog dela iz člana 261, sankcionisan uslovnom osudom (V), kao i, u posmatranom periodu jedini, slučaj krivičnog dela iz člana 262, za koji je izrečena kazna zatvora. Takođe, u istoj godini zabeležena su i dva slučaja krivičnog dela iz člana 264 KZ, od kojih je jednom licu izrečena kazna zatvora, a drugom uslovna osuda (V).[75]

Ukupan broj lica osuđenih za bilo koje od posmatranih krivičnih dela u referentnom periodu (2006-2009) je 20, od čega za krivično delo iz člana 260 *Zagađenje životne sredine* ukupno 5 lica (jedno na teritoriji Vojvodine), za krivično delo iz člana 261 *Nepreduzimanje mera zaštite životne sredine* ukupno 8 lica (od čega dva lica u Vojvodini), a za krivično delo iz člana 262 *Protivpravna izgradnja i stavljanje u pogon objekata*

---

[71] Podaci preuzeti iz elektronske verzije *Ekobiltena*, zvanične publikacije Zavoda za statistiku Srbije; dostupno na http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/00/08/29/EkoBilten2006.pdf, str. 125 [na dan 30.11.2011.]

[72] dostupno na: http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/00/08/32/ EkoBilten2008.pdf, str. 68 [na dan 30.11.2011.]

[73] *ibid,* str. 119.

[74] dostupno na: http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents /00/00/25/17/ EkoBilten2009br527.pdf, str. 69 [na dan 30.11.2011.]

[75] dostupno na: http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents /00/00/52/89/ EKOBILTEN-2010.pdf, str. 92 [na dan 30.11.2011.]

i postrojenja koja zagađuju životnu sredinu samo jedno lice. Za krivično delo *Oštećenje objekata i uređaja za zaštitu životne sredine* iz člana 263 u referentnom periodu statistički nisu zabeležene osuđujuće odluke, dok je za krivično delo iz člana 264 *Oštećenje životne sredine* osuđeno ukupno 6 lica, od čega 2 na teritoriji Vojvodine.

Činjenica da se povodom navedenih inkriminacija u nas veoma retko vode, a još ređe pravnosnažno okončavaju krivični postupci svedoči o neadekvatnosti krivičnopravne reakcije na ekološki kriminalitet ali svakako i o nedoraslosti svesti o mogućnostima i značaju krivičnog progona za dela kojima se ugrožava ili povređuje životna sredina. Nesporna je potreba da se oblast životne sredine zaštiti i krivičnim pravom, ali ostaje pitanje na koji način to učiniti, a da pri tom krivičnopravnu reakciju, koja po sebi ima ograničene mogućnosti u ovoj oblasti, ne učinimo još manje efikasnom.[76] Osim dubljih posledica po dalju hipertrofiju koja u oblasti zaštite životne sredine vodi neefikasnom krivičnom pravu koje nije u stanju da vrši svoje osnovne funkcije, nedostatak sudske prakse povratno uvećava probleme u primeni inkriminacija koje u sebi sadrže neprecizne i široko formulisane generalne klauzule. Uz granične vrednosti dozvoljenog zagađivanja u upravnopravnim propisima upravo je nedostajuća sudska praksa ta koja bi trebala da iskristališe sadržaj pojmova kao što su „*u većoj meri ili na širem prostoru*“, „*uništenje ili oštećenje biljnog ili životinjkog sveta velikih razmera*“, „*duže vreme*“ ili „*veliki troškovi*“.

4. Završna razmatranja

Novi oblici kriminaliteta koji su se javili u drugoj polovini XX veka zahtevali su u nekim oblastima uvođenje posebnih glava krivičnih dela (krivična dela protiv intelektualne svojine, protiv bezbednosti računarskih podataka, tako i krivična dela protiv životne sredine i dr).

I letimičnim pogledom na stanje u uporednom pravu, ali i kroz stavove u teoriji koji posredno ukazuju na relevantne nacionalne propise uočava se da je regulativa kojom se predviđaju uslovi za krivičnu odgovornost zbog zagađivanja životne sredine veoma dinamična i podložna čestim reformama.[77] Ovo svakako govori u prilog da postoje određeni problemi u ovoj oblasti i da zakonodavci nastoje da se usklade sa potre-

[76] Stojanović, Z. 2005, *op.cit.*, str. 9.

[77] više o modelima regulisanja krivičnopravne odgovornosti u domenu zaštite životne sredine kao i njenom karakteru u pogledu vezanosti za upravno pravo vid. Stojanović, Z. 1995, *op.cit.*, str. 292.

bama društva i pruže odgovarajuću zaštitu životnoj sredini u krivičnom pravu.[78]

Zapaža se da autori zagađivanje životne sredine povezuju sa nivoom razvijenosti privrede, a naročito sa ubrzanim razvojem i svakovrsnim napretkom, što je svakako veoma značajna i u visokoj meri nezaobilazna korelacija. Sa druge strane, ne treba gubiti iz vida da upravo taj, relativno visok, nivo razvijenosti tehnike i tehnologije modernog društva predstavlja značajan (pred)uslov mogućnosti utvrđivanja stepena zagađivanja životne sredine. Zasigurno da je životna sredina danas ugroženija nego pre samo pola veka, no višestruko uvećane mogućnosti za utvrđivanje i kontrolu zagađenosti našeg okruženja svakako uvećavaju ozbiljnost problema u kome se nalazimo.

Iako je nedoraslost svesti o potrebi zaštite životne sredine u našem društvu nesumnjiva, ova pojava je svakako prilično uzrokovana i našim zaostatkom u ekonomskom razvoju te konsekventno sunovratu vrednosti u srpskom društvu. Podsticaji da unapredimo našu ekološku svest dolaze upravo sa međunarodnog nivoa (pre svega iz Evropske unije u vidu uslova za pristupanje) kao izraz univerzalnih nastojanja za unapređenjem kvaliteta života čoveka. Upravo je međunarodna zajednica ta u čiju se krivicu u značajnoj meri može pripisati odgovornost za nivo (ne)razvijenosti naše privrede, zastale negde pred sam kraj prošlog veka.

Nadovezujući se na države koje bismo mogli smatrati odgovornim za uništenje srpske privrede i zaustavljanje društvenoekonomskog razvoja u celini, možemo konstatovati da se slični problemi u domenu krivičnopravne zaštite životne sredine javljaju i u ekonomski daleko razvijenijim zemljama. Tako u Nemačkoj, koja je jedna od najdoslednijih država u suprotstavljanju ekološkom kriminalitetu, još osamdesetih godina uočavamo nedostatak spremnosti nadležnih organa da podnesu prijave i iniciraju pokretanje krivičnih postupaka protiv zagađivača.[79] Vidimo da ni države koje imaju veoma efikasne pravne sisteme i u kojima je reakcija na kriminalitet u mnogome snažnija i brža nego u nas, nisu u potpunosti i na najadekvatniji način uspele da uklope zaštitu životne sredine u okvire krivičnog prava.[80]

Osim navedenih, većim delom vankrivičnih, razloga koji smatramo da uzrokuju neadekvatnu društvenu (pa i krivičnopravnu) reakciju na kriminalitet kojim se ugrožava životna sredina, odnosno određeni njeni me-

[78] *ibid*

[79] Stumper, A. 1985, „Die Rolle der Polizei bei der Bewältigung ökologisher Probleme“, *Die Polizei*, No. 12, p. 366-370; preuzeto iz: Škulić, M. 2001, *op.cit.*, str. 262.

[80] Škulić, M. 2001, *op.cit.*, str. 262.

dijumi, svakako da postoji i čitav niz razloga u samom krivičnom pravu koji otežavaju značajniju primenu ovih inkriminacija u praksi. Jasno je da se veći problem u pružanju krivičnopravne zaštite životnoj sredini nalazi u (ne)primeni zakonom predviđenih krivičnih dela, nego u samoj zakonskoj regulativi.[81] Neefikasnosti krivičnog prava u ovoj oblasti sigurno doprinose i problemi na planu kauzaliteta (naročito kod sinergizma i kumulacije više zagađivača) pa samim tim i na planu krivice i dokazivanja.[82]

Iako je to generalna karakteristika krivičnog prava, njegova fragmentarnost i supsidijernost naročito dolazi do izražaja u oblasti zaštite životne sredine. No, krivično pravo kao *ultima ratio*, osim primene tamo gde primarna zaštita nije dala adekvatne rezultate, mora biti sposobno da vrši i generalno-preventivnu funkciju. Da bi krivično pravo moglo da ostvari bilo kakav, a naročito zadovoljavajući učinak u domenu generalne prevencije, ono mora biti primenjivano.[83] Kakvu poruku potencijalnim zagađivanjima šalje krivično pravo u kome se inkriminacije kojima se štiti životna sredina gotovo ne primenjuju u praksi?

Svakako da se krivično pravo ni u kom slučaju ne bi trebalo povući iz domena zaštite životne sredine, ali čini se da bi trebalo učiniti korake ka njegovom osposobljavanju da jasnije odvoji krivičnopravno relevantno oštećenje ili ugrožavanje životne sredine od ponašanja koja bi efikasnije u svoj sistem uklopile neke druge grane prava. Trebalo bi afirmisati socijalno-etički prekor društva izražen kroz adekvatniju krivičnopravnu reakciju na ponašanja kojima se povređuje ili ugrožava životna sredina. Na taj način osnažila bi se funkcija krivičnog prava u domenu generalne prevencije krivičnih dela protiv životne sredine.

[81] Stojanović, Z. 1995, *op.cit.*, str. 300.
[82] *ibid*
[83] *ibid*, str. 301.

Stefan Samardžić, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Some Problems in Response of the Criminal Law to Environmental Crimes [84]

Abstract

It is more than three decades since the Serbian criminal law provides direct protection to the environment. On the other hand, it seems that environment today is most the contaminated ever. From the two previous premises we could expect a large number of the environmental criminal cases, but the pre-researches to this paper lead us to the different conclusion. Could we rely on the criminal law and to which extent in the protection of the environment?

Key words: *environment, criminal law, Novi Sad*

[84] This paper is a result of the author's work on the project „*Biomedicine, Protection of the environment and Law*", No. 179079, supported by the Ministry of the education and Science of the Republic of Serbia.

Originalni naučni rad 343.19:343.7(497.11)“18“

Uroš Stanković, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

UREDBA O SEČI ŠUME I JEDAN PRIMER NJENE PRIMENE U PRAKSI[1]

***Sažetak*:** *Autor je u radu dao kratak osvrt na Uredbu o seči šume (1839) i izložio jedan primer njene primene u praksi – postupke za krivično delo goroseče pred Sudom okruga kragujevačkog iz 1844. Osvrtom na pomenute krivične postupke, autor je želeo da makar okvirno, pokaže intenzitet seče šuma u Kragujevačkom okrugu, ažurnost državnih organa u suzbijanju goroseče i prikaže izgled postupaka koji su vođeni za ovo krivično delo.*

Ključne reči: *Uredba o seči šume, goroseča, Sud okruga kragujevačkog*.

I

U prvoj polovini XIX veka Srbija je bila mnogo bogatija šumama nego što je danas. Iz tog razloga, državni organi nisu posvećivali njihovoj zaštiti onakvu pažnju kakvu zaslužuje. To nikako ne znači da nisu postojali pojedini pravni propisi koji su stajali na put preteranoj eksploataciji šuma.

Intenzivno naseljavanje Srbije u ovom periodu uslovilo je potrebu novopridošlog stanovništva za obradivim zemljištem, a najjednostavniji način da se do njega dođe bilo je krčenje šuma. Nastojeći da krčenje ne poprimi isuviše velike razmere, državni organi (u prvom redu knez Miloš Obrenović, ali i Državni savet) izdaju nekolicinu uredbi kojima se zabra-

[1] Rad je nastao kao rezultat istraživanja na Projektu br. 179079- ``Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo`` koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

njuje prekomerna seča "rodne gore"[2] i koji se mogu smatrati za prve pravne akte koji se odnose na zaštitu životne sredine u XIX veku.[3]

Ipak, prvi sistematičniji propis o korišćenju šuma, *Uredba o seči šume* (dalje = Uredba), donet je tek 1839. Uredba je znatno iscrpnije regulisala korišćenje šuma nego sve dotadašnje zapovesti i raspisi, što zahteva da se njoj pristupi s posebnom pažnjom.

O uredbi su, u okviru svojih razmatranja o istoriji šumarstva u Srbiji, pisali mnogi autori. U prvom mestu bi trebalo izdvojiti J. M. Jekića, koji u svojim *Prilozima za istoriju šumarstva u Srbiji* detaljno analizira propise Uredbe o vrstama šuma čija je seča dozvoljena, kaznama za goroseču, obavezi pošumljavanja i slično.[4]

D. Simeunović o Uredbi najviše govori u nekoliko svojih radova. To najpre čini u objavljenoj doktorskoj disertaciji pod nazivom *Uzroci nestajanja šuma u Srbiji u XIX veku*, gde pominje njene odredbe bez detaljnije razrade, a zatim i u raspravi *Motivi za pravno regulisanje šumsko-privrednih odnosa u Srbiji u XIX veku*, u kojoj iznosi razloge za donošenje Uredbe.[5] Uredbu na jednom mestu u svojim *Šumama u Kraljevini Srbiji – spomenici za svetsku izložbu u Parizu 1900. godine*, spominje i K. S. Đorđević. Ne zadržavajući se previše na istorijatu zakonodavstva o šumama, ovaj autor samo izlaže koje oblasti je regulisao tekst Uredbe.[6]

Iako je o Uredbi, kao što vidimo, napisano relativno mnogo, to se ne može reći i za njenu primenu u praksi. Neki detalji o tome su nam poznati zahvaljujući objavljenoj zbirci dokumenata *Zemljišna svojina u Srbiji 1815–1845*, koju je priredio B. Peruničić.[7] Ograničen na usku tematiku – sticanje svojine na zemlji krčevinom i nekoliko reakcija državnih organa po tom pitanju, ovaj zbornik ipak ima uzak domašaj.

---

[2] Terminima "rodna" ili "žirorodna gora" označavaju se vrste drveća koje rađaju žir (naročito hrast). Objekt zaštite u prvim propisima o zaštiti šume zapravo je sam žir, hrana za svinje, a ne drvo kao takvo. Vidi D. Simeunović, *Uzroci nestajanja šuma u Srbiji u XIX veku*, Beograd 1957, str. 179.

[3] Radi se o zapovestima kneza Miloša iz 1820, 1821, 1825. i 1837, kao i Državnog saveta iz 1836. Opširnije vidi u Simeunović, *delo iz napomene 2*, str. 178, 181–182; Odrednica *Srbija* u *Enciklopedija šumarstva* (D. Simeunović), Zagreb 1963, str. 463–464; K. Mihailović, *Šumarstvo u Srbiji – istorijski osvrt* u: *Proizvodne snage NR Srbije*, Beograd 1953, str. 241; D. B. Jovičić, *Šume u Srbiji za vlade kneza Miloša Obrenovića 1820–1839*, *Zadružni arhiv 5* (1957), str. 134; Isti, *Poljoprivreda u Srbiji za vlade kneza Miloša Obrenovića, Zadružni arhiv 4* (1957), str. 182.

[4] J. M. Jekić, *Prilozi za istoriju šumarstva u Srbiji*, Beograd 1928, str. 68–73, 90–91.

[5] Simeunović, *delo iz napomene 2*, str. 182–183; Isti, *Motivi za pravno regulisanje šumsko-privrednih odnosa u Srbiji u XIX veku*, *Šumarstvo – časopis za drvnu industriju* 11-12 (1964), str. 398–399.

[6] K. S. Đorđević, *Šume u Kraljevini Srbiji – spomenica za svetsku izložbu u Parizu 1900. godine*, Beograd 1900, str. 13.

[7] B. Peruničić, *Zemljišna svojina u Srbiji 1815–1845*, Beograd 1977, str. 417–425.

Upravo zbog toga što je Uredba nedovoljno obrađena u nauci, ali i aktuelnosti tematike zaštite životne sredine, postoji potreba da se da nešto iscrpniji prikaz primene ovog pravnog propisa u praksi. Svesni smo da bi takav poduhvat bio izuzetno težak. Naime, za donošenje konsekventijih stavova o primeni Uredbe, istraživač bi morao da pregleda građu svih tadašnjih 17 okružnih sudova u periodu između 1839. i 1857, kada je ovaj pravni akt prestao da važi.

To nikako ne znači da već na početku treba odustati od istraživanja. Izučavanje sudske prakse jednog od okružnih sudova, i to za jednu godinu, je neuporedivo lakši posao, a podaci koje dobijemo u izvesnoj meri mogu da bace nešto više svetla na istoriju šumarstva u Srbiji.

Za takav pristup problemu opredelio se i autor, pa će u daljem tekstu biti prikazana praksa Suda okruga kragujevačkog za 1844, kao godine koja je prethodila izmeni Uredbe iz 1845.[8]

II

Već letimičan uvid u broj krivičnih postupaka za goroseču pred Sudom okruga kragujevačkog u 1844. pokazuje uočljiv trend porasta broja izvršenih krivičnih dela. Tako, na primer, iz delovodnih protokola ovog suda za 1839. i 1840. saznajemo da su tada vođena svega 3, odnosno 7 postupaka za goroseču, naspram 17 iz 1844.[9] Uzrok za to, smatramo, krije se u izmeni Uredbe od 28. marta 1843[10], kojom je dozvoljeno da se na mestima gde nema "nerodne gore"[11] uz prethodno odobrenje kmeta može seći i žirorodna šuma.

Izvršioci krivičnih dela goroseče su bili isključivo seljaci. To je i razumljivo, jer su stanovnici sela, za razliku od građana, imali daleko više razloga za seču drveta – izradu ograde (tzv. *vrljika*), omogućavanje nesmetanog razvoja zasađenim usevima, proširenje granica svojih imanja, ishrana stoke i dr.

Među izvršiocima su se inače, našla i dva pomoćnika kmetova – Evđenije Manojlović iz Topole i Stojan Teodorović iz Gornje Rače.[12] Bez

[8] Vidi *Dopunu Uredbe* od 23. I 1845, *Zbornik svih zakona, uredbi i urebenih ukaza izdatih u Kneževini Srbiji* (dalje = Zbornik) III, Beograd 1847, str. 29–32.

[9] Arhiv Srbije (dalje = AS), *Sud okruga kragujevačkog* (dalje = SOK), Delovodni protokoli za 1839, 1840 i 1844.

[10] *Izmena Uredbe o seči šume od 28. III 1843*, *Zbornik* II, Beograd 1845, str. 354.

[11] Pod nazivom "nerodna gora" je drvo koje ne rađa žir (podvukao U. S.).

[12] Vidi AS, SOK 1190/1844, 3, *Spisak Topolaca koji su žirorodnu goru sekli*; SOK 1776/1844, 11, *Izvod sudenja u predmetu prestupljenija Stojana Teodorovića, Stojana*

obzira na to što je Manojlović proglašen nevinim, ova dva primera pokazuju da su se u goroseču ponekad uključivali i predstavnici državnih organa koji su bili zaduženi za čuvanje šume, što je dodatno doprinelo da razmere njenog uništavanja budu tako velike.

Gotovo redovno goroseču je izvršavalo više seljaka istovremeno, tj. saizvršilaštvo je mnogo zastupljenije nego slučajevi u kojima se kao učinilac pojavljuje pojedinac. Svega sedmorici optuženih na teret je stavljeno da su sami izvršili krivično delo - Jovanu Pavloviću iz Baljkovca, Krstanu Milanoviću iz Šenja, Lazaru Pavloviću iz sela Gradac, Iliji Đorđeviću iz Vrbave, Marku Mijailoviću iz Plajkovca, Petru Joksimoviću iz Resnika i Filipu Tošiću iz Krčmara.

Svi postupci pokrenuti su krivičnom prijavom Načelstva Kragujevačkog okruga protiv izvršilaca. Načelstvo je do podataka o izvršenim gorosečama dolazilo uglavnom preko sreskih načelnika, ali i kmetova (seoskih starešina) U prijavama su bili navođeni izvršilac krivičnog dela, mesto iz koga on dolazi i, u pojedinim slučajevima, koliko je drva odsekao. Ako broj odsečenih drva ne bi bio pomenut u samoj prijavi, onda je njoj prilagana posebna isprava – spisak saizvršilaca sa tačnim brojem stabala koji su posekli.[13]

U samo jednom postupku goroseča se javlja u sticaju sa još jednim krivičnim delom. Neša Jovanović, iz sela Sušice, dva puta je udario tojagom po glavi kmeta Obrada Mladenovića koji je grupu gorosečaca pokušao da spreči u vršenju krivičnog dela.[14]

Premda je prema članu 14 *Ustrojstva okružnih sudova* (1840) mesnu nadležnost za suđenje učiniocu imao prvenestveno sud mesta izvršenja krivičnog dela, jedan postupak – protiv Filipa Tošića, Sud okruga kragujevačkog je vodio kao mesno nenadležan. Istini za volju, treba reći da je Ustrojstvo okružnih sudova u istoj odredbi kao drugu mogućnost navelo da se postupak vodi pred sudom prebivališta optuženog.

Gačanovića, Milana Živanovića, Ilije Paunovića, Goluba Risitća, Marka Radovića, Ivana Nedeljkovića i Stojka Nedeljkovića Gornjoračana.

[13] Vidi AS, SOK 1241/1844, 3, *Spisak Lica iz Gornje Komarice koji su preko postojeće visočajše uredbe Goru Žirorodnu utamanjivali bez odobrenija pred postavljene im vlasti*; SOK 1190/1844, 3, *Spisak Topolaca koji su žirorodnu goru sekli*; SOK 1186/1844, 10, *Spisak lica iz sela Rabrovca koji su protiv visočajše uredbe žirorodnu goru sekli*; SOK 12/1844, 3, *Spisak oni lica koji su se usudili bez dozvoljenja sirovu goru seći*; SOK 870/1844, *Spisak Selo Stojnik koji su žirorodnu goru sekli preko postojeće uredbe*; SOK 689/1844, 3, *Sečenje rodne gore*; SOK 614/1844, 3, *Bukovičani koji su preko postojeće uredbe žirorodnu goru sekli*; SOK 1098/1844, 3, *Spisak Selo Plaskavac koji su žirorodnu goru sekli preko postojeće uredbe*.

[14] AS, SOK 2501/1844, 5, *Iskaz svedoka Milivoja Mladenovića*, *Milenka Vučkovića, Srećka Miloševića, Todora Stevanovića, Mijaila Markovića i Obrada Mladenovića*.

Iako je Filip Tošić sekao drva u "planini stragarskoj"[15] (koja je pripadala Rudničkom okrugu, pa bi prema tome bio mesno nadležan Sud okruga rudničkog), postupak protiv njega je vođen pred Sudom okruga kragujevačkog.[16] Razlozi za ovu delegaciju mesne nadležnosti nisu nigde navedeni, ali najverovatnije se krije u činjenici da Načelstvo Rudničkog okruga, podnosilac krivične prijave protiv Tošića, nije poznavalo odredbe Ustrojstva okružnih sudova.

Sud nije postupao jedinstveno u pogledu toga hoće li optuženi čekati suđenje u pritvoru ili na slobodi. Iz sačuvanih postupaka nameće se zaključak da je prvi slučaj bio češći. Naime, u izreci presuda Jovanči Stojanoviću, Milošu Petroviću, Živku Petroviću, Neši Jovanoviću iz Sušice, Krstanu Milovanoviću iz Šenja i Lazaru Pavloviću iz sela Gradac stoji da im se "aps" (pritvor) uračunava u kaznu.[17] S druge strane, Sud je pustio Marka Mijailovića iz Plajkovca da se brani sa slobode.[18]

Postupke za goroseču Sud je vodio ili u potpunosti samostalno ili je bio prinuđen da od drugih organa zatraži dodatno isleđenje. Znatno se češće događalo da se kompletan postupak odigra pred Sudom. To je i razumljivo, jer su u većini slučajeva izvedeni dokazi (pogotovo priznanja optuženih) pružali dovoljno materijala za formiranje ubeđenja o slučaju. Samo u dva postupka Sud je tražio da se sprovede dodatno isleđenje; radi se o procesima protiv Filipa Tošića iz Vrbave i Marka Mijailovića.

Pošto je Tošić priznao da je odsekao samo 3 grma i to uz dozvolu bušinačkog kmeta, a ne 29 za koliko ga je teretilo Načelstvo Kragujevačkog okruga, Sud je zatražio od Suda okruga rudničkog da proveri istinitost tvrdnje optuženog. U slučaju Marka Miajilovića sporno je bilo da li je od kmeta dobio dozvolu za seču i je li sekao žirorodnu goru u svom zabranu[19], pa je Sud zamolio Načelstvo okruga kragujevačkog da to istraži.[20]

Sud je bio vrlo ekspeditivan u postupanju po prijavama Načelstva. Iz zapisnika saslušanja na kojima se nalazi datum vidi se da su optuženi

---

[15] Po svoj prilici u pitanju je Rudnik, planina koja okružuje kraj oko Gornjeg Milanovca, pa i selo Stragare u blizini tog mesta (podvukao U. S.)

[16] AS, SOK 757/1844, *Krivični postupak protiv Filipa Tošića iz Masloševa*.

[17] AS, SOK 2501/1844, 10, *Izvod suđenja u smotrenju prestupljenija Jovanče Stojanovića, Miloja Petrovića, Živka Petrovića i Neše Jovanovića Sušičana*; SOK 935/1844, 5, *Izvod suđenja u predmetu prestupaljenija Lazara Pavlovića iz Gradca Okružija Kragujevačkog*.

[18] AS, SOK 1098/1844, 4, *Dopis Suda okruga kragujevačkog Načelstvu okruga kragujevačkog od 23. maja 1844*.

[19] Zabran je ograđeni deo šume. Vidi V. St. Karadžić, *Srpski rječnik*, Beč 1852, str. 164.

[20] AS, SOK 757/1844, 3, *Dopis Suda okruga kragujevačkog Sudu okruga rudničkog od 25. aprila 1844*; SOK 1098/1844, 4, *Dopis Suda okruga kragujevačkog Načelstvu okruga kragujevačkog od 23. maja 1844*.

saslušavani u roku od jednog do pet dana nakon što bi protiv njih bila podneta krivična prijava. Takva praksa u neku ruku predstavlja iznenađenje, s obzirom na to da su na račun neefikasnog postupanja sudova već tada izricane mnogobrojne zamerke i da sredinom XIX veka zaštiti životne sredine nije poklanjana velika pažnja.

Do podataka u vezi sa izvršenim krivičnim delima Sud je dolazio posredstvom tri vrste dokaznih sredstava – priznanja, svedoka i isprava. Obrazloženja donetih presuda govore da su se one najčešće zasnivale na priznanjima, a u mnogo manjoj meri na preostala dva dokazna sredstva.

Sud je bio nedosledan u pogledu utvrđivanja materijalne istine u postupku. Štaviše, iz sačuvanih predmeta ne možemo da izvučemo zaključak na osnovu kojih kriterijuma je on procenjivao treba li ili ne treba da se upušta u prikupljanje dokaza po sopstvenoj inicijativi.

U jednom slučaju – u postupku protiv Jovana Pavlovića iz Baljkovca, to je učinio na inicijativu samog optuženog, koji se u želji da dokaže da je zemlja na kojoj je krčio šumi njegova, pozvao na svedoke Iliju Partevića, Veljka Jovanovića, Milana Lazarevića, Arsenija Jovanovića i Jola Jovanovića.[21] Međutim, u postupcima protiv Marka Mijailovića i Filipa Tošića, dodatno isleđenje je sasvim sigurno sproveo samoinicijativno, pošto okrivljeni nisu ponudili nikakve dokaze za svoje tvrdnje.[22]

Praksa Suda postaje još nejasnija ako se osvrnemo na postupak protiv Ilije Đorđevića. Naime, u obrazloženju presude Đorđeviću Sud je naveo da se iskaz optuženog, kako je vrljike koje je prodao izvesnom Milošu Jakovljeviću isekao od klada pronađenih u planini, ne može prihvatiti jer je **navedenije njegovo neverojatno, i što on to nikakovim svedočanstvom podkrepio nije** (podvukao U. S.).[23] I pored svih nastojanja da pronađemo minimum zajedničkih obeležja slučajeva u kojima je Sud postupio na jedan, odnosno drugi način, nismo uspeli da ih pronađemo.

---

[21] AS, SOK 3020/1844, 3, *Ispit nad Jovanom Pavlovićem iz Baljkovca sr. Gr. okr. ovog koji je 40 žirorodni šumara u šumi obštinskoj osekao danas 22. Noem. 1844. god. držan*.

[22] AS, SOK 1098/1844, 4, *Dopis Suda okruga kragujevačkog Načelstvu okruga kragujevačkog od 23. maja 1844*; SOK 757/1844, 3, *Dopis Suda okruga kragujevačkog Sudu okruga rudničkog od 25. aprila 1844*.

[23] AS, SOK 1223/1844, 8, *Izvod suđenja u predmetu prestupljenija Ilije Đorđevića iz Vrbave okružija ovog*. Inače, Sud je isti argument upotrebio donoseći presudu Filipu Tošiću, ali je u njegovom slučaju to daleko razumljivije, pošto je ovaj optuženi dao dva protivrečna iskaza; prvi, u kome je rekao da je sam odsekao 3 grma uz dozvolu bušinačkog kmeta, i drugi, gde je kazao kako je sam posekao 10 grmova. Vidi AS, SOK 757/1844, 7, *Ispit nad Filipom Tošićem iz Masloševa zbog toga što je žirorodnu goru sekao učinjen*; SOK 757/1844, 8, *Produžen ispit nad Filipom Tomićem 18. Aprilija iste godine*. Zbog takve protivrečnosti, Sud je zaista mogao lako da stekne uverenje da nijedan od iskaza nije istinit.

Osim toga, u vezi sa izvođenjem dokaza zapaža se logičan sled događaja – svedoci i isprave su korišćeni u postupcima samo ako Sud ne bi dobio priznanje optuženog ili ako je on krivicu samo delimično priznao. Tako su u postupku protiv Živka Petrovića, Jovanče Stojanovića, Miloja Petrovića, Neše Jovanovića, Dimitrija Živkovića, Jovana Stankovića i Save Stojanovića, koji su tvrdili da u desimirovačkoj šumi nisu sekli sirovo već suvo grmlje, kao svedoci saslušani svedoci Milivoje Mladenović, Srećko Milošević, Todor Stevanović, Mijailo Marković, Obrad Mladenović i Milenko Vučković.[24]

Sudeći po zapisnicima saslušanja, u postupcima gde je za goroseču bilo optuženo više lica, svi saoptuženi su saslušavani istog dana. Od eventualnog priznanja je zavisilo da li će optuženi biti saslušan jednom ili više puta. Saslušanje koje bi se završilo potpunim priznanjem optuženog odmah se završavalo.

Nasuprot tome, kada bi on poricao izvršenje krivičnog dela ili ga pak samo delimično priznao, ponekad je bio saslušavan i po dva puta. Nema sumnje, Sud je očekivao da će drugim ispitivanjem izvršiti psihički pritisak na optuženog i naterati ga na na priznanje, pogotovo ako bi ga tom prilikom suočio s dokazima koji stoje protiv njega. Po pravilu, Sud je donosio odluku da izvede druge dokaze tek ako ni naknadno saslušanje ne bi dalo rezultate.

Prvi slučaj naknadnog saslušanja susrećemo u postupku protiv Dimitrija Stepanovića, Vučka Ajdukovića, Milana Ristića, Đorđa Ristića, Uroša Obradovića, Radosava Milosavljevića i Mileta Bojića iz Gornje Komarice, koji su tvrdili da su drveće sekli u svojim njivama, a ne u opštinskim šumama. Izričito navodeći da ne veruje njihovim iskazima, Sud ih je ispitao i drugi put.[25]

Dva puta je, kao što smo već videli, saslušan i Filip Tošić, kao i Stojan Todorović, Stojan Gačanović, Miloš Živanović, Ivan Nedeljković, Ilija Paunović, Golub Ristić, Marko Radović i Stojko Nedeljković. Na ovakav potez Sud se očigledno odlučio smatrajući da su neki od njih umanjili broj drveća koji su odsekli.[26]

---

[24] Vidi AS, SOK 2501/1844, 3–4, *Ispit nad Živkom Petrovićem, Jovančom Stojanovićem, Milojem Petrovićem, Nešom Jovanovićem i Dimitrijem Živkovićem, Jovom Stankovićem i Savom Stojanovićem Sudom okr. Kragujevačkog 3. okt. 844. god učinjen*; SOK 2501/1844, 7, *Saslušanje oparničkog kmeta Obrada Mladenovića pred Sudom okruga kragujevačkog od 3. oktobra 1844*.

[25] AS, SOK 1241/1844, 8, *Produženje ispita nad gorosečcima Komaričanima*.

[26] AS, SOK 1776/1844, 4–7, *Ispit nad Stojanom Teodorovićem, Stojanom Gačanovićem, Milošem Živanovićem, Ivanom Nedeljkovićem, Ilijom Paunovićem, Golubom Ristićem, Markom Radovićem, Stojkom Nedeljkovićem i Prvulom Živkovićem Račanima danas*

Dva primera nas navode na zaključak da je Sud posezao za drugim dokaznim sredstvima samo ako nije bilo priznanja. Gornjokomaričanima je Sud zapretio da će, ako ne priznaju izvršenje krivičnog dela, istražiti slučaj preko sreskog načelnika i gornjokomaričkog šumara.[27] Isto tako, pošto Filip Tošić ni nakon drugog saslušanja nije priznao da je odsekao 29 grmova, Sud okruga rudničkog je primio dopis kojim je zamoljen da povodom ovog slučaja sprovede istragu.[28]

Saslušanja su kratko trajala. Struktura postavljanih pitanja, međutim, nije uvek bila ista. Načelno, saslušanja bismo sa stanovišta revnosti Suda u utvrđivanju svih okolnosti izvršenog dela mogli da podelimo na potpuna i nepotpuna.

Potpuna saslušanja su ona u kojima su okrivljenima postavljana 3 pitanja, i to tako što bi najpre bili upitani za lične podatke (ime, prezime, starost i bračno stanje), potom za razlog dovođenja pred sud i, najzad, da kažu koliko su drva posekli, gde, sa čijom dozvolom su to uradili i za šta su upotrebili posečenu građu.

O nepotpunim saslušanjima govorimo onda kada im nedostaje neko od navedenih pitanja, u poslednjem, suštinskom pitanju, izostaje neki od elemenata (na primer, optuženi nije pitan da li je za seču tražio dozvolu) ili pak i jedno i drugo. Zapisnici nam svedoče da su potpuna saslušanja češća od nepotpunih, što govori da je Sud u većini slučajeva bio posvećen sticanju zaokružene slike o izvršenju krivičnog dela.

Razlozi za formulaciju pitanja potpunih saslušanja su jasni – od broja posečenih drva je, prema ukazu kneza Mihaila Obrenovića od 1. aprila 1840, zavisilo koliki iznos novčane kazne će učinilac platiti.[29] Isto tako, jedan raspis Ministarstva unutrašnjih dela iz 1841. je predviđao da svako može uz pristanak kmeta da seče šumu koja se nalazi u njegovoj njivi, ali ne i onu van nje[30] i naposletku, član 2 Uredbe je propisivao da se gusta rodna gora može seći samo za drvnu građu (japiju).[31] Sud je, dakle, želeo da istraživanjem svih ovih okolnosti, sazna sve o slučaju.

Ipak, nije uvek bilo tako i na nekim mestima nailazimo nepotpuna saslušanja. I ona se među sobom razlikuju. Neka su se sastojala od samo

---

24. julija 844. god. u Kragujevcu; SOK 1176/1844, 7–8, *Produženje ispita nad gorosečcima Gonjoračanima*.

[27] AS, SOK 1241/1844, 8, *Produženje ispita nad gorosečcima Komaričanima*.

[28] AS, SOK 757/1844, 8, *Produžen ispit nad Filipom Tošićem 18. Aprilija iste godine*; SOK 757/1844, 3, *Dopis Suda okruga kragujevačkog Sudu okruga rudničkog od 25. aprila 1844*.

[29] Vidi *Ukaz kneza Mihaila Obrenovića od 1. IV 1840. Zbornik* II, Beograd 1845, str. 4.

[30] Vidi Peruničić, *nav. delo*, str. 420–421.

[31] *Zbornik* I, Beograd 1840, str. 101.

jednog pitanja. Tako, u postupku protiv Gliše Milovanovića, Živka Popovića, Save Jeremića, Branka Popovića, Pavla Nedeljkovića, Petra Nedeljkovića, Vasilija Stevanovića i Marka Dmitrovića iz Šuma okrivljenima je postavljeno samo jedno pitanje – koliko su grmova odsekli, a samo to pitanje su na prvom saslušanju upitani i Filip Tošić i Stojko Nedeljković.[32] Branku Bugarinu iz Rogojevca postavljeno je samo pitanje ko mu je dao dozvolu da iseče 4 grma. Resničanin Petar Joksimović dobio je kratko i jasno pitanje – da li je odsekao 10 žirorodnih stabala kao što ga je okrivilo Načelstvo, ali se Sud samo na tome i zadržao.[33]

Nešto potpunija su bila saslušanja od dva pitanja – koliko je grmova okrivljeni odsekao i gde. To su bili upitani Sava Jeremić, Branko Popović, Stojan Todorović, Stojan Gačanović, Miloš Živanović i Ivan Nedeljković.[34]

U treću grupu nepotpunih saslušanja spadaju ona kojima nedostaje samo jedno pitanje da bi bila poptuna, pri čemu se to pitanje razlikuje od slučaja do slučaja. Tako je Sud, saslušavajući Krsmana Milanovića iz Šenja, propsutio da ga pita gde je sekao drveće. S druge strane, od Vićentija Radojevića, Milije Pavlovića, Aćima Ranisavljevića, Radosava Janića, i Mijaila Janića nije traženo da kažu ko im je dozvolio seču.[35]

---

[32] AS, SOK 689/1844, 5–6, *Ispit nad Glišom Milovanovićem iz Šuma od 50 godina starim učinjen 7. Aprila 1844*; *Ispit nad Živkom Popovićem iz Šuma 7. Aprila 1844. od 30. godina starim učinjen*; *Ispit nad Pavlom Nedeljkovićem iz Šuma 7. Aprila 1844. god. od 31. godine starim, učinjen*; *Ispit nad Petrom Nedeljkovićem iz Šuma 7. Aprila 1844. god. 20. godina starim, učinjen*; *Ispit nad Vasilijem Stevanovićem iz Šuma 7. Aprila 1844. god. od 30. god. starim, učinjen*; *Ispit nad Markom Dmitrovićem iz Šuma 7. Aprila 1844. god, od 35 godina starim učinjen*; SOK 757/1844, 7, *Ispit nad Filipom Tošićem iz Masloševa zbog toga što je žirorodnu goru sekao, učinjen*; SOK 1776/1844, 6, *Ispit nad Stojanom Teodorovićem, Stojanom Gačanovićem, Milošem Živanovićem, Ivanom Nedeljkovićem, Ilijom Paunovićem, Golubom Ristićem, Markom Radovićem, Stojkom Nedeljkovićem i Prvulom Živkovićem Račanima danas 24. julija 844. god. u Kragujevcu*.

[33] AS, SOK 12/1844, 5, *Ispit Sudom okr. Kragujevačkog nad Brankom Bugarinom iz Rogojevca učinjen za to što je on sa seljanima svojim bez dozvoljenja žirorodnu goru sekao*; SOK 260/1844, 3, *Ispit nad Petrom Joksimovićem iz Resnika*.

[34] AS, SOK 689/1844, 5, *Ispit nad Savom Jeremićem 7. Aprila 1844. god od 20. god. starim učinjen*; *Ispit nad Brankom Popovićem iz Šuma 7. Aprila 1844. god. 30. godina starim, učinjen*; SOK 1776/1844, 4–6, *Ispit nad Stojanom Teodorovićem, Stojanom Gačanovićem, Milošem Živanovićem, Ivanom Nedeljkovićem, Ilijom Paunovićem, Golubom Ristićem, Markom Radovićem, Stojkom Nedeljkovićem i Prvulom Živkovićem Račanima danas 24. julija 844. god. u Kragujevcu*.

[35] AS, SOK 228/1844, 3, *Ispit nad Krstanom Milanovićem iz Šenja okr. ovog sreza Gružanskog zbog što je 3. grma žirorodni odsekao*; SOK 1186/1844, 1–3, *Ispit nad Vićentijem Radojevićem Petrom Novakovićem Milijom Pavlovićem Petrom Vićentijevićem Jaćimom Ranisavljevićem Jovanom Janićem Mijailom Janićem Joksimom Vićentijevićem i*

Vrlo retko se događalo da okrivljenom bude postavljeno više od tri pitanja i to bi se, sasvim logično, događalo jedino ako je potreba za tim proizlazila iz sadržine njegovog iskaza. Kada je Ilija Đorđević rekao da je odsekao svega 5 grmova, sudije su ga prvo upitale koliko je, u tom slučaju, vrljika prodao Antoniju Gavriloviću. Pošto se ni odgovor na to pitanje nije činio verovatnim, Sud je od njega zatražio da kaže gde su mu 1100 vrljika koje je trebalo da proda seljaku Miloju Jakovljeviću, kao i na kom mestu je odsekao te vrljike. Najzad, Đorđević je upitan i gde mu je 800 vrljika koje je njegov sin obećao nekom krojaču Jovanu za odelo.[36]

Slično, Sud je pribegavao suočavanju okrivljenih s dokazima samo onda kada se njihov iskaz razlikovao od podataka koji su bili navedeni u prijavama Načelstva. Pri tome, sudije su se u većini situacija ograničile na prost odgovor okrivljenom da dokazi kojima raspolažu govore drugačije nego njegov iskaz. Međutim, bilo je i saslušanja gde je okrivljenima zaprećeno težom kaznom ako ne priznaju krivicu, odnosno obećanja da će im se priznanje uzeti kao olakšavajuća okolnost prilikom donošenja presude.

Prvi primer prostog suočavanja okrivljenog s dokazima pruža saslušanje Živka Petrovića iz Sušice. On je, upitan za razlog hapšenja, odgovorio da je našao sirovo granje koje su iskrčili Desimirovčani i odneo ga kući. Nakon toga, Sud mu je predočio da raspolaže saznanjima da je on u desimirovačkoj šumi odsekao jedan sirov grm. Sličan slučaj dogodio se i u postupku protiv Filipa Tošića. Kada je okrivljeni dao iskaz da je odsekao 3 grma uz dozvolu bušinačkog kmeta, Sud ga je upozorio da je prema njegovim saznanjima broj posečenih grmova 29. Reagujući na tvrdnju Vasilija Stevanovića iz Šuma da je odsekao 7 grmova, sudije su mu kazale da je doznao da je reč o cifri od 10 i opomenule da govori istinu [37]

Postoje tri slučaja obećanja pooštravanja, tj. ublažavanja kazne. Gornjokomaričanima, koji su tvrdili da su sekli drveće u sopstvenim njivama a ne u opštinskoj šumi, Sud je zapretio da će im kaznu dvostruko pooštriti ako ne priznaju izvršenje krivičnog dela. U drugom slučaju, postupku protiv Marka Mijailovića, Sud je na iskaz okrivljenog pokušao da

---

Radosavom Janićem Rabrovčanima gorosečcima Sudom okr. Kragujevačkog 26. maja 844. god. učinjen.

[36] AS, SOK 1223/1844, 5–6, *Ispit nad Ilijom Đorđevićem iz Vrbave koji je žirorodnu goru bez dozvoljenja nadležne vlasti utamanjivao Sudom okr. Kragujevačkog 30. maja 1844. godine učinjen*.

[37] Vidi AS, SOK 2501/1844, 3–4, *Ispit nad Živkom Petrovićem, Jovančom Stojanovićem, Milojem Petrovićem, Nešom Jovanovićem i Dimitrijem Živkovićem, Jovom Stankovićem i Savom Stojanovićem Sudom okr. Kragujevačkog 3. okt. 844. god učinjen*; SOK 757/1844, 7, *Ispit nad Filipom Tošićem iz Masloševa zbog toga što je žirorodnu goru sekao učinjen*. SOK 689/1844, 6, *Ispit nad Vasilijem Stevanovićem iz Šuma 7. Aprila 1844. god. od 30 god starim učinjen.*

utiče alternativno – navodeći da će priznanjem sebi ublažiti kaznu, a nepriznavanjem pooštriti. Jedan postupak donosi samo obećanje blaže kazne, i to onaj vođen protiv Filipa Tošića.[38]

Naravno da takav postupak ne bi bio opravdan ni u slučaju da se radilo o stvarnim izvršiocima krivičnih dela, ali postaje još neopravdaniji ako uzmemo u obzir da je kasnije utvrđeno da su i iskazi Gornjokomaričana i Mijailovića bili istiniti. Sud je, dakle, svojim postupanjem mogao da zastraši nevina lica, navede ih na priznanje i tako odlučujuće doprinese njihovoj osudi, a upravo to je po svaku cenu bio dužan da izbegava.

U pojedinim saslušanjima nailazimo i na pitanje okrivljenom da li je prethodno bio hapšen i osuđivan. Vrlo interesantno, takvo pitanje vidimo samo na zapisnicima saslušanja optuženih-pojedinaca, a nema ga ni u jednom od postupaka protiv saoptuženih. Naravno, to može biti i rezultat propusta pisara da ga unese u zapisnik, ali i rezultat smišljene aktivnosti Suda da se uštedi na vremenu.

Naizgled jasan – jer bi prethodna hapšenja i osuđivanost trebalo da predstavljaju otežavajuće okolnosti prilikom odmeravanja kazne, cilj ove prakse postaje nejasan kada se osvrnemo na obrazloženja presuda optuženima kojima je to pitanje postavljeno. Izreke presuda Jovanu Pavloviću, Lazaru Pavloviću, Krstanu Milanoviću, Marku Mijailoviću i Petru Joksimoviću, upitanim jesu li već hapšeni i osuđivani, ne sadrže ni reč o tome kako su odgovori na to pitanje uticali na odluku Suda kakvu će im kaznu izreći.[39] Zbog toga se ovo, inače vrlo smisleno pitanje, u ovim slučajevima pokazalo kao besmisleno.

Potrebno je reći i reč, dve o samoj tehnici ispitivanja. Ni ona, baš kao ni struktura postavljanih pitanja nije jednoobrazna. Veći deo okrivljenih je ispitan na korektan način, bez kapcioznih pitanja. Ali to ne znači da njih uopšte nije bilo. Naprotiv, u skladu sa duhom vremena u kome su saslušanja obavljana, ona su bila relativno česta.

Najpre, svako pitanje na saslušanjima u postupku protiv Gliše Milovanovića, Živka Popovića, Save Jeremića, Branka Popovića, Pavla Ne-

[38] AS, SOK 1241/1844, 8, *Produženje ispita nad gorosečcima Komaričanima*; SOK 1198/1844, 8, *Produženje ispita nad Markom Mijailovićem Gorosečcem*; SOK 757/1844, 7, *Ispit nad Filipom Tošićem iz Masloševa zbog toga što je žirorodnu goru sekao učinjen*.

[39] AS, SOK 3020/1844, 5, *Dopis Suda okruga kragujevačkog Načelstvu okruga kragujevačkog od 24. novembra 1844*; SOK 935/1844, 5, *Izvod suđenja u predmetu prestupljenija Lazara Pavlovića iz Gradca okružija Kragujevačkog*; SOK 228/1844, 4, *Izvod suđenja u predmetu prestupljenija Krstana Milovanovića iz Šenja*, SOK 1098/1844, 9, *Dopis Suda okruga kragujevačkog Načelstvu okruga kragujevačkog od 28. juna 1844*; SOK 260/1844, 4, *Dopis Suda okruga kragujevačkog Načelstvu okruga kragujevačkog od 16. februara 1844*.

deljkovića, Petra Nedeljkovića, Vasilija Stevanovića i Marka Dmitrovića bi se moglo bez ikakve rezerve označiti kao kapciozno. Naime, svi okrivljeni su upitani koliko su grmova odsekli, a da im prethodno uopšte nije postavljeno pitanje jesu li to učinili.

Kapciozna pitanja srećemo i u saslušanjima Marka Radovića i Stojka Nedeljkovića. Suočavajući Radovića sa dokazima koji su protiv njega postojali, Sud mu je dao do znanja da zna kako je posekao 10 grmova u opštinskoj šumi i pitao ga **sa čijom dozvolom je to uradio** (podvukao U. S). Gotovo identično je izgledalo ispitivanje Nedeljkovića. Bez ikakvog uvoda, sudije su mu kazale kako im je "došlo do znanja" da je odsekao 8 grmova u opštinskoj šumi i tražile da kaže **od koga je dobio dozvolu za to** (podvukao U. S.).[40]

Svi optuženi su se pred sudom branili sami. Niko nije angažovao punomoćnika, što je i logično. Neki od izvršilaca su, kao što ćemo u daljem tekstu videti, šumu sekli iz "velike potrebe", što nas upućuje na loše materijalno stanje. U situaciji gde neko radi obezbeđenja gole egzistencije treba da krči šumu da bi došao do zemlje, svakako ne može ni da pomisli da izdvoji sredstva za branioca.

Zanimljiva činjenica, gotovo nezamisliva u današnje vreme, je da nijedan od okrivljenih nije poricao samu radnju izvršenja krivičnog dela.

Postoji nekoliko mogućih objašnjenja zašto je tako. Prvo, da su u većini slučajeva svedoci zatekli optužene u izvršenju dela, pa da su oni stoga smatrali da poricanje nema nikakve svrhe. Pored toga, verovatno su se, sasvim opravdano, bojali da bi negiranje dovelo do izricanja strože kazne. Na kraju, četrdesete godine XIX veka su doba patrijarhalnog vaspitanja, kada ljudi i laganje u svakodnevnim odnosima smatraju za vrlo tešku povredu morala. Tim pre je bilo teže lagati pred sudom kao jednim od najznačajnijih državnih organa.

To nikako ne znači da optuženi nisu pokušavali da se odbrane od optužbi koje su im stavljane na teret. Jedan deo njih je izneo argumente u

[40] AS, SOK 689/1844, 5–6, *Ispit nad Glišom Milovanovićem iz Šuma od 50 godina starim učinjen 7. Aprila 1844*; *Ispit nad Živkom Popovićem iz Šuma 7. Aprila 1844. od 30. godina starim učinjen*; *Ispit nad Pavlom Nedeljkovićem iz Šuma 7. Aprila 1844. god. od 31. godine starim, učinjen*; *Ispit nad Petrom Nedeljkovićem iz Šuma 7. Aprila 1844. god. 20. godina starim, učinjen*; *Ispit nad Vasilijem Stevanovićem iz Šuma 7. Aprila 1844. god. od 30. god. starim, učinjen*; *Ispit nad Markom Dmitrovićem iz Šuma 7. Aprila 1844. god, od 35 godina starim učinjen*; *Ispit nad Savom Jeremićem 7. Aprila 1844. god od 20. god. starim učinjen*; *Ispit nad Brankom Popovićem iz Šuma 7. Aprila 1844. god. 30. godina starim, učinjen*; SOK 1776/1844, 6, *Ispit nad Stojanom Teodorovićem, Stojanom Gačanovićem, Milošem Živanovićem, Ivanom Nedeljkovićem, Ilijom Paunovićem, Golubom Ristićem, Markom Radovićem, Stojkom Nedeljkovićem i Prvulom Živkovićem Račanima danas 24. julija 844. god. u Kragujevcu*.

svoju odbranu, koji se mogu podeliti u dve grupe. Optuženi prve grupe pokušavali su da nađu neki osnov koji bi ih, i pored izvršenja radnje krivičnog dela, oslobodio kazne. Među njima uočavamo dve podgrupe; jedni su se pozivali na dozvolu nekog državnog organa, najčešće kmeta, dok se odbrana drugih zasnivala na tvrdnjama da su seču vršili u svojim njivama ili zabranima, a ne opštinskim šumama.

Druga grupa nije negirala ni izvršenje radnje krivičnog dela, niti sopstvenu odgovornost, ali je na razne načine nastojala da ih relativizuje. Ona se takođe može podeliti na dve manje celine.

Prvoj pripadaju optuženi koji su krivično delo predstavljali lakšim nego što jeste umanjujući broj posečenih stabala. Jasan je razlog ovakvog postupanja; mada najverovatnije nisu znali za ukaz kneza Mihaila iz 1840, prema kome je iznos novčane kazne za goroseču zavisio od broja odsečenih stabala, zdravorazumski su pretpostavljali da će za manju količinu biti blaže kažnjeni nego za veću.

U drugu grupu možemo svrstati one izvršioce koji su kao opravdanje za seču navodili važnu olakšavajuću okolnost – teško materijalno stanje. Njihovo kazivanje trebalo je da umekša strogost Suda, koji bi uvideo kako su sekli drvo radi zadovoljavanja elementarnih potreba, a ne iz sopstvenog hira i zarad luksuznog života.

Naravno, ovu podelu treba prihvatiti uslovno. Nisu bile retke situacije u kojima se neki optuženi branio navodeći dva, pa i više argumenata istovremeno. Ona se bazira na onome što se u odbrani pojedinih optuženih pojavljuje kao pretežan, a nikako ne i jedini argument.

Gornjoračanin Stojan Todorović je tvrdio da je 12 grmova iz svoje njive odsekao uz odobrenje svog kmeta. Na ovom mestu se treba podsetiti da je saglasnost kmeta u svoju odbranu izneo i Filip Tošić. Branko Bugarin, Rogojevčanin, je na pitanje s čijom je dozvolom sekao šumu, odgovorio da je to činio uz dozvolu seoskog starešine. Dozvola kmeta trebalo je (i kasnije će se pokazati da zaista i jeste) da oslobodi od odgovornosti i Jovana Pavlovića, koji se na nju pozvao. Jedan optuženi se branio samo delimičnim odobrenjem. Radi se o Savi Jeremiću, koji je izjavio da mu je kmet odobrio seču 4 od ukupno 10 grmova koji su mu stavljeni na teret.[41]

---

[41] AS, SOK 1776/1844, 4, *Ispit nad Stojanom Teodorovićem, Stojanom Gačanovićem, Milošem Živanovićem, Ivanom Nedeljkovićem, Ilijom Paunovićem, Golubom Ristićem, Markom Radovićem, Stojkom Nedeljkovićem i Prvulom Živkovićem Račanima danas 24. julija 844. god. u Kragujevcu*; SOK 757/1844, 7, *Ispit nad Filipom Tošićem iz Masloševa zbog toga što je žirorodnu goru sekao učinjen*; SOK 3020/1844, 3, *Ispit nad Jovanom Pavlovićem iz Baljkovca sr. gr. okr. ovog koji je 40 žirorodni šumara u šumi obštinskoj osekao 22. Noem. 1844. god. držan*; SOK 689/1844, 5, *Ispit nad Savom Jeremićem 7. Aprila 1844. god od 20. god. starim učinjen*.

Među onima koji su umanjivali broj posečenih stabala nalazio se Petar Joksimović. Kada mu je Sud postavio pitanje da li je odsekao 10 grmova, kao što ga je teretilo Načelstvo, on je spustio broj na 7. Isto je postupio i Đorđe Ristić; koji je na pitanje Suda rekao da je odsekao ne 26, nego 18 grmova. Uroš Obradović, okrivljeni u istom postupku kao i Ristić, priznao je odsecanje 15 grmova, ali ne i 25, koliko mu je stavljano na teret. Prema navodima Joskima Vićentijevića, njemu se moglo prebaciti odsecanje 3, a ne 4 drveta. Topolac Obrad Osaćanin, okrivljen za seču 10 drva, priznao je da je odsekao samo 6.[42]

Milan Ristić, Đorđe Ristić, Uroš Obradović, Milosav Mijailović i Mileta Bojić su, pravdajući se za izvršenje goroseče, naglasili kako im je za taj postupak zeleno svetlo dala izvesna komisija.[43] O kakvoj je komisiji je reč i s kakvim zadatkom je delovala nije nam poznato. Lako je moguće da je u pitanju neka od komisija poslatih radi razgraničenja atara dva ili više sela, koje nisu retka pojava u ovom periodu.

Čitav niz optuženih branio se iskazima da su drva sekli u svojim njivama, uzgred dodajući od kada poseduju te njive. Tako je, recimo, Vučko Ajduković u iskazu pred Sudom naveo da je u sopstvenoj njivi, koju ima već 12 godina "obalio" (odsekao) 11 grmova. Marko Ristić je pak, na zemljištu koje je u njegovom posedu bilo 10 godina, posekao 4 grma. U svojoj njivi drva je, prema sopstvenom iskazu sekao i Ivan Nedeljković. Priznanje nije izostalo ni u slučajevima Dimitrija Isakovića i Stepana Konstandinovića iz Ratara, ali su i oni istakli kako su grmove sekli u svojim njivama.[44]

---

[42] AS, SOK 260/1844, 3, *Ispit nad Petrom Joksimovićem iz Resnika*; SOK 1241/1844, 6, *Ispit nad Dimitrijem Stepanovićem, Vučkom Ajdukovićem, Milanom Ristićem, Đorđem Risitćem, Urošem Obradovićem, Radosavom Milosavljevićem, Miletom Bojićem iz Gornji Komarica okružija ovog koji su žirorodnu goru bez dozvoljenja nadležne vlasti sekli Sudom okruga Kragujevačkog učinjen*; SOK 1186/1844, 3, *Ispit nad Vićentijem Radojevićem, Petrom Novakovićem, Milijom Pavlovićem, Petrom Vićentijevićem, Jaćimom Ranisavljevićem, Jovanom Janićem, Mijailom Janićem, Joksimom Vićentijevićem i Radosavom Janićem Rabrovčanima gorosečcima Sudom okr. Kragujevačkog 26. maja 844. god. učinjen*; SOK 1190/1844, 3, *Spisak Topolaca koji su žirorodnu goru sekli*; SOK 1190/1844, 6, *Saslušanje Topolca Obrada Osaćanina*.

[43] AS, SOK 1241/1844, 5–7, *Ispit nad Dimitrijem Stepanovićem, Vučkom Ajdukovićem, Milanom Ristićem, Đorđem Risitćem, Urošem Obradovićem, Radosavom Milosavljevićem i Miletom Bojićem iz Gornji Komarica okr. ovog koji su žirorodnu goru bez dozvoljenja nadležne vlasti sekli Sudom okr. Kragujevačkog učinjen*.

[44] AS, SOK 1241/1844, 5, *Ispit nad Dimitrijem Stepanovićem, Vučkom Ajdukovićem, Milanom Ristićem, Đorđem Risitćem, Urošem Obradovićem, Radosavom Milosavljevićem i Miletom Bojićem iz Gornji Komarica okr. Ovog koji su žirorodnu goru bez dozvoljenja nadležne vlasti sekli Sudom okr. Kragujevačkog učinjen*; SOK 1776/1844, 5, *Ispit nad Stojanom Teodorovićem, Stojanom Gačanovićem, Milošem Živanovićem, Ivanom Ne-*

Optuženi koji su prizivali u pomoć materijalnu oskudicu činili su to u različitim formulacijama, ali uvek tako da se jasno videlo da ih je siromaštvo nateralo na izvršenje krivičnog dela. Primera radi, Lazar Pavlović je, priznajući da je u opštinskoj šumi odsekao 4 žirorodna grma, dodao da je to uradio "zbog potrebe svoje velike". Na sličan način se izjasnio i Marko Dmitrović; u iskazu je naveo da jeste sekao drveće, ali na svojoj krčevini jer ima malo zemlje. Joksim Vićentijević iz Rabrovca je pokušao da umilostivi sudije iskazom da je odsekao 3 drveta iz opštinske šume zato što mu je trebalo za kuću. Tri drveta koje su mu ranije dali (ne pominje ko), nisu mu bili dovoljni.[45]

Svedoci su saslušani u svega 4 postupka. Odluku da ih pozove Sud je u jednom slučaju doneo na izričit zahtev optuženog, koji je poimence naveo ko može da potvrdi istinitost njegovog iskaza. I u drugim postupcima za pozivanje svedoka je bio "zaslužan" sam optuženi, ali ne tako što su oni sami tražili da neko bude saslušan, već zato što je iz njihovih iskaza logički proizlazilo da bi za sticanje potpunog saznanja o slučaju bilo neophodno izvođenje te vrste dokaza.

Prva situacija sreće se u postupku protiv Jovana Pavlovića, a druga u postupcima protiv Sušičana, Rogojevčana i Topolaca. Pošto je prva već bila predmet obrade kada smo govorili o utvrđivanju materijalne istine, sada ćemo se zadržati samo na drugoj.

Pošto su Sušičani tvrdili da u desimirovačkoj šumi nisu sekli sirovo grmlje nego suvo, dovedeni su svedoci iz čijih se iskaza videlo da je prijava Načelstva Kragujevačkog okruga ipak verno odražavala činjenično stanje. Svedok Milivoje Mladenović je tvrdio da je video kako je Neša Božić (verovatno cilja na Nešu Jovanovića, primedba U. S.) odsekao jedno sirovo drvo. Milenko Vučković je posvedočio da je opazio Nešu Jovanovića, Jovanču Stojanovića i slugu mehandžije Trička u trenutku dok su sekli sirovu šumu. Od manje koristi bilo je svedočenje Srećka Miloševića, Todora Stevanovića, Mijaila Markovića i Obrada

---

deljkovićem, Ilijom Paunovićem, Golubom Ristićem, Markom Radovićem, Stojkom Nedeljkovićem i Prvulom Živkovićem Račanima danas 24. julija 844. god. u Kragujevcu; SOK 1209/4–5, *Ispit nad Mijailom Starčevićem, Stepanom Konstadinovićem i Dimitrijem Joksimovićem iz Ratara koji su žirorodnu goru bez prepita nadležne vlasti utamanjivali Sudom okr. Kragujevačkog 29. maja 844. učinjen*.

[45] AS, SOK 935/1844, 3, *Ispit nad Lazarom Pavlovićem iz Gradca sreza Lepeničkog koji je 4 žirorodna grma bez dozvoljenja odsekao*; SOK 689/1844, 6, *Ispit nad Markom Dmitrovićem iz Šuma 7. aprila 1844. god. od 35. godina starim učinjen*; SOK 1186/1844, 5, *Ispit nad Vićentijem Radojevićem Petrom Novakovićem Milijom Pavlovićem Petrom Vićentijevićem Jaćimom Ranisavljevićem Jovanom Janićem Mijailom Janićem Joksimom Vićentijevićem i Radosavom Janićem Rabrovčanima goroseočima Sudom okr. Kragujevačkog 26. maja 844. god. učinjen*.

Mladenovića, koji su u iskazima spomenuli samo da su videli sirova drva na kolima optuženih.[46]

U ostalim postupcima iskazi svedoka su, međutim, išli u prilog okrivljenima. Rogojevački kmet Pavle Jovičić je pred Sudom kazao kako je zaista dao dozvolu svojim seljacima da seku šumu za potes. Svedočenje načelnika Jasenički sreza Jovana Kondžulovića bilo je od koristi Topolcima, jer je naveo da su šumu sekli u sopstvenim zabranima.[47]

Ako je verovati zapisnicima saslušanja, samo su svedoci iz postupka protiv Sušičana položili zakletve na svoje iskaze.[48]

Bez obzira na to što ni isprave, baš kao ni svedoci, u postupcima nisu često korišćene, to nikako ne znači da su bile bez ikakvog značaja. Upotrebljavane su kako prilikom ispitivanja optuženih, tako i u postupku donošenja presude.

Nesumnjivo, spiskovi sa brojem odsečenih debala su za Sud predstavljali polaznu osnovu za utvrđivanje činjeničnog stanja. To se jasno vidi iz činjenice da je Sud pribegavao suočavanju optuženih sa podacima iz spiskova u situacijama kada su u iskazima umanjivali broj posečenih stabala ili navodili da su obavljali seču na za to dozvoljenim mestima. Tako je Sud pozvao Marka Mijailovića da kaže istinu gde je sekao drveće budući da, nasuprot njegovom iskazu, dopis Načelstva otkriva da je to činio u opštinskoj šumi.[49]

Isprave su se pokazale kao još važnije dokazno sredstvo u onim slučajevima gde nije postojao drugi način za sticanje potpunog saznanja o izvršenim delima. Kao takve, bile su jedan od najbitinijih osnova na kojima su se zasnivale presude pojedinim licima.

Situacija u postupku protiv Ilije Đorđevića izgledala je prividno beznadežna – on sam znatno je smanjivao broj odsečenih stabala, a nije bilo svedoka koji bi mogli da potvrde navode optužbe. Ali Sud je u donošenju presude uzeo u obzir izveštaj načelnika Gružanskog sreza, u kome je bilo navedeno da je šumar Gornje Gruže Lazar Lukić optužio Đorđevića za seču 20 stabala. Kako drugih dokaza, koji bi u odsustvu priznanja bili dovoljni za osudu, nije bilo ni u postupku protiv Filipa Tošića, Sud je zasnovao osuđujuću presudu između ostalog i na nekom pismu Suda okruga rudničkog, najverovatnije o rezultatima sprovedene istrage protiv optuženog.[50]

---

[46] AS, SOK 2501/1844, 5, *Iskaz svedoka Milivoja Mladenovića*, *Milenka Vučkovića, Srećka Miloševića, Todora Stevanovića, Mijaila Markovića i Obrada Mladenovića*.

[47] AS, SOK 12/1844, 6, *Iskaz svedoka Pavla Jovičića*; SOK 1190/1844, 8, *Iskaz svedoka Jovana Kondžulovića*.

[48] AS, SOK 2501/1844, 5, *Iskaz svedoka Milivoja Mladenovića*, *Milenka Vučkovića, Srećka Miloševića, Todora Stevanovića, Mijaila Markovića i Obrada Mladenovića*.

[49] AS, SOK 1198/1844, 8, *Produženije ispita nad Markom Mijailovićem gorosečcem*.

[50] AS, SOK 1223/1844, 8, *Izvod suđenja u smotrenju prestupljenija Ilije Đorđevića iz Vrbave okružija ovog*; 757/1844, 12, *Izvod suđenja u predmetu prestupljenija Filipa Tošića iz Masloševa ovog okružija*.

Nakon okončanja dokaznog postupka Sud je pristupao donošenju presude. I ovde se se on, u principu, odlikovao jednakom ekspeditivnošću kao prilikom otpočinjanja postupka. Neke presude su čak donete istog dana kada je obavljeno i saslušanje optuženih, a razmak između te dve radnje je uglavnom bio između jednog i sedam dana. Od ovog pravila postoji jedan izuzetak. U postupku protiv Filipa Tošića presuda je doneta dva i po meseca posle njegovog drugog saslušanja. Ovo odugovlačenje može se objaniti potrebom sprovođenja dodatne istrage, zbog koje je bio prinuđen da odloži donošenje presude.[51]

U postupcima su izricane dve vrste presuda – oslobađajuća i osuđujuća. Oslobađajuća presuda je izricana u slučajevima kada su optuženi uspeli da dokažu da su sekli drveće na svojoj zemlji. S druge strane, na osuđujuće presude nailazimo tamo gde je seča izvršena u opštinskoj šumi. Sud je, inače, izricao dve vrste osuđujućih presuda. Kod prve, češće, optuženi je proglašavan krivim i izricana mu je kazna. U slučaju drugih, takođe bi bila utvrđena krivica optuženih, ali su oni oslobađani kazne.

Oslobađanje od kazne dolazi kao posledica subjektivnih okolnosti na strani optuženog – starosti ili bolesti, usled kojih ne bi mogli da izdrže telesnu kaznu, izricanu njihovim saoptuženima. Bolest je navela Sud da oslobodi kazne Petra Boričića i Jovana Vučićevića iz Bukovika, a starost da tako postupi u slučaju Vasilija Radonjića iz istog mesta.[52]

U osuđujućim presudama kazne su izricane kumulativno. Uz novčanu, osuđeni je morao da pretrpi ili telesnu kaznu, ili bi mu bila izrečena kazna zatvora, ili je pak bio lišen zvanja. Telesna kazna se izricala najčešće, što je i razumljivo budući da je prema ukazu kneza Mihaila iz 1840. upravo ona bila predviđena za goroseču. O kazni zatvora možemo govoriti onda kada je osuđenima izdržani pritvor uračunavan u kaznu (videti napred). Samo jedan optuženi, Stojan Todorović, osuđen je na lišenje zvanja.[53] Takva odluka suda bila je u skladu sa članom 26 Ustrojstva okružnih sudova; budući pomoćnik kmeta, Todorović nije mogao da bude kažnjen batinanjem.

Sud nije osuđenima priznavao osuđenima nikakve olakšavajuće okolnosti, čak ni priznanje. U dva postupka, međutim, nalazimo jednu te

---

[51] AS, SOK 757/1844, 8, *Produžen ispit nad Filipom Tošićem 18. aprila iste* godine; SOK 757/1844, 12, *Izvod suđenja u predmetu prestupljenija Filipa Tošića iz Masloševa ovog okružija.*

[52] AS, SOK 614/1844, 6, *Izvod suđenja u predmetu krivice seljana Bukovika u srezu jaseničkom okr. Kragujevačkog*.

[53] AS, SOK 1776/1844, 11, *Izvod suđenja u predmetu prestupljenija Stojana Todorovića, Stojana Gačanovića, Miloša Živanovića, Ilije Paunovića, Goluba Ristića, Marka Radovića, Ivana Nedeljkovića i Stojka Nedeljkovića Gornjoračana*.

istu otežavajuću okolnost. Ona ne proishodi iz svojstava osuđenih ili pak okolnosti izvršenja krivičnih dela, već jedne opšte tendencije u društvu vezane za goroseču. Sud je, naime, napomenuo da se broj ovih krivičnih dela uvećava, zbog čega je potrebno da se učinioci strogo kazne.[54] Ovakav postupak predstavlja primer generalne prevencije kao svrhe kažnjavanja par excellence; u nameri da spreči sve rasprostranjeniju goroseču u svom okrugu, Sud je posegnuo za najdelotvornijim mehanizmom koji mu stoji na raspolaganju – strogim kaznama.

Broj udaraca kod izrečenih telesnih kazni nije prelazio 50 (prema članu 22 Ustrojstva okružnih sudova moglo se izreći najviše 100). Treba napomenuti i da kazne ne variraju uvek dovoljno u zavisnosti od okolnosti izvršenog krivičnog dela. Tako je, na primer, ista telesna kazna – od 25 batina, izrečena Radonji Milovanoviću i Radojici Ivanoviću, koji su odsekli 3 grma, i Simi Gavriloviću, koji je posekao samo jedan. Sličan slučaj zapažamo i u suđenju Rabrovčanima Vićentiju Radojeviću, Petru Novakoviću, Miloju Pavloviću, Jaćimu Ranisavljeviću, Jovanu Iliću, Joksimu Vićentijeviću, Radosavu Janiću i Mijailu Janiću. Kazna od 25 batina izrečena je kako Vićentiju Radojeviću i Jovanu Janiću, koji su odsekli 2 grma, tako i Petru Novakoviću, za koga je Sud utvrdio da je odsekao 5 grmova.[55]

Još uočljiviji primer nesrazmernosti između kazni izrečenih za bitno različitu količinu odsečenog drveća dobićemo ako uporedimo presude iz postupaka protiv Gavrila Živojinovića, Nikole Živanovića, Milivoja Martića i Ivana Stojkovića s jedne i postupaka protiv Ilije Đorđevića i Filipa Tošića s druge strane. Živojinović i Živanović odeskli su 10, odnosno 11 grmova i za ta dela im je izrečena kazna od 50 batina. Međutim, za odsečenih 20, tj. 29 grmova, Đorđević i Tošić pretrpeli su 40 udaraca.[56]

---

[54] AS, SOK 1074/1844, 6, *Izvod suđenja u predmetu prestupljenija Gavrila Živojinovića, Nikole Živojinovića*, *Milivoja Martića i Ivana Stojkovića iz Trnave*; SOK 1222/1844, 6, *Izvod suđenja u predmetu prestupljenija Radonje Milovanovića, Radojice Ivanovića i Sime Gavrilovića Rogojevčana*.

[55] AS, SOK 1222/1844, 6, *Izvod suđenja u predmetu prestupljenija Radonje Milovanovića, Radojice Ivanovića i Sime Gavrilovića Rogojevčana*; SOK 1186/1844, 6–7, *Izvod suđenja u predmetu prestupljenija Vićentija Radojevića, Petra Novakovića, Milije Pavlovića, Jaćima Ranisavljevića, Jovana Ilića, Joksima Vićentijevića, Radosava Janića i Mijaila Janića Rabrovčana*.

[56] AS, SOK 1074/1844, 6, *Izvod suđenja u predmetu prestupljenija Gavrila Živojinovića, Nikole Živojinovića*, *Milivoja Martića i Ivana Stojkovića iz Trnave*. SOK 1223/1844, 8, *Izvod suđenja u smotrenju prestupljenija Ilije Đorđevića iz Vrbave okružija ovog*; SOK 757/1844, 12, *Izvod suđenja u predmetu prestupljenija Filipa Tošića iz Masloševa ovog okružija*.

III

Osvrt na postupke Suda okruga kragujevačkog za goroseču tokom 1844. pruža mogućnost da se, doduše iz vrlo malog uzorka, dobije slika o tome kako su izgledali procesi protiv izvršilaca ovog krivičnog dela sredinom XIX veka. Ova slika može se raščlaniti na nekoliko sastavnih elemenata.

Prvi njen deo odnosi se na izvršioce goroseče. Iz prikazanih postupaka možemo videti kojim su se motivima oni rukovodili prilikom izvršenja ovog krivičnog dela i tako doći do objašnjenja zbog čega su površine pod šumom u ovoj epohi rapidno nestajale.

U vezi s tim, brojevi izvršilaca goroseče posečenih stabala nam govori do koje su mere šume uništavane. Primer koji je ovde izložen, smatramo, opravdava ocene autora koji su tvrdili kako je sredina XIX veka period nemilosrdnog krčenja šuma. Na takav zaključak navode nas dva činioca – najpre broj izvršilaca, koji se nikako ne bi mogao okarakterisati kao mali, a zatim i sam broj stabala koji je nestao zbog njihovog protivzakonitog delovanja. Ovakva ocena je utoliko opravdanija što nikako ne treba smetnuti s uma da je tamna brojka kriminaliteta kod ovih krivičnih dela bila tradicionalno velika, u prvom redu zbog nefunkcionalnog sistema zaštite šuma, ali i činjenice da su za sečom ponekad posezali sami predstavnici državne vlasti (kmetovi i sreski načelnici).

Kroz kaznenu politiku Suda donekle se može uočiti koliko je u ovom istorijskom razdoblju bila razvijena svest o potrebi čuvanja šuma. Slučajevi u kojima je kao otežavajuća okolnost za učinioca bio naveden trend porasta broja izvršenih krivičnih dela goroseče, govori nam da su sudije Suda okruga kragujevačkog, za pojmove svog vremena, imale razvijenu ekološku svest i trudile se da svojim kaznama suzbiju omasovljavanje ove vrste kriminaliteta.

Ipak, ne treba smetnuti s uma da ovakvi zaključci imaju krajnje ograničen domašaj za sticanje globalne slike o postupanju povodom krivičnih dela goroseče. Istraživanje je bilo ograničeno na područje samo jednog okruga, i to za vrlo kratak period – od svega jedne godine. Da bi se stekla iole celovitija slika o tome koliko su državni organi primenjivali Uredbu, tj. koju pažnju su posvećivali zaštiti šuma, kao imperativ se nameće sprovođenje istraživanja koje bi obuhvatilo teritorije svih okruga za sve vreme dok je Uredba bila na snazi.

Koliko god ovaj zadatak izgledao težak, verujemo da će se grupa naučnika, pošto to daleko prevazilazi mogućnosti istraživača-pojedinca odvažiti na takav poduhvat. Rezultati tih istraživanja svakako bi predstavljali podstrek za dalje izučavanje pravne zaštite šuma u XIX veku.

Uroš Stanković, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Regulation on Deforestation and an Exemple of its Application in Practice

Abstract

The author sheds light on *Regulation on Deforestation*, introduced in Serbia in 1839 and an example of its application in practice – trials for deforestation before the Court of Kragujevac District in 1844, the year before the Regulation was amended. A number of elements of those trials were analyzed, among which how many perpetrators were trialed, in what manner offenses were executed, what evidence the Court used in order to acquire complete knowledge on cases and what punishments were inflicted.

The number of offenders was much larger in comparison with years that preceded 1844. The perpetrators never appeared as individuals; deforestation was regularly carried out by several persons at the same time.

Regarding evidence, the Court leaned on confessions, statements of witnesses and documentary evidence.

Interestingly, none of perpetrators denied they committed the very act of offense. Whilst some of them gave full confessions, other attempted to either find grounds which would present their act as unpunishable, or base their defense on certain mitigating circumstances. Many of perpetrators considered the fact to have cut woods on their own land as the key factor excluding punishability of their acts. Similarly, some of them hoped to soften the Court stating that they cut woods because of utterly difficult financial situation.

The testimonies of witnesses in one case served to corroborate charges against defendants, as in other situations they testified on behalf of alleged offenders.

Documentary evidence were, as well as testimonies of witnesses, presented only in situations when the defendants would not confess to an offence, and they appear in the form of reports sent by District Police, tasked with investigation.

The Court always administered two punishments. Besides fines, appearing in all trials, it cumulatively inflicted corporal punishment, prison or deprivation of titles. Corporal punishment is meted out in convincing majority of cases.

Key words: Regulation on Deforestation, deforestation, Court of Kragujevac District.

Pregledni članak 502/504:33(497.11)

Luka Baturan, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

MOGUĆNOST PRIMENE KOUZOVE TEOREME RADI POSTIZANJA INTERNALIZACIJE EKOLOŠKOG TROŠKA U PRAVNOM SISTEMU REPUBLIKE SRBIJE[1]

Sažetak: *Ekonomska analiza prava polazi od pretpostavke da je cilj pravnih normi da omogući efikasnu alokaciju resursa. Pojava ekoloških troškova kao jednog vida negativnih eksternalija, dovodi do pojave neefikasnosti. Od države se očekuje da stvori institucionalni okvir koji će omogućiti da ovi troškovi budu internalizovani, u cilju postizanja optimalnog ekonomskog ponašanja svih subjekata. Jedan od načina za postizanje tog cilja jeste putem dogovora zainteresovanih strana, o čemu govori Kouzova teorema.*

U prvom delu rada govori se o ekološkom trošku kao vidu negativnih eksternalija, i načinu na koji on dovodi do odstupanja od optimalnog ekonomskog ponašanja. Zatim se izlažu osnovne pretpostavke za internalizaciju eksternog troška putem dogovora zainteresovanih strana. Potom se iznose specifičnosti ekološkog troška kao vida eksternalija, zbog kojih samo u ograničenom broju slučajeva dolazi do dogovora kojim se proizvodi optimalan rezultat. Na kraju se raspravlja o mogućem uvođenju tržišta dozvola za zagađivanje, gde bi se pod određenim uslovima moglo očekivati postizanje optimalnog ponašanja svih subjekata putem njihove međusobne koordinacije i razmene resursa koje poseduju.

Ključne reči: *životna sredina, eksternalije, Kouzova teorema, dozvole za zagađivanje*

---

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

1. Uvod

Razvoj modernog društva podrazumeva korišćenje velikog broja različitih tehnologija. Mnoge od njih proizvode štetne efekte kojima se zagađuje i uništava čovekova okolina. Zbog toga je neophodno uskladiti ekonomski rast sa kapacitetima životne sredine, koristeći i čuvajući prirodne resurse kako bi se potrebe sadašnjih generacija zadovoljile bez ugrožavanja budućih generacija.[2]

Životna sredina predstavlja javno dobro koje mogu koristiti svi članovi ljudske zajednice. Prilikom korišćenja prirodnih resursa javlja se problem njihove neracionalne eksploatacije poznat i kao „tragedija zajedničkog dobra". Pojedinac, trudeći se da maksimizira svoju korist a minimizira sopstvene troškove, uzima iz prirode sve što može, ne vodeći pri tom računa o šteti koja se javlja kao eksterni trošak, a koji se preliva na ostale članove društva.

Ekološki troškovi su eksterni troškovi degradacije životne sredine. Oni se javljaju kao uzgredna posledica korišćenja tehnologija kojima se štetno deluje na okruženje. Mogu biti izuzetno visoki, pošto šteta može imati čak i globalne razmere. Jedan od načina kojim se rešava problem eksternalija i postiže ekonomska ravnoteža jeste dogovor zainteresovanih strana.

Ekonomska analiza prava pokušava da objasni ekonomsku logiku pravnih normi, odnosno da pravne institucije objasni ekonomskim principima.[3] Polazi se od pretpostavke da je cilj pravne norme i uopšte prava da omogući efikasnu uputrebu ograničenih resursa. Efikasnost podrazumeva takvu iskorišćenost resursa gde je njihova vrednost najveća.[4]

Do najefikasnije upotrebe resursa najlakše je doći dobrovoljnom razmenom, koja podrazumeva dogovor zainteresovanih strana. Upravo na ovom dogovoru insistira Kouzova teorema[5], koja govori o najefikasnijem

---

[2] O povezanosti ekonomske i pravne politike u cilju zaštite životne sredine videti: Haris, Džonatan, *Ekonomija životne sredine i prirodnih resursa: savremeni pristup*, Datastatus, Beograd 2009, i Popov, Đorđe, Ekonomska analiza prava životne sredine i održivi razvoj, *Osnove prava životne sredine,* Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2009.

[3] Jovanović, A., str. 16.

[4] Jovanović, A., str. 28.

[5] Kouzova teorema je dobila naziv prema svom tvorcu Ronaldu Kouzu (Ronald Coase), a bavi se uračunavanjem troškova eksternalija (uzgrednih troškova proizvodnje) u ukupne troškove. Prema Kouz teoremi, najefikasnije rešenje za naknadu ovih troškova jeste u pregovorima zainteresovanih strana bez obzira na početnu alokaciju prava, pod uslovom da su vlasnička prava unapred jasno definisana i da su troškovi transakcije zanemarivi (jednaki nuli). Popov, Đorđe i Stanković, Fuada, *Osnovi ekonomije,* II izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 1995, str. 42; Labus, Miroljub, *Osnovi ekonomije,* VII izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2007, str. 393; Jovanović, Aleksandra, *Teorijske osnove ekonomske analize prava,* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2008, str. 27.

rešavanju problema eksternalija. Međutim, specifičnost životne sredine kao zajedničkog resursa za posledicu ima njeno neefikasno korišćenje jer su troškovi eksploatacije za korisnika niži od ukupnih troškova koji su generisani. Kako je cilj prava da spreči neefikasnost, postavlja se pitanje da li se u ovom slučaju optimalan nivo proizvodnje može postići u tržišnoj razmeni prava između zagađivača-proizvođača i onih koji trpe štetu (s obzirom da je pravo na životnu sredinu unapred alocirano na čitavo čovečanstvo), ili je neophodna intervencija države kroz propisivanje dozvoljenog (optimalnog) nivoa štetne aktivosti.

Predmet istraživanja u ovom radu jesu pravni propisi Republike Srbije koji se odnose na zaštitu životne sredine. Pretpostavka je da se društveno blagostanje maksimizira u tački koju nazivamo Pareto optimum. Metodom ekonomske analize troškova i koristi pokušava se sagledati da li ovi propisi ostavljaju prostor za postizanje dogovora stranaka radi internalizacije ekološkog troška.

Cilj rada je da pokaže zašto problem ekološkog troška ne može biti u potpunosti rešen na slobodnom tržištu u direktnoj razmeni prava između zainteresovanih strana, bez intervencije države. Osnovni razlozi su nepodobnost životne sredine da bude na optimalan način korišćena od strane svih članova društvene zajednice, kao i visoki transakcioni troškovi. Samo u ograničenom broju slučajeva, kao što su susedske emisije, moguće je doći do dogovora o internalizaciji ekološkog troška. Zbog toga je neophodno da savremene države intervenišu u cilju stvaranja povoljnijih uslova za dogovor zainteresovanih strana, kako bi se ekološki trošak u potpunosti internalizovao i na taj način postigao optimalni nivo ekonomske aktivnosti.

2. Eksternalije kao ekološki trošak

Eksternalije su uzgredni proizvod ljudske aktivnosti, kojima se utiče na stanje koristi drugih osoba, a za koje se ne daje niti prima kompenzacija.[6] Ukoliko se korist za drugoga smanjuje, reč je o negativnim eksternalijama. Zagađenje životne sredine predstavlja tipičan primer negativnih eksternalija.[7] Eksternalije mogu biti proizvodne, potrošne i proizvodno-potrošne, u zavisnosti od toga ko stvara odnosno trpi štetu.[8]

[6] Popov, Đ., i Stanković, F., str. 42; Labus, M., str. 38, Mankiw, N. Gregory i Taylor, Mark P., *Ekonomija,* Data Status, Beograd 2008, str. 200.

[7] U nastavku teksta pod pojmom eksternalija podrazumevaće se samo negativne eksternalije.

[8] Proizvodne eksternalije se javljaju onda kada proizvodno preduzeće svojom aktivnošću prouzrokuje nepredviđenu štetu drugom proizvodnom preduzeću. Potrošne eksternalije se javljaju onda kada potrošačka aktivnost jednog lica nepredviđeno prouzrokuje

Ukoliko bi se svi proizvođači odlučili za primenu modernih („zelenih“ ili „čistih“) tehnologija proizvodnje kojima se ne narušava životna sredina, svi troškovi proizvodnje bi bili uključeni u cenu koju bi na kraju u potpunosti snosili kupci.[9] Međutim, proizvođači teže da maksimalno snize troškove svoje proizvodnje kako bi ostvarili što veći profit. Oni prirodno nisu zainteresovani za primenu zelenih tehnologija kojima se štiti životna sredina, jer su one po pravilu skuplje od onih čiji je efekat na ekološku ravnotežu negativan („prljavih“). Primenom jeftinijih tehnologija oni snižavaju cenu svojih proizvoda čime postaju konkurentniji na tržištu, ali i smanjuju opštu društvenu korist zagađivanjem životne sredine. Na taj način dolazi do eksternalizacije (prelivanja) dela troškova proizvodnje sa prodavca i kupca na druge subjekte ili čitavu društvenu zajednicu, pošto trošak zagađivanja životne sredine nije uključen u cenu proizvoda. Društvo je prinuđeno da „trpi“ štetu u vidu zagađene životne sredine, ili se ta šteta sanira o trošku poreskih obveznika.

Isto važi i za potrošače. I oni se trude da maksimiziraju sopstvenu korist, ne vodeći često računa da li time proizvode negativne eksterne efekte na životnu sredinu. Na primer, prilikom kupovine automobila kupac će voditi računa o ceni pogonskog goriva koje automobil koristi i njegovom motoru, ali ne i o njihovim efektima na okolinu.

Efekat eksternalija je predstavljen na grafikonu.[10] Marginalni društveni trošak (MSC) predstavlja ukupne troškove društva da bi se proizvela dodatna jedinica nekog proizvoda, uz korišćenje zelene tehnologije. Ukoliko je marginalni društveni trošak jednak marginalnom privatnom trošku, nema eksternih troškova. Optimalni nivo proizvodnje se formira u tački E gde se seku kriva MSC i kriva tražnje (MSB), pri čemu je Pe cena proizvoda pri proizvodnji količine Qe.[11]

Marginalni privatni troškovi (MPC) su troškovi proizvodnje dodatne jedinice proizvoda za proizvođača koji koristi „prljavu“ tehnologiju proizvodnje. Zbog nižih troškova, tržišna ravnoteža se uspostavlja u tački A, pri čemu je cena (Pa) manja od optimalne, a količina proizvedenih jedinica (Qa) veća.[12]

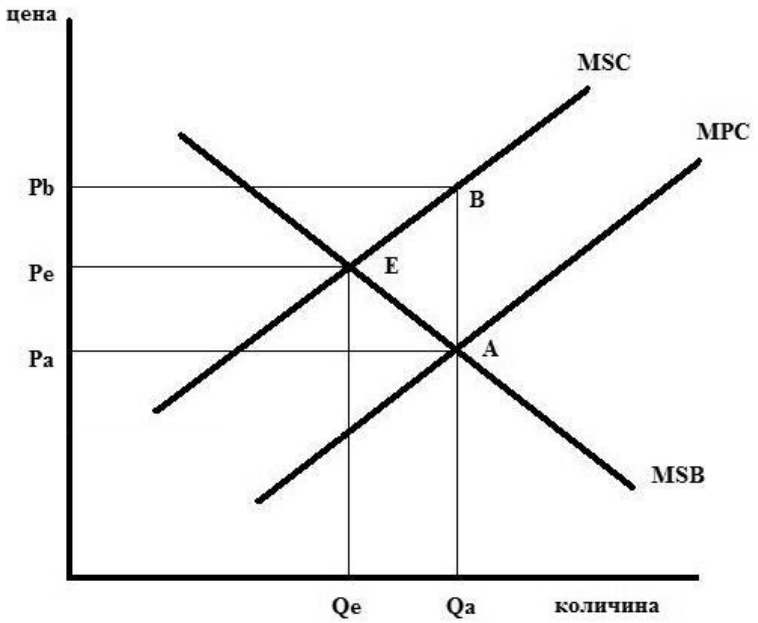
štetu drugom licu. Proizvodno-potrošne eksternalije javljaju se ili onda kada se proizvodnom aktivnošću prouzrokuje šteta na području potrošnje, ili, obrnuto, kada se ponašanjem na području potrošnje neočekivano prouzrokuje šteta za nečiju proizvodnu aktivnost. Pjanić, Ljubinka, *Ekonomska enciklopedija II,* Savremena administracija, Beograd 1984, str. 195.

[9] Haris, DŽ., str. 39-41.

[10] Labus, M., str. 390-391.

[11] Ibid.

[12] Ibid.



U ovom slučaju, stvara se marginalni eksterni trošak (MEC) – trošak trećih lica zbog narušenosti životne sredine koji nije uračunat u cenu. On je jednak razlici marginalnog društvenog i marginalnog privatnog troška. Marginalni eksterni trošak je predstavljen razlikom u ceni Pb (koja bi bila optimalna pri datom nivou proizvodnje Qa ukoliko bi eksterni trošak bio uključen u cenu) i Pa. Ukupan eksterni trošak zagađenja životne sredine koji se prevaljuje na druge članove društvene zajednice, predstavlja pravougaonik PaABPb.[13]

3. Primena Kouzove teoreme

Prema Kouzovoj teoremi, ukoliko troškovi transakcije ne postoje ili su zanemarivi, i ukoliko su svojinska prava jasno definisana, strane u sporu će uvek naći efikasno rešenje kroz razmenu svojinskih prava, bez obzira na njihovu inicijalnu raspodelu. Troškovi transakcije jesu troškovi pregovaranja. To su svi oni troškovi koje podnose stranke da bi postigle dogovor i sprečile neefikasan rezultat.[14] Na primer, što je veći broj zainteresovanih strana i njihova međusobna prostorna udaljenost, veći

[13] Ibid.

[14] Cooter, Robert i Ulen, Thomas, *Law and Economics,* Third Edition, Addison - Wesley Longman, str. 2000; Popov, Đ, Stanković, F, str. 43.

su i troškovi koordinacije njihovih interesa. Druga pretpostavka za primenu Kouzove teoreme jeste da su vlasnička prava definisana, jasna i unapred poznata svim stranama. Kada su svim zainteresovanim stranama poznata međusobna prava i obaveze, moguće je u međusobnim pregovorima dogovoriti njihovu efikasnu razmenu, u cilju postizanja optimalne alokacije.

Ukoliko se eksternalijama proizvodi degradacija životne sredine koja šteti malom broju lica, te ukoliko je jednostavno odrediti izvor i veličinu štete, transakcioni troškovi ne moraju biti visoki. Ovo je najčešće slučaj kod tzv. „susedskih emisija"[15], kojima se utiče na neposredno okruženje (na primer, fabrika u atmosferu ispušta određenu supstancu koja proizvodi štetu malom broju okolnih domaćinstava). U tom slučaju, postoji mogućnost da zainteresovane strane (štetnici i oštećeni) dogovorom same reše problem naknade ekološkog troška, u okviru pravila građanskog prava.

Pod pretpostavkom da je pravo na zdravu životnu sredinu dodeljeno svim licima, efikasan rezultat dogovora između zainteresovanih strana bi značio da će zagađivač (štetnik, npr. fabrika) na sebe preuzeti plaćanje troška eksternalija kojim se degradira životna sredina zbog koje trpi oštećeni (npr. građanin koji živi nedaleko od fabrike i koji trpi zbog zagađenosti vazduha usled fabričkih emisija). Ovo u suštini predstavlja potpunu internalizaciju eksternih troškova, jer će se na taj način marginalni trošak zagađivača podići na nivo marginalnog društvenog troška. Posmatrajući grafikon, to znači da se kriva MPC pomera na gore, dok se ne izjednači sa krivom MSC. U tom momentu će rezultat biti postizanje optimalnog nivoa proizvodnje u tački E. Sav marginalni trošak koji nastane biće uključen u cenu proizvoda. Posledica će biti povećanje cene proizvoda na optimalni nivo Pe, i smanjenje obima proizvodnje na optimalni nivo Qe.[16]

Ukoliko je nova cena Pe niža od tržišne cene, fabrika će i dalje imati konkurentan proizvod i neće više biti zagađivanja okoline, ali će joj profit po jedinici proizvoda sada biti niži za iznos naknade koji plaća oštećenom, tj. za visinu ekološke štete. U suprotnom, ukoliko bi joj cena bila viša od tržišne, fabrika bi morala da zaustavi štetnu delatnost jer više ne bi imala konkurentan proizvod.

---

[15] *Emisija* jeste ispuštanje i isticanje zagađujućih materija u gasovitom, tečnom i čvrstom agregatnom stanju ili emisija energije iz izvora zagađivanja u životnu sredinu. Odluka o utvrđivanju Nacionalnog programa zaštite životne sredine – NPZŽS, *Sl. Glasnik RS,* br. 12/2010.

[16] Labus, M., str. 391.

4. Prepreke tržišnom rešenju problema eksternalija

4.1. Pravo na zdravu životnu sredinu i „tragedija zajedničkog dobra"

Ustav Republike Srbije svima jemči pravo na zdravu životnu sredinu,[17] a svako ko pretrpi štetu ima pravo na naknadu[18]. Na štete sa prekograničnim posledicama primenjuju se odredbe međunarodnog prava.[19] Jasnom i nedvosmislenom alokacijom vlasničkih prava na zdravu životnu sredinu kao prvog preduslova Kouzove teoreme, zakonodavna vlast u Republici Srbiji je pokušala olakšati efikasnu internalizaciju ekološkog troška putem dogovora stranaka.

Ipak, i pored naizgled jasnih pravnih normi, ostvarenje prava na zdravu životnu sredinu nije jednostavno zbog njene specifičnosti kao javnog dobra. U praksi se postavlja pitanje gde je granica do koje subjekt može da koristi životnu sredinu, a da se to ne smatra štetom za drugoga. Zbog odsustva isključivosti u potrošnji javnih dobara, praktično je nemoguće preko tržišnog mehanizma onemogućiti subjekte koji za javno dobro nisu platili cenu da koriste to dobro. Životna sredina pripada čitavoj društvenoj zajednici, a svi članovi zajednice mogu slobodno i zajednički da je koriste.

Apsolutna zabrana bilo kakve štetne aktivnosti ne dolazi u obzir ako se ne želi u potpunosti zaustaviti ekonomski rast.[20] Zato se u ZZŽS se insistira na postizanju uravnoteženog odnosa privrednog razvoja i životne sredine.[21] Životnu sredinu treba koristi u skladu sa načelom održi-

---

[17] Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS,* br. 98/2006.

[18] Zakon o zaštiti životne sredine – ZZŽS, *Službeni glasnik RS, br.* 135/2004, 36/2009, *36/2009 - dr. zakon, 72/2009 - dr. zakon i 43/2011 - odluka USS*, čl. 107. Ovo pravilo nije bez izuzetka. Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, Službeni list SRJ br. 31/93 i Službeni list SCG, br. 1/2003 – Ustavna povelja,* čl 156, stav 3 propisuje da ukoliko je šteta nastala u toku obavljanja opštekorisne delatnsti za koju je dobijena dozvola nadležnog organa, može se zahtevati samo naknada štete koja prelazi normalne granice. Dakle, u slučaju delatnosti od opšteg interesa pravo na zagađivanje „do normalne granice" zakon je dodelio zagađivaču, čime se odstupa od pravila da svi subjekti imaju pravo da zahtevaju zdravu životnu sredinu, odnosno naknadu štete zbog štetne delatnosti drugih subjekata.

[19] Više o tome kod: Merril, Thomas W., „Golden Rules for Transboundary Pollution", *Duke Law Jurnal,* Vol. 46, No.5, 1997, str. 931-1019; International Environmental Law, *Harvard Law Review,* Vol. 104, Issue 7, 1991, str. 1484-1639.

[20] Ako bi se želelo smanjenje zagađenja na nulu, onda bi se i proizvodnja svela na nulu. Haris, DŽ., str 49. Čak i kada bi se jedna država odlučila na apsolutnu zabranu bilo kakvih delatnosti štetnih po životnu sredinu, bila bi izložena eksternalijama sa teritorije druge države.

[21] ZZŽS, čl. 1.

vog razvoja, kojim se zahteva da se nivo zagađenja ograniči na nivou kapaciteta životne sredine.[22] Kapacitet životne sredine jeste sposobnost životne sredine da prihvati određenu količinu zagađujućih materija po jedinici vremena i prostora tako da ne nastupi nepovratna šteta u životnoj sredini.[23]

Ukoliko je u konkretnom slučaju moguće unapred oceniti koliki je kapacitet životne sredine, državni organi često donose propise kojima se bliže reguliše korišćenje životne sredine, tako da prirodne vrednosti ostanu sačuvane. Međutim, nije moguće u svakom konkretnom slučaju utvrditi prirodne kapacitete, pa onda nije moguće ni propisati optimalni nivo korišćenja životne sredine. Dakle i pored ustavne norme kojom se svim subjektima garantuje pravo na zdravu životnu sredinu, u praksi je moguće da se dogodi slučaj da je teško unapred sa sigurnošću definisati da li je u konkretnom slučaju životna sredina narušena ili nije. Time se u velikoj meri dovodi u pitanje mogućnost primene Kouzove teoreme na problem sanacije životne sredine zbog nepostojanja jasno razgraničenih svojinskih prava.

4.2. Visoki transakcioni troškovi

4.2.1 Broj strana i međusobna prostorna udaljenost

U prethodnom poglavlju razmatrana je mogućnost primene Kouzove teoreme kada su transakcioni troškovi niski, što se može pretpostaviti u slučajevima susedskih emisija. Međutim, problem internalizacije ekološkog troška u međusobnoj komunikaciji zainteresovanih strana je upravo u tome što su transakcioni troškovi po pravilu visoki.

Kod tzv. prekosusedskih[24] i prekograničnih[25] emisija, zagađenjem su zahvaćene ogromne površine na kojima živi veliki broj stanovnika. Moguće je i da na strani štetnika-zagađivača postoji veliki broj subjekata. Troškovi međusobne koordinacije njihovih interesa bi bili izuzetno visoki zbog velikog broja zainteresovanih subjekata, kao i zbog njihove velike prostorne udaljenosti, tako da je praktično nemoguće u direktnim pregovorima rešiti sva pitanja neophodna za postizanje dogovora oko internalizacije eksternalija.

---

[22] NPZŽS.

[23] ZZŽS, čl. 3 st. 1 tč. 2.

[24] Emisije čije se štetno ekološko dejstvo prostire na većim udaljenostima i povređuje širi (neodređeni) krug lica. Salma, J., str. 36.

[25] Emisije kod kojih je izvor opasnosti u jednoj državi, a posledice se osećaju i na teritoriji druge. *Ibid.*

Kada postoji veliki broj oštećenih, mnogi od njih će se držati pasivno, računajući da će se uspeh koji drugi oštećeni postignu u pregovorima sa štetnikom odraziti i na njih (efekat „slepog putnika"). Ukoliko se, na primer, jedan manji broj oštećenih upusti u pregovore ili spor, te oni na taj način uspeju da nateraju zagađivača da obustavi štetne emisije, korist od njihovog napora osetiće i oni oštećeni koji su se držali po strani.

Zakonom[26] je predviđena mogućnost da se udruženja građana uključe u aktivnosti radi zaštite prava i interesa svojih članova u oblasti zaštite životne sredine. Preko tih udruženja moguće je donekle koordinisati interese oštećenih. Time bi se mogao značajno smanjiti broj strana u pregovorima ukoliko bi oštećeni u pregovorima bili predstavljeni kroz udruženje. Koliko će oštećeni subjekti biti svesni ove mogućnosti i koliko će biti sposobni da iskoriste prednost udruživanja, ostaje da se vidi u budućem periodu.

Kod šteta koje pogađaju veliki broj oštećenih koji trpe različitu štetu, može doći do udruživanja pojedinih grupa oštećenih. U zavisnosti od uticaja određene interesne grupe, u toku pregovora može doći do favorizovanja rešenja koja će više odgovarati pojedinoj kategoriji oštećenih, zbog čega opet krajnji rezultat ne bi bio optimalan.[27] Neefikasnost može da nastane i usled efekta „nepopuštanja", kojim jedan od oštećenih sprečava postizanje kolektivnog dogovora težeći da dobije povlašćen tretman u odnosu na ostale.[28]

4.2.2 Veličina štete

Od uticaja na mogućnost vođenja pregovora (a onda i eventualnog postizanja dogovora) jeste i veličina pričinjene štete. Što je pričinjena ekološka šteta veća, oštećeni je više motivisan da krene u postupak za naknadu i obrnuto: što je šteta manja, manji su i podsticaji za traženje naknade.

Relativno mala pojedinačna šteta povećava broj „slepih putnika" među oštećenima, tako da će se veći broj njih opredeliti da ostanu pasivni. U tom slučaju, moguće je da ukupna visina naknade koju zagađivač treba da isplati zainteresovanim oštećenima bude manja od sume koju je potrebno izdvojiti da bi se prešlo na korišćenje zelene tehnologije. Tada

[26] ZZŽS, čl. 7.

[27] Welisz, Stanislaw „On External Diseconomies and the Government-Assisted Invisible Hand Economica", *New Series,* Vol. 31, No. 124, 1964, str. 354; Medema, Steven G. i Zerbe, Richard O. Jr, „The Coase Theorem", *Encyclopedia of Law and Economics,* Edward Elgar and University of Ghent, str. 855.

[28] Haris, DŽ., str. 55.

će se on radije opredeliti za naknadu umesto za smanjenje zagađivanja, čime se samo delimično internalizuje ekološka šteta. Ostatak do ukupnog iznosa štete će snositi oštećeni koji su ostali pasivni. Pasivno držanje oštećenih može predstavljati posebno veliki problem pre svega kada je mala šteta koju oštećeni pojedinačno trpe, ali je ukupan obim degradacije životne sredine veliki.

Sa smanjivanjem pojedinačnog iznosa štete sve više će rasti broj „slepih putnika", tako da je u jednom momentu čak moguće doći u situaciju da u potpunosti izostane reakcija oštećenih, čime bi celokupan iznos štete bio u potpunosti eksternalizovan. Da su svi oštećeni jednoglasno tražili naknadu na koju imaju pravo, štetnik bi se u tom slučaju morao opredeliti ili za opciju prelaska na čistu tehnologiju ili smanjenje štetne aktivnosti, čime bi se postigao optimalan nivo delatnosti, a celokupan ekološki trošak bi bio internalizovan od strane zagađivača. Ovako, zagađivač nastavlja svoju štetnu aktivnost, prelivajući ekološki trošak na oštećene koji ostaju pasivni.

Republika Srbija je za sebe zadržala pravo da traži naknadu ekološke štete koja se dogodila ukoliko nema drugih zainteresovanih lica.[29] Ovim je ostavljena mogućnost nadležnim republičkim organima da zahtevaju od štetnika naknadu. Državi je omogućeno da se pojavi kao oštećena strana nasuprot zagađivačima, u slučaju da građani iz nekog razloga ostanu pasivni. Pored državnih organa, i zainteresovana javnost u postupku ostvarivanja prava na zdravu životnu sredinu kao stranka ima pravo da pokreće postupak preispitivanja odluke pred nadležnim organom, odnosno sudom, u skladu sa zakonom („pravo na pravdu").[30] U zavisnosti od angažovanosti i zainteresovanosti javnosti i državnih organa za ovu problematiku, moguće je do neke mere naterati zagađivače da internalizuju ekološki trošak onda kada privatni subjekti iz različitih razloga ne odreaguju, zbog čega ovo predstavlja dobro rešenje kojim se može postići efikasan rezultat.

4.2.3 Nedostatak potrebnih informacija i saznanja[31]

Smanjeno interesovanje oštećenih za rešavanje pitanja narušavanja ekološke ravnoteže često se javlja usled njihove neinformisanosti o bitnim činjenicama. Oštećeni mogu biti potpuno nesvesni da trpe štetu (npr. fabrika ispušta u atmosferu veliku količinu štetne materije koja se ne mo-

[29] ZZŽS, čl. 107, st. 6.

[30] ZZŽS, čl. 81a.

[31] Više o tome kod: Wagner, Wendy, "The Failure of Environmental Law to Produce Needed Information on Health and the Environment", *Duke Law Journal,* Vol. 53, No. 6, 2004, str. 1619-1745.

že opaziti bez naročitih instrumenata koje oštećeni ne poseduje), ili su nesvesni razmera te štete. Ukoliko pojedinac pogrešno drži da ne trpi štetu ili da je ona mnogo manja nego što stvarno jeste, njegova reakcija prema zagađivaču može izostati, čime će ekološki trošak biti u potpunosti eksternalizovan. Moguć je i slučaj da su oštećeni svesni da trpe štetu, ali ne znaju ko je uzročnik štete. I u tom slučaju ne može doći do pregovora dok god ne bude identifikovan štetnik.

Sa druge strane, zagađivač koji je prirodno najinformisaniji o svojim (štetnim) delatnostima, ima jak motiv da te informacije sakrije od oštećenog. Ukoliko u tome uspe i oštećeni ne sazna da trpi štetu, odnosno šta je izvor štete, ne može preduzeti korake protiv odgovornog subjekta. Prikrivanjem informacija dakle štetnik uspeva da spreči internalizaciju ekološke štete.

Da bi se koliko je moguće otklonile prepreke pregovaranju i tržišnom rešenju ekoloških sporova zbog neinformisanosti stranaka, savremene države kroz različite aktivnosti pokušavaju da povećaju informisanost svojih građana o stanju životne sredine i značaju njene zaštite. Načelo informisanosti i učešća javnosti spada u osnovna načela ZZŽS. Njime je propisano da u ostvarivanju prava na zdravu životnu sredinu svako ima pravo da bude obavešten o stanju životne sredine i da učestvuje u postupku donošenja odluka čije bi sprovođenje moglo da utiče na životnu sredinu. Svi podaci o stanju životne sredine moraju biti javni. [32] Državni organi, organi autonomne pokrajine, organi jedinice lokalne samouprave i ovlašćene i druge organizacije dužni su da redovno, blagovremeno, potpuno i objektivno, obaveštavaju javnost o stanju životne sredine, odnosno o pojavama koje se prate u okviru monitoringa nivoa zagađujuće materije i emisije, kao i merama upozorenja ili razvoju zagađenja koja mogu predstavljati opasnost za život i zdravlje ljudi. Javnost ima pravo pristupa propisanim registrima ili evidencijama koje sadrže informacije i podatke u skladu sa ovim zakonom.[33]

Propisano je donošenje akcionog plana za kratkoročnu implementaciju Nacionalnog programa zaštite životne sredine[34], kojim se između ostalog razrađuju i aktivnosti vezane za informisanje građana o stanju životne sredine.[35]

Ovim merama, država pokušava da omogući da privatne informacije kojima raspolažu zagađivači, a koje su značajne za preduzimanje aktivnosti u cilju sprečavanja eksternalizacije ekološkog troška, postanu dostup-

[32] ZZŽS, čl. 9, st. 1, tč. 10.
[33] ZZŽS, čl. 78.
[34] NPZŽS.
[35] ZZŽS, čl. 65.

ne javnosti. Praksa će pokazati koliko su oštećeni subjekti sposobni da iskoriste dostupne informacije da bi zaštitili svoje interese.

5. Tržište dozvola za zagađenje

Država može pokušati da reši problem internalizacije ekološkog troška putem organizovanja tržišta dozvola za zagađivanje, kojim će upravljati sile ponude i tražnje. Prvi korak jeste određivanje emisionih ograničenja kojima se propisuje maksimalna količina emisija određene štetne materije. To je ona količina koju je moguće emitovati u granicama kapaciteta životne sredine.[36] Zatim je potrebno objaviti određeni broj dozvola od kojih svaka daje pravo na emisiju određene količine štetne materije. Ukupna emisija štetne materije koja se može emitovati na osnovu svih dozvola ne sme preći granicu maksimalnog iznosa koja je određena. Za svaku dozvolu za zagađivanje koju poseduje, zagađivač plaća određenu rentu. Suma svih renti treba da odgovara iznosu ukupnog društvenog troška, tako da će negativne eksternalije po životnu sredinu biti u potpunosti internalizovane. [37]

Na ovaj način, postiže se optimalan nivo iskorišćenosti prirodnih kapaciteta. Međutim, šta je sa optimalnom proizvodnjom? Početna alokacija dozvola za zagađivanje usled različitih faktora ne mora biti optimalna. Da bi se postigla efikasna realokacija, potrebno je dozvoliti zagađivačima slobodnu razmenu dozvola za zagađivanje na tržištu. Zagađivači čiji je trošak prelaska na korišćenje zelene tehnologije nizak, ponudiće na tržištu svoje dozvole za zagađivanje onim zagađivačima koji mogu da pređu na čiste tehnologije samo uz visoke troškove. Tako će se na tržištu slobodno razmenjivati dozvole sve dok ne bude postignuta njihova optimalna alokacija na zagađivače čiji su troškovi korišćenja čistih tehnologija najviši.[38]

Sistem transferabilnih dozvola za zagađivanje našao je svoju primenu u pravnim sistemima Sjedinjenih Američkih Država[39] i Evropske uni-

---

[36] Npr. u Danskoj je 1995. godine ustanovljena maksimalna granica od 125.000 tona za emisiju sumpor-dioksida u vazduh. Ilić Popov, Gordana, *Ekološki porezi*, str. 23, navedeno prema Vukašinović, Z., „Analiza pojedinih instrumenata zaštite čovekove sredine – mere, zabrane, izdavanje dozvola", *Pravo i životna sredina,* Udruženje pravnika Jugoslavije, Jugoslovensko udruženje za javnu upravu, Beograd 1997, str. 313-317.

[37] Više o tome kod: Collinge, Robert i Oates, Wallace, "Efficiency in Pollution Control in the Short and Long Runs: A System of Rental Emission Permits", *The Canadian Journal of Economics / Revue canadienne d'Economique,* Vol. 15, No. 2, 1982, str. 346-354.

[38] Mankiw, G., Taylor, M., str. 200.

[39] Hahn, Robert W. i Hester, Gordon L., "Where Did All the Markets Go - An Analysis of EPA's Emissions Trading Program", *Yale Journal on Regulation* 109, 1989, str. 109-154.

je. Uvođenje transferabilnih dozvola je u Republici Srbiji predviđeno Strategijom uvođenja čistije proizvodnje[40], u delu koji se odnosi na ekonomske mere za kontrolu zagađenja. Ipak, do danas nisu doneti konkretni propisi kojima bi se ove mere implementirale u pravni poredak.

Međutim, problem se dodatno komplikuje kada se posmatra na globalnom nivou. Postoje resursi koji ne potpadaju pod suverenitet ni jedne konkretne države (npr. okeani, ozonski omotač, atmosfera itd.). Državne vlasti često kalkulišu, ne želeći da zagađivačima koji potpadaju pod njihov suverenitet ograniče količinu štetnih emisija na optimalan nivo. Na taj način, pojedine zemlje postižu ekonomski razvoj na račun upotrebe resursa koji pripadaju celoj ljudskoj zajednici.

Sistemom transferabilnih dozvola za zagađenje može se dakle postići optimalan rezultat jedino ako u njega budu uključene sve države međunarodne zajednice. Tako bi svakoj državi bio dodeljen određeni broj dozvola za emisiju određene štetne materije, a ukupna količina emisija bi bila u granicama kapaciteta životne sredine. Tek tada bi se moglo preći na stvaranje unutrašnjeg i međunarodnog tržišta dozvolama, koje bi omogućile efikasnu alokaciju dozvola.

Protokol iz Kjota uz Okvirnu konvenciju Ujedinjenih nacija o promeni klime predviđa uspostavljanje upravo ovakvog sistema za redukciju emisije određenih gasova koji pojačavaju efekat staklene bašte. Državama je prepušteno da odrede na koji će način izvršiti alokaciju dozvola za zagađivanje unutar dobijene kvote. Konkretan problem u vezi sa Protokolom je što nije ustanovljena optimalna količina štetnih materija koje mogu biti emitovane u atmosferu pa nakon toga podeljene kvote državama, već je samo predviđeno linearno smanjenje emisija u odnosu na nivo iz 1990. godine za svaku državu pojedinačno. Takođe, iako su skoro sve države sveta ratifikovale Kjoto protokol, to nisu učinile SAD kao najveći svetski emiter gasova koji proizvode efekat staklene bašte (Kanada je u decembru 2011. godine povukla svoj pristanak).

6. Zaključna razmatranja

Iako se na slobodnom tržištu po pravilu postiže optimalna alokacija, u slučaju ekoloških eksternalija to se ne dešava. Neometani od strane države, zagađivači velikim delom uspevaju da ekološki trošak preliju na čitavu društvenu zajednicu. Do internalizacije ekološkog troška putem dogovora zainteresovanih strana najčešće ne dolazi zbog nepostojanja osnovnih pretpostavki za primenu Kouzove teoreme. Visoki transakcioni

[40] Strategija uvođenja čistije proizvodnje u Republici Srbiji - SUČP, Službeni glasnik RS br. 17/2009.

troškovi i nemogućnost jasne početne određenosti svojinskih prava zbog specifičnosti životne sredine kao javnog dobra, predstavljaju osnovnu prepreku za dogovor o postizanju optimalnog rešenja.

Ekonomski posmatrano, cilj prava jeste da omogući efikasnu alokaciju resursa. Jasno je da su mogućnosti za potpunu internalizaciju ekoloških eksternih troškova kroz dogovor zainteresovanih strana nemogući, i pored svih nastojanja države da smanji transakcione troškove i preciznije alocira svojinska prava na zdravu životnu sredinu. Zbog otkazivanja tržišnih mehanizama na ovom polju, danas je opšteprihvaćeno da je poželjna intervencija države u cilju postizanja usaglašenosti ekonomskog razvoja sa kapacitetima životne sredine. Zakonodavac u Srbiji je kroz brojna zakonska rešenja pokušao da olakša dogovor strana radi postizanja što većeg stepena internalizacije ekoloških troškova. Ipak, rezultati nisu zadovoljavajući.

Državne vlasti moraju pronaći način da „nateraju" zagađivače da svoje aktivnosti organizuju tako da ne škode životnom okruženju, odnosno da snose troškove njegove sanacije. Jedno od mogućih rešenja o kome je ovde bilo reči jeste stvaranje tržišta dozvola za zagađenje. Kroz trgovanje dozvolama za zagađivanje, moguće je u većoj meri usaglasiti ekonomske zahteve za postizanjem većeg privrednog rasta, i ekološke zahteve za očuvanjem zdrave životne sredine.

Smatramo da bi zbog toga u budućnosti trebalo razmišljati o uvođenju tržišta dozvola za određene štetne emisije. Pre svega, to bi bile emisije onih štetnih materija za koje bi bilo lako i precizno odrediti maksimalnu količinu koji priroda može apsorbovati bez posledica. Svakako da bi prethodno bilo neophodno sagledati iskustva zemalja u kojima se primenjuje ovakav način regulisanja delatnosti štetnih po okruženje, kao i prilagoditi zakonske okvire kojima se reguliše materija zaštite životne sredine.

Luka Baturan, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Implementation of „Coase Theorem" for the Purpose of Internalization of Ecological Cost in the Law System of Republic of Serbia

Abstract

Economic Analysis of Law (Law and Economic) starts from the assumption that the target of legal norms is to enable efficient resource allocation. The phenomenon of ecological costs as a part of negative externalities leads to inefficiency. The government is expected to create an institutional framework that will provide internalization of all costs, in order to succeed optimal economic behavior of all parties. One of the methods to reach the goal is by agreement of interested parties, contained in the "Coase Theorem".

The first article is about ecological cost as a part of negative externalities and a way it leads to deviation of optimal economic behavior. Afterwards, the basic assumptions about internalization of external cost through agreement of interested parties are exposed. Then the specifics of ecological cost as a part of externalities are shown, which only in some cases leads to an agreement that provides optimal results.

At the end, the possibility of contamination licenses market is discussed, where in certain circumstances the achievement of optimal behavior of all parties could be expected through their mutual coordination and exchange of resources they possess.

Key words: environment, externalities, Coase Theorem, contamination licenses

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Originalni naučni rad 351.9

Gérard Marcou, Professeur
à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne depuis

LE CONTROLE DE L'ADMINISTRATION AUJOURD'HUI

Résumé

Le contrôle de l'administration doit être aujourd'hui envisagé dans une double perspective : dans la perspective des droits et dans la perspective de l'action publique. Ni l'une ni l'autre ne sont nouvelles mais leur finalité et les moyens du contrôle se sont beaucoup transformés, sous l'influence des mutations économiques et sociales et du droit européen.

En France, la soumission de l'administration au droit a été, pour l'essentiel, l'œuvre du juge administratif. Mais la réforme de la juridiction administrative a renforcé son rôle dans la protection effective des droits des justiciables. La loi a introduit de nouveaux principes visant à renforcer la protection des droits, et multiplié les institutions indépendantes de protection des droits. La jurisprudence a accru le contrôle du juge sur les relations contractuelles de l'administration.

Mais le contrôle est aussi exercé dans la perspective de l'action publique. Au contrôle de la régularité s'ajoute aujourd'hui de multiples contrôles ayant pour finalité l'efficacité de l'action publique au regard des objectifs poursuivis et de l'économie des moyens. En outre, le recours accru au marché a conduit à la création d'autorités indépendantes dont les décisions sont indépendantes mais qui ne sauraient échapper à tout contrôle de l'autorité politique, une question qui n'a pas encore trouvé de réponse satisfaisante.

Mots clés*: les relations entre l'administration et la juridiction administrative, le contrôle de l'administration, le contrôle juridictionnelle de l'administration, protection des droits, efficacité de l'administration*

Le contrôle de l'administration est généralement envisagé par les juristes sous l'angle de la protection des droits de l'individu face à l'autorité administrative. Le droit administratif s'est même développé sur la base de cette problématique, depuis environ le milieu du 19ème siècle, avec les discussions sur la soumission des actes de l'administration à un juge, sur la nature de ce juge, et sur la notion même d'acte administratif, dont la formalisation, notamment dans la doctrine autrichienne et la doctrine allemande était liée, justement, à la question du contrôle des actes. Ces questions sont au cœur des réflexions fondamentales, non seulement de Gneist, Otto Mayer[1] et Merkl[2], mais aussi de Orlando[3] et en France de Laferrière[4] et de Hauriou[5], parmi beaucoup d'autres.

Mais il existe aussi une autre problématique, non moins importante, qui a été explorée davantage dans la perspective de la théorie politique ou constitutionnelle. C'est celle qui considère que l'administration doit être soumise au contrôle de l'autorité politique et, dans sa variante démocratique, au contrôle du corps politique. Elle est liée à la notion même d'administration, qui elle-même est liée étymologiquement à l'idée de servir, et elle a servi de fondement à l'idée selon laquelle l'administration est distincte et séparée, aussi bien sur le plan organique que sur le plan fonctionnel, des autorités politiques. Elle renvoie à des théories politiques très hétérogènes : celle de Rousseau[6], selon lequel la souveraineté n'appartient qu'au peuple et ne se délègue pas, mais les agents chargés d'exécuter la volonté générale doivent lui être subordonnés ; celle de la démocratie américaine, ou plutôt de l'une de ses tendances, qui considérait que tous les détenteurs de l'autorité devaient être élus[7] ; celle de la formation du parlementarisme, selon laquelle le ministre répond seul devant le parlement des actes de l'administration, comme l'ont développé les auteurs anglais dès le 19ème

---

[1] Otto Mayer (1895), *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1ère éd., 2 vol.

[2] Adolf Merkl (1927), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, J. Springer, reimpr. Verlag Österreich, 1999.

[3] V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano,* Milan, Società Editrice Libraria, 1900

[4] Edouard Laferrière (1896), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, rééd. LGDJ, 1989, préface de Roland Drago. Adde : Pascale Gonod (1997), *Laferrière, un juriste au service de la République*, Paris, LGDJ.

[5] Maurice Hauriou (1897), *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants ès sciences politiques*, L. Larose, 3ème éd. ; 5ème éd. 1903 ;12ème éd. Sirey, 1933, réimpr. Dalloz 2002 ; *Principes de droit public*, Sirey 1910, réimp. Dalloz 2010.

[6] Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, édition critique par Simone Goyard-Fabre, Paris, Ed. Champion, 2010 ;

[7] Claude G. Bowers (1953), *Jefferson and Hamilton : the struggle for democracy in America*, Houghton Mifflin; Sidney H. Aronson (1964), *Status and kinship in the higher civil service: standards of selection in the administrations of John Adams, Thomas Jefferson and Andrew Jackson*, Harvard University Press.

siècle (Bagehot[8], J.S. Mill[9]) ; celle de Max Weber[10], qui voit le gouvernement représentatif prendre le contrôle de la bureaucratie ; mais aussi la théorie léniniste du pouvoir, qui exigeait une administration directement subordonnée aux objectifs révolutionnaires[11]. De ces différentes théories, celles qui se sont imposées avec le temps sont celles qui admettent que l'administration est un corps, ou une institution, distinct et indépendant du politique, bien qu'elle lui soit subordonnée.

La première problématique du contrôle de l'administration est relativement indépendante de la seconde. Pour Orlando, par exemple, le rapport d'autorité demeure même si la source de la souveraineté change. Le problème fondamental de l' « Etat juridique » est d'établir des garanties individuelles opposables à l'Etat[12]. Cette problématique est le produit d'une doctrine libérale qui a précédé le développement de la démocratie politique. La seconde problématique a été finalement conduite à admettre l'administration comme un corps professionnel, certes soumis au corps politique, mais indépendant des autorités par lesquelles celui-ci s'exprime.

La conception de l'Etat qui s'est généralement imposée à la fin du 20ème siècle associe ces deux problématiques : le respect des droits individuels et la légitimité démocratique[13]. Mais, en même temps, les missions comme les structures de l'Etat se sont considérablement transformées. On ne se satisfait plus de ce que l'administration respecte les droits et la loi ; on attend de l'Etat qu'il assure la réalisation et la protection des droits, et les droits ne sont plus seulement des garanties individuelles mais le reflet des politiques mises en œuvre par l'Etat, ce qui change la place et le sens de l'administration dans l'Etat. Quant à la source de la légitimité, le principal changement intervenu résulte de la multiplication des sources de la légitimité, lesquelles sont en partie concurrentes. Par exemple, le principe de l'Etat de droit est un principe de légitimité partiellement concurrent du principe démocratique ; les finalités du pouvoir sont un principe de légitimité partiellement concurrent de celui qui résulte de la source du pouvoir ; la légitimité démocratique ne se réfère plus seulement à l'élection mais, concurremment à d'autres modes de participation des citoyens aux affaires publiques, etc…

---

[8] Walter Bagehot, *The English constitution*, nouvelle édition: Cambridge University Press, 2001.

[9] John Stuart Mill, *Considerations on representative government*, 1861, Pennsylvania State University, 2004.

[10] Max Weber, « La profession et la vocation de politique », dans : *Le savant et le politique*, nouvelle traduction, Ed. La découverte, Paris, 2003.

[11] V.I. Lénine, *L'Etat et la révolution*, Ed. Seghers, Paris, 1971.

[12] Op. cit. pp.38-42.

[13] G. Marcou, "Verwaltung und demokratisches Prinzip" dans: A. von Bogdandy / S. Cassese / P.M. Huber (Hrsg), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol.V: *Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge*, Heidelberg, C.F. Müller, 2012 (à paraître).

Ces évolutions, et parfois ces bouleversements, nous obligent à renouveler la réflexion sur le contrôle de l'administration. La notion de contrôle elle-même n'est pas si simple qu'il y paraît[14]. Elle suppose, certes, toujours une norme de référence ; mais justement la multiplication des normes de référence entraîne une certaine dilution de la notion de contrôle ou de ses limites. Les choses sont assez simples quand la norme de référence est d'ordre juridique. Mais le droit peut lui-même consacrer d'autres normes de référence, comme l'économie de moyen ou l'efficacité. L'évaluation, qui devient une exigence de la gestion moderne et des politiques publiques, relève-t-elle du contrôle ou s'agit-il d'autre chose ? Je suis enclin à considérer qu'il s'agit d'une forme élargie de contrôle, lorsqu'elle se réfère à l'impact et non plus seulement aux résultats (*outcome*) de l'action publique, lesquels peuvent être rapportés à des objectifs, qui sont des normes de référence. Quant à l'administration, la notion en est moins simple que jamais. Aujourd'hui, nombre de missions définies et organisées par la loi sont exercées, non seulement par des administrations d'Etat, mais aussi par des collectivités locales, lesquelles ont des compétences propres et forment à ce titre des administrations autonomes, et par des personnes privées qui sont ainsi rattachées à l'administration par les contrats qui leur confient certaines de ses missions, et par les contrôles qui s'exercent sur elles pour l'accomplissement de ces dernières. Peut-on alors parler de contrôle de l'administration en ignorant les missions exercées par des tiers à la demande, parfois au nom et toujours sous le contrôle de l'administration ?

Pourtant, lorsqu'on parle de contrôle de l'administration, on se place sur le plan organique plutôt que sur le plan matériel. On parlera d'évaluation des politiques publiques, et non de contrôle de l'administration, à propos des actions faisant intervenir des acteurs multiples, publics ou privés, ces acteurs pouvant être eux-mêmes assujettis à des contrôles divers, en fonction des normes de référence en question. Le contrôle de l'administration se rapporte donc à des contrôles exercés sur des organismes publics, même si certaines des procédures de contrôle peuvent atteindre des personnes de droit privé dans les mêmes conditions, et même si le contrôle des organes s'opère rarement indépendamment des fonctions exercées. Ces remarques peuvent même remettre en cause la pertinence de la notion même de contrôle de l'administration. Pourtant, malgré les évolutions qui se sont produites, ce sont bien les administrations publiques qui exercent la plupart des missions de l'Etat, y compris celles des collectivités locales, parfois des administrations d'un type nouveau (par exemple, les admi-

[14] Gérard Bergeron (1965), *Le fonctionnement de l'Etat*, Paris, A. Colin ; ibid. *Petit traité de l'Etat* (1990), Paris, PUF ; G. Braibant / J. Letowski / C. Wiener (dir.) (1985), *Le contrôle de l'administration en Europe de l'Est et de l'Ouest*, Paris, Ed. du CNRS ; Nicolas Grandguillaume (1994), *Théorie générale du contrôle*, Paris, Economica..

nistrations administratives indépendantes…). On s'en tiendra donc ici au contrôle de l'administration dans le sens organique, sans ignorer cependant les prolongements que ces contrôles peuvent avoir en dehors de l'administration proprement dite. On se référera essentiellement à l'exemple de la France, sans exclure, chemin faisant, des références à d'autres pays en fonction des problèmes abordés.

Sur la base des observations que l'on vient de faire, on peut distinguer deux grandes tendances, en se plaçant, successivement, dans la perspective des titulaires des droits, et dans la perspective de l'action publique. D'une part, on relève un élargissement de l'objet et des moyens du contrôle : il ne s'agit plus seulement s'assurer le respect de la légalité ou des droits individuels subjectifs, mais aussi d'assurer la protection des droits (I). D'autre part, dans la perspective de l'action publique, le contrôle de l'administration a connu des évolutions qui reflètent les conflits de légitimité auxquels l'action publique est soumise, selon que l'on se réfère aux buts de l'action publique, ou à son efficacité et à son efficience (II).

I. La perspective des droits : du contrôle de la légalité à la protection des droits

Dans la perspective des droits, c'est d'abord sur la possibilité et sur les modalités du contrôle juridictionnel de l'administration que se sont fixés les débats sur le contrôle de l'administration, comme meilleur moyen de protéger l'individu contre les abus d'autorité éventuels de l'administration. Mais les réformes intervenues depuis une trentaine d'années ont à la fois accru le rôle du juge dans le contrôle de l'administration et développé des systèmes de protection concurrents ou complémentaires du juge. De nouveaux principes s'imposant à l'administration ont été consacrés par la loi et leur application a été soutenue par la jurisprudence. Enfin, les contrats font l'objet d'un contrôle renforcé dans le but d'assurer l'égalité d'accès à la commande publique ; autrement dit, le droit des marchés publics n'est plus seulement orienté vers la seule satisfaction des besoins de l'administration, mais vers le respect des règles d'une économie fondée sur le principe de libre concurrence. Dans cette évolution, trois facteurs externes ont joué un rôle déterminant : la transformation du système économique, l'intégration européenne, qui y a contribué, et les instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Cette évolution générale n'est pas propre à la France, mais elle a donné lieu, en France, à des développements particuliers : une réforme de la juridiction administrative qui en a modifié finalités (A); l'introduction par la loi de nouveaux principes visant à renforcer la protection des droits (B) ; la multiplication des institutions indépendantes de protection des droits (C) ; le renforcement des contrôles exercés sur les relations contractuelles de l'administration (D).

A) La réforme de la justice administrative

On sait qu'en France, historiquement, la justice administrative est née du refus de laisser les juges s'immiscer dans les affaires de l'administration, ce qui a conduit le Conseil d'Etat à se spécialiser dans l'examen des recours dirigés contre les actes de l'administration. La finalité de ce contrôle était essentiellement de soumettre l'administration au respect du principe de légalité. Cette orientation s'est affirmée de manière particulièrement nette avec le développement du recours pour excès de pouvoir, dont le sens était d'annuler les actes illégaux de manière à rétablir l'ordre juridique tel qu'il était avant le trouble qu'il avait subi. Rétablir la légalité plutôt que rendre la justice ; on pourrait résumer ainsi la fonction du juge administratif en France à l'époque de la formation du droit administratif classique. La fameuse fable du « Huron au Palais Royal » du professeur Rivero[15] a mis en lumière les faiblesses de cette conception : le juge se souciait peu des suites concrètes, pour le justiciable, de ses décisions ; en tout cas, il ne disposait pas d'instruments juridiques pour cela, ou s'en était parfois lui-même privé dans le passé (notamment le pouvoir d'injonction).

Les réformes qui ont successivement touché la juridiction administrative en ont changé le caractère[16]. D'abord avec la création des tribunaux administratifs, en 1953, puis des cours administratives d'appel en 1987, la loi a mis en place une véritable magistrature administrative (voir le statut introduit par la loi de 1980), tandis que le Conseil d'Etat restait un corps partagé entre ses fonctions consultatives et ses fonctions juridictionnelles et dont les membres formaient aussi un vivier de hauts dirigeants de l'administration de l'Etat. Le Conseil constitutionnel a reconnu en 1987 un fondement constitutionnel à la juridiction administrative pour le contrôle de la légalité des actes administratifs.

En plusieurs étapes, le législateur a renforcé les pouvoirs du juge administratif. En 1980, il a reçu le pouvoir d'assortir la condamnation de l'administration d'astreintes par jour de retard dans l'exécution de la décision, dont le produit peut être liquidé au profit du justiciable (ce qui s'est rarement produit, s'agissant plutôt d'un moyen de pression), et la loi a donné au bénéficiaire d'une condamnation pécuniaire qui se heurte à l'inertie de l'administration d'en obtenir paiement direct par le comptable public assigna-

---

[15] Jean Rivero, « Le Huron au Palais Royal », *Recueil Dalloz*, 1962, chron. p.37.

[16] La littérature est très abondante sur ce sujet. Voir en particulier : C. Teitgen-Colly (dir.) (2011), Perspectives contentieuses des réformes de la justice administrative, Paris, LGDJ coll. « Système » ; Florent Blanco (2010), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, Presses universitaires d'Aix-Marseille. Voir également les nombreux manuels de contentieux administratif, en particulier : Bernard Pacteau (2010), *Manuel de contentieux administratif*, PUF coll. « Droit fondamental », 2ème éd.

taire au terme d'un délai de quatre mois de la notification de la condamnation (ou, s'il s'agit d'une collectivité locale : la possibilité d'obtenir du préfet l'inscription d'office dans le budget de celle-ci, et la substitution à l'exécutif local par le préfet en cas de défaut de mandatement). En 1995, la loi attribue au juge administratif un pouvoir d'injonction à l'administration pour qu'elle exécute la décision du juge, lorsque les modalités découlent directement de la décision, ou pour prendre une nouvelle décision dans le cas contraire où une nouvelle instruction est nécessaire. En 2000, enfin, la franchit une étape décisive dans le renforcement des pouvoirs du juge administratif en matière de mesures provisoire : le référé-provision permet au juge de condamner l'administration à payer immédiatement au moins un quantum qu'il fixe de la somme réclamée en attendant le jugement au fond s'il estime que la dette de l'administration ne fait pas de doute, ce qui découragera celle-ci de compter que le temps joue en sa faveur ; le référé-suspension, qui permet d'ordonner la suspension de l'exécution d'une mesure sur la base de l'invocation d'un « moyen sérieux », sans autre condition ; le référé-liberté, qui permet au juge administratif de prendre, dans un délai de 48 heures, toute mesure pour faire cesser toute atteinte ou menace d'atteinte à l'exerce d'une liberté fondamentale. A cela s'ajoute les référés précontractuels ou contractuels, introduits en exécution des directives européennes sur les recours en matière de marchés publics, pour empêcher l'exécution de marchés publics, ou d'autres contrats soumis à une procédure de publicité préalable, après avoir été passés en violation des règles de passation. Qu'il s'agisse du justiciable affecté par un acte administratif unilatéral ou d'un concurrent évincé irrégulièrement, ces procédures visent à la protection des droits.

Toutes ces réformes sont aujourd'hui codifiées dans le Code de la Justice administrative du 30 mai 2000.

Un effet indirect important du développement des procédures de référé a été de revaloriser la procédure orale, dans la procédure contentieuse administrative, qui est essentiellement écrite, donnant en particulier beaucoup plus d'importance à la discussion des faits en première instance. Cette évolution a été constatée en particulier dans l'abondant contentieux relatif à l'entrée et au séjour des étrangers. Cette expérience conduit aujourd'hui à réfléchir à faire une place plus importante à l'oralité dans la procédure ordinaire devant le juge administratif.

Ce n'est pas seulement le droit communautaire qui a, comme dans ce dernier cas, conduit à une évolution de la justice administrative, c'est aussi, et peut-être davantage encore, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg. L'article 6 de la Convention, qui fonde le droit à un pro-

cès équitable, a conduit au développement du contentieux de pleine juridiction. On appelle contentieux de pleine juridiction la procédure selon laquelle le juge administratif n'a pas seulement pour fonction d'éliminer de l'ordre juridique les actes administratifs illégaux, mais encore le pouvoir de « réformer », c'est-à-dire de modifier la décision de l'autorité administrative. Tel est le cas en matière de sanctions administratives, lesquelles connaissent un nouveau développement depuis les années 80, notamment avec les sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes, notamment dans les domaines de la régulation des activités concurrentielles. En effet, ces sanctions relèvent de la « matière pénale » au sens de la Cour européenne des droits de l'homme, et le droit à un procès équitable exige que qu'un juge puisse, en dernier ressort réexaminer l'ensemble des faits et prononcer la décision finale, ce qui ne permet pas le recours pour excès de pouvoir.

Le Conseil d'Etat admet que l'article 6 soit invoqué devant lui à l'appui d'un recours et, allant au-delà, de ce qu'exige la Cour européenne, il impose aux autorités administratives indépendantes, le respect d'une partie des prescriptions de cet article, alors même qu'il s'agit d'autorités administratives dont les décisions sont soumises au contrôle d'un juge. Il a lui-même fait application directe de certaines dispositions de la Convention pour écarter l'application de la loi française : par exemple, sur la base de l'article 14 qui interdit les discriminations, il écarte l'application des dispositions législatives qui gelaient le montant des pensions d'anciens combattants qui avaient perdu la nationalité française à la suite de l'indépendance de leur pays (CE Ass. 30 nov. 2001 « Min. de la Défense c. Diop », *GAJA*[17] 17ème éd. n°110) ; il accepte de considérer les droits à pension, ou d'autres droits pécuniaires, comme des biens protégés par le Protocole n°1 sur le droit de propriété (id. et CE Ass. 11 juillet 2001 « Min. de la Défense c. Préaud », *RFDA* 2001.1047). Dans d'autres cas ; il donne de la loi une interprétation compatible avec la Convention.

Le juge administratif n'a jamais été le seul juge à contrôler l'administration. Il existe depuis longtemps un certain nombre d'hypothèses où le juge judiciaire est compétent (la voie de fait, certaines atteintes à la propriété…). Mais le Conseil constitutionnel a admis que la législateur pouvait déroger, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, à la compétence du juge administratif pour statuer sur la légalité d'actes administratifs (23 janvier 1987) ; sur la base de ce motif, la loi a ainsi confié à la Cour d'Appel de Paris, juridiction ordinaire, les recours contre les décisions de l'Autorité de concurrence, ou d'autres autorités indépendantes de régulation en matière de règlement des différends. En sens inverse, les nouveaux pouvoirs de référé du juge admi-

[17] Abréviation usuelle de : M. Long / P. Weil / G. Braibant / P. Delvolvé / B. Genevois, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz.

nistratif ont réduit le nombre des cas où des justiciables invoquent la voie de fait devant le juge ordinaire.

La Cour européenne des droits de l'homme a eu aussi une influence sur l'organisation et la procédure de la juridiction administrative. Au nom du principe de l'égalité des armes, le traditionnel « commissaire du gouvernement », qui n'a jamais été le défenseur des intérêts de l'Etat ou du gouvernement, a vu ses prérogatives diminuer et son nom modifié à la suite de plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (notamment : CEDH 7 juin 2001 « Kress c. France », *GAJA* n°108) : devenu « rapporteur public » en 2008, ses conclusions, au moins les grandes lignes, sont communiquées aux parties en cause préalablement à leur prononcé, celles-ci peuvent y répondre par des observations, le rapporteur public ne participe plus au délibéré. Il n'est pas sûr que la justice en soit mieux assurée !

La juridiction administrative a ainsi connu une transformation profonde, au terme de laquelle elle assume beaucoup plus que par le passé la fonction de rendre la justice et donc de rétablir effectivement dans leurs droits les victimes d'un dommage ou d'une illégalité, et non plus seulement de rétablir la légalité.

B) L'introduction de nouveaux principes

Le droit administratif français s'est développé essentiellement par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Historiquement il est le droit d'un juge. Cette fonction prétorienne du Conseil d'Etat n'a pas disparu aujourd'hui et l'on pourrait citer de nombreux arrêts dans lesquels il a véritablement posé des normes nouvelles : par exemple le contrôle de conventionalité des lois (CE Ass. 20 oct. 1989 « Nicolo », *GAJA* n°93 ; CE 7 juin 2006 « Association AIDES et autres », *AJDA* 2006.2233) ; la modulation dans le temps des effets d'une annulation (CE Ass. 11 mai 2004 « Association AC ! et autres », *GAJA* n°114) ; la création d'un recours de pleine juridiction devant le juge du contrat, contre un marché signé, au bénéfice du concurrent évincé (CE Ass. 16 juillet 2007 « Soc. Tropic Travaux signalisation », *GAJA* n°117), et bien sûr toute la jurisprudence sur la coopération avec la Cour de Justice de l'Union européenne.

Cependant, c'est l'intervention du législateur, ou parfois de la Communauté puis de l'Union européenne, ou encore certaines conventions internationales, qui sont à l'origine de nouveaux principes fondamentaux qui donnent de nouvelles bases au contrôle de l'administration dans certains domaines. On retiendra ici trois principes : le principe de transparence, le principe de participation et le principe de précaution.

Le principe de transparence est sans doute celui qui a la plus grande portée et plusieurs lois en mettent en œuvre différentes applications. Il renverse un principe traditionnel de l'organisation administrative, qui est celui du secret, qui

se traduit en droit français par une obligation de discrétion professionnelle des agents sur les affaires de leur service. Le principe de transparence ne fait pas disparaître le principe de discrétion professionnelle (à ne pas confondre avec le secret professionnel, qui protège, non l'administration, mais les personnes sur lesquelles l'administration doit détenir des informations professionnelles du fait de ses missions), mais celui-ci cède devant les dispositions législatives qui mettent en œuvre le principe de transparence. On peut rattacher à ce principe :

- Le droit d'accès d'une personne aux données personnelles la concernant qui figurent dans un fichier de données nominatives et le droit de rectification (loi du 11 janvier 1978 modifiée) ;
- Le droit d'accès aux documents administratifs sous réserve des exceptions prévues par la loi (loi du 17 juillet 1978, modifiée par l'ordonnance du 6 juin 2005 qui réglemente, notamment, la réutilisation des données publiques) ;
- L'obligation de motivation des décisions administratives individuelles défavorables, et les décisions dérogatoires (loi du 11 juillet 1979, modifiée).

A côté de ces dispositions générales, il existe des régimes particuliers dans différents codes (par exemple, le Code des procédures fiscales).

On peut aussi rattacher au principe de transparence l'obligation qui est désormais imposée aux titulaires de certains mandats ou de certaines charges de déclarer leur patrimoine au moment de leur prise de fonction et au terme de celle-ci.

Le principe de transparence s'impose aussi dans les marchés publics, au travers de l'obligation de publicité qui conditionne la régularité de tout appel d'offres, de l'interdiction de passer le contrat à des conditions différentes de celles sur la base desquelles les offres ont été soumises, et de l'obligation de l'autorité administrative de motiver son choix.

Le principe de participation est moins précis, mais il présente des applications diffuses importantes en matière environnementale. Il se traduit par des obligations de procédure déterminées par la loi : concertation organisée par la commune pour toute action ou opération d'aménagement pendant de toute la durée de l'élaboration du projet (code de l'urbanisme, art. L.300-2) ; procédures d'enquête publique pour les projets de document d'urbanisme ou travaux ou ouvrages ayant un impact sur l'environnement, notamment. La Charte de l'environnement, introduite par la loi constitutionnelle de 2005, prescrit que « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement » ; selon le Conseil d'Etat, il appartient au législateur d'en fixer les conditions et les limites, tandis que le pouvoir réglementaire ne peut prendre que des mesures d'exécution (CE Ass. 3 octobre 2008 « Commune d'Annecy », *GAJA*, op. cit. n°118).

A la suite de cet arrêt du Conseil d'Etat, la loi du 12 juillet 2010 prévoit que « les décisions réglementaires de l'Etat et de ses établissements publics sont soumises à participation du public lorsqu'elles ont une incidence directe et significative sur l'environnement » (Code de l'environnement : art. L.120-1). Le code de l'environnement organise la procédure de débat public, menée par une commission indépendante sur la base d'un dossier présenté par le maître d'ouvrage, qui doit ensuite indiquer et expliquer les conclusions qu'il titre de cette procédure.

La convention d'Aarhus de 1998 fait obligation aux Etats signataires d'organiser la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, en ce qui concerne els activités qu'elle énumère. Toutefois, le Conseil d'Etat considère que la convention d'Aarhus ne crée des obligations qu'à la charge des Etats, et ses dispositions ne peuvent pas être directement invoquées par les requérants (CE 4 août 2006 « Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire »).

Le principe de précaution a été consacré par la charte de l'environnement ; il a donc valeur constitutionnelle, mais sa mise en œuvre suppose une appréciation des risques d'une part, et des garanties résultant de la législation et de la réglementation en vigueur, ce qui rend son application pratique difficile et toujours controversée. La difficulté est accentuée par le fait que le principe doit souvent être confronté à des directives communautaires dont l'interprétation relève de la Cour de Justice (cf par exemple : CE 6 novembre 2009 « Soc. Monsanto »).

Comme on le voit, il existe un lien étroit entre l'affirmation de nouveaux principes et la jurisprudence. Dans une large mesure, c'est du juge administratif que dépend la portée des nouveaux principes.

C) Les autorités administratives indépendantes

En France, c'est pour la protection des droits que des autorités indépendantes ont été instituées : pour garantir l'impartialité de certaines décisions administratives ou pour garantir un réexamen indépendant et impartial de faits ou de pratiques. L'exemple le plus ancien et le plus classique, mais auquel on ne songe généralement pas, est celui des jurys des concours de recrutement de la fonction publique, depuis que le recrutement par concours est devenu la règle. La loi garantit l'indépendance et la souveraineté de la décision du jury, dont le classement, par ordre de mérite s'impose à l'autorité de nomination. Le Conseil d'Etat a reconnu en 1968 l'existence d'autorités administratives de l'Etat qui ne sont pas soumises au pouvoir hiérarchique du ministre, et dont le ministre peut seulement contester les décisions par un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif (CE 6 décembre 1968 « Ruffin », concl. J. Rigaud, *RDP*

1969, p.701, à propos des « conseils de révision », commissions qui statuaient autrefois sur l'aptitude des jeunes hommes à être incorporées dans l'armée).

Les premières institutions indépendantes de contrôle ont certainement été les chambres des comptes et, en Suède, l'ombudsman, une institution, imitée depuis dans le monde entier, qui vérifie le fonctionnement de l'administration sur la plainte d'un administré et qui peut adresser des remontrances à l'autorité compétente qui doit remédier (mais sans y être juridiquement tenue). Rappelons que l'ombudsman est apparu au début du 19ème siècle comme un « homme de confiance » élus par le parlement, ce qui est resté depuis la source principale de son indépendance. La France s'est inspirée de ce modèle en créant par une loi de 1973 le Médiateur de la République, avec des attributions voisines, lequel cède la place en 2011 au Défenseur des Droits (cf infra).

Mais c'est à partir des années 80 que se multiplient les autorités administratives indépendantes, et toujours dans un but de protection des droits : dans les domaines de l'audiovisuel (Haute autorité en 1982), puis Haut conseil de l'audiovisuel, Conseil supérieur de l'audiovisuel depuis 1989), de la presse (1984), du contrôle des fichiers informatisés de données personnelles (1978 : la Commission nationale Informatique et Liberté – CNIL) ; de l'accès aux documents administratifs (Commission d'accès aux documents administratifs – CADA). Dans tous les cas, il s'agit de prévenir des pratiques illégales et de les sanctionner, et le danger paraissait venir des autorités administratives. En ce sens elles sont bien des institutions de contrôle. D'autres institutions de cette nature ont été créées pour exercer des fonctions de contrôle qui, dans leur domaine, peuvent viser, non seulement des administrations, mais aussi des personnes privées. Tel est le cas en particulier de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité (HALDE), créée en 2004, la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (1991 : prévenir et faire cesser les écoutes téléphoniques illégales), la Commission nationale de déontologie de sécurité (2006 : contrôle des pratiques policières), le Contrôleur des prisons (2008 : contrôle des établissements pénitentiaires). Le point commun de toutes ces autorités est que leur statut assure l'indépendance de leurs membres, qu'elles ont avant tout un pouvoir de dénonciation, de proposition et de recommandation. Cependant, la plupart des autorités indépendantes créées ces dernières années visent la régulation de l'économie et leurs pouvoirs visent essentiellement des personnes privées (par exemple : l'Autorité de concurrence, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, la Commission de régulation de l'énergie…)[18].

[18] Voir en particulier sur ces institutions : M. Collet (2003), *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ ; G. Marcou / F. Moderne (dir.) (2005), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Paris, L'Harmattan coll.

Beaucoup plus ambitieuse est l'institution par la révision constitutionnelle de 2008 du Défenseur des Droits (nouvel article 71-1 de la Constitution) : « Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences ». Il remplace le Médiateur de la République, la HALDE, la Commission nationale de déontologie de la sécurité et le Défenseur des droits de l'enfant, dont il reprend les attributions, mais son domaine de compétence est très large et peut encore être élargie par la voie de la loi organique. Il s'agit cette fois d'un véritable organe supérieur non juridictionnel, mais indépendant, de protection des droits des personnes vis-à-vis des administrations publiques. Il est nommé par le Président le la République pour un mandat de six ans qui n'est pas renouvelable et peut être saisi par toute personne qui s'estime « lésée par le fonctionnement d'un service public » ou de toute administration de l'Etat, collectivité territoriale, établissement public ou tout organisme investi d'une mission de service public, ce qui étend sa compétence à des entreprises privées qui seraient investies d'une telle mission ; il peut aussi se saisir d'office. La loi organique ajoute qu'il pourra aussi être saisi par un parlementaire, mais il ne sera pas nécessaire de transmettre sa plainte en passant par un parlementaire.

La loi organique du 29 mars 2011, qui fixe le statut de la nouvelle institution, la qualifie d'« autorité constitutionnelle indépendante ». Cette qualification est cependant sans portée et ne dit rien sur la nature juridique de l'institution. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 29 mars 2011 sur la loi organique relative au Défenseur des Droits, précise qu'il « s'agit d'une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution » ; ses actes sont donc des actes administratifs et ils peuvent faire l'objet d'un recours au juge administratif.

Le Défenseur des Droits est assisté par des adjoints spécialisés et par des collèges spécialisés, ainsi que par des délégués territoriaux. Il dispose de pouvoirs d'enquête, peut formuler des recommandations. Il siège avec voix consultative à la CNIL. Son régime financier doit assurer son indépendance dans sa gestion : ses crédits sont inscrits dans la loi de finances annuelle, il est ordonnateur principal, dispensé du contrôle financier préalable et soumis au seul contrôle de la Cour des Comptes.

L'avenir dira ce que vaut la nouvelle institution par rapport à celles qui l'ont précédée. Le Défenseur des Droits a été nommé par décret en Conseil des Ministres le 22 juin 2011.

« Logiques juridiques », 2 vol. ; Laurence Calandri (2009), *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ.

D) L'évolution du contrat: l'intervention du juge pour faire respecter la loyauté des relations contractuelles

La France est depuis longtemps un pays de contrats administratifs[19]. La plupart des contrats passés par l'administration sont des contrats administratifs et les litiges contractuels relèvent à la procédure contentieuse administrative ; c'est aussi le cas, notamment en Espagne, au Portugal, en Grèce. Tel n'est pas le cas dans beaucoup d'autres pays européens, où l'on considère que les contrats de l'administration sont en principe des contrats civils.

Cependant, le droit communautaire a conduit à un développement considérable de la part administrative du droit des contrats. C'est la conséquence des directives de l'Union européenne sur les marchés publics, actuellement les directives de 2004, qui réglementent de manière détaillée la passation des contrats pour garantir l'égal accès à la commande publique dans l'ensemble du marché unique, et des directives sur les recours, qui imposent le développement de procédures destinées à garantir l'effectivité de ces procédures. Cela a conduit dans tous les pays à développer un droit administratif et une procédure administrative des contrats de l'administration qu'ils ne connaissaient pas auparavant, afin de faire respecter les règles du droit communautaire.

Paradoxalement, le droit français des contrats administratifs a connu partiellement une évolution divergente, bien qu'elle ne soit pas contradictoire. La jurisprudence française avait, jusqu'à l'arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat « Commune de Béziers » du 28 décembre 2009, donné une importance croissante à la régularité du contrat, si bien que toute irrégularité du contrat conduisait à en déclarer la nullité. Mais, en pratique, il arrivait de plus en plus souvent que la nullité soit invoquée par celle des parties qui souhaitait se libérer de ses engagements contractuels. Ensuite, la nullité du contrat créait des situations difficiles. D'une part il fallait régler un contentieux indemnitaire sur la base du quasi-contrat (enrichissement sans cause) ou sur la base d'une responsabilité pour faute. D'autre part, il fallait régler les suites du contrat déclaré nul lorsque l'objet du contrat affectait la continuité du service public.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat, dans l'arrêt cité, a décidé de replacer au premier plan le respect de la « loyauté contractuelle ». En présence d'un contrat affecté par une irrégularité, le juge administratif doit apprécier si l'irrégularité est invocable par la partie qui s'en prévaut : elle ne doit pas être à l'origine de cette irrégularité. Ensuite, il apprécie la gravité de cette irrégularité et ses conséquences sur le sort du contrat, par rapport à l'intérêt général qui s'attache en principe au maintien du contrat. En fonction du résultat de cette appréciation, le juge dispose de trois possi-

[19] Sur ce sujet dans son ensemble voir : Laurent Richer (2010), *Le droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 7ème éd.

bilités : 1) la poursuite de l'exécution du contrat, sous réserve d'une régularisation (une possibilité qui était rarement admise jusqu'ici) ; 2) la résiliation du contrat, le cas échéant avec effet différé pour préserver la continuité du service public ; 3) l'annulation du contrat, « en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ».

Cette évolution contraste avec l'importance donnée en droit communautaire à la régularité de la passation du contrat. Mais la nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat concerne le règlement d'un litige survenu au cours de l'exécution du contrat. En principe, les litiges soulevés lors de la passation auront dû être réglés au stade précontractuel, ou immédiatement après la signature du contrat, par les différentes procédures ouvertes aux concurrents évincés. Il n'en reste pas moins qu'au niveau des principes ces deux orientations ne sont pas parfaitement cohérentes l'une avec l'autre, et il n'est pas exclu que des affaires particulières conduisent à les confronter.

II. La perspective de l'action publique: contrôle, management et légitimité

Le contrôle doit aussi être envisagé dans la perspective de l'action publique. L'évolution de ses buts, de ses formes et de ses techniques suit alors l'évolution des buts et des formes de l'action publique. Les contrôles internes conservent leur importance mais les prescriptions du management pénètrent dans les rapports hiérarchiques. L'évaluation des résultats s'ajoute au contrôle de la régularité ; la culture du résultat est parfois opposée à l'exigence du respect de la légalité, selon une interprétation opportuniste de l'efficacité. Mais le renouvellement du contrôle peut concourir au renouvellement de la responsabilité politique. Enfin, on voit se multiplier les autorités administratives indépendantes dans les dispositifs de mise en œuvre des politiques publiques, ce qui peut poser des problèmes de légitimité.

A) Les contrôles internes : rapports hiérarchiques et management

Traditionnellement, les rapports hiérarchiques sont fondés sur le devoir d'obéissance des agents subordonnés et la responsabilité du supérieur pour les actes de ses subordonnés[20].

Les recours administratifs, par nature mettent en jeu les rapports hiérarchiques, lorsque l'autorité supérieure est saisie d'un recours qui la conduit à réviser la décision d'une autorité subordonnée.

[20] Danièle Loschak, « Principe hiérarchique et participation dans la fonction publique », *Bull. IIAP* 1976, n° 37.

Mais le contenu des rapports hiérarchiques a évolué au cours des dernières années sous l'influence des nouvelles doctrines du management[21]. Les dirigeants de l'administration sont de plus en plus souvent évalués sur la base des résultats obtenus dans l'exécution de leurs missions, et non simplement sur le fait d'avoir exécuté les instructions reçues.

C'est dans cet esprit que les procédures d'audit interne[22] se sont multipliées dans la pratique administrative, non seulement dans l'administration de l'Etat, mais aussi dans les collectivités territoriales.

On a vu apparaître de documents appelés « contrats », mais qui n'en sont pas, entre le ministre et des dirigeants de l'administration, spécifiant des objectifs à atteindre, des échéances, dont la réalisation peut conditionner la part variable de la rémunération.

Il est encore trop tôt pour apprécier la portée de ces nouvelles pratiques, mais il est certain qu'elles ne remettent pas cause le modèle hiérarchique ; elles en sont seulement un aménagement. Il suffit d'ailleurs que le ministre change pour que les engagements soient de facto caducs.

B) L'évaluation

L'évaluation est une opération plus complexe que le contrôle classique mais constitue une forme nouvelle de contrôle, qui met au premier plan la réalisation des objectifs fixés et, le cas échéant une analyse de l'impact des mesures mises en œuvre[23]. Inversement, on pourrait soutenir que le contrôle de la légalité est une évaluation du respect de la légalité, qui peut-être s'intéresserait aussi aux facteurs divers qui ont une influence sur le respect de la légalité.

L'évaluation peut avoir des objets différents : elle peut porter sur les agents (gestion des ressources humaines), sur la mise en œuvre de mesures, sur la réalisation d'une politique publique. Il est de plus en plus fréquent que des lois adoptées pour mettre en œuvre une politique publique prévoient un dispositif d'évaluation avec la remise d'un rapport au bout de quelques années. Cette évaluation est alors destinée au parlement et au gouvernement. Des évaluations peuvent également être entreprises d'office par la Cour des Comptes.

---

[21] Bernard Abate (2000), *La nouvelle gestion publique*, Paris, LGDJ coll. « Système ».

[22] Franck Mordacq (2009), *La réforme de l'Etat par l'audit*, Paris, LGDJ coll. « Système ».

[23] Sylvie Trosa (dir.) (2009), *Evaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique : une perspective internationale*, Paris, Comité pour l'Histoire économique et financière de la France, Ministère de l'Economie et des finances ; Bernard Perret (2008), *L'évaluation des politiques publiques*, Paris, La Découverte.

C) Responsabilité politique et contrôle de l'administration

Traditionnellement, c'est la responsabilité ministérielle qui était le moyen du contrôle parlementaire sur l'administration. C'est un contrôle politique, lié à la formation du régime parlementaire. Aux Etats-Unis, qui n'ont pas un régime parlementaire, c'est par l'intermédiaire du contrôle du budget et de l'affectation des moyens budgétaires que le Congrès contrôle les administrations fédérales.

D'une certaine manière, dans les collectivités territoriales, c'est également par le contrôle des élus chargés des fonctions exécutives que s'opère le contrôle politique de l'administration.

L'expérience a montré que le contrôle exercé par les assemblées sur l'administration était souvent insuffisant, voir fictif, quand il n'était pas biaisé par des considérations partisanes.

Pourtant, l'évolution des conceptions relatives à la gestion budgétaires ont renouvelé les modalités et l'esprit du contrôle parlementaire. On le voit en France avec l'application de la Loi organique sur les lois de finances (LOLF) de 2001, qui vise à mieux distinguer le contrôle de l'administration du contrôle du gouvernement.

La nouvelle loi organique établit un lien étroit entre la réforme de la procédure d'adoption du budget et l'organisation de la gestion budgétaire par les différentes administrations de l'Etat. Désormais, celle-ci est orientée vers une logique de résultats, et non plus seulement de régularité de la dépense[24]. Selon l'ancienne organisation budgétaire (ordonnance du 2 janvier 1959), les crédits étaient affectés par chapitres définis en fonction de la nature des dépenses et répartis entre les sept titres du budget et entre les ministères. Traditionnellement, le principe de spécialité budgétaire était satisfait par la nomenclature en chapitres, les crédits ne pouvant pas en principe être transférés d'un chapitre à un autre sans une procédure particulière. Pour assouplir la gestion, de nombreux chapitres ont été fusionnés au fil du temps. De plus, et c'était l'une des innovations de l'ordonnance de 1959, le parlement se prononçait en bloc sur les services votés, et le débat budgétaire devait se concentrer sur les mesures nouvelles. Après l'exécution du budget, le parlement devait voter une loi de règlement, fondée sur le rapport de la Cour des Comptes sur l'exécution du budget.

Selon la loi organique du 1er août 2001, les dépenses doivent désormais être présentées sous la forme de programmes, eux-mêmes regroupés en missions. Le programme devient l'unité budgétaire de base, celle sur laquelle les

[24] Damien Catteau (2007), *La LOLF et la modernisation de la gestion publique. La performance, fondement d'un droit public financier rénové*, Paris, Dalloz ; « La LOLF et les institutions politiques », *Revue française de Finances publiques*, 2006, n°94. Pour un regard critique : Jean-René Brunetière (2010), « Les objectifs et les indicateurs de la LOLF quatre ans après… », *Revue française d'Administration publique*, n°135, p.477.

parlementaires se prononcent. Tous les ministères ont revu leur organisation budgétaire au cours des dernières années afin de présenter le budget, depuis celui de 2006, selon une structure en programmes. La nouvelle organisation permet aussi de regrouper en missions et en programmes des interventions partagées entre plusieurs ministères, donnant ainsi une lisibilité budgétaire à des politiques interministérielles, mais il est vrai que l'on n'en rencontrera que peu d'applications. Chaque programme donne lieu à la définition d'objectifs en fonction desquels les moyens sont attribués. Les moyens sont fongibles, sans que cela puisse conduire à l'augmentation des effectifs. Chaque programme a un responsable de programme. Derrière cette organisation budgétaire on recherche une meilleure distinction entre la responsabilité pour la définition des politiques publiques et la responsabilité managériale pour leur mise en œuvre.

Cette nouvelle organisation budgétaire conduit à la transformation du contrôle. Désormais, chaque programme donne lieu à des rapports de mise en œuvre et à une évaluation, destinés au parlement. Cette évaluation doit porter sur les objectifs fixés et les raisons pour lesquelles, éventuellement, ils n'ont pas été atteints, ainsi que sur l'emploi des moyens. Lors de la préparation du budget de l'année suivante, le parlement est invité à prendre en considération l'exécution des programmes du budget précédent pour la préparation des crédits de l'année suivante. Dans ces conditions, la discussion budgétaire doit devenir un moment privilégié du contrôle parlementaire sur l'administration, au cours duquel les parlementaires pourront examiner les résultats atteints dans le cadre de la mise en ouvre d'un programme par rapport aux objectifs qui avaient été fixés ; ils pourront analyser par rapport à ces constats si les moyens ont été bien employés. Il serait naïf de penser que les parlementaires feront abstraction de considérations politiques pour se concentrer sur la gestion et l'évaluation, mais on peut s'attendre, néanmoins, à ce que la loi organique impose une méthode d'examen de la mise en œuvre des programmes qui conduira à certains constats indiscutables du point de vue du fonctionnement de l'administration ou de l'adéquation de son organisation à la politique poursuivie. Dans cette mesure, la loi organique devrait conduire à un renforcement du contrôle parlementaire sur l'administration publique.

De plus, la procédure de la loi de règlement est réformée. Elle devient une procédure de certification, conduite par la Cour des Comptes et sur laquelle le parlement se prononce.

D) Politiques publiques et autorités indépendantes

Aujourd'hui la loi confie souvent la mise en œuvre des politiques publiques ou une partie de cette mise en œuvre à des autorités administratives indépendantes. Cette catégorie d'institutions, apparue en France pour la protection des droits, trouve ici un nouvel emploi et soulève de nouveaux problèmes.

Ces autorités se sont multipliées pour participer à la régulation des marchés dans un contexte de libéralisation de l'économie.

Il existe deux catégories de ces institutions : les autorités administratives indépendantes et les autorités publiques indépendantes. Les secondes se distinguent par le fait qu'elles sont la personnalité morale et des ressources propres, qui peuvent couvrir l'essentiel de leurs ressources, mais le Conseil d'Etat ou la Cour d'appel de Paris, selon leurs compétences respectives, contrôlent leurs actes de la même manière.

Se pose à leur propos aujourd'hui deux types de questions qui sont de plus en plus controversées :

1) Quel est le sens de leur indépendance ?
2) A qui doivent-elles rendre compte de leur activité ?

Le droit communautaire, par un arrêt de la Cour de Justice du 9 mars 2010 « Commission c. Allemagne », et les nouvelles directives de 2009 sur l'électricité, le gaz et sur les communications électroniques, demandent aux Etats de garantir l'indépendance de ces autorités par rapport aux autorités gouvernementales, sans exclure un contrôle juridictionnel et un contrôle parlementaire mais qui ne sauraient porter atteinte à l'indépendance de leurs missions.

Cette orientation du droit communautaire contraste avec la tendance que l'on observe dans l'ordre interne des Etats et dans les discours politiques, qui réclament des contrôles adaptés à l'activité de ces institutions dans la mise en œuvre des politiques. Le sens en est d'assurer que le dernier mot reste au pouvoir politique. Il y a bien là une antinomie qui n'a pas encore trouvé de solution. Si l'utilité des autorités indépendantes ne peut être mise en cause, chaque fois qu'il s'agit de protéger des droits ou des intérêts légitimes, leur fonction relève de la mise en œuvre ; la responsabilité des politiques publiques demeurent entre les mains des autorités politiques dont la désignation repose sur l'élection. Mais où passe en réalité la limite entre l'élaboration des politiques et la mise en œuvre, dans la mesure où les autorités indépendantes participent de toute évidence à la première et mobilisent une part essentielle de l'expertise d'Etat ? Les autorités indépendantes ne sauraient échapper à tout contrôle politique et juridictionnel sans voir à la longue leur légitimité remise en cause[25].

Le contrôle juridictionnel s'est approfondi mais le contrôle politique n'a pas encore trouvé sa voie entre l'ingérence et l'indifférence.

---

[25] G. Marcou (2011, « Les autorités administratives « dépendantes » et « indépendantes » dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique – Une analyse sur des secteurs choisis » dans : Gérard Marcou / Johannes Masing (dir.)*, Le modèle des autorités indépendantes de régulation en Allemagne et en France*, Paris, Société de Législation comparée (édition allemande : Masing / Marcou (Hrsg), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010).

Dr Žerar Marku, redovni profesor
Pravnog fakulteta Pariz I – Sorbona

Savremena kontrola uprave

Sažetak

Kontrola uprave se danas mora posmatrati iz dvostruke perspektive: iz perspektive prava građana i perspektive javnog interesa. Ni jedna ni druga nisu nove, ali njihov cilj i sredstva kontrole su značajno transformisani zbog uticaja ekonomskih i društvenih promena, kao i evropskog prava.

U Francuskoj se podvrgavanje uprave pravu, suštinski posmatrano, odvijalo kroz delatnost upravnog sudstva. Međutim, reforma upravnog sudstva je pojačala njegovu ulogu u efikasnoj zaštiti prava građana. U tom smislu, zakonom su uvedeni novi principi usmereni na to da se pojača zaštita prava građana, a stvorene su i brojne nezavisne institucije koje se bave zaštitom prava građana. Sudska praksa je dovela i do proširenja kontrole upravnih ugovora.

S druge strane, kontrola se vrši i iz perspektive javnog interesa. Pored kontrole celishodnosti, danas se na to dodaju i brojni vidovi kontrole čiji je cilj podizanje efikasnosti rada i optimalan odnos između ostvarivanja cilja i uloženih sredstava. Osim toga, tržišna privreda je dovela do stvaranja nezavisnih tela čije odluke su nezavisne, ali koje ne mogu da izmaknu kontroli političkih vlasti. Za ovaj problem još nije pronađeno odgovarajuće rešenje.

Ključne reči: odnos uprave i sudova, kontrola uprave, sudska kontrola uprave, zaštita prava građana, efikasnost rada uprave.

Pregledni članak 364.35(439)

Dr. Judit Barta, Dozent
an der Juristichen Fakultät in Mischkolz

DIE VERÄNDERUNGEN DES UNGARISCHEN RENTENSYSTEMS (DAS DREI-SÄULEN SYSTEM UND DAS ZWEI-SÄULEN SYSTEM)

Einführung: Die Herausbildung der staatlich gesteuerten Rentenversicherungssysteme hat in Ungarn am Ende des 19. Jahrhunderts mit dem Rentenversicherungsgesetz für Staatsangestellte angefangen. Die Entwicklung dieser Rechtsinstitution hat im Vergleich mit der Gesundheits- und Krankenversicherung einen relativ langen Weg begangen und das System ist obendrein durch Zerrissenheit gekennzeichnet. Beamte, Berufstätige im Arbeitsverhältnis, Berufstätige in den einzelnen Wirtschaftszweigen (Landwirtschaft, Bergbau, usw.) und Selbstständige haben ein eigenes Rentenversicherungssystem gehabt.

Eine der bedeutendsten Stationen in der Geschichte der ungarischen Rentenversicherung hat die Verabschiedung des Gesetzes Nr. II von 1975 über die Sozialversicherung bedeutet. Dieses Gesetz hat das Rentenversicherungssystem, das auf ein bisher zerrissenes und unterschiedliches Regelsystem aufgebaut war, zusammengefasst und homogenisiert. Es hat das Sozialversicherungs-Versorgungssystem aller Berufstätigen und ihrer Angehörigen nach einheitlichen Prinzipien geregelt. Das Gesetz hat den Kreis der gesicherten Berechtigungen im Vergleich mit den früheren Gesetzen bedeutend erweitert und es hat weiterhin die Rentenregelungen liberalisiert. Dazu ist es aber ohne begründende wirtschaftswissenschaftliche und statistische Rechnungen und Studien gekommen. Trotz der Erweiterung der Berechtigungen wurde nicht einmal der Anspruch an die Erschaffung der Deckung und die Erhöhung des Beitrags gestellt. Trotz allem hat der Staat für die Ausbezahlung der Renten eine absolute Garantie übernommen.

Die Finanzierung der Sozialversicherungsrenten ist in Ungarn mit dem sogenannten Umlageverfahren (engl.: PAYGO-Verfahren) geschehen.[1]

Die nächstfolgende Station in der Geschichte der ungarischen Rentenversicherung war, daß das Parlament im Jahre 1993 ein Gesetz über die freiwilligen Versicherungskassen auf Gegenseitigkeit geschaffen hat. Damit hat ein neues Renteneinsparungsprogramm begonnen seinen Weg zu gehen.

Das Parlament hat im Jahr 1997. drei neue Gesetze, als der Reform des Sozialversicherungssystems verabschiedet. Dieses Gesetzpaket hat das Gesetz Nr. II. von 1975. völlig außer Kraft gesetzt.

Die Gründe der Reform waren hauptsächlich auf Folgendes zurückzuführen:

- Veränderungen in der Wirtschaft wegen der Änderung des politischen Systems und des Übertritts zur Markwirtschaft. Die Arbeitslosigkeit hat sprunghaft zugenommen und die Aktivitätsrate hat sich verringert.
- Demographische Gründe: Gleichzeitig hat sich die Zahl der Geburten verringert, so hat die Tendenz der Alterungsrate der Gesellschaft alarmierende Dimensionen angenommen.
- Widersprüche, die sich im staatlichen Rentensystem wegen der ungenügenden Regelung herausgebildet haben. Die Degression der Einkommenseinrechnung hat zu einer besonders ungerechten Einkommenverteilung bei denjenigen, die das Rentenalter schon erreicht haben, geführt und sie hat das Versicherungsprinzip (Äquivalenzprinzip) stark entstellt. Die durchschnittliche Rente war im Jahre 1996 unter 60% des Nettoverdienstes der Erwerbstätigen. Die Größe der Rentenerhöhungen wurde zwar jedes Jahr durch das Parlament verabschiedet, aber auch die Größe der Erhöhungen hat bedauerlicherweise die Höhe der offiziellen Inflation nicht erreicht. Der Wertverlust der Renten hat sich

[1] Das Umlageverfahren deckt die laufenden Ausgaben aus den laufenden Einnahmen. Die im gegebenen Jahr auftauchenden Sozialversicherungsrentenausgaben werden von den im gegebenen Jahr eingelaufenen Beiträgen gedeckt. Das System bildet keine Reserven, deshalb reagiert es sehr empfindlich auf alle Wirkungen, die die Einnahmen verringern. Das diese Rentensystem bequem und angenehm, solange die Bevölkerung und die Wirtschaft zunehmen. Wenn aber Altersklassen im erwerbsfähigen Alter eine kleinere Bevölkerungszal haben als die Altersklassen im Rentenalter und wenn die Wirtschaft stagniert oder schrumpft, anstatt zuzunehmen, dann wendet sich dies ins Gegenteil. Die eingezahlten Beiträge decken nicht die auszuzahlenden Renten. Der Mangel kann eine Zeit lang durch den Haushaltsplan finanziert werden, aber nur bis zu einem bestimmten Punkt.

Zwei Möglichkeiten bieten sich an: die Erhöhung des Beitrags, der aber durch die Tragfähigkeit der Wirtschaft eine Grenze gesetzt ist, darüber hinaus erträgt sie eine Beitragserhöhung nicht mehr. Andererseits kann der Beitrag vermindert werden, was den Unterhalt der Rentner gefährdet, die Inflation nicht außer Acht gelassen.

so stabilisiert. In den neuen Renten haben sich die Jahre, die in der Arbeit und mit Beitragszahlung verbracht wurden, und die Unterschiede der eingezahlten Beiträge immer weniger gespiegelt. Die Unterschiede im Lebenslauf haben sich oft verwischt, in einigen Fällen sind sie auch verschwunden. Wenn jemand 40 Jahre gearbeitet hat, hat er nicht viel mehr Rente bekommen, als derjenige, der nur 25 Jahre erwerbstätig war. In dem Rentensystem haben die Wiederverteilungselemente mit sozialem Prinzip dominiert und die Versicherten, die den Verlust erlitten, haben sich dadurch mit Recht beeinträchtigt gefühlt. Zu dieser Gruppe haben nicht nur Versicherte mit hohem, sondern auch mit durchschnittlichem Einkommen gehört. Die Begünstigten der Umgruppierung – Versicherte mit geringem Einkommen – waren mit ihren Renten unter dem Existenzminimum auch unzufrieden.

Die einzelnen Elemente der Pensionsregeln waren allzu freigebig. Die Dienstzeit, die ohne Beitragszahlung anerkannt wurde, war zum Beispiel sehr lang. Die erwartete Dienstzeit von mindestens 20 Jahren zur Berechtigung auf eine Vollrente war sehr gering und schon 15 Jahre haben zur Teilrente genügt. Auch die Versorgungsregeln der vorzeitigen Altersrenten und der Invalidenrenten wurden zu günstig gestaltet.

Die Pensionsregeln haben alles in allem zur baldigen Pensionierung angespornt. Bei der Schließung eines Arbeitsvertrages neben der Rente war die Zuweisung der Rente nicht eingeschränkt.

- Außenpolitische Faktoren: In Verbindung mit der Verwirklichung der Reform hat die Weltbank auf Ungarn einen bedeutenden außenpolitischen Druck ausgeübt, was auf die bedeutende Verschuldung des Landes zurückzuführen war. Die Weltbank hat ihre Rentenkonzeption, die von ihr für ideal gehalten wurde und auf drei Säulen gebaut ist, Anfang der 90-er Jahre ausgearbeitet. Die erste Säule ist das obligatorische staatliche umlagefinanzierte System. Die zweite Säule ist das obligatorische kapitalisierte Privatrentensystem, das individuell oder nach Berufsgruppen funktioniert. Zu der dritten Säule gehören die freiwilligen Rentenersparnisse. Der Vorteil dieser Rentenkonzeption ist, dass die Regierungsbeteiligung darin eingeschränkt ist und die Rolle des Marktes zunimmt. Die radikalere Version des Modells wurde zuerst in Chile, während der Diktatur von Pinochet eingeführt. Hier wurde aus dem staatlichen Rentensystem mit dem Umlageverfahren völlig in das Privatkassensystem mit Kapitaldeckung übergetreten. Die verschiedenen Versionen des Modells wurden in Argentinien, Kolumbien, Bolivien, Mexiko, Uruguay, und in Europa in Ungarn, Polen, Lettland, Slowakei, Kroatien, usw. eingeführt.

Der andere bedeutendere internationale Faktor, der auf die Veränderung des Rentensystems Wirkung ausgeübt hat, war der Beitrittsvorgang Ungarns zur Europäischen Union. Unter den Erwartungen der Union kommen auch die Ra-

tionalisierung des ungarischen Staatshaushaltes und die Verkürzung der Staatsschulden und der Ausgaben, und damit zusammen die Verkürzung der Rentenausgaben vor.

Aufbau des ungarische Drei-Säulensystems[2]

Die Gesetze, haben nicht nur das umlagefinanzierte System modernisiert, sondern sie haben es um ein Finanzierungselement mit Kapitaldeckung erweitert. Das gegründete Privatpensionskassensystem, das nach dem Kapitaldeckungsprinzip funktioniert, wurde als Untersystem ein Teil des Rentensystems. Das umlagefinanzierte Rentensystem mit Monopolstellung wurde so durch ein System mit mehreren Elementen abgelöst.

Infolge der Veränderung wurde das obligatorische Rentensystem ein System mit zwei Säulen. Einer die Säule wurde das Rentenuntersystem mit Sozialversicherung mit dem Umlageverfahren, und obligatorischer Teilnahme. Die andere Säule wurde das Privatpensionskassenuntersystem mit Kapitaldeckungsfinanzierung und obligatorischer Teilnahme.

Das Privatrentensystem, obwohl es eines der Elemente des neuen Rentensystems ist, ist kein Teil des Sozialversicherungssystems. Es ist mit dem staatlichen Haushaltsplan nicht verbunden. Seine Einnahmen und Ausgaben finanziert es selbst. Die Rentenleistungen waren von den zwei verschiedenen Rentensystemelementen im Verhältnis 75-25 % einander ergänzend gesichert.

Für die Berufseinsteiger war der Eintritt in die zweite Säule Obligatorisch.

In der Sozialversicherung Versicherten konnten frei wählen:

- in dem reformierten reinen Rentensystem der Sozialversicherung bleiben, oder

[2] Nationale Alterssicherungssysteme setzen sich gemäß dem traditionellen „Drei-Säulen-Schema“ typischerweise aus Instrumenten der staatlichen Alterssicherung, der betrieblichen Altersversorgung und der privaten Altersvorsorge zusammen. Drei Betriebsrenten-Modelle stehen sich heute gegenüber. Erstens die klassische Rentenzusage des Arbeitgebers, für die dieser im Sinne eines aufgeschobenen Lohnes auch einzustehen hat; diesen Weg geht z.B. bis heute Deutschland. Den zweiten Weg findet man vor allem in den Niederlanden. Auch er beruht in hohem Maße auf kollektiven Absprachen der Sozialpartner, mit der „Erzeugung“ des Produkts wird jedoch exklusiv ein außenstehender Finanzdienstleister beauftragt (Pensionfonds), der seinerseits erhebliche Teile des Geschäfts nach außen vergibt.

Am anderen Ende der Skala (drittes Modell) findet man inzwischen Finanzprodukte, die den Namen „Betriebsrente“ kaum noch verdienen. Die betriebliche oder überbetriebliche Absprache besteht hier nur noch in einer Hülse, die den Beitragssatz und die Verteilung der Zahlungspflichten festlegt, der Arbeitnehmer muss auf dieser Grundlage selbst einen Finanzdienstleister in Form eines Investmen-Fonds auswählen. Das Anlagerisiko trägt er in vollem Umfang selbst. Dieses Modell findet man in Schweden.

Dieses Modell besteht in Ungarn nicht. Ungarn führte die obligatorische kapitalgedeckte private zweite Säule ein, gefolgt dem Weltbank-Modell sind.

- in das sogenannte gemischte System eintreten, sie sind Mitglieder des staatlichen Systems geblieben, aber daneben sind sie in eine freiwillig gewählte Privatpensionskasse eingetreten.

Die Privatpensionskassenmitglieder sollten aus ihrem steuerpflichtigen Einkommen zuerst 6 %, später 8% Privatkassenmitgliedsbeitrag und 2% Pensionsbeitrag zahlen.

Die Mitglieder des gemischten Systems wurden nach der Vollendung der Rentenaltersgrenze den größten Teil ihrer Rente (ungefähr drei viertel) von der Sozialversicherung und den anderen Teil von der Privatpensionskasse, die sie gewählt haben, bekommen.

Die obligatorische Rentensystem wird durch Selbstfürsorgeformen ergänzt: durch freiwillige, auf Gegenseitigkeit beruhende Versicherungskassen, und durch Lebens- und Rentenversicherungsverträge, die von profitorientierten geschäftlichen Versicherungsgesellschaften gekauft werden können.

Der kurze Vergleich der Sozialversicherungsrente und der Rentenleistung der Privatpensionskasse

Die Sozialversicherungsrente richtet sich nach dem Betrag des Einkommens, das die Grundlage des Pensionsbeitrags bildet, und nach der anerkannten Dienstzeit.

Die Rentenleistung der Privatpensionskasse richtet sich nach dem Betrag des Einkommens, das die Grundlage des Mitgliedsbeitrages bildet, nach der Länge des Anhäufungszeitraums (mindestens 15 Jahre) und nach dem Investitionsertrag der betreffenden Privatpensionskasse.

Das Privatkassenmitglied kann unter vier Rentenleistungen wählen und drei davon sichern auch die Versorgung der Angehörigen. Im System der Sozialversicherung gibt es keine Wahlmöglichkeit innerhalb der Rentenleistungen. Die Sozialversicherungsrente kann einem nach eigenem Recht zustehen, wie die Altersrente und die Invalidenrente. Sie kann die Rente des Angehörigen sein, wie Witwen- und Wittwerrente, Waisenrente, Hinterbliebenenrente für die Eltern.

Das Privatrentensystem versichert die Invalidität nur teilweise. Von der Kasse bekommt der Invalide Mitglied nur dann Rentenleistung, wenn die Anhäufungszeit von mindestens 15 Jahren schon abgelaufen ist. Sonst hat er nur auf eine Auszahlung in einem Betrag Recht.

Das Privatkassensystem sichert die Verwaltung der Risiken der Angehörigen durch die Bestimmung der Beerbung (es handelt sich um den auf dem Einzelkonto angehäuften Kapitalbetrag) und der Rententypen, die gewählt werden können und auch das Angehörigenelement enthalten. Die Angehörigen (Kinder, Eltern, Ehegatte, Ehegattin) nur dann eine Rentenleistung, wenn sie als Begünstige bestimmt sind.

Rückkehr zum einsäuligen Pflichtrentensystem das am 13.12.2010 erlassene Sammelgesetz

Vorgeschichte

Im Sommer 2010 haben unter ungarisch-polnischer Initiative neun europäische Länder interveniert, um die bestehenden Regeln zum Haushaltsdefizit und zur Staatsverschuldung zu ändern.

Mit dieser Initiative sollten die notwendigen Rahmenbedingungen geschaffen werden, damit die EU die mit der Rentenreform verbundenen Kosten bei den Berechnungen berücksichtigt.

Was bedeuten diese Kosten? Das ist der Betrag, den die Staatskasse an die öffentliche Rentenkasse überweist, um die Verluste auszugleichen, die durch die stufenweise Umstellung auf das private Privatrentenversicherungssystem entstehen.

Die Mitglieder der privaten Rentenversicherungen zahlen weniger Beiträge in die staatliche Rentenversicherung, da sie gleichzeitig auch in der pflichtigen privaten Rentenversicherung Beiträge entrichten.

Nach Berechnungen hätte das Haushaltsdefizit in Ungarn auf dem Papier nicht wie heute 3,8 des BIP, sondern nur 2,4% des BIP betragen, also unterhalb der vorgeschriebenen 3% gelegen, wenn die in die private Rentenversicherung eingezahlten Mitgliedsbeiträge stattdessen in die staatliche Rentenversicherung geflossen wären.

In den letzten Jahrzehnten waren neben Ungarn andere mittelosteuropäische Länder, wie Polen, Litauen, Estland, Bulgarien, Kroatien, Rumänien, die Slowakei und Mazedonien infolge des Drucks der Weltbank und der EU gezwungen, ein kapitalgedecktes Pflichtprivatrentensystem einzuführen.

Die vor der Reform durchgeführten Rentenmodelluntersuchungen haben gezeigt, dass die stufenweise Anhebung des Rentenalters die Einführung privater Rentenversicherungen ermöglicht, denn genau in den betreffenden Jahren – zwischen 2003 und 2015 –entsteht ein Überschuss im staatlichen Rentensystem, wenn das Privatkassensystem noch ansammelt, da in diesem Fall ein Teil der Einkommen aus dem staatlichen System vereinnahmt werden, aber noch keine Dienstleistungen erbracht werden.

In solchen Jahren, in denen die private Rentenversicherung schon Rente zahlt, werden die Ausgaben des staatlichen Rentensystems gemindert.

Die EU hat in erster Runde die Anfrage abgewiesen.[3] Die ungarische Regierung hat von weiteren diplomatischen Initiativen abgesehen und stattdes-

[3] Das Thema war nicht neu. Schon einmal - vor fünf Jahren – war es den reformfreudigen mittel- und osteuropäischen Ländern gelungen, die Kosten ihrer teuren Rentenreformen auf Defizit und Schuldenstand herausrechnen zu lassen – allerdings mit einer Übergangsfrist von fünf

sen in kurzer Zeit mit einigen Gesetzesänderungen das Privatrentensystem umgestaltet.

Die wichtigste Änderung erfolgte mit dem im Dezember 2010 erlassenen Gesetz, mit welchem 7 andere Gesetze auf einmal geändert wurden.

Es wurde ein Rentenreform- und schuldmilderder Fonds geschaffen, um die eingezahlten Beiträge derjenigen Mitglieder zu sammeln und zu verwalten, die in das Sozialversicherungssystem gewechselt sind.

Die Mitglieder der privaten Rentenversicherung mussten nämlich bis zum 31. Januar entscheiden, ob sie weiterhin Mitglied der privaten Rentenversicherung bleiben oder ob sie ins reine Sozialversicherungssystem wechseln.

Die Personen, die sich für das Privatpensionssystem entschieden haben, mussten dies ausdrücklich erklären. Bei denjenigen, die keine Erklärung abgegeben haben, wurde die Mitgliedschaft im Privatpensionssystem *mit Wirkung zum 01.03.2011 beendet und* sie sind automatisch in das Sozialversicherungssystem gewechselt.

Mit dem Wechsel richten sich die Ansprüche der bisherigen Mitglieder nunmehr gegen den Rentenreform- und schuldmildernden Fonds.

Zeitlich versetzt wurde in der staatlichen Säule eine Einzelkontoführung eingeführt. Auf diese Weise soll gewährleistet werden, dass eingezahlte Rentenbeiträge nicht – wie befürchtet – verloren gehen und die geleisteten Zahlungen nachvollziehbar sind.

Die Regierung wurde bevollmächtigt, die mit der Führung des Einzelkontos verbundenen Regelungen zu erlassen.

Das Gesetz hat einen Wechsel zur staatlichen Rentenversicherung auch denjenigen ermöglicht, die vor dem 01.02.2011 in Rente gegangen sind. Im Falle eines Wechsels erhalten sie die volle staatliche Altersrente.

In diesem Fall mussten diejenigen Rentner, die wechseln wollten, die ausgezahlten Rente der privaten Rentenversicherung an diese zurückzahlen. Die privaten Rentenversicherungen mussten die betreffenden Beträge dann ihrerseits an den Rentenreform- und schuldmilderder Fonds überweisen.

Das neue Gesetz hat auch den Status derjenigen wesentlich geändert, die in der privaten Rentenversicherung geblieben sind.

Jahren. Diese Frist ist nun abgelaufen, ohne dass sich an den Lasten etwas geändert hätte. Kommission und Rat haben bereits ein Einlenken signalisiert im Sinne einer Einzelfallentscheidung. Die Regeln des Stabilitätspakts sollen dabei formal keinesfalls geändert werden. Deutschland war bisher gegen Sonderregeln für die neuen Mitgliedstaaten, ist aber im Vorfeld des Europäischen Rats am 17. 12. 2010. eingeknickt, Begründung: Man könne es nicht einfach ignorieren, wenn neun Staaten eine Forderung stellen. Berlin möchte nun die Kosten der Privatisierung der Renten als „mildernde Umstände" bei der Verhängung von Strafen berücksichtigen. Es deutet sich an, dass die Ausnahmeregeln kein Übergangsphänomen bleiben. *Dr. Franz Rewey: Bericht aus Brüssel 02. 2011. RV aktuell Fachzeitschrift und amtliche Mitteilungen der deutschen Rentenversicherung S. 44-45.*

Es gibt keine staatliche Garantie mehr welche die Ansprüche der Mitglieder der privaten Rentenversicherungen gesichert hat.

Die Mitgliedsbeiträge wurden (bezogen auf die Rentenbeitrag) von 8 % auf 10 % erhöht.

Diejenigen, die nicht zur Sozialversicherung gewechselt sind, erwarben ab dem 01.12.2011 keine Dienstzeit im Sozialversicherungssystem und verloren das Recht auf eine staatliche Rente.

Die Mehrheit derjenigen, die in der privaten Rentenversicherung geblieben sind, wird keine staatliche Rente bekommen und kann nur mit den Dienstleistungen der privaten Rentenversicherung rechnen.

Es wird darüber nachgedacht, in Zukunft die Vererblichkeit auch im Sozialversicherungssystem zu sichern.

Dem Sozialversicherungssystem wird häufig zum Vorwurf gemacht, dass Rentenbeiträge der Berechtigten im Todesfall „verloren gehen". Bei der privaten Rentenversicherung sind die angelaufenen Beiträge demgegenüber im Todesfall vererblich.

Im Sozialversicherungssystem sollte das Witwengeld eine Vererblichkeit sicherstellen.

Aufgrund der Einzahlungen der verstorbenen Versicherten wird im Sozialversicherungssystem nicht eine Witwenrente, sondern ein Witwengeld gezahlt, wenn der letztere Beitrag höher ist, als die im Gesetz festgelegte Summe der Witwenrente.

Unter systematischen Aspekten ist festzuhalten, dass das dreisäulige Rentensystem, bestehend aus dem pflichtigen Sozialversicherungssystem, und dem Privatpensionssystem, ferner der freiwilligen ergänzenden Versicherung, durch die Gesetzesänderungen aufgelöst wurde.

Nach dem neuen System gibt es das pflichtige Sozialversicherungssystem (als erste Säule), oder anstelle dessen das freiwillig wählbare Privatpensionssystem (auch als erste Säule) und als Zweites die freiwillig wählbare, ergänzende Rentenvorsorgesäule.

Nach Auffassung von Bernd von Maydell kommt dem Privatpensionssystem (als Instrument der Privatversicherung) im ungarischen Rentensystem eine Alternativfunktion und der Privatversicherung, nach wie vor, eine Ergänzungsfunktion zu.[4] Historisch ist das System mit dieser Struktur nicht unbekannt in Ungarn. Das *Gesetz XL aus dem Jahre 1928 über die Pflichtversicherung von*

[4] Von einer Primärfunktion kann man sprechen, wenn die Versicherung das Risiko selbst abdecken soll. Es besteht aber auch die Möglichkeit, daß der Privatversicherungsschutz an die Stelle des Sozialrechtlichen Schutzes tritt, man kann von einer Alternativfunktion sprechen. Von einer Ergänzungsfunktion der Privatversicherung kann dagegen dann die Rede sein, wenn die private Versicherung den sozialrechtlichen Schutz ergänzen soll. (*Bernd von Maydell: Privatversicherung als Instrument sozialer Sicherheit, Lexikon des Rechts Nr. 4. Gruppe 11. Bonn, 1993.)*

Altersrente, Invalidenrente, Witwenrente und Waisenrente hat es auch ermöglicht, dass die Versicherten anstelle des staatlichen Pflichtrentensystems die sogenannten anerkannten unternehmerischen Rentenkassen wählen konnten.

Sozialversicherungssystem oder Privatpensionssystem?

Man kann diese Frage nicht eindeutig beantworten. Die Meinungen der Ökonomen und Soziologen gehen auseinander.

Bewertet man die Gesetzesänderungen, so lässt sich Folgendes festhalten:

Dienstleistungen der Privatrentenkassen hängen von der Einzahlung des Mitgliedes, der Beitragszahlungsdauer und der Höhe der Überschüsse ab. Gerade die Höhe der Überschüsse ist aufgrund fluktuierender Kapitalmärkte der unsicherste Faktor.

Für das Privatrentensystem wird bis heute nicht festgelegt, wie die Rente gebildet wird, wie viel Prozent des Durchschnittlohnes die Rente sein muss, wie man die Rente indexiert, wie man die Deckung der Rente bildet und die von der Rente abziehbaren Kostenmarge ist auch nicht maximalisiert.

Die Mitglieder der Privatrentenkasse sehen nur den angelaufenen Betrag auf ihrem Konto. Es ist aber nicht möglich auszurechnen, in welcher Höhe die Rente letztlich ausgezahlt wird.

Es gibt keine offiziellen Statistiken, in welcher Höhe ein Mitglied der privaten Rentenversicherung Beiträge zahlen muss, damit er in der privaten Rentenversicherung mindestens genauso viel Rente bekommt wie im staatlichen Rentenversicherungssystem.

Der heute festgelegte Satz in Höhe von 10 % reicht mit Sicherheit nicht aus. Es gibt zwar die Möglichkeit, den Satz aufzustocken, allerdings nur im Rahmen des Gesetzes.

Die heutige Funktionsweise und die Struktur der Privatpensionskassen sind nicht in ausreichendem Maße effizient.

Nur scheinbar sind es die Mitglieder, die eine Entscheidungsmacht haben. In Wirklichkeit liegt die Macht jedoch in den Händen der Fachleute.

Diejenigen, die ins Privatrentensystem gewechselt sind, haben teilweise oder völlig ihre Anwartschaften für die staatliche Rente verloren: Im Privatpensionssystem wird das Risiko der Berufsunfähigkeit überhaupt nicht, und die Angehörigenrente nur zum Teil gedeckt.

Die Argumente für das Privatpensionskassensystem sind auch schwächer geworden.

Die Ersparnisse werden auf Einzelkonten geführt, das Mitglied wird über den Kontostand kontinuierlich informiert.

Die eingezahlten Beiträge werden in dem vom Mitglied gewählten Portfolio angelegt und durch Überschüsse vermehrt (die Investition hängt von den Risiken am Kapitalmarkt ab, ein Teil davon kann damit verloren gehen.)

Die an die Inflation angepassten Überschüsse werden garantiert. Es ist aber nicht sicher, dass das Geld vom Garantiefonds dafür ausreicht.

Die Ersparnisse im Anhäufungszeitraum sind vererblich. Erfolgt der Todesfall nach einer kurzen Ansparungsphase, so werden jedoch nur unzureichende Geldzahlungen für Angehörige erbracht

Wenn in der privaten Rentenversicherung Angehörige im Sinne des Sozialversicherungsrechts (Kind, Witwe) nicht ausdrücklich als versicherte Personen benannt werden, sondern z.B. Freund/Freundin, bekommen die Angehörigen keine Rente.

Nach Daten, die Anfang Februar 2011 veröffentlicht wurden, sind 98 % der Privatpensionskassenmitglieder zum staatlichen Rentensystem gewechselt.

Die in der Privatpensionskasse gebliebenen 100.000 Mitglieder können maximal ein halbes Dutzend Privatpensionskasse finanzieren.

Von der institutionellen Seite aus betrachtet kann das staatliche Rentensystem als stabil eingestuft werden. Möglicherweise ist dieses System im Vergleich zu den Privatkassen auch günstiger.

Mit der zukünftigen Einführung der Einzelkontenführung wurde ein Schritt Richtung Transparenz vollzogen.

Anstelle der Vererblichkeit besteht die Möglichkeit, eine Angehörigenrente oder eine Witwenrente zu wählen. Dies kann aus mehreren Gründen vorteilhaft sein kann.

Die Rente der Sozialversicherung bemisst sich nach der Einkommenshöhe und der Arbeitszeit. Bislang werden hiervon keine Beiträge abgezogen.

Die Regeln zur Kalkulation der Rente werden gesetzlich bestimmt, die zu erwartende Rente ist damit kalkulierbar.

Die systembedingte Umverteilung ist manchmal zu unverhältnismäßig, und führt damit auch zu Ungerechtigkeiten.

Das staatliche Rentensystem ist nicht den Risiken des Kapitalmarktes, dafür aber den demografischen Faktoren ausgesetzt.

Von der finanziellen Seite her betrachtet, ist das auf einer Umverteilung basierende Rentensystem genauso unsicher, wie eine kapitalgedeckte Finanzierung. Allerdings sind die Risikokoeffizienten andere.

Die Höhe des Einkommens hängt von der Arbeitslosenquote, der Beitragszahlungsdisziplin und der Höhe der eingezahlten Beträge ab. Die Leistungen hängen vom Rentenalter, der Länge der Rentenperiode und von der Höhe der Rente ab.

Reicht der Überschuss nicht aus, muss die Auszahlung reduziert werden. Dies ist nur durch Verkürzung der Rentenperiode, durch Erhöhung des Rentenalters oder durch Verringerung der Rentenauszahlungen möglich.

Laut Vorhersage von Eurostat wird sich in Ungarn die Zahl der über 65-jährigen von heute 24 % in zwanzig Jahren auf 30 % erhöhen und im Jahre 2040 40 % betragen.

In der EU liegt heute die Höhe der 15-65jährigen im Durchschnitt bei 65 %, in Ungarn dagegen bei 55 %. In Ungarn gibt es 3 Millionen Rentner. Dabei wird ein Rentner von ungefähr1,3 Beitragzahlenden finanziert.

Nach Daten der nationalen Steuerbehörde erhalten 34 % der Beschäftigten nur einen Minimallohn und sie zahlen demgemäß die Beträge.

Fraglich ist, ob das umlagefinanzierte System langfristig aufrechterhalten werden kann. Die staatliche Intervention wird früher oder später unvermeidbar.[5] Darüber hinaus hat die Regierung Schritte eingeleitet, die darauf hindeuten, dass die staatlichen Garantien abgebaut werden.

Demzufolge wächst die Notwendigkeit der freiwilligen Selbstvorsorge, um im Alter auf einem angemessen Niveau zu leben.[6]

Összegzés

Magyarország volt az első közép-kelet európai ország, amelyik a Világbank által kidolgozott nyugdíjmodellt megvalósította, második pillérként bevezetve a kötelező tőkefedezeti magánnyugdíjrendszert.

A magyar Parlament 1997-ben fogadta el azt a három új törvényt, amely a reformot megvalósította.

A változások hatására a kötelező nyugdíjrendszer kétpilléres lett, az egyik pillér az állami, felosztó kirovó finanszírozású, a másik a tőkefedezeti magánnyugdíjpénztári rendszer.

A harmadik pillérbe az önkéntes nyugdíjelőtakarékossági formák tartoznak.

2010. nyarán, lengyel-magyar felvetésre kilenc EU-ország kezdeményezte az Európai Bizottságnál az államháztartási hiány és az államadósság számítási szabályainak módosítását.

A cél az volt, hogy a nyugdíjreformmal kapcsolatos költségeket az EU vegye figyelembe az elszámolásokban.

---

[5] Das Finanzierungsproblem gilt für die Alterssicherungssysteme der EU und der meisten OECD-Länder auch. Die Europäische Kommission gab im Sommer 2010. ein Grünbuch zu einem europäischen Rahmen für Renten heraus. Das Buch konzentriert auf das Finanzierungsproblem auch, und beschäftigt mit der Rolle der Kapitaldeckung, und mit dem Verhältnis der verschiedenen Säulen. Die Kommission kündigte ein neues Programm an, um die Konzeption der kapitalgedeckten Alterssicherungssysteme zu modifizieren und vor allem die noch vorhandenen konzeptionellen Schwächen anzugehen.

[6] In seiner Sitzung am 6. 12. 2010. hat der Rat „Beschäftigung und Soziales" die Grundzüge für die weiteren Arbeiten auf europäischer Ebene auf dem Feld der Alterssicherung definiert. So wird es vorrangig als Aufgabe der Rentensysteme angesehen, im Rahmen der 2020-Strategie Armut zu vermeiden, und erst dann in einem vernünftigen Maß den Lebensstandard nach dem Ruhestand aufrechtzuerhalten. Ein angemessenes Renteneinkommen vor allem durch eine Kombination aus öffentlichen Renten und betrieblichen Renten sichergestellt werden soll. Immerhin sollen die Rolle und Leistungsfähigkeit privater Rentensysteme im Hinblick auf ihre Sicherheit untersucht werden.

Az EU első körben elutasította a kérést. A magyar Kormány további diplomáciai próbálkozások helyett gyors, és egymást követő törvénymódosításokkal avatkozott be a magánnyugdíjrendszerbe.

A legkomolyabb változást a 2010. december 13-án elfogadott törvény okozta, mely 7 fontos törvényt módosított egy csapásra.

A magán-nyugdíjpénztári tagoknak 2011. január 31-ig döntenie kellett, magánpénztári tagok maradnak, vagy visszalépnek a tisztán társadalombiztosítási nyugdíjrendszerbe.

Aki nem lépett vissza a társadalombiztosítási nyugdíjrendszerbe, az 2011. december 01-től kezdődően a társadalombiztosítási nyugdíjrendszerben további szolgálati időt nem szerez, ezzel elvesztette állami nyugdíjra való jogosultságát.

A 2011 február elején közzétett adatok szerint, a magánpénztártagok 98 százaléka visszalépett az állami nyugdíjrendszerbe.

Inhalt

Ungarn war eines der ersten mittel- und osteuropäischen Länder, die bei der Reform eines Rentensystems dem Weltbank-Modell gefolgt sind und eine obligatorische kapitalgedeckte private zweite Säule eingeführt haben.

Das ungarische Parlament hat im Jahr 1997. drei neue Gesetze, als der Reform des Rentensystems verabschiedet.

Infolge der Veränderung wurde das obligatorische Rentensystem ein System mit zwei Säulen. Einer die Säule wurde das Rentenuntersystem mit Sozialversicherung mit dem Umlageverfahren, und obligatorischer Teilnahme. Die andere Säule wurde das Privatpensionskassenuntersystem mit Kapitaldeckungsfinanzierung und obligatorischer Teilnahme.

Zu der dritten Säule gehören die freiwilligen Rentenersparnisse.

Im Sommer 2010 haben unter ungarisch-polnischer Initiative neun europäische Länder interveniert, um die bestehenden Regeln zum Haushaltsdefizit und zur Staatsverschuldung zu ändern.

Mit dieser Initiative sollten die notwendigen Rahmenbedingungen geschaffen werden, damit die EU die mit der Rentenreform verbundenen Kosten bei den Berechnungen berücksichtigt.

Die EU hat in erster Runde die Anfrage abgewiesen. Die ungarische Regierung hat von weiteren diplomatischen Initiativen abgesehen und stattdessen in kurzer Zeit mit einigen Gesetzesänderungen das Privatrentensystem umgestaltet.

Die wichtigste Änderung erfolgte mit dem am 13.12.2010 erlassenen Gesetz, mit welchem 7 andere Gesetze auf einmal geändert wurden.

Die Mitglieder der privaten Rentenversicherung mussten bis zum 31. Januar entscheiden, ob sie weiterhin Mitglied der privaten Rentenversicherung bleiben oder ob sie ins reine Sozialversicherungssystem wechseln.

Diejenigen, die nicht zur Sozialversicherung gewechselt sind, erwarben ab dem 01.12.2011 keine Dienstzeit im Sozialversicherungssystem und verloren das Recht auf eine staatliche Rente.

Nach Daten, die Anfang Februar 2011 veröffentlicht wurden, sind 98 % der Privatpensionskassenmitglieder zum staatlichen Rentensystem gewechselt.

Dr Judit Barta, docent
Pravnog fakulteta u Miškolcu

Reforme penzijskog osiguranja u Mađarskoj

Sažetak

Mađarska je bila prva srednjo-evropska država koja je ostvarila model penzionog sistema izrađenog od strane Svetske banke, te uvela obavezno privatno penziono osiguranje sa kapitalnim pokrićem, kao drugi stub sistema penzijskog osiguranja.

Parlament je 1997. godine usvojio tri zakona kojima je ova reforma ostvarena.

Novi sistem obaveznog penzijskog osiguranja zasniva se na dva stuba. Prvi predstavlja državni sistem penzijskog osiguranja, zasnovan na distributivnom finansiranju, a drugi privatni sistem penzijskog osiguranja sa kapitalnim pokrićem.

Postoji i treći stub penzijskog osiguranja koji čine ulaganja u razne dobrovoljne privatne penzione fondove.

Tokom leta 2010. godine na osnovu zajedničke poljsko-mađarske inicijative, devet članica Evropske unije je podnelo predlog Komisiji radi izmena budžetskih pravila i pravila o računanju državnog duga. Cilj predloga je bio da se u finansijskim obračunima prema Evropskoj uniji uzmu u obzir i državni izdaci u vezi sa reformom penzijskog sistema.

Evropska unija je najpre odbila predlog. Vlada Mađarske se umesto daljih diplomatskih koraka odlučila da brzim i sukcesivnim izmenama zakona promenai sistem privatnih penzionih fondova. Najznačajniju novinu predstavlja zakon usvojen 13. decembra 2010. godine, kojim se menjaju sedam drugih važnih zakona. Članovi privatnih penzionih fondova su morali da do 31. januara 2011. godine odluče da li će ostati u privatnim penzionim fondovima ili će se priključiti penzionom sistemu zasnovanom isključivo na principu socijalnog osiguranja.

Osiguranicima, koji se nisu vratili u sistem državnog penzionog osiguranja, od 1. decembra 2011. godine ne računa se više staž osiguranja, te izgubili su pravo na državnu penziju.

Prema podacima objavljenim u februaru 2011. godine, 98% članova privatnih penzionih fondova vratilo se u sistem državnog penzijskog osiguranja.

Ključne reči: penzija, penzioni sistem, obavezno penzijsko osiguranje, dobrovoljno penzijskog osiguranje