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

ZBORNIK RADOVA
COLLECTED PAPERS

XLVI 1 (2012)

NOVI SAD, 2012.

ZRPFNS, Godina XLVI Novi Sad, br. 1 (2012)

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

Prof. 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), prof. dr Branislav Ristivojević,
mr Radmila Dabanović, Marko Knežević

Menadžer časopisa

Stefan Samardžić

Sekretarijat Uredništva

dr Vladimir Marjanski, dr Dragana Ćorić, dr 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.

Zbornik izlazi četiri puta godišnje.

Kompjuterska obrada teksta

Goran Hajzler

Štampa:
„Futura“ Petrovaradin
Tiraž: 300 primeraka

SADRŽAJ

Dr Milo Bošković, profesor emeritus
Psihosocijalne karakteristike nasilničke ličnosti 7

Dr Vojislav Đurđić, redovni profesor
Evropski nalog za hapšenje 21

Dr Zoran Radivojević, redovni profesor, Dr Nebojša Raičević, docent
Primena međunarodnog ekološkog prava u oružanim sukobima 39

Dr Stevan Šogorov, redovni profesor
Razlozi isključenja člana iz društva s ograničenom odgovornošću odlukom suda 63

Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Vladar i zakon u delu cara Julijana Apostate 75

Akademik Jožef Salma, redovni profesor
Notarijalno obligaciono pravo 87

Dr Mile Vranješ, redovni profesor
Carine i carinska politika u funkciji ostvarivanja regionalnih ekonomskih integracija: primer Evropska Unija 101

Dr Zoran Arsić, redovni profesor
Osnivački akt akcionarskog društva i zaštita životne sredine 119

Dr Dušanka Đurđev, redovni profesor
Saobraćaj i održivi razvoj 131

Dr Ranko Keča, redovni profesor
O osnovnim načelima zakona o izvršenju i obezbeđenju 149

Dr Danica Popov, redovni profesor
Predaja stvari kao način sticanja (*modus acquirendi*) stvarnih prava 169

Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor
Kontrola privatnog sektora bezbednosti u inostranstvu 187

Dr Maja Stanivuković, redovni profesor
Pravo Evropske unije i sudovi u Srbiji 203

Dr Dušan Nikolić, redovni profesor
O dinamici i efektima zakonodavnog rada 223

Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor
Priznanje i izvršenje odluka u stvarima roditeljske odgovornosti prema Uredbi 2201/2003 (Brisel II bis) 239
Dr Ištvan Feješ, redovni profesor
Constitutio Criminalis Theresiana – Neki instituti opšteg dela krivičnog postupka 261
Dr Marija Salma, redovni profesor
Postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja 289
Dr Snežana Brkić, redovni profesor
Teret dokazivanja u krivičnom i parničnom postupku 299
Dr Dragica Živojinović, vanredni profesor
Zahtevi etičke opravdanosti kliničkih ispitivanja 331
Dr Tatjana Lukić, vanredni profesor, Stefan Samardžić, asistent
Maloletnici u krivičnom postupku 349
Dr Dragiša Drakić, vanredni profesor
O stilu jezika zakona 369
Dr Marko Trajković, docent
Pravo u svetu vrednosti 383
Dr Nataša Deretić, docent
Različiti oblici korupcije u pravnoj istoriji 399
Dr Bojan Pajtić, docent
Održivi razvoj i procena uticaja na životnu sredinu 409
Dr Maša Kulauzov, docent
Kritike srpskog Građanskog zakonika od 1844. godine s posebnim osvrtom na odredbe o porodičnoj zadruzi 427
Dr Samir Aličić, asistent
Kanalizacija (*cloaca*) u rimskom pravu 437
Dr Dragana Ćorić, asistent
Ekološka etika – pojam, istorijat i pravci razvoja 459
Dr Atila Dudaš, asistent
Shvatanja o kauzi ugovora u domaćoj civilistici po usvajanju Zakona o obligacionim odnosima 475
Dr Bojan Tubić, asistent
Pravna načela u oblasti zaštite životne sredine u Evropskoj Uniji 491
Dr Zoran Ilkić, pravni zastupnik
Odgovornost osiguranika od autoodgovornosti za prouzrokovanu štetu 507

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Dr Tamaš Notari, vanredni profesor
Zaštita intelektualne svojine u mađarskom pravu u XIX veku 525

TABLE OF CONTENTS

Milo Bošković, Ph.D., Emeritus Professor
Psychosocial Characteristics of Bullying Personality 7

Vojislav Đurđić, Ph.D., Full Professor
The European Arrest Warrant 21

Zoran Radivojević, Ph.D., Full Professor, Nebojša Raičević, Ph.D., Assistant Professor
The Application of International Environmental Law in Armed Conflicts 39

Stevan Šogorov, Ph.D., Full Professor
Reason for Private Company Member Expulsion Based on Court Decision 63

Srđan Šarkić, Ph. D., Full Professor
Emperor and Law in The Orations of Julian „The Apostate“ 75

József Szalma, Academician, DSC, Dr. Hc., Full Professor
Contract and Tort Law Aspects of the Performance of Duties of Notaries Public 87

Mile Vranješ, Ph.D., Full Professor
Customs Tariffs and the Policy of Custom Tariffs in the Function of the Realization of Regional Economic Integrations: The Example of the European Union 101

Zoran Arsić, Ph.D., Full Professor
Joint Stock Company Memorandum of Association and Environmental Protection 119

Dušanka Đurđev, Ph. D., Full Professor
Transport and Substantial Development 131

Ranko Keča, Ph.D., Full Professor
On the Basic Principles of the Code of Execution and Security 149

Danica Popov, Ph.D,. Full Proffessor
The Delivery of Goods as (*modus acquirendi)* of Property 169

Ljubomir Stajić. Ph.D., Full Professor
Control of the private security sector in foreign countries 187

Maja Stanivuković, Ph.D., Full Professor
Application of EU Law by Serbian Courts 203

Dušan Nikolić, Ph.D., Full Professor
On Dynamics of Legislative Work and its Effects 223

Bernadet Bordaš, Ph.D., Full Professor
Regulation 2201/2003 (Brussels II bis) on Recognition and Enforcement of Judgments in Matters of Parental Responsibility 239

Ištvan Feješ, Ph.D., Full Professor
Constitutio Criminalis Theresiana – Some institutes of the general part of criminal procedure law 261

Marija Salma, Ph.D., Full Professor
Preliminary Ruling in Serbian Civil Procedure 289

Snežana Brkić, Ph.D., Full Professor
Burden of Proof in Criminal and Civil Procedure 299

Dragica Živojinović, Ph.D., Associate Professor
Requirements for Ethical Justification of Clinical Trials 331

Tatjana Lukić, Ph.D., Associate Professor, Stefan Samardžić, Assistant
Juveniles in Criminal Procedure 349

Dragiša Drakić, Ph.D., Associate Professor
On The Language Style of The Law 369

Marko Trajković, Ph.D., Assistant Professor
Law In The World Of Values 383

Nataša Deretić, Ph.D., Assistant Professor
Various Forms of Corruption in the History of Law 399

Bojan Pajtić, Ph.D., Assistant Professor
Sustainable Development and Assessment of environmental impact 409

Maša Kulauzov, Ph.D., Assistant Professor
Critiques of *Serbian Civil Code* of 1844 with Special Reference to Provisions on *Zadruga* 427

Samir Aličić, Ph.D., Assistant
Sewerage system *(cloaca)* in Roman Law 437

Dragana Ćorić, Ph.D., Assistant
Environmental Ethics – Definition, History and Ways of Development 459

Attila Dudás, Ph.D., Assistant
Theories of Cause (Consideration) of Contract in the Serbian Doctrine of Civil Law After the Adoption of the Law on Obligations 475

Bojan Tubić, Ph.D., Assistant
Legal Principles of Environmental Protection in the European Union 491

Zoran Ilkić, Ph.D., Law agent
Liability of The Insured for The Damage Caused by Themselves 507

SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

Tamás Nótári, Associate Professor
Protection of Intellectual Property in Hungarian Jurisprudence of the 19th Century 525

Originalni naučni rad UDK 316.624:159.923
doi:10.5937/zrpfns46-1919

Dr Milo Bošković, profesor emeritus
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PSIHOSOCIJALNE KARAKTERISTIKE NASILNIČKE LIČNOSTI[1]

Sažetak: *Nasilje kao tradicionalna pojava kaznene prirode u savremenim uslovima izražava se u određenim specifičnostima, pre svega vrste i sredstava primene. Međutim, iza same pojave stoje nasilnik – izvršilac krivičnog dela i žrtva. Kriminologija, čak i u svojim povojima nauke, kao i u klasičnim teorijama oduvek se bavila pitanjima nasilnika delinkventa, svrstavajući ga prvenstveno u zločince iz strasti. Pitanje je u savremenim uslovima da li je sa izmenama vrste i prirode nasilja u novije vreme kriminalitet ove vrste postao i racionalan motiv, dakle i delinkvent iz navike ili profesionalni zločinac. Rad se u ovom smislu bavi pre svega pitanjima opštih (psiholoških, patoloških i socijalnih) obeležja i dispozicija izvršilaca krivičnih dela iz oblasti nasilja.*

Ključne reči: *nasilje, agresivna ličnost, psihosocijalna obeležja.*

1. Pojam nasilja i nasilničke ličnosti

Svi oblici kriminaliteta su, u određenom smislu, akti nasilja, ali je u kriminološkoj literaturi uobičajena posebna tipologija pojava pod tim nazivom. Tim pojmom se označava drska i bezobzirna primena fizičke sile, protivpravnog ugrožavanja integriteta čoveka i drugih javnih dobara i društvenih vrednosti. Bitna obeležja nasilništva su sklonost ka iživljavanju i prinuđavanju drugoga da trpi ponašanje kojim se teško ugrožava fizički integritet ili vređa njegovo dostojanstvo, ili se ugroža-

[1] Rad je rezultat na Projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (Srbija i EU)“ , čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

vaju i povređuju materijalna dobra, ili druge vrednosti od opšteg društvenog značaja.

U delikte nasilja spadaju, prvenstveno, krvni delikti i druga dela upravljena na lišavanje života čoveka – ubistva, povrede telesnog integriteta i zdravlja, kao što su politički delikti nasilja, posebno akti terorizma, i zločini protiv čovečnosti i međunarodnog prava, seksualni i saobraćajni delikti, kao neki delikti protiv imovine (razbojništva, otmice, iznude).

Naučni pristupi objašnjenju prirode nasilja su dosta različiti, a većina njih ide u determinizam – definisanje i objašnjenje isključivi s aspekta uže naučne discipline.

Biološka shvatanja delinkventnu osobu vide kao ličnost: specifičnih telesnih degenerativnih karakteristika, bilo konstitucionalnih posebnosti, endokrinih i hromozomskih aberacija, genetskih predispozicija, urođenih sklonosti ili rasnih predispozicija.

Savremena shvatanja i kritičke rasprave i osvrti na ove teorije ukazuju na to da biološki faktori u etiologiji devijantnosti imaju svoje mesto, ali samo u smislu predispozicija, a manje kao uzročnika odlučujućeg značaja. Oni se, mogu uzeti u obzir samo u sticaju delovanja socijalnih uslova i psihičkih oblika reagovanja ličnosti na njih.

To se, posebno, odnosi na istraživanja koja ukazuju na značaj bioloških mehanizama koji su bitni u objašnjenju nastanka antisocijalnog, nasilnog i kriminalnog ponašanja (kao što su: nivo neurotransmitera dopamina i serotonina, neke fiziološke i neuroanatomske promene).

U tom smislu veoma je važna orijentacija koja ima biološko-psihološku i biološko-sociološku orijentaciju, a to je klinička kriminologija, čije su polazne osnove činila su shvatanja Lombrozovih sledbenika. Ona su početnu čisto medicinsku orijentaciju, pored bioloških i psihološki, dopunili i socijalnim činiocima uticaja. To se smatra vidnim napretkom, ali je njena osnovna slabost bila u tome što je i dalje zadržala objašnjenje pojave na individualnim (kliničkim) slučajevima delinkvencije. Time je u znatnoj meri onemogućeno da se kriminalitet nasilništva objasni kao društveni fenomen.

O uzajamnim odnosima bioloških i socijalnih faktora govorio je još E. Frej, na Drugom kriminološkom kongresu u Parizu, 1950. godine, kada je postavio i tezu „biološke zavisnosti od okoline“. On je pošao od izvesnosti pretpostavke da se „delovanjem naslednih bioloških faktora dece koja imaju konstitutivne mane, koja su po svojoj prirodi ’teška’ za odgajanje, rađaju u sredini koja ne samo da ne utiče na ispravljanje manifestacija njihove latentne kriminogene dispozicije, već naprotiv pogoduje njenom ispoljavanju“. Uz to, „biološki uslovi ne određuju samo rodnu sredi-

nu, nego i kasnije izabrane sredine odgovaraju takođe, po pravilu, rodnoj sredini i tako pogoršavaju kriminogenu konstelaciju".[2]

Psiholozi i sociolozi, osporavajući biološka shvatanja, u objašnjenju uzroka delikata nasilja polaze od stavova da ono nije isključivo u ljudskoj prirodi, već da se radi o stečenim elementima agresivnosti, uzrokovanim društvenim odnosima u kojima pojedinci i društvene grupe stiču iskustvena saznanja o potrebi i korisnosti nasilja. U integrisanim shvatanjima ove dve nauke možemo zaključiti da se sklonosti nasilju razvijaju u evolutivnim stupnjevima, pri čemu je prva etapa ona kada se ličnost, žrtva nasilja, oseća nemoćnom da ga izbegne, zatim da se ona uči kako da i sama bude nasilna i da izvuče korist iz toga, i na kraju da neposredno prelazi na akt nasilja.

Ima li razlike između normalne i nasilničke ličnosti, postoji li posebni tip nasilničke ličnosti, i ako postoji u čemu se ogledaju, jedno je od centralnih pitanja bioloških , psiholoških i sociološkihshvatanja kriminologije.

Mišel Fuko, u vezi s tim, postavlja bitno pitanje nauci - „Stvarni problem koji je svuda bio na snazi, bio je problem opasne individue. Postoje li individue koje su urođeno opasne? Na osnovu kojih znakova se one mogu prepoznati i kako bi trebalo reagovati na njihovo prisustvo?".[3]

Prema tom pitanju smatramo da dominiraju dva shvatanja. Prvo, polazi od mišljenja da ne postoje nikakve biološke i psihološke razlike između delinkventa - nasilnika i nedelinkvenata, prema tome delinkventna ličnost - nasilnik, kao takva, ne postoji. Druga, pretežna shvatanja, su mišljenja da je nasilnik devijantna, biološki abnormalna, osoba poremećene psihičke strukture i specifičnih socijalnih obeležja.

Pošto sa sigurnošću ne možemo definisati opšte karakteristike delinkventa, profil nasilničke ličnosti je, ipak, određeniji u socijalnim obeležjima i biološko psihološkim karakteristikama. Prema savremenim shvatanjima takvu ličnost čine posebnosti ili neki od elemenata kombinacije biološke osnove, psihološke strukture, psihopatološke i društvene determinacije.

Pristupi psihološke orijentacije su u definisanju delinkventne ličnosti i tipologiji delinkvenata dale najviše doprinosa. U raznim varijantama i modalitetima monofaktorskog i multifaktorskog pristupa psihološke teorije delinkventnu ličnost vide kao osobu: ispodprosečne

[2] Spisi kongresa, Paris, 1951, str. 251–253.

[3] Michel Foucault, „The Dangerous Individual", *Michel Foucault: Politics, Philosophy, Culture*, ed. by Lawrence D. Kritzman, Routledge, New York – London, 1990, str. 125–151.

inteligencije, niskog praga frustracione tolerancije, s poremećajima nagona (psihoanalitičari), formiranu u procesu socijalnog učenja (bihevioristi), iskompleksiranu (individualna psihologija), psihopatskih crta i slično.

Svakako da savremena nauka sve ove elemente svojstava ličnosti, pojedinačne ili u međusobnoj kombinaciji uticaja, posmatra iz aspekta uticaja socijalnih faktora koji ih stimulišu (podstiču) na manifestno ispoljavanje prelaska na kriminalni akt – izvršenje krivičnog dela. U odgovoru na ovo pitanje nezaobilazna je teza francuskog kriminologa Pinatela da je kriminalna ličnost strukturalno jedinstvo i izraz ličnih obeležja koja su u akciji i interakciji". Takvu ličnost čini centralno jezgro i varijante, pri čemu prvi element obuhvata crte ličnosti, one određuju kriminalnu sposobnost tzv. temibilitet i „uslove prelaska na akt". Ta dva elementa čine opasno stanje, odnosno kriminalnu sposobnost, i uvek na određen i diferenciran način uslovljavaju izvršenje krivičnog dela. Profil nasilnika u varijantama opasnog stanja moguće je odrediti u različitim formama dijagnoze opasnog stanja, prema mišljenju Pinatela može imati sledeće forme: a) kriminalna sposobnost veoma jaka, prilagođenost veoma niska – najviši stepen opasnog stanja; b) kriminalna sposobnost jaka, prilagodljivost vrlo slaba – ozbiljno opasno stanje; c) kriminalna sposobnost mala, prilagodljivost vrlo slaba – srednje opasno stanje i d) kriminalna sposobnost vrlo slaba prilagodljivost veoma visoka – lakši stepen opasnog stanja.[4]

2. Psihostruktura nasilnika

Psihološku strukturu čini organizacija psihičkih osobina ličnosti. Specifičnosti ukupnih svojstava psihostrukture deluju kao celina uzajamnih uticaja i uslovljavaju različita reagovanja ličnosti na spoljne nadražaje.

Savremena nauka odbacila je shvatanje bioloških teorija o tipu urođenog zločinca, i zastupa stanovište da se ni u psihološkom smislu ne može govoriti o određenom tipu delinkventa. Međutim, bez obzira na to što nije moguće definisati takav tip, ne može se ni negirati da je kod delinkvenata, pretežno, reč o odstupanjima od normalnih oblika reagovanja.

Naročito se to ističe kada je reč o raznim oblicima nasilništva. Naime, mnoga empirijska istraživanja ukazuju na značaj osobina lič-

[4] Šire o ovom pojmu i stepenima opasnog stanja vidi: M. Bošković, Kriminologija, Pravni fakultet, Novi Sad, 2007, str. 150.

nosti, odnosno psiholoških faktora, za njihovo kriminalno ponašanje. Bez obzira na različite pristupe i što se ne mogu selektirati tipovi delinkvenata po posebnim psiho i bio identifikacionim kriterijumima, kao što su nizak prag frustracione tolerancije, emocionalna nestabilnost, ispodprosečna inteligencija i slično, nasilnici se od ostalih osoba i drugih izvršilaca krivičnih dela razlikuju po individualnim psihičkim svojstvima, koja ih samo u nekim slučajevima čine podobnijim od ostalih za kriminalnu radnju te vrste.

To se, posebno, odnosi na faktore sklonosti i navika, karakternih crta ličnosti i njegove emocionalne zrelosti i stabilnosti.

Sklonost je, u opštem smislu, nagonska reakcija, ljubav i strast prema nečemu, naklonost. To je faktor uzročnosti u smislu urođene dispozicije ili stečene navike ka kriminalnom ponašanju. Sklonost kod čoveka pod uticajem istih uslova (stimulansa) ima za posledicu iste odgovore, tj. stvara naviku. Nasuprot korisnim, postoje i negativne sklonosti i navike u ovom slučaju nasilničkom ponašanju. Ova osobina u psihološkom smislu može biti tendencije urođene prirode, kao posledica određenih karakternih crta ličnosti, temperamenta i emocija, ali se one pod uticajem socijalnih faktora i procesa socijalizacije vremenom pretvaraju u moralne, kulturne i druge navike.

Osobine sklonosti i navika karakteristični su za delinkvente recidiviste. Otuda su sklonosti i navike najizraženije kod delikata nasilja, seksualnih i imovinskih delikata, dakle tamo gde je pojava povrata najizraženija.

Sklonost vršenju kriminalnih radnji mnogi vezuju za karakter, odnosno za prirodu i narav koja se manifestuje u predispozicijama ličnosti. Karakter je integrisani sistem moralnih, voljnih, osobina ličnosti koje omogućavaju pojedincu da uprkos preprekama postupa na relativno dosledan način, i to u odnosu na moralne principe i moralna shvatanja društva u kome živi. Veza između amoralnosti, „moralne izopačenosti“ i kriminalnog ponašanja nalazi se u psihološkom smislu u odsustvu osećanja za druge, a u sociološkom u nepoštovanju društvenih normi kojima se nešto zabranjuje. U psihološkom smislu karakterne crte čine sklopovi koji olakšavaju ili otežavaju (a)moralno ponašanje, izbore.

Nasilničke ličnosti, kod kojih postoji uska veza između psihološke strukture i delikta, smatraju se „sklonim“ delinkventnosti. U pitanju su osobe negativnih karakternih crta, kao što su crte agresivnosti, impulsivnosti, malicioznosti, egoizma, osobe deprivirane prirode i druge.

Među najznačajnije patološke crte karaktera koje se vezuju za delikte nasilja spada agresivnost. Iako kao urođeno svojstvo čoveka agresiv-

nost može biti i normalna pojava u ljudskom ponašanju, u teorijskom smislu ona ima negativnu konotaciju sadržaja u ljudskom ponašanju. Naime, ona se ipak definiše, u ovom smislu, kao interpersonalna sklonost nasrtljivosti, tendencija da se silom ili drugim oblicima fizičke i psihičke prinude rešavaju konflikti s drugima ili sa sobom (autoagresija). U psihološkom smislu ona predstavlja potencijal u strukturi ličnosti za nasilničko ponašanje.

Za pojavu devijantnosti, pored sociooloških determinanti, psihološko određenje agresivnih svojstava bića čoveka veoma je značajno, posebno ako se ona jedna s drugima dovode u vezu. Zbog toga su, nesumnjivo, od značaja neke teorije koje se, u celini, nekritički odbacuju, a koje su čoveka posmatrale i s njegove iracionalne strane.

Osnovu ljudske destrukcije psiholozi uglavnom nalaze u agresivnosti, jednom od mogućih svojstava i ponašanja ljudi. Međutim, kao što je u oblasti psihologije jedan od bitnih problema određenje ličnosti (pošto ima različitih interpretacija), tako za agresivnost ne postoji opšteprihvaćena definicija ni pojma ni sadržaja ni uzroka niti vidova ispoljavanja.

Sa stanovišta sociooloških nauka agresivnost je interpersonalna sklonost nasrtljivosti, tendencija da se silom ili drugim oblicima fizičke i psihičke prinude rešavaju konflikti u međuljudskim odnosima. Psihološki agresivnost predstavlja potencijal u strukturi ličnosti za nasilno ponašanje. Agresivnost se smatra dispozicijom koja spada u neposredne uzroke težih oblika socijalne destrukcije: pojava delikata nasilja, seksualnih delikata i samoubistava.

Osoba sklona nasrtljivosti tipologizovana je u teoriji kao agresivna ličnost. To je netolerantna, nasrtljiva osoba, sklona konfliktima i rešavanju sporova nasiljem i silom. Manifestuje se kao antisocijalni poremećaj neurotičnih svojstava s jakim osećajem sopstvene nesigurnosti, dubokog nepoverenja u druge i neprestanog straha od vlastite ugroženosti u društvenoj sredini. Kod takvih osoba postoji nizak prag tolerancije, u njihovom ponašanju dominiraju nagoni. Teško se prilagođavaju sredini.

Postoji niz teorija u psihologiji da se objasne izvori agresivnog ponašanja. Neoinstinktivisti ih tumače kao ponašanje koje proishodi iz urođenog nagona, biološko instinktivne prirode čoveka; biheviorist kao urođeni odbrambeni mehanizam na spoljnu ugroženost i stečenu agresivnost, stvorenu iskustvom, kao reakciju na društvene uslove i odnose; pristalice reaktivne teorije kao rezultat frustracija pojedinaca ili društvenih grupa na otpore u postizanju određenog cilja, koji može

biti i politički. U nekim slučajevima ona može biti i krajnje destruktivan čin kada se čini zločin iz strasti, i kada je agresija sama sebi cilj i nema nikakav racionalan smisao.

Međutim, smatra se da stepen ispoljene agresivnosti ne može da bude merilo za snagu ličnosti. Najčešće preterano ispoljena sklonost nasilju označava slabu ličnost, koja se nameće u društvu fizičkim nasiljem, toj sirovoj, ogoljenoj, primitivnoj formi i agresiji svojstvenoj životinjskom svetu. Kod takvih osoba postoji nizak prag tolerancije, u ponašanju im dominiraju nagoni i teško se prilagođavaju sredini. Skloni su otvorenim i nepromišljenim napadima, zlostavljanju, omalovažavanju i ponižavanju drugih. Takvo ponašanje odraz je unutrašnje strukture ličnosti, ali može biti podstaknuto i spoljnim uticajima. Zato su takvi pojedinci pri izvršavanju krivičnih dela često bezobzirni, poznati kao recidivisti u deliktima ubistava, teških telesnih povreda, tuča i drugih vidova nasilničkog ponašanja.

Emocijama se u literaturi pridaje bitan značaj kriminogenog faktora. U kriminologiji stanjem emocija objašnjavaju se nestabilnosti ličnosti u ponašanju; kod emocionalnih blokada, kada se javlja kočenje misaonih procesa usled prejakih emocija i kod emocionalnih poremećaja gde se javlja nesrazmernost i neprikladnost emocionalnih reakcija u odnosu na datu situaciju, što je kod delikata nasilja posebno izraženo u vidu raznih vidova i stepena afektivnih stanja.

Smatra se, naime, da su osobe emocionalne nestabilne psihofizičke strukture, iskompleksirane, inferiorne, sujetne i slično, da teško mogu da se emocionalno kontrolišu u određenim situacijama i sklonije su od ostalih da se u afektivnim stanjima nasilnički ponašaju. S povremenim poremećajima u emotivnoj sferi takva ličnost se lako uzbuđuje, brzo menja raspoloženja, sa sklonostima ljubomori, mržnji, zavisti, sujeti i zluradosti. Takvo stanje je uslovljeno nesigurnošću i potencijalnom agresivnošću. Kod takvih osoba u konfliktnim situacijama potencijalni motivi i potisnuti kompleksi izbijaju u prvi plan, dovode do odluka koje često nisu ni razumne ni racionalne u odnosima s drugima.

3. Psihopatije i nasilništvo

Od svih oblika poremećaja ličnosti za delikte nasilja najveći značaj imaju psihopatije. Reč je o urođenim poremećajima u strukturi, ponašanju i emocionalnom razvoju ličnosti, naročito složenijih komponenti, tzv. socijalnih emocija, ličnih osećanja i volje. Kod psihopata nije reč o duševnoj bolesti, već o poremećaju psihičkih funkcija, kao što su mišljenje, pamćenje ili percepcija. Prema tome, kod njih nema defekta inteligencije ni spo-

sobnosti rasuđivanja, već je reč o izopačenosti u moralnim nazorima, poimanju socijalnih normi, a posebno emotivnih komponenti.

To je trajno stanje poremećenosti karaktera tipično za određene kategorije teških delinkvenata, te se zato psihopatije smatraju uzročnicima nasilja, i to iz više razloga.

Kod psihopata ne postoje, ili su veoma ograničeni, moralni obziri i norme, evidentno je odsustvo svesti o univerzalnim vrednostima, dakle u prestupničkoj delatnosti nema osećanja krivice i greha. Odlikuje ih emocionalna nestabilnost, slaba kontrola afekta, prkosno i agresivno ponašanje, asocijalnost i nastranost. Afektivno su razdražljive ličnosti s veoma sniženim pragom tolerancije na frustraciona stanja.

Reč je o osobama kod kojih Superego nije oformljen. Egocentrične, afektivno hladne, labilnog raspoloženja, nepostojane i ćudljive prirode, imaju izrazito neprijateljski stav prema okolini. Emocionalno nestabilni, reaguju često impulsivno na trenutni motiv, nagonski, prkosno, osvetoljubivo i agresivno, beskrupuloznim postupcima.

Ovaj profil izvršilaca krivičnih dela ispoljava mnogobrojne specifičnosti u razvoju kriminalne karijere, vrste i posebno načina izvršenja krivičnih dela i odnosa prema žrtvama. Osnovna osobenost je njihovo znatno učešće u najtežim oblicima kriminaliteta, recidivizam i emocionalna ravnodušnost prema žrtvi, odnosno bestijalnost odnosa prema njima u toku izvršenja krivičnog dela. Skoro dve trećine psihopata počine novo krivično delo u roku od tri godine od puštanja iz kazneno-popravne ustanove, u poređenju sa samo jednom četvrtinom prestupnika koji nemaju ovu vrstu poremećaja. Najizrazitiju sklonost ispoljavaju u deliktima nasilja, posebno delima ubistava, silovanja, razbojništva i zlostavljanja u porodici, ratnim zločinima. Psihopate delikte vrše iz različitih pobuda: interesno motivisana (ubistva i razbojništva), zadovoljavanja sadističkih strasti (silovanja), te ostvarivanja pozicije moći i dominacije (ratni zločini, nasilje u religioznim sektama i porodično nasilje).

4. Psihopatološki faktori kod delikata nasilja

U nauci je nesporno da psihopatološki faktori utiču na mogućnost značaja kritičkog shvatanja sopstvenih postupaka i njihovih posledica, samim tim da je smanjena odgovornost za postupke povreda društvenih normi.

Uopšte uzev, kod psihotičnih slučajeva psihijatrijska nauka smatra da je slika o duševno bolesnim osobama, slično kao i kod duševno zaostalih, prepuna predrasuda da je agresivnost njihova najčešća osobina. Psihijatrijska stanovišta su tu nepodeljena, agresivnost kod ovih osoba nije ni-

šta veća nego kod zdravih ljudi, ali se razlikuje po neobičnosti reakcije i manifestacije zbog prirode bolesti.

Ne zna se koliko su opasni jer ih je teško otkriti. Akutno stanje njihove bolesti, po pravilu, traje od jednog do pet dana, ne duže. Međutim, problem je u tome što je teško otkriti u kom su periodu oni opasni po okolinu. Obično se to otkrije tek kad počine delo. Naime, duševno oboleli su vrlo retko u kriminalu, ali kada jesu, najčešće čine teška krivična dela nasilničke prirode, što je svojstveno posebno paranoidnim oblicima psihoza.

U ovoj oblasti s nasilničkim aktima se posebno vezuju pojave maničnog psihotičnog stanja, šizofrenije, paranoje i epilepsije. Manija je bolesno stanje povišenog raspoloženja. U nekim slučajevima manični poremećaj afekata može uzrokovati disfunkciju u rasuđivanju, agresivno ponašanje, kao i delikte nasilja. Ova osobina se vezuje za uzročne faktore razdražljivosti i sukoba osobe s okolinom, pojave seksualne i saobraćajne delinkvencije.

Šizofrenija se manifestuje se u poremećajima mišljenja, izvitoperenim logičkim relacijama, čestim halucinacijama u vidu izdatih naređenja, ili preteće opasnosti nekoga u okruženju i potrebe da se „preteća opasnost“ bezuslovno otkloni, i to čini često nasiljem prema drugima. U kriminološkom smislu za delikte nasilja su značajni paranoidni i afektivni oblici šizofrenije.

Paranoja je retka vrsta hronične psihoze koja se, usled sumanutih ideja koje dominiraju bolesnikovom ličnošću, odlikuje poremećenošću komunikacije ličnosti s okolinom, psihičkom rigidnošću, zlovoljom, bolesnim idejama proganjanja, osećajima ljubomore i veličine. U takvom stanju paranoik je ubeđen u krivicu drugih, sklon agresiji, pri čemu je spreman i vrši najrazličitije vrste krivičnih dela od uvreda i kleveta do nanošenja teških telesnih povreda i ubistava.

Epileptične osobe su, po pravilu, emocionalno nestabilne, karakteriše ih preosetljivost, razdražljivost i afektivna agresivnost, s čestim posledicama nemotivisanog nasilja. Povremena sumračna stanja u fazama delirijuma i gneva mogu dovesti i do brutalnog ponašanja i izvršenja delikata ubistava ili nanošenja telesnih povreda, podmetanja požara i drugih oblika oštećenja materijalnih dobara.

5. Socijalni faktori podsticaja nasilništva

Kada je reč o socijalnim faktorima, činjenica je da su oni više razlog uslova podsticaja unutrašnjih predispozicija, nego što su stvarni uzročnik nasilništva. Naime, oni samo u datim uslovima stimulišu dispozitivne či-

nioce psihološke, psihopatološke i biološke prirode. U tom smislu, skoro da ni jedan od poznatih činilaca socijalnih uticaja na kriminalitet ne može biti isključen iz povezanošću i sa nasilništvom. Ipak, neki od njih kao što su ekonomski faktori, migracioni činioci, ratni uslovi, uticaj masovnih medija i slobodno vreme imaju dominantan značaj.

Bez obzira na to što na uticaj društvenog statusa i sklonosti nasilju postoje i drugačija mišljenja o ovom pitanju, činjenica je da je siromaštvo jedan od generatora delinkventnog ponašanja, posebno za nasilnička krivična dela imovinskog karaktera.

Iako nije neposredni uzrok siromaštvo i porodično vaspitanje višestruko reprodukuju druge kriminogene uslove: jer nepovoljan socijalni i materijalni status negativno deluje na porodične odnose i konflikte, stabilnost članova i emocionalni razvoj dece. Na ovaj problem uzroka ukazivao je još pre jednog veka G. Tarde smatrajući da je „većina ubica i notornih kradljivaca počela svoj život kao napuštena deca, a pravu školu zločina treba tražiti na svakom javnom trgu i na svakoj raskrsnici naših gradova, velikih i malih, u onim jatima uličnih dečaka i skitnica, koji se udružuju poput vrabaca, najpre s ciljem napadanja građana, a zatim radi krađe, a to sve usled nedostatka vaspitanja i hrane u svojim domovima“.[5]

S obzirom na to da migraciona populacija vremenom dostiže kritičan broj i da po prirodi svog socijalnog statusa ima jak osećaj etničkog identiteta, ona se suprotstavlja diskriminacionim merama vlasti, rasistima, desničarskim isključivostima i idejama etničke čistoće, tj. pojavama kojima se u teoriji kulturnog konflikta i kulturnog raskoraka objašnjavaju problemi etiologije nasilničkog kriminaliteta. Kulturni konflikti stvaraju latentno stanje potencijalnog prerastanja u neprijateljstvo ili agresiju koja može lako da pređe preko granica moguće tolerancije i državne intervencije i koja takođe može biti diskriminatorna. Sve to ima za posledicu propratne pojave kulturnih antagonizama, izazivanje povreda javnog reda, a neretko i delinkvencije težih oblika.

Posledice ratova nisu samo socijalne, nego se duboko odražavaju i na psihičke funkcije i duševno čovekovo zdravlje. Ratovi izazivaju poremećaje racionalnog vladanja i prosocijalnog ponašanja čoveka, kad ga obuzmu strast i mržnja, motivi osvete i nadvladaju bes, panika i strah, i kada kod njega dominiraju i dođu do izražaja najniži i najprimitivniji slojevi mentalnog funkcionisanja. Iako su mnogi skloni da ljudsku prirodu tumače biološki i prirodno nasilnom, From ističe da „ratobornost nije funkcija čovekovih prirodnih nagona, koji se manifestuju u najprimitivni-

[5] G. Tarde, Penal philosophy, Boston, 1912, str. 252.

jim oblicima društva, već njegovog razvitka u civilizaciji".[6] Njemu prethode masovne psihološke pripreme u vidu širenja nacionalističkih predrasuda, idolatrije poslušnosti, kolektivnog iritiranja ega, čija su posledica nužno stresovi koji dramatično ugrožavaju mentalno čovekovo zdravlje. Ratom izazvani psihološki poremećaji kreću se u rasponu od anksioznih i paničnih stanja do ozbiljnih posttraumatskih stresnih poremećaja i reaktivnih psihoza, karakterističnim ne samo pojedinaca već i bestijalnostima u ponašanju koje ovladavaju kolektivitetom.

U medijskoj predstavi nasilja, razbojništva, silovanja pljačke, otmice, ubistva, osvete, odmazde, dati su kao realnost i životna nužnost, posle kojih čitalac i gledalac ostaje s utiskom da se zločin isplati jer prolazi nekažnjeno. Medijska sredstva tretiraju kao najvažniji faktori kriminalnih podsticaja nasilja. Razlozi tome ogledaju u: bespoštednoj borbi medija u svetu za osvajanje što većeg prostora, pridobijanje i zadržavanje pažnje većeg broja gledalaca; učestalost i broj konflikata koji lako pronalaze put do medija; komercijalizacija nasilja kao visokokotirane „robe na tržištu".

Od svih sredstava masovnih komunikacija, međutim, najveći uticaj u savremenim društvima ima televizija sa mnogobrojnim stanicama, mnoštvom kanala i raznovrsnih sadržaja. Posredstvom ovog medijskog sredstva primaoci informacija su pod snažnim pritiskom slika i poruka (zračnih poruka, signala, impulsa), u kome se menja odnos svesnog i nesvesnog. Njima se uglavnom potencira mračna stranu nasilja, i to u više žanrova, od glorifikacija fizičke snage, s nasiljem punim morbidnih scena koje serviraju psihički bolesnici i drogirane ubice, dok se u ratnim filmovima ne prikazuju ni stvarnost ni užas nego „lepota" stravičnosti i ludila.[7]

Najnepovoljnijim uticajem medija u oblasti kriminalne stimulacije smatraju se podsticanje nasilja maloletnika i agresivnog ponašanja dece, s obzirom na to da je medijski kriminalitet gotovo isključivo nasilnički, a serije i filmovi takvih sadržaja u kojima se nasilje estetski prikazuje, u njemu nema štetnih posledica, ono se čak isplati. Nasilje kao metod, agresivnost kao sredstvo sve su snažnija osnova na kojoj se razvijaju filmski i serijski programi u kojima mladi ljudi imaju sliku nasilnika sa osobinama koje su poželjan model za oponašanje i identifikaciju, jer je takav „tip" bogat, snažan, ugledan i uspešan.

Savremene društvene okolnosti i stanje u kojem mladi ljudi imaju relativnu ličnu samostalnost u ponašanju, određene izvore materijalnih

[6] E. From, Anatomija ljudske detsruktivnosti , Zagreb, 1976, str. 151.
[7] Rojter, Vašington, 20. decembar 1993.

sredstava, a da se organizovani društveni život omladine odvija u ambijentu gde su alkohol i narkotici praktično normalna stvar, slobodno vreme postaje faktor maloletničke delinkvencije nasilničke prirode. Tamo gde procesi socijalizacije ne odigraju svoju ulogu i funkciju smatra se da slobodno vreme mladih može biti prazno vreme – vreme iskušenja, dosade, besposličarenja i lenstvovanja. Ono postaje pogodan prostor za delovanje raznih negativnih činilaca, za preduzimanje podviga i prihvatanje asocijalnih obrazaca ponašanja, do kolektivnog nasilja iz obesti i avanturizma, nasilja radi nasilja.

Milo Bošković, Ph.D., Emeritus Professor
Faculty of Law Novi Sad

Psychosocial Characteristics of Bullying Personality

Abstract

Violence as a traditional appearance of a criminal nature in modern conditions is expressed in certain specific circumstances, especially the type and application of funds. However, behind the phenomena are violent - offender and victim. Criminology, even in its infancy of science, as well as in the classical theories have always dealt with the issues of violent offender, classifying it in the first criminals of passion. The question is whether modern conditions with changes in the type and nature of violence in recent times this type of crime and became a rational motive, and therefore habitually delinquent or professional criminal. The work in this regard primarily engaged in matters of general (psychological, pathological and social) characteristics and dispositions of perpetrators of violence in the area.

Key words: violence, aggressive personality, psychosocial characteristics.

Originalni naučni rad UDK 341.44:061.1EU
doi:10.5937/zrpfns46-2010

Dr Vojislav Đurđić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Nišu

EVROPSKI NALOG ZA HAPŠENJE

Sažetak: *U radu je prikazan novi sistem ekstradicije Evropske unije, ustanovljen Okvirnom odlukom o evropskom nalogu za hapšenje i postupcima predaje između država članica iz 2002. godine. U uvodnom izlaganju objašnjen je nastanak i razvoj tradicionalnog postupka ekstradicije, prikazani su pravni izvori kojima je uređen i ukazano je na njegove nedostatke koji su svedeni na ocenu da je taj postupak spor i nedelotvoran. Osnovno je polazište autora da je evropski nalog za hapšenje utemeljen na uzajamnom poverenju u pravne sisteme država članica i da depolitizuje postupak izručenja transformišući međudržavnu saradnju u neposrednu saradnju pravosudnih organa država članica. Na tim osnovama autor određuje pojam ovog novog pravnog instrumenta kojim se uvode radikalne promene u paradigmu klasične ekstradicije i objašnjava njegove odlike i polje važenja. U radu se nadalje izlaže o pretpostavkama za izdavanje evropskog naloga za hapšenje, koje su negativno određene i javljaju se kao apsolutne ili relativne smetnje za izručenje traženih lica. Na kraju su objašnjeni standardizovani konstitutivni formalni elementi sadržaja evropskog naloga za hapšenje, koji treba da olakšaju i ubrzaju njegovo izvršenje.*

Ključne reči*: međunarodna krivičnopravna pomoć, ekstradicija, evropski nalog za hapšenje, načelo dvostruke kažnjivosti, ne bis in idem.*

O EKSTRADICIJI U EVROPSKIM ZEMLJAMA

Tradicionalni sistem izručenja u evropskim zemljama utemeljen je pre više od pola veka Evropskom konvencijom o ekstradiciji, usvojenom u okviru Saveta Evrope 13. decembra 1957. godine u Parizu. Konvencija je izme-

njena i dopunjena sa dva dodatna protokola, sačinjenim 1975. i 1978. godine u Strazburu. Određena pravila o izručenju bila su uspostavljena i Evropskom konvencijom o suzbijanju terorizma, sačinjenom takođe u Strazburu 27. januara 1977. godine.[1] Prema ovim pravnim izvorima, izručenje je bilo suvereni akt državne vlasti i budući da je postupak upravne prirode, sprovodila su ga odgovarajuća ministarstva, po pravilu, ministarstva inostranih poslova. U odnosu na obe konvencije, države članice mogle su izraziti mnoge rezerve, a postojale su i brojne prepreke za izručenje, kao što je načelo dvostruke kažnjivosti, zabrana izručenja za politička i finansijska krivična dela ili zabrana izručenja sopstvenih državljana itd.[2] Postupak izručenja često je bio veoma spor i kompleksan, a donošenje odluke o izručenju nije u polju sudske nego izvršne vlasti – konačnu odluku o izručenju donosio je nadležni ministar na osnovu diskrecione ocene.

Mada istinski napredan u vreme nastanka navedenih konvencija, tradicionalni postupak ekstradicije postao je težak i zastareo instrument za dosegnuti nivo odnosa između država članica Evropske unije. Svi nedostaci tog tradicionalnog sistema naročito su se ispoljili nakon stvaranja slobodnog prostora Evropske unije, sa slobodnim kretanjem ljudi i dobara, i bez kontrole na granicama. Evropski prostor postao je slobodan za kretanje kriminalaca ali ne i za organe gonjenja jer se njihova funkcija završavala na nacionalnim granicama, a nisu ustanovljeni neki nadnacionalni pravosudni organi. Zato se, sa stanovišta efikasnosti krivičnog gonjenja, promena sitema ekstradicije javila kao nužnost. Usvajanjem Konvencije o primeni Šengenskog sporazuma o postepenom ukidanju kontrole na zajedničkim granicama[3] iz 1990. godine, uspostavljen je informacioni sistem koji je značajno poboljšao praktične mehanizme informisanja između država članica koji se odnose na tražena lica i olakšao kontakte između nacionalnih vlasti u vreme hapšenja tih lica. Pravno, međutim, ni ova konvencija nije ništa promenila u tradicionalnom sistemu ekstradicije, ustanovljenom Konvencijom iz 1957. godine.

---

[1] Obe navedene konvencije naša zemlja je ratifikovala, a objavljene su u "Službenom listu SRJ - Međunarodni ugovori", br. 10/2001.

[2] Klasičan sistem ekstradicije predviđen je našim pozitivnim pravom, a uređen je Zakonom o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima („Sl. glasnik RS“ br. 20/2009). Opširnije o našem sistemu ekstradicije vidi: Stanko Bejatović, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2011, str. 597-601 ; Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2009, str. 507-516; i Vojislav Đurđić, *Krivično procesno pravo – Posebni deo*, Niš, 2011, str. 367-377.

[3] Convention implementing the Schengen agreement on the gradual abolition of checks at their common borders (dostupna na internet adresi: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi*! celexapi!prod! CELEXnumdoc&lg= EN&numdoc=42000A0922(02)& model=guichett).*

Ubrzo zatim usvojene su još dve konvencije da bi se otklonili nedostaci klasičnog sistema ekstradicije – Konvencija o pojednostavljenom postupku izručenja između država članica Evropske unije (1995. godine)[4] i Konvencija koja se odnosi na izručenje između država članica Evropske unije (1996. godine).[5] Konvencije su imale za cilj da ubrzaju i pojednostave tradicionalni sistem ekstradicije i da uklone većinu osnova za izjavljivanje rezervi država članica. Međutim, pokazalo se da su to ipak bili neprimereni instrumenti za postizanje postavljenih ciljeva jer konvencije ne raskidaju vezu sa tradicionalnim sistemom ekstradicije, koji je, po definiciji, politički i međudržavni. One su, naime, i dalje dopuštale rezerve u pogledu političkih krivičnih dela i izručenja sopstvenih državljana, što su države prilikom njihove ratifikacije i iskoristile. Pored toga, pošto su konvencije po svojoj pravnoj prirodi međunarodni ugovori, bilo je potrebno da ih ratifikuju sve države članice da bi stupile na pravnu snagu, ali se to nije dogodilo. Prvopomenutu konvenciju ratifikovalo je devet a drugopomenutu osam država članica, tako da nijedna od njih ni do dandanas nije stupila na snagu.

Smatrajući hitnim pronalaženje efikasnog odgovora u borbi protiv sve veće internacionalizacije kriminala, nekoliko država članica EU počelo je bilateralne razgovore o merama kojima bi se zastareli sistem izručenja zamenio mehanizmom jednostavne predaje pravosudnim organima. S tim ciljem su, na primer, Italija i Španija potpisale odgovarajući sporazum, a na takav korak pripremale su se i druge zemlje.

Prve službeno iznete ideje o zameni tradicionalnog sistema izručenja iznete su u zaključcima sa sastanka Saveta Evrope održanog u Tampereu 1999. godine.[6] Zaključeno je da između država članica treba ukinuti formalni postupak izručenja lica koja posle pravnosnažne osude beže od pravde i ubrzati izručenje za ostala tražena lica. Organi Evropske unije pozvani su da usvoje Program mera za primenu načela uzajamnog priznanja odluka u krivičnim stvarima, što je Savet Evrope i učinio 30. decembra 2000.[7]

---

[4] Convention on simplified extradition procedure between the Member States of the European Union (dostupna na internet adresi: http://eur-lex.europa.eu/ LexUriServ/ LexUriServ.do?uri=OJ:C:1995:078:FULL:EN:PDF*)*.

[5] Convention relating to extradition between The Member States of the European Union (dostupna na adresi: http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri= CELEX: 41996A1023(02):EN:HTML).

[6] The Conclusions of the Tampere European Council (Dostupno na internet adresi: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm).

[7] Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters (dostupan na internet adresi: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/ LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:012:0010:0022:EN:PDF *)*.

Dve su ključne ideje za izgradnju novog, delotvornog sistema ekstradicije: a) načelo uzajamnog priznanja sudskih odluka i b) okvirna odluka kao instrument za sprovođenje.

Načelo uzajamnog priznanja sudskih odluka (*the principle of mutual recognition*) znači da sudski organi jedne države članice automatski priznaju i izvršavaju odluke koje su doneli sudovi druge države članice. Drugim rečima, svaka nacionalna sudska vlast „treba da, *ipso facto* priznaje zahteve za predaju lica koje su podneli sudski organi druge države članice, sa minimum formalnosti".[8] Kada sudski organ države članice zahteva predaju lica, bilo zato što je osuđeno za krivično delo ili zato što se krivično goni u toj državi članici, njegova odluka mora se automatski priznavati i izvršavati širom Unije. Načelo uzajamnog priznavanja treba da omogući «slobodno kretanje sudskih odluka u krivičnim stvarima».[9] To je, u stvari, ekonomsko načelo slobodnog kretanja roba, samo preneto u polje prava.[10] "Uzajamno priznavanje sudskih odluka i presuda ... treba da postane kamen temeljac sudske saradnje u građanskim i krivičnim stvarima".[11]

Okvirne odluke su uvedene Ugovorom iz Amsterdama 1997. godine kao nov pravni instrument EU za čiju primenu nije potrebna ratifikacija država članica nego samo implementacija putem nacionalnih propisa. Zato su one delotvoran pravni instrument. Okvirne odluke može doneti Savet Evrope samo jednoglasno, na predlog Komisije ili bilo koje države članice. Cilj je okvirnih odluka da se ujednače pravni propisi država članica u području za koje se donose. Okvirne odluke nemaju neposredno dejstvo, ne primenjuju se direktno, ali obavezuju države članice da ih moraju prihvatiti – države članice imaju obavezu da donesu odgovarajuće propise kojima će sprovesti okvirne odluke u nacionalno zakonodavstvo, pri čemu same odlučuju o formi i sredstvima kojim će to učiniti.

Na ovim temeljima, Savet Evrope je 13. juna 2002. godine doneo Okvirnu odluku o evropskom nalogu za hapšenje i postupcima predaje između država članica[12] (u daljem tekstu Okvirna odluka), kojom je dota-

---

[8] Tačka 2. Predloga Okvirne odluke Saveta Evrope o nalogu za hapšenje i postupcima predaje između država članica (dostupan na internet adresi: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001PC0522:EN:HTML).

[9] Vidi član 5. Preambule Okvirne odluke o evropskom nalogu za hapšenje.

[10] Kritiku ovakvog pristupa vidi kod: Carlos Gómez-Jara Díez, European Arrest Warrant and the Principle of Mutual Recognition, eucrim, 1–2/2006, p. 23, - http://www.mpicc.de/ eucrim/archiv/eucrim_06-01.pdf.

[11] Vidi *supra* fus nota 6.

[12] Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (dostupna na internet adresi: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:EN:HTML).

dašnji tradicionalno formalni sistem ekstradicije, izrazito političke i međudržavne prirode, zamenjen sistemom predaje lica između nacionalnih pravosudnih organa država članica. Okvirna odluka je stupila na snagu 07. avgusta 2002. godine, a od 01. januara 2004. godine evropski nalog za hapšenje zamenjuje dotadašnje pravo EU o ekstradiciji.[13] Evropski nalog za hapšenje prvi put je primenjen prilikom predaje švedskog državljanina uhapšenog u Španiji.[14]

POJAM EVROPSKOG NALOGA ZA HAPŠENJE

Evropski nalog za hapšenje je prvi pravni instrument zasnovan na principu uzajamnog priznavanja odluka u krivičnim stvarima između država članica EU. On uvodi radikalne promene u paradigmu klasične saradnje imanentne za tradicionalni evropski sistem ekstradicije: novi sistem izgrađen je na načelu uzajamnog priznavanja sudskih odluka i delimičnom ukidanju dvostrukog kažnjavanja; izvršena je judicijalizacija postupka; omogućena je predaja sopstvenih državljana drugoj državi članici, a sam postupak izručenja pojednostavljen je i ubrzan.[15] Po svojim temeljnim principima i ciljevima, odgovara filozofiji integracije u zajedničke sudske oblasti i uključuje novi obrazac saradnje na osnovu uzajamnog poverenja između država članica.

Evropski nalog za hapšenje je *sudska odluka* doneta u jednoj državi članici *radi hapšenja* traženog lica od strane druge države članice *i njegove predaje* državi izdavanja naloga, *za potrebe krivičnog gonjenja, ili izvršenja kazne zatvora ili pritvora*. U ovako određenom pojmu mogu se uočiti osnovne odlike ovog novog pravnog instrumenta za ostvarivanje krivičnopravne saradnje:

---

[13] Okvirna odluka od 1. jula 2004. godine zamenila je sledeće međunarodne pravne izvore: Evropsku konvenciju o ekstradiciji iz 1957. godine, Evropsku konvenciju o suzbijanju terorizma iz 1978. godine, kad je u pitanju ekstradicija, Sporazum između dvanaest država članica o pojednostavljenju i modernizaciji predaje zahteva za ekstradiciju od 1989. godine, Konvenciju o pojednostavljenom postupku izručenja između država članica EU iz 1995. godine Konvenciju koja se odnose na izručenje između država članica Evropske unije iz 1996; i naslov III, Poglavlje 4 Konvencije o implementaciji Šengenskog sporazuma o postepenom ukidanju kontrole na zajedničkim granicama od 1-990. godine.

[14] V. Đ. Degan – B. Pavišić – Violeta Beširević, *Međunarodno i transnacionalno krivično pravo*, Beograd, 2011, str. 384.

[15] *Sf.* Bedanna Bapuly, *The European Arrest Warrant under Constitutional Attack*, ICL Journal, Vol 3, 1/2009, 11.

(1) To je sudska odluka koju donosi nadležna sudska vlast države izdavanja naloga. Upotrebljeni izraz «sudska vlast» ima šire značenje od uobičajenog i pored sudova obuhvata i javna tužilaštva, ali ne i policijsku ili drugu administrativnu vlast.[16] Ovu odluku sudske vlasti treba razlikovati od sudske odluke donete u državi izdavanja naloga na osnovu koje se izdaje evropski nalog za hapšenje. U državi izdavanja, dakle, donose se dve sudske odluke: prvo se donosi sudska odluka u krivičnom postupku (shvaćenom u širem smislu) iz koje izvire pravni osnov da se uhapsi traženo lice, a potom nadležna sudska vlast, određena nacionalnim pravom, na osnovu te odluke donosi odluku o izdavanju evropskog naloga za hapšenje.[17]

(2) Svrha je sudske odluke o izdavanju evropskog naloga za hapšenje da pravosudni organi druge države članice (države izvršenja) *uhapse i predaju* traženo lice državi članici koja je nalog izdala (državi izdavanja). To znači da evropski nalog za hapšenje u sebi objedinjuje konvencionalni zahtev za hapšenje i zahtev za predaju lica državi izdavanja naloga. Nasuprot tome, u tradicionalnom sistemu izručenja, prema Evropskoj konvenciji o ekstradiciji iz 1957, implementiranoj u Šengenski sporazum, privremeni nalog za hapšenje i izručenje dve su odvojene faze postupka ekstradicije. Sada, shodno inaugurisanom principu uzajamnog priznavanja sudskih odluka između država članica EU, nije potrebno da postoje dve faze, jer evropski nalog za hapšenje u biti sadrži četiri obaveze za državu članicu kojoj se upućuje: *potragu*, *hapšenje*, *pritvaranje* i *predaju* traženog lica.[18]

(3) Krajnji cilj izdavanja evropskog naloga za hapšenje je *krivično gonjenje*, ili *izvršenje kazne zatvora ili pritvora*. Nadležna sudska vlast u državi izdavanja nije obavezna da izda nalog za hapšenje, ali ništa ne sme sprečavati njegovo izdavanje. Definicija pritvora preuzeta je iz Evropske konvencije o ekstradiciji iz 1957. godine.[19]

---

[16] U obrazloženju predloga Okivirne odluke upućuje se na značenje pojma sudske vlasti dato Obrazloženju člana 1. Evropske kKonvencije o ekstradiciji iz 1957. godine. Vidi objašnjenje člana člna 3. (B) Predloga Okvirne odluke o evropskom nalogu za hapšenje dostupan na internet adresi: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001PC0522:EN:HTML).

[17] To proizlazi iz odredbe člana 8. Okvirne odluke o evropskom nalogu za hapšenje, kojom su predviđeni sadržaj i forma naloga. Odredba sadrži zapovest da se u nalogu za hapšenje, pored ostalog, mora navesti dokaz o pravnosnažnoj presudi ili odluci o određivanju pritvora ili kakvoj drugoj sudskoj odluci koja ima isto dejstvo, na koje se rasprostire primena čl. 1. i 2. Okvirne odluke.

[18] Vidi objašnjenje navedeno pod (A) uz čl. 3. Predloga Okvirne odluke o evropskom nalogu za hapšenje.

[19] U tom smislu je objašnjenje navedeno pod (E) uz čl. 3. Predloga Okvirne odluke o evropskom nalogu za hapšenje.

(4) S obzirom na krajnji cilj, sledi da se evropski nalog za hapšenje može izdati i *za izvršenje pravnosnažne presude i u nekoj pretpretresnoj fazi*. U pokrenutom postupku u državi izdavanja naloga moraju biti ispunjene sve zakonske pretpostavke za ograničenje lične slobode i određivanje pritvora.

POLJE VAŽENJA EVROPSKOG NALOGA ZA HAPŠENJE

U Okvirnoj odluci, granice primene evropskog naloga za hapšenje definisane su u harmoniji s načelom uzajamnog priznavanja sudskih odluka između država članica. Polje važenja ovog instrumenta krivičnopravne saradnje omeđeno je težinom krivičnog dela, koja se normativno manifestuje u visini propisane ili izrečene kazne ispod koje se evropski nalog za hapšenje ne primenjuje. U odnosu na tradicionalni evropski sistem izručenja, polje važenja evropskog naloga prošireno je delimičnim ukidanjem načela dvostruke kažnjivosti i načela specijaliteta,[20] čemu je doprinelo i brisanje zabrane izdavanja svojih državljana.

Prema težini krivičnog dela ili izrečene kazne, donja granica primene evropskog naloga određena je metodom generalne klauzule – propisivanjem najmanjeg iznosa zakonskog maksimuma zaprećene kazne ili minimuma izrečene kazne zatvora. Evropski nalog za hapšenje može se izdati za krivična dela za koja je *po zakonu države izdavanja zaprećen maksimum* kazne zatvora od *najmanje 12 meseci,* odnosno ako je za ta dela određen pritvor, ili ako je *izrečena kazna* zatvora od *najmanje četiri meseca* ili je posle izricanja kazne određen pritvor.[21] Kriterijumi minimalnog maksimuma zaprećene i minimuma izrečene kazne zatvora nisu kumulativni nego alternativni kriterijumi za obaveznost evropskog naloga za hapšenje.

U ovako određenom polju važenja, dalja ograničenja primene evropskog naloga za hapšenje vezana su za načelo dvostruke kažnjivosti. Za neka, načelno uzev teža krivična dela, ukinuto je načelo dvostruke ugroženosti, to fundamentalno načelo klasičnog sistema ekstradicije između evropskih zemalja. Načelo dvostruke kažnjivosti ukinuto je za krivična dela taksativno pobrojana u Okvirnoj odluci, za koja je zaprećena *kazna zatvora u maksimalnom trajanju najmanje tri godine* ili je za ta dela određen pritvor. Za visinu kazne i zakonski opis krivičnog dela, kao uslova da se u zemlji izvršenja naloga ne potvrđuje obostrana kažnjivost, merodav-

[20] *Cf.* objašnjenje pod (B) uz član 2. Predloga Okvirne odluke.
[21] Član 2. st. 1. Okvirne odluke.

no je pravo zemlje izdavanja naloga – države članice koja izdaje evropski nalog za hapšenje. Pod ovako određenim uslovima, predaja lica na osnovu evropskoh naloga za hapšenje bez verifikacije dvostruke kažnjivosti, obavezna je za sledeća krivična dela: (1) učestvovanje u zločinačkoj organizaciji, (2) terorizam, (3) trgovina ljudima, (4) seksualno iskorišćavanje dece i dečja pornografija, (5) nedozvoljena trgovina drogama i psihotropnim supstancama, (6) nedozvoljena trgovina oružjem, municijom i eksplozivima, (7) korupcija, (8) prevara, uključujući onu koja ide na štetu finansijskih interesa Evropske zajednice u smislu Konvencije o zaštiti finansijskih interesa Evropske zajednice od 26. jula 1995, (9) pranje novca, (10) falsifikovanje novca, uključujući euro, (11) kompjuterski kriminal, (12) ekološki kriminal, uključujući ilegalnu trgovinu ugroženim životinjskim i ugroženim biljnim vrstama i sortama, (13) pomaganje neovlašćenog ulaska i boravka [vezano za države članice], (14) ubistvo i teške telesne povrede, (15) nedozvoljena trgovina ljudskim organima i tkivom, (16) otmica, protivzakonito lišenje slobode i uzimanje talaca, (17) rasizam i ksenofobija, (18) organizovana ili oružana pljačka, (19) nedozvoljena trgovina kulturnim dobrima, uključujući starine i umetnička dela, (20) prevara, (21) reketirenje i iznuda, (22) falsifikovanje proizvoda i pirateriju, (23) falsifikovanje službenih dokumenata i trgovina tim falsifikatima, (24) falsifikovanje sredstava plaćanja, (25) nedozvoljena trgovina hormonskim supstancama i drugim hormonima rasta, (26) nedozvoljena trgovina nuklearnim i radioaktivnim materijalom, (27) trgovina ukradenim vozilima, (28) silovanje, (29) paljevina, (30) zločini koji spadaju u nadležnost Međunarodnog krivičnog suda, (31) otmica aviona i brodova, (32) sabotaža.

Za bilo koje krivično delo iz navedene nomenklature Okvirne odluke, za koje je u državi izdavanja naloga za hapšenje propisna maksimalna kazna najmanje tri godine zatvora, država izvršenja mora predati traženo lice bez obzira što po njenom zakonodavstvu to delo nije krivično delo, a ako je i u državi izvršenja to delo kažnjivo, bez obzira na visinu zaprećene kazne.

Spisak krivičnih dela za koja je isključeno načelo dvostruke kažnjivosti, nije konačan. Odredbama čl. 2. st. 3. Okvirne odluke, ovlašćen je Savet Evrope da jednoglasnom odlukom, nakon savetovanja sa evropskim parlamentom, proširi listu i sa drugim kategorijama krivičnih dela. To ovlašćenje je, praktično, podignuto na rang obaveze propisivanjem da Savet Evrope, pošto primi izveštaj Komisije o primeni evropskog naloga za hapšenje, ima dužnost da u skladu sa čl. 34. st. 3. Okvirne odluke, ispita da li je potrebno navedenu listu krivičnih dela izmeniti ili proširiti.

Iako je trasiran put ka ukidanju dvostruke kažnjivosti, ovo načelo nije u potpunosti ukinuto. Za krivična dela koja se ne nalaze na spisku iz Okvirne odluke, države članice su ovlašćene da svojim propisima o implementaciji evropskog naloga za hapšenje predvide kao uslov za njegovo izvršenje da delo bude kažnjivo u obe države – u državi izdavanja i državi izvršenja naloga za hapšenje, da bi traženo lice bilo predato (čl. 2. st. 4. Okvirne odluke). To znači da države koje u implementacione propise ugrade načelo dvostruke ugroženosti za krivična dela koja nisu na popisu u čl. 2. st. 2. Okvirne odluke, neće vršiti predaju lica koje se traži evropskim nalogom za hapšenje, ukoliko delo nije kažnjivo i po nacionalnom pravu te države, bez obzira na konstitutivne elemente i opis radnje krivičnog dela. Na taj način, nepostojanje dvostruke kažnjivosti postaje relativna smetnja za izvršenja evropskog naloga za hapšenje.[22]

Zbog načela na kojima je utemeljen, već na samom početku pojavile su se brojne teškoće vezane za delotvornost i samu primenu evropskog naloga za hapšenje. Ukidanje dvostruke kažnjivosti otvorilo je pitanje pravne sigurnosti lica koja žive ili borave na teritoriji država članica Evropske unije jer može biti predato drugoj državi i za delo koje nije krivično delo u državi u kojoj se to lice nalazi. Time je neposredno ugroženo načelo legaliteta (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), garantovano, između ostalog, Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.[23] Načelo legaliteta dodatno ugrožavaju široke, neprecizne definicije krivičnih dela pobrojanih u članu 2. st. 2. Okvirne odluke, zato što međusobno priznavanje krivičnih presuda bez provere pretpostavlja dvostruko kažnjavanje i stoga se mora temeljiti na dogovorenim definicijama krivičnih dela za koja se vrši ekstradicija. Otuda se popisane kategorije krivičnih dela za koja je ukinuta dvostruka kažnjivost mogu tumačiti kao „prazne kutije“ koje nemaju pravnu vrednost *per se*, jer upotrebljeni pojmovi poput “korupcije“, „terorizma“, „silovanja“ ili „sabotaže“, nisu istinski pravni, te je do države molilje da popuni te „prazne kutije“ s odgovarajućim definicijama koje proizlaze iz njenog pravnog sistema.[24] Upravo zato, za neka krivična dela kao što su ubistva, silovanja, reketiranje, neće biti lako pronaći zajednički imenitelj definicije ponašanja za ko-

[22] Vidi čl. 4. st. 4. Okvirne odluke.

[23] Vidi član 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori, broj 12/2010 od 17/12/2010).

[24] Massimo Fichera, *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice*, PhD thesis - University of Edinburgh, School of Law, 2009, p. 102.

ja se dvostruka kažnjivost ne mora proveravati.[25] Ukidanje načela dvostrukog kažnjavanja za određene kategorije krivičnih dela, u krajnjem, obrušava se na garantovana ljudska prava i dobra zaštićena krivičnim inkriminacijama, stvarajući latentnu opasnost da mogu biti ugrožena, a s druge strane, mogućnost da se u nacionalne propise unese klauzula dvostruke kažnjivosti za neka druga dela izvan popisa iz Okvirne odluke, destabilizuje jednakost građana pred zakonom i zabranu diskriminacije.

Sva ova pitanja bila su predmet ocene i odlučivanja Evropskog suda pravde, u postupku ocene valjanosti Okvirne odluke o evropskom nalogu za hapšenje, pokrenutom od strane belgijskog Ustavnog suda od koga je advokatska komora *Advocaten voor de Wereld* zatražila ocenu ustavnosti belgijskih propisa za implementaciju evropskog naloga za hapšenje. Polazeći od stava da je EU zasnovana na vladavini prava i poštovanju ljudskih prava saglasno Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Evropski sud pravde je konstatovao da kršenja ljudskih prava ocenjuje u skladu sa standardima koje je postavio Evropski sud za ljudska prava. Temeljeći svoju odluka na shvatanju da svrha Okvirne odluke o evropskom nalogu za hapšenje nije harmonizacija obeležja krivičnih dela ni propisanih kazni i da su sve države članice dužne poštovati načelo legaliteta u krivičnom pravu, Evropski sud pravde se nije saglasio sa mišljenjem belgijskih advokata da paušalno nabrajanje širokih i nepreciznih naziva krivičnih dela predstavlja kršenje načela legaliteta u odnosu na lice lišeno slobode bez provere dvostruke kažnjivosti, tumačeći da za donošenje odluke o hapšenju nije relevantan propis države izvršenja o implementaci evropskog naloga, već definicija krivičnog dela i propisna kazna iz zakona države izdavanja naloga. Otuda se na lice traženo evropskim nalogom primenjuje krivičnopravni propis saglasan načelu zakonitosti, jer su to načelo dužne da poštuju sve države članice, pa i država izdavanja naloga. Ovaj sud je takođe stao na stanovište da načelo jednakosti i zabrane diskriminacije dopušta različito postupanje prema pojedincima koji se nalaze u sličnoj situaciji ako je to objektivno opravdano, pa je oslanjajući se na takvo gledište zauzeo stav da lista krivičnih dela iz okvirne odluke za koja se ne traži dvostruko kažnjavanje, naspram onih dela za koja se dvostruka kažnjivost potencijalno pojavljuje kao uslov, može dovesti do razlika u postupanju prema pojedincima ali je to opravdano težinom krivičnih dela sa liste, s obzirom na njihovu inherentnu prirodu i visinu zaprećene kazne od najmanje tri godine zatvora. Zbog toga se, prema mišljenju

[25] Bedanna Bapuly, The European Arrest Warrant under Constitutional Attack, ICL Journal, Vol 3, 1/2009, 4. (www.icl-journal.com , dostupno 30. 3. 2012).

ovoga suda, Okvirnom odlukom ne krši načelo jednakosti i zabrane diskriminacije.[26]

I pored ovog decidnog stava Evropskog suda pravde da nema povrede načela legalitata krivičnog prava ni načela jednakosti i zabrane diskriminacije, polazeći od dokrinarne interpretacije novih instituta krivičnopravne saradnje iz Okvirne odluke i teškoća nastalih u praktičnoj primeni evropskog naloga za hapšenje pred pravosudnim organima država članica, neizbežan je utisak da je novi sistem lišenja slobode i predaje lica drugoj državi članici EU preuranjen jer pretpostavlja daleko viši stepen harmonizacije krivičnopravnih propisa. Stari model izručenja je napušten, možda je prerano za potpuno novi sistem, ali više nije moguće da se stari vrati.[27] Da ima teškoća u primeni evropskog naloga za hapšenje vidi se i iz izveštaja Evropske komisije o primeni evropskog naloga za hapšenje, u kojima se ukazuje da postoji prostor za poboljšanje u transpoziciji i primeni Okvirne odluke, a posebno da zaštita osnovnih prava treba da bude centralni deo EAW sistema.[28]

U vezi sa poljem važenja evropskog naloga treba još reći da je ono prošireno u osnosu na stari sistem izručenja i time što je isključena klauzula o neizadavanju sopstvenih državljana. Još u Predlogu Okvirne odluke konstatovano je da se izuzimanje sopstvenih državljana više neće primenjivati, a da primarni kriterijum nije nacionalnost nego mesto prebivališta traženog lica, posebno u pogledu izvršenja kazne.[29] Suprotno tome, u mnogim zemljama kontinentalne Evrope izručenje sopstvenih državljana je ustavno zabranjeno, izuzev pravne tradicije Velike Britanije. U pozadini ove zabrane je zaštita građana od suđenja po stranom pravu i na stranom jeziku[30] i predstavlja "sentimentalnu" ili "patriotsku" vrednost u mnogim zemljama kontinentalnog prava.[31] Neizručenje svojih državljana

---

[26] Detaljnije o odluci Evropskog suda pravde vidi: dr sc. Zlata Đurđević, Europski sud pravde i legitimitet europskog uhidbenog naloga, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 14, broj 2/2007, str. 1024-1026.

[27] Massimo Fichera, *The European Arrest Warrant and the Sovereign State: Marriage of Convenience?*, European Law Journal, Vol. 15, No. 1, January 2009, p. 97

[28] Report from the Commission to the European Parliament and the Council On the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, Brussels, 11.4.2011, COM(2011) 175 final, p. 9 (dostupno na internet adresi: http://ec.europa.eu/justice/policies/criminal/extradition/docs/com_2011_175_en.pdf).

[29] Vidi objašnjenje pod 5, u okviru Opšte prezentacije evropskog naloga za hapšenje (4.5) u Predlogu Okvirne odluke.

[30] Bedanna Bapuly, *op. cit.*, str. 14. i 15.

[31] Massimo Fichera, *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice*, PhD thesis - University of Edinburgh, School of Law, 2009, p. 39.

javlja se kao izraz državnog suvereniteta i individualnih prava: s jedne strane, državna vlast ima pravo da sudi svojim državljanima za krivična dela koja počine, a s druge strane, pojedinac ima pravo da ne bude uklonjen od svog prirodnog sudije *(ius de non evocando*) i pravo da bude zaštićen od predozirane nadležnosti druge države.[32] Zbog toga su na početku njegove primene ustavni sudovi država članica proglašavali neustavnim propise kojim se evropski naloga za hapšenje implementira u nacionalno pravo,[33] pa su tako nastale skoro nepremostive teškoće u transpoziciji Okvirne odluke. Vremenom je, izmenom ustavnih normi i propisa o implementaciji Okvirne odluke, nacionalno pravo tih zemalja harmonizovano s pravom Evropske unije, u meri koja omogućava delotvornu primenu evropskog naloga za haapšenje.

PRAVNE SMETNJE ZA IZVRŠENJE EVROPSKOG NALOGA ZA HAPŠENJE

Pored određivanja polja važenja u kome je primena evropskog naloga obavezna, Okvirnom odlukom predviđene su i smetnje za njegovo izvršenje kojima se određuje polje u kome se on ne sme ili ne mora primenjivati. To su, u stvari, okolnosti zbog čijeg postojanja država izvršenja odbija ili može odbiti izvršenje naloga za hapšenje. Po svom dejstvu, te smetnje mogu biti *apsolutne*, koje države članice moraju implementirati u svoje nacionalno pravo, i *relativne*, koje države članice mogu ali ne moraju ugraditi u svoj pravni sistem, što znači da isključivo od njih zavisi da li će ih implementirati.

Kao apsolutne smetnje, u odredbama čl. 3. Okvirne odluke predviđene su *amnestija*, načelo *ne bis in idem* i *godine starosti* zbog kojih lice ne može krivično odgovarati. Konkretnije, sudski organ države izvršenja (koja se kraće označava kao "izvršna sudska vlast") odbiće da izvrši evropski nalog za hapšenje u sledećim slučajevima:

(1) ako je krivično delo na koje se odnosi evropski nalog za hapšenje, *obuhvaćeno amnestijom u državi izvršenja*, koja ima nadležnost da krivično goni za to krivično delo prema svom krivičnom zakonu;

(2) ako je izvršna sudska vlast obaveštena da je traženo lice *pravnosnažno osuđeno za isto krivično delo,* pod uslovom da je kazna izvršena

---

[32] Z. Deen-Racsmány, R. Blekxtoon, The Decline of the Nationality Exception in European Extradition?, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 3/2005, p. 317.

[33] Analizu odluka ustavnih sudova Poljske, Nemačke i Češke, vidi kod: Jan Komárek, European constitutionalism and the European arrest warrant: In search of the limits of "contrapunctual principles", Common Market Law Review, Vol. 44, No. 1, February 2007, pp. 9-40.

ili se trenutno izvršava tamo gde je osuda izrečena, ili da se više ne može izvršiti prema pravu države članice u kojoj je izrečena osuđujuća presuda (za ovu apsolutnu smetnju relevantna je pravnosnažna presuda kojom je isto lice osuđeno za isto delo u bilo kojoj državi članici a ne samo u državi izvršenja evropskog naloga);

(3) ako se zbog godina starosti, lice na koje se odnosi evropski nalog za hpašenje ne može smatrati krivično odgovornim za delo na koje se odnosi evropski nalog za hapšenje, prema pravu države izvršenja naloga.

Neobavezni, fakultativni osnovi za neizvršavanje evropskog naloga za hapšenja, koje smo smo označili kao relativne smetnje, predviđeni su u čl. 4. Okvirne odluke. Sudski organ države izvršenja može da odbije izvršenje evropskog naloga za hapšenje:

(1) ako delo na koje se odnosi evropski nalog za hapšenje nije krivično delo i prema pravu države izvršenja naloga (nedostatak dvostruke kažnjivosti),[34] u nekom od slučajeva navedenih u čl. 2. st. 4. Okvirne odluke (reč je o delima koja nisu na popisu u čl. 2. st. 2. za koja je dvostruka kažnjivost isključena);

(2) ako se u državi izvršenja vodi krivični postupak protiv traženog lica za isto krivično delo na koje se odnosi evropski nalog za hapšenje;

(3) ako su pravosudni organi države izvršenja odlučili da ne gone za krivično delo na koje se odnosi evropski nalog za hapšenje ili da obustave krivični postupak ili ako je za isto delo u nekoj državi članici, na zahtev lica, već izrečena pravnosnažna presuda koja sprečava dalje postupanje (reč je o još jednom slučaju primene načela *ne bis in idem*);

(4) ako je krivično gonjenje ili kažnjavanje traženog lica zakonski zabranjeno prema pravu države izvršenja naloga, a konkretno krivično delo potpada pod jurisdikciju te države prema njenom krivičnom zakonodavstvu (regulisano je dejstvo *zastarelosti*[35] kao smetnje za izvršenje evropskog naloga za hapšenje, a merodavno je pravo države izvršenja);

---

[34] Kad su u pitanju dela vezana za poreze, takse, carine i devize, predviđeno je jedno dodatno ograničenje dvostruke kažnjivosti, prema kome, država izvršenja ne može odbiti izvršenje evropskog naloga za hapšenje sa obrazloženjem da njenim pravom nije nametnuta ista vrsta poreza ili takse ili da nema istu vrstu propisa (koji se tiču poreza, taksi, carina ili deviza) kao što je to u pravu države izdavanja evropskog naloga (čl. 4. st. 1. tač. 1. *in fine* Okvirne odluke).

[35] U predlogu Okvirne odluke zastarelost nije bila predviđena kao smetnja za izvršenje evropskog naloga za hapšenje jer joj nije pridavan isti značaj kao amnestiji. Zastupano je gledišta da je amnestija rezultat demokratske rasprave u državi članici i pozitivnog delovanja zakonodavnog organa, dok je zastarelost posledica propusta (greški) prilikom krivičnog gonjenja pa je ono postalo neblagovremeno. Osim toga, navodi se da bi bilo nelogično da država izvršava nalog kad delo nije krivično delo i po njenom pravu

(5) ako je sudska vlast države izvršenja obaveštena da je traženo lice pravnosnažno osuđeno za isto delo u trećoj državi, a ako je izrečena osuda, da je kazna već izvršena ili se izvršava, ili se ne može izvršiti prema pravu treće države čija je sudska vlast donela pravnosnažnu presudu (reč je ponovo o primeni načela *ne bis in idem*, ali zbog pravnosnažno presuđene krivične stvari u nekoj trećoj državi a ne u državi članici);

(6) ako je evropski nalog za hapšenje izdat da bi se izvršila kazna zatvora ili pritvor, a traženo lice boravi ili ima prebivalište na teritoriji države članice koja izvršava evropski nalog za hapšenje ili je njen državljanin, a ta država je već preduzela izvršenje kazne zatvora ili pritvora prema svom zakonodavstvu (ova relativna smetnja pokazuje da se EU nije u potpunosti odrekla državljanstva kao faktora prilikom odlučivanja o predaji lica koje se traži evropskim nalogom za hapšenje);

(7) ako se evropski nalog za hapšenje odnosi na krivična dela:

- koja se po pravu države izvršenja smatraju kao delimično ili u celini učinjena na teritoriji te države članice ili u mestu koje se kao takvo tretira, ili

- koja su učinjena van teritorije države članice izdavanja naloga, a pravo države izvršenja naloga ne dopušta krivično gonjenje za ta krivična dela kad su učinjena van njene teritorije.

SADRŽAJ I FORMA EVROPSKOG NALOGA ZA HAPŠENJE

Podaci i informacije u evropskom nalogu za hapšenje predviđene su tako da pravosudni organi u mestu hapšenja mogu jednostavno izvršiti nalog bez traženja dodatne dokumentacije, u svim osim u izuzetnim slučajevima.[36] Svrha je standardizovanih obaveznih elemenata i forme evropskog naloga da se olakša i ubrza postupanje po nalogu u državi izvršenja, što praktična primena evropskog naloga u prvih pet godina i pokazuje. U državama članicama EU, prosečno vreme od hapšenja do odluke o predaji tražene osobe bilo je, u slučajevima kad traženo lice ne pristaje na predaju: 2005. – 47,2 dana, 2006. – 51 dan, 2007. – 42,8 dana, 2008 – 51,7 dana, a 2009. – 48,6 dana, a kad traženo lice pristaje na predaju prosečno vreme do odluke o predaji je daleko kraće: 2005. –

(zbog ukidanja dvostrukog kažnjavanja) a da zbog zastarelosti može odbiti izvršenje naloga (Vidi obrazloženje uz čl. 30. Predloga Okvirne odluke).

[36] Vidi obrazloženje uz član 6. Predloga Okvirne odluke o evropskom nalogu za hapšenje.

14,7 dana, 2006. – 14,2 dana, 2007. – 17,1 dan, 2008 – 16,5 dana, a 2009. – 16 dana.[37]

Sadržaj evropskog naloga određen je odredbama čl. 8. Okvirne odluke, a njegova forma i obavezni elementi moraju biti definisani u skladu sa Aneksom datim uz ovu odluku. Evropski nalog za hapšenje obavezno sadrži sledeće podatke:

(1) identitet i državljanstvo traženog lica;

(2) ime, adresu, broj telefona i faksa, te e-mejl adresu sudske vlasti koja izdaje nalog;

(3) dokaz o izvršnoj presudi, nalog za hapšenje ili bilo koju drugu izvršnu sudsku odluku koja ima isto dejstvo, a ulazi u polje primene određeno čl. 1. i 2 Okvirne odluke;

(4) prirodu i pravnu kvalifikaciju krivičnog dela, naročito u odnosu na čl. 2. Okvirne odluke;

(5) opis okolnosti u kojima je krivično delo učinjeno, uključujući vreme, mesto i stepen učešća traženog lica u ostvarenju krivičnog dela;

(6) izrečenu kaznu, ako postoji pravnosnažna presuda, ili visinu propisane kazne prema pravu države izdavanja naloga;

(7) ako je moguće, druge posledice krivičnog dela.

Evropski nalog za hapšenje mora biti napisan ili preveden na službeni jezik ili jedan od službenih jezika države izvršenja naloga ili bilo koji drugi jezik prihvaćen od strane te države (svaka država članica može kod Generalnog sekretarijata deponovati izjavu da prihvata prevod na jedan ili više službenih jezika EU).

Da bi svrha standardizacije evropskog naloga bila realno ostvarljiva, detaljno je uređen i postupak predaje traženog lica (regulisan je u Poglavlju 2 Okvirne odluke o evropskom nalogu za hapšenje). Postupak se sastoji iz nekoliko celina koje po svom sadržaju i dijahronom sledu istovremeno osiguravaju delotvornost evropskog naloga za hapšenje i zaštitu osnovnih prava traženog lica. Može se reći da postupak ima sledeće etape: (a) slanje evropskog naloga državi izvršenja, (b) hapšenje traženog lica i saopštavanje prava koja mu pripadaju, (v) odlučivanje o pritvaranju traženog lica, (g) pristanak traženog lica na predaju ilisaslušanje traženog lica, (d) odlučivanje o predaji lica, uključujući i` rokove i procedure za iz-

[37] Report from the Commission to the European Parliament and the Council On the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, Brussels, 11.4.2011, COM(2011) 175 final, p. 11 (dostupno na internet adresi: http://ec.europa.eu/ justice/policies/ criminal/extradition/docs/com_2011_175_en.pdf).

vršenje evropskog naloga i (đ) obaveštavanje države koja je izdala evropski nalog.[38]

ZAVRŠNE NAPOMENE

Evropski nalog za hapšenje radikalno je izmenio dotadašnji klasični sitem ekstradicije, koji je bio formalan, i po svojoj prirodi politički i međudržavni, uređen konvencijama koje su omogućavale državama članicama brojne rezerve iz kojih izviru zabrane izručenja. Tradicionalni postupak izručenja bio je spor i nedelotvoran.

Uzajamno poverenje u pravne sisteme država članica temelj je novog sistema izručenja, što je omogućilo supstituciju subjekata u tom postupku. Sa uvođenjem evropskog naloga za hapšenje u pravni sistem EU subjekti postupka izručenja nisu više države članice nego sudovi država članica koji automatski priznaju odluke sudova drugih država o nalogu za hapšenje (judicijalizacija postupka).

Novi postupak izručenja depolitizovan je ukidanjem brojnih rezervi koje su po ranijem sistemu države članice mogle izjavljivati, otklanjajući time glavne prepreke za izručenje. Ukinuto je načelo dvostruke kažnjivosti za teža krivična dela, taksativno nabrojana u Okvirnoj odluci, a takođe i zabrana izručenja sopstvenih državljana i zabrana izručenja za fiskalna i politička kaznena dela.

Postupak predaje lica na osnovu evropskog naloga za hapšenje postao je izuzetno efikasan – prosečno vreme od izdavanja naloga do predaje traženog lica svedeno je na sedam nedelja, a kad to lice pristaje na predaju, na svega petnaestak dana. Naspram ove izrazite delotvornosti evropskog naloga, zbog još uvek nedovoljno harmonizovanih krivičnopravnih sistema, nastale su teškoće da se zaštite osnovna ljudska prava traženih lica budući da su ukidanje dvostrukog kažnjavanja i neprecizne definicije krivičnih dela na koje se ukidanje odnosi, ugrozili krivičnopravno načelo legaliteta i zajemčenu jednakost pred zakonom. Na tim kritikama temelji se gledište da je evropski nalog za hapšenje preuranjen, a povratak na stari, klasični sistem ekstradicije nije moguć.

---

[38] Pored navedenih etapa postupka predaje lica na osnovu evropskog naloga za hapšenje, u Okvirnoj odluci još je uređeno: odlučivanje u slučaju više zahteva (čl. 16), situacija do odluke o evropskom nalogu i saslušanje lica koje čeka odluku (čl. 18. i 19), privilegije i imuniteti (čl. 20), konkurencija međunarodnih obaveza (čl. 21), rokovi za predaju lica nakon donete odluke o evropskom nalogu (čl. 23), odložena ili uslovna predaja (čl. 24) i tranzit tražene osobe (čl. 25).

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

The European Arrest Warrant

Abstract

The paper portrays the new European Union extradition system, established by the Framework Decision on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States of 2002. In the introductory remarks, the author explains the formation and development of the traditional extradition procedure, depicts relevant legal sources, and points to its flaws, which boil down to tardiness and inefficiency. The main author's standpoint is that the European arrest warrant is based on mutual trust in the member-states' legal systems, and that it depoliticizes the extradition procedure by transforming interstate cooperation into cooperation between member - states' law enforcement authorities. On these grounds, the author determines the nature of this new legal institute, that introduces radical changes into the paradigm of the classical extradition, and explains its main features as well as the scope of application. Further on, the paper explores the conditions for issuance of the European arrest warrant, which are proscribed by negative formulations – as absolute and relative obstacles for extradition. Finally, the author explains the standardized formal elements of the European arrest warrant content, which should make its application easier and more expeditious.

Key words: international criminal legal aid, extradition, European arrest warrant, double jeopardy, ne bis in idem.

Originalni naučni rad UDK 341.3:502/504
doi:10.5937/zrpfns46-2011

Dr Zoran Radivojević, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Nišu

Dr Nebojša Raičević, docent
Pravnog fakulteta u Nišu

PRIMENA MEĐUNARODNOG EKOLOŠKOG PRAVA U ORUŽANIM SUKOBIMA[1*]

Sažetak: *Rad je posvećen problemu zaštite životne sredine tokom oružanih sukoba, pri čemu se glavna pažnja usmerava na ispitivanje mogućnosti primene međunarodnog ekološkog prava u oružanim sukobima. U prvom delu rada su predstavljena pravila međunarodnog humanitarnog prava od značaja za zaštitu životne sredine sadržana u različitim izvorima ove grane prava (međunarodnim ugovorima, međunarodnim običajima i opštima načelima). U tom delu je ukazano na slabosti i nedostatke ekoloških odredbi međunarodnog humanitarnog prava, kako onih tradicionalnih od posrednog značaja za zaštitu životne sredine, tako i savremenih pravila koja, uglavnom, na direktan način štite životnu sredinu. Drugi deo rada posvećen je primenjivim pravilima međunarodnog ekološkog prava u oružanim sukobima. Najpre se ispituje mogućnost primene višestranih ekoloških ugovora u oružanim sukobima. Tom prilikom se ukazuje na postojanje različitih kategorija takvih ugovora, pri čemu je najveća pažnja posvećena ugovorima koji ne sadrže odredbe o sopstvenoj primeni tokom oružanih sukoba. Potom se analizira primena pravila međunarodnog običajnog ekološkog prava za vreme oružanih sukoba. Ta pravila imaju daleko manji značaj u poređenju sa međunarodnim ugovorima i svode se samo na nekoliko opštih principa za koje se može smatrati da danas predstavljaju norme običajnog prava. Na kraju, ispituje se mo-*

[1*] Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, br. 179046, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

gućnost primene normi tzv. mekog ekološkog prava, kao što su pravila sadržana u različitim deklaracijama i rezolucijama usvojenim na međunarodnim skupovima ili u okviru međunarodnih organizacija.

Ključne reči: *međunarodno humanitarno pravo, zaštita životne sredine, međunarodno ekološko pravo, međunarodni ugovori, međunarodno običajno pravo, meko pravo.*

1. UVOD

Međunarodno ekološko pravo kao posebna grana međunarodnog javnog prava novijeg je datuma. Nastalo je kao izraz rastuće ekološke svesti država krajem šezdesetih i početkom sedamdesetih godina prošlog veka. U početnom periodu njegov predmet bio je ograničen na regulisanje zagađivanja vode, vazduha i kopna od industrijskih delatnosti (tzv. prva generacija ekoloških pravila), da bi se danas područje primene ekološkog prava proširilo na nove probleme, kao što su globalno zagrevanje i efekti staklene bašte, klimatske promene, fenomen kiselih kiša ili oštećenje ozonskog omotača (ekološke norme druge generacije)[2].

Od samog nastanka međunarodno ekološko pravo razvijalo se potpuno odvojeno i nezavisno od međunarodnog humanitarnog prava. Ekološko pravo pripadalo je širem korpusu pravila međunarodnog prava u doba mira i kao takvo imalo opšti značaj i važenje (*lex generalis*) u pogledu regulisanja zaštite životne sredine. Nasuprot tome, međunarodno humanitarno pravo stupalo je na scenu tek izbijanjem oružanog sukoba i bilo merodavno za zaštitu životne sredine samo tokom njegovog trajanja (*lex specialis*)[3].

Stav o strogoj odvojenosti međunarodnog ekološkog i humanitarnog prava preovladavao je u praksi i teoriji sve do početka poslednje decenije prošlog veka. Smatralo se, naime, da su pravila ekološkog prava iz doba mira nespojiva sa prirodom oružanog sukoba, te su zbog toga od male koristi ili teško primenjiva tokom trajanja sukoba[4]. Međutim, ozbilj-

---

[2] A.O. Adede, „Protection of the Environment in Times of Armed Conflict: Reflections on the Existing and Future Treaty Law", *Annual Survey of International and Comparative Law*, 1994, Vol. 161, No. 1, pp. 161-162.

[3] L. Green, „The Environment and the Law of Conventional Warfare", *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 29, 1991, p. 222-223.

[4] M. Schmitt, „Green War: An Assessement of the Environmental Law of International Armed Conflicts", *Yale Journal of International Law*, Vol. 22, 1997, No. 1, p. 50. Videti dokument: United Nations Environmental Programme, *Protection the Environment*

ne ekološke štete prouzrovane Zalivskim ratom (1990-1991.) stavile su pod ozbiljnu sumnju delotvornost postojećeg mehanizma zaštite koji je ustanovljen u okviru međunarodnog humanitarnog prava.

Pre svega, ova grana međunarodnog prava sadrži veoma malobrojne norme o neposrednoj zaštiti životne sredine. Uz to, pokazalo se u praksi da su njegove norme koje sadrže izričite zabrane i ograničenja u pogledu životne sredine uopštene i neprecizne, te da su uslovi za njihovu primenu postavljeni na veoma visok nivo. U okviru međunarodnog humanitarnog prava zaštita životne sredine se uglavnom ostvarivala indirektnim putem, a sadržana je u nekim opštim načelima i ugovornim pravilima koja štite civile i imovinu u oružanim sukobima. Međutim, pravila koje se neposredno odnose na zaštitu civila i civilnih objekata nisu uvek bila dovoljna da bi se zaštitili svi delovi životne sredine u toku oružanog sukoba. Poseban problem kod nekih normi međunarodnog humanitarnog prava predstavljala je primena načela proporcionalnosti i dopuštanje mogućih kolateralnih šteta prouzrokovanih napadima na vojne objekte[5].

Počevši od devedesetih godina prošlog veka pokrenuta je značajna aktivnost pod okriljem Ujedinjenih nacija i nevladinih stručnih organizacija u cilju poboljšanja i usavršavanja međunarodnopravne zaštite životne sredine tokom oružanih sukoba. Jedan od predloga bio je da se u okviru međunarodnog humanitarnog prava usvoji novi međunarodni ugovor (tzv. Peta ženevska konvencija) koji bi u celosti bio posvećen regulisanju tog pitanja. Pošto se ubrzo pokazalo da kod većine država ne postoji spremnost za njegovo zaključenje, primena postojećih pravila međunarodnog ekološkog prava nametnula se kao drugo moguće rešenje. Tom prilikom pošlo se od stava da su u materiji ekološke zaštite norme međunarodnog humanitarnog prava *lex specialis* samo sa stanovišta njihovog vremenskog važenja. U sadržinskom smislu, međutim, međunarodno ekološko pravo predstavlja svojevrsni *lex specialis*, budući da obuhvata mnogo potpunije i konkretnije norme, standarde i mehanizme ove zaštite.

Imajući u vidu napred rečeno, u prvom delu ovog rada biće analizirane slabosti i nedostaci ekoloških odredaba međunarodnog humanitarnog prava, i to kako onih tradicionalnih, tako i savremenih pravila o zaštiti životne sredine. Drugi deo rada posvećen je primenjivim pravilima međunarodnog ekološkog prava u oružanim sukobima. Tom prilikom najpre

---

during Armed Conflicts: An Inventory and Analysys of International Law, Nairobi 2009, p. 34.

[5] M. Bothe, C. Bruch, J. Diamond, D. Jensen, „International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities“, *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, 2010, No. 879, pp. 571-579.

se ispituje mogućnost primene višestranih ekoloških ugovora u oružanim sukobima, a potom primenjiva pravila sadržana u međunarodnom običajnom pravu i mekom pravu (*soft law*).

2. EKOLOŠKA PRAVILA MEĐUNARODNOG HUMANITARNOG PRAVA I NJIHOVE SLABOSTI

Iako spada u najstarije grane međunarodnog prava, međunarodno humanitarno pravo sadrži vrlo oskudne norme o zaštiti životne sredine u oružanim sukobima. Neke od njih su na snazi već dugi niz godina, dok su druge usvojene tek krajem sedamdesetih i početkom osamdesetih godina prošlog veka. Tradicionalne norme međunarodnog humanitarnog prava štite životnu sredinu isključivo na posredan način, jer je njihov prevashodni cilj zaštita civila i imovine u oružanim sukobima. Savremena ugovorna pravila, uglavnom, pružaju direktnu zaštitu životnoj sredini, ali ima i pravila koja tu zaštitu ostvaruju na posredan način.

2.1. Tradicionalna pravila

Od tradicionalnih pravila značajnih za ekološku zaštitu u oružanim sukobima treba najpre pomenuti neka osnovna načela međunarodnog humanitarnog prava, kao i pojedine norme sadržane u Haškom pravilniku o zakonima i običajima suvozemnog rata iz 1907. godine i Ženevskoj konvenciji (IV) o zaštiti civila u ratu od 1949. godine[6].

Za zaštitu životne sredine od značaja su načelo vojne potrebe (neophodnosti), načelo razlikovanja i načelo proporcionalnosti. Pružajući zaštitu civilnim objektima, ova načela indirektno štite i životnu sredinu. Princip vojne potrebe dopušta upotrebu vojne sile koja je neophodna za postizanje određene vojne prednosti, istovremeno zabranjujući preduzimanje onih radnji koje nisu od značaja za ostvarenje vojne koristi. Načelo razlikovanja stranama u sukobu zabranjuje ona sredstva i načine ratovanja kod kojih se napad ne može usmeriti na određeni vojni cilj i time napraviti razlika između boraca i civila i vojnih i civilnih objekta, dok načelo proporcionalnosti zahteva da usputna (kolateralna) šteta naneta civilima i civilnim objektima ne sme biti nesrazmerno velika u odnosu na konkretnu i neposrednu vojnu prednost ostvarenu napadom na vojni cilj. Tri pomenuta načela imaju nesporan običajni karakter, tako da vezuju sve drža-

[6] Za tekstove ovih ugovora videti: V. Knežević-Predić, S. Avram, Ž. Ležaja (ur.), *Izvori međunarodnog humanitarnog prava*, Beograd, 2007, str. 307-316, 116-178.

ve. Ona takav status imaju kako u međunarodnim, tako i u nemeđunarodnim oružanim sukobima[7].

Haški pravilnik sadrži dve odredbe od značaja za zaštitu životne sredine. Prva je sadržana u čl. 23(g), koji zabranjuje uništavanje „*neprijateljske imovine, osim u slučajevima kada to uništavanje ... imperativno nalaže vojna potreba*", dok čl. 55 propisuje da se država okupator „*smatra samo administratorom i plodouživaocem javnih zgrada, nepokretnosti, šuma i poljoprivrenih dobara koja pripadaju neprijateljskoj državi, a nalaze se u okupiranoj državi. Ona mora čuvati tu imovinu i njome upravljati u skladu sa pravilima plodouživanja*".

Četvrta Ženevska konvencija (čl. 53) ograničava prava okupatora, ističući da je okupacionoj sili zabranjeno svako *„uništavanje nepokretne ili pokretne imovine koja pojedinačno ili zajednički pripada privatnim licima, državi ili drugim javnim vlastima, društvenim organizacijama ili zadrugama, izuzev u situacijama u kojima je to uništavanje apsolutno neophodno radi izvođenja vojnih dejstava*". Pored toga, čl. 147 „*ekstenzivno uništavanje ... imovine koje nije opravdano vojnom potrebom i koje se vrši na nedopušten i samovoljan način*" svrstava u teške povrede Konvencije.

2.2. Savremena pravila

Savremena pravila o zaštiti životne sredine nalaze se u nekoliko međunarodnih ugovora, i to: Dopunskom protokolu I o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (dalje: Protokol I) i Dopunskom protokolu II o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (dalje: Protokol II) iz 1977. godine, Konvenciji o zabrani vojne ili bilo koje druge neprijateljske upotrebe tehnika koje menjaju životnu sredinu (dalje: ENMOD konvencija) od 1976. godine i Protokolu III o zabranama i ograničenjima upotrebe zapaljivog oružja usvojenom uz Konvenciju o zabrani ili ograničavanju upotrebe određenih vrsta klasičnih oružja za koje se može smatrati da izazivaju prekomerne traumatske efekte i da deluju bez razlikovanja u pogledu cilja iz 1980. godine[8].

Protokol I sadrži dva člana koji na direktan način štite životnu sredinu. Čl. 35(3) propisuje da je „*zabranjeno primeniti metode ili sredstva ratovanja koja su namenjena ili od kojih se može očekivati da će prouzrokovati rasprostranjena, dugotrajna i ozbiljna oštećenja prirodne okoline*". Stav 1 čl. 55 glasi: „*U ratovanju se mora obratiti pažnja da se pri-*

[7] Videti: J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law (Volume 1)*, Cambridge, 2005.

[8] Za tekstove ovih ugovora videti: V. Knežević-Predić, S. Avram, Ž. Ležaja (ur.), op. cit., str. 182-258, 589-592, 410-412.

rodna okolina zaštiti od rasprostranjenog, dugotrajnog i ozbiljnog oštećenja. Ova zaštita obuhvata zabranu korišćenja metoda ili sredstava ratovanja koja su namenjena ili od kojih se može očekivati da prouzrokuju takvo oštećenje prirodne okoline i da time štetno utiču na zdravlje ili opstanak stanovništva"[9].

Upotrebljene formulacije pokazuju da se oba navedena člana odnose samo na ekološka oštećenja koja kumulativno ispunjavaju uslove rasprostranjenosti, dugotrajnosti i ozbiljnosti (trostruki kumulativni standard[10]). Takvim zahtevom prag primene ovih članova podignut je na veoma visoki nivo. Dodatnu teškoću kod implementacije ustanovljene zabrane stvara izostanak pojašnjenja tri upotrebljena standarda. Sam Protokol I ne vrši njihovo preciziranje, niti se njihovo značenje može naći u pripremnim radovima. Tokom pregovora isticano je da termin „dugotrajan" označava „period koji se meri decenijama", dok su pojedine delegacije čak isticale da on ne može biti kraći od „dvadeset ili trideset godina"[11]. Za preostala dva standarda („rasprostranjen" i „ozbiljan") u pripremnim radovima se ne mogu naći baš nikakva pojašnjenja[12]. Usled postojanja trodelnog testa koji je teško ostvariv, primena ovih članova je moguća samo u najekstremnijim okolnostima povrede prirodne sredine[13] koje imaju katastro-

[9] „Koncept prirodne okoline treba razumeti u najširem smislu tako da se njime obuhvati biološka sredina u kojoj stanovništvo živi. Nju ne čine samo objekti neophodni za opstanak stanovništva pomenuti u čl. 54 ... – namirnice, poljoprivredne oblasti, voda za piće, stoka – već ona uključuje i šume i drugu vegetaciju ... kao i faunu, floru i druge biološke i klimatske elemente"; Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmerman, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, para. 2126, p. 662.

[10] United Nations Environment Programme: op. cit., p. 12.

[11] CDDH/215/Rev.1, para. 27; Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmerman, op. cit., paras. 1452, 1454, pp. 415, 417.

[12] M.N. Schmitt, „Humanitarian Law and the Environment", *Denver Journal of Internationl Law and Policy*, Vol. 28, 2000, No. 3, p. 277.

[13] To je potvđeno i u praksi, kada je u izveštaju Komiteta upućenog Tužiocu Haškog tribunala koji se tiče NATO bombardovanja SR Jugoslavije rečeno da su uslovi primene Protokola I „ekstremno strogi"; Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, para. 15. Praktičan domašaj čl. 35(3) i 55 dodatno je doveden u pitanje tvrdnjom SAD, Velike Britanije i još nekih država da se Protokol I ne odnosi na nuklearno oružje; M. N. Schmitt, „The Environmental Law of War: An Invitation to Critical Reexamination", *USAFA Journal of Legal Studies*, Vol. 6, 1995-1996, pp. 258, 260. Imajući u vidu težinu ovih uslova, neki predlažu njihovo ublažavanje tako što bi se zahtevalo alternativno, a ne kumulativno ispunjenje. Pored toga, postoji predlog da se značenje tri uslova iz Protokola I odredi na osnovu pojašnjenja datih tokom pregovora o ENMOD konvenciji; S. Simonds, „Conventional Warfare and Environmental Protection: A Proposal for International Legal Reform", *Stanford Journal of International Law*, Vol. 29, 1992-1993, p. 211.

falne razmere[14], što je teško ostvarivo u konvencionalnom ratu[15]. Pored tri pomenuta uslova, čl. 55(1) Protokola I zahteva da oštećenje prirodne sredine „štetno utiče na zdravlje ili opstanak stanovništva" kako bi potpalo pod domašaj zabrane sadržane u tom članu. Time čl. 55(1) sadrži najviši prag primene od svih ekoloških normi međunarodnog humanitarnog prava.

Protokol I sadrži još neka pravila koja indirektno štite životnu sredinu. Tako čl. 54 predviđa zabranu napada na objekte neophodne za opstanak civilnog stanovništva, kao što su „*životne namirnice, poljoprivredna područja gde se proizvode životne namirnice, letina, stoka, instalacije za pitku vodu i zalihe i sistemi za navodnjavanje*", dok čl. 56 zabranjuje napade na „*građevine i instalacije koje sadrže opasne sile, tj. brane, nasipe i nuklearne elektrane za proizvodnju eletrične energije*". Međutim, treba imati u vidu da se I odeljak IV dela Protokola I[16] primenjuje samo na zaštitu civila i civilnih objekata na kopnu, tako da su pravila sadržana u čllanovima 54, 55 i 56 bez značaja za zaštitu elemenata životne sredine na moru i vazduhu[17]. Time je još više sužen domašaj ekološke zaštite sadržane u navedenim odredbama Protokola I.

Protokol II ne sadrži ni jednu direktnu ekološku odredbu primenjivu u nemeđunarodnim oružanim sukobima. Štiteći dobra koja su važna za opstanak civilnog stanovništva (čl. 14) i građevine i instalacije koje sadrže opasne sile (čl. 15), ovaj Protokol ima samo posredni značaj za zaštitu životne sredine.

ENMOD konvencija obavezuje države da ne angažuju u vojnoj ili bilo kojoj drugoj neprijateljskoj upotrebi tehnike koje menjaju životnu sredinu i koje imaju rasprostranjene, dugotrajne ili ozbiljne posledice, kada služe kao sredstvo za uništavanje, oštećenje ili povredu druge strane ugovornice (čl. 1). Dakle konvencija zabranjuje upotrebu tzv. „tehnika za modifikaciju životne sredine" kao vojnog instrumenta, tj. zabranjuje sračunatu zlou-

[14] R. Desgagne, „The Prevention of Environmental Damage in Time of Armed Conflict: Proportionality and Precautionary Measures", *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 3, 2000, p. 113.

[15] M. Bothe, C. Bruch, J. Diamond, D. Jensen, op.cit., p. 576.

[16] Čl. 48-67.

[17] Čl. 49(3) Protokola I glasi: „Odredbe ovog Odeljka primenjuju se na kopneno, vazdušno ili pomorsko ratovanje koje može pogoditi civilno stanovništvo, pojedine civile ili civilne objekte na kopnu. One se dalje primenjuju na sve napade sa mora ili iz vazduha na objekte na kopnu, ali koji inače ne diraju u pravila međunarodnog prava koja se primenjuju u oružanim sukobima na moru ili u vazduhu". Primena ovih pravila je ograničena samo na zaštitu civila i civilnih objekata na kopnu kako se ne bi zakoračilo u reviziju pravila o oružanim sukobima na moru i u vazduhu koja su nedovoljno stabilizovana; Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmerman, op.cit., paras. 1895-6, p. 606.

potrebu prirodnih procesa u ofanzivne svrhe. Dok čl. 35(3) i 55 Protokola I zabranjuju oštećenja prirode, ENMOD konvencija zabranjuje (zlo)upotrebu prirode radi nanošenja štete protivničkoj strani.

Prema čl. 2 konvencije pod tehnikama koje menjaju životnu sredinu podrazumevaju se „*bilo koje tehnike za promenu - kroz nekontrolisanu manipulaciju prirodnim procesima - dinamike, sastava ili strukture Zemlje, uključujući njenu biosferu, litosferu, hidrosferu i atmosferu ili kosmos*“[18]. Može se videti da je ENMOD konvencija ograničena samo na manipulaciju prirodom veoma naprednim tehnologijama koje ostavljaju dalekosežne posledice[19]. Kao primeri takvih tehnika navode se: izazivanje zemljotresa, cunamija, poremećaja ekološke ravnoteže nekog regiona, provala oblaka i suša, promena klimatskih prilika, oštećenja ozonskog omotača, promena u jonosferi[20].

Konvencija se odnosi samo na tehnike za promenu životne sredine, a ne i na upotrebu nekih drugih sredstva ratovanja bez obzira što se njima mogu naneti značajne štete životnoj sredini (npr. upotreba nuklearnog ili hemijskog oružja). Takođe, ona se ne odnosi ni na pojedine metode ratovanja ili napade na neke objekate koji mogu dovesti do ozbiljnih ekoloških šteta[21]. ENMOD konvencija nije primarno posvećena sprečavanju ekoloških šteta *per se*[22] već zabranjuje da se upotrebom modifikacionih tehnika nanose štete protivniku, koje ne moraju biti jedino ekološkog karaktera već se mogu ogledati i u oštećenju drugih dobara (ljudstvo, ekonomska dobra i druga imovina).

---

[18] Neki za te tehnike koriste naziv „geofizičko oružje“; M. Vuković, „Ugrožavanje životne sredine vojnim aktivnostima“, *Vojno delo*, br. 3/1998, str. 114.

[19] Tako masovna seča drveća ili preusmeravanje reke radi stvaranja boljih odbrambenih uslova neće potpadati pod domašaj Konvencije.

[20] Understanding Relating to Article II, Report of the Conference of the Committee on Disarmament, U.N. GOAR, 31st Sess., Supp. No. 27, at 91-92, U.N. Doc. A/31/27 (1976); tekst videti u: J. Goldblat, „The Evironmental Warfare Convention: How Meaningful Is It?“, *Ambio*, Vol. 6, 1977, No. 4, p. 221.

[21] Definicija je ograničena na tehnike koje koriste manipulaciju prirodnim *procesima* (italik u originalu). Zbog toga se Konvencija ne odnosi na tehnike poput onih upotrebljenih od strane Iraka u Zalivskom ratu jer je tamo životna sredina bila meta, a ne oružje; M. N. Schmitt, „The Environmental Law of War: An Invitation to Critical Reexamination“, *USAFA Journal of Legal Studies*, Vol. 6, 1995-1996, p. 261. Cilj ENMOD konvencije nije zaštita životne sredine od paljenja naftnih izvora, već onemogućavanje da se u oružanom sukobu koristi tehnologija koja može modifikovati prirodne procese kako bi se ostvarila vojna korist; C. Kinslow, „International Law: Environmental Effects of Military Action During Armed Conflict: Holding Responsible Parties Accountable“, *Adelphia Law Journal*, Vol. 16, 2007-2009, p. 12.

[22] P.J. Richards, M.N. Schmitt, „Mars Meets Mother Nature: Protecting the Environment During Armed Conflict“, *Stetson Law Review*, Vol. XXVIII, 1999, p. 1064.

ENMOD konvencija ne sadrži apsolutnu zabranu ekoloških modifikacionih tehnika. Pre svega, ona ne zabranjuje upotrebu onih tehnika koje ne izazivaju uništenja, štete ili povrede na strani neprijatelja[23]. Drugo, konvencija zabranjuje upotrebu ovih tehnika samo ukoliko se šteta nanosi drugim državama ugovornicama.[24] Znači, dobra koja pripadaju državama neugovornicama ili su izvan jurisdikcije država (npr. slobodno more) nisu obuhvaćena zaštitom iz konvencije, a isto tako država pomenute tehnike može koristiti protiv pobunjenika na sopstvenoj teritoriji.

Treće, nije dovoljno da strana ugovornica pretrpi bilo kakvu štetu, već ta šteta mora zadovoljiti određene kriterijume. I u ovom slučaju pominju se tri standarda koja se odnose na karakter nastale štete (rasprostranjenost, dugotrajnost, ozbiljnost), ali su oni postavljeni alternativno[25]. Dakle, dovoljno je da šteta naneta neprijatelju bude samo rasprostranjena, ili samo dugotrajna ili samo ozbiljna da bi postojala povreda čl. 1 konvencije[26]. *Argumentum a contrario*, upotreba modifikacionih tehnika kojima se neprijatelju nanosi šteta koja ne dostiže ni jedan od ta tri standarda, nije zabranjena ovom konvencijom.

Na kraju treba istaći da, za razliku od članova 35(3) i 55 Protokola I koji zabranjuju i nenamernu predvidljivu ekološku štetu, ENMOD konvencija obuhvata samo zabranu onih modifikacionih tehnika kod kojih postoji namera preduzimanja u vojne ili druge neprijateljske svrhe[27].

---

[23] Kao primer takve tehnike može se navesti stvaranje magle radi lakšeg poletanja i sletanja aviona ili njeno uklanjanje radi bolje vidljivosti neprijateljskih meta. Te aktivnosti su dopuštene jer kod njih manipulacija prirodom ne predstavlja sredstvo za uništenje, oštećenje ili nanošenje povreda neprijatelju, već se time jedino olakšava upotreba drugih sredstava kojima se vrše uništenja, oštećenja ili povrede neprijatelja; J.A. Cohan, „Modes of Warfare and Evolving Standards of Environmental Protection Under the International Law of War", *Florida Journal of International Law*, Vol. 15, 2003, pp. 520-521.

[24] Dakle, obaveze iz Konvencije nemaju dejstvo *erga omnes*.

[25] Polazeći od praktičnih potreba, Komitet za razoružanje je precizirao značenje ta tri izraza. Šteta je „rasprostranjena" ukoliko pogađa oblast od nekoliko stotina kvadratnih kilometara, „dugotrajana" ako traje nekoliko meseci, ili otprilike jedno godišnje doba, a „ozbiljna" ukoliko dovodi do ozbiljnih i značajnih uništenja ili povreda ljudskih života, prirodnih i ekonomskih izvora ili druge imovine protivničke strane; Understanding Relating to Article I, Report of the Conference of the Committee on Disarmament, U.N. GOAR, 31st Sess., Supp. No. 27, at 91-92, U.N. Doc. A/31/27 (1976); tekst videti u: J. Goldblat, op. cit., p. 221.

[26] Na primer, izazivanje tornada ili izolovanih grmljavina ne ispunjava uslov rasprostranjenosti, ali će potpasti pod domašaj Konvencije zbog svoje ozbiljnosti. Zagađivanje pepelom iz veštački izazvanih vulkanskih erupcija nema dugotrajne, ali može imati ozbiljne i rasprotranjene efekte, tako da po tom osnovu potpada pod domašaj Konvencije; C.R. Wunsch, „The Environmental Modification Treaty", *ASILS International Law Journal*, Vol. 4, 1980, p. 124.

[27] A. Kirchner, „Environmental Protection in Time of Armed Conflict", *European Environmental Law Review*, October 2000, p. 268.

I Protokol III o zabranama i ograničenjima upotrebe zapaljivog oružja sadrži jednu odredbu koja direktno reguliše zaštitu životne sredine u oružanim sukobima. Čl. 2(4) ovog ugovora glasi: „*Zabranjeno je napadati šume i druge zelene površine zapaljivim oružjem, osim ako se ti prirodni elementi ne koriste za zaklon, prikrivanje ili maskiranje boraca ili drugih vojnih ciljeva ili ako oni sami nisu vojni ciljevi*". Ova odredba štiti samo jedan segment prirodne okoline (šume i druge zelene površine), i pri tome se odnosi samo na jednu vrstu borbenih sredstava, tj. zapaljivo oružje.

Međutim, dopušteni izuzeci gotovo u potpunosti derogiraju ustanovljenu zabranu iz Protokola III. Naime, šume i zelene površine mogu biti predmet napada zapaljivim oružjem uvek kada se koriste kao zaklon ili radi prikrivanja i maskiranja boraca ili drugih vojnih ciljeva. Isto tako, ovi prirodni elementi će izgubiti imunitet ukoliko zbog svojih karakteristika sami po sebi predstavljaju vojne ciljeve.

2.3. Nedostaci ekoloških pravila međunarodnog humanitarnog prava

Kao što se može videti, postoji vrlo mali broj pravila međunarodnog humanitarnog prava koja štite životnu sredinu u oružanim sukobima. Pa i tako oskudna, ona se nalaze razbacana u različitim izvorima ove grane prava (međunarodni običaj, međunarodni ugovori, opšta načela), a i sama ugovorna pravila su rasuta u većem broju međunarodnih sporazuma. Nedostatak koherentnosti postojećih ekoloških pravila ima za posledicu brojne pravne praznine i poroznost ustanovljenih zabrana[28].

Same ekološke odredbe međunarodnog humanitarnog prava, pored nespornog značaja za zaštitu životne sredine, imaju značajne slabosti. Načela humanitarnog prava su po svojoj prirodi apstraktna pravila, te kod primene u konkretnim situacijama njihovo značenje često ostaje nedovoljno jasno[29]. Zato je neophodno da sudovi i politička tela rade na njihovom rasvetljavanju, i samim tim, na jačanju implicitne zaštite životne sredine obezbeđene tim načelima[30].

---

[28] M.D. Huston, „Wartime Environmental Damages: Financing the Cleanup", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 23, 2002, No. 4, p. 908.

[29] U izveštaju Komiteta upućenog Tužiocu Haškog tribunala koji se tiče NATO bombardovanja SR Jugoslavije je istaknuto da je „mnogo lakše prizvati primenu načela proporcionalnosti nego ga primenti u praksi"; Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, para. 19.

[30] United Nations Environment Programme: op. cit., p. 13.

Međunarodni humanitarni ugovori usvajani pre 1976. godine uopšte ne sadrže izraz „životna sredina". Oni ekološku zaštitu pružaju samo kroz zabranu namernog uništavanja protiviničke imovine. Usled toga postoje nedoumice koja se prirodna dobra mogu podvesti pod pojam „imovine". Tim pojmom svakako su obuhvaćene šume, zemljište, usevi, reke, jezera, ali je sporno da li se tu može svrstati atmosfera, ozonski omotač, ptice selice, itd [31]. Pored toga, implicitna zaštita životne sredine sadržana u Haškom pravilniku i IV Ženevskoj konvenciji dodatno je limitirana vojnom potrebom[32].

Ni noviji ugovori međunarodnog humanitarnog prava nisu uveli efikasnu zaštitu životne sredine. Zbog postojanja visokog praga primene i/ili širokog kruga izuzetaka, norme koje direktno štite životnu sredinu imaju mali praktičan značaj. I dalje najveći broj ekoloških oštećenja u oružanim sukobima ostaje izvan domašaja normi koje su izričito posvećene životnoj sredini.

Kada su u pitanju indirektne ekološke odredbe, treba reći da one pružaju zaštitu konkretnim objektima, što tu zaštitu čini delotvornijom. Međutim, i indirektne odredbe imaju značajne nedostatke. Najveća slabost svakako je izražena kod čl. 56 Protokola I jer se on odnosi samo na brane, nasipe i nuklearne elektrane za proizvodnju eletrične energije, a ne i na druge objekte koji sadrže opasne sile. Sa stanovišta ekološke zaštite značajnu prazninu predstavlja i pravo države koja brani svoju teritoriju od invazije da uništi životne namirnice, poljoprivredna područja gde se proizvode životne namirnice, letinu, stoku, instalacije za pitku vodu i njene zalihe i sisteme za navodnjavanje, bez obzira što su ta dobra neophodna za opstanak civilnog stanvništva (čl. 54, st. 5 Protokola I).

Najveće zamerke međunarodnom humanitarnom pravu mogu se uputiti u pogledu zaštita životne sredine u nemeđunarodnim oružanim sukobima. Pravila o toj zaštiti su vrlo oskudna. Ne postoji ni jedna direktna ekološka odredba o zaštiti životne sredine u unutrašnjim sukobima, a i one indirektne su malobrojne i, uglavnom, inkorporirane u opšta načela humanitarnog prava. Ta praznina predstavlja vrlo ozbiljan problem, jer je ogromna većina oružanih sukoba posle II svetskog rata imala nemeđunarodni karakter.

Pored nedostataka samih ekoloških pravila, značajna slabost ove zaštite leži u činjenici da novije ugovore međunarodnog humanitarnog

[31] M.N. Schmitt, „The Environmental Law of War - An Invitation to Critical Reexamination", *USAFA Journal of Legal Studies*, Vol. 6, 1995-1996, p. 252.

[32] Praktično gledano, vojna potreba će uvek prevagnuti nad ekološkim zahtevima, što ovu zaštitu čini iluzornom; B. Baker, „Legal Protection for the Environment in Times of Armed Conflict", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 33, 1992-1993, p. 361.

prava koji sadrže ekološke odredbe nije ratifikovao značajan broj država[33].

Na kraju, treba reći da međunarodno humanitarno pravo nije predvidelo dovoljno efikasan sistem sankcija za kršenje sopstvenih ekoloških odredbi. Povrede Haškog pravilnika, ENMOD konvencije, Protokola III o zabranama i ograničenjima upotrebe zapaljivog oružja i kršenja pravila Protokola I koja štite životnu sredine *per se*[34] nisu podvrgnute krivičnoj odgovornosti pojedinaca. Takve povrede povlače samo odgovornost država koja se izražava kroz obavezu plaćanja ratnih reparacija[35]. Činjenica da još od Nirnberškog suđenja niko nije odgovarao za ekološke zločine počinjene u ratovima, iako su postojala intezivna oštećenja životne sredine tokom oružanih sukoba, pokazuju neefikasnost važećih pravila međunarodnog humanitarnog prava[36].

3. PRIMENJIVA PRAVILA MEĐUNARODNOG EKOLOŠKOG PRAVA

Primena pravila ekološkog prava u oružanim sukobima uglavnom se vezuje za međunarodne ugovore koji su glavni i najvažniji izvor ove grane međunarodnog prava. Među više od hiljadu ugovora do sada zaključenih u ovoj oblasti poseban značaj imaju pravila sadržana u višestranim ekološkim ugovorima opšteg i regionalnog značaja. Kao drugi mogući izvor merodavnih pravila u pogledu regulisanja zaštite životne sredine u oružanim sukobima navodi se međunarodno običajno ekološko pravo. Najzad, postoji mogućnost primene normi tzv. mekog ekološkog prava u

[33] Protokol I ratifikovala je 171 država, Prorokol II 166 država, ENMOD konvenciju 76 država, a Protokol III o zabranama i ograničenjima upotrebe zapaljivog oružja 108 država.

[34] Čl. 85 među teškim povredama Protokola I eksplicitno ne navodi povredu čl. 35(3) i čl. 55. Međutim, neki smatraju da se širim tumačenjem, domašaj čl. 85 može proširiti i na oštećenja životne sredine protivna čl. 55 Protokola I; B. Baker, op. cit., p. 379. Za razliku od toga, čl. 85(3)*c* predviđa da nameran napad na objekte koji sadrže opasne sile kod koga postoji znanje da će on dovesti do prekomernih gubitaka života, povrede civila ili oštećenja civilnih objekata, predstavlja tešku povredu Protokola I.

[35] Haški pravilnik (čl. 3) i Protokol I (čl. 91) predviđaju da države imaju obavezu kompezacije za povrede tih ugovora koje počine pripadnici njihovih oružanih snaga, ali ne ustanovljavaju nikakav mehanizam za realizaciju odgovornosti. ENMOD konvencija i Protokola III o zabranama i ograničenjima upotrebe zapaljivog oružja ne sadrže odredbe te vrste, ali se građanska odgovornost za povrede njihovih zabrana zasniva na opštim pravilima međunarodnog prava.

[36] E. Catera, „ATCA: Closing the Gap in Corporate Liability for Environmental War Crimes", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 33, 2008, No. 2, p. 635.

oružanim sukobima, kao što su pravila sadržana u različitim deklaracijama i rezolucijama usvojenim na međunarodnim skupovima ili u okviru međunarodnih organizacija.

3.1. Ugovorna pravila

Primena višestranih ekoloških ugovora u oružanim sukobima može se posmatrati iz dva različita ugla: izvan i unutar kruga strana u sukobu. U odnosima strana u sukobu sa trećim državama koje u njemu ne učestvuju ostaju na snazi svi ugovori zaključeni u doba mira. To praktično znači da se između njih i neutralnih država tokom oružanog sukoba nastavlja primena multilateralnih ugovora iz ove oblasti[37].

Primena međunarodnih ekoloških ugovora postaje mnogo složenija u odnosima između samih strana u oružanom sukobu. Naime, najveći broj ugovora iz ove oblasti ništa ne kaže u pogledu mogućnosti primene u toku oružanih sukoba, prepuštajući tako rešenje ovog problema različitim tumačenjima u teoriji i praksi. Mnogo su ređi ugovora koji izričito regulišu pitanje svog važenja u slučaju oružanog sukoba. Pritom neki od njih neposredno ili posredno predviđaju da će se se primenjivati tokom neprijateljstava, dok drugi sadrže odredbe o okončanju ili obustavi primene u slučaju izbijanja oružanog sukoba.

Kao izuzetan primer višestranog ugovora koji neposredno predviđa primenu u toku oružanih sukoba navodi se Konvencija o pravu neplovidbenog korišćenja međunarodnih vodenih tokova iz 1997. godine koja u čl. 29 određuje da će međunarodni vodeni putevi i sa njima povezani uređaji, objekti i radovi uživati zaštitu priznatu načelima i pravilima međunarodnog prava koje se primenjuje u oružanim sukobima[38]. Međutim, nije potpuno jasno da li ova odredba ima u vidu pravila međunarodnog humanitarnog prava ili se odnosi na primenu međunarodnog ekološkog prava[39].

Među ugovorima koji posredno predviđaju mogućnost da se njihova primena nastavi za vreme trajanja oružanog sukoba nalaze se Konvencija o zaštiti svetske kulturne i prirodne baštine od 1972.[40] i Konvencija o mo-

---

[37] Videti izveštaj Međunarodnog komiteta Crvenog krsta podnet Generalnom sekretaru UN: Protection of the Environment in Times of Armed Conflicts: Report pf Secretary General, UN Doc. A/47/328 (1992), para. 40. Za stav doktrine: M. Bothe, „The Protection of the Enviroment in Times of Armed Conflict", German Yearbook of International Law, Vol. 34, 1991, pp. 54-60.

[38] UN GAOR 51st Session, 99th meeting, UN DOC A/RES/51/229, 21 May 1997.

[39] A. Tanzi, M. Arcari, *The United Nations Convention on the Law of International Watercources*, London-The Hague-Boston, 2001, pp. 68-73

[40] 23 November 1972, United Nations Treaty Series, 151, 1037; za prevedeni tekst: Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori, br. 8/74.

čvarama koje su od međunarodnog značaja posebno kao staništa ptica močvarica (tzv. Ramsarska konvencija) iz 1971. godine[41]. Prema prvoj od njih, listu dobara koja predstavljaju svetsko kulturno i prirodno nasleđe u opasnosti vodi, ažurira i objavljuje Međuvladin komitet za zaštitu svetske baštine. Ova lista obuhvata lokalitete koji zahtevaju velike konzervacione radove i koji su ozbiljno ugroženi specifičnim opasnostima (čl. 11). Komentatori ove odredbe nalaze da izraz „ozbiljno ugroženi specifičnim opasnostima" uključuje, između ostalog, pretnju ili izbijanje oružanog sukoba[42]. S druge strane, Ramsarska konvencija (čl. 3-4) daje pravo stranama ugovornicama da zbog hitnih nacionalnih interesa izmene (ukinu ili suze) granice močvara koje su su već upisane u listu močvara od međunarodnog značaja. U teoriji se smatra da situacije u kojima se ugovornice mogu pozvati na svoje „hitne nacionalne interese" obuhvataju oružani sukob[43].

Posebnu kategoriju čine međunarodni ekološki ugovori koji predviđaju mogućnost suspenzije ili prestanka u slučaju izbijanja oružanog sukoba. Tako Konvencija o sprečavanju zagađivanja mora naftom iz 1954. godine[44] u članu XIX izričito ovlašćuje strane ugovornice da u slučaju rata ili nepri-

---

[41] 2 February 1971, United Nations Treaty Series, 245, 996; za prevedeni tekst: Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori, br. 9/77.

[42] R.G. Tarasofsky, „Legal Protection of the Environment during International Armed Conflict", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 24, 1993, pp. 61-62.

[43] A.L. Bunker, „Protection of the Environment during Armed Conflict: one Gulf, two Wars", *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 13, 2004, No. 2, p. 211. Konvencija o pravu mora iz 1982. godine spada, takođe, među ugovore za čije se odredbe o zaštiti morske sredine može tvrditi da, bar posredno, nastavljaju sa primenom u oružanim sukobima. Obavezujući sve države ugvornice da preduzimaju mere u cilju sprečavanja, smanjivanja ili kontrole zagađenja mora, ova Konvencija u čl. 236 predviđa izuzetak u pogledu ratnih brodova i drugih državnih brodova i vazduhoplova koji se koriste u netrgovačke svrhe. Međutim, ugovornice su i u tom slučaju dužne da usvajanjem odgovarajućih mera osiguraju da ovi brodovi i vazduhoplovi postupaju na način koji je u razumnoj i praktičnoj meri saglasan sa odredbama Konvencije o zaštiti morske sredine. (10 December 1982, United Nations Treaty Series, 3, 1883; za prevedeni tekst: Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori, br.1/1986). Slične odredbe o izuzimanju ratnih i državnih brodova sadrže čl. 3 i 4 Konvencije o sprečavanju zagađivanja sa brodova iz 1973. godine (MARPOL, 2 November 1983, United Nations Treaty Series, 184, 1340, izmenjena i dopunjena Protokolom od 17. februara 1978, United Nations Treaty Series, 61, 1340, i zajedno sa njim stupila na snagu 2. oktobra 1983. godine, za prevedeni tekst: Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori, br.2/1985) i čl. III, stav 3 Konvencije o zaštiti Sredozemnog mora od zagađivanja iz 1976. godine (16 February 1976, United Nations Treaty Series, 27, 1102; za prevedeni tekst: Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori, br. 12/1977).

[44] OILPOL, 12 May 1954, United Nations Treaty Series, 3, 327. Zanimljivo je da Konvencija o sprečavanju zagađivanja mora sa brodova zaključena 1973. godine, kojom je zamenjena Konvencija od 1954. godine, ne sadrži sličnu odredbu; za prevedeni tekst: Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori, br. 2/1985.

jateljstava, bez obzira na to da li su zaraćene strane ili neutralne, obustave primenu svih ili samo nekih obaveza koje proizilaze iz ove Konvencije u odnosu na celokupnu teritoriju ili neke njene delove.

U kategoriju ugovora koji sadrže klauzule o okončanju ili obustavi primene između strana u oružanom sukobu mogu se uvrstiti brojne konvencije koje regulišu materiju građanske odgovornosti za različite vrste ekoloških šteta. Recimo, Konvencija o odgovornosti treće strane u oblasti nuklearne energije od 1960. godine[45] u čl. 9 izuzima operatera od odgovornosti za štetu koja je direktna posledica oružanog sukoba ili sličnih aktivnosti. Prema čl. 8(a) Konvencije o građanskoj odgovornosti za štetu koja je posledica delatnosti opasnih po životnu sredinu iz 1993. godine[46] isključena je odgovornost za štetu prouzrokovanu ratom, neprijateljstvima, građanskim ratom i pobunama. Isto tako, Konvencija o građanskoj odgovornosti za štete nastale usled zagađivanja naftom iz 1969. godine[47] saglasno čl. III neće se primenjivati na vlasnika koji dokaže da je povreda nastala kao posledica rata ili drugih oružanih neprijateljstava, dok Međunarodni fond za naknadu štete ustanovljen posebnom Konvencijom iz 1971. godine (čl. IV, 2)[48] neće nadoknađivati štete porouzrokovane ratom ili oružanim sukobom.

Kao što je već rečeno, najveći broj višestranih ugovora iz oblasti ekologije ne sadrži izričite ili implicitne odredbe o primeni u oružanom sukobu[49]. „Ćutanje" međunarodnih ekoloških ugovora o eventualnoj primeni u

---

[45] 29 July 1960, izmenjena i dopunjena 28. januara 1964, United Nations Treaty Series, 264, 956.

[46] International Legal Materials, 1993, Vol. 32, 1228.

[47] 29 November 1969, United Nations Treaty Series, 4, 973.

[48] 18 December 1971, izmenjena i dopunjena 19. novembra 1976. i 27. novembra 1992. godine, United Nations Treaty Series, 58, 1110.

[49] Od važnijih ugovora koji to pitanje ne regulišu treba pomenuti Konvenciju o biološkoj raznovrsnosti od 1992. godine ((5 June 1992, United Nations Treaty Series,79, 160; za prevedeni tekst: Službeni list SRJ, Međunarodni ugovori, br. 11/01), Konvenciju o kontroli prekograničnog kretanja opasnih otpada i njihovom odlaganju iz 1989. godine (22 March 1989, United Nations Treaty Series, 126, 1673; za prevedeni tekst: Službeni list SRJ, Međunarodni ugovori, br. 2/99), Konvenciju o zaštiti migratornih vrsta divljih životinja iz 1979. godine (23 June 1979, United Nations Treaty Series, 333, 1651), Konvenciju o međunardnoj trgovini ugroženim vrstama flore i faune iz 1973. godine (Službeni list SRJ, Međunarodni ugovori, br. 11/01), Konvenciju o zaštiti ozonskog omotača iz 1985 godine (Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori, br. 1/90) i Montrealski protokol o supstancama koje oštećuju ozonski omotač iz 1987. godine (Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori, br. 16/90 i Službeni list SCG, Međunarodni ugovori, br. 24/2004), Okvirnu konvenciju o klimatskim promenama od 1992. godine (Službeni list SRJ, Međunarodni ugovori, br. 2/97), Konvenciju o dugotrajnim organskim zagađujućim supstancama od 2001. godine (Službeni glasnik RS, Međunarodni ugovori, br. 42/2009), Konvenciju o ranom obaveštavanju o nuklearnim udesima od 1986. godine (26 September 1986, United

slučaju oružanog sukoba ostavlja prostor za različita tumačenja. U komentarima nekih od navedenih konvencija zagovara se njihova primena u oružanim sukobima pozivom na analogiju sa ugovorima o ljudskim pravima čije se dejstvo ne okončava automatski sa izbijanjem neprijateljstava. Drugi, pak, tvrde da se pojedinim ugovorima uspostavljaju „objektivni režimi" ili izražava namera da „služe interesima zajednice država kao celine" zbog čega se njihova primena nastavlja u toku oružanih sukoba[50].

U pozadini ovih gledišta nalazi se zapravo rasprava koja se u doktrini međunarodnog prava još uvek vodi povodom pitanja uticaja rata na međunarodne ugovore[51]. Ono ima značajne praktične posledice na međunarodnom planu, budući da je po odobrenju Generalne skupštine pitanje primene ugovora tokom oružanih sukoba uključeno u program rada Komisije za međunarodno pravo od 2004. godine. U međuvremenu, Komisija je izradila prvu verziju nacrta članova koji regulišu uticaj oružanih sukoba na međunarodne ugovore i uputila ih radi komentara i primedbi državama članicama. Nacrt polazi od načelnog stava da početak oružanog sukoba nužno ne dovodi do prestanka ili obustave primene ugovora između strana u sukobu ili između njih i neutralnih strana, ali predviđa i posebna pravila o (ne)primenjivosti ugovora u određenim situacijama[52].

Razmatranje mogućnosti nastavljanja primene pravila višestranih ekoloških ugovora u oružanim sukobima u slučaju kada oni ne sadrže odgovarajuće odredbe predstavlja samo deo ove šire problematike. Povodom tog pitanja u doktrini međunarodnog prava postoje različita shvatanja. Prema jednom gledištu (tzv. klasifikaciona teorija) međunarodno ekološko pravo poznaje različite kategorije ugovora i zavisno od tipa ugovora određuje mogućnost primene u doba oružanog sukoba. Kao jedna od mogućih klasifikacija navodi se podela ekoloških ugovora na sledeće kategorije: ugovori spojivi sa ratnim stanjem, ugovori koji stvaraju međunarodni režim ili status i ugovori koji sadrže *jus cogens* i *erga om-*

Nations Treaty Series, 276, 1439) i Konvenciju o borbi protiv dezertifikacije u zemljama sa teškom sušom i/ili dezertifikacijom, posebno u Africi iz 1994. godine (17 June 1994, United Nations Treaty Series; za prevedeni tekst: Službeni glasnik RS, Međunarodni ugovori, br. 102/2007)

[50] S. Vöneky, „Peacetime Envirnonmental Law as a Basis of State Responsability for Environmental Damage Caused by War", in J.E. Austin, C.E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economoc, and Scientific Perspectives*, Cambridge, 2000, p. 207.

[51] Više o tome: B. Janković, Z. Radivojević, *Međunarodno javno pravo*, Niš, 2011, str. 380-382.

[52] International Law Commission, Report, 60th Session, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2008, para. 14, UNGA Supp.A/63/10; ILC, Effects of Armed Conflicts on Treaties, UN Doc.A/CN.4/L.727/Rev.1, 6 June 2008, Art.3.

nes obaveze[53]. Pristalice suprotnog shvatanja (teorija namere) smatraju klasifikaciju ugovora suviše pojednostavljenim pristupom, budući da nije uvek jasno u koju se od unapred utvrđenih kategorija određeni ugovor može svrstati. Umesto toga, ispravnije je poći od izvorne namere strana ugovornica u vreme zaključenja ugovora i na osnovu nje u svakom konkretnom slučaju ocenjivati primenjivost određenog ugovora u oružanom sukobu[54].

Treća grupa pisaca stoji na stanovištu da primena višestranih ekoloških ugovora u oružanom sukobu zavisi od konteksta i prirode ovih ugovora. Po jednoj varijanti ovog gledišta (tzv. teorija diferencijacije) nastavak primene ugovora tokom oružanog sukoba zasniva se na saglasnosti ratnog stanja sa njegovim kontekstom, tako da u odsustvu izričite odredbe o prestanku i očite nespojivosti ugovor nastavlja da se primenjuje[55]. Prema nešto drugačijem shvatanju, prilikom procene primenjivosti kao odlučujući kriterijum treba uzeti prirodu ugovora i na osnovu toga smatrati da u toku oružanog sukoba ostaju na snazi svi ugovori čiji predmet regulisanja nije automatski u sukobu sa stanjem neprijateljstava[56].

Poseban pristup u razmatranju ovog pitanja imaju autori koji pokušavaju da pronađu ravnotežu između ekološke zaštite i uspeha vojne misije. U tom cilju oni primenu ugovora međunarodnog ekološkog prava stavljaju u odnos zavisnosti od inteziteta vojnih operacija. Prema ovom stanovištu (tzv. teorija klizne skale) međunarodno ekološki ugovori u celosti se primenjuje samo dok su vojne operacije niskog intenziteta, da bi se sa njihovim pojačavanjem u narednim fazama vojnog angažovanja primena ugovornih ekolških pravila postepeno sužavala[57].

Pregled shvatanja u teoriji ukazuje na veći broj elemenata i kriterijuma koje treba uzeti u obzir prilikom ocene primenjivosti pravila višestranih

---

[53] S. Vöneky, „A New Shield for the Environment: Peacetime Treaties as Legal Restraints of Wartime Damage“, *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 9, 2000, No. 1, pp. 20-22.

[54] S.A.J. Boelart-Suominen, „International Environmental Law and Naval Law: The Effect of Marine Safety and Pollution Conventions during International Armed Conflict“, *Newport Paper No. 15*, Naval War College, Newport, 2000, pp. 124-133.

[55] M.N. Schmitt, „Green War: An Assessement of the Environmental Law of International Armed Conflicts“, *Yale Journal of International Law*, Vol. 22, 1997, No. 1, pp. 37-38.

[56] W.G. Sharp, „The Effective Deterrence of Environmental Damage durinf Armed Conflict: A Case Analysis of Persian Gulf War“, *Military Law Review*, Vol. 137, 1992, No. 1, pp. 23-25.

[57] J.P. Quinn, R.T. Evans, M.J. Boock, „United States Navy Development of Operational-Environmental Doctrine“, in J.E. Austin, C.E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, 2000, pp. 161-165.

ekoloških ugovora u oružanim sukobima. Međutim, nijedan od njih uzet samostalno, ma kakav mu se smisao i značaj dao, nije u stanju da objasni ovaj složen problem. U isto vreme, pošto se ova shvatanja međusobno ne isključuju, moguće je njihovim povezivanjem i kombinovanjem doći do odgovora na pitanje o mogućnosti nastavljanja primene ekoloških ugovora u toku oružanih sukoba. Sa tog stanovišta posmatrano, mora se poći od stava da su prvenstveno strane ugovornice ovlašćene da u samom ugovoru iz oblasti ekološkog prava neposredno predvide nastavak primene njegovih pravila u slučaju izbijanja oružanog sukoba ili da, pak, takvu mogućost potpuno ili delimično isključe. U odsustvu izričitih i jasnih ugovornih odredaba o tome, pretpostavka je da višestrani ekološki ugovori samim početkom oružanog sukoba ne prestaju da se primenjuju niti se njihovo dejstvo obustavlja za vreme trajanja sukoba kako u odnosima sa trećim, neutralnim državama tako i u odnosima između strana u sukobu[58].

Međutim, pravilo o nastavljanju primene ekoloških ugovornih pravila *pendente bello* može da prestavlja samo načelan stav čija se važnost ocenjuje u zavisnosti od okolnosti svakog konkretnog slučaja. Tom prilikom u obzir se moraju uzeti različiti činioci od značaja za utvrđivanje stepena spojivosti primene pravila određenog ugovora sa prirodom oružanog sukoba, kao što su namera strana ugvornica, kontekst ugovora, predmet njegovog regulisanja i karakter preuzetih ugvornih obaveza, kao i vrsta samog oružanog sukoba i nivo intenziteta vojnih operacija.

3.2. Običajna pravila

Primena pravila običajnog međunarodnog ekološkog prava u oružanim sukobima ima daleko manji značaj u poređenju sa međunarodnim ugvorima. Ona se zapravo svodi samo na nekoliko opštih principa za koje se može smatrati da danas predstavljaju norme običajnog prava. Prvo i osnovno načelo je da su države dužne da aktivnostima na sopstvenoj teritoriji ne prouzrokuju štetne posledice po životnu sredinu koja pripada drugim državama ili se nalazi van granica njihove jurisdikcije. U vezi sa ovim principom je opšta obaveza država da poštuju životnu sredinu nezavisno od geografskog položaja i pravnog režima kome je ona podvrgnuta[59].

---

[58] U ovom smislu: M. Roscini, op. cit., p. 176. Videti čl.3 Nacrta članova Komisije o uticaju oružanih sukoba na ugovore: ICL, Effects of Armed Conflicts on Tretaies, UN Doc.A/CN.4/L.727/Rev.1, 6 June 2008, Art.3.

[59] A. Bouvier, „Protection of the Natural Environment in Time of Armed Conflict“, *International Review of the Red Cross*, 1991, No. 272, pp. 438-439; M.C. Power, „La protection de l'environnement en droit international humanitaire: le cas du Kosovo“, *Ottawa Law Revew*, Vol. 33, 2001-2002, pp. 228-229.

Poreklo pomenutih načela vezuje se za arbitražu u sporu o zagađivanju vazduha nad teritorijim američke savezne države Vašington industrijskim dimom i gasovima iz topionice sa kandske strane (*Trail Smelter*). U presudi arbitražnog tribunala iz 1941. godine izričito se konstatuje da prema načelima međunarodnog prava „*nijedna država nema pravo da koristi ili dozvoli upotrebu svoje teritorije na takav način da se izazove štete dimom na teritoriji druge države...odnosno imovini lica sa te teritorije*“[60].

Posleratni Međunarodni sud pravde potvrdio je važnost ovog principa u većem broju svojih odluka. Tako je u slučaju Krfskog kanala povodom nailaska britanskih tankera na mine u albanskim teritorijalnim vodama Sud istakao kao opšte pravilo međunarodnog prava dužnost države da ne dozvoli da se njena teritorija koristi „*za akcije kojima bi bila ugrožena prava drugih država*“[61]. Isti Sud bio je još konkretniji kad je pitanju zaštita životne sredine u savetodavnom mišljenju o zakonitosti upotrebe nuklearnog oružja. Tom prilikom on je stao na stanovište da je opšta obaveza države da „*obezbedi da se u obavljanju delatnosti u njenoj nadležnosti poštuje životna sredina drugih država i područja izvan nacionalne kontrole*“ i da je ta obaveza „*deo korpusa međunarodnog prava životne sredine*“[62].

Ne dovodeći u pitanje međunarodnu običajnu pravnu prirodu navedenih principa, problem je kako njih primeniti na stanje koje nastaje izbijanjem oružanog sukoba. Zbog suviše opšteg i načelnog karaktera oni mogu da budu samo polazna osnova za regulisanje zaštite životne sredine u oružanom sukobu, ali je njihova primena od male praktične koristi za rešavanje složenih situacija do kojih dolazi tokom trajanja sukoba. U najboljem slučaju ova načela zadržavaju punu važnost i obezbeđuju ekološku zaštitu u odnosu na države koje ne učestvuju u oružanom sukobu. Strane u sukobu dužne su da poštuju neutralnost životne sredine ovih država i samim tim su međunarodno odgovorne za štete prouzrokovane vojnim aktivnostima koje se vrše na njihovoj teritoriji ili pod njihovom kontrolom[63]. Kad su u pitanju odnosi između samih zaraćenih strana smatra

[60] Trail Smelter Case (United States v. Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941, United Nations Reports of International Arbitral Awards, Vol. III, p. 1905.

[61] Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment of 9 April 1949, International Court of Justice Reports, 1949, p. 22.

[62] Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, International Court of Justice Reports, 1996, para. 29.

[63] P. Fauteux, *L'utilisation de l'environnement comme instrument de guerre au Koweit occupé, Les acpects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe: aspects de droit international public et de droit international privé*, Paris, 1991, pp. 239-240.

se da je njihovo legitimno pravo da koriste svoje teritorije za akcije kojima se nanose gubici ili oštećenja protivničkoj strani[64]. Pri takvom stanju stvari kao primenjivo preostaje opšte pravilo običajnog prava koje nameće stranama u oružanom sukobu obavezu uzajamnog poštovanja životne sredine prilikom izvođenja neprijateljstava.

Kao pravila međunarodnog običajnog prava u teoriji se još navode načelo predostrožnosti i pravo na zdravu životnu sredinu. Ostavljajući po strani teškoće sa kojima je skopčano dokazivanja običajnog statusa ovih pravila, ostaje otvoreno pitanje kom delu međunarodnog javnog prava ona pripadaju. Princip predostrožnosti već je ugrađen u norme međunarodnog humanitarnog prava i po tom osnovu nesporno primenjiv u oružanom sukobu. S druge strane, pravo na zdravu ili odgovarajuću životnu sredinu danas je priznato kao jedno od posebnih ljudskih prava tzv. treće generacije. Ono je našlo svoje mesto u katalozima zajemčenih prava koje sadrže noviji ugovorima iz ove oblasti, pa se kao deo međunarodnog prava ljudskih prava primenjuje u oružanim sukobima[65].

3.3. Pravila mekog prava

Za zaštitu životne sredine u toku oružanog sukoba od značaja mogu da budu i neka pravila sadržana u instrumentima mekog prava. Brojni akti usvojeni na međunarodnim skupovima sazvanim i isključivo posvećenim ekološkim pitanjima, kao i rezolucije donete u okviru Generalne skupštine Organizacije UN, sadrže principe, pravila i standarde koji se mogu primeniti u oružanim sukobima. Pritom se u nekim od ovih instrumenata izričito pominju oružani sukobi, dok se drugi mogu primeniti bez obzira što se samo posredno odnose na sukobe.

Deklaracija usvojena na Konferenciji UN o čovekovoj okolini (Stokholmska deklaracija) 1972. godine[66] predviđa nekoliko načela koja se mogu primeniti u oružanom sukobu. Prema načelu 21 države imaju odgovornost „*obezbeđivanja da aktivnosti pod njihovom jurisdikcijom ili kontrolom ne prouzrokuju štetu životnoj sredini koja pripada drugim državama ili prostorima van granica nacionalne jurisdikcije*“. Od značaja je i načelo 26 koje predviđa da se „*čovek i njegova sredina moraju poštedeti dejstva nuklearnog oružja i drugih sredstava za masovno uništenje*“.

---

[64] A. Schwabach, „Environmental Damage Resulting from NATO Military Action Against Yugoslavia“, *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 117, 2000, p. 131.

[65] M. Bothe, C. Bruch, J. Diamond, D. Jensen, op. cit., p. 584.

[66] United Nations General Assembly, 16 June 1972, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 (1973); za prevedeni tekst: Spoljnopolitička dokumentacija, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1972, br. 3, str. 165-168.

Svetska povelja o prirodi koju je usvojila Generalna skupština UN 1982. godine[67] polazi od principa da „*priroda mora biti sačuvana od uništenja prouzrokovanog vođenjem rata ili drugim neprijateljskim aktivnostima*" (načelo 5), kao i da se „*moraju izbeći vojne aktivnosti koje oštećuju prirodu*" (načelo 20).

Deklaracija o životnoj sredini i razvoju doneta na konferenciji UN 1992. godine[68] (Deklaracija iz Ria) sadrži izričitu odredbu da „*rat po svojoj prirodi deluje destruktivno na održivi razvoj*". Istovremeno ovom Deklaracijom se proklamuje obaveza država da „*poštuju međunarodno pravo kojim se obezbeđuje zaštita životne sredine u vreme oružanih sukoba*" i da „*sarađuju u daljem razvoju međunarodnog prava*" (načelo 24). Program akcije za održivi razvoj (Agenda 21), usvojen 1992. godine[69] na istoj konferenciji u cilju dalje razrade osnovnih načela, pominje mere koje u skladu sa međunarodnim pravom treba razmotriti, a koje se odnose na period oružanog sukoba. Ovaj dokument izričito određuje da sa stanovišta međunarodnog prava ne može biti opravadno opsežno uništavanje životne sredine. Na kraju, pažnju zaslužuje rezolucija Generalne skupštine 47/37 od 1993. godine[70] koja traži od država da preduzmu mere radi poštovanja međunarodnog prava koje štiti životnu sredinu.

Praktičan značaj navedenih pravila sadržanih u instrumentima mekog prava u velikoj meri umanjuje njihov pravno neobavezujući karakter, kao i njihova nepreciznost i nejasnoća. Pošto se radi o dokumentima političkog karaktera strane u oružanom sukobu nemaju pravnu obavezu da poštuju i primenjuju pravila i principe koji su u njima sadržani. Međutim, oni mogu da budu od značaja za dalji razvoj i kodifikaciju međunarodnog ekološkog prava kao sigurni pokazatelji koja će materija kasnije biti uređena obavezujućim ugovornim pravilima. Upravo su neki od instrumenata mekog prava poslužili su kao osnov za zaključenje višestranih ekoloških ugovora čija je primena u oružanim sukobima nesporna.

Drugi put prerastanja pravila mekog prava u obavezujuće izvore međunarodnog ekološkog prava predstavlja običajno pravo. U teoriji se smatra da neki od principa i pravila mekog prava već danas predstavljaju običajna pravila ili će to postati u doglednoj budućnosti. Pritom se prvenstveno imaju u vidu rezolucije Generalne skupštine iz oblasti ekologije

[67] United Nations General Assembly Resolution 37/7, 28 October 1982, UN Doc.A/RES/37/7.

[68] UN Doc.A/CONF.151/26, Vol.I, 13 June 1992.

[69] United Nations GAOR, 46th Session, Agenda Item 21, UN Doc.A/CONF.151/26, 14 June 1992.

[70] United Nations General Assembly Resolution 47/37, 9 February 1993, UN Doc.A/RES/47/37.

koje su usvojene konsenzusom ili velikom većinom glasova bez izričitog protivljenja bilo koje članice[71]. Takvi akti, kao što je istakao Međunarodni sud pravde u savetodavnom mišljenju o zakonitosti upotrebe nuklearnog oružja, „*mogu se pod određenim uslovima smatrati kao važan dokaz za utvrđivanje postojanja pravila običajnog prava ili bar predstavljati potvrdu da je stvorena svest o pravnoj obaveznosti* (*opinio juris*)“[72].

U vezi sa primenom pravila mekog prava u oružanim sukobima poseban problem predstavlja njihova nepreciznost i uopštenost. Tako na primer na osnovu teksta Deklaracije iz Ria nije jasno da li načelo poštovanja međunarodnog prava koje obezbeđuje zaštitu životne sredine za vreme oružanog sukoba znači primenu međunarodnog ekološkog prava ili samo ponavljanje zahteva da se države pridržavaju odgovarajućih odredbi iz korpusa međunarodnog humanitarnog prava. Isto tako, iz nekih rezolucija Generalne skupštine ne može se sa sigurnošću zaključiti da li se pozivanje na odredbe o zaštiti životne sredine primenjive u oružanim sukobima odnosi na pravila međunarodnog ekološkog ili humanitarnog prava[73].

4. ZAKLJUČAK

Od sedamdesetih godina prošlog veka u međunarodnom pravu se može uočiti pojačano interesovanje za zaštitu životne sredine tokom oružanih sukoba. Ta pojava je izražena kako u međunarodnom humanitarnom pravu, tako i u međunarodnom ekološkom pravu.

Međunarodno humanitarno pravo sadrži određen broj ekoloških pravila koja imaju nesumnjivi značaj za zaštitu životne sredine, ali ih karakterišu brojne slabosti i nedostaci. S obzirom da međunarodno humanitarno pravo predstavlja kompromis između vojne potrebe i zahteva čovečnosti, postavlja se pitanje u kojoj meri ono može izaći iz tih tradicionalnih okvira antropocentrizma i bazirati svoje norme na jednom novom kompromisu - između vojne potrebe i potrebe zaštite životne sredine. To nikako ne znači da se treba zadovoljiti postojećim režimom ekološke zaštite koji je ustanovljen međunarodnim humanitarnim pravom, već je potrebno vršiti stalni pristanak na države da se ta zaštita što više unapredi. Ta po-

[71] M.A. Ross, „Environmental Warfare and Persian Gulf War: Possible Remedies to Combat International Destruction of the Environment“, *Dickinson Journal of Environmental Law and Policy*, Vol. 10, 1992, p. 534.

[72] International Court of Justice Reports, 1996, para.70.

[73] M. Bothe, C. Bruch, J. Diamond, D. Jensen, op. cit.; M. N. Schmitt, op.cit., pp. 43-44.

boljšana zaštita se može ostvariti revizijom postojećih humanitarnih ugovora, ili, što je još poželjnije, usvajanjem posebnog ugovora koji bi isključivo bio posvećen ekološkoj zaštiti u oružanim sukobima.

S obzirom da razvoj međunarodnog humanitarnog prava u pomenutom pravcu neći biti ni malo lak i brz proces, paralelno s tim treba insistirati na proširenju primene pravila međunarodnog ekološkog prava i tokom oružanih sukoba. Značajan doprinos ostvarnju tog cilja može dati Komisija za međunarodno pravo prilikom izrade pravila o uticaju oružanih sukoba na važenje međunarodnih ugovora. S druge strane, potrebno je iskoristii mogućnost primene nekih običajnih pravila ekološkog prava, kao i uložiti napore da u doglednoj budućnosti norme mekog ekološkog prava prerastu u obavezujuća ugovorna ili običajna pravila.

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

Nebojša Raičević, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Niš

The Application of International Environmental Law in Armed Conflicts

Abstract

The article deals with the problem of environment protection during armed conflicts. The authors primarily focus on examining the possibility of applying international environmental law in armed conflicts. In the first part of the paper, the authors provide an overview of relevant rules of international humanitarian law which are important for environment protection and contained in different sources of law governing this area (international treaties, international customs and general principles). In this part, the authors point out to the weaknesses and shortcomings of the IHL environmental provisions, including both the traditional rules which have an indirect effect on environment protection and the contemporary rules which in most cases directly protect the environment. The second part of the article deals with the rules of international environmental law applicable in armed conflicts. The authors first examine the possibility of applying multilateral environmental treaties in armed conflicts. In that context, the authors point out to different types of such treaties, with specific reference to the treaties which do not contain provisions on their applicability during armed conflicts. Further on, the authors analyze the application of customary environmental rules in armed conflicts. These rules are considerably less important than international treaties and they commonly comprise a few general principles which may be considered nowadays as the rules of customary law. Finally, the authors explore the possibility of applying the rules of environmental soft law, such as the rules contained in different declarations and resolutions adopted at international conferences or within the framework of international organizations.

Key words: international humanitarian law, protection of the environment, international environmental law, international treaties, international customary law, soft law.

Originalni naučni rad UDK 347.724
doi:10.5937/zrpfns46-1988

Dr Stevan Šogorov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

RAZLOZI ISKLJUČENJA ČLANA IZ DRUŠTVA S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU ODLUKOM SUDA*

Sažetak: *U našem posleratnom pravu isključenje člana iz društva s ograničenom odgovornošću se ostvarivalo u istom postupku, nezavisno od osnova za isključenje. Donošenjem Zakona o privrednim društvima iz 2011. godine odvojen je postupak isključenja po osnovu odluke skupštine društva zbog neunošenja uloga u društvo, od isključenja odlukom suda iz drugih razloga. U radu se razmatraju ovi drugi razlozi. Društvo može tužbom zahtevati isključenje člana samo ako je razlog za isključenje predviđeni osnivačkim aktom ili ako je „opravdan". Kod razloga koji su zakonom imenovani kao opravdani, sud ne može ispitivati opravdanost.*

Ključne reči: *društvo s ograničenom odgovornošću, isključenje člana odlukom suda, razlozi za isključenje, „opravdanost" razloga, uređivanje osnivačkim aktom*

I. Uvodne napomene

Član društva s ograničenom odgovornošću može biti isključen iz društva po dva različita osnova. Različitost osnova za isključenje je u našem pravu, kao i u većini drugih nacionalnih prava, direktno povezano ne samo sa različitim postupcima već i različitim pravnim posledicama isključenja.

* Ovaj rad je nastao u okviru projekta „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)" Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

Prvi osnov za isključenje je neizvršenje obaveze unošenja upisanog uloga u društvo od strane člana. Isključenje po tom osnovu se ostvaruje u tzv. postupku kaduciranja, tj. postupku koji vodi samo društvo.[1] Odluku o isključenju člana takođe donosi samo društvo, za isključenje nije potrebno voditi sudski postupak. Skupština društva, kao nadležan organ, odluku o isključenju člana društva donosi dvotrećinskom većinom glasova preostalih članova društva, osim ako je osnivačkim aktom određena druga većina. Udeo isključenog člana postaje sopstveni udeo društva, a isključeni član nema pravo na naknadu za svoj udeo. Pored toga, isključeni član ostaje u obavezi da uplati odnosno unese upisani ulog i izvrši dodatne uplate na koje je bio obavezan, ako je to neophodno za namirenje poverilaca društva. Konačno, društvo ima pravo da tužbom kod nadležnog suda od isključenog člana društva zahteva i naknadu štete.[2] Načelno, pravne posledice isključenja u ovakvom postupku su za isključenog člana značajno teže nego u drugom, sudskom postupku.

Drugi osnov za isključenje člana predstavljaju razlozi predviđeni osnovačkim aktom društva ili opravdani razlozi predviđeni zakonom. Ti razlozi mogu biti različiti, ali nikada nisu u vezi sa neunošenjem uloga u društvo. Naprotiv, ovi razlozi se uvek tiču drugih okolnosti u vezi sa nekim članom društva. U nacionalnim pravima ti razlozi se obično dvojako određuju. Jednim delom se utvrđuju u zakonu a drugim delom autonomno, u osnivačkom aktu društva. U našem Zakonu o privrednim društvima iz 2011. godine je tako predviđeno da društvo može tužbom koju podnosi nadležnom sudu zahtevati isključenje člana društva, iz razloga određenih osnivačkim aktom „ili iz drugih opravdanih razloga", pri čemu opravdani razlozi za isključenje člana postoje naročito ako taj član namerno ili grubom nepažnjom prouzrokuje štetu društvu ili ako ne izvršava posebne dužnosti prema društvu propisane zakonom ili osnivačkim aktom ili ako svojim radnjama ili propuštanjem, protivno osnivačkom aktu, zakonu ili dobrim poslovnim običajima, sprečava ili u značajnoj meri otežava poslovanje društva.[3] Ipak, i kada postoji neki od ovih razloga, društvo ne može samo da isključi člana. Ono može samo doneti odluku da protiv određenog člana podnese sudu tužbu za isključenje, a sud zatim u odgovarajućem postupku utvrđuje postojanje i

[1] O postupku i posledicama kaduciranja vidi više: Šogorov, Stevan, Isključenje člana iz društva s ograničenom odgovornošću odlukom skupštine (kaduciranje) *Pravo i privreda* br. .....2012.

[2] Ove i druge pravne posledice kaduciranja uređuje čl. 195 Zakona o privrednim društvima iz 2011. godine. (*Službeni. glasnik RS*, br. 36/11) - u daljem tekstu: ZPD.

[3] V. čl. 196 st. 1 ZPD.

opravdanost razloga za isključenje člana i o tome donosi odgovarajuću odluku.

Na taj način se u naše pravo privrednih društava ponovo uvodi dvojnost osnova kao i dvojnost postupaka za isključenje člana društva s ograničenom odgovornošću. Naime, takva dvojnost, prisutna inače i u drugim pravima, bila je uređena u predratnom pravu, u Trgovačkom zakonu za Kraljevinu Jugoslaviju iz 1937. godine. Taj zakon, doduše, nikada nije „dobio obaveznu snagu" ali je u odgovarajućem zakonodavnom postupku bio donet i „stupio je u život" objavljivanjem u tadašnjim „Službenim novinama".[4] Ovaj zakon je poznavao postupak kaduciranja u slučaju neunošenja uloga člana[5] kao i postupak sudskog isključenja po tužbi društva u slučaju da član ne ispunjava druge obaveze prema društvu.[6] Međutim, nakon ponovnog uvođenja privrednih (trgovačkih) društava u naš pravni sistem, prihvaćen je bio princip jedinstvnog uređivanja postupka isključenja člana, nezavisno od toga da li je osnov za isključenje neunošenje uloga ili neki drugi opravdani razlog. Tako je u Zakonu o preduzećima iz 1996. godine bilo predviđeno da skupština članova društva s ograničenom odgovornošću može, većinom od ukupnog broja glasova, isključiti pojedinog člana iz društva „ako ne ispuni obaveze utvrđene ugovorom o osnivanju društva ili iz drugih opravdanih razloga" uz pravo isključenog člana da pokrene spor pred sudom u roku od 30 dana od dana dostavljanja odluke o isključenju iz društva.[7] Zakon o privrednim društvima iz 2004. godine je zadržao princip jedinstvenosti postupka isključenja bez obzira na osnov, ali je za sve slučajeve predviđao sudski postupak isključenja. Skupština društva s ograničenom odgovornošću je tako mogla doneti odluku da pred nadležnim sudom pokrene postupak isključenja pojedinog člana iz društva „ako član društva ne ispuni obavezu unošenja ugovorenog uloga određenu osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva ili ako postoje drugi opravdani razlozi."[8]

U ovom radu se razmatraju samo pravne pretpostavke i posledice isključenja člana društva s ograničenom odgovornošću iz razloga predviđenih osnivačkim aktom društva ili iz drugih opravdanih razloga, odlukom suda.

---

[4] V. par. 513 Trgovačkog zakona za Kraljevinu Jugoslaviju iz 1937. godine.

[5] V. par. 431 navedenog zakona.

[6] V. čl. 476 istog zakona.

[7] V. čl. 388 st. 1 i 3 Zakona o preduzećima iz 1996. godine *(„Službeni list SRJ*", br. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99, 9/01 i 36/02)..

[8] V. čl. 179 st. 1 Zakona o privrednim društvima iz 2004.godine *(„Službeni glasnik RS"*, broj 125/04).

II. Zakonski razlozi za isključenje

1. Odnos opšte norme i kataloga primera

Prema zakonu, društvo može u sudskom postupku tužbom zahtevati isključenje člana društva, iz razloga „određenih osnivačkim aktom ili iz drugih opravdanih razloga, a naročito ako član društva:

1) namerno ili grubom nepažnjom prouzrokuje štetu društvu;

2) ne izvršava posebne dužnosti prema društvu propisane ovim zakonom ili osnivačkim aktom;

3) svojim radnjama ili propuštanjem, protivno osnivačkom aktu, zakonu ili dobrim poslovnim običajima, sprečava ili u značajnoj meri otežava poslovanje društva.“[9]

Iz ovakve zakonske norme nesumnjivo proizlazi da su razlozi za isključenje člana duštva odlukom suda dvojaki. Prvu grupu čine razlozi koji su navedeni u samom zakonu i koje možemo označiti kao zakonske razloge. Drugu grupu čine razlozi utvrđeni osnivačkim aktom društva (tzv. statutarni razlozi).

Zakonski razlozi su kvalifikovani kao „opravdani razlozi“, uz navođenje kataloga primera takvih razloga. Iz ovakve zakonske formulacje se može izvući nekoliko zaključaka. Pre svega, jasno je da razlog za isključenje člana iz društva mora biti „opravdan“. Nadalje, razlozi koji su u zakonu navedeni u katalogu primera, imaju se smatrati „opravdanim“ razlozima već po samom zakonu. Konačno, razlozi imenovani u zakonu su dati *exempli causa*, što znači da „opravdan“ može biti i neki drugi razlog, koji u katalogu primera nije naveden. Da li je neki drugi razlog, koji nije naveden ni u zakonskom katalogu primera ni u osnivačkom aktu, „opravdan“ ili ne, odlučuje sud u svakom konkretnom slučaju. Moglo bi se, dakle, reći da zakon sadrži opštu normu o karakteru razloga za isključenje (opšta klauzula) i posebnu normu u kojoj su navedneni slučajevi opravdanih razloga (katalog primera), kako ih zakon vidi.

Po *opštoj normi* razlog za isključenje mora biti „opravdan“. To znači da svaki razlog koji je opravdan predstavlja valjan osnov za isključenje člana iz društva, nezavisno od toga da li je naveden u posebnoj normi (katalogu primera) ili ne. Da li je neki u zakonu neimenovani razlog opravdan ili ne, odlučuje sud, uzimajući u obzir karakter razloga i druge okolnosti konkretnog slučaja.

Smisao *posebne norme* je, naprotiv, u tome da označi razloge koji se već po samom zakonu smatraju opravdanim. Opravdanost ovih razloga sud, dakle, ne ocenjuje, oni su po sebi *(„per se“)* opravdani. Drugačije

[9] Čl. 196 st. 1 ZPD.

tumačenje zakonske norme bi, po našem mišljenju, bilo protivno njenoj sadržini i smislu („ .. iz drugih opravdanih razloga, a naročito...“) a u krajnjem bi vodilo zaključku da bi sud mogao i neki od zakonom predviđenih opravdanih razloga oceniti neopravdanim, što bi bilo apsurdno i sigurno ne bi odgovaralo stvarnoj volji zakonodavca.

2. „Opravdanost“razloga kao opšti zahtev

Svaki u zakonskom katalogu primera imenovani razlog se ima, dakle, smatrati opravdanim, bez daljeg ispitivanja. Svaki drugi razlog za isključenje, međutim, sud mora procenjivati sa stanovišta opravdanosti.

Napominjemo da su i u našim dosadašnjim propisima razlozi za isključenje člana iz društva takođe morali biti „opravdani“. Tako je u Zakonu o preduzećima iz 1996. godine bilo predviđeno da „skupština članova društva s ograničenom odgovornošću može, većinom od ukupnog broja glasova, isključiti pojedinog člana iz društva ako ne ispuni obaveze utvrđene ugovorom o osnivanju društva ili iz drugih opravdanih razloga.“[10] Isto tako u Zakon o privrednim društima iz 2004. godine je sadržavao normu prema kojoj „skupština članova društva s ograničenom odgovornošću može doneti odluku da pred nadležnim sudom pokrene postupak isključenja pojedinog člana iz društva ako član društva ne ispuni obavezu unošenja ugovorenog uloga određenu osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva ili ako postoje drugi opravdani razlozi“[11]

U drugim pravima se uglavnom zahteva da razlozi za isključenje člana budu „važni“. Tako je napr. u nemačkom[12] i švajcarskom[13] pravu. Uopšteno bi se moglo reći da se u uporednom pravu isključenje člana iz društva smatra krajnjom, najtežom merom koja se primenjuje samo kada druge mere nisu dovoljne.[14] Bez obzira na različitost termina, nema sumnje da bi „opravdan“ razlog u našem pravu takođe morao biti u suštini „važan“, budući da je isključenje člana društva krajnja, najteža mera.

---

[10] V. čl. 388 st. 1 Zakona o preduzećima iz 1996. godine.

[11] V. čl. 179 st. 1 Zakona o privrednim društvima iz 2004. godine.

[12] Za nemačko pravo vidi tako napr: Baumbach-Hueck, *GmbH-Gesetz*, 13., neubearbeitete Auflage, München, 1970, s. 148.

[13] Za švajcarsko pravo vidi napr. von Steiger, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, u: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band*, Obligationenrecht, Zürich 1965 s. 529, kao i čl. 822 st. 3 Zakona o obligacijama Švajcarske.

[14] V. napr. Max Hachenburg- Ulmer, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung /GmbH)* Großkommentar, 7 Auflage 1975-1984, 8 Auflage 1992 i sl..- nap. Uz par. 34; Franz Scholz- Winter, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 7. Auflage, 1986-1989, 8. Auflage 1992 i sl.., nap. Uz par.15; Roth/ Altmeppen, *GmbH, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 3. neubearbeitete Auflage, München, 1997 s. 60; Gellis, Max, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4. Auflage, Wien, 2000, s. 753.

Prilikom procenjivanja opravdanosti razloga za isključenje moraju se uzimati u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja. Posebno pri tome treba imati u vidu i karakter konkretnog društva. Naime, okolnosti u vezi sa ličnočću ili ponašanjem člana su za ovakvu kvalifikaciju utoliko značajnije ukoliko konkretno društvo ima u sebi više personalističkih elemenata.[15] To, međutim, nikako ne znači da i kod izrazito kapitalističkih društava sa ograničenom odgovornošću razlozi koji se tiču ličnosti člana ili njegovog ponašanja ne mogu biti opravdani razlozi za isključenje.[16]

3. Pojedinačni zakonski razlozi

Prouzrokovanje štete društvu namerno ili grubom nepažnjom

Prouzrokovanje štete je prvi među »drugim« opravdanim razlozima za isključenje člana. Ovaj razlog postoji, dakle, kada član prouzrokuje štetu društvu. U prethodnom Zakonu o privrednim društvima iz 2004. godine bilo je predviđeno da opravdan razlog za isključenje predstavlja ne samo prouzrokovanje štete društvu, već i bilo kom članu društva.[17] ili i društvu i članu (članovima) društva. Pri tome, međutim, nanošenje štete drugom članu društva je moralo biti takvo da tom članu nanosi štetu kao članu društva (dakle da oštećuje negove interese koje kao član ima u društvu), a ne štetu koja nema veze sa njegovim svojstvom člana društva.

Zakon ne precizira obim štete, pa bi striktno tumačenje zakonske norme moralo voditi zaključku da je svaka šteta, a ne samo npr. »veća šteta«, »značajna šteta«, »osetna šteta« i slično, dovoljan razlog za isključenje člana. Zakonodavac je očigledno stao na stanovište da je svako dolozno nanošenje štete, koje je rezultat visokog nivoa krivice (namera i gruba nepažnja) dovoljan razlog za isključenje, bez obzira na obim štete. Ovakvo rešenje, međutim, nije bez mana, jer obuhvata i neznatne, marginalne štete ako su učinjene namerno ili s krajnjom nepažnjom, a ne obuhvataju znatne i velike štete prouzrokovane običnom nepažnjom.

Opravdan razlog za isključenje, dakle, može biti i onaj koji nije predviđen aktom o osnivanju, a nije ni zakonom utvrđen kao neprihvatljivo ponašanje člana društva. Takvi razlozi bi mogli biti drugi, zakonom neimenovani oblici povrede obaveze lojalnosti člana, ali i drugi razlozi, za koje član nije odgovoran, ali koji objektivno, samim svojim postojanjem, predstavljaju opravdane razloge. Takvi bi bili razlozi koji objektivno dovode u pitanje dalje postojanje društva, zbog toga što ugrožavaju

[15] Roth/Altmeppen, op. cit. 642.
[16] *Ibidem.*
[17] V. čl. 179 st.2 Zakona o privrednim duštvima iz 2004. godine.

ostvarivanje cilja društva, ili zbog toga što je za druge članove društva dalji ostanak nekog člana u društvu nepodnošljiv.

Pri identifikaciji razloga za isključenje člana društva sa ograničenom odgovornošću krivica člana nije odlučujuća, mada može biti važna indikacija za utvrđivanje "opravdanosti" razloga.

Neizvršavanje posebne dužnosti prema društvu

Opravdan razlog za isključenje je i povreda neke od posebnih dužnosti člana prema društvu. To su dužnosti propisane zakonom, ali i dužnosti utvrđene osnivačkim aktom društva

Povreda bilo koje zakonom propisane posebne dužnosti može biti razlog za isključenje člana. To su, pre svega, povreda dužnosti odgovarajuće pažnje (pažnje dobrog privrednika)[18] , povreda dužnosti prijavljivanja poslova i radnji u kojima postoji lični interes,[19] povreda dužnosti izbegavanja sukoba interesa,[20] povreda dužnosti čuvanja poslovne tajne,[21] kao i povreda dužnosti poštovanja zabrane konkurencije.[22]

Onivačkim aktom se mogu propisati i druge posebne dužnosti člana prema društvu. Povreda i ovakvih dužnosti takođe može predstavljati razlog za isključenje člana iz društva.

Za isključenje člana iz društva zbog povrede posebnih dužnosti prema društvu nije od značaja da je do povrede došlo namerno ili grubom nepoažnjom člana društva.

Sprečavanje ili značajno otežavanje poslovanja društva

Konačno, treći razlog za isključenje člana iz društva je takvo ponašanje člana, kojim on »sprečava ili u značajnoj meri otežava« poslovanje društva.

Ponašanje člana kojim on „sprečava ili u značajnoj meri otežava“ poslovanje društva može biti različito. Ono se, pre svega, može ispoljavati kroz aktivno činjenje („radnje“) ali isto tako i kroz nečinjenje („propuštanje“) određenih radnji koje je član bio dužan da preduzme.

Nije, međutim, svako ponašanje člana kojim on „sprečava ili u značajnoj meri otežava“ poslovanje društva razlog za isključenje. Naprotiv, to će biti samo ono ponašanje koje je istovremeno „protivno osnivačkom aktu, zakonu ili dobrim poslovnim običajima“

[18] V. čl. 63 ZPD.
[19] Čl. 65 ZPD.
[20] Čl. 69 ZPD.
[21] Čl. 72 ZPD.
[22] Čl. 76 ZPD.

Takvo ponašanje može biti vrlo različito, od neadekvatnog ponašanja u svojstvu člana, do ponašanja koje sprečava ili otežava poslovanje društva nezavisno od tog njegovog svojstva.

Stepen »otežavanja« poslovanja je takođe od značaja. Otežavanje poslovanja društva može biti dovoljan osnov za isključenje člana samo ako takvo njegovo ponašanje »u značajnoj meri« otežava poslovanje društva. Šta će se smatrati »značajnom merom« stvar je procene okolnosti svakog konkretnog slučaja. U svakom slučaju neznatno, marginalno otežavanje poslovanja društva ne bi mogao biti dovoljan razlog za isključenje. U Zakonu o privrednim društvima iz 2004. godine kriterijum »u značajnoj meri« nije postojao.[23]

Ni kod ovog razloga zakon ne traži nameru ili grubu nepažnju kao uslov za isključenje.

4. Razlozi utvrđeni osnivačkim aktom

Društvo može tužbom da zahteva isključenje člana ne samo iz opravdanih razloga utvrđenih zakonom, već i iz razloga „određenih osnivačkim aktom“[24]. To znači da se osnivačkim aktom društva mogu predvideti brojni drugi razlozi koji bi omogućavali društvu da tužbom zahteva isključenje člana.

Pitanje je, međutim, da li razlozi previđeni osnivačkim aktom takođe moraju biti „opravdani“ ili ne. Iz stilizacije navedene zakonske norme („...društvo može tužbom koju podnosi nadležnom sudu zahtevati isključenje člana društva, iz razloga određenih osnivačkim aktom ili iz drugih opravdanih razloga.....“) bi, po našem mišljenju, trebalo zaključiti da se razlozi predviđeni osnivačkim aktom ne bi dodatno mogli podvrgavati ispitu „opravdanosti“, kao opštem i objektivnom pravnom standardu.

U prilog ovakvog stava se može navesti da je osnivački akt privatnopravni posao u kojem ugovarači svaki njegov element mogu proglasiti bitnim, kao što to mogu učiniti i kod svakog drugog privatnopravnog ugovora. Zbog toga povreda bilo koje odredbe ugovora o osnivanju, ali i nastupanje bilo kog događaja predviđenog tima aktom, može biti razlog za isključenje člana iz društva. Osnov bi, dakle, bio princip slobode ugovaranja, odnosno slobode uređivanja odnosa u društvu.

Osnivačkim aktom se razlozi za isključenje mogu odrediti pojedinačno i precizno, ali se to može učiniti i na opšti način. Tako se napr. mo-

[23] V. čl.179 st. 2 Zakona o privrednim društvima iz 2004. godine.
[24] Čl. 196 st. 1 ZPD.

že predvideti da razlog za isključenje postoji uvek kada član ne postupa u skladu sa osnivačkim aktom ili (drugim) obavezama propisanim zakonom. Ovakav osnov razloga za isključenje je složen i obuhvata, zapravo, različita pravna i faktička stanja. Nepostupanje u skladu sa osnivačkim aktom je neuobičajeno širok osnov pod koji se može podvesti veliki broj razloga, uključujući i neizvršenje svih obaveza predviđenih ovim aktima, ali i svako drugo ponašanje koje nije u skladu sa aktom o osnivanju ili zakonom. Pored toga pod ovaj osnov bi se mogle podvoditi i situacije kada član na drugi način ne postupa u skladu sa navedenim aktima (ne pridržava se propisanih pravila i procedura pri odlučivanju u društvu i dr.). Nadalje, ovaj osnov bi mogao obuhvatati ne samo činjenje, već i nečinjenje. Pod ovaj osnov se može podvesti i neizvršavanje svih drugih obaveza člana predviđenih aktom o osnivanju. Koje su to obaveze, zavisiće od sadržine tog akta.

S druge strane navedeni osnov postoji i kada bi se osnivačkim aktom predvidelo da osnov za isključenje postoji uvek kada član ne postupa u skladu sa obavezama propisanim zakonom. Ovaj slučaj podrazumeva zakonom propisane obaveze člana, a ne prosto odsustvo ponašanja u skladu sa zakonom. Pri tome, mislimo, da bi se moralo raditi o zakonom propisanim obavezama člana društva kao takvog, a ne njegove zakonom propisane obaveze koje nemaju veze sa njegovim članstvom u društvu.

Razlozi navedeni u ugovoru o osnivanju moraju, dakle, biti određeni, jasno precizirani, svejedno da li nabrajanjem pojedinačnih situacija ili nekom opštom, ali jasnom odredbom. Ne bi se, međutim, mogla smatrati valjanom odredba u ugovoru prema kojoj je opravdan razlog svaki razlog koji kao takav utvrdi skupština društva.[25]

Razlozi navedeni u ugovoru o osnivanju deluju samo prema članovima koji su taj ugovor prihvatili. Naknadne izmene ugovora u tom pogledu obavezuju samo članove koji su na njih pristali.

Pitanje krivice člana (namera, gruba nepažnja) takođe može biti uređeno osnivačkim aktom.

U svakom slučaju formulacije u osnivačkom aktu bi trebalo da budu što jasnije da bi se izbegle nedoumice i problemi u praksi. Pošto isključenje člana iz društva proizvodi teške posledice za tog člana, ali i ozbiljne posledice za samo društvo, to se u uporednom pravu isključenje smatra krajnjom merom,[26] ono je *ultima ratio*[27], pri rešavanju problema koji su u

[25] Sličan stav postoji i u nemačkom pravu. V. napr. Becksches Handbuch der GmbH (Zätzsch), München, 1995. s.799.

[26] Upor. napr. Altmeppen u: Roth/Altmeppen, GmbH, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung,* 3. neubearbeitete Auflage, München, 1997. s. 642.

društvu nastali, pa se važnim razlogom smatraju samo teške i precizno utvrđene povrede obaveza od strane nekog člana.[28]

Zbog toga ne bi trebalo zloupotrebljavati ni princip slobode uređivanja odnosa u društvu, pa bilo koji, čak i krajnje beznačajan razlog utvrđivati kao dovoljan razlog za isključenje člana. Pre bi se moglo reći da bi težini isključenja kao mera više odgovaralo da i razlozi utvrđeni osnivačkim aktom takođe treba da budu važni. Koji bi mogli biti kriterijumi za utvrđivanje važnosti razloga za isključenje? U uporednom pravu su utvrđeni neki od tih kriterijuma koji bi mogli biti prihvatljivi i za naše pravo,odnosno za našu praksu. Tako se smatra da važni razlozi mogu biti kako u ličnosti člana tako i u njegovom ponašanju. Činjenice koje se tiču ličnosti člana ili njegovog ponašanja moraju biti takve da je zbog njih dalje postojanje društva za njih postalo neprihvatljivo ili bar da je postalo opasno ugroženo.[29] Kriterijumi za utvrđivanje važnih razloga su posebno sistematično i pregnantno dati u Nacrtu novog Zakona o društvima sa ograničenom odgovornošću Vlade Nemačke iz 1972. godine u kome je predviđeno da "*važan razlog, naime, postoji kada član svojom ličnošću ili ponašanjem dostizanje cilja društva učini nemogućim ili ozbiljno ugroženim, ili kada se inače zbog ličnosti ili ponašanja člana njegov dalji ostanak u društvu pokazuje kao nepodnošljiv*".[30] Pri tome isključenje nije dopušteno ako društvo "preteće teškoće" može otkloniti drugim sredstvima.[31] Ovakvi kriterijumi bi mogli biti prihvatljivi i pri procenjivanju opravdanosti razloga za isključenje u našem pravu.

Kao važni razlozi za isključenje mogli bi se navesti, pre svega, oni koji proizlaze iz samog zakona, a ne spadaju u ranije pomenute posebne dužnosti člana prema društvu. U takve razloge bi napr. mogli ubrojati radnje proboja pravne ličnosti, nepoštovanje zabrane povraćaja uloga i sl. Ali, u takve slučajeve bi se mogla ubrojati i druga, po zakonu neprihvatljiva, ponašanja člana društva.

Opravdan razlog za isključenje mogu predstavljati i lična svojstva člana ili njegovo ponašanje pre zaključenja ugovora o osnivanju društva. U takve razloge bi napr. trebalo ubrojati neistinito predstavljanje nivoa obrazovanja ili stručnosti člana, prikrivanje činjenice da je bio osuđivan za određena krivična dela, posebno ona iz privredne sfere i sl.

---

[27] Von Steiger, op. cit. s. 537.
[28] Za nemačko pravo tako: Baumbach/Hueck, op. cit. s. 148.
[29] Baumbach/Hueck, op. cit. s. 148.
[30] Roth/Altmeppen, op. cit. s. 642.
[31] Ibidem.

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

Reason for Private Company Member Expulsion Based on Court Decision

Abstract

In Serbian post war law expulsion of private company member was regulated in same manner regardless of grounds for expulsion. According to 2011 Company Act there are two different procedures – one for expulsion based on members meeting decision because of non performance of contribution and other grounded on court decision for other reason. Second group of reasons are discussed in this article. Private company can sue for expulsion of member only if the reason for expulsion is stipulated in memorandum of association or if it is justified. Reasons declared as justified by the Act can not be examined by court.

Key words : Private company, expulsion of member by court, reasons for expulsion, justified reason, regulation by memorandum of association.

Originalni naučni rad UDK 342.519:34(37)“03“
doi:10.5937/zrpfns46-2030

Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

VLADAR I ZAKON U DELU CARA JULIJANA APOSTATE[1]

Sažetak: *U radu se raspravlja o pravnopolitičkim idejama, vezanim za odnos cara prema zakonu, u delima rimskog cara i filosofa Julijana Apostate (Otpadnika). Sa Julijanovom vladavinom završava se poslednji pokušaj paganske reakcije u Rimskom carstvu. Sposoban vladar i filosof-neoplatoničar, Julijan je autor većeg broja spisa nejednake vrednosti. Sa političko-pravnog aspekta zanimljive su njegove ideje o carskoj vlasti i njenom odnosu prema zakonima; on smatra da se carska volja mora uvek podvrći i prilagoditi zakonima.*

Ključne reči: *Julijan, Konstancije, Libanije, Temistije, zakon, car, vladavina, filosofija.*

Verovatno jedna od najzanimljivijih i najpopularnijih ličnosti pozne rimske istorije car Julijan[2], koga je zbog restauracije paganskih kultova hrišćanska crkva nazvala Otpadnik (Apostata, grčki **Αποστάτης,** ređe **Ραραβάτης** = prestupnik), rođen je 331. ili 332. godine u Carigradu.[3] Njegov otac Julije Konstancije bio je jedan od trojice sinova cara Kon-

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

[2] Puno ime Flavius Claudius Iulianus Augustus, na grčkom Φλάβιος Κλαύδιος Ἰουλιανός Αὔγουστος.

[3] Iz ogromne literature o Julijanovom životu i vladavini navodim: J. Geffcken, *Kaiser Julianus, Das Erbe der Alten 8,* Leipzig 1914; W. Ensslin, *Kaiser Julianus Gesetzgebungswerk und Reichverwaltung, Klio 18,* 1922-32, pp. 104-199; J. Bidez, *La vie de l'Empereur Julien*, Paris 1930; H. Raeder, *Kaiser Julianus als Philosoph und religioser Reformator, Classica et Mediaevalia 6,* 1944, pp. 179-193; R. Browning, *The Emperor Julian,* Barkeley and Los Angeles 1976.

stancija Hlora, dakle Konstantinov brat. Iz dva braka, sa Flavijom i Vasilikom, imao je dva sina: starijeg Julija Gala, koji će pod Konstancijem II postati Cezar, i mlađeg Flavija Klaudija Julijana, koji će od 361. do 363. biti car (Avgust).

Julijan je već sledeće godine nakon rođenja izgubio majku, tako da ga je do 337. godine odgajala u roditeljskoj kući njegova baba. Te godine umire car Konstantin, ostavljajući Carstvo svojim sinovima Konstantinu II, Konstanciju II i Konstansu. Vojska u Carigradu je prihvatila tri nova cara, ali je nemilosrdno ubila ostale članove carske porodice, među kojima i Julijanovog oca. Starijeg sina Gala, koji je tada imao oko 12 godina, vojnici su poštedeli, jer su verovali da zbog lošeg zdravlja neće dugo živeti. Julijana, starog nešto više od 6 godina, sakrio je i spasao Marko, episkop grada Aretuse, uz pomoć nekolicine sveštenika. Iako je Konstancije II, kome je bio poveren na upravu Istočni deo carstva, sigurno bio umešan u pokolj svojih rođaka, preuzeo je kasnije brigu o svojoj braći od strica. Gala je poslao u Efes u Joniji, gde je njegov pokojni otac posedovao ogromno bogatstvo, i pružio mu dobro obrazovanje. Julijana je poverio staranju Eusebija, episkopa Nikomedije, koji je budućem caru bio rođak po majci. Posle 339. godine, Eusebije je bio postavljen na episkopski tron Carigrada, tako da se i Julijan vratio sa njim u prestonicu. Godine 342. umire Eusebije, a 343. ili 344. Konstancije II sastavlja dva brata i šalje ih u carsku palatu u Makelum (Macellum) u blizini Cezareje Kapadokijske. Mladići su i dalje vaspitavani prema svome rangu, tako da su imali profesore za svetovne nauke i sveštenike za versko obrazovanje. Boravak u carskoj palati je potrajao 7 do 8 godina.

Konstantin II i Konstans, koji su carevali na Zapadu, su umrli ne ostavivši potomstva. Ni Konstancije II, koji je od 350. godine jedini car, nije imao dece. Da bi podelio teret uprave Carstvom, pozvao je iz Makeluma svoja dva rođaka. Galu je 351. godine dodelio dostojanstvo Cezara i poverio mu upravu nad Istokom, sa sedištem u Antiohiji. Julijana, koji je tada imao 20 godina, poslao je u Nikomediju, ali je mladić najveći deo vremena provodio na svom velikom imanju u Astakiji, u susedstvu grada. U Nikomediji je držao tada predavanja čuveni retor Libanije, koga Julijan sluša, a pored toga putuje u Pergam i Efes i upoznaje se sa neoplatoničarima Edesijem, Hrisantom, Priskom, Eusebijem, Maksimom i mnogim drugim. Kao i Libanije, svi su oni bili pagani.

Konstanciju II su za to vreme stizale žalbe i tužbe protiv Gala. Car je 354. godine zapovedio mladom Cezaru da dođe na dvor u Mediolanum (Milano), a zatim je naredio da ga na putu smaknu. Nakon Galove smrti, klevetnici su se okrenuli protiv Julijana. I njemu je car poslao naređenje

da se pojavi u Milanu. O tim događajima Julijan u svojim spisima ćuti, ali izgleda da je sedam meseci bio carev zarobljenik. Ali, za Julijana se zauzela carica Eusebija, koja je pridobila Konstancija II da dozvoli Julijanu povratak u Nikomediju. Tek što je tamo stigao, novo naređenje ga je pozvalo da ponovo dođe u dvor. Opet se carica zauzela za njega i bilo mu je dozvoljeno da ode u Atinu na studije filosofije (355. godine). Boravak u Atini je bio kratak, ali odlučujući za verska ubeđenja dvadesetpetogodišnjeg Julijana, koji od hrišćanina postaje ubeđeni paganin.

U to vreme Persijanci su na Istoku ugrožavali granice Carstva; na Zapadu Franci su se pokretali u Belgiji, a mnogobrojne germanske horde su prelazile Rajnu i pljačkale Galiju. Konstancije II je osećao potrebu za pomoćnikom. Carica je ponovo intervenisala u korist Julijana, i 6. novembra 355, on u Milanu dobija titulu Cezara, sa Galijom i Velikom Britanijom na upravu. Pored toga oženjen je Konstancijevom sestrom Helenom. Julijan napušta Mediolanum 1. decembra i dolazi da prezimi u Vijenu (Vienne, rimska Vienna) u Galiji. U toku 356. vodio je uspešne ratove, a 357. odneo je odlučnu pobedu nad Germanima kod Argentoratuma (Strazbur). U toku 358. i 359. borbe su se završile i rimska vlast u Galiji je ponovo učvršćena sve do Rajne. Za četiri godine ratovanja ispunio je svoj zadatak, stekao ogroman ugled u vojsci, a pametna i pravična uprava donela mu je simpatije stanovništva. Iznenada 360. godine, Konstancije II, koji se tada nalazio na Istoku, hitno je zatražio pomoć najboljih trupa iz Galije, radi borbe sa Persijancima. Pre nego što će Julijan krenuti, vojska ga je marta 360. u Luteciji (koja će baš tada dobiti svoje današnje ime – Pariz), proglasila za Avgusta, ravnopravnog u dostojanstvu sa Konstancijem. Godina dana je prošla u iščekivanju. Julijan je obavestio Konstancija o događajima u Parizu i od njega tražio potvrdu čina koga je izvršila vojska (360-361). Konstancije je odbio, primoravajući Julijana da ponovo uzme dostojanstvo Cezara. Julijan je odbio i to je značilo početak građanskog rata. U proleće 361. Julijan je na čelu svojih trupa prešao preko Recija, Panonije i Ilirika i uputio se prema Carigradu. Konstancije mu je sa Istoka krenuo u susret, ali je u Kapadokiji iznenada umro, a Julijan tako ostao jedini car. Ušao je trijumfalno u Carigrad i najzad mogao slobodno i otvoreno da upražnjava paganske kultove.

Rat sa Persijancima je primoravao novog cara na žurbu. Radi boljih priprema, smestio se u Antiohiji. Međutim, taj veliki i hrišćanski grad bio je vrlo neprijateljski raspoložen prema njemu.[4] U Antiohiji je imao samo

[4] Julijan je stigao u jesen 362. godine u Antiohiju, važan trgovački grad i jedan od najbogatijih i najlepših centara Istoka. Car se radovao dolasku u grad, čuven po svojoj retorskoj školi. Međutim, njegovo ponašanje, kao i reforme koje je počeo da sprovodi, okrenuli su raspoloženje naroda protiv njega, posebno mnogobrojne hrišćane. Na ulicama i trgovima zbijane su šale na carev račun, pevane su posprde pesmice i razdor između Julija-

neprijatelje, te se zakleo da će, kada se vrati iz rata, otići da živi u Tarsu u Kilikiji. Tokom rata sa Persijancima 363. godine osvojio je deo persijske teritorije i odneo nekoliko pobeda. Ali, u toku daljih borbi ratna sreća ga je napustila. Poslednjih dana juna 363, bio je smrtno ranjen u borbi, i ubrzo zatim izdahnuo. Moguće je da su ga ranjenog otrovali hrišćani, kojih je bilo dosta u njegovim trupama. Na samrti mu se pripisuju reči: „Ipak si pobedio Galilejče!“[5] Pošto se sa Julijanom, koji nije imao dece ugasila Konstantinova loza, nasledio ga je njegov oficir, hrišćanin Jovijan, koga je izabrala vojska.

Zanemarujući neke kasnije i kratkotrajne uzurpacije,[6] sa Julijanom se završio poslednji pokušaj paganske reakcije. Iako izvori Julijana prikazuju kao vrlo sposobnog vojskovođu, pravičnog i poštenog vladara, Crkva mu je zbog njegovog vatrenog paganstva ostavila nadimak Otpadnik (Apostata).[7] Sam car bio je filosof-neoplatoničar i autor velikog broja spisa nejednake vrednosti.[8] Pisao je na grčkom, jeziku koga je smatrao maternjim i na kome se obrazovao. Sa političko-pravnog aspekta, zanimljive su Julijanove ideje o odnosu vladara prema zakonu. Poput Libanija, Julijan smatra da se i carska volja mora podvrći i prilagoditi zakonu.[9]

Na nekoliko odlomaka iz carevih spisa pokazaćemo najzanimljivije Julijanove ideje koje razmatraju odnos cara prema zakonu.[10]

---

na i naroda bivao je sve veći. U proleće 363, pre polaska u rat, odlučio je da se više ne vraća u Antiohiju i da premesti svoje sedište u Tars. Tada je i učinio nešto krajnje neobično za jednog cara. Sastavio je spis *Misopogon* (*Bradomrzac,* jer su se Antiošani podsmevali caru i zbog brade koju je nosio), prividno satiru na sopstveni račun, a u stvari odgovor Antiošanima na njihova izrugivanja. Spis je bio javno izložen ispred palate da bi građani mogli da ga pročitaju.

[5] Misli na Hrista, odnosno na neminovni trijumf hrišćanstva nad tradicionalnom paganskom verom.

[6] Godine 392. na Zapadu je proglašen za cara istaknuti činovnik Eugenije, koji je pokušao da vrati staru pagansku veru. Ponovo je smeštena u Senat statua pobede, koja je bila uklonjena po naređenju cara Gracijana (382). Međutim, istočni car Teodosije I je odbio da prizna Eugenija za cara, krenuo je protiv njega i savladao ga 6. septembra 394. godine u bici kod Frigidusa (današnja Vipava u Sloveniji).

[7] S druge strane on je uzor paganskim piscima kao što su u IV veku bili govornik i filosof Libanije i istoričar Amijan Marcelin, a u VI veku istoričar Zosim.

[8] Nekoliko Julijanovih spisa, u izboru i sa predgovorom D. Kalajića, prevedeni su i objavljeni kod nas u knjizi Julijan Imperator, *Izabrani spisi,* prevod i napomene A. Popović, Beograd 1987.

[9] U Julijanovim pravno-političkim pogledima videti F. Dvornik, *The Emperor Julian's Reactionary Ideas on Kingship, Late Classical and Medieval Studies in Honor of A. M. Friend,* Princeton 1955, pp. 71-81, and *Early Christian and Byzantine Political Philosophy, Origins and Background,* Washington D. C. 1966, pp. 659-672.

[10] Odlomci koji slede nisu prevedeni u izabranim Julijanovim spisima, navedenim u napomeni 5. Fragmente sam prevodio samostalno sa grčkog jezika.

1. Pohvala cara Konstancija (Εγκωμίον είς τόν αύτοκρατορα Κωνσταντίον), ed. J. Bidez, *L'Empereur Julien, oeuvres complètes,* tome I, I partie, Paris (*Belles Lettres*), 1932, pp. 1-68.

Pohvala je sastavljena oko 355. godine, dok je Julijan bio Cezar, a Konstancije II jedini car. Julijan se tada nalazio u Galiji i krajem 356. bio je prinuđen da se brani od intriga upravo opozvanog komandanta galskih trupa Marcela, koji ga je klevetao pred Konstancijem u Carigradu. Nalazeći za shodno da izrazi svoju punu lojalnost svome rođaku-caru, Julijan sastavlja pohvalu punu divljenja za Konstancija i njegova dela. Pohvala je po svoj prilici sastavljena na brzinu, a kao uzor Julijanu je poslužio znamenti govornik i filosof toga vremena – Temistije. Govor se oslanja na sve dotadašnje tradicije panegiričara. Obraćajući se Konstanciju, Julijan iznosi ideju o odnosu cara i zakona.

45 b – 46 a, ed. Bidez, p. 64:

Neće svakako biti izvan predmeta ako ukratko iznesemo tvoju umerenost **(σωφροσύνη),** *tvoju razboritost* **(φρόνησις)** *i veliku naklonost* **(εΰνοια),** *koju si pokazao prema tvojim podanicima. Ko još na svetu ne zna da si se ti od detinjstva vežbao u toj vrlini,*[11] *toliko da niko drugi u tome nije bio ispred tebe* **(όσην ούδεις άλλος τῶν έμπροσθεν).** *Tvojoj preuranjenoj umerenosti tvoj otac je dao neodbacivo svedočanstvo poverivši tebi samom upravljanje Carstvom i brigu da se sporazumeš sa svojom braćom, iako ti nisi bio najstariji od njegove dece.*[12] *Kada si postao čovek, ta vrlina je izbila u svakom pogledu, jer te vidimo kako se uvek sa narodom i magistratima ponašaš kao građanin koji je podčinjen zakonima* **(καθαπερ πολίτου τοῖς νόμοις ύπακουντας),** *a ne kao car koji je iznad zakona* **('αλλ' όύ βασιλέως τῶν νόμον άρχοντος).**[13] *Ko je tebe video da si se nadimao od sreće ili uzdizao zbog broja uzastopnih poduhvata? Kažu da je Aleksandar, sin Filipov, pošto je srušio persijsku silu, bio nepodnošljiv, ne samo zbog svoje raskošne oholosti i preterane drskosti, već da je išao toliko daleko da je prezirao svog oca i sve što je ljudsko. Nazivao se i predstavljao Amonovim*[14] *sinom, a ne više Filipovim....*[15]

---

[11] U umerenosti (σωφροσύνη).

[12] Konstancije II je bio drugi po starosti Konstantinov sin, ako ne računamo Krispa, koji je rođen iz careve vanbračne veze sa Minervinom i koga je Konstantin 326. pogubio. Konstancije II nije sam nasledio Konstantina, posle njegove smrti 337. godine, već je vlast podelio sa svojom braćom. Izgleda da Julijan ovde aludira na izgubljeni Konstantinov testament, koga pominje i crkveni istoričar Sozomen (*Historia Ecclesiastica* II, 34,2), i prema kome je Konstancije II trebalo sam da nasledi upravu Carstvom.

[13] U stvarnosti apsolutista Konstancije II je daleko od uzornog vladara-filosofa.

[14] Amon je egipatsko božanstvo sunca. U antici je zaista postojala legenda, koja je našla odraza u Pseudo-Kalistenovom *Romanu o Aleksandru Velikom* (u srpskohrvatskom

2. O carevim delima ili o Carstvu (Περί τῶν τοῦ αύτοκράτορος πράξεως, ή περί βασιλείας), ed. Bidez, pp. 116-180.

Ovaj govor predstavlja drugu besedu u slavu cara Konstancija, i sastavljen je u zimu 358-359. godine, pošto Julijan izgleda sa prvom besedom nije bio zadovoljan. Ima više razloga da se smatra da je ova beseda sastavljena posle predhodne. Pre svega, car je Julijanu dodelio počasnu svitu, što je u vezi sa zapovedništvom koga je dobio posle titule Cezara, nekoliko meseci posle pobede kod Strazbura 357. godine. Neki su smatrali da je ta bitka *terminus ante quem* za sastavljanje govora, jer beseda ne sadrži ništa o bici. Međutim, prema mišljenju Bideza,[16] isticanjem te svoje pobede Julijan bi umanjio veličinu svog junaka (Konstancija). Pored toga u jednom odlomku (56 b), kaže kako je iz ličnog iskustva shvatio kako su varvari sa „zapadnog mora" žestoki borci, a to se odnosi na njegovu ekspediciju od leta 358. kada se sukobio sa Francima u donjoj Bataviji, koju su oni tada držali.[17] Isto tako on na kraju pohvale kaže za Konstancija da se uvek nalazio u onom delu Carstva koje je bilo najviše u opasnosti (101 d), a to se odnosi na varvarske napade koji su primorali Konstancija II da juna 357. napusti Rim i prenese sedište u Sirmijum, gde je ostao do 359. godine. Panegirik se ne može kasnije datirati jer je u tekstu rečeno da je persijski kralj Sapor, od dizanja opsade Nisibe, mirovao (85 d). Ali, u proleće 358. poslanstvo persijskog kralja je došlo da zahteva od Rimljana pretećim tonom evakuaciju Mesopotamije i Jermenije.[18]

O sadržini govora jasno svedoči sam naslov. Najpre se izlažu velika careva dostignuća (1-22), a zatim pokazuje kako car sjedinjuje ideal suverena-filosofa (23-39).

U navedenom odlomku Julijan pokazuje da ne veruje da carska vlast dolazi od Boga.[19] Sva vlast potiče od naroda, koji je predaje vladaru, iza-

---

prevodu Zdeslava Dukata *Život i djela Aleksandra Makedonskog,* Novi Sad 1980, Matica Srpska), da Aleksandar nije bio sin Filipov, već boga Amona.

[15] Aleksandar, slavni makedonski vladar (336-323 pne) i jedna od najpopularnijih ličnosti antike, predstavljen je kod Julijana kao suprotnost Konstanciju II.

[16] Bidez, predgovor navedenom izdanju Julijanovih dela, str. 108-109.

[17] Videti J. Bidez, *La vie de l'Empereur Julien,* p. 156.

[18] Ammiani Marcellini *Rerum gestarum libri qui supersunt,* XVIII, 4, 1. U srpskom prevodu Milene Milin, Amijan Marcelin, *Istorija,* Beograd – Novi Sad 1998, str. 156.

[19] U vezi sa tim su i dva zakona iz *Teodosijevog kodeksa* (IX, 2,1 i XI, 23,2) koji počinju rečima: *Ius senatorium et auctoritatem eius ordinis, in quo nos quoque numeramus...* (Senatorsko pravo i ugled njegovog staleža u koji i nas lično ubrajamo....). Pored toga uprostio je i ceremoniju na carigradskom dvoru i smanjio broj slugu (Amm. Marc. XXII, 7,3). Odbacio je titulu *dominus,* jer ga je asocirala na teokratske pretenzije (Libanios, *Oratio* XVIII, 189, ed. Förster II, Leipzig 1903-27, p. 319; *Epistola* 1431, ed. Förster

branom prema principita rimskih magistrata,[20] nasuprot helenističkoj teoriji o caru kao živom ili oduhovljenom zakonu (νόμος ἔμψυχος, *lex animata*).

83 c – 84 b, ed. Bidez, pp. 158-159:

Vi znate da ne čini cara ni imovina stečena od davnina, ni nova prekomerno stečena, niti purpurni ogrtač, niti tiara,[21] ni skiptar, ni dijadema, ni nasledni presto **(θρόνος ἀρχαῖος),** *čak ni mnogobrojni hopliti,[22] ni mirijade[23] konjanika, pa ni jednodušna izjava svih ljudi, sakupljenih da bi ga priznali za cara; ono što mu oni nude, nije vrlina, već vlast, manje povoljna za onog ko je ima, nego za one koji je daju. Kada čovek jednom stekne takvu carsku moć, on se oseća uzbuđenim i kao ponet na nebo. Njegova sudbina podseća na tužni mit i nesreću Faetona.[24]*

86 a – 87 a, ed. Bidez, pp. 161-163:

Najpre, daleko od toga da odbacuje obožavanje bogova, on će biti ispunjen pobožnošću, zatim ljubavlju punom poštovanja prema roditeljima, bilo da su živi, bilo da su mrtvi, staranjem za svoju braću, dubokim poštovanjem za božanstva koja štite porodicu, blagošću, ljupkošću prema moliocima i strancima. Stalno nastojeći da se dopadne vrlini građana, on brine podjednako o interesima svih. On voli bogatstvo, ali ne ono koje se procenjuje tegovima zlata i srebra, već ono koje se sastoji u iskrenoj odanosti i vernoj službi brojnim prijateljima. Hrabar i velikodušan po prirodi, on ne voli uopšte rat i mrzi građanske nesloge **(στάσιν ἐμφύλιον ἀπεχθαίρων).** *Ali, ako se neko okrene protiv njega,[25] nošen udarom sreće*

XI, p. 470; Gregorios Nazianzis, *Oratio V, Contra Iulianum II, 20, Patrologiae Cursus Completus, Series Graeca,* ed. J. P. Migne, Paris 1844-1880, vol. 35, col. 689). U svojim satirama *Bradomrzac* (*Misopogon*) i *Carevi* ismevao je kult vladara, smatrajući cara običnim smrtnikom (344 d, 345 a-b). Prema Libaniju, nije se mnogo brinuo o carskom purpuru i nameravao je da ukine upotrebu dijademe (Oratio XVIII, 189).

[20] Sa gledišta rimskog javnog prava carska vlast se sastoji u sjedinjavanju više magistratura rimske republike, od kojih su neke bile značajno proširene za carsku upotrebu. Detaljnije o tome videti S. Šarkić, *Pravne i političke ideje u Istočnom rimskom carstvu, od početka Konstantinove do kraja Justinijanove vladavine,* Beograd 1984, str. 3 -7.

[21] Tijara (τίαρα) je vrsta turbana u obliku kupe, široka u dnu, a koja se sužava pri vrhu.

[22] Hopliti su teško naoružani pešadijski vojnici.

[23] Mirijada je deset hiljada.

[24] Faeton (Φαέθον) je u grčkoj mitologiji sin boga sunca Heliosa, koji je pokušao da vozi sunčana kola svoga oca preko neba, zbog čega ga je Zevs zgromio, a Faeton pao u duboku mitsku reku Eridan (Ἠρίδανος). Videti D. Srejović – A. Cermanović, *Rečnik grčke i rimske mitologije,* Beograd 1979, str. 428-429.

[25] Aluzija na pokušaj uzurpacije vlasti od strane Magna Magnencija. U borbi sa uzurpatorom poginuo je carev brat Konstans (350), ali ga je već naredne godine Konstancije savladao u krvavoj bici kod Murse (Osijek).

ili sopstvenom pokvarenošću, on mu se hrabro odupire i potiskuje ga silom, nastavljajući svoje delo do kraja, i ne prestajući da se bori dok nije zbacio moć svojih neprijatelja i potpuno ih ukrotio. Nakon što je njegovo oružje bilo pobedonosno, on polaže svoj ubitačni mač i smatra ljagom da ubije i zakolje onog koji se ne brani. Prirodno, prijatelj rada, velikodušna srca, on se pridružuje radu svih, traži od njih da mu ostave najveći deo, zatim deli sa njima nagrade opasnosti. Daleko od toga da mu je u srcu i da se veseli kad poseduje više zlata i srebra od ostalih, ili raskošno ukrašenih vila, on je srećan samo kada može obilato da prospe svoja dobra i dodeli svakom ono što bi mu bilo potrebno. Takve su vrednosti istinskog cara. Prijatelj građana i prijatelj vojnika, on se brine o prvima kao pastir koji bdi nad svojim stadom, s ciljem da ga vidi kako se umnožava, napredno i snažno, napasajući se na mirnim i plodnim pašnjacima, a nadgleda i disciplinuje druge, vežbajući ih u hrabrosti, snazi, blagosti, kao da se radi o psima dobre pasmine i hrabrim čuvarima stada; on vidi u njima svoje saradnike, branioce naroda, a ne otimače i uništitelje svoje stoke, prave vukove i izopačene pse, koji zaboravljaju svoju prirodu i svoje vaspitanje, postaju umesto spasilaca i zasštitnika, divlji proždrljivci.

88 b -89 d, ed. Bidez, pp. 164-165:

Takav je dobar vođa na čelu svojih legija **(στρατοπέδων),** *ali za svoj grad on je spasilac i zaštitnik koji se ne ograničava da potisne spoljnu opasnost, da organizuje otpor ili čak napad protiv susednih varvara. Sprečivši podmićivanja, nemoral, luksuz i razuzdanost, on će ublažiti najveća zla. Sposoban da otkloni nasilje, nezakonitost, nepravdu, nezasitu pohotu, oprezan da predvidi podmićivanja koja su uzrok neslogama, koje uvek na kraju vode propasti, on im neće dozvoliti da se rode, ili, ako nastanu, on će se primiti da ih uguši što je pre moguće i da ih izbaci iz svoga grada. Motriće na građanina koji izbegava zakon ili koji upotrebljava silu, kao na neprijatelja koji napada njegove šančeve. Predani čuvar zakona, on će biti najbolji zakonodavac, ako prilika i sudbina to od njega zahtevaju, i nikad, nikakav izgovor neće ga odlučiti da doda neku prevarantsku, dvosmislenu i nezakonitu odredbu ustanovljenim pravilima, kao što neće uneti robovsku i plebejsku krv u svoje poreklo. Vodiće brigu o pravu i pravdi, a ni otac ni majka, ni rođaci, ni prijatelji, neće dobiti od njega nikakvu prednost u pogledu jednakosti. Jer, njegovo je načelo da je otadžbina zajedničko ognjište za sve, starija i poštovanija majka od one kojoj se duguje život, draža od braće, gostiju i prijatelja; njoj uzeti njene zakone i zameniti ih nasiljem je po njegovom* [carevom] *mišljenju svetogrđe, veće nego posezanje za blagom bogova* **(τά χρήματα τῶν θεῶν).** *Zakon je, u stvari, sin* **(ἔγγονος)** *pravde; on je sveto i istinski božansko*

svojstvo velikog Boga. Nikad ga čovek pri razumu neće podceniti, prezirati, već da bi uvek delovao pravično, počastvovaće dobrovoljno dobre, na isti način kao što će se postarati da izleči nevaljale prema svojoj moći, poput dobrog lekara.

3. Poslanica Temistiju (Θεμίστιωι φίλοσοφωι), ed. G. Rochefort, *L'Empereur Julien, oeuvres complètes,* tome II, I partie, Paris (*Belles Lettres*) 1963, pp. 12-30.

Julijan se dopisivao sa Temistijem više od pet godina, započevši korespondenciju u vreme dok je bio na dužnosti u Galiji. Kada je 361. godine postao car, obraća se ponovo Temistiju, da bi mu se požalio na teškoće obaveza carske vlasti. Pritom Julijan, u blagoj ironiji, kritikuje Temistijevo shvatanje o helenističkom monarhu,[26] suprotstavljajući mu svoj ideal vladara ograničenog zakonima, pozivajući se pritom na pojedina mesta iz Platonovih *Zakona* i Aristotelove *Politike.*

260 c – 262 d, ed. Rochefort, pp. 21-23:

Može se u svakom slučaju kada treba da presudimo, bez razmatranja o našoj naklonosti ili nenaklonosti prema javnim poslovima, o izreci „upoznaj samog sebe" [navesti] *i stih:*

Svako neka radi posao koji zna.

Vršenje carske vlasti mi izgleda, najblaže rečeno, da prevazilazi ljudske snage; potrebna je kralju božanskija priroda, kako je tačno govorio Platon. A sada ću izneti jednu Aristotelovu misao **(λόγος),** *koja ima istu nameru; ne nosim sovu Atinjanima,[27] ali želim da ti pokažem da ne prezirem sve od tog filosofa koji u svojoj Politici kaže: „Ako se, dakle, prizna da je monarhija najbolji oblik vladavine, kakvo rešenje naći za problem koji postavlja postojanje vladareve dece? Da li njegovo potomstvo treba takođe da vlada? Uzdizanje na presto, nezavisno od ličnih zasluga je neprihvatljivo. A zar je kralj, držalac vlasti, neće preneti na svoju decu? Teško je verovati u suprotno, jer je to napor vrline koji prevazilazi ljudsku prirodu."[28] Dakle, on raspravlja o onome što on naziva „kralj prema zakonu"; on mu je sluga i čuvar* **(ὑπηρέτης καί φύλαξ) –** *ali on ga ne zove kraljem, niti veruje da je takav oblik vladavine kraljevina, i dodaje: „Što se tiče onoga što se naziva apsolutnim*

[26] Videti S. Šarkić, *Car i zakon u govorima Temistija, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* XLII, 1-2 (2008), str. 67-77.

[27] Boginja Atina, zaštitnica grada Atine, predstavljana je sa sovom u ruci, tako da se sova smatrala simbolom grada. Stoga poslovica „ne nosim sovu Atinjanima" (ού γλαῦκα ᾽Αθηναιοις άγων) u prenosnom smislu znači „ne otkrivam ništa novo."

[28] Aristotel, *Politika* 1286 b.

kraljevstvom **(παμβασιλέα),** *a to znači vladavina u kojoj kralj upravlja prema svojoj volji* **(βούλησιν),** *neki nalaze da je protivno prirodi da tamo gde se država sastoji od jednakih građana, jedan čovek ima vrhovnu vlast nad svima.“ Malo dalje on kaže: „Zahtevati vladavinu zakona je, izgleda, zahtevati samu vladavinu boga i uma; zahtevati vladavinu jednog čoveka, znači izložiti se vladavini zveri, jer prevarantski apetit unosi u njega zbrku, kao što čini razdražljivim čak i najbolje ljude; zato je zakon um bez želja* **(άνευ όρεξεως νοῦς ό νόμος έστιν).**[29] *Vidiš, naš filosof izgleda da nema poverenja u ljudsku prirodu i osuđuje je. Evo šta u stvari želi da kaže u tom odlomku; nijedno ljudsko biće nije sposobno da izdrži toliko uzdizanje Sreće* **(τύχης);**[30] *teško je, prema njemu, voleti više interes zajednice građana od svoje dece, kada je neko samo čovek; još manje je pravo vladati gomilom sebi ravnih, i najzad, krunišući ono što je upravo rečeno, zakon je za Aristotela um bez želja. Samo njemu* [zakonu] *treba poveriri brige upravljanja, nikom među ljudima, jer se kod njih, kakve god da su njihove zasluge, razum ujedinjuje sa razdražljivim i pljačkaškim apetitom najgorih zveri. To rasuđivanje mi izgleda potpuno saglasnim sa Platonovim,*[31] *u prvom redu što upravljač treba da bude bolji od onih kojima upravlja, ne samo svojim načinom života* **(έπιτηδεύσει)** *i svojom prirodom* **(φύσει),** *što nije lako naći među ljudima, već i time što treba svim sredstvima da se veže za zakone* **(νόμοις προσεκτεον),** *koji ne duguju svoje osnivanje ni ustanovljenje trenutačnosti* **(παραχρῆμα),** *kako u današnje vreme izgleda ljudima koji uvek nisu uvek živeli prema razumu, već koji su delo čoveka očišćena duha i duše, koji donosi zakone* **(τίθησι τούς νόμους)** *ne uzimajući u obzir ni trenutne nepravde, niti hitne slučajnosti; za takvog čoveka, koji je produbio prirodu upravljanja i koji je uočio prirodu pravde i prirodu nepravde, koji prenosi, koliko je to moguće, s jedne strane na drugu, i koji ustanovljava zakone zajedničke svim građanima a za koga ni prijateljstvo, ni neprijateljstvo, ni susedski odnosi, ni porodične veze nisu predmet razmatranja. I bolje bi bilo pisati i proglašavati zakone za potomstvo i za strance, nego za savremenike, jer se sa njima* [potomstvom i strancima] *niti računa sa sklapanjem, niti sklapa nekakva međusobna razmena* **(συνάλλαγμα).** *Jer čujem da se priča, da je čak i mudri Solon,*

[29] U članku *L'unité de la Foi et de la Culture chez Julien et Justinien, Curch History,* tome XXVIII, n. 4, Decembre 1959, pp. 5-6, N. G. Downey primećuje da Julijan osuđuje „sve što je bilo vezano za apsolutnu i teokratsku monarhiju i što se suprotstavlja poslušnosti zakonima, da bi se predstavilo kao *oduhovljeni zakon.*

[30] Aristotel, *Politika* 1287 a.

[31] Odnosi se na odlomak iz Platonovih *Zakona,* koga je Julijan nešto ranije citirao.

kada se sa prijateljima savetovao o ukidanju dugova, ovima ponudio dobitak **(εὐπορία),** *i da je navukao na sebe sramotnu optužbu, i to sve nakon što je oslobodio narod svojim državničkim delovanjem* **(πολιτεύματι).**[32] *Eto kako je teško izbeći takvim ljagama* **(κῆρας),** *čak i kada se pristupa upravljanju s razumom i bez strasti.*

[32] Solon, atinski trgovac, poreklom eupatrid (plemić), bio je izabran za arhonta u Atini 595-594 pne. Pripisuje mu se ukidanje dužničkog ropstva, kao i brojne demokratske reforme atinskog državnog uređenja. Smatran je jednim od sedmorice grčkih mudraca. Julijan aludira na priču koja je kružila u antičkom svetu, a koju prenose Aristotel (*Ustav atinski* VI, srpski prevod P. Jevremović, Beograd 1997, str. 39) i Plutarh (*Solon* 15, hrvatski prevod Z. Dukat, Plutarh, *Usporedni životopisi* I, Zagreb 1988, str. 146), kako je Solon obavestio svoje prijatelje o nameri da ukine dugove. Ovi su tada pozajmili velike količine novca, pokupovali zemlju, a kako su dugovi bili ukinuti, silno su se obogatili. Sporno je da li je i Solon imao udela u toj mahinaciji (Aristotel to odbacuje i naziva klevetom).

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

Emperor and Law in The Orations of Julian „The Apostate“

Abstract

Julian „the Apostate“ was Roman Emperor from 361 to 363 and a noted philosopher and Greek writer. A member of the Constantinian dynasty (his father Julius Constantius, was Constantine's brother), Julian was a man of unusually complex character: he was the military commander, the theosophist, the social reformer and the man of letter. He was the last non-Christian ruler of the Roman Empire and it was his desire to bring the Empire back to its ancient Roman values in order to save it from dissolution. He purged the top-heavy state bureaucracy and attempted to revive traditional Roman religious practices at the cost of Christianity. His rejection of Christianity in favour of Neoplatonic paganism caused him to be called Julian the Apostate (Greek '**Αποστάτης** or **Παραβάτης** = „Transgressor“) by the Church. He was the last Emperor of the Constantinian dynasty, the Empire's first Christian dynasty.

The substitution of the Roman Republic by Hellenistic oriental monarchy, the process extending through three centuries, found its legal-theoretical justification in the Hellenistic theory of a monarch as a live or spiritualized law **(νόμος εμψυχος,** *lex animata*). This theory is in contrary to the Roman republican concept of Emperor (*princeps, dominus*) as a mandatary of Roman people, especially expressed by Emperor Julian in his orations.

Key words: Julian, Constantius, Themistios, Libanios, Emperor, Law, Philosophy.

Originalni naučni rad UDK 347.447.5:347.5
doi:10.5937/zrpfns46-1921

Akademik Jožef Salma, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NOTARIJALNO OBLIGACIONO PRAVO*

– načela javno-beležničkog prava, javno-beležnička forma i odgovornost javnih beležnika prema pravu Republike Srbije –

Sažetak: *U radu su analizirana pravila važećeg javno-beležničkog prava Republike Srbije, u svetlu uporednog prava. Razmotrena su osnovna načela javno-beležničke delatnosti, javno-beležnička forma i pravna priroda odgovornosti javnih beležnika za prouzrokovanu štetu. Po autorovom stanovištu ona je ili deliktna ili kontraktualna u zavisnosti od toga da li je notar povredio odredbe punomoćja stranke na osnovu koga postupa ili imperativni propis, tj. načelo savesnosti i poštenja.*

Ključne reči: *načela notarijalnog obligacionog prava, javno-beležnička forma, odgovornost javnih beležnika za štetu*

I
UVODNE NAPOMENE

Važeći zakon Republike Srbije koji uređuje javno-beležničku delatnost[1] pripreman je pomno, istina uz izvesno (neopravdano) kašnjenje.[2]

---

* Rad je rezultat istraživanja na projektu *Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)* Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

[1] Zakon o javnom beležništvu Republike Srbije (ZJB RS), Službeni glasnik RS od 9. maja 2011. godine br. 31/2011. Na osnovu čl. 182, zakon stupa na snagu osmog dana po objavljivanju, a primenjuje se od 1. septembra 2012. godine. Izuzetak čine čl. 15. (javno-beležnička mesta), 16. (službeno sedište i tabla), čl. 25. do 30. (uslovi imenovanja, konkurs, imenovanje, zakletva beležnika) i čl. 143. do 148. (javno-beležnički ispit), koji se primenjuju od osmog dana od dana stupanja na snagu zakona.

[2] V. Nebojša *Šarkić*, Milanka *Furtula - Đorđević*, Javno beležništvo – doprinos efikasnijem radu sudova, in: Izbor sudske prakse, god. 3, br. 11/1995, str. 5-6; Nebojša *Šarkić*, Milanka *Furtula - Đorđević*, Javno beležništvo - da ili ne? in: Pravni život, god. 45.

On je u osnovi harmonizovan sa tradicionalnim nacionalnim i zajedničkim evropskim notarijalnim pravom. To potvrđuju i načela pozitivnog prava, uz izvesne moguće kritičke primedbe, koje su u ovom radu istaknute.

II
NAČELA NOTARIJALNOG PRAVA

Načelo javnog poverenja. Zakon određuje da je javno beležništvo služba od javnog poverenja.[3] To pravilo proističe iz toga što notar (u važećem pravu: javni beležnik) sastavlja pravne poslove, overava isprave, izdaje izvode i prepise isprava, konstatuje pravne činjenice na osnovu inicijative stranke, u formi koja je predviđena zakonom. Ta forma daje javno-beležničkim ispravama potrebnu autentičnost, određeno dokazno dejstvo. Pravni poslovi za koje je predviđena obavezna forma, sastavljeni pred notarom, saglasno propisima o formi, imaju značaj, odn. dejstvo javne isprave, te po zakonu uživaju javno poverenje. Budući da notar ima zadatak da pouči stranke, on postupa u interesu stranaka, bez stranačke opredeljenosti, te akt notara, po prirodi stvari, ima i poverenje stranaka.

---

br. 12/1996, str. 427-441; Nebojša *Šarkić*, Milanka *Furtula - Đorđević*, Dragan *Rašić*, Javni beležnik (notar) u uporednom pravu: Zašto ne i kod nas, in: Aktuelna pitanja jugoslovenskog zakonodavstva, Udruženje pravnika Jugoslavije, 1999, str. 179-192; Nebojša *Šarkić (redakcija)*, Javni beležnik, in: Izbor sudske prakse, Beograd, god. 7, br. 2/1999, str. 38; Nebojša *Šarkić*, Uvođenje javnog beležnika (notara) u jugoslovenski pravni sistem, in: Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Udruženje pravnika Jugoslavije, Beograd, 2001, str.137-141; Nebojša *Šarkić*, Dokazi u postupku pred javnim beležnikom, in: Dokazi i dokazna snaga, Zbornik radova, Glosarijum, Beograd, 2003, str.101-109; Nebojša *Šarkić*, Milanka *Furtula – Đorđević,* O javnom beležniku – notaru, Glosariujum, Beograd, 2004, str. 5-21; Nebojša *Šarkić*, Javni beležnik – notar u izvršnom postupku, in: Pravni život, god. 53, br. 12/2004, str. 257-276; Nebojša *Šarkić*, Javni beležnik – notar, in: Novine u građanskim postupcima, Zbornik radova, Glosarijum, Beograd, 2005, str. 255-277; Nebojša *Šarkić*, Neophodnost reformisanja Zakona o vanparničnom postupku i uvođenje javnog beležnika – notara, in: Nadležnost i razgraničenje nadležnosti sudova, Glosarijum, Beograd, 2006, str. 272-296; Nebojša *Šarkić*, Mladen *Nikolić*, Ovlašćenja javnog beležnika-notara u trgovinskim i izvršnim stvarima, in: Stečaj i privatizacija, V međunarodno savetovanje pravosuđa, Vršac, 2008, str. 245-274; Nebojša *Šarkić*, Nacionalni izveštaj o notarskoj službi jugoistočne Evrope, Sarajevo, GTZ, 2009, str. 303-339; Nebojša *Šarkić*, Pravosudne profesije, Seminar o notarijatu, Beograd, 2010, str. 1-37; Nebojša *Šarkić*, Mladen *Nikolić*, Priznanje i izvršavanje stranih izvršnih javnobeležničkih (notarskih) isprava, Pravni informator, Beograd, god. 13. br. 12/2010, str. 13-23.

[3] ZJB RS, čl. 2. st. 1.

Načelo profesionalnosti. Javni beležnik obavlja delatnost kao isključivo i stalno zanimanje dok mu ne prestane delatnost, u skladu sa zakonom.[4] Zakon propisuje profesionalne uslove za sticanje svojstva notara, kao što su diploma pravnog fakulteta, pet godina radnog iskustva, položeni pravosudni i notarski ispit, kao i profesionalni ugled (dostojnost javnog poverenja).[5] Notar obavlja svoju delatnost u samostalnoj notarskoj kancelariji sa potrebnom opremom i uslovima za čuvanje poverenih dokumenata.[6]

Načelo nezavisnosti u ostvarivanju delatnosti. *Inkompatibilnost i kompatibilnost u pogledu obavljanja drugih poslova. Delatnost.* Prema Zakonu o javnim beležnicima, notar je *samostalan* i *nezavistan*.[7] Javni beležnik je stručnjak iz oblasti prava, imenovan od strane ministra nadležnog za pravosuđe, koji na osnovu javnog ovlašćenja prihvata od stranaka pravno-poslovne i druge izjave volje i daje im potrebnu pisanu formu. Njegova *delatnost* je *uređena zakonom*. Tako, izdaje isprave koje imaju karakter *javnih isprava*. *Čuva* originale tih isprava i druge poverene dokumente, izdaje *prepise* isprava, javno potvrđuje činjenice, daje strankama *savete* o pitanjima koja su predmet njegove delatnosti i preduzima druge radnje i vrši druge poslove određene zakonom.[8] Delatnost javnog beležnika je *nespojiva* sa obavljanjem advokature, bilo kog drugog plaćenog zanimanja, odnosno funkcije, kao i poslova koji nisu u skladu sa ugledom, nezavisnošću, samostalnošću i javnim poverenjem javnog beležništva.[9] *Zabrana se ne odnosi* na obavljanje poslova u svojstvu *izvršioca testamenta* (zaveštanja), *staratelja zaostavštine*, staratelja *poslovno nesposobnog* lica ili nekog drugog pravnog posla zasnovanog na odluci nadležnog organa. Takođe, notar može povremeno ili dopunski obavljati *naučne*, *nastavne*, *umetničke* ili slične delatnosti. Notar može obavljati *funkcije i poslove u javnobeležničkoj komori i u međunarodnim udruženjima javnih beležnika*. Javni beležnik, takođe, može obavljati poslove *medijatora*, *arbitra* ili *sudskog prevodioca*.[10]

Načelo zaštite privatnih i javnih interesa. Javni beležnik je stručnjak koji na osnovu javnog poverenja, saglasno zakonu, prihvata pravno-

[4] ZJB RS, čl. 2. st. 2-4, čl. 5. st. 1.

[5] ZJB RS, čl. 25-26. (opšti i specijalni uslovi); čl. 145. (notarijalni ispit).

[6] ZJB RS, čl. 20. (prostorije i oprema); čl. 61. i 62. (pečat, štambilj, dužnost vođenja evidencije); čl. 100-117. (čuvanje spisa i isprava, vođenje knjiga, arhiva); čl. 165-175. (javno-beležnički depozit) .

[7] ZJB RS, čl. 2. st. 3, čl. 5. st. 1-2.

[8] ZJB RS, čl. 2. st. 4.

[9] ZJB RS, čl. 5. st. 1.

[10] ZJB RS, čl. 5. st. 2. tač. 1-4.

poslovne i činjenične izjave stranaka dajući potrebnu pisanu formu koja ima karakter javne ili privatne isprave.[11] Zaštita javnog interesa, posebno ako je zakonom propisani cilj forme datog pravnog posla propisana zbog zaštite javnog interesa (kod bitne ili konstitutivne forme), ostvaruje se striktnim poštovanjem imperativne forme. Privatni interes stranke notar štiti kada je svrha zakonom propisane obavezne forme ustanovljena u cilju zaštite privatnog interesa. Privatni interes se štiti i onda ako forma nije obavezna, tj. kada je ugovor zaključen na području načela konsensualnosti, tako što je nakon proste saglasnosti volja ugovornih strana naknadno sastavljena notarijalna forma, i to radi povećanja dokazne vrednosti kontrakta.

Načelo formalnosti i vrste (oblici) delatnosti notara. Javnobeležničke isprave o pravnim poslovima koji su sastavljeni od strane javnih beležnika u formi javnobeležničkih *zapisa* imaju karakter *javnih isprava*. Za razliku od njih, *zapisnici* o pravnim i faktičkim radnjama koje su preduzete pred notarem, kao i *potvrde* o činjenicama koje su posvedočili javni beležnici, imaju karakter *privatnih isprava* koje su posvedočili javni beležnici. U ovim slučajevima javni beležnik *overava potpis* ili *ispravu u celini*, odnosno, overava *autentičnost prepisa*, *prevoda* ili *izvoda*, sa dejstvom javno-beležničke overe.[12] *Javno-beležničke isprave* su *isprave o pravnim poslovima* koje su sastavili javni beležnici. Javno-beležnički *zapisi* su zapisnici o pravnim radnjama koje su obavili ili kojima su prisustvovali javni beležnici. Javno-beležnički *zapisnici* su potvrde o činjenicama koje su posvedočili javni beležnici. Javno-beležničke *potvrde* su nejavne isprave kod kojih javni beležnik *overava potpis* ili *ispravu u celini*, *autentičnost prevoda*, *prepisa* ili *izvoda*.[13] Zakon propisuje *koji pravni poslovi (odn. ugovori)* imaju oblik javno-beležničkog zapisa.[14] To su ugovori o imovinskim odnosima između supružnika kao i ugovori između vanbračnih partnera. Tu spadaju i ugovori o deobi imovine između supružnika i vanbračnih partnera, sporazumi o zakonskom izdržavanju;[15] ugovori o raspolaganju nepokretnostima lica koja su poslovno nesposobna; ugovori o ustupanju i raspodeli imovine za života; ugovori o doživotnom izdržavanju; obećanje poklona za slučaj smrti; drugi pravni poslovi i izjave za koje zakon određuje da moraju biti zaključeni u obliku javno-beležničkog zapisa, po zakonima i popisi-

[11] ZJB RS, čl. 2. st. 4.
[12] ZJB RS, čl. 6.
[13] ZJB RS, čl. 6, 10. i 63.
[14] ZJB RS, čl. 82.
[15] Sporazum može da uredi visinu i oblik naknade, ali ne i osnov obaveze, jer je on predviđen imperativnim normama.

ma koji uređuju njihovo sačinjavanje.[16] Nama se čini da je tu, većim delom, reč o konkurentskoj formi, tj. o podjednakom dejstvu notarijalne i sudske forme. Izuzetak predstavlja isključiva notarijalna forma, ako je to posebnim zakonom izričito propisano. Dokaz za pretežni konkurentski karakter notarijalne forme predstavlja odredba prema kojoj javnobeležnički zapisi imaju istu dokaznu snagu isprave sačinjene u sudu ili pred drugim državnim organom.[17] Pravilo o konkurentskom karakteru javno-beležničke i sudske forme odnosi se, na primer, na ugovor o doživotnom izdržavanju, kao i na ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života ostavioca. To znači forme ovih ugovora mogu biti (alternativno) ispunjene i pred javnim beležnikom i pred sudom, sa identičnim dejstvom. Pored alternativne ili konkurentske notarijalne i sudske forme Zakon predviđa i fakultativne notarijalne forme. Nabraja pravne poslove koji se *mogu* zaključiti u obliku javno-beležničkog zapisa. To su: ugovori o raspolaganju nepokretnostima, ugovori o raspolaganju pokretnim stvarima ili pravima, izjave i raspolaganje imovinom radi osnivanja zadužbine odnosno fondacije za života ili za slučaj smrti osnivača zadužbine odn. fondacije; zapis o poništenju izgubljenih, uništenih ili oštećenih isprava; zaveštanje (testament); izjava kojom se nužni naslednik isključuje iz nasledstva; izjava kojom se nužni naslednik lišava nasledstva; izjava da se poklon dat zakonskom nasledniku neće uračunavati u njegov nasledni deo; izjava da se dug budućeg naslednika neće uračunati u njegov nasledni deo, izjava o priznanju očinstva kao i izjava o saglasnosti sa priznatim očinstvom; izjava o pristanku na postupak biomedicinski potpomognutog oplođenja; drugi pravni poslovi i izjave za koje zakon određuje da se mogu zaključiti ili dati u obliku javno-beležničkog zapisa. Zakon posebno određuje da ugovori i testamenti sačinjeni u obliku javno-beležničkog zapisa imaju isto dokazno dejstvo kao isprave sačinjene u sudu ili pred organom uprave, odnosno overene od strane suda ili organa uprave.[18] Nismo sigurni da li je zakon jasno razdvojio isključivu notarijalnu od alternativne (notarijalne i sudske) i fakultativne (notarijalne) forme. Svakako, u pogledu notarijalne forme iz st. 1 čl. 83. imaju da se primene odredbe o *vanparničnom postupku*.[19] Prema odredbama pozitivnog prava, javno-beležnički zapis je *izvršna isprava,* ako je u njemu utvrđena određena obaveza ili činidba.[20] Javnobeležnički *zapisnici* se sastavljaju sa *osnivačke skupštine* ili druge skup-

[16] ZJB RS, str. 1. čl. 82.
[17] ZJB RS, čl. 82. st. 2.
[18] ZJB RS, čl. 83. st. 1. tač. 1-12.
[19] ZJB RS, čl. 83. st. 3.
[20] ZJB RS, čl. 85.

štine akcionarskog društva koje ima više od 100 članova. Takođe, u ovoj formi se mogu sastaviti i zapisnici sa sednice organa akcionarskog društva.[21]

Načelo zakonitosti i načelo savesnosti i poštenja. Po odredbama pozitivnog prava, javni beležnik je dužan da obavlja svoju delatnost u skladu sa *propisima* i načelom *savesnosti i poštenja*. Javni beležnik *odbija*, odnosno *može da odbije* obavljanje poslova u okviru delatnosti određenih ovim zakonom samo iz razloga koji su određeni zakonom. Javni beležnik za svoj rad odgovara u skladu sa zakonom.[22]

III
VRSTE NOTARIJALNE FORME

Opšta pravila.[23] Forma ugovora ili drugih pravnih poslova je (fakultativan ili obavezan) oblik manifestacije pravno-poslovne volje stranaka. Ona je vođena u teoriji pravnih poslova načelom *konsensualizma*, kao pravilom, i načelom *formalizma*, kao izuzetkom. Prvo načelo znači da se pravni posao stvara prostom saglasnošću volja stranaka, kod jednostranih pravnih poslova prostom jednostranom pravno-poslovnom izjavom (einseitige Willenserkärung). Drugo pravilo (načelo) znači da ugovor ili pravni posao ne proizvodi pravno dejstvo bez obavezne, zakonom propisane forme.

Postoje opšte prihvaćena pravila o *vrstama forme* obligacionih ugovora. Prema *načinu ispoljavanja* one mogu biti konsensualne, formalne i realne. Opšti je princip da se ugovori na osnovu slobode ugovaranja zaključuju *prostom saglasnošću* volja, bez posredovanja bilo kakve forme, osim kada je zakon za dati ugovor propisao da pravni posao ne proizvodi dejstvo ako nije ispoštovana obavezna forma. *Formalan ugovor* je onaj koji proizvodi dejstvo samo ako su izjave stranaka „obučene" u obaveznu formu. *Realna forma* je ona kod koje saglasnost po sebi ne stvara ugovor, već je neophodna i predaja obećane stvari. Kod njih predaja nije akt izvršenja, kao kod dru-

---

[21] ZJB RS, čl. 86.

[22] ZJB RS, čl 9. st. 1-3. *Građansko-pravnu odgovornost* za štetu propisuje čl. 58. st. 1-5, a *disciplinsku* odgovornost pred organima komore čl. 149-153. i čl. 127. Zakon izričito određuje da odgovornost za krivično delo ili prekršaj ne isključuju disciplinsku odgovornost (čl. 149. st. 3.). Disciplinske povrede su propisane čl. 150. st. 1-3, tač. 1-15, a sankcije u čl. 151-153.

[23] V. npr. Jožef *Salma*, Obligaciono pravo, šesto izdanje, Izdavački centar Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2009, str. 303-324. i navedenu literaturu, posebno Slobodan *Perović*, Formalni ugovori u građanskom pravu, Beograd, 1964.

gih ugovora, već sastavni deo akata zaključenja. Obavezna forma se naziva i *bitnom, konstitutivnom* formom, tj. formom koja stvara ugovor, kod kojeg prosta saglasnost ne stvara ugovor. Na području važenja načela konsensualnosti, prema kojem se ugovor stvara prostom saglasnošću, stranke *o postignutoj saglasnosti* mogu *naknadno sastaviti pismenu ili neku drugu formu*. Tada forma nije sa stanovišta nastanka ugovora konstitutivna, već samo od relativnog *dokaznog* značaja. Bitna forma je *apsolutni dokaz o bitnim elementima* ugovora, ali u pogledu *nebitnih elemenata* samo relativni (oborivi) dokaz. To je zato, što je zakon odredio, da kod bitne forme, *sporedne elemente, stranke mogu da izmene neformalnim sporazumom*, tj. prostom saglasnošću volja. *Bitni elementi ugovora* su oni koji su kao takvi određeni u posebnom delu ZOO (u odredbama o pojedinim obligacionim ugovorima, za svaki ugovor ponaosob), tj. bez kojih ugovor ne proizvodi pravno dejstvo. Npr., kod kupoprodaje predmet i cena, kod zakupa zakupljena nepokretnost i zakupnina, i dr. *Sporedni elementi* su oni, koji utiču na izvršenje ugovora, ali nisu uslovi nastanka. Tipični sporedni elementi ugovora su mesto, vreme i način izvršenja. Ali, naročitim odredbama zakona (obično sadržanim u posebnom delu ugovornog prava), tipični sporedni elementi mogu postati bitni uslovi nastanka ugovora, kao što je npr. slučaj sa rokom izvršenja kod tzv. *fiksnih* ugovora. Kod tih ugovora, ako ne dođe do izvršenja o roku, ugovor se raskida po sili zakona. *Overa* ugovora, na *konsensualnom* području, bilo notarijalna, bilo sudska, u suštini nije dokaz o sadržini, već predstavlja samo dokaz o identitetu stranaka i o tome da je ugovor zaključen. Ali, ako je po sredi *bitna forma*, tj. ako je reč o formalnom ugovoru, onda ta forma, bilo da je preduzeta pred javnim beležnikom, bilo pred sudom, predstavlja neoboriv dokaz i o sadržini, bar u pogledu bitnih elemenata ugovora, a u pogledu sporednih elemenata, relativni (oboriv) dokaz. *Adhezioni* ugovori su oni kod kojih jedna ugovorna strana unapred određuje elemente ugovora, bez mogućnosti da druga strana utiče na sadržaj. *Formularni ugovori* su oni kod kojih formu i elemente određuje treće lice. Pisani sastav adhezionih i formularnih ugovora mogu imati osobinu bitne forme, ako je za dati ugovor predviđena bitna forma, uz uslov da se od strane sastavljača ispune uslovi propisani za bitnu formu. Inače, ako se ugovori zaključuju na području važenja konsensualnog načela, oni imaju značaj relativnog dokaza o sadržaju. Ako jedna strana ima *opšte uslove poslovanja* (tarife ŽTP, elektro-distributivnih preduzeća, kao i drugih javnih preduzeća, npr. javnih komunalnih preduzeća, vodoprivrednih preduzeća, ali i privatnih osiguravajućih društava i dr.), tj. jednostrano formulisane uslove, prema kojima se nudi zaključenje ugovora, - ti uslovi su po sili zakona sastavni deo ugovora koji se zaključuju sa strankom, pod uslovom da su javno objavljeni.

Ali, ako su ti uslovi izraz ekonomske nadmoći ili zloupotrebe (zakonskog ili faktičkog, kartelizovanog) monopolskog položaja, mogu se, prema važećim odredbama Zakona o obligacionim odnosima pobijati pred sudom. Po *načinu ispoljavanja*, forma može biti pismena ili realna. Kod *realne* forme obična saglasnost ima samo predugovorni karakter.[24] Izostanak predaje kod realnih ugovora znači da ugovor nije nastao. Ako do predaje nije došlo, nastaje samo tzv. *predugovorna odgovornost*, odgovornost za štetu nastalu povodom pregovora. Puko obećanje kod realnih ugovora se ne može uspešno prinudno izvršiti osudom na činidbu. Zbog izostanka predaje može se tražiti samo naknada štete po pravilima o predugovornoj odgovornosti. Naime realni ugovori definitivno nastaju nakon obećanja, tek preduzimanjem drugog akta, aktom predaje stvari. Klasični primeri su zajam, zaloga i ostava. No, u našem pravu klasični realni ugovori su konsensualizovani, te je obećanje zajma, zaloge i ostave utuživo. Posle takve konsensualizacije, kao jedini realni ugovor u našem pravu, ostao je ugovor o kapari.[25] Kod dvostrano obaveznih ugovora predaja čini akt izvršenja, a kod realnih ugovora izvršenje predstavlja sastavni deo akta zaključenja ugovora. *Sanacija nedostatka u bitnoj formi*[26] znači konvalidaciju ugovora aktom uzajamnog celovitog ili pretežnog izvršenja, ukoliko to nije u protivnosti sa ciljem zakonom ustanovljene forme. Obično se uzima da je *cilj (svrha) forme* javnopravni ili privatnopravni. Ako je cilj forme *zaštita privatnog interesa*, onda uzajamno izvršenje sanira nedostatak u formi, tj. dovodi do konvalidacije ugovora. Ali, ako je cilj forme *zaštita javnog interesa*, po našem mišljenju, nedostatak u formi se ne može otkloniti prostim uzajamnim izvršenjem.

Zatim, forma može biti samo *prost dokaz o postojanju* ugovora. Naravno, ako je po sredi bitna forma, njeno nepoštovanje dovodi do ništavo-

[24] ZOO RS, čl. 30.

[25] ZOO RS, čl. 79.

[26] ZOO RS, čl. 73. U Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije, druga knjiga, Obligacioni odnosi (Vlada RS - Komisija za izradu Građanskog zakonika), Beograd, 2009, str. 32, čl. 72. (čl. 73.), zadržava postojeće rešenje, što i autor ovog rada podržava, tj. da se izvršenjem sanira nedostatak u formi, osim ako se to protivi cilju radi kojeg je forma ustanovljena. Alternativu, naročito st. 2, ne podržavamo. Dodatni čl. 73. Prednacrta sadrži odredbu o odgovornosti za štetu zbog nedostatka u formi. Prema toj odredbi „ko navede svog saugovornika da se pri zaključenju ugovora ne pridržava propisane forme, pa posle odbije da izvrši svoju obavezu pozivajući se na ništavost ugovora zbog odsustva forme, *dužan je naknaditi* mu *štetu* koju ovaj ne bi pretrpeo da nije bilo ovog ugovora". Takođe je u istom članu propisano da „isto vredi i za slučaj odbijanja ugovornika da pristupi obavljanju ugovorene forme kad je to uslov za zaključenje ugovora". Ove dodatne odredbe podržavamo.

sti ugovora. Po *dokaznom dejstvu*, forma može biti *apsolutni* ili *relativni dokaz* o elementima, odn. strankama ugovora. Može da predstavlja samo *prost dokaz o postojanju ugovora*. Nekada sastavni deo bitne forme u savremenom pravu čine i obavezne „*reči*", kao što je to slučaj u našem pravu *upozorenje* suda (ili sada i notara), kod ugovora o doživotnom izdržavanju, da se zaključenjem tog ugovora nužni naslednici po sili zakona isključuju iz nasleđa. (Ceteri exherede sunto). U zavisnosti od toga pred kim se, odnosno ko sastavlja ugovor, razlikuje se *stranačka*, *sudska* i *notarijalna* forma.

Vrste notarijalne forme. Sama notarijalna forma u užem smislu, može biti isključiva, ili konkurentska (alternativna). Kad zakon propisuje da se neki ugovor ili pravni posao može preduzeti samo u formi pred notarom, a ne i pred sudom ili pred nekim drugim organom javne vlasti, po sredi je *isključiva notarijalna forma*. Ako je zakon propisao da se formalni ugovor može zaključiti i pred sudom i pred notarom, sa jednakim dejstvom, pod uslovom da je preduzeta zakonom propisana obavezna forma, radi se o *konkurentskoj* ili *alternativnoj* formi. U našem važećem pravu se uglavnom favorizuje konkurentska forma, tj. da ono što se može zaključiti pred sudom, može se zaključiti i pred notarom.

Izvršnost notarijalne isprave. Notarijalna formalna isprava, ako je sastavljena saglasno imperativnim ili fakultativnim propisima o formi, te sadrži saglasnost stranaka, učesnika u notarijalnom postupku, koja se odnosi na saglasno priznanje ili jednostranu izjavu dužnika obligacione baveze koja glasi na činidbu, predstavlja, po pozitivnom pravu RS, izvršnu ispravu.[27] Otuda ona čini izvršnu ispravu po pravilima ZIP-a.

---

[27] Prema čl. 7. st. 1. ZJB RS javno-beležnička isprava sačinjena i izdata po Zakonu o javnom beležništvu ima snagu *javne isprave*, ako su pri njenom sačinjavanju i izdavanju ispunjeni *bitni uslovi forme* i *zakonitosti* propisani ZJB-om. Po st. 2. ovog člana, javno-beležnička isprava je *izvršna* ili *verodostojna* isprava u slučajevima predviđenim ovim zakonom. Po čl. 8. st. 1-4. ZJB RS *strane* javno-beležničke isprave pod uslovom *uzajamnosti*, imaju *isto pravno dejstvo* kao i javno-beležničke isprave sačinjene po ovom zakonu, tj. ako su izvršne po stranom pravu, izvršne su i prema domaćem pravu (čl. 8. st. 4. ZJB RS). Po čl. 85. st. 1. ZJB RS javno-beležnička isprava je izvršna ako je u njoj utvrđena obaveza na *činidbu* o kojoj se *stranke mogu sporazumeti* i ako sadrži izričitu *izjavu obavezanog* lica da se na osnovu te isprave može, radi ostvarenja dugovane činidbe, po dospelosti obaveze neposredno sprovesti prinudno izvršenje. Po st. 2. istog člana, na osnovu javno-beležničkog zapisa, koji sadrži obavezu *zasnivanja, prenos, ograničenja ili ukidanja nekog prava* koje se upisuje u *registre nepokretnosti* može se *neposredno sprovesti* upis u registar, ako je lice koje se obavezuje u tom zapisu izričito na to pristao (clausula intabulandi). Ako je na osnovu javno-beležničkog zapisa zasnovana *hipoteka* na nepokretnosti dužnika radi obezbeđenja potraživanja poverioca, može se neposredno tražiti izvršenje na toj nepokretnosti, po dospelosti roka za izvršenje obezbeđenog duga. (čl. 85. st. 3. ZJB RS). Izvršnost javno-beležničkog zapisa može se *pobijati* po pravilima izvršnog postupka (čl.

Rasterećenje suda. Osnovna ideja notarijalnog prava je da u sastavljanju privatnih isprava notar postupa umesto suda. Sud, doduše, nije lišen alternative da sastavi formu, ako mu se stranka obratila. Na osnovu javnog poverenja, pravni posao, uzimanje izjave, izdavanje potvrde o autentičnosti potpisa, i dr., po zahtevu stranaka ili stranke, može učiniti i notar, sa istim dejstvom kao da je to obavio sud.

Inkompatibilnost advokature i notarijalne delatnosti. U većini evropskih zemalja, notar ne može obavljati istovremeno i advokatsku delatnost. Tako je i u našem pravu.[28] Od ovog pravila ima restriktivnih izuzetaka u nemačkom pravu za pojedine okruge u kojima je po posebnim pravilima, dopuštena paralelna notarijalna i advokatska delatnost, tj. notar može da bude i advokat.U nekim pravima, kao u austrijskom pravu, notar, na osnovu punomoćja, ako za datu pravnu stvar nije predviđeno isključivo zastupanje preko advokata, može zastupati stranku i pred parničnim, vanparničnim, izvršnim i krivičnim sudom, pred upravnim organima, posebno ako je spor vezan za notarijalnu formu.

Inkompatibilnost (i delimična kompatibilnost) sa pravosudnom delatnošću. Notar nije sud, ne rešava konflikt između stranaka. No njegova nezavisna delatnost u sastavljanju isprava i izjava stranaka može značajno doprineti prevenciji sudskih (parničnih) postupaka. U nekim pravima, pa i u našem, notar može obavljati i izvesne zakonom poverene tzv. „sudske“ funkcije, pre svega, prema pravilima vanparničnog postupka. (Npr. u Mađarskoj, postupak otvaranja testamenta, raspravljanje zaostavštine).Takođe, notar može, radi sprečavanja spora, da obavi (na osnovu poverenja i punomoći stranaka, u skladu sa odredbama ZOO) vansudsko poravnanje, sa priznatim dejstvom i pred sudom.

IV
NOTARIJALNA ODŠTETNOPRAVNA ODGOVORNOST

U ***nemačkom pravu***, iako zakon (Notariatsordnung) ne smatra da je notar državni organ, notar za štetu prouzrokovanu stranci, po sudskoj praksi, odgovara analogno pravilima o odgovornosti za štetu koju je *organ uprave* u upravnom postupku prouzrokovao stranci svojim nezakonitim radnjama. Uslov je, kao kod upravnopravne odštetne odgovornosti,

85. st. 7. ZJB RS). Ako obaveza zavisi od nastupanja *uslova* ili isteka roka koji nije kalendarski određen, za izvršnost javno-beležničkog zapisa, ako se stranke u tom zapisu drukčije ne dogovore, potrebno je da se javnom ispravom ili ispravom na kojoj je overen potpis poverioca, a ako to nije moguće, pravnosnažnom parničnom presudom, utvrdi da je uslov nastupio, odnosno da je rok istekao. (čl. 85. st. 5. ZJB RS).

[28] ZJB RS, čl. 5.

da je stranka podnela bezuspešan pravni lek protiv postupka notara, koji se ovde shvata široko, u smislu bilo kakve primedbe na postupak notara, zasnovane na zakonu. Naime, par. 839. nemačkog Građanskog zakonika (BGB- Bürgerliches Gesetzbuch), koji govori o odgovornosti za štetu organa uprave, prema sudskoj praksi, analogno se primenjuje i na odgovornost notara.[29] U materiji administrativne odštetno-pravne odgovornosti u BGB-u se propisuju sledeća pravila: (1). Ako službenik namerno ili iz nehata povredi službenu obavezu tako da je iz toga nastala šteta prema trećem licu, obavezan je da je naknadi. Ako je službenik postupio iz nehata, može se tužiti samo ako se šteta ne može nadoknaditi na drugi način. (2). Ako je službenik kod donošenja odluke (Urteil) povodom pravne stvari (Rechtssache) povredio službenu obavezu, za štetu koja je iz toga nastala, odgovara samo ako se povreda službene obaveze sastoji u krivičnom delu (Straftat). Ovaj propis se ne primenjuje u slučaju kada se radi o protivpravnom odbijanju ili o neblagovremenom obavljanju vršenja službe (3). Nema obaveze naknade štete ako je oštećeni namerno ili iz nehata propustio da traži naknadu štete putem pravnog leka.[30] Primeri iz prakse: odgovornost za protivpravnu eksproprijaciju; protivpravna povreda telesnog integriteta; oduzimanje života ili povreda zdravlja; povreda imovine, odgovornost za štetu nastalu usled izmene privrednih planova.[31] Prema Pritingovom (Prütting) komentaru, ovde se radi o *deliktnoj odgovornosti države* povodom zahteva građana za naknadu štete povodom povrede službene obaveze. Ovaj zahtev se, međutim, ne može uspešno ostvariti ako u upravnom postupku nije korišćen pravni lek.[32]

Prema ***praksi suda evropskih zajednica*** (Gemeinschaftsrecht – Rechtssprechung des Gerichtshofes der europäischen Gemeinschaften), odgovornost zbog štete nastale povredom službene obaveze postoji samo *kada se radi o sudskim odlukama*. Ta odgovornost postoji kada je *sud povredio zajednička (evropska) pravila*. Ali, u nacionalnim granicama, potrebno je da je šteta nastala povodom vršenja državne vlasti (hoheitliche Handlung).[33] U pogledu uslova odgovornosti potrebno je da je uložen pravni lek protiv administrativne odluke kojom je šteta prouzrokovana. Priting, komentator Zakonika, kod notarijalnog postupka smatra da je dovoljno da

---

[29] *Bundesgerichtshof* (Savezni Vrhovni sud), Neue Juristische Wochenschrift (časopis za sudsku praksu i teoriju), 60, 1719.

[30] Ove odredbe BGB-a su ostale neizmenjene nakon revizije Nemačkog građanskog zakonika iz 2002. godine (saglasno zajedničkim evropskim normama- gemeines Recht, aquis communautaire). V. *Prütting*, *Wegen*, *Weinreich*, BGB, Luchterhand, 2007, str. 1621.

[31] *Jauernig*, *Schlechtriem*, *Stürner*, *Teichmann*, *Volkommer*, BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), 8. Auflage, C.H. Beck, München, 1997, str. 925-926.

[32] *Prütting*,*Wegen*, *Weinreich*, BGB, op. cit. str. 1622.

[33] Ibidem.

stranka ukaže notaru da treba da preduzme zakonom propisanu (odgovarajuću) formu (noch ausstehende Beurkundung vorzunehmen), ili njena primedba da ispravi nedostatak u formi, razume se, ako je osnovana.[34]

U ***našem pravu*** teškoća je u tome, što se pravila obligacionog prava (ZOO) odnose *samo na odgovornost sudskih organa* za štetu nastalu povodom neosnovane krivične presude. To znači da se propisima direktno ne određuje odštetnoprava odgovornost organa uprave. U evropskom pravu (tj. u nacionalnim pravima pojedinih evropskih zemalja), postoji i *odštetnopravna odgovornost administracije (upravnih organa),* za nezakonite postupke, ili postupke zloupotrebe vlasti, ukoliko je time prouzrokovana šteta stranci ili trećem licu u upravnom postupku. Zakon o javnom beležništvu opravdano prekida sa ovom „praksom" i smatra da je javni beležnik odgovoran za svoj rad, budući da obavlja funkciju od javnog poverenja, u interesu stranaka, i postupa u skladu sa zakonom, ako je obavljajući svoju delatnost protivno zakonu, nekome (strankama ili trećim licima) prouzrokovao štetu.[35]

U našem pravu, saglasno uporednim rešenjima, postoji odredba o *osiguranju od odgovornosti* za štetu koju notar prouzrokuje u vršenju službene dužnosti.[36] Prema Zakonu o javnom beležništvu, notar je dužan da pre početka delatnosti zaključi ugovor o osiguranju za štetu koju bi mogao prouzrokovati obavljanjem delatnosti. Direktno osiguranje, prema tekstu pozitivnog prava obuhvata i osiguranje od odgovornosti za radnje javno-beležničkih zamenika, pomoćnika, pripravnika i drugih lica koja rade kod javnih beležnika. Najniži iznos određuje Komora, uz saglasnost Ministarstva za pravosuđe. Javni beležnici se mogu osigurati od odgovornosti i indirektno, preko Komore.[37] Bilo bi dobro, da je Zakon o javnom beležništvu utvrdio korelaciju prema važećim pravilima o obaveznom

---

[34] Neue Juristische Wochenschrift, 2002, 1655.

[35] Po čl. 9. st. 3. ZJB RS, javni beležnik odgovara za svoj rad u skladu sa zakonom. Ova odredba je opšta i čini se da obuhvata i disciplinsku i odštetnopravnu odgovornost. Po nama, prva bi trebalo da se odnosi samo na (disciplinsku) odgovornost pred notarijalnom komorom, dok druga na odgovornost pred parničnim sudom, ukoliko je notar nesavesnim i nezakonitim radom prouzrokovao štetu stranci ili trećem licu. Odštetnopravnu odgovornost, potvrđuje čl. 58. ZJB RS, prema kome je (1) *javni beležnik dužan da nakna-di štetu koju je prouzrokovao u obavljanju delatnosti*. Zatim (2) javni beležnik odgovara i za svaku štetu koju su prouzrokovali javno-beležnički pripravnik i javno-beležnički pomoćnik, kao i administrativno osoblje koje radi u javno-beležničkoj kancelariji, nezavisno od toga da li oni prema opštim pravilima i samostalno odgovaraju.

[36] ZJB RS, čl. 59. st. 1-6. Javni beležnik je dužan da pre početka rada zaključi ugovor o osiguranju za štetu koju bi mogao prouzrokovati obavljanjem delatnosti (st. 1.). Najniži iznos osiguranja određuje Komora uz saglasnost Ministarstva pravosuđa (st. 3.). Beležnici se mogu osigurati i preko Komore (st. 5.).

[37] ZJB RS, čl. 59. st. 1-6.

osiguranju, tj. da je zakonodavac neposredno izmenio Zakon o obaveznom osiguranju od odgovornosti ili preko Zakona o javnom beležništvu.

Kada bi se određivala *pravna priroda* odštetnopravne *odgovornosti notara* prema stranci ili prema trećim licima, ona bi se po našem mišljenju mogla odrediti alternativno, tj. bilo kao deliktna, bilo kao ugovorna, u zavisnosti od toga da li je notar povredio pravilo punomoćja za sastavljanje isprave ili imperativni propis. Ako je po sredi povreda imperativnih pravila o formi ugovora ili drugog pravnog posla koja notara obavezuju, odnosno povreda načela savesnosti i poštenja, radi se o deliktnoj odgovornosti, jer se ona zasniva na povredi imperativne norme, odnosno opšte zakonske zabrane prouzrokovanja štete drugom. Ali, ako je notar povredio ugovor koji je zaključio sa strankom, na osnovu kojeg je preduzeo notarijalnu pravnu radnju, po našem mišljenju, radi se o kontraktualnoj odgovornosti. To svakako određuje i obim odgovornosti, jer za deliktnu štetu u principu važi pravilo o potpunoj naknadi, dok za ugovornu pravilo o mogućnosti redukcije odgovornosti. Budući da važeći notarijalni zakon predviđa obavezu osiguranja notara od odgovornosti, radi se i o obaveznom kontraktualnom prenosu (dela) odgovornosti.

ZAKLJUČNE NAPOMENE

U radu su analizirana pravila važećeg javnobeležničkog prava RS, u svetlu uporednog prava. Razmotrena su osnovna načela, javnobeležnička forma i pravna priroda odgovornosti javnog beležnika za prouzrokovanu štetu. Ističu se načela javnog poverenja, zakonitosti, profesionalnosti, formalnosti i nezavisnosti. Iz toga proističe i odgovornost za štetu koju notar prouzrokuje stranci ili trećim licima. Iako je notar nezavistan, te mu nije subordiniran ni sudski organ, ni organ uprave, on u nedostatku specijalnih propisa, po iskustvima iz uporednog prava, odgovara analogno pravilima o odštetnopravnoj odgovornosti organa uprave, pri čemu se uslov podnošenja pravnog leka shvata široko, tj. i kao osnovana primedba stranke data notaru, saglasno zakonu. U našem pravu ZOO ne uređuje na opšti način odgovornost za štetu organa uprave, već samo pravosudnih. Otuda ne bi ni bilo mesta analogiji. Notarijalni zakon RS donekle popunjava prazninu propisujući odgovornost notara za štetu prouzrokovanu strankama, kao i njegovo obavezno osiguranje od odgovornosti. Pored opštih pravila o formi (bitna forma, fakultativna forma), analizirana su pravila o isključivoj i alternativnoj (konkurentskoj) notarijalnoj formi. Važeće pravo notarijalnu formu ugovora i drugih pravno-poslovnih izjava predviđa pretežno kao konkurentsku, tj. ono što sastavlja notar, može se sastaviti i pred sudom.

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

Contract and Tort Law Aspects of the Performance of Duties of Notaries Public

– Principles of the law pertaining to notaries public, notarial deed and liability of notaries public according to the Serbian law –

Abstract

In this paper the author analyzes the effective Serbian rules of law on notaries public, in comparative perspective. The principles of law pertaining to notaries, the notarial deed and the legal nature of the notaries' liability for damages are discussed. Special emphasis is given to the principles of public confidence, legality, professionalism, formalism and independence, from which the notaries' liability for damages caused to clients and third parties derives. Although the notaries public are independent, hence they are not subordinate to any judicial or administrative organ, their liability for damages is analogous to the liability of administrative organs, whereby the condition of filing a legal remedy is construed in a fairly broad sense, that is any remark of the client disclosed to the notary is considered as filing a legal remedy. The author's standpoint is that the legal nature of notary's liability is either contractual or delictual, depending on whether the notary infringed a clause of the mandate of the client, which serves as the legal ground of his/her actions, or mandatory rules, that is the statutory requirement of acting in good faith. Besides general rules on the requirements of form of juridical acts (essential form, facultative form), the subject of analysis are also the rules on exclusive and alternative (competing) forms of notarial deeds. The effective Serbian law on notaries public envisages the form of notarial deeds and private instruments predominantly as alternative forms, that is a specific kind of deed has the same legal effect, regardless whether it is drafted by a notary or concluded in court.

Key words: principles of the contract and tort law aspects of performing of the duties of notaries public, notarial deed, notary's liability for damages

Originalni naučni rad UDK 339.543:061.1EU
doi:10.5937/zrpfns46-1918

Dr Mile Vranješ, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

CARINE I CARINSKA POLITIKA U FUNKCIJI OSTVARIVANJA REGIONALNIH EKONOMSKIH INTEGRACIJA: PRIMER EVROPSKA UNIJA

Sažetak: *U radu je, temeljnom analizom, izložena problematika delovanja carina i carinske politike u funkciji ostvarivanja regionalnih ekonomskih integracija na primeru Evropske unije. Posebno je analiziran carinski sistem i carinska politika, kao i regionalne ekonomske integracije.*

Ključne reči*: carine, carinska politika, regionalne ekonomske integracije, Evropska unija, protekcionizam.*

I Uvod

Iako je tema carine i carinska politika u funkciji ostvarivanja regionalnih ekonomskih integracija: primer Evropska unija[1] (u daljem tekstu: EU) značajna i zanimljiva, mali je broj članaka i drugih radova napisano na tu temu. Čak i ako postoje radovi, veoma je mali broj autora u stručnoj i naučnoj literaturi, toliko duboko zašao u ovu problematiku.

Carine i carinska politika su jedan od prvih instrumenata kojim se ograničava spoljna trgovina. Njihovom primenom može da se ograničava uvoz i izvoz robe, odnosno da se pooštravaju uslovi, ili da se zabrani uvoz, izvoz, čak i tranzit robe. Reč je, dakle, o zaštiti domaće proizvodnje od inostrane konkurencije putem zaštitnih carina i odgovarajuće carinske politike, odnosno o protekcionizmu u spoljnoj trgovini putem carina i odgovarajuće carinske politike. Naime, carinama se oporezuje uvezena ro-

[1] Rad je posvećen fakultetskom naučnoistraživačkom i razvojnom projektu „Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)".

ba, one je čine skupljom, što u dugom roku menja strukturu proizvodnje i potrošnje. Uvezene carine, doduše, pozitivno utiču na domaću proizvodnju, ali negativno na domaću potrošnju, jer će domaći potrošači morati da plate višu cenu za uvezenu robu. Zbog toga se carine po pravilu odbacuju kao neefikasno rešenje.

Navedeni pristup zaštite domaće proizvodnje od inostrane konkurencije putem carina i odgovarajuće carinske politike danas je uglavnom napušten, posebno zbog toga što Svetska trgovinska organizacija, odnosno WTO (The World Trade Organization), nameće svoja pravila u međunarodnoj trgovini, koja su prihvatile mnoge zemlje. „Ideja o zaštitnoj carini uspjela se održati u nekoliko oblika sve do danas. Osobito se naplata se *zaštitnih* carina u određenim situacijama može privremeno opravdati ekonomskim razlozima: 1) radi zaštite novih industrijskih grana (razvojne carine); 2) radi eliminisanja teške situacije u nekoj privrednoj grani, odnosno ukupnoj privredi zemlje (krizne carine); 3) radi odbrane od subvencija stranih država ili dampinških cena, tj. prodaja neke robe u inozemstvu po nižoj ceni od prodajne, i to iste robe pod istim uvjetima u zemlji (korekcijske i anti-damping carine)”.[2] Međutim, iako je spoljna trgovina i danas prožeta carinama i carinskom politikom, koje služe za prikupljanje prihoda i za zaštitu domaće proizvodnje, danas su one okrenute ka liberalizmu u spoljnoj trgovini.

U EU se u promet robe između EU i ostatka sveta još odvija plaćanjem carina. Carinama i carinskom politikom EU može se omogućiti, olakšati i ubrzati razvoj regionalnih ekonomskih integracija, ali može se delovati i u suprotnom pravcu. U tom slučaju na scenu izbija protekcionizam, a EU ima zajedničku protekcionističku politiku prema ostatku sveta, a poljoprivreda i prelevmani spadaju u najznačajniju zaštitu. Protekcionizam u spoljnoj trgovini postoji i kod zemalja članica regionalnih ekonomskih integracija. Mnoge od tih zemalja donele su zakone o carinskoj tarifi koji imaju kategorizovanu carinsku zaštitu prema EU. Ulazak tih zemalja u EU ne predviđa njihovu individualnu carinsku politiku, a izuzetak je deo fiskalne politike. Mnoge zemlje idu u pravcu liberalističke carinske politike i već su ostale bez dobrog dela prihoda od carinskih taksi. Kada je reč o tome, treba imati u vidu i to da se liberalistička carinska politika ne sprovodi zbog državnog budžeta, već zbog povećanja blagostanja potrošača. Do blagostanja dolazi zbog umanjenje cena uvezene robe, kao i zbog jačanja konkurencije na domaćem tržištu, koje obično sa pomakom dovodi, usled ra-

[2] Hans-Michael Wolffgang, „Uvod u europsko carinsko pravo (I)”, *Pravo i porezi*, Zagreb, br. 1/2008, str. 71.

sta konkurentskog pritiska, do rasta produktivnosti, pa time i daljeg povećanja blagostanja potrošača.

Cilj ovog rada je da izloži carine i carinsku politiku u funkciji ostvarivanja regionalnih ekonomskih integracija na primeru EU. Rad je stoga podeljen na tri dela, najpre uvodni deo, drugi deo i zaključak. U drugom delu analiziran je carinski sistem i carinska politika EU, pojam, značaj i ciljevi regionalnih ekonomskih integracija, kao i protekcionistička politika u međunarodnoj trgovini.

II Carinski sistem i carinska politika Evropske unije i regionalne ekonomske integracije

U ovom delu prikazaćemo norme *Ugovora o osnivanju Evropske zajednice* (u daljem tekstu: UEZ)[3], kao najvišeg pravnog akta primarnog prava EU, koji se odnosi na carine i carinsku politiku Evropske unije. O sekundarnom pravu EU (uredbe, smernice, odluke, preporuke i mišljenja, ostali akti), odnosno o drugim izvorima carinskog prava EU, dakle, neće biti govora, što ne znači da oni nisu značajni za carinski sistem i carinsku politiku. [4]

Članom 3. st. 1. ad (c) UEZ propisano je da delatnost Zajednice uključuje postojanje „unutrašnjeg tržišta, koje se karakteriše ukidanjem između država članica, prepreka za slobodnom kretanje lica i protok robe, usluga i kapitala", a član 3, st. 1. ad. (s) ističe „pridruživanje ekonomskih zemalja i teritorija, u cilju povećanja razmene da bi se zajedničkim naporima unapredio privredni i društveni razvoj (podvukao M. V.)". Pored toga, stav jedan člana 4. UEZ sadrži odredbu: „Radi postizanja ciljeva izloženih u članu 2, delatnosti država članica i Zajednice podrazumevaju, u uslovima i prema dinamici koje predviđa ovaj Ugovor, utvrđivanje ekonomske politike zasnovane na tesnoj koordinaciji ekonomskih politika država članica, na unutrašnjem tržištu i na definisanju zajedničkih ciljeva, koja se vodi u skladu sa načelima otvorene tržišne privrede i slobodne konkurencije". Uz ovo, član 12. UEZ sadrži još jedno opšte pravilo o zabrani nejednakog postupanja (diskriminaciji). UEZ sadrži i posebne odredbe kojima su regulisane zabrane nejednakog postupanja u vezi sa svakom od navedenih temeljnih sloboda: član 39. odnosi se na slobodu kretanja radne snage, a član 43. na pra-

[3] U tekstu će biti korišćen samo *Ugovor i Evropskoj zajednici*, pa se prilikom pozivanja na pojedine članove radi o članovima toga Ugovora koji je nomotehnički inkorporiran sa Ugovorom o EU.

[4] O pravnim izvorima poreskog prava EU, odnosno o pravnim izvorima evropskog carinskog prava videti više u: Mile Vranješ, „O pravnim izvorima poreskog prava Evropske unije", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1/2006, str. 183–194; Hans-Michael Wolffgang, Isto, str. 72–77.

vo stanovanja, članom 49. regulisana je sloboda pružanja usluga, a članom 56. sloboda kretanja kapitala.

Dakle, sloboda prometa robe unutar zemalja-članica EU predstavlja jednu od osnovnih sloboda EU, uz slobodu kretanja ljudi,[5] slobodu prometa usluga i slobodu prometa kapitala. Ona je, uz ostale tri osnovne slobode, deo temelja na kojima se zasniva EU, a tzv. četiri slobode su središnji elemenat unutrašnjeg, odnosno zajedničkog tržišta EU.[6] Neki autori ove tzv. četiri slobode nazivaju tržišnim slobodama, jer one imaju poseban značaj za zajedničko tržište i za slobodan privredni promet.[7]

Ostvarenje koncepta unutrašnjeg tržišta, glavni je zadatak integracijskog procesa. Naime, sprovođenje slobode prometa robe, slobode kretanja ljudi, slobode prometa usluga i slobode prometa kapitala može obezbeđivati samo područje bez unutrašnjih granica između zemalja članica, i sistem bez nacionalnih carina i svih dažbina koje imaju isto dejstvo i uz zabranu poreske diskriminacije. „Za ukidanje te granice bilo je nužno transgraničnu razmjenu shvatiti kao kupovinu i prodaju u zemlji".[8] Naravno, u skladu s konceptom unutrašnjeg tržišta, nije samo potreba ukidanja unutrašnjih granica, nego i ukidanje granične kontrole. Kada već govorimo o konceptu unutrašnjeg tržišta, neće biti suvišno ako spomenimo i revidiranu Lisabonsku strategiju EU iz 2005. godine u kojoj se navode akcije koje bi trebalo preduzeti na nivou EU i na nivoima zemalja članica EU koje se odnose na privredni rast i zapošljavanje. Među njima je posebno značajno navesti proširenje i produbljivanje unutrašnjeg tržišta i *obezbeđivanje otvorenog i konkurentnog tržišta unutar i izvan Evrope.*

No, postavlja se pitanje − postoje li prepreke ostvarenju slobode prometa robe s trećim državama, odnosno postoji li mogućnost nejednakog postupanja[9] prema robi iz trećih država koje nisu članice EU? Upravo mogućnost i praktično ostvarenje nejednakog postupanja sa robom iz trećih država, pa i carinski nejednaki tretman robe iz trećih država, glavna je opasnost za ostvarivanje načela slobodnog prometa robe.

---

[5] Mile Vranješ, „Poreski aspekti slobode kretanja ljudi u Evropskoj uniji", *Evropsko zakonodavstvo*, Beograd, br. 33−34/2010, str. 132−143.

[6] Mile Vranješ, „Načela poreskog prava Evropske unije u funkciji razvoja unutrašnjeg tržišta Evropske unije", *Pravni život*, Beograd, br. 10/2006, str. 867–881.

[7] Matthias Herdegen, „Eurparecht, II, Auflage", (Verlag C H. B. Beck, München, 1999), str. 206.

[8] Vinko Knadžija, „*Gospodarski sustav Europske unije*", Ekonomski fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1993, str. 216.

[9] Sud Evropske zajednice, tj. sudska instanca Evropske zajednice sa sedištem u Luksemburgu, engl. European Court of Justice (ECJ) je, u svojim presudama slobodu prometa roba, kao i ostale tri slobode, regulisane UEZ, tumačio kao izraz načela zabrane nejednakog postupanja.

Članom 23. UEZ-a propisano je:

1. Zajednica se zasniva na carinskoj uniji koja se odnosi na svu robnu razmenu i obuhvata zabranu carina na uvoz i izvoz između država članica i svih dažbina koje imaju isto dejstvo, *kao i uvođenje zajedničke carinske tarife u njihovim odnosima sa trećim zemljama* (podvukao M. V).

2. Odredbe u članu 25 i u glavi 2 ovog naslova (to jest carine na uvoz i izvoz i druge dažbine sa istim dejstvom su zabranjene između država članica. Ova zabrana takođe važi za carine koje imaju fiskalni karakter, kao i zabranjena su kvantitativna ograničenja uvoza i izvoza i sve mere istog dejstva između država članica) primenjuje se na robu koja potiče iz državama članicama, *kao i na onu robu iz trećih država koja je u slobodnom prometu u državama članicama)* (podvukao M. V.).

Član 24. UEZ-a propisuje da se „pod robom iz trećih država koja je u slobodnom prometu u državi članici smatra se ona roba za koju su u toj državi ispunjene sve uvozne formalnosti i naplaćene sve carine i dažbine sličnog dejstva i za koje se nisu koristile pogodnosti potpunog ili delimičnog povraćaja takvih dažbina i carina".

Temelj EU u skladu sa navedenim članom 23. UEZ je *carinska unija.* Carinska unija, a koju danas čine svih 27 zemalja članica EU, uključuje razmenu svih vrsta robe. Inače, carinska unija obuhvata „područje najmanje dveju članica koje čine jedinstveno carinsko područje bez unutrašnjih carina i drugih trgovinskih ograničenja ali sa zajedničkom vanjskotrgovinskom politikom u odnosu na treće države. Iz toga slijedi da se u carinskoj uniji na promet robe s trećim državama primenjuje zajednička carinska tarifa."[10]

U tom kontekstu, član 25. UEZ propisuje „Carine na uvoz i izvoz i druge dažbine sa istim dejstvom su zabranjene između država članica. Ova zabrana takođe važi za carine koje imaju fiskalni karakter", a član 26. ističe „Savet usvaja *zajedničku carinsku tarifu*, odlučujući kvalifikovanom većinom na predlog Komisije" (podvukao M. V.). Pored toga, član 27. sadrži odredbu po kojoj u ostvarivanju zadataka koja su joj povereni odredbama ovog poglavlja, Komisija se rukovodi: a) *potrebama unapređivanja trgovinskog prometa između država članica i trećih zemalja* (podvukao M. V.); b) razvojem uslova konkurencije unutar Zajednice u meri u kojoj se povećavaju konkurentske sposobnosti preduzeća; (c) potrebama Zajednice u sirovinama i poluproizvodima, a komisija vodi računa da se ne pogoršaju uslovi konkurencije između država članica u pro-

[10] Olivera Lončarić-Horvat, „Carine", u: *Financijsko pravo i financijska znanost,* Narodne novine, Zagreb, 2008, str. 508.

metu gotovim proizvodima; d) potrebama da se izbegnu ozbiljniji poremećaji u privrednom životu država članica i da se obezbedi racionalniji razvoj proizvodnje i povećanje potrošnje unutar Zajednice".

Analiza normi kojima je uređena carinska unija, ukazuje da postoje dva bitna uslova za stvaranje carinske unije, odnosno da je dva bitna elementa karakterišu, i to: zabrana naplaćivanja carina i drugih dažbina sa istim dejstvom i uvođenje zajedničke carinske tarife u odnosu na treće zemlje.

Navedena zajednička carinska tarifa predstavlja jedan od najvažnijih elemenata carinske politike**,** kada je reč o trgovinskoj razmeni EU s trećim zemljama. Ona je, kako smo to napred naveli, bitan elemenat carinske unije, kao i temelj zajednice zemalja koje ju čine. Zajednička carinska tarifa predstavlja carinski pravni akt EU kojim se propisuju pravila o načinu obračuna carine, sistemu naziva robe, brojčanog označavanja robe i pravila o razvrstavanju robe u tarifne brojeve i podbrojeve tarifnih stavki. U okviru navedenog, carine se naplaćuju na uvoz robe iz trećih zemalja.

Zajednička carinska tarifa sastoji se iz dva dela: 1) kombinovane nomenklature, 2) carinskih stopa i carinskih oslobođenja. Kombinovana nomenklatura sastoji se tri dela: uvodni – opšti propisi o primeni kombinovane nomenklature, zajedničke carinske tarife i dodatka. Drugi deo kombinovane nomenklature sadrži deo o carinskim stopama i sistematskom popisu robe, gde svaka roba ima svoj kodni broj i svakom kodnom broju pripada određena carinska stopa. Zajednička carinska tarifa sadrži i popis robe na koju se primenjuju preferencijalne carine, antidampinške carine i davanja u okviru zajedničke agrarne politike, kao što su poljoprivredne takse, odnosno prelevmani (poljoprivredne carine, davanja za izravnanje, dodatne carine itd.). Razvrstavanje robe u zajedničkoj carinskoj tarifi vrši se na osnovu svojstva robe i njene namene ili funkcije. Carinske stope su najvažniji deo zajedničke carinske tarife. Na utvrđenu carinsku vrednost primenjuju se stope carina propisane zajedničkom carinskom tarifom ili stope predviđene međunarodnim ugovorima između zemalja članica EU i trećih država.

Postoji više vrsta carina u EU. Pored već napred navedene – carine po osnovu međunarodnih ugovora između zemalja članica EU i trećih država, koje, kako se iz navedenog vidi, ne određuje EU, nego proizilaze iz ugovornih obaveza zemalja članica EU prema WTO-i, a one se primenjuju na robu iz svake zemlje članice WTO. Druga vrsta carina su preferencijalne carine. One se naplaćuju na uvoz robe iz zemalja koje uživaju preferencijalni carinski tretman i to na osnovu zaključenih sporazuma ili odluka Evropske komisije, a primenjuju se na robu poreklom iz tih zemalja (povlašćeno poreklo robe). Poreklo robe je, uz carinsku vrednost, drugi bitan elemenat utvrđivanja carine, odnosno carinskog duga. Poreklo robe se doka-

zuje radi primene zajedničke carinske tarife, drugih mera propisanih sporazumima, odnosno ugovorima o trgovini i primeni povlašćene carinske stope na robu što se uvozi iz zemalja s kojima je EU zaključila ugovore. Inače, preferencijalne carine su carine sa nižom carinskom stopom i njima se obezbeđuje priveligovani položaj na domaćem tržištu. Treća vrsta carina su vrednosne ili *ad valorem*. Četvrta vrsta carina su specifične. Peta vrsta carina su mešovite (kombinacija vrednosnih i specifičnih). Šesta vrsta carina su carine s povišenom carinskom stopom, a koje su za potrebe ovog rada od posebnog značaja, što je i u uvodu rada već rečeno. Te carine predstavljaju posebnu meru EU u okviru trgovinske politike i koriste se u svrhu sprečavanja štetnih posledica tržišne konkurencije. Primer za te carine je damping. Zajednička carinska tarifa sadrži i posebne odredbe koje se odnose na davanja u vezi sa zajedničkom poljoprivrednom politikom, tarifne pogodnosti koje primenjuje kod određenih davanja i povećanje određenih tarifnih davanja.

Kada je reč o zajedničkoj poljoprivrednoj politici, koju UEZ posebno obrađuje o čemu će kasnije biti nešto reči, na uvoz određenih poljoprivrednih proizvoda iz trećih zemalja na područje EU primenjuju se: 1) poljoprivredne carine i 2) poljoprivredna davanja, odnosno dodatne carine na uvoz šećera i brašna. Postavlja se pitanje šta je razlog za uvođenje agrarnih davanja? Odgovor bi bio ujednačavanje razlika između nižih svetskih cena poljoprivrednih proizvoda i garantovanih viših cena tih proizvoda na području unutrašnjeg tržišta EU. Poljoprivredna davanja i dodatne carine na šećer i mleko naplaćuju se uz redovne i preferencijalne carine, a utvrđuju se prema karakteristikama poljoprivrednih proizvoda.

Kada je reč o tarifnim pogodnostima koje se primenjuju kod pojedinih davanja, za robu određene namene ili određenog svojstva može se 1) smanjiti carinska stopa, 2) za određeni vremenski period reducirati carinska stopa i 3) primeniti carinski kontingent. Korišćenje navedenih carinskih pogodnosti podrazumeva prethodno odobrenje i kontrolu carinske službe. Navedene carinske pogodnosti su od posebnog značaja za problematiku ovoga rada.

Kada je reč o povećanju određenih tarifnih davanja, treba istaći da su u zajedničkoj carinskoj tarifi predviđene određene mere protiv svake prepreke konkurentskom tržišnom takmičenju. To su: 1) antidampinške carine, 2) carine za izravnanje i 3) retorzivne carine.[11]

[11] O navedenim vrstama carina vid. više: Olivera Lončarić-Horvat, Isto, str. 503−504.

Kako smo napred naveli na osnovu zajedničke carinske tarife pri uvozu proizvoda van EU naplaćuje se carina. To nameće pitanje − na čemu počiva motiv za postojanja carina? On počiva na ideji teritorijalne i ekonomske carine. Prema ciljevima WTO-a carine mogu biti dopuštene, ali samo za još određeni period, nakon čega bi trebale biti postepeno ukinute a što bi omogućilo slobodnu i nesmetanu trgovinu. Pojam prava teritorijalnih i ekonomskih carina definiše se „kao sistem koji odnos carinskog dugovanja povezuje s ekonomskim procesom. Taj proces je utvrdio Karl Lamp (Karl Lamp), poznati teoretičar carinskog prava s početka 20. veka, u procesu uključivanja robe neke strane nacionalne ekonomske zajednice u slobodan unutarnji promet robe. Zbog toga naplata carine počiva na *ekonomsko-političkim motivima uvoza robe,* npr. za oblikovanje cijene na vlastitom tržištu, i njezin je cilj prije svega sprečavanje neopravdane prednosti u cijeni uvezene (strane) robe. Takva vrednost često počiva u bitno manjim troškovima radne snage i troškova proizvodnje u izvoznim zemljama. Izjednačavanje se uspostavlja *carinskom tarifom.* U najvećem broju zapadnih industrijskih zemalja carinske stope principijelno rastu sa stupnjem obrade sirovina. Sirovine su pak često oslobođene carinskih davanja ili su opterećene najnižim carinama, a carinsko se opterećenje kreće proporcionalno za poluproizvode prvog i daljih stupnjeva obrade sve do krajnjeg proizvoda, za koji je po pravilu predviđena najviša carinska stopa (tzv. *eskalacija carina*)".[12]

U vezi sa zajedničkom carinskom tarifom, treba istaći da uvozne *carine*, tj. carine i ostala davanja koja se prikupe na osnovu zajedničke carinske tarife pri uvozu proizvoda van EU, u trgovinskoj razmeni zemalja članica EU sa trećim zemljama *pripadaju nivou EU, odnosno budžetu EU*.[13] Takođe, prihodi budžeta EU su i poljoprivredne takse, to jest carine i ostala davanja koja se prikupe na uvoz poljoprivrednih proizvoda i davanja za šećer i glukozu u trgovinskoj razmeni EU sa zemljama van EU, u sklopu zajedničke poljoprivredne politike te proizvodnje i skladištenja šećera. Oba navedena prihoda su sopstveni izvori prihoda EU i u ukupnim prihodima budžeta zauzimaju treće mesto sa oko 11%. Prihodi od carina godinama unazad gube na svojoj fiskalnoj snazi i značaju, posebno zbog procesa globalizacije u spoljnotrgovinskoj razmeni, te liberalizacije na svetskom tržištu.[14] Da je proces globalizacije u spoljnotrgovinskoj razmeni i liberalizacija na svetskom tržištu uticao da carine gube na svojoj fiskalnoj snazi, govore i podaci izneti u narednoj Tabeli 1.

[12] Hans-Michael Wolffgang, Isto, str. 72.
[13] O obimu i strukturi prihoda budžeta EU vidi više: European Commission.
[14] European Commission.

Tabela 1. Udeo carina i drugih uvoznih dažbina izuzev poreza na dodatu vrednost na uvoz za zemlje Evropske unije i Srbiju u % BDP

Zemlje	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
EU -27	O,5	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	
EU - 25	0,5	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	
EU - 15	0,5	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	
Belgija	0,6	0,6	0,7	0,7	0,7	0,7	0,7	0,7	0,6	
Bugarska	1,2	1,2	1,4	1,5	1,8	1,9	0,3	0,3	0,2	
Češka	1,6	1,4	1,3	1,2	1,1	1,1	1,3	1,1	1,1	
Danska	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	
Nemačka	0,9	0,8	0,9	0,8	0,8	0,8	0,7	0,7	0,8	
Estonija	3,3	3,3	3,1	3,8	3,9	3,6	3,9	3,5	5,2	4,4
Irska	1,4	1,5	1,5	1,8	1,8	1,8	1,8	1,9	2,1	
Grčka	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,3	0,3	
Španija	0,2	0,1	0,1	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,1	
Francuska	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	
Italija	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,2	0,1	0,1	0,1	
Kipar	0,1	0,1	0,1	0,1	1,2	1,0	1,2	1,1	0,8	
Letonija	2,4	2,3	1,9	1,6	0,2	0,2	0,3	0,3	0,3	
Litvanija	0,3	0,3	0,3	0,2	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3	
Luksem-burg	0,6	0,5	0,5	0,5	4,3	3,9	3,6	3,5	3,5	
Mađarska	4,3	4,5	4,4	4,7	0,2	0,2	0,1	0,1	0,1	
Malta	1,1	1,1	1,1	1,1	0,3	0,3	0,3	0,3	0,2	
Holandija	1,2	1,1	1,0	0,5	1,3	1,4	1,3	1,2	1,0	
Austrija	1,7	1,5	1,4	1,4	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	
Poljska	0,1	0,1	0,1	0,1	0,5	0,4	0,5	0,4	0,3	
Portugal	1,0	0,9	0,9	0,6	0,4	0,5	0,5	0,5	0,5	
Rumunija	0,3	0,3	0,3	0,3	0,9	0,9	0,3	0,2	0,2	
Slovenija	0,8	0,6	0,7	1,0	0,2	0,2	0,3	0,2	0,2	
Slovačka	1,1	0,9	0,9	0,4	0,1	0,1	0,2	0,2	0,2	
Finska	1,0	1,0	1,0	0,4	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	
Švedska	0,1	0,1	0,1	0,1	0,2	0,2	0,2	0,2	0,1	
UK	0,1	0,1	0,1	0,1	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	
Irska	0,2	0,2	0,2	0,2	0,3	0,4	0,4	0,4	0,4	
Norveška	0,4	0,3	0,3	0,3	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	
Švajcarska	0,1	0,1	0,1	0,1	1,4	1,3	1,2	1,2	1,2	
Srbija	1,5	1,4	1,4	1,4	2,3	2,3	2,5	2,4	1,7	1,5

Izvor: Eurostat, za Srbiju Bilten javnih finansija, Republika Srbija, Ministarstvo finansija.

Prema članu 28−30 UEZ zabranjeni su *kvantitativna ograničenja uvoza i izvoza između država članica i sve mere sa istim dejstvom*, izuzev ako su ona pravdana razlozima javnog morala, javnog poretka ili javne bezbednosti, zaštite zdravlja i života ljudi, životinja ili biljaka, za-

štite nacionalnog kulturnog dobra, umetničke, istorijske i arheološke vrednosti ili zaštite industrijske i trgovačke svojine. Međutim, takve zabrane ili ograničenja ne smeju postati sredstvo svojevoljne diskriminacije ili prikriveni oblik ograničavanja trgovine između država članica. Član 31. UEZ sadrži odredbu po kojoj će države članice usklađivati delatnost državnih monopola komercijalnog karaktera kako bi uklonile svaku diskriminaciju u pogledu uslova nabavke i plasmana između državljana država članica.

No, uvozu i izvoz robe iz carinskog područja EU može se „ograničiti mjerama trgovačko-političkog karaktera, koje su poznate kao zabrane ili ograničenja. Takve mjere su netarifne mjere, donesene u okviru zajedničke trgovačke politike putem propisa EU o uređenje uvoza i izvoza robe. U tom pogledu možemo spomenuti ograničenja koja se odnose na količinu te zabranu uvoza i izvoza određene robe. Tako uvoz određene robe i puštanje u slobodni promet može biti isključen ako za tu robu ne postoji potrebna uvozna dozvola"[15]

UEZ uređuje poljoprivredu, odnosno zajedničko tržište poljoprivrednih proizvoda, ciljeve zajedničke poljoprivredne politike i mere za ostvarenje tih ciljeva, Zajedničku organizaciju poljoprivrednih tržišta, poljoprivredne takse i dr. Sa stanovišta ovog rada izdvajamo one odredbe po kojima Zajednička organizacija poljoprivrednih tržišta može preduzimati sve mere potrebne radi ostvarivanja ciljeva zajedničke poljoprivredne politike (povećanje produktivnosti u poljoprivredi unapređenjem tehničkog razvoja, racionalizacijom poljoprivredne proizvodnje i optimalnog korišćenja faktora proizvodnje, naročito radne snage; obezbeđivanje na taj način odgovarajućeg životnog standarda poljoprivrednog stanovništva, posebno putem povećanja zarada zaposlenih u poljoprivredi; stabilizacija tržišta, garantovanje snabdevanja; obezbeđivanje snabdevanja potrošača razumnim cenama), a naročito kontrolu cena, subvencije u proizvodnji i prodaju različitih proizvoda, ujednačavanje organizacije skladištenja i distribucije i zajedničke instrumente za stabilizaciju uvoza ili izvoza. Navedene subvencije koje se daju poljoprivrednim proizvođačima treba shvatiti tako da EU želi, između ostalog, i to da zadrži poljoprivredne proizvođače na selu.

Prema članu 38. UEZ, ako u jednoj državi članici postoji nacionalna organizacija tržišta za neki proizvod ili način regulisanja sa istim dejstvom, i ako je time ugrožena ista proizvodnja u drugoj državi članici, države članice će pri uvozu odnosnih proizvoda iz države članice u

[15] Hans Michael Wolffgang, „"Uvod u europsko carinsko pravo (II)", *Pravo i porezi*, Zagreb, br. 2/2008, str. 52.

kojoj postoji navedena organizacija ili takvi propisi, naplaćivati kompenzatornu taksu, osim ako je ne naplaćuje prilikom izvoza. Komisija utvrđuje iznos tih taksi u visini potrebnoj da se ponovo uspostavi ravnoteža. Ona takođe može odobriti druge mere, utvrđujući uslove i pojedinosti njihove primene.

Na ovom mestu ukratko ukazujemo na pojam, značaj i ciljeve *regionalnih ekonomskih integracija*. Ekonomske integracije se ostvaruju na prostoru koji obuhvata teritorije više zemalja, sa ciljem da se otklone prepreke kretanju, pre svega, robe, ali i usluga i faktora proizvodnje. One obično nastaju sporazumom između suverenih država ili političkom voljom država. Regionalne ekonomske integracije nisu ništa drugo do trgovinski sporazumi između više država. One su bitan činilac ostvarivanja razvojnih ciljeva kako za države pojedinačno tako i za region integracije u celini. Danas se, u uslovima globalne ekonomije, strategija regionalnih ekonomskih integracija shvata kao integralni deo ukupne strategije održivog razvoja i jačanja konkurentnosti privrede. Kao razlog za ovo uglavnom se navodi „da su visok stepen međuzavisnosti u svetskoj privredi i fantastično brz razvoj tehnike i tehnologije učinili da mnoge, čak i relativno velike zemlje, nisu u stanju da na nacionalnom nivou rešavaju izazove globalnih promena. Zbog toga rešenja pokušavaju tražiti u različitim oblicima regionalnih aranžmana. Geografska blizina, pri tome, ne mora da bude obavezan i jedini kriterijum da bi se uspostavili različiti oblici regionalne saradnje među zemljama učesnicima, mada ovaj činilac ima određene prednosti. Isto važi i za komplementarnost privrede potencijalnih učesnika u saradnji".[16]

Ciljevi regionalnih ekonomskih integracija su:

– uklanjanje barijera u trgovini, smanjivanje troškova trgovine i podsticanje izvoza;

– siguran pristup tržištima zemalja partnera;

– povećanje investicione mogućnosti na širem, integrisanom tržištu;

– povećanje konkurencije na internom tržištu, sa svim pozitivnim efektima;

– smanjenje neefikasnosti u poslovanju firmi;

– iskorišćavanje ekonomije obima, koje integrisano tržište omogućava;

– jačanje uslužnog sektora;

[16] Veljko Radovanović, „Politika i metodi regionalnog razvoja", Institut društvenih nauka, Beograd, 2007, str. 355.

– olakšana razmena tehničkih informacija i znanja između firmi;
– podsticaj aktivnostima istraživanja i razvoja, i stavanju novih tehnologija, proizvoda i usluga;
– veći raspoloživi obim roba i usluga za potrošače, što povećava blagostanje stanovništva;
– koordinacija ekonomskih i drugih politika među zemljama članicama;
– pojačava pregovaračke pozicije sa trećim zemljama i trgovinskim blokovima.[17]

Postoji nekoliko tipova ekonomskih integracija, pa tako imamo: Sporazum o preferencijalnoj trgovini; Zona slobodne trgovine; Carinska unija; Zajedničko tržište; EU; Politička unija. U okviru regionalnih ekonomskih integracija imamo one koje su najznačajnije i one koje su manje značajne. Najznačajnija regionalna ekonomska integracija u Evropi je EU, koju čine članica: Belgija, Bugarska, Češka, Danska, Nemačka, Estonija, Irska, Grčka, Španija, Francuska, Italija, Kipar, Letonija, Litvanija, Luksemburg, Mađarska, Malta, Holandija, Austrija, Poljska, Portugal, Rumunija, Slovenija, Slovačka, Finska, Švedska, UK a nivo integracije je zajedničko tržište (27 zemalja) i monetarna unija (16 članica).Od manje značajnijih regionalih ekonomskih integracija navodimo: Evropski sporazum o slobodnoj trgovini (EFTA), koji čine članice Island, Kneževina Lihtenštajn, Kraljevina Norveška i Švajcarska Konfederacija; Centralno evropski sporazum o slobodnoj trgovini (CEFTA), koji čine Albanija, Bosna i Hercegovina, Makedonija, Moldavija, Srbija, UMNIK ime Kosova i Metohije, Hrvatska i Crna Gora.

Regionalne ekonomske integracije su značajno doprinele liberalizaciji međunarodne trgovine. Liberalizaciji spoljne trgovine utemeljena je na: Opštem sporazumu o carinama i trgovini, rundama pregovora u okviru GATT-a, WTO[18] iz 1995, Svetskoj carinskoj organizaciji iz 1952. godine, Carinskoj uniji, sporazumima o slobodnoj trgovini između zemalja članica regionalnih ekonomskih integracija, sporazumu o slobodnoj trgovini između dve države. Opšti sporazum o carinama i trgovini (General Agreement on Tariffs and Trade − GATT) imao je za cilj što slobodniju međunarodnu trgovinu, pa je morao ukinuti carine i druge dažbine sa istim dejstvom (npr. posebni uvozni porez, takse). Pri tom treba imati u vidu da GATT nije bio institucija koja je mogla naterati zemlje članice da ukinu carine. Rundama pregovora u okviru GATT-a, odnosno carinskim rundama, u velikoj meri je

[17] Miroslav Antevski, „Efekti regionalne ekonomske integracije u Evropi tipa sever-sever i sever-jug", Saopštenje/Coommunications, DOI:10.2298/EKA0775168A,
[18] O WTO-i videti više: http://www.wto.org

liberalizovana međunarodna trgovina, a posebno izdvajamo Tokijsku rundu (1973−1979), koja se bavila problematikom necarinskih ograničenjima u okviru koje su donesena i pravila o necarinskim odredbama u tom domenu a koja nisu bila obavezna. Zatim izdvajamo Urugvajsku rundu (1986−1994) koja se bavila problematikom dalje liberalizacije međunarodne trgovine, odnosno o necarinskim ograničenjima uz donošenje Sporazuma o primeni sanitarnih i fitosanitarnih certifikata, Sporazuma o tehničkim ograničenjima trgovine, Sporazuma o poreklu robe, Sporazuma o primeni uvoznih licenci, Sporazuma o necarinskim ograničenjmima koja su bila obavezujuća za sve države članice. Međutim, „još postoji i dosta otvorenih pitanja, neujednačenosti, kao i prostora za protekcionističke mjere, u primjeni necarinskih ograničenja, osobito kod tehnoloških ograničenja jer je pitanje standarda pitanje unutrašnje politike pojedinih članica. Pravila WTO-a dopuštaju svim članicama autonomno donošenje standarda, koji moraju biti transparentni, odnosno objavljeni i prijavljeni WTO-u".[19] Urugvajska runda je doprinela da se odstrane najbitniji deficiti u trgovini, i dovela do preoblikovanja GATT-a ugovora u institucionalnu organizaciju − Svetsku trgovinsku organizaciju WTO. Zajednički imenitelj *carinskih rundi* od osnivanja GATT-a je značajno smanjenje carina i trgovinskih prepreka, posebno kod industrijski razvijenih zemalja, ali ne i kod zemalja u razvoju i srednje razvijenih zemalja. Većim carinama i carinskim ograničenjima razvijaju svoju privredu, štiteći je tako od inostrane konkurencije.

Osnovni cilj WTO-a [20] je „postizanje održivog rasta i razvitka globalnog gospodarstva te bolje suradnje u vođenju svjetske ekonomske politike radi povećanja životnog standarda u zemljama članicama, kroz stvaranje otvorenog i ravnopravnog sustava pravila međunarodne trgovine, progresivne liberalizacije i eliminacije carinskih i necarinskih prepreka trgovini robama i uslugama te uklanjanje svih oblika protekcionizma i diskriminacije u međunarodnim trgovinskim odnosima. Ovi ciljevi ostvaruju se zajedničkim djelovanjem na smjeru smanjivanja prepreka međunarodnoj razmjeni, izbegavanjem prepreka na diskriminacijskoj osnovi, nadoknadom štete uzrokovane podizanjem barijera međunarodnoj trgovini te rješavanjem eventualnih sporova i sukoba u okviru WTO-a"[21]. Za razliku od GATT-a, WTO ima nadležnost i na liberalizaciju usluga povezanih sa trgovinom robe te intelektualnom svojinom, što je posebno značajno, imajući u vidu da se polemike o protekcionizmu danas vode oko poštovanja prava in-

[19] Zrinka Erent-Sunko, Ozren Pilipvić o Nenad Rančić, „ *Neke osobitosti evolucije ekonomske politike protekcionizma od antike do postmoderne*", Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 5/2010, str. 1068.

[20] O WTO-i videti više: http://www.wto.org

[21] Zrinka Erent-Sunko, Ozren Pilipović i Nenad Rančić, Isto, str. 1067.

telektualne svojine. Osnovna pravila WTO-a su: klauzula najpovlašćenije nacije kojom se zabranjuje nepovoljniji tretman jedne zemlje članice od onog koji se daje drugim članicama WTO-a; načelo nacionalnog tretmana; načelo nediskriminirajućeg tretmana nerezidenata na nacionalnim finansijskim tržištima. WTO organizacija nameće svoja pravila u međunarodnoj trgovini, a prihvatile su ih mnoge zemlje.

Svetska carinska organizacija iz 1952. godine kao Veće za saradnju na području carina, koje 1955. godine menja naziv, imala je za cilj povećanje međunarodne trgovinske razmene putem harmonizacije i pojednostavljenjem carinskih formalnosti, odnosno razvoj i poboljšanje carinskog postupka i carinskog prava. Inače, carinski postupci predstavljaju pravila postupanja njihovih učesnika sa robom stavljenu u carinski postupak ili drugo carinski dopušteno postupanje.[22]

Nasuprot liberalizaciji spoljne trgovine postoji **protekcionizam** u spoljnoj trgovini. Protekcionizam u spoljnoj trgovini na tlu Evrope javio se još u antičkoj Grčkoj, uporedo sa razvojem spoljne trgovine i do danas je ostao u primeni. Motivi njegovog postojanja su isti kao i u periodu kada se prvi put pojavio na sceni, a to je zaštita domaće proizvodnje i tržišta od *nelojalne* inostrane konkurencije koja ugrožava ili ograničava razvoj domaće privrede. U literaturi se navodi da postoji direktan i tzv. indirektan i administrativni protekcionizam. Direktan protekcionizam se iskazuje kroz prohibitivne carine, zabrane, količinska ograničenja, koja su u suprotnosti sa idejom liberalizma u spoljno-trgovinskoj razmeni i sl. Indirektni i administrativni protekcionizam iskazan kroz mere fiskalnog ili administrativnog karaktera predstavlja „teško pregledan i vrlo složen sistem sporedne ili prikrivene zaštite, često nazvan kvazicarinskim barijerama. U mere indirektnog protekcionizma ubrajaju se administrativne takse, takse na luksuz, preferencijalne železničke i druge prevozne tarife, obavezno mešanje strane robe sa domaćom, šikanzoni carinski postupak, komplikovana sanitarna kontrola i sl."[23]

Ne ulazeći u razmatranje klasičnog protekcionizma, koji je bio u upotrebi sve do pojave GATT-a, na ovom mestu ukazaćemo na neke oblike savremenog protekcionizma. Prvi je neoprotekcionizam koji se javlja 70-ih godina XX veka u obliku „teorije o upravljanjoj trgovini čiji su osnovni instrumenti necarinska ograničenja (npr. dogovorom utvrđene kvote u svrhu ograničavanja izvoza i obaveze uvoza), selektivna zaštita pojedinih industrijskih grana, otvorena diskriminacija pojedinih zemalja (SAD – Japan),

[22]. O carinskim postupcima u EU videti više: Hans Michael Wolffgang, Isto, str. 53–56.

[23] Emilija Vukadin,"*Ekonomska politika*", Dosije, Beograd, 2007, str. 179.

nametanje reciprociteta, stvaranje ekonomskih i političkih integracija, de facto je su suvremeni nasljednik klasičnog protekcionizma"[24] Drugi je prikriveni protekcionizam koji se javlja u vidu zahteva za poštovanje tzv. minimalnih standarda na području zaštite životne sredine i drugim područjima učesnika u spoljnoj trgovini, gde i inače već ima mnogo zloupotreba te vrste. Treći je subvencionisanje domaće proizvodnje, posebno subvencionisanjem poljoprivredne proizvodnje u EU. [25]

EU ima zajedničku protekcionističku politiku prema ostatku sveta. Poljoprivreda i prelevman spadaju u najznačajniju zaštitu. EU može da snižava carine za neku robu koju uvozi iz zemalja članica regionalnih ekonomskih integracija, da bi bila konkurentna, ili može da povećava carine za robu koju uvozi iz nekonkurentnih zemalja, teko štiteći „domaću" poljoprivrednu proizvodnju kvotama i carinama od konkurentnog uvoza iz zemalja članica regionalnih ekonomskih integracija. Glavni razlog zbog čega EU poseže za merama i instrumentima protekcionizma u međunarodnoj trgovini jeste u njenoj nedovoljnoj međunarodnoj konkurentnosti. Protekcionizam u međunarodnoj trgovini nije mimoišao ni zemlje članice regionalnih ekonomskih integracija. Tako su te zemlje donele zakone o carinskoj tarifi koji imaju kategorizovanu carinsku zaštitu prema EU. Pri tom treba imati u vidu da ulazak tih zemalja u EU ne predviđa njihovu individualnu carinsku politiku. Izuzetak je deo fiskalne politike. Mnoge zemlje krenule su u pravcu liberalističke carinske politike i već su ostale bez dobrog dela prihoda od carinskih taksi.

Na kraju, ukažimo i na najave *kriznog* protekcionizma koje dolaze i iz EU. Reč je o *nacionalnom* finansijskom protekcionizmu, koji se javlja poslednjih nekoliko godina, posebno u godinama svetske ekonomske krize u EU, i čije posledice se i dalje osećaju. Konkurencija na evropskom tržištu je velika, pa je mnogo ljudi izgubilo posao. Zbog toga su vlade zemalja članica EU morale da pronađu rešenja kako da svoje zemlje izvuku iz krize. Neke su dale novac preduzećima kako bi zadržali nivo zaposlenosti, sprečile zatvaranje preduzeća i dr. Tako je, npr. Nemačka iz svojih fondova dala novac preduzećima, koja su smanjile radno vreme radnicima, ali ne i plate. No, neke vlade su dale državne garancija bankama za kredite uz uslov da ih one koriste za kreditiranje domaćih subjekata, a ne svojih filijala na Balkanu, ili su vlade najavile davanje državne pomoći za automobilsku industriju uz uslov čuvanja domaćih radnih mesta.

[24] Zrinka Ernet-Sunko, Ozren Pilipović i Nenad Rančić, Isto, str. 1066.

[25] Prema Finansijskom programu EU, odnosno „Finansijskom predviđanju" za period 2007-2013. godine više od jedne polovine izdataka odnosi se na izdatke za poljoprivredu i direktne uplate.

Naravno, da sprovođenje protekcionističke politike EU prema regionalnim ekonomskim integracijama čini slobodnu trgovinu manje slobodnom; stvara blagostanje za EU, ali šteti regionalnim ekonomskim integracijama. Koliko će takva politika EU prema regionalnim ekonomskim integracijama imati koristi ili štete vreme će pokazati. No, dugoročno gledano protekcionistička politika u trgovinskoj razmeni ima negativan efekat. Drugim rečima, „protekcionizam ne daje dugoročne perspektive, odnosno stečena prava i privilegije brojnih socijalnih grupa direktno ih potkopavaju" [26] kako tvrde neki autori. Otuda protekcionističku politiku EU prema zemljama članicama drugih regionalnih ekonomskim integracijama treba svesti na prihvatljivu meru. Sloboda prometa robe je uslov bržeg ekonomskog rasta i EU i regionalnih ekonomskih integracija.

III Umesto zaključka

Carine i carinska politika oduvek su bili značajan instrument zaštite domaće proizvodnje od inostrane konkurencije, pre mnogo više, nego danas u uslovima globalne ekonomije. Protekcionizam u međunarodnoj trgovini nije mimoišao ni EU. Evropska unija ima zajedničku protekcionističku politiku prema ostatku sveta. Poljoprivreda i prelevmani spadaju u najznačajniju zaštitu. Sprovođenje takve protekcionističke politike čini međunarodnu trgovinu manje slobodnom. Slobodno kretanje robe uslov je bržeg ekonomskog rasta EU, drugih regionalnih ekonomskih integracija, pojedinih zemalja i čitave društvene zajednice. WTO organizacija koja nameće svoja pravila u međunarodnoj trgovini, stvaranje regionalnih ekonomskih integracija u uslovima savremene međunarodne trgovine, ugovori o slobodnoj trgovini između država doveli su do toga da je arsenal protekcionističkih mera i instrumenata danas sveden na minimum. Da se protekcionizam sve manje koristi u međunarodnoj trgovini, pokazuju i podaci o učešću carina u ukupnim prihodima budžeta EU i u BDP zemalja članica EU. Naime, prema tim podacima carine već godinama unazad gube na svojoj fiskalnoj snazi posebno radi procesa globalizacije u spoljnotrgovinskoj razmeni te liberalizacija na svetskom tržištu. EU doprineće razvoju regionalnih ekonomskih integracija samo kroz liberalizaciju spoljne trgovine, jer protekcionizam u međunarodnoj trgovini ne daje dugoročne perspektive.

[26] Miroslav Antevski, Isto, str. 183. Ovaj autor ističe: vredi se podsetiti da su još Hamilton i List zastupali tezu da zaštita mlade industrije (infant industry) treba da ima privremeni karakter, dok se ne osposobe za ravnopravnu konkurentsku utakmicu.

Mile Vranješ, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Customs Tariffs and the Policy of Custom Tariffs in the Function of the Realization of Regional Economic Integrations: The Example of the European Union

Abstract

Custom tariffs and the policy of custom tariffs have always been important instruments in the protection of domestic production from foreign competition, though the more in the past, the less in today's global economic environment.

The idea of protectionism in international trade hasn't evaded the European Union either. The European Union has a common protectionist policy against countries that are not member to it. The agricultural production and the policy of administrative levies on the import of agricultural products pertain to the area that enjoys the highest degree of protection. The realization of such protectionist policy makes the international trade less free, while the free movement of goods is quintessential to the economic growth of the European Union, other regional economic integrations, individual countries and the society as such. The World Trade Organization, which imposes its own rules on the international trade, the creation of regional economic organizations in today's environment of international trade and free-trade agreements between individual states shrank to minimal the diapason of various protectionist measures and instruments.

The decline of the idea of protectionism in international trade is evidenced by data on the share of the customs tariffs in the total fiscal revenues of the European Union and of the GDP of the member states. Namely, the fiscal impact of custom tariffs for some years shows a descending tendency, above all due to the process of globalization in foreign trade and liberalization at the scale of global economy. The European Union will be able to facilitate the development of the regional economic integrations only through the liberalization of foreign trade, because the idea of protectionism in international trade doesn't have perspectives on the long run.

Key words: protectionism; European Union; regional economic integrations; policy of custom tariffs; Custom tariffs

Originalni naučni rad UDK 347.725:502/504
doi:10.5937/zrpfns46-1690

Dr Zoran Arsić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

OSNIVAČKI AKT AKCIONARSKOG DRUŠTVA I ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE[1]

Sažetak: *Osnivački akt je konstutivni akt društva koji ima formu odluke o osnivanju ako društvo osniva jedno lice, ili ugovora o osnivanju ako društvo osniva više lica. Njime akcionari koji osnivaju društvo (osnivači) izražavaju volju za osnivanjem društva i obavezuju se na izvršenje činidbe uloga i preuzimanje akcija.*

Kada je reč o Zakonu o privrednim društvima iz 2011 godine, u pogledu zaštite životne sredine od značaja je čl.4 st.2 gde je previđeno da se posebnim zakonom može usloviti registracija, ili obavljanje određene delatnosti, izdavanjem predhodnog odobrenja, saglasnosti ili drugog akta nadležnog organa. Pri tome treba imati u vidu da je odredba o pretežnoj delatnosti obavezni element osnivačkog akta akcionarskog društva (čl.265 st.1 tč.3). S tim u vezi treba ukazati na odredbe Zakona o upravljanju otpadom iz 2009 godine. Njime je predviđeno da se za obavljanje jedne ili više delatnosti u oblasti upravljanja otpadom izdaju dozvole.

Ključne reči: *osnivački akt, zaštita životne sredine*

Osnivanje akcionarskog društva prema Zakonu o privrednim društvima iz 2011 god je regulisano na jedinstveni način, nezavisno od toga o kakvom se društvu radi.

U postupku osnivanja akcionarskog društva donose se dva akta – osnivački akt i statut.

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

1. Donošenje osnivačkog akta

Osnivački akt je konstutivni akt društva koji ima formu odluke o osnivanju ako društvo osniva jedno lice, ili ugovora o osnivanju ako društvo osniva više lica (čl.11 st.1). Njime akcionari koji osnivaju društvo (osnivači) izražavaju volju za osnivanjem društva i obavezuju se na izvršenje činidbe uloga i preuzimanje akcija.

Ugovorni karakter osnivačkog akta u slučaju postojanja više osnivača, u delu literature, ocenjuje se kao danas nesporan [2], mada se ukazuje da je to pitanje dugo vremena sporno.[3] Specifičnost ugovornog koncepta ogleda se u dva pravca. Pre svega, ovaj ugovor ne obuhvata razmenu činidbi tj. osnivači se ne obavezuju jedan prema drugom na neku činidbu i ne radi se o dvostrano (uzajamno) obavezujućem ugovoru. Ugovor, prema vladajućem mišljenju, nije usmeren na razmenu činidbi.[4] Izjave volje osnivača odnosno njihova namera je usmerena na nastanak akcionarskog društva tj. novog pravnog lica,[5] što predstavlja njegovu drugu specifičnost. Spomenute specifičnosti su, u određenoj meri, uslovile i nastanak drugačijeg koncepta nastanka osnivačkog akta. Prema tom shvatanju jednostrane izjave osnivača nisu usmerene jedna prema drugoj, već stoje paralelno i u svojoj ukupnosti predstavljaju zajednički akt (Gesamtakt).[6]

S obzirom na način nastanka osnivačkog ugovora moguće je da njemu prethodi predugovor o osnivanju. Prema čl.45 Zakona o obligacionim odnosima on mora biti sačinjen u istoj formi kao nameravani posao (pisana forma sa overenim potpisima). Predugovor obavezuje ako sadrži bitne elemente ugovora o osnivanju.

U slučaju da se radi o jednopersonalnom osnivanju osnivački akt je jednostrani pravni posao.[7] Radi se o jednostranoj izjavi volje, koja je specifična po tome što ne mora da bude primljena da bi proizvodila pravno dejstvo.[8]

U pogledu forme osnivačkog akta predviđena je pisana forma i overa potpisa akcionara koji osnivaju društvo (osnivača), u skladu sa zakonom kojim se uređuje overa potpisa. Posledica nepoštovanja zahteva u

---

[2] Hüffer Uwe, Aktiengesetz, München 1999, str.12

[3] Schmidt Walter, Meyer – Landrut Joachim u Gadow Aktiengesetz, Berlin 1961, str.25

[4] Hüffer U., op.cit., str.115; Würdinger Hans, Aktien – und Konzerrecht, Karlsruhe 1973, str.90

[5] Schmidt W., Meyer – Landrut J.,op.cit., str.25

[6] Prema Würdinger H., op.cit., str. 90 gde su navedeni i zastupnici ovakvog shvatanja Girke, Georgakopoulos, Düringer - Hachenburg

[7] Seibt Christoph u Schmidt Karsten, Lutter Marcus, Aktiengesetz, Köln 2008, str.358; Hüffer U., op.cit., str.12

[8] Körber Torsten u Bürgers Tobias, Körber Torsten, Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, Heidelberg 2008, str.162; Hüffer U., op.cit., str.12

pogledu forme je ništavost osnivačkog akta (čl.13). Osnivački akt, kao i statut, registruje se prilikom osnivanja (čl.11)

Nezavisno od forme osnivačkog akta (odluka o osnivanju ili ugovor o osnivanju) u pitanju je pravni posao, koji predstavlja pojedinačni akt. Njegovo pravno dejstvo se iscrpljuje regitracijom akcionarskog društva, odnosno ispunjenjem cilja, zbog kojeg je pravni posao preduzet, a koji se ogleda u nastanku pravnog lica. To se vidi i po tome što je pobijanje skupštinske odluke moguće zbog toga što ona nije doneta u skladu sa zakonom, statutom ili poslovnikom o radu skupštine (čl.376), ali ne i osnivačkim aktom. S obzirom da se radi o pravnom poslu, njegova izmena je moguća do registracije, po pravilima za izmenu pravnih poslova. Ako je u pitanju ugovor o osnivanju tada je potrebna saglasnost svih ugovornih strana. Odredba čl.12 st.3, prema kojoj se osnivački akt akcionarskog društva ne menja, odnosi se na izmene posle registracije.

Sporna je, međutim, odredba čl.264 st.1 gde se predviđa da svi akcionari koji osnivaju društvo (osnivači) potpisuju osnivački akt. Ovo zato što je utvrđivanje osnivačkog akta moguće i preko zastupnika. Zakonom nije predviđeno da donošenje osnivačkog akta mora biti izvršeno lično od osnivača, zbog čega je zaključenje ugovora o osnivanju ili donošenje odluke o osnivanju moguće i preko punomoćnika.[9] Osim toga, pravna lica kao osnivači svoju volju i ne mogu izraziti drugačije nego preko zastupnika. Na osnovu čl.90 Zakona o obligacionim odnosima potrebno je da punomoćje bude dato u pisanoj formi sa overenim potpisom davaoca punomoćja. Zahtev u pogledu forme nema za cilj dokazivanje legitimacije, već predstavlja pretpostavku punovažnosti.[10] Nedostatak forme ima za posledicu ništavost punomoćja.[11] Zato se, za slučaj da punomoćje nije dato u formi koja se traži za osnovni posao (ugovor o snivanju ili odluku o osnivanju), smatra se da je posao zaključen od strane neovlašćenog lica. Takva izjava volje ne obavezuje neovlašćeno zastupanog, izuzev ako on ugovor naknadno odobri (čl.88 st.1 Zakona o obligacionim odnosima). Tako donet osnivački akt je lebdeće bez dejstva.[12] S tim u vezi se postavlja pitanje forme u kojoj naknadna saglasnost treba da bude data. Nezavisno od odsustva regulative u tom pogledu, smatra se, prema opštem prihvaćenom shvatanju, da i naknadna saglasnost treba da bude data u istoj formi kao i punomoćje, u pisanoj formi sa overenim potpisom.[13] Ovo zato što bi drugačije tumačenje

[9] Schmidt Walter, Meyer – Landrut Joachim u Gadow Aktiengesetz, Berlin 1961, str.30
[10] Hüffer U.,op,cit., str.116
[11] Ibidem
[12] Körber T., op.cit., str.164
[13] Hüffer U., op.cit., str.116

protivrečilo ideji čl.11 st.2.[14] Naknadno davanje punomoći u odgovarajućoj formi se izjednačava sa davanjem saglasnosti.[15]

Specijalno punomoćje nije potrebno.[16] Opšte punomoćje ne mora da sadrži elemente osnivačkog akta. Kada je reč o opštem punomoćju postoje određene dileme. Sadržina punomoćja mora da bude takva da se iz nje vidi da je punomoćje usmereno na osnivanje društva. Prema vladajućem mišljenju opšte punomoćje može biti dovoljno ako se, u pojedinačnom slučaju, tumačenjem može doći do odgovarajuće svrhe izdavanja punomoći („redovno poslovanje" iz čl.91 st.2 Zakona o obligacionim odnosima). Prema drugačijem stavu smatra se da dilemu u pogledu zastupanja nije moguće potpuno eliminisati ako se to zasniva samo na tumačenju i, zato, se traži izričit navod o tome da se punomoć izdaje u cilju zaključenja osnivačkog akta.

Prema vladajućem mišljenju u pogledu prokuriste se ne traže zahtevi u pogledu forme punomoćja.[17] Smatra se da je dovoljna registracija prokure (čl.36), odnosno podnošenje izvoda iz registra.

Ako je osnivač pravno lice, u pogledu zastupnika određenog zakonom, odnosno statutom (za akcionarsko društvo izvršni direktor prema čl.388) dovoljan je izvod iz registra.[18]

Zbog prirode zastupničkog odnosa, osnivačem se smatra zastupani, a ne zastupnik,[19] nezavisno od toga što „potpisuje" osnivački akt. Prema tome, lice koje potpiše osnivački akt može, ali ne mora da bude osnivač. U vezi sa formulacijom prema kojoj svi osnivači potpisuju osnivački akt treba imati u vidu da je moguća situacija u kojoj ni jedan osnivač ne potpiše osnivački akt, pri čemu to ne utiče na njegovu punovažnost.

2. Sadržina osnivačkog akta

Sadržina osnivačkog akta utvđena je Zakonom (čl.265). Predviđeno je da osnivački akt „sadrži" određene elemente, što otvara pitanje tumačenje u pogledu mogućnosti unošenje i drugih elementa. Ovome bi odgovarala formulacija „naročito sadrži". Na ovo će biti posebno ukazano docnije u pogledu visine osnovnog kapitala, koja nije predviđena u tč.1-6 čl.265.

---

[14] Analogno Fischer Robert u Gadow, Aktiengesetz, Berlin 1961, str.101

[15] Körber T., op.cit., str.164

[16] Fischer R., op.cit., str.102

[17] Fischer R., op.cit., str.102; Godin – Wilhelmi, op.cit., str.115; Hüffer U., op.cit., str.116; U pogledu suprotnog stava vidi kod Körber T., op.cit., str.164

[18] Fischer R., op.cit., str.102; Hüffer U., op.cit., str.116

[19] Bayer Walter u Schmidt Karsten, Lutter Marcus, Aktiengesetz, Köln 2008, str.425; Hüffer U., str.146

Osnivački akt, pre svega, mora da sadrži podatke za identifilaciju akcionara koji osnivaju društvo (osnivača).

Kada je domaće pravo u pitanju treba obratiti pažnju, pre svega, na odredbu čl.11 st.1 Zakona o privrednim društvima iz 2011 god. gde je predviđeno da društvo osnivaju „lica". To može biti fizičko, kao i pravno lice. Potrebno je, dakle, da ima pravni subjektivitet. Zakonom su utvrđeni podaci koji služe za idnetifiaciju fizičkog i pravnog lica koji osnivaju društvo. Načelno posmatrano nije od značaja da li se radi o domaćem ili stranom licu. Strana fizička i pravna lica imaju pravo da osnivaju preduzeće u Srbiji. Pri tome oni mogu osnivati preduzeće za obavljanje svih vrsta delatnosti radi sticanja dobiti, ako zakonom nije drugačije predviđeno (čl.4 i 7 Zakona o stranim ulaganjima).[20] Oni imaju opštu osnivačku sposobnost. Osim opšte osnivačke sposobnosti, u literaturi se spominje i kvalifikovana osnivačka sposobnost, kada „lice" mora da ispunjava određene pretpostavke, utvrđene posebnim propisom, da bi moglo da bude osnivač nekog društva.[21] Određene dileme postoje u pogledu društva u likvidaciji. Prema Zakonu o privrednim društvima iz 2004 god. za vreme likvidacije privredno društvo može preduzimati samo poslove vezane za likvidaciju društva (čl.352 st.1). Za razliku od toga Zakon o privrednim društvima iz 2011 predviđa da likvidacioni upravnik, osim poslova potrebnih za sprovođenje likvidacije, vrši radnje na okončanju poslova započetih pre likvidacije (čl.532). Smatramo da je potpuno izvesno da društvo u likvidaciji ne može pristupiti osnivanju društva ako je otvoren likvidacioni postupak.

Bonitet, odnosno prezaduženost ne utiču na mogućnost da neko lice može da bude osnivač.[22] Ako je, međutim, zbog prezaduženosti nastupi nemogućnost plaćanja i bude otvoren stečaj, treba razlikovati bankrotstvo i reorganizaciju. U slučaju bankrotstva dolazi do prodaje imovine radi namirenja dužnika i smatramo da stečajni dužnik ne može biti osnivač. Kada je reorganizacija u pitanju, mere za realizaciju plana reorganizacije, između ostalog, obuhvataju i prenos dela ili celokupne imovine na jednog ili više postojećih ili novoformiranih subjekata (čl.157 st.1 tč.17 Zakona o stečaju), što, po našem mišljenju, omogućava da stečajni dužnik bude osnivač, odnosno ima osnivačku sposobnost. To, za razliku od bankrotstva, nije u suprotnosti sa ciljem reorganizacije.

---

[20] U pogledu pripadnosti pravnog lica prema Zakonu o stranim ulaganjima primenjuje se kriterijum sedišta, dok se prema Zakonu o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja primenjuje kriterijum prava po kojem je pravno lice osnovano, a ako ima sedište u drugoj državi smatraće se pravnim licem te države.

[21] Becksches Handbuch der AG, München 2004, str.106

[22] Becksches Handbuch der AG, München 2004, str.102 i 103

Da bi lice koje potpiše osnivački akt moglo da postane osnivač društva mora biti poslovno sposobno. Poslovno nesposobna lica ne mogu punovažno potpisati osnivački akt. Punovažnu izjavu volje može dati samo njihov zakonski zastupnik. Njihova izjava volje je ništava i takvo lice nije osnivač. Ono može tražiti povraćaj unetog uloga i takav zahtev ne podleže zabrani povraćaja uloga.[23]Poslovna sposobnost stranog fizičkog lica se ceni prema pravu države čiji je ono državljanin. Izuzetno, ako je fizičko lice poslovno nesposobno prema pravu države čiji je državljanin, ono je poslovno sposobno ako ima poslovnu sposobnost prema pravu mesta gde je obaveza nastala (čl.14 Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja).

Drugačije stvar stoji u slučaju naknadnog gubitka poslovne sposobnosti.[24] Poslovna nesposobnost nastupila posle punovažno zaključenog osnivačkog akta ne utiče na položaj osnivača. Ne smatra se dogmatski prihvatljivim stav prema kojem se pravo na istupanje utvrđuje u korist poslovno nesposobnog osnivača, koga ubuduće zastupa utvrđeni zastupnik. Ovo odgovara građansko pravnim osnovama prema kojima pravne posledice zastupanja pogađaju zastupanog, a ne zastupnika.[25]

Kada je poslovna nesposobnost u pitanju treba ukazati na čl.13 st.2 tč.4 gde je predviđeno da je osnivački akt ništav u slučaju da „su svi potpisnici u trenutku zaključivanja osnivačkog akta bili pravno ili poslovno nesposobni". Kao što se vidi izričito je predviđeno da se radi o pravnoj i poslovnoj nesposobnosti u trenutku zaključivanja osnivačkog akta, a ne onoj koja je nastupila naknadno.

U slučaju da se kao osnivač javlja fizičko lice postavlja se pitanje pravnih posledica njegove smrti. Načelno smrt osnivača nema uticaja na postupak osnivanja, s obzirom da na njegovo mesto dolazi naslednik. U vezi sa obavezama osnivača ostavioca postavlja se pitanje ograničenja odgovornosti naslednika za dugove ostavioca do visine vrednosti nasleđene imovine (čl.222 Zakona o nasleđivanju). Ukoliko naslednik posle nasleđivanja učestvuje u osnivačkim radnjama on odgovara lično, bez mogućnosti pozivanja na naslednopravno ograničenje odgovornosti.[26]

Osnivači daju izjavu da osnivaju društvo. S tim u vezi postoji jedna terminološka nedoslednost. Naime, regulativa osnivanja društva koristi formulaciju „akcionari koji osnivaju društvo" (čl.264). U tom pogledu postoji izuzetak u čl.265 st.1 tč.6 gde se koristi izraz „osnivači", što verovatno predstavlja samo redakcijski propust.

[23] Schmidt W., Meyer – Landrut J., op.cit., str.27
[24] Hüffer U., op.cit., str.146; Bayer W., op.cit., str.426
[25] Bayer W., op.cit., str.426
[26] Bayer W., op.cit., str.427; Hüffer U., op.cit., str.146

Osnivački akt mora da sadrži i poslovno ime budućeg društva, kao i pretežnu delatnost. Kada se radi o poslovnom imenu, odsustvo ovog elementa osnivačkog akta, ima za posledicu ništavost osnivačkog akta. Ista je posledica ako osnivački akt ne sadrži pretežnu delatnost društva. Ništav je osnivački akt i kada sadrži delatnost društva, ali je ona suprotna prinudnim propisima, ili javnom poretku (čl.13).

Osnivački akt sadrži i izjavu o preuzimanju obaveze uplate, odnosno unošenja uloga po osnovu upisanih akcija. Kada je obaveza činidbe uloga u pitanju, osnivački akt sadrži ukupan iznos novčanog uloga, odnosno novčanu vrednost i opis nenovačnog uloga svakog od akcionara koji osnivaju društvo. U slučaju nenovačnog uloga potrebna je i njegova procena, s obzirom da je predviđena njegova novčana vrednost. Osim toga, osnivački akt sadrži i dinamiku izvršenja činidbe uloga - rok uplate, odnosno unošenja uloga. Osnivački akt koji ne sadrži odredbe o ulozima članova je ništav (čl.14).

Osnivački akt sadrži podatke o akcijama koje „upisuje" svaki akcionar koji osniva društvo. Ovde treba ukazati da se u uporednom pravu koristi termin „preuzima" umesto „upisuje". S tim u vezii ukazujemo i na formulaciju čl.198 st.4 Zakona o privrednim društvim iz 2004 god. gde se spominje „preuzimanje akcija bez upisa". U teoriji se ukazuje da ne postoji suštinska razlika između upisa akcija od strane upisnika i njihovog preuzimanja od strane osnivača – po svojoj unutrašnjoj prirodi to nisu različiti akti i ulaze u širi pojam upisa. U suštini obe kategorije lica izražavaju volju u istom pravcu - da sa određenim ulogom učestvuju u društvu.[27] Problem sa upisom nastaje s obzirom da je on ugovorne priorode i da, prilikom osnivačke emisije, nije jasno ko bi bio druga ugovorna strane, budući da društvo još ne postoji. Izjava o preuzimanju akcije je jednostrana izjava volje usmerena prema drugim osnivačima kojom se preuzima obaveza uplate, odnosno unošenja uloga. Njome se ne stvaraju članska prava, s obzirom da ona nastaju tek po registarciji društva.[28] U interesu pravne sigurnosti izjava o preuzimanu akcija mora biti utvrđena i ne može biti ograničena rokom ili uslovom.[29] Posledice ovakvih ograničenja se različito ocenjuju – prema jednom stavu radi se o manljivoj izjavi o preuzimanju i, u daljoj posledici, manljivom osnivačkom aktu,[30] dok se prema drugom pristupu radi o ništavoj izjavi o preuzimanju, odnosno o

[27] Arsić Zoran, Upis akcija i upisnica, Pravo i privreda 11-12/2000, str.1-2 i tamo navedena literatura.

[28] Röhricht Volker u Grosskommentar AktG, Berlin 2004, str.27

[29] Seibt Ch., op.cit., str.363

[30] Röhricht V., op.cit., str.27

ništavom osnivačkom aktu.[31] Smatramo da se shvatanje o ništavosti osnivačkog akta ne bi moglo prihvatiti u domaćem pravu, s obzirom da su osnovi za ništavost osnivačkog akta utvrđeni u čl.13, pri čemu se radi o isključivim osnovama (čl.13 st.2). S tim u vezi razlikuju se i stavovi u pogledu situacije do koje dolazi kada, u međuvremenu od donošenja osnivačkog akta do podonošenja radi registracije, dođe do na pr. ispunjenja uslova. Prema jednom stavu, osnivački akt je tada podoban za registraciju, dok se prema drugom pristupu traži novi osnivački akt.

Preuzimanjem akcija zasniva se obaveza uloga.[32] Samo su osnivači, odnosno lica koja su zaključila osnivački akt, ovlašćeni za preuzimanje akcija. To može biti i lice koje je naknadno, ali pre registracije, pristupilo osnivačkom aktu, pri čemu se radi o izmeni osnivačkog akta. [33]Niko ne može preuzeti deo akcije.[34] Dopušteno je, međutim, da jednu akciju preuzme više lica. To moraju biti lica koja su donela osnivački akt i ona sva postaju osnivači.[35]

U pogledu podataka o akcijama koje upisuje svaki akcionar osnivački akt mora da sadrži broj akcija i njihovu vrstu (obične ili preferencijalne akcije). Ukoliko postoji više klasa akcija, tada se moraju navesti i klase. To će biti sutuacija kada postoje preferencijalne akcije, s obzirom da obične akcije uvek predstavljaju jednu klasu akcija (čl.250). Ako se izdaju akcija sa nominalnom vrednošću, ona mora biti navedena, pri čemu sve akcije iste klase moraju imati istu nominalnu vrednost. S obzirom da osnivači moraju preuzimanjem akcija pokriti ceo osnovni kapital utvrđen u statutu, [36]zbir nominalnih vrednosti svih upisanih akcija mora odgovarati iznosu osnovnog kapitala koji utvrđen u statutu (čl.246 st.1 tč.3). Ako se radi o akcijama bez nominalne vrednosti, mora se navesti njihov broj i deo osnovnog kapitala za koji su one izdate.

Na ovom mestu treba ukazati da je osnivački akt ništav ako ne sadrži odredbu o visini osnovnog kapitala (čl.13), dok, s druge strane, visina osnovnog kapitala nije predviđena kao obavezni element sadržine osnivačkog akta akcionarskog društva, za razliku od društva sa ograničenom odgovornošću. Direktna posledica toga bi bila ništavost osnivačkog akta, mada je njegova sadržina u skladu sa zakonskom normom kojom se ona reguliše. Rešenje za ovakvu situaciju bi moglo da se nađe tako što bi se

[31] Körber T., op.cit., str.162
[32] Bayer W., op.cit., str.427; Hüffer U., op.cit., str.146
[33] Bayer W., op.cit., str.425
[34] Godin – Wilhelmi, op.cit., str.17
[35] Bayer W., op.cit., str.425
[36] Seibt Ch., op.cit., str.363; Körber T., op.cit., str.165

smatralo da je visina osnovnog kapitala implicitno sadržana u osnivačkom aktu, s obzirom da zbir nominalnih vrednosti svih akcija koje preizimaju osnivači odgovara visini osnovnog kapitala, zbog obaveze osnivača da preuzmu sve akcije. Drugi pristup bi se zasnivao na tome da elementi iz čl.265 predstavljaju minimum sadržine osnivačkog akta, što ne sprečava osnivače da u osnivački akt unesu odredbu o visini osnovnog kapitala, što bi smanjilo dileme u pogledu mogućeg tumačenja.

3. Osnivački akt i zaštita životne sredine

Prema Zakonu o preduzećima iz 1996 godine obavezni element osnivačkog akta preduzeća su bile i odredbe o zaštiti životne sredine (čl.11). Statut akcionarskog društva je takođe sadržao isto rešenje u čl.219. Za razliku od toga, Zakon o privrednim društvima iz 2004 godine, kao ni Zakon o privrednim društvima iz 2011 godine, ne sadrže ovakvo rešenje. S obzirom da je predmet delatmosti element osnivačkog akta od značaja je bio i čl.18 Zakona o preduzećima. Njime je bilo predviđeno da preduzeće može da počne sa obavljanjem delatnosti kad nadležni organ donese rešenje da su ispunjeni uslovi koji se, između ostalog, odnose na zaštitu i unapređenje životne sredine. Ovakav pristup je bio u osnovi zadržan i u Zakonu o privrednim društvima iz 2004 godine. U čl. 6 je bilo predviđeno da privredno društvo može da otpoćne sa obavljanjem deltnosti koja obuhvata proizvodnju, promet, distribuciju, preradu i uskladištenje materija opasnih i štetnih za zdravlje ljudi i životnu sredinu, ako nadležni organ rešenjem utvrdi da su ispunjeni propisani uslovi, koji obuhvataju i zaštitu i unapređenje životne sredine.

Kada je reč o Zakonu o privrednim društvima iz 2011 godine, u pogledu zaštite životne sredine od značaja je čl.4 st.2 gde je previđeno da se posebnim zakonom može usloviti registracija, ili obavljanje određene delatnosti, izdavanjem predhodnog odobrenja, saglasnosti ili drugog akta nadležnog organa. Pri tome treba imati u vidu da je odredba o pretežnoj delatnosti obavezni element osnivačkog akta akcionarskog društva (čl.265 st.1 tč.3). S tim u vezi treba ukazati na odredbe Zakona o upravljanju otpadom iz 2009 godine. Njime je predviđeno da se za obavljanje jedne ili više delatnosti u oblasti upravljanja otpadom izdaju dozvole. Pod dozvolom se podrazumeva rešenje nadležnog organa kojim se pravnom ili fizičkom licu odobrava sakupljanje, transport, uvoz, izvoz i tranzit, skladištenje, tretman ili odlaganje otpada i utvrđuju uslovi postupanja sa otpadom na način koji obezbeđuje najmanji rizik po zdravlje ljudi i životnu sredinu (čl.5 tč.6). Dozvola se izdaje na ime (lično ili poslovno) operatora tj. fizičkog ili pravnog lice koje upravlja postrojenjem za skladište-

nje, tretman ili odlaganje otpada, ili ga kontroliše, ili je ovlašćen za donošenje ekonomskih odluka u oblasti tehničkog funkcionisanja postrojenja (čl.5 tč.19). Dozvole se izdaju za posebne delatnosti u oblati upravljanja otpadom (sakupljanje otpada, transport otpada, skladištenje otpada, tretman otpada, odlaganje otpada). U slučaju da jedan operater obavlja više delatnosti može se izdati jedna integralna dozvola (čl.59).

U postupku inspekcijskog nadzora kontroliše se, između ostalog, i ispunjenost uslova za izgradnju i rad postrojenja za skladištenje, tretman i odlaganje otpada. Postrojenje za upravljanje otpadom ne može početi sa radom pre dobijanja dozvole za upravljanje otpadom (čl.33 st.3). Gradnja postrojenja ili obavljanje delatnosti u postrojenju za upravljanje otpadom koje nema dozvolu za obavljanje tih delatnosti predstavlja privredni prestup (čl.88 st.1 tč.6) privrednog društva osnovanog za vršenje delatnosti skladištenja, tretmana ili odlaganja otpada. Inspektor može da zabrani izgradnju i rad postrojenja za upravljanje otpadom koje ne ispunjava tehničke i druge uslove propisane zakonom (čl.86 st.1 tč.19).

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

Joint Stock Company Memorandum of Association and Environmental Protection

Abstract

Joint stock company memorandum of association and environmental protection

2011 Company Act stipulates that prevailing purpose of enterprise is mandatory element of memorandum of association. Connection between memorandum of association and environmental protection is based on provision that registration or doing certain business may be subject to license granted by relevant body. This is the case with 2009 Waste Management Act which provides for license granted by state authorities for doing one or more activities in waste management.

Key words: Joint stock company memorandum of association, environmental protection

Originalni naučni rad UDK 347.463:502/504
doi:10.5937/zrpfns46-2029

Dr Dušanka Đurđev, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SAOBRAĆAJ I ODRŽIVI RAZVOJ[1]

Sažetak: *Kao održiv saobraćaj se određuje onaj koji je bezbedan, kvalitetan, pristupačan svima, ekološki prihvatljiv, ekonomski opravdan i koji pozitivno doprinosi lokalnom, nacionalnom i međunarodnom razvoju. Očito je da svaki vid saobraćaja proizvodi rizike zagađivanjem vazduha, zemlje ili vode, ali su ti rizici različiti. Otuda međunarodna zajednica, kroz svoje institucije, insistira na ravnomernijem razvoju svih vidova saobraćaja i davanju prednosti železničkom i saobraćaju unutrašnjim plovnim putevima. U najnovijim međunarodnim dokumentima se insistira na održivom saobraćaju ili saobraćaju u funkciji održivog razvoja (transport for sustainable development). Zato su značajni međunarodni propisi kojima se regulišu razni aspekti saobraćaja (ekološki, bezbednosni, organizacioni).*

Ključne reči: *održivi razvoj, održivi saobraćaj, životna sredina, unutrašnja plovidba, železnički saobraćaj.*

UVOD

U novije vreme se pojam održivi razvoj (sustainable development) koristi kao najširi pojam koji se vezuje za različite delatnost u pružanju usluge ili proizvodnji, pa i u načinu života, a označava visok kvalitet, ekološku prihvatljivost, ekonomsku opravdanost i bezbednost takve aktivnosti.[2] Kao održiv saobraćaj se definiše onaj koji je bezbedan, kvalite-

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

[2]U Izveštaju UN "Naša zajednička budućnost" koji je na poziv UN sačinila Svetska komisija za životnu sredinu i razvoj 1987. je predviđeno "Održivi razvoj je razvoj koji zadovoljava potrebe sadašnjice, a da ne dovodi u pitanje sposobnost budućih generacija

tan, pristupačan svima, ekološki prihvatljiv, ekonomski opravdan i koji pozitivno doprinosi lokalnom, nacionalnom i međunarodnom razvoju.[3] Svest o potrebi razvoja uravnoteženog saobraćaja u Evropi kao i podsticanje ekološki prihvatljivijih, a uz to i jeftinijih vidova transporta je prisutna ne samo u stručnim i privrednim krugovima, nego i među korisnicima transportnih usluga. Dominacija drumskog saobraćaja kao ključnog u kopnenom prevozu , pokazala je niz slabosti , pre svega zbog zagađivanja vazduha i buke koju proizvodi, kao i zagušenja koja stvara u gradovima. U poređenju sa drumskim prevozom, železnički i prevoz unutrašnjim plovnim putevima ima niz prednosti, jer su jeftiniji, bezbedniji i sto je najvažnije čistiji za životno okruženje. Vazdušni saobraćaj, koji koristi specifičnu energiju, značajno zagađuje vazduh, dok je pomorski prevoz rizičan zbog zagađivanja izlivanjem nafte i drugog pogonskog goriva. Posebna opasnost za životnu sredinu postoji kad se prevozi tzv. opasna roba (nafta, hemikalije , radioaktivni materijali druge štetne materije), kad u slučaju da dođe do nesrećnih slučajeva, nastaju štete nesagledivih posledica po životno okruženje.

Očito je da svaki vid saobraćaja proizvodi rizike zagađivanjem vazduha, zemlje ili vode, ali su ti rizici različiti. Otuda međunarodna zajednica, kroz svoje institucije, insistira na ravnomernijem razvoju svih vidova saobraćaja i davanju prednosti železničkom i saobraćaju unutrašnjim plovnim putevima.

Tako se o značaju saobraćaja govori još u Beloj knjizi o budućem razvoju zajedničke saobraćajne politike iz 1991-White Paper on Common transport Policy 1991[4] koja je prekretnica u saobraćajnoj politici Zajednice, jer transportni sistem postaje komunitarna delatnost koja se razvija i reguliše na nivou Zajednice. Jedan od ciljeva je i prevazilaženje dominacije drumskog saobrćaja i stvaranje mogućnosti razvoja transportnog sistema u duhu održivog razvoja.

Evropska komisija je prihvatila izmenu Bele knjige 2001 .nazvanu Evropska saobraćajna politika za 2010 - vreme za odlučivanje European -

---

da zadovolje sopstvene potrebe".UN Documents, Report of the World Commission on Environment and Development:Our Common Future , A/CONF.199/20.

[3]O ovome videti vise: Transport for Sustainable Development in the ECE region Economic Commission for Europe, Commissiom on Susainable Development, 2010; Todd Litman , Sustainable Transportation and TDM , Online TDM Encyclopedia, Victoria transport Policy Institut, http://www.vtpi.org/tdm; Schiller P. Erick, C. Bruun and Jeffrey Kenworthy, Introduction to Sustainable Transportation: Policy, Planning and Implementation, London, Washington DC 2010; Elizabeth Deakin, Sustainable Development and Sustainable transportation: Strategies for Economic Prosperity, Environmental, Quality and Equity, Working paper 2001-2003,University of California at Berkeley.

[4]COM (92) 494.

Transport Policy for 2010-time to decide[5] U ovom dokumentu se jasno uočavaju ključni problem evropskog saobraćaja, a to su neuravnoteženost pojedinh saobraćajnih grana , dominacija drumskog saobraćaja na kopnu, potreba povezivanja saobraćajnih grana, uklanjanje uskih grla u prevozu. Predviđeno je šezdeset mera za njihovo postepeno rešavanje do 2010. godine. Kao prioriteti su predviđeni razvoj železničkog i saobraćaja unutrašnjim plovnim putevima.

Evropska komisija je 2011. donela Evropsku strategiju za transport iznesenu u Beloj knjizi 2011-Bela knjiga-Nacrt za jedinstveni evropski prometni prostor-Na putu konkurentnog i ekonomski efikasnijeg saobraćajnog sistema -White Paper 2011-Roadmap to a Single European Transport Area-Towards a competitive and resource efficient transport system.[6] U ovom dokumentu je predviđeno četrdeset konkretnih mera u cilju stvaranja konkurentnog transportnog sistema. Osnovni cilj je smanjenje upotrebe klasičnog goriva koje emituje štetne gasove. Zato se insistira na modernizaciji saobraćaja proizvodnjom novih vozila koja ce koristiti biogorivo i duge manje štetne izvore energije, kao i modernizacijom infrastrukturnih objekata.

Poseban deo u ovoj najnovijoj Beloj knjizi je nazvan Vizija za konkurentniji i trajniji saobraćajni sistem u kome se ističe potreba korišćenja čistije energije, modernizacija infrastrukture i direktno smanjivanje negativnog uticaja saobraćaja na životno okruženje, vodu, vazduh, zemlju i ekosistem. Predlažu se mere za unapređenje železničkog prevoza, integrisanje železničkog evropskog prostora, podsticanje unutrašnje plovidbe, uklanjanje ograničenja u kabotaži, podsticanje prevoza na moru na kratkim relacijama, kao i razvoj multimodalnog saobraćaja.

U najnovijim međunarodnim dokumentima se insistira na održivom saobraćaju ili saobraćaju u funkciji održivog razvoja (transport for sustainable development). Zato su značjani međunarodni propisi kojima se razni aspekti saobraćaja regulišu(ekološki, bezbednosni, organizacioni). Donet je niz propisa u EU kojima se reguliše saobraćajna politika Zajednice i posebni oblici transporta, koji zaslužuju pažnju.

Saobraćaj unutrašnjim plovnim putevima

Ovaj vid saobraćaja poslednjih godina privlači sve veću pažnju, pa ne postoji ni jedan važniji međunarodni dokument ili strategija razvoja u kojma se ne ukazuje na prednosti i mehanizme razvoja rečnog i kanal-

[5]COM (92001)370.
[6] COM /2011/144.

skog saobraćaja. Saobraćaj unutrašnjim plovnim putevima se kao čistiji, jeftiniji i sigurniji, u odnosu na druge, nametnuo kao prirodan izbor. Prirodne okolnosti daju realnu mogućnost razvoja ovog vida saobraćaja, a u Evropi postoji više od 30 000 km kanala i reka koje povezuju industrijske centre i čitava područja. Za prevoz teških metala, rasutih tereta, građevinskog materijala, industrijske robe, otpada i drugih roba, naročito kontejnera u novije vreme koji se svakodnevno prevoze, najpogodniji su prevozi unutrašnjim plovnim putevima. Pored Rajne i Dunava i Kanala Rajna-Majna-Dunav, postoji razuđena mreža manjih reka i kanala koje povezuju manje gradove sa industrijskim centrima. Dobar položaj rečnih pristaništa koja su u samom centru evropskih trgovačkih puteva, pružaju mogućnost za intermodalni prevoz, kombinacijom unutrašnje plovidbe sa železničkim, drumskim ili pomorskim prevozom.

I pored prirodnih prednosti, još uvek ovaj način prevoza nije u dovoljnoj meri iskorišćen. Prevoz tereta u unutrašnjoj plovidbi ima udeo od 7% od ukupnog kopnenog prevoza, drumom 75% železnicom 13% i cevovodni transportom 5%.[7] Razlog ovako malom učešću rečnog saobraćaja u ukupnom kopnenom prevozu je uglavnom u tome što tek polovina država članica EU raspolaže međusobno povezanim plovnim putevima. Nasuprot ovome, u nekim zemljama npr. Beneluksa i u severnoj Francuskoj je učešće ovog transporta čak 43%. Osim toga infrastrukturna ulaganja nisu dovoljna. Međutim, ipak je postignut izvestan napredak, modernizaciji flote brodarske kompanije posvećuju posebnu pažnju u poslednjih desetak godina, a takođe i uvođenju najmodernijih informacionih i komunikacionih tehnologija kao što je RIS sistem. Radi se o savremenom informacionom servisu koji pruža aktuelne informacije o plovnom putu i prometu na njemu, o celokupnom putovanju broda i lučkim operacijama, a ovim informacijama se može pristupiti putem telefonske ili Internet veze. Uvođenjem RIS servisa omogućava se blagovremena razmena informacija, što će uticati na efikasniji i bezbedniji prevoz unutrašnjim plovnim putevima.

Najčešće isticane prednosti saobraćaja unutrašnjim plovnim putevima su niska cena prevoza, koja je najniža upoređujući je sa drugim prevozima (100% niža od cene drumskog prevoza), što je posledica kombinacije prirodnog toka reka i veličine brodova u odnosu na vagone i kamione. Kao prednost ovog prevoza se ističe i njegova pouzdanost, jer nema problema zagušenja i uskih grla u prevozu, što se javlja kod drumskog, pa i železničkog prevoza. Na većini reka i kanala se može ploviti 24 sata dnevno sedam dana nedeljno. Osim ovih prednosti, ovaj prevoz prouzro-

[7] UNECE Transport Division Inland Water Transport, http://www.unece.org

kuje i najmanje nesrećnih slučajeva, pa je zato i najbezbedniji prevoz. Ono sto se posebno ističe kao kvalitet je ekološka prihvatljivost ,jer su zagađivanja vode, vazduha, okoline najmanja. U poslednjih dvadesetak godina uvođenjem brodova sa efikasnijim motorima, emisija štetnih gasova se smanjuje, da se predviđa njeno smanjivanje ispod granica koje su dozvoljene Protokolom iz Kjota.

Saobraćaj unutrašnjim plovnim putevima je izuzetno pogodan za kombinovanje sa drugim vrstama prevoza, pogotovo kad je u pitanju kontejnerski prevoz, pa se otuda posebno ističe veliki potencijal u intermodalnom prevozu. Zbog dobre povezanosti evropskih luka sa železničkim i drumskim putevima, unutrašnja plovidba postaje okosnica intermodalnog saobraćaja a Evropska unija podržava raznim merama ideju da rečna luke postanu intermodalne platforme koje se povezuju sa železnicom, drumskim i pomorskim prevoziocima.

Tržište prevoza rečnim putevima u Evropi se može podeliti na četiri transportna koridora 1. Rajna i njene pritoke (Holandija, srednja i zapadna Nemačka, sever Belgije, Luksemburg, Francuska i Švajcarska), 2. Istočno-zapadni koridor (Severna i istočna Nemačka, Poljska, Češka) 3. Dunavski koridor (jugoistočna Nemačka, Austrija, Slovačka, Mađarska, Hrvatska, Srbija, Rumunija, Bugarska, Moldavija i Ukrajina) i 4. Koridor Sever-jug (delovi Holandije i Belgije i Francuska). Najrazvijeniji je saobraćaj na rajnskom regionu, jer ostvaruju oko 90% ukupnog prometa u rečnom saobraćaju u EU a i multimodalni saobraćaj je u ovoj regiji najrazvijeniji, pre svega zbog zadovoljavajuće infrastrukture. U drugim koridorima postoje potencijali za bolju iskorićenost rečnog saobrćaja, naročito zbog ekoloških prednosti.[8]

U mnogim zemljama EU rečni transport nije razvijen npr. Velika Britanija, Finska, Italija, Švedska, Slovenija, Grčka. Zemlje koje pretenduju da postanu članice EU imaju kroz rečni saobraćaj mogućnost bržeg integrisanja, jer su rečni tokovi prirodna veza među državama koju treba iskoristiti, pogotovo u situaciji kad drumska i železnička mreža u ovim zemljama nije osavremenjena i daleko je od standard koji su propisani u EU.

Prepoznajući potencijale prevoza unutrašnjim plovnim putevima Evropska komisija je predvidela niz mera za njegovo unapređenje.

Tako se o značaju unutrašnje plovidbe govori osim u Beloj knjizi evropske komisije još u mnogim drugim dokumentima**.** [9]

---

[8]Jaseneo Marin, Promet unutarnjim plovnim putovima, Europsko prometno pravo, Zagreb, 2011, str. 187.

[9]Transport for Sustainable Development in the ECE region , UNECE ,E/CN.17/2011/4.

Pravno regulisanje unutrašnje plovidbe

Najznačajnije organizacije koje se bave unifikacijom i harmonizacijom i uopšte pravnim regulisanje saobraćaja unutrašnjim plovnim putevima u Evropi su organi Evropske unije, zatim Ekonomska komisija UN za Evropu (UNECE), Centralna komisija za navigaciju rekom Rajnom (CCNR) i Dunavska komisija.

Evropska unija kroz svoje organe donosi propise kojima reguliše saobraćaj u onim pitanjima u kojima ima potpunu nadležnost. Ciljevi transportne politike EU su pre svega u funkciji ostvarivanja zajedničkog transporta, ali su i vezani za održivi razvoj, poštujući ekološke standarde. Brojni odnosi u saobraćju unutrašnjim plovnim putevima se regulišu uredbama, direktivama i odlukama. Niz je komunitarnih propisa koji regulišu tehnička, bezbednosna pitanja, transport opasne robe ali i funkcionisanje tržišta unutrašnjim plovnim putevima.

Tako je značajna Direktiva Evropskog parlamenta o harmonizovanim Rečnim informacijskim servisima (RIS) na unutrašnjim plovnim putevima u Evropskoj zajednici.[10] Svrha ove Direktive je uspostavljanje okvira za harmonizaciju i implementaciju Rečnih informacionih servisa na svim unutrašnjim plovnim putevima EU .

Takođe je značajna Direktiva 96/75 prema kojoj se ugovori u nacionalnom i međunarodnom prevozu robe unutrašnjim plovnim putevima unutar EU mogu slobodno zaključivati uz slobodno ugovaranje cena, kao i Uredbe 3921/91 EEC I 1356/96 kojima se predviđa pravo na vršenje kabotaže i međunarodnih transportnih operacija unutar EU i u tranzitu kroz njih.[11]

Posto je ovaj vid prevoza ekološki najprihvatljiviji, značajne su direktive kojima se reguliše zaštita okoline i prevozi opasnih stvari koji su rizični po životnu sredinu. Tako su značajne Direktiva[12] o tehničkim uslovima za plovila unutrašnje plovidbe, Okvirna Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta o vodama.[13]

Ekonomska komisija UN za Evropu, osnovana 1947. sa sedištem u Ženevi, (UNECE) je organizacija zemalja zapadne, centralne i istočne Evrope, centralne Azije i severne Amerike i obuhvata ukupno 56 država.

---

[10]Directive 2005/44 EC OJ L 225.

[11] Kabotaža kao pravo pevoza broda jedne države da vrši prevoze između dve luke u nekoj drugoj državi je na Dunavu ograničeno samo na nacionalne flote, dok je kabotaža na Rajni dozvoljena za zemlje članice CCNR i EU, ali je ograničena u praksi raznim tehničkim uslovima a mogućnost da brodovi van EU i Švajcarske obavljaju kabotažu se ceni u svakom pojedinačnom slučaju.

[12] 2006/87 ES.

[13]Directive 2008/68/EC (2008)OJ L 260.

Komitet za kopneni prevoz (ITC - UNECE Inland Transport Committee) se posebno bavi pitanjima vezanim za saobraćaj.

Komitet za kopneni prevoz ESE se pre svega bavi unifikacijom tehničkih i bezbednosnih propisa kojima se reguliše saobraćaj unutrašnjim plovnim putevima. Najznačajniji dokumenti doneti pod okriljem ove organizacije a koji se odnose na održivi razvoj su:

1. AGN sporazum- Evropski sporazum o glavnim unutrašnjim plovnim putevima od međunarodnog značaja 1996.[14] koji je Srbija prihvatila. Ovim Sporazumom je uspostavljena međunarodno dogovorena evropska mreža unutrašnjih plovnih puteva i luka i jedinstvena infrastruktura i parametri kojima bi oni trebalo da odgovaraju. Uspostavljena je mreža plovnih puteva koji povezuju 37 zemalja od Atlantika do Urala i izlazi van granica Evropske regije. Država koja prihvati AGN sporazum se obavezuje na izgradnju i razvoj svojih unutrašnjih plovnih putevi luka u skladu sa dogovorenim jedinstvenim uslovima iz Sporazuma.

2. ADN sporazum-Evropski sporazum o međunarodnom prevozu opasnih stvari unutrašnjim plovnim putevima iz 2000 i 2011.[15] Ovaj Sporazum iz2000. godine je stupio na snagu 2008. a najnovije izmene si izvršene 2011. godine i još nisu stupile na snagu. Srbija je ratifikovala tekst iz 2000. godine.[16] Države članice EU svoje propise o unutrašnjim plovnim putevima od međunarodnog značaja moraju da usklade sa ADN. ADN je osnov za donošenje mera nacionalnog prava, pri čemu nacionalni propisi ne mogu biti u suprotnosti sa uslovima iz ADN , ali mogu biti strožiji.

3. CLN konvencija, Konvencija o ograničavanju odgovornosti vlasnika brodova u plovidbi unutrašnjim plovnim putevima 1973, nije stupila na snagu.

4. Protokol na CLN konvenciju iz 1978 koji , nije stupio na snagu.

5. Konvencija o registraciji plovila unutrašnje plovidbe iz 1965.

6. Konvencija o dimenzijama plovila unutrašnje plovidbe iz 1966.

7. CRTD- Konvencija o građanskoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu tokom prevoza opasne robe drumom, železnicom i brodovima unutrašnje plovidbe iz 1989. koja nije stupila na snagu.

ECE je sarađivala često sa drugim međunarodnim organizacijama, npr. sa Konferencijom UN za trgovinu i razvoj (UNCTAD) i osnovala je Agenciju za podsticanje i regulisanje multimodalnog door to door (vrata do vrata) transporta.

---

[14] ECE /TRANS/2001.

[15] ECE/TRANS/220.

[16] Sl. Glasnik RS, Međunarodni ugovori 3-10/2010.

Zajedno sa Međunarodnom trgovinskom komorom (ICC) učestvovala je u kreiranju uniformnih pravila za dokumente multimodalnog transporta.

Rajnska komisija

CCNR je osnovana Konvencijom iz Manhajma (Konvencija o plovidbi Rajnom) iz 1868. godine koju su zaključile rajnske pribrežne države Belgija, Francuska, Nemačka, Holandija i Švajcarska od kojih jedino Švajcarska nije članica EU. Sedište joj je u Strazburu.

Ova konvencija reguliše pitanja o slobodnoj plovidbi,jednakom tretmanu svih brodara, obavezama država članica u održavanju plovnog puta itd.[17]

Rajnsku komisiju čine predstavnici država članica Konvencije. Propisi koji su doneti u okviru ove organizacije se odnose na regulisanje upravljanja plovidbom Rajnom, što je u skladu sa CEVNI.[18] Takođe su doneti propisi kojima se reguliše nadzor plovila Rajnom-RVBR, izdavanje licenci za brodare na Rajni, propisi o prevozu opasnih stvari na Rajni (AND-R sporazuum).

Značaj ove organizacije je u tome što je u njenoj nadležnosti regulisanja prevoza vise od 80% robe u unutrašnjoj plovidbi u Evropi. Za plovidbu plovila izvan država EU I Švajcarske, potrebna je dozvola od strane CCNR u svakom konkretnom slučaju.[19] Posto je najveća opasnost za životnu sredinu prevoz opasnih stvari značajan je Nacrt Konvencije o prevozu opasnih stvari u unutrašnjoj plovidbi iz 2003.[20] Radi se o tekstu koji je Rajnska komisija izradila kako bi se ova važna oblast pravno regulisala i ujednačila. Ukazano je da postoje sličnosti sa već postojećom Konvencijom o građanskoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu za vreme prevoza opasnih stvari drumom, železnicom i brodovima unutrašnje plovidbe iz 1989.- CRTD, koju je izradila UNECE, ali ona nije stupila na snagu, jer se pokazalo da su previsoki limiti odgovornosti.[21] Nova Konvencija bi više štitila interese oštećene strane, između ostalog i uređivanjem odgovornosti za štete velikih razmera, katastrofalne štete, formira-

[17]Menjana brojnim protokolima, tekst dostupan na http:// www.ccr-zkr.org)

[18] CEVNI je Evropski kodeks za unutrašnju plovidbu iz 2007, koji predviđa okvirna pravila za unutrašnju plovidbu u Evropi sadrži pravila o označavanju brodova, tonaži , signalizaciji brodova, puteva i slične odredbe tehničke prirode i u skladu je sa važećim pravilima o plovidbi nu EU i na rekama Rajna, Mozel, Dunav i Sava; European Code for Inland Waterways, ECE/TRANS/2007/3.

19Jasenko Marin, Pravni okviri uređenja prometa unutarnjim plovnim putovima, Europsko prometno pravo, Zagreb 2011. str. 183.

20UNECE/TRANS/SC.3/2005/1. CRDNI.

21ECE/TRANS/32.

njem fondova za naknadu tako velikih šteta, po uzoru na rešenja u pomorskom pravu, a CRTD ne reguliše katastrofalne štete koje mogu da nastanu prevozom opasnih stvari

Dunavska komisija

Dunavska komisija je osnovana kao međunarodna međuvladina organizacija Beogradskom konvencijom (Konvencija o režimu plovidbe Dunavom, koja je menjana Dodatnim protokolom 1998, videti http:// www.danubecommission.org) 1948. godine, sa sedištem u Budimpešti. Glavni ciljevi Dunavske komisije su da obezbedi razvoj i slobodu plovidbe na Dunavu za trgovačke brodove pod zastavama svih nacija u skladu sa interesima i suverenim pravima država članica Beogradske konvencije.

Osnovni cilj Dunavske komisije je da promoviše aktivnosti kojima se podstiče razvoj slobodne plovidbe na reci Dunav za sva plovila koje plove pod zastavama pribrežnih zemalja. Zemlje članice Dunavske komisije su: Nemačka, Austrija, Slovačka, Mađarska, Srbija, Hrvatska, Rumunija, Bugarska, Moldavija, Ukrajina, Rusija. Javnopravna pitanja vezana za plovidbu Dunavom regulišu se Konvencijom o režimu plovidbe Dunavom iz 1948. (Beogradska konvencija) menjana dodatnim protokolom 1998. Ovom konvencijom je ostvaren slobodan prevoz na Dunavu za sve zemlje uz izuzetak kabotaže.[22] Države članice su obavezne da održavaju plovni put na Dunavu unutar svojih granica.

Za razliku od propisa koji se donose u okviru Rajnske komisiji koji su obavezujući, ovi koje donosi Dunavska komisija imaju karakter preporuka za države članice.[23] To znači da svaka država odlučuje da li se ove preporuke ugraditi u svoj nacionalni pravni sistem, a svaka država članica Dunavske komisije priznaje nacionalne propise druge države članice. Preporuke koje se donose u okviru Dunavske komisije regulišu nautička pitanja tehničke uslove za brodove i zaštitu okoline i sprečavanje zagađivanja voda koje je rezultat plovidbe. Sporazum AND-D reguliše prevoz opasnih stvari Dunavom .

Da bi se obezbedilo stvaranje jedinstvenog evropskog unutrašnjeg plovnog puta neophodna je saradnja među ovima organizacijama. Zato se ostvaruje saradnja Rajnske, Dunavske komisija, UNECE i Evropske komisije.

[22]Kabotaža kao prevoz između dve luke na Dunavu u jednoj državi za brodove koji plove pod zastavom druge države dozvoljen je samo prema propisima zemlje u kojoj se taj prevoz vrši.

[23]Jasenko Marin op.cit. str. 184.

Tako je donet Roterdamski sporazum 2001 (Rotterdam declaration-Pan-European Conference of Inland waterway transport) koji su zaključili predstavnici vlada evropskih zemalja i međunarodnih organizacija (Rajnska i Dunavska komisija) na Panevropskoj konferenciji o prevozu na unutrašnjim plovnim putevima u kome je iskazan interes za rast prevoza unutrašnjim plovnim putevima, poštovanje slobode plovidbe, jednakog tretmana za sve korisnike plovnih puteva i uređenje plovnih puteva za sigurnu plovidbu.[24] Svih 39 država uključenih u unutrašnje plovne puteve ili kratke pomorske rute u evropsku vodenu mrežu (regulisanu Sporazumom AGN) su zainteresovane za harmonizaciju pravila koja regulišu plovidbu unutrašnjim plovnim putevima. U izveštaju sa Panevropske konferencije se ukazuje na brojne zakonske prepreke u daljem bržem razvoju saobraćaja unutrašnjim plovnim putevima. To su ograničenja korišćenja i pristupa unutrašnjim plovnim putevima i lukama, postojanje različitih režima i tehničkih uslova , certifikata, ograničenja slobode u određivanje cene usluge itd. Mnoga ograničenja potiču iz međunarodnih a neka iz nacionalnih propisa. Ovi problemi treba da se prevazilaze stvaranjem jedinstvenih pravnih pravila za Panevropski unutrašnji plovni put.

Posle Roterdamske deklaracije, donet je niz dokumenata u kojima se predviđaju konkretne mere za podsticanje ovog saobraćaja.

Među poslednjim dokumentima je Bukureštanska deklaracija iz 2006 (Bucharest Declaration on Inland navigation 2006) u kojoj se u delu koji je naslovljen Ključni elementi budućeg Panevropskog transportnog sistema[25] predviđa nekoliko važnih ciljeva. Prvo, to je dalja harmonizacija pravnih pravila i drugo što šire učešće država koje za to imaju interes (dakle ne samo one iz EU) da se uključe u realizaciju zajedničkog projekta.[26] To je Akcioni program koji predviđa za period 2006-2013. mere za podsticanje ovog saobraćaja modernizacijom flote, poboljšanjem infrastrukturnih puteva, harmonizacijom propisa. Ciljevi ovog programa su razvoj tržišta unutrašnjih plovnih puteva, podsticanje prevoza opasnih tereta ovim putevima, uključivanje malih i srednjih preduzeća u ovaj posao, razvoj i osavremenjavanje brodske flote novim tehnologijama, podsticanje politike zapošljavanja i stručnosti. Posebno se ukazuje na činjenicu da saobraćaj unutrašnjim plovnim putevima uključuje i zemlje koje nisu članice EU (Švajcarska, Srbija, Crna Gora, Ukrajina i Rusija) čije interese takođe treba uzeti u obzir.

[24]ECE/TRAN/122.
[25] UNECE/TRANS/SC.3/155.
[26]COM(2006)6 not published in the OF J.

Komisija za sliv reke Save

Radi se o međunarodnoj organizaciji sa sedištem u Zagrebu, koja je osnovana na osnovu Okvirnog sporazuma o slivu reke Save koji su potpisale pribrežne države (Slovenija, Hrvatska, Bosna i Hercegovina i Srbija) 2002. Cilj ove Komisije je uspostavljanje međunarodnog režima plovidbe Savom i njenim plovnim pritokama, uspostavljanje održivog upravljanja vodama, i sprečavanje ili ograničavanje opasnosti kao i uklanjanje štetnih posledica zbog poplava, leda, susa i nezgoda.

U prethodnim delovima je analizirana pravna regulative koja ima direktnog uticaja na podsticanje održivog razvoja unutrašnje plovidbe. Ovom prilikom nisu predmet analize privatno pravna pitanja koja se odnose na regulisanje ugovornih i vanugovornih odnosa, posebno odgovornosti prevozioca i korisnika prevoza, mada i u ovoj oblasti postoje harmonizovana i unifikovana pravila, ali u manjoj meri kao npr. CMNI konvencija tzv. Budipeštanska konvencija o ugovoru o prevozu robe unutrašnjim plovnim putevim iz 2001.[27] i CLNI konvencija tzv. Strazburska konvencija o odgovornosti vlasnika plovila u unutrašnjoj plovidbi iz 1988.[28]

Železnički saobraćaj

Drugi vid saobraćaja koji može da ispuni uslove održivog saobraćaja je železnički saobraćaj. Železnica kao energetski isplativ, efikasan, bezbedan i ekološki prihvatljiv prevoz, naročito na većim relacijama i u odnosu na drumski prevoz, mora biti podstaknuta. Zajedničkom saobraćajnom politikom EU je utvrđeno da se železnički saobraćaj kao bezbedniji, ekonmičniji i ekolški prihvatljiviji od drumskog može oživeti i modernizovati i tako učiniti stvarno konkurentnim drumskom saobraćaju. Kao dugoročni ciljevi[29] su postavljeni otvaranje tržišta železničkih usluga, razvoj kabotažnog saobraćaja, izgradnja odgovarajuće železničke infrastrukture, razdvajanje funkcije upravljanja od samog prevoza, podsticanje tržišnih zakonitosti u poslovanju železnica, integracija nacionalnih železničkih sistema u jedan evropski sistem i poboljšanje kvaliteta usluga. Neki od ovih ciljeva su ostvareni a neki će tek biti.

---

[27]Sl.Glasnik RS, Međunarodni ugovori br.1/2010.

[28]ECE/TRANS/SC3/2007.

[29] Bela knjiga 2011-jiga-Nacrt za jedinstveni evropski prometni prostor-Na putu konkurentnog i ekonomski efikasnijeg saobraćajnog sistema -White Paper 2011-Roadmap to a Single European Transport Area-Towards a competitive and resource efficient transport system, COM /2011/144.

Kao i u drugim vrstama međunarodnog saobraćaja, postignut je značajan stepen unifikacije i harmonizacije propisa. Veći broj međunarodnih dokumenata, bilo da se radi o međunarodnim konvencijama ili tzv. mekom pravu koje je manje obavezujuće (soft low), reguliše brojna pitanja iz domena železničkog saobraćaja. Pored toga na nivou EU komunitarnim propisima su uređene brojne oblasti. Zato će se u radu ukazati na značajne organizacije koje se bave ovim poslom kao i na njihove najznačajnije rezultate.

Železnički saobraćaj, za razliku od drugih vidova transporta, prelazi dug put preobražaja od državnog monopola ka slobodnom tržišnom privređivanju, i to je otežavajuća okolnost za posao revitalizacije.

Dugogodišnji državni monopoli u železničkom saobraćaju predstavljali su teškoće u formiranju zajedničke železničke transportne politike na nivou EU. Da bi se revitalizovala železnicka delatnost neophodna je bila liberalizacija tržišta. Otvaranje tržišta je bilo moguće razdvajanjem prevozničke delatnosti koju je trebalo izložiti konkurenciji, i upravljanja infrastrukturom koje je moglo da ostane monopol države, jer je železnička infrastruktura prirodni monopol. Ovaj proces je otpočeo donošenjem Direktive 91/440. Reorganizacija je značila uvođenje tržišta i nezavisno upravljanje železnicom, finansijsko razdvajanje funkcije prevoza i infrastrukture. Međutim, posao upravljanja infrastrukturom ostaje u punoj nadležnosti države. Država zadržava pravni monopol u upravljanju železničkom infrastrukturom preko tela kojima poverava obavljanje poslova u ime i za račun države i to zato što je železnička infrastruktura prirodni monopol.[30] Zbog velikih razlika u kvalitetu upravljanja infrastrukturom u različitim državama EU došlo je do velikih problema na nivou EU. Novije države članice malo investiraju u infrastrukturu u odnosu na neke koje su pokrenule velike investicione cikluse u železničku infrastrukturu. Posto konkurentnost železničkog u odnosu na druge vidove saobraćaja, naročito drumski zavisi od cene pristupa na infrastrukturu i njenog kvaliteta na čitavoj mreži unutrašnjeg tržišta, prevozioci zahtevaju da se pooštre mere za povećanje kvaliteta upravljanja na području cele EU i da se troškovi pristupanja infrastrukturi harmonizuju kakao bi prevozioci na celom području EU imali slične uslove za pristupanje tržištu.

Pravno regulisanje železničkog saobraćaja

Najznačajnije međunarodne organizacije koje se bave pravnim regulisanjem različitih pitanja železničkog saobraćaja su:

[30]Nikoleta Radionov, Željeznički promet, Europsko prometno pravo, Zagreb 2011 str 71.

OTIF (Intergovernmental Organization for International Carriage by Rail) je Međuvladina organizacija za međunarodne prevoze železnicama sa sedištem u Bernu koja je osnovana i čije su nadležnosti utvrđene Konvencijom COTIF 1980/1999. Osnovni cilj je da radi na daljem ujednačavanju i razvoju međunarodnog železničkog prava. Pod pokroviteljstvom ove organizacije doneta je međunarodna konvencija COTIF koja na sveobuhvatan način reguliše brojne aspekte međunarodnog železničkog prevoza.

CIT (International Rail Transport Committee) je Međunarodni komitet za železnički transport (zajedno sa OSJD Draft of the GTC), sedištem u Bernu, ima više od 200 preduzeća železničkih brodarskih kompanija koje učestvuju u multimodalnom prevozu.

UIC (International Union of railways) je Međunarodna železnička unija, sedište u Parizu i ima 197 članova na 5 kontinenata, železničkih kompanija menadžerskih preduzeća, operatera kombinovanog transporta

OSJD (Organization for Cooperation of Railways Organizacija) iz Varšave je organizacija za saradnju železnica je osnovna kao ekvivalent UIC i to za evroazijski region i danas ima 27 država članica. Značajan rad na unifikaciji železničkog prava se vidi kroz SMGS i SMPS sporazume kao i rad sa drugim organizacijama na daljoj unifikaciji železničkog prava za Evro -azijski region.[31]

UNECE je aktivna u radu na unifikaciji evroazijskog železničkog transporta a donela je i niz propisa kao npr. Evropski sporazum o glavnim međunarodnim železničkim linijama GOD donela npr. European Agreement on Main International railway Lines (ECE/TRANS/SC.2/2010/1)

EU organi EU su aktivni naročito od 1990 na pravnom regulisanju železničkog prava pre svega putem direktiva.

Najznačajnija je međunarodna konvencija COTIF kojom se regulišu brojna pitanja međunarodnog železničkog saobraćaja.

COTIF

Konvencija o međunarodnim prevozima železnicama (Convention concerning international transport by rail) je doneta 1980.[32] COTIF je menjan Protokolom iz Viljnusa 1999. (Protocol for the modification of the Convention concerning international transport by rail.[33] Protokol iz

[31]GTC Euro Asia, Opšti uslovi za evroazijski transportni ugovor, General Terms and Conditions for Euro Asian transport contracts donela npr OSJD convention on direct railway connections, ECE/TRANS/SC.2/GEURL/2011/9.

[32] Jugoslavija je ratifikovala COTIF 1984 Sl.list SFRJ, Međunarodni ugovori 8-84.

[33] Protokol stupio na snagu 2006. a Srbija ga usvojila 2007. Zakonom o potvrđivanju Protokola Sl. glasnika RS, Međunarodni ugovori 102-2007.

1999. je značajan jer između ostalog koncentriše nadležnosti za regulisanje svih pitanja iz železničkog saobraćaja u međunarodnu organizaciju OTIF, što treba da dovede do bolje organizacije železničkog saobraćaja u Evropi i stvaranja modernog i jedinstvenog evropskog železničkog saobraćaja. Prihvatanjem Protokola iz 1999. se omogućilo da se nadležnosti rasute po brojnim međunarodnim organizacijama koncentrišu u OTIF, što čini rad na unifikaciji pravila efikasnijim . COTIF kao sistem u novoj verziji pokriva skoro sve oblasti železničkog prevoza.

Poseban razlog za izmenu Protokolom je i ugradnja rešenja koje se odnose posebno na liberalizaciju i razvoj konkurencije u železničkom saobraćaju. Pravno i organizaciono odvajanje železničke infrastrukture od funkcije transporta, dozvola da i privatna preduzeća obavljaju železnički transport je uticalo da dugogodišnji monopolski položaj države u železničkom saobraćaju bude poljuljan. U ostvarivanju modernog i tržišno zasnovanog saobraćaja veliku ulogu treba da ima OTIF kao ključna međunarodno organizacija koja se bavi svim bitnim pitanjima za železnički saobraćaj.

Predviđena je sloboda ugovaranja prevoza između prevozioca i korisnika usluge. Ukinuta je obaveza prevoženja i obaveza objavljivanja tarifa. Novina je da svaki prevozilac ima pravo da sam odluči o prijemu robe na prevoz, kao i pravo da pregovara o uslovima za prijem robe na prevoz.

Glavni cilj izmena 1999. se odnosi na dodatke tj. otklanjanje razloga za rezerve na primenu dodataka uz COTIF i to E/CUI, F/APTU, G/ATMF koje su na zahtev EU države članice stavile. To je ometalo jedinstvo u primeni COTIF kao sistema, s obzirom da u novoj verziji i ova konvencija pokriva skoro sve oblasti železničkog prevoza.[34] COTIF iz 1999. su ratifikovale sve države članice EU, a EU je kao entitet 2011. prihvatala COTIF. Ovu Konvenciju su ratifikovale skoro sve države Evrope osim bivših država SSSR, mada su Litvanija i Letonija ratifikovale, kao i četiri države Bliskog istoka i tri države severne Afrike.

COTIF iz 1999. uređuje sva pitanja međunarodnog železničkog prevoza koji se odvija između država članica ove konvencije. Osim teksta glavne Konvencije ima i sedam dodataka koji uređuju sadržinski različita pitanja železničkog prevoza.. U prvom delu se reguliše položaj Međuvladine organizacije za međunarodne prevoze železnicama OTIF, drugi je Protokol o privilegijama i imunitetima OTIF. Zatim slede dodaci:

[34] 47 država je prihvatilo ovu verziju COTIF-a tri države članice OTIF Irska, Italija i Švedska nisu ratifikovale, ali mogu na osnovu ugovorne obaveze njihove železnice da je primenjuju.

Dod A CIV Jednoobrazna pravila o ugovoru o međunarodnom železničkom prevozu putnika i prtljaga reguliše međunarodni prevoz putnika i prtljaga.

Dod B CIM Jednoobrazna pravila o ugovoru o međunarodnom prevozu robe železnicom reguliše međunarodni prevoz robe. Upoređujući rešenja u unifikaciji pravila o odgovornosti ,jer su to najvažnije odredbe svake konvencije za čije formulisanje se učesnici posla najviše zainteresovani, može se reći da je u oba slučaja i za prevoz robe ali i za prevoz putnika predviđena objektivna odgovornost železničkog prevozila. Međutim jednoobrazno regulisanje odgovornosti je potpunije i uspešnije ostvareno u oblasti prevoza robe nego što je to slučaj sa prevozom putnika.

Dod C RID Jednoobrazna pravila o ugovoru o međunarodnom prevozu opasne robe železnicom regulise prevoz opasnih i štetnih stvari u međunarodnom železničkom prevozu. Po svojoj prirodi slična su pravilima ADR i AND kojima se reguliše prevoz ovih rizičnih roba u drumskom i sabraćaju unutrašnjim plovnim putevima. Kako se RID primenjuje samo na međunarodne prevoze , za nacionalne železničke prevoze opasnih i štetnih stvari u državama članicama EU doneta je Direktiva 96/49 (Directive 96/49 EC OJ L 235), mada je 2008 . doneta Direktiva 2008/68/EC (2008) OJ L 260) koja na jedinstven način reguliše prevoz opasnih i štetnih stvari u kopnenom prevozu u drumskom, železnicom i saobraćaju unutrašnjim plovnim putevima, kojom je i ukinuta Direktiva 96/49.

Dod D CUV Jednoobrazna pravila o ugovoru o korišćenju vozila u međunarodnom saobraćaju železnicom

Dod E CUI Jednoobrazna pravila o ugovoru o korišćenju infrastrukture u međunarodnom saobraćaju železnicom

Dod F APTU Jednoobrazna pravila o vrednovanju tehničkih standard i usvajanje jedinstvenih tehničkih propisa primenljivih na železnička sredstva namenjena korišćenju u međunarodnom saobraćaju

Dod G ATMF U Jednoobrazna pravila koja se odnose na tehnički prijem železničkog materijala koji se koristi u međunarodnom saobraćaju**.**

SMGS SMPS sporazumi

Pored konvencije COTIF koja se primenjuje na železničke prevoze u evropskim zemljama, postoje i dva međunarodna sporazuma o železničkim prevozima robe i putnika i prtljaga za istočnoevropske zemlje i neke zemlje Azije. Radi se o Sporazumu o međunarodnom železničkom robnom saobraćaju SMGS 1951. koji je u više navrata menjan. Međunarodni železnički prevoz putnika i prtljaga se reguliše Sporazumom o međunarodnom putničkom saobraćaju 1951. Oba sporazuma su doneta u

okviru Organizacije za saradnju železnica OSJD i primenjuju se između država članica kao i u saobraćaju sa državama koje ih primenjuju na osnovu ugovora odnosno tarifa.[35]

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

SMPS je sporazum kojim se uređuju direktan međunarodni železnički prevoz i zelezničko - pomorski prevoz putnika i prtljaga između država potpisnica. Ovaj Sporazum je menjan poslednji put 1999.

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

Problem međunarodnog železničkog prevoza između zemalja potpisnica samo konvencije COTIF sa zemljama ugovornicama sporazuma SMGS i SMPS nije rešen. Nema direktnog prevoza na osnovu jednog ugovora o prevozu između država potpisnica samo sporazuma SMGS tj. SMPS sa državama koje su prihvatile samo Konvenciju COTIF. Međunarodni železnički prevoz između ovih država se vrši na osnovu dva samostalna ugovora o prevozu, jedan je regulisan po konvenciji COTIF a drugi prema sporazumu SMGS odnosno SMPS. Zbog toga se ovi problemi često rešavaju na regionalnom nivou zaključivanjem partikularnih sporazuma , kao što je učinila naša zemlja., Turska, Sirija, Liban, Irak, zatim SSSR i Finska, SSSR i SFRJ u tranzitu preko Mađarske , SSSR i Austrija.

Usklađivanje COTIF i SMGS režima

Zbog toga što postoje dva pravna sistema u regulisanju ugovora o prevozu robe i putnika i to onaj na koji se primenjuje COTIF i drugi za koji važi SMGS odn. SMPS sporazumi, javila se potreba ujednačavanja pravila između ova dva sistema. Zato su u cilju unapređenja međunarodnog železničkog saobraćaja predstavnici EU, UNECE, Rusije i međunarodnih organizacija OTIF, OSJD usvojili zajedničku dugoročnu strategiju razvoja propisa iz oblasti železničkog saobraćaja.

Prvi korak je Priručnik CIM-SMGS iz 2006. Zajednički CIM/SMGS tovarni list. (Common CIM /SMGS consignment note) koji sadrži unifikovana pravila za tovarni list za prevoze koji podležu različitim pravnim režimima.

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

Drugi značajan dokument je Međunarodni dokument koji sluzi kao politički okvir (IGD- Inter Governmental Documents as a policy framework for General Terms and Conditions for Euro-Asian rail transport contracts (GTC) za GTC-Opšte uslove za Evroazijski železnički ugovor. IGD je usvojen u okviru ECE 2011. godine i predstavlja strategiju unifikacije železničkog prava. Preporučuje se donošenje i primena Opštih uslova za Evroazijski železnički ugovor.[36]

Principi na kojima se GTC zasniva su olakšavanje međunarodnog železničkog prevoza uspostavljanjem jedinstvenog ugovornog odnosa između železničkih preduzeća i korisnika koje pripadaju različitom režimima železničkog prava COTIF/CIM i SMGS za panevroski i evroazijski železnički prostor. GTC je po svojoj prirodi soft law (meko prav), sto znači da nije obavezan, već njegova primena zavisi od toga da li su ga ugovorne strane predvidele. GTC sadrži pravila o jednom ugovoru koji vazi za panevropski i evroazijski prostor, jednom tovarnom listu i jednom režimu odgovornosti. GTC je u skladu sa relevantnim odredbama COTIF/CIM i SMGS, relevantnim zakonodavstvom EU i nacionalnim propisima. Za realizaciju GTC potrebno je obezbediti adekvatnu infrastrukturi, prevozna sredstva, opremu. GTC se ne odnosi na pravni rezim prevoza opasnih stvari. S obzirom na pravnu prirodu GTC koji pripadaju tzv. neobavezujućem mekom pravu, koje postaje obaveza ukoliko se njegova primena ugovori, to znači da i pod tim uslovom, nacionalni imperativni propisi imaju prioritet u primeni. Ovi opšti uslovi predviđaju mogućnost javno privatnog partnerstva u ovoj oblasti.

[36]ECE/TRANS/2011/3.

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

Transport and Substantial Development

Abstract

Transport and mobility are essential preconditions for sustainable - development. Transport affects social, economic and environmental sustainability. Environmental sustainability is affected negatively by transport through the consumption of non renewable energy, the emission of harmful pollutants and greenhouse gases. Sustainable transport is safe, high quality and accessible to all, ecologically sound, economically viable and positive contributor to local, national and international development.Integrated urban and rural transport planning, as well as supportive fiscal and regulatory policies, combined with the development of new technologies and greater international cooperation, are key factors for achieving a transport sector that meets the requirements of sustainable development.

Key words: transport, substantial development, environment, inland navigation, railway traffic

Originalni naučni rad UDK 347.952(497.11)
doi:10.5937/zrpfns46-2047

Dr Ranko Keča, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

O OSNOVNIM NAČELIMA ZAKONA O IZVRŠENJU I OBEZBEĐENJU[1]

Sažetak: *U radu se razmatra sistem načela Zakona o izvršenju i obezbeđenju. Razmatra se u kojoj meri ta rešenja odgovaraju ranije važećem zakonodavstvu i pre svega u svetlu procesne pozicije glavnih procesnih subjekata – izvršnog poverioca i izvršnog dužnika. Obuhvaćen je sadržaj osnovnih načela ovog postupka: načela socijalnog postupanja, načela dispozicije i oficijelnosti, načela obostranog saslušanja stranaka, načela pismenosti, posrednesti i nejavnog postupanja, načela formalnog legaliteta, načela hitnosti i načela vremenskog prioriteta. Pored toga što novi Zakon o izvršenju i obezbeđenju teži snažnijoj zaštiti interesa izvršnog poverioca primetan je napor redaktora ovog zakonskog teksta da se novim zakonskim rešenjima doprinese bržem i efikasnijem ostvarivanju ovog vida pravne zaštite što se ispoljava u nizu konkretnih procesnih ustavova kojesu prikazane u radu.*

Ključne reči: *Zakon o izvršenju i obezbeđenju, načela izvršnog postupka, načelo socijalnog postupanja, načela dispozicije i oficijelnosti, načelo obostranog saslušanja stranaka, načela pismenosti, posrednesti i nejavnog postupanja, načelo formalnog legaliteta, načelo hitnosti, i načelo vremenskog prioriteta, procesni položaj stranaka u izvršnom postupku.*

1. Uvodne napomene

Regulisanje (građanskog sudskog) izvršnog postupka (i postupka obezbeđenja) je u proteklih desetak godina bilo predmet više za-

[1] Rad je posvećen naučnoistraživačkom i razvojnom projektu Pravnog fakulteta u Novom Sadu pod nazivom *Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)*

konskih tekstova.[2] Zakoni su sukcesivno donošeni trajući izuzetno kratak vremenski period.[3] Uporedo sa ovom regulativom donošeni su zakoni kojima su uređivane različite forme vansudskog izvršenja određenih građanskopravnih potraživanja. U pitanju su propisi iz domena založnog prava kojima se otvorila mogućnost vansudskog namirenja poverioca.[4] Izrazito dinamična zakonodavna aktivnost u materiji izvršnog postupka je u osnovi izražavala ideju da su, do tada važeća rešenja, zastarela i neefikasna sa veoma složenim i komplikovanim formama postupanja koje neredko obesmišljavaju ovaj vid pravne zaštite. Otklanjanje navedenih problema se pokušalo rešiti uvođenjem mogućnosti vansudskog izvršenja potraživanja obezbeđenih zalogom i hipotekom ali i menjanjem nekih osnovnih pristupa na kojima je bilo zasnovano ranije važeće zakonodavstvo kojim je regulisan izvršni postupak. U navedenim okvirima su definisana i osnovna načela ovog postupka.

Sistem načela uspostavljen važećim Zakonom o izvršenju i obezbeđenju u određenim fragmentima sledi ranije važeće pristupe koji su tipični za ovaj vid pravne zaštite. Neka od načela imaju bitno drugačiji sadržaj od onog koji imaju u parničnom postupku i najčešće su bez nekog posebnog značaja u postupku. Najzad, postoje ona koja su svojstvena samo ovom vidu pravne zaštite.

---

[2] U prethodnom periodu zakonodavna aktivnost ni približno nije imala ovu dinamiku. Sve do donošenja Zakona o izvršnom postupku iz 1978. godine (Službeni list SFRJ, br: 20/1978, 6/1982, 74/1987, 57/1989, 27/1990, 35/1991, 27/1992, 31/1993.) primenjivana su, na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6.aprila i za vreme neprijateljske okupacije (Službeni list FNRJ, br: 86/1946) pravna pravila Zakona o izvršenju i obezbeđenju Kraljevine Jugoslavije Službene novine, br: 131 XXXIX). Pre donošenja Zakona o izvršnom postupku iz 1978. godine bili su doneti propisi kojima je parcijalno regulisana materija izvršenja – Uredba o postupku radi izvršenja nad imovinom stranih država u FNRJ (Službeni list FNRJ, br: 39/1952) i Zakon o izvršenju radi namirenja novčanih potraživanja korisnika društvenih sredstava (Službeni list FNRJ, br: 52/1971).

[3] Prvo je 2000. godine donet Zakon o izvršnom postupku (Službeni list SRJ, br: 28/2000, 73/2000, 71/2001). Za četiri godine je usledilo donošenje novog Zakona o izvršnom postupku (Službeni glasnik RS", broj 125/2004). Važeći Zakon o izvršenju i obezbeđenju je donet ove godine (Službeni glasnik RS, br: 31/2011). Dakle, u periodu od svega deset godina doneta su tri zakona kojima se reguliše materija izvršenja i obezbeđenja. Svi ovi zakonski tekstovi su zasnivani na ideji da je ranije važeća regulativa zastarela i prevaziđena pa je treba zameniti novom i uspešnijom.

[4] Odgovarajuće forme vansudskog izvršenja potraživanja obezbeđenih zalogom i hipotekom uvedene su: Zakonom o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar (Službeni glasnik RS, br: 57/2003, 61/2005, 64/2006), Zakonom o hipoteci (Službeni glasnik RS, br:115/2005).

2. Načelo socijalnog postupanja (određivanje procesnog položaja stranaka)

Postoje načela koja se posebno ne naglašavaju ali u potpunosti prožimaju izvršni postupak. U navedenom značenju treba razumeti način na koji se rešava odnos između izvršnog poverioca i dužnika u postupku. Za razliku od zakonodavstva koje je važilo do 2000. godine, koje je pretežnim delom štitilo interese izvršnog dužnika, kasnija zakonska rešenja izražavaju sasvim drugačiju vrstu pristupa davajući primat interesima izvršnog poverioca.[5] Osnovno pitanje koje koje se postavlja pred zakonodavca prilikom regulisanja izvršnog postupka jeste nalaženje odgovarajućih metoda kojima bi se uskladili suprostavljeni interesi stranaka u ovom postupku – izvršnog poverioca i izvršnog dužnika. Naći pravu meru u regulisanju ovog odnosa jeste, kako se sa razlogom ističe najteži, ali i najvažniji legislativni zadatak u domenu izvršnog procesnog prava.[6]

Ranije važeće zakonodavstvo je izričito propisivalo načelo socijalnog postupanja (načelo zaštite izvršnog dužnika). Načelom je na određeni način favorizovan položaj izvršnog dužnika. Smatralo se da vođenje postupka ne sme da ugrozi egzistenciju i dovede do ekonomske propasti ove stranke. Zahtevalo se takođe da se postupak vodi tako da ne povređuje dostojanstvo dužnika. Ni u tom režimu, bar kada su u pitanju bili privredni subjekti, vođenje postupka nije u potpunosti otklanjalo navedeni rizik jer je neuspešno okončanje izvršnog postupka bilo osnov za pokretanje stečajnog postupka koji je mogao rezultirati stečajem (ban-

[5] Zakon o izvršnom postupku iz 1978 je zaštitu dužnika fizičkog i pravnog lica formulisao u značenju osnovnog načela. Kao prvo, bilo je određeno da se izvršenje novčanog potraživanja i obezbeđenje tog potraživanja određuje i sprovodi u obimu koji je potreban za namirenje, odnosno obezbeđenje, član, 4. ZIP iz 1978. godine. Zaštitu dužnika, fizičkog lica su regulisale odredbe člana 5. ZIP iz 1978.godine. Prema citiranom članu izvršenje radi namirenja novčanog potraživanja i obezbeđenja tog potraživanja nije bilo moguće sprovesti na stvarima ili pravima koji su neophodni za zadovoljenje osnovnih životnih potreba dužnika i lica koje je po zakonu dužan da izdržava ili za vršenje samostalne delatnosti koja je dužnikov glavni izvor sredstava za život. Pri sprovođenju izvršenja i obezbeđenja moralo se voditi računa o dostojanstvu ličnosti dužnika kao i o tome da izvršenje i obezbeđenje budu što manje nepovoljni za dužnika. ZIP iz 1978. godine je propisivao i zaštitu delatnosti određenih pravnih lica. Prema odredbi člana 6. na stvarima i pravima u društvenoj svojini koje koriste društveno – političke zajednice i njihove organi, organizacije udruženog rada i druge samoupravne organizacije i zajednice nije bilo dopušteno sprovođenje izvršenja i obezbeđenja radi sprovođenja novčanog potraživanja ako su te stvari ili prava uslov za vršenje njihovih zadataka, odnosno uslov njihovog rada. Odredba je primenjivana i na društveno – političke organizacije, društvene organizacije i uduženja građana. Bliže: B. Starović, Komentar Zakona o izvršnom postupku, Beograd, 1987, str. 24. do 28.

[6] O. Jauernig, Zwanfsvollstreckungs – und Konkursrecht, München, 1997, str. 1

krotom) tih subjekta. U realnosti se, međutim, veoma se retko događalo da stečajni postupak ima tu vrstu posledice. U navedenim okvirima gubio se smisao izvršnog (i stečajnog) postupka jer se veoma često događalo da poverilac ne ostvari svoje potraživanje. Određeni vidovi zaštite izvršnog dužnika ipak i dalje postoje, pre svega putem izuzimanja ili ograničenja izvršenja na određenim stvarima ili potraživanjima. U pitanju su predmeti izvršenja na kojima se ne dopušta izvršenje ili se ograničava po obimu. [7] Ideja je prisutna i u pravilima po kojim je sud, odno-

[7] Prema odredbi člana 82. Zakona o izvršenju i obezbeđenju (u daljem tekstu: ZIO) ne mogu biti predmet izvršenja sledeće pokretne stvari: 1) odeća, obuća i drugi predmeti lične upotrebe, posteljina, posuđe, deo nameštaja koji je neophodan izvršnom dužniku i članovima njegovog porodičnog domaćinstva, šporet, frižider i peć za grejanje; 2) hrana i ogrev za potrebe izvršnog dužnika i članova njegovog domaćinstva za tri meseca; 3) gotov novac dužnika koji ima stalna mesečna primanja do mesečnog iznosa koji je po zakonu izuzet od izvršenja, srazmerno vremenu do sledećeg primanja; 4) ordenje, medalje, ratne spomenice i drugi znaci odlikovanja i priznanja koje je primio izvršni dužnik, lična pisma, rukopisi i drugi lični spisi izvršnog dužnika, kao i porodične fotografije; 5) pomagala koja su invalidu ili drugom licu sa telesnim nedostacima neophodna za obavljanje njegovih životnih funkcija; 6) kućni ljubimac. Kada su u pitanju nepokretnosti ne može biti predmet izvršenja poljoprivredno zemljište zemljoradnika u površini do 10 ari. Ograničenje se ne primenjuje na izvršenje radi ostvarivanja novčanog potraživanja obezbeđenog ugovornim založnim pravom na nepokretnosti (hipotekom), član 115. ZIO. Prema odredbi člana 147. ZIO ne mogu biti predmet izvršenja: 1) primanja po osnovu zakonskog izdržavanja, naknade štete nastale usled oštećenja zdravlja ili umanjenja, odnosno gubitka radne sposobnosti i zbog izgubljenog izdržavanja usled smrti davaoca izdržavanja; 2) primanja po osnovu naknade zbog telesnog oštećenja po propisima o invalidskom osiguranju; 3) primanja po osnovu socijalne pomoći; 4) primanja po osnovu privremene nezaposlenosti;5) primanja po osnovu dodatka na decu; 6) primanja po osnovu stipendije učenicima i studentima; 7) druga potraživanja čiji je prenos zabranjen zakonom. ZIO sadrži i odredbe kojima se izvršenje na određenim potraživanjima izvršnog dužnika prema trećim licima ograničava do određenog iznosa. Izvršenje na zaradi i penziji, kao i naknadi zarade može se sprovesti do iznosa od dve trećine tih potraživanja. Ako se izvršenje sprovodi na minimalnoj zaradi predmet izvršenja može biti samo do polovine zarade. Izvršenje na primanju ratnih i mirnodopskih vojnih invalida po osnovu invalidnine, ortopetskog dodatka i invalidskog dodatka može se sprovesti samo za potraživanja po osnovu zakonskog izdržavanja, naknade štete nastale usled oštećenja zdravlja ili umanjenja, odnosno gubitka radne sposobnostii zbog izgubljenog izdržavanja usled smrti davaoca izdržavanja do polovine tih primanja. Izvršenje na primanju po osnovu naknade štete u vidu novčane rente koja se dosuđuje po osnovu pravila obligacionog prava, ugovora o doživotnom izdržavanju, kao i na primanju po osnovu ugovora o osiguranju života može se sprovesti samo na delu koji prelazi iznos najviše socijalne pomoći koja se isplaćuje na području na kome izvršni dužnik ima prebivalište, član 148. ZIO. Ako potraživanje dužnika glasi na predaju stvari izvršenje se dopušta u meri u kojoj bi se moglo sprovesti da je stvar u svojini izvršnog dužnika i da se primenjuju pravila o izvršenju novčanog potraživanja na pokretnim stvarima izvršnog dužnika, član 149. ZIO.

sno izvršitelj prilikom određivanja sredstava i predmeta izvršenja (ili obezbeđenja) ima obavezu da vodi računa o srazmernosti između visine obaveze izvršnog dužnika i sredstava i predmeta izvršenja, odnosno obezbeđenja sa osnovnim ciljem njihovog ograničenja u meri koja je dovoljna za namirenje određenog potraživanja. [8] S druge strane, navedeno pravilo nema apsolutan značaj i u određenoj je kontradikciji za odredbom po kojoj se izvršitelj ovlašćuje da odredi sredstava i predmeta izvršenja način kojim se najpovoljnije ostvaruje namirenje izvršnog poverioca.[9] Zaštita dostojanstva izvršnog dužnika ostvaruje se primenom pravila kojima se izvršitelj, odnosno sudski izvršitelj obavezuje da prilikom preduzimanja izvršnih radnji postupa sa dužnim obzirom prema ličnosti izvršnog dužnika i članova njegovog domaćinstva. [10] Sprovođenju izvršnih radnji u stanu izvršnog dužnika, moraju prisustvovati dva punoletna građanina ako se preduzimanje tih radnji vrši u odsustvu izvršnog dužnika, njegovog zakonskog zastupnika, punomoćnika ili odraslog člana domaćinstva. Pravilo o prisustvu dva punoletna lica primenjuje se i kada izvršne radnje treba sprovesti u prostoriji koja je zaključana a izvršni dužnik nije prisutan ili ne pristaje da otvori prostoriju. Zaštitu interesa izvršnog dužnika u postupku omogućuje i primena pravila o protivizvršenju.[11] Vremenom je navedeni pristup menjan, tako da se pored zaštite interesa dužnika sve naglašenije podržavala pozicija izvršnog poverioca. U važećem ZIO načelo se više posebno ne spominje ali postoje i dalje odredbe kojima se štite interesi izvršnog dužnika na način opisan u prethodnom tekstu.

Zakonom o izvršnom postupku iz 2004. godine uveden je niz novih rešenja kojima je cilj da izvrše dodatni pritisak na izvršnog dužnika sve u smislu uspešnog okončanja postupka i potpunog namirenja izvršnog poverioca. Kao što je naglašeno, kao naličje ideje o socijalnom postupanju (zaštiti izvršnog dužnika) u postupku se pojavljuje izvestan broj (novih) ustanova kojima se ostvaruje pritisak na ovu stranku. U prvom redu to je sistem pravila o određivanju novčanih kazni u postupku, koje su, pre svega, usmerene prema izvršnom dužniku. Kazne su određene u visokim iznosima i predviđene za slučaj ako izvršni dužnik ne postupa po nalogu suda ili postupa protivno zabranama. U slučaju da prvobitno izrečena kazna ne dovede do zahtevanog rezultata, izricanje i izvršenje kazne se ponavlja uz progresivno povećanje iznosa sve do mogućnosti izricanja ka-

[8] Član 20. stav 8. ZIO

[9] Član 20. stav 4. ZIO

[10] Član 72. stav 1. ZIO

[11] Član 72. stavovi 2. i 3. ZIO

zne zatvora. [12] Drugo sredstvo pritiska na izvršnog dužnika prestavlja ovlašćenje izvršnog poverioca, ranije nepoznato u našem pravu, da se izvršenje sprovede na celokupnoj imovini izvršnog dužnika bez opredeljivanja konkretnog sredstva i predmeta izvršenja.[13] Uporedo sa ovim zahtevom poverilac može postaviti i zahtev da se izvršni dužnik obaveže na davanje izjave o imovini pa da se tek onda odrede sredstva i predmeti izvršenja. U ranijem periodu često se dešavalo da poverilac ne može uspešno ostvariti svoje potraživanje jer nije imao saznanja o toj imovini ili je dužnik prikrivao njeno postojanje. Zakonom o izvršnom postupku iz 2004. godine uveden je takozvani „produženi izvršni postupak" u kojem se moglo zahtevati davanje navedene izjave ali samo pod uslovom da je u prethodnom postupku ostalo nenamireno novčano potraživanje izvršnog poverioca. Po važećim rešenjima poverilac to može učiniti odmah prilikom pokretanja izvršnog postupka.[14] Drugo sredstvo pritiska jeste unoše-

[12] Novčana kazna fizičkom licu ili odgovornom licu u pravnom licu ili državnom organu se određuje u rasponu od 10000 do 200000 dinara a pravnim licima u iznosu od 100000 do 2000000 dinara. Kazna se ponovo izriče ako izvršni dužnik ne postupi po ponovljenom nalogu suda ili nastavi da se ponaša protivno zabrani. Ponovo izrečena novčana kazna se po pravilu određuje u povećanom iznosu. Izrečene novčane kazne sud naplaćuje po službenoj dužnosti odmah po proteku roka za dobrovoljno plaćanje. Istovremeno sa izvršenjem novčane kazne sud naplaćuje troškove njenog prinudnog izvršenja. Navedene odredbe se primenjuju drugim licima: dužniku izvršnog dužnika, banci i drugim fizičkim ili pravnim licima, kao i odgovornim licima u pravnom licu ili državnom organu ako ne postupe po nalogu ili zabrani izrečenoj u izvršnom postupku, član 51. ZIO. Navedene odredbe se dalje konkretizuju u nizu procesnih situacija u kojima se ponašanje izvršnog dužnika protivno nalozima ili zabranama suda sankcioniše na opisani način. ZIO propisuje da se u određenim slučajevima može izreći i kazna zatvora u trajanju do 30 dana uz mogućnost pokretanja krivičnog postupka. Kaznu zatvora navedenog trajanja sud, na primer, može istaći ako je dužnik tri puta propustio da preda isprave o stvarima i pravima koje su navedene u izjavi o imovini, član 59. stav 3. ZIO. Davanje netačnih ili nepotpunih podataka preduzeto u cilju dovođenja izvršnog poverioca u zabludu radi izbegavanja sopstvene obaveze može poslužiti kao osnov za pokretanje krivičnog postupka, član 60. stav 2. ZIO.

[13] Član 20. stav 3. ZIO

[14] Sadržaj izjave o imovini je određen zakonom. Izjava o imovini mora da sadrži: 1) podatke o stvarima ili pravima izvršnog dužnika koje mogu biti predmet izvršenja (pokretne i nepokretne stvari u svojini izvršnog dužnika, gotovinska novčana sredstva dužnika u trenutku davanja izjave, novčane depozite izvršnog dužnika, tekuće račune izvršnog dužnika, prava na hartijama od vrednosti i prava iz hartija od vrednosti, osnivačka (članska) prava na privrednom društvu i dobit koju je izvršni dužnik po tom osnovu ostvario u poslednjoj godini, prosečan mesečni iznos zarade izvršnog dužnika u poslednjih šest meseci, podatke o poslodavcu kod kojeg dužnik ostvaruje zaradu, trajanje i vrstu radnog odnosa, potraživanja izvršnog dužnika prema trećim licima, osnov potraživanja, vreme njihovog dospeća i obezbeđenje potraživanja); 2) podatke o potraživanjima trećih lica na teret izvršnog dužnika koja su dospela ili dospevaju u narednih godinu dana i podatke o

nje ove stranke u posebnu javnu knjigu – knjigu izvršnih dužnika – koju vodi sud. Uporedo sa knjigom izvršnih dužnika formira se i odgovarajuća zbirka isprava. ZIO propisuje formiranje jedinstvene evidencije, registra za teritoriju Republike Srbije, u koji se unose pravna lica koja su upisana u odgovarajuće knjige izvršnih dužnika. Knjiga izvršnih dužnika, zbirka isprava imaju značaj javnih knjiga tako da se pod određenim uslovima obezbeđuje mogućnost uvida u njihov sadržaj. Registar izvršnih dužnika je takođe javan, vodi se u elektronskom obliku i objavljuje na internetu.[15] Kao izraz težnje za efikasnijim sprovođenjem izvršenja može se razumeti i mogućnost poveravanja izvršenja izvršitelju za kojeg se pretpostavlja da će ovaj postupak voditi u interesu izvršnog poverioca koji mu daje ovlašćenje za vođenje navedenog postupka. Položaj izvršnog dužnika u postupku u određenom smislu pogoršava i ograničenje razloga zbog kojih se može izjaviti prigovor na rešenje o izvršenju doneto na osnovu verodostojne isprave.[16] Uveden je i poseban izvršni postupak za namirenje ko-

---

obezbeđenju datom za ta potraživanja; 3) podatke o postupcima prinudnog izvršenja koji se vode protiv izvršnog dužnika; 4) podatke o svim pravnim radnjama koje je izvršni dužnik preduzeo na teret svoje imovine nakon što je zasnovana obaveza u pogledu koje se zahteva prinudno izvršenje (prenos imovinskih prava sa ili bez naknade ili davanje obezbeđenja za sebe ili treće lice; 5) svojeručan potpis izvršnog dužnika overen od strane suda ako se izjava o imovini ne daje na zapisnik pred sudijom. Pored navedenih podataka izjava o imovini mora obuhvatiti i podatke koji su potrebni kako bi određena stvar ili pravo mogla identifikovati u pravnom prometu kao što je navođenje adrese na kojoj se nalaze pokretne stvari, podatke o stvarima i pravima koja se upisuju u odgovarajuće registre, podatke iz javnih knjiga o nepokretnostima u svojini izvršnog dužnika kao i podatke o osnovu i načinu sticanja nepokretnosti ako ista nije upisana u odgovarajuće javne knjige, podatke o brojevima tekućih računa, štednih računa, odnosno novčanih depozita i podatke o bankama kod kojih se ta sredstva vode, podatke o trećim licima u čiju je korist izvršni dužnik preduzeo pravnu radnju na teret svoje imovine kao i podatke o pravnoj radnji koja je preduzeta.

Ako dužnik ne poseduje imovinu koja bi mogla biti predmet izvršenja to mora izričito saopštiti u izjavi.

[15] Član 67. ZIO.

[16] Prema Zakonu o izvršnom postupku iz 2004. Godine kao i u zakonskim redakcijama koje su mu prethodile, prigovor na rešenje o izvršenju koje je doneto na osnovu verodostojne isprave u delu kojem se odlučuje o postojanju određenog potraživanja je moguće bilo podneti iz svih razloga koji ukazuju na nezakonitost pobijanog rešenja – bitnih povreda odredaba parničnog postupka, pogrešne primene materijalnog prava i pogrešno ili nepotpunog činjeničnog stanja. Moguće je bilo upotrebiti i svaki drugi vid odbrane koji se odnosio na na neosnovanost istaknutog novčanog zahteva, član 21. Zakona o izvršnom postupku iz 2004.godine. U takozvanom "skraćenom izvršnom postupku" razlozi zbog kojih se prigovor mogao izjaviti su bili taksativno određeni i time ograničeni. Skraćeni izvršni postupak se mogao sprovesti u slučaju kada su izvršni poverilac i izvršni dužnik pravna lica, preduzetnici, fizička lica koja obavljaju delatnost radi sticanja dobiti i imaju otvoren račun u skladu sa propisima o platnom prometu, kao i fizička lica u svojstvu dužnika iz ugovora o komercijalnom kreditu. Član 252. Zakona o izvršnom postupku iz

munalnih i sličnih usluga. U pitanju je postupak u kojem se ostvaruje izvršenje novčanih potraživanja na osnovu verodostojne isprave a donošenje odluke (zaključka) o izvršenju se poverava izvršitelju i tek ako izvršni dužnik izjavi prigovor o pravnom leku odlučuje tročlano veće nadležno za postupanje po prigovoru.[17] Pored navedenih rešenja u zakonu su prisutna i druga, ne tako markantna, koja u određenoj meri pogoršavaju položaj izvršnog dužnika.

3. Načelo dispozicije i oficijelnosti

U odgovarajućoj meri i u ovom postupku participira načelo dispozicije, ali uz postojanje određenih oficijelnih ovlašćenja. Postupak izvršenja i postupak obezbeđenja pokreću se po inicijativi ovlašćene stranke – izvršnog poverioca. Ne isključuje se ni mogućnost pokretanja postupka po službenoj dužnosti, ali to mora biti izričito određeno. [18] U pitanju je izvršenje novčanih, procesnih kazni, prinudno izvršenje troškova izvršnog postupka nastalih navedenim povodom.

U predlogu kojim pokreće postupak izvršenja ili obezbeđenja stranka određuje sredstva i predmete izvršenja ili obezbeđenja. Sud međutim ima ovlašćenje da u slučaju predlaganja više sredstava ili predmeta izvršenja, odnosno obezbeđenja po službenoj dužnosti ili po predlogu poverioca odredi drugo sredstvo i druge predmete izvršenja (i obezbeđenja) umesto onih koji su prvobitno predloženi. [19] Za razliku od ranije važećih rešenja kod kojih je izvršni poverilac morao precizno odrediti sredstva i predmete izvršenja, ZIO omogućuje ovoj stranci da zahteva da se izvršenje sprovede na celokupnoj imovini izvršnog du-

---

2004. godine. Rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave moglo se pobijati iz sledećih razloga: 1) ako je u verodostojnu ispravu unet neistinit sadržaj; 2) ako je isprava potpisana od neovlašćenog lica; 3) ako je obaveza iz isprave izvršena; 4) ako obaveza iz isprave nije dospela; 5) ako istovremeno dospela obaveza poverioca iz isprave nije ispunjena, član 256. Zakona o izvršnom postupku iz 2004. Godine. U ZIO navedeno ograničenje dobija opšti značaj. Prema odredbi člana 46. ZIO prigovor na rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave može se izjaviti: 1) ako potraživanje iz verodostojne isprave nije nastalo; 2) ako je u verodostojnu ispravu unet neistinit sadržaj; 3) ako potraživanje iz verodostojne isprave nije dospelo; 4) ako je obaveza izvršena ili na drugi način prestala; 5) ako je potraživanje zastarelo.

[17] Prigovor na zaključak o izvršenju je takođe sadržinski ograničen i može se izjaviti samo iz određenih razloga : 1) ako se verodostojna isprava ne odnosi na izvršnog dužnika; 2) ako je obaveza iz verodostojne isprave nije dospela, odnosno uslov nije ispunjen; 3) ako je obaveza izvršena ili na drugi način prestala, u celini ili delimično; 4) ako je potraživanje zastarelo.

[18] Član 2. stav 1. ZIO

[19] Član 20. stav 2. ZIO

žnika bez konkretnog navođenja sredstava i predmeta izvršenja. Uz predlog za izvršenje poverilac isto tako može da podnese zahtev da izvršni dužnik da odgovarajuću izjavu o svojoj imovini a da se tek po dobijanju te izjave odrede sredstva i predmeti izvršenja.[20] [21] U ovim slučajevima sud ili izvršitelj određuju sredstva i predmete izvršenja. Radi namirenja istog potraživanja izvršenje se može nastaviti drugim sredstvima i predmetima izvršenja od onih koji su prethodno određeni. Izvršni poverilac to može ograničiti davanjem posebnog ovlašćenja. [22] U predlogu za izvršenje novčanog potraživanja na osnovu verodostojne isprave izvršni dužnik mora da istakne zahtev da sud dužnika obaveže da namiri određeno potraživanje. [23]

Svojevrsan vid dispozitivnih ovlašćenja izvršnog poverioca prestavlja mogućnost izbora između sprovođenja izvršenja od strane suda (i sudskog izvršitelja) i izvršenja koje vrši izvršitelj. [24] Izvršenje određenih potraživanja nije dopušteno poveriti izvršitelju . Sud je isključivo nadležan za sprovođenje izvršenja odluka u vezi sa porodičnim odnosima i za izvršenje radi vraćanja zaposlenog na rad. [25] Izbor izvršitelja nije neopoziv tako tokom izvršenja poverilac odustati od ovog vida izvršenja i u korist onog koje sprovodi sud. [26]

Načelo dispozicije omogućuje i povlačenje predloga za izvršenje. Za navedenu radnju se ne zahteva saglasnost protivne stranke, izvršnog dužnika. Povlačenje predloga može biti potpuno (u celini) ili delimično. U navedenim granicama dolazi do obustave izvršnog postupka donošenjem odgovarajućeg rešenja.[27]

Stranke se mogu sporazumeti da se dug koji je osnov za određivanje izvršenja isplati na rate . Podnošenje odgovarajućeg sporazuma

[20] Član 20. stav 3. ZIO

[21] Ako se izvršni poverilac odlučio da se izvršenje ostvaruje od strane suda ima obavezu da u roku od pet radnih dana od dana dobijanja izjave o imovini predloži sredstva i predmete izvršenja. Ako to ne učini postupak se obustavlja. Član 35. stavovi 4. i 5. ZIO.

[22] Član 20. stav 6. ZIO

[23] Član 35. srav 3. ZIO

[24] Za razliku od ranije važećih rešenja, ZIO propisuje mogućnost da se sudski izvršni postupak, u delu koji se odosi na sprovođenje izvršenja (i obezbeđenja), ostvaruje od strane izvršitelja. Izvršitelj je fizičko lice koje navedeno svojstvo stiče na osnovu imenovanja od strane ministra nadležnog za poslove pravosuđa pod uslovima i na način propisan zakonom da u vidu delatnosti sprovodi izvršenje (u granicama rešenja o izvršenju) kao i da vrši neke druge poslove vezane za sprovođenje izvršnog postupka. Već se uobičajilo da se ovo lice naziva "privatni izvršitelj".

[25] Član 3. stav 2. ZIO.

[26] Član 76. stav 2. ZIO.

[27] Član 35. stav 8. ZIO.

overenog usudu ima za posledicu obustavu izvršnog postupka. [28] Postoji mogućnost sporazuma stranaka o tome da se pokretne stvari, odnosno nepokretnosti umesto putem usmenog javnog nadmetanja proda neposrednom pogodbom. Navedenim sporazumom se određuju i uslovi neposredne pogodbe. [29]

Pokretanje postupka po pravnom leku, prigovoru, ostvaruje se po načelu dispozicije. Navedenim pravnim lekom podnosilac može disponirati njegovim povlačenjem Pravnotehnički razlozi osujećuju mogućnost disponiranja odricanjem od pravnog leka.

U širem smislu načelo dispozicije dolazi do izražaja u pravilu po kojem izvršni dužnik sve do prvog nadmetanja za prodaju predmeta izvršenja ili pre dosuđenja stvari izvršnom poveriocu izmiri svoj dug zajedno sa ugovornom, odnosno zateznom kamatom i troškovima izvršnog postupka koji su nastali do izmirenja duga što rezultira obustavom postupka. [30]

Najzad od izvršnog dužnika zavisi da li će pokrenuti postupak protivizvršenja kada razvoj postupka daje povoda za ovaj vid pravne zaštite.

4. Načelo obostranog saslušanja stranaka

Kada se pokreće po načelu dispozicije izvršni postupak ima značaj dvostranački uređenog postupka. Pokretanje postupka po službenoj dužnosti oduzima izvršnom postupku navedeno svojstvo tako da se ne može govoriti o potrebi uspostavljanja procesne ravnoteže između stranaka suprostavljenih interesa jer ih nema. Bitno obeležje ovog postupka jeste odlučivanje suda o predlogu za izvršenje a da se prethodno drugoj stranci ne obezbeđuje nikakva mogućnost izjašnjavanja o tom zahtevu. Navedeni pristup svoje opravdanje nalazi u okolnosti da je prethodno, u postupku iz kojeg potiče izvršna isprava, svaka od stranaka već bila u prilici da u punom procesnom kapacitetu osporava zahteve protivne stranke. Navedeni pristup se može dovesti u pitanje kada se izvršenje određuje na osnovu verodostojne isprave. Dakle, u slučaju kada izvršnom dužniku ni u jednoj od procesnih formi nije prethodno bila data mogućnost izjašnjavanja o zahtevima izvršnog poverioca. Ograničenje načela obostranog saslušanja stranaka svoje opravdanje nalazi u potrebi sprečavanja mogućih zloupotreba izraženih u aktima otuđenja ili prikrivanja imovine koje bi realno stvarale opasnost osujećenja ili otežanog izvršenja određenog potraživanja. Iz navedenog razloga načelo obostranog saslušanja je principijelno

[28] Član 76. stav 4. ZIO.
[29] Član 97. Stav 3, član 122. stav 3. ZIO.
[30] Član 76. stav 3. ZIO.

drugačijeg sadržaja od onog koji ima u parničnom postupku. Po donošenju rešenja o izvršenju delimično dolazi do izražaja kroz mogućnost izjavljivanja prigovora. Kao pravni lek koji se može izjaviti samo iz određenih razloga prigovor je pre svega usmeren na pobijanje donetog rešenja a znatno manje forma izjašnjavanja o zahtevima i tvrdnjama prozivne stranke. Kada izvršni dužnik učini verovatnim navode iz prigovora podnetog protiv rešenja o izvršenju donetog na osnovu verodostojne isprave u delu kojim je obavezan da izvrši potraživanje, sud ukida rešenje i postupak nastavlja kao protiv prigovora protiv platnog naloga.[31] U navedenom značenju svaka od stranaka dobija mogućnost izjašnjavanja o zahtevima, tvrdnjama protivne stranke koja odgovara procesnim ovlašćenjima stranaka u postupku izdavanja platnog naloga.

Određenu ravnotežu stranaka u postupku obezbeđuje mogućnost protivizvršenja, povraćaja onoga što je izvršni poverilac dobio nezakonitim izvršenjem.

5. Načelo pismenosti, posrednosti i nejavnosti postupanja

Postupak je pismen. U izvršnom postupku sud i izvršitelj postupaju na osnovu podnesaka ili drugih pismena. Izvršitelj postupa na osnovu odgovarajućih sudskih odluka i onih ovlašćenja koja ima po zakonu. [32] U navedenim okvirima marginalizovano je načelo javnosti. ZIO propisuje da sprovođenju izvršnih radnji u u stanu ili prostoriji izvršnog dužnika pod određeim uslovima moraju prisustvovati dva punoletna građenina ali to nema smisao ostvarivanja načela javnosti jer se navedena lica pojavljuju u svojstvu pozvanih svedoka u postupku. Kada je u pitanju javna prodaja pokretnih stvari, odnosno nepokretnosti navedena mogućnost ni u jednom aspektu ne prestavlja izraz načela usmenosti odnosno javnosti niti ima navedenu funkciju u postupku. Načelo neposrednosti takođe nema poseban značaj jer izvršni sud odlučuje na osnovu izvršnih isprava koje su nastale u nekom drugom postupku i pre pokretanja izvršnog postupka. Kada je u pitanju izvršenje na osnovu verodostojne isprave na određeni način može se smatrati da je neposrednost prisutna jer izvršni sud odlučuje o postojanju potraživanja čije se izvršenje zahteva. Kod sprovođenje izvršenja posrednost dolazi do izražaja u posebnom vidu. Postoji mogućnost da jedan sud donosi rešenje o izvršenju a da ga drugi sprovodi ili da se sprovođenje izvršenja poverava izvršitelju.

[31] Član 49. stav 4. ZIO.
[32] Član 29. ZIO.

6. Načelo formalnog legaliteta

Načelo formalnog legaliteta izražava se u više značenja. U prvom značenju podrazumeva da sud koji određuje i sprovodi izvršenje ima obavezu da donese rešenje o izvršenju i sprovodi izvršenje ako su ispunjeni potrebni uslovi. [33] Ovu formulaciju nije ni trebalo unositi u zakon jer se pozicija izvršnog suda principijelno ne razlikuje od pozicije u kojoj se nalazi parnični sud kada odlučuje o tužbenom zahtevu a izraz je prava na pravnu zaštitu. I u parničnom postupku kada su ispunjene procesne pretpostavke, sud mora odlučiti o zahtevu.

Pravi smisao načela formalnog legaliteta jesu u tome da se izvršni sud ne sme upuštati u eventualno razmatranje da li postoji potraživanje utvrđeno izvršnom ispravom. O tome je već prethodno vođen parnični ili neki drugi postupak u kojem je uz prisustvo svih procesnih garantija odlučeno o postojanju tog potraživanja ili je zaključeno poravnanje jer su stranke optirale za mirno rešenje spora. U navedenom značenju prikazano ograničenje ima puni smisao. Prinudno izvršenje se određuje na osnovu izvršnih isprava prilikom čijem je donošenju prethodilo vođenje određenog postupka u kojem utvrđeno postojanje određenog potraživanja uz punu mogućnost kontrole eventualnog raspolaganja stranaka. U poslednje vreme, međutim, svojstvo izvršne isprave se priznaje i određenim aktima kojima nije prethodio pravno organizovan postupak u kojem bi se nesumnjivo utvrdilo postojanje određenog potraživanja. U pitanju su isprave koje ne potiču iz sudskog ili nekog drugog postupka nego su nastale aktima jedne od stranaka na osnovu kojih su izvršeni upisi u odgovarajuće registre – registar založnih prava na pokretnim stvarima, registra finansijskog lizinga, ugovora o hipoteci ili na osnovu založne izjave koja je sačinjena saglasno propisima kojima se uređuje hipoteka. [34] [35]

---

[33] Član 8. ZIO.

[34] U navedenim slučajevima na osnovu sporazuma stranaka i upisom u odgovarajuće registre ili ispunjenjem određene forme navedeni akti stranaka dobijaju značaj izvršne isprave pri čemu se shodno načelu formalnog legaliteta isključuje mogućnost da se pitanje postojanja potraživanja na koje se te isprave odnose uopšte postavi u izvršnom postupku. Navedeni problem se pojavljuje u identičnom značenju kada su u pitanju akti kojima se u smislu Zakona o javnom beležništvu priznaje značaj izvršne isprave.

[35] Prema članu 13. ZIO izvršne isprave su: 1) pravnosnažna odluka suda i sudsko poravnanje, kao i drugi akti stranaka koji su zakonom izjednačeni sa sudskim poravnanjem; 2) pravnosnažna , odnosno konačna odluka doneta u upravnom i prekršajnom postupku i poravnanje u upravnom postupku, ako glase na ispunjenje novčane obaveze i ako posebnim zakonom nije drugačije određeno; 3) izvod iz registra založnih prava na pokretnim stvarima i pravima i izvod iz registra finansijskog lizinga koji sadrži podatke o

Načelo formalnog legaliteta se ne može prihvatiti i garantovati kada je u pitanju određivanje i sprovođenje izvršenja na osnovu verodostojne isprave. U ovom slučaju postojanje potraživanja povodom kojeg se određuje i sprovodi izvršenje nije bilo predmet prethodnog odlučivanja u nekom drugom postupku. Upravo suprotno, o postojanju tog potraživanja odlučuje izvršni sud i zato je rešenje o izvršenju doneto u postupku na osnovu verodostojne isprave složenog sadržaja. U prvom delu to je odluka o postojanju potraživanja koje se dokazuje određenom verodostojnom ispravom a u drugom delu odluka o dozvoli izvršenja. Time se opravdava i mogućnost izjavljivanja prigovora od strane izvršnog dužnika kojim se osporava rešenje o izvršenju u onom delu o kojem je odlučeno o određenom novčanom potraživanju. Opisano rešenje ne zadire u načelo formalnog legaliteta jer ono u ovom slučaju nema potrebno opravdanje. Drugo je pitanje što otežava pozicija stranke (izvršnog dužnika), koja osporava postojanje potraživanja koje se dokazuje određenom verodostojnom ispravom. ZIO principijelno ograničava mogućnost da podnosilac prigovora koristi sva raspoloživa sredstva napada i odbrane. U osporavanju potraživanja utvrđenog u verodostojnoj ispravi dužnik se ograničava samo na određena dokazna sredstva i dovodi u bitno nepovoljniji položaj od onog u kojem bi se nalazio da je povodom tog potraživanja vođen parnični ili neki drugi postupak.

7. Načelo hitnosti

Načelo hitnosti ima poseban značaj u postupku izvršenja i obezbeđenja. Nije samo sebi cilj nego je samo jedan aspekt ostvarivanja ideje efikasnijeg i ekonomičnijeg ostvarivanja pravne zaštite u ovom postupku pri čemu je hitnost postupanja samo jedan segment pomoću kojeg se ostvaruje navedena ideja. Garantuje se nizom procesnih instrumenata sve u cilju efikasnog pružanja pravne zaštite koji po redovnom toku stvari pretpostavlja prethodno vođenje često kompleksnog i dugotrajnog parničnog ili nekog drugog postupka. Ideja hitnosti i efikasnosti zaštite subjektivnih građanskih prava u celini je imala odgovarajuću refleksiju i u domenu izvršnog postupka. Povećan je broj slučajeva u kojima se pokretanje, određivanje i sprovođenje izvršenja dopušta na osnovu verodostojne

ugovoru o finanasijskom lizingu i predmetu finansijskog lizinga; 4) ugovor o hipoteci, odnosno založna izjava, sačinjena saglasno propisima kojima se uređuje hipoteka; 5) usvojen plan reorganizacije u stečajnom postupku, čije je usvajanje potvrđeno odlukom suda; 6) izvršna odluka koja je potvrđena kao Evropska izvršna isprava; 7) druga isprava koja je zakonom određena kao izvršna isprava.

isprave uz proširenje kruga isprava kojima se priznaje ovo svojstvo. [36] Opšte je pravilo da se u ovom postupku određuju izuzetno kratki rokovi za preduzimanje stranačkih radnji, a propuštanje sankcioniše nastupanjem prekluzije. [37] Vraćanje u pređašnje stanje dozvoljeno je samo zbog propuštanja roka za prigovor. [38] Određuju se i strogi rokovi za vršenje radnji suda. O predlogu za izvršenje mora se odlučiti u roku od pet radnih dana od dana podnošenja predloga. Ako se predlog zasniva na stranoj izvršnoj ispravi koja nije prethodno priznata od strane domaćeg suda, o njemu se mora odlučiti u roku od 30 dana od dana podnošenja. Rok od pet radnih dana ima značenje opšteg roka u ovom postupku i samo na osnovu izričite zakonske odredbe može biti određen u dužem trajanju. [39] Ako rokovi za odlučivanje o predlogu za izvršenje nisu poštovani, smatra se da postoji nesavesno i nestručno postupanje sudije u smislu odredaba Zakona o sudijama. [40] Postupanje u prvom stepenu poverava se sudiji pojedincu što takođe ima podlogu i u ideji bržeg i efikasnijeg postupanja. [41] Pojedine radnje, po ovlašćenju sudije, može preduzimati sudijski pomoćnik uključujući i sprovođenje izvršenja. [42] Prvostepeni postupak je podeljen u dva stadijuma. U prvom se određuje izvršenje, a u drugom se sprovodi. Sprovođenju izvršenja se može pristupiti i pre nastupanja pravnosnažnosti rešenja o izvršenju. [43] Veštačenje nije dozvoljeno u cilju da se spreči odugovlačenje postupka i otvaranja mogućnosti često komplikovanog utvrđivanja vrednosti predmeta izvršenja. [44] Redukovani su i uslovi pod kojima se može zahtevati izuzeće. Može se tražiti izuzeće sudije koji postupa u predmetu i to samo do donošenja odluke o prigovoru na rešenje o izvrše-

---

[36] Prema odredbama člana 18. ZIO svojstvo verodostojne isprave imaju: 1) menica i ček domaćeg ili stranog lica, sa protestom ako je to potrebno za zasnivanje potraživanja; 2) obveznica i druga hartija od vrednosti izdata u seriji, koja imaocu daje pravo na isplatu nominalne vrednosti; 3) faktura (račun) domaćeg ili stranog lica, sa otpremnicom ili drugim pismenim dokazom da je izvršni dužnik obavešten o nastaloj obavezi; 4) izvod iz poslovnih knjiga za izvršene komunalne i slične usluge; 5) javna isprava koja konstituiše izvršivu novčanu obavezu; 6) bankarska garancija; 7) akreditiv; 8) overena izjava izvršnog dužnika kojom ovlašćuje banku da sa njegovog računa izvrši prenos novčanih sredstava na račun izvršnog poverioca; 9) obračun kamate sa dokazima o osnovu dospelosti i visini potraživanja;10) privremena ili okončana situacija u vezi sa izvršenim građevinskim radovima;11) obračun o nagradi i naknadi advokata.

[37] Član 7. stav 3. ZIO.

[38] Član 30. stavovi 1. i 2. ZIO.

[39] Član 7. stavovi 1. i 2. ZIO.

[40] Član 39. stav 5. ZIO.

[41] Član 5. stav 1.ZIO.

[42] Član 5. stavovi 2. i 3. ZIO.

[43] Član 68. ZIO.

[44] Član 30. stav 3. ZIO.

nju.[45] Nije dopuštena ni delegacija nadležnosti. [46] Sistem pravnih lekova je maksimalno redukovan. Može se izjaviti samo prigovor i to iz tačno određenih razloga i uz primenu eventualne maksime. Izvršni dužnik je u obavezi da sve razloge pobijanja određenog rešenja i sve dokaze kojima opravdava razloge pobijanja priloži uz prigovor i u slučaju da to propusti, ne može ih kasnije isticati. [47] Prigovor mora biti izričito zakonom dopušten. [48] O prigovoru odlučuje tročlano veće istog, prvostepenog suda. [49] [50] Revizija i predlog za ponavljanje postupka su izričito zabranjeni a zahtev za preispitivanje pravnosnažne odluke je teško ostvariv jer se odluka po prigovoru ne može smatrati drugostepenom protiv koje bi bilo dopušteno podnošenje ovog pravnog leka. [51] Protiv odluka donetih u formi zaključka nije dopušten pravni lek izuzev ako ga zakon izričito određuje. [52] Efikasnijem vođenju postupka indirektno doprinosi i mogućnost izricanja procesnih (novčanih) kazni koje vrše pritisak na izvršnog dužnika, ali i treća lica da postupaju po odlukama suda. Evikasnost postupka je u osnovi rešenja po kojem izvršni poverilac uz predlog za izvršenje ili tokom postupka može zahtevati da dužnik da odgovarajuću izjavu o imovini. ZIO više ne dozvoljava odlaganje izvršenja. I nizom drugih rešenja teži se što bržem i efikasnijem ostvarivanju ovog vida pravne zaštite posebno u delu koji sadrži regulativa o pojedinim sredstvima izvršenja.

8. Načelo vremenskog redosleda (redosleda postupanja i redosleda namirenja)

Izvršni postupak predstavlja postupak individualnog, singularnog izvršenja u kojem se više poverilaca mogu naći u odnosu konkurencije jer namirenje jednog poverioca na određenom predmetu izvršenja često ima

[45] Član 31. ZIO.
[46] Član 32. ZIO.
[47] Član 43. ZIO.
[48] Član 39. stav 2. ZIO.
[49] Član 5. stav 1. ZIO.
[50] Kada se posmatra organizacija pravnih lekova u ZIO očigledno je da je u ovom postupku, pozivom na razloge efikasnosti nestalo ustavno pravo na žalbu u značenju da o zakonitosti određene sudske odluke može odlučivati još jedna, viša sudska instanca uz mogućnost isticanja svih onih razloga zbog kojih određena sudska odluka hipotetički može biti nezakonita. Uvedena je svojevrsna dvostruka remonstrativnost prigovora sve u cilju da se stvori privid još jedne više sudske instance. Navedenom logikom bi nadležnost veća u odnosu na postupanje sudije pojedinca od tog veća činila višu sudsku instancu. Jezgro ovog problema ne prestavljaju procesni nego organizacioni razlozi koji problematizuju vođenje postupka pred sudovima višeg ranga.
[51] Član 59.stav 6. ZIO.
[52] Član 39. stav 7. ZIO.

za posledicu isključenje ostalih poverilaca. U navedenom smislu potrebno je rešiti one procesne situacije u kojima više izvršnih poverilaca pokreće postupak zahtevajući izvršenje prema istom izvršnom dužniku i na istim predmetima izvršenja.

ZIO određuje redosled postupanja na način po kojem je sud, odnosno izvršitelj dužan uzima predmete u rad po onom redosledu kako ih je primio osim ako priroda potraživanja ili posebne okolnosti zahtevaju drugačije postupanje. Ako odstupa od navedenog pravila postupajući sudija mora sastaviti službenu belešku i zatražiti pismenu saglasnost predsednika suda. [53] Pravilo o redosledu postupanja samo po sebi ne obezbeđuje prvenstveno namirenje onog poverioca koji je prvi pokrenuo postupak ali mu pravnotehnički doprinosi. Njegovom primenom taj će poverilac redovno doći u situaciju da se namiri pre ostalih jer će pre njih steći pravo na namirenje.

Redosled namirenja novčanog potraživanja povodom kojeg više izvršnih poverilaca pokreće postupak prema istom izvršnom dužniku i na istom predmetu izvršenja određuje se po onom redu po kojem su stekli pravo na namirenje, osim ako zakonom nije drugačije određeno. [54] Redosled namirenja izvršnih poverioca se po pravilu određuje momentom upisa založnog prava na stvari ili pravu koje je predmet izvršenja upisom u odgovarajuću javnu knjigu ili odgovarajući javni registar. [55] Kada je u pitanju izvršenje na novčanom potraživanju izvršnog dužnika , poverilac stiče založno pravo na tom potraživanju momentom dostavljanja rešenja, odnosno zaključka o zapleni potraživanja izvršnom dužniku. [56] Navedene odredbe se primenjuju i u slučaju izvšenja na štednom ulogu ili tekućem računu izvršnog dužnika. [57]Kada je u pitanju izvršenje na računu izvršnog dužnika organizacija za prinudnu naplatu pristupa izvršenju (namirenju) izvršnog poverioca prema vremenu prijema rešenja, odnosno zaključka o izvršenju. [58] Kada se određeno potraživanje ostvaruje izvršenjem na hartijama od vrednosti, izvršni poverilac upisom rešenja, odnosno zaključka o izvršenju u Centralni registar hartija od vrednosti , stiče založno pravo na akcijama koje su predmet izvršenja. [59] Ako se izvršenje sprovodi na udelima u privrednom društvu, izvršni poverilac založno pravo na udelu koji je predmet izvršenja stiče upispm rešenja o izvršenju, odnosno zaključka

[53] Član 9. stav 4. ZIO.
[54] Član 9. stav 1. ZIO.
[55] Član 202. stav 1. ZIO.
[56] Član 154. ZIO.
[57] Član 191. Stav 7. ZIO.
[58] Član 186. ZIO
[59] Član 194. stav 3. ZIO

o sprovođenju izvršenja u registar založnih prava na pokretnim stvarima kod Agencije za privredne registre. [60]

Ako je određeno lice steklo založno pravo pre nego što je isto pravo stekao izvršni poverilac to lice ima pravo da iz cene postignute prodajom založene stvari ili prava naplati dospelo potraživanje, kamatu, troškove čuvanja založene stvari, kao i troškove ostvarivanja naplate potraživanja. [61]

Od navedenih pravila se odstupa u slučajevima kada se određena potraživanja namiruju privilegovano, prioritetno bez obzira na momenat sticanja prava na njihovo namirenje (načelo realnog prioriteta). Kada se izvršenje radi namirenja novčanog potraživanja sprovodi na nepokretnosti iz iznosa ostvarenog prodajom, potraživanja se namiruju po sledećem redosledu prvenstva: 1) troškovi izvršnog postupka; 2) potraživanja po osnovu zakonskog izdržavanja, ako se dokazuju izvršnom ispravom i ako su prijavljena najkasnije na javnom nadmetanju za prodaju.[62] Po namirenju navedenih potraživanja namiruju se sledeća: 1) potraživanja obezbeđena založnim pravom; 2) potraživanja naknade za lične službenosti i stvarne terete koji se prodajom gase, ako su nastali pre pokretanja izvršnog postupka; 3) potraživanja izvršnih poverilaca po čijem je predlogu određeno izvršenje. Založni poverioci namiruju se po redu upisa založnog prava, odnosno stvarnog tereta u odgovarajuću javnu knjigu.[63] Poverioci za lične službenosti namiruju se po redu sticanja prava službenosti. Navedene odredbe o potraživanjima prioritetnog značaja se primenjuju i u slučaju namirenja navedenih potraživanja iz cene ostvarene izvršenjem na pokretnim stvarima. [64]

Najzad, izvršenje određenih potraživanja na određenim predmetima izvršenja moguće je ostvarivati u širem obimu u odnosu na obim u kojem se ostvaruju neprivilegovana potraživanja. Izvršenje po osnovu zakonskog izdržavanja moguće je ostvarivati do polovine mesečne zarade izvršnog dužnika dok se druga potraživanja namiruju do iznosa jedne trećine.

9. Zaključak

Prikaz osnovnih načela sadržanih u Zakonu o izvršenju i obezbeđenju pokazuje da u nizu rešenja ne postoje neka bitnija razlika u odnosu na ranije važeće zakonodavstvo. Navedena ocena u osnovi obu-

[60] Član 199. stav 3. ZIO.
[61] Član 203. stav 1. ZIO,
[62] Član 137. stav 1. ZIO.
[63] Član 138. ZIO.
[64] Član 101. stav 1. ZIO.

hvata sadržaj načela dispozicije, obostranog saslušanja stranaka, načelo pismenosti, posrednosti i javnosti, načelo formalnog legaliteta, načelo vremenskog redosleda. Bitnije razlike se izražavaju u određivanju procesnog položaja stranaka u postupku. U pitanju su rešenja kojima se snažnije podržava pozicija izvršnog poverioca. Kao markantnije treba izdvojiti ovlašćenje izvršnog poverioca da zahteva izvršenje na celokupnoj imovini izvršnog dužnika, ovlašćenje ove stranka da prilikom pokretanja postupka zahteva davanje izjave o imovini izvršnog dužnika. Najzad, Zakon i izvršenju i obezbeđenju uvodi mogućnost poveravanja izvršenja izvršitelju. U pitanju je rešenje kojeg ranije nije postojalo u našem pravu. Uporedo sa snaženjem pozicije izvršnog poverioca gotovo sve procesne ustanove novog izvršnog zakonodavstva izražavaju ideju efikasnijeg i ekonomičnijeg ostvarivanja ovog vida pravne zaštite.

Ranko Kečа, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

On the Basic Principles of the Code of Execution and Security

Abstract

The review of basic principles contained in Code of Execution and Security shows that in the great amount of solutions there is no major difference in comparison with earlier legislative. In general said refers to the principle of party control over the scope and nature of the proceedings, the right to be heard, principles of proceedings in written, publicity and indirectness and the principle of chronological order. More substantial differences are articulated in determination of procedural position of the parties, and indeed that the position of creditor is stronger supported. As a major change in that sense the right of the creditor to demand execution on all assets of debtor should be stressed out, as well as right of the creditor to demand on the very beginning of the executions procedure that debtor provides statement on his assets. At last, Code of Execution and Security introduces a possibility of execution been delegated to bailiff, what is completely new in Serbian law. Side by side with strengthening of the creditor's position almost all procedural institutions of new execution legislative are expressing the idea of more effective and more efficient realization of this type of legal protection.

Key words: Code of Enforcement and Security, principles of enforcement procedure, principle of social proceedings, principle of disposition and official proceeding, right to be heard, principles of proceeding in writing, indirectness and unpublicity, principle of formal legality, principle of urgency, principle of time priority, position of the parties in enforcement procedure

Originalni naučni rad UDK 347.232.3
doi:10.5937/zrpfns46-1965

Dr Danica Popov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PREDAJA STVARI KAO NAČIN STICANJA (*MODUS ACQUIRENDI*) STVARNIH PRAVA

Sažetak: *Predaja kao način sticanja u užem smislu (modus acquirendi),stvarnih prva se u radu razmatra na primerima, sticanja prava svojine na osnovu ugovora sa prethodnim vlasnikom (derivativno sticanje), sticanja prava svojine od nevlasnika i založnog prava na pokretnim stvarima. U radu se pored specifičnih obeležja predaje u navedenim slučajevima analiziraju i načini na koji se predaja vrši. Istaknute su razlike u pogledu fizičke, simbolične i fiktivne predaje kod različitih načina sticanja stvarnih prava.*

Ključne reči: *predaja, derivativno sticanje, sticanje od nevlasnika, zaloga na pokretnim stvarima, fizička predaja, simbolična predaja, fiktivna predaja*

1. Predaja stvari kao način sticanja (*modus acquirendi*) prava svojine na osnovu ugovora sa prethodnim vlasnikom

Da bi se steklo pravo svojine na osnovu ugovora sa prethodnim vlasnikom pored punovažnog pravnog posla upravljenog na prenos svojine, koji predstavlja pravni osnov (*iustus titulus*), u našem pravu se zahteva i način sticanja u užem smislu (*modus acquirendi*). Način sticanja u užem smislu se kod pokretnih stvari sastoji u predaji stvari, a kod nepokretnosti je to upis u katastar nepokretnosti.

Predaja stvari predstavlja najznačajniju pravnu radnju u pravnim sistemima koje kao i naš prihvataju tradicioni sistem derivativnog sticanja prava svojine. U ovim sistemima ugovor priozvodi pravno dejstvo samo

među stranama, i sam po sebi nema za posledicu prenos svojine, koja kao apsolutno pravo deluje prema svim trećim licima – *erga omnes*. Predaja označava prenošenje faktičke vlasti na pribavioca. Ona je faktička radnja, realan akt, čije dejstvo zavisi od postojanja punovažnog pravnog posla koji ima za cilj prenošenje prava svojine. Čin predaje se sastoji u preduzimanju takvih materijalnih akata kojima se prenosi neposredna državina na stvari sa prenosioca na sticaoca. Predaja ima za posledicu deposesiju na strani prenosioca i sticanje neposredne državine za sticaoca.

Naše pravo (kao i nemačko, švajcarsko, austrijsko itd.) kao uslov za sticanje stvarnih prava uopšte, predviđa uspostavljanje državine, kao faktičke vlasti na stvari. Bez sticanja državine, ne mogu se (po pravilu) steći pravo svojine niti bilo koje drugo stvarno pravo. Svrha ovog, tradicionog, sistema sticanja stvarnih prava je upravo potvrda da državina obavlja svoju publicitetnu funkciju. «Jer ako je posjed nužan za sticanje stvarnog prava, tada to dozvoljava zaključak da je onaj ko je stekao posjed nekog objekta, po svoj prilici, time stekao i ono stvarno pravo koje vrši kroz posjedovanje tog objekta».[1]

Uspostavljanje državine na stvari je samo jedan od uslova, ali ne dovoljan, za sticanje stvarnih prava. Da bi došlo do derivativnog sticanja potreban je: a) pravni osnov (*iustus titulus)* koji predstavlja neki od ugovora kojim se stiče pravo svojine ili neko drugo stvarno pravo, i b) predaja stvari u državinu sticaoca prava svojine ili nekog drugog stvarnog prava, kao način sticanja u užem smislu (*modus acquirendi)*. Ovaj način sticanja se drugačije naziva tradicioni (potrebna je tradicija stvari), ili tradicijski način sticanja.

Sama predaja stvari u samostalnu državinu[2] ne dovodi do prenosa prava svojine. Da bi sa predajom stvari u sticaočevu samostalnu državinu prešlo i pravo svojine sa dotadašnjeg vlasnika na sticaoca, potrebno je da predaja bude izvršena na osnovu valjanog pravnog posla dotadašnjeg vlasnika stvari usmerenog na prenos prava svojine te stvari na sticaoca

Ovakav način sticanja stvarnih prava, u kojem se zahteva predaja stvari u državinu sticaoca kao uslov za sticanje prava, ne poznaju svi pravni sistemi. Na primer u francuskom pravu svojina se stiče samo na osnovu punovažnog ugovora koji ima za osnov prenos svojine, a predaja stvari u državinu sticaoca nije potrebna. U ovom slučaju ugovor ima translativno dejstvo. Za sticanje stvarnih prava dovoljan je znači samo pravni

[1] N. Gavela, Posjed stvari i prava, Zagreb, 1990.str.93.

[2] Samostalni držalac stvari je ono lice koje određenu stvar drži kao da je njen vlasnik. Samostalni držalac drži stvar sa voljom da u pogledu nje ima potpunu vlast. On se prema stvari na kojoj ima državinu ponaša kao da je vlasnik.

osnov, *iustus titulus*, dok predaja stvari nije potrebna. Ovaj sistem pored prednosti ima loše strane koje se ogledaju u nedostatku publicitetne funkcije državine u odnosu na treća lica.

Državina ima funkciju publiciteta kod sticanja stvarnih prava na pokretnim stvarima, a u slučaju nepokretnosti funkciju publiciteta ima katastar nepokretnosti u koji se upisuju nepokretnosti i stvarna prava na njima.

Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa predviđen je još jedan slučaj u kojem dolazi do izražaja funkcija publiciteta državine. To je slučaj "kada je više lica zaključilo posebne pravne poslove radi sticanja prava svojine na istu pokretnu stvar koja je individualno određena, to pravo stiče lice kome je stvar prvo predata".[3] Ostala lica (kupci, poklonoprimci, strana ugovornica kod ugovora o razmeni) imaju samo obligaciono pravni zahtev prema prenosiocu koji se sastoji u zahtevu za povraćaj cene, ukoliko je isplatio cenu i naknadu štete zbog neizvršenja ugovora. U ovom slučaju sticalac će postati vlasnik samo pod uslovom da je bio savestan, što znači da nije znao, niti je prema prilikama mogao znati da je stvar prodata drugom licu. S obzirom da se savesnost držaoca pretpostavlja na osnovu zakona, teret dokazivanja suprotnog je na strani onih lica koja tvrde da su zaključila posebne pravne poslove na osnovu kojih im je svojina preneta.

Ovo pravilo poznato je još od rimskog prava prema kome: *Manifesti iuris est euem, cui priori traditium est, in detinendo domino esse potiorem.* Austrijski građanski zakonik sadrži pravilo "da ako je kakva pokretna stvar bila, jedno za drugim, predata nekolicini lica, onda pravo državine pripada onome koji je ima u svojoj vlasti".[4] Prema Građanskom zakoniku za Kneževinu Srbiju, "gde se raspra o pravu na državinu digne, pa se sumnja rodi, onda se drži da je na onoga strani pravo koji upravo stvar drži. Onaj kome to drago nije, i protivslovi, neka protivno dokaže".[5]

Predaja predstavlja voljnu radnju prenosioca prava svojine, da na pribavioca prenese državinu, tj. da omogući pribaviocu da uspostavi faktičku vlast na stvari. Prenosilac prava svojine predajom stvari manifestuje svoju volju da pribavioca dovede u takav položaj da može da vrši faktičku vlast na stvari.

Smatra se da je predaja izvršena tek kada je stvar prešla iz samostalne državine prenosioca, dotadašnjeg vlasnika, u samostalnu državinu sti-

[3] Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, član 35.
[4] Austrijski građanski zakonik, član 322.
[5] Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju, član 202.

caoca dvostranim činom, predaje na jednoj strani i primopredaje državine stvari na drugoj. Svaka predaja stvari u državinu, je voljni akt onoga ko predaje stvar u državinu i onoga ko je prima. Samo privremeno prepuštanje stvari u državinu sticaoca ne smatra se pravno relevantnom predajom jer onaj ko ne poseduje faktičku vlast na stvari ne može je ni preneti na drugoga.

Predaja koja je izvršena bez namere prenosa prava svojine na prenosioca, tzv. *nuda traditio*, ne dovodi do sticanja prava svojine

Predaja kao način sticanja prava svojine u užem smislu, se može izvršiti na različite načine. To su: fizička ili prava predaja (*traditio vera),* simbolična predaja (*traditio symbolica*) i fiktivna predaja.

1.1. Fizička, prava predaja (traditio vera)

Fizička ili telesna predaja, kako se još naziva ovaj način predaje, predstavlja materijalni akt koji sticaoca dovodi u mogućnost da ostvaruje faktičku vlast na stvari. Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa definiše fizičku predaju na sledeći način. Pravo svojine na osnovu pravnog posla na pokretnoj stvari stiče se predajom stvari u državinu sticaoca.[6]

Fizička predaja se sastoji u prenošenju neposredne državine na pokretnim stvarima sa prenosioca na sticaioca. Prema pomenutom Zakonu, državinu stvari ima lice koje neposredno vrši faktičku vlast na stvari (čl.70 st,1). Za fizičku predaju je neophodno da dođe do promene u ličnosti neposrednog držaoca, ali nije neophodno da je prenosilac pokretne stvari bio njen neposredni držalac. Isto tako nije neophodno da sticalac pokretne stvari postane njen neposredni držalac. «Irelevantno je da li će vlasnik sam predati stvar, ili će državinu stvari, na njegov zahtev predati treće lice kao njen neposredni držalac. Prodavac koji nema državinu stvari, može svoju obavezu da će preneti svojinu na kupca ispuniti tako što će naložiti trećem licu da kupljenu stvar preda kupcu. Smatra se takođe da je izvršena predaja stvari sticaocu, ako je prenosilac stvari u sporazumu sa njim tu stvar predao trećem licu».[7]

Fizička predaja se može izvršiti na različita načine, u zavisnosti od vrste stvari i namere ugovornih strana. Stvari manjih dimenzija predaju se iz ruke u ruku, tj. uručenjem, što je uobičajen i redovan način predaje. U ovom slučaju aprehenzija se sastoji u davanju stvari *corpore et facto*, Ako stvari nisu podobne za uručenje, predaja se vrši

[6] Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, čl. 34. stav 1.
[7] D. Stojanović,Stvarno pravo, Beograd, 1991, str.174.

ostavljanjem stvari na mesto koje je označio pribavilac ili se to može zaključiti iz konkretnih okolnosti. Ovakav način predaje koristi se kada su u pitanju stvari većih dimenzija ili tzv. kabaste stvari. U ovom slučaju je bitno da se pribavilac dovodi u mogućnost da vrši faktičku vlast na stvari. Predaja pokretne stvari mogu se predati i mehaničkim putem, na primer, uzimanjem stvari iz automata sa robom. Lice koje ubaci odgovarajuću sumu novca za određeni artikal, stiče državinu na stvari koja izađe iz automata. Predaja može biti izvršena i ostavljanjem stvari u sanduče za pošiljke.

Ako se predaja vrši posredstvom trećeg lica, Zakonom o obligacionim odnosima, predviđa posebna pravila za pojedine vrste ugovora, Na primer, kada je prema ugovoru potrebno da se izvrši prevoz stvari, a ugovorom nije određeno mesto ispunjenja, predaja je izvršena uručenjem stvari prevoziocu ili licu koje organizuje otpremu.[8]

I u slučaju višestruke prodaje iste stvari većem broju lica, pravo svojine stiče onaj kome je stvar predata. Prema Zakonu o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, «Kada je više lica zaključilo posebne pravne poslove radi sticanja prava svojine na istu pokretnu stvar koja je individualno određena, to pravo stiče lice kome je stvar prvo predata.»[9]

Kada se smatra da je izvršena fizička predaja stvari,može se zaključiti samo na osnovu posebnih okolnosti svakog slučaja ponaosob. Pri tome treba uzeti u obzir shvatanja u prometu koja su uobičajena za određenu društvenu sredinu.

1.2. Simbolična predaja

Predaja stvari, kao način sticanja prava svojine u užem smislu (modus acquirendi), može se izvršiti i predajom nekog znaka, simbola, ili isprave koja zamenjuje stvar, a čijom predajom se omogućava sticanje državine stvari. Ovaj vid predaje naziva se simbolična predaja *(traditio symbolica*). Ona se može izvršiti na različite načine. Predaja isprave kojom sticalac može da raspolaže tom stvari je jedan od načina simbolične predaje. [10] Takve isprave su hartije od vrednosti u kojima je inkorporirano pravo svojine ili zaloge na određenoj stvari. To su konosman, i prenosivi tovarni list kao stvarnopravne hartije od vrednosti sa tzv. tradicionim svojstvom, što znači da se njihovim prenosom na drugo lice, simbolično prenosi i svojina na robi označenoj u njoj. Skladišnica je još jedna stvar-

[8] Zakon o obligacionim odnosima, član 472.
[9] Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, član 35.
[10] Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, čl. 34 stav 2.

nopravna hartija od vrednosti, koju izdaje ovlašćeno skladište i kojom potvrđuje da je od deponenta primilo određenu robu na čuvanje koja je u njoj označena i kojom se obavezuje da će tu robu na koju skladišnica glasi predati ovlaćenom licu koje se legitimisalo kao njen zakoniti imalac. Skladišnica se može izdati kao jednodelna isprava u kojoj su inkorporisana dva stvarna prava, pravo svojine i pravo zaloge na uskladištenoj robi, ili kao dvodelna isprava koja se sastoji iz priznanice koja služi kao dokaz o svojini na uskladištenoj robi i založnice- varanta, koja služi za zalaganje robe radi dobijanja kredita tzv. lombardni kredit.[11] Predaja ovih isprava ima značenje predaje stvari na koje one glase, iako njihov sticalac nema efektivnu faktičku vlast na tim stvarima. Od momenta prijema isprave sticalac postaje vlasnik stvari označenih u skladišnici.

Simbolična predaja može se izvršiti i uručenjem nekog dela stvari ili izdvajanjem ili drugim označavanjem stvari koje znači predaju stvari. Na primer, predaja ključa od automobila, predstavlja simboličnu predaju jer je ključ dovoljan da se stekne faktička vlast na stvari, što je pretpostavka za njegovu upotrebu. Isto značenje imaju i predaja ključeva od sefa ili kase u kojoj se nalazi stvar ili od magacina u kojem je roba uskladištena i sl.[12]

Držalac zaključanih prostorija je i držalac stvari koje se u njima nalaze. Stoga, predaja ključeva od određene prostorije u neposrednu državinu sticaocu predstavlja i predaju stvari koja se u njoj nalazi, pod uslovom da sticalac sa ključevima dobija i stvarnu vlast nad prostorijama i stvarima u njuma. Ne može se govoriti o predaji stvari zaključanih u određenoj prostoriji, ako ključ i dalje stoji na raspolaganju prenosiocu.[13]

Simbolična predaja zamenjuje fizičku predaju u svim slučajevima kada je ova neuobičajena ili nemoguća. Ona ima svog značaja kod prenosa prava svojine uvek kada se prijemnik stavlja u mogućnost da samo on dođe do državine stvari.[14]

1.3. Fiktivna predaja

Fiktivna predaja predstavlja prenos prava svojine na osnovu samog ugovora pri čemu se fingira da je fizička predaja izvršena, a fizičke predaje u stvari nema jer bi s obzirom na okolnosti slučaja bila bez smisla.[15]

---

[11] Leksikon građanskog prava, «Nomos», Beograd, 1996, str. 663.
[12] R. Kovačević Kuštrimović, Stvarno pravo, Niš, 2009. str. 89.
[13] D. Stojanović, Stvarno pravo, Beograd, 1991, str.174.
[14] Z. Rašović, Stvarno pravo, Podgorica, 2002, str. 114.
[15] O. Stanković,M.Orlić, Stvarno pravo, Beograd, 1989, str.112.

Sticanje prava svojine na pokretnim stvarima bez predaje stvari predstavlja izuzetak od pravila da je za sticanje prava svojine predaja neophodan uslov. Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa predviđa tri takva slučaja.

Traditio brevi manu (predaja kratkom rukom) postoji kada se pokretna stvar nalazi u državini sticaoca po nekom pravnom osnovu, on stiče pravo svojina na njoj u trenutku zaključenja pravnog posla sa vlasnikom stvari na osnovu koga se stiče pravo svojine[16] Predaja kratkom rukom, je takav slučaj fiktivne predaje kada sticalac ima državinu stvari koju drži po nekom pravnom osnovu koji nije osnov za sticanje prava svojine (npr. kao zalogoprimac, poslugoprimac, čuvar stvari, plodouživalac) ili bez pravnog osnova (nezakoniti držalac), pa zaključi ugovor o prenosu prava svojine sa vlasnikom stvari (kupoprodaja, razmena ,poklon). Sticalac u ovom slučaju postaje vlasnik stvari u trenutku zaključenja ugovora. Primenom ovog pravila izbegava se dvostruka predaja stvari (vraćanje stvari vlasniku, pa ponovna predaja sticaocu sa ciljem sticanja prava svojine). Građanski Zakonik za Kneževinu Srbiju iz 1844. godine nije predviđao ovaj način fiktivne predaje, ali ga je sudska praksa, tumačenjem paragrafa 285 i 286. primenjivala. U nemačkom pravu se ovaj način fiktivne predaja dopušta i u slučaju sticanja svojine od nevlasnika.[17]

U zamljama koje prihvataju konsensualni princip sticanja prava svojine, gde pravo svojine prelazi na sticaioca, u trenutku zaključenja pravnog posla, bez predaje stvari ovaj institut je potpuno nepoteban

Constitutum possessorium je takav slučaj fiktivne predaje kada vlasnik kod koga se stvar nalazi (svojinski i neposredni držalac stvari) prenese na pribavioca svojinu ugovorom a stvar i dalje zadrži za sebe kao imalac nekog stvarnog ili obligacionog prava užeg od prava svojine (plodouživanje, zakup, posluga, ostava i sl.) «Ako sticalac prava svojine na pokretnu stvar ostavi tu stvar i dalje u državinu prenosioca po nekom drugom osnovu, on stiče pravo svojine na njoj u trenutku zaključenja pravnog posla sa vlasnikom stvari na osnovu koga se stiče pravo svojine».[18]

Cessio vindicationis je slučaj fiktivne predaje kada se javljaju tri lica, vlasnik stvari, (koji nema neposrednu već posrednu državinu), pribavilac stvari (koji u vreme zaključenja ugovora nema ni posrednu ni neposrednu državinu) i treće lice kod koga se stvar nalazi po osnovu nekog

[16] Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, čl, 34 stav 3.
[17] Nemački građanski zakonik, paragraf 931.
[18] Ibidem, čl. 34, stav 4.

užeg prava od prava svojine (plodouživalac, zalogoprimac, zakupac i sl.). I ovde pravo svojine prelazi na kupca trenutkom zaključenja ugovora, s tim da je treće lice dužno da stvar preda kupcu, novom vlasniku. «Pravo svojine na pokretnu stvar koju drži treće lice, prelazi na sticaoca u trenutku zaključenja pravnog posla, kojim mu je prenosilac preneo pravo da zahteva povraćaj te stvari. Treće lice ima pravo da prema novom vlasniku istakne sve prigovore koje je imao prema ranijem vlasniku».[19]

1.4. Predaja stvari bez prenosa prava svojine (pactum reservati dominii)

Predaja stvari u nekim slučajevima i pored punovažnog ugovora upravljenog na sticanje prava svojine ne dovodi do prenosa prava svojine sa prenosioca na sticaoca. Ovaj modalitet ugovora o prodaji se prema Zakonu o obligacionim odnosima naziva, prodaja sa zadržavanjem prava svojine. Prodavac određene pokretne stvari može posebnom odredbom ugovora zadržati pravo svojine i posle predaje stvari kupcu sve dok kupac ne isplati cenu u potpunosti.[20] Ovaj vid prodaje je koristan za obe ugovorne strane. Kupac je u povoljnom položaju jer ga prodavac kreditira do isplate cene, a činjenica da ima državinu na stvari omogućava mu njenu upotrebu i pribiranje plodova, što mu olakšava isplatu duga. Prodavac u ovakvom ugovoru i pored predaje stvari kupcu i dalje ostaje njen vlasnik dok mu kupac u potpunosti ne isplati kupoprodajnu cenu, a zadržano pravo svojine služi mu kao obezbeđenje. Kupac kao držalac nema pravo da raspolaže sa stvari, niti se njegovi poverioci mogu namiriti iz te stvari jer kupac još nije postao vlasnik. Prema Zakonu o obligacionim odnosima, zadržavanje prava svojine proizvodi dejstvo prema kupčevim poveriocima samo ako je sačinjeno u obliku javne isprave, pre kupčevog stečaja ili pre plenidbe stvari.[21]

1.5. Način sticanja (modus acquirendi) prava svojine na nepokretnim stvarima na osnovu pravnog posla

Prema Zakonu o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, pravo svojina na osnovu pravnog posla na nepokretnim stvarima stiče se upisom u javnu knjigu ili na drugi odgovarajući način određen zakonom.[22]

---

[19] Ibidem, član 34, stav 5.
[20] Zakon o obligacionim odnosima, čl. 540, stav 1.
[21] Zakon o obligacionim odnosima, čl. 540, stav 3.
[22] Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, čl. 33.

Način sticanja u užem smislu (*modus acquirendi*), kod nepokretnosti vrši se upisom svojine u katastar nepokretnosti.

Za upis prava svojine na nepokretnosti u katastar nepokretnosti, potrebno je da se ispune sledeći uslovi: a) u trenutku podnošenja zahteva za upis, nepokretnost mora biti upisana u katastru nepokretnosti, b) upis je dozvoljen samo protiv lica koje je u trenutku podnošenja zahteva za upis već upisano u katastar nepokretnosti kao imalac prava u pogledu kojeg se upis zahteva ili je predbeleženo kao imalac tog prava (upisani prethodnik), v) Upis se vrši na osnovu privatne ili javne isprave koje je po sadržini i formi podobna za upis..Privatna isprava (isprava o pravnom poslu), mora biti sačinjena u pisanoj formi uz overu potpisa lica koja su je sačinila, i mora sadržati izjavu o dozvoli upisa koja nije uslovljena niti oročena (*clausula intabulandi*). Javna isprava da bi bila podobna za upis mora biti pravosnažna.[23]

Do momenta upisa u katastar nepokretnosti vlasnik je prodavac (ili poklonodavac ili strana ugovornica kod ugovora o razmeni), što ima za posledicu: a) rizik propasti nepokretne stvari snosi prodavac, b) svi plodovi koje stvar daje do momenta upisa pripadaju prodavcu, v) nepokratna stvar ulazi u prodavčevu opštu zalogu za namirenje hirografernih poverilaca do momenta upisa prava svojine ne njoj, g) prodavac može do upisa u katastar nepokretnosti prodatu stvar otuđiti drugom licu koji će steći pravo svojine pod uslovom da je savestan.

Činjenica da je upis izvršen i da je sticalac upisan kao vlasnik stvara oborivu pravnu pretpostavku da je upisani vlasnik istovremeno i materijalno.pravni vlasnik. Onaj ko tvrdi suprotno mora to i da dokaže u upravnom postupku (zahtevom za ispravku) ili u sudskom postupku podnošenjem tužbe. Upis prava svojine u katastar nepokretnosti ima konstitutivana karakter. Upisom prava svojine stiče se svojina na stvari, bez obzira da li je sticalac stekao i neposrednu državinu na njoj.[24]

2. Predaja stvari u državinu, savesnom sticaocu, kod sticanja od nevlasnika

Funkcija publiciteta državine ima za posledicu da se zaštite sva ona lica koja se u prometu pokretnim stvarima (jer ne važi za nepokretnosti), pouzdaju u činjenicu da državina odgovara sadržaju nekog prava koju držalac vrši. Može se dogoditi da neko lice (savestan sticalac), verujući da je držalac stvari, njen vlasnik, zaključi sa njim ugovor o prodaji te stvari,

[23] Zakon o državnom premeru i katastru, čl. 83-88.
[24] Z. Rašović, op, cit. str. 119.

koja mu bude predata da bi stekao pravo svojine, iako držalac nije njen vlasnik. U ovom slučaju se postavlja pitanje da li je savestan sticalac pokretne stvari, koji ima valjan pravni osnov i kojem ja stvar predata u državinu stekao pravo svojine od lica koji nije njen vlasnik. U rimskom pravu se stvar nije mogla steći od nevlasnika jer: *"Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet"*. [25] U našem predratnom pravu, bilo je moguće sticanje svojine od nevlasnika pod sledećim uslovima: a) stvar mora biti pokretna; b) sticalac mora biti savestan; c) ugovor mora biti punovažan i upravljen na prenos prava svojine; d) ugovor mora biti teretan, uz naknadu i e) da je stvar predata sticaocu. Pored ovih uslova koji kumulativno treba da se ispune zahtevalo se da je sticalac "tu stvar kupio ili na javnoj prodaji ili od trgovca koji obično sa takvim stvarima trguje, ili od zanatlije koji takve stvari pravi ili od onoga kome je gospodar istu stvar na poslugu ili na ostavu ili u zalogu dao, ili bi stvar ista pod kakvim god vidom poverena bila".[26]

Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa definiše sticanje od nevlasnika na sledeći način: "Savesno lice stiče pravo svojine na pokretnu stvar koju je pribavilo uz naknadu od nevlasnika koji u okviru svoje delatnosti stavlja u promet takve stvari, od nevlasnika kome je vlasnik predao stvar u državinu na osnovu pravnog posla koji nije osnov za pribavljanje prava svojine, kao i na javnoj prodaji"[27]. Da bi se steklo pravo svojine od nevlasnika potrebno je da se ispune sledeći uslovi: a) sticalac mora biti savestan, znači da nije znao niti je morao znati da držalac stvari koju pribavlja nije njen vlasnik; b) stvar mora biti pokretna; v) sticalac treba da je pribavio stvar, a to znači da je stekao na njoj samostalnu i neposrednu državinu. Ako mu je stvar predata u samostalnu ali posrednu državinu, on na njoj ne stiče svojinu sve dok mu ne bude predata u neposrednu državinu; g) sticalac treba da je tu stvar pribavio od lica koje je u tom trenutku bilo njen držalac, ali ne i njen vlasnik, nego mu je vlasnik tu stvar bio predao u nesamostalnu državinu na osnovu pravnog posla, koji nije osnov za pribavljanje prava svojine (na primer, od plodouživaoca, poslugoprimca, zalogoprimca, depozitara itd.). Sa ovim je izjednačen i slučaj kada je sticalac stvar pribavio na javnoj dražbi, čak i u slučaju kada je ta stvar izašla iz državine vlasnika protiv njegove volje (ukradena mu je, izgubio je, zaturio i sl.); e) sticalac treba da je stvar pribavio uz naknadu.

[25] Paulus, D. 50,17,120.

[26] Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju, §221; slično Austrijski građanski zakonik, §367.

[27] Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, član 31,stav 1.

Zakonom o obligacionim odnosima predviđen je jedan poseban slučaj sticanja od nevlasnika kada se u pitanju hartija od vrednosti. "Savestan pribavilac hartije od vrednosti na donosioca postaje njen zakoniti imalac i stiče pravo na potraživanje upisano na njoj i kada je hartija od vrednosti izašla iz ruku njenog izdavaoca, odnosno njenog ranijeg imaoca i bez njegove volje".[28]

Da bi došlo do sticanja svojine od nevlasnika, državina najpre mora postojati na strani otuđioca, koji nije vlasnik, a koji u očima savesnog sticaoca izgleda kao vlasnik, i koja mu daje formalnu legitimaciju za raspolaganje koje pravni poredak tretira kao punovažno iz razloga zaštite sigurnosti pravnog prometa. Otuđilac mora da preda stvar u državinu savesnom sticaocu jer je predaja u ovom slučaju način sticanja svojine od nevlasnika. Državina u slučaju sticanja od nevlasnika ima dvostruku ulogu. Ona je najpre uslov u smislu neophodnosti njenog postojanja na strani otuđioca, a zatim je uslov i u smislu neophodnosti njene predaje od strane otuđioca savesnom sticaocu. Predaja državine stvari je *iustus modus* za sticanje svojine od nevlasnika kao i od vlasnika.[29]

Da bi državina savesnog sticaoca dovela do sticanja prava svojine iako je stečena od nevlasnika, mora da poseduje sledeće osobine. Ona mora biti samostalna, svojinska *(animo* domini), državina, zakonita i savesna. Samostalni držalac je lice koje stvar drži kao da je njen vlasnik. Državina je zakonita ako ispunjava dva uslova. Prvi čini punovažan pravni osnov, a to je u ovom slučaju, ugovor između otuđioca i pribavioca, koji je usmeren na sticanje prava svojine, i na osnovu koga savesni držalac stiče državinu, a drugi, da je savesni sticalac do državine došao na način dozvoljen zakonom (da državina nije stečena vi clam, precario). To u ovom slučaju znači da je bila izvršena dobrovoljna predaja od strane otuđioca, nevlasnika, savesnom sticaocu.

U francuskoj pravnoj teoriji se za državinu savesnog sticaoca u slučaju sticanja svojine od nevlasnika pored termina legalna, prava, regularna, ili mirna državina, koriste i izrazi, nesumnjiva,nedvosmislena i da nije stečena tajno.Državinu savesnog sticaoca francuski pravni pisci redovno opisuju kao: efektivnu, postojeću, sadašnju,aktuelnu, stvarnu,istinitu, ali i kao realnu i «materijalno manifestovanu» tj. da držalac mora imati stvar «kod sebe», što ne znači u rukama, ali se mora imati makar neka indirektna vlast na stvari , što se u našem pravu obično podrazumeva pod neposrednom državinom.[30]

[28] Zakon o obligacionim odnosima, član 239, stav 4.
[29] N. Planojević, Sticanje svojine od nevlasnika, Kragujevac 2008, str.209.
[30] Prema N. Planojević, op cit. str. 215.

3. Predaja stvari kao način sticanja (*modus acquirendi*) založnog prava na pokretnim stvarima

Za nastanak založnog prava na pokretnim stvarima, pored punovažnog ugovora o zalozi koji predstavlja pravni osnov (*iustus titulus*), potrebno je i da se izvrši predaja stvari zalogoprimcu ili trećem licu u državinu. Predaja stvari, kao i u slučaju sticanja prava svojine se ovde javlja kao način sticanja u užem smislu (*modus acquirendi*). Predaja stvari, u slučaju založnog prava, proizvodi pravno dejstvo, ako je posledica, a) punovažnog ugovora o zalozi, b) ako je slobodan akt volje zalogodavca (dužnika ili trećeg lica), v) predaja treba da bude upravljena na zasnivanje založnog prava, tj. da predstavlja akt izvršenja ugovorne obaveze da se stvar preda.

Za založno pravo na pokretnim stvarima bitna je deposesija zalogodavca koja se po opštim pravilima ostvaruje zasnivanjem zalogoprimčeve državine na stvari. Predaja stvari proizvodi konstitutivno dejstvo. Založnopravni odnos nastaje tek sa predajom stvari u državinu zalogoprimcu ili trećem licu kojeg su sporazumno odredili zalogodavac i zalogoprimac. Ovaj tradicijski princip sticanja zaloge, skoro bez izuzetka važi kako kod nas tako i u uporednom pravu. Prema Zakonu o obligacionim odnosima, zalogoprimac stiče založno pravo kad mu stvar koja je predmet ugovora bude predata.[31] U uporednom pravu ovaj princip prihvaćen je u francuskom pravu,[32] italijanskom,[33] nemačkom,[34] austrijskom,[35]itd.

Postavlja se pitanje, koji je *ratio legis*, za strogo tradicioni princip kod zaloge. Dva racionalna razloga postoje za to. Prvi je princip publiciteta .koji se ogleda u predaji stvari u državinu založnom poveriocu. Cilj založnog prava je upravo u tome da se založena stvar preda u državinu založnom poveriocu, tako da ostali obični poverioci za namirenje svojih potraživanja ne mogu da računaju na založenu stvar. Drugi razlog zbog čega se insistira na čvstom tradicionom principu kod zaloge je potreba da se založnom poveriocu osigura sigurno namirenje svog potraživanja, što se postiže predajom stvari u njegovu državinu, dok je založni dužnik lišen državine na toj stvari. To ima za posledicu nemogućnost uticaja i raspola-

---

[31] Zakon o obligacionim odnosima, čl. 968.

[32] Code civil, čl. 2076.

[33] Italijanski građanski zakonik,čl.2786.

[34] Nemački građanski zakonik,par.1205.

[35] Austrijski građanski zakonik, par.451. stav 1.«Da bi se založno pravo doista pribavilo, mora poverilac koji ima pravni osnov,založenu stvar, ako je pokretna, uzeti na čuvanje, a ako je nepokretna, mora svoju tražbinu uknjižiti, na način propisan za pribavljanje nepokretnih dobara.»

ganja založenom stvari od strane zalogodavca, koji bi da je stvar ostala u njegovoj državini u mogao da je oštеti ili joj smanji vrednost, što bi moglo da onemogući zalogoprimca da se u potpunsti namiri iz založene stvari.[36]

Predaju stvari može da izvrši, a) dužnik iz obligacionopravnog odnosa sa poveriocem, b) treće lice koje nije dužnik založnog poverioca. Pravilo je da stvar u zalogu može dati samo njen vlasnik, s tim što to može biti i nevlasnik, pod uslovom da je stvar stekao po pravilima sticanja svojine od nevlasnika utvrđenim zakonom. Predaja stvari, ili isprave koja njenom imaocu daje isključivo pravo raspolaganja, vrši se zasnivanjem državine od strane zalogoprimca ili trećeg lica kojeg su sporazumno odredile ugovorne strane iz ugovora o zalozi. Ugovor o zalozi može se zaključiti i povodom stvari koja je već založena nekome. U tom slučaju založno pravo nastaje u trenutku kada zalogodavac obavesti poverioca kod koga se stvar nalazi, i o zaključenju ugovora o zalozi sa drugim poveriocem i naloži mu da po naplati svog potraživanja preda stvar drugom založnom poveriocu.[37] Ako zalogoprimac postupa sa stvari protivno ugovoru ili zakonu, sud će na zahtev zalogodavca narediti da se založena stvar oduzme od zalogoprimca i preda nekom trećem licu da je drži za zalogodavca.[38] Nije kako se iz ove zakonske odredbe može zaključiti, neizostavno potrebno da stvar bude u isključivoj, neposrednoj zalogoprimčevoj državini.

Predaja u slučaju ručne zaloge može da se izvrši na različite načine.

3.1. Fizička predaja

Pod fizičkom predajom kada je založno pravo u pitanju, podrazumeva se preduzimanje takvih materijalnih akata koji imaju za posledicu, deposedovanje zalogodavca, tj. promenu faktičke vlasti na založenoj stvari. «Potrebna je prostorna promena, da bi poverilac mogao da vrši faktičku vlast na stvari, dakle da bude izuzeta iz područja uticaja zalogodavca i da bude u području uticaja poverioca.»[39] Fizička predaja pokretne stvari, vrši se uručenjem,[40] tj. predajom pokretne stvari u ruke založnom poveriocu. «One pokretne stvari koje se predati i uzeti mogu» pod faktičku vlast zalogoprimca redovno se ostvaruje predajom iz ruke u ruku.[41] Dovođenje

[36] Opširnije, D. Stojanović, Stvarno pravo, op cit. str.250.
[37] Ibidem, čl. 970,stav 2.
[38] Zakon o obligacionim odnosima, čl. 978.
[39] D. Stojanović, op.cit. str.251.
[40] Zakon o obligacionim odnosima, čl.467.st.2.
[41] Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju, iz 1844. par. 467.st.2.

zalogoprimca u poziciju da vrši faktičku vlast, može se izvršiti i ostavljanjem stvari na mesto koje je on označio. Kada se radi o kabastim stvarima , stvarima većih dimenzija, koje se ne mogu predati uručenjem, njihova predaja se vrši ostavljanjem stvari na određenom mestu, koje je odredio zalogoprimac. Ako zalogoprimac nije odredio koje je to mesto, onda će se predaja izvršiti na mestu koje odgovara njegovoj pretpostavljenoj volji.[42]

3.2. Simbolična predaja

Prema Zakonu o obligacionim odnosima, predaja se može izvršiti i na tzv. simboličan način tako što će zalogodavac predati zalogoprimcu ili trećem licu koje su sporazumno odredili ispravu koja daje imaocu isključivo pravo raspolaganja njome.[43] Za razliku od Zakona o obligacionim odnosima, Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa pored slučaja predaje isprave na osnovu koje sticalac može raspolagati tom stvari, kao slučajeve simbolične predaje navodi i «uručenje nekog dela stvari ili izdvajanjem ili drugim označavanjem stvari koje znači predaju stvari.»[44]

Postavlja se pitanje, da li se na založno pravo analogno mogu primeniti pravila Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa koja pod simboličnom predajom podrazumevaju pored predaje isprave i druge, gore navedene načine. Tako na primer, Austrijski građanski zakonik ne pravi nikakvu razliku u pogledu simbolične predaje kod sticanja prava svojine i zaloge, pa u odredbi o založnom pravu koja se odnosi na simboličnu predaju stvari (par. 453), upućuje na onu o prenosu svojine (par. 427).[45] Slično je i u francuskom pravu, gde je dopuštena simbolična predaja, predajom ključeva od prostorije u kojoj je smeštena založena stvar, ili predajom isprava koje predstavljaju stvar ili njenu novčanu vrednost, kao i stavljanjem od strane založnog poverioca prikladnog znaka na založenu stvar. [46]

»Bukvalnim tumačenjem čl. 974. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima došli bi smo do apsurdnog rešenja po kome predaja ključeva od

---

[42] O. Stanković, M. Orlić, op. cit. str. 67.

[43] Zakon o obligacionim odnosima, čl.974.st.1.

[44] Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, čl.34.st.2

[45] Predaja znacima postoji «kada vlasnik preda prijemniku isprave, kojima se dokazuje svojina,ili sprave, kojima se prijemnik stavlja u mogućnost da samo on dođe do državine stvari; ili kad se na stvar metne znak, po kome svako može jasno poznati, da je stvar drugome ustupljena».

[46] Planiol, Ripert,Boulanger, Traite elementaire de droit civil, t.1,Paris,1950, str 354.

prostorije u kojoj se nalazi založena stvar ne bi bila dovoljna (jer ključ nije isprava), za konstituisanje založnog prava. To ne bi bilo opravdano, niti bi bilo u duhu rešenja Zakona o obligacionim odnosima (koji dozvoljava ustanovljavanje založnog prava obaveštenjem poverioca kod koga se stvar nalazi o zaključenju ugovora o zalozi sa drugim poveriocem). Stoga je za naše pravo neprihvatljivo simboličnu predaju založene stvari posmatrati u smislu kao da je ona moguća samo predajom odgovarajućih isprava, nego treba u svakom konkretnom slučaju proceniti da li su i drugi akti (predaja znacima) podobni da kreiraju publicitet zalaganja.»[47]

Publicitet u slučaju založnog prava na pokretnim stvarima, u slučaju simbolične predaje, trebalo bi šire tumačiti, imajući u vidu sve okolnosti svakog slučaja ponaosob. Kada se smatra da je izvršene simbolična predaja je jedno faktičko pitanje, o kojem sud treba da odlučuje u svakom konkretnom slučaju, vodeći računa o podobnosti svake od preduzetih radnji da izazove publicitet zalaganja. Ovo je značajno ne samo za treća lica koja su zainteresovana za pribavljanje prava svojine na založenoj stvari, nego i za samog založnog poverioca da bi se zaštitio od zalogodavčevih raspolaganja tom stvari.[48]

Simboličnom predajom se ima uzeti, svaka radnja zalogodavca (koja se mora posmatrati u kontekstu konstituisanja založnog prava), a ima za cilj da dovede zalogoprimca u situaciju da samo on može da dođe do državine stvari.

3.3. Fiktivna predaja

Iako Zakon o obligacionim odnosima nije predvideo mogućnost sticanja založnog prava na pokretnim stvarima fiktivnom predajom založene stvari, ne vidimo nijedan opravdan razlog da se ona ne primeni u ovom slučaju, ali sa ograničenim dometom.

Analogno predaji stvari u slučaju sticanja prava svojine, regulisane Zakonom o osnovama svojinsko-pravnim odnosima, smatramo da je predaja, kratkom rukom, *traditio brevi manu,*je moguća u slučaju založnog prava na pokretnim stvarima.

Ustanovljavanje založnog prava putem *cessio vindicationis,* u pravnoj teoriji nije sporna.[49] Predaja pokretne stvari u ovom slučaju smatra se

[47] Z. Rašović, op.cit. str.384-385.

[48]Opširnije o tome, O. Stanković, Beleške o zalogoprimčevom pravu na državinu, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br.2/85, str.255.

[49] Č. Rajačić, Stvarno pravo,1956, str. 301. O.Stanković, op. cit, str.256, Bartoš, Stvarno pravo, Beograd, 1932, str,359. itd.

izvršenom u trenutku zaključenja ugovora o zalozi, iako fizičke predaje nema, ako se sticaiocu omogući da stvar zahteva od trećeg lica kod koga se ona nalazi u trenutku sticanja. *Cessio vindicationis* počiva na činjenici posredne državine zalogodavca, koji je trećem licu prepustio neposrednu državinu stvari, a zalogoprimcu obezbedio da treći vrši državinu od momenta zaključenja ugovora o zalozi za zalogoprimca (poverioca), tako da on sada postaje posredni držalac. Uslovi za ovakvu vrstu zaloge su: a) već postojeća neposredna državina trećeg lica na osnovu posebnog pravnog odnosa kao što su, plodouživanje, zakup, ostava i sl.; b) podobnost državine trećeg za založenu državinu; v) ugovor o zalaganju između zalogodavca i njegovog poverioca (tako da se državina trećeg lica pretvara u založnu državinu) i g) obaveštenje trećeg lica o sticanju državine na strani poverioca (zalogoprimca), što je neophodan uslov da bi se zalogodavcu ograničila mogućnost faktičkog raspolaganja i isključive vlasti na založenoj stvari.[50] I u nemačkom pravu, je dopuštena *cessio vindicationis,* sa nešto užim domašajem: zaloga se na ovaj način konstituiše samo pod uslovom da zalogodavac ima posrednu državinu, gde cesija posredne državine na založnog poverioca i obaveštenje neposrednog držaoca o ustanovljenju zaloge, zamenjuju predaju.[51]

Treći slučaj fiktivne predaje *constitutum possessorium*, po preovlađujućem stanovištu u našoj pravnoj teoriji[52] i uporednom zakonodavstvu, nije dopušten za ustanovljavanje založnog prava. Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru iz 1888. godine, sadržao je odredbu, kojom se izričito zabranjuje ova vrsta fiktivne predaje.»Ali kada bi se uglavilo da će pokretna zaloga ostati pri samome dužniku pogodba ne bi vredela.»[53] *Constitutum possessorium* kao oblik fiktivne predaje nije dopušten u slučaju ručne zaloge jer se u suprotnosti sa suštinom založnopravnog odnosa. Ovaj način fiktivne predaje nije podoban da kreira publicitet zalaganja. »*Constitutum possessorium,* kod ručne zaloge nije dopušten jer bi mogao da dovde do obmane treća lica (koja ne bi bila dužna da znaju da založena stvar nije kod sopstvanika) i što bi to moglo dovesti samog zalagača u iskušenje da ponovo raspolaže založenom stvari.»[54]

---

[50] D. Stojanović, op cit, str,253.

[51] Nemački građanski zakonik, par 205, st.2.

[52] O. Stanković, op.cit,str.256, R.Kovačević,Kuštrimović,M.Lazić,op.cit, str.229, V.Spaić, Stvarno pravo, Sarajevo,1962,str.305.

[53] Opžti imovinski zakonik za Crnu Goru, čl. 173.

[54] M. Bartoš, op.cit. str.259-360.

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

The Delivery of Goods as (*modus acquirendi)* of Property

Abstract

The delivery means the transfer of possession of property from one person, seller, to another, buyer.The seller delivers goods to buyer if he delivers them physically, if he makes symbolic delivery by delivering document of title to them (e.g. a bill of landing) or other means of control over them (e.g. the keys of warehouse in which they are stored), or if a third party who is holding them acknowledges that he now holds them for the buyers. In constructive delivery, the seller agrees that he holds the goods on behalf of the buyer his possesson of the goods under a hire-purchase agreement and becomes owner on making the final payement. Goods may be „pledged" (or „pawned"). In this case the pledgee (pawnee) acquires possession of them. The delivery of possession in the case of pledge, may be physically and symbolic on the same way as transfer of property. The diference is the *constitutum possessorium* delivery.

Key words: delivery of goods, derivative acquire of goods, acquire by nonowner, pledge of movables, phisically delivery, symbolic delivery, fictive delivery.

Originalni naučni rad UDK 351.74/.78
doi:10.5937/zrpfns46-1966

Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

KONTROLA PRIVATNOG SEKTORA BEZBEDNOSTI U INOSTRANSTVU[1]

***Sažetak**: Sve savremene države danas imaju organizovan i uređen sistem bezbednosti koji podrazumeva i različitu ulogu sektora privatne bezbednosti koja je određena ali i ograničena pravom. Pravo je osnov ali i granica delovanja svih subjekata društva pa tako i sektora privatne bezbednosti. U savremenim demokratskim državama se otišlo veoma daleko u pravnom regulisanju tzv. industrije privatne bezbednosti. Napušta se model kontrole putem ugovora sa naručiocem posla i pristupa se modelu kontrole od strane same države. Novi model ima skoro iste elemente koje država koristi kada je u pitanju kontrola javnog sektora odnosno policije. Analize ukazuju na činjenicu da pitanja koja se odnose na kontrolu privatne bezbednosti mogu biti pravno regilisana na način koji je tipično evropski, ali su mogući i sasvim drugačiji pristupi i najrazličitije kombinacije koje regulišu funkcionisanje sistema privatne bezbednosti, a koji uvažavaju nacionalne specifičnosti.*

U radu su prezentovani osnovni postulati kontrole privatnog sektora bezbednosti u inostranstvu sa posebnim osvrtom na moguću ulogi međunarodnog prava.

***Ključne reči**: bezbednost, privatna bezbednost, kontrola, zaštita imovine i poslovanja.*

---

[1] Ovaj rad je nastao kao rezultat rada na projektu „*Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)*“ čiji nosilac je Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

1. Uvod

Poznato je da je svet danas postao „globalno selo". Može se reći da nema države koja iz ovih ili onih razloga nije ugrožene, bez obzira na stepen razvijenosti. Sva društva su kroz istoriju bila manje ili više izložena ugrožavanju u različitom obimu. U početku je bio ugrožen njihov opstanak, a zatim i njihov društveno-ekonomski i kulturni razvoj. Pojave kao što su: oružana popuna, terorizam, ekspanzija organizovanog kriminaliteta, korupcija, nacionalni i verski ekstremizam, narkomanija i brojne druge su samo neke od pojava koje ugrožavaju demokratski i ustavni poredak jedne države, i narušavaju njenu bezbednost, a time i bezbednost njenih građana. Radi suzbijanja ovih pojava, svaka država organizuje svoj sistem nacionalne bezbednosti u kome sektor privatne bezbednosti ima posebnu ulogu i značaj.

Za razliku od ostalih društvenih podsistema, sistem nacionalne bezbednosti karakteriše mogućnost primene posebnih ovlašćenja i mera kojima se može zadirati u ljudska prava i slobode. Praktično sistem bezbednosti je legitiman nosilac sile kojom država raspolaže. Upravo zato i postoji interes svakog demokratskog društva da na legitiman, transparentan i organizovan način kontroliše sopstvene nosioce sile odnosno da sila bude u službi prava, a ne obrnuto. Iz navedenog proističe da je demokratska civilna kontrola nosilaca sile jedan od ključnih faktora stepena demokratizacije društva.

Osnovni preduslov za navedeno jeste donošenje sistemskih zakona iz oblasti bezbednosti. Prvenstveno se misli na zakone, kojima se, u skladu sa ustavom, osnivaju privatna preduzeća za pružanje usluga bezbednosti, utvrđuje njihov delokrug, nadležnost i kontrola rada, zatim način rukovođenja, odgovornost i slično.

Ukoliko se kontrola shvati kao proces upoređivanja ostvarenog sa nameravanim, onda se taj proces može posmatrati kao celina koja prolazi kroz četiri, uslovno rečeno, faze:

1. utvrđivanje onoga što jeste;
2. utvrđivanje onoga što treba da bude;
3. utvrđivanje odstupanja onog što jeste od onoga što treba da bude;
4. vrednovanje odstupanja i eventualna intervencija.[2]

Posmatrajući kontrolu kao funkciju rukovođenja, kažemo da ona predstavlja aktivnost praćenja ponašanja organizacionih elemenata i realizacije postavljenih zadataka s ciljem da se pronađu razlike između planiranih veli-

[2] Milkov, D.: Upravno pravo III- Kontrola uprave, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2010, str. 9.

čina i njihovog ostvarenja u toku izvršenja, i po izvršenju postavljenog zadatka.[3] Putem kontrole se rukovodilac upoznaje sa uzrocima odstupanja od planom predviđenih normi i pruža mu se mogućnost da interveniše i na taj način uočena odstupanja drži u optimalnim granicama.

Vidimo da kontrola nije sama sebi cilj, nego služi određenoj intervenciji, kako bi se uočene greške otklonile U suprotnom, moguće je delovati samo represivno, odnosno primeniti određenu sankciju.[4] Rukovodilac prilikom uočavanja nepravilnosti, putem funkcije naređivanja interveniše, kako bi se aktivnosti službe dovele u granice plana. Intrevencijom koja sledi nakon utvrđivanja nedostataka, korektivnog ili represivnog karaktera, vrši se budući uticaj na kontrolisane subjekte da takve i druge slične greške ne ponavljaju. Potrebno je napomenuti da kontrola ima i veliko preventivno dejstvo jer utiče na svest kontrolisanih subjekata, koji, znajući da postoji mogućnost vršenja kontrole i eventualne negativne posledice, nastoje da svoj rad usklade sa predviđenim očekivanjima.[5]

Američko udruženje ASIS (American Society for Industrial Security) izvršilo je klasifikaciju u kojoj se privatna bezbednost deli na četiri osnovne grupe delatnosti: 1) fizičko obezbeđenje – odnosi se na zaštitu ljudi, imovine, objekata, kroz angažovanje radnikâ obezbeđenja, bezbednosnih sistema i bezbednosnih procedura; 2) bezbednost informacija – odnosi se na čuvanje poverljivih informacija, privatnih podataka, informacija o imovini, investicijama, ugovorima i intelektualnoj sredini; 3) personalno obezbeđenje – odnosi se na obezbeđenje integriteta i lojalnosti zaposlenih u nekoj organizaciji (podrazumeva ispitivanje porekla i prethodnog života zaposlenih, razna zdravstvena testiranja i ostale tehnike skeniranja pre zapošljavanja, 4) bezbednost informacionih sistema – koja obuhvata održavanje poverljivosti, pouzdanosti i upotrebljivosti podataka stvorenih, sakupljenih, procesuiranih i prenetih preko informacionih sistema.[6]

2. Odnos privatnog i javnog sektora bezbednosti

Osnovni princip u ostvarivanju bezbednosti u zapadnim društvima jeste integrisanost sektora javne i privatne bezbednosti u organizovanju i sprovođenju programa i projekata prevencije kriminaliteta. Pri-

[3] Stevanović, O.: Rukovođenje u policiji, Policijska akademija, Beograd, 2003, str. 207.

[4] Milkov, D.: Upravno pravo III- Kontrola uprave, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2010, str. 9.

[5] Ibid str. 9.

[6] Davidović, D. Privatna bezbednost u Srbiji, u: Rizik, moć, zaštita, UR. Cvetković, V.: Fakultet bezbednosti, Beograd, 2010, str. 456.

vatna bezbednost danas sprovodi aktivnosti u domenu fizičko-tehničkog obezbeđenja, ali i prevencije gubitaka, bezbednosti informacija, zaštite komunikacija, borbe protiv visokotehnološkog kriminala, konsaltinga, kontrole pristupa, protivpožarne zaštite, održavanja javnog reda i mira na priredbama i skupovima, i drugo. Posebnu prednost privatnog sektora čini to što može da deluje i preko granica država, što je važno za mnoge poslodavce. Operativne mere podrazumevaju čak i rad infiltriranjem među zaposlene i tajne zadatke, radi utvrđivanja istine o prodaji poslovnih tajni, krađi inventara, neovlašćenom pristupu fajlovima itsl.

U mnogim zemljama je uspostavljen zavidan nivo saradnje ovog sistema i policije. Pri tom se privatni sektor smatra mlađim partnerom u poslovima očuvanja javne bezbednosti, odnosno u asistiranju policiji u njenom radu.

Pored iznetog, u pomenutim zemljama su zakonom precizno regulisani rad i ovlašćenja nosilaca privatne bezbednosti (specijalizovanih agencija i internih službi obezbeđenja, detektivskih agencija itsl.), iz čega proizlaze i odnosi sa organima države koji aktivno učestvuju u ostvarivanju rada sistema obezbeđenja, među kojima je i policija.

Saradnja između policije i privatnog sektora kao partnera u policijskom radu određena je dvema vrstama okolnosti: *prvo*, raspoloživim finansijskim resursima, tj. obrtnim sredstvima privatnih obezbeđenja; i *drugo*, ljudskim i tehničkim resursima (brojem ljudi zaposlenih u privatnom obezbeđenju).

Iskustva pokazuju da je neophodna aktivnija uloga policije u usmeravanju svog rada na otkrivanje nosilaca ugrožavanja bezbednosti kako sopstvene, tako i službi obezbeđenja. Jasno je da time policija izlazi iz delokruga svojih već ustaljenih poslova i da ovaj zadatak izvršava u saradnji sa drugim institucijama i organizacijama.

Osnovna svrha ovakvog zajedničkog rada je uspostavljanje boljeg odnosa sa „korisnicima“ usluga policije. Tu se misli na upoznavanje odgovornih lica sistema obezbeđenja sa novim dostignućima iz delokruga rada policije i razmenu iskustava u zajedničkoj borbi protiv potencijalnih počinilaca inkriminisanih radnji. Naime, smatra se da se bezbednost kompanija u odnosu na savremene rizike i pretnje može posmatrati sa dva aspekta: šireg, odnosno ciljeva nacionalne bezbednosti države kao referentnog objekta bezbednosti, i užeg, tj. poslovne politike i ciljeva bezbednosti kompanija.[7]

[7] Keković, Z.: Upravljanje rizicima u nedržavnom sektoru bezbednosti, *Bezbednost*, br. 4, Beograd, 2004, str. 560–572.

3. Kontrola i nadzor privatnih bezbednosnih kompanija u inostranstvu

Na početku je neophodno razjasniti šta se podrazumeva pod pojmom privatnih bezbednosnih kompanija. U literaturi se pod ovim pojmom najčešće pominju tri idealna tipa preduzeća: (1) plaćeničke firme, (2) privatne vojne firme i (3) privatne firme za obezbeđenje imovine i poslovanja. Prvi tip se odnosi na pojedince ili organizacije koje prodaju svoje vojne veštine van svoje zemlje. To je jedina vrsta bezbednosnih kompanija koja se uključuje u direktne borbe u nekim oružanim sukobima. Najpoznatiji primeri su „Izvršni ishodi" (Executive Outcomes), južnoafrička firma koja je rasformirana 1999. godine, i „Sendlajn internešnel" (Sandline International), koja je registrovana na Bahamima, ali ima kancelarije u Londonu i Vašingtonu.

Drugi termin se koristi da označi privatne firme koje nude vojnu obuku, opremu i informacije. Tu se svrstavaju kompanije kao što su „Military Professional Resources Inc." (MPRI), „Defense Systems Limited" (DSL), „Silver Shadow and Vinnell".

Treći tip se odnosi na kompanije koje obezbeđuju sigurnost za imovinu i zaposlene, kao i za logistiku, tehničku podršku i transport. To je daleko najobimnija kategorija, koja često nosi naziv i „industrija privatne bezbednosti".

Regulisanje privatne bezbednosti i pružanje privatnih vojnih usluga u Evropi u velikoj meri zavisi od definicije policije i privatnih bezbednosnih službi u različitim zemljama. Poređenje nacionalnog zakonodavstva izvršile su Evropska konfederacija službi bezbednosti (Confederation of European Security Services [CoESS]) i Unija međunarodnih mreža (the Union Network International [UNI]) i ono pokazuje značajne razlike.

Neke evropske zemlje, poput Danske, Finske, Francuske, Portugala i Španije, imaju stroge i sveobuhvatne metode kontrole privatnih bezbednosnih službi. Druge, poput Nemačke, Austrije i Italije, imaju samo usko definisane propise. Neke zemlje imaju zakone koji kontrolišu privatne bezbednosne službe još od ranih 1980-ih godina, dok su se vlasti u Velikoj Britaniji i Irskoj dugo zalagale za samoregulaciju u ovom sektoru i uveli preciznije nacionalno zakonodavstvo tek 2001.

Međutim, sa rastom industrije privatne bezbednosti, većina zemalja je preduzela proaktivniji pristup ka regulisanju privatnih bezbednosnih službi. Prednjače Velika Britanija i Nemačka, koje su nedavno znatno unapredile kontrolu nad njima. Velika Britanija je prva evropska zemlja koja je preispitala mogućnost regulisanja statusa plaćenika i privatnih vojnih kompanija. Proces je doveo do objavljivanja tzv. Zelene knjige u

februaru 2002. godine, pod nazivom „Privatne vojne kompanije: opcije za regulisanje“ (Green Paper 'Private Military Companies: Options for Regulation'). Interesantno je poređenje ovih dveju zemalja, jer su one pristupile upravljanju privatnim vojnim službama na različite načine. Dok je pri privatizaciji ovog sektora britanska vlada imala značajno poverenje u kompanije, nemačka administracija je bila pažljivija u svojim koracima i nastojala je da održava svoje sposobnosti kontrolora kroz javno-privatno partnerstvo i kroz strože zakonske propise.

Pošto su obe zemlje tek nedavno proširile mogućnosti kontrole privatnih vojnih kompanija, prerano je da se procenjuje efikasnost različitih mehanizama kontrole. Postojeće analize ukazuju da kontrola putem ugovora ne daje dobre rezultate. Kao problemi navode se: 1) gubitak efikasnosti kontrole, 2) nedovoljna transparentnost kontrole i 3) nedovoljna odgovornost kontrolora. Pored toga, kontrola putem ugovora može se kritikovati i zbog činjenice da kontrolu ne vrši politička vlast u skladu sa interesima društva i građana.

Potpuno pravno regulisanje smatra se pogodnijim mehanizmom za rešavanje ovih problema. Međutim, iskustva su nedovoljna, pa nedostaje direktan uvid u efikasnost različitih pravnih normi u svrhu kontrole privatne bezbednosti od strane političke i javne vlasti. Ovome treba dodati činjenicu da raste pritisak unutar Evropske unije da se uskladi regulisanje privatnih policijskih i vojnih službi, kako bi se olakšao transfer usluga unutar Unije i da se eliminišu konkurentski nedostaci koje proizlaze iz razlika u nacionalnim rešenjima kontrole privatne bezbednosti.

U svojoj rezoluciji 18/2 od 24. aprila 2009, pod nazivom „Privatne bezbednosne kompanije: njihova uloga, nadzor i doprinos sprečavanju kriminala i bezbednosti zajednice“, Komisija za prevenciju kriminala i krivično pravosuđe ukazala je na značaj efikasnog nadzora nad privatnim bezbednosnim službama od strane nadležnih državnih organa kako bi se osiguralo da one ne budu zloupotrebljene od strane kriminalnih elemenata – i pozvala vlade:

(a) da na svojoj teritoriji ispitaju ulogu takvih službi,

(b) da procene usklađenost njihovog rada sa nacionalnim zakonima i političkim procesima,

(v) da procene doprinos takvih službi prevenciji kriminala i bezbednosti zajednice, i

(g) da utvrde da li nacionalno zakonodavstvo obezbeđuje adekvatan nadzor nad tim službama.[8]

[8] O tome videti više u: UNDOC Expert Group on Civilian Private Security Services: their role, oversight and contribution to crime prevention and community safety, 2011.

U skladu sa ustavnom dužnošću države da garantuje bezbednost građana, njihove imovine i javni red i mir, nadzor i kontrola aktivnosti privatnih bezbednosnih službi predstavlja odgovornost Vlade. Nadzor nad privatnim bezbednosnim službama treba da obezbedi da one poštuju zakon i da ne zloupotrebljavaju svoja ovlašćenja, naročito kada su u pitanju ljudska prava.

Iako postoje standardi Ujedinjenih nacija o upotrebi sile od strane državnih službenika vojske i policije, ne postoje specifični standardi Ujedinjenih nacija za privatne bezbednosne službe. Međutim, sačinjen je veći broj međunarodnih izveštaja, deklaracija i modela, kao i priručnika koji zahtevaju efikasno regulisanje privatnih bezbednosnih službi i nude neke smernice. Ovde se misli na:

1) Izveštaj Centra za kontrolu malokalibarskog i lakog oružja za jugoistočnu i istočnu Evropu (Eastern and Eastern Europe Clearinghouse for the Control of Small Arms and Light Weapons [SEESAC]) o privatnim bezbednosnim kompanijama u jugoistočnoj Evropi;

2) Sarajevski Kodeks ponašanja privatnih bezbednosnih kompanija, kao i naknadne sarajevske Smernice za pružanje usluga privatnog obezbeđenja (Sarajevo Code of Conduct for Private Security Companies, and accompanying Sarajevo Client Guidelines for the Procurement of Private Security Companies);

3) Zajedničku deklaraciju evropskog Saveza za bezbednosne službe (the Joint Declaration of the Confederation of European Security Services [CoESS]);

4) Evropsku federaciju sindikata o evropskoj harmonizaciji zakona koji se odnose na privatni sektor bezbednosti (the European Trade Union Federation [UNI-Europa] on the European Harmonization on Legislation Governing the Private Security Sector); i

5) Model regulatornog Statuta Međunarodne asocijacije za bezbednost i istraživanje za uređenje privatnih bezbednosnih oficira i njihovih poslodavaca (the International Association of Security and Investigative Regulators Model Statute for the Regulation of Private Security Officers and Their Employers).

Mehanizmi za regulisanje rada privatnih bezbednosnih službi mogu biti identični s postojećim mehanizmima koji obezbeđuju nadzor i kontrolu policije, pošto imaju istu obavezu u zaštiti ljudskih prava i održavanju javnog reda i mira. S obzirom na akademsku raspravu oko toga kako definisati privatne bezbednosne službe, važno je da u nacionalnom zakonodavstvu sâm termin bude jasno definisan. Takođe je važno da budu jasno navedene njihove aktivnosti i obaveze, kao i sankcije za eventualne prekršaje. U nekim zemljama posebna prava i ovlašćenja regulisana su ra-

znoliko. Ovde se misli na nošenje vatrenog oružja, ovlašćenja legitimisanja, upotrebe sile, vršenje pretresa i hapšenje licâ.

Zakonodavstvo takođe treba da utvrdi šta je privatnim bezbednosnim službama zabranjeno da rade. Zabrane mogu da uključe: intervenisanje u političkim i sindikalnim sukobima; presretanje komunikacija, izrada video- ili audio-snimaka ili tajno fotografisanje; neovlašćeno korišćenje uniforme; korišćenje informacija o njihovim klijentima; i delovanje na način koji može da ugrožava prava i slobode, život, zdravlje, ugled, dostojanstvo, imovinu ili zakoniti interes fizičkog lica. Svrha jasno definisane granice ovlašćenja privatnih bezbednosnih službi jeste da se spreče zloupotrebe i obezbedi zaštita prava drugih građana. Da bi se efikasno regulisalo ponašanje zaposlenih u privatnim bezbednosnim službama, neophodno je usvajanje kodeksa ponašanja (etički kodeks) sa pratećim sankcijama za prekršaje.

Zakonodavstvo koje reguliše privatne bezbednosne kompanije mora i da postavlja standarde. Standardi treba da obuhvataju zahtev za postavljanje određenog odgovornog lica; minimalni nivo osiguranja; odgovarajuću opremu, minimalni nivo resursa i slično. U mnogim državama posle dobijanja dozvole za rad postoje dodatni zahtevi koji se moraju ispunjavati da bi se dozvole mogle redovno obnavljati. Ovo podrazumeva sastavljanje ažurnih spiskova zaposlenih, vođenje evidencije o incidentima, obavezu obaveštavanja vlasti o pojedinim vrstama incidenata, kao i potrebu da nose identifikacione oznake.

Takođe, privatne bezbednosne službe moraju da se povinuju svim relevantnim nacionalnim i međunarodnim propisima koji regulišu uslove rada. Na mogućnosti i efikasnost privatnih bezbednosnih kompanija negativno utiču loši uslovi zapošljavanja i rada. Rad u sektoru privatne bezbednosti može biti opasan i opterećen visokim rizikom od povrede, pa čak i smrti. Zato je važno preduzeti mere kako bi se smanjio rizik od nasilja na radnom mestu i obezbedili standardi zdravstvene zaštite. Uloga države je da obezbedi odgovarajuće radne uslove, pogodne za maksimizovanje efikasnosti rada zaposlenih privatnih bezbednosnih službi. Funkcija privatnih bezbednosnih službi u prevenciji kriminala i bezbednosti zajednice zahteva neke osnovne, minimalne standarde obrazovanja, pismenosti, jezika i karaktera zaposlenih i kandidata za posao.

Uobičajeni problem u mnogim zemljama predstavlja zapošljavanje lica koja su ranije imala sukob sa zakonom ili su sklona nasilnom rešavanju problema. Kao lica kojima po prirodi stvari treba verovati, koja često imaju pristup osetljivim lokacijama i vrednim i tajnim informacijama, od vitalnog značaja je da zaposleni budu besprekorne prošlosti i pouzdanosti. Postoje velike varijacije u normama o tome na šta ovi minimalni stan-

dardi treba da se odnose. Uglavnom se predlaže da minimalni standard bude da kandidat za posao nema krivični dosije. Nesumnjivo je da standardi treba da budu stroži, naročito kada je zaposlenima dozvoljeno da nose vatreno oružje. Provera i nadzor su nužni kako bi se osiguralo da oni koji na bilo koji način ugrožavaju ljudska prava ne budu zaposleni u privatnim bezbednosnim službama.

Pored regulacije nadzora, kontrole i minimalnih standarda od strane države, moguća je i samoregulacija od strane privatnih bezbednosnih službi. Nadzor mora da spreči i reši problem korupcije. Klauzula o zabrani primanja mita treba da bude uključena u sve ugovore sa zaposlenima kao deo šire aktivnosti suzbijanja korupcije, naročito u odnosima javnog i privatnog sektora.

Podmićivanje ne treba samo da bude zabranjeno, već i da bude jasno definisano u priručnicima za obuku sa neophodnim objašnjenjima. Kada su u pitanju pokloni, prikladno je da država zabrani poklone vrednosti veće od unapred određenog iznosa.

Jasne smernice valja ustanoviti i u pogledu sukoba interesa. Uspostavljena procedura treba da definiše i vremenski okvir u kojem se mora reagovati na pojavu sukoba interesa, kao i detaljnu dokumentaciju koja treba da se pripremi kako bi se ta pojava predupredila.

Međuvladina ekspertska grupa preporučuje državama da razmotre:

1. *Vrednovanje i revidiranje postojećeg regulativnog okvira, a gde trenutno ne postoji propis, donošenje posebnog sveobuhvatnog zakona koji bi regulisao:*

(a) definisanje privatnih bezbednosnih službi u nacionalnom zakonodavstvu; (b) definisanje aktivnosti i odgovornosti privatnih bezbednosnih službi; (v) definisanje dodatnih ovlašćenja privatnih bezbednosnih službi i zaposlenih; (g) definisanje aktivnosti koje su zabranjene za službenike privatnih bezbednosnih službi, strogo ograničavanje upotrebe sile i uspostavljanje sistema za primenu sankcije za prekršaje,

(d) osiguravanje da se osnuje efikasno regulatorno telo sa ciljem da nadgleda sprovođenje aktivnosti privatnih bezbednosnih službi unutar svojih granica (što uključuje i nadzor nad obukom);

(đ) redovno razmatranje i ocenjivanje radne efikasnosti;

(e) donošenje kodeksa ponašanja privatnih bezbednosnih službi.

2. *Utvrđivanje minimalnih standarda poslovanja privatnih bezbednosnih službi:*

(a) utvrđivanje minimalnih standarda za dobijanje dozvole;

(b) utvrđivanje minimalnih standarda rada;

(v) obezbeđivanje prakse i propisa koji se odnose na zapošljavanje službenika, uključujući odredbe o zdravlju i bezbednosti, te pravila poštovanja ljudskih prava;

(g) obezbeđivanje adekvatne licencne dokumentacije za zaposlene, koja sadrži najmanje fotografiju i druge relevantne identifikacione informacije.

3. *Obezbeđivanje odgovarajućih radnih uslova, pogodnih za maksimizovanje efikasnosti kadrova, koji treba:*

(a) da obezbede da svi licencirani zaposleni rade i imaju obuku u odgovarajućim uslovima, uz poštovanje minimalnih standarda bezbednosti i zdravlja na radu;

(b) da obezbede da je rad zaposlenih plaćen u skladu sa postavljenim nivoima plata.

4. *Utvrđivanje minimalnih standarda i selekcionih kriterijuma za zaposlene koji se odnose na:*

(a) standarde obrazovanja,

(b) standarde karaktera, uključujući i prethodno nekažnjavanje;

(v) standarde obuke i osposobljenosti.

4. Međunarodna kontrola i nadzor

Međunarodna kontrola i nadzor privatne bezbednosti do sada nisu bili definisani kao zaseban pravni sistem. Zbog sve većeg značaja ovog problema, u njegovo definisanje i regulaciju na međunarodnom nivou uključile su se i Ujedinjene nacije. Tako, na primer, nacrt Konvencije UN u članu 29 predlaže osnivanje Komiteta za regulisanje, kontrolu i nadzor privatnih vojnih i bezbednosnih kompanija, po uzoru na druga ugovorna tela UN koja su uspostavljena po sličnom osnovu, kao što su Komitet za eliminaciju rasne diskriminacije, Komitet za ljudska prava, Komitet protiv torture, Komitet za eliminaciju diskriminacije žena i Komitet za zaštitu svih radnika migranata i članova njihovih porodica.

Sastav Komiteta je i dalje predmet rasprave. Početni predlog glasi da ima 14 članova izabranih od strane država članica, koji će delovati na period od četiri godine. Prilikom izbora članova država će uzeti u obzir njihov moral, nepristrasnost i priznatu stručnost u oblastima obuhvaćenim Konvencijom, kao i geografsku raspodelu. Predviđa se da Komitet obavlja četiri osnovne funkcije: 1) razmatranje izveštaja, 2) tumačenje Konvencije, 3) prikupljanje informacija i 4) rešavanje sporova i razmatranje individualnih žalbi.

4.1. Sistem periodičnog izveštavanja

Obaveze izveštavanja su navedene u članu 31 nacrta Konvencije. Svaka država članica ima obavezu da podnese detaljan izveštaj o svim „zakonodavnim, sudskim, administrativnim i drugim merama" koje je preduzela da bi se obezbedilo dejstvo Konvencije. Opšti izraz ovog člana, a pogotovo pozivanje na „drugim merama", jasno znači da se državama daje veća sloboda u odlučivanju šta da uključe u izveštaj. To može biti posebno korisno, jer, iako je cilj da se podnese izveštaj o usklađenosti sa Konvencijom, države će možda želeti da obuhvate i druge zakonske mere koje se odnose na zaštitu ljudskih prava i međunarodnog humanitarnog prava, na koje aktivnosti privatnih vojnih i bezbednosnih kompanija imaju indirektan uticaj. Konvencijom su predviđene tri vrste izveštaja.

Prvi bi se mogao nazvati „inicijalni izveštaj", koji mora biti podnet u određenom roku pošto država ratifikuje konvenciju i na taj način preuzima svoje obaveze. Drugi je periodični izveštaj, koji se mora periodično dostavljati, kako nalaže Konvencija. Treći je dodatni izveštaj, koji se dostavlja na zahtev Komiteta. Konvencija ne postavlja smernice o sadržaju izveštaja. To je prepušteno Komitetu. Iskustvo drugih ugovornih tela UN jeste da takve smernice pomažu uniformnosti izveštaja i na taj način omogućavaju nadzornom telu da o situaciji u svakoj državi dobije sveobuhvatnu sliku u pogledu implementacije sporazuma.

Komitet mora zadržati pravo da zahteva dodatne informacije u vidu dodatnih izveštaja. Tendencija nekih država može biti podrivanje rada Komiteta na način da ga snabdevaju netačnim ili pak izveštajima koji su suviše kratki ili neadekvatni po strukturi i sadržaju. U tom pogledu, Komitet se može pozvati na ovlašćenja iz člana 31 (b) nacrta Konvencije i zatražiti dodatni izveštaj. Potreba za periodičnim izveštajima potiče iz želje da se održi dijalog između država i Komiteta o koracima koji se preduzimaju da bi se ispunili ciljevi Konvencije. Zato je neophodno da bude postavljen realističan rok.

Sistem izveštavanja ima određene slabosti, za koje je malo verovatno da će se prevazići nacrtom Konvencije u svom sadašnjem obliku. Prvo, stvarno ne postoji način da se država prinudi da dostavi izveštaje. Član 32 nacrta Konvencije predviđa da, ukoliko izveštaj ne dostavi za tri meseca, Komitet može obavestiti dotičnu državu o potrebi „da ispita primenu Konvencije u toj državi na osnovu pouzdanih informacija". Osim obaveštenja i ljubaznih *aide-mémoires*, Komitet bi trebalo da bude ovlašćen da objavi listu država koje krše obavezu dostavljanja izveštaja.

Drugo, Konvencija nema odredbe o postupku proveravanja izveštaja. Ne postoji uslov da predstavnici države budu prisutni tokom provera-

vanja izveštaja svojih zemalja kako bi mogli da odgovaraju na pitanja. Jedan od načina da se obezbedi kvalitet izveštaja jeste da se dozvoli šire učešće javnosti u procesu proveravanja. To bi mogle biti nevladine organizacije i druge grupe civilnog društva na terenu.

Treće, „zapažanjima i preporukama" Komiteta trebalo bi posvetiti posebnu pažnju. Nacrt predviđa samo da će Komitet razmatrati izveštaj i posle toga sačiniti izveštaj u vidu „zapažanja i preporuka" koje će uputiti dotičnoj državi. Možda bi Konvencija trebalo da omogući veću slobodu Komitetu, u smislu da može objaviti svoje preporuke i javno zahtevati akciju od države. Na ovaj način bi proces izveštavanja mogao biti delotvorniji, a takođe bi bio u skladu sa opštim ciljem nacrta Konvencije.

Smatra se kako bi nacrt Konvencije trebalo da omogući i podnošenje tzv. „alternativnih" izveštaja od strane grupa civilnog društva. Alternativni izveštaji bi mogli da obezbede kritičniji pogled na aktivnosti privatnih vojnih i bezbednosnih kompanija od onih službenih.

4.2. Rešavanje sporova

Rešavanjem sporova između država članica u vezi sa pitanjima koja su obuhvaćena Konvencijom bavi se Odbor za rešavanje sporova. Funkcija rešavanje sporova javlja se na dva nivoa.

Prvi nivo se odnosi na „postupak istraživanja", koji se uređuje u članu 33 nacrta Konvencije. Postupajući po informacijama koje je dobio o „teškim ili sistematskim kršenjima" Konvencije, Komitet će pozvati državu na čijoj teritoriji nastupa kršenje da „sarađuje u ispitivanju informacija" i preda svoje nalaze. Komitet, zajedno sa zainteresovanim državama, ispituje informacije i, uz saglasnost stranaka, izlazi na lice mesta. Nalazi Komiteta, zajedno sa njegovim preporukama, biće saopšteni državi na koju se odnose. Ceo proces će ostati poverljiv.

Treba napomenuti da se, u oblasti ljudskih prava, istraživanje i utvrđivanje činjenica može preduzeti samo u okolnostima kada su povrede teške ili sistematske, što znači da bi trebalo da bude više od jednog incidenta. U nacrtu Konvencije koristi se termin „sistematska ili teška povreda", ali ne u odnosu na ljudska prava ili kršenje međunarodnog humanitarnog prava, nego u odnosu na „odredbe navedene u Konvenciji". Utisak je, dakle, da Komitet može preduzeti radnje utvrđivanja činjenica ako je na delu uporno zanemarivanje ili odbijanje neke države da nametne licenciranje ili druge regulatorne mere u odnosu na privatne vojne i bezbednosne kompanije koje posluju na njenoj teritoriji ili ako država ugovornica odbije da krivično goni zvanič-

nike privatne vojne i bezbednosne kompanije u skladu sa krivično-pravnim režimom koji je uspostavila Konvencija.

Drugi nivo sporova podrazumeva prijave protiv država stranaka, kao što je navedeno u članu 34 nacrta Konvencije. Ovde su bitne dve stvari. Prvo, država mora priznati nadležnost Komiteta pre nego što Komitet može da razmatra pritužbe ili usvaja nalaze protiv države u vezi sa aktivnostima privatnih vojnih i bezbednosnih kompanija na njenoj teritoriji. Drugo, pritužbe će biti prihvatljive na osnovu pravila o iscrpenosti svih pravnih lekova i opštepriznatih principa međunarodnog prava.

Komisija će primati pritužbe od država članica koje smatraju da je druga članica prekršila odredbe Konvencije. Nakon toga će pritužba biti saopštena toj članici, koji će imati priliku da odgovori. Ako se stvar ne reši putem pregovora, pokreće se postupak prema članu 35. Komitet će tada imenovati *ad hoc* komisiju za pomirenje, koja se sastoji od pet članova, da bi se obezbedilo prijateljsko rešenje ili da se načini zaključak o sporu. Izveštaj Komisije dostavlja se strankama koje učestvuju u sporu pre nego što se podeli svim ostalim državama članicama Konvencije.

4.3. Mehanizam grupnih i induvidualnih žalbi

Složen sistem individualnih žalbi od strane žrtava u pogledu kršenja nacrta Konvencije izložen je u članu 37. Izjava o priznanju nadležnosti Komiteta mora najpre biti data od strane države da bi ovaj postupak mogli pokrenuti njihovi državljani. Konvencija postavlja vrlo stroge uslove prihvatljivosti, koji su slični drugim žalbenim sistemima, posebno regionalnim sistemima za ljudska prava.

Prema članu 37, podnesak mora da bude anoniman; povrede na koje se žalilac poziva ne smeju istraživati drugi sistem ili telo; a svi delotvorni pravni lekovi moraju biti iscrpeni. Podnesak koji zadovoljava test prihvatljivosti šalje se državi potpisnici na komentare. Nakon prijema komentara, Komitet zatim ispituje podnesak iza zatvorenih vrata, a posle toga saopštava svoje nalaze državi podnosiocu podneska. Komitet može zatražiti da država razmotri preduzimanje privremenih mera pre nego što ispita osnovanost podneska.

Nacrt Konvencije je izgrađen na principima proširivanja regulatornog dometa, a ne želje da ga ograničava. Regulatorni okvir koji je stvorio nacrt Konvencije nesumnjivo podržava ideologiju slobodnog tržišta, jer prihvata privatizaciju u industriji i afirmiše razliku između legitimnih privatnih bezbednosnih operatera i plaćenika. Nacrt nastoji da se uspostavi

hibridni regulatorni okvir, koji kombinuje suštinu ne javnog pristupa bezbednosti sa javno orijentisanim sankcijama protiv nepoželjnog ponašanja.

Nacrt, takođe, stavlja akcenat na zaštitu ljudskih prava i poštovanje međunarodnog humanitarnog prava, te razjašnjava aspekte pravilâ međunarodnog običajnog prava, kao što su oni koji se odnose na državnu odgovornost, čime proširuje osnove za učešće države u međunarodnom pravu.

Zaključak

Za razliku od ostalih društvenih podsistema, sistem nacionalne bezbednosti karakteriše mogućnost primene posebnih ovlašćenja i mera kojima se može zadirati u ljudska prava i slobode. Upravo zato i postoji interes svakog demokratskog društva da na legitiman, transparentan i organizovan način kontroliše sopstvene nosioce sile odnosno da sila bude u službi prava, a ne obrnuto.

Osnovni princip u ostvarivanju bezbednosti u zapadnim društvima jeste integrisanost sektora javne i privatne bezbednosti u organizovanju i sprovođenju programa i projekata prevencije kriminaliteta. Privatna bezbednost danas sprovodi aktivnosti u domenu fizičko-tehničkog obezbeđenja, ali i prevencije gubitaka, bezbednosti informacija, zaštite komunikacija, borbe protiv visokotehnološkog kriminala, konsaltinga, kontrole pristupa, protivpožarne zaštite, održavanja javnog reda i mira na priredbama i skupovima, i drugo.

U pomenutim zemljama su zakonom precizno regulisani rad i ovlašćenja nosilaca privatne bezbednosti (specijalizovanih agencija i internih službi obezbeđenja, detektivskih agencija itsl.), iz čega proizlaze i odnosi sa organima države koji aktivno učestvuju u kontroli sistema obezbeđenja.

Sa rastom tzv. industrije privatne bezbednosti, većina zemalja je preduzela proaktivniji pristup ka regulisanju rada a time i kontrole privatnih bezbednosnih službi.

Analize su pokazale da kontrola putem ugovora sa naručiocem posla ne daje dobre rezultate. Kao problemi navode se: 1) gubitak efikasnosti kontrole, 2) nedovoljna transparentnost kontrole, 3) nedovoljna odgovornost kontrolora, i 4) kontrolu ne vrši politička vlast.

U rezoluciji UN 18/2 od 24. aprila 2009, pod nazivom „Privatne bezbednosne kompanije: njihova uloga, nadzor i doprinos sprečavanju kriminala i bezbednosti zajednice“, navedeno je da je kontrola ovih službi odgovornost Vlade. Nadzor nad privatnim bezbednosnim službama treba da obezbedi da one poštuju zakon i da ne zloupotrebljavaju svoja ovlašćenja, naročito kada su u pitanju ljudska prava.

Iako postoje standardi Ujedinjenih nacija o upotrebi sile od strane državnih službenika (vojske i policije), ne postoje specifični standardi Ujedinjenih nacija za privatne bezbednosne službe.

Mehanizmi za regulisanje rada privatnih bezbednosnih službi treba da budu identični s postojećim mehanizmima koji obezbeđuju nadzor i kontrolu policije, pošto imaju istu obavezu u zaštiti ljudskih prava i održavanju javnog reda i mira.

Na kraju, zaključujemo da kada je u pitanju međunarodno regulisanje kontrole privatne bezbednosti govorimo o različitim pravnim rešenjima zasnovanim na različitim pravnim tradicijama. Ipak, treba imati u vidu činjenicu da nacionalne specifičnosti ne dolaze uvek do izražaja, ili bar ne u jednakoj meri. Razlike su znatno manje među državama u istim delovima sveta, naročito ako su na istom nivou ekonomske razvijenosti i ukoliko imaju slično društveno uređenje.

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

Control of the private security sector in foreign countries

Abstract

All modern states today have organized and regulated system of security that includes different role of private security sector which is defined and limited by law. The law respresents the basis and limits the activities of all social subjects including the private security sector. Today, legal regulation of private security industry has gone very far in modern democratic societies. So-called model of control through the contract with the bussiness model is abandoned and approach to the model of control by the state is accepted. The new model has almost the same elements used by the state when it comes to controling the public sector or the police. Analyses indicate that issues related to the control of the private security can be legally regulated in a manner that is typically European, but also have an entirely different approach and variety of combinations that regulate the functioning of private security sector respecting national characteristics.

The paper represents the main principles of control of private security abroad with special emphasis on the possible role of international law.

Key words: security, private security, control, protection of property and business.

Originalni naučni rad UDK 347.9(497.11):061.1EU
doi:10.5937/zrpfns46-1924

Dr Maja Stanivuković, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVO EVROPSKE UNIJE I SUDOVI U SRBIJI[1]

Sažetak: *U uvodnom delu rada reč je o pravnim osnovima za primenu međunarodnog prava i stranog prava u sudskim postupcima u Srbiji. Zatim sledi kratki osvrt na korišćenje uporednog metoda u tumačenju domaćih pravnih normi. Posle toga, prelazi se na glavnu temu rada: primenu prava Evropske unije pred sudovima i drugim organima u Srbiji. Pravo EU može se posmatrati kao međunarodno pravo , odnosno pravo jedne međunarodne organizacije, ali i kao strano pravo, odnosno, pravo jedne strane države. Na kraju, raspravlja se o obavezama sudova koje poriste iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju i Prelaznog sporazuma. Konstatuje se da tumačenje domaćih normi koje su rezultat harmonizacije „u duhu prava Evropske unije" može da dovede do pravne nesigurnosti u situaciji kada sudije nisu sistematski obučavane o sadržini prava EU i o načinu primene uporednog prava u domaćem pravnom sistemu.*

Ključne reči: *primena prava EU, primena međunarodnog prava u nacionalnom pravnom sistemu, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju*

Domaći sudovi sve češće primenjuju međunarodne izvore prava, bez provere da li su ti izvori obavezujućeg karaktera, odnosno da li predstavljaju sastavni deo domaćeg pravnog poretka. Kao primer može se navesti presuda Apelacionog suda u Novom Sadu posl. br. Gž1 4804/10 od 13. oktobra 2010. godine. U pitanju je radni spor u kome se sud u obrazloženju presude pozvao, između ostalog, i na direktivu EU 98/59/EZ o

[1] Rad je napisan u okviru projekta: „Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava EU i Srbija)" koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu. Autor se zahvaljuje prof. dr Sanji Đajić za korisne sugestije.

zaštiti zaposlenih u slučaju kolektivnih otpuštanja i na materijalne uslove u vezi sa otpuštanjem predviđene navedenom direktivom. Takođe i Vrhovni kasacioni sud se u svojoj odluci Rev. 2401/2010 od 28/04/2010[2] pozvao na Evropsku povelju o ljudskim pravima. U oba slučaja, reč je o izvorima prava koji ne važe u Srbiji, već pripadaju pravnom sistemu Evropske unije. Imajući u vidu navedene odluke kao i pomenutu tendenciju u domaćoj sudskoj praksi, trebalo bi odgovoriti na sledeća pitanja:

– da li se sudovi opšte i posebne nadležnosti i Ustavni sud mogu pozivati na pravo EU i primenjivati ga i da li se mogu pozivati na pravna načela koja važe Uniji?

– da li se uspostavljenjem bližih odnosa Srbije i Evropske unije, a posebno stupanjem na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, nešto menja u obavezama sudova?

Pitanje primene prava Evropske unije spada u okvire šire teme o primeni međunarodnog i stranog prava u sudskim postupcima Srbiji. Takođe, ono podrazumeva razmatranje uloge uporednog prava, odnosno upotrebe uporedno-pravnog metoda u radu domaćih sudova.

Primena međunarodnog prava u sudskim postupcima

Pravo se u teoriji na različite oblasti – na materijalno i procesno, supstancijalno i koliziono, privatno i javno. Jedna od takvih oblasti je i međunarodno pravo, nasuprot koje stoji unutrašnje pravo. Međunarodno pravo u istom obliku i sa istom sadržinom važi u dve ili više država. Izvori međunarodnog prava nabrojani su u čl. 38 Statuta Međunarodnog suda:[3] međunarodni ugovori, međunarodni običaj, opšta pravna načela koja priznaju civilizovani narodi i pod određenim uslovima, sudske odluke i doktrina najpozvanijih stručnjaka javnog prava raznih naroda, kao pomoćno sredstvo za utvrđivanje pravnih pravila. Pored toga, neki pominju i praksu i odluke međunarodnih organizacija, kao i jednostrane akte država kao izvor međunarodnog prava. Ovi izvori bave se najvećim delom uređivanjem odnosa između suverenih država. Jedan deo izvora međunarodnog prava za predmet regulisanja ima odnose između pojedinaca (pravnih i fizičkih lica) i odnose između pojedinaca i države. Reč je najčešće o međunarodnim ugovorima legislativnog tipa kojima države postižu saglasnost o unifikaciji pravnih pravila u određenoj oblasti ili o određenim pravima pojedinaca i načinima njihove zaštite. Takvi međunarodni

[2] U zbirci Paragraf.Lex objavljena pod nazivom: Odlučivanje o zahtevu srodnika da održavaju lične odnose sa maloletnim detetom - Porodični zakon: član 61, stav 5 i član 266, stav 1.

[3] Službeni list FNRJ, Međunarodni ugovori br. 5/1945.

ugovori podobni su za neposrednu sudsku primenu. Značajan deo pravnog sistema svake zemlje čine norme sadržane u međunarodnim ugovorima. Deo normi porodičnog, naslednog, obligacionog, autorskog, krivičnog, međunarodnog privatnog i radnog prava u svakoj zemlji je međunarodnog karaktera, jer države zaključuju međunarodne ugovore radi unifikacije pravnih normi po pojedinim pitanjima iz ovih grana prava. Takođe, oblast ljudskih prava u većini zemalja je uređena u značajnom delu i međunarodnim ugovorima. Način unošenja opštih pravnih normi iz legislativnih međunarodnih ugovora u unutrašnji pravni poredak određen je samim ugovorom i ustavnim poretkom svake države.

Da bi se odredio položaj međunarodnog prava u unutrašnjem pravnom poretku treba između ostalog dati odgovor na pitanje, da li se svi međunarodni izvori neposredno primenjuju na domaćoj teritoriji ili samo pojedini od njih. U Srbiji se ne primenjuju neposredno svi izvori međunarodnog prava. Ustav je u tom pogledu izričit: „Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju.“[4] Prema čl. 142, st. 2 Ustava "sudovi … sude na osnovu Ustava, zakona ... opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora." Neposredna primena je dakle, rezervisana za ratifikovane međunarodne ugovore i za opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava. Izvesnu nedoslednost unosi odredba Ustava o sudskim odlukama. Naime, sudske odluke se zasnivaju „na Ustavu, zakonu, potvrđenom međunarodnom ugovoru i propisu donetom na osnovu zakona“.[5] Nepažnjom sastavljača ustavnog testa, iz ove odredbe su izostavljena opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava.

Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava čine međunarodni običaji[6] – pravila nastala dugotrajnim ponavljanjem u praksi država uz postojanje svesti o njihovoj obaveznosti (*opinio iuris sive necessitatis*). Pre nego što se neko pravilo primeni kao međunarodni običaj (opšteprihvaćeno pravilo međunarodnog prava) potrebno je dokazati da ono jeste međunarodni običaj. Ovaj zadatak se teško može na zadovoljavajući način obaviti pred nacionalnim sudovima kojima nisu dostupni pouzdani podaci o međunarodnoj praksi država. Imajući u vidu ovaj problem, Osnovni zakon Nemačke koji, slično našem Ustavu predviđa da „opšta pravila međunarodnog prava čine sastavni deo saveznog prava“ (čl. 25),

[4] Čl. 16, st. 2 Ustava Srbije.

[5] Čl. 145, st. 2 Ustava Srbije.

[6] Rešenje Ustavnog suda, IUz broj 43/2009 od 9. jula 2009. godine, objavljeno u "Sl. glasniku RS", br. 65/2009 od 14. avgusta 2009. godine.

sadrži i mehanizam za njegovo rešavanje: „ukoliko se u toku suđenja pojavi sumnja da li je neko pravilo međunarodnog prava sastavni deo saveznog prava i da li neposredno stvara prava i obaveze za pojedince, sud će pribaviti odluku o tome od Saveznog ustavnog suda“ (čl. 100 st. (2)). Pored toga što su malobrojniji od normi međunarodnog ugovorog prava, međunarodni običaji po prirodi stvari retko uređuju pitanja koja mogu biti od značaja za odlučivanje sudova u postupcima u kojima učestvuju pojedinci (osim možda u oblasti ljudskih prava). Zbog toga ne treba očekivati da će ovaj izvor prava previše često da se primenjuje pred domaćim sudovima. S druge strane, primena potvrđenih međunarodnih ugovora trebalo bi da bude svakodnevna stvar. U pogledu potvrđenih međunarodnih ugovora važi pretpostavka *iura novit curia*. Ipak, mada je ustavotvorac bio veoma jasan kada je propisao da takvi ugovori čine sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka Srbije, propustio je da pomene još jedan uslov (koji se možda sam po sebi podrazumeva) – da potvrđeni ugovori treba da budu i objavljeni.

Pravni akti koji koji ulaze u pojam međunarodnog ugovora označavaju se različitim nazivima: ugovor, sporazum, konvencija, protokol, pakt, povelja itd. Bez obzira na naziv, svi akti koji ispunjavaju propisane uslove, smatraju se međunarodnim ugovorima. Prema čl. 2 Bečke konvencije o ugovornom pravu (1969),[7] međunarodni ugovor je „svaki sporazum između država zaključen u pismenoj formi i regulisan međunarodnim pravom, bez obzira na naziv i bez obzira na to da li se sastoji od jednog akta ili više akata koji su međusobno povezani.“

Međunarodni ugovor je specifičan izvor međunarodnog prava u čijem nastanku i pretvaranju u izvor unutrašnjeg prava treba razlikovati nekoliko faza. Zaključuju ga ovlašćeni predstavnici država ugovornica stavljanjem potpisa na tekst ugovora o kojem su prethodno pregovarali i sa kojim su se saglasili. Stavljanje potpisa, međutim, obično nije dovoljno da bi te države bile vezane međunarodnim ugovorom i da bi njihovi organi primenjivali njegove odredbe. Po Bečkoj konvenciji o ugovornom pravu država može izraziti svoj pristanak da bude vezana međunarodnim ugovorom potpisivanjem, razmenom instrumenata koji sačinjavaju ugovor, ratifikacijom, prihvatanjem, odobravanjem, pristupanjem i na drugi dogovoreni način (čl. 11). U samom tekstu međunarodnog ugovora određuje se na koji od navedenih načina država u konkretnom slučaju može da izrazi svoj pristanak (čl. 12-15). Pošto je u Ustavu Srbije određeno da je potvrđivanje međunarodnog ugovora u Narodnoj skupštini nužan uslov za primenu njegovih odredaba od strane sudova, ovlašćeni predstavnici

[7] Službeni list SFRJ Međunarodni ugovori br. 30/72.

Srbije ne bi smeli da potpišu međunarodni ugovor čije odredbe treba da primenjuju sudovi, ako u njemu nije predviđena klauzula da će ugovorne strane (države ugovornice) biti vezane njegovim odredbama tek nakon potvrđivanja (ratifikacije). Međunarodni ugovori se potvrđuju zakonom Narodne skupštine.[8] Pošto Narodna skupština potvrdi (ratifikuje) međunarodni ugovor, predsednik Republike donosi ukaz o proglašenju zakona o potvrđivanju koji se zajedno sa autentičnim tekstom ugovora i njegovim prevodom na srpski jezik (ako nije zaključen na srpskom jeziku) objavljuje u Službenom glasniku Republike Srbije. Zatim predsednik Republike izdaje ispravu o potvrđenom međunarodnom ugovoru i upućuje je nadležnim organima druge države ugovornice ili depozitaru višestranog međunarodnog ugovora.

Tekst objavljenog međunarodnog ugovora, ako je reč o legislativnom ugovoru, podoban je za neposrednu primenu. U bogatoj praksi Suda EU o ovom pitanju, norme međunarodnog ugovora podobne su za neposrednu primenu ako su jasne, precizne, bezuslovne, ako ustanovljavaju subjektivna prava na koja se pojedinci mogu pozvati i ako ne zahtevaju dodatnu aktivnost zakonodavnih organa da bi se mogle primenjivati.[9] Ponekad, međunarodni ugovori nalažu državi da ode korak dalje i izvrši inkorporaciju određenih odredaba ugovora u unutrašnji zakon posvećen toj materiji ili da izvrši druge mere implementacije. U takvim slučajevima potrebna je dodatna aktivnost zakonodavnih organa države posle potvrđivanja. Pošto zakonodavni organi sastave nacrt novog zakona ili izmena i dopuna postojećeg zakona u koji su uklopljene odredbe međunarodnog ugovora, one postaju sastavni deo tog zakona i njihovo međunarodno poreklo nije više vidljivo. Sve je češće unošenje međunarodnog prava u domaći pravni sistem na ovaj način i bez formalno-pravnog obavezivanja država putem međunarodnih ugovora. Uvidevši da je unifikacija i harmonizacija prava putem međunarodnih ugovora suviše formalan i spor proces, međunarodne organizacije su se u poslednje vreme okrenule drugim instrumentima i metodima. U okviru međunarodne organizacije usvaja se model-zakon ili preporuka i ostavlja se državama članicama da u svom zakonodavstvu usvoje predložena rešenja uz izmene i dopune koje smatraju neophodnim. Ovaj proces ipak nije sasvim spontan, jer organizacija lobira kod organa država članica da tekst model-zakona ili preporuke bude prihvaćen. Primera radi, Zakon o arbitraži Republike Srbije (2006)[10] donet je na osnovu Model-zakona UNCI-

[8] Čl. 105, st. 2 Ustava Srbije.

[9] Počevši od predmeta Van Gend en Los 26/62, preko predmeta Demirel 12/86, pasusi 13-25 i nadalje.

[10] Službeni glasnik RS, br. 46/2006.

TRAL-a o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, mada ne preuzima u potpunosti njegove odredbe. Sličan postupak primenjuje se i pri usklađivanju domaćeg prava sa pravom Evropske unije, jer se u domaće zakonodavstvo najčešće ugrađuju odredbe direktiva.

Primena potvrđenog i objavljenog međunarodnog ugovora na rešavanje predmeta u kojima učestvuju pojedinci zadatak je sudova i organa uprave.[11] Sudovi i drugi nadležni organi imaju dužnost primene međunarodnog ugovora ukoliko: a) konkretni slučaj spada u područje primene datog međunarodnog ugovora i b) ako je međunarodni ugovor na snazi. Pojedini pravni poreci pored toga pominju i uslov da odredbe međunarodnog ugovora po svojoj sadržini moraju biti podobne za neposrednu primenu, odnosno dovoljno određene da bi se mogle primeniti (u američkoj terminologiji „*self-executing treaty*", u terminologiji Suda EU: „*capable of producing a direct effect*"). Podobnost za neposrednu primenu do sada nije u našim ustavima, niti u sudskoj praksi pominjana kao uslov za primenu odredaba međunarodnih ugovora, a vrlo retko i u doktrini, ali je moguće da će se pod uticajem prava Evopske unije u budućnosti pojaviti.

Oblast primene međunarodnog ugovora određena je u samom tekstu tog ugovora. Primena ugovora može biti ograničena prema predmetu, prema vremenskom kriterijumu, prema teritoriji unutar složene države na koju se primenjuje i rezervama na pojedine odredbe. Takođe, primena ugovora može biti uslovljena uzajamnošću.

Međunarodni ugovori se po pravilu primenjuju od dana stupanja na snagu, mada se države mogu saglasiti da se ugovor ili deo ugovora primenjuje privremeno i pre stupanja na snagu.[12] Rok za stupanje na snagu obično se određuje u tekstu ugovora – po pravilu, pošto ga formalno potvrdi određen broj država i kada poslednja od njih deponuje ispravu o potvrđivanju kod depozitara. Kada trenutak stupanja na snagu nije određen u samom ugovoru, smatra se da on stupa na snagu onda kada sve države koje su učestvovale u pregovorima potvrde ugovor u skladu sa svojim ustavnim odredbama.[13] Iz toga sledi da država koja potvrdi neki međunarodni ugovor, nije odmah obavezna da ga primenjuje ako on još nije stupio na snagu, sve dok ga ne ratifikuju i ostale države, odnosno potrebni broj država. Ako država pristupi ugovoru koji je već na snazi po pravilima međunarodnog prava, za nju taj ugovor stupa na snagu sa datumom kada je dala pristanak da bude vezana tim ugovorom ili nekog kasnijeg datuma koji je određen u samom

[11] Npr. kada su upitanju međunarodni sporazumi o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, međunarodno usvojenje ili izdavanje višejezičkih izvoda iz matičnih knjiga itd.

[12] Bečka konvencija o ugovornom pravu, čl. 25.

[13] Ibidem, čl. 24, st. 1 i 2.

ugovoru.[14] Dobar primer za primenu navedenih pravila možemo naći u Sporazumu o pridruživanju i stabilizaciji. Mada je Srbija potvrdila ovaj ugovor 9. septembra 2008. godine, on još uvek nije stupio na snagu jer je uslov za njegovo stupanje na snagu da ga potvrde sve države ugovornice, Evropska zajednica (sada Evropska unija) i Evropska zajednica za atomsku energiju. Tek tada će sudovi u Srbiji, Sud EU i sudovi država članica Evropske unije, postati obavezni da neposredno primenjuju njegove odredbe u postupcima u kojima učestvuju pojedinci. Međutim, pošto je proces potvrđivanja u državama članicama dugotrajan,[15] najvažnije odredbe sporazuma izdvojene su u Prelazni trgovinski sporazum koji stupa na snagu uz ispunjenje samo dva uslova – da ga potvrdi Narodna skupština Republike Srbije i nadležni organi Evropske zajednice (sada Evropske unije). Ta dva uslova su ispunjena 22. septembra 2008. godine za Srbiju i 8. decembra 2009. godine za Evropsku zajednicu (tada su poslati instrumenti o potvrđivanju), te je Prelazni trgovinski sporazum stupio na snagu 1. februara 2010. godine, što znači da su sudovi i drugi nadležni organi dužni da neposredno primenjuju njegove odredbe.[16]

Podaci o statusu međunarodnih ugovora, kao što su datum stupanja na snagu, u kojim državama ugovor važi za potrebe utvrđivanja reciprociteta, rezerve koje su stavile druge države ugovornice itd ne objavljuju se u Službenom glasniku Republike Srbije, već samo odredba o stupanju na snagu zakona o ratifikaciji (obično osmog dana od objavljivanja). Za mnoge višestrane međunarodne ugovore, spisak država članica, datum stupanja na snagu, rezerve koje su stavile pojedine države članice i druge podatke relevantne za njihovu primenu možemo naći na vebsajtovima međunarodnih organizacija u okviru kojih su usvojeni. Na primer, podaci o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju mogu se naći na vebsajtu Saveta Evropske unije.[17]

Ranije je rečeno da od međunarodnih izvora neposredno primenjuju jedino ratifikovani međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava. Međutim, kada su u pitanju ljudska i manjinska prava Ustav nešto šire određuje relevantne izvore. U čl. 18 st. 3, Ustava

---

[14] Ibidem, čl. 24, st. 3.

[15] Prema stanju na dan 1. oktobra 2011. godine, Sporazum još uvek nisu potvrdile Belgija, Holandija, Nemačka, Francuska, Litvanija, Poljska, Rumunija, Finska i Evropska unija.

[16] Vlada Republike Srbije je 16. oktobra 2008. godine odlučila da jednostrano primenjuje Prelazni trgovinski sporazum počev od 1. januara 2009. godine, dakle još pre njegovog stupanja na snagu.

[17] -
http://www.consilium.europa.eu/App/accords/Default.aspx?command=details&id=297&lang=EN&aid=2007137&doclang=EN

predviđeno je da se odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače .... „saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje.“ Ova ustavna norma predstavlja osnov za primenu drugih izvora međunarodnog prava, pored međunarodnih ugovora, doduše, samo radi tumačenja postojećih odredaba o ljudskim i manjinskim pravima koje su već sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka (bilo na osnovu Ustava, zakona ili međunarodnog ugovora), a ne i za unošenje novih odredaba o ljudskim i manjinskim pravima u domaći pravni sistem. Posebno je važno sa aspekta relevantnih izvora, da se pri tumačenju odredaba o ljudskim i manjinskim pravima uzima u obzir i praksa međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje. Ipak, ova ustavna norma ostavlja čitaoca u dilemi o kojim međunarodnim institucijama je reč – da li o svim međunarodnim institucijama koje se bave zaštitom ljudskih i manjinskih prava ili samo o onima koje nadziru sprovođenje onih odredaba o ljudskim i manjinskim pravima koje važe u Srbiji (kao što je npr. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima). Drugo, shvatanje bolje se slaže sa ostalim odredbama Ustava o primeni međunarodnog prava pred domaćim sudovima.

Primena stranog prava u sudskim postupcima

Savremeni svet čini veliki broj država i užih državno-pravnih poredaka koje donose sopstveno zakonodavstvo i imaju sopstveno sudstvo. Zakonodavna i sudska nadležnost države nisu neograničene, već su po prirodi teritorijalne, prostiru se na lica i stvari koje se nalaze na teritoriji date države, nad kojima država može efikasno da vrši svoju vlast. Pošto lica i stvari koji se nalaze na teritoriji jedne države nisu zauvek vezani za njenu teritoriju (osim nekretnina), već se mogu kretati i međusobno saobraćati preko državnih granica, između njih se stvaraju odnosi koji su međunarodno obeleženi i za čije je uređivanje, samim tim, zainteresovano više država. Do prelaska državne granice i interakcije sa licima i stvarima izvan državne teritorije dolazi iz različitih razloga, radi zadovoljavanja različitih potreba i interesa. U takvim uslovima, javlja se potreba za određivanjem prostorne važnosti propisa pojedinih država i nadležnosti njihovog sudstva za rešavanje međunarodno obeleženih odnosa, a zbog njihove sve veće učestanosti, i za posebnim materijalnim regulisanjem takvih odnosa.

Problem određivanja prostorne važnosti propisa i nadležnosti sudova koji je prouzrokovan pojavom situacija sa prekograničnim elementom javlja se u svim granama prava. Specifičnost rešavanja ovog problema u oblasti građanskog i privrednog prava jeste u sistematski prihvaćenoj mogućnosti da se na pravni odnos sa prekograničnim elementom koji pripada ovim oblastima, primeni strano pravo, a ne samo domaće i da se, pod određenim uslovima prizna puno dejstvo stranoj sudskoj odluci.

Do primene stranog prava pred domaćim sudom, dakle, dolazi pre svega u građanskim i privrednim postupcima i eventualno u postupcima organa uprave koji su nadležni da rešavaju o građanskopravnim i privrednopravnim stvarima (npr. o starateljstvu, usvojenju ili o zaštiti konkurencije). Sud i drugi nadležni organ primenjuje strano pravo ako je njegova primena predviđena dvostranom kolizionom normom sadržanom u zakonu ili međunarodnom ugovoru.

Kolizione norme u pravnom poretku Srbije imaju imperativan karakter. Njihova primena je za sud obavezna, bez obzira da li se same stranke pozivaju na kolizione norme i na strano pravo. Strano pravo se shvata kao pravo, a ne kao činjenica na koju bi stranke bile dužne da se pozivaju ili da je dokazuju. Čak i u domenu ugovora, koliziona norma koja predviđa mogućnost izbora merodavnog prava ima imperativan karakter u tom smislu što obavezuje sudiju da poštuje izbor merodavnog prava koji su ugovorne strane izvršile, pod uslovom da postoji odgovarajući inostrani element i da izabrano pravo nije u suprotnosti sa domaćim javnim poretkom i sa prinudnim popisima koji se neposredno primenjuju na situacije sa inostranim elementom. Imperativnost kolizionih normi počiva na zakonskoj odredbi po kojoj sud, kada koliziona norma ukazuje na strano pravo, po službenoj dužnosti utvrđuje sadržinu toga prava.[18] Sud načelno ne može izbeći ovu obavezu i ne može poći od pretpostavke da je strano pravo identično domaćem. Iz obaveze suda da po službenoj dužnosti utvrdi sadržinu stranog merodavnog prava izvodi se, dalje, zaključak o obavezi suda da to pravo po službenoj dužnosti i primeni.

Potvreba za utvrđivanjem sadržine stranog prava može se pojaviti ne samo radi njegove primene, nego takođe da bi se ono uzelo u obzir, u slučaju da primena domaće norme zavisi od nekog uslova koji je regulisan stranim pravom. Uzimanje stranog prava u obzir, za razliku od njegove primene, česta je pojava ne samo u građanskopravnom i privrednom pravu, nego i u krivičnom i poreskom pravu.

[18] Zakon o rešavanju sukoba zakona, čl. 13, Zakon o opštem upravnom postupku, čl. 153.

Korišćenje uporednog metoda u tumačenju domaćeg prava

Postoji mogućnost da domaći sudovi prilikom odlučivanja uzmu u obzir i pravila međunarodnog i stranog prava koja ne važe u Srbiji, ali koja mogu poslužiti kao inspiracija za usvajanje odgovarajućeg tumačenja domaćih pravnih normi ili kao dodatni argument za već usvojeno tumačenje. U savremenom globalizovanom svetu, prirodno je da sudije prate ne samo razvoj domaćeg prava i domaće doktrine u sopstvenoj oblasti specijalizacije, nego da imaju saznanja i o razvoju uporednog prava i međunarodnog prava u datoj oblasti. Pri odlučivanju mogu se uzeti u obzir i iskustva do kojih su došli zakonodavci i sudovi u drugim zemljama pri regulisanju i rešavanju istih situacija. To je posebno opravdano u slučajevima kad sudija treba da reši neki novi problem sa kojim se pravni sistem do tad nije suočio i koji nije potpuno uređen domaćim pravom (npr. posledice promene pola, ili ispunjenost uslova pisane forme u slučaju elektronskih komunikacija).[19] U domaćoj praksi nije uobičajeno da se u obrazloženju navedu materijali koje je sud koristio u procesu donošenja odluke (kao što su npr. udžbenici, doktrinarni radovi, norme stranog i međunarodnog prava, strana sudska praksa), ali to samo po sebi ne bi bilo protivno Ustavu, ako bi se korišćena literatura jasno razlikovala od pravnih normi domaćeg prava koje jedine mogu biti pravni osnov za donošenje sudske odluke. To bi po našem mišljenju bilo primerenije od postupanja koje se ponekad susreće u domaćoj sudskoj praksi, da se u presudi ili u načelnom stavu prepišu čitavi delovi domaćeg udžbenika, bez navođenja izvora iz kojeg su preuzeti. Uostalom, kada zakonodavac obilato koristi međunarodno i uporedno pravo kao inspiraciju za formulisanje domaćih zakonskih normi, prirodno je da i sudovi posegnu za međunarodnim i uporednim pravom kao izvorom za njihovo tumačenje. Konsultovanje i navođenje strane sudske prakse posebno ima smisla kada je u pitanju primena i tumačenje normi iz potvrđenih međunarodnih ugovora. Jednoobraznost takvih normi u svim državama ugovornicama može se postići samo ako sudije uzimaju u obzir tumačenja iste norme koja su pre njih dale kolege iz drugih država ugovornica. Pojedini međunarodni ugovori propisuju obavezu da se vodi računa o jednoobraznoj primeni njihovih odredaba i o njihovom međunarodnom karakteru, što znači da sudija treba da se informiše o tome kako se one primenjuju u drugim državama ugovornicama i da nastoji da, ukoliko je moguće, usvoji slično tumačenje.[20]

[19] T T. Koopmans, Comparative Law and the Courts, International and Comparative Law Quarterly, 3/1996, str. 545-556.

[20] Npr. Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, Sl. list SFRJ Međunarodni ugovori br. 10-1/1984, čl. 7, st. 1

Primena prava Evropske unije u sudskim postupcima

Pravo Evropske unije možemo posmatrati na dva načina – kao međunarodno pravo, nastalo u okvirima jedne međunarodne organizacije regionalnog karaktera i kao strano pravo koje donose organi jednog međunarodnog subjekta koji ima mnoge odlike suverene federativne države. Ako prihvatimo prvi ugao gledanja, pravo Evropske unije mogli bismo uporediti sa pravom koje nastaje aktivnostima Saveta Evrope, Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, OECD-a, CIEC-a ili EFTA-e. Ove organizacije vladinog karaktera, usvajaju opšte pravne norme u obliku međunarodnih ugovora i drugih pravnih akata koji predstavljaju izvore međunarodnog prava. Međutim, da bi sudovi primenjivali te pravne norme u Srbiji, potrebno je da one budu unete u pravni sistem ratifikacijom ili da se eventualno pretvore u opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava. Ako jedna zemlja nije član određene međunarodne organizacije, onda joj ni pristupanje međunarodnim ugovorima donetim u okviru te organizacije obično nije dostupno. Ponekad je članstvo u međunarodnim ugovorima zaključenim u okviru određene organizacije dostupno i trećim državama, ali se za to traži saglasnost ostalih država članica.[21] Kada je pristupanje međunarodnim ugovorima ograničeno, reč je o „zatvorenim" ili „poluzatvorenim" međunarodnim ugovorima. Većina međunarodnih ugovora zaključenih u okviru Evropske unije, između njenih država članica, zatvoreni su ugovori. Takav je slučaj npr. sa Ugovorom o Evropskoj uniji (UEU), Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije (UFEU) i sa Poveljom Evropske unije o osnovnim pravima. Ovi ugovori ne mogu biti ratifikovani bez prijema u članstvo Evropske unije, a samim tim ni srpski sudovi ne mogu da primenjuju njihove odredbe kao osnov presuđenja u postupcima između pojedinaca.

Zbog toga presuda Vrhovnog kasacionog suda od 28. aprila 2010. godine (Rev. 2401/2010), u delu u kome primenjuje Povelju o osnovnim pravima Evropske unije kao izvor materijalnog prava na osnovu koga je doneta odluka, nije u skladu sa Ustavom, jer je Povelja o osnovnim pravima Evropske unije međunarodni ugovor koji nije i ne može biti potvrđen od

[21] Npr. Luganska konvencija o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u građanskoj i trgovačkoj materiji otvorena je za potpisivanje državama članicama Evropske zajednice i državama koje su u vreme kada je konvencija otvorena za potpisivanje bile članice Evropskog udruženja za slobodnu trgovinu (EFTA)(čl.69, st. 1); ipak, posle njenog - stupanja na snagu, konvenciji mogu pristupiti i države koje naknadno postanu članice EFTA kao i sve ostale države ako ispune dodatne uslove među kojima je najvažniji saglasnost svih država ugovornica koja bi trebalo da se pribavi u roku od jedne godine nakon što depozitar uputi državama ugovornicama zahtev da se izjasne o pristupanju nove države - članice (čl. 70 i čl. 72).

Narodne skupštine Srbije, pa samim tim i nije sastavni deo pravnog poretka Srbije. Zaključak o tome da je Vrhovni kasacioni sud primenio Povelju o osnovnim pravima Evropske unije kao izvor materijalnog prava na osnovu koga je doneta odluka zasniva se na izvodu iz presude koji glasi:

„Na pravilno utvrđeno činjenično stanje nepravilno je primenjeno materijalno pravo kada je tužbeni zahtev usvojen.

Prema Povelji o osnovnim pravima Evropske unije, svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života. U ovoj Povelji posebno su naglašena prava deteta i zaštita dece. Deca treba da imaju takvu zaštitu i negu koja je potrebna za njihovu dobrobit i da u svim postupcima koji se odnose na decu prevashodno moraju biti razmatrani najbolji interesi dece."

Povelja o osnovnim pravima Evropske unije bi se eventualno mogla koristiti kao važeći međunarodni standard za tumačenje domaćih odredaba o ljudskim pravima na osnovu čl. 18. st. 3 Ustava, ako se usvoji šire tumačenje izraza „praksa međunarodnih organizacija koje nadziru ....sprovođenje [ljudskih i manjinskih prava]", ali bi u tom slučaju u presudi trebalo naglasiti da je reč, u stvari, o korišćenju povelje kao standarda tumačenja, a ne o neposrednoj primeni međunarodnog ugovora, kako se to iz ovog odlomka čini. Pored Povelje o osnovnim pravima Evropske unije, Vrhovni kasacioni sud je naveo kao izvor i Konvenciju o pravima deteta koja je na snazi u Srbiji, ali nije primenio čl. 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja u čl. 8 štiti pravo na privatni i lični život. Mogao je takođe, s pozivom na čl. 18 Ustava da se pozove na praksu Evropskog suda za ljudska prava koja detaljno definiše odnose roditelja i dece i usvaja načelo „najboljeg interesa deteta".[22]

Ako pravo EU posmatramo kao zbir propisa koje su doneli organi Unije: Savet Evropske unije, Evropski parlament i Evropska komisija, ono se za domaće organe pojavljuje kao „strano" pravo i to kao složeni pravni poredak, sličan pravu bilo koje druge federacije ili konfederacije koje se sastoji iz jednog „saveznog" i više užih pravnih poredaka. Polazeći od takvog shvatanja prava EU, njegova neposredna primena u Srbiji nije moguća, već ga sudovi mogu primenjivati samo posredstvom domaćih kolizionih normi. Ako je npr. za nasleđivanje merodavno nemačko pravo po državljanstvu ostavioca, a u Nemačkoj se pitanje nasleđivanja uređuju u celini ili delimično uredbama Evropske unije, primenile bi se te uredbe kao sastavni deo nemačkog prava. Moglo bi se čak reći, kada bi postojali jedinstveni propisi o nasleđivanju na nivou EU, da domaća koliziona norma po kriterijumu državljanstva upućuje direktno na pravo Evropske uni-

[22] S. Đajić, komentari.

je, pošto su svi državljani država članica (pa i Nemačke) ujedno državljani Evropske unije. Tada bi se „savezno" pravo EU primenjivalo kao pravo državljanstva ostavioca. Ovakva primena prava EU na osnovu domaćih kolizionih normi za sada nije česta, jer su pitanja u domenu materijalnog građanskog i privrednog prava u kojem operišu domaće kolizione norme najčešće uređena direktivama, a ne uredbama Evropske unije. Direktive zahtevaju donošenje nacionalnih mera implementacije, odnosno dovode do pretvaranja prava EU u unutrašnje propise država članica. Posle implementacije, norme direktiva se utapaju u nacionalno pravo država članica, a njihov „savezni",odnosno „evropski" karakter nije više vidljiv.

Imajući sve ovo u vidu, pozivanje Apelacionog suda u Novom Sadu na direktivu EU 98/59/EZ o zaštiti zaposlenih u slučaju kolektivnih otpuštanja i na materijalne uslove u vezi sa otpuštanjem predviđene navedenom direktivom kao pravni osnov donošenja odluke, bilo bi ispravno samo ako bi pravo Evropske unije u datom slučaju bilo merodavno za radnopravni odnos po domaćim kolizionim normama. Ako nije reč o primeni stranog prava na osnovu kolizionih normi, nema ni pravnog osnova za pozivanje suda na direktivu EU.

Uticaj Prelaznog sporazuma i Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju na primenu prava EU

Sve što je rečeno do sada treba preispitati u svetlu činjenice da je Srbija potpisala sa Evropskom unijom (odnosno sa njenom prethodnicom Evropskom zajednicom) Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju. Poznato je da sporazum o stabilizaciji i pridruživanju predviđa postepeno usklađivanje srpskog zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice (Unije). Usklađivanje zakonodavstva se pominje već u preambuli sporazuma, a zatim u čl. 1 koji određuje ciljeve sporazuma, čl. 59. st. 3 i čl. 61. st. 1 (pružanje usluga), čl. 63. st.2 (sticanje svojine na nepokretnostima), čl. 78 str. 2 (zaštita potrošača), čl. 97 (poljoprivreda), čl. 99, st. 1 (carinski propisi), čl. 101 (socijalna politika), čl. 105 (informatičko društvo), čl. 111 (životna sredina). Ipak, najvažniji odredbe o usklađivanju sadrži čl. 72, prvi u odeljku VI koji nosi naslov „Usklađivanje propisa, primena prava i pravila konkurencije". Prema ovim odredbama, Srbija nastoji da obezbedi da njeno postojeće i buduće zakonodavstvo bude postepeno usklađeno sa pravnim tekovinama Zajednice (čl. 72, st. 1). Usklađivanje srpskog zakonodavstva sa pravom Evropske unije počinje na dan potpisivanja Sporazuma i ostvaruje se postepeno na osnovu programa dogovorenog između Evropske komisije i Srbije (čl. 72, st. 2 i st. 4). Prema tome, ne čeka se na stupanje sporazuma na snagu da bi ova obaveza počela da se primenjuje.

Proces usklađivanja je, u stvari, već otpočeo. Može se očekivati da će značajan deo pravnih tekovina Evropske unije biti na ovaj način unet u domaći pravni sistem i to mnogo pre stupanja na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, pa će tako i domaći organi biti u prilici da ih primenjuju, ali kao sastavni deo domaćeg prava.

Obaveza usklađivanja propisa sa pravom Unije ne tereti sudsku nego zakonodavnu vlast. Međutim, sudovi imaju značajnu ulogu u sprovođenju jedne dodatne obaveze koja je predviđena poslednjom rečenicom prvog stava čl. 72: „Srbija obezbeđuje da njeno postojeće i buduće zakonodavstvo bude pravilno primenjeno i sprovedeno.“[23] Reč je o „postojećem i budućem zakonodavstvu“ koje je usklađeno, odnosno koje će biti usklađeno, sa pravom Evropske unije. Obaveza je državnih organa Srbije da postojeće i buduće zakonodavstvo nakon što bude usklađeno sa pravom Evropske unije, pravilno primenjuju. Nesumnjivo je da među te državne organe spadaju i sudovi. Šta znači reč „pravilno“ (u engl. tekstu: *properly*) nije bliže određeno. Moglo bi se protumačiti, mada to nije izričito rečeno, da je pravilno propise koji su usklađeni sa zakonodavstvom Unije primenjivati na način na koji se oni primenjuju u Evropskoj uniji. To bi povlačilo prećutno unošenje prakse organa EU, a posebno Suda EU i Evropske komisije, kao izvora za tumačenje domaćeg prava. Pitanje je dakle, da li na osnovu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sudovi prilikom tumačenja domaćeg prava nastalog recepcijom prava Evropske unije imaju obavezu da ga tumače „u duhu prava Evropske unije“. Sa sličnom dilemom u pogledu smisla tzv. klauzule o harmonizaciji koja je tipična za sporazume o pridruživanju, suočili su se sudovi u drugim državama ugovornicama takvih sporazuma. Izričiti stav o tome zauzeo je Ustavni sud Poljske:

„Naravno, pravo Evropske zajednice nema pravnu snagu u Poljskoj. Ipak, Ustavni sud želi da naglasi važnost odredaba čl. 68 i čl. 69 Evropskog ugovora između Republike Poljske s jedne strane i Evropske zajednice i njenih država članica s druge strane. Stoga Poljska ima obavezu da preduzme sve što je moguće kako bi njeno buduće zakonodavstvo bilo u skladu sa evropskim. Ustavni sud smatra da obaveza da se obezbedi usklađenost zakonodavstva (koju prvenstveno imaju parlament i vlada) ima

[23] U zvaničnom prevodu SSP engleski glagol „shall“ se pogrešno prevodi u budućem vremenu, jer je to modalni glagol koji izražava obavezu, odnosno sadržinu imperativne norme, koja se u srpskom jeziku i u većini srpskih imperativnih normi izražava prezentom. Takođe reč „existing“ koja se javlja u tri rečenice prvog stava čl. 72, prevedena je u dva slučaja kao „važeće“, a u jednom kao „postojeće“. U sva tri slučaja trebalo je prevesti reč jednako: „postojeće zakonodavstvo“

za posledicu takođe i obavezu da se postojeće zakonodastvo tumači na takav način da se obezbedi najveći mogući stepen usklađenosti.“[24]

Za takvo shvatanje smisla klauzule o harmonizaciji u hrvatskom pravnom poretku zalaže se Siniša Rodin.[25] On pri tom navodi tri razloga za takvo postupanje: prvo, to što hrvatski ustav prihvata monistički odnos nacionalnog i međunarodnog prava, te *a fortiori* nacionalnog i evropskog prava, drugo, to što Sporazum o stabilizaciji i pridruživaju u čl. 69 propisuje obavezu harmonizacije hrvatskog i evropskog prava i paralelnu obavezu tumačenja postojećeg prava u skladu s načelom *favor conventionis*, i na kraju to što tako nalaže hrvatski javni interes izražen rezolucijama zakonodavne i izvršne vlasti te podnošenjem zahteva za punopravno članstvo u Evropskoj uniji. Usvajanje istog shvatanja u srpskom pravu je svakako politički korektno i oportuno, jer pogoduje interesima što bržeg približavanja Srbije Evropskoj uniji. Formalno-pravno gledano, međutim, ovo shvatanje otvara niz dilema i pravnih pitanja. Na primer, kako će sudovi biti obavešteni o tome da je neka odredba domaćeg prava u stvari odredba koja vodi poreklo iz prava Evropske unije, pa je stoga treba tumačiti „u duhu prava Evropske unije“. Da bi se to znalo moralo bi uz propis biti objavljeno i obrazloženje kao što se to čini u regulativama i direktivama EU. Zatim, kako će sudovi dobiti tačnu informaciju o tome koje je tumačenje „pravilno“, odnosno u skladu sa pravom EU. U domaćem pravnom sistemu morala bi da postoji klauzula slična onoj u nemačkom Osnovnom zakonu koja daje nadležnost Ustavnom sudu za odlučivanje o tome pitanju. U odsustvu procesnog i institucionalnog mehanizma za operacionalizaciju pravilnog tumačenja postojećeg i budućeg prava „u duhu prava Evropske unije“, postoji rizik da takvo tumačenje u praksi domaćih sudova bude stihijsko i neujednačeno. Pored toga, javlja se i dilema u pogledu stupanju na snagu ove obaveze domaćih organa (ako je reč o obavezi). Dok je za obavezu usklađivanja zakonodavstva jasno rečeno da počinje da se primenjuje odmah, odnosno od potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, to isto nije rečeno u pogledu obaveze „pravilne primene“ usklađenog zaknodavstva. Iz tog razloga, može se zastupati tumačenje da ova obaveza stupa na snagu tek sa stupanjem na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, što bi ostavilo više vremena domaćem sudstvu da se pripremi za ovaj težak zadatak.

[24] East European Case Reporter of Constitutional Law, tom 5 (1998), str. 284. Citirano prema: S. Rodin, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju u pravnom poretku Europske zajednice i Republike Hrvatske, http://www.pravo.hr/_download/repository/Rodin_Zbornik_SSP.pdf, str. 11-12.

[25] *Ibidem*, str. 19-20.

Za razliku od obaveze usklađivanja zakonodavstva iz čl. 72, većina ostalih odredaba Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju primenjuje se tek od njegovog stupanja na snagu. Međutim, stupanjem na snagu Prelaznog trgovinskog sporazuma, 1. februara 2010. godine, stupile su na snagu i počele su da se primenjuju one odredbe Sporazuma o pridruživanju koje su sastavni deo Prelaznog trgovinskog sporazuma. Među njima je za primenu prava Evropske unije u Srbiji najvažniji čl. 38. Prelaznog sporazuma, koji preuzima čl. 76 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. Reč je o odredbi koja se odnosi na zaštitu konkurencije. Članom 38 se u Srbiju uvodi zabrana restriktivnih sporazuma iz čl. 101 UFEU i zabrana zloupotrebe dominantnog položaja iz čl. 102. UFEU u meri u kojoj mogu uticati na trgovinu između Zajednice i Srbije. Pošto su restriktivni sporazumi i zloupotreba domimantnog položaja u neskladu sa Prelaznim sporazumom, iz toga posredno proističe obaveza nadležnih organa u Srbiji da spreče takve sporazume i takvo ponašanje preduzeća. Prilikom ocene postupanja preduzeća polazi se od pravila konkurencije koja se primenjuju u Zajednici (sada Uniji):

„Svako postupanje suprotno ovom članu ocenjivaće se na osnovu kriterijuma koji proističu iz primene pravila konkurencije koja se primenjuju u Zajednici, naročito iz članova 81, 82, 86 i 87. Ugovora o EZ i instrumenata tumačenja koje su usvojile institucije Zajednice.“[26]

Ovde nije reč o obavezi iz člana 72 SSP da se pravo Unije o konkurenciji unese u domaći pravni poredak na osnovu obaveze usvajanja pravnih tekovina Unije (*acquis*). Reč je o koraku više – odnosno, o obavezi primene ovog prava na način na koji se ono primenjuje u Uniji. Kada je u pitanju zaštita konkurencije, obaveza domaćih organa da tumače propisana pravila „u duhu prava Evropske unije“ o kojoj smo ranije govorili, izričito je propisana Prelaznim trgovinskim sporazumom. Ovoj obavezi podležu organi primene prava konkurencije u Srbiji: Komisija za zaštitu konkurencije i nacionalni sudovi. Interpretativni akti Unije koji se odnose na član 101 i 102 UFEU obuhvataju više od hiljadu različitih pravnih dokumenata, među kojima se nalaze i mnoge odluke njenih sudova.[27] Uslov za primenu kriterijuma Evropske unije je da zabranjeno ponašanje može uticati na trgovinu između Evropske unije i Srbije.

Treba napomenuti da se pred domaćim sudovima na odredbe o zaštiti konkurencije Prelaznog trgovinskog sporazuma mogu pozvati ne samo domaća fizička i pravna lica, nego i fizička i pravna lica iz država članica

[26] Sada su to članovi 101, 102, 106 i 107 UFEU.

[27] Plahutnik, A., *Pravila konkurencije u Evropskoj uniji i njezinim članicama.* Preuzeto sa http://www.acpc-rs.org/ppt/mc/AP-acpc-140708.pdf.

Evropske unije. Na osnovu čl. 46 Prelaznog trgovinskog sporazuma (ekvivalent čl. 126 SSP), sudovi u Srbiji su dužni da pruže pravnu zaštitu na osnovu sporazuma državljanima država članica po istim kriterijumima kao i domaćim državljanima:

„Svaka strana obavezuje se, unutar delokruga ovog sporazuma, da obezbedi da fizička i pravna lica druge strane imaju pristup, bez diskriminacije u odnosu na vlastite državljane, nadležnim sudovima i upravnim organima strana radi zaštite svojih ličnih i imovinskih prava."

Primena kriterijuma usvojenih u EU pred domaćim sudovima treba da se očekuje najpre u u upravnim sporovima protiv rešenja Komisije za zaštitu konkurencije. Preispitivanje zakonitosti rešenja donetog u postupku pred Komisijom sprovodi se po tužbi stranke u tom postupku, koja se podnosi Upravnom sudu.[28] Čl. 72, st. 5 Zakona o zaštiti konkurencije predviđa da će upravni sud će doneti odluku po tužbi najkasnije u roku od dva meseca od prijema tužbe. Poseban problem može biti upravo ova situacija, kada upravni sud treba da donese odluku u kratkom roku, a za njeno donošenje je potrebno proučiti kriterijume koji se primenjuju na isto pitanje u pravu konkurencije Evropske unije. Uporednopravni materijali trebalo bi da budu unapred spremni – prevedeni i dostupni, a sudije upravnog suda bi trebalo da budu dobro upoznate sa sadržinom prava Evropske unije u ovoj oblasti da bi ga mogli pravilno primeniti na tumačenje normi o zaštiti konkurencije. Primena kriterijuma Evropske unije na tumačenje pravila o zaštiti konkurencije, koja je sada međunarodna obaveza Srbije, predstavljaće najbolji test spremnosti domaćeg pravosuđa da se nosi sa izazovima „pravilnog", odnosno „evropskog" tumačenja novog usklađenog prava u drugim oblastima.

Zaključak

Sudovi u Srbiji (sudovi opšte i posebne nadležnosti, ali i Ustavni sud) mogu se pozivati na pravo Evropske unije i na pravna načela koja važe u Uniji pri tumačenju pravnih normi postojećeg i budućeg prava Srbije koje je rezultat usklađivanja srpskog prava sa pravom Evropske unije. Kada je u pitanju primena prava Srbije o zaštiti konkurencije, sudovi u Srbiji imaju obavezu da primenjuju kriterijume tumačenja koji važe u pravu Unije ukoliko zabranjeni sporazum ili zabranjeno ponašanje može uticati na trgovinu između Zajednice i Srbije. S druge strane, sudovi u Srbiji ne mogu direktno primenjivati pravo Evropske unije na odlučivanje o pravima i obavezama pojedinaca u postupcima koji se vode pred njima,

[28] Zakon o zaštiti konkurencije, čl. 38, st. 4 i čl. 71, st. 1.

ako to pravo nije deo potvrđenog međunarodnog ugovora niti je njegova primena predviđena domaćom kolizionom normom.

Za razliku od pozivanja na bilo koji drugi pravni sistem, što sudovi uvek mogu činiti da bi primerima iz uporednog prava potkrepili zaključke do kojih su došli prilikom tumačenja domaćih pravnih normi, pozivanje na pravni sistem Evropske unije se može smatrati obavezom sudova koja proističe iz međunarodne obaveze Srbije na osnovu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju da se stara o pravilnoj primeni postojećeg i budućeg prava Srbije. Obaveza tumačenja koje obezbeđuje „najveći mogući stepen usklađenosti sa pravom Evropske unije" odnosi se na one segmente srpskog prava koji su usklađeni odnosno koji će ubuduće biti usklađeni sa pravom Evropske unije. Ona još nije stupila na snagu, ali će stupiti na snagu kada i Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju. Jedini domen u kome sudovi trenutno imaju sličnu obavezu je domen zaštite ljudskih i manjinskih prava, u kome je Ustavom propisana obaveza domaćih sudova da uzmu u obzir praksu međunarodnih organizacija koje nadziru sprovođenje zaštite ljudskih i manjinskih prava.

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

Application of EU Law by Serbian Courts

Abstract

In the Introduction, the author explains legal grounds for application of international and foreign law in judicial proceedings in Serbia. This is followed by a short passage on the manner of use of comparative law method in interpretation of domestic law. Thereafter, the main topic of this paper, the possible application of the European Union law by courts and other authorities in Serbia, comes to focus. At first, EU law is regarded as international law, i.e. law of an international organization, and then as foreign law, i.e. the law of a foreign country. The possibilities for application in these two forms are considered. The last chapter discusses the duties of Serbian courts to apply EU law arising from the Stabilization and Association Agreement, and the Interim Agreement. It is concluded that the proper intepretation of domestic provisions resulting from harmonization with the law of the European union requies systematic training of judges, both as to content of EU law and as regards the use of comparative law method in judicial practice.

Key words: application of EU law, application of international law in the domestic legal system, Stabilization and Association Agreement

Originalni naučni rad UDK 347:340.134(091)
doi:10.5937/zrpfns46-1963

Dr Dušan Nikolić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

O DINAMICI I EFEKTIMA ZAKONODAVNOG RADA[1]

***Sažetak**: Autor je kroz kratku uporednopravnu analizu pokazao u kojoj meri brzina zakonodavnog rada može uticati na kvalitet normativnih rešenja i na njihove efekte u pravnoj praksi.*

Posebna pažnja posvećena je Austrijskom građanskom zakoniku (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB, AGZ) iz 1811. godine, koji puna dva veka uspešno odoleva izazovima vremena. Na njegovu dugotrajnost su uticali brojni činioci. Pre svega, donošenju AGZ-a je prethodio dugotrajan i dobro osmišljen zakonodavni rad, koji je detaljnije opisan u ovom članku. Zakonik je pisan postupno, uz mnoštvo preispitivanja, provera i javnih rasprava. U stručnoj literaturi se često govori o svojevrsnom zakonodavnom eksperimentu koji su austrijske vlasti izvršile probnom primenom Zakonika na jednom delu državne teritorije. Zakonik je pisan za feudalno društvo, ali uz pozivanje na načela prirodnog prava. Ovo drugo je, zajedno sa široko formulisanim i fleksibilnim pravnim normama, ostavljalo dovoljno prostora za ekstenzivno tumačenje zastarelih pravila i za popunjavanje zakonskih praznina kojih je vremenom bivalo sve više. Sudovi su često kreativno koristili tu mogućnost i tako doprinosili opstanku Zakonika. Zakonik je mnogo puta menjan i dopunjavan, ali je retko ko smatrao da ga treba zameniti novim. Austrijanci pripremaju detaljniju reviziju AGZ-a, ko-

[1] Rad je zasnovan na istraživanjima vršenim u okviru projekta *Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)*, koji se finansira iz izvornih sredstava Pravnog fakulteta u Novom Sadu. Deo rada je izložen u okviru uvodnog izlaganja za zemlje Jugoistočne Evrope i nacionalnog referata za Srbiju na temu *The Relevance of the Austrian Civil Code (ABGB 1811) for the Development of the Civil Law of the Former Yugoslavia and for Today's Serbia*, koji je autor podneo na međunarodnom naučnom skupu održanom na Univerzitetu u Salcburgu, 29. juna 2011. godine, povodom 200 godišnjice Austrijskog građanskog zakonika

ja će, s jedne strane, omogućiti da se nacionalno pravo modernizuje i uskladi sa tendencijama u savremenom evropskom pravu, a sa druge strane, da se očuva dva veka staro pravno nasleđe.

Na suprot tome, Srpski građanski zakonik iz 1844. godine je nastao u drugačijim društvenim i ekonomskim prilikama. Napisan je u relativno kratkom roku, po uzoru na austrijski kodeks. Preovlađujuće je mišljenje da je zakonopisac neprimerenim preuzimanjem normativnih rešenja iz stranog prava doprineo ubraznom propadanju porodičnih zadruga i time ekonomskom slabljenju čitavog društva.

Slični procesi se odigravaju i danas. Nadnacionalno pravo Evropske unije se obilikuje postupno, u dugom vremenskom periodu koji se meri decenijama. O tome svedoče Landova načela evropskog ugovornog prava. Sa druge strane, od država koje su kandidati za prijem u članstvo EU se traži da za kratko vreme usvoje stotine zakona i drugih propisa i da ih usklade sa visokim evropskim pravnim standardima.

***Ključne reči**: Austrijski građanski zakonik, Srpski građanski zakonik; Načela evropskog ugovornog prava; acquis communautaire.*

1. Austrijski građanski zakonik

1.1. Opšte prilike u kojima se odvijao zakonodavni rad

Prilike u kojima je nastajalo savremeno austrijsko građansko pravo bile su slične onima koje su vladale u većini zemalja Srednje i Zapadne Evrope. Do donošenja *Opšteg građanskog zakonika* 1811. godine, na teritoriji Habzburškog carstva je postojalo mnoštvo različitih izvora. Svaka od zemalja u njegovom sastavu (*land*) imala je svoje običaje i propise. Pravni partikularizam je otežavao kretanje ljudi, robe, usluga i kapitala. Zato su često činjeni pokušaji da se on otkloni ili barem umanji do prihvatljivog nivoa. Po mišljenju nekih pisaca[2], taj proces je započet još u XII veku, kada su prvi pravnici sa prostora današnje Austrije, školovani na Univerzitetu u Bolonji, preneli saznanja o rimskom pravnom nasleđu sadržanom u Justinijanovoj kodifikaciji (*Corpus iuris civilis*). Učeno pravništvo toga doba je smatralo da regule rimskog prava mogu i da treba da budu nešto što bi se moglo nazvati zajedničkim evropskim pravom (*ius comunae Europaeum*).[3] Recepcija rimskog pravnog nasleđa se odvi-

[2] Adolfo Rušnov – S. Posilović, (nije navedena godina izdanja) *Tumač Općemu austrijskomu građanskomu zakoniku*, Zagreb, str. 1

[3] V.: Reinhard Zimmermann, *Roman Law and European Legal Unity,* u knjizi: *Towards European Civil Code*, The Hague, London, Boston, str. 21. etc.

jala sporo i postupno, sa više ili manje uspeha. U pojedinim periodima je čak izričito zabranjivana njegova primena u postupcima pred sudom. Tako je npr. odredbama *Kammergerichtsordnung*-a iz 1495. godine bilo propisano da se ima suditi samo u skladu sa domaćim običajima i propisima. Međutim, rimsko pravno nasleđe je i nakon toga, na različite načine, prodiralo u pravne sisteme pojedinih naroda. Sa druge strane, ono nikada nije u potpunosti zamenilo partikularne izvore. Na smanjenje pravnog partikularizma u Habzburškom carstvu uticala su i verska pravila, ali je njihov domašaj bio ograničen, jer su u državi postojale različite verske zajednice. Delimičnom ujednačavanju pravne regulative doprinosilo je i to što su se kao supsidijerna (u slučaju praznina) primenjivala pravila *opšteg nemačkog prava* sadržana u *Saksonskom ogledalu* (*Sachsenspiegl*) i *Švabskom ogledalu* (*Schwabenspiegl*), kao i pravila tzv. *Carskog prava* (*Kaiserrecht*). Poseban značaj, imala je zbirka običaja (*Consuetudinaria*) koja je od XVI veka vođena za Austriju. Međutim, i pored svih direktnih i indirektnih nastojanja da se pravo ujednači, pravni partikularizam je ostao dominantno obeležje pravne regulative sve do pojave prosvećenog apsolutizma. Tek je jačanje funkcija centralne vlasti dalo dovoljno snažan podsticaj za čvršću političku, ekonomsku i pravnu integraciju prostora. Od tada je jedan od prioriteta državne politike bio da se otkloni pravni partikularizam i da se stvore jedinstvena pravila za sve koji žive na teritoriji Carstva.

1.2. Dugotrajni zakonodavni rad

Oblikovanje jedinstvene, centralizovane pravne infrastrukture započeto je sredinom XVIII veka kada su po nalogu carice Marije Terezije formirane pravosudne oblasti, zajednički vrhovni sud i zajedničko ministarstvo pravde. Carica je 1753. godine naredila da se za sve nasledne zemlje izradi i jedinstveni zakonik (*Codex Theresianus*) kojim bi, na sistemski način, bila uređena pitanja iz domena današnjeg građanskog materijalnog prava, građanskog procesnog prava, krivičnog materijalnog prava i krivičnog procesnog prava. Međutim, na sastanku koji je održan u Brnu, odlučeno je da se zakonikom obuhvati samo materija privatnog prava. Carica je obavezala zakonopisce da se drže važećih običaja i da koliko je moguće usklade različita pravila koja su važila u pojedinim delovima države. U slučaju praznine, odnosno nedostatka adekvatnog pravila iz tih izvora, trebalo je urediti relevantne privatnopravne odnose u skladu sa načelima prirodnog prava. Takvo upustvo bi, na prvi pogled, moglo da deluje zbunjujuće, kada se ima u vidu činjenica da je austrijsko društvo bilo zasnovano na feudalnom poretku. Međutim, objašnjenje je vrlo

jednostavno. Pozivanje na ideju o postojanju univerzalnog prava je služilo kao snažan argument za prevladavanje pravnog partikularizma.

Primarni zadatak radne grupe je bio da sačini osnovu (nacrt) kodeksa. Taj posao je u njeno ime obavio profesor Jozef Aconi (Jozef Azzoni) iz Praga. Osnova je u načelu bio prihvaćena od najviših vlasti u Beču, ali je rečeno da na izradi konačne verzije treba da radi više članova radne grupe i da zakonik ne treba da bude delo jedne ličnosti. Ispostavilo se da je takva odluka bila pogrešna. Članovi radne grupe su imali različite pristupe i različiti stil pisanja. Usaglašavanje ponuđenih normativnih rešenja je trajalo suviše dugo. Da bi ubrzala zakonodavni rad, centralna vlast je ponovo poverila izradu Osnove profesoru Aconiju. On je predložio da Zakonik bude pisan po Gajevom (institucionom, tripartitnom) modelu i da sve norme budu podeljene na one koje se odnose na lica (*ius quod ad personas pertinet*), na stvari (*res*) i na obligacije (*obligationes*). Međutim, profesor Aconi je ubrzo umro. Njegovu ulogu preuzeo je dvorski savetnik Cenker (*Zenker*), koji je sačinio obiman nacrt u osam folio svezaka. Carica i ministar Kaunic (*Kaunitz*) su odbacili ponuđeni tekst i naredili da se iz njega izbaci sve ono što podseća na naučne radove i udžbenike, i da normativna rešenja budu kratka, jasna i tako formulisana da ih narod razume. Redigovanje je povereno vladinom savetniku Hortenu (*Horten*). Car Jozef II, koji je stupio na presto nakon smrti carice Marije Terezije, je naložio da Hortenov rad pregleda i doradi dvorski savetnik Kes (Kees). Nakon revizije, sačinjena je konačna verzija prvog dela *o licima*. Osnova je 1786. godine ozakonjena pod nazivom *Jozefinski zakonik* (). - Kodeks je stupio na snagu 1787. godine, najpre u naslednim zemljama, a potom i u Galiciji (današnjoj Ukrajini).

Naslednik Jozefa II, car Leopold II imenovao je novu radnu grupu za izradu Osnove Opšteg građanskog zakonika, na čelu sa baronom Karlom Antonom fon Martinijem (*Karl Anton von Martini*), poznatim profesorom Prirodnog prava na Univerzitetu u Beču. Radna grupa je sukcesivno završavala posao u vreme vladavine novog vladara Franca II. Profesor Martini je 1794. predao prvi deo, a 1796. preostala dva dela. Iste godine, car je naredio da se Osnova objavi u većem broju primeraka i da se uputi organima zemljskih vlasti, magistratima lokalnih zajednica, profesorima pravnih fakulteta i dr. na javnu raspravu. Godine 1797. na osnovu Martinijevog projekta, donet je *Građanski zakonik za Zapadnu Galiciju - Westgalizische Gesetzbuch*, (za deo današnje Ukrajine, koji je tada bio u sastavu Poljske kraljevine i Habzburškog carstva). Nekoliko meseci kasnije, na osnovu odluke carske vlasti, kodeks je postao obavezujuć i na prostoru Istočne Galicije[4].

[4] Opširnije o tome: Galyna Bogdanovna Yanovytska, Die Erprobung des ABGB im Gebiet Galiziens und sein Einfluss auf heutige Zivilgesetzgebung in der Ukraine, u knjizi: 200 Jahre ABGB – Ausstrahlungen, Beč, 2011, str. 149. i dr.

Godine 1801. formirana je *Dvorska komisija za zakonodavne poslove*, na čelu sa državnim ministrom grofom Hajnirhom Rotenhanom (*Heinrich Graf Rottenhan*). Njen zadatak je bio da razmotri Martinijevu Osnovu, zajedno sa primedbama koje su u međuvremenu stigle iz pojedinih delova Carstva i da izvrši najneophodnije izmene. Izvestilac na prvoj sednici, održanoj 1801. godine bio je čuveni profesor prirodnog prava na Univerzitetu u Beču, Franc fon Cajler (*Franz von Zeiller*). Ova faza zakonodavnog rada je bila neočekivano duga i okončana je tek 1806. godine, prezentovanjem Osnove koja se značajno razlikovala od *Galicijskog zakonika*. Godine 1807, na predlog izvestioca Cajlera, a po odluci predsednika Komisije, organizovano je tzv. *drugo čitanje*, radi konačne revizije i poboljšanja prvog dela. Posao je završen naredne, 1808. godine i Osnova je dostavljena carskoj vlasti. Car je naredio da se pristupi i *trećem čitanju*, jer je želeo da se taj projekat dovede do savršenstva. Završna faza zakonodavnog procesa je započeta 1809, a završena 1810. godine[5].

Novi Zakonik je uveden u pravni sistem carskim patentom od 1. juna 1811. godine, pod nazivom *Opšti građanski zakonik za nemačke nasledne zemlje Austrijskog carstva (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie - ABGB)*. Stupio je na snagu 1. januara 1812. godine.

1.3. Karakteristike Zakonika

Austrijski građanski zakonik je pisan po *institucionom* (*tripartitnom*) *sistemu*, ali se njegova sistematika razlikuje od one za koju se svojevremeno opredelio rimski pravnik Gaj (*Gaius*) u svojim *Institucijama* (*Institutiones*). Prvi deo, *O ličnim pravima*, posvećen je materiji statusnog i porodičnog prava. U drugom delu, koji nosi naslov *O pravu na stvari*, regulisana je materija stvarnog, naslednog i obligacionog prava. Treći deo, *O zajedničkim odredbama za lična prava i prava na stvari* obuhvata pitanja koja se odnose na utvrđivanje, preinačenje i prestanak prava i obaveza, kao i na pitanja vezana za zastarelost i održaj.

Odredbe Austrijskog građanskog zakonika su pisane jasnim stilom i pod jakim uticajem škole prirodnog prava. Formulacije su široke i ostavljaju dosta prostora za kreativno tumačenje u sudskoj praksi[6]. To je bio jedan od ključnih razloga što je Zakonik ostao u primeni puna dva veka.

---

[5] Prema: Adolfo Rušnov – S. Posilović, *op. cit.*, str. 1 – 7.

[6] Andrja Gams – Ljiljna Đurović, *Uvod u građansko pravo (opštideo)*, Beograd, 1985, str. 26.

1.4. Vremensko i prostorno važenje Zakonika

Zakonik je 1812. godine stupio na snagu u sledećim austrijskim naslednim zemljama: Češka, Bukovina, Galicija, Ladomirija (izuzev tri okruga); Donja Koruška; Moravska; Hrvatsko-slavonska i sedmogradska vojna krajina (vojna granica, *Miltargranze*); Gornja Austrija; Donja Austrija, Šleska i Štajerska. Zakonik nije važio na području Ugarske, Hrvatske, Slavonije i Sedmogradske.

Nakon Pariskog sporazuma i Bečkog kongresa, primena AGZ je proširena na pojedine delove Hrvatske i Dalmacije. Godine 1852. on je postao obavezujuć i u Krakovu (a primenjivan je od naredne, 1853. godine).

U vreme Bahovog apsolutizma doneta je odluka da na području Carstva važi jedinstveno pravo. Tako je, počev od 1852. godine, primena Austrijskog građanskog zakonika proširena na područje Ugarske, Hrvatske, Slavonije, Srpske Vojvodine i Tamiškog Banata, a od 1853 i na područje Erdelja (Transilvanija).

Nakon političkih promena, 1861. godine, doneta je odluka da se u Ugarskoj vrate na snagu raniji ugarski propisi i da se uz njih, kao obavezujući primenjuju zaključci sa tzv. *iudex-curia*-lne konferencije održane iste godine, koji su carskim patentom dobili snagu zakona.

U Hrvatskoj, Slavoniji i bivšoj Krajini, nastavljeno je sa primenom Zakonika, mada o tome nije postojala zvanična odluka carske vlasti, niti se u tom smislu izjasnio Hrvatski Sabor.[7]

1.5. Uticaj na razvoj građanskog prava u drugim zemljama

Austrijski građanski zakonik je, poput ostalih velikih evropskih kodifikacija, uticao na razvoj prava u drugim zemljama. Međutim, njegov je uticaj bio prevashodno regionalnog karaktera. On se uglavnom osećao u zemljama srednje i jugoistočne Evrope. Osim toga, uticaj AGZ-a nije bio svuda jednakog intenziteta. Nemački kantoni u Švajcarskoj (Bern 1826; Argau 1828; Zoloturn 1831 i Lucern 1841) i Srbija (1844), su izvršili delimičnu recepciju, dok su neke zemlje u Austrijskom građanskom zakoniku nalazile samo inspiraciju za pojedina normativna rešenja (Nemačka 1896; Švajcarska 1911; Turska, koja je recipirala Švajcarski građanski zakonik, 1927 i dr.).

Austrijski građanski zakonik je, u skladu sa *načelom pravnog kontinuiteta*, nakon raspada Austro-ugarske monarhije 1918. godine, važio u

[7] Opširnije o prostornom važenju AGZ: Werner Ogris, *Das ABGB innerhalb und außerhalb Östereichs,* u knjizi: *200 Jahre ABGB – Ausstrahlungen*, Beč, 2011, str. 1 - 23. i dr

pojedinim delovima Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca (Jugoslavije). U Sloveniji i Dalmaciji (na području Odeljenja B zagrebačkog Stola sedmorice i apelacionih sudova u Splitu i Ljubljani) primenjivan je osnovni tekst sa tzv. ratnim novelama iz 1914, 1915. i 1916. godine. U Hrvatskoj (bez Dalmacije, Istre i Međumurja) i Slavoniji (na području Odeljenja A zagrebačkog Stola sedmorice, odnosno Banskog stola) u primeni je, uz druge izvore, bio nenovelirani Austrijski građanski zakonik (*Opći građanski zakonik*). Zakonik je primenjivan i u Bosni i Hercegovini (na području Vrhovnog suda u Sarajevu) u oblasti imovinskih odnosa. Na području Međumurja, Prekomurja i Vojvodine (bez Srema, a sa delom Baranje) važilo je ugarsko običajno i sudsko pravo. Izuzetak su predstavljala područja Okružnog suda u Pančevu i sreskih sudova u Banatskom Karlovcu, Beloj Crkvi, Kovinu, Titelu i Žablju, koja su zahvatala prostor nekadašnje Vojne Krajine. Tu je, kao partikularno pravo primenjivan Austrijski građanski zakonik.

Regionalni uticaj Austrijskog građanskog zakonika je bio mnogo naglašeniji u XIX nego u XX veku. To se može objasniti činjenicom da su mnoga normativna rešenja sadržana u njemu vremenom postala anahrona. Uz to, u međuvremenu su se pojavili novi, savremeniji zakonici koji su postali uzor zakonopiscima drugih zemalja.

1.6. Izmene i dopune

Prvi ozbiljniji razgovori o reviziji Zakonika započeti su 1880. godine na sastanku austrijskih pravnika. Na tu potrebu ukazao je i profesor Anton Menger (*Anton Menger*) u rektorskom govoru 1895. godine. Međutim, pitanje revizije je pobudilo pažnju šire javnosti tek početkom XX veka, kada je profesor Jozef Unger (*Josef Unger*) 1904. godine objavio svoju kritičku studiju. Nakon toga, usledila je serija sličnih tekstova koje su pisali drugi profesori prava i pravnici praktičari.

Pojedini autori su tada procenili da postoji potreba "za reformom u mnogom *doista zaostalog već zakonika*, koja reforma, što dulje traju pripreme, to dalje stiže, pa nije nemoguće, da će svojedobno dovesti *do izdanja posve novog zakonika* [podvukao D.N.][8]". Međutim, Austrijski građanski zakonik je odoleo izazovima vremena. Tokom ratnog perioda, 1914, 1915 i 1916. usvojene su tzv. *ratne novele* koje je pripremio već pominjani profesor Jozef Unger. One su u značajnoj meri izmenile fizionomiju Zakonika.

[8] Adolfo Rušnov - S. Posilović, *op. cit*, str. 9.

1.7. Epilog

U poslednjih sto godina zakonodavne intervencije su bile sve učestalije.[9] Zakonik je sve češće menjan i dopunjavan.

U austrijskim pravničkim krugovima se govori o novoj velikoj reviziji. Nepodeljeno je mišljenje uglednih profesora univerziteta i sudija najviših sudova, sa kojima je autor ovog teksta bio u prilici da razgovara, da Austrija neće pristupiti izradi novog građanskog zakonika. Stari kodeks, s početka XIX veka će u još većoj meri biti prilagođen potrebama savremnog društva. Tradicija će tako formalno biti očuvana, a austrijanci će dobiti savremenu pravnu regulativu.

2. Srpski građanski zakonik

2.1. Opšte prilike u kojima se odvijao zakonodavni rad

Srbi su tokom viševekovne turske okupacije živeli u velikim patrijarhalnim zajednicama - *porodičnim zadrugama*.[10] Život unutar zadruga se odvijao u skladu sa običajnim pravilima i odlukama porodičnih starešina. Odnosi među različitim zajednicama su takođe bili uređeni običajnim

---

[9] O tome svedoči pregled izmena i dopuna Austrijskog građanskog zakonika (zaključno sa 15. julom 2011. godine): JGS Nr. 970/1846; RGBl. Nr. 217/1859; RGBl. Nr. 9/1860; RGBl. Nr. 108/1860; RGBl. Nr. 131/1867; RGBl. Nr. 49/1868; RGBl. Nr. 62/1868; RGBl. Nr. 4/1869; RGBl. Nr. 110/1895; RGBl. Nr. 276/1914; RGBl. Nr. 208/1915; RGBl. Nr. 69/1916; StGBl. Nr. 95/1919; StGBl. Nr. 96/1919; BGBl. Nr. 638/1921; BGBl. Nr. 850/1922; BGBl. Nr. 111/1936; dRGBl. I S 807/1938; dRGBl. I S 825/1938; dRGBl. I S 923/1938; dRGBl. I S 973/1938; dRGBl. I S 1186/1939; dRGBl. I S 2394/1939; dRGBl. I S 80/1943; dRGBl. I S 266/1943; BGBl. Nr. 30/1947; BGBl. Nr. 158/1947; BGBl. Nr. 99/1954; BGBl. Nr. 157/1956; BGBl. Nr. 268/1958; BGBl. Nr. 58/1960; BGBl. Nr. 122/1967; BGBl. Nr. 306/1968; BGBl. Nr. 342/1970; BGBl. Nr. 108/1973; BGBl. Nr. 496/1974; BGBl. Nr. 412/1975; BGBl. Nr. 416/1975; BGBl. Nr. 91/1976; BGBl. Nr. 403/1977; BGBl. Nr. 280/1978; BGBl. Nr. 304/1978; BGBl. Nr. 140/1979; BGBl. Nr. 168/1979; BGBl. Nr. 370/1982; BGBl. Nr. 136/1983; BGBl. Nr. 566/1983; BGBl. Nr. 196/1985; BGBl. Nr. 97/1986; BGBl. Nr. 325/1986; BGBl. Nr. 179/1988; BGBl. Nr. 162/1989; BGBl. Nr. 343/1989; BGBl. Nr. 656/1989; BGBl. Nr. 275/1992; BGBl. Nr. 502/1993; BGBl. Nr. 532/1993; BGBl. Nr. 25/1995; BGBl. Nr. 759/1996; BGBl. I Nr. 6/1997; BGBl. I Nr. 30/1997; BGBl. I Nr. 140/1997; BGBl. I Nr. 125/1999; BGBl. I Nr. 164/1999; BGBl. I Nr. 44/2000; BGBl. I Nr. 135/2000; BGBl. I Nr. 48/2001; BGBl. I Nr. 98/2001; BGBl. I Nr. 71/2002; BGBl. I Nr. 104/2002; BGBl. I Nr. 118/2002; BGBl. I Nr. 85/2003; BGBl. I Nr. 91/2003; BGBl. I Nr. 58/2004; BGBl. I Nr. 77/2004; BGBl. I Nr. 43/2005; BGBl. I Nr. 51/2005; BGBl. I Nr. 120/2005; BGBl. I Nr. 92/2006; BGBl. I Nr. 113/2006; BGBl. I Nr. 100/2008; BGBl. I Nr. 40/2009; BGBl. I Nr. 52/2009; BGBl. I Nr. 75/2009; BGBl. I Nr. 135/2009; BGBl. I Nr. 28/2010; BGBl. I Nr. 29/2010; BGBl. I Nr. 58/2010. Izvor: © Bundeskanzleramt Österreich

[10] Živojin Perić, *Kategorije porodicâ i porodičnih zadrugâ u Srpskom pravu*, Arhiv za pravne i društvene nauke, knjiga XXXII/1936, str. 411-414.

pravom. Sporna pitanja su najčešće sporazumno rešavale starešine sukobljenih porodičnih zadruga, u skladu sa običajima i uz posredovanje trećih lica (prijatelja, komšija i sl.). Ukoliko se spor nije mogao rešiti mirnim putem, odluku je donosio knez na osnovu običaja i sopstvenog shvatanja pravičnosti.

Običajna pravila koja su važila u različitim sredinama se međusobno nisu značajnije razlikovala. U tom smislu, u Srbiji nije bilo pravnog partikularizma, koji je u mnogim evropskim državama predstavljao ključni razlog za donošenje građanskih zakonika. Međutim, postojali su drugi motivi za otpočinjanje zakonodavnog procesa. Već u vreme Prvog srpskog ustanka, bilo je zalaganja da se uspostavi moderna država i da se svi značajniji društveni odnosi urede zakonom. Jedan od glavnih protagonista te ideje bio je Teodor Filipović (Božidar Grujović), ugledni austrijski advokat i profesor Istorije prava na Univerzitetu u Harkovu. Međutim, njegova vizija nije ostvarena zbog opštih prilika u društvu. Srbija do kraja Prvog srpskog ustanka nije dobila zakone. Slične prilike su vladale tokom Drugog ustanka. Miloš Obrenović je u ustaničkom periodu vladao po obrascima patrijarhalno uređenog društva. On je smatran ocem naroda ili kako bi se u duhu tog vremena moglo reći, starešinom velike srpske zadruge. Knez je uglavnom postupao u skladu sa tradicijom i običajnim pravom.[11] Međutim, u Srbiji su se u to vreme razvijali novi društveni odnosi koji nisu bili uređeni običajima. O njima je odlučivao knez, držeći se "zdrave pameti" i sopstvenog poimanja pravde i pravičnosti. Mnogi su smatrali da je takav način regulisanja društvenih odnosa neprihvatljiv. Knezu je prebacivano da nastoji da izbegne donošenje zakona da bi očuvao režim zasnovan na samovolji.

Vremenom je nezadovoljstvo toliko naraslo da je od Miloša Obrenovića javno zahtevano da započne proces stvaranja modernog pravnog sistema donošenjem osnovnih zakona, među kojima je posebno bio značajan građanski zakonik. Politički pritisak su vršili kneževi saborci iz ustaničkog perioda, malobrojna domaća finansijska elita i predstavnici stranih zemalja koji su povremeno boravili u Beogradu.

Kneževu pravnu politiku su kritikovali i srpski intelektualci u Austriji. Neki od njih su pokušali da podstaknu zakonodavni proces[12].

---

[11] V.: Slobodan Jovanović, *Političke i pravne rasprave,* Beograd, 1908, str. 279.

[12] Temišvarski advokat Maksimilijan Simonović je preveo Austrijski opšti građanski zakonik iz 1811. godine, sa nemačkog na srpski i potom ga prilagodio prilikama koje su postojale u tadašnjoj Srbiji. Trebalo je da tekst bude odštampan u Beču 1828. godine, ali autor za to nije dobio saglasnost dvorskog ratnog saveta (*Hofkriegsrat*). Opširnije: Aleksa Ivić, *Neuspeli pokušaj štampanja zakona za Srbiju godine 1828*, Arhiv za pravne i društvene nauke, knjiga X 5/1931, str. 361-363.

Međutim, Miloš Obrenović je vremenom i sam uvideo da su promene neizbežne te je ubrzo doneo odluku da se započnu službene pripreme za donošenje srpskog zakonika.

Da bi se ubrzalo donošenje zakonika, na predlog Vuka Karadžića formirana je posebna, Zakonopravitelna komisija. Međutim, u njenom sastavu nije bilo školovanih pravnika, pa je od samog početka bilo sumnji u pozitivan ishod čitavog poduhvata.

2.2. Kratkotrajni zakonodavni rad

Knez Miloš Obrenović je, posle više neuspelih zakonodavnih projekata, 1836. godine, na predlog svog sekretara Dimitrija Davidovića, a uz posredovanje austrijskog konzula Antuna Mihanovića, pozvao Vasilija Lazarevića, gradonačelnika Zemuna i Jovana Hadžića, senatora novosadskog Magistrata da pruže stručnu pomoć srpskim vlastima pri izradi najznačajnijih zakona. Od njih je najpre zatraženo da pregledaju materijal koji je pripremila ranije formirana Zakonopravitelna komisija. Lazarević i Hadžić su utvrdili da predloženi tekst zapravo predstavlja prevod Napoleonovog Kodeksa i da bi njegovo usvajanje predstavljalo veliku grešku zbog toga što je Srbija bila na mnogo nižem nivou društvenog razvoja od Francuske. Knezu su predložili da se pristupi izradi potpuno novog, originalnog zakonika, koji bi bio zasnovan na običajima i već postojećim uredbama, uz puno uvažavanje tradicije i posebnosti srpskog naroda[13]. Taj zadatak je poveren Jovanu Hadžiću. Pisanju nacrta prethodile su višemesečne pripreme. Jovan Hadžić je od avgusta 1838. do januara 1839. godine prikupljao građu o narodnom duhu, običajima, navikama i domaćim prilikama o kojima je dobijao informacije od kneževih službenika. Nakon toga, angažovan je za rad na drugim zakonskim projektima. Izradi Građanskog zakonika u potpunosti se posvetio tek sredinom 1840. godine. Tada je sa srpskom Vladom zaključio ugovor o izradi Nacrta, kojim je bilo predviđeno da će posao završiti u roku od dve godine. Takođe je dogovoreno da će autor na tom projektu raditi u Novom Sadu i da će naručiocu podnositi izveštaj svaka tri meseca.

Jovan Hadžić je Knezu Aleksandru 1842. godine, umesto nacrta originalnog kodeksa zasnovanog na tradiciji i duhu srpskog naroda, predao tekst koji je u osnovi predstavljao skraćenu i donekle izmenjenu verziju Austrijskog građanskog zakonika iz 1811. godine.

2.3. Karakteristike Zakonika

Srpski građanski zakonik je, kao i AGZ pisan po instutucionom sistemu. Sve norme su grupisane u tri celine.

[13] Dragoslav Janković, *Istorija države i prava Srbije XIX veka*, Beograd, 1958., str. 88.

Hadžić je spajao pojedine odredbe, a neke je u potpunosti izostavio. Zahvaljujući tome, uspeo je da 1502 paragrafa Austrijskog građanskog zakonika svede na 950. Međutim, opšte je mišljenje da je sažimanje izvršeno uz mnogo propusta i da je zbog toga srpski kodeks, za razliku od austrijskog, bio nedovoljno sistematičan, nepregledan i često nejasan. Uz sve to, treba reći da Srpski građanski zakonik nije u svemu sledio izvornik. Neka normativna rešenja su bila zasnovana na srpskom običajnom pravu i značajno su se razlikovala od onih koja su sadržana u Austrijskom građanskom zakoniku[14].

Građanski zakonik je postao predmet kritike odmah po objavljivanju. Pojedinim normativnim rešenjima bili su nezadovoljni i građani i srpski pravnici iz susedne Austrije. Jedna od glavnih zamerki je bila da Jovan Hadžić nije razumeo pravi smisao srpske porodične zadruge i da je preuzimanjem neprimerenih normativnih rešenja iz stranog stvarnog prava doprineo da dođe do raspada i nestajanja takvih zajednica. Pojedini autori smatraju da je usled toga došlo do siromašenja srpskih porodica i do destabilizacije celokupnog društva čije se posledice osećaju i danas. Međutim, u literaturi ima i drugačijih mišljenja. Tako je npr. Slobodan Jovanović smatrao da Jovan Hadžić samo ubrzao jedan proces koji je inače bio neminovan[15].

Neosporno je da se Srbija svrstala u red retkih zemalja u svetu koje su u to vreme imale građanski zakonik.[16] Preuzimanje normativnih rešenja iz stranog prava je ubrzalo promene u društvu. Srpsko društvo je počelo da se razvija u skladu sa pravnim standardima koji su važili u Srednjoj i Zapadnoj Evropi.

---

[14] V: Dragoslav Janković, *op. cit.,* str. 89; Ferdo Čulinović, *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX. i XX. vijeka – Srbija, Crna Gora, Makedonija, Stara Jugoslavija (1918 – 1941), Nova Jugoslavija*, Knjiga II, Zagreb 1959, str. 75.

[15] Slobodan Jovanović, *op. cit*, str. 285.

[16] Prema podacima kojima raspolažemo, *originalnu kodifikaciju građanskog prava* u savremenom smislu, tada su imale sledeće evropske zemlje: Bavarska (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* iz 1756), Francuska (*Code civil des Français* iz 1804, kasnije poznat kao *Code Napoleon* ili *Code civil*) i Austrija (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* iz 1811). Francuski građanski zakonik su delimično recipirali švajcarski kantoni Vo (1819), Fribur (1834) i Tićino (1837). U Holandiji je 1838. godine stupio na snagu zakonik koji je takođe, većim delom, bio zasnovan na normativnim rešenjima iz francuskog prava. Kao što je već rečeno, Austrijski građanski zakonik su delimično preuzeli Švajcarski kantoni Bern (1826), Argau (1828), Zoloturn (1831) i Lucern (1841). Francuski Kod sivil je u celosti i na duže vreme recipiran na teritorijama koje su bile pod Napoleonovom vlašću (u Belgiji, Luksemburgu, Rajnlandu i Badenu 1804, i u Holandiji 1809). Austrijski građanski zakonik je, s druge strane, važio na teritorijima koje su bile pod habzburškom vlašću.

2.4. Vremensko i prostorno važenje Zakonika

Zakonik je usvojen 11. marta 1844. godine. Stupio je na snagu četrnaest dana kasnije pod nazivom *Zakonik građanskij za knjažestvo Srbije.*

Zakonik je važio na celokupnoj teritoriji Kneževine, odnosno, Kraljevine Srbije. Nakon ujedinjenja 1918. godine, njegova primena nije proširena na prostor današnje Vojvodine.

2.5. Epilog

Srpski građanski zakonik je važio do stupanja na snagu *Odluke o ukidanju i nevažnosti svih pravnih propisa donetih od strane okupatora i njihovih pomagača za vreme okupacije; o važnosti odluka koje su za to vreme donete; o ukidanju pravnih propisa koji su bili na snazi u času neprijateljske okupacije*[17], što je potvrđeno *Zakonom o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije*.[18] Neka pravna pravila Srpskog građanskog zakonika se i dalje primenjuju zbog neizgrađenosti pravnog sistema i zakonskih praznina koje postoje u pojedinim oblastima privatnog prava[19].

Ministarstvo pravde Republike Srbije je 2006. godine formiralo radnu grupu za izradu nacrta novog Građanskog zakonika Srbije.

3. Načela evropskog ugovornog prava

3.1. Opšte prilike

Kreatori novog evropskog poretka su još sedamdesetih godina XX veka ukazivali na potrebu ujednačavanja pojedinih segmenata privatnog prava da bi se obezbedila sloboda kretanja ljudi, robe, usluga i kapitala. Među prioritetima su bila pravila koja su se neposredno odnosila na problematiku stvaranja jedinstvenog tržišta. U tu grupu su spadale i regule obligacionog prava. Međutim, komunitarni organi nisu bili nadležni za donošenje jedinstvenih propisa u toj oblasti. Rešenje je nađeno u razvoju tzv. *mekog prava* (*soft law*). Naime, ideja je bila da se izradi regulativni model koji ne bi bio obavezujuć, ali bi svakako mogao da služi kao orijentir učesnicima obligacionih odnosa, nacionalnim sudovima, a u krajnjoj liniji i parlamentima država članica. Time bi se podstaklo ujednačavanje pravne prakse i uzajamno zbližavanje različitih pravnih sistema. Naravno, nije zanemarena ni činjenica da bi taj pro-

[17] Odluka je objavljena u Sl. listu DFJ br. 4 /1945

[18] Zakon je objavljen u Sl. listu FNRJ br. 86/1946.

[19] Opširnije: Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, Novi Sad, 2010.

jekt u pogodnom trenutku mogao da preraste u jedinstveni evropski zakonik. [20]

3.2. Dugotrajni rad

Rukovođena tim ciljevima, Komisija evropskih zajednica je 1980. godine počela da finansira rad na izradi *Načela evropskog ugovornog prava* (*Principles of European Contract Law*). Nosilac projekta je bila *Komisija za evropsko ugovorno pravo* (*Commision on european contract law*), na čijem čelu je bio danski profesor Ole Lando (pa otuda: *Lando komisija*, *Lando Commision*).

Ekspertski tim je radio punih dvadeset godina. U međuvremenu, ozvaničeni su pojedini segmenti projekta. Godine 1995. prezentovana je prva verzija prvog dela, 1998. je objavljena kompletna verzija prvog i drugog dela, a 2002. godine javnosti je predstavljen i treći deo sa dodatnim poglavljima. Nakon toga, otvorene su rasprave o značaju i primeni načela evropskog ugovornog prava, koje traju i danas.[21]

3.3. Epilog

Godine 2008. Studijska grupa za Evropski građanski zakonik (*Study Group on a European Civil Code*) i tzv. Aki grupa (*Research Group on EC Private Law*) objavile su *Nacrt okvirnih pravila u oblasti ugovornog prava* (*Draft Common Frame of Reference*)[22], koji je delom zasnovan i na izmenjenoj verziji Landovih načela. U predgovoru je naglašeno da je to akademski, a ne politički autorizovan tekst. Upravo ta karakteristika je bila povod za polemiku na međunarodnoj konferenciji "*Which European Contract law for the European Union*" koja je oktobra 2008. godine održana na univerzitetu Sorbona u Parizu (*La Sorbonne*). Tom prilikom, ukazano je na činjenicu da u Evropi ne postoji politička volja da Nacrt dobije obavezujući karakter, i da sa druge strane, tekst koji su prevashodno pisali univerzitetski profesori i pravni teoretičari, u nekim segmentima ne odgovara realnosti i potrebama pravne prakse.

---

[20] V: William Blair – Richard Brent, *A Single European Law of Contract – the future for harmonisation,* http://www.bareuropeangroup.com/Blair_Brent-EurocontractLaw[2]htm

[21] V: Friedrich Blase, *Leaving the Shadow for the Test of Practice – On the Future of Principles of the European Contract Law,* http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/blase. Evropska komisija je 12. februara 2003. objavila *Akcioni plan za koherentnije evropsko ugovorno pravo (Action Plan on a More Coherent European Contract Law),* kojim su predviđene različite regulatorne i neregulatorne mere za ujednačavanje pravne regulative. (OJ C63/1 od 15. marta 2003).

[22] *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference*, Ed. Christianvon Bar, Eric Clive and Hans Schulte – Nölke, Interim Outline Edition, Sellier – European Law Publisher, Munich, 2008.

Načela, odnosno, model pravila, ni do danas nisu stekla pravnu obaveznost.

4. Implementacija *acquis communautaire* pod pristikom vremena

Na sastanku Evropskog saveta održanom u Kopenhagenu 1993. godine zatraženo je da kandidati za prijem u članstvo Evropske unije prihvate kompletno komunitarno pravno nasleđe. Implementacija *acquis communautaire* i harmonizacija nacionalnog zakonodavstva sa evropskim pravnim standardima jedan je od osnovnih uslova za prijem. Taj zadatak je, po pravilu, potrebno obaviti u kratkom roku.

U većini zemalja u regionu, implementacija je vršena pod pritiskom vremena. Ono što je u Zapadnoj Evropi stvarano decenijama, istočnoevropske zemlje preuzimaju za svega nekoliko meseci ili godina. Umesto evolucije na sceni je svojevrsna tranzicijska revolucija u oblasti prava.[23] Nastojeći da se što brže i što više približe evropskim pravnim standardima, zemlje istočne Evrope sve češće preuzimaju regulativne koncepte, pa čak i konkretna normativna rešenja koja su usvojena u razvijenim zemaljama, zanemarujući činjenicu da pravne norme treba da odgovaraju sredini za koju se donose. Usled hroničnog nedostatka vremena zakonodavni rad se često odvija po automatizmu i bez ozbiljnijeg sagledavanja posledica koje mogu proisteći iz pojedinih zakona.

[23] "Za ono što su najstarije članice Unije stvarale desetljećima, a tranzicijske zemlje koje sada u nju ulaze učinile u jednom desetljeću, u Hrvatskoj je planirano vrijeme od samo četiri godine. Sada se na brzinu i kampanjski donosi ili mijenja velik broj propisa, među njima i najznačajniji zakoni na kojima počiva pravni sustav. (...) Tako značajne i brze promjene ne bi mogle, bez ozbiljnih teškoća, provesti ni znatno bogatije zemlje sa stabiliziranim pravnim sustavima i stručnom razinom primjene prava znatno višom od Hrvatske. I u njima bi to izazvalo svojevrstan šok ako izmjene ne bi bile primjerno dozirane po intenzitetu i vremenu provođenja..." (Jakša Barbić, str. 103-104).

Dušan Nikolić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

On Dynamics of Legislative Work and its Effects

Abstract

Through a short comparative analysis, the author showed how much the speed of legislative work can influence the quality of normative solutions, and their effects in legal practice.

Special attention was paid to the Austrian civil code (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB, ACC), of year 1811, which succeeded in resisting the challenges of time for two centuries. A number of factors influenced its longevity. First of all, prior to adoption of the law, a long lasting and well designed work, which has been described in greater detail in this article, was done. The Code was written gradually, with lots of recalculations, checks and public debates. In legal literature, it is often written about a unique lawmaking experiment, which Austrian authorities made by implementing the Code in one part of the state territory. The Code was written for feudal order, but according to principles of natural law. This second thing has, in addition to widely formulated and flexible legal norms, left enough space for extensive interpretation of outdated rules, and filling in the legal lacunas, whose number was increasing as the time passed. Courts often used this opportunity in a creative manner, contributing to survival of the Code. Many additions and changes were made to the Code, but there were few of those who thought that it should be changed by a new one Code. Austrians are preparing a more detailed revision of the ACC, which will allow modernization of the national law and it's synchronization with trends in current European law, but on the other hand, to preserve the two century old legal heritage.

In contrast, the Serbian civil code of 1844. emerged from different social and economic conditions. It was written in a relatively short period of time, with the Austrian code as a model. The opinion that the legislator contributed to the rapid decadence of family clans (porodična zadruga) and along with it the economic weakening of society as a whole, by his

inappropriate adoptions of normative solutions from foreign law, is predominant.

Similar processes are taking place today. Supranational law of the European Union is being shaped progressively, in a long time period, which is measured in decades. On the other hand, countries which are candidates for membership in the EU are required to adopt hundreds of laws and other regulations, in accordance with European legal standards, in very short time.

Key words: Austrian civil code, Serbian civil code, Principles of the European contractual law, acquis communautaire

Originalni naučni rad UDK 341.638:347.63(4)
doi:10.5937/zrpfns46-1916

Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRIZNANJE I IZVRŠENJE ODLUKA U STVARIMA RODITELJSKE ODGOVORNOSTI PREMA UREDBI 2201/2003 (BRISEL II BIS)[1]

Sažetak: *Uredba 2201/2003 (Brisel II bis) sadrži jedinstvena pravila o egzekvaturi dve vrste inostranih odluka: o ostvarivanju prava na viđanje deteta i o povratku deteta koje je protivpravno odvedeno iz države njegovog uobičajenog boravišta. Rad se bavi ovim pravilima, uz osvrt na širi kontekst koji obuhvata pravila o međunarodnoj nadležnosti sudova država članica EU u stvarima roditeljske odgovornosti i pravila o egzekvaturi odluka o roditeljskoj odgovornosti uopšte. Značaj jedinstvenih pravila se ogleda u tome da je izvršenje odluka sudova država članica EU u navedenim stvarima automatsko, na osnovu potvrde koju izdaje sud države članice koji je odluku doneo, bez preispitivanja od strane države članice izvršenja, čime se daje doprinos efikasnom ostvarivanju najboljeg interesa deteta.*

Ključne reči: *Uredba Brisel II bis, roditeljska odgovornost, pravo na viđanje deteta, protivpravno odvođenje deteta, priznanje i izvršenje inostranih odluka u stvarima roditeljske odgovornosti, automatsko izvršenje*

1. Uvod

Uredba Saveta (EZ) br. 2201/2003 od 27. novembra 2003. godine o nadležnosti i o priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima i stvarima

[1] Rad je napisan u okviru projekta „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“.

roditeljske odgovornosti[2] (u daljem tekstu: Uredba Brisel II bis) je prvi izvor Međunarodnog privatnog prava EU koji je se odnosi na materiju porodičnog prava sa elementom inostranosti. Ona je stavila van snage Uredbu (EZ) br. 1347/2000 od 29. maja 2000. godine o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba bračna partnera,[3] jer je ubrzo posle donošenja ove poslednje prihvaćena inicijativa[4] da se zakonodavnim aktom EU reguliše pitanje uzajamnog izvršenja presuda o pravu na viđanje dece i da se obezbedi jednakost sve dece, bez obzira na to da li su zajednička deca bračnih partnera, tako da budu obuhvaćene sve odluke koje se odnose na roditeljsku odgovornost, uključujući mere za zaštitu deteta, nezavisno od postupka koji bi se vodio u bračnim stvarima.[5]

Uredba Brisel II bis ima svoj pravni osnov u tački c člana 61 Naslova IV (Vize, azil, imigracija i ostale politike koje se odnose na slobodno kretanje lica) Ugovora o osnivanju EZ,[6] prema kojoj Savet u cilju postepenog uspostavljanja prostora slobode, sigurnosti i vladavine prava donosi mere u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima, koje su u skladu sa članom 65 neophodne radi osiguranja dobrog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta. Uredba je usvojena prema proceduri iz člana 67 stav 1 Ugovora o EZ, tj. doneo ju je Savet EU jednoglasno, na predlog Komisije, nakon konsultovanja Evropskog parlamenta i Ekonomskog i socijalnog odbora.

Uredba Brisel II bis stupila je na snagu 1. avgusta 2004. godine, a počela je da se primenjuje 1.marta 2005. godine[7] za tadašnje države članice, osim za Dansku, koja, na osnovu člana 69 Amsterdamskog Ugovora o osnivanju EZ, odnosno na osnovu Protokola o položaju Danske, ne učestvuje u usvajanju mera iz Naslova IV Ugovora o EZ, niti je takve mere obavezuju.[8] Nakon pristupanja EU dve nove države 1. januara 2007. godine Uredba je stupila na snagu u pogledu istih na te dane, kao tekovina prava EU.

---

[2] SL L 338, 23.12.2003.

[3] SL L 160, 30.6.2000.

[4] SL C 234, 15.8.2000.

[5] Vidi stav 5 preambule Uredbe Brisel II.

[6] Vidi SL C 340, 1997; po Lisabonskom Ugovoru o funkcionisanju EU to je član 67 (bivši član 61) stav 4 Glave 1 Naslova V (Oblast slobode, sigurnosti i vladavine prava), odnosno član 81 (bivši član 65), stav 1 i stav 2 tačka (a).

[7] Prema odredbi člana 72 Uredbe II bis odredbe članova 67, 68, 69 i 70 (odnose se na obaveze država članice da obaveste Komisiju EU o centralnim organima, sudovima i pravnim lekovima, o izmenama i dopunama aneksa uz Uredbu i sl.) primenjuju se od 1. avgusta 2004. godine.

[8] Vidi Ugovor o osnivanju EZ, Protokol (br. 5) o položaju Danske, OJ C 340, 10.11.1997.

2. Polje primene Uredbe Brisel II bis u stvarima roditeljske odgovornosti

2.1. Predmetno polje primene

Polje primene rationae materiae Uredbe Brisel II bis određuje član 1: primenjuje se u građanskim stvarima koje se odnose razvod braka, zakonsku separaciju i poništenje braka (bračne stvari), s jedne strane, i na građanske stvari koje se odnose na utvrđivanje, ostvarivanje, delegaciju, ograničavanje ili prestanak *roditeljske odgovornosti* (roditeljskog prava), s druge.

Roditeljska odgovornost definisana je u članu 2 Uredbe kao „skup prava i obaveza koji se tiče ličnosti ili imovine deteta koji je presudom, ili na osnovu samog prava, ili sporazumom poveren fizičkom ili pravnom licu;“ uključujući pravo na staranje i pravo na viđanje.[9] Roditeljska odgovornost obuhvata naročito: pravo na staranje i pravo na viđanje; starateljstvo i slične institute; imenovanje i zadatke bilo kog lica ili tela kojem je poveren nadzor nad ličnošću ili imovinom deteta; smeštaj deteta u hraniteljsku porodicu ili ustanovu za zbrinjavanje dece; mere zaštite deteta u vezi sa upravljanjem, očuvanjem ili raspolaganjem imovinom deteta.[10] Uredba se, međutim, *ne* primenjuje na utvrđivanje ili osporavanje odnosa roditelj-dete; na odluke o usvojenju, na mere koje prethode usvojenju, na poništenje ili odustanak od usvojenja; na ime i prezime deteta; na emancipaciju; na obavezu izdržavanja; na trast i na nasleđivanje; na mere koje se preduzimaju kao posledica krivičnog dela koje učini dete. Uredba reguliše direktnu međunarodnu nadležnost sudova država članica i priznanje i izvršenje presuda donetih u jednoj od država članica u drugoj državi članici u stvarima roditeljske odgovornosti.

2.2. Personalno polje primene

Uredba Brisel II bis ne sadrži eksplicitne odredbe koje bi određivale njeno personalno polje primene. Ono se, međutim, može odrediti iz odredaba o međunarodnoj nadležnosti sudova država članica u stvarima roditeljske odgovornosti.[11]

Za personalno polje primene odredbi o nadležnosti u stvarima roditeljske odgovornosti bitno je uobičajeno boravište *deteta* u jednoj od dr-

[9] Vidi tačku 7 člana 2 Uredbe k Brisel II bis; član 2 se odnosi na definicije pojmova korišćenih u Uredbi.

[10] Vidi stavove 1 i 2 člana 1. Uredbe Brisel II bis.

[11] Vidi detaljno kod R. Hausmann, New International Procedure Law in Matrimonial Matters in the European Union, The European Legal Forum (E), 4-2000/01, str. 274.

žava članica EU. U ovom kontekstu je značajno pitanje određivanje uzrasta, odnosno godine života deteta. Za razliku od Haške konvencije o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju i o saradnji u pogledu roditeljske odgovornosti i o merama zaštite dece koja propisuje da se njene odredbe primenjuju na decu od momenta rođenja do 18 godine života, i Haške konvencije o građanskopravnim posledicama međunarodne otmice deteta, koja propisuje da se primenjuje u odnosu na decu do njihove 16 godine, Uredba Brisel II bis prepušta ovo pitanje nacionalnim pravima država članica.[12]

3. Osvrt na pravila o međunarodnoj nadležnosti u stvarima roditeljske odgovornosti

Pravila o međunarodnoj nadležnosti sudova država članica u stvarima roditeljske odgovornosti određena su imajući u vidu najbolji interes deteta i vodeći računa o merilu tesne povezanosti sa teritorijom države članice (načelo proksimiteta)[13].

Opšta nadležnost je određena u korist sudova država članica u kojoj dete ima uobičajeno boravište u vreme podnošenja zahteva sudu (član 8). Opšte pravilo trpi izuzetke i ono će se primeniti pod rezervom odredbi članova 9, 10 i 12. Izuzeci su utvrđeni u cilju da se obezbedi nadležnost sudova na način da se u svim slučajevima udovolji najboljem interesu deteta.[14]

Ukoliko se ne može utvrditi uobičajeno boravište deteta, nadležnost sudova država članica odrediće se na osnovu prisustva deteta na teritoriji države članice (član 13); a ako se nadležnost sudova nijedne države članice ne može odrediti na osnovu odredbi članova 8-13 Uredbe primeniće se nacionalni propisi o određivanju međunarodne nadležnosti u svakoj državi članici (član 14 - rezidualna nadležnost). Najzad, Uredba propisuje mogućnost da sud države članice koji je na osnovu Uredbe nadležan u postupku čiji je predmet roditeljska odgovornost ustupi tu nadležnost sudu druge države članice ako bi sud te druge države članice bio u boljem položaju da postupa u predmetu (član 15).

Opšta nadležnost. **-** Prema odredbi stava 1 člana 8 Uredbe Brisel II bis sudovi država članica su nadležni u postupcima čiji je predmet rodi-

[12] Vidi Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation, Up-dated version 1 June 2005, str. 8; http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/doc/parental_resp_ec_vdm_en.pdf

[13] Vidi stav 12 preambule Uredbe.

[14] Vidi Proposal for a Council Regulation, COM(2002) 222, SL C 203, 27.8.2002, str. 155-178, Section 2 - Parental responsibility.

teljska odgovornost ako u vreme pokretanja postupka dete ima uobičajeno boravište u dotičnoj državi članici. Vreme pokretanja postupka kao merodavno vreme određuje se prema odredbi člana 16.[15] Pošto odredbe o nadležnosti u stvarima roditeljske odgovornosti imaju za cilj da izbegnu situacije u kojima bi moglo da dođe do sukoba nadležnosti, ukoliko se promeni uobičajeno boravište deteta međunarodno nadležni će biti sudovi države članice u kojoj se nalazi novo uobičajeno boravište,[16] s tim da u slučaju promene koja nastane nakon što je pokrenut postupak važi pravilo perpetuatio fori.[17] Uredba, dakle, polazi od toga da dete može da ima samo jedno uobičajeno boravište, i pre nego što se uspostavi novo, prethodno mora da prestane.[18]

Uredba ne određuje pojam uobičajenog boravišta deteta, već se smatra da o njegovom postojanju mora da odluči postupajući sud u svakom pojedinom slučaju.[19] Pravilo o opštoj nadležnosti ne primenjuje se u slučajevima koji su propisani članovima 9, 10 i 12, koji su izuzeci od njega.

Izuzetak: zadržavanje nadležnosti suda države članice prema ranijem uobičajenom boravištu deteta. - Iako iz stava 1 člana 8 proizlazi da promena mesta uobičajenog boravišta deteta povlači za sobom i promenu u nadležnosti sudova država članica, u jednom slučaju je napravljen izuzetak. Član 9 propisuje da u slučaju *zakonitog* premeštanja deteta iz jedne države članice u drugu državu članicu, u kojoj dete stiče novo uobičajeno boravište, sud Države članice ranijeg uobičajenog boravišta *zadržava* nadležnost još tri meseca od premeštanja deteta, ukoliko je reč o izmeni presude o pravu na viđanje koju je doneo sud države članice pre premeštanja deteta, a nosilac prava na viđanje i dalje ima uobičajeno boravište u državi članici ranijeg uobičajenog boravišta de-

---

[15] Odredba člana 16 Uredbe Brisel II bis odgovara odredbama člana 30 Uredbe Brisel I.

[16] Vidi COM (2002) 222 final, str. 9; vidi takođe, Objašnjenje uz Hašku konvenciju o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju i o saradnji u pogledu roditeljske odgovornosti i o merama za zaštiti dece (P Lagarde, Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention, 1998) http://hcch.e-vision.nl/upload/expl34.pdf .

[17] Vidi kod T. Rauscher, Parental Responsibility Cases under the new Council Regulation "Brussels IIA", The European Legal Forum (E) 1-2005, str. 37.

[18] Vidi kod P. Stone, EU Private International Law, Cheltenham, 2006, str. 411; P. McEleavy, Brussels II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition, The International and Comparative Law Quarterly, godište 53, 2004, str. 503.

[19] Vidi COM (2002) 222 final, str. 9; Sud EU je u presudi u predmetu C-497/10 PPU *Mercredi v Chaffe,* od 22. decembra 2010. godine odredio elemente na osnovu kojih bi sudovi država članica trebalo da utvrđuju – u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja – gde se nalazi uobičajeno boravište deteta; vidi paragrafe 44 – 51, a naročito paragraf 56 ove presude.

teta. Prema definiciji Uredbe pravo na viđanje obuhvata naročito pravo da se dete na određeno vreme odvede u mesto koje nije njegovo uobičajeno boravište.[20] Ovo pravilo se, međutim, ne primenjuje ako je nosilac prava na viđanje prihvatio nadležnost sudova država članica u kojoj se nalazi novo uobičajeno boravište deteta, tako što je pristupio sudovima a da nije prigovorio njihovoj nadležnosti.

Izuzetak: nadležnost u stvarima roditeljske odgovornosti u slučaju otmice deteta (protivpravnog odvođenja deteta) - Drugi izuzetak je predviđen u odredbi člana 10, koja propisuje nadležnost u stvarima roditeljske odgovornosti u slučaju otmice deteta, tj. u slučaju „protivpravnog premeštanja ili zadržavanja deteta".[21] S jedne strane, predviđa se *zadržavanje* nadležnosti suda države članice u kojoj je dete neposredno pre protivpravnog premeštanja ili zadržavanja imalo uobičajeno boravište, a s druge strane propisuju se uslovi pod kojima sudovi druge države članice u koju je dete premešteno ili u kojoj je zadržano uspostavljaju međunarodnu nadležnost ukoliko su ispunjeni određeni uslovi. Ako se ti uslovi ispune, iz njih se izvlači zaključak da je dete steklo uobičajeno boravište u toj drugoj državi članici, te će sudovi te države članice biti nadležni u postupcima u stvarima roditeljske odgovornosti prema članu 8 Uredbe Brisel II bis. Osim toga, Uredba reguliše i određena pitanja koja se u ovom sklopu nameću u vezi sa postupkom povratka deteta u državu članicu u kojoj je neposredno pre premeštanja ili zadržavanja imalo svoje uobičajeno boravište. Pošto je ova problematika predmet Haške konvencije o građanskopravnim posledicama međunarodne otmice dece iz 1980. godine (u daljem tekstu: Haška konvencija o otmici deteta) Uredba Brisel II bis sadrži preciziranja koja će se primeniti ukoliko su involvirane države članice EU.

Zadržavanje nadležnosti sudova države članice u kojoj je dete neposredno pre premeštanja ili zadržavanja imalo uobičajeno boravište. –

[20] Vidi tačku 10 člana 2 Uredbe.

[21] Prema definiciji Uredbe Brisel II bis: „11. izraz 'protivpravno odvođenje ili zadržavanje deteta' označava odvođenje ili zadržavanje deteta koje se dogodi (a) kao rezultat povrede prava na staranje koje je priznato presudom ili na osnovu samog pravnog propisa, ili na osnovu sporazuma koji ima pravno obavezujuće dejstvo na osnovu prava države članice u kojoj je dete neposredno pre odvođenja ili zadržavanja imalo uobičajeno boravište; i (b) pod uslovom da je u vreme odvođenja ili zadržavanja pravo na staranje bilo ostvarivano, bilo samostalno, bilo zajednički, ili bi bilo ostvarivano da nije došlo do odvođenja ili zadržavanja. Smatra se da se staranje ostvaruje zajednički kada jedan nosilac roditeljske odgovornosti, na osnovu presude ili po samom pravnom propisu ne može da odlučuje o mestu boravka deteta bez saglasnosti drugog nosioca roditeljske odogovornosti."

Prema tački 8 člana 2 Uredbe „nosilac roditeljske odgovornosti" označava lice koje ima roditeljsku odgovornost prema detetu.

Načelo je, dakle, da u slučaju protivpravnog premeštanja deteta u drugu državu članicu ili zadržavanja deteta u drugoj državi članici u stvarima roditeljske odgovornosti ostaju nadležni sudovi države članice u kojoj je dete imalo uobičajeno boravište neposredno *pre protivpravnog* premeštanja ili zadržavanja. Ovo načelo važi sve dok dete ne stekne uobičajeno boravište u drugoj državi članici, s tim da dodatno mora da bude ispunjen jedan od sledeća dva uslova: (a) da se svako lice, institucija ili drugo telo koje ima pravo na staranje prećutno saglasilo (prihvatilo) sa premeštanjem ili zadržavanjem, ili (b) da dete boravi u toj drugoj državi članici najmanje godinu dana, nakon što je lice, institucija ili telo koje ima pravo na staranje saznalo ili je moglo da sazna gde se dete nalazi, i dete se prilagodilo novoj sredini, s tim da je ispunjen *i jedan od sledećih uslova*: (i) da u roku od jedne godine od dana kada je nosilac prava na staranje stekao ili je trebalo da stekne saznanje o tome gde se dete nalazi nije podnet zahtev za povratak deteta nadležnim organima države članice u koju je dete premešteno ili u kojoj je zadržano; ili (ii) da je zahtev za povratak deteta koji je podneo nosilac prava na staranje povučen, a novi zahtev nije podnet u roku određenom pod (i); ili (iii) da je slučaj pred sudom države članice u kojoj je dete imalo uobičajeno boravište neposredno pre protivpravnog premeštanja ili zadržavanja okončan prema odredbi člana 11(7)[22]; ili (iv) da je sud države članice u kojoj je dete imalo uobičajeno boravište neposredno pre protivpravnog premeštanja ili zadržavanja doneo presudu o pravu na staranje kojom se ne nalaže povratak deteta.[23]

Povratak deteta. – U slučaju protivpravnog premeštanja ili zadržavanja deteta (otmice deteta) od suštinske važnosti je da se obezbedi povratak deteta u državu u kojoj je ono neposredno pre otmice imalo uobičajeno boravište, i da o pitanjima roditeljske odgovornosti, tj. o pravu na staranje odlučuju sudovi iste te države. Ova pitanja reguliše Haška konvencija o otmici deteta čije su države ugovornice i sve države članice EU. Odnos između Haške konvencije i Uredbe Brisel II bis regulisan je odredbama članova 60 i 62 Uredbe,[24] prema kojima Uredba ima primat u pri-

[22] Vidi niže o članu 11 Uredbe.

[23] Vidi detaljno kod T. Rauscher, beleška br. 17. Parental Responsibility Cases under the New Council Regulation „Brusels IIA“, The European Legal Forum (E), 2005, br. 1, str. 37.

[24] Član 60 Uredbe Brisel II bis glasi: „U odnosima između država članica ova Uredba ima prednost u primeni u odnosu na sledeće konvencije u stvarima koje su obuhvaćene poljem primene ove Uredbe: .... (e) Haška konvencija o građanskopravnim posledicama međunarodne otmice dece.“; član 62: „1. Sporazumi i konvencije na koje upućuju članovi 59(1), 60 i 61 i dalje proizvode dejstvo u materiji koja nije regulisana ovom Uredbom. 2. Konvencije navedene u članu 60, a naročito Haška konvencija iz 1980. godine i dalje proizvodi dejstvo između država članica koje su njene strane ugovornice, u skladu sa članom 60.“

meni u odnosima između država članica, a Haška konvencija se primenjuje i dalje u onoj materiji koja nije regulisana Uredbom. Član 10 Uredbe određuje *međunarodnu nadležnost* sudova država članica u postupcima koji se pokreću povodom protivpravnog premeštanja ili zadržavanja deteta, koje pitanje Haška konvecija ne reguliše. Član 11 Uredbe primenjuje se kada lica koja imaju pravo na staranje podnose zahtev nadležnim organima jedne od država članica radi donošenja presude o povratku deteta na osnovu Haške konvencije o otmici deteta. Ako je dete protivpravno premešteno ili zadržano u državi članici EU koja nije država članica u kojoj je dete neposredno pre protivpravnog premeštanja ili zadržavanja imalo uobičajeno boravište, u postupku u kojem se odlučuje o njegovom povratku primeniće se odredbe stavova 2-8 člana 11.

Ove odredbe imaju za cilj da dopune i preciziraju odredbe Haške konvencije o otmici deteta: stav 2 određuje da se prilikom odlučivanja o povratku deteta po odredbama članova 12 i 13 Haške konvencije[25] mora obezbediti da detetu bude pružena mogućnost da bude saslušano u toku postupka (osim ako je to neprikladno s obzirom na uzrast i stepen zrelosti deteta); propisana je obaveza postupanja po hitnom postupku u skladu sa nacionalnim pravom države suda i donošenje presude po zahtevu za po-

[25] Član 12 Haške konvencije o otmici deteta: "Ako je dete nezakonito odvedeno ili zadržano u smislu člana 3, a na dan početka postupka pred sudskim ili upravnim organom države ugovornice u kojoj se dete nalazi proteklo je manje od godinu dana od dana nezakonitog odvođenja ili zadržavanja, odnsoni nadležni organ će naložiti hitan povratak deteta.

Sudski ili upravni organ, čak i ako je pravni postupak pokrenut nakon isteka roka od godinu dana pomenutog u prethodnom stavu, takođe će naložiti povratak deteta ako se ne dokaže da se dete prilagodilo novoj sredini.

Ako sudski ili upravni organ u državi kojoj je upućen zahtev ima razloga da veruje da je dete odvedeno u neku drugu državu, može obustaviti postupak ili odbaciti molbu za povratak deteta."

Član 13: "Bez obzira na odredbe prethodnog člana, sudski ili upravni organ države kojoj se upućuje zahtev nije dužan da naloži povratak deteta ako lice, institucija ili drugo telo koje se suprotstavljaju njegovom povratku dokaže: a) da lice, institucija ili drugo telo koje se stara o ličnosti deteta nije stvarno ostvarivalo pravo na staranje u vreme odvođenja ili zadržavanja ili da se bilo saglasilo ili naknadno pristalo na odvođenje ili zadržavanje; b) da postoji ozbiljna opasnost da bi povratak izložio dete fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi ili ga na drugi način doveo u nepovoljan položaj.

Sudski ili upravni organ može, takođe, da odbije da naloži povratak deteta ako utvrdi da se dete suprotstavlja povratku i da je napunilo one godine i steklo stepen zrelosti pri kome je potrebno uzeti u obzir njegovo mišljenje.

Prilikom razmatraja okolnosti pomenutih u ovom članu, sudski i upravni organ će uzeti u obzir podatke koji se odnose na socijalno poreklo deteta dobijene od centralnog izvršnog organa ili nekog drugog nadležnog organa države u kojoj se nalazi mesto stalnog boravka deteta." Tekst Konvencije: Sl. list SFRJ, Međunarodni ugovori 7/91.

vratak deteta u roku od šest nedelja po podnošenju zahteva, uz rezervu odredaba o hitnom postupku nacionalnog procesnog prava (stav 3); odredba stava 4 određuje da sud neće moći da odbije da naloži povratak deteta na osnovu člana 13 b Haške konvencije, ako je utvrđeno postojanje odgovarajućih aranžmana koji će obezbediti zaštitu deteta po njegovom povratku; prema odredbi stava 5 ne može se odbiti povratak deteta, a da se ne sasluša lice koje zahteva povratak deteta.

U skladu sa odredbama člana 11 propisana su posebna pravila postupanja u slučaju da se na osnovu člana *13 Haške konvencije odbije zahtev* za izdavanje naloga o povratku deteta. Kopiju takve presude treba odmah (u roku od mesec dana od donošenja) dostaviti sudu (ili centralnom organu) države članice u kojoj je neposredno pre otmice dete imalo uobičajeno boravište (stav 6). Ukoliko pred sudom navedene države članice već nije u toku postupak, sud/centralni organ koji primi informaciju obavestiće o tome strane i pozvati ih da u roku od 3 meseca od dana obaveštenja dostave podneske u skladu sa nacionalnim pravom da bi sud mogao da ispita pitanje staranja nad detetom. Sud će okončati slučaj, ako u navedenom roku ne primi podneske (stav 7). U slučaju da se strane u propisanom roku obrate tom sudu, ovaj po sprovedenom postupku može, bez obzira na presudu kojom se odbija nalog za povratak deteta u skladu sa članom 13 Haške konvencije, da donese presudu kojom se *nalaže povratak deteta*. Takva naknadna presuda koju je doneo sud nadležan po odredbama Uredbe biće izvršna u skladu sa odredbama odeljka 4 glave III da bi se obezbedio povratak deteta.

4. Priznanje i izvršenje presuda sudova država članica u stvarima roditeljske odgovornosti

Priznanje i izvršenje presuda donetih u državama članicama Uredba Brisel II bis zasniva se na načelu uzajamnog poverenja koje omogućuje da se razlozi na osnovu kojih se egzekvatura može odbiti svedu na minimum; javne isprave i sporazumi strana koji su izvršni u jednoj od država članica[26] izjednačeni su sa presudama u pogledu primene odredbi o priznanju i izvršenju (stavovi 21 i 22 preambule Uredbe).

Uredba reguliše priznanje presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti donetih u nekoj od država članica u drugim državama članicama koje je, načelno posmatrano, automatsko. Budući da presude u bračnim stvarima, u meri u kojoj potpadaju pod polje primene Uredbe, ne zahtevaju izvršenje, pravila o izvršenju odnose se samo na

[26] Vidi član 46 Uredbe Brisel II bis.

presude u stvarima roditeljske odgovornosti. Uredba Brisel II bis propisuje dve faze postupka: u prvoj *ex parte* fazi presuda se oglašava izvršnom, a u drugoj kontradiktornoj se presuda preispituje po žalbi. Osim toga, poseban postupak važi za presude koje se odnose na pravo na viđanje deteta i za presude koje se odnose povratak otetog deteta. Ukoliko su takve presude potvrđene u državi članici porekla one će se automatski priznati i izvršiti u svim ostalim državama članicama bez ikakvog posebnog postupka (stav 23 preambule Uredbe). Protiv takve potvrde koja se izdaje u cilju olakšavanja izvršenja presude ne može se podneti žalba, s tim da ona može da bude predmet ispravke u slučaju materijalne greške, tj ako ne prenosi verno sadržaj presude (stav 24 preambule Uredbe).

4.1. Priznanje presuda sudova država članica u stvarima roditeljske odgovornosti

Pojam presude. – Pod presudom se podrazumeva presuda koja se odnosi na roditeljsku odgovornost koju je doneo sud države članice, bez obzira na naziv presude, uključujući rešenje, naredbu ili odluku.[27] Pravila o priznanju i izvršenju odnose se i na odluke koje se tiču *troškova* postupaka koji su obuhvaćeni Uredbom.[28]

Automatsko priznanje. – Priznanje presuda je automatsko, što označava da se presude u stvarima roditeljske odgovornosti donete u državi članici priznaju u drugoj državi članici *bez posebnog postupka*. Ukoliko se protiv tih presuda po pravu države u kojoj su donete ne mogu podneti redovni pravni lekovi, one će se za ciljeve ažuriranja podataka u matičnim knjigama automatski priznati, bez posebne odluke u državi priznanja koja bi morala da se donese u posebnom postupku u ovoj drugoj državi (stavovi 1 i 2 člana 21). Međutim, za potrebe upisa podataka u matične knjige stranka mora da podnese isprave propisane u članu 37, i to: prepis presude koji ispunjava uslove za utvrđivanje njene verodostojnosti i potvrdu nadležnih sudova ili organa države porekla izdatu na standardizovanom obrascu iz aneksa II Uredbe. Ovakva potvrda sadrži, između ostalih, i podatak o tome da se po pravu države porekla presude protiv nje ne mogu ulagati redovni pravni lekovi. Time se obezbeđuje verodostojnost podataka sadržanih u matičnim knjigama.[29]

Priznanje presude kao glavni predmet postupka. – Svaka zainteresovana stranka može podneti predlog da se donese odluka o priznanju ili

[27] Tačka 4 člana 2 Uredbe.
[28] Vidi član 49 Uredbe.
[29] Vidi kod A. Borrás, op.cit., para. 63 i 105.

o odbijanju priznanja presude u stvarima roditeljske odgovornosti. Ko može kao zainteresovana stranka da podnese predlog procenjuje se po nacionalnom pravu države priznanja presude, a pojam se tumači široko.[30] U pogledu tog postupka važe pravila odeljka dva Glave III o priznanju i izvršenju.

Važno je, međutim, istaći već na ovom mestu, da Uredba Brisel II bis već u prvoj, ex parte fazi postupka izričito propisuje da se predlog za donošenje odluke o priznanju može odbiti samo iz razloga koji su navedeni u članovima 22, 23 i 24 Uredbe, koje, dakle, sud države članice priznanja preispituje po službenoj dužnosti (član 31).

Priznanje presude kao prethodno pitanje. – Ukoliko se pitanje priznanja presude u stvarima roditeljske odgovornosti pojavi kao prethodno pitanje u postupku pred sudom jedne od država članica, taj sud može da donese odluku o njemu (stav 4 člana 21).

Nadležni sud. – Međunarodno nadležni sudovi u postupku za priznanje ili za odbijanje priznanja presude određeni su u listi koju sastavlja Komisija EU na osnovu obaveštenja svake države članice. Objavljivanje i ažuriranje te liste je odgovornost Komisije i ona se objavljuje u Službenom listu EU i na drugi odgovarajući način.

Mesna nadležnost međunarodno nadležnih sudova država članica određuje se na osnovu lex fori (stav 3 člana 21).

4.1.1. Razlozi za odbijanje priznanja presuda u stvarima roditeljske odgovornosti

Neće se priznati presuda koja se odnosi na pitanje roditeljske odgovornosti ukoliko postoji jedan od sledećih sedam razloga:

(1) ako bi *priznanje* presude donete u drugoj državi članici bilo očigledno suprotno javnom poretku države članice u kojoj se priznanje traži, vodeći pri tom računa o najboljem interesu deteta; ovaj razlog znači da čak i očigledna suprotnost sa javnim poretkom države članice priznanja mora da se proceni sa aspekta najboljeg interesa deteta;[31]

(2) ako je presuda, sa izuzetkom hitnih slučajeva, doneta a da nije pružena prilika da se dete sasluša i time su povređena osnovna načela postupka države članice u kojoj se priznanje traži; ovaj razlog se ceni prema pravu države članice priznanja, koje obuhvata pravila Konvencije UN o pravima deteta iz 1989. godine, naročito njegov član 12; [32]

[30] Ibid., para. 65.
[31] Vidi kod A. Borrás, op.cit., para. 73.
[32] Ibid.

(3) ako je presuda doneta zbog izostanka, a tuženom nije dostavljen podnesak kojim se pokreće postupak ili drugi s tim izjednačeni podnesak, u odgovarajućem roku i na način kako bi on mogao da organizuje svoju odbranu, osim ako je nesumnjivo utvrđeno da je tuženi prihvatio presudu;

(4) na zahtev bilo kog lica koje ističe da presuda vređa njegovu roditeljsku odgovornost a presuda je doneta a da tom licu nije pružena prilika da bude saslušano;

(5) ako je presuda u suprotnosti sa *kasnije donetom* presudom o roditeljskoj odgovornosti u državi članici u kojoj se traži priznanje; odlučujuća je *kasnije* doneta presuda, jer priznata presuda ne sprečava da se usled promenjenih okolnosti donese presuda drugačije sadržine koja ima dejstvo od dana donošenja;

(6) ako je presuda u suprotnosti sa kasnije donetom presudom o roditeljskoj odgovornosti u drugoj državi članici ili u državi nečlanici u kojoj dete ima uobičajeno boravište, pod uslovom da kasnija presuda ispunjava potrebne uslove za priznanje u državi članici u kojoj se traži priznanje; ili

(7) ako nije poštovan postupak propisan u članu 56 Uredbe koji se odnosi na institucionalni smeštaj ili smeštaj deteta u hraniteljsku porodicu u drugoj državi članici.[33]

4.1.2. Ostale odredbe o priznanju presuda

Zabrana preispitivanja međunarodne nadležnosti sudova države porekla odluke. – U postupku priznanja presuda u stvarima roditeljske odgovornosti neće se preispitivati međunarodna nadležnost sudova države članice u kojoj je presuda doneta, niti se test povrede javnog poretka može primeniti na pravila članova 3-14 kojima se utvrđuje nadležnost sudova država članica (član 24). Ovo znači da eventualna međunarodna nenadležnost sudova države članice u kojoj je presuda doneta nije razlog za odbijanje priznanja. Konstatacija naročito važi za prenos međunarodne nadležnosti u stvarima roditeljske odgovornosti na sud druge države članice kao prikladniji za raspravljanje na osnovu člana 15, pošto prenos može da usledi nakon što su sudovi države članice koji su nadležni po Uredbi Brisel II bis kao i sudovi države članice na koje se prenosi nadležnost razmotrili i obrazložili razloge prenosa.[34]

Zabrana presipitivanja presuda u meritumu. – Strana presuda ne može se ni u kom slučaju preispitivati po meritumu (član 26).

[33] Vidi detaljnije kod P. Stone, op. cit., str. 427.

[34] Vidi kod T. Rauscher, op.cit., str. 45.

Prekid postupka. – Da bi presuda u bračnoj stvari ili u stvari roditeljske odgovornosti *doneta u državi članici* bila priznata ona ne mora da bude pravosnažna. Ali, ukoliko je protiv takve presude uložen redovni pravni lek sud države članice u kojoj se priznanje traži može da prekine taj postupak..[35]

4.2. Oglašenje izvršnosti presuda sudova država članica u stvarima roditeljske odgovornosti

Oglašenje izvršnoszi presuda sudova država članica u stvarima roditeljske odgovornosti prema Uredbi Brisel II bis odvija se na osnovu dva režima. Opšti režim se primenjuje na sve presude u stvarima roditeljske odgovornosti osim na presude o pravu na viđanje i presude kojima se nalaže povratak deteta nakon njegovog protivpravnog odvođenja (otmice) iz države uobičajenog boravišta. Ove presude podtpadaju pod poseban, pojednostavljeni režim, koji podrazumeva izdavanje potvrde, u cilju olakšavanja njihovog izvršenja, protiv koje se ne može izjaviti žalba.

Uredba govori samo o izvršenju presuda u stvarima roditeljske odgovornosti jer se presude u bračnim stvarima u smislu ove Uredbe ne izvršavaju, već proizvode svoje dejstvo ipso iure,[36] s tim da mogu da budu predmet postupka priznanja.

4.2.1. Opšti režim oglašenja izvršnosti presuda u stvarima roditeljske odgovornosti

Presude podobne za izvršenje. – Da bi presuda o ostvarivanju roditeljskog prava nad detetom doneta u jednoj od država članica mogla da bude izvršena u drugoj državi članici moraju da budu ispunjeni sledeći uslovi: presuda mora da bude izvršna u državi članici u kojoj je doneta; mora biti izvršeno dostavljanje presude; presuda mora da bude *oglašena izvršnom* u drugoj državi članici (član 28).[37]

Nakon sprovedenog postupka oglašenja presude izvršnom njeno izvršenje ili preduzimanje mera izvršenja ne potpada pod polje primene Uredbe Brisel II bis, već će se primeniti pravila nacionalnog prava države članice izvršenja.

---

[35] Ukoliko se traži priznanje presude koja je doneta u Ujedinjenom Kraljevstvu ili Irskoj, sud države članice u kojoj se traži priznanje može da prekine postupak ako je u državi porekla odloženo izvršenje odluke zbog toga što je podneta žalba (stav 2 člana 27).

[36] Vidi kod A. Borrás, op.cit., para 80.

[37] Ukoliko presudu treba izvršiti u Ujedinjenom Kraljevstvu, odnosno u Engleskoj i Velsu, Škotskoj ili Severnoj Irskoj, ona mora da bude registrovana za izvršenje u dotičnom delu UK.

4.2.1.1. Postupak oglašenja presude izvršnom u državi izvršenja

Postupak oglašenja presude o ostvarivanju roditeljske odgovornosti izvršnom u drugoj državi članici je ex parte postupak koji se pokreće na osnovu zahteva *zainteresovane stranke*. Pod zainteresovanom strankom se ne podrazumeva samo lice (roditelj ili drugo lice kao nosilac roditeljske odgovornosti) u čiju je korist presuda doneta i dete, već i organe javne vlasti, kao na pr. Javni tužilac, u skladu sa nacionalnim pravom države u kojoj se pokreće postupak.[38]

Nadležni sud. – Sud države članice koji je međunarodno nadležan da donese odluku o oglašenju izvršnosti presude druge države članice određen je Uredbom. Zahtev (predlog) za donošenje odluke o oglašenju izvršnosti podnosi se sudu sa liste koju sastavlja Komisija EU na osnovu obaveštenja svake pojedine države članice.

Mesna nadležnost sudova sa navedene liste određuje se prema mestu uobičajenog boravišta lica protiv kojeg se zahteva izvršenje ili prema mestu uobičajenog boravišta svakog deteta na koje se zahtev odnosi. Ukoliko se nijedno od ovih mesta ne nalazi u državi članici izvršenja presude, mesna nadležnost se određuje prema mestu izvršenja (stav 2 člana 29).

Postupak podnošenja zahteva. – Na postupak za *podnošenje* zahteva za oglašenje presude izvršnom primenjuje se pravo države u kojoj se traži izvršenje (stav 1 člana 30). Lex fori će odrediti sva pitanja koja se odnose na način podnošenja zahteva, sadržaj, neophodne podatke, broj primeraka, jezik na kojem se zahtev mora sastaviti, da li treba da pristupi advokat stranke, i sl., osim onih koja su izričito regulisana Uredbom.[39]

Uredba propisuje da podnosilac zahteva mora da navede adresu na koju će se vršiti dostavljanje na teritoriji suda kojem je podneo zahtev; ali ako pravo države izvršenja ne propisuje ovakvu obavezu podnosilac zahteva mora da odredi punomoćnika ad litem.

Isprave koje se prilažu uz zahtev. – Uz zahtev za donošenje odluke kojom se oglašava izvršnost podnose se isprave navedene u članu 37 i 39 Uredbe. Stranka koja traži zahteva ili osporava priznanje ili traži donošenje odluke kojom se oglašava izvršnost strane presude podnosi: prepis presude koji ispunjava potrebne uslove za utvrđivanje njene verodostojnosti; potvrdu o izvršnosti presude u stvarima roditeljske odgovornosti u državi porekla (potvrda se izdaje na zahtev svake zainteresovane stranke na propisanom obrascu iz aneksa I ili II Uredbe); ukoliko je presuda doneta zbog izostanka stranka koja traži priznanje ili koja zahteva donošenje odluke o izvršnosti

[38] Vidi kod A. Borrás, op.cit., para. 80.
[39] Vidi kod A. Borrás, op.cit., para. 85.

treba da priloži i isprave iz kojih se može ustanoviti da je dotičnoj stranci izvršeno dostavljanje ili ispravu koja pokazuje da je tuženi nesumnjivo prihvatio presudu[40]; ako neophodne isprave nisu podnete sud može da odredi rok za njihovo podnošenje, ili da prihvati druge isprave koje su izjednačene sa propisanim, ali na osnovu podataka kojima raspolaže može da odluči da se isprave ne podnesu (stav1 člana 38); prevod isprava, na zahtev nadležnog suda (prevod mora da bude overen od strane lica koje je za to ovlašćeno u jednoj od država članica). U pogedu isprava koje se podnose ne traži se legalizacija, niti bilo kakva slična formalnost.

Odluka suda izvršenja. – Nadležni sud donosi svoju odluku po zahtevu bez odlaganja. U ovoj fazi postupka ni lice protiv kojeg se traži izvršenje, ni dete ne može podneti nikakav podnesak povodom zahteva (stav 1 člana 31). Za razliku od Uredbe Brisel I, po čijim pravilima sud izvršenja utvrđuje samo da li su ispunjeni formalni uslovi za oglašenje izvršnosti strane presude, a ne ispituje postojanje razloga zbog kojih bi se oglašenje izvršnosti moglo odbiti, Uredba Brisel II bis izričito propisuje da se zahtev za oglašenje izvršnosti presude u stvarima roditeljske odgovornosti može odbiti samo iz razloga koji su određeni u članovima 22, 23 i 24; a strana presuda se ne može ni u kom slučaju preispitivati u meritumu (stavovi 2 i 3 člana 31). S obzirom na to da je ovo ex parte postupak, na postojanje razloga na osnovu kojih se može odbiti egzekvatura sud pazi *po službenoj dužnosti*.

Ako strana presuda sadrži odluke o više spornih pitanja, a ne može se dozvoliti izvršenje svih tih odluka, nadležni sud dozvoljava izvršenje jedne ili više takvih odluka; i sam podnosilac predloga može tražiti da se oglasi izvršnost samo određenih delova presude.[41]

Obaveštavanje o odluci. – Sud će bez odlaganja izvestiti podnosioca zahteva o odluci koja je doneta povodom njegovog zahteva. Obaveštavanje se vrši u skladu sa pravom države članice u kojoj se sprovodi izvršenje (član 32).

4.2.1.2. Žalba protiv odluke o oglašenju izvršnosti presude

Protiv odluke koju sud države izvršenja donese povodom zahteva za oglašenje izvršnosti presude donete u drugoj državi članici svaka stranka može da uloži žalbu. Ona se podnosi sudu koji je određen kao međunarodno nadležni sud od svake pojedine države članice i koji se nalazi na listi Komisije EU u skladu sa članom 68 Uredbe. Sud države članice odlu-

[40] Vidi član 37 Uredbe.
[41] Vidi član 35 Uredbe Brisel II bis.

čuje o žalbi u kontradiktornom postupku[42], bez obzira na to da li je to parnični ili vanparnični postupak, o čemu odlučuje *lex fori*.[43]

Ukoliko žalbu ulaže *stranka koja je podnela zahtev* za oglašenje izvršnom presude donete u jednoj od država članica stranka protiv koje se traži izvršenje biće pozvana da pristupi žalbenom sudu. Ako ta stranka ne pristupi sudu primeniće se odredbe člana 18 (ispitivanje dopuštenosti tužbe) koje propisuju kako sud države članice, koji je nadležan po odredbama Uredbe u postupku čiji je predmet roditeljska odgovornost, postupa da bi se obezbedilo poštovanje prava odbrane tuženog koji ima uobičajeno boravište u drugoj državi članici (stav 4 člana 33).

Žalba protiv odluke o oglašenju izvršnosti podnosi se u roku od mesec dana od dana dostavljanja; ako stranka protiv koje se traži izvršenje ima uobičajeno boravište u drugoj državi članici, a ne u onoj u kojoj je oglašena izvršnost, rok za žalbu iznosi dva meseca od dana kada je dostavljanje izvršeno toj stranci lično ili u njenom stanu (stav 5 člana 33).

4.2.1.3. Žalba protiv odluke po žalbi na odluku o oglašenju izvršnosti

Odluka koju međunarodno nadležni sud države članice donese po žalbi na odluku o oglašenju izvršnosti strane presude može se dalje osporavati, ali samo žalbom i pred sudovima koje svaka država članica odredi[44] za ovu svrhu o čemu Komisija EU sastavlja listu. Lista se objavljuje u Službenom listu EU i na drugi odgovarajući način (član 34). Uredba ne reguliše postupak za podnošenje ovog pravnog sredstva, odakle sledi da se primenjuju pravila *lex fori*.

4.2.1.4. Prekid postupka

Sud države članice pred kojim je podneta žalba protiv odluke o oglašenju izvršnosti ili žalba protiv odluke po žalbi na odluku o oglašenju izvršnosti (članovi 33 i 34) može, na zahtev stranke protiv koje se traži izvršenje prekinuti postupak ako je u državi porekla presude podneta redovna žalba protiv presude, ili ako rok za podnošenje takve žalbe još nije istekao.U ovom poslednjem slučaju sud može da odredi rok u kome treba podneti žalbu.[45]

---

[42] Stavovi 1-3 člana 33 Uredbe.

[43] Vidi kod A. Borrás, op.cit., para. 92.

[44] Dalje osporavanje odluke donete po žalbi treba omogućiti u kasacionom postupku ili drugom postupku po vanrednom pravnom leku, vidi kod A. Borrás, op.cit., para. 93.

[45] Ako je presuda doneta u Irskoj ili Ujedinjenom Kraljevstvu uvažavaju se specifičnosti njihovog pravnog sistema, te se svaki oblik žalbe koji je predviđen po pravu države porekla smatra redovnom žalbom (čaln 35 Uredbe).

4.2.2. Poseban režim izvršenja određenih presuda o viđanju deteta i presuda kojima se nalaže povratak deteta

Najradikalnija novina Uredbe Brisel II bis je poseban režim automatskog izvršenja dve vrste presuda (članovi 40-44). On podrazumeva da se te presude izvršavaju u drugoj državi članici bez potrebe da se tamo oglase izvršnima, i bez mogućnosti suprotstavljanja priznanju presude, pod uslovom da je u državi članici njihovog porekla izdata posebna *potvrda.* Ta potvrda ima svoje dejstvo samo u granicama *izvršnosti presude*.[46] Protiv izdavanja potvrde nema mesta žalbi; u pogledu ispravljanja potvrde merodavno je pravo države porekla.[47]

Automatski režim izvršenja primenjuje se u pogledu presuda koje se odnose na: (1) pravo na viđanje, i (2) povratak deteta koji nalaže presuda doneta na osnovu stava 8 člana 11.

Međutim, odredbe o automatskom izvršenju ne sprečavaju nosioca roditeljske odgovornosti da traži priznanje i izvršenje presude u skladu sa pravilima opšteg režima koja propisuje Uredba.[48]

4.2.2.1. Automatsko izvršenje presuda o pravu na viđanje

Pravo na viđanje koje je ustanovljeno izvršnom presudom donetom u jednoj od država članica biće priznato i izvršeno u drugoj državi članici a da pri tom neće biti potrebe za oglašavanjem izvršnosti u ovoj drugoj državi članici, niti će biti moguće suprotstaviti se priznanju i izvršenju. Da bi ovakvo automatsko izvršenje moglo da se sprovede presuda mora da bude potvrđena u državi članici porekla presude (stav 1 člana 41 Uredbe). Imajući u vidu razlike u pravima država članica, a da bi se ostvarilo ovakvo izvršenje Uredba propisuje da sud države porekla presude može da, uprkos tome što nacionalno pravo ne propisuje izvršnost po samom pravu, oglasi da će presuda biti izvršna, bez obzira na bilo koju žalbu koja je moguća po nacionalnom pravu. Razlog ovog posebnog automatskog režima izvršenja leži u prirodi prava na viđanje koje bi trebalo da se ostvaruje efikasno i brzo. Protek vremena, naime, ne ide u korist najboljeg interesa deteta jer ako roditelj (ili drugi nosilac roditeljskog prava) ne može da održava kontakt sa detetom preti otuđivanje između njih. S druge strane, pravo na viđanje je podložno promenama u skladu sa menjanjem okolnosti o čemu se, po pravilu, donosi nova presuda.[49] Sama Uredba propisuje da se presuda doneta u nekoj od država članica koja je snab-

[46] Vidi član 44 Uredbe.
[47] Vidi član 43 Uredbe.
[48] Stav 2 člana 40 Uredbe.
[49] Vidi kod T. Rauscher, op.cit., str. 45.

devena potvrdom o izvršnosti koju stavlja sudija države porekla presude neće izvršiti u drugoj državi članici ukoliko je ona u suprotnosti sa kasnijom presudom (druga rečenica stava 2 člana 47).[50]

Sudija (a ne sud) države porekla presude izdaće *potvrdu* ako su ispunjeni sledeći kumulativni uslovi: (i) ukoliko je presuda doneta zbog izostanka – da je licu koje nije pristupilo sudu dostavljen podnesak kojim se pokreće postupak ili druga s njim izjednačena isprava u odgovarajućem roku i na način kako bi ono moglo da organizuje svoju odbranu, ili da je licu dostavljena isprava ali ne u skladu sa navedenim uslovima, ali da je uprkos tome ustanovljeno da je ono prihvatilo presudu; (ii) da je svim stranama kojih se tiče presuda pružena prilika da budu saslušana; i (iii) da je detetu pružena prilika da bude saslušano, osim ako bi saslušanje bilo neprikladno zbog detetovog uzrasta ili zrelosti.

Potvrda se izdaje na jeziku na kojem je sastavljena presuda, prema standardizovanom obrascu koji čini sastavni deo Aneksa III Uredbe. Ukoliko pravo na viđanje u vreme donošenja presude uključuje prekograničnu situaciju potvrda se izdaje po službenoj dužnosti čim presuda postane izvršna, makar i privremeno, u državi porekla. Međutim, ako prekogranični element nastane tek naknadno, potvrda će se izdati na zahtev jedne od strana (član 41).

4.2.2.2. Automatsko izvršenje presuda kojima se nalaže povratak deteta koje je protivpravno odvedeno

Da bi se obezbedila efikasnost mehanizma koji Uredba propisuje za slučajeve protivpravnog odvođenja deteta ukoliko su involvirane države članice EU, odredbom tačke b stava 1 člana 40 i odredbama člana 42 propisano je automatsko izvršenje presuda kojima se nalaže povratak deteta u državu članicu u kojoj je neposredno pre protivpravnog odvođenja (premeštanja ili zadržavanja) imalo uobičajeno boravište. Automatsko izvršenje se odnosi samo na presudu kojom se nalaže povratak deteta nakon presude suda države članice u koju je dete protivpravno odvedeno da se na osnovu člana 13 Haške konvencije o otmici deteta iz 1980. godine odbije da se naloži povratak tog deteta.[51] Takvu presudu donosi sud države članice u kojoj je neposredno pre protivpravnog premeštanja ili zadržavanja dete imalo uobičajeno boravište i to samo nakon što su sudovi države članice u koju je dete protivpravno odvedeno odbili presudom da nalože povratak deteta (vidi stav 8 član 11 Uredbe). Da bi se uprkos odbijajuće presude sudova te druge države članice

[50] Vidi niže naslov 4.3. Izvršenje presude.

[51] Vidi gore, naslov 4.1.2. Izuzetak: nadležnost u stvarima roditeljske odgovornosti u slučaju otmice deteta (protivpravnog odvođenja deteta).

obezbedio povratak deteta, suprotna presuda sudova države članice u kojoj je neposredno pre protivpravnog odvođenja dete imalo uobičajeno boravište moraće da bude na osnovu člana 42 Uredbe *automatski izvršena*. Kako nemački autor Raušer navodi ovakva automatska izvršnost i promptno izvršenje presude je jedini način da se izbegne beskrajna borba između sudova država članica.[52]

Ako je povratak deteta naložen izvršnom presudom donetom na osnovu stava 8 člana 11 Uredbe Brisel II bis u državi članici, ta presuda će biti priznata i izvršena u drugoj državi članici a da pri tom neće biti potrebe za oglašavanjem izvršnosti u ovoj drugoj državi članici, niti će biti moguće suprotstaviti se izvršenju. Da bi ovakvo automatsko izvršenje moglo da se sprovede presuda mora da bude *potvrđena* u državi članici porekla presude (stav 1 člana 42 Uredbe). Imajući u vidu razlike u pravima država članica, a da bi se ostvarilo ovakvo izvršenje Uredba propisuje da sud države porekla presude, kojom se nalaže povratak deteta na osnovu odredbe stava 8 člana 11, može da oglasi da će presuda biti izvršna bez obzira na bilo koju žalbu koja je moguća po nacionalnom pravu, čak i u slučaju da nacionalno pravo ne propisuje izvršnost po samom pravu.

Sudija države porekla presude izdaće *potvrdu* samo ako su ispunjeni sledeći kumulativno postavljeni uslovi: (i) da je detetu pružena prilika da bude saslušano, osim ako bi saslušanje bilo neprikladno zbog detetovog uzrasta ili zrelosti; (ii) da je svim stranama kojih se tiče presuda pružena prilika da budu saslušana; i (iii) da je sud prilikom donošenja presude kojom se nalaže povratak deteta uzeo u obzir razloge i dokaze na osnovu kojih je odbijen zahtev za povratak deteta na osnovu člana 13 Haške konvencije o otmici deteta iz 1980. godine; u slučaju da sud ili drugi nadležni organ preduzima mere radi zaštite deteta nakon njegovog povratka u državu u kojoj ima uobičajeno boravište, u potvrdi moraju da budu navedeni detalji takvih mera (stav 2 člana 42).

Sudija države porekla presude izdaje *potvrdu* po službenoj dužnosti, na jeziku na kojem je sastavljena presuda i prema standardizovanom obrascu koji čini sastavni deo Aneksa IV Uredbe.

Kako je već navedeno protiv izdavanja potvrde se ne može uložiti žalba.[53] Ovo, međutim, ne znači da ona strana koja je protivpravno odvela dete ostaje bez pravnog sredstva protiv presude na koju se odnosi potvrda. U predmetu *Inga Rinau* opšti pravobranilac navodi da ta strana može,

[52] Vidi kod T. Rauscher, op.cit., str. 45.

[53] Vidi član 43 Uredbe koji se odnosi podjednako na stav 1 člana 41 (presuda koja se odnosi na viđanje deteta) i stav 1 člana 42 (presuda kojom se nalaže povratak deteta koje je protivpravno odvedeno iz države uobičajenog boravišta).

u skladu sa nacionalnim pravom države porekla presude (to je država u kojoj je dete neposredno pre protivpravnog odvođenja imalo uobičajeno boravište), uložiti žalbu protiv *same potvrđene presude*, na primer zbog nepoštovanja odredbi člana 11; ukoliko bi u takvom slučaju žalbeni sud poništio presudu, time bi i potvrda izgubila dejstvo. U tom smislu se shvata i odredba člana 44 Uredbe na osnovu koje potvrda ima dejstva samo u granicama izvršnosti presude.[54] [55]

4.2.3. Priznanje i izvršenje javnih isprava i sporazuma

Dokumenti koji su sastavljeni u formi javnih isprava ili registrovani kao javne isprave i koji su *izvršni* u nekoj od država članica, kao i sporazumi između strana koji su *izvršni* u državi članici u kojoj su zaključeni priznaju se i oglašavaju izvršnima pod istim uslovima kao presude (član 46 Uredbe Brisel II bis). Sporazumi obuhvataju kako privatne sporazume koje strane zaključuju, tako i one koji se zaključuju pred organima vlasti.[56]

Imajući u vidu polje primene *rationae materiae* Uredbe ova odredba ima veliki značaj u stvarima roditeljske odgovornosti, imajući u vidu tendencije u razvoju supstancijalnog prava u stvarima roditeljske odgovornosti koje podržavaju ili podstiču sporazumevanje roditelja ili uopšte nosilaca roditeljske odgovornosti u pitanjima staranja o detetu.[57]

Javne isprave i sporazumi u kontekstu roditeljske odgovornosti mogu da budu ne samo oglašene izvršnima, već se mogu i priznati, i to pod istim uslovima kao i presude. Znači da se povodom priznanja i oglašenja izvršnosti po službenoj dužnosti preispituje postojanje nekog od razloga za odbijanje priznanja i izvršenja.[58]

4.3. Izvršenje presuda

Uredba reguliše samo postupak egzekvature presuda donetih u jednoj od država članica a ne sam izvršni postupak. U pogledu tog postupka merodavno je pravo države članice u kojoj se sprovodi izvršenje. Svaka presuda koju je doneo sud države članice koja je u drugoj državi članici oglašena izvršnom u skladu sa pravilima opšteg režima Uredbe, kao i presuda koja je u skladu sa pravilima o automatskoj izvršnosti potvrđena po odredbama Ured-

[54] Vidi predmet C-195/08 PPU, Inga Rinau, mišljenje opšteg pravobranioca Šarpstounove, 1. juli 2008, para. 92-93.

[55] Vidi, takođe, niže, naslov 4.3. Izvršenje presuda.

[56] Vidi Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation, Up-dated version 1 June 2005, str. 10.

[57] Vidi kod G. Kovaček-Stanić, Uporedno porodično pravo, Novi Sad, 2002.

[58] Vidi kod A. Borrás, op.cit., para. 61.

be (stav 1 člana 41 i stav 1 člana 42) izvršiće se pod istim uslovima kao da je doneta u državi članici u kojoj treba sprovesti mere izvršenja.

Međutim, presuda o pravu na viđanje i presuda koja se odnosi na povratak deteta koja potpada pod režim automatske izvršnosti ne može da bude izvršena ako je u *suprotnosti sa kasnijom izvršnom presudom* (stav 2 člana 47). O značenju ove odredbe izneo je mišljenje opšti pravobranilac u predmetu *Inga Rinau* u vezi sa presudom kojom se nalaže povratak deteta koje je protivpravno odvedeno (premešteno ili zadržano) iz države članice u kojoj je imalo svoje uobičajeno boravište.[59] Prema ovom mišljenju *kasnija izvršna presuda* je ona koja je doneta u postupku povodom žalbe u državi porekla presude kojom se preinačuje prva presuda i time sprečava izvršenje potvrđene presude.[60] U presudi u predmetu *Doris Povse protiv Mauro Alpago*[61] Sud EU je izrekao da, u smislu druge rečenice stava 2 člana 47 Uredbe, *suprotnost* potvrđene presude sa *kasnijom* izvršnom presudom može da bude utvrđivana samo „u odnosu na eventualne presude koje su kasnije doneli nadležni sudovi države članice porekla presude.“[62]

5. Zaključak

Međunarodno privatno pravo EU u materiji priznanja i izvršenja odluka u stvarima roditeljske odgovornosti je, s jedne strane, upodobljeno sa načelima koja važe za odluke u bračnim stvarima, kao i građanskim i trgovinskim stvarima, ali, sa druge strane sadrži jedinstvena pravila za odluke o viđanju deteta i odluke o povratku deteta koje je protivpravno odvedeno.

Cilj tih jedinstvenih pravila je efikasnost u ostvarivanju kako prava na viđanje deteta, tako i u obezbeđivanju povratka protivpravno odvedenog deteta. Radi toga Uredba sadrži posebna pravila o međunarodnoj nadležnosti, koja predstavljaju izuzetak od pravila o opštoj međunarodnoj nadležnosti, ali i posebna pravila automatskog izvršenja odluka nadležnih organa drugih država članica, koja su zamisliva samo među državama koje su članice međunarodne organizacije poput Evropske unije, čiji pravni poredak ima primat nad nacionalnim pravom država članica. Državama koje nisu članice EU ostaje da se u pogledu ostvarivanja prava na viđanje deteta i izvršenja odluka o povratku protivpravno odvedenog deteta uzdaju u mehanizam Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece u sadejstvu sa odgovarajućim pravilima domaćeg prava.

---

[59] Vidi predmet C-195/08 PPU, Inga Rinau; Mišljenje opšteg pravobranioca E. Sharpston, para. 93.

[60] Ibid.

[61] Vidi predmet C-211/10, Doris Povse v Mauro Alpago, presuda, 1. juli 2010.

[62] Ibid., para 76, 77-78.

Bernadet Bordaš, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Regulation 2201/2003 (Brussels II bis) on Recognition and Enforcement of Judgments in Matters of Parental Responsibility

Abstract

Regulation 2201/2003 (Brussels II bis) contains unique, special rules on exequatur of two types of foreign judgments: on the right to visitation and on the return of the child abducted from the state of her/his habitual residence. The paper discusses these rules, with reference to the broader context that includes rules on international jurisdiction of courts of EU Member States in matters of parental responsibility, and rules of exequatur of foreign judgments on parental responsibility in general. The importance of the unique rules is reflected in the fact, that the enforcement of judgments of the courts of EU Member States in these matters is automatic, which means without the need of any special procedure, on the basis of certificates issued by the court of a Member State that has given the judgment, and without review by the Member State of enforcement, thus contributing to the effective exercise of parental responsibility in the child's best interests.

Key words: Brussels II bis Regulation, parental responsibility, right of visitation, seeing a child, unlawful removal of a child, recognition and enforcement of foreign judgments in matters of parental responsibility, automatic exequatur

Originalni naučni rad

UDK 343.1(436)“17“(094.5)
doi:10.5937/zrpfns46-1991

Dr Ištvan Feješ, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

CONSTITUTIO CRIMINALIS THERESIANA – NEKI INSTITUTI OPŠTEG DELA KRIVIČNOG POSTUPKA –

Sažetak: *Terezijana je malo poznat zakonik kod nas, iako je značajna stepenica u razvoju krivičnog postupka u velikom delu Evrope. Do sada smo prikazali pretežni deo krivičnomaterijalnih instituta opšteg dela krivičnog prava*[1]*. U ovom radu biće reči o krivičnoprocesnim odredbama Zakonika. Zbog obimnosti, bilo je moguće obraditi samo neke institute tzv. opšteg dela procesnopravne materije.*

Ključne reči:*Terezijana, inkvizitorski postupak, opšti deo krivičnog postupka.*

UVOD

Constitutio Criminalis Theresiana[2] spada u “srednju generaciju” zakonika inkvizitorskog tipa postupka i bila je važna etapa razvoja ka generaciji kasnih inkvizitorskih postupnika. Radi sagledavanja njenog mesta i značaja u procesu nastanka i razvoja evropskog kontitentalnog tipa postupka, neophodan kratak osvrt na istorijsku pozadinu nastanka i razvoja inkvizitorskog postupka uopšte.

---

[1] Feješ, I. Constitutio Criminalis Theresiana-Sistem kazni, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2009 str. 237-242. i Feješ, I. Constitutio Criminalis Theresiana-Krivična odgovornost, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2010. str. 101-121.

[2] Prikazan je na osnovu izdanja: CONSTITUTIO CRIMINALIS THERESIANA oder der Römisch-Kaiserl. zu Hungarn und Böheim u. u. Königl Apost. Majestaet Mariae Theresaiae Erzherzogin zu Oesterreich, peinliche Gerichtsordnung. Izdavač Johan Thomas Edlen von Trattern, Wien, 1769. U daljem tekstu citiraćemo kao CCT.

Inkvizitorski postupak je razvila italijanska pravna doktrina i praksa, sa osloncem na rimsko-kanonski krivični postupak vođen po službenoj dužnosti. No, on bi možda ostao na nivou lokalnog folklora da ga nisu prihvatile dve, u ono vreme vrlo moćne političke sile u Evropi: Sveto nemačko rimsko carstvo i Habsburška monarhija. Zbog toga ćemo uzeti u razmatranje u kratkim crtama, zašto i kako je prihvaćen inkvizitorski postupak u ovim zemljama i kako se razvijao nakon recepcije. Posle toga ćemo prikazati neka rešenja tzv. opšteg dela krivičnog postupka SST. Zakonik je vrlo obiman i nije moguće obraditi njenu celu procesnu materiju u ovakvom radu.

Glava I
NASTANAK I RAZVOJ INKVIZITORSKOG POSTUPKA

1) Nastanak inkvizitorskog postupka

U srednjevekovnoj Evropi dugo je važio optužni postupak zasnovan na plemenskim tradicijama i versko-magijskim elementima. Ovaj postupak prepušten privatnom licu(oštećenom ili bilo kom iz naroda) nikad nije potpuno zadovoljavao, a sa razvijanjem društvenih odnosa, u kasnom srednjem veku i formiranjem apsolutističkih država, zadovoljavao je sve manje. Nedostaci ove forme doveli su vrlo rano do odstupanja od nje, tj. do gonjenja po službenoj dužnosti. Ti izuzeci su vremenom postali "*sve brojniji i doveli su do potpunog napuštanja optužne i prihvatanje istražne forme postupanja*"[3].

Nakon stotina i stotina godina opšte društveno-ekonomske i kulturne krize i stagnacije u kome je vladalo sujeverje i verski misticizam, kasni srednji vek donosi duboke društveno-ekonomske promene. U eri humanizma i renesanse, u doba opšteg preporoda, mnoge dotad neprikosnovene društvene institucije gube tlo pod nogama. Postaju nepodobne za ispunjavanje društvene funkcije koju su dotad vršile i postaju smetnja daljem razvoju. Jedna od takvih zastarelih instuticija bio je i tradicionalni optužni krivični postupak. U praksi je tada već ispoljavao tako teške nedostatke da više nije bio održiv. U promenjenim društvenim uslovima, taj postupak je bio u celini nepodoban za sistematsko suzbijanja kriminaliteta, ali najviše zbog toga što je pokretanje postupka bilo u rukama privatnog lica (oštećenog ili nekog drugog) i zbog iracionalnog dokaznog sistema koji je bio apsolutno nepodoban da se utvrdi stvarna istina o delu i krivcu.

[3] Vasiljević, T. Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ, Beograd, 1981. str. 18.

U tradicionalnom optužnom postupku, inicijativa za gonjenje učinilaca je u principu bila u rukama privatnog tužioca. On je gonio kada je to bilo u *njegovom interesu*. Okrivljeni se u pogledu većine krivičnih dela uvek mogao nagoditi sa tužiocem i tako izbeći krivični postupak. Zbog toga je do krivičnog postupka dolazilo samo *izuzetno*, ako se oštećeni i učinilac nisu nagodili. Nagodba je bila moguća i nakon izricanja presude. Doduše, u nekim krajevima su postojali i razni oblici postupanja po službenoj dužnosti, ali oni ni izdaleka nisu mogli obezbediti sistematsko suzbijanja krivičnih dela. Postupak je bio neizvestan, vladala je samovolja a ovlašćenja sudije su bila neograničena[4].

U ovo doba sazreva ideja, da su krivična dela štetna i opasna za celu zajednicu, da je neophodno njihovo sistematsko suzbijanje u javnom interesu, od strane državnih organa i ne može se više prepustiti samovolji pojedinca[5]. Spoznaja, da je kažnjavanje krivaca neophodno radi održanja pravnog poretka i da je zadatak javne vlasti progoniti ih po službenoj dužnosti, vršila je snažan uticaj na dalji razvoj krivičnog postupka. Najveće dostignuće pravne misli tog doba je upravo potpuno sagledavanje javnopravne prirode krivičnog prava[6].

Do tada je stasala i jaka centralna državna vlast, koja je već bila dovoljno jaka da ideju o javnopravnom progonu učinilaca krivičnih dela sprovede u delo[7].

Drugi nedostatak koji je onemogućavao sistematski progon, bio je dokazni sistem, koji je još uvek počivao na iracionalnim, versko-magijskim osnovama i iracionalnim dokaznim sredstvima, nasleđenim iz plemenskog doba[8]. Verovanja na kojima se taj sistem zasnivao, nisu bila više tako jaka kao u prethodnom istorijskom periodu i sve su više slabila. Zbog toga, iracionalna dokazna sredstva više nisu bila ubedljiva kao ranije i gubila su svoj legitimitet. Pored toga bili su i neizvesni i nepravedni i već i za ono doba su bili sve manje prihvatljivi. Zbog toga se čitav kazneni postupak počeo " *ljuljati u svojim temeljima, u svom dokaznom pravu*"[9]. U krajnjoj liniji na njima se nije mogao zasnovati organizovani sistematski progon kriminaliteta u javnom interesu.

---

[4] Peters, K. :Strafprozess, Heidelberg, 1985. str. 60.

[5] Bayer, V. :Kazneno postupovno pravo, prva knjiga, poviestni razvoj, Zagreb, 1943. str. 100.

[6] Balogh, J. :A Magyar bűnvádi eljárási jog, Budapest, 1901. str. 30.

[7] Škulić ukazuje da je invizitorski postupak «*tipičan za doba jake države, posebno za apsolutne monarhije*»(Škulić, M. : Krivično procesno pravo, Beograd, 2011. str. 7.)

[8] Glavna dokazna sredstva su bila: zakletva, sudski dvoboj božji sudovi. Nakon što je IV Lateranski sabor 1215. g ograničio božje sudove, oni su polako nestajali iz sudske prakse.

[9] Bayer V. : op. cit. str. 101.

U tada moćnim evropskim silama, u Svetom nemačko -rimskom carstvu i Austriji ti problemi su takođe bili gorući i zahtevali su hitnu temeljnu reformu postupka. Reforma je i sprovedena, ali, nije došlo do stvaranja *izvornih* nemačkih pravnih instituta koji bi zamenili zastarelo tradicionalno pravo, već su preuzeti rimsko –kanonski pravni instituti postupka po službenoj dužnosti koje je izgradila i sistematizovala italijanska pravna teorija i praksa.

Brojni su bili uzroci zašto nije stvoreno moderno autentično domaće pravo nemačkih zemalja. Do recepcije stranog prava dolazi po pravilu kada domaće pravo postaje previše rigidno i ne može više ostvariti svoju funkciju u društvu, kada ne može više držati korak sa novim idejama, socijalnim i ekonomskim prilikama i kada samo nije sposobno za dalji razvoj. Staro pravo za to nije bilo sposobno, a radikalne promene krivičnog postupka su bile neophodne. Očigledan društveno-ekonomski razvoj u tom periodu, nakon mnogo vekova stagnacije, sve složeniji društveni odnosi, rast društvene pokretljivosti time i kriminaliteta, izmenjeni pogledi na svet itd. zahtevali su brzu i temeljitu reformu krivičnog postupka. Osećala se jaka potreba za uvođenje novog, dobro razrađenog i sistematizovanog krivičnog postupka, koji će radikalno prevazići nedostatke tradicionalnog optužnog postupka i omogućiti sistematsko i efikasno suzbijanje krivičnih dela. Rimsko pravo koje je tada smatrano osnovnim izvorom prava, nije imalo pravno oblikovan i sistematizovan krivični postupak po službenoj dužnosti. Jedini takav raspoloživi model tada je bio upravo taj koju je razradila italijanska pravna misao i praksa na temelju kanonskog postupka po službenoj dužnosti, a kasnije nazvan "inkvizitorski postupak". Inkvizitorski postupak je razvijan u kanonskom pravu i za vreme pape Inoćentija III i na IV Lateranskom crkvenom saboru 1215. g. dobija zakonsku formu[10]. Sredinom XIII veka u Italiji započinje recepcija rimsko-kanonskog inkvizitorskog postupka u svetovnim sudovima i pravnoj teoriji[11]. Kroz sudsku praksu počeo se primenjivati i u Nemačko-rimskom carstvu i Austriji ali dugo nije bio zakonski regulisan. Vremenom je prihvaćen širom Evrope.

Značajan faktor recepcije je bila i okolnost su da u ono doba, jedini školovani pravnici u nemačkim zemljama, bili oni koji su obrazovanje stekli na univerzitetima Italiji, učeći rimsko –kanonsko pravo. Kada su i u nemačkim zemljama, po uzoru na Italiju, osnovani pravni fakulteti, na njima se domaće pravo uopšte nije ni izučavalo. Sa rastom broja školova-

[10] Peters, K. : op. cit. str. 63.

[11] Naročit uticaj je imao poseban crkveni postupak «istraga za iskorenjivanje jeresi» ("Inquisitio hereticae pravitatis") koji je poznavao torturu.

nih pravnika, sve više se širila i učvršćivala i ideja da izučavano rimsko pravo treba da važi i kao pozitivno pravo.

Recepciji rimsko-kanonskog prava doprinela su i idejna strujanja renesanse, koja su dovela do kulturnog preporoda Evrope. Otkrivanje dostignuća i bogatstva antičke kulture i nastojanja da se one ožive i koriste, bili su takođe značajan faktor. Naročito ako se uzme u u obzir bogato nasleđe u oblasti pravnih nauka. Recepcija rimsko-kanonskog postupka je bio samo jedan od aspekata oduševljenog prihvatanja antičke kulture i nauke i recepcije rimskog prava u celini.

Dok su vođene diskusije i preduzimane i neke konkretne mere za reformu na celoj teritoriji Nemačko-rimskog carstva[12], i u Nemačkoj i u Austriji[13]je donet niz značajnih partikularnih zakona kojima je usvojen inkvizitorski postupak u italijanskoj formi.

Prvi korak u recepciji na zakonodavnom planu u Nemačkoj bila je *Vormska reformacija* iz 1498. g. koja je obrađivavala i stari nemački i italijanski inkvizitorski postupak, ali naglasak je bio na inkvizitorskom postupku.

U Austriji, najstariji inkvizitorski postupnici su bili *Halsgerichtsordnung für Tirol* 1499. g., *Halsgerichtsordnung für Radolfzell* 1506. g. i Landsgerichtsordnung za Donju Austriju 1514. g.

Najznačajniji i najuspeliji među partikularnim zakonicima bio je *Halsgerichtsordnung für Bistum Bamberg*[14] (1508. g.) u kojem su na uspešan način spojeni instituti italijansko-rimsko-kanonskog krivičnog prava i postupka sa elementima domaćeg prava.

Na Zemaljskoj skupštini Nemačko –rimskog carstva u Wormsu 1521. g. to je bila polazna platforma diskusije o davno planiranoj krivičnopravnoj reformi. Nakon te skupštine, preradom C. C. B. nastalo je 4 nacrta za reformu. Zadnji je nakon neuspeha na skupštini u Augsburgu 1530. g., u drugom pokušaju, na skupštini u Regensburgu, 1532. g, usvojen bez značajnjih izmena pod nazivom "*Red za kaznene sudove cara*

[12] Godine 1496. Komorni sud Carstva upućuje predstavku Zemaljskoj skupštini u kome izlaže nepodnošljivo stanje krivičnog sudstva. Povodom toga, Zemaljska skupština održana u Freiburgu 1498. g. donela je zaključak o neophodnosti opšte reforme krivičnog sudstva.

[13] Austriju je Nemačko-rimski car Fridrih, 1156. g. proizveo za samostalnu kneževinu. Habsburška dinastija je 1453. g. svoje nasledne zemlje proglasila za nadvojvodstvo. Od tada su Nemačko –rimski carevi bili najčešće iz Habsburške vladarske loze. Zbog toga su Nemačko -rimsko carstvo i Austrija vekovima bili u vrlo bliskoj vezi. Habsburški Nemačko –rimski carevi su bili i Karlo V, za čiju vladavinu je doneta Karolina, 1532. g. i Marija Terezija i njen sin Josip II.

[14] Često se naziva i Constituitio Criminalis Bambergensis ili skraćeno C. C. B.

Karla V. i svetog rimskog carstva"[15] poznat i po latinskom nazivu "*Constitutio Criminalis Carolina*" (ili skraćeno C.C.C.), a često se koristi skraćenica "Karolina"[16]. Sa njime je i formalno osnažena recepcija italijansko-kanonskog-rimskog prava. [17]

Tako je stvorena "majka" svih inkvizitorskih postupnika, koja će vršiti snažan uticaj sve do kraja "ere"inkvizitorskog tipa postupka sredinom XIX veka, a njen uticaj se i danas oseća[18].

2) Karolina

Karolina je najznačajnija krivičnopravna kodifikacija srednjeg veka.[19]

Ona je nastala spajenjem rimsko-kanonskih pravnih instituta sa nekim elementima tradicionalnog domaćeg prava. Međutim, tradicionalni elementi su imali u prvom redu ulogu očuvanja iluzije da još uvek važe najvažniji instituti starog prava i tako otupe oštricu otpora novom postupku. Zakonodavac se potrudio da oni imaju uglavnom samo simboličan značaj, bez stvarne, praktične vrednosti.

Na idejnim osnovama javnopravne prirode krivičnih dela i potrebe za sistematskim javnim progonom u javnom interesu, Karolinom su načinjeni važni radikalni koraci u reformi krivičnog postupka.

Javnopravno shvatanje krivičnog dela i progona je dosledno sprovedeno. Okrivljeni više nije mogao da se oslobodi postupka i kazne nagodbom sa oštećenim. Progon više nije bio u rukama oštećenog, iako formalno optužni postupak ne samo da nije bio ukinut, već je izjednačen sa inkvizitorskim. Štaviše, Karolina detaljno reguliše samo optužni postupak[20], a o inkvizitorskom postupku govori često uopšteno i uz napomenu da važe analogno propisi za optužni postupak. Na osnovu toga se sticala

---

[15] Prema Bayeru, op. cit. str. 103.

[16] Zakonik je izdat na nemačkom jeziku. Potpuni naziv: "***Des allerdurchleuchtigsten grossmechtiggsten vnüberwindlichsten Keyser Karls des fürften:vnd des beyligen Römischen Reichs peinlich gerichts ordnung, auff den reichstaegen zu Auspurgk vnd Regenspurgk, inn jaren derissig, vnd zwey vnd dreissig gehalten, auffgericht vnd beschlossen"*** **ili na nemačkom jeziku u kraćem obliku *" Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V*"** (skraćeno P. G. O.)

[17] Ogorelica, N. : Kazneno procesualno pravo, Zagreb, 1899. str.. 21.

[18] Peters, K. :op. cit. str. 61.

[19] Pošto se o njoj dosta zna, smatramo da nema potrebe za njeno obimnije prikazivanje. Ograničićemo se samo na neke napomene.

[20] Zakoni pojedinih nemačkih zemalja su još dugo smatrali optužni postupak jedinim *redovnim* postupkom a inkvizitorski *vanrednim*. Tako npr. još i pruski Landsrecht od 1721. g.

iluzija da je optužni postupak pravilo a inkvizitorski izuzetak. Ali je u praksi bilo upravo *suprotno*. Krivični postupak za bilo koje delo mogao je započeti ili na tužbu oštećenog ili po službenoj dužnosti. Međutim, Zakonik je imao neke izrazito destimulativne odredbe u pogledu tužbe oštećenog, verovatno da bi do toga što ređe došlo, a ako i dođe, da uloga tužioca bude marginalna. Sud je naime, bio dužan *pritvoriti tužioca* dok nije pružio materijalno jemstvo da će optuženom nadoknaditi svu štetu(materijalnu i nematerijalnu) ako bude oslobođen[21]. Takvoj neprijatnosti se retko koji oštećeni izlagao, jer za tim i nije bilo nikakve potrebe. Podnošenjem proste prijave sudu, postupak je započeo, tekao i okončao ex officio. Zbog toga je optužni postupak u praksi bila retkost. Tako je omogućena puna afirmacija načela oficijelnosti. To je i bio cilj reforme: da se osigura javni progon od strane države. Karolina je tu unela radikalnu promenu. Dotad je postupak po pravilu bio akuzatoran a samo izuzetno inkvizitorski, sada su formalno izjednačeni ali je u praksi daleko prevladavao inkvizitorski postupak.

Temeljno je promenjeno i dokazno pravo. Napušten je stari sistem formalizovanih, iracionalnih dokaznih sredstava, nepogodnih za utvrđivanje stvarne istine, a uveden rimsko – kanonski sistem racionalnih dokaza. Sud je imao *pravo i dužnost* da u javnom interesu, utvrdi *istinu* i da osudi *stvarnog krivca*. Usvojena je negativna teorija zakonske ocene dokaza.

Za osudu okrivljenog su propisani strogi uslovi. Neophodno je bilo njegovo *dobrovoljno* priznanje ili saglasna izjava najmanje dva svedoka određenog kvaliteta. Na osnovu indicija, kao manje pouzdanih dokaza, okrivljeni nije mogao biti osuđen.

Međutim, u praksi je bio redak slučaj da je bilo dva svedoka zadovoljavajućeg kvaliteta, a iz razumljivih razloga ni dobrovoljno priznanje okrivljenog nije bilo često. Pošto direktnih dokaza najčešće nije bilo, a na osnovu indicija se nije mogla doneti osuđujuća presuda, bilo je neophodno propisati dodatni mehanizam za pribavljanje direktnih dokaza. Najjednostavniji način za to bilo je naterati okrivljenog da prizna, kad je njegova krivica indicijama već inače dokazana. Iz shvatanja, da je progon u javnom interesu, nije bilo teško izvesti zaključak, da je okrivljeni upravo zbog javnog interesa, *dužan* dati istinit iskaz.[22] Ako okrivljeni neće dobrovoljno da ispuni tu svoju dužnost, na to se može *naterati* primenom prinude, isto kao i na ispunjenje drugih zakonom propisanih dužnosti. Ta-

[21] C.C.C. čl. 12-15.

[22] Ovo shvatanje je opstalo do kraja važenja inkvizitorskog postupka. Videti, Novokmet, A.: Austrijski Zakon o kaznenom postupku iz 1853. g. s osvrtom na njegovu ulogu u povijesti hrvatskog kaznenog procesnog prava, Pravni vjesnik br. 2/2011, str. 98.

ko je uvedena tortura u dokazni sistem. Ona sama po sebi *nije bila dokazno sredstvo* već samo *pomoćno sredstvo* za pribavljanje dokaza, tj. priznanja okrivljenog. Priznanje iznuđeno torturom je beleženo u zapisnik. Nakon jednog ili više dana, na ponovnom saslušanju, okrivljenom je zapisnik pročitan i pozvan je da ga potvrdi[23]. Ako je okrivljeni to učinio, ova potvrda se smatrala „*slobodno datim priznanjem*" i okrivljeni je mogao biti osuđen. Tvorci Karoline su sagledali opasnost torture po istinu[24] pa je bio predviđen poseban mehanizam za otklanjanje njenih negativnih efekata. Prvo, određivanje torture bilo je vezano za dokaze[25] na osnovu kojih bi danas sud osudio okrivljenog.[26] I drugo, bila je propisana obavezna *temeljna provera* postignutog priznanje *posle* torture[27]. Praksa je ove garancijalne odredbe"punom snagom" ignorisala, ali one inače nisu mnogo vredele, jer po Zakoniku, u slučaju da ne potvrdi priznanje, okrivljeni je *ponovo* podvrgavan mučenju.[28] Tortura je zbog toga dovodila do čestih osuda na osnovu iznuđenih lažnih priznanja, masivnih zloupotreba i bezgranične sudske samovolje. Pošto je u najvećem broju slučajeva bilo nemoguće pribaviti dva svedoka ili dobrovoljno priznanje okrivljenog, ustanova torture je faktički postala centralna ustanova ovog dokaznog sistema „*oko koje se u praksi okretao čitav tadanji kazneni postupak"*.[29] Okrivljeni koga je zahvatio mlinski kamen ovog mehanizma bio je izgubljen. Tako je progresivna ideja o uklanjanju prevaziđenog iracionalnog dokaznog sistema i zasnivanja osude na materijalnoj istini i njeno dosledno i kruto sprovođenje kroz dokazni sistem, bez obzira na cenu, dovela do ignorisanja i potiskivanja bilo kakvih, makar i elementarnih prava okrivljenog u dokazivanju, a time i u celom postupku. No tada se smatralo da je to nep-

---

[23] C.C.C. čl. 56. i 58.

[24] Na tu opasnost su upozoravali su već i rimski pravnici. Od *Ulpijana* su ostala sačuvana dva citata u Digestama:»*Carske naredbe naglašavaju da se rezultatima torture ne sme uvek i u svemu poverovati. To je opasna i osetljiva stvar i često daje samo privid istine. Mnogi su kadri da podnose muke i daju takve iskaze iz kojih se ne može izvući istina. Drugi su toliko osetljivi da slažu bilo šta samo da ne moraju trpeti bolove mučenja. Zbog toga daju različite iskaze i lažno optužuju ne samo sebe već i druge»* (Digeste, 48. 18. 1. 23.).

»*Radi otkrivanja krivičnih dela običaj je da se organizuje istraga(....)Car Avgust je naredio da se istraga ne sme početi torturom i da ona nije neophodna radi autentičnosti istrage. (...)(*Digeste, 48. 18. 1-4.)

[25] Institut torture je poznavao i tradicionalni optužni postupak, ali je primenjivan samo u retkim slučajevima, kao neka vrsta božjeg suda, čije određivanje nije bilo vezano za strogo definisane uslove.

[26] C.C.C., čl. 20. i dalje.

[27] C.C.C. čl. 54.

[28] C.C.C. čl. 55.

[29] Bayer, V. :op. cit. str. 108.

hodno, jer se samo tako može očuvati javni interes utvrđivanja materijalne istine.[30]

Insistiranje na materijalnoj istini opravdao bi sistem pravnih lekova. Međutim, Karolina nije poznavala institut pravnog leka. Ipak, u delovima zemlje, gde je već postojao od ranije, opstao je i dalje. No, nekom začetku pravnih lekova se može smatrati pravo i tužioca i okrivljenog (kao i njegovih zagovornika i prijatelja) da zahtevaju odašiljanje celokupnih spisa (Aktenversendung) na „učene zborove"[31] radi saveta[32].

Uprkos svim nedostacima, merenih *današnjim* merilima, Karolina je bila ogroman napredak u odnosu na ranije stanje i imala je veliki uticaja na dalji tok razvoja krivičnog postupka, koji se oseća do današnjih dana. Karolina ne samo da označava kraj jednog perioda recepcije stranog prava kroz sudsku praksu, nego je uveo i neophodan red[33] i trasirao razvoj krivičnog procesnog prava u sledećih nekoliko vekova u Evropi[34].

3) Razvoj inkvizitorskog postupka posle donošenja Karoline u Nemačkoj i Austriji

a) Nemačka

Temelj daljem razvitku krivičnog postupka u Nemačkoj je bila Karolina i dalja recepcija rimskog prava i italijanske doktrine i prakse. Tako u XVI veku u praksu prodiru razni instituti iz italijanske prakse: absolutio ab instantia, vanredna kazna, razlikovanje generalne i specijalne istrage, itd. Konačna recepcija rimskog prava u Nemačkoj završena je tek u prvoj polovini XVII veka, kada je domaće pravo konačno potisnuto. Stvorena su *dva* odvojena krivična postupka, *akuzatorski* po ugledu na rimski akuzatorski postupak i *inkvizitorski*, koji je razvijen na osnovu italijansko-rimsko-kanonskog inkvizitorskog postupka. Zakoni pojedinih nemačkih zemalja su još dugo smatrali optužni postupak jedinim *redovnim* postupkom, a inkvizitorski *vanrednim*[35]. Ali je u praksi bilo obrnuto, inkvizitorski postupak je bio *redovan* a akuzatorski postupak *izuzetak.*[36]

---

[30] Bayer, V. :op. cit. str. 114.

[31] Ogorelica, N. :op. cit. str. 27.

[32] C.C.C. čl. 219.

[33] Peters, K. :op. cit. str. 63.

[34] Peters ističe (op. cit. str. 64)„(...)*ako se zanemari preterana strogost i neprihvatljivi metodi postupanja(tortura)iz zakona zrači istinski zahtev za pravednost, primerenost i ljudskost*".

[35] Tako npr. pruski Landsrecht od 1721. g.

[36] Od XVIII veka počinje i formalno zakonsko ukidanje optužnog postupka. S jedne strane kao nepotrebnog, jer u praksi zapravo nije živeo. S druge strane zbog opštepri-

Iako je recepcija rimskog prava sprovedena sredinom XVII veka, inkvizitorski postupak u Nemačkoj još uvek nije bio potpuno *zakonski* uređen. Karolina je detaljnije propise imala samo u pogledu optužnog postupka. Zbog toga je sudska praksa imala izuzetan značaj za formiranje nemačkog invizitorskog postupka. Ono je velikim delom zasnovano na običajnom pravu koje je nastalo sudskom praksom.[37] Nakon konačne recepcije rimskog prava i teoretske obrade i sistematizacije od strane Benedikta Carpzova, inkvizitorski postupak se malo menjao do kraja njegovog važenja tj. do druge polovine XIX veka.

Na osnovama Karoline i učenja Czarpzova kasnije su donošeni paritkularni zakoni za pojedine nemačke zemlje. Npr. *Codex iuris Bavarici criminalis* (1751. g), pruski *Allgemeinen Landrecht* (1794. g.) itd. i kao krajnja završna tačka razvoja inkvizitorskog postupka na tradicijama Karoline, pruski zakonik iz 1805. g. te bavarski zakonik iz 1813. g. Prvi moderni postupnik i prvi koji je posle Karoline važio na teritoriji cele Nemačke, donet je 1877. g.

b) Austrija

Nakon pojave Karoline, u Austriji su doneti pratikularni inkvizitorski zakonici koji u velikoj meri preuzimaju njene odredbe ili se zasnivaju na italijanskoj doktrini i praksi. Na Karolini se zasnivaju *Landsgerichtsordnung* Ferdinanda II za Kranjsku(1535. g.) i za Gornju Austriju (1559. g.), *Zemaljski i krivični sudski red* Karla II za Štajersku (1574. g.)[38], te za Koruśku (1577. g.). Neki partikularni zakoni nisu preuzimali Karolinu već su donošeni neposredno pod uticajem italijanske pravne teorije i prakse, npr. *Landesordnung* za Tirol je donet 1526. g. (dakle pre donošenja Karoline) a reformisan 1573. g. ali ne po ugledu na Karolinu.

U Austriji shvatanje o primarnosti optužnog postupka odražavaju zakonici iz druge polovine XVI veka, ali već *Ferdinandea* (1656. g.) smatra *oba postupka ravnopravnim*. Tri glavna izvora CCT: *Ferdinandea* (zvan još i Praxis Criminalis) za Donju Austriju (1656. g.), *Leopol-*

---

hvaćenog stava, da krivični progon mora da se vrši u javnom interesu, od strane državnih službenika i da se ne sme prepustiti samovolji privatnog lica. Ovaj proces se završava tek u prvoj polovini XIX veka, donošenjem završnih oblika inkvizitorskih zakonika.

[37] Benedikt Carpzov je u svom poznatom delu" *Practica nova rerum criminalium Imperialis Saxonica*"(1635 g.)sistematizovao inkvizitorski postupak razrađen sudskom praksom u nemačkim zemljama nakon potpune recepcije stranog prava. Zbog nedostatka zakonske regulative, njegovo delo je bilo vrlo uticajno na sudsku praksu čitavo stoleće, od sredine XVII veka do sredine XVIII veka.

[38] Skoro doslovce preuzima Karolinu.

dina (zakonik Leopolda I) za Gornju Austriju (1675. g.) i *Josephina* (Krivični sudski red Josipa I) za Češku i Moravsku iz 1707. g. od čijih delova je uglavnom i sačinjena, su pod uticajem Karoline. Zbog toga je CCT doneta[39] 1768. g., bila pod snažnim uticajem Karoline. SST gotovo u potpunosti ukida optužni postupak, ograničavajući ga na retke izuzetke. Bila je prvi zakonik koji je važio na celoj teritoriji Austrije[40]. Ali je već u vreme svog donošenja kritikovana zbog konzervativnosti i zadržavanja zastarelih ostataka srednjevekovnog feudalnog krivičnog prava i postupka. Nove ideje prosvetitelja u njoj nisu došle do izražaja. Međutim, ona je ipak imala jak uticaj na kasnije zakonodavstvo i trasirala je dalji razvitak postupovnog prava u Austriji u konzervativnom maniru. Važila je do 1778. g. kad ju je zamenio Opšti kazneni red za kaznene sudove prosvećenog cara Josipa II, koji već odražava i *neke* nove ideje svoje epohe, ali ipak *nije* bio pod *pretežnim* uticajem prosvetiteljskih ideja. To se ne može reći ni Kazneni zakonik iz 1803. g. koji koji ga je zamenio. Zakonik iz 1803. g. je bio zadnji čisto inkvizitorski zakonik u Austriji i predstavlja završi razvojni oblik inkvizitorskog postupka u Austriji[41]. Uočljiv je kontinuitet mnogih važnih instituta Terezijane, Josefine i zakonika iz 1803. Zakonik iz 1803. g. je važio do 1850. g. kad je pod uticajem revolucionarnih previranja 1848-1849. godine, donet novi zakonik zasnovan na liberalnim idejama francuske buržoaske revolucije. No, on je bio kratkog veka. Nakon konsolidovanja feudalnog poretka u Auctriji, već je 1853. g. donet novi konzervativni postupnik, u suštini inkvizitorskog karaktera, ali već sa nekim elementima optužnog postupka[42]. Moderan zakonik o krivičnom postupku Austrija dobija tek 1873. g.

Glava II
STRUKTURA CCT

Terezijana se sastoji od približno dva jednaka dela.

Prvi deo ima 54 člana (Artikel, articulus) i 6o9 paragrafa i ima takođe dva dela:

---

[39] O društveno-političkoj pozadini i okolnostma donošenja SST videti detaljno: Feješ, I: Constitutio Criminalis Theresiana, Sistem kazni, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2009 str. 237-242.

[40] Nije važio za zemlje Ugarske Kraljevine.

[41] Krajnjom završnom tačkom razvoja inkiviztorskog postupka pored ovog zakonika smatraju se još krivični zakonik Bavarske iz 1813. g. i Pruske iz 1805. g.

[42] Videti iscrpan prikaz ovog zakonika kod Novokmet, A. op. cit.

- U *prvi deo*, u 17 članova (155 paragrafa), sadrži materiju opšteg dela krivičnog prava(pojam krivičnog dela, cilj kazne, sistem kazni i sl.)
- *Drugi deo*, u 37 članova[43] (554 paragrafa), sadrži *opšta pravila* postupka. Važno je napomenuti, da su uz svako krivično delo iz posebnog dela Zakonika, bila propisana još i dodatna *posebna pravila* postupanja.

Drugi deo ima 50 članova (381 paragrafa) kojom su propisana bića pojedinih krivičnih dela. Uz *svako* propisano kriv delo se do detalja navode i *posebna pravila postupanja*: indicije koje su neophodne za započinjanje istrage, indicije neophodne za hapšenje, koji su uslovi određivanje torture, itd. Uz svaki član se daju i obavezna uputstva u kojima se ogledaju dotadašnja kriminalististička iskustva: koja pitanja treba postaviti prilikom ispitivanja, koje činjenice utvrditi, na koji način itd. Zbog toga je tekst pojedinih članova veoma opširan. Osim toga, odredbe su često previše kazuističke i sadrže dugačka nabrajanja, pisane su kitnjastim baroknim stilom, dugačkim rečenicama i ne retko su nejasne.[44] Međutim, opširnost ima i svoje opravdanje. Učenih pravnika je bilo malo, naročito u nižim sudovima. Dugačka objašnjenja, primeri i sl. što je danas sasvim neubičajeno za zakonski tekst, imali su u vidu tu činjenicu. Po svemu sudeći, SST je imala i ulogu udžbenika.

Procesna materija se izlaže drugačije nego što je danas uobičajeno. Pada u oči da nema podele na opšti deo(opšti pojmovi, instituti) i posebni deo(tok postupka). Materija je grupisana u članovima oko određenih procesnopravnih instituta. Samim tokom postupka, ali uzgred, najviše se bave čl. 25-42.

Zakonik reguliše i neka pitanja koja se danas ne smatraju krivičnoprocesnim. Tako, sadrži odredbe o izvršenju kazni (čl. 43), o sahranjivanju zatvorenika (čl. 44.), o dobrima zločinaca(čl. 45.), o sigurnom prolazu(čl. 5o.), o zatvorima(čl. 52), itd.

Zakonik je imao i veći broj priloga sa crtežima i detaljnim uputstvima npr. o vođenju zapisnika itd. Najpoznatiji je prilog sa crtežima i uputstvima za torturu.

Svaki član Zakonika se sastoji od određenog broja paragrafa, koji su samostalno numerisani za svaki član[45].

Radi sticanja uvida u sistematiku CCT navešćemo sadržaj procesnog dela, onako kako je u Zakoniku, sa tom razlikom što je u orginalnom tekstu broj člana ispisan slovima, ali radi pojednostavljenja, ovde će biti ispisan brojevima.

---

[43] U daljem tekstu navodićemo kao čl.

[44] Tako o krađi se raspravlja na 4, 5 strana A4 formata, CCT čl. 94, str. 256-261

[45] Zbog toga je prilikom citiranja neophodno navesti broj člana i paragrafa.

Procesno-pravna materija, koja iznosi nešto manje od polovine obima SST, ubuhvaćena je sledećim članovima:

Član 18-o krvnim ili krivičnim sudovima uopšte
Član 19-o nadležnosti u krivičnim stvarima, bliže o njenom dejstvu
Član 20-kako su krivični sudovi sastavljeni kako pri istrazi tako i kod donošenja presude i kako deluju i takođe kako treba da postupaju pri vođenju zapisnika?
Član 21-o slučajevima zločinstva u kojima krivični sudovi ne mogu slobodno odlučivati
Član 22-o višem sudu u krivičnim stvarima
Član 23-o vrstama krivičnih postupaka
Član 24-o krivičnoj tužbi
Član 25-o istražnom ili inkvizitorskom postupku
Član 26-o izviđanju(Erkundigung) da li je delo stvarno izvršeno? ili o corpora delicti
Član 27-uopšte o indicijama, zatim naročito o opštim indicijama za specijalnu ikviziciju
Član 28-o odavanju nekog učinioca ili denuncijacija
Član 29- o pritvaranju i o neophodnim indicijama za to
Član 30-šta činiti posle zatvaranja?
Član 31- o redovnom ispitivanju i ispitnim tačkama
Član 32-o priznanju okrivljenog i njegovom opozivanju
Član 33-o dokazivanju zlodela svedocima
Član 34- da li i na koji način bi se još moglo dokazati nedelo učinioca?
Član 35-o suočenju
Član 36-kad i kakva odbrana je dopuštena inkvizitu?
Član 37-šta činiti nakon sprovedene istrage?
Član 38-o dovoljnim uzrocima i indicijama za krivično ispitivanje takođe kad, protiv koga i na koji način ga sprovesti?
Član 39-o krivičnoj presudi
Član 40-o donošenju presude
Član 41-o objavljivanju presude
Član 42-o rekursu u krivičnim stvarima
Član 43-o izvršenju presude
Član 44-o sahranjivanju onih zločinaca koji su preminuli u zatvoru ili su pogubljeni
Član 45-o dobrima zločinaca
Član 46 –o jemstvu

Član 47-o pojedinim posebnim vrstama postupka za zločine
Član 48-o krivičnom postupku protiv odsutnih zločinaca i onih u bekstvu
Član 49-o prekom sudu
Član 50-o sigurnom prolazu
Član 51-postupak očišćenja
Član 52-o zatvorima
Član 53-o krivičnom sudiji i Visokom sudu
Član 54-o krivičnim troškovima

Mi ćemo se u prikazu CCT držati, radi lakše preglednosti, savremene sistematizacije procesne materije. U nemogućnosti da prikažemo celu materiju opšteg dela, osvrnućemo se na regulativu koja se odnosi na opšta načela, subjekte postupka i na dokaze.

Glava III
OPŠTA NAČELA

Opšta načela nisu posebno ni izdvojena ni obrađena u Zakoniku. Mogu se utvrditi analizom odredaba Zakonika.

1. Načelo oficijelnosti

Prema načelu oficijelnosti, krivični postupak se pokreće i vodi isključivo u interesu države nezavisno od volje oštećenog. Njenom primenom apsolutistička država je osiguravala sistematski progon svih učinilaca krivičnih dela. Ovo načelo nastalo u doba inkvizitorskog postupka, zadržalo se i u savremenim postupcima, jer je njegovim uvođenjem država konačno rešila sistematski progon učinilaca krivičnih dela[46]. SST je praktično ukinula akuzatorski postupak, koji se tada još uvek široko primenjivao i ograničila ga na više plemstvo.

Institut *privatne tužbe* SST *potpuno* ukida i upućuje oštećenog da podnese prijavu[47].

Javna tužba tj. optužni postupak je dozvoljen samo u 2 slučaja. Prvi, kad ovlašćeni sud ex officio *naredi* komornom prokuratoru ili nekom drugom licu, da podnese krivičnu tužbu protiv određenog učinica[48]. Drugi je slučaj, kada se postupa protiv određenih lica za krivična dela za koja se prema postojećim privilegijama u datom mestu, mora sprovesti optužni

[46] Videti Novokmet, A. :op. cit str. 85.
[47] CCT čl. 24. par. 3. i 4. i čl. 28.
[48] CCT čl. 24 par. 1. i sl.

postupak[49]. Osim ovih izuzetaka za sve ostale slučajeve važi inkvizitorski postupak[50].

Osim redovnog invizitorskog postupka SST je poznavao i sledeće *vanredne postupke*:

1. Ediktalni postupak protiv odsutnih lica i begunaca[51]
2. Postupak pred prekim sudom u slučaju izuzetne opasnosti[52]
3. Postupak očišćenja(purgatorni postupak) uperen protiv begunaca koji mole i dobiju siguran prolaz i drugih lica na slobodi, kojima to dozvoli viši sud. Ako okrivljeni uspe da dokaže nevinost, oslobađa se. Ako uspe samo upola, mora položiti zakletvu očišćenja(iuramentum purgationis), pa se oslobađa. Ako ne uspe sa dokazivanjem, osuđuje se na redovnu kaznu[53]
4. Konstitutivni postupak. Ovaj postupak se vodi ako je okrivljeni čestita i ugledna oosoba, ako delo nije teško i ako je stalno nastanjen u zemlji i nema opasnosti od njegovog bekstva. Moguće ga je sprovesti samo po dozvoli višeg suda, koji dozvolu daje po slobodnoj oceni. [54]Krivično delo se istražuje kao u *građanskim sporovima*. Okrivljeni treba da podnese pismeno opravdanje ili za to sastavljeno poverenstvo ispituje svedoke i okrivljenog i posle stavlja predlog za oslobođenje, primereno kažnjavanje ili na sprovođnje krivičnog postupka[55]

2)Inkviziciono načelo

Za da prikupljanje dokaza i utvrđivanje činjenica su *ovlašćeni i dužni* po službenoj dužnosti, državni organi. Iz ovog se vidi nastojanje države da krivični postupak uredi onako kako to najviše odgovara državnim interesima.

3)Zakonska ocena dokaza

Zakonodavac je nastojao obezbediti objektivnost sudije propisivanjem unapred kakvu dokaznu vrednost imaju pojedina dokazna sredstva kao određivanjem količine kvaliteta dokaza neophodnih za osudu okrivljenog (negativna terija zakonske ocene). Posle ukidanja torture 1776. g. usvojena je pozitivna teorija zakonske ocene dokaza.

---

[49] CCT čl. 24. par. 1. i 2.
[50] CCT čl. 26. par. 6.
[51] CCT čl. 48. i 50.
[52] CCT čl. 49. par 1-13.
[53] CCT čl. 51. par. 9.
[54] CCT čl. 47. par. 4.
[55] CCT čl. 47. par. 3.

4)Načelo pismenosti i tajnosti

Nije bilo ni stranačke ni opšte javnosti.

Sudeće sudsko veće nije dolazilo u kontakt sa okrivljenim i svedocima. Presuda je donošena na osnovu zapisnika o radnjama u toku istrage i drugih spisa. Istražni sudija u toku istrage bio je dužan da sa zapisničarem vodi detaljan zapisnik, jer je on trebao da bude surogat direktnog kontakta. Trebao je uneti sve o držanju okrivljenog, podrhtavanje glasa, menjanje boje, itd. [56] Način vođenja zapisnika, formu itd. CCT opširno reguliše[57].

Okrivljeni nije dolazio u kontakt, sudećim većem, po pravilu ni sa svedocima, ime prijavioca mu nije saopštavano itd.

Glava IV
SUD I DRUGI UČESNICI POSTUPKA

U inkvizitorskom tipu postupka ne možemo govoriti o "*subjektima*"postupka tj. u množini, jer postoji samo je ***jedan*** subjekat:sud. U njemu su objedinjene, saglasno javnom interesu progona, sve tri osnovne procesne funkcije:tužba, odbrana i presuđenje. Ovo je ujedno i fundamentalni nedostatak inkvizitorskog tipa postupka :U jednom subjektu koncentriše sve tri osnovne procesne funkcije koje se ne mogu sjediniti. Zbog toga ćemo u daljem izlaganju govoriti o sudu kao jedinom subjektu i okrivljenom i tužiocu.

1)Krivični sudovi

Sve do kraja ere inkvizitorskog postupka u Austriji, uređenje sudstva je bilo zasnovano na feudalnom lenskom sistemu. Sudsku vlast su imale osobe koje su svoje pravo suđenja izvodile iz privilegija koji su dobili od vladara (Landsfürst). "*Pošto sva sudbenost, tako i krivična, pripada Nama kao nosiocu vrhovne vlasti u svojstvu vladarke, iz toga samo po sebi proizilazi da krivično sudovanje može pripadati samo onom, koji je to pravo dobio od Nas ili naših prethodnika u vladanju(...)ili od zemaljskog kneza po raznim pravnim osnovama*"[58] Tom privilegijom sudsku vlast dobija *lično* određeno lice(tzv. personalno sudstvo) ili se *vezuje za*

[56] CCT čl. 27. par. 10.
[57] CCT čl. 20. par. 13.
[58] CCT. čl. 16. par. 3.

određeno imanje i pripada uvek aktuelnom vlasniku istog(tzv. patrimonijalno sudstvo). I u drugim nemačkim zemljama je sudovanje bilo zasnovano na načelu personalnog ili patrimonijalnog sudovanja. Još i u prvoj polovini XIX veka u Austriji, po ZKP iz 1803. g. uređenje sudova je na osnovama patrimonijalnog sudstva. No, onaj kome je vlast suđenja pripadala, nije je mogao sam vršiti ako nije imao potrebne kvalifikacije za to, nego je morao postavljati i plaćati kvalifikovane činovnike za obavljanje tog posla[59].

a)Stvarna nadležnost

Krivično sudstvo(pravo mača ili ius gladii) CCT definiše na sledeći način: „*Krvno(Blutgericht), krivično (Halsgericht)i zemaljsko (Landsgericht) sudovanje je pravo i vlast da se u krivičnim stvarima odlučuje o telu, dobrima i krvi čoveka*"[60]. Zakonik odmah propisuje i načelo oficijelnosti: "*Ovu vlast su ovlašćeni sprovoditi krvni sudovi koji su dužni po službenoj dužnosti otkrivati zločince, iste zakonskom prinudom progoniti, zatvoriti, dobronamerno ispitivati ili gde je to neophodno, podvrći ispitivanju na mukama, donositi presude u tim slučajevima i naređivati izvršenje presuda, sve u meri i na način koji propisuje ovaj krivični sudski red. "*[61] Značajno je da je proklamovano i načelo zakonitosti postupanja. No, široka diskreciona ovlašćenja suda su to relativizovala.

Iz ovih odredba sledi da se krivično pravosuđe u principu odvija pred krivičnim sudovima *opšte nadležnosti*. Sudovi opšte nadležnosti istražuju i sude po službenoj dužnosti. U pogledu stvarne nadležnosti u principu svaka vrsta krivičnih sudova je nadležna za sva krivična dela, u pogledu njihovog otkrivanja, identifikovanja i hvatanja učinilaca i njihovog kažnjavanja. Ovo pravilo, međutim trpi brojne izuzetke. Naime pored sudova opšte nadležnosti postojali su i razni *specijalni krivični sudovi*.

Nadležnost krivičnog suda opšte nadležnosti *ne* odnosi na lica koja zbog svog službenog položaja, porekla ili nekog drugog razloga spadaju pod nadležnost krivičnih sudova *posebne nadležnosti* za privilegovane osobe. Krivični sud opšte nadležnosti je i u takvim slučajevima bio obavezan da pribavi ili obezbedi sorpora delicti, mogao je eventualno lišiti slobode osumnjičenu privilegovanu osobu, obaviti sumarno saslušanje,

[59] Bayer, V. :op. cit, str. 136.
[60] CCT čl. 16. par. 1.
[61] CCT čl. 16. par. 2.

ali dalje nije mogao postupati. Osumnjičenog je morao bez odlaganja *predati sudu* za privilegovane. Privilegije je uživalo tri grupe lica. U prvu grupu su spadali ministri, personal carskog dvora i lica neposredno podređeni nosiocima dvorskih funkcija, pripadnici stranih ambasada, dvorski umetnici itd. U drugu grupu su spadali plemstvo u pokrajinama. Treću grupu su činili: sveštenici, studenti, pripadnici upravnog aparata:savetnici, službenici itd. i vojna lica[62]. Klasna podela i pravna nejednakost feudalnog društvenog uređenja se ogleda u ovim ali i u brojnim drugim pravilima postupka:privilegije za pripadnike vladajuće klase, strogo postupanje prema ostalima. [63]

Osim toga, za suđenje težih krivičnih dela, koja su bila naročito opasna za vladajuću feudalnu klasu, kao što su npr. veleizdaja, uvreda veličanstva(i sa tim u vezi i pobuna), krivična dela izvršena od pobunjene mase, itd. postojali su i posebni sudovi-komisije za istraživanje i suđenje [64].

U nastojanju što veće centralizacije, ali i podizanja kvaliteta suđenja, CCT daje značajno pravo nadzora višim sudovima(Obergericht) [65] i široka ovlašćenja prema nižim sudovima[66]. Niži sudovi su morali u svim težim i sumnjivim slučajevima tražiti njihovo uputstvo. U njihovoj nadležnosti je bilo da potvrde presude u težim slučajevima *pre* njihovog objavljivanja kao i da sude u prvom stepenu za neka dela. Viši sudu je rešavao sve pritužbe na odluke nižeg suda. U sklopu tih nadzornih ovlašćenja viši sudovi su mogli lišiti slobode sumnjiva lica koja niži sud nije uhapsio. Mogli su preispitati presudu, obustaviti izvršenje i narediti da se ponovi suđenje u svakom slučaj u kojem je niži sud doneo presudu povredom zakona. U slučaju težih povreda zakona mogli su i oduzeti predmet od suda koji je postupao protivpravno i dodeliti drugom sudu na novo suđenje itd. U nadležnosti višeg suda je bilo i odlučivanje o "rakursu" okrivljenog. Niži sudovi su njima morali slati kvartalne izveštaje. Obrazac izveštaja je bio posebno propisan i razrađen u jednom od priloga Zakoniku. I viši sud je morao slati godišnji izveštaj dvoru.

---

[62] CCT, čl. 19. par. 12-20.

[63] Zanimljiva je i poučna borba za ravnopravnost pred krivičnim sudom u Nemačkoj u XVIII-XIX veku. Detaljno izlaganje videti :Kasper-Biermann, S., "Nothwendige gleichheit dre Strafen bey aller Verschiedenheit der Staende im Staat"?(Un)gleichheit im Kriminalrecht der ersten haelfte des 19. Jahrhunderts, Geschishte und gesellschaft, 35. god sveska 4, okt-dec. /2009 str. 603-628

[64] CCT čl. 21. videti i čl. 47. i 49.

[65] CCT. čl. 18. par. 12-14. detaljno propisuje nadzorna ovlašćenja viših sudova i dužnosti nižih sudova.

[66] CCT čl. 22 par. 1-14.

Međutim, ovim pravom nadzora višeg suda *nisu* bili obuhvaćeni *svi* sudovi na njegovoj teritoriji, već samo oni koji su mu bili *izričito podređeni*. Nadzor nad *specijalnim sudovima*, koji su bili neposredno podređeni vladaru, vršio je sam vladar. Propisi Zakonika su bili obavezni i za ove sudove.

Ove odredbe su bile značajan napredak u odnosu na ranije stanje. Propisi o hijerarhijskom odnosu sudova, sastavu veća i sl. ograničavala su sudsku samovolju i tako bar u izvesnoj meri ublažavali inače težak položaj okrivljenog.

b)Mesna nadležnost

Mesna nadležnost je određivana prema mestu izvršenja krivičnog dela, mestu hvatanja učinioca[67] ili mestu prebivalište učinioca. Prednost ima u principu sud koji je lišio slobode učinioca[68]. Izuzetak od ovog pravila su sledeći slučajevi[69]:

-osumnjičenom je već bila ograničena sloboda kretanja izvan grada, kuće ili je bio u pritvoru ali je pobegao,

-osumnjičeni je već je usmeno ili pismeno pozvan pred sud zbog izvršenog krivičnog dela,

-ako je osumnjičenog sud pozvao putem oglašavanja da se pojavi pred sudom.

Ako osumnjičeni bude bilo gde uhvaćen, o njegovom trošku, trebao je da bude izručen sudu koji je odredio gornje mere"*bez oklevanja"*. U ovim slučajevima važi dakle princip "*forum praeventionis*".

U principu, hapšenje je mogao izvršiti samo sud nadležan po prebivalištu osumnjičenog, osim, ako je vlast progonila cigane, razbojnike odnosno lopove, i pri tome prešla granicu područja na kome je sud mesno nadležan. Isleditelji su mogli ući u određene zgrade i područja (zamkovi, manastiri itd.) u toku potrage za osumnjičenim, samo sa dozvolom gospodara tih područja nakon što mu je podnet izveštaj o krivičnom delu i važnijim indicijama. [70]

v)Brojni sastav suda

Brojni sastav suda je bio različit tokom istrage i suđenja.

---

[67] Zakonik govori o «zločincu», »krivcu» i sl. i pre nego što je postupak počeo. I to dokazuje da je vladala prezumpcija krivice okrivljenog.

[68] CCT čl. 19. par. 2. i 3.

[69] CCT čl. 19. par. 5.

[70] CCT čl. 19. par. 27. -28.

Istraga i presuđenje su " *od najveće važnosti jer se tu radi o životu i telu čoveka i zbog toga je neophodno potrebno da i istražni i sudeći sud bude sastavljen od podobnih ljudi veštih u svom poslu*[71] ".

v1)Brojni sastav suda u istrazi

"*Važnost stvari ne dopušta*" da cela istraga, a time "*život, telo, dobra, i čast čoveka budu poverena jednom čoveku*" pa je vođenje istrage poveren sudiji sa 2 porotnika i zapisničaru[72]. Sudija je morao poznavati zakonik[73], morao je biti pošten i razborit[74]. Porotnici nisu morali poznavati zakon, ali su morali biti najpošteniji, najbogobojažljiviji i najpametniji stanovnici mesta suda. Uloga im je i inače bila simbolična, potpuno formalna, i zbog toga njihovo pravno obrazovanje i nije bilo važno. Njihova je dužnost bila da prisustvuju istražnim radnjama i da kasnije po potrebi svedoče o njima npr. o priznanju okrivljenog.

Zapisničar mora biti zaklet i vešt pisanju[75]. Vodi zapisnik o kome postoje opširni propisi. [76]

Ako je trebalo voditi istragu o više krivičnih slučajeva istovremeno, istragu su vodila 2 "komisara"[77].

v2)Brojni sastav suda u toku suđenja

Presudni sud se sastojao od najmanje 7 članova :sudije i 6 porotnika. Svi su morali biti zakleti, poznavati zakon i biti razboriti. Pomagao im je zakleti referent, pravni stručnjak ili poznavalac prava, kojeg je ispitao viši sud i potvrdio njegovu sposobnost za vršenje poslova u suđenju [78].

d)Izuzeće sudija

Objektivnost sudija trebalo je da garantuje i institut izuzeća. Nije moglo postupati lice koje je sa okrivljenim, oštećenim ili podnosiocem prijave u krvnom srodstvu (u pravoj liniji do šestog a u pobočnoj do četvrtog stepena), lice koje je u zavadi sa okrivljenim ili je već ispitano kao svedok u istoj stvari ili je pretrpeo materijalnu štetu ili je učestvovao u

---

[71] CCT čl. 20 par. 1.
[72] CCT čl. 20. par. 3. i 6.
[73] Kako kaže Ogorelica, (op. cit. str. 57), "mora biti vješt u zakonu"
[74] CCT čl. 20. par. 5.
[75] CCT čl. 20. par. 7.
[76] CCT čl. 20. par. 13-22.
[77] CCT čl. 20. par. 3.
[78] CCT čl. 20. par. 8. i 9.

slučaju na drugi način. Ova pravila se odnosila ne samo na sudije već i na porotnike [79].

2)Okrivljeni i njegova odbrana

CCT deklariše da je odbrana okrivljenog od izuzetnog značaja *"jer se u krivičnom postupku radi o životu ljudi, i pravedno je, da svako koga sumnjiče za izvršenje zločina ili ga zbog toga uhapse, dobije sva sredstva za pomoć i svoj spas. "*[80] Međutim ovo je prazna deklaracija. *"Sva sredstva"* koja zakonik deklariše faktički se svode skoro na nulu.

Dok je inkvizicija u toku, okrivljeni nema pravo na branioca. [81]Istražni sudija (inkvirent) zastupa i sud i tužioca i okrivljenog. [82]

Branilac je redovno isključen i nakon završene invizicije[83]. Dopušten je samo izuzetno:ako je okrivljeni bolestan ili je stvar zamršena ili ako postoje drugi važni razlozi, okrivljeni može na kraju istrage tražiti branioca, za izvođenje odbrane i za sastavljanje pisma odbrane[84].

Okrivljeni je bio u teškom položaju. U istrazi nije imao pravo na branioca, a pritvoren, faktički nije bio ni u mogućnosti da se sam efektivno brani. Iz naglašenog javnog interesa progona proizilazilo je da se i tužba i odbrana poverava državnom organu. Inkvirent je odlučivao da li će pokrenuti postupak protiv nekog, i o njemu je zavisila i odbrana. Inkvirent se brinuo o odbrani u meri u kojoj *on* to smatrao potrebnim. Okrivljeni je zbog toga, nasuprot deklarisanih "*svih sredstava*" odbrane, bio faktički lišen *bilo kakve* mogućnosti odbrane. To je odlučujuće uticalo na položaj okrivljenog u istrazi.

Nakon izricanja presude, okrivljeni je mogao imati stručnog pomagača da napiše njegov "rakurs"na presudu.

3)Tužilac

SST je privatnu tužbu u potpunosti ukinula.

Javna tužba je bila dozvoljena samo u dva slučaja(videti gore).

U svim ostalim slučajevima sud je postupao po službenoj dužnosti bez tužioca.

---

[79] CCT. čl. 20. par. 4.
[80] CCT čl. 36. par 1.
[81] CCT čl. 36. par. 5.
[82] CCT čl. 36. par. 6.
[83] CCT čl. 36. par. 9.
[84] CCT čl. 36. par. 10.

Glava V
DOKAZNA SREDSTVA I OCENA DOKAZA

1) Dokazna sredstva

O dokazima postoje opširni propisi koji se zasnivaju na teoriji italijansko-rimsko -kanonskog prava[85].

Dokazna sredstva su katalogizirana, i druga sredstva nisu bila dozvoljena.

Dokazivanje je vršeno u istrazi. Presuda je donošena na osnovu spisa istrage.

a) Priznanje okrivljenog

U duhu teorije italijansko-rimsko -kanonskog inkvizitorskog postupka, najvažnijim se smatralo priznanje okrivljenog("confessio est regina probationum"). Cela istraga se "*vrti oko toga da se ishodi priznanje njegovo*". [86]

Priznanje mora biti dobrovoljno, jasno, temeljno, stalno i položeno pred sudom[87].

Ako inkvizit (okrivljeni) nije dobrovoljno priznao, a postojali su Zakonikom propisani uslovi, priznanje je moglo biti iznuđeno torturom sprovedenom prema propisima SST. Tortura sama po sebi *nije* bilo dokazno sredstvo, ali je bio bitni deo dokaznog prava. Najbolje razrađeni deo dokaznog postupka je upravo tortura[88]. Propisani su detaljni uslovi :za koja krivična dela, protiv kojih lica i pod kojim uslovima je moguće odrediti torturu. Pored opštih propisa, u posebnom delu Zakonika, kod svakog krivičnog dela su predviđeni konkretni uslovi za određivanje torture. Priznanje dato na torturi inkvizit je morao potvrditi pred sudom posle nekoliko dana. Ta potvrda je smatrana "*dobrovoljnim priznanjem"*. Ako je odbio potvrdu, podvrgavan je ponovo torturi, najviše još dva puta.

b)Svedoci

Pored priznanja okrivljenog glavno dokazno sredstvo su bili svedoci. Za osudu okrivljenog bio je potreban tzv. "*pun dokaz*" tj. saglasna izjava dva besprekorna svedoka. Iskaz samo jednog svedoka je bio samo

[85] CCT čl. 32-35.
[86] Ogorelica, N. :op. cit. str. 59.
[87] CCT čl. 32.
[88] CCT čl. 3. par. 1-32.

tzv. "*poludokaz*" i bilo je potrebno dodati još i nepunovažno priznanje ili neki drugi dokaz da bi se okrivljeni mogao osuditi[89].

Neka lica bila *isključena* iz svedočenja: lica sa nedostacima (npr. mentalno zaostala lica) ili lica koje po sili zakona nisu bila dostojna ili su bila nepodobna za svedočenje(lica lišena časti, materijalno i moralno zainteresovana lica, stranac, lice na lošem glasu, lice u zavadi sa okrivljenim i podnosilac prijave). Žene su mogle biti svedoci.

Određena lica su imala *privilegiju* nesvedočenja: srodnici po krvi u pravoj liniji do 3. stepena u pobočnoj do drugog stepena i prijatelj.

Međutim, u slučaju teških krivičnih dela i ova lica i isključena lica su bila *dužna* svedočiti.

Osim plemstva i sveštenih lica svedoci su morali položiti zakletvu. Svedočki iskaz se morao dati usmeno pred sudom. Ranije, pre donošenja SST obaveza neposrednog svedočenja nije bila univerzalna. Nije se odnosila na plemstvo, koje je moglo svoj iskaz u pismenoj formi u obliku odgovora na pismeno postavljena pitanja i poslati sudu. SST je ovu privilegiju plemstva ukinula jer se smatralo da to u velikoj meri usporava i otežava rad suda. U slučajevima težih krivičnih dela i plemić je morao lično, pred sudom svedočiti.[90]

Iskaz saokrivljenih je samo pod izvesnim uslovima bio valjan dokaz.[91]Samo ako su ti iskazi detaljni i poduprti u zakonu navedenim činjenicama, su mogli biti valjan dokaz[92]. Npr. ako su dva saokrivljena, nezavisno jedan od drugog, imenovala isto treće lice kao saizršioca, ova dva iskaza se smatraju jednako vrednim kao iskazi dva besprekorna svedoka.

c) Indicije

Indicije su za CCT od velike važnosti i zbog toga se njima opširno bavi. Na osnovu određene količine i kvaliteta indicija je započinjana specijalna inkvizicija,[93] određivana tortura itd. Prema zakonskoj definiciji, indicije su takve pojave, koje dokazuju izvesnu vezu između izvršenog krivičnog dela i osumnjičenog. Veza može biti daleka(najmanje je toliko potrebno za pokretanje specijalne istrage), bliska(to je dovoljno za hapšenje) ili veoma bliska(to je dovoljno za određivanje torture i ima vrednost poludokaza). Učinjeno je nekoliko pokušaja da se indicije precizno defi-

[89] CCT čl. 33. par. 1. i dalje
[90] CCT čl. 33. par. 18.
[91] CCT čl. 33. par. 6-9.
[92] CCT čl. 3. par. 6-9.
[93] To je za okrivljenog bio sudbonosni trenutak. Ako je započeta specijalna inkvizicija, njegova sudbina je u najvećem broju slučajeva bila zapečaćena.

nišu i odredi njihova dokazna vrednost, ali se sve završava sa dugim nabrajanjem i konstatacijom da *"taksativno određivanje indicija koje bi važilo za sve slučajeve nije moguće "*te se njihova ocena na kraju prepušta sudiji.

Prema Zakoniku okrivljeni se nije mogao osuditi samo na osnovu indicija u "*slučajavima u kojima se radi o životu i telu ili povlače osudu na kaznu izjednačenu smrtnom kaznom*". One su u principu dovoljne samo za osudu na *vanredne kazne* kod teških zločina[94] ili izuzetno, po *uviđavnosti suda* mogle su biti dovoljne i za osudu na *redovne kazne* kod manje teških krivičnih dela[95]. Međutim, indicije određene količine i kvaliteta su bile dovoljne za odluku o određivanju torture[96]. Pošto je retko ko izdržao torturu tri puta a da ne prizna, *faktički* i indicije su bile dovoljne za osudu i na najteže kazne.

f) Corpora delicti

CCT se sa corpora delicti detaljno bavi[97]. Shvata ih mnogo šire i drugačije nego danas. To je *zbir dokaza*, *indicija i predmeta* (tragova)krivičnog dela. Corpora delicti je trebalo prvo utvrditi. Bili su dakle prvo predmet dokaza, i tek kad su utvrđeni, mogli su služiti kao dokaz. "*Pošto corpora delicti leže u osnovi svih kaznenih postupaka, neophodno saznati da li je delo izvršeno saglasno idicijama, zbog toga svaki krivični sud(...)odmah da istražuje corpora delicti, a to znači da dođe do saznanja da li je delo stvarno izvršeno?* [98]" Po CCT corpora delicti su "*dokaz i indicija o izvršenom nedelu*. *Iste mogu biti formalna i materijalna. Pod prvom se podrazumeva izvesnost ili realnost o izvršenom zlodelu u pravnom smislu, a pod drugom takvi znaci, sredstva i sporedne okolnosti na osnovu kojih se može doći do verovatnog zaključka o delu*"[99].

Za utvrđivanje corpora delicti mogu se ispitati okrivljeni, svedoci, izvršiti uviđaj, angažovati veštaci. Detaljno je propisan postupak sa veštacima za slučaj ubistva, deteubistva, trovanja, falsifikovanja novca, itd.

g)Uviđaj

CCT upozorava sud da nisu sva krivična dela ista, pa se ni corpora delicti ne može kod svakog krivičnog dela na isti način utvrđivati. Važno

[94] CCT čl. 34. par. 2.
[95] CCT čl. 38. par. 3
[96] CCT čl. 38. - indicia torturalia
[97] CCT čl. 26. par. 1-37.
[98] CCT. čl. 26. par. 3.
[99] CCT čl. 26. par. 1.

je razlikovati krivična dela na one kod kojih posle izvršenja ostaje vidljiv "*materijalni znak*" i ona kod kojih to nije slučaj.

Ako ima "*znaka*"(tj. tragova i predmeta), sud mora odmah poslati na lice mesta zakleto sudsko osoblje sa nalogom da izvrši uviđaj i da opiše i unese u zapisnik sve "znake", tela, oruđa itd[100].

g)Veštaci

Veštaci kao takvi nisu bili dokazno sredstvo, što ne znači da nisu učestvovali u postupku. Sud ih je mogao koristiti na dva načina.

Prvi, kad je veštačenje moglo biti obavljeno u formi uviđaja. Veštak je u prisustvu sudije i dva porotnika izveo veštačenje a rezultati su se odmah unosili u zapisnik.

Drugi način je bio da se veštak sasluša kao stručni svedok. Ovo je dolazilo u obzir kada prvi način nije bio moguć.

d) Suočenje

SST je propisivala da je suočenje moguće u sedam slučajeva. Okrivljeni u raznim kombinacijama sa saučesnicima, prijaviocem pomagačima, svedocima i svedoci među sobom. [101]

đ) Ostala dokazna sredstva[102]

SST je osim već navedenih dokaznih sredstva poznavao još sledeća dokazna sredstva:

1. Nesporne indicije
2. Nesporne isprave
3. Saglasna izjava više saokrivljenih

Isprave koje sadrže vansudsko priznannje okrivljenog[103] imale su rang indicija. Izuzetno, po *uviđavnosti suda* mogle su biti dovoljne i za *osudu* na redovne kazne kod manje teških krivčnih dela.

2) Zabrana korišćenja ličnih saznanja i saznanja državnih organa kao dokaza i dokaznih sredstava nenevedenih u Zakoniku

Sudija nije smeo koristiti svoja privatna saznanja u suđenju. Isto to važi i za saznanja državnih organa. "*Neophodno je pribaviti zakoniti dokaz*"[104] na šta je sudija inače bio dužan po službenoj dužnosti.

---

[100] CCT čl. 26. par. 6.
[101] SST čl. 35.
[102] SST čl. 34.
[103] SST čl. 34. par. 4. i 5.

"*Osim gore navedenih dokaznih sredstava*[105] *druga nisu dozvoljena, a još manje davno česte, ali već od ranije zabranjene probe sa vatrom i vodom njima slični metodi*"[106]. SST ovom odredbom ograničava dokazna sredstva koja se mogu koristit u postupku. Propisuje "*zatvoren sistem*" dokaznih sredstava tj. u zakoniku nenavedena dokazna sredstva se ne mogu koristiti.

Ovim odredbama su izričito zabranjeni božji sudovi, koji su bili redovno dokazno sredstvo u starom germanskom optužnom postupku.

2) Ocena dokaza

Važila je negativna zakonska ocena dokaza. Što je značilo da sud mora sakupiti određenu količinu i kvalitet dokaza da bi neku činjenicu mogao smatrati dokazanom. Reformom iz1776. g. usvojena je pozitivna teorija zakonske ocene dokaza.

3) Izmene u sistemu dokaza

U toku važenja SST, dokazni sistem je doživeo značajne izmene 2. 1. 1776. g. Tada je

1. ukinuta tortura
2. dozvoljena osuda na osnovu indicija
3. umesto negativne teorije zakonske ocene usvojena pozitivna teorija.

Glava VI
ZAVRŠNA RAZMATRANJA

CCT je tipičan inkvizitorski postupnik u tradiciji Karoline. Krivično pravosuđe je bilo ustrojeno po tradicionalanom patrimonijalnom sistemu, delom pod neposrednim delom pod posrednim nadzorom vladara. Postupak je bio tajan, pismen i posredan. U centru dokaznog sistema je tortura do njenog ukidanja 1776. g. [107]

Donošenjem SST završava se era partikularnih zakonika u Austriji i više ih posle nije ni bilo. Pripada "srednjoj generaciji"postupnika tog tipa.

---

[104] SST čl. 34. par. 15.

[105] Pitanje je na šta se ovo odnosi : na sva ranije navedena dokazna sredstva u Zakoniku ili dokazna sredstva nabrojana na početku istog člana (čl. 34. par. 1.)

[106] SST čl. 34. par. 16.

[107] Nasuprot očekivanju, ukidanje torture nije dočekano sa opštim oduševljenjem. Bilo je i problema da se zabrana sprovede u praksi. Zabranu torture je trebalo nekoliko puta potvrditi (čak i 1818. g.).

Predstavlja most između "rane generacije" inkvizitorskih postupnika koji su bili izvor SST a poslužila je i sama kao izvor i vršila je snažan uticaj na sledeću generaciju " kasnih" inkvizitorskih postupnika donošenih krajem XVIII i u prvoj prvoj polovini XIX veka. Austrija je dobila moderan krivični postupak tek 1875. g.

Prilikom izricanja vrednosnih sudova o pravnim spomenicima treba svakako imati u vidu merila *tadašnjih* vremena. SST je mnogo kritikovana već u svoje vreme zbog anakronističkih srednjevekovnih relikata koje je zadržala (groznih kazni, sudske samovolje, torture itd.). Ipak, ima i mišljenja da iz nje "*izvire topla ljubav prema čoveku i pravdi*" i da se austrisjsko zakonodavstvo "*nema čega stideti*". [108]

Uprkos različitih ocena i mišljenja, SST je značajna stepenica u razvoju krivičnog postupka u velikom delu Evrope.

[108] Kwiatowski, E. Die Constitutio Criminalis Tehresiana, Innsbruck, 1904. str. 144.

Ištvan Feješ, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Constitutio Criminalis Theresiana
–Some institutes of the general part of criminal procedure law–

Abstract

Theresiana is little known code in Serbia, even although it is an important step in the development of criminal procedure law in the large part of Europe. Unil now we have shown the majority of substantive criminal law institutions. This paper is going to talk about the criminal - procedure provisions of the code. Due to the volume of the materia it was only possible to analyse some institutions, the intitutions of the so called general part of criminal procedure law.

Key words:Theresiana, inquisitorial procedure, general part of the criminal procedure law.

Originalni naučni rad UDK 347.92
doi:10.5937/zrpfns46-1905

Dr Marija Salma, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

POSTUPAK ZA REŠAVANJE SPORNOG PRAVNOG PITANJA

Sažetak: *U radu se razmatraju odredbe važećeg Zakona o parničnom postupku koje dopuštaju da se prvostepeni sud povodom parnice u toku obrati Vrhovnom kasacionom sudu radi zauzimanja pravnog stava po pravilima postupka utvrđivanja načelnih stavova, ukoliko je reč o pravnoj stvari povodom koje nižestepena sudska praksa nije ujednačena. Ovo rešenje zakona je analizirano u svetlu primenu načela o nezavisnosti sudstva.*

Ključne reči: *prethodno rešavanje pravnog pitanja pred Vrhovnim kasacionim sudom, precedentno pravo, prethodno pravno pitanje.*

I

Važeće odredbe ZPP o postupku rešavanja spornog pravnog pitanja

Prema važećem Zakonu o parničnom postupku Republike Srbije ako u većem broju predmeta postoji potreba da se *zauzme stav o spornom pravnom pitanju* koje je od značaja za odlučivanje o predmetu postupka pred prvostepenim sudovima, prvostepeni sud će po službenoj dužnosti ili na predlog stranke pokrenuti postupak pred *Vrhovnim kasacionim sudom* radi rešavanja spornog pravnog pitanja. Prvostepeni sud pokreće postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja zahtevom.[1] Vrhovni kasacioni

Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Uticaj evropskog i precedentnog prava na razvoj građanskog materijalnog i procesnog prava u Srbiji i Vojvodini* čiji je nosilac Vojvođanska akademija nauka i umetnosti.

[1] Zakon o parničnom postupku (u daljem tekstu ZPP), Službeni glasnik Republike Srbije, br. 72. od 28. septembra 2011. godine, st. 1. čl. 180. Prema komentatorima ZPP-a (*Stanković*, Gordana, *Rajović,* Veroljub, Komentar Zakona o parničnom postupku, Slu-

sud rešava sporno pravno pitanje *po pravilima postupka za usvajanje pravnih stavova*.[2] Sud koji je pokrenuo postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja je dužan da *zastane* sa postupkom dok se ne okonča postupak pred Vrhovnim kasacionim sudom. [3]

Zahtev prvostepenog suda treba da sadrži kratak prikaz utvrđenog stanja stvari, navode stranaka o spornom pravnom pitanju[4] i razlog zbog kojih se sud obraća Vrhovnom kasacionom sudu. Prvostepeni sud je dužan da priloži uz zahtev i sopstveno *tumačenje spornog pravnog pitanja*. Prvostepeni sud je dužan da uz zahtev za rešenje spornog pravnog pitanja *dostavi i sam predmet* Vrhovnom kasacionom sudu. [5]

II

Pravna priroda postupka za prejudicijelno rešavanje pravnog pitanja

Povodom navedenih odredaba važećeg ZPP-a, čini se opravdanim postaviti pitanje da li se radi o primeni precedentnog prava ili samo o prejudicijelnom tumačenju prava od strane Vrhovnog kasacionog suda, „prema pravilima o zauzimanju načelnih stavova", pre nego što se prvostepeni postupak okonča?

Da krenemo redom, korak po korak, u pokušaju da odgovorimo na ovo pitanje.

(1) Pravilo *iura novit curia* (sud poznaje pravo) nalaže da je u principu i prvostepeni sud jednako vezan pravom kao i Vrhovni. Sud ne funkcioniše kao administracija, po tzv. principu administrativne subordinacije. Otuda ne bi trebalo da u prvostepenom postupku kada je sud u dilemi oko tumačenja prava pita za mišljenje Vrhovni kasacioni sud. Iz toga naime proističe (1) da nema pretpostavke o poznavanju prava (prvostepenog suda). 2) Vrhovni kasacioni sud se pita za mišljenje pre nego što bi pravna

---

žbeni list Srbije i Crne Gore, Beograd, 2005, str. 36, t. 21), procesnog zakona kojim je u naše pravo uveden postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja, ovaj postupak je u saglasnosti sa preporukama Komiteta ministara Saveta Evrope. Autori navode da slična rešenja postoje i u pravu Evropske unije.

[2] ZPP, st.1 čl. 183. V. i čl. 31 Zakona o uređenju sudova, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 116/2008, 104/2009 i 101/2010, u kojem je propisano da Vrhovni kasacioni sud utvrđuje načelne pravne stavove radi jedinstvene sudske primene prava. Tu nadležnost Vrhovni kasacioni sud ima izvan suđenja.

[3] ZPP. st. 2. čl. 180.

[4] O pojmu spornog pravnog pitanja v. *Jakšić*, Aleksandar, Sudska praksa kao izvor građanskog procesnog prava, Građansko procesno pravo, Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 87-88.

[5] ZPP. čl. 181.

stvar instanciono, preko odgovarajućih pravnih lekova stigla do njega. Uzmimo da se Vrhovni kasacioni sud izjasnio, da je zauzeo pravni stav. Prvostepeni sud u skladu sa tim, nastavlja i okončava postupak. Uzmimo i to da je po pravnosnažnosti tako okončanog postupka protiv takve odluke podnet vanredni pravni lek, kojim se predmet ponovo našao pred Vrhovnim sudom. Hoće li tada Vrhovni sud (pošto se već jednom izjasnio) odbaciti takav zahtev na osnovu pravila ne bis in idem. Neće li se time obesmisliti institucija vanrednog pravnog leka?

(2) Pravilo o *podeli na zakonodavnu, sudsku i izvršnu vlast*[6] podrazumeva da pravo stvara parlament, uprava obezbeđuje uslove primene, tj. izvršenje, a sud samo primenjuje pravo. Otuda u sistemima striktne podele vlasti, što je usvojeno u većini kontinentalnih sistema (izuzev reformskih zemalja) Vrhovni sud nema zadatak da stvara tzv. načelna mišljenja, poput precedenata, koja bi obavezno ili fakultativno važila za nižestepene sudove, poput zakona, u sledećim sličnim pravnim stvarima. U nemačkom i francuskom procesnom pravu naime, čak i u kasacionoj funkciji Vrhovni sud postupa samo povodom konkretnih (vanrednih) pravnih lekova, povodom konkretnih sporova, te se stav Vrhovnog suda ne proteže na druge sporove, poput precedenta.

(3) Pravilo o *nezavisnosti sudske vlasti*.[7] Smisao nezavisnosti sudova jeste u tome da su sudovi isključivo vezani zakonskim propisima, a nisu

---

[6] V. *Stanković*, Gordana, Sudska praksa i princip podele vlasti, Pravni život, br. 12/1995, str. 303.

[7] V. st. 2. čl. 142. Ustava Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 98/2006, prema kome sudovi sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata kada je to predviđeno zakonom, opšte prihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora. Po st. 2. čl. 145. Ustava sudske odluke se zasnivaju na Ustavu, zakonu, potvrđenom međunarodnom ugovoru i propisu donetom na osnovu zakona. Po st. 3 istog člana pak, sudske odluke su obavezne za sve i ne mogu biti predmet vansudske kontrole. Po st. 4 sudsku odluku može preispitati samo nadležni sud u zakonom propisanom postupku. U makedonskoj literaturi (*Janevski*, Arsen, *Zoroska Kamiloska*, Tatjana, Građansko procesno pravo, knj. 1, Parnično pravo, izdanje Pravnog fakulteta Justinijan Prvi u Skoplju, Skoplje, 2009, str. 53.) nezavisnost sudova se takođe tumači u smislu da stanovišta viših sudova ne obavezuju nižestepene, iako ih oni u najvećem boju slučajeva poštuju, prvenstveno zbog njihovih argumenata. Autori ističu da sudovi kada odlučuju o konkretnom predmetu ne mogu da se pozivaju na tumačenje suda u identičnom predmetu jer bi sudska praksa tada i formalno bila izvor prava. Izuzetak čini odluka revizijskog suda o ukidanju presude i vraćanju na ponovno odlučivanje pošto je tada nižestepeni sud vezan za pravno shvatanje revizijskog suda. Takođe, izuzetak čini situacija kada se povodom konačne presude Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu dozvoli ponavljanje postupka pred sudom u Republici Makedoniji. U ponovljenom postupku sudovi su dužni da poštuju pravne stavove izražene u konačnoj presudi Evropskog suda za ljudska prava kojom je utvrđena povreda ljudskih prava i sloboda.

vezani za mišljenje višeg organa (poput administrativne vlasti). To ne znači da nižestepeni sudovi nisu vezani stanovištem višestepenog suda. Ali se ta vezanost (npr. povodom vraćanja predmeta nižestepenom sudu radi ponovnog raspravljanja) ispoljava samo u pogledu poštovanja uputstava višestepenog suda u vezi ponavljanja dela postupka, ali ne i vezi sa pravnim stanovištem. Zauzeto pravno stanovište višestepenog suda, naime, vezuje nižestepene sudove snagom argumentacije, a ne administrativne subordinacije.

(4) *Striktno precedentno pravo*, uz određenu evoluciju, bilo je dugo vremena tokom XIX i početkom XX veka u primeni u klasičnom mađarskom pravu, kao i van evropskog kontinenta, u anglosaksonskom pravu, sa važenjem i u današnje vreme. Suština precedenta je u tome da izvorište prava nije u parlamentarnoj delatnosti stvaranja prava, već u odlukama Vrhovnog suda, koje se analogno primenjuju u potonjim drugim sličnim slučajevima. Prednost precedentnog prava je fleksibilnost, ali nedostatak je u tome, što se teško pronalazi pravo, po nekada čak u nekim davno donetim odlukama.

(5) Da li su tzv. *načelna mišljenja* u našem pravu pravi precedenti? Mislimo da nisu. Ona su uvedena po negdašnjem sovjetskom modelu u sve zemlje koje su bile pod uticajem tog modela. Polazilo se od toga da načelna mišljenja Vrhovnog suda služe tzv. *ujednačavanju sudske prakse*, ako se pokaže da je povodom primene jedno te istog pravnog instituta došlo do divergencije nižestepene sudske prakse, te je potrebno „ujednačenje“ putem načelnih stavova, koji su u nekim reformskim zemljama sa snagom preporuke ili su obavezni. Ti stavovi se ne smatraju samostalnim izvorom prava, već samo kao „merodavno, ispravno tumačenje“ zakonske norme. Ipak, kroz tumačenje se dolazi do pravog značenja norme, te je takav načelni stav deo „dodatnog“ značenja norme. Kroz to, u neku ruku predstavljaju „precedent“.

(6) *Ustavni sud Republike Srbije* je povodom inicijative za ocenu ustavnosti čl. 176-180. (sada čl. 180-185.) ZPP odlučio da navedene odredbe *nisu neustavne*.[8] Inicijator ocene ustavnosti odredaba o postupku za rešavanje spornog pravnog pitanja je zamerio tim odredbama da ne obezbeđuju dvostepenost suđenja što je garantovano Ustavom. Prigovarao je

[8] V. Odluku ustavnog suda RS, IU-181/2005. od 28. septembra 2006. godine. Po toj odluci pravni institut iz odredaba čl. 176-180 (što odgovara članovima 180- 185 važećeg) ZPP-a, predstavlja način kojim se kroz zauzimanje pravnih shvatanja Vrhovnog suda Srbije, obezbeđuje pravna sigurnost i jednakost u postupcima pred nižestepenim sudovima, kao i suđenje u razumnom roku, čime se ne narušava načelo nezavisnosti sudova i dvostepenosti odlučivanja, niti se mimo odredbe st. 1. čl. 96. Ustava uvodi suđenje na osnovu pravnih shvatanja Vrhovnog suda Srbije. V. In: *Radovanov* Aleksandar, Parnični postupak, Intermex, Beograd, 2008, str. 257.

da rešavanje spornog pravnog pitanja od strane Vrhovnog kasacionog suda ne spada u izvore prava koje Ustav predviđa. Ovim odredbama se zamera i to da dovode do neravnopravnog položaja stranke u onim predmetima u kojima se nižestepeni sud nije obratio Vrhovnom kasacionom sudu za prethodno rešavanje spornog pravnog pitanja. [9]

Razmatrajući tim povodom pitanje *da li je odluka Vrhovnog kasacionog suda izvor prava*, *literatura* ne daje decidan odgovor. Ako bi nižestepeni sudovi bili vezani za sudsku interpretaciju Vrhovnog kasacionog suda, kaže se da bi to bio „atak" na nezavisnost nižestepenih sudova. Navodi se takođe da se ovde radi o dva međusobno suprotstavljena interesa, potrebe za jednakom primenom i tumačenjem prava koju obezbeđuje Vrhovni kasacioni sud kad zauzima stav o spornom pravnom odnosu koji treba primenjivati u svim istim pravnim situacijama, i ustavne i zakonske nezavisnosti nižestepenih sudova od višestepenih sudova u tumačenju prava. Sam žalbeni sud može meritorno da reši spor ako je presuda u istoj pravnoj stvari već jednom ukinuta čime on svojim rešenjem negira interpretaciju koju je dao nižestepeni sud. Literatura zbog toga još uvek *sumnja u ustavnost* te odredbe. [10]

III

O uslovima obraćanja nižestepenog suda Vrhovnom sudu radi zauzimanja pravnog stava o tekućem sporu pred prvostepenim sudom

Povodom i u prilog ovog naučnog stava pored iznete argumentacije dodaćemo i sledeće: Prema spornim odredbama ZPP-a, prvostepeni sud, pre okončanja rasprave konkretne parnice, može da zastane sa postupkom i da se obrati za pravni stav Vrhovnom kasacionom sudu, ukoliko postoji različita praksa povodom istog pravnog instituta materijalnog prava. Problem je u tome što nivo raspravljenosti nije uslov tog obraćanja (na primer da je već okončana glavna rasprava i da su izvedeni svi dokazi prema predloženim relevantnim dokazima i dokaznim sredstvima). Ako je to tako, tj. ako se činjenično stanje nije dovoljno raspravilo, prvostepeni sud nije u stanju da se zahtevom obrati Vrhovnom kasacionom sudu da on zauzme pravni stav, da proceni da li se stvarno radi o potrebi za novim (načelnim) pravnim stanovištem. Takođe, prvostepeni sud je dužan da uz spise dostavi svoj predlog pravnog stanovišta.

[9] V. *Poznić*, Borivoje, *Rakić Vodinelić*, Vesna, Građansko procesno pravo, Savremena administracija, Beograd, 2010, str. 281.

[10] V. *Poznić - Rakić Vodinelić*, Građansko procesno pravo, op. cit. str. 282-283.

Postavlja se pitanje da li u stanju neraspravljenosti, prvostepeni sud može „prebaciti" rešavanje slučaja Vrhovnom kasacionom sudu. Umesto da prvostepeni sud uradi ono što mu je zadatak, po osnovu tvrdnje da se radi o novom slučaju, sa navodnim ili stvarnim divergencijama stanovišta nižestepenih sudova, raspravu, pod velom pravnog pitanja i tumačenja prava, sa ostatkom neraspravljenih činjeničnih pitanja, „prebacuje" na Vrhovni kasacioni sud. Ako je opšteusvojeni cilj parničnog postupka ubrzanje postupka, takvo hipotetično stanje nepotpune utvrđenosti činjenica vodi samo prividno do tog cilja. Ako je cilj parničnog postupka da se Vrhovni kasacioni sud rastereti i da se omogući da se posveti pravnim pitanjima, onda takva „prejudicijelna obraćanja" prvostepenih sudova mogu poprilično da zasmetaju ostvarivanju tog cilja, pošto bi prilikom zauzimanja pravnog stava Vrhovni kasacioni sud morao da sagleda nedostatno raspravljeno činjenično stanje. Vrhovni kasacioni sud povodom vanrednih pravnih lekova po pravilu ne raspravlja o činjeničnim pitanjima. To je „posao" nižestepenih sudova, ali, volens nolens, on mora da sagleda nedostatni činjenični supstrat, budući da je to uslov zauzimanja pravnog stava. Ako bi se radilo o svojevrsnom „prethodnom pitanju", onda ni domaća ni bogata uporednopravna procesna doktrina ne bi mogle da se pozovu u pomoć radi zaštite odredaba ZPP-a. Prethodno pitanje, kao nerazrešeno uslovljavajuće pitanje, naime, prema opšte usvojenom stavu civilnog procesa se ne rešava od strane Vrhovnog kasacionog suda, već od strane postupajućeg prvostepenog suda u pravnim stvarima koje su u toku. O zauzetom stavu prvostepenog suda o uslovljavajućem pravnom pitanju, naravno, može da se izjasni i Vrhovni kasacioni sud, ali redom, tek što je taj stav prezentovan preko pravnog leka koji je podoban da se i to pitanje postavi Vrhovnom kasacionom sudu, dakle, nakon toga što je prvostepeni i drugostepeni postupak okončan.

Prvostepeni sud treba da podnese Vrhovnom kasacionom sudu, po Zakonu, sve materijale vezane za spor, a Vrhovni kasacioni sud bi trebalo na osnovu toga da zauzme pravni stav, po postupku za utvrđivanje načelnih stavova. Postupak utvrđivanja načelnih stavova je opravdan ako je nižestepena sudska praksa različita po istom pravnom pitanju. Vrhovni kasacioni sud bi stoga morao da razmotri da li postoji divergencija prakse povodom drugih sličnih slučajeva, tj. slučajeva koji su nalik na slučaj povodom koga se traži prethodni pravni stav Vrhovnog kasacionog suda. Zar ne bi bilo bolje da se pravna stvar „pusti" da „ide" redom od redovnih ka vanrednim pravnim lekovima, bez ikakvog prethodnog pravnog stava Vrhovnog kasacionog suda, i da se tek nakon toga pravna stvar prepusti, ako je to potrebno, postupku utvrđivanja načelnih stavova?

IV

Pogled na uporedno pravo

U prilog tome možemo da ukažemo na rešenje važećeg Zakona o parničnom postupku (Zivilprozessordnung- ZPO) ***Austrije*****,** koje ujednačenje prakse vidi tek u *revizionom,* a *ne već u prvostepenom postupku*. Naime prema ZPO[11] Austrije protiv odluke drugostepenog suda revizija je dopuštena ako odluka zavisi od rešenja jednog *pravnog pitanja materijalnog ili procesnog prava* koje je od značaja za *jedinstvenu primenu prava*, *pravnu sigurnost* ili za *razvoj prava*, kao npr. kada drugostepeni sud odstupa od stava Vrhovnog suda ili kada nedostaje takva sudska praksa ili ona nije jedinstvena.[12] Inače po austrijskoj doktrini revizija je pravni lek protiv odluka drugostepenih- žalbenih sudova. Ona ima dvostruki cilj. Prvi je *kontrola odluke žalbenih sudova* u pogledu rešavanja pravnih pitanja, pridržavanja pravila procesnog prava, a drugi obezbeđenje *jedinstva prava*, *pravne sigurnosti* i *razvoja prava*. Vrhovni sud je vezan za činjenična utvrđenja nižestepenog suda.[13]

U ***Mađarskoj*** stavovi za ujednačavanje sudske prakse mogu da se ostvare samo preko revizije protiv drugostepene presude, ne pre toga. Izmene mađarskog Zakona o parničnom postupku donošenjem XV Zakona od 2001. godine u pogledu revizije su nastale na osnovu preporuke Ministarskog saveta Evrope br. R (95). Ova preporuka govori o tome da bi države prilikom pravnog regulisanja sudova trećeg stepena trebalo da imaju u vidu da su pravne stvari, jedna za drugom, već prethodno raspravljene od strane dva suda. Obraćanje trećestepenom sudu je opravdano samo ako je *revizija opravdana*, na primer, radi razvoja prava ili jedinstvene primene prava. Međutim, u ovom smislu doneta pravila o reviziji su napadnuta pred Ustavnim sudom. Prema odluci od 42/2004 (XI) Ustavni sud je konstatovao da proširenje revizije preko razloga koji utiču na meritorno rešenje spora dovodi u pitanje funkciju revizije kao pravnog leka. Revizija je po osnovnoj pravnoj prirodi vanredni pravni lek.[14] Sa te funkcije je, po stanovištu Ustavnog suda, revizija skrenula u pravcu pripremne

---

[11] V. st. 1. Par. 502. ZPO Austrije.

[12] V. *Mayr-Broll* (Hg) Zivilverfahrensrecht (Stand 1.9. 2007) – Gesetzbuch – Die Sammlung österreichischen und europäischen Rechts, 6. Auflage, Verlag Österreich, Wien, 2007. str. 127. V. i *Zivilprozessordnung* – Gesetz vom 1. August 1895. über das gerichtliche Verfahren in Bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, poslednje izmene: BGBl I, 7/2006, kao i član 404 ZPP-a.

[13] V. *Rechberger* - *Simotta*, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 6. Auflage, Manzsche Verlags- Universiätsbuchhandlung, Wien, 2003, str. 472, t. 851.

[14] V. st. 2. par. 270. Zakona o parničnom postupku Mađarske.

faze za formiranje načelnog stanovišta Vrhovnog suda. Ustavni sud je konstatovao da je time došlo do nedopuštenog mešanja dve funkcije, tj. funkcije još na načelnom nivou, nerazjašnjenog pravnog pitanja i funkcije pravnog leka. Otuda su osporavana rešenja ZPP koja su se odnosila na inicijaciju načelnog stava preko revizije stavljena van snage kao neustavna. Na osnovu ovog stanovišta Ustavnog suda donet je Zakon br. CXXX od 2005. godine koji je iz temelja izmenio poglavlje XIV ZPP-a, tako da su promenjena pravila postupka, te su sužene granice za podnošenje revizije.[15] ZPP od 1. januara 2002. godine je vezao mogućnost ulaganja revizije isključivo za povredu procesnog ili materijalnog prava. U tekstu ZPP-a koji je važio od 1. januara 2002. do 9. novembra 2004. godine revizija je bila dopuštena samo ako je drugostepena odluka predstavljala takvu povredu prava (1) koja je uticala na meritorno rešenje, (2) kada je odluka odstupala od pravnog stava o jedinstvenoj primeni prava Vrhovnog suda, (3) kada je revizija bila potrebna radi ujednačavanja prakse, kao i (4) kada se je u vezi pobijane odluke pojavilo pravno pitanje od načelnog značaja o kome još Vrhovni sud nije doneo načelno stanovište.[16]

ZPP Mađarske predviđa tzv. „*skokovitu žalbu*" (ugró fellebbezés)[17] prema kojoj, ako je odluku u prvom stepenu doneo županijski sud, stranke mogu, zbog povrede materijalnog prava preko svog zastupnika, da se obrate neposredno Vrhovnom sudu, pri čemu protiv ove odluke nema mesta reviziji.[18]

Inače u Mađarskoj radi obezbeđenja jedinstvene primene prava od strane sudova *Zakon o organizaciji sudova* iz 1997 (1997. évi bírósági szervezeti törvény) umesto ranijih načelnih stavova, uvodi *odluke Vrhovnog suda za ujednačavanje prava* (jogegységi határozatok).[19] Prema tim pravilima, Vrhovni sud donosi odluke o ujednačavanju prava, a takođe i načelna mišljenja. Odluke o ujednačavanju prava se donose o *principijelnim pravnim pitanjima*, ako je to potrebno radi daljeg *razvoja sudske prakse* ili radi *jedinstvene primene prava*. Postupak za donošenje odluke o jedinstvenoj primeni prava inicira predsednik Vrhovnog suda kao i građansko i krivično odeljenje Vrhovnog suda, a mogu da iniciraju i županijski sudovi, ako se pokaže da na njihovoj teritoriji nižestepeni sudovi nisu jedinstveno primenili pravo.[20]

---

[15] V. *Cserba* L., *Gyekiczky* T., *Kormos* E., *Wopera* Zs., Polgári perjog, Általános rész, Complex Kiadó – Wolters Kluver csoport, Polgári perjog, Általános rész, Budapest, 2008, str. 510.

[16] V. *Cserba* et al., Polgári perjog, Általános rész, op. cit. str. 514.

[17] V. par. 235. st. 3. i 4. ZPP Mađarske.

[18] U ZPP-u iz 2004. god. bila je predviđena tz. direktna revizija.

[19] V. par 27-33. Zakona o organizaciji pravosuđa Mađarske.

[20] V. *Kengyel* Miklós, Magyar polgári eljárásjog, Osiris Kiadó, Budapest, 2006, str. 96-97.

V

Zaključne napomene

Na osnovu dosadašnjih izlaganja, zasnovanih na analizi domaćeg i uporednog prava i doktrine, smatramo da je i dalje prisutna dilema da li je opravdana odredba ZPP-a o mogućnosti nižestepenog suda da se povodom pravne stvari u toku, obrati Vrhovnom kasacionom sudu radi zauzimanja pravnog stava, po postupku utvrđivanja načelnih stavova. Iako ima sličnih primera u uporednom pravu, naše je mišljenje da to rešenje nije u potpunosti u skladu sa načelom nezavisnosti sudstva. Pri tome, smatramo da je potrebno da Vrhovni kasacioni sud bilo preko sada važećeg načelnog, bilo uvođenjem obaveznog pravnog stanovišta, doprinese ujednačavanju nižestepene sudske prakse gde god je ona po istim načelnim pravnim pitanjima izražavala različite pravne stavove. Postoji rezerva prema „preventivnom" obraćanju opštinskog suda Vrhovnom kasacionom sudu u pravnoj stvari koja je u postupku pred nižestepenim sudom, kada u datoj pravnoj stvari nema ujednačene prakse, radi rešavanja spornog pravnog pitanja. Vrhovni kasacioni sud povodom konkretnog pravnog pitanja, analogno postupku utvrđivanja načelnih stavova, zauzima načelan stav. Po našem viđenju, za to u osnovi nema uporednopravnog oslonca u evropskim nacionalnim pravima, niti u pravu Evropske Unije. Utoliko pre, što u evropskim pravilima i pravilima nacionalnih zakonodavstava članica Unije ujednačenju prakse pre služi revizija, nego preventivno obraćanje prvostepenog suda Vrhovnom kasacionom sudu, radi zauzimanja pravnog stava u konkretnoj pravnoj stvari.

Ovaj naš stav se ne protivi potrebnom visokom poverenju prema sudu kao mestu kreativne i evolutivne primene prava. Sud oživljava smisao i slovo zakona preko tumačenja prava. To jednako vredi za prvostepeni i Vrhovni sud, ali sa instancionim pristupom.

Marija Salma, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Preliminary Ruling in Serbian Civil Procedure

Abstract

This paper analyses the sections of the Serbian Law on Civil Procedure pertaining to the so-called procedure for preliminary adjudication of an issue of law (preliminary ruling procedure), which enable the court of first instance in an ongoing litigation to submit a request to the Supreme Court of Cassation to take a principal stand, according to the procedure for adopting principal standpoints, if in respect of the given issue of law the judicial practice of the trial courts is inconsistent. The legal solution of the Law is subject to critical remarks, primarily in the light of the principle of the independence of judiciary, with regard to the solutions adopted in comparative law.

Key words: procedure for preliminary adjudication of an issue of law by the Supreme Court of Cassation, case law, preliminary issue of law

Originalni naučni rad UDK 343.14+347.94
doi:10.5937/zrpfns46-1888

Dr Snežana Brkić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

TERET DOKAZIVANJA U KRIVIČNOM I PARNIČNOM POSTUPKU

Sažetak: *Zadatak je ovog rada da istraži evoluciju tereta dokazivanja u krivičnom i u parničnom postupku, da ukaže na različita shvatanja tog pojma i uspostavi odgovarajuće relacije na liniji: rimsko pravo – savremeno pravo;anglosaksonsko pravo – kontinentalno pravo, krivični postupak – parnični postupak. Ukazuje se na razliku između tereta dokazivanja u subjektivnom i objektivnom smislu, koja se pravi u teoriji građanskog procesnog prava, sa jedne strane i na razliku između formalnog i materijalnog tereta dokazivanja, koja se pravi u teoriji krivičnog procesnog prava. Radi se o specifičnoj radnoj metodi, kojoj pribegava sud kad ne može sa sigurnošću da utvrdi istinitost činjeničnih tvrdnji stranaka. Posebna pažnja je posvećena principu in dubio pro reo i njegovoj razlici od objektivnog tereta dokazivanja u parničnom postupku.*

Ključne reči: *subjektivni teret dokazivanja,objektivni teret dokazivanja, formalni teret dokazivanja, materijalni teret dokazivanja, krivičnmi postupak, parnični postupak, in dubio pro reo*

1. Uvodna razmatranja

Logika nas uči da su elementi procesa mišljenja pojmovi, sudovi i zaključci.[1] Ako bismo delatnost suda hteli posmatrati kao misaoni proces, onda bi, krajnje pojednostavljeno, odlučivanje suda u sudskom postupku pretpostavljalo primenu jedne vrste silogističkog zaključka, pri čemu se

[1] G. Petrović, *Školska knjiga, Zagreb,*, 1989, str. 20 i dalje.

podvođenjem donje premise (utvrđeno činjenično stanje) pod gornju premisu (materijalnopravnu odredbu) izvodi konkluzija (sudska odluka). Da bi sud do kraja mogao da obavi svoj posao, njemu moraju biti poznate i gornja i donja premisa. Može se postaviti pitanje kako će sud obaviti svoj zadatak ako mu iz određenih razloga ostane nepoznata jedna od premisa. U jednom periodu razvoja rimskog procesnog prava bila su predviđena rešenja, koja su omogućavala sudu da u takvim slučajevima odbije da donese odluku. Naime, u periodu formularnog postupka, magistrat je mogao da odbije da dâ formulu u konkretnom slučaju *(denegatio actionis)* ako nije postojalo izričito materijalnopravno pravilo u *ius civile*, koje reguliše određeni društveni odnos i za koji nije bila izričito predviđena određena akcija (tužba).[2] To je značilo da stranke pred sudom nisu mogle dobiti pravnu zaštitu u takvom slučaju. Isto tako, sudija je mogao da odbije donošenje odluke u predmetu raspravljanja ukoliko ga nijedna stranka nije mogla ubediti u tačnost spornih činjenica. Tada je izricao *non liquet* (nije jasno). U tom periodu država još nije bila preuzela na sebe obavezu pružanja pravne zaštite. Tek kada je sazrela svest da država treba da preuzme na sebe tu obavezu radi sprečavanja samovlašća, sud više nije mogao odbiti da donese odluku ni u slučaju nepostojanja pravnih pravila, ni u slučaju nedokazanosti tvrdnji stranaka. Takva rešenja su postala nedopustiva. Prvi problem je u početku rešavan tako što je pretor počeo da vrši funkciju stvaraoca prava, tako što mu je izuzetno bilo dopušteno da u društvenim odnosima koji nisu bili izričito predviđeni pravom i koji nisu suprotni načelu *„bona fides et aequitas“,* ipak da akciju, prilagođavajući formulu postojećim formulama predviđenim u *ius civile*. To je činio primenjujući *actionem in factum*. Drugi problem je rešavan naročito u periodu principata, kada su doneseni Avgustovi zakoni, poznati kao *Lex Julia* i *Decretum divi Marci*, koji su izričito istakli nedopustivost primene samopomoći kao oblika zaštite subjektivnih građanskih prava. U tom razdoblju uvedena je isključivost ekstraordinarnog postupka, kojim započinje organizacija pravosuđa i pružanje pravne zaštite u današnjem smislu reči. To je uticalo i na stvaranje novih metoda prevladavanja krize spoznaje suda o sadržaju gornje i donje premise. Utemeljen je princip *iura novit curia* (sud poznaje pravo) i ustanovljena su određena pravila o teretu dokazivanja. Mi ćemo se u daljem radu baviti samo ovom poslednjom ustanovom.

Pravila o teretu dokazivanja postoje i u savremenim pravima. Njihovo postojanje jeste posledica obaveze države da građanima pruži pravnu zaštitu u slučaju povrede subjektivnih prava i tako obezbedi efikasnost

[2] B. Blagojević, *Građanski postupak u rimskom pravu*, Naučna knjiga, Beograd, 1959, str. 31.

pravnog sistema. Pošto je samopomoć zabranjena, sud ne može da odbije pružanje pravne zaštite. Ustavna obaveza presuđenja u našem pravu izvodi se iz odredbe člana 21, stava 2 i člana 32 Ustava Republike Srbije.[3] Svi naši dosadašnji zakoni o parničnom postupku imaju odredbu o tome da sud ne može odbiti da odlučuje o zahtevu za koji je nadležan.[4] Takođe, u isključivoj nadležnosti suda je da vodi krivični postupak. To se izražava odredbom člana 2 važećeg ZKP,[5] po kojoj krivičnu sankciju učiniocu krivičnog dela može izreći samo nadležni sud u postupku koji je pokrenut i sproveden po tom zakoniku. Izricanje *non liquet* ili nečeg sličnog u krivičnom postupku bilo bi još pogubnije nego u parničnom postupku. To bi značilo uvesti četvrtu vrstu presude, koja okrivljenog žigoše kao sumnjivog, što je socijalnopolitički neprihvatljivo.[6] Dakle, sud mora po zahtevu ovlašćenog tužioca da sudi i da presudi, a da bi to mogao da učini moraju mu biti poznate i gornja i donja premisa pravnog silogizma. Pravila o teretu dokazivanja predstavljaju svojevrsnu „radnu metodu"[7], odnosno „metodički redosled ustanovljenja istine",[8] kojoj sud pribegava ukoliko nije u stanju da formuliše donju premisu, tj. ako i pored svih napora u dokaznom postupku nije uspeo sa sigurnošću da utvrdi činjenično stanje, odnosno (ne)istinitost činjeničnih tvrdnji stranaka. Pravila o teretu dokazivanja javljaju se kao neizbežno sredstvo prevladavanja moguće krize spoznaje suda o istinitosti činjeničnih tvrdnji stranaka.[9]

2. Teret dokazivanja u istorijskom razvoju zakonodavstva

2.1. Rimsko pravo

U razvoju rimskog građanskog postupka obično se razlikuju tri perioda:[10]

---

[3] Sl. glasnik RS 98/2006.

[4] Tako, na primer, član 2, stav 2 novog ZPP iz 2011. godine (Sl. glasnik RS 72/2011)

[5] Sl. list SRJ 70/2001, 68/2002 i Sl. glasnik RS 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 20/2009, 72/2009 i 76/2010.

[6] To bi podsećalo na zloglasnu ustanovu inkvizitorskog postupka *absolutio ab instantia* (otpuštanje ispod suđenja), koja je omogućavala da nad glavom okrivljenog večito visi mač krivičnog postupka, koji se uvek mogao otvoriti.

[7] Tako, G. Stanković, Teret dokazivanja, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, XLVI, 2006, str. 8.

[8] V. Bayer, *Kazneno postupovno pravo – poviestni razvoj,* Zagreb, 1943, str. 355.

[9] D. Cini, *Teze teoretičara građanskog procesnog prava o teretu dokazivanja,*Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 1990/2, str. 181.

[10] Više o tome videti kod B. Blagojević, *Građanski postupak u rimskom pravu*, Naučna knjiga, Beograd, 1959.

a) period legisakcionog postupka koji traje od osnivanja Rima, odnosno od najstarijeg doba za koje postoje pisani dokumenti, do sredine II veka p.n.e. Ovaj period karakteriše stroga formalnost postupka, principijelna vezanost organa za unapred postavljene konkretne svečane forme, podela postupka na dva dela: *in iure* i *apud iudicem,* usmenost i jednostepenost postupka.

b) period formularnog postupka, koji traje od sredine II veka p.n.e. do III veka naše ere. Ovaj postupak uveden je sa *Leges Juliae* a odlikuje se manjom formalnošću postupka, slobodom nadležnog magistrata da sastavlja formule pravnog traženja u cilju zaštite prava, kao i dominacijom pismenosti na račun usmenosti. Zadržana je podela postupka na dva dela.

v) period ekstraordinarnog postupka, koji traje od početka III veka naše ere, nadživljava propast Zapadnog Rimskog carstva i prenosi se u Istočno Rimsko carstvo, pa i u kanonsko pravo. Odlikuje se jedinstvenošću postupka, postojanjem ustanove pravnih lekova, pismenošću i proširenim dejstvom javnih organa na sam tok postupka.

Prva pravila o teretu dokazivanja nastala su u periodu važenja ekstraordinarnog postupka, koji je bio u znaku čisto raspravnog načela. Inicijativa u prikupljanju elemenata procesne građe (činjenica i dokaza) nalazila se u rukama stranaka. Stranke su jedine ovlašćene i dužne da iznose tvrdnje o činjenicama na kojima zasnivaju svoj zahtev, kao i da podnose dokaze s ciljem uveravanja suda u istinitost njihovih tvrdnji. Sud može doneti meritornu odluku samo na osnovu navoda i dokaza koje su pred njega iznele stranke. Govorilo se: *Da mihi factum, dabo tibi ius* (daj mi činjenicu, daću ti pravo)[11], kao i *Iudex secundum allegata et probata iudicare debet* (sudija treba da presudi na osnovu onog što su stranke predložile i što je dokazano).[12] Ako sud na osnovu izvedenih dokaza ne stekne uverenje o istinitosti iznesenih tvrdnji, on će tvrdnje na koje se u svoju korist pozvala stranka smatrati neistinitim. Posledice nedokazanosti istinitosti tvrdnji stranaka o relevantnim činjenicama izražavale su se maksimom: *Idem est non probari et non esse; non deficit ius, sed probatio* (što nije dokazano, isto je kao i da ne postoji; to ne znači da ne postoji pravo, nego samo da ono nije dokazano).[13]

Kod pravila o teretu dokazivanja bitna su dva pitanja: ko treba da dokazuje sadržaj određene tvrdnje i ko snosi rizik nedokazanosti (neuspeha). Zbog toga su ustanovljena određena pravila o teretu dokazivanja:

---

[11] D. Stojčević, A. Romac, *Dicta et regulae iuris,* Savremena administracija, Beograd, 1971, str. 62.

[12] Ibidem, str. 164.

[13] Ibidem, str. 128.

a) Još je Paulus, rimski pravnik klasičnog perioda postavio pravilo: *Ei incubit probatio qui dicit, non qui negat. Factum negantis probatio nulla est* (Teret dokazivanja leži na onome ko nešto tvrdi, a ne na onome koji poriče. Negativne činjenice se ne dokazuju).[14] Ovo pravilo opravdavalo se shvatanjem da su za dokazivanje podesne samo pozitivne, ali ne i negativne činjenice. Mnogi autori ukazuju da ovo pravilo ne može bezuslovno da važi, jer negativne činjenice ne samo da mogu, već nekad i moraju da se dokazuju. Tako, ako stranka izvodi neko svoje pravo iz određene negativne činjenice, moraće da dokazuje i tu negativnu činjenicu.[15] S obzirom na neodrživost ove prvobitne teze, pojavila su se i druga shvatanja koja opravdavaju ovo pravilo. Tako, prema mišljenju francuskog romaniste Akarijasa, idejni osnov navedenog načela nalazi se u motivacionoj pretpostavci o očuvanosti, normalnosti i potpunosti pravnog poretka: ko tvrdi da postoji nešto što je u suprotnosti sa tom pretpostavkom, treba to i da dokaže.[16]

b) Drugo pravilo glasi: *Actori incubit probatio* (na tužiocu je da dokaže).[17] Ovo pravilo je u skladu sa prethodno navedenim tumačenjem prvog pravila: tužioci iznose pozitivne tvrdnje koje su u suprotnosti sa uverenjem da su pravni odnosi u datom slučaju regularni i svojim tužbama obznanjuju da je povređen pravni poredak. S obzirom na potrebu da dokazuje navode svoje tužbe, govorilo se da tužilac treba da dođe na sud spremniji od tuženika *(Actor venire debet instructior quam reus)*.[18] Ako tužilac ne uspe da dokaže svoju optužbu, tuženi se oslobađa *(Actore non probante, reus absolvitur)*.[19] Međutim, još su rimski pravnici uvideli da ovo pravilo važi samo u najprostijim slučajevima, u kojima se tuženi brani prostim poricanjem. Zbog toga je uvedeno i treće pravilo, koje važi u slučajevima u kojima se tuženi aktivno brani prigovorima *(exceptio)*.

v) Treće pravilo saznajemo od Ulpijana, koji na nekoliko mesta ponavlja misao: *Reus excipiendo fit actor* (stavljajući prigovor, tuženi postaje tužilac), odnosno *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est* (smatra se da tuži i onaj koji se koristi prigovo-

[14] Ibidem, str. 83.

[15] Ako se npr. nekome ostavi legat pod negativnim odgodnim uslovom, da do svoje tridesete godine ne okusi vino, on će morati da dokazuje i tu negativnu činjenicu (S. Culja, *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije,* Geca Kon, Beograd, 1936, str. 554).

[16] C. Accarias, *Preces de droit romain,* Paris, 1882, t. II, p. 905-906; navedeno prema D. Radoman, *Onus probandi – teret dokazivanja,* Odvjetnik 1974/5-6, str. 204.

[17] D. Stojčević, A. Romac, *Dicta et regulae iuris,* Savremena administracija, Beograd, 1971, str. 9.

[18] Ibidem, str. 8.

[19] Ibidem, str. 9.

rom, jer u pogledu prigovora tuženi je tužilac).[20] Prigovorima se koristio tuženi koji u principu nije negirao postojanje tužiočevog pravnog zahteva, ali je isticao nove činjenice, kojima se u celosti ili delimično potire, ukida, ograničava ili odlaže pravni učinak tužiočevih zahteva.[21] Tako se postepeno došlo do shvatanja da svaka stranka treba da dokaže činjenice koje njoj idu u prilog.

2.2. Srednjovekovno pravo

Kako se dugo nije pravila razlika između građanskog i krivičnog postupka, sve napred rečeno odnosilo se i na krivični postupak. To stapanje krivičnog i parničnog postupka prisutno je i kroz čitav srednji vek.[22] Može se reći da do njihovog konačnog razdvajanja dolazi tek krajem XVIII veka. Sve do pred kraj XIII veka, to je bio postupak akuzatorskog tipa, koji karakteriše razdvajanje osnovnih procesnih funkcija (optužbe, odbrane i presuđenja) i njihovo poveravanje različitim procesnim subjektima. Krivični postupak je pokretalo oštećeno lice, što je odgovaralo tadašnjem poimanju krivičnog dela kao privatne stvari pojedinca.[23] U literaturi se redovno navodi da je i u akuzatorskom krivičnom postupku važilo pravilo da teret dokazivanja pada na tužioca. Pri tome se zaboravlja na činjenicu da ta tvrdnja ne važi bezuslovno za svaku vrstu akuzatorskog postupka, već samo na postupak zasnovan na racionalnoj osnovi. Racionalan je onaj postupak koji je organizovan po zahtevima razuma, za razliku od iracionalnog krivičnog postupka, koji se temelji na religioznim predodžbama do kojih ljudi nisu došli razumnim shvatanjem iskustava dobijenih vlastitim čulima.[24] Iracionalne krivične postupke imaju gotovo svi narodi na primitivnim stupnjevima kulturnog razvoja. Tako su i stari Sloveni i Germani doneli u svoju novu postojbi-

[20] Ibidem, str. 349 i 16.

[21] B. Blagojević, op. cit., str. 33.

[22] Tako S. Šarkić, *Srednjovekovno srpsko pravo*, Matica Srpska, Novi Sad, 1995, str. 118; T. Taranovski, *Istorija srpskog prava u Nemanjićkoj državi IV deo*, Geca Kon, Beograd, 1931, str.179.

[23] Takvo stanje stvari karakterisalo je i srednjovekovna prava. Međutim, treba imati u vidu da se u mnogim srednjovekovnim državama počinju javljati i prvi oblici inkvizitorskih postupaka, koji se pokreću od strane javnih organa po službenoj dužnosti. U srednjovekovnoj Srbiji to su postupci pojačanog gonjenja tata i gusara, pri čemu su sve lokalne opštine bile dužne da periodično sprovode generalnu istragu tih kradljivaca i razbojnika (član 145 – 147 Dušanovog zakonika; T. Taranovski, op. cit., str. 180). U srednjovekovnom nemačkom pravu takav postupak je bio poznat kao Rügeverfahren (postupak prekorevanja); više o tome kod V. Bayer, op. cit., str. 97.

[24] V. Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga prva,* Zagreb, 1982, str. 12.

nu, Evropu, iracionalni krivični postupak, koji se kod njih još dugo zadržao, dok ga nije zamenio racionalni postupak stvoren na osnovama rimskog i kanonskog prava. U tom iracionalnom postupku primenjivala su se dokazna sredstva kao što su sudski dvoboj, sud vrele vode, sud hladne vode, itd.[25] Polazna tačka slovensko-germanskog dokaznog prava bila je misao da su sporne činjenice najbolje poznate okrivljenom. Smatralo se da postoje sredstva kojima se okrivljeni može dovesti u takav položaj da govori istinu. Najvažnije od tih sredstava bila je zakletva. Zakletva se upotrebljavala kako u građanskim, tako i u krivičnim parnicama.[26] Zakletvu je polagao tužilac ili tuženi kad nije bilo drugih dokaza, te se istina ni na koji drugi način nije mogla pronaći. Izjava, na kojoj se stranka imala da zakune, unapred se formulisala u određenom tekstu, koji je stranka morala da nauči, a zatim napamet izgovori savršeno tačno. Svaka, čak i najmanja pogreška, omaška ili prosto zaplitanje u izgovaranju formule zakletve, činilo je zakletvu neispravnom i ništavnom. U osnovi toga ležalo je shvatanje zakletve kao jedne vrste božjeg suda. Verovalo se da Bog ne dopušta da ispravno izgovori zakletvu onaj, čija bi izjava bila lažna. Zato, ako stranka nije htela da se na svoju izjavu zakune ili nije položila zakletvu ispravno, sud njenoj izjavi nije verovao. Zakletvu su mogle polagati obe stranke, ali se najviše upotrebljavala zakletva tuženika.[27] Ako je bila potpuno ispravna, zakletva tuženog je služila kao opravdanje ili očišćenje od „potvora" (tužbe).[28] Zakletva stranaka u našem starom pravu bila je prećutno ukinuta Raspisom Popečiteljstva pravosudija od 11.2.1842, a izričito naredbom br. 1278 od 16.9.1844. godine.

U srednjovekovnim slovenskim pravima, koristila se i ustanova kletvenika (pomagača, duševnika, porotnika). To nisu bili svedoci, jer nisu sudu saopštavali svoja čulna opažanja, niti su morali znati nešto o samoj stvari, već su bila lica koja izjavljuju da veruju u istinitost iskaza na koji se stranka zaklela. To su mogli biti samo čestiti, neporočni ljudi kojima

[25] S. Šarkić, *Srednjovekovno srpsko pravo,* Matica Srpska, Novi Sad, 1995, str. 119.

[26] Tako sudski protokol iz Srebrnice, koji se odnosi na jedan krivični predmet, pominje kao presudni dokaz zakletvu tužioca „samo-sedam", Bogom i dušom svojom i zakletvu optuženog „samo-šest" (A. Solovjev, *Istorija slovenskih prava – Zakonodavstvo Stefana Dušana Cara Srba i Grka,* Sl. list SRJ, Beograd, 1998, str. 520; B. Marković, *O dokazima u krivičnom postupku,,* Geca Kon, Beograd, 1921, str.51).

[27] T. Taranovski, Istorija srpskog prava u Nemanjićkoj državi IV deo, Geca Kon, Beograd, 1931, str.199.

[28] Videti jedan primer oslobođenja na osnovu zakletve okrivljenog kod S. Maksimovića, *Suđenja u kneževini Srbiji pre pisanih zakonika iz arhive Požarevačkog magistrata,* Požarevac, 1898, str. 123.

se moglo verovati, koji su pod zakletvom potvrđivali pred sud iznesene bitne činjenice, a čijim je iskazima sud imao da pokloni veru. Redovno su se tražili kletvenici da potvrde izjavu tuženog koji poriče tužbu i tvrdi da nije kriv.[29] Kletvenici ili porotnici pominju se i u Dušanovom zakoniku. O pravnoj prirodi te ustanove postoje oprečna mišljenja. U srpskoj istorijskoj literaturi jedno vreme je preovladavalo mišljenje da ona ima karakter porotnog suda, na osnovu čega je Avakumović zaključio da je stara Srbija kolevka presudne porote.[30] Međutim, drugi autori su ukazivali na to da su porotnici iz Dušanovog zakonika imali karakter dokazne a ne presudne porote.[31]

Ustanova zakletve stranaka i kletvenika u starom slovenskom i germanskom pravu, govori nam da je u iracionalnim akuzatorskim postupcima teret dokaza u pravilu snosio tuženi,[32] što je bilo dijametralno suprotno osnovnom principu rimskog prava. Međutim, treba napomenuti da je i u starom germanskom pravu bilo nekih slučajeva u kojima je teret dokazivanja snosio tužilac. Takav je, na primer, bio slučaj u postupku protiv učinioca zatečenog na delu. Optuženi se uopšte nije smatrao strankom, pa na sudu nije ni dolazio do reči. Tužilac je bio dužan da svojom zakletvom i zakletvom ljudi koji su na njegovu viku došli na lice mesta, dokaže činjenicu da je optuženi zatečen na delu. Ako mu je to uspelo, optuženi je bio odmah osuđen.[33] Takođe, tužilac je imao pravo da dokazuje u nekim slučajevima kada se u dokaz tužbenih navoda mogao pozvati na svedoke.[34] Optuženi se tada nije mogao oprati zakletvom očišćenja.

Često se ukazuje na to da takav teret dokaza nije postojao u čistom inkvizitorskom postupku, jer je tamo sud utvrđivao činjenično stanje po službenoj dužnosti. Ova konstatacija je tačna, ali ne i njeno obrazloženje. Pravi razlog nepostojanja potrebe za posebnim pravilima o podeli tereta dokazivanja u inkvizitorskom postupku krio se u tzv. zakonskoj oceni dokaza. U skladu sa takvom ocenom dokaza, zakonska dokazna pravila ili postoje ili ne postoje. U tom smislu i činjenice mogu postojati ili ne postojati; dvojbenih slučajeva u tom pogledu ne može biti, pa nema ni potrebe za njihovim rešavanjem.

---

[29] T. Taranovski, op. cit., str. 200, 202; D. Janković, *Istorija države i prava feudalne Srbije (XII _ XV vek),* Naučna knjiga, Beograd, 1957, str. 115.

[30] J. Avakumović, *Stara srpska porota poređena sa engleskom porotom, pristupna beseda",* Srpska Kraljevska Akademija, Beograd, 1894, str. 8.

[31] Tako B. Marković, op. cit., str. 53-56.

[32] Tako V. Bayer, *Kazneno postupovno pravo – poviestni razvoj,* Zagreb, 1943, str. 83; S. Maksimović, op. cit., str. XI.

[33] V. Bayer, op. cit., str. 88.

[34] Ibidem.

2.3. Anglosaksonsko pravo

Pravni sistem država *common law* utemeljen je na gotovo čistom raspravnom načelu (parnični postupak), odnosno akuzatorskom načelu (krivični postupak). U tom pogledu postoji gotovo neverovatna sličnost sa rimskim procesnim pravom pred kraj republike. Tako, na primer, u oba slučaja imamo sistem popularne tužbe, pasivnu ulogu suda i dokaznu inicijativu stranaka. Bitno sličan je i položaj optuženog: on se ne sme ispitivati, a njegovo priznanje nužno dovodi do osude. To je pomalo čudno, ako se uzme u obzir opšteprihvaćeno mišljenje da rimsko pravo nije imalo gotovo nikakvog uticaja na postanak ustanova anglosaksonskog prava.[35] Neki ove sličnosti objašnjavaju zakonitošću da u sličnim društvenim prilikama i pod vladavinom sličnih osnovnih političkih i pravnih nazora moraju nastati slična procesna prava.[36] U anglosaksonskom pravu je podela na teret tvrdnji i teret dokazivanja izvedena do kraja i vrlo konsekventno. Ova razlika objašnjava se specifičnostima porotnog sistema koji postoji u pravima ovih zemalja. Prvo, na strankama leži teret prezentiranja dokaza u meri koja je potrebna da se predmet iznese pred porotu *(burden of producing or going forward)* a potom sledi teret ubeđivanja porote *(burden of persuasion)*.[37] Sudija samostalno raspodeljuje na stranke dužnost prezentiranja dokaza u zavisnosti od vrste predmeta spora i unapred određuje koja će stranka snositi rizik neuspelog uveravanja porote u istinitost određenih tvrdnji. Za stranke je veoma važna preraspodela ovog tereta, jer one ne mogu nuditi jedan po jedan dokaz, već moraju odmah označiti sve raspoložive dokaze. Svaka stranka može tražiti od suda da svojom odlukom potvrdi da li je suprotna stranka udovoljila teretu prezentiranja dovoljnih dokaza. Tek pošto je udovoljeno teretu prezentiranja dokaza, dolazi na red teret ubeđivanja porote u istinitost spornih činjenica. Sudija preraspodeljuje i teret ubeđivanja porote, tako da će rizik nedokazanosti snositi ona stranka koja iz tih činjeničnih tvrdnji izvodi neko svoje pravo po odredbama materijalnog prava. Dakle, dokazni postupak je u rukama stranaka a sud ima poziciju neutralnog arbitra. Eventualna aktivnost sudije upravljena na ispitivanje činjenica koje stranke nisu iznele, a pogotovo na pribavljanje dokaza o spornim činjenicama, tumači se kao nedopuštena zainteresovanost sudije u sporu u prilog jedne ili druge stranke i time kao povreda principa neutralnosti

[35] D. Krapac, *Engleski kazneni postupak,* Zagreb, 1995, str. 3.

[36] V. Bayer, op. cit., str. 275.

[37] Navedeno prema B. Čalija, *Funkcija i pravna priroda pravila o tereetu dokazivanja,* Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu br. XXXIII, 1985, str. 11; D. Krapac, *Engleski kazneni postupak*, Zagreb, 1995, str. 75-76.

sudije. Osim toga, takvom uređenju postupka doprinosi i shvatanje da se parnica vodi zbog zaštite privatnih subjektivnih prava, zbog čega stranke treba odlučujuće da utiču i na tok samog postupka, u skladu sa načelom dispozicije i raspravnom maksimom. Nadalje, taj sistem počiva na doslednoj podeli delokruga rada između osnovnih parničnih subjekata: stranke su dužne da iznesu činjenice i prikupe dokaze; porota zaključuje o uspešnosti dokazivanja a sudija donosi meritornu odluku. Otuda konačan ishod postupka zavisi od toga da li je stranka dokazala svoje tvrdnje, pa ako u tome nije uspela, njen zahtev treba da bude odbijen jer nije dokazan.

3. Teret dokazivanja u savremenom građanskom procesnom pravu

Domaća teorija građanskog procesnog prava nije se puno bavila problematikom tereta dokazivanja. Pa, ipak postoje različita shvatanja o pojmu tereta dokazivanja, njegovim vrstama, pravnoj prirodi i o njegovom značaju u različitim periodima razvoja našeg procesnog prava. Starija procesna teorija je pravila distinkciju između tereta tvrdnje *(onus proferendi)* i tereta dokazivanja *(onus probandi)*. Tako je, na primer, Juhart isticao da teret tvrdnje može biti objektivni i subjektivni. Osnovni kriterijum njihovog razlikovanja je u tome da li se postavlja pitanje koje činjenice moraju biti navedene (objektivni teret tvrdnje) ili ko ih mora navesti (subjektivni teret tvrdnje).[38] Učenje o teretu dokazivanja takođe često počiva na distinkciji između subjektivnog i objektivnog tereta dokazivanja. Subjektivni teret dokazivanja daje odgovor na pitanje koja stranka je dužna da sudu pruži dokaze o istinitosti činjeničnih tvrdnji, dok teret dokazivanja u objektivnom smislu odgovara na pitanje ko snosi rizik nedokazanosti.[39] Većina savremenih autora izjednačava pojam tereta tvrdnji i tereta dokazivanja u subjektivnom smislu.[40] Često je, međutim, u opticaju samo izraz teret dokazivanja, pri čemu se pod njime podrazumeva ono što drugi autori nazivaju objektivnim teretom dokazivanja.[41] Inače, smatra se da dužnost iznošenja činjeničnih tvrdnji i predlaganja dokaza nije obave-

[38] Tako Juhart, *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Univerzitetna založba, Ljubljana, 1961, str. 351.

[39] Tako, na primer, B. Poznić, *Građansko procesno pravo,* Savremena administracija, Beograd, 1982, str. 242.

[40] Tako, na primer, B. Poznić, *Građansko procesno pravo,* Savremena administracija, Beograd, 1982, str. 242.

[41] Takav zaključak proizlazi iz razmatranja ove problematike kod O. Stankovića, *Leksikon građanskog prava,* Nomos, Beograd, 1996, str. 727 i R. Bogdanovića (prir.), *Rečnik pravnih reči i izraza – privatno (građansko) pravo,* Nomos, Beograd, 2000, str. 214.

za stranke prema protivnoj stranci niti prema sudu, već u svojoj biti specifična obaveza prema samoj sebi.[42] Navođenjem relevantnih činjenica i predlaganjem dokaza stranka ostvaruje povoljnije izglede za svoj uspeh u parnici. Zbog toga se u teoriji procesnog prava ta „dužnost" radije naziva teretom nego obavezom. Posebna karakteristika tih dužnosti je nemogućnost pravnog prisiljavanja stranaka da ih preduzmu.[43] Inače, većina pravnih teoretičara smatra da nije moguće postojanje pravnih obaveza bez odgovarajućih subjektivnih prava.[44] Čini nam se da termin teret dokazivanja potiče još od Rosenberga, koji je izvršio snažan uticaj na ostale autore. To je posledica njegovog opšteg učenja o građanskom postupku kao pravnom odnosu u kome stranke nemaju ni jedna prema drugoj, ni prema sudu, nikakve dužnosti, već samo terete.[45]

3.1. Jugoslovensko pravo u periodu dominacije istražnog principa

U kasnijem razvoju kontinentalnih parničnih postupaka dolazi do napuštanja klasičnog rimskog modela raspravnog principa, koji biva znatno reduciran u korist tzv. istražnog načela. Do toga dolazi pod uticajem shvatanja da, bez obzira na privatnopravni karakter subjektivnih prava koja su predmet parničnih postupaka, sama parnica ima i javnopravnu prirodu. Zbog toga se odgovornost u pogledu utvrđenog činjeničnog stanja sa stranaka prenosi na sud, koji više nije vezan dokaznim predlozima stranaka, već može izvoditi i druge dokaze po službenoj dužnosti. Tako se i u našem pravu, sve do 2004. godine, aktivna uloga suda kretala od iniciranja i podsticanja stranaka, do prikupljanja procesne građe po službenoj dužnosti. Prema članu 7 ZPP iz 1977. godine,[46] sud je bio dužan da potpuno i istinito utvrdi sporne činjenice od kojih je zavisila osnovanost zahteva. Stranke su bile dužne da iznesu sve činjenice na kojima osnivaju svoje zahteve i da predlože dokaze kojima se utvrđuju te činjenice. Sud je bio ovlašćen da izvede i dokaze koje stranke nisu predložile ako su ti dokazi bili od značaja

[42] S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo,* Narodne novine, Zagreb, 2004, str. 498.

[43] D. Cini, *Sistematika učenja o teretu dokazivanja u jugoslavenskoj nauci građanskog procesnog prava,* Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 1990/3, str. 295.

[44] M. Popović, *Elementi teorije prava,* Savremena administracija, Beograd, 1980, str. 162.

[45] Navedeno prema T. Živanović, *Osnovni problemi krivičnog i građanskog procesnog prava*, Srpska Kraljevska Akademija, Beograd, 1941, str. 35. To mišljenje je, inače, bilo predmet kritike, jer je nespojivo sa pojmom pravnog odnosa i pojmom stranke.

[46] Sl. list SFRJ 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 72/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91 i Sl list SRJ 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98 i 3/02

za odlučivanje. Sud je bio ovlašćen da utvrdi i činjenice koje stranke nisu iznele ako je iz rezultata rasprave i dokazivanja proizlazilo da stranke idu za tim da raspolažu zahtevima kojima ne mogu raspolagati (član 3, stava 3), ali svoju odluku nije mogao zasnovati na činjenicama o kojima strankama nije data mogućnost da se izjasne. Prema članu 298 istog ZPP, predsednik veća je bio dužan da se postavljanjem pitanja i na drugi celishodan način stara da se u toku rasprave iznesu sve odlučne činjenice, da se dopune nepotpuni navodi stranaka o važnim činjenicama, da se označe ili dopune dokazna sredstva koja se odnose na navode stranaka i, uopšte, da se pruže sva razjašnjenja potrebna da bi se utvrdilo činjenično stanje važno za odluku. Prema članu 220, dokazivanje je obuhvatalo sve činjenice koje su važne za donošenje odluke. Koji će se dokazi izvesti radi utvrđivanja odlučnih činjenica rešavao je sud. Takođe, treba imati u vidu odredbu člana 9 istog ZPP, po kojoj su stranke dužne da pred sudom govore istinu i da savesno koriste prava koja su im priznata tim zakonom. Iz navedenog proizlazi da je stranka bila dužna da iznese ne samo činjenice koje joj idu u prilog, već sve što joj je o određenoj stvari poznato, pa čak i kada bi joj to išlo na štetu. Sa stanovišta ovakve pozicije stranaka u postupku, sasvim je irelevantno da li je dokaz koji je sud odlučio da izvede ponudila stranka koja je bila dužna da ga ponudi ili ga je ponudila suprotna stranka.[47]

U tekstu našeg ZPP iz 1955. godine, kao i u prvobitnom tekstu ZPP iz 1977. godine, nije bila sadržana odredba o primeni pravila o teretu dokazivanja. Do izmena ZPP iz 1990. godine, primena pravila o teretu dokazivanja je u teoriji i praksi bila do izvesne mere sporna. Sudovi su se dugo opirali takvom načinu razmišljanja, po kome bi primena pravila o teretu dokazivanja diktirala ishod spora. U obrazloženjima odluka kojima se odbija tužbeni zahtev zbog toga što nije utvrđeno da su istinite tvrdnje o relevantnim činjenicama na kojima tužilac zasniva svoj zahtev, sudovi se nisu pozivali na pravila o teretu dokazivanja, već su tvrdili da su na temelju slobodne ocene dokaza došli do uverenja da tvrdnje o relevantnim činjenicama nisu istinite.[48] Dakle, sudovi svoje odluke nisu opravdavali pravim razlozima. Sudovi su se samo izuzetno pozivali na pravila o podeli tereta dokazivanja, ukoliko su takva pravila bila izričito predviđena materijalnopravnim odredbama.[49]

---

[47] Slične odredbe su postojale i u našem ZPP iz 1955. godine.

[48] Navedeno prema S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo,* Narodne novine, Zagreb, 2004, str. 500. Tako i G. Stanković, *Teret dokazivanja,* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, XLVI, 2006, str. 6.

[49] Tako odluka Saveznog suda Grs 41/77 – ZSO 1/78 – 172; navedeno prema S. Triva, M. Dika, op. cit., str. 500; B. Poznić, V. Rakić.Vodinelić, *Građansko procesno pravo,* Savremena administracija, Beograd, 2010, str. 318.

Teorija građanskog procesnog prava koja je obeležila pomenutu fazu u razvoju našeg zakonodavstva; nije bila jedinstvena po pitanju značaja ove ustanove. Neki autori su u novim uslovima odricali bilo kakav praktični značaj pravilu o teretu dokazivanja. Tvrdilo se da dokazivanje nije ni dužnost, ni teret stranke. O dužnosti dokazivanja moglo bi se govoriti samo ako bi prema stranci stajao neko ko bi imao pravo da to dokazivanje zahteva. Pojam tereta dokazivanja smatran je reliktom buržoaskog procesnog prava, koje, negirajući dužnost dokazivanja, nije moglo na drugi način da objasni posledice propusta stranke da dokaže svoje tvrdnje. Mogućnost stranke da navodi dokaze u određenim fazama postupka predstavlja zakonsko ovlašćenje koje svaka stranka u sopstvenom interesu može i treba da koristi. Sud je taj koji je dužan da utvrdi stanje stvari u parnici, a kako se do toga dolazi dokazivanjem, onda se ne može zaključiti drugo nego da je dokazivanje dužnost suda koja se prostire na sva dokazna sredstva podobna za korišćenje u parnici. U parnici se ne sme donositi presuda koja je rezultat uspeha ili neuspeha stranke u dokazivanju, jer se time zaklanja uloga suda i činjenica koje sud utvrđuje slobodnom ocenom dokaza.[50] Sličnog mišljenja su i neki drugi autori, koji osporavaju značaj pravila o teretu dokazivanja pozivom na princip tzv. „materijalne istine".[51] Najzad, neki autori smatraju da primeni pravila o teretu dokazivanja nema mesta zbog načela slobodne ocene dokaza. I takva shvatanja su pogrešna, jer pomenuto načelo, kao jedan od mogućih metoda ocene dokaza, samo po sebi ne isključuje primenu pravila o teretu dokazivanja.[52] Drugi autori su priznavali ograničeno dejstvo pravilu o teretu dokazivanja. Tako je, na primer, Juhart razlikujući teret tvrdnje od tereta dokazivanja, zaključio da je u tadašnjem našem građanskom procesnom pravu važniji objektivni teret tvrdnje, jer nije nužno da određena tvrdnja potiče od stranke koja u odnosu na nju snosi teret. Juhart je smatrao da pravila o objektivnom teretu tvrdnje važe naročito u slučaju kada sud, koristeći se svojim istražnim i podstrekačkim ovlašćenjima, ne dobije od stranaka zatraženu tvrdnju o pravnorelevantnim činjenicama. Sud će odlučiti na štetu stranke koja je snosila teret za nju povoljne tvrdnje.[53] Juhart takođe ukazuje da su neophodna i pravila o teretu dokazivanja, zato što nam ona daju odgovor na pitanje kako će sud postupiti kad ne može

[50] Tako, na primer, B. Građanski, *Teret dokazivanja u parnici i naš Zakon o parničnom postupku,* Glasnik Advokatske komore Vojvodine 1964/1, str. 11.

[51] Tako, B. Bazala, *Teret dokazivanja s posebnim osvrtom na dokazivanje u sporovima osiguranja,* Osiguranje i privreda 1962/11, str. 29.

[52] Tako i B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, op. cit., str. 319.

[53] J. Juhart, *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Univerzitetna založba, Ljubljana, 1961, str. 351.

da dokaže istinitost istaknutih tvrdnji stranaka. Sud ne može da odbije da odlučuje o tužbenom zahtevu ni zbog nedokazanosti činjeničnih tvrdnji, ni zbog nepostojanja odgovarajućih pravnih pravila. Tada na scenu stupaju pravila o teretu dokazivanja, koja određuju da će sud odlučiti na štetu one stranke koja se pozvala na nedokazanu tvrdnju i koja je snosila teret dokazivanja u pogledu njene istinitosti. Pri tome nije presudno ko mora dokazivati (subjektivni teret dokazivanja), već je težište na tome šta se mora dokazivati (objektivni teret dokazivanja).[54]

Poznić smatra da zbog krupnih ograničenja raspravnog načela, teret tvrdnje gubi svoj značaj. Stranci koja ima aktivno držanje u parnici zakon nalaže da iznese svu procesnu građu. To znači da je stranka dužna da činjenično stanje prikaže potpuno, a ne da iznosi samo one okolnosti koje njoj idu u prilog. Time otpada i stroga podela na činjenice koje govore za osnovanost tužbenog zahteva i na one koje imaju suprotan značaj. Dakle, sasvim je svejedno da li jedna tvrdnja potiče od tužioca ili tuženog. Osim toga, sud uzima u obzir sve činjenice u procesnoj građi koju ima pred sobom. To važi i za one činjenice u kojima stranka nije videla svoje sredstvo napada ili odbrane. Najzad, upućivanjem pitanja u cilju rasvetljavanja stanja stvari, sud daje podsticaj strankama da iznesu svoje tvrdnje. On se pri tome ne mora obratiti onoj stranci koja u pogledu nejasne činjenice snosi teret dokazivanja, nego može da traži razjašnjenje od one za koju veruje da je bolje obaveštena. On, nadalje, poriče značaj subjektivnog tereta dokazivanja, ali ukazuje na to da objektivni teret dokazivanja ima isti značaj kao i pri neograničenom važenju raspravne maksime. On ističe da su nam pravila o objektivnom teretu dokazivanja potrebna jer daju odgovor na pitanje koja će stranka snositi rizik nedokazanosti, odnosno koja će stranka izgubiti parnicu ako sud nije došao do određenog zaključka o postojanju sporne činjenice.[55]

Milisav Čizmović, razmišljajući slično Pozniću, odriče svaki značaj pravilima o teretu tvrdnje. Pri tome se poziva na dužnost tužioca da činjenično stanje iz koga je došlo do spora prikaže potpuno, što podrazumeva i okolnosti koje mu ne idu u prilog. Nasuprot tome, pravila o teretu dokazivanja su važna. Stranka koja tvrdi da jedno pravo postoji, snosi teret dokazivanja onih činjenica koje materijalno pravo predviđa kao pretpostavke za njegov postanak i obrnuto, stranka koja poriče postojanje jednog prava snosi teret dokazivanja činjenice koja sprečava njegov postanak ili usled kojih se ono ugasilo. Ako je činjenica ostala nedokazana, teret dokazivanja pada na onu stranku koja ju je predložila. Nadalje, po njego-

[54] Ibidem, str. 351-352.
[55] B. Poznić, op. cit., 242.

vom shvatanju, treba razlikovati problem taktike od pravnog pitanja. Kao problem taktike, teret dokazivanja svodi se na ono što predstavlja materijalni teret dokazivanja u toku postupka, dok se teret dokazivanja kao pravno pitanje svodi na odluku o troškovima.[56]

Kao što smo videli, u teoriji je sporno pitanje značaja distinkcije između tereta tvrdnje i tereta dokazivanja. Dominira shvatanje da to razlikovanje ima značaja samo u onim procesnim sistemima koji se zasnivaju na čistom raspravnom principu. Međutim, ima mišljenja u italijanskoj i francuskoj literaturi da je ova podela irelevantna čak i u čisto raspravnim sistemima.[57] Branko Čalija navodi da se teret tvrdnje i teret dokazivanja u subjektivnom smislu podudaraju i u predmetu i u obimu.[58] Samostalnost tereta tvrdnje u odnosu na teret dokazivanja dolazi do izražaja samo onda kada određena pravnorelevantna činjenica (tvrdnja) nije iznesena. Negativne posledice padaju na onu stranku čija procesna traženja ne mogu proizvesti posledice bez iznesenih činjenica. Iako smatra da je preraspodela tereta iznošenja dokaza bez značaja za ocenu dokaza, on ističe da je u interesu stranaka da udovolje toj dužnosti i ponude sve dokaze potrebne za utvrđenje svojih navoda, jer tako izbegavaju negativne posledice primene pravila o teretu dokazivanja. Do primene tih pravila dolazi tek posle ocene dokaza, kad rezultati izvedenih dokaza ne omogućavaju sudu da stekne uverenje o tačnosti spornih činjenica, a to je stepen saznanja koji ne dopušta opravdanu sumnju u suprotno. Dakle, primena pravila o teretu dokazivanja nije neposredno posledica nemogućnosti ili propuštanja stranaka da udovolje dužnosti prezentiranja dokaza za činjenice na kojima zasnivaju svoj zahtev, jer sud zaključak o istinitosti spornih tvrdnji donosi na osnovu ukupnih rezultata delatnosti dokazivanja u kojoj učestvuju svi procesni subjekti.[59]

Najzad, treba ukazati i na one autore, koji su u ovom periodu priznali veoma ograničeni domet pravila o teretu dokazivanja, posmatrajući ih samo kroz prizmu odredaba o prethodnom snošenju troškova parničnog postupka.[60]

Dilema o postojanju ili nepostojanju tereta dokazivanja u našem parničnom postupku rešena je 1990. godine, kada je u ZPP uneta odred-

---

[56] M. Čizmović, *Građansko procesno pravo,* NIO Univerzitetska riječ, Titograd, 1988, str. 177.

[57] Tako, na primer, M. Cappelletti, J. Perillo, *Civil procedure in Italy,* The Hague, 1965, str. 185; navedeno prema B. Čalija, op. cit., str. 11.

[58] B. Čalija, op. cit., str. 10.

[59] Ibidem, str. 13.

[60] Tako, na primer, S. Kamhi, *Građanski sudski postupak*, Veselin Masleša, Sarajevo, 1957, str. 301; S. Zuglia, *Građanski parnični postupak FNRJ*, Školska knjiga, Zagreb, 1957, str. 316.

ba člana 221a, koja je glasila: Ako sud na osnovu izvedenih dokaza (član 8) ne može sa sigurnošću da utvrdi neku činjenicu, o postojanju činjenice zaključiće primenom pravila o teretu dokazivanja.[61] Od tog momenta procesna teorija više nije mogla da ignoriše ovu ustanovu. Javljale su se samo izvesne razlike prilikom definisanja tereta dokazivanja, određivanja značaja subjektivnog tereta dokazivanja, načina opravdavanja ove ustanove, itd. Tako se, na primer, ističe da pravila o teretu dokazivanja pokazuju koja stranka treba da pruži dokaze sudu da se ne bi izložila riziku da sud odluči na njenu štetu i kako sud zaključuje o postojanju određene činjenice.[62] Veoma je važno naglasiti da pravila o teretu dokazivanja stupaju na scenu tek onda kad sud ne može sa sigurnošću da utvrdi istinitost spornih činjeničnih tvrdnji na kojima stranke zasnivaju svoje zahteve. To podrazumeva da su izvedeni svi dokazi koje su stranke predložile, kao i svi dokazi koje je preduzeo sud po službenoj dužnosti i da su oni bili nedovoljni ili neverodostojni. Ipak, ma koliko se u našoj sudskoj praksi ekstenzivno shvatala istražna maksima, pitanje je koliko je sud uopšte mogao da izvodi dokaze koje stranke nisu predložile da bi došao do saznanja o postojanju određene bitne činjenice, jer sudu, po pravilu, nisu poznata druga dokazna sredstva, niti može da izvodi dokaze da bi došao do saznanja da postoje i drugi dokazi o spornoj činjenici.[63] Stoga neki autori konstatuju da sud zapravo nije imao adekvatnih instrumentalnih mogućnosti da ostvari zadatak koji mu je istražna maksima nametala.[64] Kada je nastupilo stanje nedokazanosti, faktičko je pitanje koje sud ceni u svakom konkretnom slučaju. To je onaj momenat u postupku kada sud, nakon svih mogućih dokaznih sredstava zaključi da nema onaj stepen saznanja koji ne dopušta opravdanu sumnju u suprotno.[65] Pri tome, neki autori upozoravaju da se ne sme uzeti da nema dokaznih sredstava ako je stranka saopštila da za dokaz njenih tvrdnji jedino preostaje saslušanje stranaka.[66] Nedokazanost se pojavljuje u relaciji prema skupini činjenica bitnih za dosuđenje zahteva određene stranke. Izražava se kao nedostatak uverenja o istinitosti činjeničnih tvrdnji jedne stranke o postojanju odlučnih činjenica iz kojih stranka izvodi pravo na dosudu tužbenog ili prigovornog zahteva. Zato, uverenje da su neistinite tvrdnje jedne stranke o odlučnim činjenicama nije nedo-

[61] Sl. list SRJ 27/90

[62] G. Stanković, *Građansko procesno pravo,* IP Justinijan, Beograd, 2004, str. 401.

[63] Tako i G. Stanković, *Teret dokazivanja,* str. 6.

[64] S. Triva, M. Dika, op. cit., str. 176.

[65] B. Čalija, op. cit., str. 13.

[66] R. Keča, B. Starović, *Građansko procesno pravo,* Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2004, str. 290.

kazanost u ovom smislu.Tu je, naprotiv, dokazano da je netačna tvrdnja o važnim činjenicama i da nema osnova da se stranci dosudi zahtevano. Takođe, ni uverenje o istinitosti tvrdnji jedne stranke, iz čega se izvodi zaključak da nisu tačne oprečne tvrdnje druge stranke, nije nedokazanost. Time je dokazano da su neistinite činjenične tvrdnje te stranke i da njeno traženje nije osnovano.[67] Dakle, na pojam nedokazanosti treba gledati restriktivno. Neki autori ukazuju na tananost situacije u kojoj se nalaze tužilac i tuženi, s obzirom na njihovo subjektivno viđenje stanja dokazanosti činjeničnih tvrdnji. Tako je moguće da tuženi ostane pasivan u postupku i tužbi ne suprotstavlja nikakve dokaze, samo zato što smatra da tužilac nije uspeo da dokaže ono što tvrdi. I dok on očekuje da sud odbije tužbeni zahtev, može da izgubi spor, ako sud zaključi da je istinitost tužiočeve tvrdnje dokazana.[68]

Po nekima, pravila o teretu dokazivanja predstavljaju odstupanja od principa slobodne ocene dokaza.[69] Naime, kada sud ne može sa sigurnošću da utvrdi postojanje određene činjenice, on primenjuje pravilo o teretu dokazivanja, kao jedno pravilo iz zakonskog dokaznog sistema, koje mu nalaže da zaključi da ne postoje one činjenice koje stranka koju pogađa teret dokazivanja nije uspela da dokaže. Ovo mišljenje je pogrešno, jer se pravila o teretu dokazivanja primenjuju tek posle završenog dokaznog postupka i posle date ocene dokaza, tako da samo po sebi ne znači ni slobodnu ni zakonsku ocenu dokaza, već prosto primenu jedne pravne ustanove koja razrešava problem krize spoznaje suda.

3.2. Srpsko pravo u periodu jačanja raspravnog principa

Sledeći pomak u zakonskom definisanju tereta dokazivanja učinio je ZPP iz 2004. godine,[70] koji je afirmisao teret dokazivanja u subjektivnom smislu i konkretizovao teret dokazivanja u objektivnom smislu.[71] Osim ponavljanja odredbe iz bivšeg člana 221a starog ZPP, novi ZPP u članu 223 sadrži sledeća opšta pravila: stranka koja tvrdi da ima neko pravo, snosi teret dokazivanja činjenice koja je bitna za nastanak ili ostvarivanje prava, ako zakonom nije drukčije određeno; stranka koja osporava postojanje nekog prava, snosi teret dokazivanja činjenice

[67] Ibidem, str. 291.

[68] Tako, V. Rajović i dr., *Građansko procesno pravo,* Pravni fakultet Banja Luka, Banja Luka, 2001, str. 87.

[69] G. Stanković, *Građansko procesno pravo„* str. 401.

[70] Sl. glasnik RS 125/04. Slične promene desile su se i u hrvatskom pravu

[71] G. Stanković, *Teret dokazivanja,* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu XLVI, 2006, str. 2. Slično i A. Jakšić, *Građansko procesno pravo,* Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 399.

koja je sprečila nastanak ili ostvarivanje prava ili usled koje je pravo prestalo da postoji, ako zakonom nije drukčije određeno. Ovakva zakonska formulacija je u skladu sa jednim shvatanjem koje je odavno bilo zastupljeno u teoriji građanskog procesnog prava. Naime, u teoriji se odavno uvidelo da je problematika tereta dokazivanja u parničnom postupku složena i da bi zbog toga trebalo izvršiti kategorizaciju činjenica u četiri grupe: a) činjenice za koje se veže nastanak određenog prava; b) činjenice koje preobražavaju određeno pravo; v) činjenice koje gase određeno pravo i g) činjenice koje sprečavaju nastanak određenog prava.[72] Međutim, problem može nastati onda kada je sporno da li je postojanje određene činjenice uslov za nastanak određenog prava ili nepostojanje takve činjenice sprečava nastanak tog prava. Od toga kako se takva činjenica kvalifikuje, zavisiće i odgovor na kojoj od stranaka leži teret dokazivanja.[73] Osim toga, novi ZPP jača raspravno načelo na štetu istražne maksime.[74] Procesnu građu na osnovu koje sud treba da donese svoju odluku, sada oblikuju isključivo stranke, osim kada iz rezultata dokazivanja proizlazi da stranke raspolažu zahtevima kojima ne mogu raspolagati ili kad je to posebnim propisima predviđeno (član 7). Samo u tim slučajevima sud je ovlašćen da izvodi i dokaze koje stranke nisu predložile. Inače, sud je zadržao pravo da odlučuje o relevantnosti ponuđenih dokaza za utvrđivanje činjeničnog stanja. Primećujemo da je iz zakonskog teksta izostala odredba člana 7 ZPP iz 1977. godine o dužnosti suda da potpuno i istinito utvrdi sporne činjenice od kojih zavisi osnovanost tužbenog zahteva, iz koje je proizlazio tzv. princip „materijalne istine". Jačanje raspravne maksime uz doslednu primenu pravila o podeli tereta dokazivanja trebalo bi da doprinese efikasnosti parničnog postupka i očuvanju prava na suđenje u razumnom roku. Naime, treba imati u vidu da je dotadašnja praksa sudova bila zasnovana na široko zastupljenom postupanju suda po službenoj dužnosti, „pa su parnični postupci bili svojevrsna decenijska istraga za utvrđivanje materijalne istine, uz tolerisanje pasivnosti stranaka i njihovog maksimalno opuštenog ponašanja koje je išlo dotle da su pojedine parnice vodile stranke a ne sud, beskrajnim odlaganjima i stavljanjem dokaznih predloga ili propuštanjem dostavljanja dokaza bez ikakvih po-

[72] M. Cappelletti, J. Perillo, *Civil Procedure in Italy,* The Hague, 1965, str.186; navedeno prema B. Čalija, op. cit., str. 15. Slično i G. Stanković, *Građansko procesno prvo,* IP Justinijan, Beograd, 2004, str. 402.

[73] Ibidem.

[74] Slične promene desile su se i u hrvatskom pravu (S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo,* Narodne novine, Zagreb, 2004, str. 161) i u slovenačkom pravu (L. Ude, *Civilno procesno pravo,* Uradni list, Ljubljana, 2002, str.256.

sledica."[75] Nakon pomenutih zakonskih intervencija, primećeno je da se sudovi sve češće pozivaju na pravilo o teretu dokazivanja, ali u pojednostavljenom obliku, što često ima za posledicu nezakonitu odluku. Pri tom se ne daju nikakvi razlozi za primenu ovog pravila, sud ne obrazlaže da li se radi o činjenici važnoj za donošenje odluke, koja stranka je imala obavezu dokazivanja te činjenice i da li se uopšte radilo o potrebi dokazivanja te činjenice.[76]

Novi ZPP iz 2011. godine[77] favorizuje ona procesna načela koja omogućavaju koncentraciju postupka.[78] U skladu s tim je dalje jačanje načela dispozicije i raspravnog načela. Stranke su dužne da iznesu sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahteve i da predlože dokaze kojima se utvrđuju te činjenice. Pri tome su otklonjene neke dileme koje su proizlazile iz prvobitne redakcije ZPP iz 2004. godine. Članom 7, stavom 2 tog zakona bilo je predviđeno da sud utvrđuje sve činjenice od kojih zavisi odluka o osnovanosti zahteva. To je bilo u koliziji sa eventualnom situacijom u kojoj stranke nisu predložile sve činjenice i dokaze a sud nema ovlašćenje da izvodi druge dokaze osim predloženih. U sadašnjoj formulaciji člana 7, stava 2 novog ZPP propisano je da će „sud razmatrati i utvrditi samo činjenice koje su stranke iznele i da će da izvede samo dokaze koje su stranke predložile". „Ovim je zakonodavac jasno izrazio svoj stav da u parničnom postupku sud ne utvrđuje više materijalnu istinu, nego procesnu istinu, a to znači da je istina za sud ono što je stranka dokazala, a ne ono što se stvarno desilo."[79] Sud je ovlašćen da po službenoj dužnosti utvrđuje sporne pravno relevantne činjenice samo ako posumnja da se radi o nedopuštenim dispozicijama stranaka iz člana 3, stava 3. Odredbe o opštim pravilima o podeli tereta dokazivanja su ostale iste kao i u ZPP iz 2004. godine, s tim što se sada nalaze u članu 231. Jedina novina u vezi sa teretom dokazivanja vezana je za preciziranje situacije u

[75] LJ. Milutinović, *Primena pravila o teretu dokazivanja,* Bilten Vrhovnog suda Srbije 2007/3, str. 329.

[76] LJ. Milutinović, *Primena pravila o teretu dokazivanja,* Bilten Vrhovnog suda Srbije 2007/3, str. 340. Tako ona navodi da je izvod iz zemljišne knjige dovoljan dokaz o postojanju prava svojine. Zato stranka koja nije pružila dokaz na osnovu čega je izvršen upis prava svojine, ne može snositi štetne posledice zbog primene pravila o teretu dokazivanja, osim ako se radi o nedozvoljenim raspolaganjima, kada će sud postupati po službenoj dužnosti.Međutim ako suprotna stranka osporava valjanost izvršenog upisa, dužna je da pruži dokaze za to.

[77] Sl glasnik RS 72/2011

[78] G. Stanković, *Pregled osnovnih procesnih načela parnične procedure,* Pravni informator 2012/2, str. 13.

[79] A. Radovanov, *Bitne karakteristike novog zakona o parničnom postupku,* Glasnik Advokatske komore Vojvodine 2012/1, str. 5.

vezi sa veštačenjem. Naime, zakonom je određeno da će sud da izvede dokaz veštačenjem ako je radi utvrđivanja ili razjašnjenja neke činjenice potrebno stručno znanje kojim sud ne raspolaže. Stranka koja predlaže izvođenje dokaza veštačenjem dužna je da u predlogu naznači predmet veštačenja, a može da predloži i određeno lice za veštaka.Ako nijedna stranka ne predloži veštačenje ili u ostavljenom roku ne obezbedi troškove za veštačenje ili se ne podvrgne veštačenju, sud će o tim činjenicama da odluči primenom pravila o teretu dokazivanja (član 260).

4. Teret dokazivanja u savremenom krivičnom procesnom pravu

4.1. Shvatanja o formalnom i materijalnom teretu dokazivanja

U krivičnoprocesnoj teoriji najčešće se polazi od razlikovanja formalnog i materijalnog tereta dokazivanja. Pod formalnim teretom dokazivanja podrazumeva se isključiva pravna dužnost nekog procesnog subjekta da dokaže neku činjenicu, pri čemu nijedan drugi procesni subjekt ne treba i ne sme da je dokazuje. Ukoliko je dati procesni subjekt ne dokaže, mora se uzeti da ta činjenica ne postoji.[80] Teret dokazivanja u tom smislu postojao je u čistom akuzatorskom postupku i ležao je na tužiocu. Sam sud se nije smeo upuštati u dokazivanje tih činjenica. Formalni teret dokazivanja ne postoji u savremenim mešovitim postupcima, jer u njima postoji dužnost suda da utvrđuje tzv. materijalnu istinu. Rukovodeći se očigledno samo formalnim teretom dokazivanja, čitava plejada naših procesualista negira bilo kakav značaj podele tereta dokazivanja u krivičnom postupku, pozivajući se pri tom na načelo sudske odgovornosti za utvrđivanje činjeničnog stanja.[81]

S druge strane, o teretu dokazivanja može se govoriti i onda kada postoji pravna dužnost nekog procesnog subjekta da dokazuje izvesne činjenice u krivičnom postupku, uz uporedo postojanje pravne dužnosti i nekog drugog procesnog subjekta da dokazuje te činjenice.[82] Teret dokaza u tom smislu postoji i u mešovitim postupcima. Neki pisci pod teretom pružanja dokaza u krivičnom postupku podrazumevaju ne samo

---

[80] V. Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga II,* Narodne novine, Zagreb, 1989, str. 68. Slično i D. Krpac, *Kazneno procesno pravo, prva knjiga: instituvcije,* Informator, Zagreb, 2000, str. 272.

[81] Tako, T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ,* Savremena administracija, Beograd, 1981, str. 311; M. Grubač, *Krivično procesno pravo,* Beograd, 2011, str. 250; M. N. Simović, *Krivično procesno pravo – uvod i opšti deo,* Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću,Bihać, 2009, str. 336.

[82] V. Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga II,* Narodne novine, Zagreb, 1989, str. 69.

dužnost, već i pravo određenih krivičnoprocesnih subjekata da, s ciljem rasvetljenja i rešenja krivične stvari, predlažu izvođenje određenih dokaza i na taj način omoguće sudu donošenje adekvatne sudske odluke po toj krivičnoj stvari.[83] Dužnost pružanja dokaza nalazi se u rukama različitih subjekata u različitim fazama krivičnog postupka. U fazi istrage, na tužiocu koji zahteva sprovođenje istrage leži pravna dužnost da ukaže na činjenice i dokaze iz kojih proizlazi osnovana sumnja da je učinjeno krivično delo. Bez takvih dokaza krivični postupak ne može da započne. Tužilac može predlagati izvođenje određenih dokaza i u toku istrage, ali istražni sudija nije vezan tim predlozima, budući da je dužan da po službenoj dužnosti sprovodi potrebne istražne radnje. U fazi stavljanja pod optužbu teret dokazivanja je ponovo na tužiocu, jer njegova optužnica mora biti osnovana da bi izdržala eventualnu sudsku kontrolu i dovela do prelaska postupka u glavni stadijum. Na glavnom pretresu, pravni teret dokaza leži na tužiocu i na sudećem sudu. Formalni teret dokazivanja nikad ne leži na okrivljenom, jer je on nosilac funkcije odbrane, koja je njegovo pravo ali ne i dužnost. Prema članu 89, stavu 2 važećeg ZKP, okrivljeni će se poučiti da nije dužan da iznese svoju odbranu, niti da odgovara na postavljena pitanja. Isto važi i na glavnom pretresu: samo ako to želi, on će se izjasniti o optužbi i izneti svoju odbranu (član 320, stav 2 ZKP). U korist okrivljenog deluje pretpostavka nevinosti, prema kojoj se on mora smatrati nevinim sve dok se njegova krivica ne utvrdi pravnosnažnom odlukom nadležnog suda (član 3, stav 1 ZKP). Shodno ovoj odredbi, ako tužilac i sud ne dokažu njegovu krivicu, optuženi mora biti oslobođen. Pri tome, za donošenje oslobađajuće presude nije neophodno da je dokazano da optuženi nije učinio krivično delo; dovoljno je da nije dokazano da je optuženi učinio krivično delo (član 355 ZKP). Okrivljeni se pri svemu tome može držati pasivno: pravo od njega ne zahteva nikakvu aktivnost u pogledu dokazivanja njegove nevinosti. Ako okrivljeni ipak iznosi svoju odbranu i dokazuje je, onda to čini zato što sudu, koji ima pravnu obavezu da utvrđuje i činjenice koje idu u prilog okrivljenom, ne mogu biti poznate sve činjenice i dokazi, pa bi se moglo desiti da okrivljeni bude osuđen zato što sud nije znao za sve činjenice koje govore u prilog okrivljenom. Ovaj faktički teret dokaza koji leži na okrivljenom u delu teorije naziva se materijal-

[83] D. Dimitrijević, *Krivično procesno pravo,* Savremena administracija, Beograd, 1981, str. 188-189; Č. Stevanović, *Krivično procesno pravo,* Savremena administracija, Beograd, 1982, str. 192-193; Č. Stevanović, V. Đurđić, *Krivično procesno pravo – opšti deo,* Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2006, str. 234-235; S. Bejatović, *Krivično procesno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 282; D. Radulović, *Krivično procesno pravo,* Pravni fakultet Podgorica, 2009, str.163.

nim teretom dokaza, čime se želi izraziti razlika prema formalnom teretu dokazivanja, kao pravnoj dužnosti. Po nekima, materijalni teret dokazivanja je neumesno pripisivati onim subjektima na kojima već leži i formalni teret dokaza. Zato, po Bayeru, materijalni teret dokazivanja može da stoji isključivo na okrivljenom, naravno u granicama koje dopušta načelo *in dubio pro reo*.[84] Drugi autori ukazuju na to da tu faktičku prisilu za dokazivanjem oseća i tužilac, jer bi u slučaju njegove pasivnosti mogla biti doneta odluka nepovoljna po optužbu.[85] Prema ovom shvatanju, materijalni teret dokaza u pogledu neke činjenice tereti onu stranku koja bi pretrpela štetu u slučaju da data činjenica ostane neutvrđena. U svakom slučaju, što tužilac više oseća dokazivanje kao svoju pravnu dužnost a okrivljeni kao svoj faktički interes, utoliko će postupak biti kontradiktorniji a sud objektivniji (jer neće morati sam da potencira ni dokaze optužbe ni dokaze odbrane). Zbog toga neki pisci govore o tome da je pravna dužnost dokazivanja na strani suda supsidijarnog karaktera.[86] Sud dolazi do izražaja tek kad neka stranka zataji sa podnošenjem dokaza.

U teoriji se mogu izdvojiti tri shvatanja kod određivanja koje su to činjenice u pogledu kojih materijalni teret dokaza leži na okrivljenom. Po jednom shvatanju, te činjenice se ne mogu unapred odrediti po nekom kriterijumu, već jedino prema okolnostima konkretnog slučaja. Po drugom shvatanju, te činjenice se određuju po apstraktnom kriterijumu, dok se po trećem shvatanju određuju po oba kriterijuma.

Tako, za razliku od starije sovjetske teorije, koja je odricala svako postojanje podele tereta dokazivanja, Strogovič i Višinski govore o mogućnosti prenošenja tereta dokazivanja sa tužioca na okrivljenog, u nekim slučajevima kad je tužilac dokazao svoju tezu.[87] Međutim, oni nisu mogli ponuditi nikakav opšti kriterijum za određivanje činjenica u pogledu kojih bi teret dokazivanja ležao na optuženom, već su to određivali prema okolnostima konkretnog slučaja. Jedini opšti zaključak koji je izveo Višinski je glasio: a) dokazivanje okolnosti koje potvrđuju optužbu spada u dužnost tužioca i b) dokazivanje okolnosti koje opovrgavaju optužbu – spada u dužnost optuženog. Višinski navodi nekoliko takvih primera: [88]

---

[84] V. Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga druga,* Narodne novine, Zagreb, 1989, str. 72.

[85] Tako, na primer, A. Munda, op. cit., str. 279; B. Marković, *O dokazima u krivičnom postupku*, Geca Kon, Beograd, 192*1,*str. 98.

[86] V. Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga druga,* Narodne novine, Zagreb, 1989, str. 72.

[87] M. S. Strogovič, *Krivični sudski postupak,* Naučna knjiga, Beograd, 1948, str.109; A. J. Višinski, *Teorija sudskih dokaza u sovjetskom pravu,* Naučna knjiga, Beograd, 1948, str. 173.

[88] A. J. Višinski, op. cit., str. 174.

a) Ako je od strane tužioca dokazano razbojništvo, a okrivljeni tvrdi da je reč o šali, onda je na okrivljenom teret da to dokaže.

b) Ukoliko se neko lice optužuje za krađu, teret dokaza je na tužiocu.Ali, ako se u toku postupka kod okrivljenog pronađu alat za obijanje i ukradene stvari, onda sa tužioca na okrivljenog prelazi teret dokaza da te stvari nije pribavio krivičnim delom.

v) Ukoliko je okrivljeni uhvaćen u nedozvoljenom lovu, a brani se da ima dozvolu za lov, na njemu je teret dokazivanja te činjenice.

Izgleda da je na sličnim pozicijama i Pavle Savić, kada govori o tome da je razumno i celishodno da se nešto od tereta svaljenog na tužioca, skine i „natovari" na optuženog u onim slučajevima gde to može bez osetnih tegoba po optuženog da bude: na primer, u slučaju odricanja koje se kvalificira vremenom, mestom ili okolnostima, koje samo optuženom mogu biti poznate.[89]

Drugi autori pokušavaju da odrede čisto pravnu klasifikaciju činjenica od koje bi zavisilo snošenje materijalnog tereta dokazivanja: na primer, činjenice koje predstavljaju obeležja krivičnog dela, osnovi za isključenje krivične odgovornosti, osnovi za isključenje kažnjivosti, osnovi koji kvalifikuju ili privileguju krivično delo, procesne pretpostavke, procesne smetnje, itd. Među njima se nalazi i Glaser. On je jedan od retkih autora koji pravi razliku između faktičkog i materijalnog tereta dokazivanja.[90] Ako sudu, i pored najbrižljivijeg istraživanja ostanu nepoznate neke činjenice, biće u interesu stranke da takve činjenice sudu predloži a sud će, ako ih smatra relevantnim uzeti za predmet dokazivanja. Ovu dužnost predlaganja dokaza koju nalaže interes stranke, Glazer naziva faktičkim teretom dokazivanja. Faktički teret dokazivanja proizlazi iz opasnosti da sud ostane u zabludi u pogledu utvrđivanja činjeničnog stanja, ako bi mu neke činjenice ostale nepoznate. Ovakvo shvatanje tereta dokazivanja nije veliki problem, jer usled njegovog postojanja niko ne trpi. Međutim, do štete može doći ako neka činjenica i pored najboljeg istraživanja ostane nedokazana. Naime, kaže se da nedokazivanje jedne činjenice znači sumnju u nju, a to je isto kao i izvesnost suprotnog. Dakle, prema Glaseru, suština materijalnog tereta dokazivanja ogleda se u šteti za stranku ako određeni predmet dokazivanja ne bude dokazan.

Za razliku od faktičke klasifikcije činjenica koje se čine u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja, Glaser je pokušao da odredi pojedine grupe činjenica merodavnih za podelu tereta dokazivanja, na jedan uop-

[89] P. Savić, *Teorija sudskih dokaza u krivičnim delima,* Beograd, 1886, str.106.

[90] J. Glazer, *Handbuch des Strafprozess,* Leipzig, 18883m str. 365; navedeno prema D. Atanackoviću, *Teret dokazivanja u krivičnom postupku,* Pravni život 1959/9-10, str. 2.

šten način.Tako, prema njemu, teret dokazivanja pogađa tužioca u slučaju kada ostanu neizvesni elementi opšteg ili posebnog bića krivičnog dela; kada pretpostavka osude ne bude dokazana, kao i kada ne budu dokazane pretpostavke za primenu strožijeg zakona. Praktično, tužilac je uvek dužan da dokazuje one činjenice i okolnosti bez kojih ne postoje pretpostavke za osudu. Ako postoji sumnja da li je nastupila jedna činjenica čije ostvarenje ne može biti u saglasnosti sa pretpostavkom za krivicu optuženog (na primer) neuračunljivost, to je isto što i sumnja da li je on kriv. Sumnja u tzv. osnove isključenja krivice čini osudu nemogućom; materijalni teret dokazivanja tada pogađa optužbu. Ali, ako je krivica optuženog dokazana, materijalni teret dokazivanja činjenica koje isključuju kažnjivost ili sprečavaju gonjenje, padao bi na teret optuženog. Do ovakvog zaključka on dolazi na osnovu shvatanja da i u krivičnom postupku važi princip građanskog postupka: *Reus excipiendo fit actor*, prema kome stranka treba da dokaže sve svoje prigovore. Međutim, tu je zapao u protivrečnost, jer je prigovorima smatrao i mnoge činjenice koje je nepravilno i nelogično staviti u teret dokazivanja okrivljenom. Tako je on morao da koriguje svoj stav u pogledu ustanova kao što su nužna odbrana i krajnja nužda, koje ipak ne bi trebao da dokazuje optuženi.[91] Prema njegovom unekoliko korigovanom stavu, materijalni teret dokazivanja leži na tužiocu u pogledu činjenica koje predstavljaju obeležja opšteg i posebnog bića krivičnog dela; u pogledu osnova za isključenje kažnjivosti i u pogledu osnova koji privileguju krivično delo. Na optuženom leži teret dokazivanja u pogledu osnova koji ukidaju kažnjivost i u pogledu procesnih prigovora.[92]

Treće, kombinovano mišljenje zastupaju naši stariji pisci.Tako, na primer, Božidar Marković ističe da u krivičnom postupku ne važi formalna podela dokaza koja je bila karakteristična za rimski i srednjovekovni akuzatorski postupak, te da se samo može govoriti o materijalnom teretu dokaza koji postiže onoga čiji su interesi u konkretnom predmetu skopčani za utvrđenje određene činjenice.[93] Po njemu, na tužiocu je teret da pribavi i pruži dokaze kojim se utvrđuje biće krivičnog dela i krivična odgovornost

---

[91] Navedeno prema D. Atanacković, op. cit., str. 5. Vidi i M. Grubiša, *Princip in dubio pro reo i materijalni teret dokazivanja,* Naša zakonitost 1958, str. 438.

[92] Navedeno prema M. Grubiša, *Princip in dubio pro reo i materijalni teret dokazivanja,* Naša zakonitost 1958, str. 438.

[93] B. Marković, *O dokazima u krivičnom postupku,* Geca Kon, Beograd, 1921, str. 98; B. Marković, *Udžbenik srpskog krivičnog postupka s obzirom na Projekat krivičnog postupka za Kraljevinu S.H.S.,* Beograd, 1926, str.268-269. Slično i N. Ogorelica, *Kazneno procesualno pravo s osobitim obzirom na judikaturu Kralj. stola sedmorice i Kasacionog suda bečkog,* Zagreb, 1899, str. 332.

optuženog. Međutim, materijalni teret dokaza postiže optuženog kada tvrdi da postoje okolnosti koje nište kažnjivost ili koje sprečavaju krivičnu istragu, na primer u slučaju zastarelosti, kajanja kod pokušaja, izdržanja kazne u tuđini, itd.Materijalni teret dokazivanja postoji i za procesno važne činjenice, ali se ne može postaviti opšte pravilo, po kome bi se unapred znalo na koga pada teret dokazivanja. Na primer, dužnost je optuženog da dokazuje mesnu nenadležnost, dok tužioca terete dokazi da je tužba uredno i blagovremeno podneta. Prema Ogorelici, okrivljeni treba da se brine za dokaz okolnosti koje sasvim ili delimično ukidaju kažnjivost, za dokaz izvesnih procesualno važnih činjenica, za neposredno ili posredno pobijanje ili slabljenje glavnog dokaza.

4.2. Načelo in dubio pro reo

Sva navedena mišljenja polaze od toga da materijalni teret dokazivanja u pogledu izvesnih činjenica mora padati na okrivljenog. Ta mišljenja se zasnivaju na stavu da postojanje činjenica koje idu u korist optuženog mora biti dokazano, jer samim tim što ostaje nedokazano optuženi trpi štetu, jer princip materijalne istine ne dozvoljava da se na takvim činjenicama zasniva presuda. Osnovna pogreška ovakvog shvatanja je u tome što se smatra da nedokazivanje jedne činjenice, odnosno sumnja u nju znači izvesnost suprotnog.[94] Ako je izvesnost činjenice ostala nedokazana, ne može se uzeti da je time postignuta izvesnost suprotnog. Kada je postojanje neke činjenice sumnjivo, onda ne može istovremeno biti njeno nepostojanje nesumnjivo. Samo izvesnost nepostojanja nečega znači izvesnog postojanja suprotnog.[95] U ovom smislu, čini se da su pravila o raspodeli materijalnog tereta dokazivanja necelishodna. Ceo problem rešava princip *in dubio pro reo.* Ukoliko se sud nađe u neotklonjivoj sumnji o postojanju neke činjenice koja ide u korist optužbe, primenjujući princip *in dubio pro reo,* sud ne može na štetu optuženog uzeti da takva činjenica postoji. Ako sud ostane u sumnji u pogledu postojanja neke činjenice koja ide u korist optuženog, onda ne može po principu *in dubio pro reo* uzeti na štetu optuženog da takva činjenica ne postoji. Naime, kad sud ne može sa izvesnošću utvrditi nepostojanje jedne činjenice koja ide u korist optuženog, onda on to nepostojanje, po principu *in dubio pro reo* ne može uzeti u obzir i zato mora postupati kao da takva činjenica postoji.[96] Međutim, naša sudska praksa nije uvek bila spremna da stvari ovako tu-

[94] Tako, D. Atanacković, op. cit., str. 6.
[95] Ibidem, str. 5-6.
[96] Ibidem, str. 8.

mači. Najčešće se tražilo da krivičnopravne prigovore dokazuje sam optuženi. Ako su ti prigovori ostali nedokazani, uzimalo se da ne postoje i okrivljeni se osuđivao.[97] Ovo naročito važi za osnove isključenja protivpravnosti i krivične odgovornosti. Time je materijalni teret dokazivanja prebačen na optuženog po pravilu *reus excipiendo fit actor*, te je isključena primena pravila *in dubio pro reo.* Dosledna primena pravila *in dubio pro reo* svela bi se na sledeće: sve činjenice koje idu na teret optuženog moraju biti sa izvesnošću utvrđene, a ako se tako ne utvrde uzima se da one ne postoje. Obrnuto, za sve činjenice koje idu u prilog optuženom, ako se pojavi sumnja da bi mogle postojati, a ne uspe se ta sumnja sa izvesnošću isključiti, ima se uzeti da postoje.

Pravila o teretu dokazivanja koja važe u građanskom procesnom pravu ne mogu se prosto preneti na teren krivičnog procesnog prava. To je zato što u krivičnom postupku važi princip *in dubio pro reo.* Neki autori tvrde da od toga kako se postavi pojam materijalnog tereta dokaza, zavisi šira ili uža primena principa *in dubio pro reo.*[98] Mi bismo rekli obrnuto: od načina kako je formulisano pravilo *in dubio pro reo,* zavisi primena pravila o materijalnom teretu dokazivanja. Što je šira primena pravila *in dubio pro reo,* to je uža primena materijalnog tereta dokaza. Različite relacije u ovom pogledu su moguće zbog neusaglašenih mišljenja u teoriji o sferi delovanja pravila *in dubio pro reo.* Po nekima, to pravilo treba primenjivati ne samo u pogledu utvrđivanja činjenica od kojih zavisi postojanje krivičnog dela, već i u pogledu utvrđivanja drugih materijalno i procesnopravno relevantnih činjenica, pa čak i prilikom tumačenja prava.[99] U poslednje vreme ovu vrstu dileme isključuje savremeni zakonodavac, koji počinje da se upušta u zakonsko definisanje pravila *in dubio pro reo.* Tako, prema odredbi člana 18, stava 3 važećeg ZKP, kada postoji sumnja u pogledu odlučnih činjenica koje čine obeležja krivičnog dela ili od kojih zavisi primena neke druge odredbe Krivičnog zakonika, sud će u presudi ili rešenju koje odgovara presudi odlučiti u korist okrivljenog.[100] Dakle, u našem pravu pravilo *in dubio pro reo* proizvodi dejstva na području svih materijalnopravno relevantnih činjenica. To znači da okrivljeni treba dokazivanjem samo da dovede u sumnju postojanje činjenica koje ga terete, da bi sud mogao uzeti da te činjenice ne postoje, od-

---

[97] Ibidem, str. 8. Slično i M. Grubiša, *Princip in dubio pro reo i materijalni teret dokazivanja,* Naša zakonitost 1958, str. 440.

[98] Tako, M. Grubiša, *Činjenično stanje u krivičnom postupku,* Informator, Zagreb, 1980, str. 59.

[99] Videti ta mišljenja kod Đ. Lazina, *„In dubio pro reo" u krivičnom postupku,* Naučna knjiga, Beograd, 1985, str. 90 i dr.

[100] Ovo rešenje uvedeno je izmenama i dopunama ZKP iz 2009 (Sl. glasnik RS 72/09).

nosno okrivljeni treba samo da učini verovatnim da postoje činjenice koje mu idu u prilog, pa će sud uzeti kao da one postoje. U teoriji je sporno pitanje koji stepen sumnje je potreban za primenu pravila *in dubio pro reo.* Prema jednom shvatanju, sud primenjuje pravilo *in dubio pro reo* ukoliko se nalazi u sumnji koja proizlazi iz rezultata postupka. Pri tome se ne određuje stepen ove sumnje, pa proizlazi da ona može biti bilo kog stepena. Tako, prema Grubiši, sve ono što po intenzitetu verovatnosti stoji niže od izvesnosti, praktično nije moguće dalje stepenovati: postoji ili uverenje ili sumnja, trećeg nema.[101] Nedostatak ovog shvatanja je u tome što nije bliže određeno kada iz postupka može proizaći da postoji sumnja i što se ne zna kakav je njen odnos prema zakonskoj gradaciji sumnje. Po drugom mišljenju, da bi sud primenio ovo pravilo, mora da postoji najmanje osnovana sumnja.[102] Prema mišljenju većine, to znači da su argumenti za postojanje neke činjenice podjednaki argumentima protiv njenog postojanja. Danas dominira shvatanje da se pravilo *in dubio pro reo* odnosi kako na činjenice koje idu u korist, tako i na činjenice koje idu na štetu okrivljenog.[103] Međutim, ima autora koji ukazuju da se ovo pravilo ne odnosi na činjenice koje idu na štetu okrivljenog, budući da do istog rezultata dovodi primena opštih pravila o dokazivanju.[104]

Izuzetno, u savremenim pravima krivičnim zakonom može biti izričito predviđena i pravna dužnost okrivljenog da dokazuje. Tako, na primer, prema odredbi člana 172, stava 4 KZ,[105] za iznošenje ili pronošenje ličnih ili porodičnih prilika koje je učinjeno u vršenju službene dužnosti, novinarskog poziva, odbrani nekog prava ili pri zaštiti opravdanih interesa, učinilac se neće kazniti, ako dokaže istinitost svog tvrđenja ili ako dokaže da je imao osnovanog razloga da poveruje u istinitost onog što je iznosio ili pronosio. Krivično delo iznošenje ličnih i porodičnih prilika postoji u načelu bez obzira na to da li je istinito ili neistinito ono što se iznosi ili pronosi iz nečijeg ličnog ili porodičnog života. Ovde je tužilac, a supsidijarno i sud dužan da dokaže da je okrivljeni nešto iznosio ili pronosio iz tužiočevog ličnog ili porodičnog života što može škoditi njego-

[101] M. Grubiša, *Princip in dubio pro reo u praksi,* JRKK 1966/3, str. 330.

[102] Đ. Lazin, *„In dubio pro reo" u krivičnom postupku,* Narodna knjiga, Beograd, 1985, str. 28. Pregled pojedinih slučajeva u kojima se sud pozvao na pravilo *ne bis in idem* videti kod D. Krapca, *Neposredni i posredni dokazi u krivičnom postupku,* Informator, Zagreb, 1982, str. 87-90.

[103] Tako, na primer, M. Grubač, *Krivično procesno pravo,* Službeni glasnik, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, str. 256.

[104] Tako, T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ,* Savremena administracija, Beograd, 1981, str. 315. Videti i kritiku tog stanovišta kod M. Grubiše, *Činjenično stanje u krivičnom postupku,* Informator, Zagreb, 1980, str. 69.

[105] Sl. glasnik RS 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09.

voj časti i ugledu. U korist tužioca stoji pretpostavka da je čestit i korektan, a okrivljeni može izdejstvovati isključenje kažnjivosti ukoliko dokaže da se nalazio u nekoj od navedenih situacija i da je ono što je iznosio bilo istinito ili barem da je osnovano verovao u njegovu istinitost.

Novi ZKP Srbije iz 2011. godine donosi samo jednu novinu u vezi sa načelom *in dubio pro reo:* područje njegovog važenja sada se širi i na procesnorelevantne činjenice (član 16, stav 4). Međutim, treba imati u vidu da je i ambijent dokaznog postupka u kome se primenjuje pravilo *in dubio pro reo* u novom ZKP bitno promenjen. Potpuno je nova odredba člana 15, stava 2 novog ZKP, koja predviđa da je teret dokazivanja na tužiocu. To je u skladu sa starim načelom rimskog prava: *actori incubit probatio.* U istom članu nalazi se i odredba po kojoj sud izvodi dokaze na predlog stranaka. Iz ove odredbe sledi da se zakonik odriče načela sudske odgovornosti za nastupanje dokaza. To je praćeno izostavljanjem odredbe člana 17, stava 1 važećeg zakonika, po kojoj su sud i državni organi koji učestvuju u krivičnom postupku dužni da istinito i potpuno utvrde činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonite odluke. Tako načelo istine prvi put u razvoju našeg procesnog zakonodavstva nije našlo svoje mesto među osnovnim procesnim načelima. Stavljanjem dokazne inicijative u ruke stranaka i oslobađanjem suda od odgovornosti za utvrđeno činjenično stanje, sud se od aktivnog aktera krivičnog postupka pretvara u pasivnog posmatrača i arbitra. Sud je zadržao izvesne, ali sasvim rudimentarne i periferne prerogative u dokaznom postupku. On može dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze ili izuzetno sam odrediti da se takvi dokazi izvedu, ako oceni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni i da je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio. Ova načelna, ali ograničena mogućnost suda da se aktivira u dokaznom postupku potvrđena je i u odredbama člana 356, stava 3 i člana 368, stava 1, tačke 5. Međutim, iz formalne odredbe člana 15, stava 3 ZKP jasno proizlazi da u fazi nastupanja dokaza sud nije ravnopravan sa strankama. Po njegovoj odluci mogu se izvoditi samo oni dokazi koji su u funkciji otklanjanja protivrečnosti ili nejasnoića u već izvedenim dokazima. Ako se svemu tome doda i odredba člana 83, stava 3, po kojoj se ne dokazuju nesporne činjenice, dobija se jasna slika o nastojanju zakonodavca da učini radikalan zaokret ka adverzarnom tipu krivičnog postupka.

Pravilo *in dubio pro reo* postalo je tekovina savremenih kontinentalnih prava. Treba, međutim, napomenuti da ono ne postoji u anglosaksonskom pravu. To, naravno, ne znači da se tamo sumnja u krivičnom postupku rešava na štetu okrivljenog. Tamo se slični efekti postižu na jedan drugi način – kroz davanje uputstva poroti o dokaznim pravilima. Jedno od važnih dokaznih pravila koje sudija može dati poroti nakon završetka

glavnog pretresa je uputstvo o količini dokaza potrebnih za osudu. Ako profesionalni sudija posumnja da se kod porotnika može pojaviti sumnja u pogledu krivice okrivljenog, može im dati uputstvo da krivično delo mora biti dokazano „iznad razumne sumnje" (*beyond a reasonable doubt).*[106] To znači da ako kod porotnika preostane „razumna sumnja" u pogledu krivice okrivljenog, da moraju doneti odluku da okrivljeni nije kriv (*not guilty).* Pošto istu odluku porotnici donose i u slučaju kad bez ikakve sumnje utvrde da okrivljeni nije kriv, ta prethodna odluka znači favorizovanje okrivljenog, a time praktično i primenu pravila *in dubio pro reo.*[107] Smatra se da se pomenuto dokazno pravilo anglosaksonskog prava pojavilo krajem XVIII veka i da, prema tome, vremenski korelira sa nastankom kontinentalnog pravila *in dubio pro reo*[108].

5. Zaključna razmatranja

Različite teorije o teretu dokazivanja javljale su se i u okviru građanskog i u okviru krivičnog procesnog prava. U okviru prvih, pravila se distinkcija između tereta tvrdnji i tereta dokazivanja, odnosno između subjektivnog i objektivnog tereta dokazivanja. U okviru drugih, pravila se razlika između formalnog i materijalnog tereta dokazivanja. Pokazuje se da je i u domenu građanskog i u domenu krivičnog procesnog prava veoma bitan tip postupka. U starom čisto raspravnom parničnom postupku bio je relevantan teret dokazivanja u subjektivnom smislu. U čistom akuzatorskom krivičnom postupku važilo je pravilo o podeli formalnog tereta dokazivanja među strankama. Pokazuje se, zapravo, da je građanskopravno učenje o subjektivnom teretu dokazivanja identično krivičnopravnom učenju o formalnom teretu dokazivanja. To ne treba da čudi, jer su se i građanski i krivični postupak dugo vremena odvijali po identičnoj proceduri. Stoga su prva pravila o teretu dokazivanja, koja su nastala u rimskom pravu, istovremeno karakterisala i parnični i krivični postupak. Teret dokazivanja je ležao na tužiocu, s tim što se i tuženi u pogledu prigovora smatrao tužiocem. Ukoliko tužilac nije dokazao istinitost tvrdnje na kojoj je zasnivao svoj zahtev, tuženi se oslobađao. Takav princip važio je i u srednjovekovnim akuzatorskim postupcima racionalnog tipa. Međutim, u starim slovensko-germanskim krivičnim postupcima iracionalnog tipa, u kojima su se kao dokazna sredstva upotrebljavali zakletva tuženog i sakletvenici, teret dokazivanja je bio na tuženom. U inkvizitorskom krivičnom postupku, problem tereta dokazivanja nije se ni postavljao zbog

[106] D. Krapac, *Engleski kazneni postupak,* Zagreb, 1995, str. 87.
[107] Tako, Đ. Lazin, op. cit., str. 80.
[108] O evoluciji ove ustanove videti detaljnije kod Đ. Lazina, op. cit., str. 81-82.

važenja zakonske ocene dokaza, koja je sama po sebi isključivala dvojbene slučajeve.

U parničnim postupcima u kojima dominira istražni metod, može se govoriti samo o objektivnom teretu dokazivanja, koji je kod nas izričito proklamovan tek 1990. godine. U važećem parničnom postupku, koji se zasniva na raspravnom načelu, ponovo je afirmisan subjektivni teret dokazivanja a konkretizovan objektivni teret dokazivanja, koji je pre toga izazivao razne nedoumice u teoriji i u praksi.

Učenja o materijalnom teretu dokazivanja u mešovitim krivičnim postupcima pokušavala su da dokažu da pravilo parničnog postupka *reus excipiendo fit actor* važi u određenim slučajevima i u krivičnom postupku. Međutim, takvo shvatanje, na kome se zasnivao i dobar deo strane i domaće sudske prakse, postalo je neodrživo sa prihvatanjem pravila *in dubio pro reo*. Ovo, u početku nepisano, pravilo nalaže da sud u slučaju neotklonjive sumnje ima postupiti u korist okrivljenog, kako kada su u pitanju činjenice koje idu u korist, tako i kada se radi o činjenicama koje idu na štetu okrivljenog. Razlika u odnosu na građanskopravna pravila ogleda se u tome, što okrivljeni svoje materijalnopravne ili procesne prigovore više ne treba u potpunosti da dokaže, da bi uspeo da izdejstvuje za njega povoljnu odluku. Dovoljno je da u pogledu tih činjenica ukaže na osnovanu sumnju. Novi ZKP Srbije iz 2011. godine proširuje područje važenja načela *in dubio pro reo* i na procesno relevantne činjenice i istovremeno menja koncepciju dokaznog postupka u pravcu jačanja dokazne inicijative stranaka i pasiviziranja suda.

Teret dokazivanja i u krivičnom i u parničnom postupku predstavlja radnu metodu kojom se rešava kriza spoznaje suda prilikom utvrđivanja činjeničnog stanja. On pretpostavlja da je dokazni postupak završen, te da sud nije mogao sa sigurnošću da utvrdi istinitost određenih činjeničnih tvrdnji. On ne predstavlja odstupanje od istine u postupku, ali postignuta istina koju on podrazumeva može nositi različite atribute u zavisnosti od vladajućeg koncepta dokazivanja (tzv. materijalna istina, procesna istina). Pravila o teretu dokazivanja ne predstavljaju ni odstupanje od načela slobodne ocene dokaza, iz prostog razloga što ta radna metoda stupa na scenu tek posle završenog dokaznog postupka koji je izveden u skladu sa načelom slobodne ocene dokaza.

Praćenje evolucije tereta dokazivanja i preovlađujućeg dokaznog koncepta u krivičnom i parničnom postupku pokazuje svojevrsno kružno kretanje, u kome se savremeni parnični postupci vraćaju čistim raspravnim modelima, kontinentalni krivični postupci približavaju anglosaksonskim modelima i na kraju, krivični postupci ponovo približavaju parničnim postupcima.

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

Burden of Proof in Criminal and Civil Procedure

Abstract

In this paper the author presents the evolution of burden of proof in criminal and civil procedure. In civil procedural law there are the differences between the burden of proof in subjective, and that in objective sense. In criminal procedural law there are the differences between the burden of proof in formal, and that in material sense.The burden of proof in objective sense and the burden of proof in material sense is a specific working method available to court after the evidence procedure is carried out, when the use of free assesment of evidence method did not result in its conviction that a certain disputed legally relevant fact is true, which disables the court to form the factual substratum of the judgment. A particular attention is paid to the discussion of the principle in dubio pro reo and its differences from burden of proof in civil procedure.

Key words: subjective burden of proof, objective burden of proof, formal burden in proof, material burden of proof, criminal procedure, civil procedure, in dubio pro reo

Originalni naučni rad UDK 57.089:342.7
doi:10.5937/zrpfns46-1790

Dr Dragica Živojinović, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Kragujevcu

ZAHTEVI ETIČKE OPRAVDANOSTI KLINIČKIH ISPITIVANJA[*]

Sažetak: *Sprovođenje kliničkih ispitivanja na ljudima u cilju dobijanja podataka o efikasnosti i bezbednosti novih lekova, medicinskih naprava i bihejvioralnih intervencija neizostavni je deo unapređenja medicine. Ipak, specifičan položaj subjekata ispitivanja nosi rizik od njihove potencijalne zloupotrebe. Neophodnost zaštite njihovih prava, interesa i dobrobiti nametnula je potrebu za utvrđivanjem opšte prihvatljivih zahteva etičke opravdanosti kliničkih ispitivanja. Analizirajući sadržinu međunarodnih i regionalnih deklaracija, etičkih uputstava i unutar državne regulative, autor nalazi da su osnovni zahteve etičke opravdanosti kliničkih ispitivanja: naučna i društvena vrednost i naučna osnovanost, procena odnosa rizika i dobrobiti u korist ispitanika, pravedna selekcija subjekata ispitivanja, dobrovoljni informisani pristanak, poštovanje prava ispitanika i nezavisna recenzija od strane etičkih komiteta. U radu se dalje objašnjava svrha njihovog postojanja, a pri utvrđivanju odnosa između pobrojanih etičkih zahteva autor zaključuje da se oni nalaze u odnosu međuzavisnosti i povezanosti. Jedino njihovim kumulativnim ispunjenjem ostvaruje se etički prihvatljiv pristup izvođenju studija uz odsustvo eksploatacije, fer i korektan odnos prema subjektima ispitivanja i puno poštovanja njihovih prava i bezbednosti.*

Ključne reči: *klininička ispitivanja, etički zahtevi, zloupotreba ispitanika, Helsinška deklaracija*

---

[*] Rad je napisan u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu *XXI vek – vek usluga i Uslužnog prava*, br. 179012, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

Uvod

Brojne etičke dileme koje poslednjih decenija potresaju izvođenje kliničkih ispitivanja na ljudima poput standarda kliničkih ispitivanja u nerazvijenim zemljama, upotrebe placeba, uključivanja dece i psihijatrijskih bolesnika u ispitivanja, izvođenje studija na zdravim dobrovoljcima uz plaćanje naknade i slično, ukazuju da informisani pristanak ispitanika nije jedini zahtev koji ih čini etički opravdanim. Istorijski razvoj kliničkih ispitivanja pored brojnih otkrića u pravcu unapređenja profilaktičkih, dijagnostičkih i terapeutskih postupaka, razumevanja etiologije i patogeneze bolesti, pratili su i brojni slučajevi zloupotrebe subjekata ispitivanja. Registrovani su ne samo za vreme Drugog svetskog rata[1] kada gotovo da nisu postojali propisi kojim je uređivana ova materija, nego i danas u vreme njene razuđene regulative. Da se cena budućeg napredka medicine ne bi plaćala kršenjem prva ispitanika, ugrožavanjem njihovog života i zdravlja, potrebno je postojanje jednog koherentnog i zaokruženog sistema evaluacije kliničkih ispitivanja koji obuhvata sva relevantna etička razmatranja.

Analizom sadržine postojećih međunarodnih deklaracija, regionalnih akata, međunarodnih i nacionalnih smernica i etičkih uputstava, kao i stavova ispoljenih u stručnoj literaturi, mogu se izdvojiti nekoliko osnovnih zahteva etičke opravdanosti kliničkih ispitivanja. Koji su to zahtevi, šta je cilj isticanja neophodnosti njihovog ispunjenja i kakav je njihov međusobni odnos, predmet je ovog rada.

Naučna i društvena vrednost i naučna osnovanost kliničkih ispitivanja

Prvi, a može se reći i prethodni uslov etičke opravdanosti kliničkih ispitivanja odnosi se na postojanje njihove naučne i društvene vrednosti kao i naučne osnovanosti. On je tesno povezan sa svrhom biomedicinskih ispitivanja.

Vrednim se smatra ono ispitivanje koje je postavljeno u cilju evaluacije dijagnostičke ili terapijske intervencije koja može voditi unapređenju zdravlja ljudi ili opšte dobrobiti. Ako studija ima preliminarni etiološki, pa-

[1] Zatvorenici koncentracionih logora prinudno su podvrgavani brojnim eksperimentima izvođenim od strane jednog broja lekara nacističke Nemačke (eksperimenti na blizancima, transplatacija kostiju, mišića i nerava bez anestezije sa zatvorenika na zatvorenika, eskperimenti smrzavanja u cilju izučavanja preventive i tretmana hipotermije, eksperimenti sa povredama glave itd.) koji se se odlikovali necivilizovanim postupcima i besprimerenim žrtvovanjem velikog broja ljudskih života.

topsihološki ili epidemiološki karakter, društvena vrednost postoji ako se izvodi u cilju razvoja pomenutih intervencija ili testiranja hipoteze koja može voditi povećanju saznanja o strukturi ili funkcionisanju ljudskog tela, čak ako to saznanje nema neposrednu praktičnu primenu.[2] Ispitivanja kojima se nude nejasni, nedovoljno definisani ishodi, koja se zasnivaju na beznačajnim ili sumnjivim hipotezama ili čiji rezultati se u potpunosti ili u bitnom delu podudaraju sa onim poznatim i dokazanim, nemaju društvenu ni naučnu vrednost, pa tako i njihovo izvođenje nije etički opravdano.

Dva važna razloga uslovljavaju neophodnost ispunjenja ovog zahteva i to: ograničenost istraživačkih resursa i zaštita subjekata ispitivanja od moguće eksploatacije. Ograničena količina finansijskih sredstava koja je namenjena istraživačkim projektima, ograničeni broj istraživača odgovarajućih kompetencija koji kvalitetno mogu voditi ispitivanje,[3] ograničeni kapaciteti kliničkih centara u kojima se studije izvode, broj ispitanika koji po osnovu fer selekcije može biti uključen u određeno ispitivanje itd, ne smeju biti trošena uzalud. Racionalan i odgovoran odnos prema raspoloživim resursima podrazumeva njihov utrošak za društveno vredne poduhvate. Takođe, imperativ poštovanja prava i dostojanstva svakog ljudskog bića nameće učesnicima kliničkih ispitivanja dužnost sprečavanja nastanka rizika povrede tela ili oštećenja zdravlja ispitanika bez postojanja individualne ili društvene koristi.

Naučna utemeljenost biomedicinskog ispitivanja na ljudima postoji ako se ono nadovezuje na pozitivne rezultate dobijene iz obavljenih predkliničkih istraživanja, ako je zasnovano na opšte prihvaćenim naučnim principima, ako su predloženi istraživački medodi adekvatni cilju ispitivanja i odgovarajućem studijskom polju i ukoliko postoji mogućnost testiranja postavljene hipoteze.[4] Studije sa neodgovarajućom veličinom uzorka ili one kod kojih je loše postavljen standard komparacije, ne mogu voditi ni potvrđivanju ni opovrgavanju postavljene hipoteze, bezvredna su a njihovo sprovođenje je etički neopravdano.

Na naučnu i društvenu vrednost i naučnu osnovanost biomedicinskih ispitivanja osvrću se svi međunarodni, regionalni i nacionalni dokumenti

---

[2] Emanuel J. E., at al, What makes clinical research ethical, *The Journal of the American Medical Association*, http://d6645887.x114.xsolv.com/material1.pdf, od 22.02.2012.

[3] Broj kliničkih ispitivanja u koje istovremeno može biti uključen jedan istraživač određen je internim aktima kliničkog centra u kome se studije izvode. U Kliničkom centru Kragujevac to su četiri studije.

[4] Freedman B., Scientific value and validity as ethical requirements for research: A proposed explication, *Ethics and Human Research*, http://www.jstor.org/discover/10.2307/3563623?uid=3738928&uid=2129&uid=2134&uid=2&uid=70&uid=4&sid=47698761690247, od 12.03.2012.

kojima se propisuju etički standardi za izvođenje kliničkih ispitivanja na ljudima ili utvrđuju smernice za njihovo sprovođenje. Baveći se potrebom za društvenom vrednošću ispitivanja, Nirnberški kodeks[5] podvlači da rezultati eksperimenta moraju služiti dobrobiti čovečanstva, da je njihovu proveru nemoguće obaviti drugim metodama i da u svojoj postavci nisu nasumični i nepotrebni. Njime se dalje ističe da „eksperiment mora biti planiran i zasnovan na rezultatima istraživanja na životinjama, na saznanjima istorije bolesti ili drugog problema, tako da očekivani rezultati opravdavaju njegovo izvođenje".

Helsinška deklaracija[6] revizijom iz 1996. godine u delu koji nosi naziv „Osnovni principi" ne samo da ističe zahtev za naučnom i društvenom vrednošću i naučnom utemeljenošću ispitivanja, nego ukazuje i na međusobnu isprepletanost i povezanost etičkih principa kliničkih ispitivanja. Njom se propisuje da „biomedicinska istraživanja na ljudima moraju biti usklađena sa opšteprihvaćenim naučnim principima..." (I.1.); da „plan i izvođenje svake eksperimentalen procedure moraju biti jasno formulisani u eksperimentalnom protokolu..."(I.2.); da „biomedicinska istraživanja na ljudima nisu legitimna ukoliko važnost cilja nije proporcionalna očekivanom riziku kojim se izlažu subjekti." (I.4.) itd.

O naučnom i društvenom značaju biomedicinskih istraživanja govori i Smernica 1 Međunarodnog etičkog vodiča za biomedicinska ispitivanja na ljudima (International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects)[7] prema kojoj „etičku opravdanost imaju ona istraživanja koja se preduzimaju na način kojim se obezbeđuje poštovanje, zaštita i fer odnos prema subjektima istraživanja i koja su moralno prihvatljiva u zajednicama u kojima se izvode". Dajući i negativno određenje u njoj se navodi da se neetičkim smatra istraživanje koje nema naučnu vrednost jer se njime subjekti istraživanja izlažu riziku bez moguće dobiti. I Smernice dobre kliničke prakse u kliničkom ispitivanju u jedan od principa dobre kliničke prakse ubrajaju naučnu utemeljenost.[8]

---

[5] Tekst Nirnberškog kodeksa dostupan je na adresi, http://www.ohsr.od.nih.gov /guidelines/**nuremberg**.html, od 10.01.2012.

[6] Helsinška deklaracije koja je usvojena 1964. godine, dopunjavana je više puta: 1975, 1983, 1989, 1996, 2000. i 2006. godine. Tekst Deklaracije dostupan je na adresi, http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/, od 15.01.2012.

[7] Tekst dostupan na adresi, http://www.cioms.ch/publications/layout_guide2002.pdf, od 18.02.2012.

[8] Videti tačku 2.5. Smernica dobre kliničke prakse u kliničkom ispitivanju, dostupne na - http://www.emea.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Scientific_guideline/2009/09/WC500002874.pdf, od 08.02.2012. Ove smernice su u originalnom tekstu prihvaćene od strane Republike

Iako ovaj etički zahtev ima karakter etičkog preduslova, on nije elemenat za sebe, ne može se pojednostavljeno posmatrati niti potpuno razdvojiti od ostalih kriterijuma etičke opravdanosti kliničkih ispitivanja. Svi etički uslovi se nalaze u odnosu povezanosti i međuzavisnosti i upravo u tako kompleksnom odnosu podležu proceni od strane etičkih komiteta. Takođe, i sam unutrašnji odnos naučne i društvene vrednosti i naučne osnovanosti odlikuje se brojnim varijabilitetima koji su posledica različitog pozicioniranja na skali značaja. Naime, iako valjano naučno obrazložena, ne nose sva ispitivanja isti stepen društvene i naučne važnosti. Najveći broj njih predstvlja duplikat poznatih rezultata uz izvesan doprinos unapređenju zdravlja, koji se recimo u kliničkom ispitivanju lekova može ispoljavati u boljoj resorpciji ili izlučivanju leka, u slabijim neželjenim efektima i sl, dok će njihov manji broj imati karakter značajnih otkrića. Etička opravdanost ispitivanja u ovom slučaju zavisi od načina povezanosti ovog zahteva sa drugim etičkim uslovima, posebno sa procenom odnosa rizika i dobrobiti. Ako je na primer vrednost ispitivanja neznatna ali sobom nosi minimalan ili udaljen rizik, njemu može biti data prednost u odnosu na ispitivanje koje potencijalno ima veliki značaj ali uključuje ogroman rizik za ispitanike. Na ocenu etičkih komiteta koja studija će biti odobrena uticaj mogu imati i neki socijalni, politički ili drugi razlozi koji će na primer pretegnuti ka kliničkom ispitivanju koje ima potencijal pozitivnog rešenja prioritetnog zdravstvenog problema.

Procena odnosa rizika i dobrobiti

Postojanje određenog rizika po ispitanika neizbežan je elemenat svakog kliničkog ispitivanja. Rizik predstavlja njihovu kostantu, nešto na šta se uvek računa, ali daleko od toga da stepen očekivanog rizika treba da ostane otvorena, nedefinisana, nasumična kategorija, što bi značilo ništa drugo do stavljanje subjekata ispitivanja u poziciju oglednog objekta za račun nečije tuđe ili opštedruštvene dobrobiti. Ovako postupanje bi bilo protivno pravičnoj distribuciji rizika i dobrobiti i zabrani eksploatacije ispitanika.

Ocena etičke opravdanost kliničkih ispitivanja analizirana prema proceni odnosa rizika i dobrobiti uključuje nekoliko komponenti i sve one moraju biti razmatrane iz ugla konkretnog ispitanika.

Srbije i objavljivanjem u „Službenom glasniku RS“ br. 28/2008 od 18.03.2008, postale su deo domaće regulative.

Najpre, rizik po ispitanike mora biti poznat i u kontekstu aktuelnih medicinskih znanja i dobre kliničke prakse sveden na minimum. Minimaliizacija rizika se ostvaruje ako se u studiji primenjuju medicinske procedure koje su adekvatne naučnom cilju, ali koje su po mogućstvu već poznate u dijagnostici ili terapiji i kojima se ispitanici ne izlažu nepotrebnom riziku. Svaki pojedinac koji učestvuje u ispitivanju mora od toga imati ličnu korist. Ona se prevashodno ogleda u poboljšanju zdravlja ispitanika, dok je postojanje društvene dobrobiti putem nagomilavanja medicinskog saznanja osigurano ako je istraživanje ispunilo zahtev za naučnom i društvenom vrednošću. Koristi koje su iz vizure cilja ispitivanja irelevantne, poput eventualne nadoknade za ispitanika, primanje uobičajene medicinske nege kakva može biti redovna vakcinacija, ne mogu biti predmed vrednovanja pri komparaciji odnosa rizika i dobrobiti. I najzad, ovaj zahtev etičke opravdanosti ispitivanja ispunjen je ako njihovo poređenje pokazuje da je korist za ispitanika veća od očekivanog rizika. U regulativi materije kliničkih ispitivanja za ishod ove komparacije upotrebljavaju se izrazi koji ga više opisuju nego što ga kvantifikuju, poput „proporcionalan" ili korist „nadmašuje" rizik. Nedostatak obrasca kojim bi se egzaktno utvrdio njihov odnos ne znači da je takva procena slučajna, nasumična ili subjektivna. Ona se mora zasnivati na eksplicitnim rezultatima predkliničkih istraživanja, na podacima o potencijalnoj vrsti rizika, verovatnoći da će se ostvariti kao i njegovim dugoročnim posledicama po zdravlje ispitanika.

Poseban slučaj ispunjenja ovog zahteva etičke opravdanosti postoji u studijama koje ne sadrže potencijalnu benefit za ispitanike, kakve su one koje se izvode na zdravim dobrovoljcima, tzv. studije prve faze, poput farmakokinetskih ili nekih epidemioloških istraživanja. U stručnoj literaturi se ističe da se u ovim slučajevima ne radi o proceni odnosa rizika i dobrobiti za pojedinca, već o odnosu rizika i saznanja.[9] Njihova etička opravdanost obrazlaže se idejom interpersonalne distribucije konceptualno i praktično veoma diskutabilnom, koja ne znači ništa drugo do, jedan snosi rizik a drugi od toga imaju benefit. Važno je napomenuti da u postojećoj regulativi nema utvrđenih okvira kako društvena benefit treba da bude izbalansirana sa individualnim rizikom, a problem dodatno povećava okolnost da rizik i korist u kliničkim ispitivanjima nisu do kraja kvantitativno merljive kategorije. Postojeći utilistarički pristup rešenju ovog problema usmeren na ostvarivanje praktične koristi, dovodi u pitanje postojanje etičke opravdanosti ovog tipa kliničkih ispitivanja.

[9] Emanuel J.E., at al, navedeno delo.

Naglašavanje potrebe za pravičnim odmeravanjem odnosa rizika i dobrobiti, predmet je svih etičkih kodeksa. U jednom od osnovnih principa Nirnberškog kodeksa ističe se da rizik po pojedinca ne sme nadmašiti važnost humanitarnog problema koji se reševa eksperimentom. Helsinška deklaracija na više mesta raspravlja o ovom odnosu. Slično Nirnberškom kodeksu u verziji iz 1996. godine ova Deklaracija u „Osnovnim principima" u čl. I.5. podvlači da „svakom biomedicinskom ispitivanju mora prethoditi pažljiva procena predvidljivog rizika sa očekivanom koristi za ispitanike ili druge subjekte. Interes subjekta uvek mora imati prevagu nad interesima nauke i društva". U čl. I.7. naglašava dužnost lekara da prekine ispitivanje ako se pokaže da rizik nadmašuje potencijalnu benefit itd. Belmont izveštaj[10] procenu odnosa rizika i koristi dovodi u usku korelaciju sa principom dobrobiti koga postavlja za jedan od osnovnih etičkih principa kliničkih istraživanja. Međunarodni etički vodič za biomedicinska ispitivanja na ljudima sadrži preporuku da u svakom istraživanju mora biti obezbeđena „razumna izbalansiranost" potencijalne koristi i rizika, kao i da mogući rizici budu svedeni na minimum. U njemu se dalje ističe da ispitivanja koja nemaju direktnu dijagnostičku, terapijsku ili preventivnu korist za ispitanika, moraju biti opravdana postojanjem naučne i društvene vrednosti. Rizik takve intervencije mora se nalaziti u „razumnoj relaciji" prema važnosti očekivanog saznanja.[11]

Pravilna selekcija subjekata ispitivanja

Selekcija subjekata kliničkih ispitivanja mora biti pravilno sprovedena. Ona podrazumeva donošenje valjane odluke ne samo o tome na kojoj potencijalnoj kategoriji subjekata će biti obavljena studija (zdravi dobrovoljci, pacijenti u određenom stadijumu bolesti), već i to ko će od regrutovanih subjekata biti uključen ili isključen i na kom području odnosno, mestu će biti sprovedena (sajt).

Odabir subjekata ispitivanja mora biti determinisan naučnim ciljevima studije, a ne nekim drugim razlozima kakvi mogu biti izbegavanje is-

[10] Belmont izveštaj je u SAD-u usvojen od strane Nacionalne Komisije za zaštitu subjekata biomedicinskih i bihejvoralnih istraživanja 1979. godine kao odgovor na skandale koji su izazvani izvođenjem Tuskegee i Willowbrook studija. U njemu su utvrđena tri osnovna principa etičke opravadanosti kliničkih ispitivanja koja uključuju humanu populaciju – princip poštovanja prava ispitanika, princip dobrobiti i princip pravednosti. Tekst izveštaja dostupan na adresi, http://ohsr.od.nih.gov/guidelines/ belmont.html, od 23.02.2012.

[11] Videti Smernicu 8. Međunarodnog etičkog vodiča za biomedicinska ispitivanja na ljudima.

pitanika iz ranjive[12] populacije jer to izazviva povećanu pažnju etičkih komiteta, laka dostupnost određenih subjekata, privilegije i slično. Nažalost, svedoci smo da je u prošlosti bilo studija, naročito onih koje su uključivale povećani rizik ili koje nisu nosile potencijalnu benefit za ispitanike, kojim su obuhvatane određene grupe subjekata samo iz razloga što su bile „pogodne" za ispitivanje.[13] Naučni razlozi su takođe kriterijum od koga se polazi pri proceni koja grupa subjekata ne sme biti isključena iz ispitivanja. Nivo bezbednosti ispitanika ne sme biti doveden u pitanje neodgovarajućom selekcijom subjekata.

Svako odstupanje od selekcije subjekata određene naučnim ciljem ispitivanja ne samo da umanjuje efikasnost izvedene studije, nego dovodi u pitanje validnost dobijenih rezultata, što povlači dalje neželjene konsekvence. Najozbiljnije su one koje se ogledaju u okolnosti što rezultati obavljenih ispitivanja generišu na kojoj populaciji će terapija biti primenjena, a ako su oni pogrešni, takva će biti i terapija. Takođe, nepravilnom selekcijom subjekata pokazuje se neodgovoran i neracionalan odnos prema raspoloživim istraživačkim resursima, čime ne samo da nije postignuto ostvarenje individualne ili društvene koristi, nego se takvim ponašanjem nanosi pojedinačna i kolektivna šteta.

Najzad, fer odabir subjekata je ostvaren ukoliko postoji mogućnost da one grupe subjekata i pojedinci koji snose rizik ispitivanja budu u poziciji da u budućnosti uživaju u njegovim rezultatima. Ukoliko ovaj kriterijum nije ispoštovan, stvara se podloga za eksploataciju ispitanika. Ova strana pravilne selekcije subjekata ispitivanja naročito je dobila na značaju procesom globalizacije kliničkih ispitivanja, odnosno ekspanzijom is-

---

[12] Ranjivoj (vulnerabilnoj) kategoriji ispitanika pripadaju ne samo oni koji nemaju potrebnu sposobnost za punovažno prihvatanje ili odbijanje učešća u studiji (maloletni, mentalno bolesni) nego i lica čija sposobnost davanja slobodne izjave može biti kompromitovana zbog svojevrsnog pritiska kome su izloženi u toku postupka regrutovanja (stariji ljudi koji su lako podložni uticajima, lica koja se nalaze u podređenom položaju poput zaposlenih u bolnicama i vojnim ustanovama, zatvorenici, kao i druga lica koja zbog nedovoljno obrazovanja, inteligencije, materijalne ugroženosti i slično, nisu u stanju da zaštite svoje interese). Više o ovome, Levin C., at al, The limitations of „vulnerability" as a protection for human research participants, *The American Journal of Bioethics* http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/15265160490497083, od 15.03.2012.

[13] Kao najdrastičniji slučaj zloupotrebe ispitanika, mimo eksperimenata izvođenih na zatvorenicima od strane lekara nacističke Nemačke, je Taskegi studija izučavanja istorije bolesti nelečenog sifilisa u kojoj su ispitanici regrutovani iz grupe neobrazovanih, siromašnih Afro-Amerikanaca koji su imali saznanje da boluju od sifilisa, čijem uključivanju u studiju nije prethodio njihov informisani pristanak, niti im je pruženo razumljivo objašnjenje o predmetu i uslovima ispitivanja. Više o ovome videti, Brandt M. A., Racism and Research: The Case of the Tuskegee Syphilis Study, *The Hastings Center Report*, http://www.jstor.org/stable/10.2307/3561468, od 25.01.2012.

pitivanja koja su sponzorisna od strane razvijenih a izvode se u nerazvijenim zemljama. Izvođenje studija u multikulturalnom svetu, sa različitim sistemima zdravstvene zaštite i nejednakom ekonomskom moći, dovelo je do pojave „dvostrukih standarda", odnosno do odobravanja onih studija u nerazvijenim zemljama koje ne bi bile odobrene u razvijenim zemljama, što je nametnulo pitanje da li je epitet univerzalnosti usvojenih etičkih principa održiv ili se „univerzalnost" mora poimati kao nešto što je kulturološki relativno?[14] Iako se u saradnji između različitih država i naroda krije veliki potencijal iznalaženja koristi za obe strane, skorašnja istorija kliničkih ispitivanja u nerazvijenim zemljama[15] izazvala je veliki oprez po pitanju prirode te saradnje i postojanja pravične a samim tim i etički prihvatljive distribucije benefiti. Nejednaka raspodela moći i sredstava između nerazvijenih i razvijenih zemalja uslovila je širenje kategorije „ranjivih" na one koji su siromašni, kojima je neophodna medicinska nega a nje su lišeni, koji su neobrazovani i ne shvataju naučne ciljeve kliničkih ispitivanja, pa tako i predisponirani za nanošenje povrede i eksploataciju. Ovim kategorija „ranjivih" može obuhvatati čitave države i narode.[16]

Osvrtanjem na socijalnu komponentu klničkih ispitivanja, svesni značaja i važnosti pravične distribucije ostvarene benefiti na globalnom, svetskom nivou, revizijski tim teksta Helsinške deklaracije iz 2000. godine je čl 19. stao na stanovište da „etička opravdanost kliničkih istraživanja postoji ukoliko postoji razumna pretpostavka da će populacija u kojoj se istraživanje izvodi imati koristi od rezultata istraživanja". Nažalost ovo stanovište nije naišlo na opšte odobravanje, pa neke od ekonomski najrazvijenijih zemalja poput SAD i zemalja Evropske Unije nisu prihvatile ovu verziju Deklaracije. Međunarodni etički vodič za biomedicinska ispitivanja na ljudima u Smernici 10, sa istim ciljem kao i Helsinška deklaracija, preporučuje da sponzor i istraživači pre preduzi-

[14] Više o ovome videti, Shapiro T. H., Meslin M. E., Ethical issues in the design and conduct of clinical trials in developing countries, *New England Journal of Medicine*, http://textedu.com/f2/download/ethical-issues-in-the-design-and-conduct-of-clinical-trials-in-developing-countries.pdf , od 02.03.2012; Angell M, *Investigators responsibilities for human subjects in developing countries, New England Journal of Medicine,* http://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/NEJM200003303421309, od 10.02.2012.

[15] Pažnja šire i stručne javnosti naročito je bila usmerena na kontroverzna ispitivanja antibiotika Trovan (trovafloxacin) za lečenje meningitisa sponzorisana od strane Pfiyer-a obavljeno nad nigerijskom decom 1996, Surfahin-a u latinskoj Americi, istraživanje prenosivosti HIV-a u Ugandi i slično. Navedeno prema, Fitchett R. J., Ethical considerations of clinical trials in the developing world, *Transactions of the Royal Society of Tropical Medicine* http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0035920309000765, od 01.02.2012;

[16] Levin C., at al, navedeno delo.

manja ispitivanja među narodima ili državama sa ograničenim resursima utvrde da li takve studije odgovaraju njihovim zdravstvenim potrebama i prioritetima, da li će im intervencije ili proizvodi čija primena je premet ispitivanja, kao i ostvarena medicinska saznanja biti dostupni. Ukoliko je odgovor pozitivan postojaće ispunjenje ovog zahteva etičke opravdanosti ispitivanja. Belmont izveštaj pravilnu selekciju subjekata istraživanja pominje kao jedan od zahteva ispunjenja principa pravičnosti kako na individualnom tako i na društvenom nivou.

Dobrovoljni informisani pristanak

Nijedan od uslova etičke opravdanosti kliničkih ispitivanja nije imao toliko pojašnjenja u stručnoj literaturi koliko informisani pristanak. On je predmet razmatranja svih akata donetih u ovoj materiji.[17] Neslavna istorija zloupotrebe subjekata ispitivanja pod parolom unapređenja medicine naglasila je njegov značaj, usled čega ga Nirmberški kodeks vidi kao „apsolutno neophodan" uslov ma kog eksperimenta na ljudima. Iako se danas izvode studije iz oblasti urgentne medicine u kojima informisani pristanak ispitanika nije moguć pre medicinske intervencije, on i dalje predstavlja jedan od temelja etičke opravdanosti kliničkih ispitivanja.

Svrha informisanog pristanka nalazi se u obezbeđivanju individualne kontrole nad odlukom o pristupanju ili nepristupanju kliničkom ispitivanju. Neophodnost njegovog postojanja počiva na principu poštovanja autonomije volje pojedinca koja nameće drugima obavezu uvažavanja tuđih izbora i odluka.[18] Podvrgavanje subjekata biomedicinskim ispitivanjima bez autorizacije znači svođenje njihove uloge na nivo objekta istraživanja i kršenje mnoštva priznatih ljudskih prava poput prava na život, prava na zdravlje, prava na telesni integritet, prava na privatnost, na samoopredeljenje, prava na dostojanstvo itd.

Da bi se obezbedio informisani pristanak potencijalni ispitanik mora biti jasno i potpuno obavešten o brojnim činjenicama na osnovu kojih će doneti slobodnu, ničim ne ometanu odluku koja u krajnjoj liniji predstavlja odraz njegovog sistema vrednosti, interesa i prioriteta. Pribavljanje infor-

[17] Videti čl. I.9, čl. I.10, čl. I.11. Helsinške deklaracije iz 1996, Belmont izveštaj, čl. 3, čl. 4 i čl. 5 Direktivu 2001/20 EU, Smernice 4 i 5 Međunarodnog etičkog vodiča za biomedicinska ispitivanja na ljudima, tačku 4.8. Smernica dobre kliničke prakse itd.

[18] Više o principu poštovanja autonomije pojedinca kao jednog od moralnih - principa biomedicinske etike videti, Childress F. J., The place of autonomy in bioethics, *The Hastings Center Report*, http://www.jstor.org/discover/10.2307/3562967?uid=3738928&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=47698772200647, od 27.02.2012.

misanog pristanka je proces koji ne znači prosto upražnjavanje rituala deklamovanja teksta iz unapred pripremljenog obrasca, već postupak ponavljanja, objašnjenja, odgovaranja na pitanja i slično, sve u cilju spoznaje da je subjekat razumeo pružene informacije i da ima potrebnu sposobnost za davanje pravno relevantne izjave volje o pristanku.[19]

Radi pružanja potpunih informacija potencijalni ispitanik najpre treba da bude upoznat sa razlozima njegove individualne podobnosti za učešće u kliničkom ispitivanju i slobodom da odbije pristup ili se povuče iz ispitivanja u bilo kojoj fazi njegovog izvođenja bez kakvih negativnih konsekvenci. On dalje mora biti obavešten o svrsi i cilju kliničkog ispitivanja odnosno, o okolnosti da se radi o istraživanju koje je u osnovi različito od rutinske medicinske nege, o istraživačkim metodama, o načinu odabira kontrolne grupe ispitanika (randomizacija, dvostruko slepo ispitivanje, upotreba placeba i sl.), o dužini trajanja studije, o dužnosti ispitanika, o realno predvidivim rizicima, očekivanim neprijatnostima ili bolu koje ispitanik može trpeti tokom istraživanja, o realno očekivanoj koristi za ispitanika (ako se korist ne očekuje o tome treba da bude pruženo upozirenje) i opštedruštvenoj koristi, o alternativnim terapijskim postupcima dostupnim ispitaniku i njihovim glavnim koristima i rizicima, o eventualnoj naknadi troškova, o raspoloživim medicinskim tretmanima u slučaju povrede ili pogoršanja zdravlja izazvanih ispitivanjem, o poštovanju prava na privatnost ispitanika i poverljivosti medicinskih i ličnih podataka koje se odnose na njega, kao i drugim aspektima ispitivanja koji su od značaja za donošenje odluke o učešću. Rastom broja međunarodnih i regionlnih domumenata kojima se utvrđuju etički principi kliničkih ispitivanja ili daju smernice za njihovu primenu, rasli su broj i priroda informacija koje treba saopštiti ispitaniku pre dobijanja informisanog pristanka, što ima za posledicu nepostojanje opšte saglasnosti o svakoj od njih.[20]

---

[19] „Terapeutska zabluda“ je česta među učesnicima kliničkih ispitivanja, što ukazuje da ovaj standard nije lako dostižan. Dobru ilustraciju ove tvrdnje potkrepljuju rezultati - istraživanja kvaliteta informisanog pristanka u studijama kancera, koji su pokazali da 48% ispitanika smatra da svi tretmani i procedure u studiji predstavljaju standardnu terapiju za određeni tip kancera; 38% njih veruje da ispitivanje ne nosi nikakav dodatni rizik ili tegobe u odnnosu na standardni tretman, dok 29% njih misli da je tretman kojim se podvrgavaju u studiji najbolji odobren tretman za tu vrstu kancera. Navedeno prema, Joffe S., at al, Quality of informed consent in cancer clinical trials: a cross-sectional survey, *The Lancet*, http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0140673601068052, od 12.02.2012.

[20] Revizijom Helsinške deklaracije iz 2000. godine se u cilju povećanja transparentnosti kliničkih ispitivanja i sprečavanja potencijalnog ekonomskog sukoba interesa predviđa obaveza adekvatnog informisanja potencijalnih ispitanika o ciljevima, metodama i izvorima finansiranja istraživanja, potencijalnom sukobu interesa, institucio-

Osim pružanja potrebnih obaveštenja koja pristanku ispitanika daju karakter informisanog, njega mora krasiti i kvalitet slobodnog. On postoji ako odluka o pristupu studiji nije doneta pod nedopuštenim uticajima kaki su pretnja, prinuda, prevara ili zabluda, kao i da nije formirana pod pritiskom. Ukazivanje na neophodnost pojačanog opreza, specijalne pažnje i zaštite onih grupa ispitanika za koje se pretpostavlja da zbog nepovoljnog ekonomskog položaja, zdravstvenog stanja i slično mogu dati pristanak pod pritiskom, predmet je svih akata koji se bave regulativom materije kliničkih ispitivanja. U slučajevima kada ispitanici nemaju dovoljan kapacitet za davanje pravno relevantne izjave volje, informisani pristanak umesto njih daje ovlašćeni zakonksi zastupnik. Ovom prilikom, najbolji medicinski niteres ispitanika mora biti polazište za pristanak odnosno odbijanje učeća u studiji.

Informisani pristanak ispitanika uključenih u studiju pribavlja se pre početka njenog izvođenja, a pisani obrasci koji sadrže svojeručno potpisane izjave o učešću sastavni su deo dokumentacije koja se podnosi etičkim komitetima koji, ceneći ispunjenost svih uslova etičke opravdanosti kliničkog ispitivanja o tome donose pozitivnu ili negativnu odluku.

Poštovanje prava ispitanika

Otklaljanje mogućnosti zloupotrebe ispitanika i zaštita njihovih prava, interesa i bezbednosti obaveza su svih učesnika kliničkih ispitivanja. Poseban oprez u izvršenju ove dužnosti naglašen je kod studija koje se izvode na ranjivoj populacije ispitanika kojima standardne procedure pribavljanja informisanog pristanka ne pružaju dovoljnu zaštitu.[21] Takođe, naknada koja se isplaćuje ispitanicima za učešće u studijama prve faze ni pravno ni etički ne opravdava njihovu eksploataciju niti ih lišava dužnosti zaštite. Bezbednost i dobrobit ispitanika moraju imati prioritet u izvođenju ma koje faze kliničkih ispitivanja.

---

nalnim vezama istraživača, kao i obaveza publikovanja izvora finansiranja kliničkih ispitivanja (videti čl. 13, 22, i 27. Deklaracije). Kako je već pomenuto, ova verzija nije prihvaćena od strane SAD i EU, a u njihovoj regulativi pružanje podataka o izvorima finanasiranja je sastavni deo dokumentacije koja se podnosi etičkim komitetima, uz obrazloženje da se na ovaj način ostvaruje zahtev za transparentnošću ispitivanja i sprečavanjem potencijalnog sukoba interesa, odnosno da to nisu podaci od kojih zavisi informisani pristanak ispitanika.

[21] O etičkim problemima prisutnim u biomedicinskim ispitivanjima koja uključuju ranjivu populaciju videti, Wendler D., Grady C., Ethical issues in research with special populations, http://www.bioethics.nih.gov/research/special.pdf, od 15.02.2012.

Zaštita prava subjekata biomedicinskih ispitivanja mora biti kontinuirana i pokrivati ne samo vreme pre izvođenja studije, kada u postupku regrutovanja ispitanika i pribavljanja informisanog pristanka naročito dolazi do izražaja poštovanje prava na autonomiju pojedinca, njihovog prava na samoopredeljenje.[22] Ona se mora protezati i na vreme sprovođenja studije, pa čak i na ono nakon njenog okončanja, ispoljena kroz dostupnost terapije ili medicinskog sredstva u okviru prava svakog pojedinca na najviši dostižan standard zdravlja.

U toku izvođenja studije poštovanje prava na privatnost bezbeđuje se postupanjem u skladu sa pravilima o poverljivosti podataka iz medicinske dokumentacije pacijenta. Poštovanje prava na samoopredeljenje ostvaruje se priznavanjem prava subjekta da napusti studiju ako smatra da ona više ne odgovara njegovim interesima bez negativnih konsekvenci u vidu bilo kakve odgovornosti ili potonje opstrukcije u pružanju redovne medicinske nege. Poštovanje prava na život, prava na zdravlje i nepovredivost telesnog i psihičkog integriteta svakog ispitanika pokriva se dužnošću istraživača da u slučaju pojave neželjenog događaja ili neočekivane reakcije na lek ispitaniku obezbedi adekvatnu terapiju, a ukoliko je potrebno takav ispitanik se isključuje iz studije. Njihovo uvažavanje se takođe ispoljava korz pravo ispitanika da bude obavešten o prispeću informacija u toku studije koje ukazuju na otkrivanje novih, do tada nepoznatih efekata ispitivane intervencije koje mogu uključivati dodatni rizik za ispitanika, i o tome se izjasni.

U aktuelnoj regulativi biomedicinskih ispitivanja koja se izvode na ljudima poštovanju prava ispitanika i njihovoj zaštiti pridaje se velki značaj. Nirnberški kodeks to čini pomenutim principom o „apsolutnoj neophodnosti“ dobrovoljnog pristanka, principom o postojanju naučne i društvene vrednosti i naučne osnovanosti svakog eksperimenta na ljudima kao preduslova njegovog izvođenja, o neophodnosti izbegavanja izlaganja ispitanika nepotrebnim fizičkim i psihičkim bolovima i patnji, o dužnosti istraživača da prekine eksperiment ukoliko bi njegovo dalje izvođenje izazvalo povredu, trajno oštećenje zdravlja ili smrt ispitanika, o slobodi svakog subjekta ispitivanja da napusti eksperiment u bilo koje vreme itd. Helsinška deklaracija iz 1996. godine zaštitu ispitanika pokriva nizom odredbi: propisivanjem da pravo na zaštitu integriteta subjekata istraživanja „uvek mora biti poštovano“ ističući posebno njihovo pravo na privat-

[22] Više o ovome, Katz J., Human experimentation and human rights, *Saint Louis University Law Journal*, http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3917& context=fss_papers&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com%2Fscholar%3Fhl%3Den%26q%3DHuman%2Bexperimentation%2Band, od 12.03.2012.

nost i poverljivost medicinskih podataka (I.6. Deklaracije), kroz obavezu istraživača da prekine ispitivanje ako utvrdi da rizik po ispitanika nadmašuje potencijalnu dobrobit (I.7. Deklaracije), kroz sadržinu informacija koje istraživači daju potencijalnim ispitanicama u postupku pribavljanja informisanog pristanka (I.9.), utvrđivanjem potrebe posebne zaštite vulnerabilnih ispitanika (I.10.) itd. Postavljanjem za jedan od osnovnih principa kliničkih ispitivanja na ljudima princip poštovanja prava ispitanika, Belmont izveštaj takođe naglašava značaj zaštite ispitanika. To čini i Direktiva 2001/20 EU[23] koja čl. 3. posvećuje zaštiti subjekata kliničkih ispitivanja, dok se čl. 4. i 5. dodatno osvrće na zaštitu dece i odraslih koji nemaju potrebnu sposobnost za punovažan informisani pristanak.

Zahtev za zaštitom prava ispitanika tesno je povezan sa drugim uslovima etičke opravdanosti kliničkih ispitivanja. Priroda njihove povezanosti je takva da se punim ostvarenjem ostalih zahteva postiže potpuna zaštita subjekata ispitivanja. Zapravo, ako pođemo od okolnosti da je uspostavljanje etičkih principa imalo za svrhu podsticanje naučnoistraživačkih projekata u oblasti medicine, pa tako i onih koje uključuju ispitivanja na ljudima,[24] ali uz maksimalnu zaštitu prava ispitanika, očigledna je njihova zaštitna uloga. Celokupna regulativa kliničkih ispitivanja prožeta je načelom da interesi pojedinca uvek moraju imati prevagu nad interesima nauke i društva.

Nezavisna procena od strane etičkih komiteta

U planiranje i izvođenje kliničkih ispitivanja umešano je mnoštvo različitih interesa. Interesi istraživača su da učestvuju u kvalitetnim, inovativnim ispitivanjima, da u skladu sa visoko moralnom ulogom lekara u društvu zaštite i unaprede zdravlje ispitanika, da studiju efikasno okončaju, dobiju adekvatnu naknadu za uloženi rad i unaprede svoje karijere. Sponzor kliničkog ispitivanja sa svojom odgovornošću oko započinjanja, sprovođenja i finansiranja ispitivanja, ima interes da ovi zadaci budu obaveljeni bez većih zastoja i problema, da budu angažovani kompetentni istraživači, da se kroz pozitivan ishod ispitivanja opravdaju uložena finansijska sredstva i po mogućstvu kasnije kroz široku primenu ispitivanog leka ili medicinskog sredstva multiplikuju. U težnji za njihovim ostvarenjem, čak i kod studija koje su postavljene u najboljoj nameri, mogu se načiniti izvesni propusti u vidu primene sumnjivih naučnih metoda, oda-

[23] Tekst Direktive dostupan na adresi, , http://www.eortc.be/services/doc/clinical-eu-directive-04-april-01.pdf, od 18.02.2012.

[24] Ova svrha je naročito vidljiva u uvodnom delu Helsinške deklaracije iz 2000. godine. Videti čl. 2, 4, 6. ove verzije Deklaracije.

bira lako dostupnih ispitanika umesto onih koji su određeni naučnim ciljem ispitivanja, nepovoljnom odnosu rizika i koristi i slično. Da bi se sprečili ovi i slični propusti i tako zaštitili prava, bezbednost i dobrobit ispitanika, ocena ispunjenosti etičkih principa kliničkih ispitivanja poverena je etičkim komitetima koji se kao nezavisna tela obrazuju na nivou zdravstvene ustanove u kojoj se ispitivanja izvode.[25]

Potrebu postojanja nezavisne recenzije ispunjenosti etičkih zahteva kliničkih ispitivanja koja uključuju humanu populaciju je još 1975. godine uočio revizijski tim Helsinške deklaracije. U delu koji nosi naziv „Osnovni principi" u članu I.2. ovog teksta Deklaracije predviđa se neophodnost ocene istraživačkih protokola[26] od strane nezavisnih etičkih odbora. Međunarodni etički vodič za biomedicinska istraživanja na ljudima u Smernici 2 ističe potrebu procene naučne vrednosti i etičke prihvatljivosti svakog predloga za izvođenje ispitivanja na ljudima od strane etičkih komiteta. On podvlači potrebu za njihovom nezavisnošću, bilo institucionalnom ili finansijskom, koja može kompromitovati njihovu objektivnost. To čini i Direktiva 2001/20 Evropskog Parlamenta i Saveta Evrope koja u čl. 6 govori o potrebi ustanovljenja i operacionalizacije Etičkih komiteta u državama članicama, o njihovoj dužnosti raspravljanja o bilo kom pitanju povodom ispunjenosti etičkih zahteva, uz posebno naglašavanje koje činjenice uvek treba da budu predmet razmatranja.[27] Slična odredba sadržana je u čl. 73. Zakona o lekovima i medicinskim sredstvima RS [28] itd.

Poštovanje etičkih principa zadatak je svih učesnika kliničkih ispitivanja. Zaštita prava i bezbednosti ispitanika koja je poverena etičkim komitetima ne oslobađa ostale ove dužnosti, već predstavlja vrstu dodatne, „duple" zaštite, koja se ispoljava kroz postupak finalne provere, verifikacije ispunjenosti usvojenih etičkih principa. U tom cilju, u postupku donošenja odluke o sprovođenju kliničkog ispitivanja predmet njihovog razmatranja može biti ispunjenost bilo kog od etičkih zahteva. To može biti ocena naučne i društvene vrednosti ispitivanja jer ona koja nemaju taj kvalitet ipso facto su neetička jer mogu izložiti ispitanike riziku koji je neadekvatan svrsi; oni mogu razmatrati da li je poznati ili pretpostavljeni rizik za ispitanika opravdan imajući u vidu očekivanu korist, bilo direktnu ili indirektnu; da li

[25] Etički komiteti se mogu formirati na institucionalnom, lokalnom, regionalnom i nacionalnom nivou; u izvesnom slučajevima predviđena je mogućnost i međunarodno oformljenih etičkih komiteta.

[26] Protokol kliničkog ispitivanja je dokument koji opisuje ciljeve, plan, metodologiju ispitivanja, način statističke obrade podataka i organizacije kliničkog ispitivanja.

[27] Videti čl. 5 tačka 3. Direktive 2001/20

[28] „Službeni glasnik RS"br. 30/2010.

je procedura pribavljanja informisanog pristanka propisno sprovedena i ispitaniku pružene adekvatne i kompletne informacija za donošenje odluke o učešću; da li je odabir subjekata ispitivanja pravilno izveden posebno imajući u vidu aspekt socijalne prihvatljivosti ispitivanja, odnosno sprečavanja da neki društveni slojevi imaju koristi od zloupotrebe drugih subjekata; da li postoji opravdanost izvođenja studije na ranjivoj populaciji ispitanika, da li je stručnost istraživača zadovoljavajuća itd. Predmet posebnog razmatranja svakog etičkog komiteta je i istraživački protokol.

Zaštitna uloga etičkih komiteta ne završava se odobravanjem izvođenja studije. Ona traje sve do njenog okončanja i sprovodi se kroz postupak kontrole i nadzora studija u toku.

Zaključak

Da klinička ispitivanja koja se izvode na ljudima ne bi poprimala oblik zloupotrebe ispitanika za račun razvoja medicine i društva, neophodno je da se njihovo izvođenje upodobi izvesnim zahtevima etičke opravdanosti. Svaki od pobrojanih zahteva ima svoje mesto i specifičnu funkciju, pa sprovođenje biomedicinskih ispitivanja kojim se zaobilazi ili krši primena ma kog od njih nije etički opravdano. Bilo da su uspostavljeni u cilju ostvarenja suštinskih etičkih vrednosti kakav je slučaj sa zahtevima za društvenom vrednošću i naučnom opravdanošću, fer selekcijom, odnosom rizika i dobrobiti i poštovanjem prava ispitanika, ili se radi o onima pretežno proceduralne prirode, kakvi su nezavisna procena etičkih komiteta i informisani pristanak, ostvarenje jednog ne može nadomestiti nedostatak drugog.

Takođe, vredna pažnje je i potreba za ostvarenjem univerzalnosti primene usvojenih etičkih zahteva kliničkih ispitivanja. Porast broja studija koja se izvode u nerazvijenim zemljama sveta, aktuelizovao je neophodnost njihovog dostizanja. Ekonomski faktori ne bi trebalo da dovedu do pravljenja kompromisa oko etičkih razmatranja. Iako se danas na multikulturalnoj sceni biomedicinskih ispitivanja suočavamo sa pojavom adaptiranja ovih zahteva u zavisnosti od zdravstvenih, ekonomskih, kulturnih i tehničkih uslova izvođenja, njihova univerzalnost je standard kome treba težiti.

Dragica Živojinović, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Kragujevac

Requirements for Ethical Justification of Clinical Trials

Abstract

Conduction of the clinical trials on human subjects in order to gain data about efficiency and safety of the new drugs, medical devices and behavioral interventions is the essential part of the process of improvement in medical science. Yet, there are many potential risks of mistreat or abuse of the subject's legal rights and safety once they are involved in these trials. Determinations of generally accepted demands of ethical justification for clinical trials provide decrease of risks for subjects that undergo the clinical trials. After analyzing the content of the international and regional declarations, ethical guidelines and local legal regulations, author finds that basic ethical requirements for conduction of the clinical trials are: scientific and social values and scientific validity, risk benefit ratio, fair subject selection, voluntary informed consent, respect of the subject's personal rights and independent ethical comity review. In this work, author explains the purpose of these demands, determines their correlation and conclude that all of them stand in mutual connection and interrelation. Only cumulative fulfillment of all of the named requirements allows ethically acceptable approach to conduction of clinical trials with avoiding the exploitation and providing the fair and dissent environment for subjects with full respect to their legal rights and safety.

Key words: clinical research, ethical requirements, Declaration of Helsinki, exploitation of clinical research subject

Originalni naučni rad UDK 343.91-053.6
doi:10.5937/zrpfns46-1961

Dr Tatjana Lukić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Stefan Samardžić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

MALOLETNICI U KRIVIČNOM POSTUPKU[1]

Sažetak: *Imajući u vidu značaj i ulogu dece u savremenom društvu, kao i njihov položaj, u ovom radu je posebna pažnja posvećena maloletnicima u krivičnom postupku. Predmet rada su međunarodni pravni standardi koji u velikoj meri oblikuju pravosudni sistem za maloletnike i obezbeđuju njihova prava i položaj u postupku. Prava deteta su posmatrana u okviru njihove moguće uloge u krivičnom postupku, kao učinilaca krivičnih dela, kao žrtve i kao svedoka. U radu je dat i prikaz osnovnih pozitivnopravnih rešenja u Republici Srbiji koji se odnose na položaj maloletnika u krivičnom postupku.*

Ključne reči: *maloletnici, pravni standardi, pravosuđe, krivično pravo, prava deteta*

1. Uvodna razmatranja

U savremenim sistemima maloletničkog pravosuđa suština reagovanja na maloletničko prestupništvo zasniva se na podsticanju maloletnika na promene u ponašanju, na razvijanju osećaja lične odgovornosti za svoje postupke i njihovog uticaja na druge, uključivanju u pojediniim slučajevima oštećenog (žrtve) u proces realizacije mere, na konstruktivnom rešavanju u okviru zajednice, izbegavanju uključivanja formalnog

[1] Rad je nastao kao rezultat rada na Projektu „*Dete u porodičnom pravu – komparativni i međunarodnopravni aspekt*“, čiji je učesnik Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, a nosilac Pokrajinski sekretarijat za obrazovanje APV.

sudskog sistema i izbegavanju, uvek kada je to moguće kažnjavanja.[2] Reakcija države na prestupništvo maloletnika se zasniva na kombinaciji dva osnovna modela[3] i to *"zaštitičkog modela"* i *"modela pravičnosti"*. *Zaštitnički ili protektivni model* dominira u mnogim savremenim krivičnoprocesnim sistemima, ali ne u svom čistom obliku, već modifikovanom. U okviru ovog modela prevagu odnose socijalno-pedagoški i psihološki aspekti maloletničke delinkvencije koja se primarno objašnjava društvenom uslovljenošću[4], pri čemu se u drugi plan stavlja krivičnopravni subjektivitet maloletnika prema kojima se vodi postupak. U ovom smislu se težište pomera sa krivičnog dela na ličnost učinioca, pa se posebna pažnja poklanja upoznavanju ličnosti maloletnika i socijalnoj anamnezi. *"Model pravičnosti"* ili tzv. *pravosudni model* je suprotan protektivnom modelu. U toku postupka prema maloletniku, daje se poseban značaj volji maloletnika, insistira se na odgovornosti maloletnika za njegovo delinkventno ponašanje i na tome da on mora da snosi posledice takvog ponašanja.[5]

2. Međunarodni pravni standardi

Međunarodni pravni standardi predstavljaju opšteprihvaćena pravna pravila koja imaju odlučujuću ulogu u stvaranju pravnih propisa. Kada se govori o međunarodnim pravnim standardima koji se odnose na maloletna lica u sudskim postupcima, mora se ukazati na ulogu Konvencije UN o pravima deteta[6] u smislu da je ova Konvencija bila inicijator i rodonačelnik međunarodnih standarda. Osim toga, na ovom mestu treba spomenuti

---

[2] S.Konstantinović-Vilić & M.Kostić, „Diverezioni modeli i alternativne krivične sankcije prema maloletnicima u sukobu sa zakonom", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, L/2007, str. 87.

[3] Postoje i drugi modeli postupka prema maloletnicima u uporednom pravu, kao i osnovni oblici oficijelnog reagovanja na maloletničku delinkvenciju. O ovome više videti: M.Škulić, *Maloletničko krivično pravo*, Beograd, 2011, str. 96-110.

[4] M.Škulić, *op.cit.*, str.98-99 i Đ.Ignjatović, *Kriminološko nasleđe*, Beograd, 1997, str. 138.

[5] M.Škulić, *op.cit.*, str. 102.

[6] *Convention on the Rights of the Child (CRC)*, usvojena i otvorena za potpis, ratifikaciju i pristupanje od strane Generalne skupštine Ujedinjenih Nacija Rezolucijom A/RES/44/25 od 20.11.1989. godine, a u međunarodnom smislu stupila na snagu već 2.9.1990. godine. Ratifikovana Zakonom o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta *("Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori", br. 15/90 i "Sl. list SRJ - Međunarodni ugovori", br. 4/96 i 2/97)* Interesantno je napomenuti da je ova konvencija najšire i najbrže ratifikovana konvencija ikada. Čak 193 zemlje je podnelo je svoje instrumente o ratifikaciji, odnosno pristupilo Konvenciji, a do danas je nisu ratifikovale samo Somalija i Sjedinjene američke države; prema podacima sa internet sajta: United Nations Treaty Collection (UNTC), http://treaties.un.org, [na dan 22.11.2011]

i Hašku konvenciju o međudržavnom usvojenju[7] i Konvenciju MOR-a o najtežim oblicima dečijeg rada[8] koje su predstavljale samo logičan sled u pravcu koji je postavila Konvencija o pravima deteta. Pomenutim konvencijama se proširivao spektar dečijih prava. U primeni pravnih standarda koji se odnose na maloletnike, ulogu ima i UNICEF, a sve sa ciljem da se obezbedi sigurnost, dostojanstvo i privatnost dece žrtava i svedoka. Međunarodni krivični sud je takođe odigrao značajnu ulogu jer se pred njim odigralo i prvo suđenje, koje se u značajnom delu odnosilo upravo na regrutovanje maloletne dece vojnika.[9]

Međunarodni pravni standardi maloletnika su osnovni principi, odnosno načela kojima se bitno uređuju različiti aspekti života maloletnika. S obzirom na premet ovog rada, na ovom mestu će biti nabrojani osnovni principi, odnosno vodeći principi maloletničkog pravosuđa[10] koji su sadržani u Konvenciji o pravima deteta. U ove principe spadaju:

1. ***Princip nediskriminacije*** (član 2.)- prema ovom principu ni jedno dete koje dođe u sukob sa zakonom ne sme biti diskriminisano ni po jednom osnovu (rasa, pol, religija, nacionalnost, socijalni status i dr.);

---

[7] Convention (of 29 May 1993, Hague) on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, United Nations,* Treaty Series*, vol. 1870, No. I-31922, zaključena 29. maja 1993. godine u Hagu, u međunarodnom smislu stupila na snagu 1.5.1995; dostupna na internet adresi: http://www.unhcr.org/ refworld/docid/3ddcb1794.html [na dan 22.11.2011]. Republika Srbija nije potpisnica ove Konvencije.*

[8] (Convention concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the) *Worst Forms of Child Labour Convention, C182,* usvojena 17.6.1999, u međunarodnom smislu stupila na snagu 19.11.2000; prema: http://www.ilo.org/ilolex/cgilex/convde.pl?C182 [na dan 22.11.2011] Potvrđena Zakonom o potvrđivanju konvencije MOR broj 182 o najgorim oblicima dečijeg rada i preporuke MOR broj 190 o zabrani i hitnoj akciji za ukidanje najgorih oblika dečijeg rada (*"Sl. list SRJ - međunarodni ugovori", br. 2/2003*)

[9] *Suđenje Tomasu Lubangi (*Thomas Lubanga Dyilo*) osnivaču Unije patriota Konga (*Union des Patriotes Congolais *– UPC) i komandantu oružanih snaga za oslobođenje Konga (*Forces patriotiques pour la libération du Congo *– FPLC) kome se na teret stavlja da je prisilno mobilisao decu mlađu od 15 i koristio ih za učestvovanje u oružanim sukobima u Demokratskoj Republici Kongo; The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06; prema* ***http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/ Situations/Situation+ICC+0104/ Related+Cases/ICC+0104+0106/Democratic+Republic+of+the+Congo.htm*** *[na dan 22.11.2011]. Ovaj slučaj je došao do faze potvrđivanja optužnice. Osim ovog slučaja optužnica je potvrđena i u slučaju: The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07; prema:* ***http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/ Situation+ICC+0104 /Related+ Cases/ICC+0104+0106/Democratic+Republic+of+the+ Congo.htm*** *[na dan 22.11.2011] Osim pomenutih slučajeva vid. praksu Specijalnog suda za Sijera Leone pred kojim je bio značajan broj slučajeva u vezi sa mobilizacijom dece; vid. http://www.sc-sl.org/*

[10] Convention on the Rights of the Child, General Comment No.10 (2007), Children`s right in the Juvenile Justice, CRC/C/GC/10, 25 April 2007, GE.07-41351(E) 270407, pp.3-7, http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10.pdf

2. ***Princip najboljeg interesa deteta*** (član 3.) – je u skladu sa principom individualizacije kazne i pronalaženju najboljeg rešenja u svakom konkretnom slučaju kada je maloletno lice u pitanju, radi adekvatne resocijalizacije i reintegracije u društvo, uz istovremeno ostvarenje i osnovnog cilja krivičnog prava. Prilikom donošenja odluke, sud mora da uzme u obzir lične osobine deteta, njegova psiho-fizička svojstva, raniji život, okolnosti slučaja i na kraju treba da donese takvu odluku koja će maloletnika vratiti "na pravi put", odnosno koja će mu pomoći da nastavi sa životom u skladu sa opšteprihvaćenim pravilima. Stavljajući akcenat na dobrobit maloletnika i obezbeđujući da svaka reakcija prema maloletnim prestupnicima uvek bude u srazmeri (*princip srazmernosti*) sa okolnostima koje se tiču i prestupnika i prestupa,[11] ne uzima se u obzir samo težina prestupa, nego se ispituje i ličnost i lične karakteristike maloletnika.

3. ***Princip poštovanja prava na život, opstanak i razvoj*** (član 6.) - ovaj princip predstavlja smernicu u izradi strategije, odnosno opštih okvira koje svaka država treba da donese u pravcu prevencije deliktnog ponašanja maloletnika i obezbeđivanja njihovog pravilnog i zdravog načina života, odrastanja i razvoja;

4. ***Princip poštovanja mišljenja deteta*** (član 12.) - se odnosi na stvaranje uslova da se maloletnik u postupku pita i da mu se obezbedi mogućnost da iznese svoje mišljenje i viđenje stvari i to ne samo u postupku, već i prilikom izvršenja kazne, odnosno druge mere koja mu bude izrečena;

5. ***Princip digniteta*** (član 40. stav 1.) - svaki čovek je rođen slobodan i jednak u svom dignitetu i pravima. Princip digniteta podrazumeva da se prema maloletnom licu tokom celog postupka, od prvog kontakta na državnim nadležnim organima, pa do donošenja konačne odluke, kao i u postupku izvršenja kazne, mora postupati na način kojim se ne vređa ni na jedan način njegovo dostojanstvo. Ovaj princip je obezbeđen čitavim nizom prava i garancija maloletnog lica u sudskom postupku.

Međunarodni pravni standardi predviđeni brojnim konvencijama koje je naša država potpisala i ratifikovala inkorporisani su u odredbe Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika[12].

---

[11] Pravilo 5.1. *Standardnih minimalnih pravila UN za maloletničko pravosuđe tzv. Pekinških pravila* (*United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice – 'Beijing Rules'*), usvojenih od strane Generalne skupštine UN rezolucijom A/RES/40/33, od 29.11.1985; prema internet sajtu: http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r033.htm [na dan 22.11.2011] Ova pravila su samo preporučujuća i nisu obavezujuća *per se*. Ipak, neki od njihovih fundamentalnih principa ugrađeni su u Konvenciju o pravima deteta, pa tako i formalnopravno obavezuju veliki broj država koje su strane ugovornice ove Konvencije; vid. *infra* fusnota 8.

[12] objavljen u „Službenom glasniku Republike Srbije“ br. 85/2005

3. Pravosudni sistem za maloletnike

Osim navedenih standarda, svakako su značajni i osnovni elementi tzv. sveobuhvatne politike maloletničkog pravosuđa i to su: prevencija maloletničke delikvencije, intervencije bez pribegavanja sudskom postupku i intervencije u kontekstu sudskog postupka, donja starosna granica krivične odgovornosti, kao i gornja granica maloletničkog pravosuđa, garancije pravičnog suđenja i ograničenje slobode kretanja, uključujući i policijsko zadržavanje , kao i zatvaranje posle sudskog postupka.

Jedno od pitanja koje se postavlja u vezi sa postupanjem prema maloletnim delikventima je pitanje organizacije i sastava nadležnih pravosudnih organa. Tzv. pravosudni sistem za maloletnike predstavlja poseban sistem zasnovan na osnovnim principima kao što su: najbolji interes deteta, pravo na život, opstanak i razvoj, nediskriminacija i poštovanje mišljenja deteta. Maloletničko pravosuđe podrazumeva tretman dece (do 18 godina starosti) koji su došli u sukob sa zakonom, odnosno postupanje prema malloletnicima od trenutka kada dođu u sukob sa zakonom, pa sve do reintegracije ovakve dece u društvo.

Međunarodni okvir, odnosno polazni pravni osnov za maloletničko pravosuđe, i to prvenstveno krivično pravosuđe, postavljen je u sledećim dokumentima: Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima (1966),[13] Standardnim minimalnim pravilima UN za administraciju pravosudnog sistema za maloletne prestupnike - tzv. Pekinškim pravilima (1985)[14], Konvenciji UN o pravima deteta (1989),[15] Smernicama UN za prevenciju maloletničke delikvencije - Rijadskim smernicama (1990),[16]

---

[13] *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*, usvojen i otvoren za potpis, ratifikaciju i pristupanje od strane Generalne skupštine Ujedinjenih Nacija Rezolucijom 2200A (XXI), od 16.12.1966. godine, u međunarodnom smislu stupio na snagu 23.3.1976. godine; prema: http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm [na dan 22.11.-2011] Ratifikovan Zakonom o ratifikaciji Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (*„Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori", br. 7/71*)

[14] vid. *supra* fusnota 7.

[15] *Convention on the Rights of the Child (CRC)*, usvojena i otvorena za potpis, ratifikaciju i pristupanje od strane Generalne skupštine Ujedinjenih Nacija Rezolucijom A/RES/44/25 od 20.11.1989. godine, a u međunarodnom smislu stupila na snagu već 2.9-.1990. godine. Ratifikovana Zakonom o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta *("Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori", br. 15/90 i "Sl. list SRJ - Međunarodni ugovori", br. 4/96 i 2/97)* Interesantno je napomenuti da je ova konvencija najšire i najbrže ratifikovana konvencija ikada. Čak 193 zemlje je podnelo je svoje instrumente o ratifikaciji, odnosno pristupilo Konvenciji, a do danas je nisu ratifikovale samo Somalija i Sjedinjene američke države; prema podacima sa internet sajta: United Nations Treaty Collection (UNTC), http://treaties.un.org, [na dan 22.11.2011]

[16] *United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (the 'Riyadh Guidelines')* usvojene od strane Generalne skupštine UN rezolucijom A/RES/45/112, od

Standardnim minimalnim pravilima UN za alternativne kaznene mere - tzv. Tokijskim pravilima (1990),[17] Pravilima UN o zaštiti maloletnih lica lišenih slobode (1990)[18] i Smernicama za postupanje prema deci u sistemu krivičnog pravosuđa - tzv. Bečkim smernicama (1997).[19]

Kada govorimo o maloletničkom krivičnom pravosuđu potrebno je istaći da se sistemi maloletničkog pravosuđa značajno razlikuju među nacionalnim zakonodavstvima. I dok u većini država u Evropi postoje posebno formirane pravosudne institucije za maloletnike, u nekim zemljama (skandinavske zemlje) sistem socijalne zaštite deteta predstavlja zamenu za pravosudne organe, i to prvenstveno sudove. Diverzija u krivičnom postupku prema maloletnicima podrazumeva skretanje sa redovnog toka sudskog postupka i rešavanje konkretnog slučaja na neki drugi način. Ovo skretanje sa sudskog postupka podrazmeva preusmeravanje na druge oblike socijalne zaštite deteta. Cilj diverzije je uklanjanje negativnih efekata koje sudski postupak povlači za sobom, kao što je na primer stigma osude i kazne. U mnogim slučajevima je upravo neintervencija pravosudnog sistema najbolje rešenje kod lakših krivičnih dela, kao i kada su roditelji, škola ili druge institucije već reagovale u konkretnom slučaju ili su spremni da reaguju na adekvatan i konstruktivan način. Diverziji se može pribeći u svakoj fazi donošenja odluke od strane policije, javnog tužilaštva, suda i drugih organa. Od druge polovine prošlog veka u mnogim zemljama maloletničko zakonodavstvo se modifikovalo u korist prava maloletnika, a krajem veka su organizovani i prvi sistemi maloletničkog pravosuđa i u tom smislu su formirani i prvi sudovi za maloletnike. U pogledu strukture sudskih organa koji postupaju prema maloletnicima, opšte je prihvaćeno pravilo da sud sudi u veću koje je sastavljeno od sudije profesionalca i sudija porotnika, pri čemu svi učesnici u postupku (tužilac za maloletnike, sud i branilac koji se pojavljuje u postupku moraju imati po-

---

14.12.1990. godine; prema internet sajtu: http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r112.htm , [na dan 22.11.2011]

[17] *United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (the 'Tokyo Rules'*) usvojena od strane Generalne skupštine UN rezolucijom A/RES/45/110, od 14.12.1990. godine; prema internet sajtu: http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r110.htm, [na dan 22.11-.2011]

[18] *United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty* usvojena od strane Generalne skupštine UN rezolucijom A/RES/45/113, od 14.12.1990. godine; prema internet sajtu: http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r113.htm, [na dan 22.11.2011]

[19] *United Nations Guidelines on the Administration of Juvenile Justice (the 'Vienna Guidelines')* usvojena od strane Ekonomskog i socijalnog saveta UN (ECOSOC) E/RES/1997/30, od 21.07.1997. godine; prema internet sajtu: http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1997/ eres1997-30.htm , [na dan 22.11.2011]

trebno pedagoško iskustvo, a sud mora posedovati i potrebne pravničke veštine, kao i dovoljan nivo senzibiliteta za rad sa maloletnicima).

Specijalizacija svih aktera krivičnog postupka je osnovni uslov za uspešnu borbu protiv maloletničke delikvencije i imperativ današnjice. U pojedinim državama postoje posebni sudovi za maloletnike, ili se formiraju posebna odeljenja opštih sudova koja su specijalizovana za rad sa maloletnim učiniocima krivičnih dela. U praksi se rad sudova za maloletnike odvija u saradnji sa organima socijalne zaštite, pri čemu se tačno zna koje aktivnosti preduzima svako od navedenih organa, koja mu je nadležnost i delokrug rada. Imajući u vidu različitost funkcionalnih oblika, odnosno modela sistema pravosudnih i drugih organa koji se bave problematikom maloletničke delinkvencije u uporednom pravu, može se izvesti zaključak da se svi postojeći modeli razlikuju po primarnom opredeljenju u smislu zaštite, pravičnosti ili alternativnih načina (postupaka) za rešavanje ove problematke.

4. Prava deteta u krivičnom postupku

Pravosudni sistem zasnovan na međunarodnim standardima maloletnika predstavlja osnov za ostvarivanje prava maloletnika u postupku. Konvencija o pravima deteta je značajno doprinela ne samo uspostavljanju standarda, već i intenzivnom procesu njihove implementacije na nacionalnim nivoima, što je imalo direktnog uticaja na pravni položaj deteta u pravosudnom sistemu. Opšte je poznato da korpus prava i obaveza u postupku određuju sam položaj maloletnika.

Konvencija o pravima deteta je osnovni instrument za promociju prava deteta i izvor inspiracije za sprovođenje pravde i usaglašavanja standarda i mehanizama u sistemu maloletničkog pravosuđa. Konvencija propisuje prava deteta u najvažnijim oblastima njegovog života, gde spada i dečiji opstanak i razvoj, obrazovanje i zdravlje, porodični život, slobodno vreme i kulturne aktivnosti, zaštita od zlostavljanja, nasilja i eksploatacije, aktivna uloga u procesima donošenja odluka u okviru porodice, školskog sistema i zajednice kao celine. Pravna zaštita deteta u pravosudnom sistemu je postavljena mnogo šire od krivične sfere. Pravosudni sistem treba da bude koncipiran na način kojim se obezbeđuje pravo deteta na identitet, pravo da ne bude odvojeno od svojih roditelja, na održavanje ličnih i redovnih kontakata sa oba roditelja, čak i u slučajevima kada oni ili dete žive u različitim zemljama, pravo da se izjasne, odnosno pitaju za mišljenje i želje u slučaju usvojenja, pravo na privatnost, pravo da budu zaštićeni od svakog oblika nasilja, zlostavljanja i iskorišćavanja, kao i od diskriminacije, uključujući i ekonomska, socijalna i kulturna prava. Ovako postavljen, pravosudni sistema i pravna zaštita deteta inherentno su vezani za njihovu aktivnu zaštitu.

U oblasti pravosuđa princip nediskriminacije obezbeđuje da ne dođe do eventualne marginalizacije, stigmatizacije ili kažnjavanja nekog deteta na osnovu pola, rase, ekonomskog statusa ili bilo kog drugog osnova. Najbolji interes deteta je imperativ prilikom donošenja bilo koje vrste odluke u rešavanju sukoba interesa u vezi sa detetom, a detetu kao subjektu prava mora se obezbediti učešće u postupku, i to aktivno učešće, uz poštovanje njegovog mišljenja.

Principi sadržani u Konvenciji o pravima deteta predstavljaju glavni i osnovni indikator provere i ocene kvaliteta svakog pravosudnog sistema u smislu da li je on prijateljski orijentisan prema deci i efikasan u zaštiti i ispunjavanju prava deteta. Ovi principi su relevantni u građanskim i krivičnim stvarima, u imigracionim pitanjima i pravima izbeglica, kada su u pitanju osnovne slobode ili ekonomska i socijalna prava. Prava maloletnika, u zavisnosti od njegove uloge u krivičnom postupku se mogu podeliti u tri grupe prava i to: 1. prava maloletnog lica kao okrivljenog; 2. prava maloletnika kao žrtve i; 3. prava maloletnika kao svedoka u krivičnim postupcima.

4.1. Prava maloletnog lica kao okrivljenog

Okrivljeni je lice prema kome je usmeren kaznenopravni zahtev ovlašćenog tužioca. To je procesna stranka u postupku koji se vodi protiv njega, kada postoji osnovana sumnja da je izvršio krivično delo. U krivičnom postupku u kome se maloletno lice pojavljuje u ulozi okrivljenog, on nema oznaku okrivljenog, već samo maloletno lice, i postupak se ne vodi protiv njega, već prema njemu. Sama terminologija koja se koristi u postupku ukazuje na poseban položaj i tretman koji maloletna lica uživaju u postupku, a što je u potpunosti opravdano. U postupku koji se vodi prema maloletnicima, prema njima se postupa sa posebnom pažnjom i na isti način u svim fazama postupka bez obzira na rasu, boju kože, pol, jezik, veroispovest, političko ili drugo uverenje, nacionalno, etničko ili socijalno poreklo, imovinsko stanje, status stečen rođenjem ili drugi status maloletnika, njegovog roditelja, usvojioca ili staraoca ili bilo koji drugi oblik različitosti. Maloletnom licu kao okrivljenom u postupku pripadaju ista prava kao i punoletnom okrivljenom, koja se moraju poštovati u svim fazama postupka, s tim da postoje i izvesna prava koja maloletni okrivljeni uživa u postupku, a koja ne postoje u postupku prema punoletnim licima, ustanovljena zbog specifičnosti samih učinilaca u smislu njihove psihofizičke razvijenosti. Prava maloletnog lica kao okrivljenog u postupku su: pravo maloletnika da mu se jasno predoči zbog čega se optužuje, pravo da se smatra nevinim do donošenja konačne odluke, pravo da se brani ćutanjem (što se odnosi na mogućnost da sam izabere taktiku suprotstavlja-

nja optužbi), pravo na branioca, pravo da izvođenju procesnih radnji u postupku prisustvuju njegovi roditelji ili staraoci, pravo da u toku celog postupka ostvaruje uvid u spise i razgleda predmete postupka, pravo da se u postupku služi svojim jezikom i u skladu sa tim pravo na tumača (razumljivost jezika podrazumeva i upotrebu terminologije prilagođene uzrastu i stepenu razvijenosti deteta), pravo na hitno sprovođenje postupka, pravo procesne inicijative i aktivno učešće u izvođenju dokaza (npr. da postavlja pitanja svedocima), pravo na delotvoran pravni lek i drugo. Najvažnije pravo iz koga proističu sva druga prava u postupku je pravo na pravično suđenje. Ono se ostvaruje poštovanjem svih prava i garancija koje okrivljenom pripadaju u postupku, a koje u postupku prema maloletnicima imaju svoje specifičnosti. Treba i na ovom mestu istaći da je osnovni uslov za pravilnu i efektivnu primenu prava maloletnika kvalitet, odnosno kompetentnost lica koja učestvuju u postupku kao sudije, tužioci, advokati, organ starateljstva, policijci i drugi, od kojih se traži da ispunjavaju veće standarde nego što je to slučaj u postupku prema punoletnim učiniocima krivičnih dela, a koji se u prvom redu odnose na stručnost, iskustvo i posedovanje posebnih stručnih znanja i veština. Naročito važna prava koja su indikator pravičnog suđenja u postupku prema maloletnicima su zabrana retroaktivnog dejstva krivičnog zakona i pretpostavka nevinosti (koja u čisto optužnom postupku podrazumeva da je teret dokazivanja u postupku na tužiocu). Specifičnost prava da bude saslušan se ogleda u tome da maloletno lice treba da bude neposredno saslušano i da se izjašnjava o svim pitanjima u postupku direktno ukoliko to želi, a ne preko svog zastupnika, kao i da iznese svoje mišljenje o izrečenim merama. Maloletnik se ne sme tretirati kao pasivan subjekt u postupku, a praksa pokazuje da aktivno učešće maloletnika pokazuje pozitivne rezultate. Pravo na aktivno učešće u postupku podrazumeva da se maloleniku omogući u toku celog postupka da efikasno učestvuje u smislu da shvati navode optužbe koji stoje protiv njega, pa samim tim i moguće posledice, da može da usmerava svog pravnog zastupnika u postupku, da se izjašnjava i da osporava dokaze koji se izvode u postupku, i da donosi adekvatne odluke u vezi sa dokazima, svedočenjem i merama koje se izriču. Pravo na hitno i neposredno obaveštavanje o navodima optužbe znači da u što kraćem roku, odnosno čim nadležni javni tužilac ili sudija preduzmu prve korake u postupku protiv maloletnog lica, on treba da bude obaveštem o tome, čak i uslučajevima kada se ne pribegava sudskom postupku, već nekim drugim postupcima ili načinima rešavanja konkretnog slučaja (npr. u slučajevima oportuniteta). Pravo na upoznavanje za navodima optužbe u slučaju prema maloletnicima ne sme biti samo u pisanoj formi, već ono podrazumeva i davanje usmenih objašnjenja u svakom slučaju, a ne samo kada se za tim ukaže potreba. Maloletnik kao okrivljeni u postupku vrši jed-

nu od tri osnovne procesne funkcije, a to je funkcija odbrane koja može biti materijalna i fomalna. Materijalna odbrana u postupku prema maloletnicima, posebno dolazi do izražaja i ona podrazumeva ne samo ličnu odbranu, već i odbranu koju vrše bilo koji učesnici u postupku koji izvode dokaze u korist maloletnika. Formalna odbrana je obavezna i to od prvog ispitivanja od strane tužioca ili ovlašćenog službenog lica. Branilac u postupku prema maloletnicima može biti samo advokat, koji mora posedovati posebna znanja za postupanje u ovakvim postupcima. Odluke koje se donose u postupku prema maloletnicima se moraju donositi promptno (termin promptno koji se koristi ukazuje na jačinu ove obaveze u odnosu prema terminu "bez odlaganja" koji se inače koristi u postupcima protiv punoletnih učinilaca krivičnih dela) i uz učešće roditelja, odnosno zakonskih zastupnika. Ovo je posebno važno kod protvirskih predmeta i time se želi izbeći eventualna stigmatizacija deteta. Roditelji, odnosno zakonski zastupnici koji inače imaju pravo da prisustvuju u postupku su važni, jer pružaju detetu emotivnu i psihološku podršku. To je osnovni smisao njihovog prisustva, ali u pojedinim slučajevima, kada sudija smatra da je to u najboljem interesu deteta, može da ih isključi iz postupka. Pravo, odnosno sloboda maloletnog lica prema kome se vodi postupak da se ne izjašnjava kao kriv je veoma značajno pravo i ono se odnosi, ustvari, na zabranu iznuđivanja priznanja deteta kao i bilo kog oblika ponižavajućeg postupanja prema njemu. Pravo da prisustvuje ispitivanju svedoka i da postavlja pitanja omogućava tzv. jednakost oružja stranaka u postupku, a raspravno načelo koje sve više dolazi do izražaja omogućava ostvarenje ovog prava. O ovom pravu se maloletnik mora posebno poučiti ne samo od strane suda, već i svog branioca. Pravo na adekvatan pravni lek podrazumeva da sve garantije koje malolenik ima u prvostepenom postupku, ima i u postupku pravnog leka. Osim toga, ovo pravo podrazumeva omogućavanje da se izjavi žalba i zbog pravnih i zbog činjeničnih osnova. Ako bi se preispitivanje presude ograničilo samo na pravne nedostatke presude (tzv. kasacija), a da preispitivanje činjeničnog stanja ostane van domašaja suda pravnog leka, može se mstrati da garantije prava na pravično suđenje nisu ispoštovane.[20]

U kontekstu prava da se u postupku služi svojim jezikom, maloletnik ima pravo na besplatnog tumača i ovo pravo može da ostvaruje ne samo u krivičnom postupku, nego i van njega, odnosno pred nekim drugim organima, a tumač, kao i drugi učesnici u postupku o kojima je već bilo reči takođe mora da poseduje potrebne veštine i znanja u komunikaiji sa

[20] S.Knežević, Zaštita ljudskih prava okrivljenog u krivičnom postupku, Niš 2007., str. 118.

maloletnim licem. Pravo na privatnost maloletnog učinioca krivičnog dela, kao jedno od osnovnih prava svakog čoveka, odnosi se u prvom redu na to da se u medijima ne objavljuje ime ili drugi lični podaci kojima se otkriva identitet maloletnika, a takođe važno je i to da se u postupku prema maloletnicima isključuje javnost. I za prisustvo strčne javnosti potrebno je posebno odobrenje suda. Svi učesnici u postupku prema maloletnicima su obavezni da sve što su saznali u tom postupku čuvaju kao službenu tajnu, a eventualno otkrivanje tajne, povlači krivičnopravnu odgovornost.

4.2. Prava maloletnika kao žrtve (oštećenog u postupku)

Termin žrtva je prvenstveno viktimološki i kriminološki pojam, za razliku od pojma oštećeni koji je krivičnoprocesni pojam i pod kojim se podrazumeva svako fizičko ili pravno lice čije lično ili imovinsko pravo je povređeno ili ugroženo izvršenim krivičnim delom. I pored izvesnih manjih razlika teorijske prirode, ova dva termina imaju isto značenje, pa zbog toga ne treba da buni neujednačena terminologija u zakonima i brojnim međunarodnim dokumentima.

U krivičnom procesnom zakonodavstvu oštećeni ima status sporednog procesnog subjekta na strani tužioca, ali se njegov procesnopravni položaj poslednjih decenija menja u smislu njegovih prava i obaveza, ali i samog položaja koji ima u postupku. Na ovaj razvoj uticaj su imale brojne konvencije koje su donete na međunarodnom planu, ali i odluke Evropskog suda za ljudska prava.

Viktimizacija narušava osećaj sigurnosti, pa samo efikasna istraga i krivično gonjenje mogu da povrate osećaj sigurnosti kod oštećenog, kada državne institucije sa dužnom pažnjom nastoje da zaštite njegova prava. Načini zaštite nisu ograničeni samo na sankcionisanje izvršilaca krivičnih dela, već se primarno odnose na preventivno policijsko delovanje. Akcenat se stavlja na ostvarivanje restorativne pravde čime se oštećenom omogućava da sva njegova prava budu poštovana i da doživi satisfakciju za ono što je pretrpeo.

Prema oštećenim licima u postupku se mora brižljivo postupati i to je njihovo pravo, a obaveza nadležnih organa. U vezi sa ovim pravom treba pomenuti slučaj pred Evropskim sudom za ljudska prava, u predmetu S.N. protiv Švedske (iz 2001. godine).[21] Sud se u tom predmetu bavio seksualnim zlostavljanjem deteta (dečaka od deset godina), koga je ispitivao policijski službenik koji se kasnije nije pojavio na sudu. Prvi iskaz

[21] The European Court of Human Rights, *S.N. v. Sweeden,* Application no. 34209/96, http://www.nkmr.org/s_n_v_sweden_admissibility_decision.htm

koji je snimljen, dostavljen je braniocu koji je tražio da se oštećenom postave dodatna pitanja, što je i učinjeno, ali bez njegovog prisustva i prisustva okrivljenog. Švedski sud je zasnovao osuđujuću presudu na osnovu dva snimka na kojima su se nalazili iskazi oštećenog koje je dao policiji. Odlučujući o prigovoru okrivljenog da nije dobio priliku da ospori iskaz oštećenog zbog toga što je on odbio da se pojavi pred sudom povodom istog iskaza, Sud u Strazburu je istakao svoje slaganje sa odlukom Švedskog suda jer je na taj način oštećeni bio pošteđen dodatne traumatizacije. Sud u Strazburu je takođe istakao da je okrivljeni imao pravično suđenje, imajući u vidu pravo oštećenog na poštovanje njegove privatnosti. Ovaj primer iz prakse najbolje govori o obavezi nadležnih organa da se sa dužnom i posebnom pažnjom postupa sa onim oštećenim licima koja su pretrpela traumu u slučajevima teških krivičnih dela, jer spadaju u kategoriju posebno osetljivih (ranjivih) lica, i zbog toga ih treba sačuvati od svake dodatne viktimizacije.

Sprečavanje sekundarne viktimizacije i podrška oštećenim licima je jedan od osnovnih zadataka savremenog pravosudnog sistema, a ovo je posebno značajno i delikatno kada su u pitanju deca žrtve krivičnih dela. Posledice primarne viktimizacije koje nastaju usled izvršenja krivičnog dela kao što su nanošenje materijalne i/ili nematerijalne šteta, telesne i duševne patnje, stvaraju brojne probleme oštećenom (zdravstvene, materijalne, odnosno finansijske i druge). Zbog toga je potrebno sprečiti svaku negativnu reakciju društvenog okruženja, neodgovarajućeg ili čak pogrešnog pristupa suda u konkretnom slučaju da ne bi oštećeno lice pretpelo i sekundarnu viktimizaciju.

Nasilje prema maloletnim licima je najteži vid ispoljavanja nasilja uopšte, s obzirom na fizičke i psihičke osobine deteta, emotivnu povezanost i poverenje sa roditeljima, odnosno staraocima, kao i dužnost čuvanja i vaspitanja roditelja, odnosno onih kojima su deca poverena. Kada su u pitanju maloletna lica, posledice sekundarne viktimizacije su posebno izražene, a u takvom slučaju se i krivičnoprocesni položaj deteta znatno otežava i usložava. Danas sva savremena zakonodavstva uvode posebna pravila u vezi sa zlostavljanom decom i njihovim položajem i ulogom u krivičnom postupku, koja imaju za cilj zaštitu psihičkog integriteta deteta kao posebne kategorije oštećenih lica koje se primenjuju onda kada se vodi postupak prema protiv punoletnih lica za određeno krivično delo, a gde se maloletno lice pojavljuje kao oštećeno. Zaštita maloletnih lica kao oštećenih u postupku se ostvaruje pravilima o obaveznoj specijalizaciji svih službenih aktera u krivičnom postupku, pravilom minimiziranja sekundarne viktimizacije, primenom posebnih pravila saslušanja maloletnih lica kao oštećenih, zabranom suočavanja radi izbegavanja sekundarne viktimizacije, obaveznim pravnim zastupanjem maloletnog oštećenog li-

ca, posebnim pravilima prilikom prepoznavanja i doslednim sprovođenjem načela hitnosti u krivičnim postupcima u kojima je oštećeni maloletno lice.

I pored svih napora pozitivnopravnih rešenja, oštećeni u krivičnim postupcima ne uživaju neophodan stepen zaštite. Oštećeni ima pravo da u krivičnom postupku postavi imovinskopravni zahtev, ali u praksi se on, po pravilu, u najvećem broju slučajeva ostvaruje u parničnom postupku, zbog čega se oštećeni dovodi u poziciju da uzalud provodi vreme u krivičnom postupku, a kada se donese osuđujuća presuda, on mora da podnosi posebnu tužbu u parničnom postupku i da dokazuje osnovanost svog imovinkopravnog zahteva i visinu štete. To je za oštećenog dodatna frustracija koju najčešće doživljava kao dodatnu kaznu. Osim toga, troškovi u sudskom postupku sa kojima se takođe oštećeni suočava mogu predstavljati na izvestan način i demotivacioni faktor. Maloletno lice koje je oštećeni u postupku treba da bude u potpunosti obeštećeno u krivičnom postupku što predstavlja izraz društvene pravde.

4.3. Prava maloletnika kao svedoka u krivičnom postupku

Deca mogu da se pojave u krivičnom postupku u svojstvu svedoka nezavisno od uzrasta i psiho-fizičkog razvoja. Ipak, ne može se saslušati kao svedok maloletno lice koje s obzirom na uzrast i duševnu razvijenost nije sposobno da shvati značaj prava da ne mora da svedoči**.** Problem praktične prirode nastaje u postupku onda kada kada treba doneti odluku o sposobnosti maloletnika da shvati značenje upozorenja da ne mora svedočiti. Zbog toga sudija, pre nego što donese odluku, treba da se konsultuje, odnosno da zatraži od stranke koja je predložila svedoka, da taj predlog obrazloži ali i da podnese dokaze o sposobnosti maloletnika. Osim toga, u ovakvim slučajevima se pribavlja i mišljenje psihologa i socijalnog radnika. Sam postupak utvrđivanja svojstava maloletnika se sastoji u njegovom pozivanju da se obavi sa njim razgovor, u kome mu se bliže objašnjava šta je sud i njegovim izgledima da se u postupku pojavi kao svedok. S obzirom na to da u tom trenutku dete najčešće prvi put stvara sliku o sudu i vidi sebe u svemu tome, to za njega može biti uznemirujuće i frustrirajuće, a o tome se malo vodi računa.

Posebno je delikatna i teška situacija kada se saslušava dete koje je ujedno i oštećeno krivičnim delom, s obzirom na neizostavnu pojavu sekundarne viktimizacije. Sekundarna viktimizacija se može sprečiti na nekoliko načina kao što su: izbegavanje saslušanja deteta više puta (načelno se ograničava broj saslušanja u istom krivičnom postupku - najčešće dva puta maksimalno), nesuočavanjem deteta sa okrivljenim, a ukoliko je to baš neophodno, onda suočavanje treba da bude realizovano samo jednom,

a ne više puta. Sekundarna viktimizacija deteta u krivičnom postupku može se sprečiti na taj način što će se audio-video zapis ispitivanja deteta koristiti u kasnijim fazama postupka, bez nepotrebnog prisustva i uznemiravanja deteta. Prepoznavanje okrivljenog od strane deteta u svim fazama postupka treba da se obavi na način koji isključuje mogućnost da okrivljeni vidi oštećenog. Ne preporučuje se prisustvo roditelja tokom ispitivanja, a pomoć pedagoga ili psihologa bi trebalo da bude razmatrana samo ako je to neophodno. U krivičnom postupku postoje posebne mere procesne zaštite dece svedoka - deca se saslušavaju u odvojenim prostorijama u odnosu na sudnicu sa kojom je uspostavljena video-konferencijska veza, stvara se procesna mogućnost za saslušanje van sudnice i slično. U mere posebne zaštite svedoka spadaju mere skrivanja identiteta i mere fizičkog obezbeđenja svedoka u toku postupka.

Na ovom mestu treba pomenuti najvažnije međunarodne dokumente koji se odnose na sprečavanje sekundarne viktimizacije, a to su: Preporuka Komiteta ministara EU R(85)11,[22] Deklaracija UN o osnovnim principima pravde u vezi sa žrtvama krivičnih dela i žrtvama nezakonitog korišćenja nadležnosti (1985)[23] i Preporuke Evropskog foruma službi za pomoć žrtvama.[24]

5. Maloletnici u krivičnom postupku - domaće zakonodavstvo

Od 2006. godine u Republici Srbiji je na snazi posebno maloletničko krivično pravo. Procesno postupanje prema maloletnicima je uređeno dopunskim procesnim zakonom - Zakonom o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika[25] koji predstavlja *lex specialis*. Donošenjem Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika stvoreno je jedno autonomno zakonodavstvo u odnosu na maloletnike u čije osnove su ugrađena ona dostignuća krivičnopravne nauke od kojih polazi većina savremenih evropskih zakonodavstava iz ove oblasti.[26] U ovom zakonu, koji na izvestan način

[22] (Council of Europe, Committee of Ministers) *Recommendation No.R(85)11 of the Committee of ministers to member states on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure* usvojena 28. juna 1985. godine; prema: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/ violence/Documents/Recommendation%20 (85)%20position%20of%20victim.pdf, [na dan: 22.11.2011]

[23] *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, usvojena od strane Generalne skupštine UN rezolucijom A/RES/40/34, od 29.11.1985; prema internet sajtu: http://www.un.org /documents/ga/res/40/a40r033.htm, [na dan 22.11.2011]

[24] (Council of Europe, Committee of Ministers) *Recommendation No.R(87)21 on Assistance to Victims and the Prevention of Victimisation*, usvojena 17.9.1987. godine.

[25] objavljen u „Službenom glasniku Republike Srbije" br. 85/2005

[26] D.Vujović, „Maloletnici u novom krivičnom zakonodavstvu, *Bezbednost*, broj 1/06, str. 41.

predstavlja kodifikaciju kaznenopravnih pravila prema maloletnom licu, sistematizovane su odredbe materijalnog krivičnog prava, krivičnog procesnog prava, odredbe o primeni vaspitnih naloga i izvršenju krivičnih sankcija i odredbe o zaštiti maloletnih lica koja se u krivičnom postupku pojavljuju kao oštećeni, odnosno žrtve.

Postoje brojni razlozi koji govore u prilog samostalnom regulisanju maloletničkog krivičnog prava, kao što je krivičnopravni status maloletnika. Krivično pravo se ne primenjuje na ona lica koja nisu dostigla potreban uzrast, a to je navršenih 14 godina (ova kategorija lica se naziva detetom). Kod ovih lica ne postoji krivica, pa samim tim ni krivično delo.

Procesnim odredbama u Zakonu je regulisan postupak prema maloletnicima kao učiniocima krivičnog dela. Pravila procedure su u potpunosti prilagođena maloletnim licima, čija psihofizička struktura se bitno razlikuje od psihofizičkog profila punoletnih učinilaca krivičnih dela. Zakonom je propisano da sudija za maloletnike, sudije veća za maloletnike, javni tužilac za maloletnike, policajci za maloletnike i branilac moraju imati posebna znanja iz oblasti prava deteta i prestupništva mladih. Velika novina u odnosu na ranije rešenje je uvođenje obavezne odbrane za sva krivična dela, bez obzira na težinu zaprećene kazne, a već prilikom prvog saslušanja branilac mora da bude prisutan u postupku. U postupku prema maloletnicima posebno značajnu ulogu ima organ starateljstva koji je sporedni procesni subjekat na strani suda. On ima pravo da se upozna sa samim tokom postupka, da daje predloge i ukazuje na dokaze i činjenice koje su relevantne za donošenje pravilne odluke. O pokretanju postupka, organ starateljstva obaveštava tužilac ili sudija. Organ starateljstva je posebno značajan prilikom ispitivanja ličnosti maloletnika, gde sudu pomažu roditelji, usvojilac, odnosno staralac i druga lica koja mogu da pruže relevantne podatke. Organ starateljstava daje obavezno posebno mišljenje o ovim okolnostima.

Postupak prema maloletnicima se pokreće samo i isključivo na inicijativu, odnosno zahtev javnog tužioca. Privatna tužba je isključena u postupku prema maloletnicima, a u tim slučajevima, oštećeni može samo da stavi predlog za pokretanje postupka javnom tužiocu, o čemu samostalno odlučuje tužilac, jer nije vezan predlogom, a ukoliko se sa predlogom ne složi, odluku donosi veće za maloletnike neposredno višeg suda.

Javni tužilac, u skladu sa načelom oportuniteta, može da donese odluku da ne pokrene postupak ako su u pitanju krivična dela za koja je zaprećena novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina. Odluku da ne pokrene postupak, tužilac donosi pod uslovom da maloletno lice i njegovi roditelji pristanu da ispune jedan ili nakoliko vaspitnih naloga. Vaspitni nalozi, kao mere posebne pravne prirode, su prvi pu uvedeni

ovim Zakonom. Osnovni cilj vaspitnih naloga je da se ne pokrene krivični postupak ili da se obustavi, a sve u nameri da se na ovaj način, ukoliko se smatra da je najcelishodniji, omogući maloletniku da se pravilno razvija kao ličnost, ali istovremeno i da se razvija njegova lična odgovornost. Vaspitni nalozi su u direktnoj vezi sa načelom oportuniteta u krivičnom postupku, prema kome javni tužilac može, čak i kada su ispunjeni svi pravni i stvarni razlozi da odloži krivično gonjenje dok se ne ispune zadaci koje on postavlja, posle čega, ukoliko se to pokaže efikasnim, u potupnosti obustavlja krivično gonjenje. Izricanje vaspitnih naloga od strane nadležnog javnog tužioca ili sudije je moguće kada je maloletnik priznao izvršenje krivičnog dela, a uzima se u obzir i njegov odnos prema oštećenom. U vaspitne naloge spadaju: poravnanje sa oštećenim, redovno pohađanje škole ili odlaženje na posao; rad u humantarnim organizacijama ili rad u vezi sa socijalnim sadržajem ili zaštitom životne sredine; obavezno uključivanje u tretmane odvikavanja od alkohola ili narkotika, ili uključivanje u pojedinačne ili grupne tretmane u zdravstvenim ustanovama. Ovi nalozi su vremenski limitirani na šest meseci i u tom roku se mogu menjati ili ukinuti. Osim toga, kada je maloletniku izrečena vaspitna mera ili kazna maloletničkog zatvora i u toku je njeno izvršenje, javni tužilac za maloletnike može da odluči da ne zahteva pokretanje krivičnog postupka za drugo krivično delo maloletnika, s obzirom na težinu učinjenog dela i kaznu, odnosno vaspitnu meru koja se izvršava, ukoliko vođenje krivičnog postupka i izricanje krivične sankcije za drugo delo ne bi imalo svrhe.

Kao primarni kriterijum za određivanje mesno nadležnog suda u postupku prema maloletnicima predviđen je kriterijum mesta prebivališta ili boravišta maloletnika, a ne mesta izvršenja krivičnog dela, kao što je to u postupcima prema punoletnim učiniocima krivičnih dela. Centralni deo postupka prema maloletnicima je postupak pred većem za maloletnike gde se rešava krivična stvar. Oni mogu da odluče u sednici veća, ukoliko je pripremni postupak ukazao na moguće rešenje, a u suprotnom odlučuju na glavnom pretresu.

U postupku prema maloletnicima se pritvor određuje samo izuzetno, odnosno kao mera ultima ratio. U pripremnom postupku, ukoliko postoji opravdana potreba, maloletnik se šalje u prihvatilište ili vaspitnu ustanovu da bi se izdvojio iz svog primarnog okruženja radi pružanja pomoći. Trajanje pritvora je ograničeno na mesec dana u pripremnom postupku, sa mogućnošću da se produži za još jedan mesec. Po završetku ovog stadijuma krivičnog postupka, od podnošenja predloga za izricanje krivične sankcije, pritvor za mlađeg maloletnika može trajati najviše četiri meseca, a za starijeg šest meseci. Trajanje pritvora je limitirano na šest meseci od

izricanja vaspitne mere upućivanja u vaspitno-popravni dom i kazne maloletničkog zatvora.

Naročito je značajno to da su ovim Zakonom prvi put predviđena posebna pravila kojima se štite prava deteta i njihov posebno osteljiv položaj u krivičnom postupku, imajući u vidu posebne karakteristike maloletnika kao svedoka i oštećenog, pa se može konstatovati da se Zakonom u mnogome promenio i unapredio položaj maloletnika u krivičnom postupku.

6. Zaključna razmatranja

U današnje vreme kada su deca i njihova prava zaštićena brojnim instrumentima i različitim mehanizmima na nacionalnom i međunarodnom nivou, svako njihovo pojavljivanje u krivičnom postupku, iako neizbežno, svakako nije u njihovom najboljem interesu. Ovakva tvrdnja je potkrepljena i iskustvom u praksi. U teoriji postoje mišljenja da je razlog tome to što nisu učinjeni dovoljni napori da se podigne svest i utiče permanentno na razumevanje ovih mehanizama među stručnjacima koji rade sa decom, kao i to što informisanje o postojećim mehanizmima i procedurama prilagođenim posebno za decu, ne daje veće rezultate. Konvencija o pravima deteta je otvorila put jednog dugoročnog procesa promena koji je imao za posledicu, između ostalog i to da su u velikom broju zemalja, a posebno u centralnim i istočnim evropskim zemljama, prava deteta podignuta na ustavni nivo. Takođe, doneti su i brojni propisi koji se odnose na decu, kao i na maloletničko pravosuđe. Reforma pravosuđa koja je sprovedena u velikom broju država imala je za cilj i da obezbedi posebnu pažnju u smislu brige i potrebe dece, a širom regiona su uspostavljene nove nezavisne institucije za prava deteta.

Zakonska regulativa i postupci za ostvarivanje prava deteta treba da omoguće detetu adekvatan pristup pravdi i pravo na delotvoran pravni lek, a posebno zaštitu dece koja su oštećena krivičnim delom i koja su svedoci u postupku. U tom smislu je neophodno da nacionalno zakonodavstvo prepozna pravni interes dece i njihov kapacitet da neposredno izađu pred nadležni sud i ostvare pristup različitim mehanizmima za zaštitu njihovih prava. U navedenom značenju, danas se rad nadležnih organa koji rade sa decom ne može zamisliti bez kontinuirane edukacije koja je usmerena na sticanje posebnih stručnih znanja i veština lica koja su neposredno ili posredno u svom radu usmerena prema deci, a tu se posebno misli na pravosudne organe, policiju, ali i sve druge organe i institucije koje se bave pravima deteta. Imperativ savremenog društva je lični razvoj maloletnika a posebno osećaja odgovornosti i njegovo uključivanje u društvo. Krivični postupak prema maloletnicima je u Srbiji koncipiran na na-

čin u kome se akcenat stavlja na ispitivanje ličnosti učinioca, vrši se analiza njegove socijalne, porodične i lične strukture, pronalazi se uzrok kriminalnih aktivnosti i ispituje se stepen obrazovnog i vaspitnog zanemarivanja, načina života i životne sredine maloletnika. Zasnovan na opšteprihvaćenim međunarodnim standardima, za očekivati je da krivični postupak prema maloletnicima vremenom postane više pedagoški rad i socijalna zaštita maloletnika nego klasičan krivični postupak.

Tatjana Lukić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Novi Sad

Stefan Samardžić, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Juveniles in Criminal Procedure

Abstract

Taking into consideration the importance and role of children in modern society, as well as their position, this article has as its focus juveniles in criminal procedure. The existence of a separate juvenile justice system independent of the criminal law applicable to the adult offenders and general criminal procedure, as well as the periodic changes of the dominant approach in theory and practice reflects the ascendancy of different theoretical perspectives in the juvenile justice. In this paper, the authors scrutinize the models of responding to juvenile crime – *justice* and *welfare* model – as two models of the greatest importance in the present reaction of the society to the crimes conducted by the youngest delinquents at the beginning of the new century and millennium. Furthermore, the paper deals with a matter of international legal standards which, to a large extent, give shape to the legal framework for juvenile offenders and provide their rights and position in the criminal procedure. The authors refer to the internationally accepted documents on several levels. From the (almost) universally accepted multilateral conventions on human rights, through the field of recommendations, rules and guidelines which are obeyed and enforced in practice of the juvenile justice although they are of non-binding nature, via the regional European legislative to the national provisions in a particular number of countries. On all the levels mentioned above the rights of the juveniles are regulated having in mind their possible role in the criminal procedure as a perpetrator of a criminal act, as a victim or as a witness. This paper also analyzes the criminal procedure with respect to juvenile perpetrators of the criminal acts in the Republic of Serbia and compliance of the provisions currently in vigor with the international legal standards contained in the international conventions and other internationally accepted and recognized instruments.

Key words: juveniles, legal standards, judiciary, criminal law, rights of the child

Originalni naučni rad UDK 8:340.134
doi:10.5937/zrpfns46-2043

Dr Dragiša Drakić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

O STILU JEZIKA ZAKONA[1]

***Sažetak**: U radu se analizira stil jezika modernih zakona i značaj jezika za pravo i pravnike uopšte.*

U prvom delu rada autor ukazuje na značaj fenomena jezika i na aktuelnost njegovog proučavanja, a potom navodi argumente u prilog tvrdnji o velikom značaju jezika i za pravo i pravnike.

U centralnom delu rada autor raspravlja o stilu jezika zakona i tvrdi da na stil jezika modernih evropskih zakona u velikoj meri utiču njihova priroda i karakter, priroda onoga na šta se ovi zakoni odnose, ciljevi koji se njima žele postići, kao i težnja da se celokupno pravo "pozitivira".

Autor na kraju ističe da mi danas imamo, ne samo stilski rogobatno napisane, već i sadržinski loše zakone, što sve daje "sumornu sliku o jezičkom kvalitetu naših zakona". Da bi se takva situacija promenila autor ukazuje na neminovnost boljeg poznavanja jezika i nauke o jeziku od strane pravnika.

***Ključne reči**: jezik, jezik u pravu, jezik zakona, stil jezika zakona*.

Na početku treba istaći da je jezik zakona oduvek zaokupljao pažnju pravnika. I ne samo pravnika. Veliki mislioci, književnici, filozofi, političari, sociolozi, pedagozi, lingvisti i drugi, od davnina rado su se bavili ovom tematikom. Tako je i danas.

Tome se ne treba čuditi, s obzirom na to koliki značaj ima fenomen jezika uopšte, a tako i jezika u pravu. Na značaj jezika ukazivali su mno-

[1] Rad je nastao kao rezultat naučnog angažovanja na projektu Pravnog fakulteta u Novom Sadu pod nazivom "Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)" u 2012. godini.

gi, a mi ćemo na ovom mestu navesti mišljenje "osnivača" nauke o jeziku – Humbolta, koji je u svojim višedecenijskim istraživanjima jezika došao do zaključka o "praizvornoj čovečnosti jezika, kao i praizvornoj jezičnosti čoveka"[2]. Pored toga, opšte poznata je činjenica da je "svet prava" produkt jezika, kao što je i svaki drugi "svet" takođe njegov produkt, jer kako je opet rekao Humbolt "svet nastaje jedino kroz jezik i ne egzistira izvan jezika"[3]. Vitgenštajn je ovu misao sveo na sledeću parolu: "Granice mog jezika predstavljaju granice mog sveta"[4]. Otuda ta velika zainteresovanost za fenomen jezika, pa samim tim i jezika u pravu, kao deliću celokupnog sveta oživotvorenog kroz jezik.

Dakle, reč je o uvek aktuelnoj i veoma značajnoj, ali u isto vreme i multidisciplinarnoj temi. Kada je u pitanju ovo poslednje, jezikom se bave sintaksa, semiotika, semantika, analitika, hermenautika, lingvistika, retorika, strukturalizam, teorija diskursa i konsenzusa, konstruktivizam. A moglo bi se još nabrajati[5]. Jezikom se, razume se, bavi i pravo kao i pravnici. I to ne jedino jezikom zakona. Naime, i odnos prava i jezika je višedimenzionalan i može se posmatrati kroz više aspekata. Tako, može se analizirati odnos pravnog jezika i pravne kulture, stil pravnog jezika, odnos pravnog stručnog jezika i govornog jezika, kao i zakonskog jezika i jezika sudske prakse i sudskog govora. Takođe, mogu se razmatrati problemi sintakse, semantike i hermenautike u pravnom jeziku. Predmet istraživanja bi moglo biti i jezičko shvatanje normative, ili pak odnos pravnog jezika, društva i kulture (sociologija pravnog jezika). A pravni jezik se može obrađivati i kao tema strukturalističke pravne nauke[6].

Kao što se može primetiti naša tema koja se odnosi na stil jezika zakona samo je delić mozaika jedne kompleksne i široke problematike jezika uopšte, odnosno predstavlja samo jedan aspekt mogućeg proučavanja u okviru šire oblasti "jezika u pravu". Ako bi želeli da odredimo, u domenu te šire oblasti, užu oblast "jezika u pravu" u okviru koje bi se mogla proučavati tema za koju smo mi u radu zainteresovani, onda bi je mogli označiti kao "učenje o zakonodavstvu"[7]. "U najširem smislu pod njim se podrazumeva svaka naučna težnja koja se na bilo koji način bavi fenome-

---

[2] Videti, H.G.Gadamer, *Čovek i jezik*, U: Pohvala teoriji, Cetinje, 1996, str.84.

[3] Humboltova misao preuzeta iz: A.Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2.Auflage, München 1997, s.109.

[4] Preuzeto iz: B.Rüthers, C.Fischer, *Rechtstheorie*, 5.Auflage, München 2010, s.106.

[5] Tako, A.Kaufmann, ibid, s.108.

[6] Videti o tome, A.Kaufmann, ibid. s.109.

[7] Ovo je doslovni prevod nemačke reči "Gesetzgebungslehre", koja reč se koristi u nemačkoj teoriji prava, dok kod nas predmetni pojam nije u široj upotrebi.

nom zakonodavstva"[8]. Ovde se može najpre govoriti o sadržini zakona – kako on nastaje, kojim vrednosnim predstavama ili naročitim ciljevima je određen, koje institucije imaju pri tom odlučujući uticaj. Nakon toga, može se govoriti o primeni zakona u širem smislu. Konačno, može se celokupna problemska oblast sadržine zakona i zakonske primene istraživati sa posebnih, pojedinačnih gledišta, a takođe sa sociološkog i ekonomskog aspekta[9]. Ovde je korisno naglasiti da u prvu oblast zadataka "učenja o zakonodavstvu" spada i proučavanje procesa donošenja zakona, u kojem procesu se izdvajaju i takva pitanja kao što je problem zakonodavne tehnike i formalno-naučnog aspekta. Za razliku od ostalih oblasti, oblast "zakonodavne tehnike" nije mnogo obrađena u literaturi[10]. A upravo u oblast zakonodavne tehnike spadaju i pitanja kao što su jezik zakona, a u okviru toga i stil njegovog jezika.

S tim vezi, ne možemo govoriti o stilu jezika zakona a da prethodno nismo ukazali na značaj jezika za pravo i pravnike.

Naime, da bi došlo do, kako kaže Humbolt, "preoblikovanja sveta u jezik", pa tako i "pravnog sveta" u "pravni jezik", potrebno je, dakle, da je pravo jezički oblikovano. Ovakav jezik, pravni jezik, onda istovremeno oblikuje i pravno relevantnu stvarnost. Jer, "kada se pravo primenjuje, dolazi do posredovanja dvaju svetova: sveta svakodnevne stvarnosti sa svojim pravno relevantnim životnim sadržajima, i sveta prava, sa svojim normama trebanja"[11].

Dakle, ne samo da se pravo "služi" jezikom, već se ono i stvara kroz jezik. Ne postoji pravo izvan jezika. Kako je rekao jedan pisac: "Pravo nije *sa* ili *pored*, već je ono *u* jeziku"[12]. Mi bi dodali i sledeće – jezik je takođe u pravu. Pravni pojmovi su sa jezikom tako srasli, da se od njega ne mogu odvojiti. "Pravo se može jedino u jeziku sadržati, samo kroz jezik izraziti, jezikom razjasniti i dalje razviti. I kada neko zamisli predjezično pravo – na primer u smislu 'pravnog osećaja' ili 'pravne svesti', mora se latiti jezika, da bi se takvi zamišljeni ili osećani pravni sadržaji izrazili i postali delotvorni. Bez jezika su pravo i pravnici nemi"[13]. Značaj jezika za pravo mogao bi se, dakle, svesti na jednu rečenicu – nema prava bez jezika. Tek se jezikom pojmovima prava daruje njihova telesnost, obez-

[8] L.Adamovich, *Probleme einer modernen Gesetzestechnik*, in: Gesetzgebung (Hrsg. G.Winkler, B.Schilcher), Forschungen aus Staat und Recht 50, Wien – New York 1981, s.204.

[9] O prethodno rečenom videti više, L.Adamovich, ibid, s.204-206.

[10] Tako, L.Adamovich, ibid, s.204.

[11] A.Kaufmann, ibid, s.112.

[12] H.Hatz, *Rechtssprache und juristischer Begriff*, Stuttgart, 1963, s.66.

[13] G.Rüthers, C.Fischer, ibid, s.106,107.

beđuje njihova egzistencija. Ili, drugačije rečeno – "jedino se za jezičko telo pojmovna sadržina može vezati i 'razglasiti' i time postati pravno delotvorna"[14]. Jezik je nužna pretpostavka za egzistenciju pojedinačnih pravnih pojmova, kao i prava u celini.

Ako pođemo od prednje maksime da nema prava bez jezika, onda ne čudi konstatacija da se u svakom trenutku svog poslovnog angažovanja pravnik susreće sa rečima, rečenicama odnosno tekstovima, to jest neprestano se bavi jezičkim tvorevinama. I ne samo da je jezik pravniku centralni i osnovni predmet njegovog rada, već mu služi i kao glavno oruđe za rad. A u kojoj meri to otežava posao pravnicima, o tome ne treba trošiti reči. Neko će reći da se i književnici bave jezičkim tvorevinama, i to u znatno većoj meri nego pravnici. Ipak, između ova dva poziva postoji suštinska razlika – pravnik često odlučuje o ljudskim sudbinama u stvarnom životu, dok književnik kroji sudbine ljudi, a nekad i čovečanstva u celini, međutim samo na papiru[15].

Na ovom mestu bi u kontekstu prethodno rečenog želeli da istaknemo najodgovorniju i najtežu od svih pravničkih delatnosti, primenu prava. Naime, da bi primenio pravo, pravnik bi morao da pravilno protumači pravnu normu, potpuno i ispravno utvrdi činjenično stanje, a zatim da subsumira slučaj pod normu. A koliko je to samo teško pravilno učiniti! Jer, mi ovde na jednoj strani imamo normativnu, na apstraktni način formulisanu "rečenicu trebanja", a na drugoj strani konkretni činjenični opis pravno relevantne stvarnosti. Zadatak onoga ko primenjuje pravo je da utvrdi da li se moguće činjenice iz propisa podudaraju, logički-smisleno, po odnosu roda i vrste, sa činjenicama stvarnosti. Odnosno, da li je neko pravno relevantno ljudsko ponašanje oživotvorilo u prostoru i vremenu generalno-apstraktne činjenice određenih pravnih propisa. Ovde primenilac prava "operiše" i sa apstraktnim i sa konkretnim jezikom, a oba su pravni jezici. Prvi se odnosi na iskusive apstraktne pojmove iz pravnih propisa i njihove karakteristike, koji se mogu dogoditi, a drugi na konkretne predmete i njihove osobine koji su se dogodili, a koji se prvim pojmovima mogu obuhvatiti[16]. "Stalno jezičko prekodiranje apstraktne poj-

[14] H.Hatz, ibid, s.71.

[15] Nije nam bila namera da umanjujemo značaj i omalovažavamo svu onu duhovnu uzvišenost koju književnički poziv sa sobom nosi, već smo na ovaj način samo želeli da istaknemo odgovornost i praktični značaj pravničkog poziva.

[16] Slično i Vinkler, koji tvrdi da je "...jezik pravnika u istoj meri jedan empirijski pojmovni jezik i jedan empirijski predmetni jezik. On se ne odnosi samo na iskusive pojmove prava i njihove karakteristike, već i na njima obuhvaćene realne predmete i njihove osobine". Videti, G.Winkler, *Raum und Recht*, Forschungen aus Staat und Recht 120, Wien – New York 1999, s.179.

movnosti zakona i dogmatskih rečenica u više ili manje konkretne opise činjeničnog stanja pravnih slučajeva, i obrnuto, je specifikum primenioca prava"[17]. U tome leži i posebnost pravničke delatnosti – pravo kao "podudaranje trebanja i bivstva"[18], i zadatak pravnika da utvrdi da li postoji odnosno podudaranje, korespondencija među njima, ili pak diskrepancija.

Na osnovu napred rečenog moglo bi se zaključiti da kvalitet prava uopšte, a to važi i za kvalitet zakona, neposredno zavisi od kvaliteta upotrebljenog jezika. Drugim rečima, da bi se uspešno angažovali u pravu i radili sa pravom, pravnici bi morali suvereno vladati jezikom. To je neophodna pretpostavka za uspešan rad pravnika u svim oblastima prava i svim vidovima pravnih manifestacija. Kako se jedan autor slikovito izrazio: "Pravnik stoga nije samo u obavezi da govori ispravno pravo, već i da pravo ispravno govori!"[19]. Prema našem osećaju za jezik autor je hteo da kaže, da on mora ne samo da poznaje važeće pravo i da ga pravilno primenjuje, već i da se pravilno izražava prilikom stvaranja prava i njegove primene. Isti autor, pomalo ironično, još [20]dodaje: "Zahtev da se ispravno govori može se ispuniti od svakog, pa tako i od strane pravnika. Zahtev da se lepo govori, ne mora da se ispuni". Možda bi se i mogli složiti oko ovoga sa pomenutim autorom, samo da lepota izražavanja koja se ogleda u načinu izražavanja nije nerazlučivo povezana sa ispravnošću onoga što je iskazano. To važi i za način izražavanja u zakonima. Tako, nije jedino važno da se ispravno govori u zakonima, već je isto tako važno na koji način se ispravno govori. Dakle, stil zakonskog jezika ne spada samo u oblast "estetike prava", kako većina autora to izričito naglašava, već po našem mišljenju dosta utiče i govori i o njegovoj suštinskoj strani. S tim u vezi, postavlja se pitanje kakav je stil jezika modernih zakona.

Drugim rečima, koja stilska sredstva su neophodna modernom zakonu, da bi njegovom jeziku dali izražajnu atmosferu kakva je zakonu potrebna? Odgovor bi mogao glasiti: jeziku modernog zakona potreban je onakav stil koji odgovara njegovoj prirodi, karakteru, kao i ciljevima koji se konkretnim zakonom žele postići. Ipak, iz ovog odgovora ne može se mnogo toga zaključiti. Zbog toga ćemo pokušati da preko analize karaktera i prirode ovih zakona delom dođemo do objašnjenja zašto je njihov jezički stil danas takav kakav jeste.

---

[17] F.Haft, *Recht und Sprache*, in: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart (Hrsg. A.Kaufmann, W.Hassemer), 5.Auflage, Heidelberg 1989, s.233.

[18] Definiciju prava kao podudaranje trebanja i bivstva prvi je dao napred već citirani nemački eminentni filozof i pravni teoretičar Artur Kaufman.

[19] H.Dölle, *Vom Stil der Rechtssprache*, Recht und Staat 138/139, Tübingen 1949, s.75.

[20] H.Dölle, ibid, s.64.

S tim u vezi, napred smo govorili o primeni prava, iz čega bi se mogao izvesti zaključak o karakteru modernog evropskog zakona većine evropskih država. "Ukoliko mi posmatramo moderni zakon, onda ćemo primetiti da su njegova pravila apstraktna, da su lišena svakog odnosa sa konkretno-istorijskim ovde i sada, konkretnog vrednovanja postupanja određenog čoveka ili određene grupe ljudi, koji su nam poznati. Moderna pravila ne čine "pravo-slučaj", ona su nadovezana na jedno apstraktno-hipotetičko opšte činjenično stanje i jednu isto tako opštu pravnu posledicu..."[21]. Takođe, iz onoga što smo govorili o primeni prava može se nešto zaključiti i o njegovoj prirodi. Naime, za pravo se može reći da je to "kompleksni fenomen kulturalno-socijalne stvarnosti koje se može empirijski iskusiti, racionalno shvatiti i shodno tome, i logički i gramatički na odgovarajući način izraziti"[22]. Taj kompleksni fenomen se u potpunosti ostvaruje kroz njegovu primenu, to jest kako smo u prethodnom tekstu na više mesta pomenuli, kroz podudaranje "trebanja" – zakonskih normi trebanja, i "bivstva" – pravno relevantnih činjenica stvarnosti. I upravo te apstraktne norme trebanja koje se nalaze u zakonima žude za odgovarajućim stilom jezičkog iskazivanja. Štaviše, na neki drugi način teško da bi se mogle formulisati.

Dakle, karakter i priroda modernih zakona umnogome utiču na način jezičkog izraza u njima.

Dalje, na stil jezika zakona svakako utiče i činjenica da su, s jedne strane, društveni odnosi koje pravo ima ambiciju da reguliše postali kompleksni i komplikovani. S druge strane, sa razvojem nove tehnike i tehnologije, kao i rastom, razvitkom i promenom modernog društva, javljaju se nove, ili se menjaju već postojeće oblasti društvenog života koje je pravo zainteresovano da reguliše.

Sve je to uticalo da se u pisanju modernih zakona, delom u nuždi, odstupi od težnje koja je dugo bila prisutna kao imperativ u pisanju zakona, a koju su svojevremeno Bekon, Monteskje, Bentam, Savinji i drugi, podigli na rang vrhovnog načela i bitnog svojstva zakona, naime težnje da zakoni moraju biti jednostavni, jasni i određeni. Ovu težnju Bogišić je izrazio kroz pravilo: "Čvrsto se držati narodnoga živog jezika; a kad je neminovna potreba odstupiti od toga, onda se čvrsto držati njegovog duha"[23]. Tome odgovara i čuveni Jeringov "recept" za pisanje zakona – "zakonodavac treba da misli kao filozof, ali da piše kao seljak"[24].

---

[21] H.Dölle, ibid, s.22.

[22] G.Winkler, ibid, s.172.

[23] V.Bogišić, *Tehnički termini u zakonodavstvu*, Mjesečnik pravničkoga družtva u Zagrebu, br.1, Zagreb 1888, str.7.

[24] Videti npr. A.Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, ibid, s.110.

Postavlja se pitanje, kako udovoljiti zahtevu, moglo bi se reći jednoj prirodnoj potrebi, da način izražavanja u zakonima bude jednostavan, jasan, kratak i precizan, ako na drugoj strani imamo obavezu da način izražavanja u zakonima bude nužno prilagođen prirodi i karakteru modernih evropskih zakona kao i prirodi onoga na šta se ovi zakoni odnose i šta treba da urede.

Gore pomenutom zahtevu danas je veoma teško udovoljiti. Prigovori o tome da je jezik prava ružan nisu novi[25]. Ipak, treba istaći da je u novije vreme veći problem od toga što je jezik zakona ružan, činjenica da je jezik zakona postao nerazumljiv. Građani su danas nepoverljivi prema pravu i razočarani u pravnike, često bespomoćni u shvatanju prava i traganju za pravdom. Razlog za takvo stanje nije samo nerazumljivost teksta zakona, već i stil obrazloženja odluka i način argumentacije u pravu[26]. Moglo bi se reći da danas postoji kriza u pravu uopšte. Ipak, stanje današnjeg zakonodavstva i sudske prakse ogledalo je stanja i prilika u modernoj državi i društvu.

Konačno, da se vratimo na ključno pitanje, kakav je stil jezika današnjih zakona? Ovde mislimo na njegovu "ružnoću", a ne na nerazumljivost, što mu se često stavlja na teret. Jer, ovo drugo uglavnom je stvar pismenosti, a ne stila.

S tim u vezi, stilu jezika zakona se prigovara da je siromašan, suvoparan, škrt, dosadan, nemaštovit. I u tome se često nimalo ne preteruje, naročito ako tekstove današnjih zakona uporedimo sa ranijim, a naročito sa stilom jezika davnašnjih pravnika uopšte. Setimo se samo klasika rimskog prava i njihovih *responsa*, u kojima su oni svoja pravna mišljenja saopštavali jezički bravurozno u jednostavnoj formi, a koja su vremenom čak dostigla rang opštih pravnih, i ne samo pravnih, mudrosti. Takođe, Jakob Grim u svojoj raspravi o *Poeziji u pravu* za jezik starih zakona kaže sledeće: "U našim starim zakonima jezik zvuči ponosno i snažno, manje kratko isprekidan, nabijen snagom, nije bezbojno razvučen. On nije nikada suv i prazan, u njegovom duševnom ponavljanju leži sigurnost i jemstvo, jedno plemenito ruho koje pristaje časti sudijskog poziva"[27]. Ipak, to je bilo drugo vreme u kojem je "pravo" bilo jedno istinsko narodsko pravo, u kojem se "štof" prava često prikazivao plastično i životno, nekada čak simbolima i slikama, a ponekad nalazio svoje motive u usmenom predanju. U pojavama pravnog života fantazija čoveka igrala je značajnu ulogu, a u pravu uopšte religija zauzimala značajno mesto. Sada

[25] Videti, H.Dölle, ibid, s.5.
[26] Tako i B.Rüthers, C.Fischer, *Rechtstheorie*, ibid, s.144.
[27] Citat preuzet iz, H.Dölle, ibid, s.66.

svega toga nema. Moderna pravna norma postala je sekularizovana i neutralizovana, "bezosećajna" i "hladna". Razlog za to nije samo promena u poimanju sveta svakodnevne stvarnosti i života uopšte od strane modernog čoveka, već i promena u shvatanju samog prava, njegove strukture, karaktera i prirode, njegovih zadataka, kao i izmenjene stvarnosti na koje se pravo sada ima primenjivati. Sve je to uticalo na stil jezika današnjih zakona kao i pravnika uopšte. On je dakle postao nerazumljiv, nije više tako očigledan i pristupačan nepravnicima i "običnom svetu", jednom rečju postao je "nenarodski". Ne treba smetnuti s uma ni činjenicu da je epoha tzv. liberalno-pozitivističke pravne države donela sa sobom i težnju da se celokupno pravo kodifikuje, da se svo pravo pokuša staviti na papir i pretvori tako u pozitivno pravo, koje se jedino imalo primenjivati u praksi. Takvo pozitivno pravo moralo je, htelo se to ili ne, postati strogo, šturo, bezosećajno, uopšteno, udaljeno od lepote i lepršavosti narodnog jezika, jer se bujica reči koja je sada činila pozitivno pravo jedino kroz apstraktne i generalizirajuće izraze u zakonima mogla "staviti pod kontrolu". Pošto je sada baš sve, ili skoro sve od prava u zakonu, to je liberalizam i pravna država s početka devetnaestog veka uvela, kao logičan sled, potpunu vezanost sudije za tekst zakona. Kako je rekao Fojerbah, tvorac Krivičnog zakonika Bavarske iz 1813. godine, njegov "posao ne treba da bude ništa drugo, nego da dati slučaj uporedi sa ovim tekstom, ne obazirući se na smisao i duh zakona, da osudi, kada sklad reči osuđuje, i da oslobodi, kada on oslobađa"[28].

Međutim, prećutali bi istinu kada bi rekli da se jezik modernih zakona isključivo kritikuje. Često se isti hvali. Naravno, od strane pravnika. Tako Radbruh, inače jedan od najelegantnijih stilista među pravnicima ikada, nije propuštao priliku da, upravo suprotno, veliča siromaštvo pravničkog lapidarnog stila. Jednom prilikom je, afirmativno se izražavajući o jeziku prava, sa gordom dostojanstvenošću, kao da je hteo da kaže da tako mora biti i nikako drugačije, izjavio sledeće: "Pravni jezik je hladan: on je lišen bilo kakvog osećajnog tona; on je opor: odriče se bilo kakvog obrazlaganja; on je oskudan: odriče se svake namere podučavanja"[29]. Detaljnije preciziranje prednje rečenog Radbruh je dao u svojoj knjizi *Vorschule der Rechtsphilosophie*. Ovde je istakao da zakonski jezik prezire stil ubeđivanja i poučavanja. S tim u vezi, "on pokazuje afektivnu hladnoću, bezosećajnost, odlikuje ga nenaglašenost matematičkih formula". Isti "nikada ne uzima rečcu 'jer' u usta", već "preuzima nadmenost jedne vojne zapovesti kojoj

[28] Videti, F.Haft, *Aus der Waagschale der Justitia*, Eine Reise durch 4000 Jahre Rechtsgeschichte, 4.Auflage, München 2009, s.124.

[29] Videti, F.Haft, *Recht und Sprache*, ibid, s.234.

je strano bilo kakvo obrazloženje". Što se tiče poučavanja, Radbruh ističe "da zakonodavcu pripada da uređuje šta je u skladu sa pravom, a ne da poučava šta je pravo"... "Jedan moderni zakonik naprotiv ne sadrži rečenice koje ne bi bile zapovesti ili njen sastavni deo, i ne želi da tromosti, zaboravnosti ili nepažljivosti adresata povlađuje dodatnim pojašnjenjima, ponavljanjima ili krupnim slovima"[30]. No, ne hvale samo pravnici svoj jezički stil u zakonima. Tako je francuski *Code Civil*, po svojoj jezičkoj virtuoznosti ali i britkoj preciznosti jedan od najčuvenijih zakona svih vremena, poslužio piscu Stendalu kao uzor za jezičku sliku najveće vrednosti. Naime, on je izjavio da svakog dana čita po nekoliko stranica ovog zakona, da bi kroz njemu omiljenu "lektiru" izoštrio smisao za precizan i kratak način sopstvenog izražavanja[31].

Priroda i karakter modernih zakona, priroda onoga na šta se ovi zakoni odnose, ciljevi koji se žele njima postići, kao i težnja da se svo pravo pozitivira, uticali su, kako smo videli, na stil jezika zakona. On je, kako je rekao Radbruh, postao "hladan, opor i oskudan" i kao takav "nerazumljiv". No, postavlja se pitanje, za koga nerazumljiv, pravnike ili pravne laike? Ukoliko bi odgovor bio da je nerazumljiv za laike, situacija bi bila manje problematična. Naime, moglo bi se u tom slučaju reći da je stil jezika zakona samo pratio promene koje su se dešavale u pravu i društvenoj stvarnosti na koju se pravo primenjuje, pa to što je zakon sada nerazumljiv za laike nije produkt njegove manje vrednosti, već njegovog jezičkog stila, a koji je opet iznuđen neminovnim promenama u društvu i pravu. Drugim rečima, moglo bi se tvrditi da pravnici nisu danas manje pismeni i stručni nego što su ranije bili, već im je teško, a možda i nemoguće da jezički jasno, kratko i eksplicitno izraze kompleksnu i komplikovanu materiju današnjeg prava, duboko izmenjenog, neko bi rekao razvojem društva, a nama se ipak čini – njegovom degradacijom i regresijom. Ipak, pravo prati društvene promene i pokušava se prilagoditi društvenoj stvarnosti. Kao takvo, malo toga može izmeniti u konstelaciji te stvarnosti. Ostaje mu samo da ono što je zateklo, pravno oblikuje. Jedan od prvih koraka na tom planu je jezička formulacija zakona i drugih propisa, koja se opet kako smo rekli nužno prilagođava karakteru i prirodi modernog prava i onoga na šta se pravo odnosi i što ima ambiciju da uredi. I tako u krug... To što je onda jezik zakona nerazumljiv za laike, ne čudi. Jer, zakon je pun apstrakcija i generalizacija, neodređenosti, formalizama, defi-

[30] O napred rečenom videti detaljnije, G.Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Göttingen 1965, s.86-88.

[31] Pravni pisci u Nemačkoj koji se bave problematikom jezika u pravu često i sa ponosom ističu ovu Stendalovu izjavu. Videti npr. H.Dölle, ibid, s.73.

nicija, upućivanja na druga mesta u zakonu ili na druge zakone. Pomenimo samo "neodređene pojmove", "normativne pojmove" i "generalne klauzule", čiju sadržinu i obim mi, na osnovu jezičke formulacije, ne možemo sa sigurnošću i odmah odrediti[32]. Ipak, sve ovo je potrebno zakonu i zakon se toga ne može odreći. Naravno, pod uslovom da se u tome ne pretera, pa da se koriste ovi pojmovi i kada se isto može reći jednostavnim, konkretnim i preciznim jezičkim izrazom.

Dakle, stil jezika modernog zakona tekovina je savremenog prava i mi ne možemo odustati od njega i stvoriti neki drugi stil, a da time istovremeno ne odustanemo i od samog prava. Stoga se može reći da zakon po svom stilu treba da imponuje pravnicima, a ne pravnim laicima[33]. Laici ne treba, niti mogu razumeti današnje zakone u pojedinostima, pa ma kojim jezičkim stilom oni bili napisani[34]. Duboko pronicljivo shvatanje modernih zakona laicima ostaje nedostupno. Preostaje im jedino "da uspostave unutrašnji odnos sa pravom u tom smislu da shvate supstanciju norme, da spoznaju čemu teži poredak u celini i da mogu osetiti domašaj pravednosti"[35], odnosno "duh pravednog i moralnog voljnog poretka opšteg bića"[36].

Ipak, plašimo se da je situacija nešto komplikovanija, jer su moderni zakoni često nerazumljivi i samim pravnicima, i to naravno ne zbog specifičnog pravničkog stila pisanja zakona, već zbog njihovog sve siromašnijeg znanja o jeziku, a nekada, nažalost, i nepoznavanja onoga na šta se zakon odnosi i ciljeva koji bi se trebali njegovim donošenjem ostvariti. S tim u vezi, profesor Tihomir Vasiljević je pre četrdeset godina kazao sledeće: "... Pohvala je zato za određenu ličnost, ali je znak lošeg stanja za pravnički red, kad se za pravnika na odgovornoj dužnosti ističe da je pismen čovek. Ističe se ono što je retko, a pravnik poznavalac jezika i stila treba da bude pravilo. U tom pogledu mi zaista ne stojimo dobro"[37]. Kakva je danas situacija u tom smislu, ne treba posebno naglašavati. Dakle,

---

[32] O "neodređenim pojmovima", "normativnim pravnim pojmovima" i "generalnim klauzulama" videti detaljno, K.Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, elfte Auflage, Stuttgart – Berlin – Köln 2010, s.193-234.

[33] Drugačije Flajner, koji tvrdi da se u tom kontekstu zakoni "moraju formulisati tako da se sviđaju građanima kao adresatima". Videti, T.Fleiner, *Entwurf und Gestaltung von Gesetzesnormen*, in: Gesetzgebung (Hrsg. G.Winkler, B.Schilcher), Forschungen aus Staat und Recht 50, Wien – New York 1981, s.150.

[34] Kako je rekao Živojin Perić, "... razumljivost ili nerazumljivost za širi krug, onoga što je napisano zavisi i od same teme o kojoj se piše". Videti, Ž.Perić, *O jeziku u zakonima*, Beograd 1915, str.15.

[35] H.Dölle, ibid, s.38.

[36] H.Dölle, ibid, s.65.

[37] T.Vasiljević, *Neka pitanja metoda i tehnike pripremanja pravnih propisa*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina XII, Beograd 1964, str.382.

ponekad zakoni nisu razumljivi ni samim pravnicima, ali ne zbog stilistike njihovog pisanja, već zbog nepoštovanja pravila gramatike i logike jezičkih izraza u zakonima, i međusobnog odnosa tih izraza. Još davno je Valtazar Bogišić rekao da se termini u zakonima "ujedno tiču i nauke jezika i nauke prava"[38]. Shodno tome, da bi se pravni propisi dobro razumeli, moraju biti sastavljeni uvažavajući zahteve, kako prava i pravne nauke, tako i lingvistike i logike[39]. O potrebi da pravnici suvereno vladaju jezikom, kao i značaju jezika za pravo i pravnike govorili smo uostalom na početku našeg rada. Ova potreba danas je izraženija više nego ikad, s obzirom na svu kompleksnost, komplikovanost, unutrašnju divergentnost modernog društva. Komplikovanim oblicima društvenog života mora se sada odgovoriti komplikovanim i brojnim zakonima. Ta komplikovanost i složenost modernog sveta, dakle, nosi sa sobom i zahtev za odgovarajućim nivoom jezičke kulture uopšte, a kada su u pitanju pravnici – visokim nivoom jezičke kompetencije pravnika da bi se taj isti svet mogao efikasno, i za pojedinca i za društvo korisno, dakle legitimno, pravno obuhvatiti i "ophrvati". Ipak, iako je svet postao komplikovaniji i složeniji, naše jezičke sposobnosti nisu samim tim postale veće[40]. Naprotiv, mi danas moramo priznati sebi da nismo sposobni da kompleksne realnosti oslikamo odgovarajućim jezičkim modelima[41]. Ova, da se ekonomskim rečnikom izrazimo, "inflacija reči", kao i jezičke kulture uopšte, nužno je dovela do "devalvacije vrednosti zakona".

Iz navedenih razloga, ne treba da čudi pojava kod nas, i ne samo kod nas, da se u današnjim zakonima mogu pronaći difuzni izrazi, homonimi, sinonimi, nepotrebne pravne praznine, nepoštovanje interpunkcijskih pravila i poretka reči u rečenici, ničim opravdana upotreba stranih jezičkih izraza ili reči. O lepoti jezičkog stila da i ne govorimo. Kada se tome dodaju i gramatičke greške i logičke protivrečnosti, koje se tu i tamo potkradu, dobijamo jednu sumornu sliku o jezičkom kvalitetu naših zakona[42]. Potvrdu napred rečenog predstavljaju u našoj zakonodavnoj praksi česte izmene i dopune velikog broja zakona, nekada i nakon kratkog vremena od njihovog donošenja. Imamo čak i slučajeva da se uz tek objavljeni zakon objavljuju i njegove ispravke, koje se formalno prikazuju kao navodno usklađivanje manjivog teksta zakona sa svojim izvornikom.

---

[38] V.Bogišić, ibid, str.18.

[39] Tako i M.Vuković, *Nauka o izradi pravnih propisa (nomotehnika)*, drugo dopunjeno izdanje, Zagreb 1969, str.75. Takođe, G.Winkler, ibid, s.139.

[40] Tako i F.Haft, *Recht und Sprache*, ibid, s.238.

[41] Tako, F.Haft, ibid.

[42] O njegovom sadržinskom pravnom kvalitetu nećemo raspravljati u ovom radu.

Na osnovu svega što je napred rečeno može se zaključiti da kvalitet zakona u velikoj meri zavisi od kvaliteta upotrebljenog jezika kojim se zakon izražava i oblikuje. Jezička nekompetentnost onoga koji piše zakon negativno se odražava, ne samo estetski, već i suštinski na njegov kvalitet. Mi danas imamo, ne samo stilski rogobatno napisane, već i sadržinski loše zakone. Da bi se poboljšao kvalitet zakona neophodno je da današnji pravnici budu "malo više lingvisti i književnici". Jer, pravo nema svoje samostalno mesto, izvan jezika. Upravo je suprotno, pravo je u jeziku, a isto tako je i jezik u pravu. Jezik je stoga instrument rada pravnika, ali istovremeno i predmet njegovog rada, jer se tek jezikom pravo oživotvoruje i "udahnjuje" pravnom snagom. Ipak, to ne znači da se ovim preplitanjem prava i jezika, gubi autohtonost jezika, njegova unutrašnja inherentnost kao samostalnog medijuma. S tim u vezi, tačno je da specifična materija prava nameće određeni stil i jezik zakona, ali je isto tako nesumnjivo da stil i jezik imaju i svoje samostalno mesto[43]. Moglo bi se reći da pravo jeziku zakona daje posebnu notu, specifičnu "patinu", koja ipak još ne obezbeđuje statuiranje "samostalne jezičnosti" zakonskog i uopšte pravnog jezika.

Ne smemo zato nikada prenebregnuti činjenicu da je "pravni pojam u oblasti prava određen svojom sadržinom, a u oblasti jezika svojim izrazom"[44]. Neka nam ova misao koja posredno govori o neraskidivoj iskonskoj vezi prava i jezika posluži kao ideja vodilja u borbi za kvalitetnije zakonodavstvo.

[43] Tako i T.Vasiljević, ibid, str.382.
[44] H.Hatz, *Rechtssprache und juristischer Begriff*, ibid, s.68,69.

Dragiša Drakić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Novi Sad

On The Language Style of The Law[45]

Abstract

The paper examines the language style of modern laws and the relevance of the language for the law and lawyers in general.

In the first part of the paper the author points to the importance of the phenomenon of language and the relevance of the study thereof. Later it gives arguments that support the position that the language is of a great importance both for the law and for the lawyers.

In the central part of the paper the author discusses the language style used in laws and maintains that the language style of the modern European laws is to a great degree influenced by the nature and character of such laws, as well as by the nature of the subject matter of the laws, goals that such laws are to achieve and by a desire to achieve 'positivism' in law.

In the end, the author stresses that today we have laws that are not only written in rough language but are also of poor content which paints a "gloomy picture of the language quality of our laws". In order to change such situation, the author points to the necessity of more profound knowledge of the language and linguistics by the lawyers.

Key words: language, language and law, language of the law, language style of the law.

[45] This paper is the result of the research conducted as part of the project of the Novi Sad Faculty of Law titled "Theoretical and practical problems of creating and applying law (EU and Serbia)" in 2012.

Originalni naučni rad UDK 340.12
doi:10.5937/zrpfns46-2044

Dr Marko Trajković, docent
Pravnog fakulteta u Nišu

PRAVO U SVETU VREDNOSTI*

***Sažetak**: Da li pravo može da „istisne" vrednosti, budući da nihilistički odnos prema vrednostima vodi ka odbacivanju osnovne uloge prava, koja se sastoji u ostvarivanju i zaštiti vrednosti? Da li pravna norma, kao sastojak prava pretočen u zapovest, zaista ima za cilj da uspostavi ponašanje koje ostvaruje vrednosti koje sadrži? Da li ustav, zakon i drugi akti, kao oblici „utelovljenja" pravne norme, svoj osnov zaista imaju u odgovarajućim društvenim i pravnim vrednostima?*

Nasuprot pravu nalazi se čovek sposoban da razmišlja i zapita se: da li on živi saobrazno sa pravnim normama samo iz straha od kazne? Da li bi vlast ikada mogla da izgradi pravni sistem koji bi u celosti počivao na strahu od sankcija? Da li bi takav pravni sistem ikada postao čvrsta celina ili bi se „urušio" sam od sebe? Da li je razlog za propadanje sistema države i prava, na primer, nedovoljno centralizovana vlast ili nedostatak vrednosti u njihovim temeljima? Od odgovora na ta pitanja zavisi odgovor na pitanje, koje je postavio Toma Akvinski: da li je pravo stvoreno samo za zle i opake?

***Ključne reči**: vrednost, nevrednost, pravo, ostvarivanje.*

UVOD

Čovek i njegov život, ostaju „čist" organski proces, ako se isključe vrednosti. Utoliko, i Maks Veber, prema Leo Štrausu, ukazuje na naš „odnos prema vrednostima", koji je neophodan.[1] Zapravo, radi se o Vebe-

* Ovaj članak je rezultat istraživačkog rada u okviru projekta br. 179046 „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" Pravnog fakulteta u Nišu koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

[1] L. Štraus, *Prirodno pravo i istorija*, Plato, Beograd, 1997, 36.

rovom „insistiranju na ulozi koju vrednosti igraju u društvenoj nauci“.[2] Ovakvu ideju, prihvata i Nikola Visković, koji smatra, da je ontološki nemoguće postojanje čoveka bez vrednovanja.[3] Pravo koje bi bilo „očišćeno“ od vrednosti, bilo bi „osakaćeno u svojoj ljudskoj biti“.[4]

Kada čovek zaista ne bi učestovao u ostvarivanju vrednosti, on ne bi bio u stanju da ostvari svoju ljudskost. U tom slučaju njegova delatnost bi poprimila sve odlike „neugasive težnje“ uspostavljanja veze između naše stvarnosti i vrednosti. Ona bi se odnosila i na pravo, koje je takođe „vrednosno postavljena tvorevina ljudskog duha“. [5] Zbog toga je potrebno najpre ukazati na aksiološku ravan prava, a potom i pravnog sistema kao celine.[6] Kada bi iz pravnog sistema, kao tvorevine ljudskog duha, bile isključene vrednosti, kao razlog za njegovo postojanje, pravo bi se pretvorilo jedan čist formalno-pravni vid egzistencije pravne norme. Budući da ostvarivanje prva leži u samoj konstrukciji prava, to je potrebno odrediti mesto prava u svetu vrednosti.[7]

1. SVET VREDNOSTI

Svet vrednosti, nije odvojen od naše stvarnosti, jer je on svrha svega postojećeg. Možda je tačnije reći da se radi o zahtevu da u „našu“ stvarnost unesemo vrednost.[8] Vrednost se tada ne vezuje za fikciju, za izmišljeno, već se vezuje za realno. Ono što je izmišljeno vrednosni osećaj i ne uzima za ozbiljno.[9] Uz to, i sama je svrha usmerena ka nečem što pokazuje vrednost. Skoro svim moralnim vrednostima se, prema Nikolaju Hartmanu, može težiti. I skoro sve se mogu realizovati, ali treba biti „obazriv“.

Istu ideju prema svrsi koju ispoljavaju vrednosti razvio je Herman Loce. On smatra, da se moć „prapočetka“ nalazi u veri. Time je Loce prihvatio teološki idealizam.[10] Prema teološkom idealizmu, vrednost koja je

---

[2] *Ibid*.

[3] N. Visković, *Pojam prava*, Logos, Split, 1981, 107.

[4] *Ibid*., 120.

[5] D. Mitrović, *Teorija države i prava*, Dosije studio, Beograd, 2010, 530.

[6] O aksiologiji prava vid. R. Lukić, *Sistem filozofije prava*, Savremena administracija, Beograd, 1992.

[7] O razvoju pravne nauke unutar jedne „filozofije vrednosti“ vid. G. Faso, *Istorija filozofije prava*, CID, Podgorica, 2007, 569-571.

[8] O etimološkom poreklu pojma „vrednosti“ vid. M. Životić, *Aksiologija*, Naprjed, Zagreb 1986, 47 i M. Perović, *Etika*, Novi Sad, 2001, 432.

[9] N. Hartmann, *Prilog zasnivnju* ontologije, Centar za kulturnu delatnost Saveza socijalističke omladine, Zagreb, 1976, 311.

[10] V. Pavićević, *Odnos vrijednosti i stvarnosti u modernoj njemačkoj idealističkoj aksiologiji*, Kultura, Beograd, 1958, 18.

osnova svega nalazi se kod Tvorca.[11] Samim tim, stvarnost sveta i stvarnost prava podređuju se vrednostima koje oličava Tvorac. Njihovo važenje je apsolutno, jer drugačije nije moguće. Vrednosti važe apsolutno, a ne „polovično". Nemoguće je zamisliti vrednosti koje bi važile „delimično".[12]

Fenomenološka aksiologija, unutar koje izdvajamo Maksa Šelera, insistirala je na vrednostima koje su date unutar naše stvarnosti, te su samim tim iskustveno dostupne.[13] Te vrednosti nisu samo iskustveno dostupne, već su postavljene unutar vrednosnog ontologizma.[14] Zbog toga je i Šeler ukazivao na večnost vrednosti, te je apsolutista kada govori o vrednostima. A odatle sledi da su „suštinske vrednosti bezvremene, kao i principi logike".[15] Zapravo, večnost vrednosti odmah ukazuje na apsolutni red vrednosti, koji kao takav svoju „postojbinu" ima u Tvorcu.[16] Sve moguće vrednosti „su fundirane na vrjednosti jednog beskonačnog ličnog duha i svjeta vrjednosti koji leži pred njim".[17]

Ipak Šeler smatra, da moralne vrednosti, ipak, poseduju „prizvuk imperativnog". Tako se nužnost određenja vrednosti kao trebanja pojavljuje kod onih „bića koja su dovoljno bezbožna da ne ispunjavaju vrednost sama od sebe i uvek, nego često delaju suprotno njoj, zatim za svet koji s prirodnom nužnošću bez razlike proizvodi istinito i lažno, dobro i zlo, lepo i ružno, ukratko: vredno i nevredno".[18] Norma nalazi svoj osnov u vrednostima, a ne u pokornosti. Ako se ne želi da norma postane proizvoljna zapovest, ona mora da se „osloni" na vrednosti.[19] Zbog toga su vrednosti uvek „najjednostavniji kvaliteti" koji određuju smisao normi i prava.[20]

---

[11] Vid. G. Angelini, *Teologia morale fondamentale,* Glossa, Milano, 2010.

[12] Više o Loceovom shvatanju vrednosti vid. u: H. Lotze, *Mikrokosmos*, I, II, III, Leipzig, 1923.

[13] V. Pavićević, *Odnos vrjednosti i stvarnosti u modernoj njemačkoj idealističkoj aksiologiji,* 64.

[14] *Ibid*., 65.

[15] L. Štraus, *Prirodno pravo i istorija*, 36.

[16] M. Chiodi, *Etica della vita*, Glossa, Mialno 2006.

[17] M. Scheler, *Fromalismus in der Ethik und die materiale Wertethik,* 3 aufl., Haale 1927, 94. Navedeno prema: V. Pavićević, *Odnos vrjednosti i stvarnosti u modernoj njemačkoj idealističkoj aksiologiji*, 83.

[18] *Ibid*., 74.

[19] M. Scheler, *Fromalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 188-189. Navedeno prema: V. Pavićević, *Odnos vrjednosti i stvarnosti u modernoj njemačkoj idealističkoj aksiologiji* 75.

[20] M. Scheler, *Fromalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 272. Navedeno prema: V. Pavićević, *Odnos vrjednosti i stvarnosti u modernoj njemačkoj idealističkoj aksiologiji* 75.

2. APSOLUTNI KARAKTER VREDNOSTI I NJIHOVA HIJERERHIJA

Apsolutni karakter vrednosti pokazuje se na primeru samog čoveka. Jer, kako na na njemu prepoznajemo aritmetičke zakone, koji od njega ne zavise, tako isto nalazimo i vrednosti.[21] Požrtvovanost je uvek vrednost, uprkos tome da nije uvek mudro, sa stanovišta ljudske logike, biti požrtvovan. A, prekršiti ovu vrednost uvek sramno, čak i tada kada čovekov um govori da je bolje biti sebičan. Isto je i sa iskrenošću. U osnovi ove vrednosti, ne leži da će ona i biti ispunjena, ali u njenoj osnovi leži da je protivredno, ako se ne ispuni. Dakle, vrednosti ne samo da „važe", one i „bivstvuju". Njihovo „bivstvovanje" nezavisno je od realno postojećih bića. Zato one ne mogu biti ni stvorene ni uništene, od strane čoveka, jer ako ih čovek stvara, on može i da ih uništi.[22] One su nezavisne i od trebanja, jer su date, a ne zadate. Vrednosti nisu prinuda, zbog čega je odgovornost čoveka prema vrednostima još izraženija, naročito kada je na delu „logika srca" [23] koju nudi hrišćanstvo u određenju vrednosti.

„Logika srca" nudi, slobodu u odnosu na prihvatanje i odbijanje vrednosti, i ljubav u odnosu na „pogrešne izbore".[24] Ovo je sasvim očekivano, jer su sve vrednosti ustanovljene u samostalnom biću vrednosti, u Tvorcu.[25]

U svetu vrednosti postoji hijerarhija viših i nižih vrednosti, ali takva da se svaka vrednost na lestvici može saznati posebnim duhovnim aktima. Prema Maksu Šeleru najpre postoje hedonske vrednosti, koje se ispoljavaju u odnosu prijatnog i neprijatnog. Dalje, to su vitalne vrednosti, koje su ispoljene kroz vrednosni par – plemenito i prosto. Slede, duhovne vrednosti, gde nalazimo estetske vrednosti lepo i ružno, potom vrednost pravičnog i nepravičnog i na kraju vrednost „čistog saznanja istine". Šeler ističe, da za ove vrednosti valja žrtvovati vitalne vrednosti. Na vrhu same vrednosne lestvice nalaze se vrednosti svetog i nesvetog.[26]

---

[21] M. Scheler, *Fromalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 279. Navedeno prema: V. Pavićević, *Odnos vrjednosti i stvarnosti u modernoj njemačkoj idealističkoj aksiologiji* 89.

[22] M. Scheler , *Fromalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 268. Navedeno prema: A. Tanović *Vrjednost i vrednovanje*, Svjetlost, Sarajevo 1978, 75.

[23] Konstrukciju „Logika srca" ili „Logique du Coeur", koriste Blez Paskal (*Pascale*) Maks Šeler.. O tome vid. V. Pavićević, *Odnos vrjednosti i stvarnosti u modernoj njemačkoj idealističkoj aksiologiji*, 88, M. Životić, *Aksiologija* , 68 i M. Perović, *Etika*, 437.

[24] M. Vidal, *L'etica Cristiana,* Edicioni Borla s.r.l., Roma 1992.

[25] Vid. *Enchiridion dell Famiglia*, *Documenti magisteriali e pastorali su Famiglia e Vita 1965-2004*, Bologna 2004.

[26] M. Scheler, 125-129. Navedeno prema: V. Pavićević, *Osnovi etike*, Beograd 1974, 341-342.

Svoju lestvicu vrednosti izložio je i Nikolaj Hartman, koja se nalazi u „carstvu vrednosti".[27] Ali, kod Hartmana se vrednosne klase na lestvici kolebaju „između podređivanja i nadređivanja...".[28] U tom jedinstvenom nizu, razlikuje najpre vrednosti dobara. Potom, slede vrednosti ugode - prijatno; a za njima vitalne vrednosti – ono što koristi životu; onda slede, moralne vrednosti – dobro, estetske – lepo i saznajne vrednosti – istina.[29] On poslednje u ovom nizu, moralne, estetske i saznajne vrednosti, obuhvata pojmom duhovne vrednosti.[30] U „carstvu vrednosti", vrednosti dobara fundirane su u vitalnim vrednostima. Nijedna stvar nije „dobro" samo po sebi. Ona postaje „dobro" samo „za nekog". Pri tom, se on ne ograničava samo na čoveka.[31]

Hartman, ukazuje i na stav čoveka prema vrednostima, jer mnoga vitalna „dobra" čovek oseća tek kada su mu oduzeta. To posebno važi za „svagdašnji hleb".[32] Na ovakav njegov stav, potpuno se logično nadovezuje i sledeći: „Tragika čovjeka, piše on, tragika je gladnog koji sjedi za postavljenim stolom, a ne pruža ruku zato što ne vidi šta pred njim leži. Jer stvarni svet je neiscrpan u bogatstvu, stvarni život je natopljen vrednostima i preliva se od njih, i gde ga mi zahvatimo, tu je on pun čuda i divote".[33] Ukazuje dalje, da i vitalne vrednosti postoje nezavisno od našeg saznanja. Tako „blaga kamenog uglja" postoje i pre nego što čovek za njih sazna i iskoristi.[34] Da je čovek nije stvarao vrednosti, one tada bile propadljive, a ne apsolutne.

Istovremeno, prihvata pojam „vrednost stanja stvari", koji su oblikovali fenomenolozi. Zapravo, taj pojam obuhvaćen je širim pojmom vrednosti dobara. Drugačije, prema njemu, ne bi bilo moguće da se vrednost „sreće" i „moći", nađu unutar vrednosti dobara.[35]

Hartman ukazuje na vezu između vrednosti dobara i moralnih vrednosti, koja je važna za razmatranje pravo u svetu vrednosti. Prema njemu: „Sve moralne vrednosti su fundirane u vrednostima dobara, i to tako da svaka moralna vrednost ima kao pretpostavku posebnu vrstu dobara".[36] Tu svoju tvrdnju on obrazlaže primerom u kome ispituje u čemu se sasto-

[27] N. Hartman, *Estetika*, Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd 1979, 390.
[28] *Ibid.*
[29] *Ibid*.
[30] *Ibid*., 391.
[31] *Ibid*., 392.
[32] *Ibid*.
[33] N. Hartmann, *Ethik*, Berlin-Leipzig 1935, 5. Navedeno prema: V. Pavićević, *Odnos vrjednosti i stvarnosti u modernoj njemačkoj idealističkoj aksiologiji* 94.
[34] N. Hartman, *Estetika*, 392.
[35] *Ibid*., 394.
[36] *Ibid*., 398.

ji razlika između radnje poštenog čoveka od radnje lopova, i to u odnosu na tuđe dobro koje niko ne nadgleda? On, tu razliku pronalazi u poštovanju tuđeg dobra, koje ima neku vrednost. Bez te vrednosti, ono neće biti predmet ni tuđe želje. Ako dobro ne poseduje vrednost, tada nema ni razlike u pogledu postupanja poštenog čoveka i lopova.[37] Nevolja je u tome što visina moralne vrednosti ne zavisi od vrednosti dobra, jer se iznad „najneznatnije vrednosti dobra može uzdići najviša moralna vrednost".[38]

Postoje i moralne vrednosti koje se vaspitanjem mogu razviti. One se mogu i zapovediti, jer se moraju izvršiti.[39] U njih spadaju: „vrednoća, postojanost, ljubav za red, samosavlađivanje i samodisciplina, a u izvesnim granicama i pouzdanost, vernost, smisao za pravičnost...".[40]

U svakoj radnji, uključujući tu i ljudsku pravnu radnju, učestvuju vrednosti dobara i moralne vrednosti, s tim da se one ne poklapaju. Svrha bilo koje radnje nije moralna vrednost, to je vrednost dobra, ili tačnije vrednost stanja stvari. A, dalje se „moralna vrednost pojavljuje „na leđima akta.[41]

Hartmanova postavka moralnih vrednosti, jako je bliska hrišćanskom shvatanju vrednosti. Prema tom shvatanju, čovek je nosilac moralnih vrednosti, jer je samo čoveku ostavljena sloboda da bude „dobar" ili „zao".[42] Takvo čovekovo ponašanje može biti označeno kao moralno vredno, ali ne može biti iznuđeno.[43] On prihvata osnovne „poruke" hrišćanstva, navodeći da onaj ko čini stvari zbog sopstvene vrline, taj je i ne dostiže. Njegova radnja upravljena je na vrednost stanja stvari, a ne na moralnu vrednost. Ako je upravljena na izgradnju sopstvene vrline, to je direktan put u „samozadovoljstvo i farisejstvo".[44] Prema njemu, „opasno" je direktno težiti ka moralnim vrednostima, ovo zato što se tom prilikom njihova osnova može preokrenuti u svoju suprotnost. Čak, uopšte govoreći, prema njemu, njima ne treba težiti. Hartman kao primer navodi sreću, koja se vrlo često i pored naše težnje ne može realizovati. Sve se vrednosti mogu realizovati „osim čistote". Čistota se poput mladosti, lepote i bezazlenosti, može samo izgubiti.[45] Istog mišljenja je i Artur Šopehauer. Prema njemu, otkrivanje „sebičnih motiva" u nekoj radnju, ukida njenu moralnu vrednost.[46] Zapravo, kriterijum za moralno vrednu radnju, nalazi

[37] *Ibid*., 398.
[38] *Ibid*., 399.
[39] *Ibid*., 402.
[40] *Ibid*., 401.
[41] N. Hartman, *Estetika*, 400.
[42] *Ibid*.
[43] *Ibid*., 397.
[44] *Ibid*., 400-401.
[45] *Ibid*.,402.
[46] A. Šopenhauer, *Dva osnovna problema etike*, SVETOVI, Novi Sad 2003, 276.

se u odsustvu „egoističkih motiva“.[47] Istovremeno, ravnodušnost prema vrednostima vodi do „zločina iz ravnodušnosti“.[48]

3. MESTO PRAVA U SVETU VREDNOSTI

Svet vrednosti „postojbina“ je prava. U njemu je mesto prava određeno njegovom svrhom, do koje se dolazi samo moralnim vaspitanjem i izgrađivanjem moralnih vrednosti. U tom svetu vrednosti, pravo predstvlja instrument za zaštitu vrednosti dobara, jer se i ono zasniva na moralnim vrednostima koje su autonomne ili su iznad prava.

Naročito određivanjem pojma pravne norme može da se utvrdi mesto prava u svetu vrednosti.[49] To se može učiniti s obzirom na „pojam pravnosti prava kao vrijednosni momenat pravnog fenomena“.[50] Na taj način se pokazuje kako određivanje mesta prava u svetu vrednosti spada u „predpravne“ probleme.

Svet vrednosti predstavlja pretpostavku za postojanje i razvoj prava. Taj svet „ispunjava smislom i svrhom celokupno pravo, tj. sve druge njegove elemente“.[51] Vrednosti kao „postojbina“ prava, nisu „puki zbir, kao što je slučaj sa prostim skupom elemenata, već celina“.[52] Zapravo, sve što postoji ima vrednosni sadržaj, pa je to slučaj i sa pravom. A to znači da na sve što postoji možemo primeniti kategorije vrednosne orjentacije.

Pozitivisti nastoje, da pravo odrede kao pojam nezavisan od vrednosti. Ali čak i tada, u holističkom „spletu“ stvarnosti, pravo dobija vrednosni sadržaj.[53] Ako je pravna norma logična i obavezujuća formulacija vrednosti, tada nedvosmisleno proizlazi da „pravo počiva na vrjednosnim određenjima“.[54] Tek kada se ustanove vrednosti, one se mogu izraziti u pravnoj normi koja tako postaje formulacija vrednosti. Sasvim primereno ovome, Emil Lask smatra, da se iz „sistema apstraktnih formula vrednosti može dedukovati postojanje pravnih normi...“.[55] Dakle, određujući sistem vrednosti, možemo da odredimo mesto prava u njemu. Zapravo, valjalo bi „nadempirijske vrednosti“, kako ih Lask na-

[47] *Ibid*.
[48] Vid. H. Broh, *Pisma o Nemačkoj 1945-1949*, SVETOVI, Novi Sad 1994, 52.
[49] M. Perović, *Etika*, 434.
[50] *Ibid*., 433.
[51] D. Mitrović, *Teorija države i prava*, 530.
[52] *Ibid*.
[53] O holizmu vid. D. Mitrović, *Put prava*, Službeni list SRJ, Beograd 2000.
[54] D. Vrban, *Država i pravo*, Golden marketing, Zagreb 2003, 233.
[55] E. Lask, *Filozofija prava i kraći spisi*, Dosije, Beograd 2005, 26.

ziva, pretvoriti u „samostalne životne sile“.[56] To se može ostvariti „unošenjem“ vrednosti u proces stvaranja i primene prava. Na taj način, vrednost može da putem prava postane stvarno delotvorna. A, pravo može da zadobije „transcedentalno mesto“.[57]

Pravna norma je uvek u službi vrednosti. Ona je naročito dragocena kada izražava izvorne vrednosti koje verno prenosi. Ovo ističemo zbog značaja „prihvatanja neke pravne norme, prema njenom sadržaju, u savest onih koji su pravno obavezni“.[58] Tada pravna norma može da se „obrazloži samo moralno, samo iz njenog obavezujućeg dejstva na ljudsku savest (čime, međutim, ne treba tvrditi da su pravo i moral jedno)“.[59] I tada niko neće moći da negira njenu nužnost u stvarnosti, u kojoj stiče svoju obavezujuću pravnu snagu, ako nam je stalo „do obavezujućeg karaktera pravne norme“.[60]

Ali pravna norma nije samodovoljna pojava. Potreban je i čovek kao biće, koje prečesto traži „posrednike“ u dolaženju do vrednosti i njihovoj realizaciji. Budući da on u svojoj stavrnosti ne dostiže vrednosti na neposredan način, to pravna norma može da postane „posrednik“ i putokaz za čovekovo dolaženje do vrednosti. Na taj način pravo postaje „most“, koji povezuje vrednosti i konkretno vladanje. Ono, zapravo, izražava sadržaj vrednosti i predlaže oblik idelanog vladanja, ali ne kao nekakva apsolutnost, već u „posredničkoj“ ulozi izražavanja istinske i stvarne vrednosti.

Najzad, vrednovanje se odnosi i na svet prava. Zakoni vrednovanja su apsolutno očigledni, poput geometrijskih. Zbog toga pravo može da se posmatra kao mesto na kome se vrednosti mogu otkriti i usvojiti. Takođe, može se govoriti o „vrednosnom aspektu prava“. On predstavlja stepen „osetljivosti“ prava prema vrednostima, kao i stepen ostvarenja vrednosti u pravu ili putem prava.

4. PRAVO KAO SREDSTVO ZA OSTVARIVANJE VREDNOSTI I NEVREDNOSTI

Vrednost se kao aksiološko lice prava odnosi na cilj prava. Čim vrednosti nazovemo normom, taj iskaz nas odmah upućuje na njeno ostvarivanje.[61] U ovom slučaju, radi se o ostvarivanju vrednosti posredstvom prava.

[56] *Ibid*., 22.
[57] E. Lask, *Filozofija prava i kraći* spisi, 29.
[58] A. Kaufman, *Pravo i razumevanje prava*, Beograd-Valjevo 1998, 200.
[59] *Ibid*.
[60] *Ibid*.
[61] E. Lask, *Filozofija prava i kraći spisi*, 74.

Budući da pravo predstvalja „objektivni prenositelj" vrednosti, one mogu da budu ostvarene u našoj stvarnosti. Taj vrednosni aspekt prava usmerava odluku prema vrednosti kao kvalitetu. To se postiže pomoću pravno-etičkog suda koji odabire put u „praznini" pozitivizma i nihilizma.

Svaki pravni sistem koji ima „pretenziju" na ubedljivost, uverljivost i obaveznost, mora da nađe svoje mesto u svetu vrednosti. Svako „skretanje" sa te „potrage" nanosi veliku veliku štetu pravu. Do podozrivosti prema pravnom sistemu, i konačno, do njegovog odbacivanja, dolazi sasvim izvesno, kada pravo više nije „slika" vrednosti, već izraz nečije samovolje.[62]

Prema Gustavu Radbruhu, pravo je proizvod čoveka, ali se kao takav može shvatiti samo „iz njegove ideje", koja može da bude samo vrednost.[63] Pravo možemo shvatiti „samo u okviru ponašanja koje se povezuje s vrednošću" [64], te je zato nemoguće valjano postojanje prava koje je „slepo za vrednost". Vrednost je, kako to Radbruh naziva, „građa za ideju" i to za ideju prava. Dakle, pojam prava je „pojam jedne stvarnosti povezane s vrednošću, jedne stvarnosti čiji je smisao da služi nekoj vrednosti".[65] Vrednosti imaju „stvarlačku moć" i služe kao večiti standardi ponašanja[66], te mogu da „podare" obavezujuću snagu pravnim normama.[67]

Sasvim suprotno: „Tamo gde pravo ne bi bilo ništa drugo do vođina zapovest, ostalo bi neobjašnjeno obvezivanje i samog vođe putem prava...".[68] U ratu interesa ljudi, u kojem nadvladavaju sopstveni interesi i večita „potraga" za materijalnom udobnošću i slavom cilj prava neće biti ostvaren, jer nedostaje želja za vrednostima koje će okončati sukob.

Dakle, pravo mora da postane impersonalno, vezano za objektivne vrednosti, a ne vezano za interes osobe ili grupe na vlasti, da bi ostvarilo cilj.[69] Putem prava koje sadrži objektivne vrednosti, valja „izgraditi vrednosni mentalitet". Ipak, prečesto se dešava, da se umesto izgradnje „vrednosnog mentaliteta" događa „međuigra" vrednosti i prava, kojoj su nevrednosti i totalitarizam „naklonjeni".[70] Tada se vrednost doživljava kao

---

[62] Vid. J. Ratzinger-Benedetto XVI, *Europa, I suoi fondamenti oggi e domani*, Città dell Vaticano 2004.

[63] G. Radbruh, *Filozofija prava*, NOLIT, Beograd 1980, 14.

[64] *Ibid*., 15.

[65] *Ibid*., 44.

[66] O odnosu vrednosti i ponašanja vid. B, Reich, C. Adcook, *Values, Attitudes and Behaviour Change*, Methuen, London, 1976.

[67] O problemu obavezujuće snage pravne norme vid. R. Lukić, *Obavezujuća snaga pravne norme i problem objektivnog prava*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd 1995.

[68] G. Radbruh, *Pravni i drugi aformizmi*, Dosije, Beograd 2007, 7.

[69] O pitanju interesa vid. V. Zsifkovits, *Politk ohne Moral?*, VERITAS-Verlag, Linz 1989.

[70] Vid. M. Pera, *Perché dobbiamo dirci Cristiani, Il liberalismo, l'Europa l'etica, con una lettera di Benedetto XVI*, Arnoldo Mondadori, S.p.A., Milano 2008.

„sluga" legislative, a pravo budući da je samo spolja nametnuto postaje „parazit" i neće biti „dugotrajno".

Tako se u pravu često „dešava" Hartmanova „varka vrednosti", koja ide uz „izostajanje osećaja vrednsoti" i nosi karakter neprepoznavanja vrednosti, i uvek je „čisto negativna". Prema njemu, sa čovekovim organom vrednosti slično je kao sa osećajem za boje, muziku, matematiku, koji nije jednako raspoređen među ljudima. Te tako, postoje ljudi koji imaju veoma malu moć „shvatanja i sposobnosti razlikovanja u ovim oblastima i druge s vrlo pojačanom oštrinom osjetila..."[71] i oni su „vrednosno slepi". Ovakav Hartmanov stav, podseća na legendu o đavolu, koji je poželeo da bude dobar, bez „talenta za dobrotu". Tako je đavo bez „talenta" a na osnovu pravila pokušao da bude dobar. Naravno, pokušaj je „propao", jer za dobro i „lepotu" pravila nema, a „talenat" je tu ne samo potreban, već i nužan.[72] Sličnog mišljenja je i Artur Šopenhauer, jer: „Vrlina se ne uči, kao što se ne uči ni genij. Za nju je pojam jalova stvar isto kao i za umetnost, ona ga može upotrebljavati samo kao svoje oruđe. Otud bi s naše strane bilo isto toliko ludo ako bismo očekivali da naši moralni sistemi i etike stvore vrle, plemenite ljude i svece, kao i da naše estetike stvore pesnike, kipare i muzičare".[73]

Ipak, sa sposobnošću prepoznavanja vrednosti, stvar stoji donekle drugačije od sposobnosti „razumevanja" estetskih vrednosti ili matematike. U svom rudimentiranom obliku, „talenat" za vrednosti prisutan je kod svih, i tako postavljen pomaže uvođenju vrednosti u svet.[74] Postoje individue sa slabom „oštrinom vida" za vrednosti, koje ipak mogu da prepoznaju vrednosti. Istorija je pokazala da je opasno isticati pojam „talenta" za vrednosti, jer se iza „talenta" za vrednosti nalaze se velika zla, koja se potom pravdaju nedostatkom „talenta".

Da li to znači da i univerzitetski profesori mogu biti „lišeni" „talenta" za vrednosti? Tako Herman Broh piše: „O svinjarijama koje su počinili štreberski profesori i docenti na univerzitetima, istiskujući svoje jevrejske kolege, o slučajevima koji su mi poznati sa svim detaljima, o svemu tome radije ne bih govorio".[75] U ovom duhu, neznanja kao izvora zla, desila su se velika zlodela, i to je tajna đavola, nemanje želje, da se prepozna i ostvari dobro. Time se pokazuje da: „Zlo nije manjak, već živo biće, duhovno,

[71] N. Hartmann, *Osnovne crte jedne metafizike spoznaje*, Naprjed, Zagreb 1976, 570.

[72] J. M. Borodaj, *Teološki izvori kategoričkog imperativa I. Kanta*, u *Kant i poslovna etika* (ur. M. Orlić, M. Stojanović), Mali Nemo, Pančevo 2004, 33.

[73] A. Šopenhauer, *Svet kao volja i predstava*, Izdavačka radna organizacija Matice srpske, Novi Sad 1981, 245.

[74] Vid. H. Broh , *Pisma o Nemačkoj 1945-1949*, 41.

[75] *Ibid*., 19.

izopačeno i pokvareno. Zastrašujuća stvarnost. Tajanstvena i strašna“.[76] Dakle, đavo prepoznaje vrednosti, ali im se kao neprijatelj opire. To isto veoma često čini i čovek, što od njega stvara „organskog lažljivca“ i „vrlo spretnog majstora“, koji ne bira sredstva kako bi „zamračio“ vrednosti. Ovo možemo sholastičkim rečnikom nazvati *ignorantia affecta*, neznanje kao pretvaranje ili ne hteti znati. To znači da su „istniski pošteni ljudi“ malobrojni.[77] Ovakav stav, Šopenhauer zauzima ispitujući tri osnovne pobude čovekovih radnji. Najpre, to je: „Egoizam – koji hoće vlastito dobro (i bezgraničan je)“. Potom, to je: „Zloba – koja hoće tuđe zlo (i ide do krajnje okrutnosti)“. I na kraju: „Sažaljenje – koje hoće tuđe dobro (i ide do plemenitosti i velikodušnosti)“.[78]

U pravu je veoma značajno uvideti da je dobro uvek „pravac“ ka višoj vrednosti, a zlo „pravac“ ka nižoj. Dobro je određeno u biranju više vrednosti, a zlo u biranju niže vrednosti.[79] Tako pravo može da postane jedan od načina da se vrednosti kao „idelne sile“[80], probiju u našu stvarnost. Ta „tuđa“ energija, koju vrednosti trebaju, može se naći u pravu, koje potom može da savlada otpor realnog prema vrednostima. Pravna norma kao zapoved, mora biti upućena samo na vrednosti, da bi izronila „iz okena ili baruština činjenica“.[81]

Odbijanje korišćenja vrednosnih sudova u pravu vodi do „striktno činjeničnih deskripcija očiglednih postupaka, kakvi se mogu zapaziti u koncentracionim logorima...“.[82] Svako ko izbegava korišćenje vrednosnih sudova, „namerno prikriva svoje veće znanje“[83] i ovim se postupkom ostvaruje „intelektualno nepoštenje“.[84] Isključivost pravnog pozitivizma predstavlja naučnu i moralnu povredu obaveze „otvorenog prikaza“ i „gorku satiru“.[85] I tada možemo da „opravdamo“ postupke na sledeći način: „To sam uradio kaže moje pamćenje. Nije moguće da sam to učinio, kaže moj ponos. Na kraju pamćenje popušta“.[86] Ovako, sasvim sigurno stižemo do „aminovanja“ nevrednosti, jer: „Svojim uverenjem „zakon je

[76] J. Ratzinger, V. Messori, *Razgovor o vjeri*,VERBUM, Split 2001, 128.
[77] A. Šopenhauer, *Dva osnovna problema etike*, 276.
[78] *Ibid*., 283.
[79] N. Hartmann, *Ethik*, 2 Aufl, Berlin 1935, Kap. 30, b.Navedeno prema: V. Pavićević, *Osnovi etike*, 345.
[80] N. Hartmann, *Kleinere Schriften*, Berlin 1955, 293. Navedeno prema: V. Pavićević, *Odnos vrjednosti i stvarnosti u modernoj njemačkoj idealističkoj aksiologiji* 117.
[81] L. Štraus, *Prirodno pravo i istorija*, 37.
[82] *Ibid*., 45.
[83] *Ibid*.
[84] L. Štraus, *Prirodno pravo i istorija*, 45.
[85] O pojmu „gorke satire“ videti u: L. Štraus, *Prirodno pravo i istorija*, 45.
[86] H. Broh, *Pisma o Nemačkoj 1945-1949*, 132, fn.4.

zakon" pozitivivizam je razorio nemački pravnički stalež prema zakonima sa samovoljnom i zločinačkom sadržinom. Pri tom pozitivizam uopšte nije u stanju da vlastitom snagom obrazloži važenje zakona".[87]

Takav stav prema pozitivizmu je opravdan, jer pravni pozitivizam, nije mogao da zaista opravda sam postupak donošenja „Zakona o neograničenim ovlašćenjima" od 24. marta 1933.[88] Tako i nije bio u stanju da opravda donošenje tzv. rasnih zakona[89], ili pre toga zvaničnog dokumenta Nemačke Stranke Rada, kojoj pripada Adolf Hitler, u kome stoji: „Samo član rase može biti građanin. Član rase može biti isključivo onaj koji je nemačke krvi, bez obzira na veru. Prema tome ni jedan Jevrejin ne može biti član rase...".[90] Naravno nije mogao da opravda ni zvanične naredbe za žigosanje sovjetskih ratnih zarobljenika. U takvoj jednoj naredbi, koju je objavio list „Pravda" 1943. godine čak stoji da: „Žigosanje nije lekarska mera, stoga, a takođe obzirom na nedostatak sanitetskog osoblja, nije potrebno da se za njegovo ostvarenje opterećuje nemački sanitetski personal".[91] Kako opravdati i formulaciju koju nacisti nazivaju „zakonita samodbrana države", kada vrše „čistku" Hitlerovih protivnika? Kao i postupak Oto Tiraka, koji otpušta sudije koje nisu „u punoj meri usvojile nacionalsocijalistički duh".[92] Ovo se kao model ne može samo vezati za nacizam. Čak se i danas primenjuje, kao osnovni model pritiska na pravnike i pravosuđe.

Tako pravni pozitivizam, koji insistira na odbacivanju vrednosti, dovodi sebe u opasnost prema istorijskoj objektivnosti. To nas „sprečava da stvari nazovemo njihovim pravim imenom"[93] i dovodi „u opasnost onu vrstu objektivnosti koja opravdano zahteva predhodnu procenu, naime, objektivnost tumačenja".[94] Ovakav stav pravnog pozitivizma, oslobođenog vrednosti vodi direktno u nacističko zakonodavstvo i pravno postupanje. Što je potpuno moguće, ako prihvatimo postojanje prava bez vrednosti. Ako pravo nema u sebi vrednosti, ono će biti uskraćeno za „procenjivanje društvene pojave" i neće moći da „pravi razliku između autentičnog i lažnog, između višeg i nižeg; između prave religije i lažne religije, između pravog vođe i šarlatana, između znanja i učenosti ili sofizma, između vrline i poroka, između moralne osetljivosti i moralne tuposti, između

---

[87] G. Radbruh, *Pravni i drugi aformizmi*, 18.

[88] Vid. *Nirberška presuda*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1948, 39.

[89] Mislimo na: Zakoni nacionalsocijalista: „Zakon o građanima Rajha" – *Reichsbürgergesetz* , „Zakon o zaštiti krvi" – *Blutschutz -Gesetz*.

[90] Navedeno prema: *Nirberška presuda*, 35.

[91] A. Trajnin, *Krivična odgovornost hitlerovaca*, Naučna Knjiga. Beograd 1948, 45.

[92] H. Broh, *Pisma o Nemačkoj 1945-1949*, 14.

[93] L. Štraus, *Prirodno pravo i istorija*, 51.

[94] *Ibid*.

umetnosti i kiča, između vitalnosti i degeneracije itd".[95] Tako i Nemačka, tokom Hitlerove vladavine nije mogla da prepozna ko je „pravi vođa" a ko „šarlatan" te u njoj vlada „potpuna moralna tupost", i dolazi do „degeneracije". Takvo stanje uma „lažno postavljene više rase" koji propoveda mržnju, veoma dobro objašnjava i Žan-Pol Sartr, u svom delu „Razmišljanja o jevrejskom pitanju".[96]

Primer „moralne tuposti" imamo u delu „Filozofija prava", gde Radbruh navodi primer „denuncije" koja je dovela do osude i pogubljenja. A „denuncija" čak ni u Hitlerovo doba, nije postojala kao pravna obaveza.[97] Sledeći primer „moralne tuposti" je i „poziv" pomoćnika dželata, te su pomoćnici dželata, bili osuđeni na smrt zbog „aktivnog učešća u mnogobrojnim protivpravnim pogubljenjima"[98] jer su svoj „jezivi poziv obavljali su po slobodnoj volji...".[99] Formiranje organizacije *Hitlerjugend*, i njeno uključivanje u zverstva, označava pokušaj „moralne degeneracije". U tome „svesrdno" učestvuju razvijajući nacistički doživljaj „čovekoljublja" Baldur von Širah, kao vođa omladine Rajha[100] kao i Robert Lej u „stvaranju podmlatka vođa"[101] Na „narodnom prosvećivanju i propagndi" unutar Komore kulture Rajha „rade" Jozef Gebels i njegov nacionalsocijalistički nadeljnik *Das Recht* kao i Alfred Rozenberg.[102] Ovakva se delatnost očituje i u pisanju Julijusa Štrajnera, koji je u svojim radovima objavljenim u nedeljnom časopisu *Der Stürmer*, čiji je uostalom bio i izdavač, podsticao na aktivan progon Jevreja. Izrazi koje je koristio za Jevreje su „bacili", „kuga", „paraziti", „zločinci", „narod ubica i zločinaca", „rojevi skakavaca".[103] Dakle, nacizam nije bio „orlovski let", već let „lešinara" prema nevrednostima.[104] Sve ovo je prirodno dovelo do užasa i: „Mislim da je ovakav završetak neizbežan, kad se godinama, decenijama propoveda učenje da je slovenska rasa niža rasa i da Jevreji nisu čak ni ljudi".[105]

Naravno, da ovo tumačimo samo kao pokušaj, jer se suprotstavljamo tadašnjoj propagandi Jozefa Gebelsa, da su svi Nemci nacisti., i prihvatamo stav da: „Hitleri dolaze i odlaze, ali nemački narod i nemačka

[95] *Ibid*., 53.
[96] Vid. J.P. Sartre, *Réflexion sur la question juive*, Galimard, Paris 1954.
[97] G. Radbruh, *Filozofija prava*, 282.
[98] *Ibid*., 286.
[99] *Ibid*.
[100] *Nirberška presuda*, 200-201.
[101] H. Broh, *Pisma o Nemačkoj 1945-1949*, 26 fn.2 i 36 fn.2.
[102] Vid. *Nirberška presuda*, 43-44.
[103] *Nirberška presuda*, 182.
[104] Vid. H. Broh, *Pisma o Nemačkoj 1945-1949*, 10.
[105] *Nirberška presuda*, 116.

država ostaju".[106] Dakle, sve „iskrivljene teorije", sve one koje „amputiraju vrednosti", to čine na isti način na koji „Gering goni divljač".[107] Ništa neobično, nevrednosti uvek nađu svoju postojbinu u „pretoplom domu" političke vrhuške.

ZAKLJUČAK

Dakle, filzofija vrednosti predstavlja „filozofiju bez felera" i odgovor je na „ideologiju zla"[108], koja čoveka čeka na onaj isti način na koji đavo „vreba u zasjedi na moralnu ravnotežu čovjeka".[109] Iz ovoga sledi da bi filozofija vrednosti morala da bude „brana" od „ideologije zla". To je uvideo i Radbruh tokom svog, kako to Kaufman naziva „iskustva pred Damaskom".[110]

Svet vrednosti stoji i iznad nas i pred nama i kao takav je osnov izgrađivanja humane crte čoveka i prava. Istovremeno, nama je ostavljena sloboda u odnosu na prihvatanje i odbijanje vrednosti, kao i posledice tog prihvatanja i odbijanja. Dakle, ne možemo ostvarenje vrednosti ostaviti samo Bogu.

A, gde je mesto prava u svetu vrednosti? Pravo mora da bude ispunjeno vrednostima, i istovremeno kao takvo mora da ostvari zaštitu vrednosti od „nasrtaja". Pravna norma mora da izrazi vrednost, iako je vrednost „bogatija" nego što to norma rečima može da je izrazi. Vrednost je ono što određuje pravnu normu koja se temelji na vrednostima. Svako nastojanje da se pravo objasni iz sebe samog, da se vrednosti ostave za „neko filozofsko" polje istraživanja, pokazalo se kao jalovo. Teorija prava, koja iz sebe isključuje vrednosti, ima „feler" koji je izražen u ljudskoj patnji i stradanju. Nevrednosti su „Geringovi lovački prijatelji"[111] i kao takve postaju „moćno" oružije „kneza ovoga sveta".[112] Nema postojanja čoveka i prava bez vrednosti, koje od nas zahtevaju *bene vivere et bene operari*.[113] Sve možemo žrtvovati zbog vrednosti, ali ne i vrednost samu. Šta ostaje? Ostaju vrednosti i život upamćen po stremljenju ka njima, a sve ostalo nije vredno pamćenja.

---

[106] Vid. A. Trajnin, *Krivična odgovornost hitlerovaca*, 69.

[107] H. Broh, *Pisma o Nemačkoj 1945-1949*, 59-60, fn.5.

[108] O „ideologiji zla" vid. J. Pawel II, *Pamięć i tożsamość*, Città dell Vaticano-Milano 2005.

[109] J. Ratzinger, V. Messori, *Razgovor o vjeri*, 128.

[110] Vid. A. Kaufmann, *Uvod v filozofijo prava*, Cankarjeva založba, Ljubljana 1998, 122.

[111] O „Geringovim lovačkim prijateljima" među ljudima vid. H. Broh, *Pisma o Nemačkoj 1945-1949*, 59, fn. 4.

[112] J. Ratzinger, V. Messori, *Razgovor o vjeri*, 130.

[113] Vid. B. Häring, *Das Gesetz Crhisti I*, Münich-Freiburg 1967.

Marko Trajković, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Niš

Law In The World Of Values

Abstract

Law can't squeeze out values. Thus, it comes as an imperative of our reality to set the place for law in the world of values. The world of values is not apart from our reality. In our reality the world of values is the purpose of everything that exists. Actually, it is about a demand to bring values into our reality. The meaning of values is absolute. The eternity of values immediately points to the absolute order of values, which as such has its "homeland" in Creator. The issue of finding the place of law in the world of values is "pre-legal" issue. Thereby the world of values is becoming the assumption of the existence and development of law. Legal norm then becomes the formulation of values. Legal norm is not precious in itself, but only if it expresses fundamental values. Legal norm has to be the logical formulation, that is to say, it has to deliver the contents of value correctly and appropriately. As an expression of the value dimension legal norm obtains the binding power. Keeping in mind the legal norm defined in such a way, nobody can deny its necessity in reality. Law then expresses the contents of value and proposes the model of the ideal behavior. The fact that values have "creating power" is thus proved to be true.

Key words: Value, No value, Law, Realization.

Originalni naučni rad UDK 343.352(091)
doi:10.5937/zrpfns46-1928

Dr Nataša Deretić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

RAZLIČITI OBLICI KORUPCIJE U PRAVNOJ ISTORIJI[1]

"*Invertunt iura, accipiunt qui munera plura*"
(Pravo izvrće onaj koji je primio više poklona)

Sažetak: *Ovaj rad je pokušaj da se da skroman doprinos boljem poznavanju pojave korupcije, "društvenog zla", čiji su različiti pojavni oblici, poznati svim društvima: starog, srednjeg i novog veka. Uobičajeno se reč "korupcija" prevodi kao – pokvarenost, podmitljivost, potkupljivost, što samo po sebi asocira na jedan društveno štetan fenomen koji postoji "otkako je sveta i veka". Kao negativna socijalno-patološka i kriminogena pojava, korupcija i danas pobuđuje pažnju kako stručne javnosti tako i "običnih smrtnika". Kako je vreme proticalo, određeni oblici korupcije su nestajali ali su, nastajali, razvijali se i usavršavali njeni novi pojavni oblici. Tome su posebno doprinele društveno - ekonomske i političke promene, posebno ekonomska kriza ali i kriza morala koja je zahvatala pojedina društva. Uvek je bilo ljudi koji su kao nosioci određene državne i društvene funkcije, zarad svog ličnog bogaćenja, zloupotrebili svoj položaj i oštetili javni interes. Kako je lak način bogaćenja pojedinaca (kroz istoriju) uvek u direktnoj vezi sa nezakonitim načinom, korupcijom, jedna stara kineska poslovica ni danas nije izgubila na aktuelnosti i trebalo bi je češće ponavljati, bez obzira na njenu zastrašujuću poruku: "Onog ko se obogatio za godinu dana, trebalo je obesiti pre dvanaest meseci".*

Ključne reči: *društveno štetan fenomen, društvena kriza, kriza morala, potkupljivost, zloupotreba poverenja.*

---

[1] Rad je posvećen Projektu "Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)" čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

1. Pojave korupcije u važnijim državama Starog veka

Među istoričarima danas skoro da postoji opšta saglasnost o tome da Stari vek otpočinje sa nastankom prvih država u Mesopotamiji (IV milenijum pre n.e.), pa sve do pada Zapadnog rimskog carstva (476). U literaturi se države Starog veka dele na dve velike grupe koje se uobičajeno nazivaju istočnjačke despotije i antičke države. U vodeće države istočnjačke despotije (koje su bile najstarije državne tvorevine na svetu) ubrajaju se Vavilon (Mesopotamija), Egipat, Indija, Kina, a u antičke države Grčka i Rim. S obzirom da je najduži period u istoriji klasnog društva - robovlasničko društvo (trajalo je oko četiri hiljade godina)[2], bilo je dosta vremena da pojavni oblici korupcije nastanu, da se promene i usavrše.

1.1 Vavilonsko carstvo

Vavilonsko carstvo se danas najčešće spominje u vezi sa jednim od svojih careva – Hamurabijem, koji je ostao zabeležen u istoriji kao sposoban vladar koji je, osvojivši mnoge narode u okruženju, uspeo da obnovi staro Vavilonsko carstvo u kome dominiira opšti privredni napredak. Želeći da i pravno uredi svoje carstvo, Hamurabi je doneo zakonik koji predstavlja najpoznatiji zakonik drevne Mesopotamije i jedan od najpotpuniih pravnih izvora starog veka u celini. Društvenu strukturu Vavilona je obeležila podela ljudi na slobodne i robove. Slobodni ljudi, kojih je brojčano više, bili su dalje podeljeni na nekoliko kategorija. Najviši društveni sloj činili su sveštenici i državni činovnici, koji su raspolagali krupnim zemljišnim posedima; oni najbogatiji među njima imali su i posebno ime – *damkari* (bankari). U uglednije ljude ubrajali su se i *avilumi* (bogati seljaci, trgovci, zanatlije i vojnici).

Organizacija državne vlasti u Vavilonu bila je uređena tako da vladar (*lugal*) kontroliše celokupnu upravnu, sudsku i zakonodavnu vlast, preko posebnog visokog službenika (*išaku*). Iako vremenom sveštenstvo sve više slabi, a vlast dobija svetovni karakter – vladar svoj mandat još uvek izvlači iz volje boga – zaštitnika (bog Šamaš); car je njegov izaslanik na zemlji. Najvažniji državni činovnik uz vladara je upravnik dvora (*nubanda*). Pored centralnih organa u gradovima i opštinama, postojali su i lokalni organi vlasti na čelu sa upravnicima lokalnih teritorijalnih jedinica. Oni su bili odgovorni za vojne poslove, prikupljanje poreza, održavanje irigacionih sistema, odvijanje privrednog života na svom području.

[2] Vajs A. – Kandi- LJ., *Opšta istorija države i prava*, Beograd, 1977, str. 21.

Nesporno je da je vavilonsko carstvo doživelo svoje najsnajnije trenutke u vreme Hamurabija koji je omogućio opšti privredni napredak. Razvijeni trgovinski i poslovni odnosi pogodovali su nastanku negativnih ponašanja ljudi, koja su rigorozno sankcionisana.[3] U Hamurabijevom zakoniku je primetna velika zastupnjenost smrtne kazne koja se brutalno izvršavala: bacanjem zavezanog čoveka u vodu, spaljivanjem, nabijanjem na kolac, čerečenjem pomoću životilja. Zanimljivo je da je smrtna kazna bila predviđena i za dva delikta koji bi učinili državni činovnici (delikt protiv službene dužnosti). Prvi delikt je činio lokalni funkcioner koji zloupotrebi svoj položaj (primi novac ili neku drugu vrstu nadoknade) pa oslobodi "ilku-borca" vojne službe i drugi delikt, koji takođe čini lokalni službenik tako što, zloupotrebi svoj položaj, pa oduzme poklon "ilku" vojniku, koji mu je dao vladar.[4]

Hamurabiju se pripisuje zasluga za uvođenje svetovnih sudova (carski, nižestepeni provincijski ...). U najvažnijem pravnom tekstu starog Istoka, nalazimo i nekoliko odredbi o radu suda tj. sudije. Tako je bilo predviđeno da sudija koji bi *poništio svoju presudu*, kažnjavan je tako da je osuđivan na dvanaestostruku kaznu od one koju je prethodno odredio; stizala ga je i kazna javnog udaljavanja sa sudijske funkcije (čl. 5). Strogo je kažnjavano i *lažno svedočenje*; aktere takvog čina stizala je kazna koja je pretila optuženom. Za *lažno optuživanje*, klevetnika je stizala kazna koja se sastojala u tome da mu je na čelo utiskivan žig koji je nosio čitav život kao opomenu drugima šta ih čeka, ukoliko budu širili neistine o drugima...

1.2 Egipat

Danas, na osnovu opažanja zabeleženih u starim dokumentima koji se obično dovode u vezu sa vladavinom pojedinih faraona, kaže se da egipatska istorija počinje 3200. godine pe n.e.(mada sve više sledbenika stiče tzv. "mlađa periodizacija"). Istorija drevnog Egipta prikazuje se uglavnom kao istorija njegovih vladajućih porodica; egipatski car (čije je bi-

[3] U nameri da se preduprede negativna ponašanja ljudi, u Hamurabijevom zakoniku nailazimo i na niz brutalnih sankcija: odsecanje jezika zbog uvrede, odsecanje ruke zbog udaranja roditelja, ako u požaru koji je izbio u susedovoj kući, drugi sused pritekne i počne da gasi vatru, ali se polakomi i hoće da uzme neku stvar iz zapaljene kuće, kažnjavan je tako što je bacan u istu vatru koju je pošao da gasi....

[4] *Ilku posed* je naziv za posed koji je dodeljivao vojnicima (a možda i činovnicima) za vršenje vojne službe, u vreme dok tu službu obavljaju. Nije bio nasledan, ali bi sin ilku sopstvenika imanje preuzimao posle smrti oca, ukoliko nastavi da obavlja iste dužnosti. Navedeno prema: Avramović S. – Stanimirović V., *Uporedna pravna tradicija*, Beograd, 2007, str. 71.

blijsko ime *faraon*) poistovećivan je sa Bogom.[5] Egipat je bio teokratska država kojom je vladao faraon sa ogromnom armijom činovnika. Najviši činovnik snažnog centralizovanog i birokratizovanog aparata vlasti, zvao se *džati* i za njega se govorilo da je "oči i uši faraona". Džati je pored toga što je bio upravni organ vlasti, predsedavao i kolegijalnom sudskom telu; njemu su odgovarali po principu subordinacije činovnici i pisari koji su sakupljali poreze. Pri tome je veoma važna uloga pripadala glavnom blagajniku ili čuvaru pečata koji je u ulozi upravnika državnih magacina kontrolisao sve ono što bi se naplaćivalo za državnu blagajnu u naturi (žito, stoka i sl).

U tako hijerarhijski uređenoj državi, položaj činovnika iako izuzetno privilegovan, bio je i posebno odgovoran. Vodeći računa da državni interesi ne budu ugroženi, ustanovljena je posebna grupa krivičnih dela – *zloupotreba činovničkog položaja*. Nju su mogli da počine: korumpirane sudije, falsifikatori državnog pečata kao i oni činovnici koji bi odali državnu tajnu. Sudiju koji bi primio mito stizale sankcije u vidu sečenja nosa i osuda na rad u radni logor. U Egiptu, za krađu, prevaru, falsifikat i upotrebu lažnih mera, izricane su telesne kazne u vidu batinjanja, odsecanja nosa i ušiju, nanošenja rana, dok je krivokletnicima i podnosiocima lažnih optužbi izricana smrtna kazna; Izvršavana je mačem ili spaljivanjem, dok je državnim velikodostojnicima ostavljana "privilegija" samoubistva.[6]

1. 3 Grčka

Osvajajući Egipat, Grci, a zatim Rimljani, ušli su u svet jedne stare civilizacije koja je u mnogome obogatila antičko nasleđe na čijim osnovama počiva savremena civilizacija. S druge strane, nesporno je da je "antika nosila u sebi zametak svega što će biti značajno u daljem razvitku čovečanstva".[7] Prvi period u razvoju grčkog društva, poznatiji kao Homerovo doba, opisuje se u istoimenim epovima kao društvo koje se nalazi na granici između varvarstva i civilizacije. Taj najudaljeniji period grčke istorije u znaku je tri organa: bazileusa, veća starešina (bule) i skupštine (agora). Mada je bazileus prvenstveno vrhovni vojskovođa svog plemena, on je vrhovni sveštenik i sudija; između ostalog odlučuje o raspodeli ple-

[5] Prema teologiji drevnih Egipćana, car je otelovljenje Boga – sokola Horusa i smatralo se da su mu roditelji bili neki od najvećih bogova, posebno bog sunac – Ra. Posle smrti, car je dobijao hram u kojem su ga i dalje poštovali kao boga. Međutim, car se razlikovao od drugih bogova po tome što se na zemlji pojavljivao u obliku ljudskog bića i vladao životom ljudi u Egiptu.

[6] Navedeno prema: Nikolić D., *Fragmenti pravne istorije*, Niš, 1997, str. 56.

[7] Holbah P., *Hrišćanstvo razgolićeno*, Beograd, 1956, str. 8. (prevod: Nedeljković D.)

na kao i o eventualnim sukobima među saplemenicima povodom toga, kao i povodom običnih sukoba između različitih rodova i bratstava unutar njegovog plemena.

U klasičnom grčkom periodu imamo dva tipična predstavnika: Spartu i Atinu; prva, sa aristokratskim, a druga, sa demokratskim uređenjem. I pored nesumnjivih razlika, nesporno je da su Spartanci i Atinjani više od četiri stotine godina bili nosioci grčke politike.

1.3.1 Sparta

Tokom svog postojanja, Sparta je zadržala aristokratski karakter vlasti koji je bio potpuno obezbeđen time što su ključni organi vlasti - dva kralja, skupština (apela), geruzija (veće staraca) i pet efora, birani iz redova najuglednijih porodica. I pored aristokratskog karaktera vlasti (koji se ogledao u vladanju manjine "izabranih" u ime većine), efori (nadzornici) kontrolišu kraljeve, ali i ostale funkcionere, pa i sve građane. Oni vrše opšti nadzor nad disciplinom i moralom. Pod rukovodstvom efora radila je jedna vrsta tajne policije (*kripteja*) koju su činili mlađi ljudi, obučeni i da ubiju radi ostavrivanja svojih zadataka.[8] Tokom trajanja mandata za svoj rad efori nisu nikome odgovarali; tek nakon isteka mandata (godinu dana), podnosili su neku vrstu izveštaja novoizabranim eforima o svom proteklom radu.[9]

U izvorima se o Sparti piše kao o jednoj zatvorenoj, primitivnoj, izolovanoj sredini u kojoj se u svim oblastima života pa i u državnom uređenju dugo zadržala kolektivistička plemenska tradicija. Od ideje da je svakom pravom Spartancu najbitna država i da je njoj sve podređeno, odn. da su javni interesi bitniji od privatnih interesa, skoro da ništa nije ostalo, razvitkom privatne svojine. Naglo bogaćenje pojedinaca (koje uvek ide uz nezakonite načine, korupciju), potpuno je "narušilo nekadašnju jednakost Spartanaca i oslabilo kolektivističke stege i obzire; kada je preovladala ljubav prema novcu, koju Aristotel naziva "filohrematija", oslabila je i spartanska moć.[10]

1.3.2 Atina

Atina se za razliku od Sparte, smatra "kolevkom savremenih pravnih i političkih koncepata i instituta". Atinska država se dugo stvarala (od IX do VII veka pre n.e.) i u svom razvoju je prošla kroz nekoliko etapa. Prvi

[8] Stanojević O., *Istorija političkih i pravnih institucija*, Beograd, 1988, str. 100.
[9] Nikolić D., nav. dedlo, str. 83.
[10] Navedeno prema: Avramović S. – Stanimirović V., nav. delo, str. 96.

period njenog razvitka u znaku je *aristokratske republike* sa elementima rodovskog uređenja i aristokratske vlasti, koji su se dugo zadržali. Mnogobrojne reforme (Drakonove, Solonove) doprinele su da od VI veka pre n.e. Atina ne bude više aristokratska već *demokratska republika* (za šta je posebno zaslužan Klisten sa svojim reformama atinskog društva). Za njegovo vreme, odnosno za početak V veka pre n.e. vezuje se i ustanova poznata kao "*ostrakizam*" kao mera koja je stizala suviše popularne političare, koji su označavani kao "opasni po demokratiju". Završavali tako što su bivali prognani deset godina; pri tome nisu bili novčano kažnjavani niti im je bila konfiskovana imovina.

Do sredine VIII veka Atinom su vladali nasledni *bazileusi* – kraljevi. Sa slabljenjem uloge kralja, jača činovnički aparat i nastaje poseban državni organ - *devet arhonta eponima* (kojima se poveravaju sudski i upravni poslovi). Biraju se na godinu dana sa zadatkom da obavljaju nagomilane državne poslove; položaj kraljeva više nije nasledan već se biraju na 10 godina. Od bivših arhonata stvoreno je vremenom posebno savetodavno telo koje se zvalo *areopag* sa zadatkom da sudi za sve vrste ubistva, a posebno za ubistvo slobodnog Atinjanina sa predumišljajem, da sudi za pokušaje "zavođenja tiranije".

U drugoj polovini V veka, zahvaljujući Periklu i njegovim reformama, Atina doživljava između ostalog i najveći stepen demokratizacije državnog aparata. Zakonodavna vlast je pripala ekleziji, savetu 500 (buli) je pripala izvršna vlast, a helileji (skupštini) sudska vlast. U vezi sa helilejom, značajno je jedno pravno sredstvo – *grafe paranomon,* jedna vrsta "tužbe o zakonu" koju je mogao da podigne svaki atinski građanin pre helilejom kako bi dokazao da jedan predlog zakona ili već doneti zakon nije u skladu sa postojećim pravom Atine. Predlagači zakona su morali dobro da razmisle da li je njihov predlog zakona ili sam zakon koji je donet na osnovu njihovog predloga, legalan. Ukoliko bi se dokazalo da je predlagač zakona kriv, predlog zakona ali i sam zakon ukoliko je već izglasan, bili bi suspendovani. I predlagača zakona su stizale sankcije: kažnjavan je najčešće novčanom kaznom, a njegov predlog ili zakon bio bi poništen. Ukoliko bi tri puta počinio istu grešku, gubio je biračka prava. Ovom javnom tužbom (*grafe*) gonjen je i činovnik zbog primanja mita i zbog slučajeva pronevere ili krađe državnih fondova.

Atinsko krivično pravo između ostalog poznaje neka specifična krivična dela koja nećemo sresti u drugim državama starog veka. Tu se prvenstveno misli na delo poznato pod nazivom "*hibris*". Činila su ga lica koja zloupotrebom svoje političke moći i bogastva, svojim osionim i obesnim ponašanjem, šikaniraju druge (izvrgavaju ih ruglu, fizički ih maltretiraju, čak ih i lišavaju života, oduzimaju im imovinu i privilegije...). Pro-

stije rečeno, šikanirajući druge, oni od toga nisu imali nikakve materijalne koristi, ali druga strana, žrtva je trpela, današnjim rečnikom rečeno - "duševni bol", koji je tada bilo teško dokazati.

1.4 Rim

Fenomen korupcije, koja se ticala rada magistratura, javih službi u Rimu, ali i osoba koje su obavljale te funkcije, nije stran ni Rimskoj državi. Dugo vremena je kod Rimljana bila čast obavljati neku javnu funkciju, odnosno zauzimati visoku funkciju u državnom aparatu. Iste su se obavljale najpre besplatno, "iz počasti" (i zbog toga su bile dostupne samo bogatim građanima), da bi kasnije, sa jačanjem činovničkog aparata, činovnici za svoj posao dobijali platu.

U starom Rimu pojava korupcije se najpre spominje u vezi sa lošim uticajem, odnosno, "kvarenjem" (na primer, robova – *servus corruptus*)[11], a zatim za razne zloupotrebe kvarenja vlasti i na kraju podmićivanje, odnosno, potkupljivanje radi određene koristi. Rimski činovnici sa sve većim osvajanjima rimske države, masovno čine krivična dela korupcije - zloupotrebe činovnika, prijem poklona i iznuda.[12]

Krivična dela zloupotrebe javne službe (*crimen repetundae*)[13], vezana su za momenat kada je zaživela ustanova odgovornosti i praksa polaganja računa rimskih magistrata (činovnika) nakon isteka mandata. Nakon isteka funkcije na koju su izabrani za vršenje pojedinih poslova (a to je najčešće bilo nakon godinu dana) – magistrati i ostali činovnici bili su dužni da polože račun za sve eventualne nepravilnosti koje su učinili obavljajući svoju dužnost. Paulo u svojim Sentencijama piše da se po Julijevom zakonu o zloupotrebama u službi odgovara u javnom (krivičnom) postupku, ali se ono što je bilo dato (stečeno na taj način) može tražiti natrag.[14] Polibije tvrdi da "demokratija propada kada vlast narod učini podmitljivim i lakomim; davanje mita je stoga kažnjavano smrću".[15] Pomponije piše da je kod krivičnog dela o korupciji, posebno odgovoran onaj

[11] Gaj, Institucije, III, 198

[12] "*Accipiere quid ut iustitiam facias, non est tam accipere quam extorquere*" – govorili su Rimljani, što u prevodu znači: "Primiti nešto da bi se donela presuda, ne znači primiti, nego iznuditi". Navedeno prema: Romac A., *Dicta et regulae iuris*, Beograd, 1984. Str. 48.

[13] Opširnije o pojavnim oblicima korupcije u rimskom društvu: podmićivanju, zlouptrebi položaja, nezakonitoj naplati, vrbovanju glasača, glasanju u Skupštini ili Senatu za određeni predlog zbog primljenog mita – videti opširnije u radu Deretić N., *Kratak osvrt na crimen repetundae ... u rimskom pravu*, Pravna riječ, Časopis za pravnu teoriju i praksu udruženja pravnika Republike Srpska, Banja Luka, br. 29/2011, str. 429- 442.

[14] Romac A., Paulove Sentencije, Zagreb 1989, str, 241: *Leges Iulia repetundarum in public iudicio accusatur, sed id quod datum est repeti potest*.

[15] Polibije, *Istorija*, VI, 9,VI, 56.

koji je uzeo novac za obavljanje ili neobavljanje posla preko drugih lica".[16] Pri tome "odgovara i onaj koji je uzeo novac pre ili posle početka procedure".[17] Smatralo se "da je uzet novac i ako se uzima nešto drugo u zamenu za njega".[18] Česti slučajevi korupcije sudija u postklasičnom dobu, primorali su imperatore "da u svakom sporu zahtevaju zakletvu stranaka da sudiju nisu podmitile".[19] U vezi sa davanjem novca sudiji, Zakon XII tablica je bio rigorozan; on je predviđao smrtnu kaznu za sudiju ili arbitra koji je namerno pogrešno presudio tj. ako bi se utvrdilo da je primio novac (bio podmićen) zbog stvari koju je trebalo presuditi.[20] Kasnije u klasičnom i postklasičnom pravu kazne za sudiju su bile nešto ublažene. Sudija je, po pravilu, odgovarao za naknadu štete. Naknada je zavisila od slobodne ocene suda, koji je rešavao po tužbi oštećenog i dosuđivao mu pravičnu nadoknadu.[21] Pomoćne sudije (*iudex pedaneus* – putujuće, pešačke sudije) koje su obilazeći provincije, jer su im upravnici provincija poverili rešavanje manje značajnih sporova, ukoliko bi bili podmićeni, kažnjavali su ih ti isti upravnici provincija na taj način što bi ih uputili u progonstvo na određeno vreme.[22] Rimljani znaju i za institut "*receptum arbitrii*"; to je bio neformalni sporazum između stranaka i nekog građanina kome su parničari poverili rešavanje spornog slučaja u nameri da izbegnu redovan sudski postupak. Ukoliko arbitar ne ispuni preuzetu obavezu (izigra poverenje stranaka), stranke nisu imale odgovarajuću tužbu kojom bi ga prisilile. Zato je pretor na osnovu svog imperijuma, mogao nesavesnom arbitru izreći novčanu kaznu (*multae dictio*) ili mu oduzeti neku stvar kao zalogu (*pignoris capio*).[23]

Protiv krivičnih dela korupcije (zloupotrebe položaja, prijem poklona, iznuda) koje čine rimski činovnici, intervenisalo se najpre, podnošenjem privatnih tužbi.[24] Intervenisalo se kroz postupak nazvan *quaestiones* (sudska is-

---

[16] Dig. 3.6.1.1.: Hoc autem iudicium non solum in pecuniariis causis, sed et ad publica criminal pertinere Pomponius scribit, maxime cum et lege repentudarum teneatur, qui ob negotium faciendum aut non faciendum per calumniam pecuniam accepit.

[17] Dig. 3.6.1.2: Qui autem accepit pecuniam sive ante iudicium sive post iudicium acceptum, tenetur.

[18] Dig. 3.6.1.4.: Pecuniam autem accepisse dicemus etiam si aliquid pro pecunia accepimus.

[19] Nov. 124,1

[20] Tabula IX. 3. *Gellius* (20,1,7,): *Duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem (iu)dic(a)ndum pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur*.

[21] Dig. 50.13.6: Si iudex litem suam fecerit, …et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.

[22] Romac A., nav. delo, str. 241.

[23] Videti opširnije: Bujuklić Ž., *Forum romanum*, Beograd, 2006, str. 480.

[24] Ulpijan u desetoj knjizi "Komentari edikata" govori o situaciji da "ako za bilo koga kažu da je uzeo novac da bi u svrhu šikaniranja nešto učinio ili da ne bi učinio (tj. naudio drugome time što bi izvršio ili ne bi izvršio (ispunio) bilo koju obavezu – onda je u toku godinu dana

traga). Postupak je vođen za krupne prestupe u političkim sporovima nazvanim *pecuniae repetundae* – primanje mita na račun provincije ili zbog pokušaja da se onemogući kandidovanje na izborima za magistraturu – tzv. izborni prestupi. Na osnovu privatne tužbe oštećenih, učinilac zloupotrebe nije snosio nikakvu drugu posledicu, osim što je morao da im nadoknadi običnu štetu. Donošenjem zakona *Lex Servilia* učinilac zloupotrebe je rigoroznije kažnjavan: pored naknade štete u dvostrukom iznosu, gubio je i politička prava. Kasnije, je zaživela praksa da se učinioc zloupotrebe kažnjava konfiskacijom dela ili čitave imovine, stizala ga je infamija (proglašavan je nečasnim) i nije mogao biti svedok na sudu). [25]

ZAKLJUČAK

Rad se ovde završava i biće nastavljen u prvoj sledećoj prilici. Autor ima nameru da problem korupcije obradi ne samo kroz stari nego i kroz srednji i novi vek, kako bi naslov rada bio u potpunosti ispoštovan. Time se zadovoljava i osnovni postulat *pravne istorije* čiji je cilj da između ostalog, doprinese razumevanju pojedinih pravnih ustanova i pojava kroz istoriju, jer je to uslov za razumevanje savremenih pravnih sistema i različitih pojava u njemu. Tako se ni korupcija kao društveno neprihvatljivo ponašanje, ne može posmatrati "van vremena i prostora", s obzirom na to da je poznata i starim ali i savremenim društvima. Iako se korupcija ispoljavala i nekada i sada "u različitim oblicima i vidovima"[26], društveno ponašanje oličeno u korupciji, "posebno je danas predmet proučavanja pravne, politikološke, bezbednosne i društvene teorije, ali i pravne prakse i kriminalne politike".[27] Razne forme podmićivanja među ljudima zadržale su se do današnjih dana, s tom razlikom što su danas usavršeni novi pojavni oblici korupcije, koji se vrše na perfidniji način i teže se mogu otkriti.

Za razliku od država starog veka, koje su same rešavale problem korupcije, danas su države sputane propisima međunarodne zajednice. Univerzalnim i regionalnim međunarodnim aktima decidno su utvrđene mere, sredstva, postupci i organi za suzbijanje i sprečavanje korupcije.

---

protiv te osobe dozvoljena tužba koja je omogućavala isplatu četvorostrukog iznosa svote novca za koju se tvrdi da ju je primio, a nakon isteka godine dana - u jednostrukom iznosu". (Dig. 3.6.1: De calmuniatoribus: Ulpianus *libro decimo ad edictum* In eum qui, ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret, pacuniam accepisse dicetur, intra annum in quadruplum eius pecuniae, quam accepisse dicetur, post annum simpli in factum action competit).

[25] Dig. 50. 13. 6: *Si iudex litem suam fecit, ... et in quantum de ea reaequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.*

[26] Bošković M., *Aktuelni problemi suzbijanja korupcije*, Beograd, 2000, str. 3.

[27] Jovašević D., *Krivična dela korupcije*, Beograd, 2009, str. 79.

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

Various Forms of Corruption in the History of Law[28]

Abstract

The paper presents an attempt to give a modest contribution to a better understanding of this phenomenon or rather "social evil" which cannot be observed outside the contexts of time and space. Various forms of corruption were present in the states of the ancient world, as well as in the Middle Ages and the new, contemporary era. The term corruption is usually interpreted as dishonesty, bribery, or fraud which implicates it as a socially harmful phenomenon that has been in existence since "time immemorial". Being a widespread socio-pathological and criminogenic phenomenon, corruption still calls for attention of both professionals and the general public. With the passage of time, certain forms of corruption disappeared, but new ones have appeared, developed and been perfected. This was particularly encouraged by social, economic, and political changes, especially the depression and the ensuing ethical crisis which engulfed some societies. There have always been people in certain positions of power who would take advantage of their administrative and social functions in order to gain or increase personal wealth at the cost of causing damage to the public interest. Since easy ways of getting rich are almost invariably related to corruption, an old Chinese adage remains topical even today and people should be reminded of it more often. It says: *The one who has made a fortune in one year should have been hanged twelve months ago*.

Key words: socially harmful phenomenon, social crisis, moral crisis

[28] The paper is part of the project entitled *Theoretical and practical problems in creating and implementing laws (EU and Serbia)* at the Law School of the University of Novi Sad.

Originalni naučni rad

UDK 502/504:340.130
doi:10.5937/zrpfns46-2034

Dr Bojan Pajtić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ODRŽIVI RAZVOJ I PROCENA UTICAJA NA ŽIVOTNU SREDINU[1]

Sažetak: *Održivi razvoj, određen socijalnim, ekonomskim i ekološkim ciljevima, podrazumeva uspostavljanje ravnoteže između društvenog, industrijskog i tehničko-tehnološkog razvoja sa jedne strane, i očuvanja i unapređenja životne sredine sa druge strane. U ostvarivanju principa održivog razvoja značajno mesto pripada proceni uticaja na životnu sredinu i strateškoj proceni uticaja. To su posebno propisane procedure u skladu sa opšteprihvaćenim standardima, u kojima učestvuju nadležni organi, ali i sva zainteresovana lica sa istim ciljem, a to je očuvanje i unapređenje životne sredine uz istovremeno ostvarenje ekonomskog razvoja. Procene uticaja na životnu sredinu su pretežnim delom usmerene u pravcu iznalaženja optimalnih mera sprečavanja nastanka štete, umanjenja štete i naknade štete. Ovaj rad je posvećen pozitivnopravnim propisima koji se odnose na ovu problematiku u našoj zemlji, njihovoj usaglašenosti sa relevantnim međunarodnim propisima, sa posebnim akcentom na učinak koji se njima ostvaruje, načinom određivanja potrebnih mera sprečavanja, umanjenja i naknade štete, njihovim prednostima i nedostacima.*

Ključne reči: *održivi razvoj, životna sredina, procena uticaja na životnu sredinu, strateška procena uticaja, građansko pravo, ekološka šteta*

[1] Članak je nastao kao rezultat rada na naučno-istraživačkom Projektu "Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo" (broj 179079) čiji nosilac je Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

1. Uvod

Razvoj svakog društva je od njegovog nastanka pa do danas uslovljen odnosom sa samom prirodom sa kojom se nalazi u uzajamnoj povezanosti i zavisnosti. Tokom svog razvoja, čovek je sebi i svojim potrebama prilagođavao prirodu stvarajući nove vrednosti, ali je istovremeno svojim aktivnostima narušio prirodnu ravnotežu u životnoj sredini. Iako je briga o životnoj sredini oduvek postojala, do razvoja ekološke svesti došlo je tek u drugoj polovini 18. veka što je imalo za posledicu uočavanje i prepoznavanje procesa i pojava u prirodi, ali i sagledavanje ekoloških zakonitosti i prilagođavanje i usklađivanje ljudskog ponašanja i delovanja. Razvoj ekološke svesti je omogućio stvaranje integralnog sistema zaštite životne sredine čime se obezbeđuje ostvarivanje prava čoveka na život i razvoj u zdravoj životnoj sredini i uravnotežen odnos ekonomskog napretka i životne sredine na globalnom nivou. Ekološka svest utiče na kreiranje određenog načina života kojim se od prirode uzima samo onoliko koliko je potrebno da se obezbede osnovne ljudske potrebe ne narušavajući ravnotežu u životnoj sredini. Podizanje ekološke sveti ima za posledicu prihvatanje i preuzimanje ekološke i društvene odgovornosti. Opšteprihvaćem pojam korporativne društvene odgovornosti se ogleda u tome da su preduzeća posvećena pitanju održivosti privrednog razvoja i da u tom smislu sarađuju sa zaposlenima, njihovim porodicama, lokalnom zajednicom i društvom uopšte u cilju poboljšanja njihovog života. Iako se korporativna društvena odgovornost najviše promoviše od strane velikih multinacionalnih kompanija, ona je važna u svim vrstama kompanija nezavisno kojom delatnošću se bave, od malih multinacionalnih kompanija do multinacionalnih preduzeća.[2] U današnje vreme ni jedan ozbiljan ekonomski akter ne može da ignoriše uticaj svoje ekonomske aktivnosti na životnu sredinu niti ostane ravnodušan na sliku koju ostavlja širokom javnom mnenju.[3] Osim toga, u današnje vreme u zaštiti i unapređenju životne sredine učestvuju razna udruženja građana i pojedinci preuzimajući deo društvene odgovornosti u pitanjima koja se tiču životne sredine. Sve ovo, uz propisima određene nadležnosti i delokrug rada državnih organa koji se bave ovom problematikom, predstavlja uslov uspešnog koncepta integralnog sistema zaštite životne sredine.

Na porast ekološke svesti uticali su i brojni ekološki akcidenti kao i posledice koje su oni proizveli i danas slobodno može da se kaže da je

[2] Citirano - fus nota 22., Bergkamp L., Corporate Governance and Social Responsibility: a New Sustainability Paradigm?, European Environmental Law Review May 5/2002, p.138.

[3] D.Radojević, Nova Direktiva Evropske unije o odgovornosti u oblasti zaštite životne sredine, Međunarodni problemi broj 1-2/ mart 2005, str.191.

pravilan odnos prema životnoj sredini imperativ savremenog društva koje sve više postaje svesno značaja očuvanja i unapređenja životne sredine. U nameri da se obezbedi ovakav način života uveden je i definisan princip održivog razvoja koji treba da omogući harmoničan razvoj društva u kome svaka generacija ima zadatak i odgovornost da očuva prirodno okruženje budućim generacijama, a da se istovremeno i ekonomski razvija. U vezi sa održivim razvojem se postavlja jedno etičko pitanje, a to je pitanje ekološke pravde. Ekološka pravda razvija se kao pokret i koncept sa naglaskom na redefinisanje suštine zakonodavstva o zaštiti životne sredine i ostvarivanje sudske zaštite građanskih prava u slučajevima koji su povezani sa ekološkom zaštitom.[4]

Pojam održivog razvoja je usko povezan sa pojmom životne sredine, ali se široko upotrebljava u različitim kontekstima. Postoje brojne definicije održivog razvoja. Još 80-ih godina prošlog veka ovaj pojam je definisala Svetska komisija za životnu sredinu i razvoj UN-a, kao razvoj koji „izlazi u susret potrebama sadašnjice bez ugrožavanja mogućnosti budućih generacija da zadovolje svoje potrebe“[5]. Ovaj koncept je zasnovan na ideji da postoje granice mogućnosti prirodnih sistema da obezbeđuju energiju i materijale apsorbujući mešavinu zagađenja i otpada.[6] Održivi razvoj treba posmatrati kroz prizmu globalne ekonomije koju karakteriše promet dobara, ljudi i informacija. Uopšte, održivi razvoj zahteva promenu u načinu razmišljanja, života i rada i posvećivanju pažnje društvenim potrebama, ekonomskom razvoju i zaštiti životne sredine. Na Konferenciji Ujedinjenih Nacija o životnoj sredini i razvoju koja je održana u Rio de Žaneiru 1992. godine usvojena je tzv. Agenda 21 koja predstavlja sveobuhvatan plan akcija koje treba preduzeti na svim nivoima i u svim onim oblastima u kojima postoje značajni uticaji čoveka na životnu sredinu. Na ovoj konferenciji je osim Agende 21, usvojena i Rio deklaracija o životnoj sredini i razvoju, kao i principi za održivo upravljanje šumama od strane više od 178 država. Puna implementacija Agende 21, Programa za dalju implementaciju Agende 21 i obaveza prema Rio principima, potvrđeni su na Svetskom samitu o održivom razvoju održanom u Johanesburgu 2002. godine[7]. Prema Rio deklaraciji čovek je u središtu održivog razvoja i ima pravo na zdrav i produktivan život u skladu sa prirodom (prin-

[4] S.Lilić, Instruments of Environmental Justice, Facta Universitatis, law and Politics Vol.9., No.1/2011, 35-52, Abstract

[5] Report of the World Commission on Environment and Development, http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm

[6] Bergkamp L., op.cit., str.144.

[7] UN Department on Economic and Social Affairs, Division for Sustainable Development, http://www.un.org/esa/dsd/agenda21/

cip I)[8]. Treba istaći da se veliki broj međunarodnih dokumenata koji su doneti u poslednjoj deceniji 20. veka, poziva na održivi razvoj kao svoj osnovni cilj, a kao posledica definisanja održivog razvoja došlo je postepeno do uvođenja ekoloških standarda i razvoja ekološkog menadžmenta. Ipak, postoje i drugačija mišljenja, da od ranih 60-ih godina prošlog veka ekološki razvoj nije napravio nikakav veliki pomak.[9] Održivi razvoj je u nacionalnim zakonodavstvima definisan i preciziran propisima koji se odnose na životnu sredinu.

Pravo na zdravu životnu sredinu i održivi razvoj predstavlja jedno od osnovnih ljudskih prava. Ovo pravo je garantovano i samim Ustavom RS (član 74.).[10] Brojnim propisima na nacionalnom i na međunarodnom nivou se obezbeđuju procedure i instrumenti za ostvarivanje ovog prava, a posebno su značajni oni koji se primenjuju u slučajevima kada je ovo pravo povređeno ili ugroženo. Tada je oštećenim licima neophodno obezbediti na svim nivoima adekvatan pristup pravosuđu i pravo na adekvatna pravna sredstva.[11] S obzirom na to da je čovek nerazdvojni deo prirode, sva ozbiljna ugrožavanja životne sredine nesumnjivo utiču na njegova osnovna ljudska prava kao što su pravo na život, pravo na imovinu, pravo na lični i porodični život, na adekvatne uslove rada i dr. I dok većina autora smatra da je potrebno proširiti listu osnovnih ljudskih prava, ima i mišljenja da je potrebno sagledati stanje ekološke deprivacije priznatih ljudskih prava i da je zbog toga značajnije umesto proširenja ljudskih prava, obezbediti sagledavanje ekološkog momenta prilikom interpretacije postojećih prava.[12]

Pravo životne sredine se zasniva na principu održivog razvoja i integracije, principu predostrožnosti, principu prevencije i otklanjanja štete nanete životnoj sredini na njenom izvoru, kao i principu zagađivač plaća. Ovi principi imaju značajnu ulogu u stvaranju politike životne sredine i donošenja razvojnih odluka pri čemu je principe potrebno razlikovati od pravila, jer su principi većeg stepena opštosti od pravila i utiču na njihovo tumačenje.

Sredstva savremene politike životne sredine su regulativne mere, zabrane i ograničenja, procena uticaja na životnu sredinu, ekonomske mere,

---

[8] The Rio Declaration on Environment and development (1992) http://www.unesco.org/education/information/nfsunesco/pdf/RIO_E.PDF

[9] L.Collins, Are We There Yet? The Right to Environment in International and European Law, McGill International Journal of sustainable Development, Vol. 3, McGill JSDLP, 2/2007, p.123.

[10] Službeni glasnik RS broj 98/2006.

[11] Više o tome videti: L.Collins, op.cit., p.121-153.

[12] L.Collins, op.cit., p.127.

licence i dozvole, učešće javnosti u donošenju odluka i dr. I pored svih napora za očuvanjem životne sredine, ekonomski razvoj utiče na nju i stvara određene posledice pa je zbog toga danas sve aktuelnije pitanje umanjenja štete i njene naknade i zato građansko pravo predstavlja jedan od najznačajnijih instrumenata za zaštitu i unapređenje životne sredine i racionalnu upotrebu prirodnih resursa.

2. Sprečavanje štete, umanjenje štete i naknada štete

U nameri da prevencija bude primarno pravilo zaštite i unapređenja životne sredine direktivama EU se propisuju određene granice emisija, standardi kvaliteta i obaveze da se izvrši procena uticaja na životnu sredinu određenih projekata. Preventivne mere predstavljaju značajnu aktivnost kod upravljanja rizicima i one obuhvataju sprečavanje nastanka rizika i umanjenje štetnih posledica ostvarenog rizika. Ipak, uz primenu ovih mera, nastanak rizika se ne može izbeći, ali se zato mogu smanjiti i ublažiti njegove štetne posledice. Teret preventivnih aktivnosti pada na fizička lica, pravna lica i samu državu. Ove mere se preduzimaju na svim nivoima. Ulaganje u preventivne aktivnosti za rezultat ima smanjenje nastanka štete i štetnih posledica što je od posebnog značaja za ekonomski i društveni razvoj. Prema principu predostrožnosti, aktivnosti se ne preduzimaju samo ukoliko se nastupanje štete očekuje sa velikim stepenom izvesnosti, već i u slučajevima kada postoji samo neizvesnost. Ovaj princip je sadržan i u Rio deklaraciji[13] (princip broj 15). Iako danas postoje različiti pravni instrumenti preventivne prirode, zagađenja i drugi štetni događaji se nikada neće moći u potpunosti sprečiti i kao posledica toga, nastupaju štetene posledice u životnoj sredini.

Kada govorimo o odgovornosti za zagađivanje onda treba posebno istaći da se odgovornost, po pravilu vezuje za određeno postupanje koje je protivpravno i za koje je predviđena određena sankcija što znači da nema odgovornosti za zagađivanje životne sredine ukoliko je ono u granicama dozvoljenog. Primenjujući načelo „zagađivač plaća“, svaki zagađivač u skladu sa propisima snosi ukupne troškove mera za sprečavanje i smanjivanje zagađivanja koji uključuju troškove rizika po životnu sredinu i troškove uklanjanja štete nanete životnoj sredini.[14] Kao komplement ovom principu uveden je i princip "korisnik plaća" kojim se obavezuju korisnici prirodnih resursa da plate realnu nadoknadu za njihovo korišće-

[13] The Rio Declaration on Environment and Development (1992), http://www.unesco.org/education/information/nfsunesco/pdf/RIO_E.PDF

[14] Zakon o zaštiti životne sredine (član 9.), Službeni glasnik RS br. 135/2004, 36/2009, 36/2009 – dr.zakon, 72/2009 – dr.zakon 43/2011 – odluka US.

nje, kao i cenu troškova za obnavljanje procesa koji je degradiran. Zagađenja životne sredine preko dozvoljenih granica imaju za posledicu delikt i povlače određenu vrstu pravne odgovornosti. Građanska odgovornost je regulisana propisima građanskog prava i to prvenstveno Zakonom o obligacionim odnosima.[15] Građanskopravna odgovornost lica predstavlja odgovornost za nastupelu štetu ili opasnost od nastanka štete. Prema Zakonu o zaštiti životne sredine (član 105.) zagađivač je odgovoran za štetu nanetu životnoj sredini i obavezan je da snosi troškove procene štete i njenog uklanjanja.

Prema odgovornom licu se može odrediti građanskopravna sankcija koja je vid pravnoorganizovane prinude koja se vrši nad odgovornim licem da bi se imovina ili lična neimovinska dobra drugog lica dovela u stanje u kome bi najverovatnije bila da je izostala njihova povreda ili ugrožavanje.[16] Postoje različite vrste građanskopravnih sankcija od kojih su za zaštitu životne sredine značajne preventivne sankcije, naturalno-restitutivne i kompenzatorno-reparacione sankcije. Preventivne sankcije imaju za neposredan cilj otklanjanje uzroka, odnosno izvora opasnosti kao i uzdržavanje od delatosti od koje potiče uznemiravanje ili opasnost da će šteta nastupiti, a posredan cilj je svakako da se zaštićena dobra vrate u stanje uobičajenog rizika.[17] Naturalno-restitutivne sankcije podrazumevaju povraćaj u pređašnje stanje i ona ima primat u odnosu na bilo koji oblik naknade materijalne štete. Kompenzatorno-reparacione sankcije se primenjuju kada nije moguća prirodna restitucija, ali i u slučajevima kada su nastupile i neke druge posledice.

Posebnu pažnju zaslužuje pitanje umanjenja štete koje predstavlja integralni deo procene uticaja na životnu sredinu a ima za cilj izbegavanje i smanjivanje nepovoljnih efekata nekog razvojnog projekta na okruženje. To je nešto što ograničava ili umanjuje stepen, krajnost, veličinu ili trajanje nepovoljnih uticaja.[18] Naknada štete za životnu sredinu predstavlja pozitivne mere koje treba da isprave, uravnoteže ili na drugi način nadoknade gubitke prirodnih resursa.[19] Osnovni cilj je da se stvore nove vred-

---

[15] 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.

[16] D.Nikolić, Uvod u sistem građanskog prava, Novi Sad 2007., str142.

[17] Ibid.

[18] K. Rundcrantz & E .Skärbäck, E., Environmental Compensation in Planning: A Review of Five Different Countries with Major Emphasis on the German System, European Environment 13/2003, 206.

[19] R.Cowell, Environmental Compensation and the Mediation of Environmental - Change: Making Capital out of Cardiff Bay, Journal of Environmental Planning and Management 43(5)/2000, str. 690.

nosti koje su jednake izgubljenim vrednostima, a ukoliko su ove nezamenjive, cilj je da se stvore njima najsličnije vrednosti. Promene, odnosno izvesne modifikacije projekata su usmerene na to da se izbegnu uticaji na samom izvoru, i tamo gde postoji veliki rizik, mora se primeniti princip predostrožnosti. Ukoliko nije moguće izbeći značajne negativne uticaje, onda se traže mogućnosti za njihovo umanjivanje do mere kada takav uticaj nije od značaja. A, ukoliko i to nije moguće, mora se odrediti odgovarajuća naknada.

Prema Zakonu o zaštiti životne sredine (član 16.) pravno i fizičko lice koje degradira životnu sredinu dužno je da izvrši remedijaciju ili na drugi način sanira degradiranu životnu sredinu, a u skladu sa projektima sanacije i remedijacije. Svaka mera remedijacije mora da bude dugoročno efikasna.

Mere naknade mogu imati biti sprovedene kao mere naknade štete u naturi i naknada štete u novčanom iznosu.[20] Mere naknade štete mogu biti obnova prirodnih područja, stvaranje novih staništa, zamena dobara ili novčana naknada. Ima dosta neslaganja po pitanju toga na koje vrednosti okruženja naknada treba najviše da bude usmerena. Nedostaci naknade štete za životnu sredinu su teškoće prilikom njenog određivanja i sprovođenja, povećanje troškova projekata, mogućnost da naknada štete postane najprihvatljivija alternativa u odnosu na mere izbegavanja, ili umanjivanja štete po životnu sredinu. Sa druge strane, potrebno je ukazati i na prednosti naknade za životnu sredinu. Naknade za štetu nanetu životnoj sredini omogućavaju razvojne projekte koji drugačije ne bi bili mogući, ona pruža mogućnost stvaranja pozitivnih uticaja na životnu sredinu i ukoliko je naknada adekvatna, njom se poboljšava degradirano okruženje i štite resursi koji možda u suprotnom ne bi bili zaštićeni.

Na kraju je važno istaći da je potrebno mere izbegavanja uticaja, umanjivanja, naknade štete i poboljšanja razmotriti u toku faze pripreme projekta, s tim što naknadi štete treba pribegavati samo kao poslednjem sredstvu ukoliko prethodno iscrpljene sve druge mogućnosti.

Prema Zakonu o zaštiti životne sredine (član 103. stav 1.) zagađivač odgovara za nastalu štetu prema načelu objektivne odgovornosti. Odgovorna lica su i fizička i pravna koja su nezakonitim ili nepravilnim delovanjem omogućila ili dopustila zagađivanje životne sredine (član 103. stav 2). Zagađivač je taj koji snosi troškove procene zagađenja kao i njenog uklanjanja. Ukoliko je više zagađivača odgovorno za štetu troškove snose slodarno i posebno (član 107. stav 3.) samo ukoliko udeo pojedinih

[20] A.Rajvanshi, Mitigation and compensation in environmental assessment 167-194., http://www.twoeam-eu.net/handbook/05.pdf

zagađivača ne može da se odredi. Troškovi zaštite životne sredine su uslovljeni kvalitetom i kvantitetom uticaja na zagađivanje i iako teret ekoloških davanja snose zagađivači, potrebno je istaći da je prema Ustavu RS (član 74.), svako dužan da čuva i poboljšava životnu sredinu, a država je dužna da preduzme sve neophodne mere u cilju zaštite životne sredine. Oštećeno lice ima pravo da traži naknadu pričinjene štete, ali ima i pravo da lice koje je nanelo štetu preduzme sve mere kako bi uzrok štete bio u najkraćem mogućem roku uklonjen. Kada govorimo o naknadi štete koja je naneta životnoj sredini, u pojedinim zakonodavstvima je uvedena tzv. apsolutna odgovornost za ekološke posledice i u tim slučajevima nikakva viša sila ne isključuje odgovornost.[21]

Savet Evrope je 1993. godine usvojio Konvenciju o građanskoj odgovornosti za štetu koja je nastala aktivnostima opasnim po životnu sredinu.[22] Lugano konvencija nije ograničena na prekograničnu štetu i propisuje režim objektivne odgovornosti operatera za štetu prouzrokovanu opasnim aktivnostima ili opasnim materijama. Na ovaj način se najbolje manifestuje princip „zagađivač plaća", a namera je da se neograničena odgovornost operatera obezbedi obaveznim osiguranjem[23] ili drugim finansijskim pokrićem,[24] pri čemu je bitno napomenuti da mnoge vrste ekološke štete ne mogu da se osiguraju ili mogu samo do određenog nivoa.[25]

Na nivou Evropske unije značajano je bilo donošenje Direktive 2004/35/CE[26] Evropskog parlamenta i Saveta o odgovornosti za ekolo-

---

[21] J.Salma i grupa autora, Građansko pravo i životna sredina, Osnove prava životne sredine, Novi Sad 2009., str.191. Više o odgovornosti u pojedinim državama EU videti: C.Clarke, Update Comparative Legal Study, McKenna & Co., London, June 1996.,
http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/legalstudy_full.pdf

[22] *Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, Lugano, 21.VI.1993, http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/150.htm*

[23] O osiguranju kod ekoloških šteta videti: Bergkamp L., The Proposed Environmental Liability Directive, European Environmental Law review, November 11/2-002, p.298- 301; B.Pećanac, Pravna priroda osiguranja od ekoloških šteta, Tokovi osiguranja 2/2007, str. 3-13.
http://www.dunav.com/Uploads/File/februar2007_clanak-21334-1.pdf i K.Noussia

[24] A.E.Boyle, op.cit, p.15 -16.

[25] H. Bocken & D. Ryckobost, Verzekering van milieuschade, Verslag van het international colloquium gehouden te Gent op 14 en 15 december 1989 (Story-Scientia , Brussels 1991), citirano kod: Bergkamp L., The Proposed Environmental Liability Directive, European Environmental Law review, November 11/2002, p. 298.

[26] 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, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:143:0056:0075:en:PDF

šku štetu u vezi sa zaštitom i otklanjanjem ekološke štete,[27] a koja nastaje u slučaju značajnijih štetnih uticaja na uspostavljanje i održavanje njihovog pozitivnog stanja.[28] Ovako široko postavljena definicija štete samo pokazuje koliko je teško uopšte definisati samu štetu i da ovakva definicija nije od velike pomoći jer ona pomera diskusiju sa pojma *štete* na pojam *štetno*, pri čemu nije svaka promena štetna.[29] Navedeno proizilazi iz člana 2(1)a§ i (3) u kome se kaže: „...da se za potrebe ove Direktive primenjuju se sledeće definicije: 1. ekološka šteta podrazumeva: (a) štetu nanetu zaštićenim vrstama i prirodnim staništima, a to je bilo kakva šteta koja ima značajne negativne efekte na postizanje ili održavanja povoljnog očuvanja statusa takvih staništa i vrsta. Značaj ovakvih efekata je da se ocene sa osvrtom na osnovno stanje, uzimajući u obzir kriterijume navedene u Aneksu I; Oštećenje zaštićenih vrsta i prirodnih staništa ne uključuje prethodno identifikovane štetne posledice koje proističu iz akta od strane operatora koji je izričito ovlašćen od strane nadležnih organa u skladu sa odredbama koje su sadržane u članu 6 (3) i (4) ili članu 16. Direktive 92/43/EEC ili članu 9 Direktive 79/409/EEC ili, u slučaju staništa i vrsta nije pokrivena evropskim pravom, u skladu sa odgovarajućim odredbama nacionalnog zakona o zaštiti prirode. .... 3. "Zaštićena vrsta i prirodnih staništa znači: (a) vrste pomenute u članu 4 (2) Direktive 79/409/EEC, ili navedene u Aneksu I ili u Aneksima II i IV Direktive 92/43/EEC; (b) staništa vrsta navedenih u članu 4 (2) Direktive 79/409/EEC, ili navedena u Aneksu I ili u Aneksu II Direktive 92/43/EEC, i prirodnih staništa navedenih u Aneksu I Direktive 92/43/EEC i mestima za priplod ili za odmor vrsta navedenih u Aneksu IV Direktive 92/43/EEC, i (c) kada država članica, tako utvrdi, bilo staništa ili vrste koji nisu navedeni u tim aneksima koji država članica određuje za istu svrhu kao onu navedenu u samoj Direktivi... „ Iz ove od-

[27] Kratak prikaz Direktive videti: B.Pajtić, Zaštita životne sredine – prevencija i naknada štete, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu broj 2-2011, str. 249-265. i B.Pajtić, Ekološka odgovornost, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu broj - 3/2011., str.517-533. Napomena: *prikaz Direktive sa komentarima, zaključcima i fus-notama koji se nalazi u navedenim radovima je preuzet iz rada:* D.Radojević, *Nova Direktiva Evropske unije o odgovornosti u oblasti zaštite životne sredine*, Međunarodni problemi broj 1-2/2005, str. 177-198.

[28] O implementaciji Direktive o ekološkoj odgovornosti u Nemačkoj, Velikoj Britaniji, Francuskoj i Španiji videti: B.Pajtić, Ekološka odgovornost, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu broj 3/2011., str.526-530. Izvor: A Guide to Environmental Liability in Europe,
http://www.acegreen.com/files/documents/newsfiles/ELD%20Guide%202011.pdf

[29] Bergkamp L., The Proposed Environmental Liability Directive, European Environmental Law review, November 11/2002., p.306.

redbe se vidi da se u obzir uzima šteta i nad ekološkim sistemom koji nije obuhvaćen nacionalnim pravom, ali je obuhvaćen evropskim pravom. Međutim, iz same Direktive se nameću razne nedoumice i pitanja kao što je pitanje šta se podrazumeva pod značajnijim štetnim uticajem posebno kada su u pitanju vrste staništa za koja se zna da se sama obnavljaju u kratkom vremenu bez ikakve intervencije, zatim šta se podrazumeva pod „zaštićenim prirodnim staništem“ s obzirom na nedovoljnu preciznost u samoj definiciji Direktive i druga.[30]

Postoje mnogi ekonomski instrumenti koji imaju za cilj da motivišu i proizvođače i potrošače da promene svoje navike i da se usmere na smanjenje zagađenja životne sredine. Sazrevanjem svesti o značaju prevencije, ekonomski instrumenti su dobili prednost nad administrativnim merama. Sa različitih gledišta efikasnosti ne postoji razlika između objektivne odgovornosti i subjektivne odgovornosti, jer u bilo kom režimu zagađivači će investirati u prevenciju zagađenja ukoliko je to jeftinije od plaćanja štete i nastaviće da investiraju u preventivne mere gde jedan euro potrošen na prevenciju stvara jedan euro u sprečavanju štete, i ni pod jednim režimom zagađivači neće investirati u preventivne mere ukoliko je potrošnja veća od uštede.[31] Bez obzira na sve prednosti i nedostatke i različita teorijska gledišta o režimu odgovornosti, suštinsko pitanje koje se nameće, kako ističe Bergkamp[32] jeste da li će Direktiva 2004/35/CE doprineti sprečavanju nastanka ekološke štete ili ne, a to je isključivo empirijsko pitanje na koje samo praksa može da da odgovor.

3. Procena uticaja na životnu sredinu i strateška procena uticaja

Kada govorimo o zaštiti životne sredine ona obuhvata zakonodavstvo koje se odnosi na očuvanje i definisanje standarda kvaliteta životne sredine. Oblast zaštite životne sredine obuhvata veliki broj mera koje mogu biti horizontalne i vertikalne. U horizontalne mere spadaju procena uticaja na životnu sredinu i pristup informacijama o životnoj sredini. U vertikalne mere spadaju one koje se odnose na standarde kvaliteta, upravljanje otpadom, kontrolu industrijskog zagađenja, zaštitu prirode i dr. Zaštita životne sredine spada u grupu tzv. podeljenih nadležnosti na nivou Evropske unije i tu važi princip supsidijarnosti.

---

[30] Bergkamp L. Implementation of the Environmental Liability Directive in EU Member States, ERA-FORUM , Volume 6, Number 3(2005), p.396.

[31] Bergamp L., The Commission 's White Paper on Environmental Liability: A Weak Case for an EC Stricst Liability Regime, Brussels 2000, p. 6.

[32] Bergkapm L., Implementation of the Environmental Liability Directive in EU Member States, ERA-FORUM , Volume 6, Number 3(2005), p.400.

Propisi koji se odnose na zaštitu životne sredine su značajan korak u pravcu ostvarenja održivog razvoja.[33] Srbija je 2009. godine usvojila set posebnih zakona kojima je preuzela ili uspostavila pravni osnov za preuzimanje standarda kvaliteta životne sredine iz direktiva EU. Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti životne sredine[34] izvršena je harmonizacija Zakona o zaštiti životne sredine sa propisima Evropske unije kao što su: Direktiva 2008/1/EZ od 15.1.2008 o integralnom sprečavanju i nadzoru onečišćenja, Direktiva 2004/35/EC od 21.4.2004. o odgovornosti za ekološku štetu u vezi sa zaštitiom i otklanjanjem ekološke štete, Direktiva 97/11/EZ od 3.3.1997. kojom je izvršena izmena i dopuna Direktive 85/337/EEZ o proceni uticaja određenih javnih i priivatnih projekata na životnu sredinu, Direktiva 96/82/EZ (SEVESO II) od 9.12.1996. o kontroli opasnosti od velikih udesa i dr.

Zakonom o zaštiti životne sredine RS se obezbeđuje ostvarivanje prava ljudi na život i razvoj u zdravoj životnoj sredini. Integralni sistem zaštite životne sredine podrazumeva uravnotežen odnos privrednog razvoja i životne sredine u a prema ovom Zakonu u njega spadaju mere, uslovi i instrumenti za održivo upravljanje, očuvanje prirodne ravnoteže, celovitosti, raznovrsnosti i kvaliteta prirodnih vrednosti i uslova za opstanak živih bića, kao i za sprečavanje i kontrolu, smanjivanje i sanaciju svih oblika zagađivanja životne sredine. Odgovornost za zagađivanje životne sredine je regulisana obavezama zagađivača, odgovornošću za štetu, obavezom osiguranja i naknadom štete. Zagađivač životne sredine je dužan da hitno preduzme mere utvrđene planom zaštite od udesa i sanacionim planom. Samo ukoliko se šteta ne može sanirati odgovarajućim merama, zagađivač će snositi naknadu u visini vrednosti oštećenog dobra.

Održivi razvoj se zasniva na principu prevencije i na principu procene uticaja na životnu sredinu. Prema Zakonu o zaštiti životne sredine odredbe koje se odnose na planiranje i izgradnju (član 33.), prostorno i urbanističko planiranje (član 34.), stratešku procenu uticaja na životnu sredinu (član 35.), procenu uticaja projekata na životnu sredinu (član 36.),

[33] Opšti propisi u RS koji se odnose na životnu sredinu su: Ustav RS (Službeni glasnik RS broj 98/2006), Zakon o zaštiti životne sredine (Službeni glasnik RS br. 135/2004, 36/2009, 36/2009 – dr.zakon, 72/2009 – dr.zakon 43/2011 – odluka US), Zakon o proceni uticaja na životnu sredinu (Službeni glasnik RS broj 135/04 i 36/2009), Zakon o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu (Službeni glasnik RS broj 135/04 i 88/20-10) i Zakon o integrisanom sprečavanju i kontroli zagađivanja životne sredine (Službeni glasnik RS broj 135/04), Zakon o fondu za zaštitu životne sredine (Službeni glasnik RS broj 72/09 i 101/2011) i drugi. O propisima EU o zaštiti životne sredine videti: J.Salma, Smernice i uredbe Evropske unije o zaštiti životne sredine, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu br. 2/2011, str. 29-44.

[34] Službeni glasnik RS broj 36/2009.

integrisano sprečavanje i kontrolu zagađivanja (član 37.) i procenu opasnosti od udesa (član 38.). predstavljaju preventivne mere zaštite životne sredine.

Procena uticaja na životnu sredinu je procedura koja je uvedena još 70-ih i 80-ih godina prošlog veka u Sjedinjenim Američkim Državama,[35] Rusiji[36] a na nivou EU je doneta Direktiva 85/337 o proceni uticaja određenih privatnih i javnih projekata (EIA direktiva) koja je uspostavila zahtev da se pre odobravanja određenih vrsta projekata razmotre sve raspoložive informacije o njihovim mogućim uticajima na životnu sredinu. Direktivom 2001/42/EC o strateškoj proceni uticaja dopunjena je ova EIA direktiva na taj način što se postupku procene uticaja i konsultacija javnosti i zainteresovanih organa i organizacija podvrgavaju i određeni planovi i programi koji se pripremaju u različitim sektorima privrede i razvoja.

U nameri da se ova oblast uredi sveobuhvatno u Srbiji je donet je čitav niz zakonskih i podzakonskih akata. Zakonom o proceni uticaja na životnu sredinu se uređuje postupak procene uticaja za projekte koji mogu imati značajne uticaje na životnu sredinu, sadržaj studije o proceni uticaja, učešće zainteresovanih organa, organizacija i javnosti, prekogranično obaveštavanje za projekte koji mogu imati značajne uticaje na životnu sredinu. Predmet procene uticaja su projekti koji se planiraju i izvode, promene tehnologije, rekonstrukcije, proširenje kapaciteta, prestanak rada i uklanjanje projekata koji mogu imati značajan uticaj na životnu sredinu, kao i oni projekti koji su realizovani bez izrade studije o proceni uticaja, a nemaju odobrenje za izgradnju ili se koriste bez upotrebne dozvole (procena uticaja zatečenog stanja),ukoliko je njihovo izvođenje, odnosno upotreba u skladu sa propisima kojima se uređuje planira nje i izgradnja.

Procena uticaja na životnu sredinu u prekograničnom kontekstu je regulisana Zakonom o potvrđivanju konvencije o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnom kontekstu koji je donet 2007. godine[37] Prema ovoj Konvenciji procena uticaja (član 1. stav 1. tačka 6.) na životnu sredinu označava nacionalnu proceduru za vrednovanje mogućeg uticaja predložene aktivnosti na životnu sredinu, gde se pod uticajem označava svaki efekat prouzrokovan predloženom aktivnošću na život-

[35] U.Jha-Thakur&P.Gazzola&D.Peel&T.B.Fischer&S.Kidd, Effective of Strategic - environmental assessment – the significance of learning, Impact Assessment and Project Appraisal, 27(2), June 2009, p.133.

[36] Videti: A.Cherp&S.Golubeva, Environmenat assessment in the Russian Federation: evolution through capacity building, Impact Assessment and Project Appraisal, Vol.22, number 2, June 2004, p. 121-130.

[37] Službeni glasnik RS –međunarodni ugovori broj 102/2007.

nu sredinu, uključujući i ljudsko zdravlje i bezbednost, floru, faunu, zemlju, vazduh, vodu, klimu, predele i istorijske spomenikeili neke druge fizičke strukture ili međusobno dejstvo ovih faktora, kao i efekte na kulturno nasleđe ili društveno-ekonomske uslove koji su rezultat promena ovih faktora. Prema ovoj Konvenciji sadržaj dokumentacije za procenu uticaja na životnu sredinu čine: opis predložene aktivnosti i njene svrhe, opis razumnih alternativa predloženoj aktivnosti, kao i alternative u slučaju odbijanja, opis životne sredine za koju se pretpostavlja da će biti pogođena predloženom aktivnošću i njene alternative; opis mogućih uticajana životnu sredinu predložene aktivnosti i njene alternative i procena njenog značaja; opis mera za ublažavanje koji će negativne efekte po životnu sredinu održati na minimumu; precizno naglašene metode predviđanja i važne pretpostavke, kao i relevantne podatke o životnoj sredini koji su korišćeni; prepoznavanje nedostataka u znanju i nesidurnosti do kojih se došlo prilikom sakupljanja traženih informacija; nacrt programa za praćenje i upravljanje.[38]

Strateška procena uticaja na životnu sredinu je instrument kojim se obezbeđuje odgovarajuća zaštita životne sredine u toku pripreme dokumenata kojima se usmerava i planira razvoj, kao što su strategije, planovi i programi. Strateška procena je regulisana i Protokolom Ujedinjenih nacija o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu iz 2003. godine koji je naša država ratifikovala 2010. godine.[39] U republici Srbiji 2004. godine donet je poseban Zakon o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu koji je izmenjen i dopunjen 2010. godine[40] i time su stvoreni uslovi za obezbeđivanje pozitivnih efekata u sprovođenju procedura strateške procene uticaja na životnu sredinu. Zakonom su propisani uslovi, postupak i način vršenja procene tačno određenih planova i programa na životnu sredinu u nameri da se obezbedi njena zaštita i održivi razvoj integrisanjem osnovnih principa iz ove oblasti u postupak pripreme i usvajanja planova i programa pod kojima se podrazumevaju razvojni ili drugi planovi i programi, osnove i strategije koje se donose (pripremaju, usvajaju) na svim nivoima. Strateška procena za strategije se vrši u oblasti prostornog i urbanističkog planiranja ili korišćenja zemljišta, poljoprivrede, šumarstva, ribarstva, lovstva, energetike, industrije, saobraćaja, upravljanja otpadom,

[38] Aneks II Konvencije o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnom kontekstu

[39] Zakon o potvrđivanju Protkola o strateškoj proceni uticaja uz Konvenciju o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnom kontekstu, Službeni glasnik RS – međunarodni ugovori broj 1/2010.

[40] Zakon o izmenama i dopunama Zakona o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu, Službeni glasnik RS broj 88/2010.

upravljanja vodama, telekomunikacija, turizma, očuvanja prirodnih staništa i divlje flore i faune kojima se uspostavlja okvir za odobravanje budućih razvojnih projekata određenih propisima kojima se uređuje procena uticaja na životnu sredinu. U postupku odlučivanja o izradi strateške procene potrebno je obezbediti javni uvid i organizovati javnu raspravu, a ukoliko zakonom kojim se uređuje postupak donošenja plana i programa nije predviđen javni uvid i javna rasprava o planu i programu, organ koji je nadležan za pripremu plana i programa odlukom o donošenju plana i programa ili posebnom odlukom određuje javni uvid i održavanje javne rasprave.

Pod planovima i programima Protokola o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu uz Konvenciju o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnom kontekstu koji je naša zemlja ratifikovala 2010. godine[41], se podrazumevajuoni koji zahtevaju zakonske, regulatorne ili administrativne odredbe i podležu pripremi i/ili usvajanju od strane državnog organa za usvajanje u formalnoj proceduri od strane skuptine ili vlade (član 2. stav 1. tačka 5.). Planovi i programi koji ne podležu odredbama ovog protokola su oni čija je jedina svrha da služe nacionalnoj odbrani ili u slučajevima opasnosti po građane, ako ni finansijski ili budžetski planovi i programi (član 4. stav 5.). Kriterijumi za određivanje verovatnih značajnih efekata koji se koriste prilikom procene su: relevantnost plana i programa za integrisanje pitanja vezanih za životnu sredinu u smislu promovisanja održivog razvoja; stepen u kome plan ili program uspostavlja okvir za projekte i druge aktivnosti (po pitanju lkacije, karaktera, veličine i uslova rada ili kroz dodelu sredstava); stepen u kome plan ili program utiče na druge planove iprograme uključujući ione u hijerarhiji; problemi vezani za životnu sredinu, a relevantni za plan i program; karakter efekata na životnu sredinu (verovatnoća, trajanje, učestalost, reverzibilnost, opseg ili prostiranje), rizici po životnu sredinu; stepen u kome će planom ili programom biti pogođena vredna ili ranjiva područja i zaštićene oblasti.

Iako se strateška procena različito definiše, postoji konsenzus oko osnovnih elemenata procedure. To je procedura koja obuhvata pripremu alternativa vezanih za osnovne razvojne koncepte i pruža različita rešenja, obezbeđuje kvalitativnu i kvantitativnu evaluaciju uticaja i rezultat strateške procene je donošenje izveštaja u kome se prikazuje tok izrade i uloga strateške procene u pripremi razvojnog dokumenta sa aspekta zaštite životne sredine.

[41] Službeni glasnik RS – međunarodni ugovori broj 1/2010.

Na kraju treba spomenuti i procenu kumulativnih efekata[42] koja predstavlja sastavni deo procene uticaja na životnu sredinu projekata i planova, programa i strategija čiji osnovni koraci u proceni kumulativnih efekata su[43]:

- identifikovanje receptora na koje se utiče (uz opis i vrednovanje delova ekosistema, prijemnika ili izvora);
- utvrditi na šta su ljudske aktivnosti uticale u prošlosti ili sadašnjosti, kao i na šta će uticati u budućnosti i šta je dovelo do tih aktivnosti;
- predviđanje uticaja na receptore projekta ili plana u kombinaciji sa uticajima drugih ljudskih aktivnosti i utvrđivanje značaja ovih uticaja;
- predlaganje upravljanja kumulativnim efektima (uticajima).

4. Zaključak

Princip održivog razvoja je postavio izuzetno težak zadatak savremenom društvu koji se sastoji u uspostavljanju ravnoteže između dva suprotstavljena interesa i to, ekonomskog razvoja i novih razvojnih tokova sa jedne starane i zaštite životne sredine sa druge strane. U uspostavljanju ove ravnoteže posebno je značajna procena uticaja na životnu sredinu i strateška procena uticaja kojima se omogućava planski i svrsishodan dalji ekonomski i ekološki razvoj. Procena životne sredine se bazira na utvrđivanju trenutnog stanja u smislu konstatacije postojanja ili nepostojanja relevantnih činjenica, davanju stručnog mišljenja o tim činjenicama i na osnovu stručnog znanja predviđanje rizika i predlaganje mera i radnji koje imaju za cilj da se izbegnu negativni, a poboljšaju i intenziviraju pozitivni uticaji na samu životnu sredinu. Ublažavanjem, negativni efekti se zadržavaju na prihvatljivom nivou, a uz naknadu štete se podstiču razvojni procesi postpkom procene. Prilikom procene uticaja na životnu sredinu posebno je važno pitanje procene kvantiteta i kvaliteta štete koju bi određeni razvoj mogao da nanese i ekvivalentne naknade. Ovo je teško zato što proces utvrđivanja prikladne mere naknade i povezivanje sa određenim ekološkim gubicima utiče na širok spektar socijalnih veza sa okruženjem, uključujući prava i

[42] O integraciji procene kumulativnih efekata u Velikoj Britaniji videti: L.M.Cooper & W.R.Sheate, Integrating cumulative effects assessment into UK strategic planning' implications of the European Union SEA Directive, Impact Assessment and Project Appraisal, volume 22, number 5, March 2004., p.5-16.

[43] W.A. Ross, Cumulative effects assessment' learning from Canadian case studies, Imp Assess Proj Appraisal 1998;16(4): 267-276, citiran kod: R.Therivel & B. Ross, Special Issue on Data and Scale Issues for SEA, Cumulative effects assessment: Does scale matter?, Environmental Impact Assessment Review 27 (2007), p.366.

odgovornosti.[44] U nameri da se realizuje princip održivog razvoja potrebno je zaštitu i unapređenje životne sredine shvatiti kao uslov uspešnog ekonomskog, tehničko-tehnološkog i opšte društvenog razvoja. Upravo se procenom uticaja na životnu sredinu i strateškom procenom uticaja obezbeđuje adekvatan tretman same životne sredine. Sistem zaštite životne sredine zahteva angažovanje svih članova društvene zajednice, i pojedinaca i nadležnih državnih organa u rešavanju problema zaštite i unapređenja životne sredine. Na kraju treba napomenuti da iako se nivo intervencije države u ovoj oblasti ne smanjuje, odgovornosti privatnog sektora se proširuju.[45] Brojnim propisima koji se odnose na propisivanje prava, obaveza i odgovornosti različitih subjekata u vezi sa životnom sredinom se utiče na povećanje ekološke svesti. Cilj procesa usklađivanja nacionalnih propisa sa propisima Evropske unije u oblasti životne sredine jeste postizanje „potpunog usaglašavanja nacionalnog zakonodavstva u oblasti životne sredine (i odgovarajućeg administrativnog sistema) tako da se dostigne potpuno (stoprocentno) poštovanje zahteva zakonodavstva EU i to ne samo na papiru, nego i u stvarnosti.“[46] Harmonizacija nacionalnih propisa sa propisima Evropske unije u oblasti životne sredine je imerativ savremenog života. Prema Izveštaju Evropske komisije[47] za našu zemlju 2010/2011 za oblast životne sredine je pozitivno ocenjena i to posebno u oblastima: kvaliteta vazduha, vode, upravljanja otpadom, zaštite prirode, buke, klimatskih promena, kontrole industrijskog zagađenja i hemikalija. Što se tiče horizontalnog zakonodavstva, konstatovano je da je usvojen Nacionalni program za zaštitu životne sredine (2010-2019), i na kraju dela izveštaja koji se odnosi na ovu oblast (4.2.3. str.44.) je konstatovano da je naša zemlja umereno napredovala u oblasti zaštite životne sredine, a u pravcu ispunjenja evropskih standarda, s tim da je potrebno ubuduće jačati kapacitete za implementaciju i primenu propisa.

---

[44] R.Cowell, Environmental Compensation and the Mediation of Environmental Change: Making Capital out of Cardiff Bay, Journal of Environmental Planning and Management, 43/2000, p. 690.

[45] Bergkamp L., Corporate Governance and Social Responsibility: a New Sustainability Paradigm!, European Environmental Law Review may 5/2002, p. 137.

[46] Commission of the European Communities, Guide to the Approximation of the European Union Environmental Legislation, Brisel 1997., str. 3.
http://ec.europa.eu/environment/archives/guide/guidfin.pdf

[47] European Commission, Brussels, 9 November 2010, SEC(2010) 1330, Commission Staff Working Document, Serbia 2010 Progress Report accompanying the communication from the Commission to the Eurepean Parliament and the Council, Enlargement Strategy and Main Challenges 2010-2011,{COM(2010) 660}
http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2010/package/sr_rapport_2010_en.pdf

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

Sustainable Development and Assessment of environmental impact

Abstract

Sustainable development, determined by social, economic and environmental goals, comprises a balance of social, industrial and technological development on the one hand, and preserving and improving the environment on the other. In pursuing the principles of sustainable development a fundamental role of impact assessment and strategic environmental assessment. These are specifically prescribed procedure in accordance with generally accepted standard, with the participation of competent authorities and all interested persons with the same goal which is the preservation and improvement of the environment while achieving economic development. Estimates of the impact on the environment are mainly directed in part towards finding the optimal measures to prevent, mitigation or compensate damages. This work is dedicated to the positive legal regulations pertaining to this issue in our country, their compliance with relevant international regulations with special emphasis on the effect that they achieved, how to determine the necessary measures of prevention, mitigation and compensation of damages, their advantages and disadvantages.

Key words: sustainable developments, environment, assessment of environmental impact, strategic impact assessment, civil law, environmental damages.

Originalni naučni rad UDK 347.61:340.141(497.11)“18“
doi:10.5937/zrpfns46-1989

Dr Maša Kulauzov, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

KRITIKE SRPSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA OD 1844. GODINE S POSEBNIM OSVRTOM NA ODREDBE O PORODIČNOJ ZADRUZI

Sažetak: *U radu su razmotrene kritike Zakonika građanskog za Knjažestvo Srbiju od 1844. godine. Imajući u vidu značaj koji je kodifikacija privatnog prava imala za brži razvoj srpskog društva i pravne nauke, ukazano je na reakcije na donošenje Srpskog građanskog zakonika u naučnim i stručnim krugovima. Pored opštih kritika u kojima je dat celovit prikaz svih sadržinskih, metodoloških i stilskih manjkavosti srpskog kodeksa, skrenuta je pažnja i na nedostatke u formulisanju odredaba o porodičnoj zadruzi. Kako je porodična zadruga tradicionalan običajnopravni institut koji je 1844. godine prvi put regulisan i zakonom, mišljenja smo da zamerke iznete na račun kodifikacije ove ustanove nepisanog prava zaslužuju posebnu pažnju.*

Ključne reči: *Srpski građanski zakonik, kritike, porodična zadruga, običajno pravo, zadružna imovina, deobe porodičnih zadruga.*

Ukidanjem feudalnih odnosa u Srbiji XIX veka stvorene su osnovne pretpostavke za brži razvoj privatne svojine i robnonovčanog prometa. Potreba da se obezbedi pravna sigurnost u zemlji kao i da novi društveno – ekonomski odnosi dobiju pravne okvire, uslovila je donošenje *Zakonika građanskog za Knjažestvo Srbiju* 25. marta 1844. godine. Međutim, ubrzo nakon donošenja, *Srpski građanski zakonik* je postao predmet oštrih kritika u naučnoj i stručnoj javnosti. Primedbe unutrašnje i strukturalne prirode iznete su na račun metoda i sistema kodifikacije privatnog prava. Ozbiljne zamerke upućene su autoru *Za-*

konika Jovanu Hadžiću[1] i zbog načina na koji je formulisao pojedine odredbe zakonskog teksta.

S obzirom na značaj koji ovaj pravni spomenik ima i danas, kao izuzetno vredan deo srpske kulturne baštine i istorijskog nasleđa, u radu je dat pregled kritičkih mišljenja koja su o njemu izneta u naučnim i stručnim krugovima. Kako su *Zakonikom* u bitnoj meri izmenjeni karakter i suština porodične zadruge kao tradicionalne ustanove običajnog prava, mišljenja smo da kritike zakonskih odredaba o patrijarhalnoj porodici zaslužuju posebnu pažnju. Stoga su one izdvojene i detaljno prikazane u posebnom poglavlju.

I

Vuk Stefanović Karadžić je već 1845. godine ukazao na nedostatke u kodifikatorskom radu svog ljutog protivnika u pitanjima jezičke reforme Jovana Hadžića. On tvrdi da srpski zakonopisac nije poznavao narod za koji je pisao zakon, te je zbog toga uneo niz pravnih termina i odredaba koji su sasvim protivni običajnom pravu i shvatanjima u narodu.[2] Vuk se komentarisanjem *Građanskog zakonika* bavio samo uzgred. Naime,

[1] Jovan Hadžić (1799–1869), istaknuti pravnik, književnik i političar, nakon završene gimnazije u Sremskim Karlovcima studirao je najpre filozofiju, a potom i pravo u Pešti i Beču. Doktorirao je na Pravnom fakultetu u Pešti 1826. godine. Njegova doktorska disertacija pod naslovom *O razvodu braka kod pravoslavnih* izazvala je brojne pohvale njegovog naučnog rada u stručnim krugovima. Iste godine kada je odbranio doktorat Hadžić je položio i advokatski ispit u Požunu (mađarski naziv za Bratislavu). Kao znameniti javni i kulturni radnik svoga vremena bio je jedan od glavnih osnivača Matice srpske. Vršio je i funkciju direktora novosadske srpske gimnazije i neko vreme uređivao *Letopis serbski*. Njegov književni i naučni rad je bio vrlo raznovrstan. Osim pravom, bavio se i poezijom, istorijom, filologijom, prevodilačkom delatnošću. Aktivni član političke scene i jedan od stubova ustavobraniteljske stranke, poznat je kao ogorčeni protivnik kneza Miloša Obrenovića. U kulturnoj istoriji ostao je zabeležen njegov sukob sa Vukom Stefanovićem Karadžićem u pogledu jezičke reforme. U njemu je Hadžić poražen u velikoj meri i zahvaljujući intervenciji Đure Daničića. Daničić je, naime, u svom čuvenom delu *Rat za srpski jezik i pravopis* objavljenom 1847. godine istakao argumente protiv upotrebe stare azbuke i pravopisa, zalažući se pri tom da narodni jezik postane i književni. I pored političke aktivnosti i književnog rada, Hadžić je ostvario najveći doprinos na polju zakonodavne delatnosti. Autor je *Zakonika građanskog za Knjažestvo Srbiju* od 1844. godine, prve kodifikacije privatnog prava u istoriji srpskog zakonodavstva. O Hadžiću v. odrednicu S. Bojanin u *Enciklopedija srpske istoriografije*, priredili S. Ćirković i R. Mihaljčić, Beograd 1997, str. 703.

[2] V. Stef. Karadžić, *Vuka Stef. Karadžića i Save Tekelije pisma Visokopreosveštenome Gospodinu Platonu Atanackoviću Vladici Budimskome o srpskome pravopisu sa osobitijem dodacima o srpskom jeziku*, Beč 1845, str. 16 – 17.

Matica srpska je 1841. godine preporučila svom potpredsedniku Vladiki Atanackoviću da sastavi srpski bukvar i pravopis. Vladika je tim povodom zatražio stručno mišljenje od Save Tekelije i Vuka. U svom odgovoru na ovo čisto jezičko pitanje Vuk se usput osvrnuo i na manjkavosti srpskog kodeksa.

Prvu iscrpnu, argumentovanu i naučno utemeljenu stručnu recenziju *Srpskog građanskog zakonika* izneo je advokat iz Varadina Pavel Šeroglić iste godine kada i Vuk svoju kritiku. On je u svom sistematskom prikazu sadržaja srpske kodifikacije uočio da su ne samo pojedine odredbe, već i čitava poglavlja doslovno preuzeta iz Austrijskog *Opšteg građanskog zakonika* (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*). Međutim, on načelno nema ništa protiv recepcije stranog prava, naročito kada se radi o jednom od najpoznatijih zakonskih kodeksa kakav je austrijski. Šeroglić Hadžiću ne zamera ni što prema odredbama SGZ – a punoletstvo nastupa tri godine ranije, što je udatim ženama ograničena poslovna sposobnost, što lica ženskog pola nemaju naslednih prava ukoliko ima muških potomaka. Sva ova odstupanja od izvornika Šeroglić na osporava ako su ona u skladu sa karakterom i običajima naroda. On kritikuje Hadžića što je više paragrafa AOGZ – a sažeo u jedan, neke pak razdvojio, a neke drastično skratio promenivši im pri tom u potpunosti smisao. Ovakvo skraćivanje često je išlo na uštrb jasnoće i preglednosti teksta: „Ovako prekroen, iz Austrijskog Građanskog Zakonika, nije mogao Zakonik građanski za Srbiju drugojačije ispasti, nego skučen i nedostatočan.“ Smatra da toga ne bi bilo da je donošenju *Zakonika* prethodila rasprava o nacrtu „kao što se sadašnjega vremena po drugim zemljama radi.“ Tako je mogla biti skrenuta pažnja na nedostatke koji nisu morali naći svoje mesto u konačnoj verziji.[3]

Hadžić je u posebnoj raspravi objavljenoj 1846. godine odgovorio kritičarima njegove kodifikatorske delatnosti. Na Vukovu opasku da ne poznaje narod za koji je napisao zakon, on kaže da je neprijatelj naroda onaj koji uništava zakonik po prvi put donet u jednoj zemlji uz brojne muke i žrtve kako narod ne bi u bezakonju živeo. Na Šeroglićevu tvrdnju da su odstupanja od izvornika opravdana ako je to u skladu sa običajima i karakterom naroda, on ističe da je uslovnim „ako je to“ Šeroglić sâm sebe okarakterisao kao nekompetentnog da to procenjuje. Zato on i ne treba da kritikuje *Zakonik* za koji nema neophodno predznanje, jer je to isto kao „ići u boj bez oružja, govoriti o bojama bez očiju, zidati presudu na pesku.“[4]

[3] P. Šeroglić, *Pregled Zakonika Građanskog za Knjažestvo Srbiju, 25. marta 1844. obnarodovanog, Bačka vila*, broj 4, Novi Sad 1845, str. 114 – 117.

[4] J. Hadžić, *Utuk III jezikoslovni*, Novi Sad 1846, str. 64 – 68.

Podstaknut Hadžićevim odgovorom Šeroglić je izneo niz konkretnih primedaba na račun *Srpskog građanskog zakonika*, u prvom redu da sadrži niz relikata iz srednjeg veka. On najviše kritikuje ograničenje poslovne sposobnosti, i posebno nepriznavanje naslednih prava ženama ukoliko postoje muški srodnici: „Zato samo, što je koji običaj star, da ostane, ni sa kakvim pravom tražiti se ne može ako nije on i dobar. A da taj običaj nije dobar, svedoči i imperator Justinijan i svi građanski zakonici u kojima su muška i ženska deca izjednačena u nasleđu. Na ovo će reći gospodin Hadžić da srpske običaje ne poznajem, ali ja mislim da zakonodavac treba pored običajnog prava da zna i prava drugih naroda i kako su ona napredovala. Tako je carica Marija Terezija kada je odredila Komisiju za rad na *Zakoniku* naložila im da običajno pravo koliko je moguće zadrži i uskladi različita provincijska prava, dopuni odredbama rimskog prava i onim koje odgovaraju ljudskom razumu. Kada bi bilo dovoljno samo poznavati običajno pravo ne bi bilo potrebno plaćati skupe zakonodavce sa druge strane Save koji ne znaju tako dobro običajno pravo kao domaći.“[5] Na kraju konstatuje: „Građanski zakonik treba da je potpun i iscrpan, da nema pravnih praznina. Ovo je nemoguće samim tim što je 1502 paragrafa sažeto u 950 od kojih su neki bezvredni.“[6]

Za razliku od Šeroglića, profesor državnog prava na Liceju u Beogradu Dimitrije Matić nije dao sistematski kritički pregled celog *Zakonika*. On se, pišući priručnik za studente, ograničio samo na objašnjenja pojedinih odredaba kodifikacije kako bi zakonski tekst učinio što razumljivijim.[7] Ali, kroz tumačenje članova *Zakonika* Matić je izneo i neke primedbe koje se tiču njegove sadržine. Najvažnija zamerka odnosi se na neravnopravnost muške i ženske dece u nasleđivanju što autor smatra „očevidnom nepravdom“. Matić se pridružuje Šeroglićevoj tvrdnji da, čak i ako je ovo rešenje predviđeno običajnim pravom, uloga *Zakonika* je, između ostalog i da ispravlja loše običaje. A da se radi o štetnom običaju pokazuju zakonici svih prosvećenih država u kojima su muška i ženska deca ravnopravna u naslednopravnoj materiji.[8]

Više od svih već pomenutih autora pravnik i istoričar Nikola Krstić je istakao da zakoni treba da se oslanjaju na narodne pojmove i običaje. U

---

[5] P. Šeroglić, *Replika na odgovor Gospodina Miloša Svetića u Utuku III jezikoslovnome ili Pregled II Zakonika građanskog za Srbiju od Pavla Šeroglića*, Novi Sad 1847, str. 18 – 29.

[6] Isto, str. 37.

[7] V. o tome D. Matić, *Objasnjenje Građanskog zakonika za Knjažestvo Srbsko*, I – III, Beograd 1850 – 1851.

[8] D. Matić, *Objasnjenje Građanskog zakonika za Knjažestvo Srbsko*, II, Beograd 1851, str. 541 – 543.

predgovoru *Protokola šabačkog magistrata* on zamera srpskom zakonopiscu što je nekritičkom recepcijom austrijskog kodeksa presekao put daljem razvoju srpskog narodnog prava. Sâm *Protokol* smatrao je jednim od najznamenitijih pravnih dokumenata iz Karađorđevog vremena. On sadrži dragocene podatke o državnom ustrojstvu, narodnom životu i običajima, ali i o rešenju nekih pravnih pitanja za vreme Prvog srpskog ustanka. Zahvaljujući ovako šarolikoj sadržini omogućavao je domaćoj jurisprudenciji da sagleda koliko je štetna recepcija tuđinskih zakona: "Zakoni sa strane bez dovoljno razloga usvojeni učiniše, da smo u mnogim slučajevima pored zakona bez zakona; jer po zakonima se onda samo može raditi, kad zakone dobro razumeju oni, koji ih vrše. Do sad je grešeno što se pri pisanju zakona nije imao na umu faktički narodni život; što se pri pisanju zakona nije pazilo na narodne pojmove i običaje; i što su na zakonima radili ljudi, koji ili nisu poznavali narod, njegov život i njegove potrebe, ili koji nisu imali uverenja, da im se valja obzirati pri pisanju zakona na gornje činjenice."[9] Da običajno pravo mora predstavljati polaznu osnovu za kodifikatorski rad tvrdio je i Valtazar Bogišić. On kritikuje neusaglašenost SGZ – a i običajnog prava što je, po njegovom mišljenju, rezultiralo brojnim protivrečnostima u zakonskom tekstu.[10]

Interesantan kritički pogled na *Srpski građanski zakonik* dao je profesor Velike škole u Beogradu, pravnik i državnik Gligorije – Giga Geršić. On se slaže sa mišljenjem pojedinih pisaca da je naš kodeks „bez poznavanja i izučavanja narodnih pravnih pojmova, ustanova i potreba prosto presađen i preveden iz stranoga zakonika te je s toga sasvim strana biljka koja je mehanički nakalemljena na naš narodni pravni život pa mu ne odgovara." Međutim, iako ističe značaj „nacionalnog momenta u pravu", Geršić nije beskompromisni protivnik recepcije stranog zakonodavstva. Tako, po njegovom mišljenju, pravo pokazuje najviše osobenosti u oblasti porodičnog i naslednog prava. Da bi odgovarao potrebama naroda za koji je donet, *Građanski zakonik* u tom segmentu mora predstavljati kodifikaciju običajnopravnih normi. Ali odredbe imovinskog, posebno obligacionog prava sadrže u sebi „elemenat opštosti", „logiku opštih ljudskih odnosa". One se mogu preuzimati iz stranih zakona bez bojazni da neće biti odgovarajuće za prilike u zemlji u kojoj je recepcija izvršena.[11]

---

[9] N. Krstić, *Protokol šabačkog magistrata od 1808 do 1812 godine*, *Glasnik Srpskog učenog društva*, II odeljak, *Građa za noviju srpsku istoriju*, knjiga I, Beograd 1868.

[10] V. Bogišić, *Pisani zakoni na slovenskom jugu*, knj. I, Zagreb 1872, str. 172; V. Bogišić, *Pravni običaji u Slovena*, knj I, Beograd – Podgorica 1999, str. 25 – 26.

[11] G. Geršić, *Priroda državine i osnova njene pravne zaštite sa kritičkim pogledom na naš Građanski zakonik*, *Glasnik Srpskog učenog društva*, knj. 64, Beograd 1885, str. 100 – 105.

II

Vrsni poznavalac običajnog prava i zadružnog života, istoričar i književnik Milan Milićević je kroz analizu zakonskih odredaba o porodičnoj zadruzi kritikovao način na koji je ova ustanova koncipirana u *Građanskom zakoniku*. Kako prema prvobitnoj formulaciji člana 529 SGZ – a ženska deca u zadruzi nemaju naslednih prava, Milićević zaključuje da vlast želi opstanak ovih patrijarhalnih porodica. Po njegovom mišljenju *Zakonik* je vrlo neprirodan i neće biti dugog veka „jer je za ekonomski napredak naroda i države zadruga štetno stanje". Podeljeni zadrugari uvek više steknu nego dok su u zadruzi. On to ilustruje jednim primerom: "5 oženjenih glava u zadruzi ima 6 volova, troje kola, 30 – 40 goveda, 80 – 100 ovaca – imaju koliko im treba i za više neće ni brinuti; ako se podele – svaki mora nabaviti dva vola, to je već 10 a ne 6, svaki svoja kola, eto 5 umesto 3 u zadruzi. Tako je sa stokom i imanjem svake vrste". Milićević smatra da je u ekonomskom interesu zadrugara da se podele dok su mladi i sposobni za rad, jer u starosti više nemaju snage za težak rad i kućenje. Po autorovom mišljenju, postojanje zadruge je bilo opravdano samo u vreme dok je Srbija bila pod turskom vlašću, jer je tada narod unutar svojih patrijarhalnih porodica pronalazio sigurnost i utočište od turskih zuluma i nasilja. Sa jačanjem državne vlasti ovi argumenti u prilog opstanka kućnih zadruga nestaju. Milićević smatra da je patrijarhalna porodica u XIX veku sasvim izlišna, osim u Vojnoj granici Austrijske monarhije gde predstavlja ekonomsku podlogu za izdržavanje vojnika – graničara. Zato je neophodno *Zakonikom* maksimalno uprostiti deobnu proceduru i na taj način znatno olakšati podele zadružnih domaćinstava. Pisac stoga kritikuje formulaciju člana 496 SGZ – a kojom je propisan deobni postupak kao nejasnu i kontradiktornu. Pomenutom odredbom dozvoljena je zadružna deoba uz saglasnost svih članova domaćinstva. Kako je u paragrafu 492 SGZ –a navedeno da niko nije dužan da živi u zajednici, autor smatra da deoba mora biti dozvoljena u svakom slučaju, pa čak i onda kada je zahteva samo jedan zadrugar, i da je stoga neophodno preinačiti član 496 kodeksa u navedenom smislu. Podrazumeva se, naglašava autor, da će, ukoliko ne postoji saglasnost ukućana, podela biti sprovedena sudskim putem.[12] Milićević je jedini autor koji ne

[12] M. Đ. Milićević, *Pregled zadružnog stanja Srba seljaka*, *Glasnik Društva srbske slovesnosti* IX (1857), str. 152 – 161. Milićevićevo mišljenje o nužnosti preinačenja člana 496 SGZ – a deli i Pavel Šeroglić. V. o tome P. Šeroglić, *Pregled Zakonika Građanskog za Knjažestvo Srbiju, 25. marta 1844. obnarodovanog*, *Bačka vila*, broj 4, Novi Sad 1845, str. 149.

smatra da je Hadžić putem *Zakonika* olakšao zadružne deobe i na taj način uskorio propast patrijarhalnih porodica, već se zalaže za pojednostavljenje deobne procedure i ubrzanje zadružnih podela.

Za razliku od Milićevića, pristalice zadružnog života oštro kritikuju način na koji je Hadžić regulisao kućnu zajednicu. Tako profesor Međunarodnog javnog prava na Velikoj školi Milenko Vesnić i profesor Građanskog prava Andra Đorđević zameraju srpskom zakonopiscu da je, primenom rimskog koncepta privatne, individualne svojine na zadružnu imovinu razorio porodičnu zadrugu.[13] Istaknuti pravni istoričar Branislav Nedeljković je nešto blaži u oceni negativnih strana kodeksa, ali i on ističe da je *Zakonikom* iz osnova promenjen kolektivni oblik baštinske svojine karakterističan za porodičnu zadrugu prema odredbama običajnog prava.[14]

Znameniti pravnik Slobodan Jovanović je posvetio posebnu raspravu Jovanu Hadžiću i njegovom zakonodavnom radu. On smatra da je autor *Srpskog građanskog zakonika* neopravdano optužen da je namerno razorio našu porodičnu zadrugu i na taj način uništio naše ekonomsko blagostanje i poremetio socijalni razvitak. Naprotiv, prema Jovanovićevom mišljenju, Hadžić je učinio ozbiljan napor da patrijarhalnu porodicu pravno organizuje. Ono što se njemu može zameriti je da „nije pronikao duh zadruge". Jovanović Hadžiću pripisuje nepoznavanje pravne prirode i suštine ove tradicionalne porodične forme, što je rezultiralo kontradiktornim odredbama o zadruzi. Naime, na pojedinim mestima Hadžić definiše zadružnu svojinu kao kolektivnu, zajedničku svojinu cele kuće. U drugim, pak, članovima, autor *Zakonika* tretira zadružnu svojinu kao susvojinu sa opredeljenim udelima zadrugara u njoj. Po Jovanovićevom mišljenju, zadružnu svojinu je u svim članovima kodifikacije trebalo regulisati kao kolektivnu svojinu, jer je samo taj svojinski oblik u skladu sa običajnopravnom prirodom porodične imovine kućne zadruge. Hadžićevo definisanje zadružne svojine u pojedinim članovima kao susvojine, rezultat je činjenice da je srpski zakonopisac poznavao samo individualnu, privatnu svojinu rimskog prava: "Kako je Hadžić iz rimskog prava znao samo za ličnost kao nosioca prava svojine, razlikovao je u zadružnom dobru onoliko ličnih delova koliko ima zadrugara... Zadruga je jedan oblik kolektivne i ograničene svojine, Hadžić, međutim, primenio je na nju načela neo-

[13] M. Vesnić, *Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru i njegova važnost za nauku i zakonodavstvo*, *Godišnjica Nikole Čupića* XII (1891), str. 200; A. Đorđević, *Sistem privatnoga (građanskoga) prava Kraljevine Srbije u vezi sa međunarodnim privatnim pravom*, *Prva knjiga: Opšti deo*, Beograd 1893, str. 38 – 39.

[14] B. Nedeljković, *Istorija baštinske svojine*, Beograd 1936, str. 204 – 206 = *Izabrani radovi*, priredio M. Šuković, Podgorica 2005, str. 206 – 207.

graničene i lične svojine.“ Jovanović doduše priznaje da je srpski kodifikator tretirajući zadružnu svojinu kao susvojinu olakšao deobu zadruga, ali istovremeno ističe da je taj proces uzeo maha i pre donošenja SGZ – a. Iako je Hadžić možda ubrzao propast zadružnih familija, njihov opstanak je bio nemoguć usled prelaska na robnonovčanu privredu i proizvodnju za tržište.[15]

U savremenoj pravnoj doktrini su romanisti posvetili veću pažnju pitanju neposredne recepcije rimskog prava u *Srpskom građanskom zakoniku*. Prema ovom stanovištu, Hadžić je pojedine rimske pravne ustanove i institute neposredno preuzeo iz Justinijanove kodifikacije, ne uzimajući pri tom u obzir način na koji su oni koncipirani u Austrijskom *Opštem građanskom zakoniku*. Profesor Rimskog prava na Pravnom fakultetu u Novom Sadu Antun Malenica je proučavao sličnosti pravnog lica u *Corpus iuris civilis* i srpskoj kodifikaciji. On najpre ističe da rimsko pravo ne poznaje apstraktan pojam pravnog lica čiji je subjektivitet različit od subjektiviteta svojih članova, već mogućnost da se više lica javi kao strana u pravnom odnosu. I Hadžić u pravnom licu vidi pre svega grupu ljudi, a ne subjekt prava koji je sasvim različit od svojih članova. „Pravno lice je po srpskom zakoniku vrlo jednostavan i konkretan pojam, čine ga ljudi koji su se udružili. *Zadruga* kao pravno lice nije definisana na apstraktan način. Ona nije subjekt prava potpuno različit od ljudi koji je čine već je to zajednica ljudi, srodnika.“ Kao ni članovi pravnog lica rimskog prava, tako ni zadrugari ne gube svoj pravni subjektivitet. Obzirom da svojim udelom u zadružnoj imovini mogu slobodno da raspolažu, ne utapaju se u porodičnu zadrugu lično i imovinski.[16]

Izvestan uticaj rimskog prava primetan je i u formulisanju odredaba *Srpskog građanskog zakonika* koje predviđaju kolektivan karakter zadružne svojine. Zadružna svojina je definisana kao zajednička, kolektivna svojina u članu 508 *Zakonika* koji glasi: „Što je god imanja i dobara u zadruzi, nije jednoga no sviju; i što god koji u zadruzi pribavi, nije sebi no svima je pribavio.“[17] Ovakav imovinskopravni režim zadružnih dobara koja se nalaze u svojini cele porodične zadruge, odgovara običajnopravnom regulisanju patrijarhalne porodice, ali i jednom institutu rimskog prava. Reč je o posebnoj vrsti ortakluka – *societas ercto non cito* (*ercto*

[15] S. Jovanović, *Jovan Hadžić srpski zakonopisac*, *Političke i pravne rasprave*, sveska I, Beograd 1908, str. 86 – 95 = *Sabrana dela Slobodana Jovanovića*, priredili R. Samardžić i Ž. Stojković, tom 2, knjiga druga, Beograd 1990, str. 282 – 286.

[16] A. Malenica, *Rimska pravna tradicija u srpskom pravu*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, XXXVIII, broj 2 (2004), tom I, str. 135 – 138.

[17] G. Niketić, *Građanski zakonik Kraljevine Srbije protumačen odlukama odeljenja i opšte sednice Kasacionoga suda*, Beograd 1922, str. 314.

non cito na latinskom znači *nepodeljena imovina*, a naziv ortakluka potiče od imenice *erctum* – imovina i glagola *ciere* – deliti). On predstavlja prirodnu zajednicu života i imovine nastalu smrću *pater familias* – a među njegovom decom, koja traje do deobe porodične imovine. Struktura ortakluka je u potpunosti u skladu sa pojmom koji u modernoj pravnoj nauci označava integralnu kolektivnu svojinu. Svaki član udruženja je titular prava svojine na celokupnoj zajedničkoj imovini, sve do trenutka razvrgnuća porodične imovine putem tužbe *actio familiae erciscundae* (tužba za podelu nasledničke zajednice). Ortakluk *ercto non cito* vodi poreklo od konzorcijuma (*consortium*) – velike krvnosrodničke familije, u kojoj je više bračnih parova sa svojim potomstvom živelo na zajedničkom, nepodeljenom imanju.[18]

* *
*

Srpskom građanskom zakoniku je u naučnoj i stručnoj javnosti često osporavana pravna vrednost i značaj. Okarakterisan kao neuspela kopija Austrijskog *Opšteg građanskog zakonika*, smatran je neodgovarajućim za društvene prilike i potrebe u zemlji za koju je donet. Naročito su kritikovane odredbe o porodičnoj zadruzi, jer je zbog načina na koji su one formulisane ubrzana propast patrijarhalnih porodica.

I pored svojih nedostataka srpski kodeks je bio od izuzetne važnosti za razvoj srpskog prava, države i društva u celini. Garantovanjem neprikosnovenosti privatne svojine pojačana je pravna sigurnost, a ozakonjenjem novih društvenih i ekonomskih odnosa otvoren put bržem privrednom razvoju zemlje. Uz brojne izmene i dopune ovaj pravni akt je obeležio niz epoha. Nadživevši samostalnu srpsku državu, Kraljevinu Jugoslaviju i Drugi svetski rat, *Građanski zakonik* je stekao epitet najvažnijeg i najdugotrajnijeg pravnog spomenika u oblasti privatnog prava na ovim prostorima.

[18] Opširnije o ortakluku *ercto non cito* v. Gaius, *Inst.* III, 154; P. Frezza, *Consortium*, *Novissimo Digesto italiano*, terza edizione, priredili A. Azara – E. Eula, Torino 1957, pp. 245 – 247.

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

Critiques of *Serbian Civil Code* of 1844 with Special Reference to Provisions on *Zadruga*

Abstract

Critiques of *Serbian Civil Code* of 1844 were presented in this paper. Namely, *Serbian Code* was not an original work, but rather abridged version of *Austrian Civil Code* (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*). Critics objected to author of the *Code* Jovan Hadžić that he took himself too much liberty in his redaction work, so that some provisions become unclear. Hadžić was also criticized for very difficult language and style of codification and sometimes inaccurate legal terminology. But mostly Hadžić was criticized for miscomprehension of the legal nature of so – called *zadruga* (extended family, common among South Slavs), product of customary law. The entire institute of *zadruga* was regulated rather superficially, so that sometimes it was considered as a legal entity and sometimes as a condominium. Therefore, critiques of the provisions on *zadruga* were particularly examined in this paper.

Key words: *Serbian Civil Code* of 1844, critiques, *zadruga*, customary law, *zadruga's* property, divisions of *zadrugas*.

Originalni naučni rad UDK 351.777.612(37)
doi:10.5937/zrpfns46-1993

Dr Samir Aličić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

KANALIZACIJA (*CLOACA*) U RIMSKOM PRAVU[1]

Sažetak: *U radu se razmatra pravna zaštita kanalizacije u rimskom pravu. Nakon analize pojma kanalizacije i razloga njene zaštite u rimskim pravnim tekstovima, razmatrani su pretorski interdikti kojima se obezbeđuje zaštita kanalizacionog sistema i njegovo nesmetano održavanje i izgradnja. Zatim je razmotrena neprimenljivost procesnog sredstva operis novi nuntiatio i interdikta uti possidetis u materiji kanalizacije. Na kraju, razmotrena su ograničenja upotrebe kanalizacije koja se sastoje u zabrani nanošenja štete trećim licima putem njenog korišćenja ili opravke i određenim obavezama javnopravnog karaktera.*

Ključne reči: *kanalizacija, cloaca, interdikti, salubritas, operis novi nuntiatio, uti possidetis, cautio damni infecti, javni interes, rimsko pravo.*

1. Uvod

Po rečima grčkog pisca Dionizija iz Halikarnasa, izgradnja kanalizacije je uz vodovode i popločane puteve jedno od tri najveća dostignuća Rimske imperije.[2] Ove reči razumeće svaki turista koji ugleda etrurske svodove glavne rimske kanalizacione cevi na mestu gde se ona i danas uliva u Tibar, u blizini *Ponte rotto* i *Ponte palatino*. Bez nje Rima verovatno ne bi ni bilo, jer je upravo isušivanje nezdravih močvara u podnožju sedam rimskih brežuljaka omogućilo da skupina pastirskih naselja na njihovim vrhovima preraste u grad. *Cloaca maxima*, koja je po rimskoj

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

[2] Dionysius, Antiquitates Romanae, 3.67.5.

tradiciji potvrđenoj arheološkim istraživanjima počela da se gradi još u vreme etrurskih kraljeva u šestom veku pre nove ere,[3] i danas služi svrsi i odvodi otpadne vode iz starog dela Rima.

Bez preterivanja možemo reći da je kanalizacija za Rimljane bila svetinja. Poštovali su je personifikovanu u vidu boginje pod imenom *Cloacina*, jednog od retkih „originalnih" rimskih božanstava kojima nema paralele u grčkom i istočnjačkom panteonu. Ostatke njenog svetilišta (*Sacrum Cloacina*), koje potiče verovatno iz sredine perioda republike,[4] vidimo i danas na Forumu, na *Via Sacra*, glavnoj ulici starog Rima, ispred ostataka bazilike Emilija i tačno iznad najveće gradske kanalizacione cevi *Cloaca maxima*.

I rimski pravnici bili su svesni ogromnog značaja kanalizacije za Rim, i zbog toga su joj obezbedili posebnu pravnu zaštitu. Osnovno sredstvo zaštite bili su interdikti, pretorski nalozi strankama da se uzdrže od primene sile, kojima je posvećeno poglavlje Justinijanovih Digesta *O kanalizacijama* (*De cloacis* - D.43.23). Posebna zaštita kanalizacije ogleda se i u zabrani primene državinskog interdikta *kako posedujete* (*uti possidetis*) i *prijave nove gradnje* (*operis novi nuntiatio*) protiv lica koje održava kanalizaciju koja prolazi preko tuđeg zemljišta. Pored zaštite kanalizacije putem navedenih procesnih sredstava, u ovom radu analiziraćemo i ograničenja za korisnike kanalizacije koja se ogledaju u zabrani nanošenja štete drugima i izvesnim obavezama prema organima vlasti.

2. Svrha posebne zaštite kanalizacije

U poglavlju Digesta *De cloacis* Ulpijan objašnjava u čemu je svrha posebne zaštite kanalizacije:

D.43.23.1.2 ULPIJAN, iz sedamdeset prve knjige o ediktu: *Pretor je, naime, putem ovih interdikata vodio računa, da se kanalizacije i čiste i opravljaju, što se tiče kako zdravlja tako i zaštite zajednice građana; jer i*

[3] Livius, Ab Urbe condita, 1.56.

[4] Ovo svetilište pominje još Plaut (Curculio, 471). U njegovo vreme nalazilo se ispred *Tabernae novae*, niza lokala koji će posle biti porušen da bi se napravila bazilika Emilija. Ipak, moguće je da je svetilište i starijeg datuma. O njegovom izgledu, pored arheoloških nalaza, svedoče i Plinijev opis (Naturalis Historia, 15.119), kao i slika na jednom novčiću Lucija Musidija Longa iz vremena drugog trijumvirata. U pitanju je bilo malo svetilište koje se sastojalo od ozidanog podijuma okruglog oblika sa metalnom ogradom, na kome su se nalazile dve ženske statue i još neki simboli. Kloakina je bila predstavljena kao žena koja maše buketom cveća. Nije poznato zašto su bile dve statue, kao ni zašto je Kloakina kasnije poistovećena sa Venerom i poštovana kao *Venus Cloacina*.

zagađena atmosfera i rušenja (zgrada) prete zbog prljavštine kanalizacija, ako se ne opravljaju.[5]

Iz ovog teksta se vidi da je osnovni predmet zaštite putem pretorskih interdikata obezbeđenje nesmetane opravke i čišćenja kanalizacije. Svrha ove posebne zaštite koju kanalizacija uživa je zaštita zdravlja i bezbednosti zajednice građana. Dve glavne opasnosti koje prete ukoliko se kanalizacija ne održava su rušenje zgrada (*ruinas*) i zagađena atmosfera (*caelum pestilens*).

Nigde se u izvorima ne navodi na koji način zapuštena kanalizacija može da izazove rušenje zgrada, ali to nije teško zaključiti po logici stvari. Ako dođe do izlivanja kanalizacije, voda može podlokati temelje zgrada i dovesti do njihovog rušenja. Ovo je u Rimu bila veća opasnost nego danas, zbog lošeg kvaliteta gradnje stambenih višespratnica (*insulae*).

Nešto je složeniji problem, na koji način kanalizacija može da zagadi vazduh, i zašto bi to trebalo sprečiti pravnim sredstvima? Savremeni naučnici uglavnom ne sumnjaju da je u rimsko doba uprkos niskom nivou tehnološkog razvoja, ili baš zbog toga, postojao značajan stepen zagađenja životne sredine, verovatno najveći pre industrijske revolucije.[6] Rimljani, međutim, ovoga nisu bili svesni, a i ako jesu, to na polju prava nije dalo rezultate. Doduše, neke norme rimskog prava mogle su da rezultiraju u smanjenju zagađenja prirodne, poput zabrane zagađenja javnih i privatnih vodotokova i izvora, bacanja smeća, držanja u gradu nekih radionica koje emituju puno dima, seče drveća u svetim šumama, itd. Međutim, romanisti su saglasni da su one donošene samo radi zaštite interesa građana, bilo kao pojedinaca, bilo kao zajednice.[7] Ideju o zaštiti apstraktno shvaćene prirode Rimljani nisu imali.

---

[5] D.43.23.1.2 ULPIANUS libro septuagensimo primo ad edictum *Curavit autem praetor per haec interdicta, ut cloacae et purgentur et reficiantur, quorum utrumque et ad salubritatem civitatium et ad tutelam pertinet: nam et caelum pestilens et ruinas minantur immunditiae cloacarum, si non reficiantur.*

[6] M. Fiorentini: *Precedenti di diritto ambientale a Roma? I La contaminazione delle acque*, INDEX 34/2006., str. 355. Među značajnijim radovima na temu zagađenja u antičko doba videti: K. W. Weber: *Smog über Attika. Umweltverhalten im Altertum*, München 1991.; S. C. Chew: *World Ecological Degradation. Accumulation, Urbanisation, and Deforestation 3000 B.C. – A.D. 2000*, Walnut Creek 2001.; S. Hong – J. P. Candelone – CC. Patterson – C. Boutron: *History of ancient copper smelting pollution during roman and medieval time recorded in Greenland ice*, Science 272/1996., str. 246. i dalje. Od domaće literature na ovu temu videti: M. Sič: *Stari Rimljani su znali da je olovo opasan otrov ali su to tolerisali – da li se to događa i danas?*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 45, 3/2011, str. 427-442.

[7] Od kada je osamdesetih godina objavljen prvi rad na ovu temu, E. Nardi: *Inquinamento e diritto romano*., Seminario giuridico dell'universita di Bologna 103/1984., str. 755-

Ulpijan kaže da se zagađena sredina (*caelum pestilens*) doživljava kao pretnja zdravlju (*salubritas*) građana. Ova ideja potiče od tzv. mijazmatičke teorije o širenju zaraznih bolesti, koju je zastupao Ulpijanov savremenik, čuveni lekar Galen, za koju je tek krajem devetnaestog veka dokazano da je netačna.[8] Naime, Rimljani nisu znali da se epidemije šire putem kontakta sa zaraženom osobom. Verovali su da se bolest širi kroz vazduh u vidu gasa ili isparenja, zvanog grčkim terminom mijazma (*miasma*) ili latinskim nebulus (*nebulus*), i ulazi u ljudska tela udisanjem. Smatrali su da je taj gas nevidljiv, ali ga je moguće uočiti po neprijatnom mirisu. Ako se takav miris oseti, ne treba ga udisati. Poznata je anegdota koju prepričava Ciceron, da se sicilijanski namesnik Ver pokušavao zaštiti od neprijatnog zadaha u gradovima Sicilije putujući u nosiljci posutoj laticama ruža i ogrnut vencima cveća, dišući kroz jastuče punjeno takođe ružinim laticama.[9] Ovakva naizgled psihotična reakcija na neprijatne mirise postaje razumljivija u svetlu straha od bolesti. Smatralo se da mijazma predstavlja zagađenje vazduha koje potiče od truljenja smeća, fekalnih materija, leševa životinja isl. Ona se može eliminisati javnom higijenom i izborom adekvatnog mesta za nastanjivanje. Tako, Vitruvije savetuje da se gradovi ne osnivaju u blizini močvara, jer iz njih dopiru otrovna isparenja koja ulaze u tela građana, čineći mesto *kužnim* (*locus pestilens*).[10]

768., interesovanje stručnjaka za „ekološke" norme rimskog prava nije prestalo, tako: A. Scobie: *Slums, Sanitation and Mortality in the Roman World*, Clio 68/1986., str. 399-433.; P. Fedeli: *La natura violata. Ecologia e mondo romano*, Palermo 1990.; A. Di Porto: *La tutela della "salubritas" fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone, I: Acque*, BIDR 91/1988., str. 495-570.; Idem: *La tutela della "salubritas" fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone, II Cloace e salubrità dell'aria*, BIDR 92-93/1989-1990., str. 271-309., Idem: *La tutela della "salubritas" fra editto e giurisprudenza. I Il ruolo di Labeone*, Milano 1990.; R. Fischer: *Umwetschützende Bestimmungen im römischen Recht*, Aachen 1996.; A. Wacke: *Umweltschutz im römischen Recht?*, Orbis iuris romani 7/2001., str. 101. i dalje; E. Ruiz-Fernandez: *Notas sobre salubridad e higiene en la antigüedad romana*, Seminarios Complutenses de derecho romano 14/2002., str. 133. i dalje; J. L. Zamora Manzano: *Precedentes romanos sobre el Derecho Ambiental. La contaminación de aguas, canalización de las aguas fecales y la tala ilìcita forestal*, Madrid 2003.; Fiorentini: *op. cit.,* str. 353-400.; M. N. López Gálvez: *Actividades perjudiciales para salubridad del aire de los espacios públicos en el derecho romano*, INDEX 34/2006., 401-426.

[8] Fiorentini: *op. cit*., str. 355, 382.

[9] Cicero, Verrinae 2.5.27 *...lectica octaforo ferebatur, in qua pulvinus erat perlucidas Melitensis rosa fartus; ipse autem coronam habebat unam in capite, alteram in collo, reticulumque ad naris sibi admovebat tenuissimo lino, minutis maculis, plenum rosae.*

[10] Vitruvius, De Architectura, 1.4.1 *Cum enim aurae matutinae cum sole oriente ad oppidum pervenient et his ortae nebulae adiungentur spiritusque bestiarum palustrium venenatos cum neula mixtos in habitatorum corpora flatu spargent, eficient locum pestilentem.* Treba napomenuti da blizina močvara zaista može da poveća rizik od nekih bolesti, posebno od malarije, ali ne na takav način.

Očigledno, pravnici su prihvatili ovu teoriju, što se vidi i iz ovog Ulpijanovog teksta, u kome on komentariše pravnika Nervu:

D.43.8.2.29 ULPIJAN, iz šezdeset osme knjige o ediktu *Zatim kaže, ako bi zbog smrada zemljišta mesto postalo nezdravije...*[11]

Posebna pravna zaštita kanalizacije samo je jedan od aspekata napora pravnika da spreče zagađenje vazduha u gradovima. Ono se ogledalo i u nekim drugim sredstvima, poput zabrane bacanja smeća na javnu površinu i zabrane industrija koje su proizvodile puno dima u gradu.[12] Pravni osnov je nađen u zaštiti javnog interesa, štiteći čistoću (*salubritas*) vazduha (*aer, caelum*) kao stvari zajedičke svim ljudima, koju svi neposredno koriste.[13] Uz napore pravnika i urbanista neprijatan zadah je, bar što se tiče grada Rima, u klasičnom periodu bio eliminisan. Frontin pominje zagađeni vazduh (*infamis aer et remotus*) kao nešto što je u Rimu postojalo u davna vremena (*apud veteres*).[14]

Neprijatni miris vazduha u drevnom Rimu uglavnom nije poticalo od otrovnih hemikalija ili teških metala, nego od gasova koji su poticali od raspadanja organskih materija. Iako neprijatni, oni nisu mogli da ozbiljnije naštete zdravlju. Ipak, ova pogrešna teorija uticala je da se opšti higijenski uslovi poboljšaju. U nastojanju da eliminišu kužni vazduh (*caelum pestilens*) Rimljani su stvorili odličan kanalizacioni sistem i, uopšte, posvećivali veliku pažnju javnoj higijeni. To je na posredan način doprinelo poboljšanju javnog zdravlja, koje je u Rimu bilo na višem nivou nego u većini predindustrijskih društava.

3. Pojam kanalizacije

Ulpijan definiše pojam kanalizacije (*cloaca*) na sledeći način:

D.43.23.1.4 ULPIJAN, iz sedamdeset prve knjige o ediktu: *Kanalizacija, pak, je šupljina, kroz koju protiče nekakav otpad.*[15]

Najbliži rod za pojam kanalizacije je šupljina (*locus cavus*). Specifična razlika u odnosu na druge pojmove te vrste je, da je to šupljina kroz koju protiču otpadne vode (*colluvies*).

---

[11] D.43.8.2.29 ULPIANUS libro sexagensimo octavo ad edictum *Idem ait, si odore solo locus pestilentiosus fiat...*

[12] Videti više u: López Gálvez: *op. cit*., str. 401-426.

[13] López Gálvez: *op. cit*., str. 401-402.

[14] Frontinus, De aquaeductis, 88.3

[15] D.43.23.1.4 ULPIANUS libro septuagensimo primo ad edictum *Cloaca autem est locus cavus, per quem colluvies quaedam fluat.*

Dakle, ne smatra se bilo kakva cev kanalizacijom, nego samo ona kroz koju protiču otpadne vode. Kanalizacija se razlikuje od drugih veštačkih vodotokova kao što su irigacioni kanali, plovidbeni kanali ili vodovodi, pa čak i od tokova za odvođenje suvišne ali nezagađene vode, poput kanala za odvođenje kišnice (ili, savremenim jezikom rečeno, „atmosferske kanalizacije"). I oni mogu da izazovu štetu ako se ne održavaju kako treba putem plavljenja, ali samo od izlivanja kanalizacije preti neposredna opasnost po zdravlje građana. Zato oni ne uživaju posebnu pravnu zaštitu koja je rezervisana za kanalizaciju, i za njih važi drugačiji pravni režim.[16]

Pod izrazom *cloaca* u latinskom jeziku klasičnog perioda se podrazumeva pokrivena kanalizacija. I na osnovu upotrebe ove reči u pravnim izvorima vidi se da se pod njime podrazumeva isključivo podzemna cev, a ne i primitivniji način odvođenja otpadnih voda putem otvorenog kanala.[17] U tom smislu posebno je ilustrativan ovaj Ulpijanov tekst:

D.43.23.1.6 ULPIJAN, iz sedamdeset prve knjige o ediktu: *Pod izrazom „kanalizacija" podrazumevaju se i keramička i olovna cev.*[18]

Iako bi etimološkim tumačenjem moglo da se dođe do zaključka da je *fistula* (izvorno: flauta) manja cev a *tubus* veća, upotreba ovih termina u izvorima pokazuje da se pod izrazom *fistula* podrazumeva olovna cev, a pod *tubus* ili *tubulus* cev od terakote.[19] Dakle, materijal od kog je kanalizacija sačinjena nema značaja, ali je bitno da je u pitanju cev (*tubus, fistula*), odnosno šupljina (*locus cavus*), i to takva kroz koju protiče otpadna voda.

4. Interdikt o javnim kanalizacijama

Još u periodu republike municipalnim propisima bilo je obezbeđeno ovlašćenje magistrata da slobodno konstruišu kanalizacije, uz jedino

[16] I oni, naravno, uživaju pravnu zaštitu, ali drugačije vrste, videti npr. C.11.43 *De aquaeductu*; CT.15.2 *De aquaeductu*; D.39.3 *De aquae et aquae pluvial arcendae*; D.43.20 *De aqua cotidiana et festiva*; D.43.21 *De rivis.*

[17] Tako, novčići koji su upali u kanalizaciju smatraju se nepovratno izgubljenim, kao da su pali u more (D.9.2.27.21). Dužnost roba da silazi u kanalizaciju smatra se opasnom, i usled toga mogu da nastanu teške povrede (D.19.1.54pr). Šteta naneta na kanalizaciji ne može se lako uočiti (D.43.24.15.5).

[18] D.43.23.1.6 ULPIANUS libro septuagensimo primo ad edictum *Cloacae appellatione et tubus et fistula continetur.*

[19] Videti npr. Plinius, Naturalis Historia, 5.31; 16.2; 31.6; 35.12; Varro, De re rustica, 1.8.; Frontinus, De aquaeductis, 1.25 i dalje. Vitruvije je savetovao upotrebu keramičkih tubulusa umesto olovnih fistula, budući da su keramičke cevi zdravije, Vitruvius, De architectura, 8.6.10-11

ograničenje da ne povređuju prava privatnih lica, kao što pokazuju ovi primeri:

ZAKON URSONE 77: *Ako puteve, kanale ili kanalizacije neko od duovira ili edila želi da javno napravi, postavi, izmeni, izgradi ili sazida unutar granica kolonije Genitive Julije, što učini bez povrede privatnih lica, to mu treba biti dopušteno da čini.*[20]

ZAKON TARENTA 9.5 *Ako puteve, rovove, kanalizacije, neko od kvatorvira, duovira ili edila ove municipije iz javnih razloga hoće da napravi, postavi, izmeni, izgradi ili sazida unutar onih granica u kojima se municipija bude nalazila, što učini bez povrede, to mu treba biti dopušteno da čini.*[21]

ZAKON FLAVIJE IRNITANE 83. *Ko puteve, staze, reke, rovove, kanalizacije od duovira ove municipije ili ostalih (magistrata) hoće da napravi, postavi, izmeni, ukoliko to učini po osnovu dekreta dekuriona i upisanih (članova gradskog veća), i unitar granica ove municipije i bez povrede privatnih lica, duovirima, ili ostalima, treba da pripada pravo i ovlašćenje da to učine.*[22]

U periodu republike javne kanalizacije bile su u nadležnosti nižih magistrata, duovira, kvatuorvira i edila. Municipalnim propisima bilo im je omogućeno da neometano izgrađuju i opravljaju komunalnu infrastrukturu, uključujući i kanalizaciju. Pri tome, morali su da vode računa da ne krše javnopravne propise i da ne čine štetu privatnim licima. U gradu Rimu su kanalizacije ispočetka bile u nadležnosti edila, kojima su bili podređeni specijalizovani magistrati nadležni za javnu čistoću *duumviri viis*

[20] L.URS.77 *SI QUIS VIAS FOSSAS CLOACAS IIVIR AEDILISVE PUBLICE FACERE INMITTERE COMMUTARE AEDIFICARE MUNIRE INTRA EOS FINES, QUI COLONIAE IULIAE ERUNT, VOLET, QUOT EIUS SINE INIURIA PRIVATORUM FIET, IT IS FACERE LICETO.*

[21] L.TARENT.9.5 *SI* QUAS VIAS FOSSAS CLOVACAS IIII VIR II VIR AEDILISVE EIUS MUNICIPI CAUSA* PUBLICE FACERE IMMITTERE COMMUTARE AEDIFICARE MUNIRE VOLET INTRA EOS FINIS* QUI* EIUS MUNICIPI ERUNT, QUOD EIUS SINE INIURIA FIAT, ID EI FACERE LICETO.*

[22] L. FLAV. IRNIT. 83. *QUAS VIAS ITINERA FLUMINA FOSSAS CLOACAS FACERE INMITTERE COMMUTARE EIUS MUNICIPII II VIRI AMBO ALTERVE VOLET, DUM EA EX DECURIONUM CONSCRIPTORUMVE DECRETO, ET INFRA FINES EIUS MUNICIPII ET SINE INIURIA PRIVATORUM FIANT, II VIRIS, AMBOBUS ALTERIVE, IT FACERE IUS POTESTASQUE ESTO.*

extra urbem purgandis i *quattuorviri viis in urbe purgandis*. Prvi su se bavili čišćenjem puteva van grada, a drugi čišćenjem gradskih ulica. I jedni i drugi bili su članovi kolegije *vigintisexviri*.[23]

Ove magistrature su početkom principata izgubile značaj, bar što se tiče samog grada Rima, nakon što je Oktavijan Avgust preneo većinu njihovih nadležnosti na novoustanovljenu funkciju nadzornika puteva (*curator viarum*). U njegovu nadležnost je stavljena i briga o javnim kanalizacijama, kao i sprečavanje štete na javnoj infrastrukturi i davanje odobrenja za bilo kakve radove na njoj. Ova funkcija je ispočetka bila jedinstvena, a od imperatora Klaudija je imenovano više kuratora kojima je poveravan nadzor nad pojedinim putevima. Trajan je preneo brigu o kanalizacijama na nadzornike korita Tibra (*curatores alvei tiberi*), koji su se od tada nazivali nadzornicima korita i obala Tibra i kanalizacija Grada (*curatores alvei et riparum Tiberis et cloacarum Urbis*). Ova funkcija po rangu se nalazila između nadzornika javnih spomenika i nadzornika vodovoda. Početkom četvrtog veka potčinjena je prefektu grada (*Praefectus Urbi*). Pre 326. godine njen naziv je promenjen u konzular korita Tibra i kanalizacija (*consularis alvei Tiberis et cloacarum*). *Notitia Dignitatum* početkom petog veka spominju je pod imenom *Comes riparum et alvei Tiberis et cloacarum*.[24]

Pored zaštite koju su joj pružali magistrati, u klasičnom pravu javna kanalizacija uživa zaštitu i putem posebnog pretorskog interidkta. Nakon što je opisao prohibitorni interdikt o privatnim kanalizacijama, Ulpijan kaže:

D.43.23.1.3 ULPIJAN, iz sedamdeset prve knjige o ediktu: *Ovaj, međutim, interdikt primenjuje se na privatne kanalizacije; javne naime kanalizacije zaslužuju javnu brigu.*[25]

Reči pretorskog edikta Ulpijan navodi na sledeći način:

D.43.23.1 ULPIJAN, iz sedamdeset prve knjige o ediktu: *§15 Zatim pretor kaže: „Ono što si učinio na javnoj kanalizaciji ili ubacio u nju, što čini da njeno korišćenje bude lošije, moraš da vratiš (u pređašnje stanje).*

[23] Ove magistrature su bile nisko rangirane i na njih su uglavnom birani ljudi na početku političke karijera. Poznata je anegdota da se budući imperator Vespazijan nije sjajno pokazao kao edil zadužen za gradsku čistoću, i da je imperator Kaligula, kada je video u kakvom su stanju gradske ulice, naredio vojnicima da Vespazijanu za kaznu istresu na glavu nekoliko kanti smeća, Suetonius, Vespasianus 5.

[24] López Gálvez: *op. cit*., str. 411.

[25] D.43.23.1.3 ULPIANUS libro septuagensimo primo ad edictum *Hoc autem interdictum propositum est de cloacis privatis: publicae enim cloacae publicam curam merentur.*

Takođe zabranjujem da nešto bude učinjeno ili ubačeno." § 16 Ovaj interdikt odnosi se na javne kanalizacije, da nešto ne ubaciš u kanalizaciju ili ne učiniš, što bi pogoršalo njeno korišćenje.[26]

Neki autori smatraju da je u ovom tekstu reč o jednom interdiktu, restitutornom, dok se uspomena na prohibitorni interdikt, koji je imao sličnu formulu kao interdikt o privatnoj kanalizaciji, izgubila.[27] U prilog tome bi išlo to što Ulpijan govori o interdiktu u jednini (*hoc interdictum*).

Drugi smatraju da je reč o dva interdikta, jednom restitutornom i jednom prohibitornom, s tim što je na osnovu reči fragmenta jasno da se veći značaj pridaje restitutornom interdiktu.[28] U prilog tome govori to što pretor, nakon što je izložio obavezu da lice koje nešto učini na javnoj kanalizaciji ili nešto ubaci u nju mora da sve vrati u pređašnje stanje, kaže da, takođe, zabranjuje da nešto takvo bude učinjeno.

Drugo timačenje izgleda ispravnije. Naime, izvesno je da je javnoj kanalizaciji bila obezbeđena i restitutorna i prohibitorna zaštita. To što Ulpijan govori o jednom a ne o dva interdikta samo je posledica činjenice da rimski pravnici nisu robovali doktrinarnim šemama. Za njih verovatno nije bilo nemoguće da jedan interdikt ima i restitutorno i prohibitorno dejstvo, a da istovremeno bude smatran za jedinstveno procesno sredstvo. Ovo tim pre što je prohibitorno dejstvo ostalo u senci restitutornog. U Ediktu je ono samo uzgred pomenuto, pa nije čudno što se Ulpijan na njega ne osvrće.

Ono što je nesumnjivo jeste da je ovim interdiktom obezbeđena dodatna zaštita javne kanalizacije od strane građana, pored zaštite koju su joj pružali magistrati.[29]

5. Interdikt o čišćenju i opravci privatne kanalizacije

Na početku poglavlja Digesta *O kanalizacijama* (*De cloacis* - D.43.23) Ulpijan navodi reči pretorskog edikta kojima je propisana interdiktna zaštita za lica koja žele da oprave ili očiste kanalizaciju koja vodi kroz tuđu zgradu:

---

[26] D.43.23.1 ULPIANUS libro septuagensimo primo ad edictum *§15 Deinde ait praetor: 'Quod in cloaca publica factum sive ea immissum habes, quo usus eius deterior sit fiat, restituas. item ne quid fiat immittaturve, interdicam'. §16 Hoc interdictum ad publicas cloacas pertinet, ne quid ad cloacam immittas neve facias, quo usus deterior sit neve fiat.*

[27] Di Porto: (1989-1990), str. 276-278.

[28] López Gálvez: *op. cit*., str. 415.

[29] López Gálvez: *ibid*.

D.43.23.1pr ULPIJAN, iz sedamdeset prve knjige o ediktu: *Pretor kaže: „Zabranjujem da silom sprečiš da (neko) onu kanalizaciju koja iz njegovih zgrada vodi na tvoje, oko koje se vodi spor, očisti ili opravi. Narediću da pruži garanciju za štetu koja još nije učinjena (cautio damni infecti), za ono što bi nastalo usled grešaka u njegovom radu.“*[30]

Ne znamo kada je tačno uveden ovaj interdikt, ali to je svakako moralo biti pre sredine prvog veka pre nove ere, jer iz tog perioda potiče prva literarna referenca u kojoj se ovi interdikti pominju (Cicero, Pro Caecina 36). I prvi poznati komentatori ovog edikta među rimskim pravnicima, Ofilije i Trebacije (D.43.23.2), živeli su u to vreme. Kako ćemo kasnije videti, njihovim interpretacijama je primena ovog interdikta već bila proširena, što ukazuje da je on verovatno već duže vreme bio predmet pravničke elaboracije, što bi moglo da znači da je kreiran od strane pretora i znatno ranije.

Ulpijan kaže da su se u ovoj rubrici pretorovog edikta nalazila dva interdikta, jedan prohibitorni, drugi restitutorni, i da će najpre razmatrati prohibitorni:

D.43.23.1.1 ULPIJAN, iz sedamdeset prve knjige o ediktu: *Pod ovim poglavljem pretor je smestio dva interdikta, jedan prohibitorni, drugi restitutorni; i najpre (razmatramo) prohibitorni.*[31]

Jasno je da je prohibitorni interdikt onaj koji je naveden na početku poglavlja. Međutim, nije izvesno na šta se odnosi pomenuti restitutorni interdikt. Verovatno je Ulpijan mislio na restitutorni interdikt o zaštiti javne kanalizacije koji smo gore obradili (D.43.23.1.15-16), mada neki romanisti misle da je postojao i jedan restitutorni interdikt za zaštitu privatne kanalizacije.[32]

---

[30] D.43.23.1pr. ULPIANUS libro septuagensimo primo ad edictum *Praetor ait: 'Quo minus illi cloacam quae ex aedibus eius in tuas pertinet, qua de agitur, purgare reficere liceat, vim fieri veto. damni infecti, quod operis vitio factum sit, caveri iubebo'.*

[31] D.43.23.1.1 ULPIANUS libro septuagensimo primo ad edictum *Sub hoc titulo duo interdicta praetor subiecit, unum prohibitorium, alterum restitutorium: et primum prohibitorium.*

[32] Tako, Di Porto dopušta mogućnost da je postojao i jedan restitutorni interdikt sa formulom sličnom interdiktu o javnoj kanalizaciji (D.43.23.1.15). Pored toga što Ulpijan pominje postojanje restitutornog interdikta u tekstu D.43.23.1.1, još u dva teksta u poglavlju *De cloacis* pominje se postojanje dva interdikta za zaštitu kanalizacije (D.43.23.1.1; 1.2; 1.5), A. Di Porto: *op. cit*., str. 276-278. Tako i A. Biscardi: *Interdicta de cloacis*, Novissimo Digesto Italiano 8, Torino 1962, str. 798-799. Ipak, ni na jednom mestu se ne pominje da su postojala dva interdikta *o privatnim kanalizacijama*, nego se samo govori o

Prohibitorni interdikt podiže lice koje je sused sprečio da očisti ili opravi kanalizaciju:

D.43.23.1.5 ULPIJAN, iz sedamdeset prve knjige o ediktu: *Ovaj interdikt, koji je prvi pomenut, je prohibitorni, jer zabranjuje susedu da silom spreči da kanalizacija bude očišćena i opravljena.*[33]

Interdikt može da uloži svako ko želi da opravi ili očisti kanalizaciju, pa čak i lice koje je došlo u posed zgrade putem sile, potajno ili prevarom:

D.43.23.1.7 ULPIJAN, iz sedamdeset prve knjige o ediktu: *Budući, međutim, da se smatra da se opravljanje i čišćenje kanalizacija tiče javne koristi, zbog toga je utvrđeno da u interdikt ne treba da se dodaje „ako nije korišćeno od strane drugoga putem sile, potajno ili prevarom", tako da, i ako neko koristi na takav način, ipak mu se ne zabranjuje ako želi da opravi ili očisti kanalizaciju.*[34]

Dakle, data je prednost javnom interesu nad privatnim, jer se čak i da je stvar stečena *vi clam precario* ne može primeniti protiv interdikta *exceptio vitiosae possessionis*.[35] Lice koje podiže interdikt ne mora da dokazuje da ima stvarno pravo na zgradi sa koje vodi kanalizacija, pa čak ni da ima savesnu i pravno valjanu državinu. Jedino što treba da dokaže je činjenica da ga sused sprečava u radovima na održavanju kanalizacije.

Rimsko pravo poznavalo je službenost provođenja kanalizacije. Tako, Ulpijan jasno kaže:

D.8.1.7 ULPIJAN, iz trinaeste knjige o Julijevom i Papijevom zakonu: *Pravo provođenja kanalizacije je službenost.*[36]

---

tome da su dva interdikta *o kanalizacijama* bila predviđena u pretorskom ediktu. Izvesno je da je pod drugim, restitutornim interdiktom Ulpijan podrazumevao interdikt o javnoj kanalizaciji, koji je naveden malo dalje u tekstu poglavlja. Zato neki autori zauzimaju opreznij stav, tako S. Solazzi: *Tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli 1949., str. 79 i dalje. U svakom slučaju, i ako je postojao restitutorni interdikt o privatnoj kanalizaciji, o njegovoj sadržini nemamo podataka.

[33] D.43.23.1.5 ULPIANUS libro septuagensimo primo ad edictum *Hoc interdictum, quod primum proponitur, prohibitorium est, quo prohibetur vicinus vim facere, quo minus cloaca purgetur et reficiatur.*

[34] D.43.23.1.7 ULPIANUS libro septuagensimo primo ad edictum *Quia autem cloacarum refectio et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur, idcirco placuit non esse in interdicto addendum 'quod non vi non clam non precario ab illo usus', ut, etiamsi quis talem usum habuerit, tamen non prohibeatur volens cloacam reficere vel purgare.*

[35] Fiorentini: *op. cit*., 381; Zamora Manzano: *op. cit*., 61 i dalje.

[36] D.8.1.7 ULPIANUS libro tertio decimo ad legem Iuliam et Papiam *Ius cloacae mittendae servitus est.*

Ova službenost može biti klasifikovana i kao seoska i kao gradska, u zavisnosti od toga da li se ustanovljava na zemljištu ili na zgradama:

D.8.3.2pr. NERACIJE, iz četvrte knjige pravila: *Službenosti seoskih imanja su moći podići više (zgradu) i preprečiti prolaz susedu, ili moći imati kanalizaciju kroz susedovu kuću ili prolaz, ili moći imati nadstrešnicu.*[37]

EG.2.1.3 *Bestelesne (stvari) isto tako su (stvarna) prava na gradskim ili seoskim zemljištima Prava na gradskim zemljištima su odvođenja kišnice, pogleda, kanalizacije, pravo višeg podizanja (zgrade) ili nepodizanja (od strane suseda), i svetlosti, da neko gradi tako, da susedu ne zaklanja svetlost. Prava naseoskim zemljištima, međutim, su put, ili prolaz, ili pravo progona stoke ili životinja, ili provođenja vode, i vodovod; koja su takođe bestelesne (stvari). Ova prava, kako na seoskim tako i na gradskim zemljištima, zovu se službenosti.*[38]

Međutim, interdikt o kanalizaciji ne samo da nema veze sa postojanjem službenosti, koje se zahteva kod primene nekih interdikata, nego se ne pominje ni da je potrebno da je kanalizacija korišćena najmanje godinu dana, kao što je slučaj kod nekih sličnih procesnih sredstava, npr. interdikta *de rivis*.[39]

Interdikt *de cloacis* se podiže protiv suseda koji sprečava opravku ili čišćenje kanalizacije koja prolazi kroz njegovu zgradu. Pod susedom (*vicinus*) u smislu reči edikta podrazumeva se svako lice kroz čiju zgradu prolazi kanalizacija, kako prvi sused, tako i ostali, koliko god se kanalizacija protezala. Nije izričito rečeno da to lice mora biti vlasnik zgrade, iz čega se može zaključiti da se interdiktna zaštita može upotrebiti protiv bilo koga ko ometa radove:

D.43.23.1 ULPIJAN, iz sedamdeset prve knjige o ediktu: *§10 Što pretor kaže „vodi" (pertinet) znači to, da iz njegovih građevina vodi na tvo-*

---

[37] D.8.3.2pr. NERATIUS libro quarto regularum *Rusticorum praediorum servitutes sunt licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium, vel protectum habere licere.*

[38] EG.2.1.3 *Incorporalia etiam sunt iura praediorum urbanorum vel rusticorum. Praediorum urbanorum iura sunt stillicidia, fenestrae, cloacae, altius erigendae domus aut non erigendae, et luminum, ut ita quis fabricet, ut vicinae domui lumen non tollat. Praediorum vero rusticorum iura sunt via, vel iter, per quod pecus aut animalia debeant ambulare vel ad aquam duci, et aquaeductus; quae similiter incorporalia sunt. Haec iura, tam rusticorum quam urbanorum praediorum, servitutes appellantur.*

[39] Di Porto: *op. cit*., str. 280-281.

je, to jest „usmerava se, proteže se, dolazi". §11 I ovaj interdikt se odnosi na najbližeg suseda toliko koliko i na ostale, kroz čije zgrade protiče kanalizacija.[40]

Pod izrazom *zgrade* (*aedes*) Ulpijan podrazumeva bilo koju građevinu (*hic accipere debes pro omni aedificio*). Po širem Labeovom tumačenju, interdikt se može podići uvek kada kanalizacija sa jedne nekretnine vodi na susednu, bez obzira da li se radi o zgradi ili nekoj drugoj nekretnini, na primer njivi:

D.43.23.1.8 ULPIJAN, iz sedamdeset prve knjige o ediktu: *Zatim pretor kaže: „koja iz njegovih zgrada vodi na tvoje". Kao „zgrade" treba da prihvatiš svaku građevinu, to jest sa njegove građevine na tvoju građevinu. Ovo je Labeo šire tumačio da ovom interdiktu ima mesta i ako postoji (prazan) prostor sa bilo koje strane zgrade i ako je recimo, kaže, kanalizacija sa gradske građevine sprovedena na obližnju njivu.*[41]

Interdiktom se zahteva da se sused uzdrži od primene sile i da ne prekida radove na čišćenju ili opravci kanalizacije koja prolazi kroz njegovu nekretninu. Zaštita postignuta na ovaj način bila je veoma efikasna. Kao i kod drugih interdikata, stranka koja ga koristi ne mora da dokazuje da ima stvarno pravo na dobru sa koga kanalizacija vodi, niti da ima po nekom drugom osnovu pravo da ga koristi, kao ni da ima pravo da opravlja kanalizaciju, već samo treba da dokaže činjenicu uznemiravanja. Pretor, ne ulazeći u predmetnu stvar, nalaže drugoj strani da postupi po inter-

---

[40] D.43.23.1 ULPIANUS libro septuagensimo primo ad edictum *§10 Quod ait praetor 'pertinet' hoc significat, quod ex aedibus eius in tuas pertinet, hoc est 'derigitur, extenditur, pervenit'. §11 Et tam ad proximum vicinum hoc interdictum pertinet quam adversus ulteriores, per quorum aedes cloaca currit.*

[41] D.43.23.1.8 ULPIANUS libro septuagensimo primo ad edictum *Deinde ait praetor 'quae ex aedibus eius in tuas pertinet'. aedes hic accipere debes pro omni aedificio, hoc est ex aedificio eius in tuum aedificium. hoc amplius Labeo putabat hoc interdicto locum esse et si area ab utralibet parte aedium sit et si forte, inquit, cloaca ducta sit ex urbano aedificio in proximum agrum.* Di Porto smatra da je u ovom konkretnom primeru kanalizacija konstruisana tako da otpadnim vodama đubri njivu. Ovo je bitno iz razloga što, prema istom autoru, ukazuje na još jedan mogući razlog posebne pravne zaštite kanalizacije, pored zaštite zdravlja i bezbednosti građana: postojanje interesa za skupljanjem fekalija radi đubrenja, Di Porto, *op. cit*., 290-291. Ovo nije nemoguće, ali treba napomenuti da se iz samog teksta ne može zaključiti da se kanalizacija izliva na njivu; pre će biti da se radi o provođenju kanalizacije preko njive. Takođe, arheološki ostaci rimskih kanalizacija teško da bi potvrdili da su one konstruisane sa namerom da sprovedu otpadne vode na obradivo zemljište. Uostalom, septička jama bi bolje poslužila svrsi skupljanja organskog đubriva, i ono sigurno nije bilo toliko vredno da bi uslovilo konstrukciju kanalizacionog sistema i posebni režim njegove pravne zaštite.

diktu, tj. da se uzdrži od primene sile. Tek ako druga strana ospori interdikt dolazi do spora. To se, kao što je u romanistici dobro poznato, dešava retko zbog predviđenih kazni za stranku koja izgubi spor. Zbog toga stranka ne bi ulagala interdikt, odnosno ne bi mu se protivila, ako ne bi bila sigurna da će dobiti spor. I ako bi do spora po interdiktu došlo, to ne bi prekinulo radove na održavanju kanalizacije, već bi pretor samo naložio licu koje obavlja radove da pruži garanciju da sused neće pretrpeti štetu usled radova. Očigledna svrha interdiktne zaštite je da se u javnom interesu spreči prekid radova na održavanju kanalizacije usled kojeg bi moglo doći do njenog izlivanja.

6. Proširenje primene interdikta iz razloga korisnosti na situaciju građenja nove privatne kanalizacije

Iako se pretorski interdikt prvobitno odnosio isključivo na čišćenje i opravku već postojeće kanalizacije, klasični pravnici su širim tumačenjem reči pretorovog edikta njegovu primenu iz razloga korisnosti proširili i na gradnju nove kanalizacije:

D.43.23.1.9 ULPIJAN, iz sedamdeset prve knjige o ediktu: *Zatim Labeo isto tako onoga, koji hoće da poveže privatnu kanalizaciju sa javnom, brani, da mu ne bi bilo učinjeno nasilje. Ali i ako neko hoće da načini takvu kanalizaciju, koja bi imala izlaz u javnu kanalizaciju, Pomponije piše da ne treba da bude sprečen.*[42]

D.43.23.2 VENULEJ, iz preve knjige interdikata *Iako se ovaj interdikt odnosi na kanalizaciju koju treba opraviti, a ne i na novu koja treba da bude napravljena, ipak Labeo jednako kaže da treba da postoji interdikt, da se onome koji pravi kanalizaciju ne nanosi nasilje, jer je korist (ovog posla) ista, pretor je naime tako izdao interdikt, da se ne čini nasilje, kojim bi se sprečilo da se kanalizacija napravi na javnom (mestu); to misle i Ofilije i Trebacije. Kaže da isto treba da bude odlučeno, da za čišćenje ili opravku jednom napravljene kanalizacije nije potrebna dozvola putem naloga (magistrata), ali za pravljenje nove to naravno treba da bude odobreno, od strane onog (magistrata) kome pripada briga o javnim putevima.*[43]

---

[42] D.43.23.1.9 ULPIANUS libro septuagensimo primo ad edictum *Idem Labeo etiam eum, qui privatam cloacam in publicam immittere velit, tuendum, ne ei vis fiat. sed et si quis velit talem cloacam facere, ut exitum habeat in publicam cloacam, non esse eum impediendum Pomponius scribit.*

[43] D.43.23.2 VENULEIUS libro primo interdictorum *Quamquam de reficienda cloaca, non etiam de nova facienda hoc interdicto comprehendatur, tamen aeque interdicen-*

Ovo proširenje primene interdikta moralo se dogoditi dosta rano, jer je se među pravnicima koji su ga zastupali pominju pretklasičari Ofilije i Trebacije, kao i pravnik iz ranog klasičnog perioda Labeo. Sa njima se, kako izgleda, slažu i Venulej i Ulpijan, kao i Pomponije, koji je otišao i korak dalje smatrajući da nikom ne treba da bude zabranjeno da se priključi na javnu kanalizaciju. Ipak, za razliku od opravke kanalizacije, za koju nije potrebna dozvola organa vlasti, da bi se napravila nova kanalizacija neophodan je, po mišljenju Labea, nalog (*interdictum*) magistrata koji se brine o javnim putevima u čijoj je nadležnosti, kako je već rečeno, bila i briga o kanalizacijama.

Nije sasvim jasno da li se takvo odobrenje može dati i za gradnju na privatnom, ili samo javnom zemljištu? Takođe, ako se može graditi kanalizacija na privatnom zemljištu, da li će pretor automatski odbiti interdikt lica koje nema dozvolu magistrata, ili bi sused morao da se upusti u interdiktni spor da bi dokazao ovu činjenicu? Analogija sa interdiktom za održavanje kanalizacije koji je moglo uložiti čak i lice koje bi silom ili prevarno došlo u posed dobra sa kojeg vodi kanalizacija govori u prilog drugog rešenja, mada pri sadašnjem stanju izvora konačno rešenje ovog pitanja nije moguće.

7. Neprimenljivost interdikta uti possidetis i operis novi nuntiatio

Interdikt *uti possidetis* štiti držaoca nepokretne stvari. Njime se licu koje vrši uznemiravanje nalaže da se uzdrži od primene sile. Pretor kaže da se ovaj interdikt ne primenjuje na kanalizacije:

D.43.17.1pr ULPIJAN, iz šezdeset devete knjige o ediktu *Pretor kaže: „Zabranjujem da se silom učini, da one zgrade, oko kojih se vodi spor, više ne posedujete, izuzev ako ste ih stekli silom, potajno ili prevarom. Za kanalizacije neću dati ovaj interdikt. Niti na više, nego što ova stvar vredi; dopuštam da se podigne u toku godinu dana, od momenta kada je imao ovlašćenje da ga upotrebi.“*[44]

---

dum Labeo ait, ne facienti cloacam vis fiat, quia eadem utilitas sit: praetorem enim sic interdixisse, ne vis fieret, quo minus cloacam in publico facere liceret: idque Ofilio et Trebatio placuisse. ipse dicendum ait, ut ne factam cloacam purgare et restituere permittendum sit per interdictum, novam vero facere is demum concedere debeat, cui viarum publicarum cura sit.

[44] D.43.17.1pr ULPIANUS libro sexagensimo nono ad edictum *Ait praetor: 'Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. de cloacis hoc interdictum non dabo. neque pluris, quam quanti res erit: intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam'.*

Po mišljenju formulisanom od strane Savinjija, to znači da se ovo procesno sredstvo ne može koristiti za zaštitu lica koje ima službenost kanalizacije, jer ono ima na raspolaganju interdikt o kanalizacijama te mu dodatna zaštita nije potrebna.[45]

Solaci daje drugačije tumačenje, smatrajući da to znači da se interdikt *uti possidetis* ne može koristiti protiv lica koje opravlja ili čisti kanalizaciju.[46]

Di Porto prihvata i jedno i drugo mišljenje i smatra da je pretor generično zabranio upotrebu ovog interdikta u materiji kanalizacije uopšte.[47]

Savinjijevo tumačenje je malo verovatno, jer teško da bi pretor dopustio primenu interdikta *uti possidetis* protiv lica koje ima službenost kanalizacije. Ovo tim pre što se licu koje nema službenost niti pravovaljanu državinu, i koje je došlo u posed stvari silom, prevarom ili zloupotrebom poverenja, ne zabranjuje da opravi kanalizaciju. Druga dva tumačenja izgledaju izvesnija.

Protiv lica koje opravlja ili čisti kanalizaciju nije primenljivo ni procesno sredstvo *operis novi nuntiatio*. Ono se sastoji u zabrani da neko nastavi sa gradnjom kojom se krše pravni propisi. Ona se može podneti kako protiv onoga ko krši nečije privatno pravo, tako i protiv onoga ko ugrožava javni interes. U slučaju da neko podnese prijavu nove gradnje, onaj koji izvodi radove mora da prestane sa njima dok se ne utvrdi da li ima pravo da ih nastavi.[48]

U slučaju da neko uputi prijavu licu koje izvodi radove na opravci ili čišćenju kanalizacije, ono ignorišući prijavu može da nastavi sa radovima:

D.43.23.1.13 ULPIJAN, iz sedamdeset prve knjige o ediktu: *Ako mi je neko dok sam čistio ili opravljao kanalizaciju prjavio nove radove, veoma ispravno je rečeno da prenebregavajući prijavu mogu da nastavim opravljati ono što sam započeo.*[49]

Razlog za takvo rešenje leži u javnom interesu. Dok bi se čekalo da se utvrdi da li preduzimač ima pravo da nastavi radove ili ne, zakašnjenje

[45] C. F. Savigny: *Das Recht des Besitzes*, Wien 1865., 496. ss.
[46] Solazzi: *op., cit*., 86.
[47] Di Porto, *op. cit*., 282-287.
[48] Videti: D.39.1 *De operis novi nuntiatione*.
[49] D.43.23.1.13 ULPIANUS libro septuagensimo primo ad edictum *Si quis purganti mihi cloacam vel reficienti opus novum nuntiaverit, rectissime dicetur contempta nuntiatione me posse reficere id quod instituerat.*

sa radovima na kanalizaciji moglo bi da ugrozi javnu bezbednost i zdravlje građana. Između javnog interesa, da se obezbedi javna čistoća, i privatnog, da se ne spreči povreda granica susednog imanja, daje se prednost javnom interesu:[50]

D.39.1.5.11 ULPIJAN, iz pedeset druge knjige o ediktu *Ako neko hoće da opravi ili očisti kanale ili kanalizacije, s pravom se zabranjuje prijava novih radova (operis novi nuntiatio), jer je u interesu javnog zdravlja i bezbednosti da se kanalizacije i kanali čiste.*[51]

U sačuvanim fragmentima govori se isključivo o opravci ili čišćenju kanalizacije. Nije poznato da li se *operis novi nuntiatio* primenjuje u slučaju gradnje nove kanalizacije.

Inače, pravilo o neprimenljivosti *operis novi nuntiatio* u situaciji kada bi zbog zakašnjenja sa radovima mogla nastupiti opasnost prošireno je sa čišćenja i opravke kanalizacije na sve situacije te vrste, tj. i na radove koji nemaju veze sa kanalizacijom, ali usled čijeg bi odlaganja mogla nastupiti opasnost (D.39.1.5.12).

Lice koje opravlja kanalizaciju ne sme biti sprečeno čak ni ako to čini bespravno, pod uslovom da opravku vrši da bi sprečilo opasnost od izlivanja kanalizacije. Naime, ako lice koje obavlja radove na kanalizaciji prenebregne *operis novi nuntiatio* i nastavi sa radovima, i lice koje je uložilo prijavu ga tuži, sudija po službenoj dužnosti mora da odbije tužbu ako utvrdi da bi usled obustave radova mogla da nastane opasnost, čak i ako su drugi uslovi za podnošenje prijave ispunjeni, čime će indirektno legalizovati rad:[52]

D.39.1.5.13 ULPIJAN, iz pedeset druge knjige o ediktu *Stoga ako je neko, u slučaju da bi usled zakašnjenja sa ovim radom mogla da nastane opasnost, prijavio novi rad ili na kanalizaciji ili obali koja je trebala da se opravi nešto učinio, rećićemo da pred sudijom treba istražiti, da li treba odbiti prijavu; jer ukoliko se utvrdi da bi na toj kanalizaciji ili kanalu zakašnjenje izazvalo opasnost, treba reći da ne treba da bude uvaženo, da ne bi ta prijava bila uzrok štete.*[53]

---

[50] Fiorentini: *op. cit*., str. 378.; Zamora Manzano: *op. cit*., str. 54-58

[51] D.39.1.5.11 ULPIANUS libro quinquagensimo secundo ad edictum *Si quis rivos vel cloacas velit reficere vel purgare, operis novi nuntiatio merito prohibetur, cum publicae salutis et securitatis intersit et cloacas et rivos purgari.*

[52] Fiorentini: *op. cit*., str. 378.

[53] D.39.1.5.13 ULPIANUS libro quinquagensimo secundo ad edictum *Proinde si quis, cum opus hoc mora periculum allaturum esset, nuntiaverit opus novum vel si in*

8. Zabrana nanošenja štete trećim licima i *cautio damni infecti*

Iako je rimska pravna nauka širom interpretacijom reči pretorovog edikta postigla da lice koje opravlja ili gradi kanalizaciju ne može biti sprečeno silom, a ako to čini u stanju nužde ni pravnim sredstvima, to ne znači da rimsko pravo u ovom slučaju ne vodi računa o interesima trećih lica. Kako smo videli, još je municipalnim propisima u periodu republike bilo zabranjeno da magistrati prilikom izgradnje ili opravke javne kanalizacije nanose štetu privatnim licima. I u pretorskom ediktu se kaže da na zahtev lica kroz čiju nekretninu prolazi kanalizacija pretor može naložiti onome koji obavlja radove na njoj da pruži garanciju za štetu koja bi mogla nastati usled loše izvedenih radova (*damni infecti, quod operis vitio factum sit, caveri iubebo* - D.43.23.1pr). U vezi s tim, Ulpijan kaže:

D.43.23.1.14 ULPIJAN, iz sedamdeset prve knjige o ediktu: *Ali (pretor) obezbeđuje i garanciju da neće biti učinjena šteta (cautio damni infecti), ako je nešto učinjeno zbog loše izvedenih radova; jer kao što je trebalo dopustiti da se kanalizacije opravljaju i čiste, tako treba reći, da drugima ne treba nanositi štetu na zgradama.*[54]

Ovakva garancija se daje uvek kada ima osnova da se sumnja da bi usled radova na kanalizaciji mogla da nastupi šteta. Izgleda da pravnici nisu uvek bili saglasni kada je neophodno da bude data garancija. Tako, van sumnje je da lice koje opravlja kanalizaciju koja prolazi kroz susednu zgradu ima pravo da uđe u zgradu. Međutim, potreba da se razvali pod radi opravke izazvala je različite reakcije pravnika:

D.43.23.1.12 ULPIJAN, iz sedamdeset prve knjige o ediktu:*Zato Fabije Mela piše da se daje taj interdikt, da se uđe u susedovu zgradu i raskopa pod radi čišćenja kanalizacije. Međutim Pomponije kaže da bi u tom slučaju trebala da se učini stipulacija da neće biti učinjena šteta (damni infecti stipulatio). Ali ova stipulacija se ne čini, ako je spreman da opravi ono, što je raskopao zbog potrebe da opravi kanalizaciju.*[55]

---

cloacis vel ripa reficiendis aliquid fieret, dicemus apud iudicem quaeri debere, an talia opera fuerint, ut contemni nuntiatio deberet: nam si apparuerit vel in cloaca rivove eove, cuius mora periculum allatura esset, dicendum est non esse verendum, ne haec nuntiatio noceret.

[54] D.43.23.1.14 ULPIANUS libro septuagensimo primo ad edictum *Sed et damni infecti cautionem pollicetur, si quid operis vitio factum est: nam sicuti reficere cloacas et purgare permittendum fuit, ita dicendum, ne damnum aedibus alienis detur.*

[55] D.43.23.1.12 ULPIANUS libro septuagensimo primo ad edictum *Unde Fabius Mela scribit competere hoc interdictum, ut in vicini aedes veniat et rescindat pavimenta pur-*

Dok Fabije Mela jednostavno konstatuje da se protiv sopstvenika koji se protivi da se razvali pod njegove građevine radi opravke može upotrebiti interdikt, ne pominjući pitanje štete, Pomponije smatra da bi u tom slučaju morao da obezbedi garanciju za eventualnu štetu. Ulpijan, međutim, smatra da je dovoljno i prosto obećanje da će pod biti vraćen u pređašnje stanje.[56]

Treba napomenuti i da lice koje gradi kanalizaciju mora da vodi računa i o tome da usled njene nepravilne konstrukcije ne nastane šteta na stvarima bilo u javnoj bilo u privatnoj svojini:

D.43.8.2.26 ULPIJAN, iz šezdeset osme knjige o ediktu *Ako neko sprovede kanalizaciju na javni put i zato put postane manje upotrebljiv zbog kanalizacije, Labeo kaže da je odgovoran; jasno je naime da je on sproveo.*[57]

9. *Cloacarium* – taksa na kanalizaciju

Iako je rimsko pravo pružalo posebnu pravnu zaštitu kanalizaciji kada se radilo o njenom održavanju ili građenju, ovaj princip nije primenjen na planu fiskalnog prava. Izvori pominju taksu na kanalizaciju (*cloacarium*). U pitanju je javni namet koji plaća ono lice koje snosi i druge javne terete vezane za zemlju:

D.30.39.5 ULPIJAN,iz dvadeset prve knjige o Sabinu *Naslednik je obavezan da za legirano zemljište isplati zemljišnu naknadu, ili porez, ili taksu za sunčani sat ili kanalizaciju, ili vodu.*[58]

D.7.1.27.3 ULPIJAN, iz osme knjige o Sabinu *Ako se nešto duguje na ime takse na kanalizaciju ili po osnovu naknade za vodovod, koji prolazi kroz njivu, to pada na teret plodouživaoca; ali i ako nešto treba da se plati za održavanje puta, smatram da i to treba da podnese plodouživalac; dakle i ako je nešto zbog prolaska vojske konfiskovano od plodova; ali i ako je nešto (oduzeto) od strane municipijuma, jer je uobičajeno da*

---

gandae cloacae gratia. verendum tamen esse Pomponius scribit, ne eo casu damni infecti stipulatio committatur. sed haec stipulatio non committitur, si paratus sit restaurare id, quod ex necessitate reficiendae cloacae causa resciderat.

[56] Fiorentini: *op. cit*., 382.; Zamora Manzano: *op. cit*., 63.

[57] D.43.8.2.26 ULPIANUS libro sexagensimo octavo ad edictum *Si quis cloacam in viam publicam immitteret exque ea re minus habilis via per cloacam fiat, teneri eum Labeo scribit: immisisse enim eum videri.*

[58] D.30.39.5 ULPIANUS libro vicesimo primo ad Sabinum *Heres cogitur legati praedii solvere vectigal praeteritum vel tributum vel solarium vel cloacarium vel pro aquae forma.*

držaoci određeni deo plodova predaju municipijumu po nižim cenama; uobičajeno je i plaćati dažbine javnoj blagajni, ovi tereti padaju na plodouživaoca.[59]

Nije jasno da li *cloacarium* predstavlja naknadu za priključak na javnu kanalizaciju, ili se plaća i ako takvog priključka nema. Ipak, treba istaći da iako neplaćanje ove dažbine može da ima kao posledicu odgovornost lica koje je trebalo da je plati, ono ne utiče na mogućnost da se koristi ili održava kanalizacija.

10. Zaključak

Svesni velikog značaja koji kanalizacija ima za održavanje javnog zdravlja i bezbednosti građana, Rimljani su joj obezbeđivali posebnu zaštitu čija je svrha bila da se omogući njeno nesmetano opravljanje, čišćenje i izgradnja.

Oni pod kanalizacijom podrazumevaju svaku šupljinu kroz koju protiče otpadna voda. Veštački vodotokovi kroz koje protiče nezagađena voda, poput kanala za odvođenje kišnice, ne smatraju se kanalizacijom i režim njihove pravne zaštite je drugačiji.

U pretorskom editku predviđena su dva interdikta, jedan prohibitorni, kojim se štiti privatna kanalizacija, i jedan restitutorni, kojim se štiti javna kanalizacija, koji je verovatno imao i prohibitorno dejstvo. Moguće je da je postojao i restitutorni interdikt o privatnoj kanalizaciji.

Interdiktom o javnoj kanalizaciji nalaže se onome ko zapuši ili ošteti javnu kanalizaciju da stvari vrati u pređašnje stanje.

Interdiktom o privatnoj kanalizaciji se zabranjuje bilo kome da silom ometa lice koje želi da opravi kanalizaciju koja sa njegove zgrade vodi kroz susedne građevine. Interpretacijama pravnika primena ovog interdikta je proširena na sve nekretnine, kao i na situaciju građenja nove kanalizacije. Lice koje upotrebljava ovaj interdikt ne mora da dokazuje da ima službenost kanalizacije, kao ni da je steklo državinu stvari na pravno valjan način.

Pored toga, pretorskim ediktom je predviđeno da se protiv lica koje gradi ili opravlja kanalizaciju ne može podneti interdikt *uti possidetis*. Na

[59] D.7.1.27.3 ULPIANUS libro octavo decimo ad Sabinum *Si quid cloacarii nomine debeatur vel si quid ob formam aquae ductus, quae per agrum transit, pendatur, ad onus fructuarii pertinebit: sed et si quid ad collationem viae, puto hoc quoque fructuarium subiturum: ergo et quod ob transitum exercitus confertur ex fructibus: sed et si quid municipio, nam solent possessores certam partem fructuum municipio viliori pretio addicere: solent et >fisco fusiones praestare), haec onera ad fructuarium pertinebunt.*

sličan način pravničkim interpretacijama je sprečena primena *operis novi nuntiatio* protiv lica koje opravlja ili čisti kanalizaciju ako bi prekid radova mogao da izazove opasnost.

Razvoj prava je tekao u smeru koji je omogućavao licu koje gradi ili opravlja kanalizaciju da neometano uđe na susedno imanje kroz koje se kanalizacija proteže, pa čak i da ih fizički ošteti, tj. razvali pod u njima, pod uslovom da je spremno da stvari vrati u pređašnje stanje i da naknadi svaku štetu koja bi eventualno nastala.

Lice koje gradi ili opravlja kanalizaciju može biti od strane pretora prinuđeno da obezbedi garanciju za štetu koja bi eventualno mogla nastati (*cautio damni infecti*). Pored obaveze naknade štete nanete privatnim licima, postoje i određena ograničenja javnopravnog karaktera poput zabrane da kanalizacija ošteti javnu imovinu, zatim obaveze da prilikom građenja nove privatne kanalizacije bude pribavljena saglasnost magistrata, kao i dužnosti plaćanja takse na kanalizaciju (*cloacarium*).

Samir Aličić, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Sewerage system *(cloaca)* in Roman Law

Abstract

Sewerage system (*cloaca*), which implies any cavity through which waste water flows, has in Roman law a special legal protection due to its importance for public health preservation and safety of citizens.

In Praetorian Edict, two interdicts are envisaged; one prohibitory, by which private sewerage system is protected and one restitutory, by which public sewerage system is protected.

It is possible that a restitutory interdict about private sewerage system existed.

By the public sewerage interdict, a person who blocks or damages public sewerage is ordered to restore everything to previous state.

By the private sewerage interdict, anyone is forbidden to obstruct a person who wants to repair sewerage that leads from his building through neighbouring buildings. By lawyers' interpretations, the application of this interdict is expanded to all realty, as well as a situation of building a new sewerage system.

Moreover, it is envisaged by Praetorian edict that against a person who builds or repairs sewerage neither interdict *uti possidetis* can be filed. Similarly, by lawyers' interpretations, application of *operis novi nuntiatio* is prevented against a person who repairs or cleans sewerage system if interruption of work could cause danger.

Law developed in the direction that enabled unobstructed maintenance and building of sewerage system through neighbouring realty, especially if danger of effusion existed. The only limitations were comprised in the obligation of compensation of damages to third parties, and in certain obligations of public law character: obligation to obtain consent of magistrate when building a new sewerage and duty to pay sewerage tax (*cloacarium*).

Key words: sewerage system, *cloaca*, interdicts, *salubritas*, *operis novi nuntiatio*, *uti possidetis*, *cautio damni infecti*, public interest, Roman law.

Originalni naučni rad UDK 17:502/504
doi:10.5937/zrpfns46-1927

Dr Dragana Ćorić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

EKOLOŠKA ETIKA – POJAM, ISTORIJAT I PRAVCI RAZVOJA[1]

Sažetak: *Iako se čini da je ekološka etika produkt nekih novih, modernih stremljenja tek u poslednjih 20-ak godina, govor o ovoj veoma značajnoj temi i problematici traje već nekoliko vekova.U svojim počecima osporavana,i neprihvaćena ,posmatrana kao nepotrebna i štetna po ljudski rod, ekološka etika je uspela da prevaziđe brojne probleme na svom trnovitom putu. Značaj ekološke etike je u "obezbeđivanju moralnog osnova za društvene politike upućene na zaštitu životne sredine i oporavak degradirane okoline". Drugi autori,pak smatraju, da ovaj tzv. "mudri antropocentrizam" može biti i ciničan, te da visok nivo antropocentričnosti u pristupu ovoj materiji podrazumeva zapravo kontraefekat. Kratki prikaz najznačajnijih teorija, definicija ekološke etike kao i pravaca razvoja ekološke etike jesu osnovni predmet ovog rada.*

Ključne reči*: ekološka etika, ekologija*

Uvodne napomene

Iako se čini da je ekološka etika produkt nekih novih, modernih stremljenja tek u poslednjih 20-ak godina, govor o ovoj veoma značajnoj temi i problematici traje već nekoliko vekova. U svojim počecima osporavana, i neprihvaćena , posmatrana kao nepotrebna i štetna po ljudski rod, ekološka etika je uspela da prevaziđe brojne probleme na svom trnovitom putu. Iako začetke ove misli nalazimo u krugu ljudi okupljenih oko Ralfa Emersona,

[1] Rad je nastao u toku angažmana na projektu" Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

30-ih godina 19 veka[2], (koje se zbog toga nazivaju *protoekološkim*)[3], nedostatak snažnog utemeljenja ekološke misli je bio presudan za stagnaciju njenog razvoja. Kao da isticanje značaja odnosa ljudi prema drugim živim bićima koja nisu ljudi, nije uzelo dovoljno maha, ili su protagonisti ovih teorija bili slabi , tek-inspiracija za nastanak ove grane etike je nastala, kako tvrde brojni teoretičari, tek 1970. godine prilikom obeležavanja prvog Dana zemlje[4]. Neposredni povod i za ustanovljavanje međunarodnog Dana Zemlje jeste značaj očuvanja i zaštite životne sredine, kakvom je poznajemo, a koji su prvi put u drugoj polovini prošlog veka promovisali dvojica teoretičara, Lin Vajt i Aldo Leopold[5].

Lin Vajt je 1967 godine objavio članak pod naslovom *„ The Hystorical Roots of our Ecological Crisis"*[6]*,* u kojem je osudio neprirodan i izuzetno loš tretman prirode i našeg životnog okruženja od strane ljudi. Vajt navodi da se reč „ekologija" ,prema njegovim istraživanjima, prvi put spominje u angloameričkim izvorima 1873. godine[7].U vreme nastanka njegovog eseja, skoro vek nakon toga, i „ekologija" kao pojam i kao disciplina i kao odnos čoveka prirodi iz koje je pojam potekao, su se dosta promenili- na gore. Za galopirajuću ekološku krizu Vajt je okrivio stav o suprematiji ljudskih bića u odnosu na druge oblike života, koji potiče još iz srednjeg veka.Religija je oblikovala društvo i njegove članove:ona je stoga i zaslužna za uspostavljanje kontrole nad prirodom putem tehnologije. Dakle, tehnologija, potkrepljena uverenjem o nadmoći ljudi jeste osnov i srž ekološke krize. Vajtova ideja o povezivanju hrišćanskih

---

[2] Ali i još ranije, bezmalo i kod antičkih teoretičara i filozofa.

[3] T.Markus,Ekološka etika, razvoj, mogućnosti, ograničenja,Soc.Ekol. Vol.13,/2004, .str 1-23.

[4] *A Veru Brief History of the Environmental Ethics for Novice*, dostupno u celini na sajtu *: http://www.cep.unt.edu/novice.html.* Pristup sajtu: novembar 2011. godine

[5] Neki izvori, kao što je Stanfordova elektronska enciklopedija filozofije, spominju i članak Rejčel Karson, objavljen 1963. godine, pod naslovom : *Silent Spring*, a koji se prvi put otvoreno bavio štetnošću DDT i aditiva u hrani. Karsonova je posebno kritikovala ponašanje svih na pozicijama politike i uopšte donosilaca odluka , što se u situacijama donošenja odluka , okreću isključivo nekim specijalnim, tehničkim disciplinama, zaboravljajući ono najbitnije,-postavljanje vrednosnih pitanja i odlučivanja o tome šte je - vrednije, jače i bolje u našem svetu. O ovoj argumentaciji, budući da nam tekst nije bio dostupan u originalu, može se više videti kod: Džozef R. de Žarden, Ekološka etika-uvod u ekološku filozofiju, četvrto izdanje, Sl.glasnik, Beograd, 2006. godine, str 35. Međutim, - upravo radovi Vajta i Leopolda su otvorili diskusiju o ekološkim problemima na jedan novi, filozofski način, budući da su razmatrali apstraktne fenomene.

[6] Tekst u celini dostupan na sajtu : *http://www.uvm.edu/~gflomenh/ENV-NGO-PA395/articles/Lynn-White.pdf.* Pristup sajtu: novembar 2011. godine

[7] Neki izvori navode da je reč "ekologija" prvi put upotrebio E. Hekel (E. Haeckel) u delu "Prirodna istorija stvaranja" (*Natural History of Creation 1866)*,prema :Vesna Miltojević,Ekologija, humanizam, kultura, Teme,2/ 2002, str.245-260.

vrednosti ,tehnološkog dinamizma i ekološke krize , smatrali su njegovi savremenici ,može se razumeti samo u kontekstu sveobuhvatnog pristupa istoriji, tj posmatranja istog u srednjovekovnom periodu[8].

Aldo Leopold je svoj članak pod naslovom *"The Land Ethic"*[9], posvetio istraživanju filozofskih korena ekološke krize.Prva etička razmatranja su , kako navodi Leopold, imala za predmet odnose između ljudi, pojedinaca, zatim odnose pojedinaca sa društvom i obrnuto. Stalno je prisutna ta namera integracije pojedinca u društvo, sa svim svojim pravnim, etičkim i drugim implikacijama. No nikako da se obrati pažnja na-zemlju, ovo obično tlo koje gazimo svakog dana. Ta zemlja, kao mesto za hodanje, kao vrsta fabrike hrane u čiji razvoj je potrebno minimalno ulaganje, nema svoj razrešen status. Odnos prema zemlji je čisto ekonomske prirode, tvrdi Leopold, i uspostavljene su samo privilegije ljudi prilikom iskorišćavanja zemlje, bez ikakvih obaveza njenog očuvanja i odgovornosti za prekomerno korišćenje i uništavanje.Čovek pripada zemlji, a ne zemlja čoveku. Vlasti čoveka nad prirodom dakle, nema, jer je čovek, kako je Leopold smatrao, deo biotičke zajednice koju čini priroda[10].

Proširenje polja etike na novi zaštitni objekat, tj zaštitu zemlje, Leopold je smatrao evolucionom potrebom ali i revolucionarnim naučnim dostignućem. Nastanak posebne grane etike koja će se baviti zaštitom zemlje, smatrao je dalje, jeste ne samo proizvod jednog vremena i trenutne potrebe, već duboko emocionalni i intelektualni proces, usmeren za očuvanje i divljine i zemlje same, kao posebnog entiteta. Iako zemlja nije *misleći objekat*, kao što osnovni postulati etike zahtevaju za subjekta zaštite, ona ima svoj život, svoju starost i svoje bolesti kao svako drugo ljudsko biće. Stoga je pokretanje ovakve etike i rešavanje pitanja korišćenja zemlje i njenih prirodnih i skrivenih bogatsvata od neizmerne važnosti za ceo ljudski rod.

Savremeni uslovi formiranja ekološke etike

Sedmu deceniju 20. veka obeležile su rasprave povodom ova dva eseja[11] koje su „animalistički" inspirisane (usmerene na uspostavljanje jednakog odnosa prema svim životinjama). Kao proizvod te «bure» kriti-

---

[8] *Encyclopedia of Religion and Nature,(London & New York: Continuum, 2005), Edited by Bron Taylor pg. 1735-1737.*

[9] Tekst u celini dostupan na sajtu : *http://home.btconnect.com/tipiglen/landethic.html* . Pristup sajtu: novembar 2011. godine

[10] T.Markus: Ekološka etika, razvoj, mogućnosti, ograničenja,Soc.Ekol. Vol.13,/-2004, .str 1-23.

[11] *Roderick Frazier Nash,The Rights of Nature, History of Environmental Ethics, The University of Wisconsin Press, Wisconsin, ppg- 12-19.*

ka ali i odobravanja, 1972. godine je organizovana prva međunarodna konferencija, koja je u fokusu imala upravo - filozofsko viđenje predstojeće velike ekološke krize. Treba napomenuti da je tokom 70-ih godina, komentarisanje eseja Vajta i Leopolda bilo –multidisciplinarno: rasprave su se odvijale na istorijskom, teološkom ili religioznom nivou, ali nikako isključivo na filozofskom. Brojni radovi, proistekli sa ove konferencije su štampani u posebnoj publikaciji 1974. godine pod naslovom : *Philosophy and Environmental Crisis.* Bitno je naglasiti da javnost skoro nije bila upoznata sa ekološkim problemima niti o mogućim načinima rešavanja istih , zbog nedostatka informacija. Krugovi moći, oni koji su se bavili eksploatacijom zemlje, vode i drugih prirodnih bogastava nisu bili spremni da „puste“ takve informacije u javnost [12].

Sa druge strane, uspostavljanje jasnih parametara za ocenu nivoa i obima društvene odgovornosti pojedinaca i preduzeća postepeno je dovelo do popuštanja pritiska na medije, koji su izveštavali o ovim problemima, ali i na stručnu i naučnu javnost. Jedan od vidova pritiska na stručnu i naučnu javnost jeste sprečavanje publikovanja članaka iz oblasti zaštite životne sredine i utemeljenje ekološke etike kao posebne discipline. Izvori su u tom smislu bili malobrojni i retki, eventualno je jedan rad godišnje, ili jedna knjiga u nekoliko godina uspela da ugleda svetlost dana. U tom smislu, 70-te godine prošlog veka su značajne zbog svojevrsnog „buma“ radova iz ove oblasti: Džon Kob izdaje 1972. godine knjigu pod naslovom I*s it Too Late?A Theory of Ecology,* Ričard Rutli 1973. godine članak pod naslovom : *Is There a Need for New, Environmental Ethics*[13], a Džon Pasmor 1974. godine takođe članak, pod naslovom: *Man's Responsibility for Nature.*[14] Navedena dela su bila pretežno religijskog ili teološkog karaktera, iako su ih pisali mahom –filozofi.

Brojni teoretičari se slažu u jednom: delo Holmsa Rolstona III, *Is There an Ecological Ethics*[15]*,* je konačno postavilo temelje ekološkoj etici. Ako se ekologija posmatra kao posebna nauka stvorena na bazi koncepata i prirodnih pravila o tome kako se čovek treba ponašati prema prirodi koja ga okružuje i kako da istu razume i uvažava,onda upravo ta pravi-

---

[12] *Roderick Frazier Nash*, navedeno delo, str.28.

[13] *Routley, Richard (1973), 'Is There a Need for a New, an Environmental, Ethic?', Proceedings of the XVth World Congress of Philosophy, Varna, 1: 205-10. Reprinted in "Environmental Philosophy: from Animal Rights to Radical Ecology", (ed. M. Zimmerman et al.), Prentice Hall: New Jersey, 1993, pp.12-21.*

[14] *John Passmore, Man's Responsibility for Nature: Ecological Problems and Western Traditions, History of Political Economy Fall 1975 7(3):392-395;*

[15] Tekst u celini dostupan na sajtu : *http://www.jstor.org/pss/2379925.* Pristup sajtu: novembar 2011. godine

la čine ovu nauku centralnom. Ispitujući odnos između nauke i moralnosti, čiji je proizvod ekološka etika, Rolston je došao do zaključka, da ekološka etika predstavlja pomirenje dva sveta pravila-preskritivnog i deskriptivnog., i da ni u jednoj drugoj oblasti nije ono doslednije i bolje izvedeno nego upravo u-ekološkoj etici.

Ti temelji, koliko god se težilo tome da postanu jasni i čvrsti, su bili „čudna mešavina i mejnstrim filozofija“[16]. Takvom stavu javnosti je doprinelo neorganizovano bavljenje navedenom tematikom ; autori su obrađivali pojedine oblasti, bez utvrđivanja osnovnih načela same ekološke etike i njenog definisanja. Zatim,nemogućnost objavljivanja radova iz oblasti ekologije, kao i veoma sužene mogućnosti otvaranja javnih rasprava su pogodovale navedenom mišljenju. Treba spomenuti i Pasmorovu knjigu, jer je ona od svih knjiga koje su se afirmativno izrazile o uspostavljanju nove, ekološke etike, ustanovljavanje iste osporavao jer su "..humanistička filozofija Zapada i prosvećeni antropocentrizam sasvim dovoljni za suočavanje sa ekološkim problemima i njihovo rešavanje".[17]

Postavljanje nešto jasnijih, filozofskih temelja ekološke etike učinile su dve knjige, prva autora Džona Koba : *The Liberation of Life*[18] i druga, Robina Atfelda : *The Ethics of Environmental Concern*[19]. Kraj 80-ih godina prošlog veka obeležava porast objavljivanja radova ekološke i ekološko-filozofske tematike, a razvija se i ekofeminizam, o čijim osnovnim postavkama će biti reči kasnije u tekstu. Značajno je spomenuti i članak Gereta Hardina iz 1968 godine ,*The Tragedy of the Commons*, zbog koncepta "ekološki zasnovanog fundamentalnog proširenja moralnosti". U pitanju je svojevrsna logička dilema, gde više osoba, koje deluju nezavisno jedne od druge i jedino su zainteresovane za ostvarenje sopstvenog interesa, će na kraju posegnuti za jednim izvorom i isti deliti onoliko koliko im to mogućnosti dozvoljavaju, iako je jasno da nije ni u čijem intere-

---

[16] *John Passmore,*navedeno delo.

[17] T.Markus,Ekološka etika, razvoj, mogućnosti, ograničenja,Soc.Ekol. Vol.13,/2004, .str 1-23.

[18] Odabrani delovi knjige dostupni na sajtu : *http://books.google.rs/books?id=h3c6AAAAIAAJ&pg=PA33&lpg=PA33&dq=The+Liberation+of+Life&source=bl&ots=RYHBUaqSI_&sig=kO9EKEvNFk-RZr-bzmtqFAq0G3A&hl=sr&ei=G4HiTpyLBsar8QPDqOSLBA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CDoQ6AEwAw#v=onepage&q=The%20Liberation%20of%20Life&f=false.* Pristup sajtu: novembar 2011. godine

[19]Odabrani delovi knjige dostupni su na sajtu: *http://books.google.rs/books?id=02hbIjACYnoC&printsec=frontcover&dq=The+Ethics+of+Environmental+Concern&hl=sr&ei=dIHiTojZEcLJ8gPisZScBA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CC0Q6AEwAA#v=onepage&q=The%20Ethics%20of%20Environmental%20Concern&f=false.* Pristup sajtu: novembar 2011. godine

su da izvor svog bogatstva deli sa drugima". U okviru ekološke nauke, sam Hardinov koncept *Tragedy of the Commons je* često upotrebljavan u kontekstu spoznavanja održivog razvoja, a uticao je i na raspravu o globalnom otopljenju.[20]

Pojam ekološke etike

Kako i zašto baš etika u ekologiji?

Bilo bi veoma teško istraživati pojave u svetu oko nas, bez odgovarajućeg vrednosnog pristupa, bez utvrđenog vrednosnog sistema, bez osnovnih etičkih kategorija, kao što su pravičnost, pravda, korisnost, jednakost. Pravo svojine mora da ustukne pred pravom pravde ili pravom korisnosti ili pravom jednakosti. Ti vrednosni kodovi se nalaze u nama samima, u suštini same etike i etike bića. Aksiološki pristup se čini najboljim za celovito sagledavanje svih problema i pronalaženje efikasnih rešenja[21]. Pod ekološkom etikom se danas podrazumeva „skup moralnih odnosa nastalih između sveta ljudi i sveta prirode“[22]. Etički principi koji uređuju ove odnose stvaraju okvir za naša prava , obaveze i obim odgovornosti koji imamo prema životnoj sredini.

Neki teoretičari su skloni razlikovanju dve vrste prirodnih ekosistema i stoga, dve lestvice etičkih pravila. Prvu grupu prirodnih ekosistema čine oni ekosistemi koje ljudi nisu nikada iskorišćavali i nisu pretrpeli nikakve ili ne bar značajne promene efekata ljudske kulture. Drugu vrstu prirodnih ekosistema čine ekosistemi koje su ljudi ipak, donekle izmenili svojim aktivnostima, bilo da je to zbog npr seče drveća, iskopavanja rudnih bogatstava i sl. Takav ekosistem se ne može vratiti u pređašnje stanje ili eventualno može u nekom obimu ali posle duže vremena(na mesto drveća koje je posečeno da se zasadi nova šuma ali efekat istog je vidljiv tek za par desetina godina).

Ekološkom etikom drugi teoretičari smatraju filozofsku disciplinu koja se bavi moralnim odnosom ljudskih bića prema životnoj sredini i prema bićima koja nisu ljudi.[23]

No, ima i onih koji osećaju potrebu da prvo opravdaju upotrebu etike u ovom kontekstu.Tako Džozef R. de Žarden smatra da jedino „... eti-

---

[20] Tekst u celini dostupan na sajtu *: http://www.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full.pdf.* Pristup sajtu: novembar 2011. godine

[21] T.Markus: Ekološka etika, razvoj, mogućnosti, ograničenja,Soc.Ekol. Vol.13,/2004, .str 1-23.

[22] *Paul W. Taylor, Respect for Nature-The Theory of Environmental Ethics, the 25th edition witj a new foreward by dale jamieson, Prinstone University Press, GB, 2011, ppg. 18*-19.

[23] Detaljnija objašnjenja ove argumentacije na : *http://plato.stanford.edu/entries/ethics-environmental/*. Pristup sajtu: novembar 2011. godine

ka predstavlja značajan proces pravljenja koraka unazad...samosvesnog iskoračivanja iz vlastitih života kako bismo razmisli o tipu života kakav vodimo, kako bi trebalo da postupamo i kakva vrsta ljudi bi trebalo da budemo".[24] Pod etikom ovaj autor podrazumeva samo svojevrsnog i veoma sposobnog vodiča u potrazi za brojnim odgovorima iz oblasti ekologije, jer, treba imati u vidu- nauka i tehnologija ne daju uvek i ne daju potrebna rešenja ovih problema. Ovaj autor na kraju samu ekološku etiku definiše kao „... sistematičan opis moralnih odnosa između ljudskih bića i njihovog okruženja...koja mora nastojati da objasni karakter tih moralnih normi, koje upravljaju ljudskim ponašanjem prema svetu prirode...te utvrditi i prema kome i prema čemu ljudi imaju odgovornosti".[25]

Stalno se ističe potreba stavljanja pod kontrolu dominantnih trendova našeg doba, koji se uglavnom sastoje u iskorišćavanju prirodnih dobara za ljudske potrebe bez ograničenja. Nemoguće je povući jasnu liniju između "pravih" i "nepravih" prirodnih ekosistema. Možda bi, kako neki predlažu, trebalo da počnemo razmišljati drugačije, da ti „ekosistemi pripadaju kontinuumu koji proističe iz ekosistema koji su postojali na zemlji još pre postojanja ljudi, a kroz gradaciju i povećanje ljudskog uticaja kreću se polako ka suprotnoj strani tog spektruma, gde su ekosistemi potpuno regulisani i čak stvarani od strane ljudi".[26] Dakle, neke od tih ekosistema mogli bismo slobodno nazvati veštačkim ekosistemima, te postaviti pitanje, da li je njihovo očuvanje jednako bitno kao i očuvanje onih koji su –potpuno prirodni.

Gde je ovde interes i značaj filozofije? On se ogleda u tome što se posmatranje ekosistema naziva „balansom prirode" i više se ne posmatra kao vrsta osnovne norme u okviru celog sistema normi o prirodi i njenoj zaštiti. „Balans prirode" je postavljen kao dokaz velikih dostignuća u svetu živih bića. Po ovoj ideji, vrste populacija svake biotičke zajednice kao i sve druge vrste koje postoje u zemljinoj biosferi stvaraju integrisani sistem harmoničnih odnosa između tih delova. Stalni ekvilibrijum ovog sistema, posmatranog u celini, radi u zajedničku korist svih živih bića. Osnovna pitanja koja se ovde izdvajaju su [27]:

---

[24] Džozef R. de Žarden: Ekološka etika-uvod u ekološku filozofiju, četvrto izdanje, Sl.glasnik, Beograd, 2006. Godine, str. 31.

[25] Džozef R.de Žarden, navedeno delo, str.40.

[26] *http://plato.stanford.edu/entries/ethics-environmental/*. Pristup sajtu: novembar 2011. godine

[27] Navedena pitanja su prema izvoru: *Paul W. Taylor, Respect for Nature-The Theory of Environmental Ethics, the 25th edition witj a new foreward by dale jamieson, Prinstone University Press, GB, 2011, ppg20-22*. Zbog njihovog značaja za definisanje ekološke etike, prenosimo ih u potpunosti, što je tačnije moguće, shodno prevodu.

1. Da li ljudsko ponašanje i radnje prema prirodnim ekosistemima mogu biti predmet moralnih razmatranja? Postoje li i koje bi sadržine mogli biti etički principi koje možemo slediti u našem tretiranju životne sredine? Da li činjenica da naše radnje utiču na živote divljih životinja ili biljaka ima neki etički značaj i da li mi uopšte razmišljamo o tome dok npr. beremo cveće ili dok u lovu ubijamo, zabave radi, neku divlju životinju? Da li će nam svest o jednakom tretmanu biljaka i životinja kao i prema ljudima pomoći da se uzdržimo od ovih aktivnosti? Imamo li obaveze i odgovornosti u odnosu na prirodni svet koji nas okružuje, nezavisno od odnosa prema ljudima koji su normirani na drugačiji način?

2. Ako je odgovor na prethodna pitanja potvrdan, onda su ti isti moralni obziri i parametri uključeni i u ekološku etiku, te se ona razlikuje od opšte etike samo po subjektu zaštite. U skladu sa tim, kakve to (nove) osobine i standarde dobrog ponašanja i pravila treba imati jer nije u pitanju kvalitativno isti subjekt koji poseduje svest?

3. Kako ćemo nekog naterati da poštuje ova pravila i standarde? Kako naterati ljude da ozbiljno shvate da poštovanje etičkih postulata u odnosu prema prirodi je skoro i bitnije od poštovanja drugih pravila ponašanja u odnosu na druge ljude? Možemo li napraviti validne osnove, koje će jednako vezivati sve, u pogledu svih i svega?

4. Na koji način naše obaveze i odgvoornosti prema prirodnom svetu (ako pretpostavimo da ih imamo)mogu da se nose sa onim što imamo protiv ljudskih interesa i vrednosti? Da li će te obaveze i odgovornosti tražiti od nas da povremeno delamo protiv ljudskih ciljeva,i ako je to tačno, da li će te obavezeprevazići kvalitativno ispunjenje ljudskih ciljeva te postati vrednije i bitnije?

Svaki sistematičan i sveobuhvatan odgovor na navedena pitanja , smatra P.Tejlor, treba smatrati ekološkom etikom. Dakle, definisanje ekološke etike nije jednostavno kao što smo smatrali na početku. U ovom slučaju, akcenat je stavljen na sukob između dva etička sistema-ljudskog i ne-ljudskog, onog koji se odnosi na druga živa bića koja nisu ljudi. Ispunjavanje obaveza koje nameće ekološka etika jeste nešto gde će se morati žrtvovati i poneki ljudski interes, gde će čovek morati, da bi doneo pravilnu odluku, da se postavi na mesto subjekta zaštite, u ovom slučaju-prirode. Donošenje odluka, posebno etičkih nije lako; donositi etičke odluke u ime i na način kako bi to odgovaralo "nemislećim subjektima" kao što su biljke i životinje, jeste još teže. No to ne znači da treba postaviti ekološku etiku po strani, već da treba shvatiti da je formiranje ekološke etike i njena dosledna primena ključ naše dalje egzistencije na zemlji.

Pravci razvoja ekološke etike

Stanfordova elektronska enciklopedija filozofije spominje sledeće pravce razvoja ekološko -etičke misli[28]:

1."duboka (ili dubinska)ekologija" (*deep ecology)*

2. feminizam i environmentalizam

3. razočaranost u postojeća rešenja koje stvara tzv. novi animizam

4. društvena ekologija i bioregionalizam.

Pokret ."duboke (ili dubinske)ekologije" (*deep ecology*) je nastao u Skandinaviji, kao rezultat diskusije između poznatih teoretičara Naesa , Kvaloga i Faarlunda, koji su godinama gajili istu strast za očuvanje velikih planina. Smatra se da je njihovo zajedničko osvajanje vrhova Himalaja te svojevrsna opčinjenost "šerpaskom kulturom" [29]uticala na njihovo skoro ekstremno opredeljenje za bavljenje ovom tematikom. Borba protiv zagađenja životne sredine, očuvanja izvora i očuvanje dostignutog razvoja zdravlja ljudi te njegovo stalno unapređenje ali nikako ne nauštrb razvoja prirode, jesu neke od osnovnih postavki ovog pravca ekološke etičke misli.

Isticanje jednakosti svih živih bića, tj postavljanje u isti rang ljudi, biljaka i životinja,te zastupanje jednakog prava svih bića da se jednako razvijaju shodno svojim životnim uslovima, zastupnike ovog mišljenja su dovele do brojnih konfrontacija i sa drugim ekolozima. Naročito sporno je bilo viđenje tzv. "vlasništvo sopstvenog interesa"-pojma koji su predstavnici "dubinske ekologije" koristili da bi definisali interes svakog živog bića da se izjasni o svojoj dobrobiti i da se za istu bori. Problematično je kako će tu borbu realizovati planine, reke, biljke i sl, budući da nemaju sopstvenu priznatu volju niti su u tom smislu tako i toliko živa bića da imaju razvijenu svest o sebi i svojoj okolini, niti imaju mehanizme ili načine kako da istu borbu realizuju i ostvare sopstvenu zaštitu.

Takođe, poznati su i po terminu „ dominantni pogled na svet“ [30],pod kojim su podrazumevali glavni uzrok ekoloških razaranja. Definisani su i osnovni principi dubinske ekologije, koji su sadržali visok nivo osvešćenosti za očuvanje životne sredine i uspostavljanja jednakog tretmana ljudi i ostalih živih bića.Akcenat je bio stavljen i na nužnu promenu u politikama koje se bave zaštitom životne sredine, što je dalje moralo uticati na ekonomske, tehnološke i ideološke nomenklature.[31]

---

[28] *http://plato.stanford.edu/entries/ethics-environmental/. Pristup sajtu: novembar 2011. godine*

[29] *http://plato.stanford.edu/entries/ethics-environmental/.* Pristup sajtu: novembar 2011. godine

[30] Džozef R.de Žarden,, navedeno delo, str.331.

[31] Džozef R.de Žarden,, navedeno delo, str.333.

Tokom 80-ih godina, ovaj pokret se pretvorio u tzv. "ekofilozofiju", koja nažalost nije dalje odmakla od odbijanja napada na sebe da je zapravo, prikriveni ljudski kolonijalizam. Neki su ih napadali da na ovaj način žele da zadrže sva prirodna bogatstva samo za ljude koji su bogati,iako ni u jednom tragu svojih razmišljanja nisu tako nešto naveli.No, ostalo je kao nerazrešeno pitanje, kako bi se principi "dubinske ekologije" mogli primenjivati u različitim društvenim , ekonomskim i životnim uslovima.

Ekofeminizam je ponudio jedno potpuno drugačije viđenje ekoloških problema i načine njihovog rešavanja, naravno na osnovu tradicionalnog feminizma. Inestra King, koja se krajem 80-ih godina prošlog veka izdvojila kao predstavnica ove misli[32], isticala je da "dominacija muškaraca nad ženama predstavlja istorijsku organizacionu formu u ljudskom društvu sa kojima počinje svaka hijerarhija u društvu....tako se i eksploatacija prirode može posmatrati kao manifestacija i produbljivanje načina ugnjetavanja žena, jer se priroda na razne načine "udružuje" sa ženama i podržava ih, koje su već dovoljno inferiorne i ugnjetavane kulturom u kojoj dominiraju muškarci."[33]

Teoretičarka Val Plamvud se početkom 90-ih godina prošlog veka posebno bavi ovim pitanjima.Ona definiše i tzv. androcentrični ili patrijarhalni način ugnjetavanja žene, kao onaj obrazac ponašanja putem kojeg jedna strana -u ovom slučaju muškarci,koriste razne mehanizme za ostvarivanje svoje dominacije na svim poljima ,u odnosu na interese druge slabije strane.Međutim, glavne zamerke ovoj vrsti ekološke misli su, kako se slažu brojni teoretičari, upravo ta zloupotrebljenost čisto ženske borbe za njihovo izjednačavnje sa muškarcima, te svojevrsno izvrtanje istine i stavljanje potrebe zaštite i očuvanja prirodnih resursa u neki drugi plan[34].No, može se ovoj filozofskoj orijentaciji postaviti i

[32] Inestra King se spominje kao utemeljivač ovog ekološkog pravca u okviru Stanfordove elektronske enciklopedije filozofije na sajtu: *http://plato.stanford.edu/ entries/ethics-environmental/,* delovi ovog rada, pod punim naslovom :*King, Y. (1989) 'The ecology of feminism and the feminism of ecology', in J. Plant (ed.) Healing the Wounds - The Promise of Ecofeminism, Merlin Press, London, pp. 18-28.* dostupni su u nekim publikacijama i enciklopedijama kao što su: *Karen J. Warren: Ecological Feminist Philosophies:An Overview of the Issues,* dostupno na sajtu : *http://jan.ucc.nau.edu/~dss4/WARREN1.PDF; Gender ,Body, knowledge-feminists reconstruction of being and knowing,Rutgers Universitu Press, SAD*, 1989. i sl. - Pristup sajtu: novembar 2011. godine

[33] Citat dostupan na *http://plato.stanford.edu/entries/ethics-environmental/,*Pristup sajtu: novembar 2011. godine

[34] Sedamdesete godine prošlog veka su , čini se, bile izrazito plodno tlo za nastanak novih ekoloških teorija. Tako ovaj period beleži i stvaranje tzv. ekofeminizma, o čemu je bilo reči ranije u tekstu.

ozbiljno pitanje: kakva je veza između čovekove dominacije nad drugim ljudima, posebno dominacije muškaraca nad ženama, sa dominacijom ljudskog roda u odnosu na drugim živim bićima?Da li su u pitanju isti i kvalitativno slični odnosi između nadređenih i potčinjenih, ili su u pitanju dve kvalitativno različite pojave, te je osnova same teorije – veštački napravljena?[35]

No, novi animizam[36] je možda teorija koja zahteva malo veću pažnju nego prethodne. Naime, u okviru neomarksističke frankfurtske škole, koju su osnovali Teodor Adorno i Maks Horkhajmer,velika pažnja je bila posvećena upravo razvoju ekološke filozofske misli. Ključ za rešenje ekoloških problema je,prema pripadnicima ove filozofske škole, u spoznavanju naše otuđenosti prema svojoj okolini, te prevazilaženjem iste u cilju uspostavljanja harmonije. Garantovanje neograničene moći ljudima, od čega će deo te moći zavisiti od eksploatacije dobara, ne rešava nas straha od prirode, već nam uništava smisao za poštovanje zakona. Svojevrsno razočarenje sledi-razočarenje prirode u nas i nas u prirodu.

Adorno je govorio i o *"sensuos immediasy"*[37].Prema Adornovom mišljenju,mi ne vidimo i ne treba da vidimo prirodu samo kao objekat konzumacije, već možemo direktno i spontano da se upoznajemo sa prirodom bez ikakvih intervencija posrednika: pristup prirodi jeste nešto što se mora odvijati na ovaj način, direktno, jer to predstavlja veću vrednost i lepotu od drugih , materijalnih stvari.

I na kraju, u okviru socijalne ekologije i bioregionalizma, Marej Bukhin(ili Bukčin, kako neki prevode) posmatra ekologiju kao društveni pokret i problem sa kojim se suočavamo kao klasične društvene probleme, koji se takođe mogu na klasičan način, bez upliva posebnih metoda i tehnika, rešiti.Kao što sebe same stavljamo u funkciju ostvarenja sopstvenih ciljeva tako to treba da činimo i kad je priroda u pitanju. Naše sposobnosti treba da koristimo na pravi način, a ne protiv izvora i porekla nas samih. Iskorišćavanje prirode treba dakle da bude zamenjeno sa drugačijom formom života koji je posvećen očuvanju prirode.[38]

Takođe, spominju se i dve vrste tradicionalinih etičkih teorija, kao što su konsekvencijalizam i deontološka teorija a koje imaju zapaženo mesto u nomenklaturi ekološko-etičke misli.

---

[35] Džozef R.de Žarden,, navedeno delo, str.403.

[36] *http://plato.stanford.edu/entries/ethics-environmental/.* Pristup sajtu: novembar 2011. godine

[37] *http://plato.stanford.edu/entries/ethics-environmental/.Pristup sajtu: novembar 2011. godine*

[38] *http://plato.stanford.edu/entries/ethics-environmental/.Pristup sajtu: novembar 2011. godine*

Kao najznačajniji predstavnik deontološkog viđenja [39]rešavanja ekoloških problema spominje se Pol Tejlor[40], koji ima svoju verziju biocentrizma. On smatra da sva živa bića na svetu jesu teleološki centar života, koji može biti poboljšan ili pogoršan, i da sva ova bića imaju jednaku intrističku vrednost kojom zahtevaju moralno ponašanje za sebe same. Instristička vrednost divljih životinja dalje stvara moralnu obavezu za nas da očuvamo ili promovišemo njihova dobra kao sopstvena i da sve one slučajeve u kojima se ova bića predstavljaju kao niža bića -jednostavno zanemarimo. Konsekvencijalizam je, sa druge strane, kao svoju osnovnu postavku imao tvrdnju da sva osećajuća bića(tj. oni koji su sposobni da osete zadovoljstvo ili bol) treba da budu tretirana jednako. Piter Singer[41] je čak tvrdio da je antropocentričan način privilegovanja ljudi arbitreran i da nije opravdan iz istih razloga iz kojih ne opravdavamo seksizam niti fašizam.

Dubinska ekologija, ekofeminizam i društvena ekologija su imali veliki uticaj na političke pozicije u pogledu očuvanja životne sredine. Feminističke analize su često dobrodošle zbog psihološkog uvida u brojna moralna i društvena pitanja. Priroda više nije samo obična konstrukcija, ona je živo i osećajuće biće, koje trpi bol svaki put kad se poseče drvo ili ispusti otrovni otpad u reku.

Poznata je i Maršalova kategorizacija[42], koju je kristalisao proučavanjem etičkih stanovišta i vrednovanjem životne sredine u društvu uopšte, u poslednjih 40 godina pa tako postoje:

1. Libertarijanski ekstenzionizam
2. Ekološki ekstenzionizam i
3. Konzervativna etika.

1. Libertarijanski ekstenzionizam ima osnovu u građanskim pravima i garanciji jednakih prava svim članovima zajednice, bilo da su ljudi ili druga bića. Ovde bi od prethodno navedenih teorija ulazio pokret duboke ekologije, zatim rad Pitera Singera, koji je smatrao da krug koji se širi sa moralnim vrednostima bi trebao ponovo da se nacrta da bi u njega mogla da uđu i prava životinja koja nisu ljudi. U prvom izdanju svoje "Praktične

---

[39] *http://plato.stanford.edu/entries/ethics-environmental/.Pristup sajtu: novembar 2011. godine*

[40] *Paul W. Taylor, navedeno delo, str.2.*

41 Singer je poznat po svojoj borbi za prava životinja.Izdao je dva vredna dela: Singer, *Animal Liberation i Practical Ethics.* Oba su doživela nekoliko izdanja, i smatraju se udžbenicima u oblasti prava životinja..

[42] Više o ovoj kategorizaciji teorija u*: A. Marshall, 2002, The Unity of Nature, Imperial College Press: London*, podaci prema izvoru sa sajta*: http://en.wikipedia.org/wiki/ Environmental_ethics*. Pristup sajtu: novembar 2011. godine

etike" tvrdio je da „neosećajući entiteti“, kao što su biljke, ne bi trebalo da budu uključeni u taj krug moralnih vrednosti. U drugom izdanju je promenio mišljenje, da bi uključivanje biljaka bilo moguće u tom krugu ali bi bilo problematično.

2. U ovoj grupi shvatanja Maršal nije stavio veliki akcenat na ljudskim pravima ,već na prepoznavanju osnovne međuzavisnosti svih bioloških i ponekih nebioloških entiteta, a kao glavnog predstavnika je naveo Holmsa Rolstona. Treba spomenuti i *Gaja hipotezu* Džejmsa Lavloka[43], teoriju da planeta zemlja menja svoju geo-fiziološku strukturu tokom vremena u cilju osiguravanja nastanka svih organskih i neorganskih bića i stvari, koja su integrisana u jedinstvenu celinu.Ta jedinstvena celina, *Gaia,* zaslužna je za održavanje celokupnog života na zemlji. Bilo kakvo narušavanje tog unutrašnjeg balansa dovodi u pitanje i opstanak zemlje.i svih bića i stvari na njoj. Ljudski rad niti ljudi sami nisu privilegovani ni na koji način, oni su samo delovi orgomnog mozaika, čiji je svaki deo jednako bitan i gubitak bilo kog od tih delova, zaista bi značio -gubitak čovečanstva.

3. Konzervativna etika posmatra vrednost prirode i životne sredine samo kroz prizmu njene koristi i iskoristivosti resursa od strane ljudi.Kao takva, dijametralno je suprotna dubinskoj ekologiji, jer se zasniva postizanju koristi ljudi , bez obzira kako će to uticati na njihovo okruženje. Stoga, možemo reći da je ova filozofska orijentacija izrazito antropocentrična.

Zaključne napomene

Odisej je, navodi Aldo Leopold na početku svoje „Etike zemlje“ , po povratku kući, obesio , dvanaest sluškinja za primer drugima ali u svrhu sankcije zbog nemoralnog ponašanja[44]. One su jednostavno bile- stvari. Nije bilo postavljeno pitanje njihovog života i smrti, da li je pravično ili ne to što je uradio, već- da li je on bio vlasnik tih stvari ili ne. Kao vlasnik je u okviru sva tri ovlašćenja koja mu svojina daje, mogao i da uništi stvar ili je otuđi, na način kako to želi. Da li mi zemlju, vodu, vazduh i druga prirodna bogastva, budući da ih tretiramo, na isti način kao Odisej te svoje sluškinje, možemo da- bez ikakve kazne , bez upozorenja, sa punim pravom- uništimo i ne odgovaramo za to?

---

[43] *Thomas Donahue : ‚Anthropocentrism and the argument from Gaia theory, Ethics & the Environment, Volume 15, Number 2, Fall 2010*

[44] *http://home.btconnect.com/tipiglen/landethic.html.* Pristup sajtu: novembar 2011. godine

Kao praktični značaj ove ekološke etike navodi se "obezbeđivanje moralnog osnova za društvene politike upućene na zaštitu životne sredine i oporavak degradirane okoline"[45]. Drugi ,pak smatraju, da ovaj tzv. "mudri antropocentrizam" može biti i ciničan, te da visok nivo antropocentričnosti u pristupu ovoj materiji podrazumeva zapravo kontraefekat[46].

Potrebno je,kao što su predlagali Val Plamvud i Ričard Silvan (ranije Rutli), da zamislimo svoje putovanje vozom[47] , u kome se nalazi paket sa toksičnim i eksplozivnim gasom. Posuda u kojoj se nalazi taj gas nije bezbedna i predviđena za takvu vrstu materijala, ali onaj koji šalje taj paket to zna, ali nije jednostavno hteo da preduzme veće mere opreza i bezbednosti, pošto su one bile skupe za njega. Putnici u vozu znaju za takav paket, ali isto ne žele ništa konkretno da preduzmu, već se prepuštaju sudu sreće i vožnji mašinovođe.Tako se i mi ponašamo, kao ovi putnici u vozu. Poznajemo određena pravila ponašanja, osudili bismo prenos takvog paketa ali kada se nađemo sa tim istim paketom u istom prostoru, nećemo učiniti ništa da bismo smanjili opasnost koja nam preti. Pravila ekološke etike su tu da bi ponovo uspostavila izgubljeni balans, dovela putnike do toga da se pobune protiv prenosa takvog toksičnog paketa, ali i da preduzmu odgovarajuće mere za sprečavanje katastrofe koja nam, neminovno sledi.

[45] Ovako značaj ekološke etike posmatraju pisci članka o ekološkoj etici u okviru elektronske verzije Stanfordove filozofske enciklopedije,

[46] Thomas Donahue ,Anthropocentrism and the argument from Gaia theory, *Ethics & the Environment*, Volume 15, Number 2, Fall 2010

[47] Richard Sylvan and Val Plumwood, ,,Nuclear Power' u Regan and Van De Veer, eds., And Justice for All, str. 116—138., prema navodima u Džozef R.de Žarden,, navedeno delo, str.140.

Dragana Ćorić, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Environmental Ethics – Definition, History and Ways of Development

Abstract

Although we think that environmental ethics is something new to our world, and that it exists for past 20 or so years, the truth is much different.debates about this issue last for few decades and fiisrt mentiones about ecology and protection of the environment are known for a very long time, centuries ago.The environmental ethics was deprived, and not respected, although its significance for the wellbeing of all the humans is bigger every day.In this article, we give a short overview on some of the most promimnent definitions, theories and ways of developing the environmental ethics.

Key words: environmental ethics, ecology.

Originalni naučni rad UDK 347.441.13(497.11)
doi:10.5937/zrpfns46-1922

Dr Atila Dudaš, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SHVATANJA O KAUZI UGOVORA U DOMAĆOJ CIVILISTICI PO USVAJANJU ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA*

Sažetak: *Na razvoj domaće doktrine o kauzi ugovora je presudan uticaj imalo usvajanje Zakona o obligacionim odnosima 1978. godine. Do usvajanja Zakona doktrinarni stavovi o kauzi ugovora u domaćoj pravnoj nauci pokazuju visok stepen različitosti: obuhvatali su gotovo sve osnovne teorijske pravce, od antikauzalističkih, preko ekonomskih, do savremenih, objektivno-subjektivnih poimanja kauze ugovora. U periodu do donošenja Zakona o obligacionim odnosima doktrinom kauze naročito su se bavili Dragoljub Aranđelović, Živojin Perić, Lazar Marković, Andrija Gams, Stevan Jakšić, Vladimir Kapor i Mihailo Konstantinović.*

Zakon o obligacionim odnosima je pojam kauze ugovora izričito uobličio u jedan od uslova punovažnosti i dejstva ugovora. Ovakav, pristup zakonskog uređivanja pitanja pravne relevantnosti cilja ugovora je imao veliki uticaj na razvoj domaće doktrine o pojmu kauze ugovora. S jedne strane, kauza ugovora je postala pozitivnopravni institut, te su joj gotovo svi autori po usvajanju Zakona posvetili odgovarajuću pažnju, za razliku od predzakonskog perioda u kojem je bilo autora koji je uopšte nisu razmatrali. U ovom radu se izlažu shvatanja Stojana Cigoja, Ljubiše Miloševića, Živomira Đorđevića, Borisa Viznera, Martina Vedriša, Želimira Šmalcelja, Jakova Radišića, Slobodana Perovića, Jožefa Salme i Olivera Antića. S druge strane, sužava se dijapazon različitih mogućih

* Članak je nastao kao rezultat rada na naučno-istraživačkom projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu pod nazivom *Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)* u okviru rada na individualnoj temi autora *Pravna relevantnost cilja ugovora*.

poimanja kauze ugovora u doktrini. Po usvajanju Zakona zapaža se tendencija nestajanja shvatanja koja u potpunosti poriču neophodnost postojanja pojma kauze ugovora, te se u pretežnom delu doktrine zauzima kauzalistički stav, pri čemu se mogu uočiti određene razlike u pojmovnom određivanju kauze ugovora. Izuzetak predstavlja Boris Vizner, koji smatra da se odredbe Zakona o osnovu ugovorne obaveze uopšte ne odnose na kauzu ugovora, već na titulus, kao i Martin Vedriš, koji u njima vidi pojam osnova pravnog posla (Geschäftsgrundlage) iz germanske pravne doktrine. Ostali autori smatraju da je Zakon u odredbama o osnovu ugovorne obaveze prihvatio romanski pojam kauze ugovora, pri čemu je uglavnom određuju u okvirima premisa neoklasične teorije.

Ključne reči: *kauza ugovora, kauza ugovorne obaveze, kauza, osnov, osnov ugovora, osnov ugovorne obaveze, pravni osnov*

Uvodne napomene

Na razvoj domaće doktrine o kauzi ugovora je presudan uticaj imalo usvajanje Zakona o obligacionim odnosima 1978. godine. Do usvajanja Zakona doktrinarni stavovi o kauzi ugovora u domaćoj pravnoj nauci pokazuju visok stepen različitosti: obuhvatali su gotovo sve osnovne teorijske pravce, od antikauzalističkih, preko ekonomskih, do savremenih, objektivno-subjektivnih poimanja kauze ugovora. U periodu do donošenja Zakona o obligacionim odnosima doktrinom kauze naročito su se bavili Dragoljub Aranđelović, Živojin Perić, Lazar Marković, Andrija Gams, Stevan Jakšić, Vladimir Kapor i Mihailo Konstantinović.[1]

Shvatanja domaćih autora o kauzi ugovora po usvajanju Zakona o obligacionim odnosima se izlažu po hronološkom redosledu, a ne po doktrinarnom opredeljenju autora. Razume se, ovakav pristup može biti samo orijentacioni, jer su pisci svoja zapažanja o pojmu kauze ugovora iznosili tokom dužeg vremenskog perioda u više radova. Šta više, mnogi od njih su istraživali problematiku kauze ugovora i pre usvajanja Zakona o obligacionim odnosima, ali su svoje konačne zaključke o ovom pojmu formirali ipak u svetlu odredaba Zakona. U ovom radu se izlažu shvatanja Stojana Cigoja, Ljubiše Miloševića, Živomira Đorđevića, Borisa Viznera, Martina Vedriša, Želimira Šmalcelja, Jakova Radišića, Slobodana Perovića, Jožefa Salme i Olivera Antića.

[1] V. detaljnije Atila DUDAŠ, *Shvatanja o kauzi ugovora u domaćoj civilistici u periodu do usvajanja Zakona o obligacionim odnosima,* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1/2011, str. 435-453.

Shvatanje Stojana Cigoja

Stojan Cigoj u svojim radovima neposredno posvećenim kauzi ugovora[2] određuje je na opšti i sintetički način. Kauzom ugovora smatra skup okolnosti na kojima se zasniva pravni posao, ali i okolnosti na kojima se posao ne zasniva, ali su s njim u tesnoj vezi.[3] Do ovog zaključka dolazi analizom različitih teorija, kako kauzalističkih, tako i antikauzalističkih, kojima je zajednička osobina, po njegovom stavu, da pojam kauze objašnjavaju parcijalno, ne uzimajući u obzir sve njene atribute.[4]

Kauzu ugovora Stojan Cigoj razmatra u različitim dimenzijama. Najpre, razlikuje *unutrašnju* od *spoljne* kauze. Ukoliko punovažnost ugovora zavisi od postojanja kauze, ugovor je kauzalan, jer ima unutrašnju kauzu. Ako njegova punovažnost ne zavisi od postojanja kauze, ugovor je apstraktan, jer nema svoju unutrašnju kauzu. Kauza zbog koje se apstraktni ugovor zaključuje nalazi se van ugovora, koju naziva spoljnom kauzom.[5]

U nastojanju da dâ sintetički pojam kauze ugovora, razlikuje tri njena pojavna oblika. Prvo, svaki ugovor ima *klasičnu kauzu*, uslovljenu vrstom ugovora, koju određuje zakonodavac.[6] Ona je objektivno data za svaku vrstu ugovora, i određuje je kao neposredni razlog ugovorne obaveze.[7] Drugo, u pojam kauze ugovora ulaze i *motivi*, subjektivne pobude iz kojih strane zaključuju ugovor, ukoliko su ih unele u sadržinu ugovora u vidu uslova. Prema tome, nije dovoljno da je jedna strana svoje pobude saopštila drugoj, već je potrebno da je drugoj strani jasno stavljeno do znanja da se ugovor zaključuje samo pod pretpostavkom da se ostvari pobuda. Na ovaj način strane svoje pobude unose u pojam kauze.[8] Najzad, treći tip su pobude koje strane nisu izričito unele u kauzu, ali su u pitanju okolnosti od takvog značaja da se u skladu sa običajima u prometu i opštim moralnim načelima ne može smatrati ostvarenom neposredna kauza ugovora bez ostvarenja tih pobuda.[9]

---

[2] V. Stojan CIGOJ, *Sporovi u pogledu naknade ugovorne štete i uloga kauze ugovora*, Privreda i pravo, vol. 24, br. 1-2/1985, str. 24-33; Stojan CIGOJ, *Uloga kauze u aspektima naknade ugovorne štete*, str. 7-52. in: Ugovori u međunarodnoj trgovini I, urednik Predrag ŠULEJIĆ, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Institut za pravne i društvene nauka, Beograd, 1987; Stojan CIGOJ, *Uloga i značaj kauze (osnova) u ugovornom pravu*, Pravni život, br 10/1988, str. 1451-1477; Stojan CIGOJ, komentar uz čl. 51-53. u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, glavni urednici Borislav T. BLAGOJEVIĆ i Vrleta KRULJ, tom I i II, Savremena administracija, Beograd, 1980, tom prvi, str. 160-174.

[3] V. CIGOJ, *Uloga i značaj kauze (osnova) u ugovornom pravu*, op. cit. str. 1451.

[4] V. CIGOJ, *Uloga i značaj kauze (osnova) u ugovornom pravu*, op. cit. str. 1453.

[5] V. CIGOJ, *Uloga i značaj kauze (osnova) u ugovornom pravu*, op. cit. str. 1452.

[6] V. CIGOJ, *Uloga i značaj kauze (osnova) u ugovornom pravu*, op. cit. str. 1453-1454.

[7] V. CIGOJ, *Uloga i značaj kauze (osnova) u ugovornom pravu*, op. cit. str. 1453.

[8] V. CIGOJ, *Uloga i značaj kauze (osnova) u ugovornom pravu*, op. cit. str. 1454.

[9] Ibidem.

Shvatanje Ljubiše Milošević

Ljubiša Milošević kauzu ugovora određuje kao neposredni pravni cilj koji navodi strane na zaključenje ugovora.[10] Imajući u vidu da je kauza uvek identična u ugovorima iste vrste, ona određuje pravnu prirodu ugovora.[11] Kauzu teretnog ugovora vidi u ispunjenju obaveze druge strane, realnog u izvršenju neke radnje, a dobročinog u nameri darežljivosti.[12] Budući da kauzu ugovora poima u skladu se neoklasičnom teorijom, njen pravni značaj vidi i kod drugih instituta, a ne samo u kontekstu zaključenja ugovora. Tako, nepostojanjem, odnosno otpadanjem kauze objašnjava pravne posledice fiktivnih i simulovanih ugovora[13], prestanak ugovora po sili zakona usled nemogućnosti ispunjenja obaveze druge strane, raskid ugovora zbog neispunjenja obaveze druge strane i prigovor neizvršenja ugovora.[14]

Za razliku od kauze ugovora, motiv je uvek psihološka pojava, vezana za ličnost ugovorne strane, ističe Ljubiša Milošević. Pobude se teško utvrđuju, te ne utiču na punovažnost ugovora, osim ako su strane važenje ugovora učinile zavisnim od ostvarenja određenih pobuda, ako je jedna strana saopštila svoje motive drugoj, ako je druga strana znala za njene pobude ili ako se radi o dobročinom ugovoru.[15] Za razliku od teretnog ugovora, čiji motivi mogu da budu brojni i raznovrsni, motivi dobročinog su uvek malobrojni i tipični, a vrlo često i nedozvoljeni. Stoga ističe da je u dobročinom ugovoru uvek potrebno voditi računa o motivima dužnika.[16]

U kontekstu različitih podela ugovora Ljubiša Milošević navodi podelu na kauzalne i apstraktne, prema kriterijumu utvrdivosti kauze iz sadržine ugovora. Ne smatra apstraktne ugovore posebnim tipom ugovora, jer i oni moraju da imaju dopuštenu i stvarnu kauzu.[17]

Shvatanje Živomira Đorđevića

Živomir Đorđević ističe da se sintagma osnov ugovora u doktrini upotrebljava u različitim značenjima. Pored osnovnog značenja razloga obavezivanja u ugovoru, ona u različitim kontekstima dobija značenje ti-

---

[10] V. Ljubiša MILOŠEVIĆ, *Obligaciono pravo*, šesto izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1982 (prvo izdanje 1966), str. 69.

[11] Ibidem.

[12] V. MILOŠEVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 71.

[13] V. MILOŠEVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 73.

[14] V. MILOŠEVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 69.

[15] V. MILOŠEVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 70.

[16] Ibidem.

[17] V. MILOŠEVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 89.

tulusa, pravne činjenice koja dovodi do određenih pravnih posledica, motiva, razloga neke pojave u pravu, kao i značenje elementa ugovora.[18]

Osnov ugovora smatra ne samo neophodnom pretpostavkom postojanja ugovora, već i njegovim bitnim elementom, te ugovor ne može da bude punovažan bez stvarnog i dozvoljenog osnova.[19] Stoga, apstraktnom ugovoru ne priznaje pravo apstraktno dejstvo u užem smislu reči, jer i on mora da ima stvarni i dopušteni osnov.[20] Imajući u vidu nedostatnost kriterijuma podele ugovora na kauzalne i apstraktne, ni on ne smatra apstraktni ugovor posebnim tipom ugovora.[21]

Razlikuje pravne posledice nedozvoljenog, nemoralnog i putativnog osnova, pri čemu predlaže jedinstvenu sankciju ništavosti.[22] Za razliku od osnova, motivi su i po njegovom shvatanju pravno irelevantni, osim ako su saopšteni drugoj strani, kada ulaze u pojam osnova.[23] Kauzu ugovora određuje na neoklasičan način, pri čemu ističe da između dva najznačajnija savremena shvatanja kauze, ekonomskog i pravnog, nema suštinske razlike, jer se ostvarenjem ekonomskog efekta ugovora (prenosom imovinskih dobara) ostvaruje i njegov pravni efekat, ali ističe da to ne mora uvek da bude slučaj.[24] Posebnu pažnju zaslužuje njegova analiza pojma kauze ugovora u svetlu načela ekvivalentnosti, koju je izvršio u okviru svoje doktorske disertacije.[25]

Shvatanje Borisa Viznera

Boris Vizner zastupa stav koji se bitno razlikuje od stavova prethodnih autora. Smatra da se pod osnovom u Zakonu o obligacionim odnosima ne podrazumeva kauza ugovora, već pravni osnov sticanja nekog prava, tj. titulus.[26] Ovaj stav je izneo 1977. godine, u vreme kada je vođena rasprava u naučnoj i stručnoj javnosti o predloženim normativnim rešenjima Nacrta zakona o obligacionim odnosima. Ovu činjenicu je važno istaći jer Nacrt, za razliku od konačnog teksta Zakona, u kontekstu osnova

[18] V. ĐORĐEVIĆ, Živomir, STANKOVIĆ, Vladan, *Obligaciono pravo, opšti deo*, 4. izdanje, Beograd, Savremena administracija,1986 (1. izdanje 1974), str. 180-181.

[19] V. ĐORĐEVIĆ - STANKOVIĆ, *Obligaciono pravo, opšti deo*, op. cit. str. 187.

[20] V. ĐORĐEVIĆ - STANKOVIĆ, *Obligaciono pravo, opšti deo*, op. cit. str. 153.

[21] V. ĐORĐEVIĆ - STANKOVIĆ, *Obligaciono pravo, opšti deo*, op. cit. str. 154.

[22] V. ĐORĐEVIĆ - STANKOVIĆ, *Obligaciono pravo, opšti deo*, op. cit. str. 188.

[23] V. ĐORĐEVIĆ - STANKOVIĆ, *Obligaciono pravo, opšti deo*, op. cit. str. 184.

[24] V. ĐORĐEVIĆ - STANKOVIĆ, *Obligaciono pravo, opšti deo*, op. cit. str. 186.

[25] Živomir ĐORĐEVIĆ, *Problem ekvivalentnosti u obligacionom pravu*, Savez udruženja pravnika Jugoslavije, Beograd, 1958 (disertacija: 1956).

[26] 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.

ugovorne obaveze ne govori o „osnovu", već o „pravnom osnovu".[27] Tako, Nacrt je predviđao da svaka ugovorna obaveza mora da ima dozvoljeni *pravni osnov*[28], kao i da se pretpostavlja da obaveza ima *pravni osnov* i kad nije izražen.[29] Vizner smatra da upotreba sintagme „pravni osnov" nije slučajna i da pod njom ne treba podrazumevati kauzu ugovora, glavni razlog zbog kojeg strane zaključuju ugovor.[30] U prilog svom stavu navodi da i Skica, koja je bila doktrinarna osnova izradi teksta Nacrta Zakona o obligacionim odnosima, upotrebljava sintagmu „pravni osnov", a ne samo reč „osnov".[31] Svoje tumačenje pravnog osnova u smislu titulusa povezuje sa prvim članom Zakona u kojem se vrši enumeracija činjeničnih izvora obligacija, pravno relevantnih činjenica iz kojih nastaju obligacioni odnosi. Smatra da su ove činjenice zapravo različiti mogući titulusi, pravni osnovi sticanja nekog prava[32], te i odredbe o osnovu ugovorne obaveze (odnosno dopuštenom osnovu) treba tumačiti u smislu titulusa sticanja građanskih subjektivnih prava.

Shvatanje Martina Vedriša

I Martin Vedriš zastupa stav da odredbe Zakona o obligacionim odnosima o osnovu ne treba tumačiti u značenju kauze ugovora. Za razliku od Viznera, međutim, on ne smatra da pod osnovom treba podrazumevati titulus, pravni osnov sticanja građanskog subjektivnog prava, već subjektivno shvaćeni osnov pravnog posla, tzv. *Geschäftsgrundlage* iz nemačke doktrine.[33] U ovom pogledu razlikuje tri slična pojma od kojih svaki ima pravnu relevantnost u Zakonu: pravni osnov, kauzu u objektivnom smislu i kauzu u subjektivnom smislu.[34] Pravni osnov, titulus sticanja subjektivnog građanskog prava treba razlikovati od kauze u objektivnom smislu. Kao argument ističe da Zakon propisuje da se dopušteni osnov pretpostavlja, s tim da se pretpostaviti može samo kauza u objektivnom smislu, a

[27] Nacrt je inače u upotrebi ovog termina bio nedosledan. Tako, dok naslov čl. 32. i 33. glasi „Dozvoljen osnov", u čl. 32. st. 1. i 3. upotrebljava se sintagma „pravni osnov", u čl. 33. st. 2. sintagma „osnov ugovora", dok u čl. 33. samo reč „osnov". Nije uopšte iznenađujuće što su odredbe Nacrta o „dozvoljenom osnovu" davale povoda različitim tumačenjima.

[28] V. čl. 32. st. 1. Nacrta saveznog Zakona o obligacionim odnosima (autorov kurziv).

[29] V. čl. 32. st. 3. Nacrta saveznog Zakona o obligacionim odnosima (autorov kurziv).

[30] V. VIZNER, *Da li je u pitanju pravni osnov* ..., op. cit. str. 39.

[31] Ibidem.

[32] V. VIZNER, *Da li je u pitanju pravni osnov* ..., op. cit. str. 37.

[33] V. Martin VEDRIŠ, *„Osnova" po Zakonu o obaveznim odnosima*, Privreda i pravo, br. 1/1979, str. 2-17, na str. 13.

[34] Ibidem.

ne i pravni osnov[35], koji u Zakonu dobija pravni značaj ne u kontekstu osnova, već u kontekstu novacije.[36] Vedriš kauzu u objektivnom smislu definiše kao „pravno oformljenu ekonomsku svrhu koja se objektivno postiže realizacijom ugovornih obaveza“[37]. Ona u Zakonu ne dobija pravnu relevantnost u okviru odredaba o osnovu, već u kontekstu raskidanja ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti i ništavosti pojedinih odredaba opštih uslova poslovanja.[38] Pod osnovom u Zakonu, stoga, ne treba podrazumevati ni pravni osnov, niti kauzu u objektivnom smislu, već subjektivni osnov pravnog posla, koji se razlikuje od ostalih subjektivnih pokretača volje, pobuda za zaključenje ugovora koje su posebno uređene. Subjektivni osnov pravnog posla, osnov po Zakonu o obligacionim odnosima, najjača je, najneposrednija pobuda koja se objektivizuje, čime prestaje biti motiv iz kojeg se ugovor zaključuje i ulazi u sadržinu ugovora. To je osnov ugovora, smatra Martin Vedriš.[39]

Shvatanje Želimira Šmalcelja

Želimir Šmalcelj zastupa stav da odredbe Zakona o obligacionim odnosima o osnovu ugovorne obaveze podrazumevaju cilj radi kojeg strane zaključuju ugovor, i to po romanskoj, a ne po germanskoj koncepciji.[40] Ističe, međutim, da u našem pravu kauzu ugovora ne treba tumačiti u skladu sa tezama neoklasične teorije, prema kojoj se kauza obaveze jedne strane sastoji od ispunjenja obaveze druge, što ima za posledicu da je postojanje kauze potrebno ne samo u momentu zaključenja ugovora, već i tokom njegovog dejstva i izvršenja.[41] Za to nema potrebe, smatra Šmalcelj, jer Zakon o obligacionim odnosima sadrži pravila o posebnim institutima (kao što su odredbe o raskidanju ili izmeni ugovora zbog promenjenih okolnosti, prestanku ugovora zbog nemogućnosti ispunjenja obaveze, sticanja bez osnova itd.) čiji se domen primene poklapa sa domenom primene kauze u fazi izvršenja ugovora. Kako postoje specijalna pravila o ovim institutima, domen primene kauze ugovora u našem pravu treba svesti samo na pitanje punovažnog nastanka ugovora, ističe Šmalcelj.[42]

---

[35] V. VEDRIŠ, *„Osnova“ po Zakonu o obaveznim odnosima*, op. cit. str. 7.

[36] Čl. 348. ZOO. V. VEDRIŠ, *„Osnova“ po Zakonu o obaveznim odnosima*, op. cit. str. 7.

[37] VEDRIŠ, *„Osnova“ po Zakonu o obaveznim odnosima*, op. cit. str. 7.

[38] Čl. 133. st. 1, čl. 135. i čl. 143. ZOO. V. VEDRIŠ, *„Osnova“ po Zakonu o obaveznim odnosima*, op. cit. str. 7.

[39] V. VEDRIŠ, *„Osnova“ po Zakonu o obaveznim odnosima*, op. cit. str. 7.

[40] V. Želimir ŠMALCELJ, *Dopuštena osnova ugovornih obaveza*, Naša zakonitost, br. 1/1980, str. 15-32, na str. 15.

[41] V. ŠMALCELJ, *Dopuštena osnova ugovornih obaveza*, op. cit. str. 27.

[42] Ibidem.

Shvatanje Jakova Radišića

Jakov Radišić veoma oštro razdvaja kauzalističke od antikauzalističkih zakonodavstva, i u ovom smislu ističe da kauza ugovora nije opšteprihvaćena ustanova u uporednom pravu.[43] Po njegovom stavu, nju poznaju Francuski građanski zakonik, kao i zakoni i zakonici usvojeni po uzoru na njega[44], dok germansko pravo (pre svega nemačko i švajcarsko) ne poznaje pojam kauze, već u jedinstven pojam sadržine ugovora inkorporiše pojmove koji se u francuskom pravu označavaju predmetom i kauzom ugovora[45].

Kauzu ugovora i on definiše kao pravni pojam, u smislu neposrednog pravnog cilja koji navodi strane na zaključenje ugovora, tj. pruža pravno objašnjenje razloga zaključenja ugovora.[46] Za razliku od kauze ugovora, motivi su udaljenije „pobude i očekivanja", „izazivaju želju za postizanje cilja koji znači osnov".[47] Ističe da su i osnov i motivi psihički pokretači volje spojeni u zajednički lanac, „samo što osnov čini prvu kariku u tom lancu, dok motiv drugu."[48] Motiv je promenljiv u svakom slučaju, te je po pravilu pravno irelevantan, dok je osnov uvek identičan u ugovoru iste vrste, određuje tip ugovora i ulazi u njegovu sadržinu.[49] Pobude dobijaju pravnu relevantnost samo ukoliko su nemoralne ili nezakonite, i to pod različitim uslovima, zavisno od toga da li se radi o teretnom ili dobročinom ugovoru.[50]

Najveći pravni značaj pojam kauze ugovora prema Radišiću dobija u kontekstu podele ugovora na kauzalne (materijalne) i apstraktne (nematerijalne) ugovore, pri čemu ističe da i apstraktni ugovori moraju da imaju dopušten osnov, s tim da on nije vidljiv iz njihove sadržine. Stoga, apstraktni ugovori olakšavaju položaj poverioca u postupku naplate potraživanja.[51]

Jakov Radišić brojne institute u vezi sa teretnim ugovorima objašnjava time što u njima obaveza jedne strane predstavlja kauzu obaveze druge: odgovornost za pravne i fizičke nedostatke prenete stvari, pravilo o jednakoj vrednosti uzajamnih davanja, raskid ugovora zbog neispunjenja obaveze druge strane, raskidanje ili izmena ugovora zbog promenje-

---

[43] V. Jakov RADIŠIĆ, *Obligaciono pravo - opšti deo*, osmo izdanje, Nomos, Beograd, 2008 (1. izdanje 1973), korišćeno šesto izdanje iz 2000. godine, str. 84.

[44] Ibidem.

[45] V. RADIŠIĆ, *Obligaciono pravo - opšti deo*, op. cit. str. 85.

[46] Ibidem.

[47] RADIŠIĆ, *Obligaciono pravo - opšti deo*, op. cit. str. 86.

[48] Ibidem.

[49] Ibidem.

[50] V. RADIŠIĆ, *Obligaciono pravo - opšti deo*, op. cit. str. 87.

[51] V. RADIŠIĆ, *Obligaciono pravo - opšti deo*, op. cit. str. 135.

nih okolnosti, prigovor neispunjenja i neizvesnog ispunjenja obaveze i raskid ugovora zbog nemogućnosti ispunjenja obaveze druge strane.[52]

Shvatanje Slobodana Perovića

Slobodan Perović se bez sumnje može smatrati autorom koji je dao najveći doprinos doktrini kauze u domaćoj civilistici. Raznim aspektima kauze ugovora bavio se u svom sistematskom delu iz obligacionog prava[53], u dve monografije[54] i brojnim člancima[55].

Kauzu ugovora određuje kao pravni pojam, u duhu neoklasične, subjektivno-objektivne teorije. Kauza ugovora je neposredni pravni cilj, svakako jedna od pobuda koje navode stranu na zaključenje ugovora, ali prva u lančanom nizu.[56] Ostali, udaljeni motivi su po pravilu pravno irelevantni. Pravnu relevantnost pobude imaju u dobročinom ugovoru u kojem postaju deo kauze, kao i nedozvoljene pobude u teretnom ugovoru koje su drugoj strani bile poznate.[57]

Na osnovu kriterijuma vidljivosti kauze iz sporazuma strana, ugovore deli na kauzalne i apstraktne.[58] I prema njegovom shvatanju, dakle, apstraktni ugovori moraju da imaju stvarnu i punovažnu kauzu, s tim da se ona ne vidi iz njihove sadržine. Ona postaje vidljiva na tri načina: sporazumom strana, prigovorom dužnika u sporu ili po službenoj dužnosti kada sud utvrđuje da li sporazum strana vređa interese javnog poretka.[59]

---

[52] V. RADIŠIĆ, *Obligaciono pravo - opšti deo*, op. cit. str. 146.

[53] Slobodan PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, knjiga prva, 7. izdanje, Službeni list SFRJ, Beograd, 1990 (1. izdanje 1968).

[54] Slobodan PEROVIĆ, *Zabranjeni ugovori u imovinskopravnim odnosima*, Novinska ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1975 i Slobodan PEROVIĆ, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, 2. izdanje, Naučna knjiga, Beograd, 1964 (1. izdanje 1964).

[55] Slobodan PEROVIĆ, *Granice slobode ugovaranja*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 5–6/1971, str. 489-514; Slobodan PEROVIĆ, *Kauza ugovorne obaveze*, Pravni život, br. 3-4/2005, str 7-29; Slobodan PEROVIĆ, *Kauza ugovorne obaveze, aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Zbornik radova, Budva, 2005, str. 9-29; Slobodan PEROVIĆ, *Moralizovanje ugovora*, Pravni život, br. 10/1971, str. 3-18; Slobodan PEROVIĆ, *Naturalne obligacije i moralne dužnosti*, Pravni život, br. 6/1968, str. 14-24; Slobodan PEROVIĆ, *Pravne posledice nemoralnih ugovora*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu br. 2/1966, str. 197-221; Slobodan PEROVIĆ, *Teorija nedozvoljene kauze*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-3/1972, str. 435-449; Slobodan PEROVIĆ, *Teorija ugovorne kauze u naučnim delima akademika Stojana Cigoja*, str. 197-220. u: Stojan Cigoj 1920-1989 Zbornik razprav s simpozija SAZU ob 20-letnici smrti, Rasprave 24, Slovenska akademija znanosti i umetnosti, Ljubljana, 2009.

[56] V. PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 332.

[57] Ibidem.

[58] V. PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 239.

[59] V. PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 240.

Slobodan Perović je naročitu pažnju posvetio pitanju primene doktrine nedopuštene kauze u sudskoj praksi, analizirao brojne odluke iz vremena pre usvajanja Zakona o obligacionim odnosima o pravnim posledicama nepostojeće[60] i nedopuštene kauze[61], kao i o pravnoj relevantnosti pobuda u teretnom i dobročinom ugovoru[62]. Ističe da su sudovi pokazivali znatno smireniji i racionalniji pristup ovoj problematici od doktrine. U sudskoj praksi se pojam kauze ugovora tumači kao neposredan pravni cilj ugovora i pridaje mu se najveći značaj u kontekstu zabranjenih ugovora.[63]

U svojoj monografiji o zabranjenim ugovorima razmatrao je značaj i funkciju kauze ugovora u utvrđivanju opštih ograničenja načela slobode ugovaranja. Posvetio je pažnju različitim mogućim objašnjenjima pojma javnog poretka i konstatovao da on svoju pravu i konkretnu sadržinu dobija kroz primenu doktrine o nedozvoljenom predmetu i nedozvoljenoj kauzi.[64] Utvrđivanjem zabranjenosti predmeta i zabranjenosti kauze pravo uspeva da odgovori ujedno i zahtevu opšteg interesa (zaštiti fundamentalnih principa na kojima počiva funkcionisanje jednog društva) i zahtevu pravne sigurnosti u prometu.[65] Ništavošću ugovora zaključenog radi nezakonitih ili nemoralnih ciljeva štite se društveni interesi, moralni ili materijalni, koji individualnom dispozicijom volje ugovornih strana mogu da budu narušeni.[66]

Pojam kauze ugovora nije zaobišao ni u monografiji posvećenoj pitanju pravnog značaja forme ugovora. U ovom delu je posebno razmatrao odnos formalnih i apstraktnih ugovora. Konstatuje da u savremenom ugovornom pravu kauzalni ugovori mogu da budu kako konsensualni, tako i formalni, ali apstraktni ugovori moraju da budu formalni, jer se kod njih ne vidi razlog zbog kojeg nastaju.[67] Svoj stav obrazlaže time što se iz sadržine apstraktnih ugovora ne vidi razlog obavezivanja strana, te je pravni poredak nepoverljiv prema njima, jer mogu da prikrivaju zabranjene ili nemoralne pobude.[68] Takva opasnost ne postoji kod kauzalnih ugovora, jer se kod njih iz sadržine ugovora vidi razlog obavezivanja strana, te pravni poredak može da interveniše i da proglasi ništavim ugovor koji se zaključuje

[60] V. PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 336.
[61] V. PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 335.
[62] V. PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 334.
[63] V. PEROVIĆ, *Zabranjeni ugovori*, op. cit. str. 223.
[64] V. PEROVIĆ, *Zabranjeni ugovori*, op. cit. str. 165.
[65] Ibidem.
[66] V. PEROVIĆ, *Zabranjeni ugovori*, op. cit. str. 207.
[67] V. PEROVIĆ, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, op. cit. str. 35.
[68] Ibidem.

radi postizanja nedozvoljenih ciljeva. Stoga „svi apstraktni ugovori su formalni, dok svi formalni ugovori nisu i apstraktni“.[69]

Shvatanje Jožefa Salme

Jožef Salma se različitim aspektima problematike kauze ugovora bavio u svom sistematskom delu iz obligacionog prava[70], u monografiji o simulovanim ugovorima[71] i u brojnim člancima objavljenim u domaćim i stranim časopisima[72].

U osnovi prihvata neoklasičnu definiciju pojma kauze ugovora i smatra da je kauza neposredni pravni cilj koji navodi strane na zaključenje ugovora, koji se u teretnom ugovoru sastoji od ispunjenja obaveze druge strane[73]. Za razliku od motiva, unutrašnjih pokretača volje koji mogu da budu najrazličitiji, kauza ugovora je uvek identična u ugovoru iste vrste.[74] Međutim, u ovom kontekstu ističe i jedan dodatni atribut kauze ugovora koji ostali autori nisu u dovoljnoj meri naglasili. Naime, tačno je da je kauza uvek identična u ugovorima iste vrste, ali je ona bilateralan pojam, što znači da strane ne moraju, ali mogu da imaju različitu kauzu.[75] Obe strane imaju identičnu kauzu, na primer, u ugovoru o kupoprodaji (i kupac i prodavac zaključuju ugovor radi sticanja svojine na stvari saugovarača), ali različitu u ugovoru o zakupu (zakupodavac zaključuje ugovor radi sticanja prava svojine na zakupnini, a zakupac radi sticanja prava namenskog korišćenja zakupljene stvari).[76] Ističe da pobude iz kojih strane zaključuju ugovor, zbog svoje subjektivne prirode i, po pravilu, nemogućnosti njihovog utvrđivanja, ne utiču na punovažnost ugovora. One su

---

[69] V. PEROVIĆ, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, op. cit. str. 35.

[70] 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).

[71] Jožef SALMA, *Simulovani ugovori, prilog teoriji o izigravanju prava*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1987.

[72] SZALMA József, *A jogcím*, Jogtudományi Közlöny, Budapest, 1984/3 sz, 161–165. old; Jožef SALMA, *O kauzi obligacionih ugovora*, Pravni život, br. 4/1985, str. 421-436; Jožef SALMA, *Kauza obligacionih ugovora*, Pravo, teorija i praksa, br. 7/1986, str. 29–34; Jožef SALMA, *O konceptu poklona*, Pravo, teorija i praksa, br.11-12/1995, str. 80-83; Jožef SALMA, *Kauza obligacionih ugovora,* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2006, str. 177-200; SZALMA József, *Causa (Rechtsgrundlage) bei den Obligationsverträgen*, Annales Universitatis Scientiarum Budapestiensis de Rolando Eötvös Nominatae, Sectio Juridica, Tomus XLVIII, Budapest, 2007, str. 257-282.

[73] V. SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 298.

[74] Ibidem.

[75] V. SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 292.

[76] V. SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 298-299.

pravno relevantne u dobročinom ugovoru, kada ulaze u pojam kauze, zatim ako su saopštene drugoj strani ili ako su nedopuštene.[77] Razlikuje pravne posledice nepostojeće i zabranjene kauze. Nepostojeća kauza čini ugovor nepostojećim, dok zabranjena ili nemoralna kauza ništavim.[78]

U okviru različitih podela ugovora, ističe da je kriterijum podele ugovora na kauzalne i apstraktne vidljivost kauze iz sadržine ugovora, a ne da li ugovor ima kauzu, jer i apstraktni ugovori moraju da imaju dopuštenu kauzu.[79]

U monografiji posvećenoj simulovanim ugovorima pitanje kauze ugovora razmatra i u kontekstu važenja prividnog i prikrivenog ugovora. Opšte je pravilo da prividni (simulovani) ugovor ne proizvodi pravno dejstvo, jer ga strane ne žele, dok prikriveni (disimulovani) proizvodi pravno dejstvo, ukoliko su ispunjeni uslovi njegove punovažnosti.[80] Međutim, ukoliko su se strane pri simulaciji vodile fraudoloznim ciljem, zajedničkom namerom izigravanja zakona, nije samo prividni ugovor ništav, već i prikriveni.[81] Ispravno konstatuje da kauza, shvaćena u objektivnom značenju, kao neposredni pravni cilj koji je uvek identičan u ugovorima iste vrste ne može u potpunosti da objasni pravne posledice simulacije. Naime, namera izigravanja zakona je cilj koji izlazi iz pojma kauze. Ona je širi, vanugovorni cilj strana.[82]

Shvatanje Olivera Antića

Oliver Antić je svoja zapažanja o kauzi ugovora izneo u sistematskom delu iz obligacionog prava[83] i u brojnim člancima.[84] Teorija kauze ugovora u njegovim delima dobija središnje mesto. Po opsegu instituta kod kojih vidi pravnu relevantnost kauze ugovora, njegovo poimanje kauze je najekstenzivnije u domaćoj doktrini.

Kauzu smatra pravno podobnim razlogom svake promene subjektivnih građanskih prava. Ukoliko postoji valjana kauza, opravdana je promena u subjektivnim građanskim pravima, tj. postoji pravno osnovano obo-

[77] V. SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 299-300.
[78] V. SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 301.
[79] V. SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 353.
[80] V. SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 261.
[81] V. SALMA, *Simulovani ugovori, prilog teoriji o izigravanju prava*, op. cit. str. 14.
[82] V. SALMA, *Simulovani ugovori, prilog teoriji o izigravanju prava*, op. cit. str. 98.
[83] Oliver ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, peto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2010 (1. izdanje 2007)
[84] Oliver ANTIĆ, *Kauza*, Pravni život, br. 10/2005, str. 821-856; Oliver ANTIĆ, *Pravno-teorijske osnove različitih shvatanja kauze*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 3-4/2006, str. 1141-1165.

gaćenje. U suprotnom radi se o pravno neosnovanom obogaćenju.[85] I pojam ugovora objašnjava pojmom kauze, teorijom kauzalnog obećanja. Kauzalno obećanje je, po njemu, konstitutivni elemenat ugovora. To je razumno obećanje ugovorne strane, tj. obećanje koje je upravljeno na promenu u imovinama dužnika i poverioca.[86]

Pojam kauze ugovora i on objašnjava neoklasično, premisama objektivno-subjektivnog shvatanja. Prema tome, u teretnom ugovoru kauzu obavezivanja jedne strane vidi u ispunjenju obaveze druge, u dobročinom u nameri za dobročinstvom[87], dok kauzu realnog ugovora identifikuje u nekoj prethodno primljenoj vrednosti[88]. Kauza u subjektivnom smislu, pobude iz kojih strane zaključuju ugovor u teretnom ugovoru, nisu od pravne relevantnosti, osim ako se radi o nedopuštenim motivima[89], dok se u dobročinom motivi poistovećuju sa kauzom ugovora, tj. crpu se u pojmu kauze ugovora[90].

Pri podeli ugovora na kauzalne i apstraktne i on se rukovodi kriterijumom da li je u ugovoru vidno izražena kauza, a ne da li ima ili nema kauzu.[91] Smatra da prividna nezavisnost apstraktnog ugovora od svoje kauze prestaje sporazumom strana, prigovorom dužnika ili po službenoj dužnosti suda.[92]

Prema shvatanju Olivera Antića pojam kauze ugovora prožima celokupno obligaciono pravo. Ona je jedno od sredstava zaštite načela savesnosti i poštenja, te i svih ostalih načela koja deriviraju iz njega.[93] Ona „u krajnjoj instanci, određuje razliku između dobra i zla, ona je etički cenzor privatne autonomije, odnosno autonomije volje“[94]. U skladu sa ovim načelnim stavom, kauzom ugovora objašnjava brojne institute obligacionog prava: pojedine slučajeve bitne zablude[95] i nesporazum u smislu zablude-prepreke[96], istraživanje zajedničke namere pri tumačenju ugovora[97], raskid ugovora zbog pravnih[98] ili fizičkih nedostataka stvari[99], raskid ugovo-

[85] V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 223.
[86] V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 235.
[87] V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 276.
[88] V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 278.
[89] V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 276.
[90] V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 277.
[91] Ibidem.
[92] V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 278.
[93] V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 285.
[94] ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 285.
[95] V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 328 i 329.
[96] V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 333-334.
[97] V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 358.
[98] V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 384-385.

ra zbog neispunjenja[100], prestanak ugovora zbog nemogućnosti ispunjenja[101], neosnovano obogaćenje[102] itd.

Umesto zaključka

Zakon o obligacionim odnosima je pojam kauze ugovora izričito uobličio u jedan od uslova punovažnosti i dejstva ugovora. Ovakav, romanski pristup zakonskog uređivanja pitanja pravne relevantnosti cilja ugovora je imalo veliki uticaj na razvoj domaće doktrine o pojmu kauze ugovora. S jedne strane, kauza ugovora je postala pozitivnopravni institut, te su joj gotovo svi autori po usvajanju Zakona posvetili odgovarajuću pažnju, za razliku od predzakonskog perioda u kojem je bilo autora koji je uopšte nisu razmatrali. S druge strane, sužava se dijapazon različitih mogućih poimanja kauze ugovora u doktrini. Po usvajanju Zakona zapaža se tendencija nestajanja shvatanja koja u potpunosti poriču neophodnost postojanja pojma kauze ugovora, te se u pretežnom delu doktrine zauzima kauzalistički stav, pri čemu se mogu uočiti određene razlike u pojmovnom određivanju kauze ugovora. Izuzetak predstavlja Boris Vizner, koji smatra da se odredbe Zakona o osnovu ugovorne obaveze uopšte ne odnose na kauzu ugovora, već na titulus, kao i Martin Vedriš, koji u njima vidi pojam osnova pravnog posla (*Geschäftsgrundlage*) iz germanske pravne doktrine. Ostali autori smatraju da je Zakon u odredbama o osnovu ugovorne obaveze prihvatio romanski pojam kauze ugovora, pri čemu je uglavnom određuju u okvirima premisa neoklasične teorije.

[99] V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 396.
[100] V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 423.
[101] V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 434.
[102] V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 525.

Attila Dudás, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Theories of Cause (Consideration) of Contract in the Serbian Doctrine of Civil Law After the Adoption of the Law on Obligations

Abstract

The adoption of the Law on Obligations in 1978 can certainly be considered as an event of watershed importance in respect to the analysis of various theoretical points of view on the notion of cause (consideration) of contract in the Serbian literature. The fact that it had not been explicitly regulated in Serbian positive law until the adoption of Law had a profound impact on the evolution of doctrine in this period. The range of differing theoretical points of view was very wide, covering essentially all the relevant streams in the doctrine of cause, from the ones accepting it (so-called causalistic theories), through the ones explaining it solely by the notion of exchange of assets (so-called economic theories), to the ones denying its legal significance in any sense (so-called anticausalistic theories). The most distinguished authorities in Serbian literature of contract law, who studied the notion of cause of contract in the period until the promulgation of the Law, were Dragoljub Aranđelović, Živojin Perić, Lazar Marković, Andrija Gams, Stevan Jakšić, Vladimir Kapor and Mihailo Konstantinović.

The Law on Obligations explicitly regulates the notion of cause of contract as one of the preconditions of validity and effect of a contract, which had a substantial impact on the evolution of doctrine. On the one hand, being an institution of positive law, there is hardly an author who had not devoted some attention to the notion of cause of contract. In this paper the author analyzes the points of view of Stojan Cigoj, Ljubiša Milošević, Živomir Đorđević, Boris Vizner, Martin Vedriš, Želimir Šmalcelj, Jakov Radišić, Slobodan Perović, Jožef Salma and Oliver Antić. On the other hand, the scope of various, often conflicting, theories on cause of contract in Serbian literature shrank. One can recognize a tendency of

abandonment of points of view disavowing any legal relevance of cause of contract and the majority of contemporary authorities argue that the cause of contract is a necessary legal institution, although they differ in the conceptual determination of this notion. However, Boris Vizner and Martin Vedriš may in this respect be deemed an exception. The former is of the opinion that the relevant sections of the Law on Obligations do not regulate the notion of cause of contract, but different titles of acquiring rights (titulus), while the latter claims that they mean the notion of basis of juridical act (Geschäftsgrundlage) from the German doctrine of civil law. All other authorities maintain that the sections of the Law on Obligations on the basis of obligation refer to the French notion of cause of contract and define it mainly within the premises of the neo-classical theory of cause of contract.

Key words: cause of contract, consideration, cause of obligation, basis of contract, legal basis of obligation

Originalni naučni rad UDK 502/504:061.1EU
doi:10.5937/zrpfns46-1997

Dr Bojan Tubić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNA NAČELA U OBLASTI ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE U EVROPSKOJ UNIJI[1]

Sažetak: *Pravna načela predstavljaju opšte smernice po kojima bi pozitivno pravo trebalo da bude stvarano. Politika Evropske unije treba da doprinese očuvanju, zaštiti i poboljšanju kvaliteta životne sredine, zaštiti zdravlja, racionalnom korišćenju prirodnih resursa. Jedan od glavnih ciljeva politike koja se bavi pitanjem životne sredine je održivi razvoj. Institucije Evropske unije treba da se rukovode i načelima supsidijarnosti, integrisanosti, predostrožnosti, prevencije, načelom da ekološka šteta treba da bude sanirana na izvoru, kao i načelom da zagađivač treba da plati za nastalu štetu. Evropska unija pokušava da pronađe ravnotežu između ekonomskog napretka i održivog razvoja u čemu veoma značajnu ulogu imaju i ova pravna načela koja se odnose na životnu sredinu.*

Ključne reči: *zaštita životne sredine, Evropska unija, pravna načela, načelo predostrožnosti, načelo supsidijarnosti, načelo zagađivač plaća.*

UVOD

Pravna načela imaju veoma značajnu ulogu u međunarodnopravnoj regulativi zaštite životne sredine. Ona mogu da ukažu na osnovne karakteristike određenih pravnih instituta, pomognu pri stvaranju osnovnih pravnih pravila, kao i da popune pravne praznine u pozitivnom pravu u

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

nedostatku formalnih pravnih pravila. Ona predstavljaju opšte smernice po kojima bi pozitivno pravo trebalo da bude stvarano. Pravna načela imaju sličnu funkciju i u pravu Evropske unije, sa određenim specifičnostima, s obzirom i na posebne karakteristike koje ova međunarodna organizacija ima u odnosu na ostale međunarodnopravne subjekte.[2] Republika Srbija u svom približavanju ovoj međunarodnoj organizaciji mora da poštuje ne samo njeno primarno i sekundarno pravo, nego i pravna načela koja u njoj važe.

POJAM PRAVNIH NAČELA

Pravna načela se nalaze u osnovnim zakonima država a mogu da budu derivirana i iz sudske prakse. Ona imaju visok nivo apstraktnosti tako da nije moguće iz njih utvrditi obaveze sa određenim stepenom sigurnosti. Iz ovoga proizilazi da se načela mogu definisati i primenjivati na različite načine, a ponekad su načela i suprotstavljena. Takođe, koncept pravnih načela se razlikuje u pojedinim pravnim sistemima.

Svi relevantni pravni instrumenti sadrže pravna načela. Ona mogu da budu definisana u međunarodnim ugovorima i sudskoj praksi. Složenost mnogih pitanja iz oblasti zaštite životne sredine predstavlja razlog zbog kojeg ih je teško regulisati na međunarodnom planu. Zbog toga, načela imaju značajnu ulogu u ustanovljavanju opšteg pristupa pitanju zaštite životne sredine.

ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE U EVROPSKOJ UNIJI

U članu 3 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije se navodi da će Evropska unija uspostaviti unutrašnje jedinstveno tržište i da će njena funkcija biti uspostavljanje održivog razvoja Evrope koji je zasnovan na ravnoteži između ekonomskog rasta i stabilnosti.[3] Jedan od ovde navedenih ciljeva je i poboljšanje kvaliteta životne sredine.[4] Takođe, u

[2] O opštim pravnim načelima u Evropskoj uniji šire videti: R. Etinski, S. Đajić, M. Stanivuković, B. Bordaš, P. Đundić, B. Tubić, Osnovi prava Evropske unije, Novi Sad, 2010., str 23-25; R. Vukadinović, Uvod u institucije i pravo Evropske unije, Kragujevac, 2010, str. 129-135.

[3] Videti, J. Scott, Law and Environmental Governance in the EU, International and Comparative Law Quarterly, 51, 2002, str. 996-1005.

[4] Član 3 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije. Consolidated versions of the Treaty on European Union and The Treaty on the Functioning of the European Union, SL C 83, 30.03.2010, str. 47.

Naslovu XX, članu 191 ovog Ugovora navodi se da će politika Evropske unije doprineti očuvanju, zaštiti i poboljšanju kvaliteta životne sredine, zaštiti zdravlja, racionalnom korišćenju prirodnih resursa, promovisanju mera kojima bi se rešavali regionalni i univerzalni problemi, a naročito borba protiv klimatskih promena.[5] Cilj politike Evropske unije o životnoj sredini je da se uspostavi visoki stepen zaštite, uzimajući u obzir različita stanja u pojedinim njenim delovima. Akcije Evropske unije po ovim pitanjima zasnivaju se na načelima: predostrožnosti, preventivnog delovanja, načelu zagađivač plaća i načelu da se šteta treba ispraviti tamo gde je i nastala. Harmonizacija mera koje se odnose na zaštitu životne sredine uključuju i zaštitne klauzule koje dozvoljavaju državama članicama EU da preduzmu privremene mere u cilju zaštite životne sredine. U smislu normi prava EU, životna sredina uključuje: ljudska bića, prirodne resurse, korišćenje zemljišta, prostorno planiranje, vode i otpad. Takođe, životna sredina uključuje prirodne elemente i one elemente koje je stvorio čovek.

Tokom stvaranja svoje politike zaštite životne sredine Evropska unija treba da uzima u obzir dostupne naučne i tehničke podatke, uslove u pogledu životne sredine u različitim regionima, potencijalne prednosti i troškove delovanja, kao i ekonomski i socijalni razvoj Evropske unije kao celine i balansirani razvoj njenih regiona. U okvirima svojih nadležnosti Evropska unija i države članice treba da sarađuju sa trećim državama i relevantnim međunarodnim organizacijama. Ova saradnja može biti regulisana i međunarodnim ugovorima između Evropske unije i trećih država. Države članice Evropske unije i dalje imaju nadležnost da stupaju u članstvo međunarodnih organizacija i zaključuju međunarodne ugovore, kojima se reguliše zaštita životne sredine.

Evropski parlament i Savet delujući u skladu sa zakonodavnom procedurom unutar Evropske unije, i nakon što konsultuju Ekonomski i socijalni komitet i Komitet regiona, odlučuju koje mere treba da budu preduzete, kako bi se postigli ciljevi u oblasti zaštite životne sredine. Savet, u propisanom postupku, usvaja mere koje su primarno fiskalne prirode i koje utiču na prostorno planiranje, rukovođenje vodenim resursima, korišćenje zemljišta, uz izuzetak rukovođenja otpadom. Takođe, usvaja mere koje značajno utiču na izbor država članica u pogledu različitih izvora energije.[6] Evropski parlament i Savet, delujući u skladu sa redovnim postupkom i nakon konsultovanja, usvajaju opšte akcione programe koji postavljaju primarne ciljeve koji treba da se ispune. Oni definišu zadatke, prio-

[5] Ibid., član 191 stav 1.
[6] Ibid., član 192.

ritetne ciljeve i organizaciju strukturalnih fondova. Utvrđuju se i opšta pravila koja se na njih primenjuju i odredbe koje su neophodne da obezbede njihovu efikasnost i koordinaciju fondova međusobno i sa drugim finansijskim instrumentima.[7]

Države članice Evropske unije finansiraju i primenjuju politiku zaštite životne sredine. Bez obzira na načelo da zagađivač plaća, ukoliko određena mera izaziva prevelike troškove za javne vlasti pojedine države članice EU, to može dovesti do njene privremene derogacije ili do dobijanja finansijske pomoći Kohezionog fonda.[8] On je stvoren da obezbedi finansijski doprinos projektima u oblasti životne sredine i transportne infrastrukture. Doneta je i posebna Uredba 1084/2006 o Kohezionom fondu.[9] U njoj je između ostalog utvrđeno da će se projekti iz oblasti energije i transporta smatrati projektima iz oblasti životne sredine.

Zaštitne mere koje su usvojene u skladu sa članom 192 Ugovora o EU, neće sprečiti bilo koju državu članicu da održava ili uvodi strože zaštitne mere. Ove mere moraju da budu u skladu sa odredbama osnivačkih Ugovora i o njima države moraju da obaveste Komisiju.[10]

Pitanje zaštite životne sredine je, osim u osnivačkim ugovorima, regulisano i sekundarnim pravom Evropske unije. U pitanju su Akcioni programi životne sredine, kao i propisi kojima se regulišu pitanja: vode i vazduha, buke, hemikalija, očuvanja prirode, otpada, kao i mere opšteg karaktera.[11]

Šefovi država i vlada Evropske unije su u junu 1990. godine usvojili Deklaraciju o životnoj sredini. U ovom aktu je promovisano pravo na zdravu i čistu životnu sredinu, koje podrazumeva određeni kvalitet vazduha, reka, jezera, mora, kvalitet hrane i pijaće vode, zaštitu od buke, zagađenja i erozije zemljišta, očuvanje flore i faune i drugih elemenata prirodnog nasleđa itd. Termin životna sredina je sveobuhvatan i uključuje ekonomski, socijalni i estetski aspekt, očuvanje prirodnog i arheološkog nasleđa i očuvanje prirodne životne sredine i one koju je stvorio čovek.

---

[7] Ibid., član 177.

[8] Osnovan je u skladu sa članom 177 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

[9] Uredba 1084/2006 o Kohezionom fondu, Council Regulation (EC) No 1084/2006 of 11 July 2006 establishing a Cohesion Fund repealing Regulation (EC) No 1164/94, SL L 210, 31.07.2006, str. 79.

[10] Član 193 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

[11] Videti: J. Salma, Smernice i uredbe Evropske unije o zaštiti životne sredine, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLV, br. 2/2011, str. 29-44.

Pojam životne sredine nije ograničen samo na životnu sredinu unutar nekadašnje Zajednice, a sada Unije. Mere za zaštitu životne sredine izvan teritorije koja je pokrivena osnivačkim ugovorom uključuju sledeće: zaštitu ozonskog omotača, borbu protiv promene klime, zaštitu ugroženih vrsta i zabranu izvoza otpada u nerazvijene zemlje itd. U praksi se postavilo i pitanje supsidijarnosti, odnosno da li Evropska unija treba da se bavi pitanjima koja su isključivo lokalne prirode. Preovlađujući stav je da su sledeća pitanja isključivo lokalne prirode i da ne treba da budu regulisana na nivou Evropske unije: kvalitet lokalne pijaće i tehničke vode i rešavanje problema gradskog otpada. U Evropskoj uniji postoji minimum standarda u ovim oblastima. Važno je napomenuti da se nijedna država članica do sada nije pozvala na načelo supsidijarnosti.

NAČELA ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE

U članu 5 Ugovora o Evropskoj uniji navode se načela supsidijarnosti i proporcionalnosti. U članu 191 Ugovora o funkcionisanju EU su predstavljena posebna načela životne sredine, koja predstavljaju opšte smernice za sprovođenje politike zaštite životne sredine unutar Evropske unije. Ona nisu obavezujuća pravna pravila i ne postoji obaveza da se preduzmu posebne mere u korist životne sredine. Bilo je potrebno ustanoviti obavezujuća pravna pravila unutar prava EU, koja mogu da utiču na države članice Evropske unije i na privatne subjekte.

U slučaju Komisija protiv Belgije,[12] Sud EZ je trebalo da odluči da li je regionalna zabrana uvoza otpada u skladu sa odredabama tadašnjeg prava EZ o slobodnom protoku roba, iako je takav uvoz otpada iz drugih država članica tretiran različito u odnosu na uvoz iz drugih regiona te države. Sud je smatrao da nije došlo do diskriminacije u ovom slučaju. On je naglasio da mora biti uzeta u obzir posebna vrsta otpada, kako bi se utvrdilo da li je konkretna prepreka diskriminatorna. Načelo da ekološka šteta treba da bude sanirana na izvoru podrazumeva da svaki region odnosno lokalna zajednica treba da preduzme odgovarajuće mere da primi, obradi i odloži na adekvatan način svoj otpad.

Evropska unija treba da zasniva svoju politiku i da planira aktivnosti na osnovu člana 191 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije. Načela prevencije i zagađivač-plaća na neki način opravdavaju delatnosti Evropske unije, koje su suprotne načelu supsidijarnosti.

[12] Predmet C-2/90 Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium, presuda, 9. jul 1992.

Načelo održivog razvoja

Jedan od ciljeva politike koja se bavi pitanjem životne sredine je održivi razvoj. Naime, potrebno je postići da razvoj ispuni zahteve sadašnjeg vremena, a da ne ugrozi mogućnost budućim generacijama da zadovolje svoje sopstvene potrebe.[13] Svaki ekonomski rast koji zanemaruje ekološka pitanja ne ispunjava kriterijum održivog razvoja. Evropski savet je u Lisabonu 2000. godine odredio cilj po kome Evropska unija treba da postane najkonkurentnija ekonomija sposobna za održivi razvoj. Komisija je pet godina kasnije zauzela stav da održivost politike Evropske zajednice zahteva aktivnosti u pogledu klimatskih promena, čiste energije, javnog zdravlja, demografije i migracija, rukovođenja prirodnim resursima i izazovima razvoja.

Pojedini autori smatraju da odredbe o održivom razvoju i njihova praktična primena predstavljaju više smernice nego pravna pravila.[14]

Komisija kada podnosi predloge koji se odnose na zaštitu životne sredine uzima kao standard visoki stepen zaštite vodeći računa o razvoju nauke u ovoj oblasti. Koriste se pravila država članica koje imaju visoke standarde u oblasti zaštite životne sredine, kao što su na primer: Danska, Holandija, Švedska, Nemačka, Austrija ili Finska. Visoki nivo zaštite životne sredine ne može biti postignut u sudskom postupku, u skladu sa članovima 3 i 191 Ugovora o funkcionisanju EU.

Svaka država članica može, na nacionalnom nivou, da održi ili uvede efikasnije i bolje mere zaštite životne sredine.

Načelo supsidijarnosti

Načelo supsidijarnosti se nalazi u članu 5 Ugovora o Evropskoj uniji. Takođe, ono je bilo uključeno u Ugovor o EZ 1987. godine i bilo je ograničeno samo na pitanja zaštite životne sredine. Predviđeno je da će tadašnja Zajednica preduzimati mere u pogledu životne sredine u meri u kojoj ciljevi mogu da budu bolje ostvareni na nivou Zajednice, nego na nivou svake posebne države članice.[15] Amsterdamski ugovor iz 1997. godine je dodao Protokol o primeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti.[16]

---

[13] Održivi razvoj je pomenut u Preambuli Ugovora o EU, članu 2 ovog Ugovora, kao i u članovima 2 i 6 Ugovora o osnivanju EZ i Amsterdamskom ugovoru iz 1999. godine. U članu 2 Ugovora iz Mastrihta pominje se termin održivi rast.

[14] L. Krämer, EC Environmental Law, London, 2007, str. 12.

[15] Nekadašnji član 130r stav 4 Ugovora o osnivanju EEZ.

[16] Protokol o primeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti, Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality, SL C 310, 16.12.2004, str. 207.

Načelo supsidijarnosti određuje aktivnosti Evropske unije. Ono ima pravnu snagu i primenjuje se kod donošenja svake pojedinačne mere. Dato načelo se primenjuje kada se cilj zaštite životne sredine može bolje postići na nivou Evropske unije, nego na nivou država članica. Jedan od primera primene ovog načela je usvajanje Direktive 96/61 o integrisanoj prevenciji i kontroli zagađenja.[17] Ekonomski i socijalni odbor je raspravljao predlog da se utvrde granične vrednosti emisija za industrijske instalacije, na nivou cele tadašnje Zajednice. Tada je zauzet stav da načelo supsidijarnosti nije u suprotnosti sa ustanovljavanjem graničnih vrednosti na nivou EZ. Visok nivo zaštite unutar Evropske zajednice može biti postignut samo ukoliko se utvrde zajedničke evropske granične vrednosti. Postojala je i manjinska grupa unutar Odbora koja je zastupala stav da je značajan nacionalni nivo država članica, koje same treba da postave i primenjuju granične vrednosti.[18]

Pod boljim regulisanjem određenog pitanja na nivou Evropske unije se podrazumeva ono koje je brže, efikasnije, jeftinije, bliže građanima, demokratičnije, uniformnije i više u skladu sa merama u ostalim razvijenim zemljama. Utvrđivanje šta se pod ovim podrazumeva obavlja se od slučaja do slučaja. Ono što je konstantan cilj je da uvek treba da se štiti i unapređuje kvalitet životne sredine u Evropskoj uniji. Potrebno je postići visoki stepen zaštite i omogućiti održivi razvoj u najširim oblastima.

Načelo integrisanosti

Načelo integrisanosti je predviđeno članom 11 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, u kojem se navodi da zahtevi koji se postavljaju u pogledu zaštite životne sredine moraju biti integrisani u definisanje i sprovođenje politika i akcija Evropske unije, naročito da bi se unapredio dugoročni razvoj.[19] Pojedine od ovih oblasti Evropske unije nisu u dovoljnoj meri integrisale pitanja životne sredine. Postojali su zahtevi za njihovom inkorporacijom u oblastima poljoprivrede i transporta. Načelo integrisanosti je poštovano u tadašnjim članovima 151 i 153, stav 2 koji su se odnosili na kulturu i zaštitu potrošača.[20] Politika zaštite životne sredine ne može biti posmatrana izolovano od ostalih. Na životnu sredinu utiču i druge aktivnosti u oblasti transporta, energije i poljoprivrede.

[17] Direktiva 96/61 o integrisanoj prevenciji i kontroli zagađenja, Council Directive 96/61/EC concerning integrated pollution prevention and control, SL L 257, 10.10.1996, str. 26.

[18] L. Krämer, op. cit., str. 18.

[19] Član 11 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, op. cit.

[20] Sada su to članovi 151 i 153 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, op. cit.

U literaturi se pojavio i termin „ozelenjavanje“ svih politika Evropske unije.

Član 11 Ugovora o funkcionisanju EU (nekadašnji član 6 Ugovora o EZ) se ne odnosi na spoljnu i bezbednosnu politiku, niti na policijsku i pravosudnu saradnju u krivičnim stvarima. Takođe, ni politike koje obuhvata EUROATOM ne potpadaju pod primenu ovog člana. Sudovi Evropske unije i ranije Evropskih zajednica nisu raspravljali pitanje da li određeni akt Evropske unije, ili Zajednice treba da bude proglašen ništavim, jer nije poštovao pravila zaštite životne sredine. Sud EZ je bio blizu raspravljanja o ovom pitanju povodom Uredbe 1954/2003[21] koja je dala ribarskoj floti država članica tadašnje Evropske zajednice pristup vodama u okolini Azorskih ostrva, a nije uzela u obzir uticaj koji može imati na taj veoma osetljiv ekosistem. Azorska ostrva su pokrenula postupak pred Prvostepenim sudom,[22] ali je tadašnja Zajednica izmenila spornu uredbu, pre donošenja presude.

Načelo predostrožnosti

Načelo predostrožnosti je predviđeno u članu 191 stavu 2 Ugovora o funkcionisanju EU.[23] Pošto nije bilo definisano bilo je predmet ekstenzivnih tumačenja. Jedna od definicija ovog načela data je u Konvenciji o zaštiti morskog ekosistema u severo-istočnom Atlantiku. Prema ovom aktu načelo predostrožnosti je načelo na osnovu koga se preduzimaju preventivne mere kada postoje razumni osnovi za zabrinutost da supstance ili energija koji se direktno ili indirektno unose u životnu sredinu mogu prouzrokovati štetu zdravlju ljudi ili naškoditi živim bićima, čak i u slučajevima kada ne postoje odlučujući dokazi o uzročnom odnosu između određenih aktivnosti i datih posledica.[24]

U Deklaraciji koja je usvojena na Konferenciji Ujedinjenih nacija u Rio de Žaneiru 1992. godine navodi se da načelo predostrožnosti može da

[21] Uredba 1954/2003 o određenim ribolovnim zonama i resursima, Council Regulation (EC) No 1954/2003 of 4 November 2003 on the management of the fishing effort relating to certain Community fishing areas and resources, SL L 289, 07.11.2003, str. 1.

[22] Predmet T-37/04 R, Regiao autonoma dos Acores v Council of the European Union, naredba, 7. jul 2004.

[23] Načelo predostrožnosti je 1993. godine uneto u tadašnji član 174 stav 2 Ugovora o EZ.

[24] Član 2 stav 2 tačka a Konvencije o zaštiti morskog ekosistema u severo-istočnom Atlantiku, Convention for the Protection of the Marine Environment of the North East Atlantic, 1992. godine. Videti: D. Kriebel, J. Tickner, P. Epstein, J. Lemons, R. Levins, E. Loechler, M. Quinn, R. Rudel, T. Schettler, M. Stoto, The Precautionary Principle in Environmental Science, Environmental Health Perspectives, Vol. 109, No. 9, 2001, str. 871-876.

posluži kao opravdanje za preduzimanje određenih mera i u slučajevima kada postoje određene nedoumice u pogledu uzroka i stepena oštećenja životne sredine. Kada postoje pretnje nastanka ozbiljne ili nepopravljive štete, nedostatak potpune naučne sigurnosti neće biti razlog za odlaganje mera koje bi sprečile nastanak štete po životnu sredinu.[25] Načelo predostrožnosti se može naći u ugovorima koji se odnose na rukovođenje živim resursima, a naročito u oblasti ribarenja.[26]

Načelo predostrožnosti je jedna od osnova ekološke politike Evropske unije, u skladu još sa Ugovorom iz Mastrihta iz 1992. godine. Međutim ovo načelo nije bilo definisano u datom ugovoru. Evropska komisija je 2000. godine izdala jedno saopštenje,[27] u kojem obavestila sve institucije tadašnje Evropske zajednice i države članice o načinu na koji Komisija planira da primenjuje načelo predostrožnosti, u situacijama kada je suočena sa sa rizicima nastanka štete po životnu sredinu. Dato saopštenje definiše predostrožnost kao sredstvo rukovođenja rizikom, a ne kao opštu smernicu. Akcija predostrožnosti može da bude preduzeta samo kada stručnjaci obave objektivnu kvantitativnu procenu rizika. Ona treba da počne sa što potpunijom naučnom procenom. U saopštenju se navodi da zaštita ljudskog zdravlja i životne sredine treba da imaju prednost u odnosu na ekonomske interese. Podstiče se transparentan i javni proces odlučivanja, sa učešćem svih zainteresovanih strana. Određivanje šta predstavlja prihvatljivi nivo rizika predstavlja nesumnjivo političku odgovornost. Komisija ima ovlašćenja da postavi granice zaštite životne sredine, uzimajući u obzir kriterijume proporcionalnosti, nediskriminacije i troškovnih analiza.

Evropski savet je razmatrao načelo predostrožnosti u svojoj revidiranoj strategiji o održivom razvoju iz 2006. godine. U strategiji se navodi da u slučaju nepostojanja egzaktnih i potpunih naučnih dokaza, treba obaviti odgovarajuće procene i preduzeti preventivne mere, kako bi se izbeglo nanošenje štete ljudskom zdravlju i životnoj sredini.[28]

U okviru tadašnje Evropske zajednice doneta je Uredba 2371/2002 o očuvanju i održivom korišćenju ribljih resursa, na osnovu Zajedničke ri-

[25] Rio deklaracija o životnoj sredini i razvoju, The Rio Declaration on Environment and Development, 1992. godine.

[26] Sporazum o primeni odredaba Konvencije UN o pravu mora, u vezi sa očuvanjem i rukovođenjem ribljim fondom i visoko migratornog ribljeg fonda, iz 1995. godine; Konvencija o očuvanju i rukovođenju visoko migratornog ribljeg fonda na zapadnom i centralnom Pacifiku iz 2000. godine.

[27] Saopštenje Komisije o načelu predostrožnosti Communication from the Commission on the Precautionary Principle, COM (2000)02.02.2000.

[28] Revidirana strategija Evropskog saveta o održivom razvoju, Review of the EU Sustainable Development Strategy, 10117/06, 09.06.2006.

bolovne politike,[29] koja je predviđala da će EZ primeniti pristup predostrožnosti kod preduzimanja mera predviđenih za zaštitu i očuvanje živih vodenih resursa, kako bi se obezbedila njihova održiva eksploatacija i minimalizovao uticaj ribolovnih aktivnosti na morski ekosistem. U drugim aktima nekadašnje Evropske zajednice i sada Evropske unije koristi se termin načelo predostrožnosti a ne pristup. On se koristio i u Ugovoru iz Amsterdama. U praksi, ova dva termina su sinonimi, a data razlika samo odslikava određeni stepen nesigurnosti koji se vezuje za sadržinu i uslove primene ovog načela.

Prema Uredbi 793/93 o proceni i kontroli rizika postojećih supstanci[30] traženo je da se za ove proizvode izvrši procena rizika kako bi se utvrdilo da li rizik po ljudsko zdravlje i životnu sredinu opravdava ova ograničenja. Danas je zauzet stav da se mere Evropske unije mogu preduzeti bez čekanja da se obavi jedna takva procena, za šta je često potrebno i do nekoliko godina.

Sud EZ je prihvatio načelo predostrožnosti, naročito u pogledu ekoloških rizika koji predstavljaju opasnost po ljudsko zdravlje. Na primer, u slučaju Nacionalno udruženje farmera protiv Komisije,[31] Sud je odneo odluku da Komisija nije pogrešila kada je uvela zabranu izvoza govedine tokom krize izazavane zbog takozvane bolesti „ludih krava“. Sud je naveo da u vreme kada je osporavana odluka bila usvojena, postojala je velika nesigurnost u pogledu rizika koje mogu da izazovu žive životinje, govođe meso i ostali proizvodi. U slučajevima kada postoji neizvesnost u pogledu postojanja ili ozbiljnosti rizika po ljudsko zdravlje, institucije EZ mogu da preduzmu zaštitne mere, nečekajući da izvesnost i ozbiljnost tih rizika bude u potpunosti očigledna.

U slučaju povodom Evropskog udruženja slobodne trgovine, Sud je zauzeo stav da pravilna primena načela predostrožnosti pretpostavlja utvrđivanje potencijalno negativnih posledica i detaljnu procenu rizika zasnovanu na najnovijim naučnim podacima.[32] Kada su zaključci nedovoljni ili neprecizni i zbog toga nije moguće utvrditi rizik ili štetu sa ne-

[29] Uredba 2371/2002 o očuvanju i održivom korišćenju ribljih resursa, na osnovu Zajedničke ribolovne politike, Council Regulation (EC) No 2371/2002 of 20 December 2002 on the conservation and sustainable exploitation of fisheries resources under the Common Fisheries Policy, SL L 358, 31.12.2002, str. 59.

[30] Uredba 793/93 o proceni i kontroli rizika postojećih supstanci, Council Regulation (EEC) No 793/93 of 23 March 1993 on the evaluation and control of the risks of existing substances, SL L 84, 05.04.1993, str. 1.

[31] Predmet Case T-76/96 R, National Farmer's Union v Commission of the European Communities, naredba predsednika Suda , 13. jul 1996.

[32] Predmet E-3/00, EFTA Surveillance Authority v. Norway, presuda, 5. april 2001.

kom sigurnošću, ali mogućnost nastanka štete postoji, tada načelo predostrožnosti može da opravda preduzimanje restriktivnih mera. Takve mere moraju da budu nediskriminatorne i objektivne i moraju biti primenjene u okviru odgovarajuće politike, a zasnovane na najboljim dostupnim naučnim saznanjima. Načelo predostrožnosti ne može da opravda usvajanje arbitrernih odluka bez procene rizika.

U slučaju Artegodan protiv Komisije Sud je zauzeo stav da načelo predostrožnosti može biti definisano kao opšte načelo tadašnjeg prava EZ, koje zahteva od nadležnih organa da preduzmu odgovarajuće mere kako bi sprečile moguće rizike po javno zdravlje, bezbednost i životnu sredinu, dajući primat zaštiti tih interesa u odnosu na ekonomske.[33] Pošto su institucije Evropske unije odgovorne za zaštitu javnog zdravlja, bezbednosti i životne sredine, načelo predostrožnosti može biti posmatrano kao jedno autonomno načelo, koje proizlazi iz odredaba Ugovora. U oblasti javnog zdravlja ovo načelo ukazuje na to da u slučajevima kada postoji nejasnoća u pogledu postojanja ili obima rizika po javno zdravlje, institucije EU mogu da preduzmu mere predostrožnosti odmah a ne moraju da čekaju dok izvesnost i ozbiljnost tih rizika ne postanu u potpunosti očigledni.

Načelo prevencije

Načelo prevencije se koristi zajedno sa načelom predostrožnosti i vrlo često istovremeno.[34] Ovo načelo je jedno od najznačajnijih i zbog ekoloških i ekonomskih razloga. Ono zahteva da se određene aktivnosti preduzmu u ranoj fazi. Cilj tih mera je da se spreči nastanak štete a ne da bi se, primarno, ona nadoknadila. U većini slučajeva je daleko skuplje nadoknaditi štetu i ispraviti situaciju, nego delovati preventivo. Takođe, u nekim situacijama nije ni moguće ispraviti posledice ekološke štete. Na primer kada dođe do izumiranja pojedinih vrsta flore i faune, dođe do erozije zemljišta ili odlaganja štetnih materija u more. Načelo prevencije služi da bi se izbegla šteta, bez obzira da li ona ima prekograničnо dejstvo.

Jedna od obaveza koja proizilazi iz načela prevencije jeste prethodno procenjivanje potencijalno štetnih aktivnosti. Propuštanje da se posveti dužna pažnja sprečavanju značajnih prekograničnih šteta može dovesti do

[33] Predmet T-74, 76/02 Artegodan GmbH and Others v Commission of the European Communities, presuda, 26. novembar 2002.

[34] O odnosu ova dva načela videti: A. Trouwborst, Prevention, Precaution, Logic and Law – The Relationship between the Precautionary Principle and the Preventative Principle in International Law and Associated Questions, Erasmus Law Review, Vol. 2, 2009, str. 105-126.

međunarodne odgovornosti. Pravilno obavljene procene uticaja na životnu sredinu mogu da posluže kao jedan od kriterijuma za utvrđivanje da li se postupalo sa neophodnim stepenom pažnje. Ovaj standard podrazumeva da država treba da postupa razumno i u dobroj veri i da reguliše javne i privatne aktivnosti u okviru svoje nadležnosti, koje mogu na neki način da štetno deluju na životnu sredinu. Ovo načelo ne nameće apsolutnu obavezu da se spreči svaka šteta, već samo obavezu za svaku državu da zabrani aktivnosti koje mogu da prouzrokuju značajnu štetu životnoj sredini.

Preventivni mehanizmi uključuju i nadgledanje, obaveštavanje i razmenu informacija. Sve ove obaveze propisuje većina međunarodnih ugovora koji se odnose na životnu sredinu.[35] Jedan od primera primene načela prevencije je izbegavanje proizvodnje robe koja u sebi sadrži kadmijum. To je mnogo delotvornije po životnu sredinu nego rešiti se takve robe (reciklirati ili spaliti) nakon što se ona proizvede i iskoristi.

Načelo da ekološka šteta treba da bude sanirana na izvoru

Načelo da ekološka šteta treba da bude sanirana na izvoru je uneto u Ugovor o EZ 1987. godine. Pojedini autori smatraju da ono ne predstavlja realan koncept.[36] Države imaju diskreciona ovlašćenja kako da postupaju. U slučaju Komisija protiv Nemačke, Sud je proglasio da je nemačka odredba koja je zahtevala da odlaganje otpada bude obavljeno u Nemačkoj, u skladu sa Ugovorom, pošto ona odražava postizanje cilja koji je u skladu sa načelom navedenim u članu 130r stavu 2 Ugovora o osnivanju EEZ,[37] da se šteta učinjena životnoj sredini mora ispraviti na izvoru njenog nastanka.[38] U ovoj presudi su uvažena pravila o podeli ovlašćenja između tadašnje Evropske zajednice i država članica.

Na osnovu ove presude moglo bi se zaključiti da ekološka šteta treba da bude sanirana na izvoru zahteva da zakonodavstvo Evropske unije

---

[35] Na primer, Međunarodni tribunal za pravo mora je u Slučaju Moks naveo da je dužnost saradnje u razmenjivanju informacija koje se tiču rizika po životnu sredinu, jedno od osnovnih načela u prevenciji zagađivanja morskih ekosistema i da je to propisano Konvencijom UN o pravu mora i opštim međunarodnim pravom. Obaveze sprovođenja procena uticaja na životnu sredinu su propisane i u Espo konvenciji o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnim uslovima iz 1991. godine, Konvencijom o prekograničnom dejstvu industrijskih nesreća, iz 1992. godine i Severno-američkom sporazumu o saradnji u oblasti životne sredine iz 1993. godine.

[36] L. Krämer, op. cit., str. 26.

[37] Član 130r Ugovora o osnivanju EEZ je u narednoj verziji osnivačkog ugovora postao član 174 Ugovora o EZ, a sada je to član 191 Ugovora o funkcionisanju EU.

[38] Predmet C-422/92 Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany, presuda, 10. maj 1995.

bude zasnovano uglavnom na emisionim standardima. Ovo načelo omogućava da granične vrednosti emisija unutar Evropske unije imaju veći značaj u odnosu na standarde kvaliteta, ali ne zahteva da takav pristup obavezno mora da bude prihvaćen. Države članice ne mogu da podnesu tužbu Sudu EU protiv Saveta, ukoliko bi Savet usvojio druge mere. Takođe, države članice ne mogu da, u slučaju izostanka odluke Saveta o zabrani izvoza, same jednostrano srovedu takvu zabranu.

Načelo zagađivač plaća

Načelo zagađivač plaća pokušava da nametne troškove nastanka štete po životnu sredinu onoj strani koja je odgovorna za zagađivanje. Navodi se da je to ekonomsko načelo i najefikasniji način raspodele troškova sprečavanja zagađenja i kontrolnih mera uvedenih od strane državnih organa država članica. Neophodno je utvrditi ko je zagađivač, odnosno da li je to lice koje zagađuje životnu sredinu ili lice koje prelazi postojeće granične vrednosti? Troškove kontrole zagađivanja može da pokrije ili onaj ko zagađuje ili potrošači. Načelo zagađivač plaća obavezuje zagađivača da snosi troškove. U većini slučajeva preduzeća zapravo uključuju troškove zagađivanja životne sredine u cenu proizvoda i time ih prenose na potrošače. Načelo zagađivač plaća nalazi se u pojedinim međunarodnim ugovorima.[39]

Ovo načelo se najlakše može primeniti na određenom području gde postoji uniformno pravo zaštite životne sredine. To je obično slučaj sa državama i sa Evropskom unijom. Načelo zagađivač plaća je detaljno definisano u pravu Evropske unije. Preporuka Saveta EZ iz 1974. godine definisala je zagađivača kao nekoga ko direktno ili indirektno nanosi štetu životnoj sredini ili ko stvara uslove koji mogu dovesti do takve štete. Ova definicija se može primeniti i na vozače automobila, farmere i vlasnike fabrika, zbog čega je često bila izložena kritikama. Preporuka predviđa alternativna rešenja ukoliko je nemoguće ili izuzetno teško utvrditi ko je zagađivač zbog toga što zagađivanje proističe iz nekoliko istovremenih ili povezanih izvora. U takvim slučajevima troškovi zagađenja bi trebalo da budu utvrđeni pravnim ili administrativnim sredstvima, koja pružaju najbolje rešenje. U slučaju niza zagađenja troškovi trebaju da budu naplaćeni u trenutku kada je broj ekonomskih činilaca manji a kontrola najlakša ili u trenutku kada je moguće napraviti najefikasniji doprinos poboljšanju životne sredine.

[39] Konvencija o zaštiti morske životne sredine u zoni Baltičkog mora iz 1992. godine, Helsinki konvencija o zaštiti i korišćenju međunarodnih vodotokova i međunarodnih jezera iz 1992. godine.

Zagađivači bi trebalo da snose troškove kontrolnih mera zagađenja kao što su formiranje i rad instalacija koje sprečavaju širenje zagađenja, investiranje u odgovarajuću opremu i nove procese koji sprečavaju zagađenje, tako da bude postignut zahtevani kvalitet životne sredine.[40]

Jedan od važnih primera primene načela zagađivač plaća može se naći u Direktivi EZ iz 1984. godine, o kontroli unutar tadašnje Evropske zajednice prekograničnih pošiljki rizičnog otpada. Ona obavezuje države članice da ili nametnu troškove kontrole otpada onome kod koga se nalazio ili se nalazi otpad, ili onome ko je uzročnik nastanka otpada. Takođe, član 9 Direktive EZ 2000/60 o vodama zahteva od država članica da uzmu u obzir načelo povraćaja troškova službama koje se bave vodama uključujući i ekološke troškove.[41]

Sve institucije Evropske unije moraju uzeti u razmatranje načelo zagađivač plaća, a Sud EU mora da obezbedi njegovo poštovanje u predmetima koje rešava. Sud je primenio ovo načelo u slučaju Stendli, kada je britanski sud tražio donošenje odluke po prethodnom pitanju u pogledu Direktive 91/676/EEZ, iz 1991. godine, koja se odnosi na zaštitu voda od zagađenja prouzrokovanog nitratima iz poljoprivredne proizvodnje.[42] Farmeri su tvrdili da data direktiva krši načelo zagađivač plaća, jer je od njih traženo da snose troškove smanjenja koncentracije nitrata u vodama, iako poljoprivreda predstavlja samo jedan od izvora proizvodnje nitrata. Sud EZ je zauzeo stav da direktiva ne znači da farmeri moraju da podnesu teret uklanjanja zagađenja kome nisu doprineli. Države članice moraju da obrate pažnju na druge izvore zagađenja kada primenjuju direktivu. U ovom konkretnom slučaju, ne bi trebalo farmerima nametnuti troškove eliminisanja zagađenja koji nisu neophodni. Sud je istakao da, na taj način, načelo zagađivač plaća odražava i načelo proporcionalnosti.

Načelo zagađivač plaća je ekonomsko načelo. Njegova suština je da lice koje je izazvalo zagađivanje treba da snosi troškove ekološke štete i čišćenja teritorije. Na nivou Evropske unije, a i država članica, čišćenje životne sredine je zadatak za državne organe, nezavisno od toga da li zagađivač može biti identifikovan. Postoje i slučajevi u kojima je utvrđivanje zagađivača nemoguće. To su slučajevi zagađenja površinskih ili obal-

[40] A. Kiss, D. Shelton , International Environmental Law, New York, 2004, str. 215.

[41] Direktiva EZ 2000/60 o vodama, Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy, SL L 327, 22.12.2000, str.1.

[42] Direktiva 91/676/EEZ o zaštiti voda od zagađenja prouzrokovanog nitratima iz poljoprivredne proizvodnje, Council Directive 91/676/EEC of 12 December 1991 concerning the protection of waters against pollution caused by nitrates from agricultural sources, SL L 375, 31.12.1991, str. 1.

nih voda, nestanak šuma, erozija zemljišta, klimatske promene, smog u urbanim krajevima itd.

Usvojena je i Direktiva 2004/35 o ekološkoj odgovornosti.[43] Predlog Komisije je bio da u slučaju kada zagađivač ne može da bude identifikovan ili nema sredstava da plati za nastalu štetu, tada su države članice obavezne da učine sve da životnu sredinu dovedu u ono stanje pre zagađivanja. U konačnoj verziji teksta direktive ne postoji takva obaveza. Na taj način, u velikom broju slučajeva neće doći do saniranja štete nastale životnoj sredini.

Načelo zagađivač plaća omogućava institucijama Evropske unije da usvoje mere koje će dovesti do osude lica koja prouzrokuju zagađivanja životne sredine da plate troškove nastale zagađivanjem. Savet je tumačio načelo zagađivač plaća u Strategiji o održivom razvoju koju je usvojio 2006. godine. Tamo je navedeno da će cene izražavati prave troškove proizvodnje i da zagađivači treba da plate za štetu koju su prouzrokovali ljudskom zdravlju i životnoj sredini.

ZAKLJUČAK

Opšta pravna načela predstavljaju značajan izvor prava Evropske unije. Na osnovu njih se donose druga sekundarna pravila, a i Sud EU ih koristi u slučaju popunjavanja pravnih praznina. Sva ova načela su predviđena i međunarodnim ugovorima koji se bave zaštitom životne sredine i imaju uglavnom identično značenje. Standardi zaštite životne sredine moraju biti integrisani u sve politike Evropske unije. Njene institucije moraju da poštuju načelo predostrožnosti i preventivne aktivnosti, odnosno moraju da preduzimaju određene zaštitne mere i u slučajevima kada ne postoji potpuna izvesnost u pogledu nivoa oštećenja životne sredine. Određena načela ipak nisu dobila obavezujuću formu nekog od sekundarnih akata Evropske unije. Na primer, primena načela zagađivač plaća neće moći da se ostvari u potpunosti, jer u odgovarajućoj direktivi nije prihvaćeno rešenje da je država članica obavezna da sanira štetu u slučaju kada to ne uradi zagađivač. Evropska unija pokušava da pronađe ravnotežu između ekonomskog napretka i održivog razvoja u čemu veoma značajnu ulogu imaju i pravna načela koja se odnose na životnu sredinu.

[43] Direktiva 2004/35 o ekološkoj odgovornosti, Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage, SL L 143, 30.04.2004, str 56. O ovoj direktivi videti više: B. Pajtić, Ekološka odgovornost, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLV, br. 3/2011, Tom II, str. 517-531.

Bojan Tubić, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Legal Principles of Environmental Protection in the European Union

Abstract

Legal principles represent general guidelines under which a positive law should be created. The policy of the European Union should contribute to preservation, protection and improving of the quality of environment, health protection, and rational use of natural resources. One of the main objectives of the environmental policy is a sustainable development. The EU institutions should also be governed by principles of subsidiarity and integration, precautionary principle, prevention principle, principle of rectification of damage at source and polluter-pays principle. The European Union tries to find the balance between economic progress and sustainable development and in that process the mentioned environmental principles play an important role.

Key words: environmental protection, European Union, legal principles, precautionary principle, subsidiarity principle, polluter-pays principle.

Pregledni članak UDK 347.518:368.212
doi:10.5937/zrpfns46-1969

Dr Zoran Ilkić, pravni zastupnik u štetama
"DDOR Novi Sad" a.d.o., Novi Sad

ODGOVORNOST OSIGURANIKA OD AUTOODGOVORNOSTI ZA PROUZROKOVANU ŠTETU

Sažetak: *Složenosti odnosa nastalih povodom saobraćajne nesreće doprinosi i česta okolnost da su, u slučaju sudara motornih vozila, odgovorna lica često i sama oštećena, pa su ovlašćena da od druge strane potražuju naknadu štete. Vozači se neretko pojavljuju kao odgovorna lica prema trećim oštećenim licima u saobraćaju, ali i jedan prema drugom, što dodatno opterećuje postupak raspodele odgovornosti i naknade štete. U ovom radu autor analizira osnove po kojima se identifikuje odgovorno lice za naknadu štete koju trpe treća lica i sami vozači motornih vozila u našem i u pojedinim uporedno – pravnim sistemima. Istovremeno se ukazuje na nepotpunost zakonodavne regulative o solidarnoj odgovornosti, kao i na nedoslednost u primeni odredaba o pristanku na prouzrokovanje štete.*

Ključne reči**:** *Osnovi odgovornosti, autoodgovornost, solidarna odgovornost, pristanak oštećenog.*

I

Uvod

Vremenom je krivica postala nedovoljan osnov odgovornosti za nove uslove prouzrokovanja čestih i obimnih šteta, tim pre što ju je često bilo teško i dugotrajno dokazivati. Mnoge štete bile su posledica i slučajnosti. Pravno rešenje pronađeno je u inkorporiranju objektivne odgovornosti, odgovornosti koja tereti vozača kao korisnika opasne stvari. Krivica je postala

nezavisna od odgovornosti za naknadu štete, a esencijalno pitanje postalo je ne ko je kriv za štetu, već ko će je naknaditi?

Ali, budući da je osnovna pretpostavka za isplatu naknade iz osiguranja od strane osiguravajuće kompanije upravo utvrđenje odgovornosti njenog osiguranika, neophodno je razmotriti osnove i pojedine aspekte koji determinišu njegovu pravnu poziciju u prouzrokovanju štete.

II

Osnovi odgovornosti u pojedinim uporednim pravima

Krivica je, uglavnom, vodeći kriterijum za utvrđenje odgovornosti imalaca motornih vozila. U svakom konkretnom slučaju prvo se utvrđuje da li postoji krivica za saobraćajnu nesreću, jednog ili drugog imaoca motornog vozila ili su, eventualno, obojica doprineli da do nesreće dođe. Ako krivica postoji, na osnovu nje raspraviće se o zahtevu za naknadu štete. Pravila o subjektivnoj odgovornosti su primarna, što znači da, ako nema izuzetka koji bi opravdavao primenu posebnog propisa koji nalaže primenu objektivne odgovornosti, primenjuju se prvonavedena.[1] Drugim rečima, objektivna odgovornost isključuje subjektivnu, ukoliko se šteta može pripisati dejstvu opasne stvari ili pogona. Tek ako se utvrdi da nijedan imalac, tj. vozač nije kriv, ukoliko nema subjektivne odgovornosti, dolazi do primene objektivne odgovornosti. Pravila o objektivnoj odgovornosti služe kao pomoćni kriterijum za deobu ukupne štete, u slučaju kada ne postoji krivica nijednog od imaoca, odnosno vozača motornih vozila.

Odgovornost za opasne stvari i delatnosti nema svoj osnov u krivici, jer se odgovornost vezuje za lica koja od upotrebe takvih stvari, odnosno vršenja takvih delatnosti, imaju neposredne koristi. Dakle, ne može se reći da se odgovara samo po osnovu stvorenog rizika, već se teret snošenja šteta prebacuje na lica koja od upotrebe takvih stvari ili od delatnosti ostvaruju određene pogodnosti. Jedine okolnosti koje mogu isključiti postojanje objektivne odgovornosti vezane su za prekid uzročno – posledične veze[2] dejstvom više sile,[3] radnjom trećeg lica ili samog oštećenog.[4]

---

[1] Nikola Mihailović, *Objektivna odgovornost za štetu*, Bilten pravne službe, br. 3-4/1996, str. 35.

[2] Borislav Ivošević, *Transportno osiguranje*, Pravni fakultet Univerziteta Union i IGP DELTA PRESS, Beograd, 2009, str. 148; Jožef Salma, *Uzročnost kao determinanta subjekata i obima odgovornosti za štetu*, Pravni život, br. 10/1997, str. 538-539.

[3] Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.1163/2002 od 12.11.2002.god., "Intermeks", Sudska praksa.

Međusobna odgovornost vozača motornih vozila u slučaju sudara se, u većini zakonodavstava evropskog pravnog sistema, procenjuje prema pravilima subjektivne odgovornosti. Pravilo je, da svako odgovara za štetu koju je drugome prouzrokovao ili snosi svoju štetu, osim ako se može dokazati isključiva ili delimična krivica drugog lica.[5] Mera odgovornosti usaglašava se po stepenu njihovog doprinosa. Ako se prema pravilima o subjektivnoj odgovornosti ne može proceniti odgovornost svakog vozača ponaosob, primenjuju se pravila objektivne odgovornosti.[6]

Prema sistemu prouzrokovanja, koji je prihvaćen u francuskoj pravnoj teoriji, svaka strana treba da snosi štetu koju je prouzrokovala drugoj strani, osim ako može da dokaže da je oštećeni skrivio štetu u celosti ili barem delimično. U tom delu, oštećeni bi snosio pretrpljenu štetu. Ovakvo shvatanje iziskuje da se u svakom pojedinačnom slučaju mora utvrđivati koje i koliko prouzrokovanje je dovelo do nastanka celokupne ili dela štetne posledice.[7]

U nemačkom pravnom sistemu za sudar važe ista načela ako više vozila prouzrokuju štetu trećim licima, kao i u slučaju kada pričine štetu jedan drugom.[8] Međusobna odgovornost imalaca motornih vozila procenjuje se prema udelu u prouzrokovanju štete i veličini opasnosti. Naknada štete procenjuje se prema tome, koliki je deo štete pretežno skrivio jedan ili drugi učesnik ili je ona nastala zbog vanredne ili pretežno zbog obične opasnosti pogona. Elemenat krivice se uzima u obzir samo toliko, koliko nije drugim okolnostima pokriven njegov uticaj.[9]

---

[4] Presude Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.3762/1997 od 17.09.1997.god., Rev. br. 3914/2001 od 25.04.2002.god. i Rev.br.12/2007 od 21.02.2007.god., isto.

[5] Francuski Zakon o poboljšanju položaja žrtava saobraćaja, čl. 4. i Građanski zakonik, čl. 1382; italijanski Građanski zakonik, čl. 2054. st. 2; španski Građanski zakonik, čl. 1103; portugalski Građanski zakonik, čl. 506-507; grčki Građanski zakonik, čl. 926-927.

[6] Poljski Građanski zakonik, § 431; čehoslovački Građanski zakonik, §§ 420-421.

[7] Nataša Mrvić – Petrović, *Naknada štete iz saobraćajne nezgode u evropskim zakonodavstvima*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1998, str. 24-26.

[8] Zakon o železničkoj i automobilskoj odgovornosti (*Das Eisenbahn und Kraftfahrzeug-Haftpflichtgesetz, 26.01.1959, Bg Gl Nr. 48*), § 11.

[9] Naknada štete koja se prouzrokuje upotrebom motornih vozila, zasnovana na sistemu obaveznog osiguranja od autoodgovornosti, u Nemačkoj je normirana odredbama Građanskog zakonika (1886.god.), Zakona o saobraćaju, Zakona o ugovorima o osiguranju (*Gesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz – VVG) vom 23.11.2007. (BGB1. I S. 2631), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 29.07.2009. (BGB1. I S. 2355) geändert worden ist*) i Zakona o obaveznom osiguranju motornih vozila (raniji od 05.04.1965.god., sa izmenama od 22.04.1981.god., koje su bile na snazi od

Švajcarsko pravo kriterijum krivice kombinuje sa drugim raspoloživim elementima.[10] Kada u saobraćajnoj nesreći učestvuje više motornih vozila, pa je jedan od imalaca vozila povređen, šteta se raspoređuje na sve učesnike podjednako, ako nije drukčija raspodela snošenja tereta štete opravdana zbog posebnih okolnosti, a naročito zbog krivice. Zakon, dakle, uzima u obzir kao odlučujuću krivicu, ali procenjuje i druge elemente faktičkog stanja, koji mogu biti od značaja za ocenu odgovornosti. Posebno u pogledu imovinske štete, normirano je i da za štetu jednog imaoca vozila drugi imalac odgovara jedino ako oštećeni dokaže da je šteta nastala krivicom drugog vozača, zbog privremenog gubitka sposobnosti za rasuđivanje za koji ovaj nije odgovoran ili zbog nedostatka njegovog vozila. Znači da, iako zakon posebno upozorava na krivicu, ona nije jedini odlučujući elemenat, već se uzimaju u obzir i okolnosti iz lične sfere počinioca ili iz svojstava vozila.[11]

I u Austriji, kao preovlađujući princip ustanovljena je odgovornost vozača za štetu prouzrokovanu svojom krivicom,[12] dok je objektivna odgovornost zasnovana na riziku prouzrokovanja štete normirana posebnim zakonom.[13]

Prema holandskom zakonodavstvu, ko drugome prouzrokuje štetu, dužan ju je i naknaditi, pa je odgovornost za učesnike saobraćajnih nesreća zasnovana na principu skrivljene radnje.[14] Pravila o odgovornosti imaoca motornog vozila, zasnovana na riziku prouzrokovanja štete opasnom stvari ili opasnom delatnošću, slična su odredbama koje postoje i u našem

---

01.07.1981.god., sada je na snazi istoimeni Zakon od 21.07.1994.god., u primeni od 29.07.1994.god.).

[10] Savezni Zakon o drumskom saobraćaju (19.12.1958.god.), čl. 61.

[11] Rešenja švajcarskog prava značajno su uticala i na Evropsku konvenciju o građanskoj odgovornosti za štete prouzrokovane motornim vozilima (*European Convention on Civil Liability for Damage caused by Motor Vehicles, CETS No 079*), da potencira značaj "rizika sadržanog u vozilu", po kome su držaoci odgovorni za štetu srazmerno riziku koji je potencijalno indukovan u njihovim vozilima.

[12] OGZ, § 1295-1296.

[13] Zakon o obaveznom osiguranju od odgovornosti šinskih i motornih vozila (*Eisenbahn - und Kraftfahrzeug Haftpflichtversicherungsgesetz 1994, BGBI, Nr. 651/1994*, izmenjen *BGBI, Nr. 31/2004*), §§ 1-24; norme kojima se pruža pravna zaštita žrtvama saobraćajnih nesreća u Austriji sadržane su i u Opštem građanskom zakoniku, Zakonu o obaveznom osiguranju od odgovornosti šinskih i motornih vozila, Zakonu o saobraćaju, Zakonu o proširenoj zaštiti žrtava saobraćaja (*Bundesgezetz über den erweiterten Schutz der Verkehrsophern, BGBI, Nr. 322/1977* od 02.06.1977, izmenjen *BGBI, Nr. 11/2002*) i Opštem zakonu o socijalnom osiguranju.

[14] GZ (*Burgerlijk Wetboek*), čl. 162; Zakon o saobraćaju na javnim putevima (*Wegenverkeerswet*), čl. 31. st. 1.

pravu.[15] Umesto lica koje je skrivilo saobraćajnu nesreću, po slovu Zakona, štetu će naknaditi osiguravač sa kojim je štetnik zaključio ugovor o obaveznom osiguranju od autoodgovornosti.[16]

U Španiji i Italiji se međusobni zahtevi za naknadu štete takođe rešavaju po pravilima subjektivne odgovornosti, ali se u njihovim pravima krivica pretpostavlja.[17] Ako se krivica ne bi mogla raspraviti, uspostavljena je pretpostavka da su vozači podjednako krivi i snose štetu u jednakim delovima.

U Grčkoj se odgovornost vozača zasniva na krivici.[18] I međusobna odgovornost vozača motornih vozila za štetu koju su jedan drugom prouzrokovali procenjuje se prema pravilima subjektivne odgovornosti. Svako odgovara za štetu koju je drugome prouzrokovao, a snosi svoju štetu, osim ukoliko ne dokaže da je šteta nastala isključivom krivicom jednog lica.[19]

Prava skandinavskih država normiraju da se pravo na naknadu opredeljuje stepenom krivice svakog vozača koji je naneo štetu drugom. Međutim, kada je u nesreći nastupila telesna povreda ili smrt nekog lica, odgovornost je znatno pooštrena i objektivizirana. Korisnik motornog vozila odgovoran je za štetu koja je proistekla upotrebom njegovog vozila bez obzira da li je ili nije, vlastitom nepažnjom izazvao štetne posledice. Jedino što može dokazivati, to je da je do nesreće došlo usled dejstva više sile ili nepropisnog ponašanja samog oštećenog. Samo ako dokaže neku od ovih okolnosti, može biti oslobođen obaveze naknade štete.[20]

Prema normama prava Velike Britanije, pretpostavlja se da su obe strane odgovorne, jer se od svake od njih očekuje da spreči sudar. Smatra se da pažljivi vozači ne izazivaju sudare, pa ni sa nepažljivim vozačima. Od svakog se zaheva onolika mera pažnje, koja je potrebna da do sudara ne dođe. U slučaju nesreće, jedan, drugi, ili oba vozača, biće odgovorni za naknadu štete po kriterijumu krivice. Odgovornost se utvrđuje po principu subjektivne odgovornosti, s tim, što se krivica mora dokazati. Teret dokazivanja krivice prebacuje se na onoga, iz čijih radnji proizilazi isključiva krivica. Učesnici u saobraćajnoj nesreći dužni su platiti svu štetu, ako nisu u stanju da objasne sve okolnosti iz kojih bi se tačno moglo za-

[15] Zakon o saobraćaju..., čl. 31. st. 1.
[16] Zakon o obaveznom osiguranju motornih vozila (30.06.1963.god.).
[17] Španski *Codigo Civil*, čl. 1902. i 1103; italijanski *Codice Civile*, čl. 2043.
[18] GZ, čl. 914.
[19] Isto, čl. 926-927.
[20] Vibe Ulfbeck, *Modern Tort Law and Direct Claims Under the Scandinavian Insurance Acts*, Stockholm Institute for Scandinavian Law 1957-2009, - http://www.scandinavianlaw.se/pdf/41-20.pdf, 20.04.2012.god., str. 524-528.

uključiti kako je šteta prouzrokovana.[21] Irski Zakon o građanskoj odgovornosti[22] visinu naknade procenjuje i prema doprinosu oštećenog nastanku saobraćajne nesreće i obimu njenih štetnih posledica.[23]

U SAD raspodela pokrića rizika odgovornosti učinjena je na značajno drugačiji način nego u evropskim zemljama. Najčešća ideja, koja provejava kroz pravne sisteme većine federalnih država, je da cilj obaveznog osiguranja treba biti naknada isplaćena trećim licima od strane osiguravača u svakom slučaju kada se dogodi saobraćajna nesreća, u unapred određenom obimu, bez istraživanja pitanja krivice za tako prouzrokovanu štetu. Za nepokrivene vidove i obim štete osnovnom naknadom, oštećenima ostaje na teretu rizik autoodgovornosti, sa mehanizmom zaštite svojim građanskim pravima. Svih 50 država (sa distrihtom Vašington) kategorizovane su kao: 1). države sa krivičnim sistemom (*tort system*), gde je neko kriv za nesreću (*at fault in the accident*); 2). države sa sistemom "bez krivice" (*"no fault" State*), u kojima je zabranjeno žrtvi da tuži drugu stranu za krivicu; i 3). tzv. "dodatne države" (*add-on States*) sa drugačijim zakonima vezanim za restrikcije prava na kompenzacije šteta (*Different Law restrictions on the damage Compensation*).

III

Odgovornost za štete prouzrokovane saobraćajnim nesrećama u našem pravu

Mada ZOO ne definiše pojam motornog vozila, posredno ipak izvodi kvalifikaciju motornog vozila kao opasne stvari.[24] Naime, štete prouzrokovane motornim vozilom uređene su normama koje opredeljuju odgovornost za štete od opasnih stvari ili delatnosti,[25] mada motorno vozilo ne predstavlja uvek opasnu stvar. Iako se često uopšteno izjednačava sa opasnom stvari, motorno vozilo nema takve karakteristike samim svojim

[21] Više o tome: John Lowry, Philip Rawlings, *Insurance Law: Doctrines and Principles*, Second Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005, str. 319-329.

[22] *Civil Liability Act.*

[23] Nataša Mrvić-Petrović, *Osiguranje i naknada štete u Velikoj Britaniji*, Pravo-teorija i praksa, br. 2/1999, str. 39-48.

[24] Opasnim se nazivaju one pokretne ili nepokretne stvari čiji položaj, upotreba ili osobine ili samo postojanje, predstavljaju povećanu opasnost za okolinu, te moraju da budu nadgledane i upotrebljavane sa većom pažnjom, prema: Mihailo Konstantinović, *Obligaciono pravo – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, "Sl. list SFRJ", Beograd, 1969, čl. 136. tač. 1; prema Prednacrtu Građanskog zakonika RS iz 2009.god., pod opasnim podrazumevaju se pokretne ili nepokretne stvari, čiji položaj, upotreba, osobine ili samo postojanje predstavljaju povećanu opasnost štete za okolinu (čl. 187).

[25] ZOO, čl. 173-178.

postojanjem, već postaje opasna stvar samo pod određenim uslovima, tj. okolnostima. Tek ako je stavljeno u pogon, odnosno pokret, kada svojom masom i kinetičkom energijom stvara rizik nastupanja štete po ljude i imovinu, bez obzira na iskazanu pažnju i pravilno korišćenje od strane njegovog držaoca, vozilo postaje opasna stvar. Doduše, ono može postati opasna stvar i kada nije u pogonu, ali tada nema navedene karakteristike, već je opasno po svom položaju, mestu gde se nalazi.[26]

Neophodno je da postoji uzročna veza između opasnih dejstava vozila i prouzrokovane štete, pa je propisano da se smatra da šteta nastala u vezi sa opasnom stvari i potiče od te stvari, izuzev ako se dokaže da ona nije uzrok štete.[27] Pogon motornog vozila, zbog mase i znatne kinetičke energije koju ono može da razvije, uslovljava postojanje mnogih potencijalnih opasnosti, te ako saobraćajna nesreća stoji u vezi s nekom od ovih opasnosti, smatraće se da je ona uzrokovana pogonom motornog vozila. Oštećeno lice ne mora da dokazuje ni krivicu imaoca motornog vozila, pa čak ni uzročnu vezu, da je šteta nastala upotrebom motornog vozila. Krivicu ne dokazuje, jer se radi o vidu odgovornosti gde krivica nije od značaja, a uzročna veza, da je šteta prouzrokovana motornim vozilom, se po slovu zakona pretpostavlja.[28] Teret dokazivanja činjenice da uzrok štete nije u vezi s upotrebom motornog vozila kao opasne stvari, i da se, u konkretnom slučaju, dejstvo uzroka štete nije moglo predvideti, izbeći, niti otkloniti, je na korisniku motornog vozila.[29]

Ako postoji obostrana krivica, svako od učesnika odgovara za ukupnu štetu srazmerno stepenu svoje krivice, odnosno, svom doprinosu nastanka štetnog događaja.[30] Kada su svi imaoci krivi za udes, šteta se među njima deli srazmerno krivici.[31] Dakle, u domenu saobraćaja, zakon je načinio izuzetak od primene pravila o objektivnoj odgovornosti. Štete nastale usled dejstava saobraćajnih sredstava u pokretu zakon isključuje, bar primarno, iz domena primene pravila o objektivnoj odgovornosti i određuje njihovo nadoknađivanje po osnovu subjektivne odgovornosti.

---

[26] Veljko Knežević, *Naknada nematerijalne štete iz osnova osiguranja autoodgovornosti*, magistarski rad, Beograd, 2008, str. 82-83.

[27] ZOO, čl. 173; Prednacrt Građanskog zakonika RS (2009), čl. 188; odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.4206/1994, prema: Jovan Vuksanović (urednik), *Prouzrokovanje štete i njena naknada*, II, "Perimeks", Budva, 1999, str. 166.

[28] Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.632/1998 od 17.07.1998.god., isto 3.

[29] Slobodan Stanišić, *Odgovornost u slučaju udesa izazvanog motornim vozilom u pokretu*, magistarski rad, str. 25.

[30] ZOO, čl. 178. st. 2.

[31] *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Slobodan Perović (redaktor), I, IŠP "Savremena administracija", Beograd, 1995, str. 409.

Kada se radi o sudaru motornih vozila, primarna je, ne objektivna odgovornost, koja bi bila logična zbog povećane opasnosti od opasne stvari i mnoštva rizika koje upotreba motornih vozila implicira, već subjektivna odgovornost i mera krivice učesnika. Ova norma je relevantna, međutim, samo onda, kada se krivica u saobraćajnoj nesreći može adekvatno utvrditi.[32] Tako, ako je saobraćajna nesreća izazvana isključivom krivicom jednog od korisnika motornog vozila u pokretu, primenjuju se pravila o odgovornosti po osnovu krivice.[33] I pored toga što su, po definiciji, motorna vozila u pokretu stvari od povećane opasnosti za okolinu, ne primenjuju se pravila objektivne, već subjektivne odgovornosti.[34] Ako je udes izazvan krivicom oba ili više učesnika, za štetu je odgovoran svaki od njih srazmerno meri svoje krivice. Ukoliko nema krivice ni jednog učesnika, oni odgovaraju u istoj srazmeri, ukoliko razlozi pravičnosti ne zahtevaju nešto drugo.[35] Potrebno je da postoje takvi razlozi pravičnosti, koji opravdavaju da se njihovi međusobni zahtevi trebaju rešiti drugačije od postojećeg zakonskog rešenja prema kome, u slučaju odsustva krivice, odgovaraju na ravne delove. Ne bi, recimo, bilo pravično da podjednako odgovaraju imalac kamiona i imalac putničkog vozila, budući da su stepeni opasnosti, koje oni indukuju, značajno različiti.

Kada je više vozača prouzrokovalo štetu trećim licima, njihova odgovornost je solidarna.[36] Takva odgovornost tereti i suvlasnike vozila, bez obzira na veličinu suvlasničkih delova, a ukoliko zbog zadržanja prava svojine imalac još nije vlasnik, za štetu odgovara onaj ko stvarno raspolaže vozilom. Preovladava stav, da se obaveza naknade štete ne može zasnivati na podeljenoj odgovornost više lica odgovornih za njen nastanak, jer bi se time dovela u pitanje mogućnost ostvarenja brze i potpune naknade štete. Imovinski interesi trećih lica posebno su zaštićeni, te će ona moći tražiti naknadu štete po principima objektivne odgovornosti od svakog korisnika motornog vozila koji su prouzrokovali saobraćajnu nesreću. Položaj oštećenih je isti i kad se radi o isključivoj krivici jednoj imaoca vozila, i kada se radi o obostranim krivicama učesnika, ali i kada

[32] Mihailo Konstantinović, *Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu*, Pravni život, br. 9-10/1992, str. 148.

[33] Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.6264/1997 od 11.12.1997.god., Izbor sudske prakse, br. 11/1998, str. 42; o pretpostavkama za subjektivnu odgovornost (krivici i uzročnoj vezi) imalaca u slučaju udesa izazvanog motornim vozilima u pokretu: Slobodan Stanišić, op. cit., str. 39-45.

[34] Dragoslav Veljković, *Obligaciono pravo kroz Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, "Poslovni biro" DOO, Beograd, 2005, str. 204.

[35] ZOO, čl. 178. st. 3.

[36] Isto, čl. 178. st. 4.

ne može da se dokaže krivica ni jednog od korisnika motornog vozila.[37] Ako je samo jedno vozilo bilo u pogonu, dok drugo nije, kauzalna odštetna odgovornost postoji na strani samo korisnika motornog vozila koje je u času sudara bilo u pogonu.

IV

Nepotpunost pravne regulative o solidarnoj odgovornosti

Pravila o naknadi štete nisu istovetna za oštećene imaoce vozila, kao za treća oštećena lica.[38] Međusobna odgovornost imalaca sudarenih vozila je složenija, u odnosu na njihovu odgovornost prema trećim oštećenim licima. Svaki imalac prema trećim licima odgovara za naknadu ukupne štete, bez pravne mogućnosti da se brani prigovorom da je drugi imalac isključivo ili delimično kriv za nastalu štetu.[39] Cilj pravila o solidarnoj odgovornosti ovih lica je da se trećem oštećenom licu obezbedi što je moguće bolji pravni položaj. Njemu je omogućeno pravo da zahteva naknadu kompletne štete od bilo kog od imaoca motornih vozila.[40] Imalac koji je isključivo kriv za saobraćajnu nesreću u krajnjem ishodu snosiće celokupnu isplaćenu naknadu.

Budući da za štetu trećem licu u slučaju sudara solidarno odgovaraju imaoci sudarenih vozila, za štetu isto tako, po osnovu zaključenih ugovora o osiguranju od autoodgovornosti, odgovaraju i njihovi osiguravači.[41] Oni odgovaraju do visine sume osiguranja, tako da oštećeni uživa osiguravajuće pokriće najmanje do visine dvostrukog osiguranog iznosa, saglasno broju vozila koja su se sudarila. Kako imaoci motornih vozila ne mo-

---

[37] Nataša Mrvić-Petrović, Zdravko Petrović, Aleksandar Filipović, *Obavezno osiguranje od autoodgovornosti i naknada štete*, Glosarijum, Beograd, 2002, str. 37-38.

[38] Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.6491/1999 od 27.09.2000.god., isto 3.

[39] Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.105/2006 od 10.05.2006.god., http://www.vk.sud.rs, 22.04.2012.god.

[40] Gž.br.12815/2003 – P.br.333/2002, prema: Prvi Opštinski sud u Beogradu – Odeljenje sudske prakse, Bilten sudske prakse, VII, br. 12/2003, str. 88.

[41] Solidarna odgovornost, međutim, ne postoji ako je jedan osiguravač osigurao autoodgovornost jednog učesnika, a kod drugog je zaključen ugovor o auto-kasko osiguranju. U tom smislu i: presuda i rešenje VSRH, br.Rev.2103/1998-2 od 04.07.2001.god., http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra/SearchResultsPublic.asp, 20.04.2012.god., iz obrazloženja: "Pogrešno smatra revident da se u konkretnom slučaju radi o solidarnoj odgovornosti tuženih. Ovo zato, jer je odgovornost tuženika ad.1. utemeljena na ugovoru o automobilskom kasko osiguranju, prema kojem osiguratelj odgovara sukladno odredbama ugovora (koji je dobrovoljnog karaktera) bez obzira na možebitnu krivnju osiguranika, dok je odgovornost drugotuženika utemeljena na ugovoru o osiguranju od autoodgovornosti, pa je u - obvezi oštećenoj – trećoj osobi naknaditi štetu u opsegu ovisno o stupnju kojem je osiguranik doprinio štetnom događaju".

gu uspešno isticati prigovore međusobne krivice, to ne mogu činiti ni njihovi osiguravači, ako se naknada iz osiguranja potražuje od njih. Treće oštećeno lice ima zakonsko pravo da traži potpunu naknadu štete od svakog od pojedinačnih imaoca vozila, od svih zajedno i istovremeno ili od svih osiguravača, sa ili bez njihovih osiguranika. Kako svi oni odgovaraju solidarno, treće lice može birati koga će da tuži.[42] Oštećeni može da ostvari naknadu po pravilu objektivne i solidarne odgovornosti od svakog imaoca motornog vozila koji su učestvovali u saobraćajnoj nesreći, i kada se radi o isključivoj odgovornosti imaoca vozila,[43] ali i kada nije mogla da se dokaže krivica ni jednog od njih.[44]

Navedeni član ZOO, kao i preovladajući stav u sudskoj praksi, imaju za cilj da se oštećenom licu omogući što bolja pravna pozicija pri namirenju pretrpljene štete. Pri tome se, međutim, ne vodi računa koje je lice, pod kojim uslovima i u kojoj meri, doprinelo nastanku štete, u slučaju kada ima više uslova i više nosilaca uslova štete. Ne pruža se zadovoljavajuća zaštita licu koje nije krivo za saobraćajnu nesreću ili koje je značajno manje krivo za prouzrokovanu štetu.[45] Nepravednost uspostavljene solidarne odgovornsti ogleda se u tome, što će i lice koje uopšte nije krivo za saobraćajnu nesreću ili je samo neznatno doprinelo njenom nastanku, morati da nadoknadi celokupnu štetu oštećenom trećem licu, ako ga ovaj tuži sudu.[46] Solidarnom odgovornošću može se obuhvatiti i lice čiji uslov nije bitno doprineo nastanku štete i to lice mora da isplati oštećenom licu celokupnu štetu, iako je svojom radnjom

---

[42] Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.4374/95 od 22.05.1996.god. i presuda Rev.br.4244/98 od 20.10.1999.god.; presude Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.2915/97 od 25.06.1997.god., Rev.br.1896/2002 od 17.02.2001.god., Rev.br.3730/2001 od 14.03.2-002.god. i Rev.br.105/2006 od 10.05.2006.god., isto 3.

[43] Odluke Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.2623/1998 i Prev.br.36/1995, prema: Svetislav Vuković, *Komentar Zakona o osiguranju imovine i lica*, "Poslovni biro" DOO, Beograd, 2000, str. 106.

[44] Princip solidarne odgovornosti više lica za istu štetu našao je svoje mesto i u uporednom zakonodavstvu. Međutim, u pojedinim zakonodavstvima, solidarna odgovornost ovih lica ograničena je samo na one slučajeve kada je šteta prouzrokovana namerno ili kada ne može da se utvrdi stepen učešća svakog od više lica u prouzrokovanju iste štete.

[45] Aleksandar Filipović, *Obavezno osiguranje od autoodgovornosti u jugoslovenskom pravu*, Učiteljski fakultet, Beograd, 2001, str. 359.

[46] Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.2333/2003 od 22.10.2003.god., Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 1/2004, str. 79; presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev.br.36/1995 od 07.02.1995.god., Sudska praksa privrednih sudova – Bilten, br. 4/1995, str. 83; presude Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.105/2006 od 10.05.2006.god., Rev. br. 3775/2001 od 27.06.2002.god. i presuda Vrhovnog suda RCG, Rev. br. 35/2007 od 15.02.2007. god., "Paragraf leks".

ili propuštanjem najmanje doprinelo dešavanju saobraćajne nesreće. Činjenica je da to lice ima pravo da u regresnoj parnici potražuje od ostalih solidarnih dužnika povraćaj onoga što je isplatilo, a u skladu sa merom njihove odgovornosti.[47] Međutim, takva parnica je skupa i dugo traje, jer je u njoj potrebno raspraviti stepen krivice koji opredeljuje meru odgovornosti svakog učesnika u saobraćajnoj nezgodi. Na kraju, u praksi se često dešava i da takvo lice, nakon ishodovanja pravnosnažne parnične presude, ne može u izvršnom postupku da se regresira od drugog ili ostalih učesnika u saobraćajnih nesreći, jer oni nemaju imovine. Tako teret konačne naknade ostaje na ponajmanje odgovornom licu ili čak licu koje uopšte nije krivo za udes. U istoj faktičkoj poziciji nalazi se i njegov osiguravač, koji je morao da nadoknadi štetu, a ne može se srazmerno ili u celini regresirati, jer fizičko lice nema imovine podobne za sprovođenje izvršenja ili nije ni zaključilo ugovor o osiguranju od odgovornosti kod drugog osiguravača.

Ovu zakonom uspostavljenu i sudskom praksom potvrđenu nepravičnost prema jednoj kategoriji lica, na teret oštećenih u saobraćajnim nesrećama, pri postojanju više uslova i više nosilaca uslova štete, trebalo bi normativno otkloniti propisivanjem preciznijih okolnosti, uslova i mera kojima bi se, koliko je god to moguće, pravednije raspodelio teret snošenja štetnih posledica saobraćajnih nesreća.

Na ovo ukazujemo tim pre, što poslednji Prednacrt GZ RS preuzima ranije rešenje iz ZOO i predviđa da sopstvenici, držaoci, suvlasnici ili zajednički sopstvenici motornih vozila odgovaraju trećim licima solidarno.[48]

V

Pristanak oštećenog na prouzrokovanje štete

Postupanje oštećenog može biti od velikog uticaja na nastanak štetnog događaja i obim nastupelih štetnih posledica. Stoga oštećeni koji je doprineo da štetna radnja nastane ili da obim štetnih posledica bude veći nego što bi inače bio, ima pravo samo na srazmerno smanjenu naknadu.[49] Ovakvo ponašanje oštećenog lica sastoji se u njegovom nemarnom odnosu prema sopstvenim dobrima i može se manifestovati u dva oblika: 1.) u omogućavanju štetniku da prouzrokuje štetu ili mu stvori povoljnije uslo-

[47] Leposava Karamarković, *Rasprave iz ugovornog, odštetnog i procesnog prava*, Glosarijum, Beograd, 2001, str. 132.

[48] Čl. 193. st. 4. i čl. 194. st. 1.

[49] ZOO, čl. 192. st. 1.

ve za to, bilo aktivno, bilo pasivno, tj. činjenjem ili propuštanjem;[50] i 2.) u nepreduzimanju mera da se sasvim otkloni ili barem umanji dejstvo štetnih posledica koje su već nastupile. Jedna grupa inostranih građanskih zakonika ponašanje oštećenog analizira kao jedinstven pojam,[51] uzimajući ga kao pravno relevantnu činjenicu kod odmeravanja naknade štete, dok drugi razmatraju oba navedena oblika ponašanja oštećenog i kao takve ih izričito i navode.[52]

Podeljena odgovornost tako predstavlja vid umanjenja naknade štete koja je već utvrđena u vidu potpune naknade, ako se dokaže da je i oštećeni doprineo da ona nastane ili da bude veća nego što bi inače bila.[53] Štetnik, a samim tim ni njegov osiguravač od odgovornosti, nije dužan da štetu naknadi u punoj vrednosti, jer nije jedino osiguranik kriv za nastanak štete za koju odgovara. Odgovornost se ne deli na pola, već prema doprinosu svakog od učesnika posebno.[54] Procenjuje se da li je dotično ponašanje bilo drugačije od redovnog, uobičajenog, standardnog ponašanja drugih osoba u sličnoj situaciji ili nije.[55]

---

[50] Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.1848/2004 od 17.06.2004.god. i presuda Rev.br.286/2009 od 01.07.2009.god., "Paragraf leks".

[51] Austrijski Građanski zakonik, § 1304; mađarski Građanski zakonik, § 345; čehoslovački Građanski zakonik, § 441.

[52] Švajcarski Zakonik o obligacijama, čl. 44.

[53] Dragoslav Veljković, op. cit., str. 219; presude Okružnog suda Valjevo, Gž. br. 109/2005 od 20.01.2005.god., Gž.br.830/2005 od 20.05.2005.god. i rešenje Gž.br.291/1999 od 25.02.1999.god. i presuda Okružnog suda Novi Sad, Gž.br.5201/2005 od 07.06.2006.god., isto 3.

[54] Presude Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.5096/98 od 20.04.1999.god., Rev.br.441/2004 od 26.01.2005.god., Rev.br.680/2005 od 15.06.2006.god., rešenja Rev.br.-1693/99 od 19.05.1999.god., Rev.br.1848/2004 od 17.06.2004.god., presuda Vrhovnog -suda RCG, Rev.br.352/2004 od 30.01.2007.god., isto 3.

[55] Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.11507/2003 od 03.07.2003.god., Pravo-teorija i praksa, br. 4/2005, str. 63-64; presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.2129/2004 od 26.01.20-06.god., rešenje Vrhovnog suda RCG, Rev.br.134/1993 od 13.10.1993.god. i presuda V-rhovnog suda Srbije, Rev.br.507/2003 od 03.07.2003.god., isto 3; presuda Višeg suda Pančevo, 2-Gž.br.1043/2010 od 15.06.2010.god.; odluke Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.4816/97 od 04.02.1998. god., Rev.br.2877/1997 od 21.01.1998.god., Rev.br.3561/1997 od 28.10.1997.-god., prema: *Najnovija sudska praksa iz građansko-materijalnog prava*, priredio Tomislav K-rsmanović, "Poslovni biro", Beograd, 1999, str. 41; odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev.br-.226/1985, prema: *Prouzrokovanje štete*..., II, str. 168; presuda Okružnog suda Užice, Gž.br.17-12/2008 od 06.10.2008.god., Izbor sudske prakse, br. 1/2010, str. 49; presude Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.1364/2005 od 10.11.2005.god. i Rev.br.77/2006 od 13.04.2006.god., isto 39; -presuda VSRH, br.Rev-2112/1998-2 od 03.10.2001.god., isto 41; presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev.br.470/2007 od 06.03.2008.god., http://www.vrhsudcg.gov.me/Odlukeibiltenisuda /OdlukeVrhovnogsuda/tabid/80/Default.aspx, 18.04.2012.god.

Nemarno ponašanje oštećenog, kao kriterijum za odmeravanje naknade, treba razlikovati od njegovog pristanka na štetu, odnosno, na posledice određenog ponašanja štetnika prilikom prouzrokovanja štete. Smatra se da nije nepravedna ona šteta, koja se nekome čini s njegovim pristankom. Sam pristanak na štetu, po svojoj prirodi, predstavlja jedan oblik saglasnosti volja štetnika i oštećenog. Obojica su svesni mogućih posledica određene radnje, ali se potencijalni oštećeni saglašava s njima i spreman je da eventualne posledice podnese, odričući se svoga prava na naknadu štete koja bi eventualno proistekla iz takve radnje. Oštećeni, doduše, nikako ne može pristati na štetu koja bi mu bila naneta nekom zakonom zabranjenom radnjom. Takva izjava bila bi, po slovu zakona, ništava.[56]

Da bi se mogla isključiti građansko-pravna odgovornost za prouzrokovanu štetu drugom, potrebno je da budu ispunjeni sledeći uslovi, i to: 1). da oštećeno lice dozvoli štetniku preduzimanje određene štetne radnje, koja ima značaj povrede nekog njegovog prava; 2). da je oštećeni poslovno sposobno lice; i 3). da se pristanak oštećenog lica odnosi na neku dopuštenu, a ne zabranjenu radnju.

Navedeno razmatranje se pokazalo kao izuzetno sporna pojava u osiguranju od autoodgovornosti. U mnoštvu različitih, kao najčešća se pojavljuje situacija da je oštećeni, koji je znao i bio svestan da vozač nema položen vozački ispit, ni vozačku dozvolu ili je u vidno alkoholisanom stanju, ipak sa takvim licem seo u vozilo, pristao na vožnju pod takvim okolnostima, a potom doživeo saobraćajnu nesreću. U većem broju slučajeva osiguravači su se pozivali na član 163. ZOO, smatrajući da je njihova odgovornost isključena, budući da su oštećeni svesno rizikovali i pristali na snošenje eventualnih štetnih posledica. Međutim, sudovi nisu prihvatali isključenje odgovornosti, već su zauzeli stanovište da se radi "samo" o podeljenoj odgovornosti.[57] Opšti stav je sudova, da pristanak na štetu ipak nije dat već time što je oštećenom opasnost bila poznata. I kada zna da može nastati šteta iz nekog postupka, ako se izloži opasnosti, to još ne znači da je neko pristao da mu se nanese šteta.[58] Smatra se da pri-

[56] ZOO, čl. 163.

[57] Presuda Okružnog suda Valjevo, Gž.br.939/2005 od 09.06.2005.god., isto 3; rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.3322/94 od 17.05.1994.god. i presuda Rev.br.3-039/2008 od 20.05.2009.god. (neobjavljeno).

[58] Primetan je blagonaklon stav sudova prema žrtvama saobraćajnih nesreća i u ovakvim slučajevima. U mnogim drugim životnim situacijama sudovi znatno strožije i doslednije primenjuju odredbu člana 163. ZOO. U tom smislu: presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.1353/2006 od 27.02.2006.god., isto 39, iz obrazloženja: "...ZOO članom 163. stavom 1. je propisano da ko na svoju štetu dozvoli drugome preduzimanje neke r-

stanak oštećenog, dat štetniku izričito ili prećutno, na preduzimanje određene radnje na njegovu štetu, treba shvatiti kao njegov doprinos da šteta bude prouzrokovana, te u ovakvim slučajevima treba primeniti princip o srazmernom prebijanju odgovornosti i srazmernom smanjenju štetnikove dužnosti naknade ovako nastale štete.[59]

Zaključne napomene

1). Naš pravni sistem daje načelni primat subjektivnoj odgovornosti, tj. obavezuje na naknadu štete prema osnovu krivice za štetnu radnju. Pravila objektivne odgovornosti primenjuju se, uglavnom, samo kada je šteta proistekla iz delovanja ili postojanja opasne stvari ili opasne delatnosti. U uporednim pravima, kod uzajamne odgovornosti imalaca motornih vozila, subjektivni kriterijum se više ističe nego kod slučajeva šteta nastalih upotrebom motornog vozila trećim oštećenim licima, ali se ne zanemaruju ni neke druge, neskrivljene okolnosti. Veći broj pravnih sistema kombinuje krivicu sa drugim elementima ili uvodi u pravo i druge kriterijume stepenovanja opasnosti koju izazivaju učesnici u saobraćaju. Zaključujemo da, često, nije adekvatno da vozači odgovaraju za ukupnu štetu srazmerno samo stepenu svoje krivice. Opravdano bi bilo, pri raspodeli ukupne štete, uzimati u obzir i činjenicu, da različita vozila indukuju različiti stepen opasnosti i različiti obim štetnih posledica, te da kriterijum krivice u nastanku štete treba korigovati i dopuniti i razlogom pravičnosti. Ovaj princip ne bi trebalo uzimati u obzir u slučaju sudara vozila istog ili približnog stepena opasnosti, već samo tamo gde postoji značajna razlika u opasnosti pogona motornih vozila.

---

adnje, ne može od njega zahtevati naknadu štete prouzrokovane tom radnjom. Po ovoj odredbi, ko na svoju štetu dozvoli drugome preduzimanje neke radnje, kao što su tužioci dozvolili tuženima da njihovim kolima švercuju cigarete, odnosno izvršenje krivičnog dela, ne mogu tražiti da se tuženi obavežu na naknadu štete, jer je ona nastala iz zabranjenog posla..."

[59] Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.4138/98 od 02.09.1998.god., Revija za pravo osiguranja, br.1/2002, str. 61; presuda Opštinskog suda Vršac, P.br.804/06 od 07.02.2007. god. - presuda Okružnog suda Pančevo, Gž.br.245/08 od 10.07.2009.god. (neobjavljeno), iz obrazloženja: "...Pravilno prvostepeni sud nalazi da postoji i doprinos pok. T. N. nastanku predmetne saobraćajne nezgode, jer je tokom prvostepenog postupka utvrđeno da je isti u alkoholisanom stanju pristao da se preveze u vozilu sa L. Ž. koji je upravljao vozilom takođe u alkoholisanom stanju. Pravilno prvostepeni sud nalazi da je doprinos pok. T. N. nastanku saobraćajne nezgode 30%, a da je doprinos vozača nastanku štetenog događaja 70%.; presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev.br.642/2008 od 16.12.2008.god., http://www.vrhsudcg.gov.me/Izvjestajiipublikacije/BiltenVrhovnogsuda/tabid/72/Default.aspx, 16.04.2012.god.

2). Kod objektivne odgovornosti, više štetnika uvek odgovaraju solidarno i onda, kada se njihovi udeli mogu utvrditi. Međutim, sa aspekta uzročne veze, solidarna odgovornost nije u skladu s adekvatnošću prouzrokovanja štete, jer bi svaki od štetnika trebao odgovarati samo za onaj deo štete koji je adekvatna posledica njegovog delovanja ili propuštanja. Ona nesporno u većoj meri štiti žrtvu saobraćaja, ali oštećeni ne može biti sprečen da svoj odštetni zahtev usmeri prema bilo kom imaocu motornog vozila, čak iako se u konkretnom slučaju može odmah utvrditi podeljena odgovornost vozača za sudar, i opredeliti koliki su njihovi udeli u ukupnoj šteti. Teret konačne naknade ostaje na ponajmanje odgovornom licu ili čak licu koje uopšte nije krivo za udes. U istoj faktičkoj poziciji nalazi se i njegov osiguravač, koji je morao da nadoknadi štetu, a ne može se srazmerno ili u celini regresirati. Stoga je potrebno zakonom normirati pravedniju raspodelu snošenja tereta štetnih posledica saobraćajnih nesreća i predvideti da imalac motornog vozila ne može po načelima objektivne odgovornosti odgovarati za štetu solidarno, ako u njegovom postupanju nema uzročnosti.

3). Osiguravači smatraju da je njihova odgovornost isključenau slučaju kada nisu postojale osnovne pretpostavke za bezbednu vožnju, a oštećeni je pristao na vožnju pod takvim okolnostima, budući da je isti svesno rizikovao i pristao na snošenje eventualnih štetnih posledica. Međutim, opšti stav je sudova, da pristanak na štetu ipak nije dat već time što je oštećenom opasnost bila poznata. I u uporednom pravu (pre svega direktivama EU) onemogućeno je iz osiguravajuće zaštite isključiti ovu kategoriju oštećenih, jer se smatra da bi to bilo nepravedno, te da takva lica ne mogu uticati na dešavanja u saobraćaju. Međutim, primetan je blagonakloni stav naših sudova u utvrđivanju doprinosa oštećenih u saobraćaju, budući da se redovno dosuđuje doprinos od samo 20–30%, dok se u nekim drugim oblastima života ovakvo ponašanje i nepažnju oštećenih sankcioniše daleko rigoroznije. Smatramo da bi sudstvo trebalo objektivnije i strožije procenjivati nemar oštećenih, što bi, u krajnjoj liniji, trebalo da utiče pozitivno i na postupanje i obazrivost i ovih učesnika u saobraćaju.

Zoran Ilkić, Ph.D., Law agent in damages
"DDOR NOVI SAD" a.d.o. Novi Sad

Liability of The Insured for The Damage Caused by Themselves

Abstract

The complexity of the relationships regarding traffic accidents in the case of a collision of motor vehicles is that the persons responsible, and veri often damaged, often claim compensation for damages from the other party. Drivers often appear to be responsible to third persons in traffic, but also to each other, which further complicates the procedure of allocation of liability and damages. The author analyzes the grounds on which to identify the person responsible for the damages which is suffered by other people in our law system. At the same time, it points out to the incompleteness of the legislation on common liability, as well as the inconsistency in applying the provisions of consent to the infliction of harm.

Key words: basics of responsibilities, automobile liability insurance, common liability, the consent of the damaged.

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Originalni naučni rad

UDK 347.77/.78(439)“18“
doi:10.5937/zrpfns46-1968

Tamás Nótári, Associate Professor
Károli Gáspár University, Budapest

PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY IN HUNGARIAN JURISPRUDENCE OF THE 19TH CENTURY

Abstract

Given the peculiarities of historical development, modern codification efforts evolved with a delay in the Age of Reforms in the eighteen-thirties; with respect to copyright the Bills related to Bertalan Szemere are worth mentioning. After suppression of the War of Independence (1849) and the Compromise (1867), basically Austrian laws were applied. The history of Hungarian copyright law is characterised both by successful and unsuccessful attempts at codification, although aborted bills failed due to changes in historical circumstances rather than the standard of proposals. The Bill submitted by Bertalan Szemere to the National Assembly in 1844 was not enacted for lack of royal sanctioning. Following the age of imperial patents and decrees, after the Compromise (1867) the Society of Hungarian Writers and Artists put forth–again an unsuccessful–motion for regulation; however, the Commercial Code, Act XXXVII of 1875 devoted a separate chapter to regulation of publishing transactions. The first Hungarian copyright law, Act XVI of 1884, was made following László Arany's initiative, upon István Apáthy's motion. The Act implemented modern codification adjusted to bourgeois conditions, setting out from theoretical bases of intellectual property not superseded ever since. In this paper first, we will the suggestions of Ferenc Toldy on protection of intellectual property, then we will examine the early stages of statutory protection of author's works in Hungary, and finally, we will analyse the discuss Bertalan Szemere's role in regulation of copyright and his 1844 Copyright Bill.[1]

Key words: intellectual property, Hungarian law of copyright, Ferenc Toldy, Bertalan Szemere

[1] On further aspects of Hungarian copyright law see Nótári T.: *A magyar szerzői jog fejlődése [Development of Hungarian Copyrght Law]*. Szeged 2010.

1. Ferenc Toldy's proposals on protection of copyright

In the Age of Reforms members of Hungarian society met with several fields that had not been legally regulated until then. That is how placement of intellectual works in the legal system must have arisen as a fundamental problem because until the beginning of the Age of Reforms the "profession" of writers had not developed, there had been no periodicals, newspapers, and dramatic art and play-writing could not develop as an independent genre.

Two articles of Ferenc Toldy calls the attention to filling this gap in the law and reveal extraordinary expertise and rhetorical competence. His first article written on the topic was published in the columns of Athenaeum in 1838 entitled *"A few words on writer's property and petition to publishers of periodicals"*,[2] the other one in the Budapesti Szemle in 1840 under the title *"On writer's property"*.[3]

First, he defines the concept of property clearly as follows: *"Everything that we acquire by either our own internal talents or external tools without harm to alien rights is our unalienable true property, mortmain."* The definition contains every important element concerning the criteria of property. After that he translates the term of property to intellectual works and proves that once having obtained a form through printing it becomes property and unalienable property at that.[4] Furthermore he defines the term of *reprint/impression/*: *"misappropriation committed on true property"*.[5]

Once he has clarified fundamental terms, he expounds them in details: first of all, everybody can freely dispose over his property *(ius disponendi)*. He can do it in the following forms according to Toldy: *"He may transfer his original right to other persons at his discretion, ... he may disclaim the property ... until he does not do that clearly or, knowing that, does not abandon it or does not let it lapse, nobody shall encroach upon his rights to this natural property"*.[6] Toldy expounds the process how a writer's thought becomes a thing. If he disposes of it by gift or sale, he always does it conditionally. He does not sell the work of intellect; instead, he lets some *unique thing, copy, instrument* on moral lease. By his work the author conveys ideas, information to the buyer, and the buyer processes them and integrates them in his store of knowledge. *"The author has not attached, cleverly could not have attached, has not put up for sale any other*

[2] Toldy (Schedel) F.: *Néhány szó az írói tulajdonról [A few words on writer's property]*. Athenaeum, 1. 1838. 705–717.

[3] Toldy (Schedel) F.: *Az írói tulajdonról [On writer's property]*. Budapesti Szemle, 1. 1840. 157–237.

[4] Toldy 1838. 705.

[5] Toldy 1838 706.

[6] Toldy 1838. 706.

right to any copy of his work on sale: the buyer has not bought, could not have bought anything else so he does not have anything more than such intellectual utilisation".[7] This is a consensual contract that–in the absence of any stipulations to the contrary–cannot be attacked or doubted either morally or legally.

Toldy's reasons contain statements valid even today. Regulation of writer's property in an act is an indispensable task of the State because the writer and his intellectual work is public domain, which shapes the edification, intellectual and ethical moral of society. Society's task is to appreciate the writer and to ensure that the writer could spend all his time and power on creation, development of his own intellect: thereby he will produce works that serve the edification, progress of the whole country. If a writer does not see the reward of his talent and efforts or not even recovery of his financial expenses certified, he will leave this career, which makes society, science poorer. In his opinion it is a fundamental condition that each state should protect its own intellectual products and based on reciprocity should not authorise reprinting or sale of foreign literary works. (Several countries authorised or did not forbid reprinting of foreign works or sale of reprints:[8] France, Belgium, the United States of America, the states of the *Deutscher Bund* and Austria too–the latter was a hotbed of unrestricted reprinting both of foreign and the greatest German literary works: these printing houses were protected by the state too.) Toldy asserts that the really blissful situation would be if states did not authorise reprinting and they purchased original works from each other, and the rate of imports/exports would depend merely on *"which country provides its citizens with more instruments, support, which is indispensable and necessary in the world of science"*.[9]

Toldy claims that only one reason can be raised as an excuse, which somewhat explains advocacy for reprints: *"and that is expensiveness of original editions"*.[10] As a matter of fact, he does not accept this reason either, as he knows that these books are more expensive because publishers can cover their costs from sold copies only. In his opinion publishers could sell their books cheaper if they should not be afraid of reprinters, since more copies could be printed and sold with greater safety: the less a reprint costs and the more certain buyers win, the more lawful owners, publishers and writers lose. The writer because the publisher cannot pay for his efforts according to his merits and the publisher because its profit from the enterprise is dubious. Yet, it is not only the individual but also the state that incurs loss because thereby in the long run

[7] Toldy 1840. 160. § 4.
[8] Toldy 1838. 707.
[9] Toldy 1838. 708.
[10] Toldy 1838. 709.

scientific life, scientific development will be endangered and society will lag behind in development. Writer's work cannot be distinguished from other breadwinner activities, so it should be paid for. However, the issue of paying a fee is a rather complicated task. Toldy raises several possibilities.

On the one hand, it would be possible that the state should give salary to writers. This would not be a path to be followed because it could not be financed from the country's budget and it is problematic also because a standard to measure writers should be determined and only those who comply with this measure would be given salary. To avoid this, a reward of equal rate could be set, which is not a suitable method because there are huge differences between writers: *"And intellect cannot be measured by a man's arm."*[11] He raises the possibility that the state should make writer's property free *"by giving the right to writers to claim dividend from publishers on each printed or already sold copy. ... But who will set this dividend? Who will check the number and sale of copies?"*[12] Questions, questions, questions, to which Toldy claims there is only one answer: when the state acknowledges writers' property right on their works, or to put it in other words, forbids reprinting. *"The public–vox populi–will reward its writers this way."*[13]

The solution could be only to make law. He considers the German act promulgated on 9 November 1835 an example to be followed in this subject, which obliged each province of the German Federation individually and mutually to acknowledge and protect both scientific and artistic property at least for ten years against reprinters as well as prohibited sale of reprints brought in from abroad and threatened with penalty. Penalty determined by the laws of provinces were imposed on reprinters and sellers of reprints, each copy and the instruments used for preparatory works were confiscated from them, and they were obliged to give full redress and compensation to the writer and the publisher. The Prussian government made an even stricter law covering all aspects, to consist of thirty-eight sections, which now regulated the issue of reciprocity and "*retaliation" concerning foreign states*.

Until then the issue of writer's property had not been put on the agenda of legislation in Hungary *"because there was no reason for worrying about it"* and *"if it has been injured, the injury has been overlooked or has not become subject of any complaint"*.[14]

Toldy, however, looks into the future with hope: he mentions Kazinczy's language reform efforts, publication of count István Széchenyi's book entitled

[11] Toldy 1840. 161. § 5.
[12] Toldy 1840. 162. § 5.
[13] Toldy 1840. 162. § 5.
[14] Toldy 1838. 711.

Credit, foundation of the Hungarian Academy of Sciences and thereby the foundation of a new layer in civil society: the layer of writers. Literature came to life because now it had permanent audience, especially through the work of the press, and this participation, no matter how low its rate was compared to the five million population, did not give cause for dissatisfaction. Editors of periodicals were considered pioneers such as Károly Kisfaludy who paid honorarium on larger studies published in the columns of *Aurora* edited by him. József Bajza was the first who paid for all the studies published in his almanac, and in a predetermined system at that. Thereby intellectual work began to become goods and the idea of ownership involved in goods became reality.

2. Early stages of statutory protection of author's works in Hungary

Regulation of copyright in Hungary was strongly linked to the Austrians. Its starting point was the *exclamation* by Ádám Takács addressed to lawmakers, in which the protestant minister from Göny called the attention of the Governor's Council to the fact that *having defiled the work of printer Paczkó in Pest who published his funeral orations, printer Landerer reprinted the whole volume*, *… due to the loss caused by it Paczkó withdrew from publishing the second volume being afraid of Landerer stealing it again*.[15] To prevent continuation of this foul play, the minister turned to the Governor's Council as a result of which on 3 November 1793 the royal decree number 12157 was issued, which was the revised version of the decree dated 11 February 1775 in Austria. It sanctioned inland reprint by penalty and confiscation as well as compensation to be paid to the author. All this, however, did not apply to books published abroad and already reprinted inland by others, they could be freely published by anybody. It extended legal protection to the writer's legal successor *(cessionarius)* and formulated the institution of limitation well-known from later periods, which stated that after a certain period elapsed after the author's death the work became public domain and could be published freely by anybody but it did not set its detailed rules yet. In 1794 by another royal decree (no. 1812) it added reciprocity to it: it was prohibited in Hungary to reprint works printed in Austria, and the same protection was provided for works published on Hungarian territories against Austrian reprints. This rule was in force until the above mentioned Hungarian-Austrian international agreement (Act IX of 1887) was entered into.[16] Protection, however, proved to be underdeveloped because only the "preliminary path" formulating censorship existed instead of the judicial path. The scope of protected works was further widened by the court decree no.

[15] Kelemen 1869. 311; Balogh 1991. 151.
[16] Kenedi 1908. 9.

4232 dated 22 April 1831, which extended protection to ”drawings and copper engravings”.

In the middle of the 19th century, however, literary, scientific and political life in our country flourished, strongly helped by reproduction. Simultaneously with progress, claims were received on abuses of copyright. The first highly significant writings on the topic can be linked to Ferencz Toldy, as it has been described above already.

The Kisfaludy Society seemed to be a committed adherent of lawmaking for a long time. They made their first attempt in 1844 when the board worked out a draft. This bill was forwarded to Bertalan Szemere to make it more accurate, who made the final version heavily under the influence of the 1837 Prussian copyright act and the 1843 Hungarian criminal law concept. On the one hand, he extended the scope of protection (in addition to author's works, theatre plays, musical works, drawings and paintings were defined); on the other hand, he defined the term of protection as a period of fifty years different from the average because thereby both the author and his legal successor could feel safer. Fine to be paid to the National Museum dominated (which could be converted to captivity in case of insolvency), however, reimbursement of the loss of the injured party was also carried out by obliging the injuring party to pay ”compensation”, considered private law sanction. It was his innovative and significant merit that he provided procedural law regulation too. The bill was progressive because contrary to the right of inheritance practice governing at the time the surviving spouse should obtain ownership rather than right of enjoyment on the work. In section 47 of his bill he set forth that *”at the same time the protection under this act shall be extended to insuring the rights of writers and artists of Transylvania until union with Transylvania is accomplished”*. In other words, foreseeing the union formulated (set) as a political aim he strove to extend copyright protection to eastern territories. He urged that all acts, customs and privileges contrary to the act in the making should be repealed, and he set the aim of regulating copyright in an act instead of unwritten law.

The ruler, however, threw back the bill giving the reasons that *”the principles set in the bill ... should be modified for greater clarity and to fill certain gaps.”*[17] Yet, the national assembly dissolved in the meantime did not have the opportunity to analyse the returned bill again. The ruler's real reason could be searched for in the fact that, given the intention to enact the Austrian copyright law vigorously being made, he did not want to break up the unity attained. The Austrian patent was published in 1846 and at the same time the king redebated Szemere's bill in order to create harmony with the patent. The next step was the

[17] Knorr A.: *A szerzői jog magyarázata [Explanation of copyright law]*. Budapest, 1890. XIII.

Hungarian Royal Book Reviewer Office, which submitted its report to the king on 27 July 1847. Paying regard to all that Pál Jászay made his bill, which, however, was not debated due to accelerating political events, so the above mentioned decrees continued to be in force in our country.

During the revolution two significant statutes were made that highly affected the subject area, however, none of them was a direct copyright act. First, Act XVIII of 1848 should be mentioned, which covered the freedom of the press and as part of that abolished censorship. It stipulated that setting up a printing house was conditional upon compliance with Act XVI of 1840 on traders and depositing the mandatory four thousand forint security. Bookseller activity could be performed without any permits. Act XXX of 1848 provided for setting up theatres and ensured that theatre plays could be performed freely. The above mentioned 1846 patent, entitled *"Act to protect literary and artistic property against unauthorised publication, reprint and remaking"* was entered into force by the open order of 29 November 1852 in our country effective as from 1 May 1853.

These statutory provisions were in force in our country until 1861 (in Transylvania until 1884) when the National Judge's Conference implemented the program of gathering valid rules of civil law (that is how the collection of Temporary Judicial Rules was made), which served as source for all proceedings until governing statutory provisions were developed. According to these rules, intellectual works enjoyed the same legal protection as any other property, now not only books were protected but "creatures of the mind" too, that is, literary, artistic and musical works as well as translations. All this included the right of public performance and reproduction. At the same time, they declared that copyright was rooted in civil law and that the content of copyright would not extend beyond the author's death; at the same time, printing of books and reprint was no longer made subject to authority's licence.[18] Real practice, however, did not develop because these provisions were rather uncertain.

The year 1867 saw two new significant events in our country. First of all, owing to the international agreement entered into between Austria and France it was included in our act that performance of translation was attached to author's reservation of rights, and with respect to articles and communications published in periodicals both in regard to translation and reprint author's reservation of rights was a condition. Effective rules now included right of public performance, which was already regulated by the 1846 patent but–as it was referred to above–it was in force from 1853 to 1861. It must have been an outstandingly

[18] Kelemen M.: *Adatok az írói tulajdonjog hazai történelméhez [Data to the Hungarian history of writer's property right]*. Budapesti Szemle, 14. 1869. 305–317., 315.

important tool of legal protection that as a new condition published and reproduced works were registered.

In the same year the Kisfaludy Society made its second bill, which was not debated even in 1869. It actually failed because the Hungarian criminal law concept was not completed yet, so there was nothing to compare the issue of penalties and procedure to. And the part on artists reworked by the Hungarian Society of the Fine Arts did not get any further than the desk of the Minister of Justice.

The Society of Hungarian Writers and Artists headed by Gyula Kováts, making use of the 1870 German imperial statute, made a new draft in 1874, which was submitted to the parliament as a bill–however, even if it paid regard to Hungarian needs, especially due to making the commercial code, it was not approved.

The Kisfaludy Society made a third attempt in 1876, this time in cooperation with the Hungarian Academy of Sciences: it entrusted László Arany to work out the draft. The draft was first submitted to the Academy, then it was forwarded to the Minister of Justice, who convened a vocational conference to study it. The bill was submitted to the House of Representatives on 20 November 1882, which referred it to its judicial committee. The committee's report was made by 9 February 1883 already, yet the final text was attested by the House of Representatives only a year later, on 12 March 1884, and was approved by the Upper House in unchanged from. Finally, the ruler promulgated Act XVI on 7 May 1884.

3. Bertalan Szemere's role in inland regulation of copyright–the 1844 Copyright Bill

Bertalan Szemere noticed the necessity of protection of property in copyright law. Owing to the technological revolution, works of authors and artists became unprotected, so it was reasonable to make a duly worked out act.

Szemere's modern approach to ownership superseded the approach prevailing in the age both on international and national level, which made legal regulation simpler in several respects. The legal scientist combined the jurist's thoughts on theory and practice in his works, which is expressed the best in one of his most significant works, his report and bill on providing literary and artistic rights drafted in 1844.[19]

[19] Boytha Gy.: *Szemere Bertalan és a „jövő zenéje" [Bertalan Szemere and "music of the future"]*. In: *Emlékkönyv Nizsalovszky Endre születésének 100. Évfordulójára [Essays in honour of Endre Nizsalovszky to commemorate the 100th anniversary of his birth]*. Budapest, 1994. 42–58., 48; Senkei-Kis Z.: *A szerzői jog kialakulása és fejlődése [Evolution and development of copyright]*. Első Század, 2007/1. 322–331., 328.

He presented his bill on 23 September 1844, it was adopted with a few modifications. The bill was approved by the session of the members of the Upper House on 9 November 1844, however, the ruler did not sanction it as the court was already working on a copyright patent governing the whole empire, which entered into force also with respect to Hungary by the imperial decree dated 29 November 1852.[20] In determining the core of copyright Szemere surmounted the concept of ownership prevailing both home and abroad, which simplified legal regulation in several respects.[21]

It was the 1865 Bavarian act that used the term copyright *(Urheberrecht)* for the first time on German territories; five years later it was followed by the German federal copyright act. On French territories for the first time in 1886 the Belgian legislation used the phrase *"droit d' auteur"* instead of the term *propriété*. In Hungary Act XVI of 1884 reflected Szemere's approach already, with Gyula Kováts's significant contribution, who successfully proposed the concept of "*copyright"* as a general technical term.[22]

Szemere interpreted the author's rights on his works as the author's moral rights, which is clearly reflected by his sections proposed for asserting and exercising rights. According to his approach, rights regarding the work were regulated by law in a form inseparable from the author and the author could transfer uniform copyright only with respect to its exercise. This clearly shows how much his approach to copyright was ahead of his age for in Austria it was the 1895 Act that started to follow this interpretation.[23]

Protection of the author's right enjoys priority since the author retains his right even if he has transferred exercise of such right to the authorised publisher and he can assert it by lawsuit if the empowered publisher fails to do so.[24]

By harmonising the action of the author as original copyright owner and the exclusively authorised user of the work before court against a third party and by laying the legal grounds of author's contracts, he formulated thoughts again ahead of his age. An example for the latter is section 44 in Chapter VII entitled *"General provisions"*, which states that *"as the number of editions is not determined in the contract, […] only one edition shall be considered before the law. And as the number of copies is not determined, each edition is calculated to contain 1000 copies."*[25] It is important that the author does not transfer his own right, instead gives licence to publish, that is, such rights possessor may

[20] Boytha 1994. 53.
[21] Boytha 1994. 53.
[22] Boytha 1994. 55.
[23] Boytha 1994. 55. f.
[24] Boytha 1994. 56.
[25] Boytha 1994. 56.

exercise the author's right only with respect to publishing and therefore it seems to be authorisation rather than transfer of property rights.[26]

Besides author's rights, Szemere separately discussed theatre plays, musical works as well as drawing and painting works, and regulated them in summary in an act. Following foreign example, he called editions without licence, referred to as *pirated edition, fake edition*, and would have imposed punitive sanctions. In the comparative analysis he finds that a fine is used for fake editions abroad too, which is converted to captivity in case of failure to make payment.[27]

Szemere's reasons also emphasises the importance of protection of author's rights stating that in Western Europe, more specifically France, being an author is a rank just as being a nobleman, a priest, a merchant. Szemere set legal regulation and social prestige of French literary life as an example to Hungarian legislation. He stressed that "civilised nations" already had laws to regulate copyright at the level of an act.

3. 1. Copyright property in Szemere's bill

The question to be decided was whether *"the group of writer's, artistic rights is a property just as any other property?"* According to traditional approach maintained until then, legal relation of ownership has an absolute structure, the owner is entitled to means of legal protection against everybody. It is an important feature of the content of the right of ownership that its term is endless in theory, its subject can be alienated by the owner, and after his death it will devolve in accordance with rules of inheritance. Difficulty in the analysis of the content of author's rights is that its term is by no means endless; this righteously raises the importance of the dogmatic analysis of author's property rights. Some claim that it is a kind of *sui generis* property right, which *"has all the attributes of property, except for infinity of hereditariness"*.[28]

For a long time they maintained the approach that writer's and artistic property is basically identical with property in the general sense. So, in its first section the 1846 Austrian act stated that products of literature and works of art constitute property of their author. *Writer's and artistic property (literarisches und artistisches Eigentum)* was accepted for a long time in our country too. In Hungary, only in the bourgeois age did the judicial committee of the House of Representatives state the definition "*intellectual property"* replacing it by the term *"copyright"*.[29]

---

[26] Boytha 1994. 56.
[27] Boytha 1994. 56. f.
[28] Balogh 1991. 156.
[29] Balogh E.: *A Szemere-féle szerzői jogi törvényjavaslat [Szemere's Copyright Bill]*. In: Ruszoly J. (szerk.): *Szemere Bertalan és kora, I. [Bertalan Szemere and his age, I]* Miskolc, 1991. 149–172., 157.

One of the most important issues of the subject area was the term of protection, which was determined as fifty years from the death of the author by Bertalan Szemere. It is clear that compared to the rest of countries of Europe this is a relatively long period. The draft of the Kisfaludy Society wanted to fix sixty years as the maximum of the term of protection, however, Szemere did not consider it expedient to set a period longer than fifty years, and deemed any period shorter than that definitely disadvantageous. His reasons can be summed in three points. Quite easily, given a short term, aliens outside the author's lawful descendants enjoy the benefits arising from a work appreciated by posterity only. It is well-known, he says, that it is just the most precious works that need the greatest "investment" in time and energy, what is more, such masterpieces are produced quite often at the end of their writer's life only. So, if the term of legal protection is short, this will urge authors to write works that can be written quickly rather than works developed over a long period of time. Obviously, there is a weightier interest to support the former works. Also, it is a living possibility that the work of an author is not published during his lifetime or it is not appreciated properly, however, subsequently it is appreciated. Szemere considered it important that writers and artists should be reassured that for a term of fifty years only their family, descendants could enjoy the fruits of their ancestor's work.[30]

In succession of author's rights, general rules of law of inheritance/succession and contract law prevail; so, the writer can transfer the rights he is entitled to (that is, publishing) under either free or onerous transactions. During the fifty-year term the legal successor can also exercise rights, however, only with respect to publishing, that is, he is not entitled to the right of change. Szemere's bill raises the issue of the right of surviving spouse upon the author's death. If the writer has not made a last will and testament, then author's rights will devolve to the lawful inheritors.[31]

The surviving spouse was entitled to rights provided under widow's right *(ius viduale)*, of which inheritance in real assets was considered exceptional, and was basically restricted to certain movables. According to the main rule, the surviving spouse was given usufruct on the goods only. A special version of legal succession is also discussed where term of protection was provided for those who–not being a relative or testamentary inheritor–got into the possession of the manuscript after the author's death and published it.

And if the manuscript is found after fifty years from the author's death only, the lawful possessor will be entitled to the right to publish for thirty years from the first edition of the work. So, Szemere set fifty years as the maximum

[30] Balogh 1991. 157. f.
[31] Balogh 1991. 158. f.

term of legal protection. He promised much shorter, thirty years protection to authors who made Hungarian literary remains of the language, historical sources, charters and collections of folk legends, tales, sagas, songs and proverbs public domain.[32]

When the work was first published, a reservation of rights statement had to be made with regard to translation into foreign languages; this is one of the significant elements of copyright. If such statement was not made, then the right of translation became *public domain*; just as when the author did not publish his work in some language *"living in the country"* in three years from publication. So, the right of translation into German, Romanian, Slovakian etc. was available to the author for three years only; if he did not exercise it during this period, he definitely lost the opportunity to exercise it.

In publishing periodicals and volumes of studies, the publisher was entitled to writer's rights, however, a contract to the contrary could be entered into with the publisher; furthermore, the author could have his articles published in an independent collection after two years from publication. In this case it was the author's rights that were primarily protected. Rights related to works produced as a result of co-operation of several authors were provided for the authors' groups; calculation of the deadline started from the last volume for dictionaries and from publication of each volume for collections and yearbooks; according to the comments the term of protection was thirty years too.[33]

Double fee was not unusual since authors were entitled to general writer's rights in addition to stage rights.[34] This might be in the background of the regulation of musical works too.[35] Composers and their legal successors were given all the rights to publish and use their works that were granted to writers, and compositions that were performed in theatres and in concerts enjoyed rights on theatre plays too.[36]

"Drawing and painting works" were also regulated in the act. However, it was difficult to determine their concept; Szemere listed the most frequent versions as examples; *"all works that can be produced permanently by lines and colours"* enjoyed legal protection. Artists of the fine arts (and their legal successors) had rights set out in the first chapter. Assignment of the right to reproduce, as a matter of fact, did not mean that the original work was no longer owned by the artist, he could waive that solely by express statement.[37]

[32] Balogh 1991. 159.
[33] Balogh 1991. 159.
[34] Balogh 1991. 160.
[35] Balogh 1991. 160.
[36] Balogh 1991. 160.
[37] Balogh 1991. 160.

3. 2. The concept and sanctioning of violation of writer's rights in Szemere's approach

Szemere discussed violation of rights related to author's rights and their legal remedy in details. He carried out in-depth analysis regarding fake editions too. As a matter of fact, not only the publisher but also the author might have commited violation of rights, for that matter, against the publisher if he had his work published by another publisher too before expiry of the period set out in the contract they had entered into on that work. On the other hand, the publisher acted contrary to law if he printed and published more copies than set out in the contract. This latter version most probably occurred only when printed works produced in extra numbers were not sold or were bought by buyers but the publisher did not share the profit from sale over the stipulated number of copies with the author. Furthermore, it was considered fake edition when works printed abroad were marketed inland if the author was a resident in the country.[38]

Without the copyright owner's being aware and having given his consent thereto it was forbidden to make and publish any kind of extract, abridged edition or revision/adaptation that basically contained the content of the original. This bill, furthermore, considered it fake edition when introductions, explanations, notes were written to a work already in public ownership without the author's or his legal successors' permit. If it was possible, the author's (legal successor's) consent had to be obtained. Addresses, lectures held by teachers on pulpits could be published with the lecturer's permit only. Szemere cared for writings published in periodicals and newspapers; any writing concerning them could be published solely with the source specified. His bill claimed that it was fake edition when an author, in order to deceive his readers, gave a title to his work that belonged to another work already in circulation.[39] He dwelt on *quasi* fake editions too. These conducts were similar to those described above; yet, they were not considered fake editions. Accordingly, anybody was allowed to publish rules of law: no pecuniary loss was suffered thereby by anybody, on the contrary, it was in everybody's interest to make rules of law extensively known. With similar freedom it was possible to publish speeches delivered at public sessions of the parliament, municipalities and any association, with the essential restriction that the collected edition of the speeches of one person enjoyed legal protection. Also, it was possible to quote from anything freely but only word for word. Also, it was possible to adopt papers, essays, poems and oral works with full liberty in works serving educational purposes.[40]

[38] Balogh 1991. 161.
[39] Balogh 1991. 161.
[40] Balogh 1991. 162.

Sanction took the form of compensation of pecuniary loss. The party causing damage was obliged to pay fine up to six hundred forints to the National Museum, however, as appropriate he had to compensate for the total damage the injured party had suffered. Instigators and abettors were responsible for their acts in proportion to liability. Parties privy to the act had joint and several liability. At that time the six hundred forint fine seemed to be moderate since in France, for example, penalty was two thousand (for habitual offenders four thousand) Francs and up to one-year imprisonment, while in England one hundred pounds and double the amount of the price of all the printed copies had to be reimbursed.[41]

When it was possible to determine the number of sold copies of the fake edition, the price of the original copy had to be paid to the lawful possessor for each copy, and when it was not possible to determine the number of printed or sold copies, or misdemeanour was committed to the injury of a work not even published yet, on the first occasion at least half of the number of original copies, on the second occasion the "*usual price"* of similar works served as measure for assessing the damage in court. The author had the right to decide whether he took over or destructed the fake copies confiscated and the metal and stone slabs and wood boards etc. necessary for producing them. In the former case the amount up to the rate of his enrichment was deducted from the amount of compensation. In the case of authors of theatre plays and musical works, whenever the play, musical piece in question was performed unlawfully, the total proceeds were every time confiscated (without deductions!), irrespective whether the work was performed individually or together with other pieces. If it was not possible to determine the proceeds subsequently, the closest proceeds at the time governed in determining the amount of compensation.

Habitual offence was severely sanctioned; basic penalty was maximum six hundred forints, and could be up to the double of the aggregate amount of compensation. The perpetrator, if he was unable to pay, could discharge penalty in the form of imprisonment. One day captivity was equal to five forints. However, it was not at the offender's discretion; penalty could be commuted to imprisonment only in the event that a) the offender had not reached legal age (men younger than twenty-four) and not having any property his parents did not intend to discharge, b) attachment on the property of the condemned had been promulgated due to bankruptcy or dissipation of funds, c) if the fine had not been produced from the obligor's property.[42]

[41] Balogh 1991. 162.
[42] Balogh 1991. 163.

3. 3. Procedural rules of copyright disputes in Szemere's bill

In chapter six Szemere writes in details on procedural rules of disputes. Szemere anticipated that Hungarian judicature would face a quite new phenomenon of substantive law, whose procedural rules could not be integrated without difficulties into the pattern of any of the former action types.[43] That is the reason for the detailed an extended regulation, which skilfully avoids dangers of casuistry. *"Punitive claim"* could be submitted by the injured party only. The name 'claim' is misleading because the issue here is not that violation of author's rights was considered criminal law *delictum*; even the special part of the penal code bill debated in the 1843/44 national assembly did not contain such state of facts, so the attribute "punitive" should be interpreted quite generally. Here, the injured party means not only the author or his legal successor but the publisher too. So, it was primarily the publisher that was entitled to the right to bring action against violation of rights in connection with a work published, except when the author's rights were impaired by the publisher printing and publishing a number of copies higher than agreed upon in the contract entered into with the author. If, however, the publisher failed to do so during thirty days from the written notice made by the author or his legal successor, the right to submit the statement of claim would devolve to the author (legal successor). If the act violated rights related to unpublished manuscripts, the action could be instituted solely by the author.[44]

During the proceedings the parties could make an arrangement as well, however, such arrangement could cover compensation only and not the fine to be awarded for the benefit of the state (more specifically the National Museum). So, impairment of the author's rights must have injured both private interest and public interest.[45]

Furthermore, the bill orders that one bound copy of the published work *"shall be placed and registered"* in the proper office of the *"Hungarian academy"*, and the author should get a receipt thereon, whose attested copy should be attached to the statement of claim. For theatre plays and musical works in manuscript, it was sufficient to register the title and the name of the author or the rights possessor and the date and place of the first performance. The copyright owner could exercise his right to institute action during two years from committing the injury.[46] Term of preclusion was two years from occurrence of the objective fact of the injury. The action could be brought without paying regard to feudal legal status. The action could be brought before the authority of

[43] Balogh 1991. 163.
[44] Balogh 1991. 163.
[45] Balogh 1991. 163. f.
[46] Balogh 1991. 164.

the place of injury, i.e., before the deputy sheriff in the county and before the captain in privileged districts and free royal cities. Summons were issued within eight days from receipt of the statement of claim, appearance could not be shorter than fifteen days and longer than forty-five days depending on the distance of the domicile of the sued party.[47]

The lawsuit was conducted in writing and both parties could make two oral pleadings, the plaintiff's statement of claim was considered one of them. The defendant had maximum five days for giving response, which could be extended on one occasion based on justified application but could not be longer than fifteen days. After the oral pleadings the parties' acts in the action were completed, which was followed by adopting the court decision and passing judgment.[48]

Within twenty-four hours following completion of the demonstration the court had to address all the documents of the case to the seat of experts. By then, involvement of experts had been a generally accepted practice in the western world. The Saxon code (1844) did not, the Prussian code (1837) did oblige the judge to accept the expert's opinion.[49] Mostly, the court requested the seat of experts to issue their opinion at its discretion, and deemed it mandatory to request it if it believed that its own expertise was not sufficient to decide the legal dispute on the merits in a just manner. On the contrary, Szemere prescribed that it was mandatory for the court to address the documents to the seat of experts. It was not surprising that the court was not allowed to deviate from the statement issued by the experts on the injury, the court's power was restricted to assessment of the extent of legal sanction. The seat of experts was obliged to make a statement on the subject of injury every time, however, only upon the court's call on the amount of indemnity. The experts had fifteen days from receipt to adopt the expert's decision.[50]

The court, in possession of the written pleadings and expert's opinion, passed its judgment (the bill did not set the period available to the court), which could be contested by appeal within three days from delivery. The bill specified the Royal Court of Appeal as the court of the second instance, and no further legal remedy lay. Consequently, the bill radically simplified the feudal judicial process by declaring the judgment of the court of the second instance final and unappealable in advance.[51] He proposed that the eleven members of the seat of experts were to be elected by the general meeting of the Hungarian Academy of

[47] Balogh 1991. 164.
[48] Balogh 1991. 164.
[49] Balogh 1991. 164.
[50] Balogh 1991. 164. f.
[51] Balogh 1991. 165.

Sciences annually. They had to consist of four members of the Academy, three writers and artists outside the Academy, two librarians and two sellers of pictures and musical pieces.[52] The body of experts was to take an oath before the general meeting of the Academy, and the body itself was to elect its chairman for a year. It was to adopt its resolutions by simple majority of the votes cast but at least presence of five members was necessary to constitute quorum, and two of them had to be experts, and if the issue concerned music or the arts, they had to be sellers of pictures or music.[53]

Conclusions

The first form of independent copyright evolved on the analogy of right of ownership at the end of the 18th c.; this state in Europe lasted for almost one hundred years. Analogies drawn from right of ownership were certainly suitable for providing protection for authors' works in corporeal form for the author's benefit. Within the frameworks of the right of ownership approach, however, copyright could not be protected against distortions at all or only insufficiently by violently bending application of law. During the 19th c. in Europe, copyright and patent law codification in the modern sense evolved, consistently enforcing the civil law approach and development of exclusive rights related to intellectual works. Hungarian regulation of the field of law of intellectual works, basic codices go back to the 19th century. Given the peculiarities of historical development, modern codification efforts evolved with a delay in the Age of Reforms; with respect to copyright the Bills related to Bertalan Szemere are worth mentioning. After suppression of the 1848-49 War of Independence and the 1867 Compromise, basically Austrian laws were applied. Around the middle of the 19th c., however, literary, scientific and political life in our country flourished, strongly helped by reproduction, by which Hungarian thoughts could be delivered to more and more people desiring changes. Simultaneously with progress, complaints were received on abuses of author's rights. Increasing needs of life and enhancing circulation of intellectual goods as well as politics aimed at liberating the press brought along more independent development of author's rights. In Hungary, in the beginning, as a result of state law relation, the development of author's rights was similar to the process in Austria, and then, upon termination of this connection, it went through independent progress.

[52] Balogh 1991. 165.
[53] Balogh 1991. 165.

Dr Tamaš Notari, vanredni profesor
Univerziteta Karolj Gašpar u Budimpešti

Zaštita intelektualne svojine u mađarskom pravu u XIX veku

Sažetak**:** *Zbog posebnih istorijskih prilika, radovi na stvaranju moderne kodifikacije građanskog prava u Ugarskoj započinju sa izvesnim zakašnjenjem, tek u tridesetim godina XIX veka, pri čemu u vezi sa materijom autorskog prava posebno treba istaći zakonski predlog Bertalana Semerea (Szemere Bertalan). Po suzbijanju borbe za nezavisnost (1849) i Austrougarske Nagodbe (1867), u Ugarskoj primenjivali su se austrijski zakoni. Istorijat mađarskog autorskog prava predstavlja niz uspešnih, ali i neuspešnih pokušaja da se izvrši kodifikacija ove grane prava, pri čemu treba istaći da se neusvajanje pojedinih zakonskih predloga može pre pripisati istorijskim okolnostima, nego sadržini predloženih zakona. Zakonski predlog Bertalana Semerea od 1844. godine nije bio usvojen zbog odbijanja monarha da ga proglasi. Posle ere carskih patenata i uredaba, kao i zaključenja Nagodbe, Mađarsko društvo pisaca i umetnika je podnelo novi predlog zakona, čije usvajanje je takođe izostalo. Međutim, Trgovački zakonik, usvojen zakonskim aktom br. XXXVII od 1875. godine, imao je posebno poglavlje posvećeno pravnoj regulativi izdavačkog ugovora. Prvi zakon o autorskom pravu, zakon br. XVI od 1884. godine, usvojen je na inicijativu Lasla Aranja (Arany László), na osnovu predloga Ištvana Apatija (Apáthy István). Zakon predstavlja modernu kodifikaciju, prilagođenu uslovima građanskog društva, koji je toj meri usvojio najznačajnije tekovine tadašnje pravne nauke u oblasti intelektualne svojine, kao nijedan drugi zakon od tada. U ovom radu se daje prikaz predloga Ferenca Toldija (Toldy Ferenc) o merama zaštite prava intelektualne svojine, kao i prvih oblika pravne zaštite autorskih dela u Ugarskoj. Najzad, biće izvršena analiza uloge Bertalana Semerea u nastojanjima da se pravno uredi materija prava intelektualne svojine, kao i njegovog predloga Zakona o autorskom pravu od 1844. godine.*

Ključne reči: *pravo intelektualne svojine, mađarski Zakon o autorskom pravu, Ferenc Toldi, Bertalan Semere*