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

ZBORNIK RADOVA
COLLECTED PAPERS

XLVI 2 (2012)

NOVI SAD, 2012.

ZRPFNS, Godina XLVI Novi Sad, br. 2 (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 Heinz Mayer (Austrija), 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 Stevan Šogorov, redovni profesor
Reafirmacija dodatnih (dopunskih) uplata u pravu privrednih društava Republike Srbije 11

Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Vladarske titule u srednjovekovnoj Srbiji 23

Akademik Jožef Salma, redovni profesor
Konvergencija evropskog notarijalnog prava 37

Dr Zoran Arsić, redovni profesor
Odluka o sazivanju skupštine akcionarskog društva prema Zakonu o privrednim društvima iz 2011 god. 61

Dr Dušanka Đurđev, redovni profesor
Odnos komunitarnog saobraćajnog prava i međunarodnih konvencija 73

Dr Gordana Kovaček-Stanić, redovni profesor
Ovlašćenja javnog beležnika u bračnim/partnerskim odnosima 87

Dr Danica Popov, redovni profesor
Nastanak hipoteke u Srbiji s posebnim osvrtom na hipoteku prema Građanskom zakoniku za Kneževinu Srbiju iz 1844 godine 103

Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor, *Dr Dragan Vujić*
Uticaj geofizičkog oružja na ugrožavanje životne sredine za potrebe rata 121

Dr Marija Salma, redovni profesor
Presuda zbog izostanka 143

Dr Magdolna Sič, vanredni profesor
Fides i *bona fides* u procesu stvaranja rimskog opšteg prava (*ius gentium*) 157

Dr Tatjana Lukić, vanredni profesor
Digitalni dokazi 177

Dr Dragiša Drakić, vanredni profesor
Sukob krivičnog prava i medicinske etike i psihijatrijske nauke na primeru psihijatrijskog veštačenja 193

Dr Oliver Lajić, docent
Uporedni pregled sistema za istraživanje i oduzimanje imovine stečene kriminalom 207

Dr Janko Veselinović, docent
Obaveze ugovornih strana kod ugovora o usluživanju hrane i pića 223
Dr Zoran Lončar, docent
Odlaganje izvršenja upravnog akta u upravnom sporu 239
Dr Gordana Drakić, docent
O stavu Demokratske stranke u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca prema agrarnoj reformi 261
Dr Jelena Vidić Trninić, docent
Zakon kao pravni osnov pozivanja na nasleđivanje na prostoru bivše SFRJ (Slovenija, Hrvatska, Makedonija, Crna Gora, Republika Srpska) 269
Dr Vladimir Marjanski, docent
Obaveze javnih društava u pogledu ad hoc informisanja javnosti na tržištu kapitala 297
Dr Dragutin Avramović, docent
Odluka ili norma – slobodno sudijsko uverenje kao pretnja vladavini prava 311
Dr Dragana Ćorić, docent
Modernost odnosa istine i laži i njihova etička, filozofska i društvena vrednost 327
Dr Sandra Fišer – Šobot, asistent
Izuzeci od dužnosti obaveštavanja o nesaobraznosti robe u pravu međunarodne prodaje 339
Dr Petar Đundić, asistent
Odredbe o odložnom roku za pokretanje arbitraže u međunarodnim ugovorima o zaštiti ulaganja i njihov uticaj na nadležnost arbitražnih sudova 355
Dr Samir Aličić, asistent
D.9.2.27.17 versus CO.2.4: Koji tekst je interpolisan? 375
Dr Aleksandar Martinović, asistent
Pravna priroda agencija u pravnom sistemu Republike Srbije 391
Dr Atila Dudaš, asistent
Apstraktno dejstvo pravnih poslova u evropskom i domaćem pravu 401
Dr Bojan Tubić, asistent
Određivanje granica na kopnu u praksi međunarodnog suda 417
Samir Manić, asistent
Novčana naknada nematerijalne štete za duševne bolove zbog smrti i teškog invaliditeta bliskog lica 437
Cvjetana Cvjetković, asistent
Prava poreskih obveznika u postupku razmene informacija 455
Milana Pisarić, asistent
Pravni okviri Evropske unije u borbi protiv dečje pornografije na Internetu 471
Uroš Stanković, asistent
Prvi pokušaji kodifikacije građanskog postupka u Srbiji (1829–1844) 489

Luka Baturan, asistent
Stvaranje tržišta prenosivih dozvola radi smanjenja emisija gasova koji proizvode efekat staklene bašte u Republici Srbiji 509

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Jelena Nikčević Grdinić, vanredni profesor
Neki pravni aspekti ugovora o prevozu putnika drumom 525

Mirjana Bogunović, asistent
Žena u rimskom pravu – subjekt ili objekt prava? 539

Reka Pustahelji, asistent
Rokovi za ostvarenje potraživanja i vršenje prava: prekluzivni rokovi i rokovi zastarelosti prema Predlogu novog građanskog zakonika Mađarske 551

ODELJAK ZA STUDENTE

Tijana Žunić, Tijana Đukić
Prava osumnjičenog i policijska saradnja u Evropskoj Uniji 575

TABLE OF CONTENTS

Stevan Šogorov, Ph.D., Full Professor
Reaffirmation of Additional (Supplementary) Payments in Company Law of Republic of Serbia 11

Srđan Šarkić, Ph.D., Full Professor
Monarch's Titles in Mediaeval Serbia 23

József Szalma, Academician, DSC, Dr. Hc., Full Professor
Convergence of the European Law on Public Notaries 37

Zoran Arsić, Ph.D., Full Professor
Decision to Convene Shareholders Meeting 61

Dušanka Đurđev, Ph.D., Full Professor
Relationship of Community Traffic Rights and International Conventions 73

Gordana Kovaček-Stanić, Ph.D., Full Professor
Notary Public Authority in Marital/Partnership Relations 87

Danica Popov, Ph.D., Full Professor
Mortgage Development in Serbia, Specialty in Serbian Civil Code from 1844. year 103

Ljubomir Stajić, Ph.D., Full Professor, Dragan Vujić, Ph.D.
The Impact of Geophysical Weapons on Endangering of Environment for the Purposes of War 121

Marija Salma, Ph.D., Full Professor
Judgment by Failure to Appear 143

Magdolna Sič, Ph.D., Associate Professor
Fides and *bona fides* in the process of creating *ius gentium* 157

Tatjana Lukić, Ph.D., Associate Professor
Digital Evidence 177

Dragiša Drakić, Ph.D., Associate Professor
Conflict Between Criminal Law, Medical Ethics and Psychiatry Demonstrated at the Example of Psychiatric Court Evaluation 193

Oliver Lajić, Ph.D., Assistant Professor
Comparative Review of the Investigation and Confiscation of criminal assets 207

Janko Veselinović, Ph.D., Assistant Professor
Food and Drink Serving Contract 223

Zoran Lončar, Ph.D., Assistant Professor
Postponement of Execution of the Administrative Act in Administrative Dispute 239

Gordana Drakić, Ph.D., Assistant Professor
On the Position of the Democratic Party of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes on the Agrarian Reform 261

Jelena Vidić Trninić, Ph.D., Assistant Professor
Law as the Legal Basis to Claim Inheritance in the Countries of the Former Socialist Federative Republic Of Yugoslavia (Slovenia, Croatia, Macedonia, Monte Negro and Republic Srpska) 269

Vladimir Marjanski, Ph.D., Assistant Professor
Ad hoc public disclosure obligations of public companies on the capital market 297

Dragutin Avramović, Ph.D., Assistant Professor
Decision or Norm – Judicial Discretion as a Treat to the Rule of Law 311

Dragana Ćorić, Ph.D., Assistant Professor
Modernity of Relationship between the Truth and the Lie, and their Ethical, Philosophical and Social Value 327

Sandra Fišer – Šobot, Ph.D., Assistant
Exceptions to the Duty to Notify the Seller of a Non-Conformity of the Delivered Goods in International Sales Law 339

Petar Đundić, Ph.D., Assistant
Provisions on Waiting Periods in International Investment Protection Treaties and their Impact on the Jurisdiction of Arbitral Tribunals 355

Samir Aličić, Ph.D., Assistant
D.9.2.27.17 *versus* CO.2.4: which text is interpolated? 375

Aleksandar Martinović, Ph.D., Assistant
Legal nature of the Agency in Legal system of the Republic of Serbia 391

Attila Dudás, Ph.D., Assistant
Abstract Legal Effect of Juridical Acts in European and Serbian Law 401

Bojan Tubić, Ph.D., Assistant
Determination of Land Boundaries in the Jurisprudence of the International Court of Justice 417

Samir Manić, Assistant
Money Compensation for Non-pecuniary Damages of Emotional Distress over the Death and Severe Disability of Someone Close 437

Cvjetana Cvjetković, Assistant
The Rights of Taxpayers in the Procedure of Exchange of Information 455

Milana Pisarić, Assistant
EU Legal Framework of Fight Against Child Pornography on the Internet 471

Uroš Stanković, Assistant
The First Attempts to Codify Civil Procedure in Serbia (1829–1844) 489

Luka Baturan, Assistant
Creation of a Market of Transferable Permits for the Purpose of the Reduction of Greenhouse Gases in the Republic of Serbia 509

SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

Jelena Nikčević Grdinić, Associate Professor
Some Legal Aspects of Agreement on Carriage of Passengers by Road 525

Mirjana Bogunović, Assistant
Woman in Roman Law – subject or object of the law? 539

Réka Pusztahelyi, Assistant
The Time Limits for Enforcing Claims and Exercising Rights: Preclusive Terms and Periods of Limitation in the light of the Proposal of the New Hungarian Civil Code 551

SECTION FOR STUDENTS

Tijana Žunić, Tijana Đukić
Defence Rights and Police Investigation in the EU 575

Originalni naučni rad 347.728.1(497.11)
doi:10.5937/zrpfns46-2055

Dr Stevan Šogorov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

REAFIRMACIJA DODATNIH (DOPUNSKIH) UPLATA U PRAVU PRIVREDNIH DRUŠTAVA REPUBLIKE SRBIJE*

Sažetak:*U radu se daje prikaz razvoja zakonskog regulisanja dodatnih uplata u Srbiji, od Trgovačkog zakona za Kraljevinu Jugoslaviju iz 1937.godine do danas. U uvodnom delu rada autor ukazuje na pravni karakter, privrednu svrhu i značaj dodatnih uplata u društvima s ograničenom odgovornošću, ali i na neadekvatni tretman ovog instituta u zakonima, poslovnoj i sudskoj praksi. U Zakonu o preduzećima iz 1988. godine kao i u Zakonu o privrednim sruštvima iz 2004. godine dodatne uplate uopšte nisu bile regulisane, dok su u Zakonu o preduzećima iz 1996. godine, kao i u najnovijem Zakonu o privrednim društvima iz 2011. godine, one regulisane, ali s brojnim slabostima i otvorenim pitanjima. Kroz kritički prikaz dosadašnjeg zakonodavnog regulisanja, autor ukazuje na osnovne karakteristike dodatnih uplata u pravu Republike Srbije, nagoveštavajući tačke sporenja koja se prilikom primene rešenja iz novog zakona mogu očekivati.*

Ključne reči*: društvo s ograničenom odgovornošću, dodatne (dopunske) uplate, pojam, priroda i svrha dodatnih uplata, zakonsko regulisanje, nedoslednosti i slabosti zakonskog regulisanja*

---

* Ovaj rad je sačinjen u okviru naučno-istraživačkog projekta „Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije i prekogranična saradnja“ Pravnog fakulteta u Novom Sadu i Pravnog fakulteta u Segedinu.

1. Uvodne napomene

U pravu privrednih društava dodatne (dopunske)[1] uplate članova društva s ograničenom odgovornošću imaju značajno mesto. Kao izvor sigurnog dodatnog finansiranja društva, dodatne uplate predstavljaju neku vrstu *stand–by* kapitala koji se, zavisno od potreba i okolnosti, može, ali ne mora koristiti. Kada se tome doda činjenica da se dodatne uplate, po pravilu, članovima društva vraćaju kada ta sredstva društvu više nisu neophodna, jasno se vidi da je to u suštini najpovoljniji oblik spoljnjeg finansiranja društva. Na osnovu njega društvo stiče dodatna sredstva u trenutku kada su mu potrebna, bez povećanja osnovnog kapitala, tj. bez trajnog vezivanja dodatnog novca članova društva i bez trajnog povećanja bilansne pasive društva. U pitanju je specifičan institut koji se na ugovornoj osnovi može uspostaviti i kod društava lica, ali je on svoju punu afirmaciju i realni smisao našao tek kod društva s ograničenom odgovornošću.

I pored nesumnjivog značaja, institut dodatnih uplata je u našoj zemlji do sada bio dosta zanemaren. Razlozi za to su po svoj prilici različiti, ali su verovatno najznačajniji oni koji se tiču nedovoljnog poznavanja i razumevanja ovog instituta, posebno njegovog pravnog karaktera i privredne svrhe.

U tom smislu može se, najpre, konstatovati da ni sam zakonodavac nije do sada dovoljno dobro razumeo karakter i značaj dodatnih uplata, ponekad čak ni potrebu njihovog postojanja. O tome jasno svedoči neadekvatan, nedosledan, pa i protivrečan razvoj zakonskog regulisanja ovog instituta u našoj zemlji od trenutka donošenja Zakona o preduzećima iz 1988. godine pa do danas.

Nedovoljno poklanjanje pažnje ovom institutu od strane zakonodavca imalo je za direktnu posledicu nedovoljno korišćenje ovog instituta u praksi. Kako je za njegovo korišćenje potrebno ne samo da se zakonom predvidi mogućnost njegovog postojanja, već i da se njegova primena predvidi osnivačkim aktom društva, to se i sasvim letimičnim pregledom ovih akata lako može ustanoviti da su dodatne uplate, u autonomnoj praksi društava s ograničenom odgovornošću u našoj zemlji, pre redak izuzetak nego redovno pravilo.

Ovakvo stanje u zakonskoj i autonomnoj regulativi pratila je na odgovarajući način i sudska praksa. Sudskih sporova o dodatnim uplatama praktično i nema, pa time ni kreativnog doprinosa sudova razjašnjenju

[1] Do donošenja Zakona o privrednim društvima iz 2011. godine ovaj institute je u novijem pravu Republike Srbije bio poznat pod imenom „dodatne uplate“, kako ga je nazvao Zakon o preduzećima iz 1996. godine. U ovom radu će se koristiti naziv “dodatne uplate”, u skladu s važećim zakonom.

brojnih i zanimljivih pravnih pitanja koja se u vezi sa dodatnim uplatama u društvima s ograničenom odgovornošću javljaju. Sudska praksa je, inače, u uporednom pravu do sada značajno doprinosila kako izgradnji instituta dopunskih uplata, tako i razjašnjenju brojnih spornih pitanja koja su se u vezi sa dopunskim uplatama pojavljivala.

Konačno, ni pravna teorija nije ovom institutu poklanjala dužnu pažnju. Izuzimajući par članaka[2], institut dodatnih uplata je samo ukratko prikazivan u opštim delima o privrednim društvima (udžbenici, komentari zakona) bez podrobnije analize pravnih odnosa koji se pri postojanju dodatnih uplata javljaju.

2. Pojam i svrha

Dodatne (dopunske) uplate se najjednostavnije mogu definisati kao novčani iznosi koje članovi društva sa ograničenom odgovornošću unose u društvo na osnovu posebne odluke skupštine društva, a u skladu sa ugovorom o njegovom osnivanju.

Dodatne uplate su, dakle, uvek *novčanog karaktera.* Utvrđivanje obaveze na ime dodatnih uplata u stvarima i pravima nije moguće, jer bi se to protivilo samoj prirodi ovog instituta.

Institut dodatnih uplata predstavlja značajnu *specifičnost* prava društava sa ograničenom odgovornošću. Već je napomenuto da u društvima lica članovi mogu ugovoriti najrazličitije obaveze prema društvu, pa i naknadne, dodatne uplate. S druge strane, međutim, dodatne uplate ne postoje kod akcionarskog društva, koje predstavlja tipično društvo kapitala. Kod društva sa ograničenom odgovornošću, naprotiv, zahvaljujući prisutnosti određenih personalnih momenata u njemu, ovakav institut je ne samo moguć već i poznat i priznat u pravima mnogih zemalja.

Dodatne uplate se, nadalje, suštinski *razlikuju od uloga* članova društva. Dok se unošenjem uloga članova obrazuje osnovni kapital društva, dotle se unošenjem dodatnih uplata ne povećava osnovni kapital već se samo uvećava ukupna imovina društva. Po osnovu dodatnih uplata se ni ulozi članova ne povećavaju, budući da se one ne unose u osnovni kapital društva. Prema tome, dodatne uplate ne samo da ne predstavljaju oblik povećanja osnovnog kapitala društva, već ne predstavljaju ni oblik povećanja uloga člana društva.

[2] V. u tom smislu tri naša rada i to: "Dopunske uplate članova društva sa ograničenom odgovornošću«, Pravni život, 11/2001;„Obaveza dopunskih uplata i dodatnih uloga u društvu s ograničenom odgovornošću", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2006, s. 289-300; i:"Dopunske uplate ili dodatni ulozi članova društva s ograničenom odgovornošću?", Pravni život, 11/2006.

Isto tako, dodatna uplata ne utiče direktno ni na udeo člana, budući da se njegova vrednost određuje prema vrednosti uloga. I zaista, ako se dododatne uplate vrate, što je najčešće slučaj, one nisu trajno uvećale ni vrednost imovine društva, pa time ni stvarnu vrednost udela. Međutim, dodatne uplate, koje trajno ostaju u imovini društva, ipak *posredno utiču na vrednost udela*, jer povećavaju vrednost ukupne imovine društva, pa time i realnu vrednost udela, bez obzira što se osnovni kapital društva ne povećava. Pa ipak, i u tom slučaju nema direktne veze između vrednosti dodatne uplate člana i povećanja realne vrednosti njegovog udela. Dodatne uplate uvećavaju vrednost ukupne imovine društva i time srazmerno uvećavaju realnu vrednost svih udela, kako člana koji je izvršio dodatnu uplatu, tako i svih drugih članova, pa i članova koji uopšte nisu imali obavezu dodatne uplate ili su je imali u srazmerno većem ili srazmerno manjem obimu od odnosa srazmere njihovih udela prema udelima drugih članova društva.

Na osnovu dodatne uplate član ne stiče *nikakva nova članska prava*. Njegov ulog u osnovni kapital društva se ne povećava, kao ni njegov udeo u društvu (u upravljanju, podeli dobiti i dr.). Dodatne uplate ulaze u sastav tzv. dodatnog (dopunskog) kapitala, koji se na osnovu njih obrazuje u društvu, pored osnovnog kapitala. Vrednost pojedinačne dodatne uplate svakog člana je od značaja samo u slučaju vraćanja dodatnih uplata. Tada se one vraćaju u odgovarajućim iznosima, odn. u odgovarajućoj srazmeri prema vrednostima koje su dodatne uplate svakog člana imale prilikom njihovog unošenja u društvo.[3]

Od dodatnih uplata koje su za članove obavezne (kada se na osnovu ugovora o osnivanju društva donese odgovarajuća odluka skupštine društva o tome) treba razlikovati *dobrovoljne uplate* tj. uplate na koje se član slobodno obavezao ili ih slobodno vrši, kao što su napr. oprost duga prema društvu, novčani pokloni društvu i slično. Za ovakve dobrovoljne uplate ne važe pravila o dodatnim uplatama, već pravila o odgovarajućem pravnom poslu (oproštaju duga, poklonu i dr.). Po svojoj prirodi ovakve obaveze člana nisu društvenopravnog (kompanijskopravnog) već isključivo obligacionopravnog karaktera.

Isto tako neophodno je razlikovati dodatne uplate od *sporednih činidbi*. Ove činidbe po svome predmetu mogu biti različite (napr. isporuka robe društvu, pružanje usluga društvu, vršenje poslova za društvo i sl.) dok su dodatne uplate uvek novčanog karaktera. One ne predstavljaju nikakvo ulaganje člana u imovinu društva, pa se kao ni dobrovoljne uplate,

[3] Upor. Beck, GmbH-HB, Hense/Jung/Schwaigert, s. 300, München, 1995.

ne mogu voditi u pasivi društva.[4] Pored toga sporedne čindbe se utvrđuju za jednog ili više konkretnih članova društva, nezavisno od vrednosti njihovih uloga odn. udela, dok se dodatne uplate u načelu utvrđuju za sve članove, i to po pravilu srazmerno vrednosti njihovih uloga.[5] U našoj pravnoj teoriji, međutim, izražen je i stav da dodatne uplate predstavljaju samo posebnu vrstu sporednih činidbi.[6]

Konačno, dodatne uplate treba razlikovati i od *pozajmica* članova društvu. Mada se zajmovi (odn. krediti), kao i dodatne uplate, vode u pasivi društva, oni predstavljaju različite pravne odnose između društva i članova. Odnosi po osnovu zajma se prosuđuju isključivo po osnovu ugovora o zajmu, kao i odgovarajućih zakonskih normi o ovom ugovoru, što između ostalog znači da je vraćanje zajma slobodno, bez ograničenja koja propisuje zakon za vraćanje dodatnih uplata. Zbog toga je izuzetno važno da se u konkretnom slučaju utvrdi da se zaista radi o zajmu, a ne o subvenciji koju je član dao društvu.[7]

Na osnovu dodatnih uplata obrazuje se u društvu *dodatni (dopunski) kapital*. On postoji pored osnovnog kapitala i od njega se suštinski razlikuje. Za dodatni kapital, a s obzirom na prirodu dodatnih uplata, važe drugačija pravila od onih koja važe za obrazovanje i održavanje odn. povećanje i smanjenje osnovnog kapitala. Za razliku od osnovnog kapitala, dodatni kapital se ne upisuje u registar, kao što se ne upisuje ni njegovo povećanje ili smanjenje. Dodatni kapital ne služi zaštiti interesa poverilaca društva, kao što služi osnovni kapital, pa za njega ne važi ni princip održavanja vrednosti. Iz istog razloga dodatni kapital može biti bilo koje vrednosti, njegova nominalna vrednost nije zakonom propisana. Nadalje, dok se obaveza uplate uloga ne može odložiti (preko roka utvrđenog zakonom i ugovorom o osnivanju) niti se član te obaveze može osloboditi, dotle je to kod obaveze dodatne uplate moguće. Isto tako dodatna uplata se može članu vratiti, dok je vraćanje uloga zabranjeno, odn. može se izvršiti samo povraćaj novčanog iznosa na teret dela uloga nakon sprovedenog postupka smanjenja osnovnog kapitala društva.

Svrha postojanja dodatnih uplata je izrazito ekonomske naravi. Kroz predviđanje prava društva da utvrdi obavezu dodatne uplate svojim članovima, stvara se sigurna "rezerva kapitala" društva, bez njegovog nepotrebnog "zarobljavanja" u okviru osnovnog kapitala društva. U trenutku osnivanja društva nije lako predvideti kako će društvo

[4] Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, München, 1969, s. 136.
[5] Ibidem.
[6] Vasiljević, Komentar Zakona o preduzećima, Beograd, 1996. S. 317
[7] Sudhoff, op. cit. s.136.

stvarno poslovati i koliki će mu kapital zaista trebati. Loša procena u tom pogledu može dovesti do ozbiljnije podkapitalizacije ili prekapitalizacije (nadkapitalizacije) društva. Zbog toga se predviđanjem dodatnih uplata osnivačkim aktom društva kapital, na koji se eventualno dodatno računa, neće kroz uloge ni unositi u društvo, budući da društvu možda neće ni zatrebati. Ukoliko međutim zatreba, skupština društva uvek može doneti odluku o dodatnim uplatama u skladu s ugovorom o osnivanju društva, uvlačeći na taj način potrebnu vrednost dodatnog kapitala u društvo. Ukoliko ne, taj rezervni kapital društva će se i dalje nalaziti kod članova, koji ga mogu koristiti prema svojim stvarnim potrebama. Dodatne uplate tako obezbeđuju pravu meru kapitalizacije društva. Kako, međutim, uneta sredstva po osnovu dodatnih uplata nisu vezana, prestankom potrebe za njima ona se jednostavno vraćaju članovima društva.

Doduše, dokapitalizacija društva se može ostvariti i kroz povećanje osnovnog kapitala, ali je uspešnost tog postupka neizvesna, budući da članovi društva nisu obavezni da sa dodatnim ulozima u njemu učestvuju, dok je njihovo učešće u kapitalizaciji društva kroz dodatne uplate, ukoliko su one predviđene ugovorom o osnivanju društva, obavezno. Pored toga, dodatne uplate se, kao što je rečeno, po pravilu vraćaju članovima društva, dok se novi ulozi u osnovni kapital pri njegovom povećanju trajno vezuju u društvu i njihov povraćaj članovima društva je isključen.

Druga važna specifičnost dokapitalizacije kroz dodatne uplate je u tome, što te uplate ne ulaze u osnovni kapital društva, niti uvećavaju vrednost udela članova. Zbog toga i važi pravilo da se dodatne uplate po pravilu vraćaju, u društvu se zadržavaju samo dok su potrebne. Njihov povraćaj članovima nije povezan sa smanjivanjem osnovnog kapitala društva, još manje sa isplatom dobiti članovima. Naprotiv, vraćanje dodatnih uplata nije ništa drugo do izvršenje obligacione obaveze društva prema članovima, pa ne zavisi od pozitivnog poslovanja društva. Isto tako vraćanje dodatnih uplata je oslobođeno i bilo kakvog poreskog opterećenja koje, inače, prati iskazanu i isplaćenu dobit.

3. Razvoj zakonodavnog regulisanja

Dodatne (dopunske) uplate su nastale zajedno s nastankom društva s ograničenom odgovornošću. Kao što je poznato, ovaj oblik privrednog društva nije iznedrila praksa, kao što je to slučaj sa svim drugim organizacionim oblicima privrednih društava, već je nastao „iz glave zakonodavca“, Ono je, kao što je, po legendi, Atina proizašla iz

glave Zevsa.[8] nastalo donošenjem Zakona o društvima s ograničenom odgovornošću Nemačke.[9] Bilo je to u vreme u kojem je akcijsko pravo već uveliko bilo potpuno izgrađeno, a u više zemalja i uspešno kodifikovano.

Već u osnovnom tekstu pomenutog zakona regulisan je i institut dodatnih (dopunskih) uplata.[10] Vrlo brzo nakon donošenja ovog zakona, zakonsko regulisanje društava s ograničenom odgovornošću se po nemačkom uzoru širilo Evropom. Uporedo s tim širilo se i regulisanje instituta dodatnih uplata. Ovaj novi tip privrednog društva prihvaćen u austijskom, švajcarskom, francuskom, i drugim kontinentalnim pravima, a u specifičom obliku i u engleskom pravu. U relativno kratkom vremenskom periodu, zakonsko uređivanje društava s ograničenom odgovornošću (time najčešće i instituta dodatnih uplata u njima) se proširilo i izvan Evrope, da bi već u prvoj polovini dvadesetog veka norme o društvima s ograničenom odgovornošću postale bitan deo prava privrednih (trgovačkih) društava u celom svetu.

U našem pravu dodatne uplate se po prvi put spominju u Trgovačkom zakonu za Kraljevinu Jugoslaviju iz 1937. godine. U tom zakonu dodatnim uplatama su posvećena tri člana.[11] Prema odredbama ovog zakona „naknadne doplate“, kako ih je ovaj zakon nazivao, mogle su biti predviđene pravilima društva i to tako da obuhvataju sve, ili samo neke članove.[12] Ove doplate su morale biti pravilima dvostruko ograničene i to na određeno vreme i na određeni iznos prema srazmeri preuzetih osnovnih uloga članova. Ukoliko ova ograničenja nisu bila predđena, odredbe o naknadnim doplatama nisu proizvodile pravno dejstvo.[13] Predviđenost naknadnih doplata pravilima društva stvaralo je samo pravni osnov za njih, a odlukama („zaključcima“) skupštine se stvarala konkretna obaveza članova društva na naknadnu doplatu. Ako pravilima nije bilo drugačije određeno, naknadne doplate su se mogle zahtevati samo od svih obavezanih članova društva i samo u srazmeri sa preuzetim osnovnim ulozima.[14] Obavezani čan društva, inače, nije mogao svoju obavezu naknadne doplate prebiti svojim potraživanjem prema društvu. Ako je član društva u doc-

[8] Wiedemann, Gesellschaftsrecht, München, 1969. s. 219.

[9] Zakon o društvima s ograničenom odgovornošću Nemačke (Gesetz betreffend der Gesellschaften mit beschränkter Haftung) je donet 1892. godine

[10] Ovaj zakon je dodatne (dopunske) uplate, pod nazivom „Nachschüsse“, regulisao najvećim delom u par. 26,27,28,30 i 31.

[11] V. čl. 437-439 Trgovačkog zakona za Kraljevinu Jugoslaviju iz 1937.godine.

[12] Čl. 437 st. 1 ovog zakona.

[13] Čl. 437 st. 2 istog zakona.

[14] Čl. 437 st. 3 istog zakona.

nji sa naknadnom doplatom primenjivale su se odredbe koje važe za docnju sa uplatom (unošenjem) osnovnog uloga.[15] Naknadne doplate su se, inače, mogle vratiti članovima ukoliko nisu bile potrebne za pokriće gubitka osnovnog kapitala („osnovne glavnice“) po bilansu.[16]

Kako, međutim, ovaj zakon, mada donet, nikada nije stupio na snagu, to ova rešenja nisu našla svoju primenu u poslovnoj praksi, pa se nisu mogla proveravati ni u sudskoj praksi.

Sa ponovnim uvođenjem privrednih društava u naš pravni sistem krajem osamdesetih godina prošlog veka otvorila se i mogućnost za regulisanje instituta dodatnih uplata. Ta mogućnost u Zakonu o preduzećima iz 1988. godine nije, međutim, iskorišćena. Šturim normama ovog zakona nisu bila regulisana brojna važna pitanja pravnog položaja društva s ograničenom odogovrnošću, a među njima ni dodatne uplate.

Zakon o preduzećima iz 1996. godine predstavlja u pogledu instituta dodatnih uplata značajnu prekretnicu u savremenom pravu privrednih društava u Republike Srbije. Ovim zakonom su dodatne uplate, pod nazivom „dopunske uplate“ uređene na dosta uspešan način, i pored izvesnih zamerki koje su se tom regulisanju mogle staviti. Zakonom je tako bilo predviđeno da skupština članova društva s ograničenom odgovornošću može utvrditi obavezu dopunskih uplata (termin koji je ovaj zakon koristio za dodatne uplate) za članove društva i visinu tih uplata ali samo ako je ugovorom o osnivanju društva to predviđeno. Jasno je bilo precizirano da dopunska uplata ne uvećava ulog i udeo člana, kao ni osnovni kapital, a da se određuje srazmerno ulozima.[17] Članu društva nije bila dozvoljeno da obavezu dopunske uplate prebije potraživanjem prema društvu. U slučaju docnje sa dopunskom uplatom primenjivale su se odredbe koje važe za docnju pri uplati uloga, ali je ugovorom o osnivanju društva moglo biti i drugačije regulisano.[18] Članovima društva su se dopunske uplate koje ne služe za pokriće osnovnog kapitala u slučaju gubitka mogle vratiti, ali ne pre isteka roka od 30 dana od dana objavljivanja odluke o vraćanju. Nadalje, dopunske uplate se nisu mogle vratiti pre potpune uplate uloga. Konačno, vraćene dopunske uplate su se tretirale kao kao da nisu ni bile uplaćene.[19]

Nakon ovako dostignutog solidnog nivoa zakonskog uređivanja dodatnih uplata, donošenjem Zakona o privrednim društvima iz 2004. godine dolazi do neočekivanog nestanka zakonske regulative o njima.

---

[15] Čl. 438 st. 1 istog zakona.
[16] Čl. 439 st. 1 istog zakona.
[17] V. čl. 345 st. 1-3 Zakona o preduzećima iz 1996. godine (ZOP).
[18] Čl. 347 ZOP iz 1996.godine.
[19] Čl. 348 st, 1-3 istog zakona.

Što je još čudnije, umesto dodatnih uplata, kao poznatog i priznatog instituta prava društava s ograničenom odgovornošću, ovim zakonom su bili regulisani samo tzv. „dopunski ulozi“, što je izazvalo dodatnu konfuziju i nerazumevanja. Same dopunske uplate se u tekstu ovog zakona i ne pominju.

Šta su dodatni ulozi nije bilo sasvim sasvim jasno ni pri donošenju zakona, a ni tokom njegovog važenja. Ipak, normativnim i sistemskim tumačenjem moralo bi se doći do zaključka da je intencija zakonodavca bila da dodatne uloge tretira kao uloge, tj. kao posebnu vrstu specifičnih uloga. Dodatni ulozi bi tako predstavljali uloge koje su članovi društva na osnovu sopstvene odluke dužni da unesu u društvo, ako je mogućnost donošenja takve odluke predviđena ugovorom o osnivanju ili ugovorom članova društva. Za razliku od dodatnih uplata koje su uvek novčanog karaktera, dodatni ulog može biti vrednost u novcu ali i u stvarima i pravima, pa i izvršenom radu i pruženim uslugama. Zbog toga za njega važe iste norme kao i za redovan ulog. Dodatni ulozi, za razliku od dodatnih uplata, uvećavaju vrednost uloga člana. S obzirom na princip jedinstvenosti udela, dodatni ulog uvećava udeo člana srazmerno svojoj vrednosti. Za razliku od dodatnih uplata, dodatni ulozi utiču i na članska prava člana, budući da uvećavaju njegov udeo u društvu. Kao i svi drugi ulozi i dodatni ulozi ulaze u osnovni kapital društva (tzv. "vezani kapital") uvećavaju udeo člana i bez posebnog postupka smanjenja osnovnog kapitala ne mogu biti vraćeni članovima društva.

Kako se vidi, Zakon o privrednim društvima iz 2004. godine je ne samo propustio da uredi dopunske uplate, već je unošenjem „dodatnih uloga“ kao moguće alternative dodatnim uplatama (budući da je i dodatne uloge regulisao kao potencijalno obavezujući oblik dokapitalzacije društva) uneo potpunu konfuziju u ovoj oblasti. Kako, međutim, dodatni ulozi nemaju dobre osobine dodatnih uplata, već se kao i svi drugi ulozi „zarobljavaju“ u okviru osnovnog kapitala društva, oni nisu mogli pružiti one pogodnosti koje imaju dodatne uplate pa se u praksi privrednih društava skoro uopšte nisu javljali.

4. Novo zakonsko regulisanje

Donošenjem Zakona o privrednim društvima iz 2011. godine institut dodatnih uplata doživljava svoju punu reafirmaciju.

Zakonom je tako predviđeno da se osnivačkim aktom društva s ograničenom odgovornošću (ali i odlukom skupštine društva!?) može utvrditi obaveza članova društva da izvrše dodatne uplate društvu sra-

zmerno visini svog udela u društvu, mada se osnivačkim aktom ili odlukom skupštine društva može odrediti i drugačija srazmera.[20]

Dodatne uplate su jasno definisane kao uplate u novcu kojima se ne povećava osnovni kapital. Odluka skupštine kojom se utvrđuje obaveza na dodatne uplate donosi se jednoglasno. Ipak, osnivačkim aktom za donošenje te odluke se može predvideti da je dovoljna određena većina glasova (uključujući i običnu većinu), ali tada ta odluka obavezuje samo članove koji su za nju glasali.[21] Ovaj izuzetak, međutim, umnogome dovodi u pitanje osnovni smisao dopunskih uplata zbog čega će sigurno biti predmet osporavanja.

Za izvršenje obaveze dodatne uplate član društva odgovara društvu kao za obavezu uplate upisanog (ugovorenog) uloga. Ako član društva prenese svoj udeo pre izvršenja obaveze na dodatnu uplatu, odgovaraće solidarno sa sticaocem udela za tu obavezu u periodu od tri godine od dana registracije prenosa udela.[22]

Zakonom je predviđeno i pravo abandona. Član društva koji je u celosti uneo svoj ulog, može se osloboditi obaveze dodatne uplate ako u roku od 30 dana od dana dospelosti te obaveze ovlasti društvo da proda njegov udeo u postupku javnog nadmetanja ili na drugi način. Po određenim uslovima ako ovakva prodaja ne uspe, skupština može u roku od 180 dana od dana isteka propisanog, odnosno određenog ili ugovorenog roka doneti odluku o isključenju tog člana iz društva bez prava na naknadu vrednosti njegovog udela.[23] Štaviše, u slučaju isključenja po ovom osnovu isključeni član društva ostaje u obavezi prema društvu na dodatnu uplatu. Nema sumnje da će i ovakve norme o abandonu naići na kritike u stručnoj javnosti.

Zakon predviđa da se dodatne uplate načelno vraćaju članovima društva. Ipak, one se ne vraćaju ako su neophodne za pokriće gubitaka društva ili za namirenje poverilaca društva. U svakom slučaju dodatne uplate se ne mogu vratiti članu društva pre uplate, odnosno unosa celokupnog upisanog uloga u društvo.

Nejasno je, međutim, zašto je zakonom predviđeno da se vraćanje dodatnih uplata članovima društva vrši „shodnom primenom odredaba ovog zakona o smanjenju osnovnog kapitala društva“.[24] Na ovaj način

[20] Čl. 178 st. 1 Zakona o privrednim društvima Republike Srbije iz 2011. godine (skraćeno:ZPD)

[21] V. čl. 178 st 2-5 ZPD.

[22] Čl. 179 st. 1 i 2 ZPD.

[23] V. čl. 179 st. 3-5-ZPD.

[24] V. čl. 180 st. 3 ZPD.

stvari se ne pojednostavljuju već se donekle ponovo komplikuju, budući da aktualizuju dilemu da li zakonodavac i prilikom donošenja novog zakona do kraja razumeo prirodu dodatnih uplata.

Konačno, zakonom je regulisano da se u slučaju stečaja društva, potraživanje člana društva po osnovu dodatnih uplata namiruje tek nakon punog namirenja stečajnih poverilaca društva sa pripadajućim kamatama.

U svakom slučaju, i pored prigovora koji se u pogledu dodatnih uplata mogu staviti, Zakon o privrednim društvima iz 2011. godine predstavlja značajnu prekretnicu u razvoju ovog instituta u pravu privrednih društava Republike Srbije. Ostaje na sudskoj praksi i pravnoj nauci da tokom primene novih rešenja razrešavaju dileme koje će nove zakonske norme neminovno otvoriti.

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

Reaffirmation of Additional (Supplementary) Payments in Company Law of Republic of Serbia

Abstract

Subject matter of this article is development of legal regulation if additional payments in Serbia, from 1937 Commercial Code of Kingdom of Yugoslavia till nowadays. In introductory part author underlines legal nature, commercial function and importance of additional payments in private companies, with downfalls in regulation, court and busyness practice. 1988 Enterprise Act and 2004 Company Act has no regulations at all regarding additional payments. 1996 Enterprise Act and 2011 Company Act have provisions on additional payments, but with numerous weaknesses and open questions.Though critical analyses author underlines basic characteristics of additional payments included critical issues which may be expected during application of new legislature.

Key words: private company, additional (supplementary) payments, legal regulation, weaknesses in legal regulations

Originalni naučni rad 342.511(497.11)"04/14"
doi:10.5937/zrpfns46-2575

Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

VLADARSKE TITULE U SREDNJOVEKOVNOJ SRBIJI[1]

Sažetak: *U radu se raspravlja o raličitim titulama koje su nosili vladaoci u srednjovekovnoj Srbiji. U periodu do XI veka o titulama se malo zna, uglavnom na osnovu podataka vizantijskih pisaca, koji za strane vladare koriste izraz arhont, nasleđen iz antike. Od XI, a posebno u XII veku, ustaljuje se titula veliki župan, koja ulazi u redovnu upotrebu od početka vladavine Stefana Nemanje. Kasnije titule – kralj, car, knez i despot, dobro su poznate na osnovu izvornih podataka.*

U vladarskoj intitulaciji redovno se pominju i teritorije kojima je srpski monarh vladao. Teritorijalna formula bila je promenljiva, u zavisnosti od širenja ili smanjivanja državne teritorije, ali je ona ponekad pokazivala i pretenzije ka određenim zemljama. Autor se potrudio da za svaku tvrdnju nađe odgovarajuće podatke u istorijskim izvorima.

Ključne reči: *arhont, veliki župan, kralj, car, knez, despot, teritorijalna formula, povelje, ugovori sa Dubrovnikom.*

I

Srednjovekovna srpska država po svom obliku vladavine bila je monarhija, sa vrhovnom vlašću vladara. Vladarske titule bile su, u periodu od VII do XV veka promenljive, što je sve zavisilo od širenja ili

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

smanjivanja državne teritorije, kao i vojne, političke i ekonomske moći vladara.[2]

O titulama prvih vladara koji su upravljali Srbijom od doseljavanja Srba na Balkan, ne znamo gotovo ništa, mada se u našim udžbenicima istorije obično za njih koristi naziv *knez*. Malobrojne podatke o njima daju nam vizantijski pisci, koji za prve srpske vladare koriste izraz nasleđen iz antike – *arhont* **(άρχων)**.[3] U svom osnovnom značenju, izraz arhont odnosio se na nekoga ko je na početku, onoga koji vlada, vodi ili upravlja, prvaka, vođu, starešinu ili vladara, i u Vizantiji je stekao veoma raširenu upotrebu.[4] Tako na primer, kada vizantijski car i istoričar Konstantin VII Porfirogenit (905-959) u glavi 29 *Spisa o narodima,* priča o Srbima, Hrvatima, Zahumljanima, Travunjanima, Konavljanima, Dukljanima i Paganima, kaže da *ova plemena, kako kažu, nemaju arhonte*[5] *već samo starce župane*[6] **(πλήν ζουπάνους γέροντας).**[7] U priči o doseljavanju Srba na Balkan car – istoričar između ostalog kaže: *... pošto je umro onaj arhont Srbin koji je prebegao caru Irakliju, po nasledstvu zavlada njegov sin a potom unuk i tako redom arhonti iz njegova roda. Posle izvesnog broja godina rodi se od njih Višeslav i od njega Radoslav i od njega Prosigoj i od njega Vlastimir... Za vlade istog Vlastimira zarati protiv Srba Presijam ar-*

---

[2] U susednoj Bugarskoj vladarske titule su se takođe menjale. Ali, u Mađarskoj, sa kojom je srednjovekovna Srbija održavala tesne veze, vladarska titula bila je uvek (sve do 1918) *kralj* (*király*).

[3] Dobro je poznato da su u staroj Atini devetorica arhonata obavljali najviše državne funkcije od Solonove do Klistenove reforme. Posle Klistenove reforme izgubili su značaj, ali nisu nikada bili ukinuti.

[4] U Vizantiji arhonti su bili visoki državni i crkveni dostojanstvenici. Poseban vid zvanične upotrebe izraza postojao je u diplomatiji, gde su se vladari pojedinih zemalja, u adresama carske kancelarije, nazivali arhontima. Arhontima Duklje, Srbije, Travunije, Zahumlja, Paganije, Hrvatske i Moravije carevi su se obraćali takozvanim *naredbama* (κελεύσεις), a arhontima Rusije i Bugarske upućivana su *pisma* (γράμματα) Detaljnije videti odrednicu *Arhont* (S. Pirivatrić) u *Leksikon srpskog srednjeg veka* (u daljem tekstu LSSV), priredili S. Ćirković i R. Mihaljčić, Beograd 1999, str. 23-25. U *Zakonopravilu* (*Nomokanonu*) *Svetoga Save* (1220) grčka reč *arhont* prevodi se srpskim rečima *vlastel, boljar* i *knez.* Videti N. Radojčić, *Vlastel u Zakonu gradskom Nomokanona sv. Save, Glas Srpske Akademije Nauka, CXCIII, odeljenje društvenih nauka 96,* Beograd 1949, str. 1-14.

[5] Dakle nemaju vladare (kneževe).

[6] Odnosno plemenske starešine.

[7] *De administrando imperio,* ed. Moravcsik – Jenkins, Budapest 1949. Kazivanje o doseljavanju Srba i Hrvata, i njihovoj najranijoj istoriji nalazi se u poglavljima 29-36, što su u Moravčik – Dženkinsovom izdanju strane 122-164. Vesti Konstantina Porfirogenita o jugoslovenskim narodima preveo je i detaljno prokomentarisao B. Ferjančić u zbirci *Vizantijski izvori za istoriju naroda Jugoslavije, tom II,* Beograd 1959 (fototipsko izdanje Beograd 2007). Navedeni odlomak je na str. 14 - 15.

hont Bugarske...[8] Dakle, i za srpske i za bugarske vladare, vizantijski autori koriste izraz *arhonti.*

U XI i u XII veku titula srpskih vladara glasila je *veliki župan* **(велии жоупань)** i bila je prevođena grčkim terminima **άρχιζουπάνος, μεγαζουπάνος, μεγάλος ζουπάνος,** kao i latinskim *megaiupanus, magnus iupanus.* [9] Poreklo vodi od titule *župana,* poznate od VIII veka i upotrebljavane na širokom slovenskom prostoru.[10] Za vreme vladavine kraljeva iz dukljanske dinastije veliki župani su bili namesnici u istočnoj Srbiji, ali su u XII veku postali moćniji od dukljanskih vladara. O postanku ove titule kod Srba sačuvana je legenda u *Letopisu popa Dukljanina.* Posle smrti kneza Časlava (927/8 – oko 950), koga Dukljanin naziva kraljem, *zemlja je ostala bez kralja, pa su banovi počeli da vladaju po svojoj teritoriji, svaki u svojim pokrajinama i oblastima, te podjarmiše župane i od njih uzimahu danak, isto tako kao što je uzimao kralj. Ali se niko ne usuđivaše da prisvoji titulu kralja. Tako i Tihomil po smrti tasta vladaše Raškom,*[11] *ali nije se usuđivao da se naziva ni kralj ni ban, već samo veliki župan, a i zbog toga što je bio na čelu ostalim županima* (*Tichomil etiam, defuncto socero, dominabatur terram Rassam, sed nec regem nec banum ausus est se vocare, sed tantum iupanum maiorem ideo, quoniam praeerat caeteris iupanis Rassae*).[12]

Titula velikog župana kao vladara, sreće se samo kod Srba, mada vizantijski istoričari Jovan Kinam (oko 1143-1203) i Nikita Honijat (oko 1150

---

[8] O ovim prvim srpskim vladarima videti iscrpnu i dokumentovanu raspravu G. Ostrogorskog, *Porfirogenitova hronika srpskih vladara i njeni hronološki podaci, Istoriski časopis 1-2* (1948), str. 24-29.

[9] U ugarskim dokumentima, veliki župan se ponekad naziva i *magnus comes.*

[10] Župan **(жоупань,** grčki **ζουπάνος**, latinski *iopan, supannus, iuppanus***)** je bio naziv za najstarije predstavnike vlasti kod Srba. O poreklu reči postoje dva osnovna mišljenja. Po prvoj teoriji reč župan pozajmljena je iz altajskog (avarskog) jezika, i bila je prihvaćena u svim slovenskim jezicima na području avarskog kaganata, dok prema drugom shvatanju ona potiče od indoevropskog (praslovenskog) korena, od kojeg je nastala i reč *župa* **(жоупа,** latinski *çopa, ioba, supa, xupa, gyuppa, çuppa,* u osnovnom značenju zaklonjeno i branjeno zajedničko prebivalište). Jedino kod Srba župan je postao kasnije vladar cele države. Detaljnije videti odrednice *Župa* i *Župan* (G. Tomović) u *LSSV,* str. 195-198. O prvim županima u Srbiji videti M. Blagojević, *Državna uprava u srpskim srednjovekovnim zemljama,* Beograd 1997, str. 38-55 (poglavlje „Župani i knezovi“).

[11] Prema Dukljaninovoj priči, Tihomil je bio proslavljani junak u vojsci kneza Časlava, te je zbog svojih zasluga postao knežev (kraljev) zet. Nijedan drugi izvor ne pominje ovog Tihomila, pa će pre biti da je on legendarna, a ne istorijska ličnost.

[12] *Ljetopis popa Dukljanina, predgovor, propratni tekstovi i prevod S. Mijušković, Stara srpska književnost, knjiga prva,* Beograd 1988, str. 118-119. Latinski tekst je naveden prema izdanju *Ljetopis popa Dukljanina, uvod i komentar V. Mošin, preveli S. Mencinger i V. Štefanić,* Zagreb 1950, str. 67-69.

– između 1210 i 1220) pominju arhižupana Vakhina, zapovednika ugarskih pomoćnih trupa, koje je kralj Geza II poslao Srbima u ratu sa Vizantijom 1150. godine.[13] Ali, Vakhin, koliko je poznato, nikada nije bio vladar.

Iz XI veka nema izričite potvrde o upotrebi titule velikog župana. Vizantijska spisateljica Ana Komnina (1083-1148), opisujući borbe njenog oca cara Aleksija I Komnina (1081-1118) sa raškim velikim županom Vukanom (1093-94), kaže: *Vukan, onaj čovek koji je držao svu vlast u Dalmaciji* [Raškoj, Srbiji] *beše vešt na reči i vešt na delu* **Ὁ γάρ Βολκάνος ἀνήρ δέ οὗτος τό πᾶν τῆς ἀρχῆς τῶν Δαλματῶν φέρων, δεινός μέν εἰπεῖν, δεινός δέ καταπράξασθαι),**[14] ali ga nikad ne spominje sa titulom. Međutim, kada opisuje Vukanovo potčinjavanje caru Aleksiju (1093-1094), Ana Komnina kaže: *Onaj* [Vukan] *odmah smelo priđe, vodeći sobom rođake i izabrane župane* **(τῶν ζουπάνων)** *i rado predade caru kao taoce svoje sinovce po imenu Uroša i Stefana Vukana* **(Οὐρεσιν καλούμενον καί Στέφανον τόν Βολκάνον)** *i ostale, do dvadeset na broju.*[15] Uroš i Stefan Vukan se kod pisaca iz XII veka pominju kao arhižupani.

Da je veliki župan bio titula srpskih vladara potvrđuje posredno i Jovan Kinam kada kaže da *Bosna nije potčinjena arhižupanu Srba* **(έστι δέ ή Βόσθνα ού τῶ Σερβίων άρχιζουπάνω καί αύτή είκουσα)** *nego narod u njoj ima poseban način života i upravljanja.*[16] U Nemanjinoj povelji Hilandaru između ostalog stoji: *Zato braćo, Bog premilostivi utvrdi Grke carevima a Ugre kraljevima* **(Темь же, братиє, Богь премилостивы оутврьди Грькє царьми, а Оугрє кральми)...** *Stoga po mnogoj svojoj i neizmernoj milosti i čovekoljublju darova našim pradedovima i našim dedovima da vladaju ovom zemljom srpskom... i postavi me velikoga župana* **(вєлиєга жоупана)** *narečenoga u svetom krštenju Stefana Nemanju.*[17] Dakle, titula velikog župana se povezuje sa Nemanjinim praro-

---

[13] *Vizantijski izvori za istoriju naroda Jugoslavije, tom IV,* prevod N. Radošević-Maksimović, objašnjenja J. Kalić, Beograd 1971, str. 35 i napomena 71 (Jovan Kinam) i 125 (Nikita Honijat). Radi se o pohodu vizantijskog cara Manojla I Komnina protiv raškog velikog župana Uroša II i dobro poznatoj bici na Tari.

[14] Anne Comnène, *Alexiade, texte établi et traduit par B. Leib,* Paris 1967 (*Les Belles Lettres*), tome II, p. 166. Vesti Ane Komnine o srpskim zemljama preveo je i detaljno prokomentarisao B. Krekić u zbirci *Vizantijski izvori za istoriju naroda Jugoslavije, tom III,* Beograd 1966 (fototipsko izdanje Beograd 2007), str. 367-394, navedni odlomak str. 386.

[15] *Alexiade,* ed. Leib, tome II, p. 184; *Vizantijski izvori, tom III,* str. 388-389.

[16] *Ioannis Cinnami epitome rerum ab Ioanne et Alexio Comnenis gestarum,* rec. A. Meineke, Bonnae 1836, p. 103. *Vizantijski izvori, tom IV,* str. 28.

[17] Originalni tekst V. Ćorović, *Spisi sv. Save,* Beograd – Sr. Karlovci 1928, str. 1. Današnja jezička verzija L. Mirković i D. Bogdanović, *Sveti Sava, Sabrani spisi, Stara srpska književnost, knjiga druga,* Beograd 1986, str. 31.

diteljima i zemljom srpskom. Kao što je Bog postavio Grke za careve, a Ugre za kraljeve, tako je njegove pretke postavio za velike župane.[18]

Od vremena vladavine Stefana Nemanje titula velikog župana ulazi u redovnu upotrebu. Ona se po prvi puta sreće u mirovnom ugovoru sa Dubrovnikom (27. septembar 1186), gde na kraju latinskog teksta ugovora stoji Nemanjin potpis ćirilicom: **Азь вели жоупань кльнь се и подьписахь** (*Ja, veliki župan, zakleh se i potpisah*).[19] Na poslednjem listu Hilandarske povelje (1198) pečat ima grčki tekst: **Σφραγίς Στεφάνου μεγάλου ζουπάνου τοῦ Νεμάνια** (*Pečat velikoga župana Stefana Nemanje*).[20]

Istu titulu nosio je do 1217. godine[21] Nemanjin drugi sin i naslednik Stefan Nemanjić. Ona se sreće u nekoliko dokumenata. Najpre, na početku pisma upućenog papi Inoćentiju III od 1199. na latinskom, čitamo reči: *Stephanus... magnus iuppanus totius Servye* (*Stefan... veliki župan sve Srbije*).[22] U ugovoru sa Dubrovnikom (između 1214 i 1217), sastavljenom u dve verzije u srpskom tekstu stoji: **Азь вели жупань Стефань,** a u latinskom *Ego magnus iupanus Stefanus* (*Ja veliki župan Stefan*).[23] Ali, u ugovoru koga je isti vladar 1205. godine sklopio sa Dubrovnikom u potpisu jednostavno stoji **ГОСПОДИНЬ СТЕФАНЬ**.[24]

---

[18] Videti odrednicu *Veliki župan 1* (S. Ćirković) u LSSV, str. 73.

[19] A. Solovjev, *Odabrani spomenici srpskog prava od XII do XV veka* (u daljem tekstu *Odabrani spomenici*), Beograd 1926, str. 4. Pored Nemanjinog potpisa na ugovoru stoji i potpis njegovog brata Miroslava, humskog kneza: **Азь кнезь Мирославь кльнь се и подьписахь** (*Ja, knez Miroslav, zakleh se i potpisah*).

[20] V. Ćorović, *Spisi sv. Save,* str. 4. Nemanja ima pečat kakav su imali vizantijski činovnici, ali od zlata, a potpisuje se u krstu kao u vizantijskim privatnim dokumentima. Njegova akta životopisci nazivaju hrisovuljama kao i carske povelje. Kako zaključuje S. Ćirković (*LSSV,* str. 73) „u simbolici kojom su okruženi veliki župani nema doslednosti."

[21] Krunisanjem Stefana Nemanjića za kralja, titula velikog župana izgubila je vladarsko obeležje, ali se održala. Međutim, rang ove titule jako je opao, posebno nakon uvođenja zvučnih vizantijskih dostojanstava (despot, kesar, sevastokrator, sevast). Tako na primer, na dvoru kralja Milutina nalazio se veliki župan Dragoš, ugledni velmoža nepoznatog porekla. Titulu velikog župana nosio je i Altoman Vojinović, savremenik cara Stefana Dušana i cara Uroša. Ovo dostojanstvo pripalo je i malo poznatom arbanaškom vlastelinu Andriji Gropi, gospodaru Ohrida. Gropa se osamostalio posle pogibije kralja Vukašina i despota Uglješe na Marici (1371). Kovao je svoj novac kao župan i veliki župan. Videti odrednicu *Veliki župan 2* (R. Mihaljčić), *LSSV,* str. 73.

[22] *Odabrani spomenici,* str. 14.

[23] *Odabrani spomenici,* str. 16.

[24] *Odabrani spomenici,* str. 15.

Godine 1217. Nemanjin mlađi sin Stefan dobio je kraljevsku[25] krunu od pape Honorija III, što je izrazio u hrisovulji manastiru Žiči (1220) i ugovoru sa Dubrovnikom iz iste godine. Ugovor sa Dubrovnikom je potpisan rečima **Стефань краль и сь Богомь самодрьжьць срьпски** (*Stefan kralj i s Bogom samodržac srpski*), ali u Žičkoj hrisovulji Stefan ističe činjenicu da je on po Božijoj milosti prvi krunisani kralj sve srpske zemlje **(Стефань по Божиеи милости веньчани први краль вьсе Срьбскиѥ земле...).**[26] Posle Stefanove smrti, formulu *prvovenčani kralj*[27] prihvatili su i priznali njegovi sinovi i naslednici, kraljevi Radoslav (1228-1234), Vladislav (1234-1243) i Uroš (1243-1276), tako da kasnije ona postaje uobičajena.[28] Titulu kralja srpski vladari nosili su do 1346. godine, kada se Stefan Dušan krunisao za *cara*.[29] Iako srpsko car-

[25] Slovenski oblik titule **краль** (*kralj*) javlja se prvi put u Žitiju Metodijevom (nastalo krajem IX ili početkom X veka, najstariji rukopis iz XII – XIII veka) u opštem značenju vladara. Etimologija reči nije pouzdano utvrđena, ali većina istraživača je izvodi iz imena Karla Velikog (*Carolus Magnus,* 771-814), čime je određena i hronologija nastanka. Titula je korišćena kod Slovena i pre dolaska Mađara u Panonsku niziju (896), jer su je oni prihvatili slovenskim posredstvom (mađarski *király,* u grčkim tekstovima **κράλης**). Detaljnije videti odrednicu *Kralj* (S. Ćirković) u *LSSV,* str. 321-324.

[26] *Odabrani spomenici,* str. 17, 18; S. Novaković, *Zakonski spomenici srpskih država srednjega veka* (u daljem tekstu *Zakonski spomenici*), Beograd 1912, str. 136, 571.

[27] Stari srpski pisci najčešće se služe rečju *venac* za označavanje krune. Pozajmljenice iz latinskog *corona* = kruna i grčkog στέμμα = *stema, stepsanije,* retko se koriste. Detaljnije videti odrednicu *Kruna* (S. Marjanović-Dušanić) u *LSSV,* str. 334-335.

[28] U ugovoru sa Dubrovnikom od 4. februara 1234. godine kralj Radoslav naziva sebe **Стефань, вь Христа Бога верны краль... унукь светаго Симеона Немане и сынь прьвовенчаньнаго крала блаженопочивьшега Стефана** (*Stefan, u Hrista Boga verni kralj... unuk svetoga Simeona Nemanje i sin prvovenčanoga kralja blaženopočivšega Stefana*). U povelji kojom potvrđuje privilegije manastiru Hilandaru (1234-1237), kralj Vladislav naziva sebe **IA Стєфань Владиславь, сьпомоштию Божиєю краль, вьноукь Свєтаго Симєона, сынь прьвовеньчанаго кралıа Стєфана...** (*Ja Stefan Vladislav, s Božjom pomoći kralj, unuk Svetoga Simeona, sin prvovenčanoga kralja Stefana...*). U hrisovulji Kralja Uroša, kojom se potvrđuju darovi humskoga kneza Miroslava (Nemanjinog brata), a koje je već bio potvrdio njegov otac Stefan Prvovenčani, manastiru Svetoga Petra na Limu, stoji sledeće: **...всєдржавни господинь... Стєфань Оурошь, сынь свєтаго господина крала Стєфана, Прьвовеньчаньнаго крала...** (*svedržavni gospodin...Stefan Uroš, sin svetoga gospodina kralja Stefana, Prvovenčanoga kralja...*). *Odabrani spomenici,* str. 26; *Zakonski spomenici,* str. 386 i 593. Ali, u ugovoru kralja Radoslava sa Dubrovnikom (4. februar 1234), srpski tekst se završava grčkim potpisom **Στέφανος ρήξ ό δούκας** (*Stefan Duka kralj;* **ρήξ,** od latinskog *rex* = *kralj*), mada se Radoslav u dokumentu naziva **краль** (*kralj*). *Odabrani spomenici,* str. 27.

[29] Slovenska titula *car* (prvobitni oblik **цесарь),** potiče og Cezarovog imena, ali je kod Slovena stigla posredstvom rimske titulature u kojoj je nekadašnje lično ime postalo sastavni deo vladarskog naslova. Od iste reči potiče i titula *kesar,* koja je spadala u tri takozvana *carska dostojanstva* (despot, kesar, sevastokrator). Videti odrednicu *Car* (S. Ćirković) u *LSSV,* str. 789-792.

stvo nije dugo trajalo, dogodilo se da su posle smrti Stefana Dušana (1355) dva vladara pretendovala na titulu i nazivala se carevima: Dušanov sin i legitimni naslednik Uroš (od 1355) i Dušanov polubrat Simeon-Siniša, gospodar Tesalije i Epira (od 1356)[30]. Posle Uroševe smrti (1371) carska titula je nestala sa srpske teritorije, ali je preživela još oko dve godine (od 1371. do 1373) u delovima carstva osvojenim od Vizantije. Čini se da je titulu nosio Simeonov sin Jovan Uroš, koji se vrlo brzo zamonašio, i kao monah Joasaf postao jedan od ktitora čuvenog manastira Velikog Meteora (grčki **μετέωρος** = onaj koji lebdi u vazduhu).

Posle 1371. titula srpskih vladara bila je *knez* **(кнєзь)**[31] ili *veliki knez,* a nosili su je Lazar Hrebeljanović (do1389) i njegov sin Stefan La-

---

[30] Majka Simeona-Siniše bila je vizantijska princeza Marija Paleologina, druga žena kralja Stefana Dečanskog. Posle smrti Stefana Dušana, Simeon-Siniša proglasio se 1356. godine za cara i vladao nezavisno u Tesaliji i Epiru ne priznajući carska prava svoga bratanca Uroša (Dušanovog sina). Svoje povelje sastavljao je na grčkom i potpisivao ih **ΣΥΜΕΩΝ ΕΝ ΧΡΙΣΤΩ ΤΩ ΘΕΩ ΠΙΣΤΩΣ ΒΑΣΙΛΕΥΣ ΚΑΙ ΑΥΤΟΚΡΑΤΩΡ ΡΩΜΑΙΩΝ ΚΑΙ ΣΕΡΒΕΙΑΣ Ο ΠΑΛΑΙΟΛΟΓΟΣ** ili **ΡΩΜΑΙΩΝ ΚΑΙ ΣΕΡΒΟΝ, Ο ΠΑΛΑΙΟΛΟΓΟΣ** ili **ΡΩΜΑΙΩΝ ΚΑΙ ΣΕΡΒΩΝ ΚΑΙ ΠΑΝΤΟΣ ΑΛΒΑΝΟΥ ΟΥΡΕΣΙΣ Ο ΠΑΛΑΙΟΛΟΓΟΣ.** Kao što se može videti Simeon-Siniša se ponekad titulisao *carem Romeja i Srbije,* nekad *carem Romeja i Srba* ili *Romeja i Srba i sve Albanije,* ali je uvek uz titulu dodavao dinastičko ime svoje majke – *Paleolog.* A. Solovjev – V. Mošin, *Grčke povelje srpskih vladara* (u daljem tekstu *Grčke povelje*), Beograd 1936 (reprint London 1974), str. 228, 238, 256.

[31] *Knez* je praslovenska posuđenica iz pragermanskog *kuningaz* = plemenit, plemić, mada ima naučnika koji smatraju da je reč došla od gotskog *kuniggs,* odnosno novonemačkog *König* = kralj. Videti P. Skok, *Etimologijski rječnik hrvatskoga ili srpskoga jezika, uredili akademici M. Deanović i Lj. Jonke, priredio za tisak V. Putanec,* Zagreb 1972, knjiga II, str. 108-109. Kod Srba i kod Rusa, car i knez postali su pojmovi vrhovne vlasti, što se vidi jasno iz teksta Hilandarske povelje: **Искони сьтвори богъ нєбо и зємлю и чловекы на нєи ...и постави ѡви царє, дроугиє кнєзє, ини владикы...** (*Iskoni stvori Bog nebo i zemlju i ljude na njoj... postavi ove carevima, druge knezovima, ine vladarima*). *Spisi sv. Save,* str 1. Međutim, zvanje kneza kao vladara ustalilo se u Srbiji posle 1371 u vreme oblasnih gospodara Vojislava Vojinovića i posebno Lazara Hrebeljanovića. Do 1077. godine titulu kneza nosili su dukljanski, odnosno zetski vladari. Sa ustaljivanjem titule velikog župana, zvanje kneza gubilo je vladarska obeležja. Stracimir i Miroslav, starija braća velikog župana Stefana Nemanje upravljali su udeonim oblastima kao knezovi. Ugovor sa Dubrovnikom od 27. septembra 1186, pored velikog župana potpisao je i knez Miroslav (videti napomenu 19). Titulu kneza nosili su i sinovi vladara. Prvorođenog Vukana Stefan Nemanja postavio je za velikog kneza u primorskim krajevima. Knez je bio i Stefan, sin Stefana Tomaša *kralja Srba i Bosne.* Dok se Nemanjin brat Miroslav potpisivao kao knez, njegov sin Andrija dodao je ovoj tituli atribut veliki: **IA кнєзь вєли хльмьскы Аньдреи...** (*Ja, veliki knez humski Andrej...* Ugovor sa Dubrovnikom od 1237, *Zakonski spomenici,* str. 143). Mada su ga često nosili i Nemanjići, među njima i Vukanov potomak Vratko, vojskovođa Stefana Dušana, zvanje kneza je devalviralo. Tokom vremena po rangu je postalo niže od vojvode, kefalije, ponekad i sevasta. O tome svedoči i zvanje *kneza župskog.* Dostojanstvo titule su, kako je već rečeno, povratili Vojislav Vojinović i Lazar Hrebeljanović. Detaljnije videti i odrednicu *Knez* (R. Mihaljčić) u *LSSV,* str. 299-301.

zarević (do 1402). [32] Ali, kako je knez Lazar bio pretendent na nemanjićko nasleđe dodao je svojoj tituli formulu *samodržavni gospodin* kao i dinastičko ime Stefan.[33] Avgusta meseca 1402. godine, Lazarev sin Stefan, dobio je titulu despota od vizantijskog cara-savladara Jovana VII Paleologa[34] i ta titula korišćena je do propasti srpske srednjovekovne države (1459).[35] Od 1459. do 1537. godine mađarski kraljevi davali su titule despota najistaknutijoj srpskoj vlasteli, koja je bila prebegla u Ugarsku i borila se protiv Turaka kao kraljevi vazali.[36]

II

Pored vladarske titule u dokumentima se uvek označavaju i teritorije kojima je monarh vladao. Teritorijalna formula je nekad imala stalnu sadržinu, ali češće promenljivu. Obično su srpski vladari, od vremena Ste-

---

[32] Videti, na primer povelju kneza Lazara Hilandaru od 1380. godine i ugovor sa Dubrovnikom iz 1387 (*Zakonski spomenici,* str. 200 i 449). Titula *veliki knez* **(μέγα κνεζη)** sreće se u priručniku za korespondenciju Carigradske patrijaršije iz 1386. godine. Videti J. Darrouzès, *Ekthésis néa, Manuel des pittakia du XIVe siècle, Revue des études byzantines,* Paris 1969, p. 60. Cf. I. Đurić, *„Ektesis nea" – vizantijski priručnik za „Pitakia" o srpskom patrijarhu i nekim feudalcima krajem XII-XIV veka, Zbornik Filozofskog fakulteta* -1, Beograd 1974, str. 421-422.

[33] U povelji kojom knez Lazar poklanja neka sela hilandarskoj bolnici na početku teksta stoji: **Азь вь Христа Бога благоверьныи и самодрьжавьныи господинь Срьблѥмь и Подоунавию, Стєфань кнєзь Лазарь** (*Ja, u Hrista Boga blagoverni i samodržavni gospodar Srbljem i Podunavlju, Stefan knez Lazar*). Ugovor kojim knez Lazar potvrđuje stare povlastice Dubrovčanima (9. januar 1387), počinje rečima: **Азь вь Христа Бога благоверни и самодрьжавни по милости Божиѥи Стєфань кнєзь Лазарь** (*Ja, u Hrista Boga blagoverni i samodržavni po milosti Božijoj knez Lazar*). *Zakonski spomenici,* str. 449 i 200. Videti u istoj zbirci i str. 515, 761-764, 775-776. O vladarskoj tituli kneza Lazara videti F. Barišić, *Vladarski čin kneza Lazara*; V. Mošin, *Samodržavni Stefan knez Lazar i tradicija nemanjićkog suvereniteta od Marice do Kosova*; B. Ferjančić, *Vladarska ideologija u srpskoj diplomatici posle propasti Carstva (1371).* Svi navedeni radovi objavljeni su u zborniku *O knezu Lazaru,* Beograd 1975. Cf. R. Mihaljčić, *Lazar Hrebeljanović, istorija, kult, predanje,* Beograd 1984 = *Sabrana dela R. Mihaljčića, knjiga II,* Beograd 2001. O dinastičkom imenu Stefan videti S. Marjanović-Dušanić, *Vladarska ideologija Nemanjića,* Beograd 1997, str. 42-59.

[34] Jovan VII Paleolog bio je savladar Manojla II Paleologa. O njegovoj vladavini videti S. Mešanović, *Jovan VII Paleolog,* Beograd 1996.

[35] Despot Stefan Lazarević je obično potpisivao svoje povelje rečima **Милостію Божиєю Господинь всємь Срьблѥмь дєпоть Стєфань** (*Milošću Božjom gospodar sve Srbije despot Stefan*). U stranim dokumentima nazivaju ga *dominus despotus Sclavoniae, dominus despotus dux (Rassie-Raxie), dominus despotus (regni) Rascie.* Videti B. Ferjančić, *O despotskim poveljama, Zbornik radova Vizantološkog instituta* 4 (1956), str. 89-114, posebno 110-111.

[36] Videti B. Ferjančić, *Despoti u Vizantiji i južnoslovenskim zemljama,* Beograd 1960, str. 194-204.

fana Prvovenčanog, nazivali sebe *srpski kralj* **(краль срьпски)** ili *kralj sve srpske zemlje* **(краль всіє срьпскє зємліє).**[37] Ali, u dokumentima koje su izdavali kraljevi Radoslav i Vladislav, ponovo se javlja prvobitni naziv države – *Raška* (*Rascia* ili *Raxia* u latinskim dokumentima), izveden od imena grada Rasa (u blizini današnjeg Novog Pazara), najstarije prestonice Srbije.[38] Upotreba naziva *Raška* izgubila se vrlo brzo iz srpskih pravnih spomenika, ali se koristila u papskoj, ugarskoj, mletačkoj i dubrovačkoj korespondenciji, čak i u vreme cara Dušana, koga na Zapadu nazivaju *kraljem Raške* (*rex Rassie* ili *Raxie*).[39]

Pošto je Raška bila tesno povezana sa Dukljom (kasnije Zetom), ta veza je često naglašavana u vladarskim titulama. Već u povelji Hilandaru (1198) Stefan Nemanja ističe kako je obnovio svoju dedovinu **(И ѡбновихь свою дединоу)** i osvojio od *morske zemlje Zetu* **(ѡдь морьскє зємлє Зетоу).**[40] Od toga vremena, Nemanjini naslednici uključuju *Pomorje* ili *Pomorske zemlje* u svoju kraljevsku ili carsku titulu.[41]

Od 1343. godine kralj Dušan unosi u svoju titulu i *grčke zemlje,* odnosno teritorije osvojene od Vizantije, čime on ističe svoje carske pretenzije. *Grčke zemlje* pomenute su u četiri povelje pisane starim srpskim jezikom:

1) Povelja kojom kralj Dušan potvrđuje privilegije koje je manastiru Dečani dao njegov otac Stefan Dečanski, izdata između maja 1343. i decembra 1345,[42] potpisana je rečima **Стєфан вь Христа Бога вєрны**

---

[37] Ugovor sa Dubrovnikom, sklopljen oko 1220. godine, potpisan je jednostavno rečima **Стєфань краль срьпски** (*Stefan, kralj srpski*). Ali, u povelji kojom isti vladar poklanja neka imanja i daje povlastice manastiru Svete Bogorodice na ostrvu Mljetu (između 1222. i 1228), nalazimo potpis **Стєфань, по милости Божиєи веньчаниы краль и самодьржьць всіє срьпскє зємліє и поморьскіє** (*Stefan, po milosti Božijoj venčani kralj i samodržac sve srpske zemlje i pomorske*). Videti *Zakonski spomenici,* str. 137 i 587, *Odabrani spomenici,* str. 26.

[38] Formula **Краль всехь Рашкихь зємль** (*Kralj svih raških zemalja*) sreće se u ugovorima kralja Radoslava i kralja Vladislava sa Dubrovnikom, zaključenim 4. februara 1234. godine (Radoslav) i oko 1235 (Vladislav). Ista formula, napisana malo drukčije **(краль всеи рашце зємли,** *kralj svoj raškoj zemlji***),** sreće se u povelji kojom kralj Vladislav (između 1234. i 1237) potvrđuje Hilandaru darove svoga oca Stefana Prvovenčanog. *Odabrani spomenici,* str. 26; *Zakonski spomenici,* str. 138, 139, 386.

[39] Kao primer može se navesti jedno od papskih pisama u kome se, govoreći o caru Dušanu, upotrebljavaju sledeći izrazi: *...koji se cesarem ili kraljem Raške obično nazivao* (*...qui se cesarem seu regem Rassie facit communiter nominari*). Ed. S. Ljubić, *Listine o odnošajih između Južnoga Slovenstva i Mletačke republike III* (u daljem tekstu *Listine*), Zagreb 1868-1870, str. 186.

[40] *Spisi sv. Save,* str. 1.

[41] *Zakonski spomenici,* str. 147, 150, 154, 155, 156, 393, 396, 399, 404, 406, 568, 587.

[42] Videti M. Blagojević, *Kada je kralj Dušan potvrdio Dečansku hrisovulju, Istorijski časopis,* XVI-XVII (1970), str. 86.

краль всех Србских и Поморских земль и предель Грчькихь и Бльгарскихь (*Stefan u Hrista Boga verni kralj svih srpskih i pomorskih zemalja i predela grčkih i bugarskih*).[43]

2) U povelji manastiru Svetog Petra i Pavla na Limu (1343) titula glasi: **Оурошь чєтврьти, вь Христа Бога вєрни и самодрьжавни господинь всєхь срьбьскихь зємль и поморскихь и грьчкихь** (*Uroš četvrti, u Hrista Boga verni i samodržavni gospodin svih srpskih zemalja i pomorskih i grčkih*).[44]

3) U intitulaciji povelje kojom kralj Dušan potvrđuje prilog crkve Svetog Nikole u Vranju sa selima i imanjima, koje je manastiru Hilandaru učinio Maljušat, sin kneza Baldovina, stoji: **азь вь Христа Бога вєрни Стєфань .д. по милости Божиѥи краль всєхь срьбскихь и поморскихь зємль и чєстьникь Грькомь** (*Ja, u Hrista Boga verni Stefan četvrti, po milosti Božijoj kralj svih srpskih i pomorskih zemalja i čestnik* [45] *Grkom*).[46]

4) U povelji od 1. januara 1354. godine, kojom poklanja nekoliko sela hilandarskom pirgu u Hrusiji, Dušan za sebe veli: **Азь рабь Христоу Стєфань чєтврьтыи, вь Христа Бога верни краль самодрьжьць всехь срьпскыхь зємль и чєстникь грьчьскымь странамь** (*Ja rob Hristov Stefan četvrti, u Hrista Boga verni kralj samodržac svih srpskih zemalja i čestnik grčkim stranama*).[47]

U dokumentima pisanim na latinskom, teritorije osvojene od Vizantije (*Romanija,* tj. „rimska zemlja“) pominju se po prvi put u povelji kralja Dušana Mletačkoj republici (15. oktobar 1345), gde kralj naziva sebe *Bulgarie imperii partis non modice particeps et fere totius Romanie dominus* (*Gospodar ne malog dela Bugarskog carstva i gotovo cele Romanije*).[48] Teritorijalna formula *Srbija i Romanija,* prihvaćena je po prvi put u povelji kralja Dušana, pisanoj na grčkom, u korist manastira Svetog Jovana Krstitelja (grčki **πρόδρομος** = preteča) na Menikejskoj gori, istočno og grčkog grada Sera **(Σέραι),** izdata oktobra 1354. Povelja je potpisana rečima **Στέφανος έν Χριστῶ τῶ Θεῶ πιστός κράλης καί άυτοκράτωρ**

---

[43] Videti M. Milojević, *Dečanske hrusovulje, Glasnik srpskog učenog društva,* 12 (1880), str. 137 i P. Ivić – M. Grković, *Dečanske hrisovulje,* Novi Sad 1976, str. 278.

[44] *Zakonski spomenici,* str. 598-599.

[45] *Čestnik* je osoba koja raspolaže delom nečeg (*čest* = deo). U navedenoj povelji Dušan veli da je *čestnik Grkom,* odnosno da vlada delom grčke (vizantijske) teritorije. Isti izraz upotrebljen je i u povelji koja je navedena odmah ispod. O značenju izraza *čest,* videti Đ. Daničić, *Rečnik iz književnih starina srpskih III,* Beograd 1863, str. 463.

[46] *Zakonski spomenici,* str. 413.

[47] *Zakonski spomenici,* str. 487-488.

[48] S. Ljubić, *Listine II,* str. 192-193.

Σερβίας καί Ρωμανίας (*Stefan, u Hrista Boga verni kralj i samodržac Srbije i Romanije*).[49] Posle Dušanovog proglašenja za cara, navedna formula postala je sastavni deo potpisa na poveljama pisanim grčkim jezikom, s tim što je titula *kralj* **(κράλης)** zamenjena titulom *car* **(βασιλέυς).** U poveljama pisanim na srpskom, Dušan se najčešće tituliše kao *Car Srba i Grka* **(Царь Срьблıємь и Грькомь),** mada su u nekim slučajevima i neke druge zemlje bile navedene.

Teritorijalna formula srednjovekovnih srpskih vladara, sadržala je i neke promenljive elemente, koji se ponekad sreću, a potom sasvim nestaju. Kralj Vladislav, na primer, pored toga što ističe da je kralj raških zemalja, veli da je vladar i Duklje **(Диоклитиє),** Dalmacije **(Дальмациє),** Travunije **(Тровоуниє,** oblast oko Trebinja u današnjoj Hercegovini) i Zahumlja **(Захльмиє,** oblast na Jadranu, između ušća Neretve i Dubrovnika).[50] Travunija se sreće i u tituli kralja Radoslava, starijeg Vladislavovog brata,[51] dok Zahumlje (ili Hum) nalazimo i u povelji kralja Uroša crkvi Svete Bogorodice u Stonu (izdata oko 1235).[52]

U nekoliko povelja koje je izdao car Dušan pominju se *zapadne strane* **(западнниє страни)** ili *sav Dis* **(вьсемоу Дисоу;** grčki **Δύσης** = zapad).[53] Albanija **(Алваниа)** je pomenuta u povelji kojom car Dušan poklanja crkvu Svetog Nikole, Jakovu, mitropolitu grada Sera (1353), kao i u nekim dokumentima njegovog polubrata Simeona-Siniše.[54] Bugarska je bila uključena u Dušanovu kraljevsku titulu između maja 1343 i decembra 1354, kada je on potvrdio Dečansku hrisovulju svoga oca (videti napred). Povelja, kojom car Stefan Dušan utvrđuje crkvi Svetih Arhanđela u Jerusalimu dar crkve Svetog Nikole u Vranjini i 500 perpera dohodka dubrovačkoga, sadrži intitulaciju *car Stefan Srba i Grka i Bugara i despotata i Pomorja* **(царь Стефань Срьблıємь и Грькомь и Бльгаромь и деспотатоу и Поморию).**[55]

---

[49] *Grčke povelje,* str. 16.

[50] *Zakonski spomenici,* str. 138 i 386.

[51] Već navedeni ugovor sa Dubrovnikom od 4. februara 1234. *Odabrani spomenici,* str. 26.

[52] U intitulaciji sreće se formula **Азь... господинь краль и сь Богомь самодрьжьць всє срьпьскыє зємлє и поморьскыиє и хльмскиє Стєфань Оурошь** (*Ja... gospodin kralj i samodržac sve srpske zemlje i pomorske i humske, Stefan Uroš*), dok je povelja potpisana rečima **Стєфань Оурошь, по милости Божиıєи, краль српскихь зємль и поморскых, и Захльмныє** (*Stefan Uroš, po milosti Božijoj, kralj srpskih i pomorskih zemalja, i Zahumlju*). *Zakonski spomenici,* str. 600 i 602.

[53] *Zakonski spomenici,* str. 424, 508, 720; *Odabrani spomenici,* str. 133 i 135.

[54] *Zakonski spomenici,* str. 701; *Grčke povelje,* str. 256.

[55] *Odabrani spomenici,* str. 149. *Despotat* označava teritorije koje su nekad pripadale *Epirskom despotatu,* nastalom 1204. godine, nakon krstaškog zauzeća Cari-

U dobro poznatoj povelji koju je kralj Milutin izdao manastiru Gračanici (1320-1321), pominju se *Podunavske zemlje* (u dokumentima pisanim na grčkom **Πάραδουναβις** ili **Παρίστριον),** koje je srpski vladar dodao svojoj tituli.[56] *Podunavlje,* odnosno *Podunavske strane* pominju se u povelji kneza Lazara hilandarskoj bolnici od 1380. godine [57] kao i u ugovoru njegovog sina i naslednika Stefana Lazarevića sa Dubrovnikom od 2. decembra 1405. godine.[58] Posle bitke kod Velbužda (**Βελεβούσδιον,** antička *Pataulia,* danas Ćustendil u južnoj Bugarskoj) i poraza bugarske vojske (28. juli 1330), kralj Stefan Dečanski dodao je svojoj tituli oblasti *Ovčepolske* (*Ovče Pole,* u grčkim tekstovima **Εὐτζαπολις,** odnosno **Νευσταπολις** kod vizantijskog istoričara Georgija Akropolita, oblast u Makedoniji u gornjem toku Vardara) i Velbužd: **СТЕФАНЬ ОУРОШЬ КРАЛЬ ВЬ ХРИСТА БОГА ВЕРНЫ И САМОДРЬЖАВНЫ КРАЛЬ ВСЕИ СРЬПЬСКОИ ЗЕМЛИ И ПОМОРЬСКОИ И ОВЧЕПОЛЬСКОИ И ВЕЛБОУЖДЪСКОИ (*Stefan Uroš kralj u Hrista Boga verni i samodržavni kralj sve srpske zemlje i pomorske i ovčepolske i velbuždske*).**[59]

Izuzetno, kralj Milutin je uključio u svoju titulu naslov *kralj Hrvatske* (*rex Croatiae*), kada je Mladen, ban Hrvatske, svojoj tituli dodao oblast Huma (*Mladen Croatorum et Bosne banus, generalisque dominus tocius territorii Chelmensis*).[60] U Dušanovoj intitulaciji Bosna je pomenuta samo jedanput: u zbirci prepisa dubrovačkih povelja pisanih ćirilicom, koju je sačinio pisar Nikša Zvijezdić.[61] Ali, kako povelja nije sačuvana u originalnom tekstu, moguće je da je pisar Zvijezdić interpolirao reč Bosna.[62]

---

grada i rasparčavanja teritorije vizantijskog carstva. Detaljnije videti M. Dinić, *Srpska vladarska titula za vreme carstva, Zbornik radova vizantološkog instituta* 5 (1958), str. 14.

[56] *Odabrani spomenici,* str. 105: **Стефан Оурошь втори Милоутинь краль и сь Богомь самодьжьць всехь Срьбскихь, Поморских и Подунавьскихь землахь** (*Stefan Uroš drugi Milutin, kralj i s Bogom samodržac svih srpskih, pomorskih i podunavskih zemalja*).

[57] **Az vь Hrista Boga blagoverьnыi i samodrъžavьnыi gospodinы Srьblıєmь i Podounavıю, Stєfanь knєzь Lazarь** (*Ja, u Hrista Boga blagoverni i samodržavni gospodin Srbima i Podunavlju, Stefan knez Lazar*). *Zakonski spomenici,* str. 449. Novo izdanje povelje kneza Lazara, priredio je A. Mladenović, *Povelje kneza Lazara,* Beograd 2003, str. 129.

[58] *Zakonski spomenici,* str. 218: **... и странамь подоунавьскымь.**

[59] Povelja od 9. septembra 1330, kojom Stefan Dečanski potvrđuje imanja obnovljenom manastiru Svetog Nikole Mračkog u Orehovu. *Zakonski spomenici,* str. 645; *Odabrani spomenici,* str.111.

[60] K. Jireček, *Istorija Srba II,* Beograd 1978, str. 14, napomena 86.

[61] Nikša Zvijezdić je u Dubrovniku nazivan *dijak srpski* (pisar srpski), jer je bio zadužen za sastavljanje i prepisivanje dokumenata pisanih ćirilicom.

[62] Videti M. Dinić, *Srpska vladarska titula,* str. 16.

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

Monarch's Titles in Mediaeval Serbia

Abstract

Stefan Nemanja, the founder of Serbian dynasty, carried the title of the Great Župan. In 1217 Nemanja's son Stefan got the royal crown from the Pope Honorius the Third and the title of King was carried by Serbian monarchs till 1346, when Stefan Dušan took the title of Emperor (Tsar). Though the Serbian Empire did not last very long, it happened that after Dušan's death two rulers carried the title of Tsar: Dušan's son and legitimate successor Uroš (since 1355) and Dušan's half brother Simon-Siniša, lord of Thessaly and Epiros (since 1356). After 1371 the title of Serbian monarch was *Knez* (Prince) and since 1402 till 1459 *Despot.*

Besides the monarch's title the territory that he ruled over was always designated. Territorial formula had partly permanent, partly variable content. Usually the Serbian rulers, since Stefan the First-Crowned, called themselfs *Serbian King* or *King of whole Serbian Land.* Later on, after proclamation of the Empire, in charters written in Serbian language the signature was *Tsar of Serbs and Greeks.* However, in documents written in Greek language, there is the permanent formula of Dušan's signature: *Emperor and Autocrat of Serbia and Romania.*

Territorial formula of monarch's title in mediaeval Serbia had some variable ingredients as well, which sometimes appeared and sometimes disappeared. The author mentioned all cases that he could find in the legal sources.

Key words: Archon, Great Župan, King, Tsar, Prince, Despot, territorial formula, charters, treaties with Dubrovnik.

Originalni naučni rad 347.961(4)
doi:10.5937/zrpfns46-1920

Akademik Jožef Salma, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

KONVERGENCIJA EVROPSKOG NOTARIJALNOG PRAVA*

Sažetak: *Autor razmatra funkcije javnog beležištva u svetlu evolucije u evropskim zemljama, konvergencije i divergencije u savremenom evropskom pravu. Prikazana su osnovna rešenja nemačkog, austrijskog, francuskog, italijanskog, mađarskog, slovenačkog i hrvatskog notarijalnog prava. Ukazano je i na komunitarno evropsko pravo koje se odnosi na saradnju nacionalnih notarijalnih komora na evropskom nivou. Autor nalazi da se zajednička pravila, odnosno osobine notarijalnog prava sastoje u nezavisnosti i zakonitosti rada notarijata, vezanih isključivo za materijalno, odn. procesno građansko pravo. Takođe, ukazuje i na to da su notarijati u službi građana u pogledu sastavljanja overavanja ili čuvanja njihovih privatnih isprava (pravnih poslova, izjava), u potrebnoj formi, sa odgovarajućim dokaznim dejstvom, zasnovanim na javnom poverenju. U zavisnosti od toga da li ista forma može da se ispuni smo pred notarom ili i pred drugim organom (npr. sudom), najznačajnija je podela na isključivu notarijalnu i konkurentsku (alternativnu) formu.*

Ključne reči: *evropsko notarijalno pravo, pojam i funkcije notara, evolucija notarijata u evropskim zemljama, nezavisnost notara (odnos prema pravosudnoj upravnoj i advokatskoj delatnosti), formalni ugovori i notarijalna forma, priroda postupka notara*

---

* Rad je rezultat istraživanja na projektu *Uticaj evropskog i precedentnog prava na razvoj i primenu građanskog materijalnog i procesnog prava Srbije i Vojvodine*, čiji je nosilac Vojvođanska Akademija nauka i umetnosti, sa saradnicima sa Pravnog fakulteta u Novom Sadu, a koga finansira Pokrajinski Sekretarijat za nauku i tehnološki razvoj Autonomne Pokrajine Vojvodine.

I
UVODNE NAPOMENE: IZVORI,OSNOVNI POJMOVI, SVRHA I PRAVNE OSOBINE NOTARIJALNOG PRAVA

Donošenjem ***Zakona o javnom beležništvu*** Republike Srbije[1] zakonodavac je značajno doprineo harmonizaciji prava sa pravom Evropske Unije. Sve reformske zemlje, koje su u međuvremenu postale punopravne članice Evropske Unije (kao što su npr. Češka, Slovačka, Mađarska, Slovenija, Hrvatska, Poljska, Rumunija i dr.), blagovremeno su donele svoje notarijalne zakone. Notarijalni zakon je donela i Rusija.[2]

Svrha notarijalnog prava. Notarijalno pravo ima dugu tradiciju u evropskim zemljama. Ono je *preko svoje profesionalne i nezavisne delatnosti* značajno područje *pružanja pravne pomoći građanima*[3], ali i privrednicima prilikom sastavljanja pravnih poslova, odnosno ugovora (građanskopravnih i trgovačkih). Notarijalna delatnost u osnovi sastoji se u ispunjavanju obavezne ili fakultativne *forme,* posebno (isključive) notarijalne forme. Nema smetnje da se notarijalna forma preduzme i kod neformalnih pravnih poslova, zasnovanih na konsensualnom principu, ako strane zbog privatnih pravnih interesa, npr. zbog dokaznog dejstva te forme, svoj pravni akt žele da inkorporišu u tu formu. Notar doprinosi *dokaznoj garanciji sadržaja* pravnog posla i identiteta *strana* pravnih poslova. Učešćem notara, odnosno ispunjavanjem notarijalne forme, privatna isprava, odn. pravni posao u materiji obavezne (konstitutivne ili bitne) for-

---

[1] *Zakon o javnom beležništvu* (ZJB), Službeni glasnik Republike Srbije od 9. maja 2011. godine br. 31/2011. Prema prelaznim i završnim odredbama (čl. 182.), primena zakona odložena je do 1. septembra 2012. godine. Izuzetak čine članovi 15. (odredba o javno-beležničkim mestima) i 16, (službeno sedište i tabla) čl. 25-30, (imenovanje i razrešenje javnog beležnika) i čl. 143-148. (uslovi za polaganje javno-beležničkog ispita), koji se primenjuju od osmog dana od dana stupanja na snagu zakona. Po čl. 145. st. 1. javno-beležnički ispit se polaže pismeno i usmeno. Po. st. 2. pismeni ispit obuhvata proveru praktičnog znanja u sačinjavanju javnobeležničkih isprava, kao i poznavanje pravnih instituta u vezi sa javno-beležničkom delatnošću. Na usmenom delu se proverava poznavanje pravnih instituta u vezi sa javno-beležničkom delatnošću. Po st. 3. akt kojim se bliže uređuje način polaganja javno-beležničkog ispita i druga pitanja od značaja za polaganje javnobeležničkog ispita, donosi ministar.

[2] *Repin*, Das Notariat Russlands, Zurück in die Zivilisation, Deutsche Notar-Zeitschrift, 1994, str. 285.

[3] V. čl. 80. st. 1. i 2. ZJB. Javni beležnik je dužan da pouči stranku o sadržini i pravnim posledicama nameravanog pravnog posla. Mora poučiti stranke i povodom toga da je izjava nejasna, nerazumljiva ili dvosmislena. Treba da ukaže strankama na moguće sporove ili pravne smetnje ukoliko stranke ne prihvate pouku. Po st. 2. navedenog člana, primedba notara se uključuje u notarijalni akt. Ako se stranka tome protivi, notar može odbiti sastavljanje isprave.

me, dobija dejstvo i dokaznu vrednost *javne isprave*. Notarska *overa* potpisa ugovornih strana predstavlja dokaz o autentičnosti potpisa strana, iako pravni posao kroz to ne dobija značaj javne isprave. Posle overe se ne može osporiti postojanje ugovora niti identitet ugovornih strana. Notarijalna forma u materiji obavezne (bitne) forme, u načelu, predstavlja neoboriv dokaz i za sadržaj pravnog posla, bar za njegove bitne elemente.

Osnovni pojmovi notarijalnog prava. *Notarijalno pravo*, tj. javnobeležničko pravo je skup materijalnopravnih i procesnopravnih propisa kojima se uređuje notarijalna delatnost i notarijalni postupak. *Notarijalna delatnost* se pre svega sastoji u sastavljanju *pravnih poslova*, jednostranih (kao što su testament, izjave o ustupanju potraživanja ili preuzimanju duga, odricanju od dela ili celine potraživanja i dr.), kao i *dvostranih pravnih poslova*, tj. ugovora, koji nastaju na osnovu dve izjave volja. Tu su uključeni *dvostrano obavezni ugovori*, sa istovremenim uzajamnim, međusobno uslovljenim prestacijama, kao što su kupoprodaja, razmena, zakup i dr. (contractus bilateralis equalis), posebno ako je njihov predmet nepokretnost. Obuhvaćeni su takođe, i *jednostrano obavezni ugovori*, u kojima se samo jedna strana obavezuje uz intentio liberalis (nameru za oslobođenje obaveze) druge strane, kao što je poklon. Uključeni su i *jednostrani pravni poslovi*, kod kojih pravni posao nastaje samo na osnovu jedne (adresovane ili neadresovane) izjave volje, kao što je testament. Zatim, tu spadaju i ugovori koji su tradicionalno *realni*, te jednostrano obavezni. Oni su u nekim pravima konsensualizovani (švajcarsko pravo, naše pravo), te su postali sukcesivno dvostrano obavezni ugovori (contractus bilateralis inaequalis). Ti ugovori su: zajam, zaloga, ostava.[4] Notarska delatnost obično obuhvata i saradnju notara i stranaka bilo pukim prisustvom notara prilikom davanja pravno-poslovne izjave, bilo profesionalnom, aktivnom saradnjom prilikom sastavljanja notarijalne forme, npr. kod ugovora o osnivanju preduzeća, odn. privrednih društava, zatim, kod sastavljanja kolektivnog ugovora (o radu) i drugih akata u privredi. Takođe, u notarijalnu delatnost spada *overavanje prepisa* privatnih isprava, *overavanje* autentičnosti *prevoda* isprava (npr. diploma) uz pomoć sudskog tumača, izdavanje *uverenja* o već sastavljenom notarijalnom aktu, overavanje potpisa stranaka kod pravnih poslova, i dr. U notarijalnu delatnost bi moglo da spada i sastavljanje *vansudskog poravnanja* u notarijalnoj formi. Postupak notara se proteže i na modifikaciju ugovora. U nekim pravima (npr. Mađarska) postupak za raspravljanje zaostavštine, uključiv otvaranje testamenta se sprovodi od strane notara i to po pravilima o vanparničnom postupku. Polazi se od toga da se u principu radi o

[4] Za naše važeće pravo v. čl. 82-83. ZJB RS.

tzv. nespornom postupku, te nema potrebe da taj postupak bude u sudskom vanparničnom postupku. (Ima naravno, u toj zemlji, i vanparničnih postupaka koji su ostali u nadležnosti suda). Takođe, sastavljanje *bračno-imovinskih ugovora* bi trebalo da bude (ali ne isključivo) u notarijalnom postupku, tj. u domenu notarijalne delatnosti. *Notar* je u načelu nezavisni profesionalni subjekt, koji pruža pomoć pri sastavljanju pravnih poslova. On je pri sprovođenju notarijalnog postupka vezan za materijalno i procesno pravo. Postupa po inicijativi stranaka pravnog posla i obezbeđuje mu, u skladu sa zakonom, potrebnu notarijalnu (bitnu ili fakultativnu) formu. Notar mora imati u svim savremenim pravnim sistemima *visoko opšte i specijalno pravničko obrazovanje*, s potrebnim prethodnim iskustvom u primeni prava. Zbog heterogenosti notarijalnog postupka notar mora poznavati sve oblasti građanskog materijalnog i procesnog prava. U našem pravu, notar može biti lice koje je diplomiralo na pravnom fakultetu, ima položeni pravosudni ispit kao i specijalni notarijalni ispit.[5] Notar se bira u zakonom propisanom konkursnom postupku uz učešće notarijalne komore i na osnovu imenovanja od strane visokog predstavnika izvršne vlasti (u našem pravu ministra pravosuđa).[6] Primenjuje materijalnopravne propise građanskog, odn. obligacionog, porodičnog i naslednog prava, prilikom sastavljanja pravnih poslova.[7] Notar je odgovoran za štetu koju je stranci prouzrokovao nesavesnim radom ili nepoštovanjem propisa o formi.[8] U najvećem broju prava on se od svoje odgovornosti osigurava kod osiguravajućeg društva. [9] Ako notarijalni zakon nije drugačije odredio, notar primenjuje u svom notarijalnom postupku pravila vanparničnog postupka. Ako se radi o notarijalnoj ispravi koja glasi na činidbu, ona je (opšte) priznata kao *izvršna.* Kod utvrđivanja klauzule o izvršnosti, primenjuju se i pravila *izvršnog postupka* o izvršnim isprava-

[5] V. čl. 25. st. 1. tač. 1-8. ZJB RS.

[6] V. čl. 2. st. 3. ZJB RS. Po ovoj odredbi javni beležnik je *stručnjak iz oblasti prava*, imenovan od strane *ministra nadležnog za pravosuđe*, koji na osnovu javnih ovlašćenja prihvata od strane građana *izjave volje* i daje im potrebnu *pismenu formu* i o tome 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 koje su predmet njegove delatnosti i preduzima druge radnje i vrši druge poslove određene zakonom.

[7] V. čl. 83. st. 4. i 5. ZJB RS.

[8] V. čl. 58. ZJB u vezi sa čl. 9. st. 3. ZJB RS.

[9] U našem pravu (čl. 59. st. 1. ZJB) javni beležnik je dužan da pre početka rada zaključi ugovor o osiguranju za štetu koju bi mogao da prouzrokuje obavljanjem delatnosti. Po st. 3. navedenog člana, najniži iznos osiguranja određuje Komora, uz saglasnost Ministarstva. Po st. 5. ovog člana, javni beležnici se mogu osigurati i preko Komore, u kom slučaju su dužni da plaćaju Komori naknadu za utvrđenu visinu osiguranja.

ma.[10] Notar mora postupiti u skladu sa načelom *savesnosti* i *poštenja*.[11] Naknada za rad notara i troškovi postupka terete strane saglasno javnobeležničkoj *tarifi* ustanovljenoj od strane ministra, po prethodno pribavljenom mišljenju Komore.[12] Tako je to i u drugim pravima. Notar postupa u interesu građana i treba da ima, obzirom na zahtevanu stručnost, savesnost i zakonitost, njihovo *poverenje* (Treu und Glauben, bonne foi).[13] Notari se udružuju u *notarijalne komore* na nacionalnom nivou, a počev od 2007. godine nacionalne notarijalne komore (punopravnih) članica i u *Evropsku mrežu notara*.

II
EVROPSKO NOTARIJALNO PRAVO, ODNOS NOTARIJATA PREMA PRAVOSUĐU I ADVOKATURI

Evropski aspekt. Na svom generalnom zasedanju održanom 11. maja 2007. godine u Hagu, Savet notarijata Evropske unije (CNUE)[14] je izjavio da je *cilj* Evropske Komisije konkretizovanje *integracija nacionalnih notarijata* u *evropsku pravosudnu mrežu u civilnim i trgovačkim pravnim stvarima* (EJN). Ovu mrežu je osnovala Evropska unija 2001. godine radi olakšavanja svakodnevnog života građana i privrednika koji su na određeni način učestalo suočeni sa pravnim pitanjima u prekograničnim civilnopravnim i trgovačkim stvarima. Evropska mreža notarijata je započela svoju delatnost 1. novembra 2007. godine. Povodom toga Klaus Voršnak (Klaus *Woschnak*), predsednik CNUE, izjavio je da evropski notarijati u otvorenoj Evropi, uz zapaženi porast prekograničnog mobiliteta građana i preduzetnika, treba da *teže lakšem rešavanju prekograničnih pravnih stvari putem koordinisane saradnje,* te da na taj način pomognu *građanima* i *preduzetnicima* Evrope. U trenutku osnivanja u CNUE se udružilo 21 nacionalnih notarijata. Radi se o notarijatima (ko-

[10] V. čl. 85. ZJB.

[11] Čl. 12. ZOO.

[12] V. čl. 134, 135-148. i 129. ZJB.

[13] U našem pravu v. čl. 12. Zakona o obligacionim odnosima u vezi sa čl. 9. Zakona o javnom beležništvu (ZJB) RS. ZJP u navedenom članu propisuje da je javni beležnik dužan da obavlja svoju delatnost u skladu sa propisima i *načelom savesnosti i poštenja*. Javni beležnik je dužan da postupi u svim pravnim stvarima koje spadaju u njegovu delatnost. Ako pravna stvar spada u njegovu delatnost, može da odbije postupak samo iz razloga koji su izričito određeni zakonom.

[14] Conseil des Notariats de l'Union Eurpéenne/Council of the Notariats of the European Union.

morama) sledećih zemalja: Nemačka, Austrija, Belgija, Bugarska, Španija, Estonija, Francuska, Grčka, Mađarska, Italija, Letonija, Litvanija, Luksemburg, Malta, Holandija, Poljska, Portugal, Češka, Rumunija, Slovačka i Slovenija. U vreme osnivanja Hrvatska je bila članica-posmatrač. Evropski notarijati su u CNUE *predstavljeni preko predsednika zemaljskih nacionalnih komora notara*. CNUE je *neprofitna* organizacija, njegovo sedište je u Briselu.[15]

Inače, *nacionalna notarijalna prava* evropskih zemalja *smatraju se sastavnim delom evropskog prava*. Zajedničko je za nacionalno notarijalno pravo evropskih zemalja da je uređeno *zakonom* (građanskim zakonicima i posebnim notarijalnim zakonima) kao i posebnim *notarijalnim propisom*, bližim profesionalnim pravilima notarijalnog prava (Notariatsordnung). Prvi govore o propisima o formi pravnih poslova, jednako obavezni i za notarijalnu i za sudsku formu. Drugi pak propisuju notarijalni postupak, a sadrže i bliža pravila notarijalnih formi pravnih poslova, notarijalne forme pravno relevantnih izjava strana, kao i formalnu konstataciju pravnih činjenica. U svim zemljama Evrope *notarijalno uređenje* po pravilu je jedinstveno za celu teritoriju zemlje, te se objavljuje u nacionalnom službenom listu. Notarijalno uređenje je *profesionalni kodeks notara* koji notare vezuje poput zakona.

Odnos prema advokaturi. U najvećem broju evropskih zemalja notarijati i njihove komore su *nezavisni* od advokature. Postoje zemlje (npr. *Austrija)* u kojima na osnovu odredaba Građanskog zakonika,[16]

---

[15] Vodilac poslova CNUE: Frau Clarisse Martin, e-mail: info@cnue.be ili Website: www.cnue.be, Av. de Cortenbergh, 52 – B-1000 Bruxelles.

[16] V. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreichs), npr. in: Codex des österreichischen Rechts, Bürgerliches Recht, 2009/10, 37. Auflage, LexisNexis, Wien, 2009, i to sledeće odredbe: Par. 281. (Berüksichtigung des Willens und der Bedürfnisse der Behinderten Person – Vođenje računa o volji i potrebama lica sa posebnim potrebama); Par. 551. (Verzicht auf das Erbrecht – ugovor zaključen između ostavioca i naslednika o odricanju naslednika od nasleđa); Par. 886 (odredba prema kojoj ako je zakon zahtevao bitnu pismenu formu stranka treba da svojeručno potpiše pravni posao, ali ako je za to nesposobna njen svojeručni znak treba da se overi kod notara ili pred sudom ispred dva svedoka). Par. 1278 AOGZ (odredba o kupovini nasleđa odn. nasledne nade između ostavioca i naslednika koja je punovažna samo ako je preduzeta između ostavioca i naslednika i sastavljena u formi sudskog protokola). Par. 1486. AOGZ (st. 1. tač. 6.), odredba prema kojoj potraživanja notara – prema klijentu – zastarevaju za tri godine. Par. 568. AOGZ (lice kome je određen staratelj, odn. upravnik njegovih stvari, može testament izjaviti pred sudom ili notarom). Par. 569. AOGZ (nema lica nemaju testamentalnu sposobnost, ali maloletnici koji govore mogu svoj testament da izjave usmeno pred sudom i notarom. - Notarielles Testament – notaijalni testament).

Zakona o braku,[17] odn. Notarijalnog zakona,[18] formu datog pravnog posla može da preduzme *isključivo* notar, dakle gde ne može postupiti advokat. To su: (1) bračni ugovori; (2) ugovori o kupoprodaji, zakupa, razmeni, o renti i zajmu kao i priznanju duga između bračnih drugova; (3) kao i kod svih poklona bez stvarne predaje; (4) sve isprave slepih lica kod pravnih poslova inter vivos, (5) u svim ostalim slučajevima kada naročiti pravni propis zahteva radi punovažnosti ugovora notarijalnu formu.[19]

Na taj način u austrijskom notarijalnom pravu možemo razlikovati *obaveznu,* odnosno *isključivu* notarijalnu formu. To znači da se propisana forma za dati ugovor ili drugu pravno-poslovnu izjavu ne može zameniti nekom drugom, npr. sudskom formom. Rečju, ugovor se ne može zaključiti u nekoj drugoj formi osim notarijalne. Ovi ugovori ne proizvodi pravno dejstvo bez notarijalne forme. Takvo pravilo postoji u drugim pravima, npr. francuskom pravu. Postoji i tzv. *konkurentska* forma, tj. kada se dati ugovor može zaključiti u *notarijalnoj* ili u *sudskoj formi*, pri čemu ugovor proizvodi pravo dejstvo u obe forme. Važno je da se ispuni zakonom propisana forma ili u postupku pred notarom ili u postupku pred sudom. Postoji i tzv. *fakultativna* notarijalna forma, kod koje ugovor može proizvoditi dejstvo i van notarijalne forme na području važenja načela

---

[17] Ehegesetz, BGBl 1938., 807., poslednje izmene, BGBl I 2009/75. (V. in: Codex des österreichischen Rechts, Bürgerliches Recht, 2009/10., 37. Auflage, LexisNexis, Wien, 2009., str. 226.), Par. 97. (odredba prema kojoj bračni partneri koji između sebe zaključuju ugovor o deobi ušteđevine ili deobi stana moraju svoj ugovor, da bi bio punovažan, da zaključe u notarijalnoj formi).

[18] V. Notariatsgesetz- Notariatsaktgesetz - Gesetz vom 25. Juli 1871. betreffend der notariellen Errichtung einigen Rechtsgeschäften, Bundesgesetzblatt, Nr. 1871/76, izmene: Bundesgesetzblatt, I. 2001/98., I. 2007/111, I. 2008/68, I. 2009/75.V. in: Codex des österreichischen Rechts, Bürgerliches Recht, 2009/10, 37. Auflage, LexisNexis, Wien, 2009., str.763. Paragrafom 1- 2. ovog zakona navedeni su ugovori koji ne proizvode dejstvo ako nisu zaključeni u notarijalnoj formi. To su bračni (imovinski) ugovori, ugovori o prodaji, razmeni, o izdržavanju, o zajmu i priznanju duga, između bračnih drugova, ugovor o poklonu ako odmah nije predata stvar, svi ugovori slepih lica među živima. Ako je posebni propis predvideo, može se ugovor zaključiti u notarijalnoj ili sudskoj formi. Zakon propisuje kada notarijalni akt nije nužan. To su pravi poslovi svakodnevnog života i uobičajeni ugovori sa bankom radi otvaranja žiro računa. Ne traži se, nije nužna notarijalna forma ni za slepe osobe, izuzev ortakluka, ako je slepa osoba svom ugovornom partneru izričito izjavila da se odriče notarijalne forme propisane zakonom za dati pravni posao. Na nepunovažnost ugovora slepe osobe zbog nepoštovanja notarijalne forme, može se pozivati slepa osoba. Nepokretnosti, superedifikati i pravo građenja se motu otuđiti uz obavezno javno nadmetanje uz ispunjavanje notarijalne forme propisane paragrafima 87.a do 87. e Notariatsordnung-a.

[19] V. Notariatsgesetz- Notariatsaktgesetz - Gesetz vom 25. Juli 1871. betreffend der notariellen Errichtung einigen Rechtsgeschäften, Bundesgesetzblatt, Nr. 1871/76., izmene: Bundesgesetzblatt, I. 2001/98., I. 2007/111, I. 2008/68., I. 2009/75.

konsensualnosti. Strane tada zahevaju notarijalnu formu radi dokazne garancije te forme u pogledu sadržaja ili stranaka ugovora.[20]

Austrijsko notarijalno pravo je povodom principa nezavisnosti, značajno uticalo na pravo susednih država.[21]

Iako je osnovni princip da notar istovremeno ne može da obavlja i advokatsku delatnost, u nekim pravima ima i restriktivnih izuzetaka. Naime, u Nemačkoj u pojedinim pravosudnim okruzima, pod posebnim uslovima, notar može da se bavi paralelno i advokaturom. Stoga se notarijalnom formom u toj zemlji podjednako smatra i advokatska i notarijalna, pod uslovom da je advokatu istovremeno dozvoljeno obavljanje i notarijalne delatnosti.

Postoje zemlje (npr. *Mađarska*)[22] u kojima *advokat* i *notar*, pored isključive „nadležnosti" u korist notara, imaju *alternativnu* ili *konku-*

---

[20] Upor. *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, Band II: *Welser*, Schuldrecht allgemeiner Teil, Schuldrecht besonderer Teil, Erbrecht, 13. Auflage, Manz Verlag u. Universitätsbuchhandlung, Wien, 2007, str. 198. (Darlehensvertrag zwischen Ehegatten - ugovor o zajmu između bračnih drugova); str. 166, 581. (Erbschaftskauf- kupovina nasledne nade); str. 570. (Erbsentschlagung zu gunsten Dritter – odricanje od nasleđa u korist trećeg); str. 522. (Erbvertrag – Ugovor o uzajamnom nasleđivanju bračnih drugova); 462, 464. (Erbverzicht); str. 166. (Kaufvertrag zwischen Ehegatten); str. 191. (Schenkung); str. 541.(Schenkung aus Todesfall – poklon za slučaj smrti); str. 543. (bei Übergabe auf den Todesfall – predaja za slučaj smrti); str. 120. (unentgeltliche Zession – besplatna cesija).

[21] V. Christian *Neschwara*, Österreichs Notariatsrecht in Mittel- und Osteuropa, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2000. Posle raspada Austrougarske, austrijsko, odn. ugarsko notarijalno pravo je u novim zemljama recipirano, za Hrvatsku v. str.59, za Italiju v. str. 59, za Mađarsku v. str. 60, za Bosnu i Hercegovinu v. str. 61. Za ukidanje notarijata u biv. Jugoslaviji, posle II svetskog rata v. str. 90. Za vreme komunističke vladavine u Rumuniji, Mađarskoj, Čehoslovačkoj uvode se državni notarijati sovjetskog tipa. V. str. 91-93. Za razvoj posle ukidanja komunističkog sistema (1989) za reformske zemlje karakteristično je ponovno uvođenje nezavisnih notarijata. V. str.94. Počev od 2000. godine države srednje i istočne Evrope krenule su pravcem harmonizacije, odn. ujednačenja notarijalnog prava. V. str. 95. V. i *Brauneder*, Wilhelm, Der Beitrag des Notariats zur Rechtskultur, Östererichische Notariatszeitung, 1992, 176. *Basedow*, Perspektive des Notariats in Europa, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1991, 433. *Bókai*, Das ungarische Notariat, Österreichische Notariatszeitung, 1990, 79. *Putz*, Zur Geschichte des öffentlichen Notariats in Ungarn, Östereichische Notariatszeitung, 1902, 82. *Rijavec*, Das Notariat in Slowenien, ein neuer oder alter Beruf ? Östereichische Notariatszeitung, 1995, 233. Ogriss- Rechberger, Französisches Notariat in Österreich, Gedächnisschrift für Herbert Hofmeister, 1996, 471. *10. međunarodni kolokvijum notara* održan je 13. novembra 1998. godine u Keszthely-u (Mađarska). Referati sa ovog savetovanja objavljeni su u časopisu za notare (Közjegyzők Közlönye) 1999. godine. V. o tome: *Neschwara*, Österreichs Notariatsrecht in Mittel- und Osteuropa, op. cit. Vorwort.

[22] Prvi notarijalni zakon u Mađarskoj donet je 1874. godine. On je sačinjen po principima nemačkog notarijalnog prava. V. *Neschwara*, Österreichs Notariatsrecht in Mittel- und Osteuropa, op. cit. Vorwort. Ovaj Zakon je važio i na području Vojvodine do 1920. godine. Indirektno je primeljivan i docnije.(V. radove Đerđ-a i Piškulića).

rentsku „nadležnost". Tako, u važećem mađarskom pravu, advokat može kod sastavljanja formalnog ugovora da pruži istu meru autentičnosti kao i notar, tako da overa advokata ima javnu dokaznu vrednost o tome da je ugovor sačinjen i o tome koji je sadržaj ugovora (ügyvédi ellenjegyzés).[23] Inače se u mađarskom pravu smatra da je javni beležnik, iako nezavisan, na posredan ili neposredan način sastavni deo pravosudne strukture, uprkos tome što je notar u privatnopravnom ugovornom odnosu sa klijentom, pri čemu klijent isplaćuje naknadu prema posebnoj javnobeležničkoj tarifi (dakle od advokatske tarife nezavisnu naknadu). Naime, notara vezuje materijalni i procesni zakon, na sličan način kao i sud. To je tako između ostalog i zbog toga, što je prema mađarskom notarijalnom pravu, notar nadležan da sprovede postupak za raspravljanje zaostavštine, dakle poslove koje je ranije obavljao sud, kao i zbog toga, što notarijalni zakon propisuje javno poverenje u korist akata notara.[24] Notarijalni postupak je propisan pravilima vanparničnog postupka, ako zakon nije drugačije odredio (to inače važi i za naše pravo).[25] Notar je vezan propisima o formi građanskog prava (Građanski zakonik). Stoga je njegova delatnost od javnog poverenja (közhitelesség).[26] Advokat, u principu, kada ne obavlja parnično zastupanje, formalnopravno ne postupa po pravilima vanparničnog postupka.[27] Merodavna procesnopravna nauka smatra da je posao notara slobodna delatnost i da oni u skladu sa tim ostvaruju svoju ulogu. Ali, oni ostvaruju svoju delatnost i kao deo pravosudne delatnosti. (Zakon a javnom beležništvu Mađarske, par. 1.). U postupku javni beležnik je vezan samo zakonima, te *ne može biti podređen administrativnim uputstvima*. I u mađarskom pravu, kao i u našem važećem pravu, javnog beležnika imenuje ministar pravde, za određeno područje delovanja. Uslovi imenovanja su slični: između ostalog, zahteva se diploma pravnog fakulteta, položen pravosudni ispit, minimalno tri godine radnog iskustva na poslovima zamenika javnog beležnika kao i izjava o imovini.[28]

---

[23] V. npr. *Imreh* Géza, A közjegyzői eljárás (Postupak u javnobeležničkim stvarima), Miskolc, Novotni Alapítvány, 2003, str. 22-25.

[24] V. važeći notarijalni Zakon Mađarske iz 1991. godine (1991. évi XLI törvény). Slično stanovište je izraženo i u notarijalnom zakonu iz 1874. godine (1874. évi XXXV. törvénycikk, a 4090/1949/124. Korm. sz. rendelet). V. *Imreh*, A közjegyzői eljárás, op. cit. str. 38. i 47.

[25] V. ZJB, čl. 83. st. 3.

[26] V. *Imreh*, A közjegyzői eljárás, op. cit. str. 47.

[27] Upor. *Imreh*, A közjegyzői eljárás, op. cit. str. 295-303.

[28] V. *Kengyel* Miklós, Magyar polgári eljárásjog (Mađarsko građasnkoprocesno pravo), Osiris Kiadó, Budapest, 2006, str. 108. tač. 141-142; Zakon o javnom beležništvu Mađarske, par. 1, 6. i 17.

U *našem* važećem pravu, postoji stroga *nespojivost* javnobeležničke delatnosti sa drugim poslovima, uključiv i nespojivost sa advokatskom delatnošću, kao što je to inače slučaj u većini evropskih zemalja.[29] To znači da prema ZJB RS javni beležnik nema pravo da obavlja istovremenu advokatsku delatnost, niti pravo na obavljanje bilo koje druge plaćene delatnosti, ili funkcije, u skladu sa ugledom, nezavisnošću i samostalnošću i javnim poverenjem javnog beležništva.[30] Ipak, u našem važećem pravu od ovog pravila ima *izuzetaka*. Javni beležnik, naime, može da obavlja (1) poslove u svojstvu *izvršioca zaveštanja* (testamenta); (2) poslove *staratelja zaostavštine*; (3) *staratelja poslova poslovno nesposobnog lica*; (4) ili nekog drugog sličnog posla zasnovanog na odluci nadležnog organa. Javni beležnik može povremeno ili dopunski obavljati *naučne*, *nastavne* ili *umetničke* delatnosti. Takođe, prema ZJB javni beležnik može obaljati *funkcije u javnobeležničkoj komori i u međunarodnim udruženjima javnih beležnika*. Prema ZJB javni beležnik može obavljati poslove *medijatora*, *arbitra* ili *sudskog prevodioca*. [31]

Odnos prema upravnoj, pravosudnoj i privrednoj delatnosti. *Nezavisnost notara* se proteže i na nezavisnost *od uprave* i *sudstva*. Naime, notar *nije vezan za diskrecionu ocenu uprave* niti je on podvrgnut, po načelu *subordinacije*, koje važi za upravu, stavovima bilo kog organa upravne. Notara vezuju odredbe zakona građanskog (obligacionog) prava o formi, kao i pravila građanskog procesnog prava. U tom pogledu je notarijalna delatnost slična pravosudnoj, koja je zasnovana na građanskopravnom principu *koordinacije volje* (ravnopravnosti građana, odn. stranaka pred zakonom). Iako notar postupa pretežno u interesu stranaka, on je ipak vezan za *princip zakonitosti*[32] i princip koordinacije (ravnopravnosti) stranaka koji vlada u civilnom pravu, odn. u pravosudnoj delatnosti. To znači, da se u obavljanju notarske delatnosti sa strankama, ne primenjuju pravila o subordinaciji administrativnog prava. Notara ne vezuju uputstva administrativnih organa vlasti. Njega vezuju, u radu sa strankama, propisi materijalnog i procesnog civilnog prava. U izvesnim aspektima, po odredbama ZJB RS, koje, čini se, bitno ne diraju u nezavisnost notara, postoji određeni uticaj vrhovne izvršne vlasti, a vezan je za *imenovanje notara*.[33] Svakako, princip nezavisnosti potvrđuje i odredba ZJB kojom se notaru zabranjuje bilo kakva politička

[29] V. čl. 5. ZJB.

[30] V. čl. 5. st. 1. ZJB.

[31] V. čl. 5. st. 2. tač. 1-4. ZJB.

[32] V. čl. 9. st. 1-3. ZJB.

[33] V. čl. 27. ZJB, prema kojem javnog beležnika imenuje rešenjem ministar, po pribavljenom mišljenju Komore, na osnovu javnog konkursa.

aktivnost.[34] Takođe, ZJB zabranjuje i *poslovnu saradnju*, naročito u tom vidu da notar koristi zajednički poslovni prostor sa advokatom, ili drugim fizičkim licem radi zajedničkog obavljanja delatnosti. Izuzetak čini obavljanje delatnosti u istoj prostoriji sa drugim notarom, ako je za to data posebna dozvola ministarstva.[35]

III
EVOLUCIJA EVROPSKOG NOTARIJALNOG PRAVA

Evolucija u staleškom društvu

Nastanak notarijalnog prava se vezuje za srednjovekovno *italijansko pravo* XII veka.[36] Od toga vremena ono se proširilo u sve evropske zemlje (npr. Nemačka, Francuska, Austrija i dr.) naročito tokom XIII veka. Razlikovalo se kanonsko i civilno notarijalno pravo. *Kanonsko* notarijalno pravo je obuhvatalo evidenciju povodom ličnog statusa, kao što je rođenje, brak, smrt, - budući da su porodični odnosi spadali u regulativu kanonskog prava. Takođe, notar je imao zadatak da evidentira prava na zemljišnim nepokretnostima. Notara je imenovala vrhovna pontifikalna vlast (papa). Međutim, već u XIII veku notara je imenovao biskup.[37] Smataralo se da je kanonski notar lokalni predstavnik te vlasti. Za razliku od toga, u ranom srednjem veku, „*civilnog*“ notara je imenovala vrhovna svetovna vlast, car ili kralj, u čije ime je notar sastavljao verodostojne isprave o civilnim pravnim poslovima.[38] U oba slučaja notar je obavljao *javnu funkciju*, funkciju javnog beležnika. Njegovi akti su smatrani *javnim ispravama* (instrumenta publica) koje su u sudskom postupku imale *puno dokazno dejstvo*.[39] Notari su u staleškom društvu bili (javni ili državni) pisari [40] koji su najčešće sastavljali izjavu poslednje volje (testa-

[34] V. čl. 56. ZJB.

[35] V. čl. 55. st. 2. ZJB

[36] V. Christian *Neschwara*, Geschichte des österreichischen Notariats, Band I – Vom Spätmittelalter bis zum Erlass der Notariatsordnung, 1850, Manz Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1996, str. 43-46. Isti autor napominje da je u Austriju 1191. g. pozvan italijanski notar, povodom prodaje nepokretnosti u provinciji Karintija, jer u to vreme u Austriji notarijat još nije poznat. Italijansko notarijalno pravo se kroz provinciju Bozen brzo proširilo tokom XIII veka.

[37] V. *Neschwara*, Geschichte des österreichischen Notariats, Band I, op. cit. str. 13, 43. i 46.

[38] Upor. *Neschwara*, Geschichte des österreichischen Notariats, Band I, op. cit. str. 25.

[39] V. *Neschwara*, Geschichte des österreichischen Notariats, Band I, op. cit. str. 21.

[40] Na primer, u Beču 1292. godine, sve do donošenja austrijskog notarijalnog zakona 1850. godine. V. *Neschwara*, Geschichte des österreichischen Notariats, Band I, op. cit. str. 8. i 14.

ment).[41] *Notarijalna forma* je u kasnom srednjem veku bila stroga. Obavezno je sadržavala datum sastavljanja, nominaciju da se akt sastavlja u ime pape ili cara, mesto izdavanja, svojeručni potpis notara, naznačenje stranaka i svedoka.[42] *Delatnost* notara se tokom kasnog srednjeg veka menjala, s opštom karakteristikom *heterogenosti* njegove „nadležnosti", ali i osobinom, da je notar u izvesnim propisanim tipovima postupaka donosio odluke poput suda. Tako, u kasnom srednjem veku, npr. u Zalcburgu (Salzburg), notar je imao nadležnost ne samo u vanparničnim stvarima, već je mogao odlučivati u izvesnim *spornim* („parničnim") stvarima. Posebno je bio obavezan da postupi u sporovima povodom izdržavanja, povodom smetnji u ispunjavanju obligacionih obaveza (Leistungsstörungen) - pre svega, povodom docnje u ispunjavanju novčane obaveze. Takođe, u nadležnost notara je spadalo raspravljanje sporova povodom punovažnosti testamenta. U njihovu nadležnost je spadao i postupak poravnanja kao i postupak pri zaključivanju arbitražnog sporazuma.[43] Od *vanparničnih* postupaka u nadležnost notara spadali su postupci povodom overe isprava.[44] Nadalje, u kasnom srednjem veku u nadležnost notara spadali su i izvesni *necivilnopravni*, tj. upravni, disciplinski i krivični postupci. Na primer, notar je sprovodio upravni postupak povodom fiskalnih mera u korist crkvene zajednice. U krivični postupak je spadao postupak ekskomunikacije iz crkvene zajednice.[45]

Može se reći da je u srednjem veku, pored *„pravih" notarijalnih funkcija* notarijata, kao što su sastavljanje privatnih isprava sa javnopravnim dokaznim dejstvom, u izvesnim pravnim stvarima notar je donosio odluke u poverenim sporovima, tako da se u tom pogledu funkcija notara približavala *pravosudnoj* delatnosti.

U docnijem razvoju u (kasnom) srednjem veku javni beležnici dobili su funkciju *zabeležavanja*, zapisivanja pravnih činjenica od javnog značaja u lokalnim i zemaljskim organima vlasti. Tako, prema *Reichsnotariatsordnung-u* (1512. godine)[46] notarijalnim delatnostima su smatrani *pisar-*

---

[41] V. *Neschwara*, Geschichte des österreichischen Notariats, Band I, op. cit. str. 20.

[42] Takva forma je zahtevana u Češkoj (Böhmen) prema dokumentima iz Praga, 1270. godine. V. *Neschwara*, Geschichte des österreichischen Notariats, Band I, op. cit. str. 34. O imenovanju notara, V. ibidem, str. 227-233.

[43] V. *Neschwara*, Geschichte des österreichischen Notariats, Band I, op. cit. str. 118.

[44] Ibidem.

[45] V. *Neschwara*, Geschichte des österreichischen Notariats, Band I, op. cit. str. 124-125.

[46] V. *Neschwara*, Geschichte des österreichischen Notariats, Band I, op. cit. str. 256-264. Prema Reichnotariatsordnung-u (*Neschwara*, str. 262.) za imenovanje notara su

ski poslovi u *gradskoj vlasti*, u *sudovima* ili *poslovi službenika u zemaljskim vladinim kancelarijama, u pokrajinskoj vlasti,* kao i na *univerzitetu*, uglavnom povodom sastavljanja *zapisa*, zapisnika.[47]

U pogledu *obrazovanja* notara u ranom srednjem veku nije se tražilo posebno pravničko obrazovanje, ali je uslov za imenovanje notara bio obrazovanje u tri tadašnje tradicionalne oblasti (*trivium*): (1) u pogledu *gramatike*, posebno latinskog jezika na kome su se sastavljali akti i zabeleške, dakle pismenost; (2) *logike*, kao i (3) tzv. *lepe umetnosti*.[48] Ovi zahtevi trivium-a se vezuju za to da je notarijalna funkcija bila svedena na evidentiranje činjenica od javnog značaja. Stoga je ustanovljen zahtev, koji je prema tadašnjim merilima smatran visokim stepenom obrazovanja. U kasnom srednjem veku, nakon uvođenja reforme univerzitetskog obrazovanja u Austriji (1753) predviđeno je da notar mora imati *pravničko obrazovanje*. Ali, ako je pravnik želeo da postane notar, morao je da sluša nastavu po *posebnom nastavnom planu*. Morao je da završi makar dvogodišnji pravni studij, sa temama o Institucijama, prirodnom pravu, Naslednim zemljama, kao i o Digestama (Digeste).[49]

Zakon o notarijatu (*Notariatsordnung*) je donet za vreme austrijskog cara i mađarskog kralja Josipa II[50], tj. u periodu tzv. prosvećenog apsolutizma (1850). Ovaj zakon notarima naziva ona lica koja na osnovu zahteva stranke *sastavljaju pravne poslove* koje notar *javno overava*. Notar izdaje *pismenu potvrdu o pravnom poslu* – ukoliko je zakon za punovažnost, odn. dejstvo pravnog posla takvu potvrdu, kao obaveznu, propisao. Notarijalni ati su javne isprave, predstavljaju potpuni dokaz. Notarijalni akt je predviđen kao *obavezna forma* kod *bračnih ugovora*, kod *kupoprodaje i razmene nepokretnosti*, *zajma* između bračnih partnera i kod ugovora *slepih* lica.[51] Kao rezultat ankete o važećem pravu, 21. maja 1855. godine donet je (carskim patentom) novi Zakon o notarijatu, koji je imao za cilj da redukuje broj notara za pojedina notarska područja.[52] U Austriji je novi Notarijalni zakon (Notariatsordnung) usvojen 25. jula 1871. godine, koji sa brojnim izmenama i danas važi. [53]

---

postavljeni strogi uslovi: pored pismenosti, između ostalog, i poznavanje prava. To se posebno odnosilo na poznavanje ugovornog prava.

[47] V. *Neschwara*, Geschichte des österreichischen Notariats, Band I, op. cit. str. str.255.

[48] V. *Neschwara*, Geschichte des österreichischen Notariats, Band I, op. cit. str. 236-249.

[49] V. *Neschwara*, Geschichte des österreichischen Notariats, Band I, op. cit. str. 455.

[50] V. *Neschwara*, Geschichte des österreichischen Notariats, Band I, op. cit. str. 515- 624.

[51] V. *Neschwara*, Geschichte des österreichischen Notariats, Band I, op. cit. str. 601.

[52] V. *Neschwara*, Geschichte des österreichischen Notariats, Band I, op. cit. str. 18.

[53] V. *Kaserer*, Notariatsordnung, 1887.

Evolucija u građanskom društvu, važeće notarijalno pravo pojedinih evropskih zemalja.

Dok u staleškom društvu notarijat ima više primesa *državnih* funkcija, u građanskom društvu zapaža se veći stepen samostalnosti, profesionalnosti i obavljanje *nedržavnih* funkcija notara u *korist privatnih interesa* građana, svakako uz poštovanje njihove volje, zasnovane na javnom poverenju.

Nemačko važeće notarijalno obligaciono pravo. Savezno uređenje notarijata (Bundesnotarordnung BNotO) je poslednji put izmenjeno 2011. godine.[54] Notarijalno uređenje sadrži tri dela. Prvi deo uređuje notarijalnu službu. Unutar toga, reguliše postavljanje notara, način vršenja notarijalne službe, službenu delatnost, posebne obaveze notara, odsustvo i sprečenost notara, prestanak notarijalne službe, te sadrži propise postupka upravljanja (unutar notarijalne komore). Drugi deo uređuje komore notara, kao i saveznu komoru notara. Treći deo reguliše disciplinski postupak protiv notara. U pogledu *pravnog položaja* određeno je da su notari *nezavisni nosioci javne službe* kojima je osnovna delatnost u *formalnoj potvrdi* (Beurkundung) pravnih događaja. Notari su, osim ako to zakonom nije drugačije određeno, *isključivo vezani propisima notarijalnog zakona*. Moraju imati *službenu firmu* sa naznačenjem da je po sredi notarijat. Njihov poziv nema karakter privredne aktivnosti. Notari obavljaju delatnost kao *glavno* (osnovno) i jedino zanimanje, i to doživotno. Postoje, međutim, pravosudni okruzi u kojima se notarijalna služba obavlja, počev od 1. aprila 1961. kao *sporedno* zanimanje. U tu službu su primani isključivo advokati, kojima je advokatska komora okružnog pravosudnog područja, za vreme trajanja članstva u komori, *dopustila da pored advokature obavljaju i notarijalne delatnosti*. (Anwaltnotare – *advokati-notari*).[55] Inače, imenuje se toliko notara, koliko zahteva potreba primene prava. *Notarom* može postati lice samo na osnovu saglasnosti službe za pravosuđe, po pravilima Zakona o sudijama. Učesnici konkursa za notarijalnu javnu službu mogu biti lica koja su na osnovu sopstvene ličnosti i postignutih rezultata, podobna za obavljanje notarske službe. Na konkursu se podnose dokazi o tome da je kandidat najmanje *pet godina* radio u advokaturi, da je ovu delatnost obavljao najmanje tri godine neprekidno, da je položio *notarski stručni ispit* i da je stekao potrebno *iskustvo* u notarijalnoj praksi, u saradnji sa notarijalnim komorama.[56] U pogle-

[54] B NotO poslednji put je izmenjen članom 15. Zakona od 6. decembra 2011. godine (BGBl. 2011., I S. 2515.).

[55] BNotO par. 1-3.

[56] BNotO par. 4, 5. i 6. Stručni ispit za notare uređuju par. 7a-7i. Notarijalni ispit se može prijaviti posle tri godine prakse u advokaturi i ako su ispunjeni uslovi iz par. 5. Mesto i način polaganja notarijalnog ispita propisuje savezni ministar pravde.Sprovođenje

du *načina obavljanja* notarijalne delatnosti nemački zakon određuje da notar treba da postupa saglasno pravilima svog poziva. On nije zastupnik jedne stranke. On je nezavistan i nestranački orijentisan. Podjednako vodi računa o pravima i interesima svih učesnicika postupka. *Zabranjeno* je da notar posreduje pri *zajmovnim* pravnim poslovima ili poslovima prometa nepokretnostima, da *posreduje* pri davanju jemstva ili da preuzme druge garancije. Notar *ne sme da obalja privredne delatnosti* koje su nespojive sa njegovom službenom delatnošću.[57] *Službene delatnosti* notara obuhvataju sastavljanje forme bilo koje vrste, kao i overu potpisa, rukoznaka (nepismenih lica) i izvoda. Takođe, može da overi zaključke sa sastanaka, preduzme popis imovine, prijem protesta (menice), dostavi izjave i izda potvrde, u potrebnoj formi o pravnim činjenicama. Notari mogu izdati potvrdu da je zasnovana hipoteka na nepokretnosti, na osnovu zemljišnoknjižnih uknjižbi. Notari mogu sprovesti slobodnu (neobaveznu) javnu dražbu. Mogu izvršiti inventar nasledne mase, odnosno predmeta nasleđa i dr.[58] Notari su takođe ovlašćeni da čuvaju novac, hartije od vrednosti, skupocene stvari poverene im od strane stranaka, sve do njihove predaje trećem licu ili samoj stranci, po nalogu stranke.[59] Notar je ovlašćen da daje *pravne savete* strankama povodom sastavljanja isprava. U tom pogledu, notar je *izuzetno* ovlašćen da stranku *zastupa* pred sudom i organom uprave.[60] Notari su nadležni da *overe* ispravu o zastupanju, a zatim i ispravu o postojanju ili sedištu pravnog lica ili trgovinskog društva, ako to proističe iz upisa u trgovinskom ili drugom registru.[61] Ako je notar namerno ili nehatno povredio službenu obavezu, dužan je da naknadi *štetu* koja je time prouzrokovao. Zahtev za naknadu štete se podnosi republičkom sudu (Landgericht), bez

---

ispita se ostvaruje ispitni ured za notare savezne notarijalne komore. Ispit se sastoji iz pismenog i usmenog dela. Pismeni ispit obuhvata proveru znanja neophodnog za notare. Kandidat na pismenom delu treba da pokaže da je spreman da pruži ciljno rešavanje zadataka iz notarijalne prakse. Usmeni ispit obuhvata usmeno predstavljanje rešenja jednog notarijalnog zadatka kao i od grupnog ispita. Ovaj ispit treba da pokaže da je kandidat sposoban da dâ pravnu pouku stranci u njegovoj pravnoj stvari. Rezultati se ocenjuju prema skali vrednovanja za drugi državni ispit, saglasno Zakonu od 3. decembra 1981. godine (BGBl. I S. 1243). Područje delovanja notara je analogno teritoriji okružnog suda Bezierksgericht) u kome notar ima službene prostorije (Par. 10a. BNotO).

[57] BNotO par.14. st. 1-5.

[58] BNotO par. 20. st.1-5.

[59] BNotO par. 23.

[60] BNotO par. 24. st. 1. Ako je notar ujedno i advokat, uzima se u pogledu pravnih radnji iz st. 1 par. 24. da je posao obavio u svojstvu notara. U slučaju sumnje, pretpostavlja se da je postupio u svojstvu advokata. (par. 24. st. 2.).

[61] BNotO, par. 21. st. 1. tač. 1. i 2.

obzira na vrednost predmeta spora.[62] Zakon sadrži posebne propise o upravljanju unutar savezne i republičke komore notara,[63] kao i odredbe o disciplinskoj odgovornosti i disciplinskom postupku protiv notara,[64] pri čemu sankcije mogu biti upozorenje, novčana kazna ili razrešenje iz službe.[65]

Austrijska važeća profesionalna pravila. Kako smo već u odeljku o evoluciji notarijata prikazali, u Austriji notarijalno pravo ima dugu tradiciju.[66] Najnoviji propis je *Rechtsvorschrift für Notariatsordnung* od 2012. godine. [67] On je zasnovan na brojnim izmenama osnovnog teksta iz 1869. godine.[68] Notari ili notarijalni pomoćnici, pored ostalog su ovlašćeni, po par. 22. važećeg Notariatsordnung-a, da zasnuju jedno (zajedničko) notarijalno mesto (kancelariju), ukoliko za to ispunjavaju potrebne uslove, predviđene po propisima za otvorena privredna društva ili komanditna društva. Ovakvo notarijalno partnerstvo zahteva saglasnost komore notara. Notarijalno partnerstvo mora imati jednu kancelariju.[69] Notari su dužni da se udruže u *profesionalno udruženje notara*. Dužni su takođe da se *osiguraju od odgovornosti za nanete štete* strankama, bilo individualno, bilo preko notarijalne komore.[70] Notar mora imati *punomoć* stranke za sastavljanje isprave o pravnom poslu, ali ako notar nema takvo formalno i direktno ovlašćenje, stranka može sastavljeni pravni posao naknadno odobriti.[71] Zbog visokog rizika od *pranja novca*, notar je dužan da obrati posebnu pažnju kod nužnog punomoćja radi sastavljanja isprave o pravnom poslu, ako oceni da se radi o kupovini ili prodaji nepokretnosti ili o osnivanju preduzeća; takođe, ako se radi o upravljanju novcem, hartijama od vrednosti ili o osnivanju privrednih društava, trustova ili fondacija.[72] Notar je posebno obavezan da obrati pažnju, te da se usprotivi pranju novca i finansiranju terorizma.[73] Kod sastavljanja *testamenta* notar je du-

---

[62] BNotO par. 19. st. 1-3.

[63] BNotO par. 64a-91.

[64] BNotO par. 92-110.

[65] BNotO st. 1. par. 97.

[66] Notariatsordnung, RGBl Nr. 75/1871, sa brojnim izmenama. V. www. ris. bka. gv. At.

[67] U daljem tekstu NO, pravni propis o uređenju notarijata, od 17. januara 2012. godine.

[68] V. par. 6. RGBl, Nr. 113/1869, BGBl. Nr.3/1877, 189/1908, 94/1919, 315/1922, 4/1930, 104/1945, 30/1947, 267/1963, 576/973, 162/177, 522/1987, 343/1989, 692/1993, 72/1999, 98/2001, 93/2003, 164/2005 (izvršnost notarijalne isprave), BGBl. I Nr. 111/2007. i dr.

[69] NO par. 24. st. 2.

[70] NO par. 30. st. 1. Tako je i u važećem pravu RS, v. čl. 59. st. 5. ZJB RS.

[71] NO par. 36.

[72] NO par. 36 a. st. 1.

[73] NO par. 36 b. st 2.

žan da to učini u formi predviđenoj AOGZ-om, - kad treba, sa potrebnim svedocima. *Testament* se ne može sastaviti u elektronskoj formi.[74] Kod prihvatanja sastavljanja usmenog testamenta, notar je dužan da upozori i pouči testatora - ako oceni da je njegova poslednja izjava dvosmislena - saglasno pravilima o sudskoj formi takvog testamenta.[75] Notar ima pravo da sastavi isprave o činjenicama i o izjavama.To se odnosi i na *overu* isprava, izdavanje *kopija* originalnih isprava, papirnih isprava, elektronskih isprava, na overu ispravnosti *prevoda*, overu autentičnosti *potpisa*, konstataciju činjenice o protestu menice, o raznim činjeničnim okolnostima, o faktu upisa u javne knjige i registre i o drugim činjeničnim događajima, saglasno zakonskim propisima.[76] Kod potvrđivanja autentičnosti prevoda isprave sastavljenog na stranom jeziku to čini uz učešće sudskog tumača.[77] Kod overe autentičnosti potpisa notar overava identitet potpisnika. Kod *elektronskog potpisa* potvrdu daje ako je ta vrsta potpisa njemu dostavljena, i sačinjena na propisani način. Kod *svojeručnog* potpisa, overa se daje tek nakon toga što se notar prethodno uverio da je potpis učinjen od datog lica.[78] Notar može sastaviti ispravu povodom izjave koju je jedna strana nameravala da dâ drugoj. U tom smislu, notar može da konstatuje postojanje te izjave, ako od nje zavisi nastanak nekog prava.[79] Kod savetovanja i donošenja *zaključaka*, notar sastavlja *zapisnik* (protokol) koji sadrži mesto, sadržaj i vreme održavanja kao i same zaključke.[80] Ako je notar sam čuvao akte, odn isprave, ovlašćen je da dâ *izvode* i *prepise* istih.[81]

Francusko pravo - evolucija od nastanka građanskog društva i važeće pravo. Francuski *Décret sur la nouvelle organisation du Notariat* – Zakon o novoj organizaciji notarijata od 29. februara 1791. godine je u kratkom vremenu od 1810. do 1815. godine primenjivan i u Austriji. Revidirani notarijalni zakon, odnosno Zakon o organizaciji notarijata (*loi contenant l' organisation du notariat*) je donet 16. 3. 1803. godine.[82] Francuski građanski zakonik (*Code civil*) od 1804. godine) je u čl. 151. i 154. predvideo *obaveznu notarijalnu formu* (actes respecteaux) za sledeće pravne poslove: saglasne izjave bračnih drugova date pred sudom u po-

[74] NO par. 70.
[75] NO par. 71. st. 1.
[76] NO par. 76, par. 89 a.
[77] NO par. 78. st. 1.
[78] NO par. 79. st. 1. tač. 1-3.
[79] NO par. 83. st. 1.
[80] NO par. 87. st. 1
[81] NO par. 91. st. 1
[82] V. *Neschwara*, Geschichte des österreichischen Notariats, Band I, op. cit. str.532.

gledu razvoda; priznanje vanbračnog deteta; poklon među živima; izjava zastupnika malodobnog lica o prijemu poklona; bračni (imovinski) ugovor, hipotekarni ugovor. Prema notarijalnom zakonu, notarijalni akt nije samo *dokaz*, već je i *izvršni naslov*. Važeći Zakon o notarima i Uredba o sprovođenju su doneti 26. novembra 1971. godine.[83] On je svakako jedan od respektabilnih zakona u Evropi.[84] Po članu 1317. Zakonika, autentični (verodostojni) su oni pravni akti (l'acte autentique) koji su overeni od javnog organa, odnosno sastavljeni pred njim u propisanoj formi. Prema komentatorima, autentičnost, tj. verodostojnost notarijalne forme potiče od toga, što je sastavljena pred notarom, pri čemu su dati svi potrebni potpisi. Autentičan akt je *izvršna isprava*. Pravni posao. odnosno izjava, proizvodi pravno dejstvo samo u notarijalnoj formi, i kod sledećih pravnih poslova: *testament*, sastavljen prema pravilima Zakonika, kao i izjava o *revokaciji* (opozivu) *testamenta*. Opoziv testamenta, naime, ne proizvodi pravno dejstvo, ako nije učinjen uz asistenciju notara.[85] Notari ne mogu obavljati notarske poslove za bliske srodnike (bračnog druga, decu, roditelje). Notarijalna isprava mora imati garancije *trajnosti*. Potpis i sadržaj treba da su neizbrisivi. Notarijalni akt mora da *sadrži* ime, prezime i domicil stranaka, kao i njihove potpise. Notarijalni akt može imati *aneks*, koji treba da se poziva na akt koji se upotpunjuje i da sadrži overu notara. Uz stranke, akt potpisuje i notar. Notar može izdati autentičan *prepis* akta uz overu notara. Notari se udružuju u svoje profesionalno udruženje, u *notarijalnu komoru*.[86]

Reformske zemlje. O osnovnim principima i evoluciji *mađarskog notarijalnog prava* bilo je već reči. Važeći Zakon o notarijatu ***Mađarske*** iz 1991. godine[87] određuje, u osnovnim principima, da zakon pridaje delatnosti javnih beležnika *javno poverenje.* Radi *prevencije sporova* javi beležnik pruža strankama pravne usluge. Javni beležnik o pravnim poslovima i o pravno relevantnim činjenicama izdaje *javne isprave*, *čuva dokumenta*, a na osnovu ovlašćenja stranaka *preuzima u depozit* novac, stvari

[83] Notaire, Loi 25 vent. an XI et Décret no. 71-941 du 26. nov. 1971.

[84] Izvori i literatura: *Code civil*; édition 2003 (102. édition), Dalloz, Paris, 2003, art. 1317, str. 1110; *Bosveux*, JCP éd N/ Juris-classeur páriodique, édition notariale, 1981. I. 391;*Grillet-Ponton*, JCP éd N, 2001, 1258 (évolution récente de l' acte notarié; Consumerisme et technologie); P.E. *Normand*, JCP éd N, 1990. I. 359.; *Schmidt- Szalewski* , Revue de droit immobiliér, Sirey, 1989, 147. (rôle dans les ventes immobilier).

[85] V. *Code civil*; édition 2003 (102. édition), Dalloz, Paris, 2003, str. 1111.

[86] V. *Code civil*; édition 2003 (102. édition), Dalloz, Paris, 2003, str. 1113.

[87] 1991. évi XLI. törvény a közjegyzőkről. (KJT).

od vrednosti i hartije od vrednosti, u cilju predaje poveriocu. Pomaže strankama u postupcima koji su u njihovoj nadležnosti – uz obezbeđenje jednakih šansi stranaka – putem pravne pomoći u ostvarivanju njihovih prava i obaveza. Javni beležnik sprovodi *postupak radi raspravljanja zaostavštine i druge vanparnične postupke*. Javni beležnik, u pravnim propisima utvrđenim pravnim stvarima, kao *deo pravosudne funkcje* države obavlja državnu delatnost primene prava.[88] U javnobeležničkom postupku javni beležnik je *vezan samo zakonom,* te se na njega ne može uticati upravnopravnim uputstvom. Javni beležnik u postupa *nepristrasno* i lično. [89] Javni beležnik je dužan da *odbije saradnju*, ako je ona protivna njegovim dužnostima, naročito ako se radi o zaključenju takvih *pravnih poslova* koji su *protivni imperativnim propisima* ili su usmereni na izigravanje zakona, odnosno ako je cilj pravnog posla zabranjen ili nečastan. Ukoliko javni beležnik u toku postupka zapazi okolnosti koje pobuđuju sumnju, ali nema osnova za odbijanje saradnje, dužan je da upozori stranku na ove okolnosti i da to konstatuje u ispravi. Ako se stranka tome protivi, javni beležnik će odbiti dalju saradnju.[90] Javni beležnik ne može postupiti u stvarima u kojima saglasno odredbama Zakona o parničnom postupku ne može postupiti ni sudija. Javni beležnik, osim ovih slučajeva, ne može odbiti saradnju. Ako odbije saradnju, o tome donosi *rešenje* u pismenom obliku, koje dostavlja stranci koja je zatražila saradnju notara. Lice prema kome je odbijena notarijalna saradnja, ima pravo da pobija negativno rešenje notara pred sudom nadležnim po mestu sedišta notara. Sud će rešenje preispitati po pravilima o vanparničnom postupku. On može odlučiti tako što će usvojiti zahtev stranke, rešenje notara staviti van snage, te obavezati notara da nastavi postupak, ili tako što će zahtev odbiti kao neosnovan. U oba slučaja odluka suda je konačna i nema mesta daljem pravnom leku.[91] Za obavljanje svoje delatnosti notar ima pravo na *naknadu troškova i na naknadu* u visini propisanoj pravnim propisima.[92] U pogledu *inkopatibilnosti* notarijalne sa drugim delatnostima, zakon propisuje da pored notarijalne notar ne može obavljati druge delatnosti radi ostvarivanja zarade, osim naučne, umetničke, sportske, odnosno stvaralačke tehničke delatnosti. Zarade od potonjih javni beležnik je dužan da prijavi predsedništvu teritorijalne komore. Javni beležnik ne može obavljati putem lične saradnje ni preduzimačku delatnost sa neograničenom

[88] KJT par. 1. st. 1-4.
[89] KJT par. 2. st. 1. i 2.
[90] KJT par. 3. st. 2.
[91] KJT par. 4. st.1-2. i par. 5. st.1-2.
[92] KJT par. 6.

odgovornošću, niti može posredovati kod zaključenja zajma ili kod prometa nepokretnosti. Takođe ne može primiti jemstvo vezano za notarijalnu delatnost, niti može preuzeti druge obaveze povodom obezbeđenja izvršenja ugovora.[93]

Važeći notarijalni zakon Republike ***Slovenije*** sadrži prečišćen tekst od 2007. godine.[94] On je u osnovnim odredbama odredio da je notarijat *javna služba* čije područje delovanja određuje zakon. Notarijat obavljaju notari imenovani saglasno *zakonskim propisima*, kao *slobodnu delatnost*. Notari obavljaju svoju delatnost *lično*. Prava i dužnosti notara određuje zakon.[95] Notari su lica od *javnog poverenja* koji po odredbama zakona sastavljaju *isprave o pravnim poslovima, o izjavama volje* iz kojih nastaju prava, *čuvaju* novac i vrednosne papire radi njihovog predavanja trećim licima ili državnom organu, obavljaju sve poslove *alternativnog rešavanja sporova, izdaju isprave po nalogu suda,* kao i druge poslove koje nalaže zakon.[96] Notari su, saglasno javnom poverenju, dužni da čuvaju ugled notarijata kao javne službe.[97] Notarske isprave su: notarski *zapisi*, notarski *zapisnici* i notarske *potvrde*.[98] Notarske isprave imaju dejstvo *javne istine*, ukoliko ispunjavaju uslove forme propisane zakonom.[99] Notarski zapis kojim je ustanovljena nečija obaveza davanja, činjenja, oprosta duga ili trpljenja u pogledu kojih je dopušteno poravnanje, predstavljaju *izvršni naslov* pod uslovom da su stranke saglasne sa neposrednim izvršenjem.[100] Notar je ovlašćen da *zastupa* stranke pred sudovima i drugim organima koji postupaju u nespornim (vanparničnim) stvarima, po ovlašćenju stranke.[101] U tom slučaju notar odgovara kao advokat.[102] Međutim, notar ne sme zastupati stranke u postupku u kome se osporava isprava, pravni posao ili druga pravna radnja u čijem preduzimanju je prethodno učestvovao notar.[103] Notar je dužan da svoju delatnost ostvari u skladu sa *načelom poštenja, savesnosti* i u skladu sa pravnim propisima.[104] U pogledu uslova *imenovanja* slovenački zakon sadrži slične od-

[93] KJT par. 7. st. 1-2.

[94] Zakon o notarijatu – uradno prečišćeno besedilo (ZN-UPB3), Uradni list RS št. 2/2007.(ZNS).

[95] ZNS čl. 1.

[96] ZNS čl. 2. st. 1.

[97] ZNS čl. 2. st. 2.

[98] ZNS čl. 3-4.

[99] ZNS čl. 3. st. 2.

[100] ZNS čl. 4.

[101] ZNS čl. 5. st. 1.

[102] ZNS čl. 5. st. 2.

[103] ZNS čl. 5. st. 3.

[104] ZNS čl. 6.

redbe kao i drugi evropski zakoni o javnom beležništvu. Naime, kandidat treba da je poslovno sposoban, da je diplomirani pravnik u Republici Sloveniji ili ima nostrifikovanu diplomu, da je položio pravnički državni ispit, da ima pet godina iskustva na pravnim poslovima - od toga najmanje godinu dana u notarijalnim pravnim stvarima ili u sudu, javnom tužilaštvu ili pravobranilaštvu, ili u advokaturi, da je vredan javnog poverenja, da aktivno vlada slovenačkim jezikom, da ima potrebnu opremu i prostorije i da nije navršio 64. godinu života.[105] Notara imenuje na osnovu konkursa, ministar nadležan za pravosuđe.[106] Notar sastavlja notarijalne isprave na *slovenačkom jeziku*. Na područjima na kojima je *ravnopravan i u službenoj upotrebi italijanski i mađarski jezik*, isprave se sastavljaju i na tim jezicima, sa ravnopravnim dejstvom.[107] Notar je obavezan da se *osigura od odgovornosti za štetu* koju može da prouzrokuje strankama, saglasno pravilima obligacionog prava.[108] Notarski zapisi o pravnim poslovima ili izjavama moraju se *čuvati*[109], utoliko pre, što se o njima može tražiti *prepis* ili *izvod*.[110] Notar može izdati *potvrdu* povodom dejstva izjava, vršiti *overu prepisa*, overu *potpisa*, overu *prevoda*, sastaviti *zapisnik o izjavi tumača*, sastaviti *testament* i dr.[111] *Isključiva* notarijalna forma, u obliku zapisa, predviđena je za *naslednopravne* poslove, pravne poslove *poslovno nesposobnog* lica i druge pravne poslove kod kojih tu formu zakon zahteva.[112]

Notarijalni zakon Republike ***Hrvatske*** je najpre donet 1994. godine, a zatim je prečišćeni tekst objavljen 1998. godine.[113] Zakon je u osnovnim odredbama odredio da uređuje ustrojstvo, ovlašćenja i način rada jav-

---

[105] ZNS čl. 8. st. 1. tač. 1-9. Pri izboru, odnosno imenovanju konsultuje se notarijalna komora.

[106] ZNS čl. 10. st. 1. 2. Broj notara propisuje ministar tako da bude najmanje jedan notar na području okružnog suda (čl. 11). Notar svoju delatnost može obavljati za celo područje RSl. (čl. 12. st. 1.).

[107] ZNS čl. 13. st. 1-4. U tom pogledu ZJB RS u čl. 18. st 1-4. predviđa da javni beležnik sastavlja javnobeležničke isprave na srpskom jeziku, ćiriličnim pismom, a *na područjima gde je u službenoj upotrebi i jezik i pismo nacionalne manjine, sastavljaju se na srpskom jeziku ćiriličnim pismom ili na jeziku i pismu nacionalne manjine,* ili *na oba jezika i pisma*, u skladu sa *zahtevom* stranke.

[108] ZNS čl. 14. st. 1. Ministar propisuje najmanju obaveznu sumu osiguranja. (čl. 14. st. 2.).

[109] ZNS čl. 96.

[110] ZNS čl. 57.

[111] ZNS čl. 49-65.

[112] ZNS čl. 47. st. 1. tač. 1-4.

[113] V. Zakon o javnom bilježništvu (ZJB H) , Narodne Novine, br. 29/1994., prečišćeni tekst , br.162/1998.

nog beležništva kao *javne službe*.[114] Utvrđuje se da se javno beležnička služba sastoji u obavljanju službenog sastavljanja i u izdavanju *javnih isprava o pravnim poslovima*, u konstataciji o *izjavama* i *činjenicama* na kojima se *zasnivaju prava*, u službenom *overavanju* privatnih isprava, u primanju na *čuvanje* privatnih isprava, zatim, novca i predmeta od vrednosti, radi njihove predaje drugim licima ili nadležnim organima, te obavljaju, po nalogu suda, i druge poslove predviđene notarijalnim zakonom.[115] Javno-beležničku službu obavljaju javni beležnici kao samostalni i *nezavisni* nosioci te službe, koji imaju svojstvo lica *javnog poverenja*.[116]

ZAKLJUČNE NAPOMENE

Evolucija notarijata u staleškom društvu pokazuje da je notar, javni beležnik bio zadužen za evidenciju statusnih stvari i da je često u tom pogledu obavljao „državnu“ funkciju. Nju potvrđuje i činjenica da je notarijat obavljao i neke danas tipične pravosudne funkcije, npr. rešavao je izvesne zakonom poverene sporove. Takođe notarijalni postupak se često vodio po službenoj dužnosti (ex officio). U građanskm društvu notarijat je nezavisna služba, vezana odredbama zakona o bitnoj formi i pravilima vanparničnog postupka. Ustanovljena je radi pružanja pravne pomoći ili ispunjenja potrebne forme pravnih poslova. Inicijativu za pokretanje notarijalnog postupka prema zakonima o notarijatu donetim u građanskom društvu, daje zainteresovana stranka.

Analizirali smo funkcije javnog beležištva, odn. notarijalna pravila pozitivnog prava (RS) u svetlu evolucije u evropskim zemljama i savremenog evropskog prava. Prikazana su osnovna rešenja nemačkog, austrijskog, francuskog, italijanskog, mađarskog, slovenačkog i hrvatskog notarijalnog prava. Ukazali smo na komunitarno evropsko pravo koje se odnosi na saradnju nacionalnih notarijalnih komora na evropskom nivou. Pokušali smo da utvrdimo koja su minimalna zajednička pravila, odnosno osobine notarijalnog prava. Po našem nalazu, one se sastoje u nezavisnosti notarijata, u zakonitosti obavljanja delatnosti, tj. vezanosti isključivo za materijalno odn. procesno građansko pravo. Takođe, notarijati su u službi građana u pogledu sastavljanja njihovih javnih i privatnih isprava (pravnih poslova, izjava), u potrebnoj formi, sa odgovarajućim dokaznim dejstvom, zasnovanim na javnom poverenju i zakonitosti. Saglasno tome,

[114] ZJB H čl. 1.
[115] ZJB H čl.2. st. 1.
[116] ZJB H čl. 2. st. 2.

isključeno je obavljanje poslova notara u vidu privredne delatnosti. Može se konstatovati da je u nekim pravima evropskih zemalja notar izuzetno, isključivo nadležan da sastavi određene pravne poslove, tako da forma suda ili uprave ne može zameniti notarijalnu formu (npr. francusko i austrijsko pravo). Međutim, u većini srednjoevropskih zemalja, za pretežan deo pravnih poslova notarijalna forma je konkurentska (Nemačka, Austrija, Mađarska i dr.), tako da se zakonom predviđena forma pravnog posla može ostvariti i u postupku pred notarem i suda, s identičnim dejstvom. Notarijalna forma se može ostvariti i kod ugovora koji nastaju na osnovu proste saglasnosti volja. Apsolutno dokazno dejstvo tih ugovora ograničava se samo na to da je ugovor nastao i ko su stranke. U pogledu sadržaja, takvi ugovori imaju relativno dokazno dejstvo, zbog mogućnosti izmene kako bitnih, tako i sporednih elemenata, putem proste saglasnosti volja. Kod ugovora sa bitnom ili konstitutivnom formom, tj. gde zakon za nastanak ugovora zahteva naročitu formu, apsolutno dokazno dejstvo forme se odnosi samo na bitne elemente ugovora, jer se sporedni elementi mogu menjati naknadnom prostom saglasnošću volja stranaka.

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

Convergence of the European Law on Public Notaries

Abstract

In this paper the author analyzes the functions of public notaries, the evolution of the institution in Europe and its legal features in contemporary European law. The basic normative solutions of the German, Austrian, French, Italian, Hungarian, Slovakian, Slovenian and Croatian law are outlined. The importance of the European law on notaries public is also stressed, which aims to further the cooperation between national chambers on notaries public on European scale, in order to facilitate the cross-border transactions within the territory of the European Union. The gist of the converging common European rules pertaining to notaries public are the principle of independence of notaries and the principle of legality, which means that the notaries are in the performance of their duties bound only by the norms of civil substantive and procedure law. Notaries public perform also a function of public service, since they provide assistance to citizens in drafting their public instruments and private deeds (juridical acts and statements), that produce the required evidentiary strength. Depending on whether a given requirement of form of juridical act can be met only by the assistance of notaries public or by other public bodies, one may distinguish exclusively notarial acts from competing forms of juridical acts.

Key words: European law on notaries public, the notion and functions of notaries public, evolution of notaries public in Europe, independence of notaries public (relation towards the judiciary, administration and advocacy), formal contracts and the notarized contracts form, the nature of the notarial procedure.

Originalni naučni rad 347.725
doi:10.5937/zrpfns46-1979

Dr Zoran Arsić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ODLUKA O SAZIVANJU SKUPŠTINE AKCIONARSKOG DRUŠTVA PREMA ZAKONU O PRIVREDNIM DRUŠTVIMA IZ 2011 GOD.[1]

Sažetak: *Skupština se saziva, pre svega, na osnovu zakona. U tom pogledu moguće je razlikovati dve situacije. Na prvom mestu, zakonom je, u određenim situacijama izričito predviđena obaveza sazivanja skupštine. Drugu grupu predstavljaju situacije u kojim se skupština saziva radi donošenja odluka o pitanjima koja su zakonom predviđena kao nadležnost skupštine.*

Skupština se saziva i na osnovu statuta. Ipak, dopušteno je da se zakonom predviđena obaveza sazivanja skupštine predvidi i statutom.

Treći osnov za sazivanje skupštine je interes (dobrobit) društva.

Prema Zakonu o privrednim društvima skupštinu, načelno, saziva odbor direktora, odnosno nadzorni odbor u slučaju da je upravljanje društvom dvodomno. Ovo se odnosi na redovnu skupštinu, kao i na vanrednu skupštinu.

Ključne reči*: skupština akcionarskog društva, sazivanje skupštine akcionarskog društva*

U pogledu sazivanja skupštine treba razlikovati donošenje odluke o sazivanju skupštine od samog sazivanja.[2] Kada je pravna priroda obaveštavanja, odnosno, sazivanja skupštine u pitanju, treba imati u vidu da se radi o postupanju unutar društva, koje nema karakter pravnog posla.[3]

---

[1] Rad je deo projekta Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija).

[2] Godin – Wilhelmi, Aktiengesetz, Berlin 1967, str.642

[3] Ima i drugačijih stavova.Hüffer U., op.cit.558

Načelno, skupština se saziva radi donošenja odgovarajućih odluka. Ovo zato što se radi o organu društva na kojem se, putem donošenja odluka, formira volja društva u pogledu pitanja iz nadležnosti organa. Samo izuzetno dopuštene su tzv. konsultativne skupštine, odnosno skupštine na kojima se ne donose odluke.[4]

Skupština se saziva, pre svega, na osnovu zakona. U tom pogledu moguće je razlikovati dve situacije.[5] Na prvom mestu, zakonom je, u određenim situacijama izričito predviđena obaveza sazivanja skupštine. Takav je slučaj na pr. sa skupštinom u slučaju gibitka (čl.371 st.2). Ista je situacija sa skupštinom u slučaju popunjavanja broja direktora iz 386 st.3. Drugu grupu predstavljaju situacije u kojim se skupština saziva radi donošenja odluka o pitanjima koja su zakonom predviđena kao nadležnost skupštine (čl.329). Ukoliko se radi o davanju saglasnosti na pravni posao kojim se vrši raspolaganje imovinom velike vrednosti (čl.470), tada postoji obaveza sazivanja skupštine, kao i sporedna ugovorna obaveza društva prema drugoj ugovornoj strani.[6]

Skupština se saziva i na osnovu statuta. U čl.329 st.2 predviđeno je da skupština saziva radi odlučivanja o drugim pitanjima u skladu sa ''zakonom i statutom'' (treba: ''zakonom ili statutom''). Ipak, dopušteno je da se zakonom predviđena obaveza sazivanja skupštine predvidi i statutom.[7]

Treći osnov za sazivanje skupštine je interes (dobrobit) društva. Za razliku od nekih nacionalnih prava, Zakonom o privrednim društvima iz 2011 god, ovaj osnov za sazivanje skupštine kao takav nije izričito predviđen, s tim što se vanredna skupština saziva i ''po potrebi'' (čl.371 st.1), što obuhvata i interes društva. Treba, ipak, imati u vidu da direktori i članovi nadzornog odbora imaju dužnost pažnje, koja obuhvata i razumno uverenje da deluju u najboljem interesu društva (čl.63 st.1). Zbog interesa društva skupština je neophodna kada pojedini akcionari traže uticaj na poslovođenje od strane direktora, ili kada se radi o promeni poslovne strategije,[8] kao i u slučaju neuobičajenih poslova (koji ne potpadaju pod režim raspolaganja imovinom velike vrednosti). S tim u vezi treba ponovo ukazati na postojanje skupštine na kojoj se ne donose odluke. Tako na

---

[4] Reger Gerald u Bürger Tobias, Körber Torsten, Aktiengesetz, Heidelberger Kommentar, Heidelberg 2008, str.770; Werner Winfried u Hopt Klaus, Wiedemann Herbert, AktG Grosskommentar, Berlin 1993, str.5

[5] Reger G., op.cit., str. 770; Werner W., op.cit., str.3

[6] Ziemons Hildegard u Karsten Schmidt, Marcus Lutter, Aktiengesetz, Köln 2008, str.1340

[7] Werner W., op.cit., str.4

[8] Ziemons H., op.cit., str.1340

pr. ukoliko se radi zaključenju posla koji je neznatno ispod cenzusa od 30% koji obezbeđuje primenu zaštitnog mehanizma regulative raspolaganje imovinim velike vrednosti, radi se o poslu koji može uticati na položaj društva i akcionara. U takvom slučaju, zbog nedostizanja cenzusa, ne postoji potreba skupštinske odluke kojom se daje saglasnost na posao, ali vrsta i značaj posla ukazuju na interes društva da se sazove skupština na kojoj bi akcionari bili obavešteni i izneli mišljenje o takvom poslu.

Na osnovu interesa društva na takvim skupštinama se na osnovu informacija i razmatranje utvrđuje mišljenje skupštine, putem neformalnog glasanja, koje je neophodno, ali i dovoljno. Ovakvim skupštinama odbor direktora ne ograničava svoju samostalnost u obavljanju poslova, već se ta autonomija time potvrđuje.[9]

Odluku o tome da li interes društva zahteva sazivanje skupštine donosi onaj ko je nadležan za sazivanje skupštine. Ukazuje se da se tom prilikom radi o subjektivnoj oceni.[10]

1. Odluka o sazivanju skupštine

Prema Zakonu o privrednim društvima skupštinu, načelno, saziva odbor direktora, odnosno nadzorni odbor u slučaju da je upravljanje društvom dvodomno (čl.365 i čl.372). Ovo se odnosi na redovnu skupštinu, kao i na vanrednu skupštinu . U pitanju je odluka odbora direktora, koja se donosi na način predviđen u čl.406, odnosno u slučaju nadzornog odbora u čl.429. Radi se, dakle, o odluci organa, a ne pojedinih članova organa. Ovlašćenje izvršnih direktora (čl.388 st.1) za zastupanje odnosi se na zaključenje pravnih poslova sa trećima i ne deluje u odnosima unutar društva. Zato pojedini izvršni direktori ne mogu na osnovu pojedinačnog ili zajedničkog zastupanja sazvati skupštinu.[11] Ipak, sprovođenje odluke o sazivanju skupštine se može delegirati na pojedinog direktora.[12] Direktori se registruju u skladu se propisima o registraciji (čl.383 st.5), zbog čega se otvara pitanje statusa izabranih, a još neregistrovanjih, direktora i njihove nadležnosti da odlučuju o sazivanju skupštine. S obzirom da je registracija, po pravilu, deklarativnog karaktera, izabrani, a još neregistrovani, članovi odbora direktora mogu punovažno odlučivati o sazivanju skupštine.[13] Član organa se postaje na osnovu izbora, a ne registracije. Ako se radi o razrešenom članu organa, a promena nije registrovana, iz

[9] Ibidem
[10] Werner W., op.cit., str.6
[11] Werner W. op.cit., str.8
[12] Reger G., op.cit., str.771; Hüffer U., op.cit.560
[13] Tako i Reger G., op.cit., str.771

pretpostavke nastale upisom ne nastaje ni pravo ni obaveza da učestvuje u donošenju odluke.[14]

Za slučaj da redovna skupština ne bude ¨održana¨ u zakonom utvrđenom roku iz čl.364 st.1, nadležni sud, u vanparničnom postupku, može naložiti njeno ¨održavanje¨. Kao što se vidi nadležnost suda se, prema zakonskom tekstu, vezuje za situaciju kada redovna skupština nije održana. Ovde se, ipak, ne radi o samo o faktičkom održavanju skupštine, nego i o obavezi sazivanja skupštine tako da ona može da se održi u zakonom utvrđenom roku (dan za koji je skupština sazvana pada u roku utvrđenim čl.364 st.1). Održavanje redovne skupštine u određenom roku zasniva se na potrebi razmatranja finansijskih izveštaja na radovnoj skupštini. Prema tome, prva situacija u kojoj je moguća intervencija suda je ona u kojoj je skupština uredno sazvana za dan u okviru zakonom utvrđenog roka, ali se nije održala (na pr. zbog nedostatka kvoruma). Odluka suda, međutim, ne može obezbediti održavanje skupštine. Moguće je i tada da se skupština ne može održati zbog nedostatka kvoruma. Intervencija suda je neophodna radi sazivanja skupštine, kada odbor direktora ne sazove skupštinu u roku iz čl.364 st.1. Istovetna situacija nastaje i kada odbor direktora sazove godišnju skupštinu, ali tako da ona ne može da se održi u zakonom predviđenom roku – sazivanje je izvršeno u okviru zakonom utvrđenog roka, ali je dan održavanja skupštine utvrđen tako da pada posle isteka zakonskog roka za održavanje skupštine. U svakom slučaju sud može naložiti samo sazivanje redovne skupštine, kao pretpostavke njenog održavanja. U tom smislu sud može da imenuje privremenog zatupnika. Tako se izjašnjava i sudska praksa. Sud je, naime, imenovao privremenog zastupnika, mada je upravni odbor sazvao skupštinu, koja nije bila održana.[15] Konačno, ostaje da se sudska praksa izjasni u pogledu treće situacije – odbor direktora nije sazvao redovnu skupštinu, pri čemu zakonski rok za njeno održavanje nije istekao, ali je iz okolnosti slučaja jasno da se skupština ne može održati u roku. Tako na pr. do isteka zakonskog roka za održavanje skupštine je ostalo 25 dana, i odbor direktira još nije sazvao skupštinu i jasno je da se skupština ne može održati u roku zbog pravila o sazivanju skupštine (poziv najmanje 30 dana pre održavanja skupštine). U toj situaciji je pitanje da li ovlašćena lica moraju da čekaju istek roka za održavanje redovne skupštine, ili se mogu obratiti sudu i ranije. Smatramo da bi ovlašćena lica, u takvoj situaciji, mogla da se

[14] Ziemons H. op.cit., str.1342

[15] Rešenje Višeg trgovniskog suda , Pž. 2628/2005 od 5.4.2005, Sudska praksa trgovvinskih sudova 2/2005, str.40

obrate sudu pre usteka roka, s obzirom na ciljeve utvrđivanja zakonskog roka za održavanje redovne skupštine, o čemu je bilo govora. Predlagač može biti ``akcionar koji ima pravo na učešće u radu skupštine``, direktor, ili član nadzornog odbora ako je upravljanje društvom dvodomno (čl.339 st.1). Prema Zakonu o privrednim društvima iz 2004 god. u vezi sa akcionarom kao predlagačem javljao se problem vezan za formulaciju "prisustvuje i glasa". Kao što se vidi kumulativno je bilo postavljeno prisustvovanje i glasanje. To znači da su bili isključeni akcionari sa preferencijalnim akcijama, budući da oni imaju pravo da prisustvuju na skupštini, ali ne i pravo da glasaju. Ovaj problem je prevaziđen novom formulacijom, zbog čega se ovakav pristup može pozitivno oceniti. U svakom slučaju, akcionari moraju dokazati svoj status, odnosno da su ovlašćeni da postave zahtev.

Kada se radi o odluci o sazivanju vanredne skupštine regulativom Zakona o privrednim društvima iz 2011 god. korigovane su slabosti u fomulacijama iz Zakona o privrednim društvima iz 2004 god.[16] Pre svega, vanrednu skupštinu saziva, kao i redovnu, odbor direktora, odnosno nadzorni odbor ako je upravljanje društvom dvodomno (čl.372 st.1 tč.1). Ako je društvo u likvidaciji, vanrednu skupštinu saziva likvidator društva (čl.372 st.5).

Pravo da se traži sazivanje vanredne skupštine proizlazi iz članstva, odnosno predstavlja upravljačko pravo akcionara dopunski vezano za manjinsko učešće. Kao takvo ono podleže lojalnosti koji postoji između akcionara i društva, odnosno zabrani zloupotrebe prava.[17] To se ocenjuje u svakom posebnom slučaju. Tako zloupotreba prava postoji kada je skupština održana u kratkom vremenskom intervalu pre postavljanja zahteva, već odbila predloženu odluku, a od tada se nisu pojavile nove okolnosti. Isti je slučaj kada manjina ztaži donošenje odluke u pogledu koje ne postoji potreba. Zluopotreba prava postoji i kada manjina traži sazivanje skupštine, pri čemu predstoji redovna skupština, a predložena odluka nije hitna. U takvoj situaciji manjini ostaje mogućnost da traži dopunu dnevnog reda.[18]

Vanredna skupština se može sazvati i na zahtev akcionara sa najmanje 5% osnovnog kapitala, odnosno akcionara koji imaju najmanje 5% akcija u okviru klase akcija koja ima pravo glasa po tačkama dnevnog re-

[16] Vidi Arsić Zoran,Odluka o sazivanju skupštine akcionarskog društva. Pravo i privreda 1-4/2006, str.23-31

[17] Hüffer U., op.cit., str.568

[18] Werner W., op.cit., str.35-36

da koji se predlaže. Kao što se vidi, u prvom slučaju, u obzir se uzima samo broj akcija u odnosu na ukupni broj akcija, odnosno broj akcija klase koja ima pravo glasa, nezavisno od toga da li akcionar ima pravo glasa i, ako ga ima, da li može da ga ostvaruje. U obzir se, dakle, uzimaju i preferencijalne akcije, kao i akcije onih akcionara koji imaju pravo glasa, ali ne mogu da ga vrše zbog konflikta interesa. Isti je slučaj sa akcijama u pogledu kojih je privremeno oduzeto pravo glasa zbog neprijavljivanja sticanja odgovarajučeg udela (čl.62 Zakona o tržištu kapitala).[19] U svakom slučaju akcionari moraju biti vlasnici akcija na koima se zasniva cenzus. S tim u vezi u literaturi se ukazuje na pitanje pozajmljenih akcija.[20] Za obračun je relevantan iznos registrovanog osnovnog kapitala u trenutku postavljanja zahteva. Donete, ali još neregistrovane, odluke o izmenio osnovnog kapitala se ne uzimaju u obzir. Sopstvene akcije se ne oduzimaju od ukupnog broja akcija.[21] U drugom slučaju cenzus postoji ako podnosioci zahteva imaju najmanje 5% akcija u okviru klase akcija koja ima pravo glasa po tačkama dnevnog reda koji se predlaže. Ovde se radi o tome da podnosioc zahteva ''ima'' određen procenat akcija. Cenzus se ne vezuje za pravo glasa pojedinačnog akcionara nego za pravo glasa klase. Zbog toga nema mesta primeni pravila o nemogućnosti vršenja prava glasa iz čl.362. Moguće je, zato, da zahtev postavi akcionar koji ima akcije klase koja ima pravo glasa po određenom pitanju, mada, zbog sukoba interesa, ne može da glasa. Nije takođe, aktuelna ni dilema vezana za plodouživanje na akciji u pogledu toga ko ima pravo glasa, s obzirom da akciju ''ima'' vlasnik akcije, a ne plodouživalac.

Statutom se ovaj cenzus može smanjiti, ali se ne može povećati. Smanjenje može ići, teorijski posmatrano, do jedne akcije.[22]

Da bi akcionari mogli da podnesu zahtev oni status akcionara moraju steći najmanje tri meseca '' pre podnošenja zahteva''. Zahtev je podnet kada se smatra primljenim od strane društva, u skladu sa čl.339, tri dana od dana slanja preporučenom poštom. Period od tri meseca se računa unazad i to prema čl.77 st.2 Zakona o obligacionim odnosima. Ovde treba ukazati na spomenuto pitanje zajma akcija, s obzirom da se ovakvom regulativom sprečava da se kratkoročnom pozajmicom akcija obezbedi cenzus za postavljanje zahteva. Za razliku od ranije regulative naknadne promene u smislu gubitka statusa akcionara imaju značaj, s obzirom da akcionari moraju zadržati status akcionara do donošenja odluke po zahtevu

[19] Suprotno u pravima gde sankciju predstavlja gubitak svih prava iz akcije, a ne samo prava glasa. Za nemačko pravo tako Werner W., op.cit., str.29

[20] Werner W., op.cit., str.30.

[21] Ziemons H. op.cit., str.1355

[22] Isto Butzke Volker, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, Stuttgart 2011, str.60

(čl.372 st.3). U literaturi se ukazuje da pretpostvake u pogledu podnosioca zahteva moraju da postoje ne samo do donošenja odluke od strane organa društva, nego i do odnošenja sudske odluke. Ipak, ukazuje sa da je ovo sporno.[23] S tim u vezi ukazuje se da obaveza zakazivanja skupštine postoji ako odgovarajuće manjinsko učešće postoji u trenutku postavljajnja zahteva.[24] Ima shvatanja da cenzus mora postojati do trenutka održavanja skupštine.[25] Treba, takođe, imati u vidu da ovaj stav važi u slučaju pozitivne odluke odbora direktora. Ako je odluka negativna, može uslediti sudski postupak, kada se otvara pitanje postojanja zakonskih pretpostavki na strani predlagača. Smatramo da je prihvatljiv stav prema kojem prepostavke moraju postojati do trenutka donošenja odluke i to kako kada se radi o odluci organa, tako i kada je u pitanju odluka suda. Za ovo postoji i normativna podrška u st.3 čl.372.

Zastupanje akcionara je dopušteno. Kada je punomoćje u pitanju, ono se mora jasno odnositi na sazivanje skupštine – prosto punomoćje za glasanje nije dovoljno.[26]

U pogledu forme zahteva nema izričite norme, ali smatramo da ona mora biti pismena na osnovu čl.339 st.3 gde se spominje preporučena pošta. Za razliku od Zakona o privrednim društvima iz 2004 god. prema kojem se zahtev upućivao upravnom odboru, prema Zakonu o privrednim društvima iz 2011 god. zahtev se upučuje društvu u njegovom sedištu. Tada važi zakonska pretpostavka da je zahtev primljen od strane društva u roku od tri dana od dana slanja zahteva. S obzirom da se rok izražava u danim primenjuje se čl. 77 st.1 Zakona o obligacionim odnosima. Ovaj stav je sporan i u pravima u kojima upravni odbor zastupa društvo, pa bi zahtev trebalo uputiti društvu zastupanom od strane upravnog odbora.[27]

U pogledu sadržine zahteva (čl.372 st.2) predviđeno je da on mora da sadrži podatke o svakom podnosiocu zahteva u skladu sa čl.265. To, pre svega, znači da zahtev mora sadržati podatke za identifikavanje akcionara iz tč.1 st.1 čl.265. Osim toga, s obzirom na cenzus za postavljenje zahteva, zahtev mora da sadrži i podatke o akcijama svakog pojedinog podnosioca zahteva iz tč.5 st.1 čl.265. Nije predviđeno da zahtev mora biti potpisan od strane podnosilaca, ali to prirodi stvari ne bi smelo da bude sporno.[28] Sporno je, međutim, u slučaju kada zahtev podnosi više akcionara, da li svi moraju potpisati jedan zahtev, ili je moguće postojanje više

[23] Hüffer U., op.cit., str.568
[24] Beck Ag – HB, München 2004, str.395
[25] Prema Butzke V. op.cit., str.57; Tako i Werner W.,op.cit., str.30
[26] Hüffer U., op.cit., str.567
[27] Hüffer U., op.cit., str.568
[28] Tako i Butzke V., op.cit., str.57

zahteva, kojima se ispunjava cenzus.[29] Jednostavnost provere ispunjenosti uslova u slučaju jedinstvenog zahteva, kao pravna nesigurnost kada postoji više zanteva govore protiv šireg tumačenja.[30] U literaturi se ukazuje da akcionari moraju podneti dokaze o ispunjenosti uslova za postavljanje zahteva,[31] što bi bili izvodi iz Centralnog registra.

Osim toga, predviđeno je da zahtev mora da sadrži i predlog dnevnog reda. Predlog dnevnog reda je važan zbog toga što dnevni red vanredne sednice može biti utvrđen ``isključivo`` prema predlogu iz zahteva. Predlog dnevnog reda mora biti obrazložen. Vanredna skupština može odlučivati samo o pitanjima navedenim u zahtevu akcionara. Odbor direktora je, dakle, vezan zahtevom. Dnevni red ne može biti izmenjen. Ima shvatanja da upravni odbor može dopuniti dnevni red sadržan u zahtevu.[32] Očigledno je da formulacija norme ukazuje da ovaj stav nije prihvatljiv za domaće pravo (¨isključivo¨), mada ga smatramo racionalnim. Odbor direktora, ipak, nije u potpunosti vezan zahtevom akcionara i to u pogledu tačaka koje nisu u delokrugu skupštine. Zahtev je dopušten samo kada se odnosi na pitanja koja su u nadležnosti skupštine.[33]

Prema vladajućem mišljenju podnosioci zahteva ne moraju podneti i predloge odluka u pogledu predloženih tačaka dnevnog reda.[34] Suprotan stav se obrazlaže time što ostali akcionari treba da budu stavljeni u isti položaj kao u slučaju svake druge skupštine u pogledu punomoćja i davanja naloga za vršenje prava glasa.

Moguć je opoziv zahteva za sazivanje skupštine.[35] Opoziv je moguće izvršiti do sazivanja skupštine i to u formi koja se traži za postavljanje zahteva. Ukoliko je opoziv izvršen od strane samo nekih od akcionara koji su podneli zahtev, to ima isto dejstvo kao da cenzus ne postoji. Ako je opoziv zahteva izvršen posle sazivanja skupštine, to otvara mogućnost odboru direktora da opozove izvršeno sazivanje skupštine.[36]

Odbor direktora ima obavezu da donese odluku najkasnije u roku od osam dana od dana prijema zahteva. U istom roku od donošenja odluke odbor direktora mora da obavesti svako lice koje je tražili sazivanje vanredne skupštine, na adresu navedenu u zahtevu. Za razliku od Zakona o

---

[29] Reger G. Op.cit., str.778; Butzke V., op.cit., str.57

[30] Reger G., op.cit., str.778

[31] Ziemons H., op.cit., str.1358

[32] Gessler, Hefermehl, Eckardt, Krpof, Band II, str.91; Hüffer U., op.cit., str.569

[33] Reger G., op.cit., str.779; Werner W., op.cit., str.34

[34] Butzke V., op.cit., str.57; Werner W., op.cit., str.34 ; Suprotno Ziemons H., op.cit., str.1357

[35] Reger G., op.cit., str.779

[36] Ibidem

privrednim društvima iz 2004 god. nisu utvrđeni osnovi za odbijanje zahteva. Odluka odbora direktora može biti pozitivna i negativna, a moguće je da odbor direktora ne donese nikakvu odluku (pitanje nije stavljeno na dnevni red, nije bilo kvoruma za odlučivanje).

Zahtev manjine akcionara prema odboru direktora za sazivanje vanredne skupštine ima sudsku zaštitu. Nadležni sud u vanparničnom postupku može naložiti održavanje vanredne skupštine po predlogu svakog podnosioca zahteva ako odbor direktora propusti da donese odluku po zahtevu akcionara u roku od osam dana od prijema zahteva, odnosno ako u tom roku odbije zahtev i o tome u istom roku ne obavesti podnosioca zahteva, kao i ako se vanredna skupština ne održi u roku od 30 dana od dana prijema zahteva. Kao što se vidi, osnovna situacija u kojoj se može tražiti sudska zaštita prava da se traži sazivanje vanredne skupštine je ona u kojoj odbor direktora ne donese odluku u propisanom roku, ili donese negativnu odluku. Sporna je treća situacija u kojoj vanredan skupština nije ``održana`` u roku od 30 dana od dana prijema zhteva. Ovde se, dakle, ne radi o vanrednoj skupštini koja nije održana, nego o skupštini koja nije sazvana. Neodržavanje skupštine zbog nedostatka kvoruma ne može biti osnov za traženje sudske zaštite, budući da se ne može tražiti da sud omogući održavanje, nego sazivanje vanredne skupštine. S tim u vezi treba imati u vidu da akcionari moraju da čekaju istek roka od 30 dana da bi se obratili sudu. Ovo zato što svaka odluka upravnog odbora kojom se zakazuje skupština (pozitivna odluka), u skladu sa zakonom, onemogućava akcionare da se obrate sudu. Pod prihvatanjem zahteva akcionara (pozitivna odluka) treba smatrati odluku kojom se zakazuje skupština tako da se može održati u rokuod 30 dana od dana prijema zahteva. Ovo zato što Zakona o privrednim društvima iz 2011 god. više ne sadrži neodržavnje skupštine na dan iz odluke kao osnova za obraćanje sudu. Ukoliko bi odbor direktora prihvatio zahtev, ali skupštinu zakazao tako da se ona ne može držati u roku od 30 dana od dana prijema zahteva, akcionari bi mogli da se obrate sudu.

Nije jasno šta bi sud mogao da odluči ako je odbor direktora postupio po zahtevu ovlašćenog lica i sazvao vanrednu skupštinu, a skupština nije održana. Pravo ovlašćenog lica nije povređeno i nema potrebe za sudskom zaštitom. U sudskoj praksi postoji shvatanje da u situaciji kada je stavljen zahtev za sazivanje skupštine vansudskim putem i kada je društvo postupilo po tom zahtevu, ne postoji pravni interes za podnošenje zahteva sudu da naloži sazivanje vanredne skupštine.[37] Odbor direktora, kao ni sud, ne može uticati na faktičko održavanje skupštine u pogledu

[37] Rešenje Višeg trgovinskog suda , Pž..2348/2005 od 6.5.2005.

prisutnosti akcionara – ne može obezbediti kvorum. Obraćanje sudu bi, ipak, bilo moguće u situacijama kada odbor direktora, uprkos donetoj odluci o zakazivanju skupštine, ne izvrši svoje druge obaveze u pogledu održavanja skupštine - na pr. ne pošalje pozive za skupštinu.

Predlagač može biti svaki akcionar koji je potpisnik zahteva za sazivanje skupštine. S tim u vezi smatramo da zahtev može postaviti i pravni sledbenik akcionara – na pr. naslednik akcionara fizičkog lica.[38] Smatramo da to ne može i sticalac akcija po osnovu pravnog posla, mada je to sporno.[39] Postavlja se pitanje procesnopravne kvalifikacije – da li statuts akcionara predstavlja procesnu pretpostavku. Protivnik predlagača je društvo – ne odbor direktora kao njegov organ. Donošenje rešenja nije moguće bez dostavljanja protivniku predlagača na izjašnjavanje zbog postojanja spornosti.[40]

Za razliku od Zakona o privrednim društvima iz 2004 god. nije predviđeno da sud odlučuje po istim kriterijumima kao i odbor direktora. Smatramo da, prilikom odlučivanja i sud može uzeti u obzir i zloupotrebu prava od strane manjine akcionara, o čemu je bilo reči. Opšte je prihvaćen stav prema kojem sud mora da prihvatiti predlog akcionara kada su ispunjene zakonske pretpostavke.[41] Odluka suda kojom se nalaže održavanje sednice skupštine sadrži mesto i vreme održavanja sednice, način oglašavanja i pozivanja akcionara, kao i dnevni red sednice (čl.339 st.4).

Sud može da imenuje lice koje će, u skladu sa odlukom suda, oglasiti održavanje sednice, izvršiti pozivanje akcionara na sednicu i predsedavati sednicom (čl.339 st.5). Prema Zakonu o privrednim društvima iz 2004 god. radilo se o privremenom zastupniku društva. U tom pogledu sud nije vezan predlogom – imenovanje privremenog zastupnika je moguće i ako nije sadržano u zahtevu. Prema pravnom stavu Višeg Trgovinskog suda privremeni zastupnik se imenuje iz kruga lica za koje sud smatra da mogu da odgovore obavezama sazivanja i predsedavanja sednici skupštine. To znači da sud nije vezan predlogom i da se u sudu ne formiraju liste zastupnika sa kojih bi sud birao privremenig zastupnika.[42] Za slučaj da sud prihvati zahtev akcionara i ne imenuje privremenog zastupnika, skupštini predsedava lice utvrđeno prema čl.333.

---

[38] Tako Werner W., op.cit., str.30

[39] Hüffer U., op.cit., str.570

[40] Rešenje Višeg trgovinskog suda , Pž. 2938/2005 od 31.3.2005, Sudska praksa trgovinskih sudova 2/2005, str.37

[41] Beck Ag – HB, München 2004, str.395

[42] Sudska praksa trgovinskih sudova 3/2005, str.8

U čl.339 st.8 se predviđa da sud mora da donese odluku po zahtevu u roku od osam dana od dana prijema zahteva. Cilj norme je da se omogući efiksna zaštita manjinskih prava akcionara. Ipak, treba imati u vidu da se ovo odnosi samo na prvostepenu odluku, čime se, u velikoj meri, dovodi u pitanje ostvarivanje tog cilja. Treba, međutim, naglasiti da sud u vanparničnom postupku može odlučiti da žalba ne zadržava izvršenje prvostepene odluke (čl.20 Zakona o vanparničnom postupku).

U čl. 339 st.6 predviđeno je da su podnosioci zahteva dužni da predujme troškove radnji predviđenih u pozitivnoj odluci suda iz st 4 čl.339 (oglašavanje održavanja sednice i pozivanje akcionara), kao i troškove lica iz st.5 istog član. Pozitivnom odlukom sud će obavezati društvo (čl.339 st.7) da snosi te troškove, kao i sve troškove održavanja te sednice (na pr. zakup sale). Kada se radi o skupštini po nalogu suda, treba imati u vidu da ova norma ne obuhvata sudske troškove – oni se regulišu procesnim propisima.

2. Pravne posledice neovlašćenog sazivanja skupštine

U pogledu neovlaćenog sazivanja skupštine treba ukazati da nije moguće konvalidirati neovlšćeno sazivanja saglasnošću onog ko je ovlašćen.[43] Tako kada je upravljanje društvom dvodomno, skupštinu saziva nadzorni odbor. U slučaju da odbor direktora donese odluku o sazivanju skupštine, saglasnost nadzornog odbora ne čini sazivanje punovažnim.

Postavlja se pitanje pravnih posledica koje nastupaju ako skupština bude sazvana od strane neovlašćenog lica. U nacionalnim pravima koja pozanju razliku između ništavih i rušljivih skupštinskih odluka, ukazuje se da se odluke donete na takvoj skupštini smatraju ništavim.[44]Pitanje, je, međutim, kakva je kvalifikacija prihvatljiva u domaćem pravu. Ovo zato što Zakonom o privrednim društvima iz 2011god. nije prihvaćeno postojanje ništavih skupštinskih odluka, izuzev onih koje se spominju sua loco. Imajući u vidu regulativu čl.376-381, smatramo da se radi o rušljivoj odluci (pobojnoj), s obzirom na čl.376 st.1 tč.1. Izuzetak u tom pogledu predstavlja situacija kada su se stekle pretpostavke za održavanje univerzalne skupštine iz čl.335 st.12.

[43] Werner W., op.cit., str.23
[44] Hüffer U., op.cit., str.561; Ziemons H., op.cit., str.1343

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

Decision to Convene Shareholders Meeting

Abstract

In view of convocation of shareholders meeting one needs to differ making of decision to convene shareholders meeting and convocation alone. Resolution of authorized company body to convene shareholders meeting is juridical act. When legal nature of informing or convocation is in question, one should take into consideration the fact that it does not have character of juridical act.

Key words: shareholders meeting, convocation of shareholders meeting

Originalni naučni rad 347.763:061.1EU
doi:10.5937/zrpfns46-1980

Dr Dušanka Đurđev, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ODNOS KOMUNITARNOG SAOBRAĆAJNOG PRAVA I MEĐUNARODNIH KONVENCIJA[1]

Sažetak: *Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora iz 2007, EU je stekla svojstvo pravnog lica i sposobnost da zaključuje međunarodne ugovore. Sada je moguća primena nacionalnih propisa, međunarodnih ugovora koje su zaključile samo države članice EU, sekundarnih komunitarnih propisa, međunarodnih ugovora koje je zaključila samo EU sa trećim državama ili međunarodnim organizacijama i tzv. mešovitih ugovora a to su međunarodni ugovori koje su zaključile, s jedne strane EU i države članice i s druge strane treće države ili međunarodne organizacije. U oblasti transporta EU ima ovlašćenje da zaključuje međunarodne ugovore u svim pitanjima transportnog prava u kojima je ovlašćena da interno, u okviru EU, uređuje te transportne odnose. Ovo postavlja pitanje uzajamnog odnosa komunitarnih propisa u oblasti saobraćaja i međunarodnih konvencija.*

Ključne reči: *Lisabonski ugovor i EU kao pravno lice, zaključivanje međunarodnih ugovora, odnos međunarodnih ugovora prema komunitarnim propisima, isključujuća klauzula*

UVOD

Kada se radi o regulisanju odnosa u saobraćaju u EU, moguće je da dođe do primene nacionalnih propisa država članica, komunitarnih saobraćajnih propisa i međunarodnih konvencija koje regulišu neko od pitanja iz oblasti saobraćaja. Mogućnost primene različitih propisa postavlja pitanje njihovog uzajamnog odnos i hijerahije.

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

Stupanjem na snagu 2009. Lisabonskog ugovora iz 2007[2] EU je dobila svojstvo pravnog lica[3] i mogućnost da samostalno zaključuje međunarodne ugovore. Pošto je postala subjekt međunarodnog prava,sposobna je da zaključuje međunarodne ugovore u svoje ime. Međunarodni ugovori koje zaključuje EU obavezuju institucije EU i države članice i postaju deo komunitarnog prava. Ovi međunarodni ugovori moraju biti u skladu sa osnivačkim ugovorima EU.

Činjenica da EU može da zaključuje međunarodne ugovore stvorila je složenu situaciju vezanu za redosled u primeni izvora saobraćajnog prava. Sad je moguća primena nacionalnih propisa, međunarodnih ugovora (konvencija) koje su zaključile samo države članice EU, sekundarnih komunitarnih propisa (naročito uredbi i uputstava), zatim međunarodnih ugovora koje je zaključila samo EU sa trećim državama ili međunarodnim organizacijama i međunarodnih ugovora koje su zaključili EU zajedno sa državama članicama s jedne strane i treće države ili međunarodne organizacije s druge strane(mešoviti ugovori).

Zbog složenosti pitanja neophodno je ukazati na neka bitna obeležja pravnog poretka EU.

U pravnom poretku EU vertikalna podela nadležnosti se zasniva na određenim načelima i regulisana je UEU[4].

Načelo dodeljenih ovlašćenja

Prvo je načelo dodeljenih ovlašćenja , prema kome Unija deluje samo u granicama nadležnosti koje su joj dodelile države članice ugovorom kakao bi postigle određeni cilj.[5] Načelo dodeljenih ovlašćenja znači da je potrebno da države članice prethodno ovlaste EU da bi EU mogla da donosi odluke o bilo kom pitanju, pa tako i u oblasti saobraćaja., jer EU nema sama po sebi izvorna ovlašćenja. Države su to u oblasti saobraćaja učinile još u Rimskom ugovoru a u UFEU je to regulisano poglavljem VI

---

[2] Lisabonski ugovor. čine tri dela: Ugovor o evropskoj uniji (UEU), Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (UFEU) i protokoli i deklaracije koje su dodate uz ugovore; tekst objavljen u izdanju: Konsolidovani ugovori o EU, Od Rima do Lisabona, Beograd 2009.

[3] Član 47. UEU.

[4] Više o tome Radovan Vukadinović, Uvod u institucije I pravo EU, Kragujevac 2010, str 123-148; Tamara Perišin, Razgraničenje ovlasti EU i država članica, Reforme Evropske unije, Lisabonski ugovor, Zagreb 2009. Str 219 237; Jones A. Surfin B., EC Competition Law, Oxford University 2008. str 138.

[5] Član 5/1UEU: "U skladu sa principom dodeljene nadležnosti,Unija deluje samo u granicama nadležnosti koje su joj zemlje članice dodelile ovim ugovorima za ostvarivanje ciljeva koji su ovim ugovorima utvrđeni .Državama članicama pripadaju sve nadležnosti koje ovim ugovorima nisu dodeljene Uniji" .

trećeg dela (čl. 90-100). Cela Unija se temelji na načelu dodeljenih ovlašćenja.[6]

Načelo supsidijarnosti

Drugo je načelo supsidijarnosti[7] što znači da u oblastima koje nisu u isključivoj nadležnosti Unije ona deluje samo, ako i u meri u kojoj države članice ne mogu na zadovoljavajući način da ostvare ciljeve koji su sadržani u predloženim merama, a koji se mogu radi obima ili dejstva na bolji način postići na nivou Unije.

Na osnovu principa supsidijarnosti EU može da interveniše u oblastima koje ne spadaju u njenu isključivu nadležnost, samo ukoliko države članice ne mogu na odgovarajući način da ostvare nameravane ciljeve sopstvenim akcijama, niti na centralnom niti na regionalnom ili lokalnom nivou,ali koji mogu iz obimnosti ili dejstva predloženih akcija, bit bolje ostvareni na nivou Unije. Drugim rečima, kad je Ugovor dodelio Uniji određeno ovlašćenje, ona ga mora izvršavati u skladu sa dve kumulativno postavljene pretpostavke[8] i to prvo, Unija sme da deluje samo ako države ne mogu same da postignu željeni cilj i drugo, Unija sme da deluje ako će zbog tog delovanja biti bolja u postizanju ciljeva. Institucije Unije primenjuju princip supsidijarnosti u skladu sa Protokolom o primeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti. Načelo supsidijarnosti određuje da li je oportuno da Unija preduzme neku akciju ili donese mere, ali u praksi se pokazalo da nije lako postaviti granici između onog što je najbolje da uradi Unija a šta država članica, pa se izražavaju sumnje u efekat primene ovog načela.[9] Ako je Ugovorom dodeljena nadležnost EU da uredi neko pitanje, to još ne znači da je ona u konkretnom slučaju ovlašćena da ga uredi, a to zavisi od načela supsidijarnosti. Ovo načelo se primenjuje u oblasti podeljenih ovlašćenja između EU i država članica kao što je saobraćaj. EU tj. njene institucije moraju dokazati da je uređenje tog pitanja neophodno na nivou EU, jer ga je nemoguće ili manje delotvorno resiti na nacionalnom nivou. Svaki akt u oblasti saobraćaja mora u svom uvodnom delu da sadrži naveden pravni osnov donošenja i obrazloženje zašto se Unija odlučila da uredi taj odnos i nije to ostavila nadležnosti država. Ove obaveze se detaljno predviđaju Protokolom o primeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti. Međutim, u praksi se ne daju detaljna obrazloženja.

---

[6] Član 4. i 5. st. 1 UEU.

[7] Član 5/3 UEU.

[8] Tamara Čapeta, Prometno pravo i politika EU, Evropsko prometno pravo, Zagreb 2011., str 45 – 49.

[9] Radovan Vukadinović, Uvod u institucije i pravo EU, Kragujevac 2010,str. 50.

Načelo proporcionalnosti

Treće je načelo proporcionalnosti (član 5 /4UEU) koje znači da sadržaj i oblik mera koje preduzima EU ne smeju da prelaze ono što je potrebno za postizanje ciljeva ugovora.

Princip proporcionalnosti ili srazmernosti ima za cilj da odredi vrstu mere ili odgovarajuće sredstvo koje se u tom slučaju može koristiti i znači da sadržina i oblik preduzete akcije Unije ne smeju prekoračiti onu meru koja je neophodna za ostvarivanje ciljeva Unije.[10] Ovo znači da su ugovorom o osnivanju države članice preuzele obavezu da na Uniju prenesu po obimu i vrsti samo ona ovlašćenja koja su neophodna za ostvarivanje u njemu određenih ciljeva zadataka i u tom smislu Unija raspolaže samo dodeljenim ovlašćenjima. Ugovorom iz Lisabona princip proporcionalnosti je ustanovljen kao zajednički princip korišćenja dodeljenih ovlašćenja, dok su bliži uslovi definisani Protokolom o primeni principa supsidijarnosti i proporcionalnosti.

Kontrola poštovanja načela dodeljenih nadležnosti, supsidijarnosti i proporcionalnosti podleže sudskoj kontroli pred Evropskim sudom.

Vrste nadležnosti EU regulisane su u UFEU i podeljena su na isključivu, podeljenu i komplementarnu nadležnost.[11]

Isključiva nadležnost EU je pravo Unije da ih jedino i samo ona može koristiti za donošenje legislativnih akata. Za kreiranje zajedničkih politika u ovoj oblasti koristi se tzv. komunitarni metod odlučivanja, koji podrazumeva da odluke donose organi EU, a da su te odluke direktno primenjive za fizička i pravna lica na teritorijama država članica. U članu 2 / 1 UFEU se kaže: "Kada je Uniji dodeljena isključiva nadležnost u određenoj oblasti, samo Unija može donositi zakone i usvajati obavezujuća pravan akta, dok države članice to mogu činiti samo ako su za to ovlašćene od strane Unije ili za sprovođenje akata unije." Prema članu 3. UFEU Unija ima isključiva ovlašćenja u taksativno navedenim oblastima.

Podeljene nadležnosti su one nadležnosti koje mogu vršiti i organi Unije i države članice (član 4 UFEU). Jedna od podeljenih nadležnosti koje su izričito nabrojane je i transport. Države članice imaju pravo da donose legislativne obavezujuće akte po pitanjima koja su navedena u Ugovoru o funkcionisanju EU. Međutim, države mogu vršiti svoja ovlašćenja samo u obimu ili u delu u kome ih Unija već nije iskoristila ili je odlučila da prestane sa njihovim korišćenjem. Uniji je dato prvenstvo u

[10] Član 5. st. 4. UEU: "U skladu sa principom proporcionalnosti, sadržaj i oblik akcije Unije ne prelaze okvire koji je neophodan za postizanje ciljeva iz ugovora".

[11] Članovi 2,3, 4 i 6 UFEU.

njihovom korišćenju, što znači da su države članice, nakon što je Unija regulisala neko pitanje iz polja podeljene nadležnosti, automatski lišene istog prava, jer je to pravo iscrpljeno (teorija ispražnjenih ovlašćenja).[12] Ovo podrazumeva da se koordinira aktivnost država i Unije u kreiranju zajedničkih politika, a da one same definišu osnovne standarde za države članice. U ovim slučajevima, Unija je ovlašćena da donosi standarde (najčešće u vidu direktiva) koje države uvode (transponuju) u svoje pravne sisteme, a u ovu grupu politika spadaju zaštita životne sredine, zaštita potrošača, pomoć za razvoj, politika transporta, vize, azil i imigracija.[13]. U članu 2/2 UFEU i u Protokolu o vršenju podeljenih nadležnosti, predviđeno je da u slučajevima kad je Unija regulisala određenu materiju unutar nekog područja podeljenih nadležnosti, države vise ne smeju same da regulišu tu materiju kako ne bi osujetile ostvarivanje zajedničkog cilja, ali države ipak zadržavaju ovlašćenje da regulišu preostalu materiju unutar istog područja koja nije pokrivena regulativnom Unije, a ako Unija prestane da izvrgava svoja ovlašćenja, ta ovlašćenja ponovo preuzimaju države članice.[14]

Pošto je i tzv. komplementarna ovlašćenja, kod kojih EU nema regulatornu funkciju, već samo funkciju podsticanja i olakšavanja saradnje među državama članicama. U članu 6. UFEU su navedena područja u kojima Unija ima jedino ovlašćenja da podržava, koordinira i dopunjava aktivnosti država.

Karakteristika je ovlašćenja EU u oblasti saobraćaja da se radi o podeljenim ovlašćenjima između EU i država članica.[15] Kad EU usvoji neku pravnu normu na evropskom nivou, države članice gube ovlašćenje da to isto pitanje regulišu. S druge strane, ako EU nije regulisala neko pitanje , iako je za to ovlašćena, države članice zadržavaju mogućnost da ga same regulišu. Tada države članice moraju da vode računa da njihova nacionalna regulative ne bude u suprotnosti sa bilo kojom evropskom normi u bilo kojoj oblasti koju ima ovlašćenje da reguliše EU. U slučaju da država donese propis koji je suprotan normi propisu EU, norme države se ne bi pri-

---

[12] Vukadinović op. cit 47.

[13] Član 2/ 2 UFEU: " Kada je ugovorima Uniji dodeljena nadležnost u oblasti za koju je predviđena podela nadležnosti između Unije i država članica, Unija i države članice mogu donositi zakone i usvajati pravno obavezujuća akta u toj oblasti. Države članice vrše svoje nadležnosti u meri u kojoj je Unija odlučila da prekine sa izvršavanjem svojih nadležnosti."

[14] Handley Stevens, Transport Policy in the European Union, Palgrave Macmillan,144.

[15] Član 4/2g UFEU izričito navodi saobraćaj kao jedno od područja podeljenih nadležnosti.

menjivale[16] EU ima isključivu nadležnost da zaključuje međunarodne ugovore (član 216/1 UFEU u vezi sa članom 3/2UEU). EU može da zaključi sporazum s jednom ili vise trećih država ili međunarodnih organizacija, ako tako predviđaju ugovori ili ako je zaključivanje sporazuma potrebno radi postizanja nekog od ciljeva iz ugovora, a u okviru politike EU ili ako je to predviđeno nekim pravno obavezujućim aktom Unije ili bi moglo uticati na zajednička pravila ili promeniti polje primene. Postupak zaključivanja se sprovodi prema pravilima iz člana 218 UFEU, dakle prema pravima primarnog evropskog prava a Sporazumi su obavezujući za institucije EU i države članice.

Nadležnost EU u oblasti saobraćaja je zasnovana na dodeljenim ovlašćenjima a razlozi zbog kojih se na nivou EU mogu usvajati mere iz oblasti saobraćaja su nabrajani u članu 91. i 100 st. 2. UFEU. Razlozi su: a) donošenje zajedničkih pravila koja se primenjuju na međunarodni saobraćaj koji se obavlja sa teritorije ili na teritoriju jedne države članice ili koji prolazi preko teritorije jedne ili vise država članica, b) određivanje uslova pod kojima prevodioci koji nisu nacionalni rezidenti mogu vršiti usluge unutar država članica, v) usvajanje mera za poboljšanje bezbednosti saobraćaja, g) donošenje bilo koje druge korisne mere. Postavljanjem ovih razloga tako široko, praktično je institucijama EU data široka mogućnost u kreiranju evropske saobraćajne politike.

Komunitarno saobraćajno pravo

Relevantne odredbe na osnovu kojih EU uređuje saobraćajnu politiku danas ,su odredbe UFEU poglavlje VI koji nosi naziv Saobraćaj i to čl. 90-100 i čl. 170-172 UFEU koji se odnose na Transevropsku saobraćajnu mrežu. Na saobraćaj se mogu primeniti i sve ostale odredbe Lisabonskog ugovora.

Pravni osnov za donošenje evropskog saobraćajnog zakonodavstva je sadržan u članovima 91. i 100/2 UFEU. Nadležnost EU u oblasti saobraćaja je zasnovana na dodeljenim ovlašćenjima.[17] Ovlašćenja EU se odnose na drumski, železnički i prevoz unutrašnjim vodenim putevima[18] kao i na pomorski i vazdušni saobraćaj (član 100/ 2 UFEU).

Danas se u državama članicama EU saobraćaj može regulisati nacionalnim pravnim pravilima, pravom EU (komunitarno saobraćajno pravo)

[16] Peričin T, Razgraničenje ovlasti Evropske unije i država članica, Reforma Evropske unije-Lisabonski ugovor , Zagreb 2009, str. 219-237.

[17] Član 91. UFEU.

[18] Član 100/ 1 UFEU.

i međunarodnim konvencijama .Da bi se složena situacija odnosa komunitarnih propisa i međunarodnih ugovora učinila jednostavnijom, pogodna je podela međunarodnih ugovora.[19]

Međunarodni ugovori mogu da se podele na prvo, međudržavne ugovore koje zaključuju države članice EU međusobno i države članice sa trećim državama. Pregovori, zaključivanje, postupak potvrđivanja i druga pitanja vezana za pravno dejstvo ovih međunarodnih ugovora uređuju se nacionalnim pravom države članice EU. Posle prihvatanja, postaju deo nacionalnog pravnog poretka države članice EU koja je strana tog međunarodnog ugovor.[20] Komunitarno pravo ima prednost pred međunarodnom konvencijom.[21]

Drugu grupu čine međunarodni ugovori[22] za koje je karakteristično da se kao jedna ugovorna stran pojavljuje EU a druga je država članica EU ili treća država ili neka međunarodna organizacija. Pregovori i zaključivanje se uređuje primarnim pravom (član 218. UFEU). Ovi međunarodni ugovori deo evropskog , komunitarnog prava. i maju prednost pred sekundarnim izvorima.

Zaključivanje međunarodnih ugovora u oblasti saobraćaja

Jedno od bitnih pitanja je odnos između prava EU i međunarodnog prava u oblasti transporta

EU može da uređuje pitanja transporta ne samo unutar EU, već i u odnosima prema trećim, ostalim državama van EU. Dakle u svim pitanjima transportne politike u kojima je EU ovlašćena da ih u unutrašnjim, svojim okvirima pravno reguliše, EU ima i spoljašnja ovlašćenja.

Ovlašćenje (nadležnost) EU da zaključuje međunarodne ugovore se izričito predviđa u članu 207. UFEU, ali se ne govori o izričitim spoljnim ovlašćenjima u transportnoj politici.[23]

Ovo znači da je EU ovlašćena da zaključuje međunarodne ugovore u svim pitanjima transportnog prava u kojima je ovlašćena da interno, u okviru EU uređuje te transportne odnose .

Zaključeni ugovori su deo evropskog, komunitarnog prava, i kao takve je ovlašćen Evropski sud da ih tumači[24]. Međunarodni ugovori koje

---

[19] Vilim Bouček, Međunarodni ugovori-izvori međunarodnog privatnog prava na području Evropske unije, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu , 61 /2011 str. 1798.

[20] Radovan Vukadinović , op. cit str. 129. Ovde dodati Vukadinović str. 129.

[21] Nikoleta Radionov, Željeznički promet ,Evropsko prometno pravo ,Zagreb, 2011 str. 118.

[22] Neki autori ih zovu evropski ugovori , prema Vilim Bouček. op cit str 1799.

[23] Član 207/5 glasi: „Pregovori i zaključivanje međunarodnih ugovora u oblast transporta uređeni su poglavljem VI delom trećim i članom“.

[24] Prema Tamara Čapeta, op. cit str. 48.

zaključi EU imaju direktnu primenu, isto kao i norme komunitarnog prava i imaju prioritet pred nacionalnim normama i imaju prednost u primeni pred sekundarnim izvorima.

Pošto je pitanje odnosa komunitarnih propisa i međunarodnih ugovora koje zaključi EU složeno, mnoga pitanja zahtevaju analizu .

Nesporno je da međunarodni ugovori koje zaključci EU moraju biti u skladu sa Osnivačkim ugovorom.

Kada međunarodni ugovor zaključci EU sa trećom državom ili međunarodnom organizacijom (tzv. evropski ugovor), on postaje deo komunitarnog prava. Međutim, pravo EU čine i sekundarni izvori, pa se postavlja pitanje međusobnog odnosa međunarodnih ugovora koje je zaključila EU i sekundarnog zakonodavstva. Mada sudska praksa nema jedinstven stav o tom pitanju, opšte stanovište u pravnoj teoriji je da sekundarno pravo treba da bude u skladu sa međunarodnim ugovorima. i da međunarodni ugovori imaju prednost u primeni pred sekundarnim izvorima.[25] Tome u prilog govori odredba člana 216/2 UFEU kojom se predviđa da međunarodni ugovori koje je EU zaključila obavezuju EU i države članice. To znaci da kad EU zaključci međunarodni ugovor obavezna je da uskladi interno komunitarno zakonodavstvo sa međunarodnom konvencijom. Kad bi se pojavila situacija istovremene primene norme komunitarnog prava i međunarodnog ugovora koji je zaključila EU a koje su u suprotnosti, sud bi morao da primeni normu međunarodnog ugovora. Nevaljanost norme komunitarnog prava utvrđuje Evropski sud.

Činjenica da EU ima ovlašćenje da zaključuje međunarodne ugovore i da u tom postupku države članice nemaju veliku kontrolu, govori o tome da s u države članice veliki deo ovlašćenja u kreiranja transportne politike prenele na EU. Države članice i dalje mogu da zaključuje neke međunarodne ugovore iz oblasti transporta,ali je broj takvih ugovora je smanjen. Ako međunarodni ugovor zadire u oblast koja je uređena komunitarnim pravom , nadležna je za njegovo zaključivanje samo EU.

Sledeća i nešto složenija situacija je kad se radi o mešovitim ugovorima koje s jedne strane zaključuje EU i države članice a s druge strane treća država ili međunarodna organizacija.

Mešoviti ugovori u EU nisu retkost. Obično se zaključuju kad pojedini međunarodni ugovor reguliše pitanja koja su u EU već komunitarnim pravilima regulisana ali i ona pitanja koja još nisu regulisana komunitar-

[25] Vukadinović 128, T. Hartley, The Foundations of European Community Law, Oxford ,2007 str. 158; Nikoleta Radionov, Željeznički promet, Evropsko prometno pravo Zagreb 2011, str 118.

nim izvorima, pa su zato u nadležnosti regulisanja u državama članicama[26]

Granica tog razgraničenja nadležnosti EU i država članica kad se radi o pitanjima koja treba regulisati međunarodnim ugovorom , nije lako utvrditi .

Može se desiti da posle zaključenja međunarodnog ugovora bude doneto sekundarno zakonodavstvo u okviru EU, pa može doći do prenosa dodatnih spoljnih ovlašćenja sa država članica na EU, odnosno neka od pitanja koja su u trenutku zaključenja mešovitog međunarodnog ugovora bila u ovlašćenju država članica, mogu da pređu u regulatornu nadležnost EU.

U mešovitim ugovorima česta je potreba za zaključivanje isključujuće klauzule (disconnection clause).

Isključujuće klauzule (disconnection clause) u međunarodnim ugovorima

Najčešći razlog za ugovaranje ove klauzule je da bi se izbegli problemi zbog neusklađenosti rešenja u međunarodnoj konvenciji sa rešenjima u komunitarnom pravu,

"Isključiva klauzula "koja se unosi u međunarodni ugovor znači da određene države koje su strane govornice tog međunarodnog ugovora, na odnose između sebe međusobno neće primenjivati odredbe tog ugovora , već neka svoja interna pravila dogovorena u krugu tih država (pravo EU) Na odnose koji nastaju između tih država (članica EU) i trećih država stranaka ugovora primenjuju se odredbe međunarodnog ugovora u celini i na njih ne utiče uključujuća klauzula.[27] "Isključiva klauzula" je nužna za one delove Konvencije u odnosu na koje postoji nadležnost EU, kako bi se istaklo da države članice EU ne mogu isticati i primenjivati prava i obaveze iz Konvencije direktno između sebe ili između sebe i EU. Konvencija se primenjuje u celini između EU i njenih država članica s jedne strane i ostalih stranaka Konvencije s druge strane. Isključujuća odredba omogućuje drugačije interno uređenje unutar EU istog pitanja koje je uređeno u konvenciji. Uvođenje isključujuće klauzule je sve češće u novim međunarodnim konvencijama kojima pristupa EU i države članice a koja uređuju pitanja u kojima je EU nadležna.[28]

---

[26]Jones A. Surfin B., EC Competition Law, Oxford University 2008.

[27]Smrkolj M. ,The Use of The Disconnection clause in International Treaties:What does it tell us about the EC/EU as an Actor in the Sphere of Public International Law?, Max Planc Institute, Heidelberg, 2008, str. 5.

[28] O ovome više Smrkolj M. ,The Use of The Disconnection clause in International Treaties:What does it tell us about the EC/EU as an Actor in the Sphere of Public Interna-

O opravdanosti ugovaranja isključujuće klauzule ne postoji jedinstven stav. Utisak je da u EU praksa upotrebe ove klauzule nije konzistentna i da same institucije ne dele isti stav u pogledu posledica primene isključujuće klauzule. Imajući u vidu činjenicu da su mešoviti ugovori česti, studijska grupa ILC je zaključila da isključujući klauzula ima potencijal da naruši koherentni sistem nekog međunarodnog ugovora, pa su čak neki članovi smatrali da je ona u suprotnosti sa principima ugovornog prava.[29] Pristalice upotrebe ove klauzule[30] ukazuju na njenu praktičnu funkciju, jer ako država članica EU prihvati međunarodnu konvenciju bez ove klauzule, biće obavezna da primeni konvenciju umesto svog komunitarnog prava u svim slučajevima koje reguliše konvencija. Opravdanost unošenja ove klauzule je po našem mišljenju u slučaju ako komunitarno pravo predviđa bolje uslove za npr. putnika od međunarodne konvencije.

I u slučaju mešovitih ugovora, međunarodni ugovori imaju prednost pred sekundarnim izvorima prava.

Sledeća je situacija ako je međunarodni ugovor prihvatila samo država članica EU. U tom slučaju se postupak pregovaranja, zaključivanja odvija po nacionalnim pravilima te države ugovornice i međunarodna konvencija postaje deo nacionalnog prava te države. Međunarodni ugovor ima prednost pred nacionalnim pravom, međutim u odnosu na komunitarne izvore (sekunadarne), pravilo je da komunitarni sekundarni izvori imaju prednost u primeni pred međunarodnom konvencijom.[31]

Na osnovu ovi prikaza hijerarhija izvora saobraćajnog prava je sledeća:

Na prvom mestu su primarni izvori prava EU. Opšteprihvaćeno stanovište je da su odredbe primarnih izvora na vrhu hijerarhije izvora pravnih propisa EU. Osnivački ugovori kao deo primarnih izvora su osnova pravnog sistema EU radi se o međunarodnim ugovorima koje države članice zaključuju u skladu sa pravilima međunarodnog prava a stupaju na snagu kad ih države članice ratifikuju. U jednoj sudskoj presudi.[32] Sud je zauzeo stav da su

---

tional Law?, Max Planc Institute, Heidelberg, 2008, str. 6) Clark, Malcom A. e.a.: Tranport by Rail and by Road,Martinus Nijhoff Publishers, 1996. 199.

[29] 57th session of the International Law Commission (2005)-Report of the study group on the fragmentation of international law, Doc. br 10(A/60/10).

[30] Kamal Dawar, Disconnection Clause: An Inevitable Symptom of Regionalism? University of Amsterdam 2010.

[31] Jones A. Surfin B., EC Competition Law, Oxford University 2008 str 143; Obrad Racic , O hijerarhiji izvora prava EU , Vodić kroz pravo EU, Beograd 2009.,str. 685; Vilim Bouček, Međunarodni ugovori-izvori medjunarodnog privatnog prava na području Evropske unije, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 61 /2011 str. 1815.

[32] Gend en Loos, case 26/62, (1963) ECR1, prema Obrad Racić,op. cit.. str 686.

osnivački ugovori nešto više od međunarodnih sporazuma, da su Ustav zajednice i da svi ostali propisi Zajednice moraju biti u skladu sa njim.

Na drugom mestu su međunarodni ugovori (tzv. evropski ugovori) pod kojima se podrazumevaju oni koje zaključi. EU s jedne strane sa trećim državama ili međunarodnim organizacijama kao i mešoviti ugovori koje zaključuju s jedne strane EU i države članice i s druge strane treće države ili međunarodne organizacije.

Na trećem mestu su sekundarni komunitarni izvori, na četvrtom međudržavni ugovori koje zaključuju države članice EU međusobno ili sa trećim državama ili međunarodnim organizacijama.

Odnos komunitarnih železničkih propisa i COTIF

Konvencija o međunarodnim prevozima železnicama (Convention concerning international transport by rail) je doneta 1980.[33] COTIF je menjan Protokolom iz Viljnusa 1999. (Protocol for the modification of the Convention concerning international transport by rail)[34] a Srbija ga usvojila 2007. godine[35] i on 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 Protokola o privilegijama i imunitetima OTIF. Zatim slede dodaci od kojih je za ovu priliku važan Jednobrazna pravila CIV kojima se reguliše ugovor o prevozu putnika i prtljaga.[36] EU je prihvatila konvenciju COTIF 2011. godine.[37]

Na taj način je konvencija COTIF postala integralni deo komunitarnog pravnog poretka pa se primenjuje i član 216/2 UFEU po kome sporazumi koje zaključci Unija vezuju institucije Unije i države članice a to znači da međunarodno pravo ima primat nad sekundarnim komunitarnim pravom.

U procesu pristupanja EU konvenciji COTIF postojale su faze pregovaranja o uslovima pod kojima će se to dogoditi. Poslednji značajan dokument je Predlog Komisije EU Savetu za zaključivanje Sporazuma o

---

[33] Jugoslavija je ratifikovala COTIF 1984 Sl list SFRJ , Međunarodni ugovori 8-84.

[34] Protokol stupio na snagu 2006.

[35] Zakon o potvrđivanju Protokola, Sl. glasnika RS, Međunarodni ugovori 102-2007) COTIF iz 1999.

[36] Dušanka Đurđev, Pravno regulisanje železničkog prevoza putnika u EU, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, vol 43, br. 1, 2009, str. 67-84.

[37] Jean-Luc Dufournaud , Accession of the European Union to the Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF), www.cit-rail.org/media)

pristupanju EU COTIF-u na osnovu koga je i došlo do zaključivanja ovog Sporazuma, pa je EU 2011. prihvatila COTIF. Mogućnost pristupanja EU COTIF-u se zasniva na članu 38 COTIF 1999. U stavu 1" je predviđeno "Pristup Konvenciji će biti otvoren regionalnim organizacijama, radi ekonomske integracije, koje imaju ovlašćenje da donose svoju vlastitu legislative obavezujuću za države članice u pogledu onih pitanja koja reguliše ova Konvencija. Uslovi tog pristupanja ce se definisati u ugovoru zaključenom između Organizacije (OTIF) i regionalne organizacije."

Pošto je konstatovano da postoje izvesne razlike u komunitarnim železničkim propisima i COTIF-u, postignut je dogovor da se u EU ne primenjuju aneksi iz COTIF-a i to Prilozi E, F, G, i to da se neće primenjivati tamo gde su ta pitanja već uređena zakonodavstvom EU. Radi se o dodacima čija su rešenja u suprotnosti sa zakonodavstvom EU: Dod F Jedinstvena pravila u vezi ugovora o korišćenju infrastrukture u međunarodnom železničkom saobraćaju; Dod F Jedinstvena pravila o vrednovanju tehničkih standard i usvajanje jedinstvenih tehničkih propisa primenljivih na železnička sredstva namenjena korišćenju u međunarodnom saobraćaju; Jedinstvena pravila koja se odnose na tehnički prijem železničkog materijala koji se koristi u međunarodnom železničkom saobraćaju.[38]

Druga značajna stvar koja je dogovorena između EU i OTIF je da se u Sporazum o pristupanju unese "isključujuća klauzula" kao neophodna za one delove Konvencije COTIF čija su pitanja u nadležnosti EU, što znači da pravila COTIF za ta pitanja neće primenjivati države članice EU između sebe. Međutim, COTIF se u potpunosti primenjivati između EU i država članica s jedne strane i ostalih članica Konvencije COTIF s druge strane.[39]

Ova klauzula je predviđena da bi se izbegli problemi zbog neusklađenosti rešenja u COTIF sa rešenjima u komunitarnom pravu.

Nadležnost EU u oblasti transporta se stalno razvija. EU ima podeljenu nadležnost zajedno sa državama članicama u regulisanju transportne politike, zato je u Sporazum o pristupanju unet kao dodatak spisak komunitarnih propisa koji regulišu železnički saobraćaj[40] U domenu u kome bi

---

[38] Jean-Luc Dufournaud ‚Accession of the European Union to the Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF), www.cit-rail.org/media); Katarina Damjanović, Nova prava putnika u komunitarnom železničkom pravu, Pravni zapis ‚br1/2011 str. 128).

[39] Study on EU Member States' national civil liability regimes in relation to rail accidents between Railway Undertakings and Infrastructure Managers in so far as they may present a barrier to the internal market, ec.europa.eu/transport/rail/studies/doc/2010); Nikoleta Radionov, Željeznički promet, Europsko prometno pravo Zagreb 2011., str 118.

[40] Direktiva 91/440, I ‚II I III železnički paket, prava putnika: Uredba 1371/2007, interopertivnost i bezbednost :Direktiva 9/48. 2001/16. 2004/49 , 2004/50, javni servis:

mogao biti sukob rešenja komunitarnih propisa i COTIF prema članu 38. COTIF, EU zadržava pravo da reaguje u okviru OTIF u cilju prilagođavanja rešenja u COTIF u potrebama Unije.[41] Ako je reč o međunarodnim ugovorima koje su prihvatile države članice EU a ne i EU, komunitarno pravo ima prednost pred međunarodnim ugovorom.

Važno je da razvoj sekundarnog zakonodavstva EU bude usklađeno sa međunarodnim ugovorima u toj oblasti.

Međunarodni prevoz putnika uređen je Jednoobraznim pravilima CIV koji čine deo konvencije COTIF i Uredbom 1371/2007. Pošto oba dokumenta regulišu istu materiju a na snazi su COTIF i Uredba, pitanje je ako postoje različita rešenja u tim dokumentima šta se primenjuje prvo. Da li postoji sukob sekundarnom komunitarnog zakonodavstva i međunarodne konvencije? Opšti stav je da se prvo primenjuje međunarodna konvencija. U konkretnom slučaju srećno rešenje je u izričitom stavu Uredbe po kome se u slučaju da i Uredba i COTIF regulišu isti odnos, primenjuje odredba iz COTIFa. Uredba se direktno poziva na primenu odredbe COTIF a , čime se sprečava sukob dva izvora prava, a Uredbom se samostalno uređuju druga pitanja koja COTIF- om nisu uređena i to su o pravilu dodatna prava putnika kojim se unapređuje njihov položaj u pravu EU.

U oblasti odgovornosti i naknade štete problem je rešen, jer Uredba upućuje da se ova pitanja regulišu prema COTIF (JP CIV) koji su u vidu aneksa dodati tekstu Uredbe. Ovom Uredbom se daju veća prava putnicima u odnosu na rešenja iz međunarodne konvencije. Nije problem kada se međunarodnom konvencijom daje minimum prava (što znači relativnu kogentnost norme što je u konvencijama kojima se reguliše prevoz redovan slučaj) jer se pravom EU tj. Uredbom daju veća prava putnicima.

Međutim, ako međunarodna konvencija sadrži klasičnu kogentnu normu (ne relativno kogentnu kao u prethodnom slučaju) ne bi se smelo razlikovati pravo EU od međunarodne konvencije, da se ta dva prava ne bi našla u koliziji. Ukoliko bi se desilo da se naknadni propis EU razlikuje od rešenja međunarodne konvencije koju je prihvatila EU i države članice, naknadni sekundarni izvor ne bi bio valjan i o tome bi rešavao sud[42]

Uredba 1370/2007 (prema Jean-Luc Dufournaud, Accession of the European Union to the Convention concerning International Carriage by Rail(COTIF), www.cit-rail.org/media.

[41] Studija Međunarodnog komiteta za železnički saobraćaj: COTIF law and EC law relating to international carriage by rail:areas of conflict and options for solutions, CIT, Bern 2006, http://www.cit-rail.org/en/citct006.htm.

[42]Nikoleta Radionov, Željeznički promet ,Europsko prometno pravo Zagreb 2011. str.118.

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

Relationship of Community Traffic Rights and International Conventions

Abstract

The Lisbon Treaty has established the Union as a legal personality . It opens for mixed agreements on foreign policy and community topics. In areas where the Union legislates, the EU can sign various kinds of agreements on behalf of the member states, who are consequently not allowed to negotiate international agreements on their own (autonomously) in these areas.

The European Union's accession to the Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF) represents a historic step for the railway community. This relationship is now clear: a disconnection clause in the accession agreement in principle allows EU law precedence for traffic internal to the EU. The relationship between EU law and COTIF law is there more about coordination than disconnection.

Key words: The Lisbon Treaty and EU as a legal personality, signing international agreements, relationship between international agreements and EU legislature, disconnection clause

Originalni naučni rad 347.961:347.62(497.11)
doi:10.5937/zrpfns46-2600

Dr Gordana Kovaček-Stanić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

OVLAŠĆENJA JAVNOG BELEŽNIKA U BRAČNIM/PARTNERSKIM ODNOSIMA[1]

***Sažetak**: U pravni sistem Srbije nedavno je ponovo uvedena profesija javnog beležništva, Zakonom o javnom beležništvu 2011. godine. Javni beležnici ili notari postojali su u predratnoj Srbiji, dok posle II svetskog rata njihovo postojanje nije bilo regulisano. U ovom članku se razmatraju pitanja ovlašćenja javnog beležnika u bračnim i partnerskim odnosima koji proističu iz vanbračne zajednice. Javni beležnik ima ovlašćenja u imovinskim i lično-imovinskim odnosima.*

Kada se radi o imovinskim odnosima, po Zakonu o javnom beležništvu predviđeno je da se u obliku javnobeležničkog zapisa sačinjavaju sporazumi o deobi zajedničke imovine supružnika ili vanbračnih partnera, te ugovori o imovinskim odnosima između supružnika, odnosno vanbračnih partnera. Kada se radi o lično-imovinskim odnosima, odnosno izdržavanju između supružnika i vanbračnih partnera, javni beležnik je ovlašćen da sastavlja sporazume o zakonskom izdržavanju. Važno je naglasiti da odricanje od prava na izdržavanje u domaćem pravu nema pravno dejstvo.

***Ključne reči**: javni beležnik, imovinski odnosi, zajednička imovina, ugovor, izdržavanje, supružnici, vanbračni partneri*

1. Uvod

U pravni sistem Srbije ponovo je uvedena profesija javnog beležništva, Zakonom o javnom beležništvu iz 2011. godine.[2] Javni beležnici ili

---

[1] Ovaj rad je prilog projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“.

[2] Zakon o javnom beležništvu, *Službeni glasnik Srbije* 31/2011. U *Službenom glasnik Srbije* 85/2012**,** objavljen je Zakon o izmenama Zakona **o** javnom beležništvu u kojem je produžen rok za početak primene Zakona - sa 1. septembra 2012. godine na 1. mart 2013. godine.

notari postojali su u predratnoj Srbiji (profesija uvedena 1930. godine) dok posle II svetskog rata njihovo postojanje nije bilo regulisano. U ovom članku se razmatraju pitanja ovlašćenja javnog beležnika u bračnim i partnerskim odnosima koji proističu iz vanbračne zajednice. Javni beležnik ima ovlašćenja u imovinskim i lično-imovinskim odnosima.

Vanbračna zajednica proizvodi porodičnopravne posledice samo ako ispunjava uslove koji su predviđeni zakonom. Dakle, ako uslovi nisu ispunjeni nastaju vanbračne zajednice koje ne uživaju porodičnopravnu zaštitu, pa se odnosi između partnera u tom slučaju rešavaju po pravilima građanskog prava.

Porodični zakon Srbije definiše vanbračnu zajednicu kao trajniju zajednicu života žene i muškarca, između kojih nema bračnih smetnji (vanbračni partneri).[3] Vanbračni partneri imaju prava i dužnosti supružnika pod uslovima određenim ovim zakonom (čl. 4). Uslov različitosti polova je neophodan za postojanje vanbračne zajednice. Da bi vanbračna zajednica proizvodila porodičnopravna dejstva uslov je da između vanbračnih partnera nema bračnih smetnji. Smetnje su iste one koje onemogućavaju zaključenje punovažnog braka (bračnost, nesposobnost za rasuđivanje, srodstvo – krvno, adoptivno i tazbinsko, starateljstvo, maloletstvo i nedostaci volje). Vanbračna zajednica nastaje faktičkim putem, uspostavljanjem zajednice života. Kvalifikatorna osobina vanbračne zajednice je određena trajnost, koja se izražava kao trajnija vanbračna zajednica. Zakonodavac se opredelio za termin „trajnija" kao termin manje strog od termina „trajna", a koji podrazumeva nameru partnera da ostvare zajednicu sa elementom trajnosti. Ovaj pravni standard svoje puno značenje dobija u sudskoj praksi, jer od stava sudske prakse zavisi šta će se podrazumevati pod pojmom „trajnija".

2. Ovlašćenja javnog beležnika u imovinskim odnosima supružnika/ vanbračnih partnera

Bračni imovinski odnosi su posebni imovinski odnosi čije su osobine uslovljene specifičnošću veze između titulara imovine kao supružnika. Postojanje bračne veze i ličnih odnosa između supružnika koji iz te veze proističu, uslovljavaju pravno poznavanje posebnih oblika imovine, njihovih režima upravljanja i raspolaganja, te deobu imovine koja je najčešće posledica prestanka braka.

[3] Porodični zakon iz 2005. godine koji se primenjuje se od 1. jula 2005. godine U daljem tekstu PZS, *Službeni glasnik Srbije* 18/05. Imala sam privilegiju da sarađujem u izradi ovog zakona učešćem u Komisiji za njegovu izradu, predsednik Komisije je bila prof. dr Marija Draškić.

Imovinski odnosi su regulisani zakonom (zakonski imovinski režimi), ali u mnogim pravnim sistemima i sami supružnici svojim sporazumom mogu uređivati imovinske odnose. Često su i ugovorni režimi u stvari zakonski, s obzirom da su zakonom propisani tipizovani režimi koje supružnici biraju svojim sporazumom. PZS izričito predviđa da se na sve imovinske odnose u porodičnom pravu (a to su imovinski odnosi supružnika, vanbračnih partnera, deteta i roditelja i članova porodične zajednice) koji nisu uređeni tim zakonom, primenjuju odredbe zakona kojim se uređuju svojinskopravni odnosi i zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi (čl. 196).

2.1 Zakonski imovinski režim

Zakonski imovinski režim obuhvata zajedničku i posebnu imovinu bračnih drugova. Ovaj režim je bio obavezan počevši od 1946. godine, pa sve do donošenja PZS 2005. godine koji uvodi mogućnost bračnog ugovora, tako da više imovinski režim nije obaveznog karaktera. Zakonski režim je ostao režim zajedničke imovine supružnika, uz mogućnost postojanja posebne imovine pod predviđenim uslovima (čl. 29).

Pojam zajedničke imovine je određen kao imovina koju su supružnici stekli radom u toku trajanja zajednice života u braku (čl. 171 PZS). Elementi potrebni za nastanak bračne zajedničke imovine su, dakle, brak, rad i zajednica života. Danas je brak kao element od najmanjeg značaja, s obzirom da zajednička imovina nastaje ne samo kada je zaključen punovažan brak, nego i kada je brak poništen, a, osim toga, zajednička imovina nastaje i u vanbračnoj zajednici. Druga dva elementa su daleko značajnija. Prvi obuhvata uložen rad u stvaranje imovine. Pod ovim pojmom podrazumeva se rad koji neposredno donosi prihode, ali i rad koji na posredan način doprinosi održavanju ili uvećanju imovine (rad u domaćinstvu, podizanje dece). Drugi element je zajednica života bračnih drugova. Zajednička imovina nastaje samo ako supružnici ostvaruju zajednicu života, a kada zajednica života prestane, u tom momentu zajednička imovina prestaje da se stvara. Zajednička imovina ima specifičnu pravnu prirodu. Titulari imovine su bračni drugovi kao zajedničari, njihovi delovi su neopredeljeni, za razliku od susvojine gde su delovi titulara – suvlasnika alikvotno određeni.

Zajednička imovina može se steći i igrama na sreću (čl. 172 PZS). Imovina stečena igrom na sreću u toku trajanja zajednice života u braku predstavlja zajedničku imovinu, osim ako supružnik koji je ostvario dobitak ne dokaže da je u igru uložio posebnu imovinu.

U PZS se posebno predviđa režim prava intelektualne svojine. Imovina stečena korišćenjem prava intelektualne svojine u toku trajanja zajednice života u braku predstavlja zajedničku imovinu (čl. 173).

Iako pitanje pravne prirode prihoda od imovine nije posebno regulisano u PZS, može se reći da prihodi od zajedničke imovine ulaze u zajedničku imovinu bez obzira da li su nastali radom, ili iz same imovine. Kada se radi o prihodima iz posebne imovine, ako su ostvareni radom supružnika ulaze u zajedničku imovinu, u suprotnom ostaju u posebnoj imovini.

PZS izričito reguliše situaciju uvećanja vrednosti zajedničke imovine posle prestanka zajedničkog života u braku. Tada svaki supružnik koji je uvećao zajedničku imovinu, ima pravo na potraživanje u novcu, odnosno pravo na udeo u uvećanoj vrednosti srazmerno svom doprinosu (čl. 175 PZS).

Deoba zajedničke imovine podrazumeva utvrđivanje suvlasničkog, odnosno supoverilačkog, udela svakog supružnika u zajedničkoj imovini (čl. 177 PZS). Dakle, supružnici od zajedničara postaju suvlasnici, tako da su njihovi udeli tada poznati. Ako se radi o zajedničkom potraživanju prema trećim licima, oni postaju supoverioci. Podela zajedničke imovine se može vršiti za vreme trajanja braka i posle njegovog prestanka (čl. 178 PZS). Deoba može biti sporazumna i sudska (čl. 179-180 PZS).

Ako supružnici ne mogu da se sporazumeju o deobi zajedničke imovine, deobu zajedničke imovine vrši sud (sudska deoba). U PZS je uvedena pretpostavka o jednakom udelu supružnika u zajedničkoj imovini. U određenim situacijama se može odrediti veći udeo jednog supružnika u zajedničkoj imovini. Tako je predviđeno da veći udeo jednog supružnika u sticanju zajedničke imovine zavisi od njegovih ostvarenih prihoda, vođenja poslova u domaćinstvu, staranja o deci, staranja o imovini, te drugih okolnosti od značaja za održavanje ili uvećanje vrednosti zajedničke imovine. Veći udeo u sticanju zajedničke imovine utvrđuje se u istoj srazmeri za sva prava i obaveze u trenutku prestanka zajednice života u braku. Moguće je odrediti veći udeo jednog supružnika u sticanju pojedinog prava. To je moguće samo u slučaju ako je to pravo ekonomski samostalno u odnosu na ostala prava iz zajedničke imovine, a supružnik je u sticanju tog prava učestvovao i prihodima od svoje posebne imovine (čl. 180).

Prilikom podele, određena imovina ima poseban režim, radi se o stvarima za ličnu upotrebu, upotrebu dece, stvarima za profesionalnu delatnost i predmetima domaćinstva. Režim se razlikuje u zavisnosti od karaktera stvari. Tako se stvari za ličnu upotrebu dodeljuju povrh dela koji

pripada supružniku, osim ako su nesrazmerne vrednosti. Kada se radi o predmetima za ličnu upotrebu, njihova vrednost se određuje u srazmeri prema ukupnoj vrednosti zajedničke imovine ili prema vrednosti predmeta koji služe za ličnu upotrebu drugog supružnika (čl. 182 PZS). Znači, stvari za ličnu upotrebu jednog supružnika pripadaju njemu u isključivu svojinu bez uračunavanja u njegov udeo ako njihova vrednost nije nesrazmerno velika u odnosu na vrednost zajedničke imovine i vrednost stvari za ličnu upotrebu drugog supružnika. Ako je vrednost stvari nesrazmerno velika, one pripadaju u isključivu svojinu supružniku sa uračunavanjem u njegov udeo.

Stvari namenjene detetu pripadaju u isključivu svojinu supružniku koji vrši roditeljsko pravo, bez uračunavanja u njegov udeo, a ako roditelji vrše roditeljsko pravo zajednički, nad stvarima namenjenim detetu imaju pravo zajedničke svojine (čl. 183). Stvari za profesionalnu delatnost se uvek uračunavaju u deo. Dakle, stvari za vršenje zanata ili zanimanja jednog supružnika pripadaju u isključivu svojinu onog supružnika kojem služe za profesionalnu upotrebu, ali sa uračunavanjem u njegov udeo (čl. 184 PZS). Predmeti domaćinstva imaju poseban režim u situaciji nakon prestanka zajednice života u braku. Ako je na njima jedan supružnik nakon prestanka zajednice života u braku imao državinu u trajanju od najmanje 3 godine, tada mu te stvari pripadaju u isključivu svojinu sa uračunavanjem u njegov udeo. Radi se o tome da je taj supružnik koristio predmete domaćinstva posle prestanka zajednice života, pa zbog toga one ulaze u njegov udeo (čl. 185 PZS).

Kada se radi o obavezama, u PZS je predviđeno da za sopstvene obaveze preuzete pre ili nakon sklapanja braka odgovara supružnik koji ih je preuzeo svojom posebnom imovinom, kao i svojim udelom u zajedničkoj imovini (čl. 186). Za obaveze preuzete radi podmirenja potreba zajedničkog života u braku, kao i za obaveze koje po zakonu terete oba supružnika, odgovaraju supružnici solidarno svojom zajedničkom i posebnom imovinom. Supružnik koji je iz svoje posebne imovine podmirio zajedničku obavezu ima pravo na naknadu od drugog supružnika srazmerno njegovom udelu u zajedničkoj imovini (čl. 187).

PZS uvodi pretpostavku o izvršenoj deobi zajedničke imovine na osnovu upisa u javni registar. Smatra se da su supružnici izvršili deobu zajedničke imovine ako su u javni registar prava na nepokretnostima upisana oba supružnika kao suvlasnici na opredeljenim udelima (čl. 176/1).

Vezano za vanbračni partnere u čl. 191 PZS se kaže:

„Imovina koju su vanbračni partneri stekli radom u toku trajanja zajednice života u vanbračnoj zajednici predstavlja njihovu zajedničku imo-

vinu. Na imovinske odnose vanbračnih partnera shodno se primenjuju odredbe ovog zakona o imovinskim odnosima supružnika."

Potrebno je voditi računa o tome da li vanbračna zajednica ispunjava zakonom propisane uslove. Tako je u jednoj sudskoj odluci Vrhovni sud Srbije (Rev. 2265/2005 od 28.9.2006. Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije 1/2009) izrazio stav da imovina jednog od partnera stečena u toku trajanja vanbračne zajednice ne ulazi u zajedničku imovinu, jer su u vreme sticanja imovine oba partnera bila u braku sa drugim licima.

Po Zakonu o javnom beležništvu predviđeno je da se u obliku javnobeležničkog zapisa sačinjavaju sporazumi o deobi zajedničke imovine supružnika ili vanbračnih partnera. Javni beležnik treba da ima u vidu zakonske odredbe o podeli zajedničke imovine, ali supružnici imaju mogućnost da svojim sporazumom podele imovinu i van osnovnog zakonskog kriterijuma (na jednake delove). Ipak, važno je istaći da pravila obligacionog prava o karakteristikama zelenaškog ugovora mogu biti aktivirana, tako da postoji mogućnost da se sporazum poništi ako se može okarakterisati kao zelenaški. Kada se radi o supružnicima i vanbračnim partnerima kao strankama, ovo je posebno značajno, jer jedna od stranaka može biti lice koje je ekonomski slabije i koje se nalazi u podređenom položaju.

2.2. Ugovorni režim

U mnogim pravnim sistemima supružnici imaju mogućnost izbora bračnog imovinskog režima.[4] Posmatrano komparativno, tako je u zapadnoevropskim zemljama a u poslednje vreme i istočnoevropske i srednjoevropske zemlje u svoje pravne sisteme unose mogućnost sklapanja ugovora između supružnika kojima se menja zakonski imovinski režim (npr. Rusija, Mađarska, Poljska, Hrvatska). Sloboda ugovaranja, međutim, nije apsolutna. Ograničenje slobode ugovaranja je posledica činjenice da su strane ugovornice specifični subjekti – lica u braku, a što iziskuje opreznost i neku vrstu zaštite slabijeg partnera u većoj meri nego kada se radi o ugovornim odnosima između lica između kojih ne postoje lični odnosi. Ograničenje slobode ugovaranja se ispoljava na više načina. Prema francuskom pravu, stranke ne mogu isključiti tzv. osnovni imovinski režim, te moraju poštovati moralne norme i dobre običaje, imperativna pravila građanskog i porodičnog prava. U jednom broju prava se dozvoljava izbor ti-

[4] Više o tome: Gordana Kovaček-Stanić, Ugovori o bračnom imovinskom režimu u uporednom porodičnom pravu, *Pravni život* 9/ I, 2000, Beograd.

Bojan Pajtić, Ugovori bračnih drugova u evropskim zakonodavstvima i srpskom pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2010, Vol. 44, 3.

pizovanog imovinskog režima, što znači da supružnici mogu da izaberu jedan od režima koji je predviđen zakonom (Nemačka, Švajcarska). Nekim pravima predviđene su različite zaštitne odredbe kojima se, na primer, zabranjuje dovođenje jednog od supružnika u krajnje nepovoljan položaj ili isključuje zakonska obaveza izdržavanja (Rusija). U Finskoj su ovlašćenja suda u vezi sa bračnim ugovorima proširena, tako da u slučaju da je došlo do nepropisne koristi, sud može tretirati imovinu iz bračnog ugovora kao bračnu imovinu koja podleže podeli.[5] U Švedskoj sud može modifikovati ili ne uzeti u obzir odredbe ugovora, ako su nerazumne s obzirom na predmet ugovora, a imajuću u vidu okolnosti u vreme činjenja ugovora, kasnije nastale okolnosti i celokupne okolnosti (pogl. 12, čl. 3).

U domaćem pravu, u zakonodavstvu koje je važilo pre II svetskog rata bila je regulisana i u praksi često korišćena mogućnost ugovaranja bračnog imovinskog režima. Tako je bilo u Srbiji[6], a takođe i u Vojvodi-

---

[5] Zakon o braku iz 1987, više o tome u: David Bradley, Politics, Culture and Family Law in Finland: Comparative Approaches to the Institution of Marriage, *International Journal of Law, Policy and the Family* 12, 1998, Oxford, 288-304.

[6] Prema Srpskom građanskom zakoniku iz 1844. godine, supružnici su imali mogućnost da sami utvrde pravila po kojima će se raspravljati njihovi imovinski odnosi. Tako je u par. 759 bilo predviđeno: „Ugovor, koji bi između muža i žene, ili između ženika i neveste, u odnošaju na brak o imanju zaključen bio, zove se bračni ugovor." Građanski zakonik za Kraljevinu Srbiju, Beograd, 1903. Sloboda ugovaranja ipak nije bila potpuna, s obzirom da su postojala ograničenja vezana za sadržinu ugovora. Bračni ugovor, po opštim pravilima koja važe za pravne poslove, nije smeo biti protivan moralu i javnom poretku (par. 13), nije se mogla isključiti muževljeva vlast ni njene posledice, s obzirom da je bilo predviđeno da se lični odnosi ne mogu menjati ugovorom (par. 107). Ugovorom nisu smela biti povređena prava dece, ali su prava muške i ženske dece mogla biti ugovorom izjednačena (par. 788). U prvom periodu za bračne ugovore nije bila propisana posebna forma, znači, bili su neformalni, a što je kritikovano u teoriji. Zakonom o javnim beležnicima iz 1930. godine bila je predviđena pismena forma javno overena od strane javnog beležnika. Ugovori su mogli biti menjani tokom braka, a prestajali su prestankom braka. Iako je sloboda ugovaranja imovinskog režima bila široka, postojali su tipovi režima koji su bili predviđeni zakonom, a koji su se najčešće i ugovarali. Najviše korišćen ugovorni režim bio je mirazni režim, o kome je u Zakoniku bilo najviše odredaba (par. 760, 762-767, 769-770, 776). Drugi režim bio je režim opšte imovinske zajednice.

Osnovno pravilo vezano za mirazni režim je da se radi o ugovornom režimu, tako da nije postojalo zakonsko pravo muža na miraz, ukoliko ovaj režim nije bio ugovoren. Najznačajnije načelo miraznog režima bilo je da je muž imao pravo uživanja na miraznim dobrima, a ne pravo svojine (par. 766-7). Od toga su postojali izuzeci koji su se odnosili na potrošna dobra (i novac), a moglo je biti ugovoreno da muž stekne svojinu i na drugim dobrima. Ako je tako bilo ugovoreno, muž je imao obavezu da vrati imanje, bilo u naturi, bilo u vrednosti. Pravo uživanja imalo je dva sastojka, pravo upravljanja i pravo uživanja. Žena je imala pravo na povraćaj miraza i mogućnosti obezbeđenja, na primer stavljanje hipoteke na nepokretnom imanju muža, tako da se naplaćivala pre ostalih poverilaca (par. 776). Imovina žene koja nije ušla u miraz nazivala se parafernalno imanje, a to je bilo sve

ni.[7] Osnovnim zakonom o braku iz 1946. godine bilo je predviđeno (čl. 12) da supruzi mogu među sobom sklapati sve ugovore koji nisu protivni zakonu, i njima zasnivati prava i obaveze.[8] S obzirom da je bračni imovinski režim bio propisan zakonom, ugovori o imovinskom režimu nisu bili dozvoljeni.

S obzirom da se u današnje vreme pridaje veliki značaj privatnoj svojini, kako u privrednim, tako i u privatnopravnim odnosima, odredbe o imovinskom režimu su modifikovane, tako da je dozvoljena sloboda supružnika u izboru imovinskog režima. PZS je uveo mogućnost zaključivanja bračnih ugovora o imovinskom režimu. Imovinski odnosi posle prestanka braka zavise od toga da li su supružnici ili budući supružnici zaključili bračni ugovor, kojim se uređuju imovinski odnosi na postojećoj ili budućoj imovini (čl. 29/2, 171/2, čl. 188). Sada je supružnicima (budućim supružnicima) ostavljena mogućnost da sami urede svoje imovinske odnose. Bračni ugovor se može odnositi na postojeću imovinu, odnosno imovinu koju su supružnici stekli pre braka i na buduću imovinu, onu koju će steći tokom trajanja braka.[9] Mogu odrediti imovinski režim koji žele. Znači, mogli bi da mimoiđu režim zajedničke imovine (npr. da se odluče za režim odvojenosti imovina, režim susvojine, ili neki drugi), ali i da npr. prošire režim zajedničke imovine (npr. na imovinu koja je nastala pre braka). Osim toga, bračnim ugovorom se može precizirati šta čini posebnu imovinu supružnika, imovinu koju su stekli pre braka, da bi predupredili eventualne kasnije sporove o tome. Mogu, takođe, odrediti koliki će biti udeo svakog od njih u budućoj imovini, imovini koja će nastati u

---

ono što nije bilo obuhvaćeno ugovorom. Na ovim dobrima pravo upravljanja i uživanja pripadalo je ženi, ali se smatralo da je mužu poverila upravu, sve dok se ne bi izjasnila u protivnom smislu. Lazar Marković, *Građansko pravo II – Porodično pravo,* Beograd, Geca Kon, 1920, str. 126 i nadalje. Zakon o javnim beležnicima Andrija Gams, *Bračno i porodično imovinsko pravo,* Beograd, 1966, str. 102.

[7] U Vojvodini, Međumurju i Prekomurju, prema Zakonu o braku, odnosno Zakonskom članku XXXI/1894. godine, bračni ugovor je bio dozvoljen, a bračni drugovi su mogli isključiti zakonski imovinski režim ili ga izmeniti. Ugovorom su bračni drugovi mogli predvideti da u zajedničku tečevinu uđu i stvari stečene besteretnim pravnim poslom, ili da neke stvari umesto u zajedničku tečevinu, uđu u posebnu imovinu. Takođe su mogli da odrede drukčije kvote pri deobi, osim jednakih kvota. Gams, op. cit. str. 17-18. Zakonski režim za plemiće (čije se priviligije u Vojvodini posle stvaranja Kraljevine SHS nisu priznavale) i tzv. honoratior (lica sa fakultetskom diplomom koja su vršila lukrativni poziv na osnovu te diplome), nije bio režim zajedničke tečevine, nego režim odvojenosti imovina.

[8] *Službeni list FNRJ* 29/46.

[9] U praksi se koristi mogućnost zaključenja predbračnih ugovora, ali najviše tako što se navodi šta čini postojeću posebnu imovinu svakog od budućih supružnika i kolika je njena vrednost.

toku braka. U praksi Rusije, na primer, supružnici sklapaju ugovore kojim određuju koja će imovina pripasti svakom od supružnika, ako se brak razvede.[10]

Vanbračni partneri, kao i supružnici, mogu svoje imovinske odnose urediti ugovorom. Naravno i ovde treba imati u vidu da li se radi o vanbračnij zajednici regulisanoj zakonom.

PZS je predvideo da bračni ugovor mora biti zaključen u pismenom obliku i overen od strane sudije, koji je dužan da pre overe supružnicima pročita ugovor i upozori ih da se njime isključuje zakonski režim zajedničke imovine. Ovako strogi elementi forme (pismena forma, overa, upozorenje sudije) su predviđeni iz, moglo bi se reći, dva razloga. Prvenstveni razlog je značaj ovih ugovora u imovinskim odnosima supružnika, jer se njime menja zakonski režim, a drugi je što ovaj ugovor predstavlja novinu, tako da supružnike treba upoznati sa elementima ugovora i njegovim dejstvom. Bračnim ugovorom se ne mogu regulisati lično-imovinska dejstva braka, odnosno nije moguće odricanje od prava na izdržavanje. U PZS je izričito predviđeno da odricanje od prava na izdržavanje nema pravnog dejstva (čl. 8/2). Ova odredba ima zaštitni karakter, štiti se ekonomski slabiji supružnik, na taj način što se onemogućava da na osnovu ugovora supružnik ostane bez sredstava za izdržavanje. Radi se o imperativnoj normi, koju stranke ne mogu menjati svojom voljom. Osim toga, kada se radi o stambenim odnosima, pravo stanovanja koje imaju dete i roditelj koji vrši roditeljsko pravo na stanu čiji je vlasnik drugi roditelj, takođe predstavlja egzistencijalnu zaštitu prvenstveno za dete, ali i roditelja koji vrši roditeljsko pravo, tako da ono ne bi trebalo da bude isključeno ugovorom. Bračni ugovor koji se odnosi na nepokretnosti se upisuje u javni registar prava na nepokretnostima i tako obezbeđuje javnost u odnosu na treća lica.

Vanbračn partneri mogu zaključivati imovinske ugovore na isti način kao supružnici.

Po Zakonu o javnom beležništvu predviđeno je da se u obliku javnobeležničkog zapisa sačinjavaju ugovori o imovinskim odnosima između supružnika, te ugovori o imovinskim odnosima između vanbračnih partnera. Kada se radi ovim ugovorima važno je imati u vidu odredbu člana 80. u kojoj se kaže:

„Javni beležnik je dužan da pouči stranku o sadržini i pravnim posledicama nameravanog pravnog posla, izjave ili utvrđivanja određenih

[10] Семейный kodeks i bračnый dogovor, *Socialьnaя zaщita*, vыpusk 5/1996, str. 128-131.

činjenica pre sastavljanja isprave, a mora je upozoriti i kad smatra da je data izjava nejasna, nerazumljiva ili dvosmislena, kao i na moguće sporove ili pravne smetnje do kojih bi moglo doći zbog takve izjave.

Ako stranka ostane pri svojoj izjavi i posle upozorenja, u ispravu se unosi upozorenje javnog beležnika, a ako se stranka tome protivi, javni beležnik će odbiti sastavljanje."

Smatramo da bi u okviru postupka pred javnim beležnikom, javni beležnik trebalo posebno da upozori stranke da se ovim ugovorom isključuje zakonski režim zajedničke imovine, a kako je predviđeno u PZS.

3. Ovlašćenja javnog beležnika u lično-imovinskim odnosima supružnika/ vanbračnih partnera

Lično-imovinsko dejstvo braka/vanbračne zajednice je zakonsko izdržavanje. Ono je imperativne prirode. Zakon propisuje između kojih lica postoji obaveza izdržavanja i pod kojim uslovima. Izdržavanje je pravo i dužnost članova porodice (čl. 8/1 PZS). Odricanje od prava na izdržavanje nema pravno dejstvo (čl. 8/2 PZS). To znači da stranke ne mogu svojim sporazumom, a ni jednostrano, da se odreknu prava na izdržavanje. Ipak, oni mogu svojim sporazumom da odrede visinu izdržavanja i način davanja izdržavanja.[11]

Izdržavanje neobezbeđenog supružnika je jedno od dejstava braka i jedna od posledica prestanka braka. Naime, između supružnika postoji uzajamna obaveza izdržavanja dok brak traje, posebno u slučaju prekida zajednice života, te posle prestanka braka (čl. 28, 151 PZS). Za vreme trajanja braka, ako supružnici vode zajednički život, supružansko izdržavanje se u najvećem broju slučajeva obezbeđuje prećutnim sporazumom supružnika, o izdržavanju se ne vodi sudski postupak. Ipak, mogu nastati situacije kada je neobezbeđeni supružnik primoran da sudskim putem traži izdržavanje. Na primer, drugi supružnik je rasipnik, troši svoje prihode na alkoholna pića, narkotike, kocka se itd. ne obezbeđujući drugog supružnika i decu. Posle faktičkog prekida zajedničkog života, iako brak nije razveden, te posle razvoda braka, supružnik ima pravo na izdržavanje od drugog supružnika i svoje pravo može da ostvari sudskim putem.

Da bi supružnik imao pravo na izdržavanje, potrebno je da budu ispunjeni određeni uslovi koji ukazuju da nije u stanju da sam obezbedi svoju egzistenciju. Radi se o dva kumulativna uslova, s tim što je drugi

[11] Gordana Kovaček-Stanić, *Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko pravo*, 2009, Novi Sad, Pravni fakultet - Centar za izdavačku delatnost.

uslov sastavljen od dve alternativne komponente. Prvi uslov – nedovoljnost sredstava za izdržavanje smatra se ispunjenim u situaciji kada supružnik uopšte nema sredstva za izdržavanje, ali i u situaciji kada sredstva koja ima nisu dovoljna, tako da je u stanju da zadovolji samo deo svojih egzistencijalnih potreba (npr. ima stan ili kuću, tako da stambene potrebe može sam da zadovolji, ali nema redovne prihode kojima bi zadovoljio ostale potrebe). Drugi uslov – nesposobnost za rad može biti trajne ili privremene prirode, potpuna ili delimična, a posledica bolesti ili starosti. Nezaposlenost, kao alternativna komponenta, treba da bude bez krivice supružnika, a vodi se računa o stručnoj spremi supružnika u odnosu na kvalifikacije potrebne za posao koji je dostupan (supružnik nema obavezu da prihvati posao koji je umnogome ispod njegovih kvalifikacija, npr. ako ima završen fakultet ne bi morao da prihvati posao za koji je dovoljna osnovna škola, ali bi imao obavezu da prihvati posao za koji se traži npr. viša škola), te udaljenosti dostupnog zaposlenja od mesta stanovanja (smatra se da ne bi morao da prihvati posao koji bi zahtevao preseljenje iz mesta stanovanja).[12] Uslov na strani dužnika izdržavanja je njegova mogućnost da daje izdržavanje. Ovi uslovi su po svojoj prirodi objektivni.

PZS predviđa zaštitnu odredbu po kojoj nema pravo na izdržavanje supružnik čiji bi zahtev za izdržavanje predstavljao očiglednu nepravdu za drugog supružnika. Iako je krivica kao kategorija napuštena u porodičnom pravu, pravo na izdržavanje nije sasvim objektivizovano. Supružnik može izgubiti pravo na izdržavanje ako bi davanje izdržavanja predstavljalo očiglednu nepravdu za davaoca izdržavanja, što može biti posledica ponašanja tražioca (čl. 151/3). Osim toga, pravo na izdržavanje nema supružnik koji je u vreme sklapanja ništavog ili rušljivog braka znao za uzrok ništavosti odnosno rušljivosti (čl. 151/2). Na ovaj način subjektivni element je još uvek relevantan u ličnoimovinskim odnosima. Formulacija koja je prihvaćena u PZS ujednačava uslove za izdržavanje, uvodeći očiglednu nepravdu kao subjektivnu komponentu. Pravni standard „očigledna nepravda" u sebi obuhvata različite konkretne situacije i okolnosti, a sudska praksa ovaj pravni standard konkretizuje u pojedinim slučajevima. Sudska praksa može smatrati da je razlog za postojanje očigledne nepravde npr. nasilničko ponašanje u odnosu na drugog supružnika, ili kratkotrajnost braka, dugogodišnja samostalnost u izdržavanju, napuštanje supružnika. U jednoj odluci Vrhovni sud Srbije je izrazio stav da bi predstavljalo očiglednu nepravdu da suprug daje izdržavanje supruzi posle razvoda braka, jer je supruga otišla da živi sa drugim muškarcem

[12] Tako i u Olga Cvejić-Jančić, *Porodično pravo I – Bračno pravo*, Novi Sad, Pravni fakultet - Centar za izdavačku delatnost, 1998, str. 125-126.

(Rev.1986/08 od 17. septembra 2008. Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije 1/2009).

Majka deteta ima pravo na izdržavanje od oca deteta pod povoljnijim uslovima od onih koji važe za izdržavanje uopšte (supružansko, odnosno, izdržavanje vanbračnog partnera). Jedini uslov je da nema dovoljno sredstava za izdržavanje. Ovo pravo traje 3 meseca pre porođaja i godinu dana posle porođaja. Majka nema pravo na izdržavanje ako bi to predstavljalo očiglednu nepravdu za oca (čl. 153). PZS je specifično pravo na izdržavanje od oca deteta, koje je ranije imala samo majka vanbračnog deteta, proširio i na majku bračnog deteta.

Osnovni kriterijumi za određivanje izdržavanja su potrebe poverioca i mogućnosti dužnika izdržavanja. PZS uvodi minimalnu sumu izdržavanja, kao orijentacionu sumu o kojoj sud treba da vodi računa pri određivanju izdržavanja (čl. 160).

Zakonom se precizira koje se okolnosti uzimaju u obzir prilikom ocenjivanja potreba izdržavanog lica i mogućnosti davaoca izdržavanja. Kada se radi o potrebama egzemplarno se navode: godine, zdravlje, obrazovanje, imovina, prihodi izdržavanog lica, a uzimaju se u obzir i druge okolnosti od značaja za određivanje izdržavanja. Mogućnosti davaoca izdržavanja zavise od njegovih prihoda, mogućnosti za zaposlenje i sticanje zarade, njegove imovine, njegovih ličnih potreba, obaveze da izdržava druga lica, te drugih okolnosti od značaja za određivanje izdržavanja.

Minimalna suma izdržavanja je suma koju kao naknadu za hranjenike periodično utvrđuje ministarstvo u čiju nadležnost spadaju poslovi porodične zaštite. Minimalna suma izdržavanja predstavlja, dakle, orijentir koji sud treba da ima u vidu prilikom određivanja izdržavanja u konkretnom slučaju.

Izdržavanje se, po pravilu, određuje u novcu. Izdržavanje se može odrediti i na drugi način, ali samo ako se poverilac i dužnik izdržavanja o tome sporazumeju (čl. 161 PZS). Npr. ako se radi o dužniku izdržavanja koji se bavi proizvodnjom ili prometom dobara za svakodnevnu upotrebu, poverilac i dužnik se mogu sporazumeti da se izdržavanje daje naturalno (davanjem poljoprivrednih proizvoda, odeće, obuće itd). Izdržavanje može biti određeno u fiksnom mesečnom novčanom iznosu, ili u procentu od redovnih mesečnih novčanih primanja dužnika izdržavanja, što zavisi od zahteva poverioca izdržavanja. Dužnik izdržavanja može, po svom izboru, zahtevati jedan od ova dva načina. Zakon propisuje raspon sume izdržavanja u odnosu na novčana primanja dužnika izdržavanja, ako se izdržavanje traži procentualno. Ako se visina izdržavanja određuje u procentu od redovnih mesečnih novčanih primanja dužnika izdržavanja (zarada, na-

knada zarade, penzija, autorski honorar itd), visina izdržavanja, po pravilu, ne može biti manja od 15% niti veća od 50% redovnih mesečnih novčanih primanja dužnika izdržavanja umanjenih za poreze i doprinose za obavezno socijalno osiguranje (čl. 162 PZS).

Prema PZS izdržavanje može trajati određeno ili neodređeno vreme, ali se obaveza supružanskog izdržavanja po pravilu oročava posle prestanka braka (čl. 163). Slično mnogim evropskim pravima, sada se i u domaćem pravu polazi od pretpostavke da posle prestanka braka svaki supružnik treba samostalno da se stara o svojoj egzistenciji, a da je izdržavanje pravo koje se ostvaruje samo u prelaznom periodu. Prema PZS izdržavanje supružnika posle prestanka braka ne može trajati duže od 5 godina (čl.163/2). Ipak, postoji i zaštitna odredba, kojom se predviđa da se izuzetno može produžiti izdržavanje supružnika i posle isteka roka od 5 godina ako naročito opravdani razlozi sprečavaju supružnika poverioca izdržavanja da radi (čl.163/3). Na ovaj način se pruža zaštita supružniku u nekim posebnim situacijama, na primer, ako se razvede dugotrajan brak, a jedan od supružnika nikada nije radio (češće će to biti žena), a nalazi se u godinama kada se stiče pravo na penziju, ili se brine o detetu sa invaliditetom ili teškom bolešću itd.

Izdržavanje prestaje u nekoliko situacija: istekom vremena trajanja izdržavanja, smrću poverioca ili dužnika izdržavanja, a kada se radi o supružanskom izdržavanju, i izdržavanju između vanbračnih partnera, kada poverilac izdržavanja sklopi novi brak odnosno vanbračnu zajednicu. Izdržavanje može prestati i promenom okolnosti na strani poverioca ili dužnika izdržavanja (čl.167).

Ako poverilac izdržavanja sklopi novi brak odnosno vanbračnu zajednicu, bivši supružnik u ovim situacijama gubi obavezu izdržavanja, bez obzira da li novi supružnik ili vanbračni partner ima mogućnosti za davanje izdržavanja. PZS posebno predviđa da supružnik čije je pravo na izdržavanje prestalo ne može ponovo ostvariti pravo na izdržavanje od istog supružnika, a što je u skladu sa shvatanjem da izdržavanje treba da bude ograničenog trajanja, te da svaki supružnik treba samostalno da se stara o svojoj egzistenciji (čl. 167/4 PZS).

Izdržavanje može prestati i ako se promene okolnosti na strani poverioca ili dužnika izdržavanja, odnosno kada poverilac izdržavanja stekne dovoljno sredstava za izdržavanje ili kada dužnik izdržavanja izgubi mogućnost za davanje izdržavanja ili davanje izdržavanja postane za njega očigledno nepravično. Dakle, i kod prestanka izdržavanja se vodi računa o objektivnim okolnostima, ali i o subjektivnom uslovu, koji je formulisan kao opšteusvojen pravni standard „očigledna nepravda".

Dejstva vanbračne zajednice su, kada se radi o izdržavanju, izjednačena sa dejstvima braka. Između vanbračnih partnera postoji pravo i obaveza izdržavanja.

„Vanbračni partner koji nema dovoljno sredstava za izdržavanje, a nesposoban je za rad ili je nezaposlen, ima pravo na izdržavanje od drugog vanbračnog partnera srazmerno njegovim mogućnostima. Na izdržavanje vanbračnog partnera shodno se primenjuju odredbe ovog zakona o izdržavanju supružnika" (čl. 152 PZS).

Gordana Kovaček-Stanić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Notary Public Authority in Marital/Partnership Relations

Abstract

In Serbian legislation notary public profession is introduced recently, inacting the Act on Public Notary 2011. Notary public has existed in Serbia before World War II, but after the War this profession ceased to exist, as it was not regulated by law. In this article author discusses issue of the public notary authority in marital/partnership relations. Public notary has authority in property relations and support.

Regarding property relations, according to the Act on Notary Public, agreement on division of the community of property might be concluded in specific notarial form. In addition, nuptial agreements (pre nuptial or antenuptial) might be concluded in specific notarial form. The same is applied to the partners agreements if partners live in heterosexual nonmarital cohabitation, regulated by Family Act. Regarding support, public notary has authority to issue agreements on support. It is important to stress that in Serbian family law waiving the right to support has no legal bearing.

Key words: notary public, property relations, community of property, agreement, maintenance, spouses, partners

Originalni naučni rad 347.27(497.11)
doi:10.5937/zrpfns46-2559

Dr Danica Popov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NASTANAK HIPOTEKE U SRBIJI S POSEBNIM OSVRTOM NA HIPOTEKU PREMA GRAĐANSKOM ZAKONIKU ZA KNEŽEVINU SRBIJU IZ 1844 GODINE[1]

Sažetak: *Nastanak hipotekarnog prava vezuje se za prvu polovinu devetnaestog veka donošenjem Uredbe o intabulaciji od 14 septembra 1839. godine. Ovom Uredbom bilo je predviđeno da svaki poverilac ima pravo na intabulaciju, tj. specijalno obezbeđenje u vidu zaloge na nepokretnom dobru. Hipoteka je mogla nastati i na zahtev poverioca bez obzira da li dužnik pristaje ili ne pristaje na nju. Za hipoteku je prema Uredbi važilo načelo sledovanja, što znači da se poverilac mogao naplatiti iz hipotekovane nepokretnosti bez obzira na promenu vlasnika nepokretnog dobra. Ova Uredba bila je dva puta dopunjena, odnosno izmenjena. Prvi put Ukazom od 6. marta 1842. godine, a drugi put Uredbom o intabulaciji iz 1853. godine. Obe uredbe imaju nedostatak jer ne poznaju princip specijalnosti hipoteke već dopuštaju upis generalnih hipoteka. Pored ovog nedostatka obe uredbe su imale niz nedostataka, tako da se osetila potreba za potpunijim i preciznijim regulisanjem hipoteke donošenjem nove uredbe. To je učinjeno donošenjem Uredbe o intabulaciji od 19. novembra 1854. godine koja je postala sastavni deo Građanskog zakonika za Kneževinu Srbiju iz 1844. godine, dodavanjem paragrafu 326. Predmet ovog rada je analiza Uredbe o intabulaciji iz 1854. godine koja je stupila na snagu 1. januara 1855. godine i kao deo Građanskog Zakonika za Kneževinu Srbiju iz 1844. godine važila do donošenja Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije iz 1946. godine.*

[1] Rad predstavlja rezultat istraživačkog rada 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.

Ključne reči: *Hipoteka, predmet hipoteke, načelo akcesornosti, načelo specijalnosti, pravo prvenstvenog namirenja, pravo sledovanja, rang hipoteka, prestanak hipoteke.*

Istorija srpskog hipotekarnog prava u rudimentarnom obliku datira od prve polovine devetnaestog veka. Prve odredbe o hipoteci nalazimo u Uredbi o intabulaciji od 14. septembra 1839. godine. U uvodu Uredbe izlaže se da zakonodavac smatra kredit velikom potporom svake korisne radnje i trgovine kojima bi se dugovi mogli sigurno obezbediti. Radi toga je zakonodavac uvođenjem posebnih javnih knjiga koje vode sudovi, a u koje se evidentiraju prava svojine, propisao i posebne knjige u kojima bi se evidentirali i tereti na nepokretnostima. Ovom Uredbom iz 1839. godine zakonodavac je predviđao uvođenje baštinskih knjiga, «ali pošto se baštinske knjige nisu mogle stvoriti prostim naređenjem zakonskim, to je namera zakonodavčeva ostala neostvarena.»[2]

Članom 1. Uredbe, bilo je predviđeno da svaki poverilac ima pravo na intabulaciju, tj. na specijalno obezbeđenje u vidu zaloge na nepokretnom imanju. Kao poseban oblik obezbeđenja, članom 2. predviđala se hipoteka, koja je nastajala na zahtev poverioca, bez obzira na to, da li dužnik pristaje na nju ili ne. Pri tome se pravila razlika, da li je tražbina, koja je trebala biti obezbeđena hipotekom, nastala na osnovu privatne ili javne isprave. U prvom slučaju, će sud, kad primi molbu za hipoteku, pozvati dužnika i saslušati ga o tome, da li on priznaje dug za svoj ili ne. U slučaju da prizna odmah se stavljala hipoteka, a u slučaju nepriznavanja odobravala se samo pribeleška, a poverilac je bio upućen na redovni spor. U drugom slučaju, intabulacija je bivala odmah odobrena, a dužnik se samo izveštavao, da bi se eventualno mogao žaliti.

Za hipoteku je prema Uredbi važilo načelo sledovanja, što znači da je založni poverilac mogao da se naplati iz vrednosti založene nepokretnosti, bez obzira na promenu vlasnika stvari. Na osnovu prava sledovanja hipotekarni poverilac ima pravo da se naplati iz hipotekovane stvari, iako se ona ne nalazi više u svojini prvobitnog dužnika, nego na osnovu potraživanja, koje je hipotekom obezbeđeno, može da se naplati i od ličnog dužnika. Prema Uredbi «hipoteka je bila tako vezana za dobro, da je važila uvek, ma u čije ruke to dobro došlo.»(čl.12). I Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju iz 1844. godine (u daljem tekstu SGZ) je regulisao pravo sledovanja, na sledeći način:» Kad je dug kakav u knjige

[2] L. Marković, Hipotekarno pravo, Beograd, 1911.godine, str. 20.

sudske uveden, i na nepokretno dobro upisan ili ubaštinjen (intabuliran), on je onda tako za ono nepokretno dobro vezan, da ovo svagda za podmirenje istoga duga služiti mora, bez prizrenja na osobu, čije je ili u čijim se rukama nalazi isto dobro. Ako se takvo, pod baštinskom zalogom, nalazeće dobro na drugog prenese, to ono i dug upisan sa sobom nosi.»[3] Prenos prava vrši se isključivo upisom u baštinske knjige, tako da pribavilac postaje vlasnik, tek upisom u knjige. Hipoteka se može upisati samo na nepokretnosti onog lica koje je u knjigama označeno kao vlasnik. S obzirom da u srpskom pravu tog doba nije bilo baštinskih knjiga, bilo je potrebno tačno odrediti do kog momenta se može izvršiti upis hipoteke, da bi važio prema pribaviocu dobra. Prema paragrafu 291. SGZ, prenos svojine na nepokretnostima vrši se putem prenosa svojinske isprave ili tapije na prenosioca, po pravilima koja važe za izdavanje tapije, a zatim da prenese tapiju na pribavioca u prvostepenom sudu. Prvostepeni sud će na samoj tapiji da utvrdi, da je prenosilac izjavio da prenosi tapiju na pribavioca. Sa predajom tapije u ruke pribaviocu, pribavljalo se i pravo svojine.

»Ovakav sistem srpskog prava odgovara potpuno nameri zakonodavčevoj, da umesto upisa u baštinske knjige, prenos po tapiji bude jedini modus za pribavljanje svojine ne nepokretnim dobrima.[4]»

U zakonodavnom rešenju od 13. jula 1850.godine predviđeno je bilo da, do uvođenja baštinskih knjiga «sudska potvrđenja tapija i drugih ugovora o prenosu prava svojine imaju se smatrati kao ubaštinjenje.» Ovaj propis se različito primenjivao, jer iz njega je proizilazilo da je za prenos prava svojine na nepokretnostima bitan uslov potvrda ugovora u sudu, a ne prenos po tapiji. Iz toga se moglo zaključiti da sopstvenik jednog dobra može da prenese isto putem prenosa tapije, a može i da ga prenese i bez tapije na osnovu pismenog ugovora, potvrđenog kod prvostepenog suda. Zbog različite primene ovih pravila Kasacioni sud je na savetovanju u opštoj sednici doneo odluku, «da je značaj zakonodavne odredbe taj, da i sudski potvrđeni ugovori o prenosu svojine na nepokretnostima podjednako utvrđuju pravo sopstvenosti».[5] Pomenuta odluka Kasacionog suda, nesumnjivo je pogrešna i ne odgovara duhu srpskog prava, jer se sud rukovodio čisto gramatičkim tumačenjem zakonodavnog rešenja od 13. juna 1850. godine, a ne nikakvim načelnim razlozima. Reči da se sudska potvrđenja »tapija i drugih ugovora» imaju smatrati kao upis u knjige, treba tako razumeti, da je glavni

[3] SGZ, par 327-328.
[4] L. Marković, op. cit. str.184.
[5] Odluka Kasacionog suda , br. 4765. od 13. oktobra 1903. godine.

i bitni uslov prenos tapije, a da se pod drugim ugovorima, podrazumevaju ugovori, koje prenosilac i pribavilac zaključuju, pre prenosa tapije, s tim da potvrda ugovora ima za posledicu prenos svojine, samo ako se istovremeno izvrši i prenos po tapiji. Prenosi svojine izvršenih putem ugovora usmenih ili pismenih potvrđenih kod suda ili nepotvrđenih, nemaju uticaja na promenu svojinskih odnosa. Oni ne prenose svojinu ni onda, kada je dobro već predato pribaviocu u državinu. Pribavilac još nije postao sopstvenik, sva dok se prenos ne izvrši po tapiji. Tek po izvršenom prenosu po tapiji, pravo svojine prelazi na pribavioca. Sve dok dobro nije putem prenosa tapije preneto na pribavioca, sve dotle može hipoteka da bude upisana i da ima pravo sledovanja.

Uredbom o intabulaciji iz 1839. godine bilo je predviđeno da se u slučaju upisa više hipoteka na istom zemljištu, određivao rang po danu upisa. Ako su molbe za upis bile podnete istog dana, rang se određivao po redu kojim su one bile predavane sudu (čl. 13). Ovo načelo prvanstva javlja se u dva oblika. Prvo, ako na hipotekovanoj nepokretnosti postoji više hipoteka, prioritet u namirenju imaju hipotekarni poverioci, pre običnih, hirografernih poverilaca.. Što se tiče njihovog odnosa između sebe, načelo prvenstva se ogleda u tome, da ranije upisana hipoteka ima prioritet u odnosu na kasnije upisanu. *Prior tempore potior iure.* Ovo pravilo je prihvaćeno i u SGZ. «Kad više dugova na jednom dobru nepokretnom ubaštinjenih (intabuliranih) ima, onda se dugovi onim redom isplaćivati moraju, kojim su uvedeni, tako da onaj dug prvenstvo ima, koji je pre uveden. Prvi dugovi se moraju potpuno namiriti, ako drugim poznijim i ništa ne dotekne.»[6]

Intabulaciona uredba je u tački XVII kojom je paragraf 330. dopunjen, propisivala da se rang hipoteka određuje prema danu, kada su one sudu podnete, a ne prema danu kada su u intabulacione knjige upisane. Ovo pravilo da je merodavan dan podnošenja, a ne dan upisa, opravdano je, jer može proći dosta vremena dok se hipoteka konačno ne upiše, naročito u slučaju kada se povede sudski spor oko upisa t.j. kada se izjavi žalba Kasacionom sudu protiv rešenja, kojim se ne odobrava ili odobrava upis hipoteke. Rešenje Kasacionog suda kojim se naređuje sudu da upiše hipoteku, ima retroaktivno dejstvo, jer se smatra da je hipoteka upisana onog dana kada je molba za upis bila podneta sudu i kada je u intabulacioni delovodni protokol zavedena. Postavlja se pitanje, kako će se postupiti u slučaju kada su dve ili više hipoteka upisane istog dana, tj, kada su molbe za upis podnete istog dana. Kako će se u ovom slučaju odrediti rang hipoteka? Imajući u vidu da je osnovna vremenska jedinica, računa-

[6] SGZ, par. 330.

nje u danima, a i delovodni protokol u sudu se vodi po danima, uzeće se, da su hipoteke upisane u isto vreme i da imaju isti rang. To znači da se potraživanja osigurana ovakvim hipotekama, namiruju istovremeno, a ako ne bi dostajao iznos za sva potraživanja, ona bi se izmirila u srazmeri svojih iznosa. SGZ, nije sadržao pravila o rangu hipoteka, pa je ovaj slučaj naknadno regulisan, gore pomenutom Intabulacionom uredbom.

Uredba o intabulaciji iz 1839. godine, bila je dva puta dopunjena, odnosno izmenjena. Prvi put je Ukazom od 6. marta 1842. godine Uredba izmenjena u delu koji se odnosi na rang hipoteka. U slučaju da istog dana bude zahtevan upis više hipoteka na jednoj nepokretnosti, pa sud ne može pozitivno da odluči kojim su redom molbe podnošene, Ukazom se predviđa da sve te hipoteke treba upisati pod istim brojem i dati im isti rang.[7]

Uredbom o intabulaciji od 29. novembra 1853. godine, bilo je propisano da se hipoteka može upisati samo po odobrenju dužnika. Nema svaki poverilac pravo na specijalnu zalogu nego samo onaj kome je to pravo dužnik izrično odobrio. Novina u odnosu na raniju Uredbu bila je ta, da se postojanje duga, za koji se stavljala intabulacija mogao dokazivati jedino pismenom ispravom.[8]

Značaj ove poslednje Uredbe iz 1853. godine je u tome što se konkretizuje načelo akcesornosti kod hipoteke, ali se još uvek ne prihvata načelo specijalnosti, jer je i dalje ostala mogućnost konstituisanja generalne hipoteke na imovini dužnika. Imajući u vidu da su dotadašnje uredbe nepotpune u mnogim drugim pitanjima koja se tiču hipoteke osetila se potreba za donošenjem nove uredbe koje bi otklonila postojeće nedostatke. Stoga je 19. novembra 1854. godine doneta Uredba o intabulaciji, koja je pridodata paragrafu 326 SGZ, i stupila je na snagu, 1. januara 1855. godine. Ovom Uredbom, ustanovljava se princip specijalnosti kod hipoteke. Uredba se kao deo SGZ, primenjivala u Srbiji i Jugoslaviji sve do donošenja, Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941.godine, i za vreme neprijateljske okupacije iz 1946. godine.[9]

Hipoteka prema Građanskom Zakoniku za Kneževinu Srbiju iz 1844. godine

Građanskim zakonikom za Kneževinu Srbiju, zaloga je bila definisana na sledeći način:» Pravo zaloge na nepokretna dobra koje se *hipotekom* ili *baštinskom* ili *miljačkom zalogom* naziva, dobija se , kada se dug,

[7] Ukaz od 6. marta 1842. godine član 13, Zbornik II str.163.
[8] Uredba o intabulaciji, iz 1853. godine, čl. 3. Zbornik VII str.121.
[9] Zakon je objavljen u «Službenom listu FNRJ» br. 86/1946.

ili pismena isprava, na kojoj se dug osniva, u knjige sudske, svojim putem uvede, tj. ubaštini (intabulira).»[10]

Za hipoteku je važilo *načelo akcesornosti*. Hipoteka je sporedno i nesamostalno pravo koje služi obezbeđenju potraživanja kao glavnog, samostalnog prava. Načelo akcesornosti je definisano paragrafom 306. stav 1. «Svaka zaloga pretpostavlja dug». Hipoteka se nije mogla konstituisati, dok se prethodno ne utvrdi postojanje potraživanja, kao primarnog, glavnog prava, i postojala je dok postoji glavno pravo, i bila je tako vezana za glavno pravo da je prelazila na onoga ko bi pribavio glavno pravo po principu, *accessorium sequitur principale.*

Hipoteka je mogla nastati na osnovu zakona, ugovora, poslednje izjave volje ili sudske odluke.[11]

Da bi nastala hipoteka na osnovu ugovora potrebno je da se ispune određeni uslovi, Najpre, potrebno je da je založni dužnik vlasnik hipotekovane nepokretnosti. Ovo pravilo ustanovljeno je paragrafom 314. SGZ, «Svaki samo svoju sopstvenu stvar založiti može»[12] Drugi uslov je, da se lice koje odobrava hipoteku legitimiše kao vlasnik stvari. To je ono lice koje je u baštinskim knjigama upisano kao vlasnik stvari. Ta okolnost, da je hipotekarni dužnik upisan kao vlasnik stvari, važi prema hipotekarnom poveriocu apsolutno, tako da će hipoteka biti pravno valjana, i onda kada je odobrena od prividnog, ali u knjigama upisanog vlasnika, pod uslovom da je hipotekarni poverilac bio savestan, i da u baštinskim knjigama nije bio zabeležen protest protiv prava svojine lica koje je odobrilo hipoteku (par. 892).

Legitimacija vlasnika nepokretnosti vršila se pomoću tapije. U srpskom pravu toga vremena, nije važila fikcija apsolutne tačnosti tapije, u pogledu savesnih pribavilaca. U slučaju sukoba, materijalnog i formalnog prava, prednost je imalo materijalno pravo, što se zaključuje iz već citiranog paragrafa 314, da svako samo sopstvenu stvar založiti može.

Sledeći uslov koji je neophodan da bi hipoteka nastala je izričit pristanak dužnika na hipoteku. Ovo pravilo je opravdano jer, «kada bi se poveriocu dalo pravo, da u svako doba može tražiti specijalne garancije u

[10] Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju iz 1844. godine par. 326.

[11] «Svaka zaloga pretpostavlja dug, no svaki dug ne vodi sa sobom pravo na zalogu. Ovo pravo mora biti ili već zakonom opredeljeno, ili na ugovoru ili poslednjoj volji gospodara zasnovano, ili tek presudom sudskom dobiveno.» Paragraf 306.

[12] «Zaloga na tuđu stvar ne važi i poništava se na tužbu gospodara stvari, kome pripada pravo na povraćaj svoje stvari, koju onaj vratiti mora, imajući pravo naknadu od založioca tražiti.» paragraf, 314. SGZ.

obliku hipoteke, time bi se položaj dužnika znatno pogoršao, protivno onome što je prvobitno bilo ugovoreno.»[13]

Izričan dužnikov pristanak treba da bude dat u naročitoj formi. Dužnik je svoj pristanak mogao dati u pismenoj formi, usmeno pred sudom ili testamentom.

Dužnikov pristanak u pismenoj formi može biti na onoj istoj ispravi kojom se konstatuje glavni dug, radi čijeg obezbeđenja se ustanovljava hipoteka, ili u odvojenoj ispravi. Što se tiče forme isprave kojom se traži upis, ona može biti; privatna ili javna. Neophodan uslov ja da se na ispravi nalazi svojeručni potpis dužnika. SGZ zahteva da u ispravi kojom dužnik odobrava ustanovljavanje hipoteke na svojoj stvari, bude izrično označen i datum, kada je isprava izdata, dok je kod obligacije označenje datuma jedan od bitnih uslova punovažnosti obaveze (par. 191 stav 3).

Usmeni pristanak dužnikov pred sudom, daje dužnik lično pred sudom, kojom odobrava hipoteku i traži upis hipoteke u korist tačno određenog poverioca. Usmenu dužnikovu izjavu prvostepeni sud će uzeti na protokol i priključiti aktima kao dokaz o odobrenju hipoteke od strane dužnika.[14]

Izjava o prihvatanju hipoteke može se učiniti i aktom poslednje volje ili testamentom.[15]

Pored materijalnih uslova za nastanak hipoteke potrebno je da se ispune i formalni uslovi. Hipoteka se konstituiše upisom u baštinske ili druge kakve slične javne registre. Upis hipoteke u javne knjige zahteva se prvenstveno u cilju da se hipoteka učini javnom u skladu sa načelom publiciteta. Pravni značaj načela publiciteta sastoji se u tome, što se hipoteka ne može pribaviti na drugi način, osim upisom u javne knjige.

«Intabulacija se može izdejstvovati samo kod prvostepenog suda, i to onog okruga u kome se nepokretna dobra dužnikova nalaze, na koja se intabulacija potvrđuje, i mora zahtevana biti.»[16]

Da bi se izvršila intabulacija mora se podneti zahtev za upis hipoteke. Upis hipoteke vrši se samo na zahtev ili molbu pojedinih poverilaca ili i samog dužnika. Ako sam dužnik zahteva da se hipotekuje neko njegovo dobro, taj zahtev može biti dvojak: usmeno pred sudom ili pismenim aktom upućenim sudu. Usmena izjava dužnikova mora sadržati sve elemente koji su potrebni kao i pismeni zahtev u slučaju da se upis hipoteke zahteva pismenim putem. Ako upis hipoteke zahteva poverilac, on

[13] L. Marković, Građansko pravo, Beograd, 1912. str.483.
[14] Uredba o intabulaciji iz 1853. tačka VIII
[15] Uredba o intabulaciji, op cit. tačka IV
[16] Uredba o intabulaciji,op. cit. tačka VI

mora da podnese i pismenu ispravu kojom se utvrđuje potraživanje, kao i pismeno, u kome je sadržana izjava dužnikova da odobrava hipoteku.[17] Ta izjava se može nalaziti u istoj ispravi, kojom se konstatuje glavno potraživanje, a može biti i naknadno odvojeno data.

Zakonska hipoteka prema SGZ, nastaje neposredno na osnovu zakona. Zakonske hipoteke se u izvesnoj meri razlikuju međusobno pa se ne mogu ustanoviti jedinstvene pravila koja bi bez izuzetka važila za njih. Dok se za neke zakonske hipoteke ne zahteva upis u intabulacione knjige, dotle druge moraju biti upisane da bi proizvodile pravno dejstvo.Zajedničko im je to da su skoro sve mahom generalne hipoteke.

Slučajevi zakonske hipoteke predviđeni SGZ-om su: a) zakonska hipoteka ženina radi obezbeđenja miraza, b) zakonska hipoteka u korist lica pod starateljstvom nad dobrima staralaca, v) zakonska hipoteka u korist udovice radi obezbeđenja udovičkog užitka, g) zakonska hipoteka u korist države za naplatu poreza i prireza, d) zakonska hipoteka u korist države na nepokretnim dobrima računopolagača.

«Pravno-politički razlog za ustanovu zakonskih hipoteka leži u relativnoj nesposobnosti izvesnih poverilaca, da sami zaštite i obezbede svoja potraživanja. Smatra se da je celishodno zakonom zaštititi one poverioce, koji bilo po svojim intelektualnim osobinama, bilo po svom socijalnom ili porodičnom položaju, bilo pak po važnosti svojih potraživanja, ili nisu u stanju da se sami staraju o svojim interesima, ili pak usled opštih interesa, koji su u pitanju, treba da imaju mogućnost, da se obezbede protiv volje dužnikove.[18]

Sudska hipoteka nastaje ne osnovu sudske izvršne odluke. Sudska hipoteka je jedna vrsta zakonske hipoteke, jer se i ona pribavlja na osnovu zakonske odredbe, ali je njen neposredni pravni osnov, jedna izvršna sudska odluka, pa se ona zato naziva sudska hipoteka. U predratnoj pravnoj teoriji je ustanova sudske hipoteke bila često kritikovana. Prema nekim autorima ona je nepravična po svom osnovu nastanka., jer bi svaka hipoteka kao vid ograničenja prva svojine trebalo da se zasniva na volji vlasnika stvari. Sudska hipoteka daje mogućnost običnim, hirografernim poveriocima, da pribave specijalnu zalogu radi obezbeđenja svojih potraživanja, a to po mišljenju protivnika sudske zaloge ne bi trebalo dopustiti, jer su svi obični poverioci jednaki i nije pravično da pojedini od njih remete tu jednakost. Ove zamerke su donekle opravdane, ali ne i dovoljno argumantovane da dovedu u pitanje sve koristi koje sudska hipoteka daje.[19]

---

[17] Uredba o intabulaciji, op. cit. tačka IV

[18] L. Marković, Hipotekarno pravo, Beograd 1911, str. 130.

[19] L. Marković, op cit. str. 150.

Pored izvršne sudske odluke hipoteka je prema Uredbi o intabulaciji, mogla nastati i na osnovu poravnanja izvršenog pred sudom.[20] Poravnanja učinjena pred sudom imaju snagu izvršne sudske presude i osnov su za pribavljanje sudske hipoteke. Bez značaja je činjenica, da li su se parničari poravnali pred sudom ili van suda, ako je sud naknadno potvrdio poravnanje

Da bi sudska hipoteka proizvela pravno dejstvo mora biti upisana u baštinske ili hipotekarne knjige. Izvršna sudska presuda je samo pravni osnov (*iustus titulus*), a upis u javne knjige predstavlja način sticanja (*modus acquirendi*) hipoteke.

Za hipoteku predratnog srpskog prava važilo je načelo specijalnosti. Ovo načelo pored načela publiciteta bila je značajna tekovina u Srbiji toga doba. Nasuprot do tada važećem sistemu generalnih hipoteka Uredbom o intabulaciji iz 1853.godine, uvodi se princip specijalnosti hipoteke.

Načelo specijalnosti hipoteke javlja se u dva oblika: a) specijalnost u pogledu duga i b) specijalnost u pogledu hipotekovanog dobra.

Načelo specijalnosti u pogledu duga znači da potraživanje mora biti tačno određeno u trenutku zasnivanja hipoteke Poverilac koji zahteva hipoteku mora tačno da odredi potraživanje koje želi da obezbedi, kao i njen iznos. Isto važi i za dužnika, kada on sam zahteva upis hipoteke.[21]

Postavlja se pitanje da li se može hipotekovati potraživanje, čiji se iznos ne može tačno odrediti u trenutku hipotekovanja. Ako se doslovno tumači tačka peta Uredbe o intabulaciji, kojom se zahteva da pismena isprava o dugu mora uvek sadržavati tačne podatke o iznosu potraživanja, neodređena potraživanja ne mogu uopšte biti predmet hipoteke. Ovakav zaključak ne bi bio opravdan jer ako se dopušta obezbeđenje uslovnih potraživanja putem hipoteke radi obezbeđenja jednog potraživanja, koje u stvari postoji, ali čiji iznos nije tačno određen, trebalo bi dozvoliti upis hipoteka za obezbeđenje neodređenog potraživanja do izvesne sume.

Specijalnost u pogledu hipotekovanog dobra znači da se mora tačno i precizno odrediti stvar koja je predmet hipoteke. Tačka IX Uredbe o intabulaciji predviđa, da u zahtevu za intabulaciju mora tačno biti određeno nepokretno dobro koje je predmet hipoteke. Ako ima više ovakvih nepokretnih dobara za koje se zahteva jedna ista intabulacija, onda sva ta nepokretna dobra moraju redom biti sva tačno označena. Zahtev bez tačno označene nepokretnosti na koju se odnosi hipoteka biće odbijen. U Intabulacionom

[20] Uredba o intabulaciji, tačka IV, kao i paragraf 145 Građanskog sudskog postupka.

[21] «Pismena isprava u kojoj ne bi suma novčana i u kakvoći i kolikoći izložena bila ne može biti predmetom intabulacije» Uredba o intabulaciji, op cit. tačka V.

protokolu se mora označiti, gde se nepokretnost nalazi, u kom mestu, varoši, varošici ili selu. U ovom poslednjem slučaju označava se i opština kojoj to selo pripada. Obavezno se označavaju granice prostiranja nepokretnosti kao i imena suseda. Osim toga potrebno je označiti i prirodu dobra (da li je u pitanju šumsko zemljište, voćnjak, livada ili zemljište u varoši, sa ili bez kuće). Ukoliko se nepokretnost nalazila u varošima sa uređenim ulicama i tačno numerisanim kućama, navodila se samo ulica i broj kuće. Tamo gde su bile uvedene baštinske knjige u kojima je svako dobro specijalno upisano i tačno individualizovano, zahtevalo se samo da se navedu podaci o tome gde je dobro zavedeno u baštinskim knjigama, da bi sud mogao, da pored evidencije tog dobra upiše i hipoteku.

Sve podatke koji se traže radi ispunjenja načela specijalnosti kako u pogledu duga tako i u pogledu hipotekovanog dobra, treba da navede lice koje zahteva hipoteku bilo u pismenom zahtevu bilo usmeno na protokolu. Dok se ti uslovi ne ispune hipoteka se ne može upisati.

Prilikom upisa hipoteke obavezno se označava ime dužnika i njegovo mesto prebivališta kao i adresa stanovanja. Isto važi i za poverioca. Ovo je potrebno da bi se hipoteka što bolje individualizovala. Prema načelu publiciteta zahteva se da o ličnosti dužnikovoj ne bude nikakve sumnje. Zato sud mora naročitu pažnju da obrati na označenje imena i domicila dužnika. Hipotekarne knjige u Srbiji toga doba vodile su se po sistemu personalnih, ličnih, folija t.j. po imenima vlasnika nepokretnosti. Stoga je izuzetno važna individualizacija dužnika, koji je i vlasnik nepokretnosti.

Vreme upisa hipoteke je značajno za poverioca jer se prema vremenu upisa određuje rang hipoteke. Ranije upisana hipoteka ima bolji rang, tako da će hipotekarni poverilac imati prioritet u naplati iz vrednosti hipotekovane stvari pre ostalih poverilaca koji su hipoteku upisali posle njega. Umesto ravnopravnosti svih hipotekarnih poverilaca usvojen je princip nejednakosti i određen red kojim će se namirivati hipotekarni poverioci. Položaj koji jedna hipoteka zauzima u redu namirenja naziva se rang hipoteke. Za određivanje ranga merodavan je upis hipoteke u baštinske ili hipotekarne knjige. Ranije upisano pravo ima prioritet u odnosu na kasnije po principu *prior tempore, potior iure*.

Ovo pravilo usvojeno je i u SGZ:«Kada više dugova na jednom dobru nepokretnom ubaštinjenih (intabuliranih) ima, onda se isti dugovi onim redom naplaćivati moraju kojim su uvedeni, tako da onaj dug prvenstvo ima koji je pre uveden. Prvi se dugovi takvi moraju potpuno namiriti, ako drugima poznijima i ništa ne ostane.»[22]

[22] SGZ paragraf 330.

Prvobitno stečeni rang jedne hipoteke može se kasnije promeniti sporazumom zainteresovanih strana. Promena ranga može, najpre nastupiti u slučaju kada hipotekovano potraživanje bude podeljeno. Pojedini delovi potraživanja imaju po zakonu isti rang, ali poverilac može i drugačije da odredi rang pojedinim delimičnim hipotekama. U takvom slučaju svako delimično potraživanje snabdeveno je onim rangom koji joj je vlasnik odredio. Za promenu ranga potreban je upis u baštinske knjige, da bi važio prema drugim delimičnim hipotekama. Za promenu ranga ne traži se pristanak sopstvenika hipotekovanog dobra, jer se tom promenom ni u koliko ne tangiraju njegovi interesi. Isto tako nije potrebno ni odobrenje kasnijih hipotekarnih poverilaca. Rang hipoteke može da se promeni i u slučaju, kada jedan poverilac ima dve ili više hipoteka na jednom istom nepokretnom dobru. Promena ranga je od značaja samo za hipotekarne poverioce pa se zato ne traži pristanak vlasnika hipotekovane nepokretnosti, ali je bitno da interesi drugih poverilaca ne budu ugroženi. Oni neće biti ugroženi ako poverilac koji menja rang ima dve u rangu sukcesivne hipoteke, ali ako između hipoteka koje menjaju rang, postoje druge upisane hipoteke, onda je promena ranga dopuštena samo ako se ne vređaju prava tih drugih poverilaca.

Pravo na rang kao posebno pravo hipotekarnih poverilaca može da se ustupi nezavisno od hipoteke. Ovakvu ugovori su dopušteni iako ih srpsko pravo nije predviđalo.[23]

Hipoteka nije mogla da se prenosi, jer nije ustanovljena da bude prenosiva nego da osigura isplatu potraživanja. Hipoteka kao akcesorno pravo mogla je da se prenosi samo putem prenosa potraživanja kao glavnog prava. Sa prenosom potraživanja prenosila se i hipoteka koja je obezbeđivala to potraživanje.Za prenos potraživanja se prema SGZ nije zahtevala posebna forma, pa je prenos potraživanja mogao da se vrši i neformalnim ugovorima. Pravni položaj pribavioca potraživanja, obezbeđenog hipotekom, određivao se potpuno prema položaju prenosioca. Pribavilac po kvalitetu stiče onakvo pravo koje je imao i prenosilac, i svi prigovori koje je hipotekarni dužnik mogao istaći prenosiocu, važe i prema pribaviocu. Za razliku od srpskog prava gde je važio strogi princip akcesornosti, u nemačkom pravu hipoteka predstavlja samostalno pravo nezavisno od potraživanja, što ga je činilo pogodnim za pravni promet.

Zakonik ustanovljava i mogućnost zasnivanja nadhipoteke. Prema paragrafu 311. SGZ: «Tako i na zalogu nepokretnu može drugi, bezbednosti radi, za sebe založno pravo pribaviti, ako svojim putem isto u sudsku knjigu uvede.»

[23] L. Marković, Građansko pravo, op cit, str.514.

U slučaju nadhipoteke se postavlja pitanje, šta je predmet nadhipoteke, da li je to: a) samo potraživanje koje je hipotekom obezbeđeno; b) samo hipotekarno pravo kao posebno pravo nezavisno od potraživanja ili v) i potraživanje i hipoteka. Imajući u vidu prirodu hipoteke kao akcesornog prava, najispravnije bi bilo mišljenje da se prenosom potraživanja prenosi i hipoteka koja ga obezbeđuje.

«Građanski zakonik baš kod ovog pitanja je u nekoliko odstupio od principa akcesornosti hipoteke, ističući u prvi plan samo hipotekarno pravo kao predmet hipoteke, tj. pravo hipotekarnog poverioca, da iz hipotekovanog dobra traži namirenje svoje tražbine. Srpsko pravo, nije u odvajanju hipoteke od tražbine išlo tako daleko da dopusti zalaganje samo hipotekarnog prava bez postojanja tražbine. Odredba tačke XVIII Uredbe o intabulaciji, po kojoj je sama hipoteka predmet nadhipoteke, čisto je formalne prirode. Sa gledišta materijalnog prava predmet nadhipoteke ostaje u stvari tražbina, a sa njom i njen akcesorijum, hipotekarno pravo.»[24]

U pogledu pribavljanja nadhipoteka važe isti uslovi kao i za pribavljanje hipoteke, a to znači da nema nadhipoteke bez upisa u hipotekarne knjige. Zasnivanjem nadhipoteke se u znatnoj meri ograničava pravo hipotekarnog poverioca, jer on može da vrši svoja prava na osnovu hipoteke samo sa odobrenjem nadhipotekarnog poverioca. Dužnik ne može da isplati svoj dug bez znanja i odobrenja hipotekarnog poverioca.[25]

Prava hipotekarnog poverioca

Osnovno pravo hipotekarnog poverioca je da se, za slučaj da dužnik ne isplati dug o dospelosti, naplati iz vrednosti hipotekovane nepokretnosti. U odnosu na ovo osnovno pravo, sva ostala prava hipotekarnog poverioca su samo modaliteti koji služe njegovoj sigurnijoj i uspešnijoj realizaciji.

Pravo na naplatu iz hipotekovane nepokretnosti ima svaki hipotekarni poverilac. To pravo imaju i ostali obični, hirograferni poverioci, ako posle namirenja iz vrednosti hipotekovanog dobra preostane određena novčana suma. Pravo na namirenje iz vrednosti hipotekovane stvari u srpskom pravu nije postojalo bezuslovno, jer hipoteka sama po sebi nije poveriocu davala pravo na naplatu potraživanja. Pravo na naplatu iz vrednosti stvari koja je hipotekovana zasnivala se na glavnom pravu, a to je pra-

[24] L. Marković, Hipotekarno pravo, op. cit. str. 158-159.

[25] «Ako je zaloga u treće ruke, kao pazaloga, prešla sa znanjem gospodara iste, onda ovaj ne može dug svoj isplatiti bez znanja trećega, u čijim se rukama zaloga nalazi» SGZ paragraf 313.

vo potraživanja. Svaki hipotekarni poverilac mogao je da se naplati iz vrednosti hipotekovane stvari, ako se prethodno utvrdi, da postoji punovažno potraživanje, obezbeđeno hipotekom.

Hipotekarni poverilac je mogao da se naplati iz hipotekovane stvari, samo sudskim putem. On je bio dužan da pokrene spor pred sudom da se njegovo potraživanje prema dužniku tačno utvrdi. Sudska presuda kojom je utvrđena visina potraživanja, kada postane pravosnažna i izvršna imala je za posledicu prodaju hipotekarnog dobra na javnoj licitaciji. Ništav bi bio ugovor, kojim dužnik daje ovlašćenje hipotekarnom poveriocu da privatno proda hipotekovano dobro, kao i ugovor kojim se hipotekarnom poveriocu ustupa pravo svojine na hipotekarnom dobru, ako dužnik ne isplati dug o dospelosti (zabrana klauzule *lex commissoria).*

Hipotekarni poverilac ima pravo prvenstvene naplate iz hipotekovane stvari pre svih običnih, hirografernih poverilaca. Hipotekarni poverilac je privilegovani poverilac koji se naplaćuje iz stvari koja ima karakter specijalne zaloge za razliku od opšte zaloge koja postoji na celokupnoj imovini dužnika.Ta specijalna zaloga znači da je hipotekarni poverilac u čiju je korist ustanovljena ima pravo prvenstvene naplate. Pravo prioritetne naplate iz hipotekovane stvari zavisi od toga da li na hipotekovanoj stvari postoji samo jedna ili više hipoteka, jer vlasnik hipotekovane stvari može pored postojeće hipoteke da konstituiše više hipoteka na istoj stvari.

Ako postoji jedan hipotekarni poverilac on će prvi naplatiti svoje potraživanje iz vrednosti koja je dobijena porodajom na javnoj dražbi. Ako se celokupno potraživanje ne može naplatiti iz dobijene svote, hipotekarni poverilac ima pravo da se za ostatak namiri iz ostale imovine dužnika, ali ne kao založni nego kao obični, hirograferni, poverilac. Hipotekarni poverilac ima pravo prvenstvene naplate u odnosu na obične poverioce i u slučaju kada je njegovo potraživanje kasnije nastalo, samo pod uslovom da je hipoteka upisana u poseban registar.

U srpskom pravu tog vremena, pravo hipotekarnog poverioca da se prvi naplati iz vrednosti hipotekovane stvari nije važilo apsolutno, bez izuzetaka. Izvesna potraživanja imala su prioritet u naplati u odnosu na potraživanje hipotekarnog poverioca. To su privilegovane tražbine koje nastaju na osnovu samog zakona. Privilegovane tražbine imaju izvesne sličnosti sa hipotekom ali među njima postoje i značajne razlike. Prvo, privilegovana potraživanja nastaju na osnovu zakona, dok hipoteka prvenstveno nastaje na osnovu ugovora , a izuzetno na osnovu zakona. Drugo, privilegovana potraživanja daju pravo njegovom titularu, samo pravo prven-

stvene naplate, ali ne i pravo sledovanja, osim nekih izuzetaka, dok za hipoteku važe i načelo prvenstva i načelo sledovanja. [26]

Ako na hipotekovanoj nepokretnosti postoji više hipoteka, njihov međusobni odnos reguliše se prema načelu, *prior tempore potior iure,*tj. da ranije upisana hipoteka ima prioritet u naplati u odnosu na kasnije upisanu hipoteku.[27]

Ako se dogodi da su molbe za upis dve hipoteke upisane istog dana ili uknjižene istog datuma, postavlja se pitanje kako će se odrediti međusobni rang hipoteka. U ovakvim slučajevima SGZ nije imao odgovarajuće pravilo za razliku od Uredbe o intabulaciji iz 1853. godine, prema kojoj se uzima da su te hipoteke upisane u isto vreme i da imaju isti rang. Potraživanja obezbeđena ovakvim hipotekama isplaćivala su se istovremeno, a ukoliko ne bi bilo dovoljno sredstava za namirenje, došlo bi do njihovog srazmernog smanjivanja.

Za međusobni odnos hipoteka u srpskom pravu merodavan je dan upisa. Prećutne hipoteke ne konkurišu u ovom slučaju sa upisanim hipotekama. Izuzetak od ovog pravila odnosi se na zakonsku hipoteku koja se ustanovljava u korist države na nepokretnim dobrima računopolagača za neplaćen porez. Ona je bez obzira na dan postanka imala prioritet u odnosu na sve upisane hipoteke. Ženina zakonska hipoteka za obezbeđenje miraza, ako se ne upiše daje pravo prvenstva samo prema običnim poveriocima koji se naplaćuju iz imovinske mase kao opšte zaloge, ali ne i prema založnim poveriocima.

Hipotekarni poverilac ima i *pravo sledovanja*, koje znači, da se hipotekarni poverilac može namiriti iz vrednosti hipotekarnog dobra bez obzira na promenu vlasnika stvari, odnosno bez obzira kod koga se stvar na kojoj je konstituisana hipoteka u vreme dospelosti potraživanja nalazi. Ovo načelo proističe iz same prirode hipotekarnog prava kao stvarnog prava koje se može isticati prema svim trećim licima, deluje *erga omnes*.Da bi se hipoteka mogla suprotstaviti svim trećim licima potrebno je da se izvrši publicitet hipoteke. Funkciju publiciteta vrše baštinske knjige u koje se upisuju sve relevantne činjenice u pogledu neke nepokretnosti. U srpskom pravu postojale su i hipotekarne knjige u koje su se upisivale hipoteke koje postoje ne nepokretnostima. Uvidom u hipotekarne knjige svako je mogao da se obavesti o tome da li je neka nepokretnost opterećena hipotekom. Pravo sledovanja dolazi do izražaja naročito u slučajevima kada dužnik otuđi hipotekovanu nepokretnost koja prelazi u svojinu pribavioca. Pored slučaja prenosa prava svojine na celoj nepokretnosti

[26] L. Marković, Građansko pravo, op. cit. str. 520.
[27] SGZ, paragraf 330. Uredba o intabulaciji, tačka XVII

pravo sledovanja primenjuje se i u slučaju kada samo jedan deo hipotekovane nepokretnosti bude otuđen, jer za hipoteku važi načelo nedeljivosti, što znači da se hipoteka prostire na celoj stvari. Pravo sledovanja važi i u slučaju kada se ne prenese prao svojine na treće lice nego se konstituiše plodouživanje, pravo upotrebe ili pravo stanovanja na hipotekovanom dobru. SGZ o pravu sledovanja i njegovim pravnim posledicama sadrži posebna pravila u paragrafima 327 i 328.[28]

Pravo sledovanja hipotekarni poverilac može isticati prema trećim licima samo ako je hipoteka upisana pre nego što je izvršen prenos svojine na novog sticaoca.

Pored navedenih, hipotekarni poverilac prema SGZ ima pravo, da u slučaju umanjenja vrednosti hipotekovanog dobra zahteva dopunu zaloge. Ovo pravo ustanovljeno je paragrafom 316. SGZ: «Ko ima pravo zaloge, pa bi se pokazalo, da je vrednost zaloge, tj. založene stvari tako malena, da se dug iz nje namiriti ne može, onda taj ima pravo iskati od svog dužnika drugu dovoljnu zalogu za svoj dug.» Veličinu dopune odrediće sud.

Prestanak hipoteke

Prema SGZ hipoteka prestaje ispisom iz intabulacionih knjiga. O tome postoje dva propisa i to paragraf 329 i 911.[29]

Imajući u vidu načelo akcesornosti hipoteke, slučajevi prestanka hipoteke mogu se podeliti u dve grupe: a) prestanak hipoteke zajedno sa potraživanjem i b) prestanak hipoteke nezavisno od potraživanja.

Hipoteka prestaje zajedno sa potraživanjem kada dug bude izmiren, jer je hipoteka u odnosu na dužničko poverilački odnos sporedno pravo. *Accessorium sequitur principale.* Pored ovog materijalnopravnog uslova da bi hipoteka prestala potrebno je da se ispuni i formalni uslov, a to je ispis hipoteke iz baštinskih knjiga.

Poseban slučaj prestanka hipoteke kao akcesornog prava predstavlja i zastarelost potraživanja obezbeđenog hipotekom. Kada je u pitanju zaloga na pokretnim stvarima SGZ predviđao je izuzetak od ovog u pravnoj teoriji prihvaćenog mišljenja. Prema paragrafu 936,» Dokle poverilac zalogu u ru-

[28] Paragraf 327 glasi: «Kada je dug kakav u knjige sudske uveden, i na nepokretno dobro upisan ili ubaštinjen (intabuliran), on je onda tako za ono nepokretno dobro vezan, da ovo svagda za podmirivanje istoga duga služiti mora, bez prizrenja na osobu, čije je ili u u čijim se rukama nalazi isto dobro.» Paragraf 328 glasi: »Ako se takvo, pod baštinskom zlogom nalazeće dobro na drugog prenese, to ono i dug upisan sa sobom nosi. Ko takvo dobro isplati, a ne motri , da li duga na njemu ubaštinjenoga (intabuliranoga) nema , sam sebi neka pripiše, kada isti dug plaćati bude morao.»

[29] Prema paragrafu 911.» Obaveze na nepokretnim dobrima ležaće i u javne knjige založne uvedene ne prestaju pre, dok se ne ispišu».

kama ima, ne može izgubiti pravo da svoju zalogu iskupi. No zaloga ne sprečava tok zastarelosti, ukoliko se poverilac ne bi mogao iz zaloge namiriti.» U predratnom srpskom pravu kod založnog prava na pokretnim stvarima, načelo akcesornosti nije do kraja ispoštovano jer zaloga postoji i u slučaju zastarelog potraživanja. S obzirom da za hipoteku ne postoji takav propis načelo akcesornosti bi trebalo da se primeni bez izuzetka.

Prestanak hipoteke nezavisno od potraživanja postoji u slučajevima : a) kada hipotekovano dobro potpuno propadne, b) odricanjem od prava na hipoteku, i to u formi u kojoj se daje i pristanak na hipoteku, v) ako je hipoteka uslovna, pa se predviđeni uslov ne ostvari, g) ako je hipoteka ustanovljena na određen rok, kada rok nastupi, d) eksproprijacijom hipotekovanog dobra, zato što ono postaje javno dobro.

Hipoteka može da prestane zastarelošću nezavisno od zastarelosti glavnog prava. O zastarelosti hipotekarnog prava SGZ sadrži pravilo u paragrafu 930a, po kome se sva prava gube za dvadesetčetiri godine, bez obzira da li su ili nisu upisana u javnim knjigama, ako se za to vreme ne realizuju. U praksi će se retko dogoditi da hipoteka zastari nezavisno od potraživanja jer i potraživanje prema SGZ zastareva za dvadesetčetiri godine. «Međutim sasvim je moguće da tražbina usled prekida zastarelosti davanjem otplata ne zastari, a da hipotekarno pravo zastari.»[30]

[30] L.Marković, op. cit. str.529.

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

Mortgage Development in Serbia, Specialty in Serbian Civil Code from 1844. year

Abstract

The history of Serbian mortgage law is not too long. The mortgage law began in first half of XIX century. The first Act about mortgage was The Intabulation Law from 1839. year. Mortgage is a right of lien on an immovable which autorhorises the creditor to seek satisfaction of his claim for the value of such immovable before of other creditors that do not have mortgage on it, as well as before creditors who have acquired mortgage on such immovable subsequent on him, irrespective of a contingent change of owner of the encumbered immovable. The mortgage was based on some rules. The mortgage is accessory rights. One of the basic features of a security right is its dependence on the claim. The mortgage creditor is entitled to request satisfaction of the claim from the value of immovable encumbered by mortgage, regardless of whether it is still in possession of the mortgage debitor or it has been convened into ownership of a third party. This The Intabulation Law is changed twice. For the first time in 1842 year, and second time in 1853. year. The lack of both changes was missing the principle of speciality. Principle of speciality marks the fact that a guarantee (security), may secure only a definite claim of one creditor and that the guarantee may exist only on a definite set of objects (assets). On one hand speciality of real security interest forbids securing an indefinite number of claims or an indefinite amount of claim, and, on the other, forbids the prospect of indefinite assets, or all assets of the debitor be subject of to such a security interest. This lack are eliminate in the new Intabulation Law from 1854. year, which was incorporated into Serbian Civil Code from 1844. year. The subject of this article is The Intabulation Law from 1854. year.

Key words: Mortgage, *accessorium sequitur principale.*, principle of speciality, *Prior tempore potior iure*, accessory rights, rank of mortgage, termination of mortgage.

Originalni naučni rad 502/504:341.31
doi:10.5937/zrpfns46-2608

Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Dr Dragan Vujić,
Služba za bezbednost Studentskog centra Beograd

UTICAJ GEOFIZIČKOG ORUŽJA NA UGROŽAVANJE ŽIVOTNE SREDINE ZA POTREBE RATA[1]

Sažetak: *Životna sredina se bitno ugrožava pod uticajem razorne moći zastarele i prljave tehnologije, gustog i nekontrolisanog saobraćaja, trke u naoružavanju, ratnih dejstava, terorističkih aktivnosti i drugih uticaja, koji osetno narušavaju ravnotežu prirode i ugrožavaju živote ljudi. Upozorenje je veliko. Nagli porast metoda geofizičkog inženjeringa i tzv. geofizičkog oružja i njihova realna pretnja egzistencijalnom opstanku po biljni i životinjski svet i ljudsko društvo nametnulo je potrebu da se ova izuzetno značajna oblast pravno uredi i sankcioniše međunarodnim normama.*

Cilj njihovog praćenja i proučavanja je da čovek čuva i unapređuje životnu sredinu kako bi ostala sastavni deo njegovog rada, života i opstanka. U dosadašnjem razvoju ljudskog društva i naučno-tehnološkog progresa primena znanja na različita područja ljudske delatnosti dovela su do revolucionarnih promena pa i želje da se kontrolišu i prirodni procesi kao što su vreme, klima, zemljotresi, tsunamii, suše, oblačnost, padavine i drugo.

Polazeći od činjenice da oblast zaštite životne sredine, predstavlja jedan od osnovnih postulata nacionalnog interesa svake države, zaključuje se da jedino temeljna promena odnosa čoveka prema prirodnim tokovima i zakonitostima obezbeđuje dalji napredak čovečanstva. U tom smislu veoma važnu ulogu ima i poznavanje dosadašnjih istraživanja kao i efekata tzv. geofizičkog oružja. Naime, dosadašnja istraživanja nisu dala odgovor na mnoga pitanja.

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

U ovom radu sagledana je izuzetna složenost interakcije prirodnih kretanja u pogledu klime, vremena i drugih i namernog čovekovog uticaja na ta kretanja za potrebe svesnog ugrožavanja životne sredine za potrebe rata. Arsenal ovog oružja bi izazvao probleme globalnih razmera u koju ne bi spadali samo rušilački efekti ili razna zagađenja već i istrošenost prirodnih resursa, demografski problemi, urbani haos, ogromni nesklad u proizvodnji i distribuciji dobara i usluga i još mnogo toga.

Ključne reči: *životna sredina, geofizičko oružje, rat, ugrožavanje, bezbednost.*

Uvod

Da su se sumnje o višegodišnjim eksperimentima na kontroli klimatskih promena izgleda obistinile govore i rezultati koje su brojni učesnici izneli na Međunarodnoj konferenciji održanoj u avgustu 2012. godine u Los Anđelesu pod nazivom «Consicionsness Beyond Chematrails«. Naime došlo se do zaključka da je u toku realizacija planova za stvaranje „najmoćnijeg oružja u istoriji čovečanstva radi uspostavljanja globalne tehnološke diktature". Otišlo se toliko daleko da je čuveni časopis Gardijan objavio „Mapu programa za modifikaciju vremena" sa označenim udarnim zonama nad kojima će se obavljati geoinženjering eksperimenti. Jedan od učesnika skupa Kliford Karnikom (osnivač čuvenog Instituta Karnikom) obelodanio je da je prva žrtva tog programa bio Vijetnam putem programa nazvanog „Popaj" koji je trebao da produži sezonu monsunskih kiša tako što je nebo nad tom zemljom zasipano tonama srebrojodida. Eksperimenti su nastavljeni 1960. godine nad Norveškom s tim što je zasipanje vršeno kadmijumom pri čemu postoje sumnje u povezanost tog eksperimenta sa povećanim brojem slučajeva raka jednjaka (Bi Bi Si). Obelodanjeno je čak i da Američko vazduhoplovstvo ima plan da do 2025. godine ostvari cilj „posedovanja klime" (Weather as a Force Multiplier: Owning the Weather in 2025). Pored ranije navedenih programa govorilo se i o projektu „Sirijus PC" osmišljenog za izazivanje oluja. Problem usložnjava činjenica da sredstva za sprovođenje geoinženjering istraživanja obezbeđuju privatne kompanije. Sve u svemu navodi se čak 60 tajnih programa „za modifikaciju vremena". Otišlo se toliko daleko da je ekspert za nuklearno oružje Lorin More (Lorin Moret) izložila svoja otkrića o povezanosti HAARP-a sa kontrolom vremena. Lorin tvrdi da se u Japanu desio „tektonski nuklearni napad" izazvavši posledice na nuklearnoj centrali koje su odmah posle posledica onih koje su se desile u Černobilu.

Kontrola klimatskih promena

Imajući u vidu da klimatski i meteorološki uslovi, ali i stanje voda i zemljišta utiču na izvođenje borbenih dejstava, te da nastaje veliki broj žrtava u elementarnim nepogodama, učinjeni su pokušaji da se i te pojave iskoriste za ratne svrhe. Tako su nastala nova, tzv. geofizička oružja. Ona obuhvataju sva sredstva i metode pomoću kojih se može namerno izazvati snažan poremećaj životne sredine, koji bi uništio veći broj ljudi na širem prostoru. Pojavi takvih dejstava pogodovalo je to što je nauka težila da mogućnosti promene prirodnih uslova iskoristi za podizanje prinosa u poljoprivredi, zatim, radi tačnijih vremenskih prognoza u meteorologiji, i sl. Nažalost, početni rezultati u tim nastojanjima ubrzo su dobili ne samo praktičnu proveru na oglednim i poljoprivrednim dobrima već i na ratnim poprištima.

U ovom slučaju se ne radi o „pojedinačnom" oružju, već o kompleksu metoda, čije nastajanje se ne bi smelo isključiti. Verovatnoću stvaranja geofizičkog oružja potkrepljuju izveštaji, pre svega američkih stručnjaka u ovoj oblasti. Tako bi se moglo reći da naučnu osnovu za te tvrdnje čine radovi pomoćnika direktora Geofizičkog instituta, Kalifornijskog Univerziteta u Los Anđelesu Džordana Mek Donalda, koji tvrdi da je nestabilne lokalne uslove moguće pojačati dodavanjem određene količine energije, čime bi se izazvao veliki razorni učinak u određenom regionu. Takva mogućnost dovela bi geofizičko oružje u red komponenata vojnog arsenala budućnosti. Ekspert iz SAD na ovom području Paul Amand, opisujući mogućnost promene vremenskih uslova, ističe da bi „strategija promena mogla poremetiti ekonomsku strukturu druge zemlje za duži period."[2] Ove činjenice se svakako moraju uzeti u obzir prilikom razmatranja geofizičkog oružja, ali se posebno mora poći od uticaja na prirodnu sredinu danas i mogućnosti korišćenja tih promena za ratne svrhe.

Mogućnost uticaja na prirodne pojave

Zainteresovanost čoveka za menjanje prirodnih pojava, pre svega vremena i klime, bila je izražena i kod primitivnih ljudi, ali se tek u 20. veku čine promene na naučnim osnovama. Na to su, svakako, uticali praktično-ekonomski i vojni razlozi.

Dosadašnja naučna dostignuća u sferi veštačkog uticaja na prirodne pojave i zakonitosti, zarad mirnodopskih dobrobiti, ali i prva ratna iskustva, potvrđuju mogućnost njihovog delovanja. Pitanje je samo dokle se

[2] Semejko, L. S. i Milstein, M. A. SAD i pitanje novih vidova oružja za masovno uništavanje, Bilten prevoda CVNDI, br. 6/1977, str. 663.

može ići u stvaranju geofizičkih oružja, odnosno kolika je realnost uticaja na prirodne pojave danas i u buduće?

Veći deo dosadašnjih promena zasniva se na činjenici da je u nekim oblastima priroda prikupila znatno veće količine energije nego što je to u drugim regionima ili delovima, što izaziva nestabilnost. Ako bi se energija pojačala, odnosno ako bi joj se dodala nova količina veštačke energije, došlo bi do trenutnog oslobađanja akumulirane energije u ogromnim količinama. Akumulacija energije može biti rezultat velikog hlađenja vodene pare u atmosferi - zbog kretanja vazduha na gore, ali i rezultat napregnuća strukture Zemljine kore tokom nekoliko miliona godina. Oslobađanje energije je moguće raznim metodama, od ubacivanja malih čestica materijala sa jačim izazivanjem brzih promena, pri čemu bi oni delovali kao katalizatori ili jezgreni agensi, pa sve do korišćenja „inicijalnog metoda" korišćenjem nuklearne eksplozije. Pri tome se posledice mogu delimično lokalizovati ili menjati. U toj su oblasti vršena neka istraživanja, ali se najviše stiglo u domenu promene vremena i klime.

Treba reći da je Zemlja kao planeta i kao deo Sunčevog sistema, jedinstven i veoma složen sistem u kojem se neprekidno odvija transformacija energije. Stabilnost sistema kao celine se obezbeđuje dinamičkom ravnotežom tih procesa i stabilnošću uzajamnih sprega osnovnih elemenata prirode na Zemlji. Upravo atmosfera, biosfera i hidrosfera imaju regulativnu ulogu u tom sistemu, pri čemu bi znatnije promene u bilo kom sistemu mogle prouzrokovati katastrofalne posledice.

Da bi se sistem poremetio (Zemlja - vazduh - Sunce), onaj koji održava toplotnu ravnotežu, dovoljno je da se srednja temperatura Zemlje poremeti za svega jedan stepen celzijusa. To bi se moglo dogoditi po nekim predviđanjima u ovom veku, na šta navodi činjenica i sve većeg rasta svetske energetike, čime se stvara dodatna energija koja bi mogla izazvati poremećaje globalnog karaktera. U regionalnim razmerama klima zavisi od temperature. Oblaci su najznačajniji regulatori temperature. Ukoliko bi se poremetila njihova cirkulacija, nastao bi poremećaj klime. Rasturanje većih količina supstanci u vidu aerosola takođe bi dovelo do promene klime, jer bi se time uticalo na radijacionu ravnotežu Zemlje. Drugi primer dinamičke ravnoteže je fotohemijska ravnoteža u ozonskom sloju stratosfere. Ukoliko bi se povećalo prisustvo nekih supstanci (azotnog monoksida ili hlora), narušio bi se ozonski sloj i time doveo u opasnost biološki svet Zemlje, a time i čovek. Neki podaci ukazuju na to da se mogu naslutiti teže ekološke posledice, čija granica može preći onu sa koje nema povratka na prethodnu prirodnu ravnotežu. Sigurno je da određene promene i naučno

saznanje treba koristiti za miroljubive svrhe, ali se mora priznati i činjenica nedovoljnog poznavanja kompleksa prirodnih procesa, te bi svaka modifikacija sadržala opasnosti globalnog karaktera. Stoga je razumljivo kakve bi posledice imala bilo kakva ratna primena promene prirodnih pojava koje realno postoje i mogle bi se u određenom momentu ispoljiti. Kolike bi posledice ostavila delimična primena ovog oružja moguće je utvrditi analizom posledica nastalih posle prirodnih elementarnih nepogoda.

Može se očekivati da određene vrste geofizičkog oružja budu primenjene u ratu (promene vremena i klime), s obzirom na dosadašnji stepen njihovog razvoja.

Dejstvo geofizičkog oružja obuhvata vrlo široko područje, budući da se proteže na atmosferu, okeane, mora, jezera i reke, te na Zemljin omotač, tvrdu koru Zemlje i mali sloj ispod tvrde kore. Zbog toga izgleda da globalna klasifikacija ovog oružja omogućava potreban uvid u njihove karakteristike. Globalna podela je izvršena prema prostoru, odnosno ambijentu u kome se prirodne promene odvijaju, te se i oružja te vrste tako grupišu i to u: litosferska, hidrosferska i atmosferska.

Paleta geofizičkog oružja

Danas čovek može svojom delatnošću, svesno ili nesvesno, uzrokovati pokrete Zemljine površine. Na principu pokretanja ogromnih sila napetosti u pojedinim delovima Zemljine kore, uz pomoć određenih količina dodatne („inicijalne") energije koja bi bila detonator, mogu se izazvati različiti razorni efekti. U literaturi se najčešće pod ovu mogućnost podvode izazivanja talasa tsunami, velikih zemljotresa i lokalnog kretanja zemljišta, ali i reaktiviranje ugašenih vulkana. Sigurno je da tehnički i socijalni napredak čoveka traži sve veću eksploataciju mineralnih sirovina i neprekidnu urbanizaciju. To utiče i na Zemljinu koru u smislu izazivanja povećanja tehnogenih potresa. Naime, čovek je stigao u Zemljinu utrobu u proseku do 10km dubine. Urbane sredine stalno niču, što je negde izazvalo i spuštanje tla (slučaj sa Tuzlom, zbog eksploatacije rude).[3] Nesporno je da sve aktivnosti utiču na promenu ravnoteže u Zemljinoj kori, što je većinom propraćeno stvaranjem manjih ili većih pukotina i raseda, pomeranjem određenih blokova i veštačkim zemljotresima. Aktivnosti koje izazivaju takve posledice jesu izgradnja veštačkih visokih brana, jezera, velikih bušotina nafte, gasa, izgradnja velikih tehnološko-građevinskih kompleksa i izvođenje podzemnih eksplozija.

[3] Kitanović, B.: Planeta i civilizacija u opasnosti, BIGZ, Beograd, 1979, str. 173.

Posebno su značajne nuklearne eksplozije koje oživljavaju i proširuju postojeće rasede, što dovodi do velikih zemljotresa. Međutim, pitanje kontrole ovih promena još je problematično kada je reč o vojnoj upotrebi, mada je moguće. Zbog toga i tvrdnja da su za sada oružja te vrste neupotrebljiva. Ističe se da bi realnu primenu u okviru ovih promena pre našle lokalne promene izazvane na površini Zemljine kore, koje bi delom bile uzrokovane i unutrašnjim promenama. Najčešće bi se menjao mehanički sastav zemljišta, a to bi dovelo do većih odrona, klizanja kamenih masiva, snežnih (ledenih) lavina i drugih oblika erozivnog karaktera.

Neravnomerna raspoređenost energije u Zemljinoj kori može dobro tempiranom bombom izazvati naglo oslobađanje napona u seizmičkim pojasevima, što dovodi do takođe naglih plima visine do 20 i više metara i talasa brzine oko 70km/h.

U hidrosferska i hidrološka oružja ubrajaju se ona koja veštački izazivaju velike talase plime, denivelaciju mora, isušivanje prostranih vodenih akumulacija, otapanje vodenog pokrivača, sprečavanje isparavanja, skretanje morskih i rečnih struja i tokova. Prema radnom dokumentu podnetom na konferenciji Komiteta za razoružanje u Ženevi 1975. godine navode se mogućnosti menjanja osobina okeana, sa posebnim osvrtom na dodavanje radioaktivnog materijala, čime bi se postiglo veliko rasprostiranje radioaktivnosti, kao i kontaminacija živih bića i čovekove hrane. Hidrološki procesi mogu veštačkim putem dovesti do manjeg ili većeg oticanja vode, što je više nego u prirodnom procesu. Takav poremećaj može uslediti zbog modifikacije vremena ili delovanjem u smislu promene vegetacije. Hidrološki procesi mogu nastati bilo smanjenjem ili povećanjem padavina, zbog čega nastaju suše ili poplave. To povećanje moguće je izazvati na dva načina. Prvo - podsticanjem padavina u inače kišnom periodu, a po drugom akumuliranjem u vidu snega, čijim topljenjem nastaju poplave. Inače, poplave je moguće izazvati i u sušnom periodu godine, uz ograničene posledice na određenom prostoru. Za razliku od ovog, sušnog perioda, padavine u kišnom periodu su obično katastrofalne. Kolike posledice mogu ostaviti, moguće je predvideti na osnovu prirodnih pojava. Izazivanje ovih hidroloških procesa moguće je ostvariti i rušenjem građevinskih objekata na rečnim tokovima. U opis ovih procesa spadaju i promene na morima i okeanima. Neki smatraju da je tu moguć kompleks geofizičkog ratovanja. Obično se misli na mogućnost izmene nivoa površine mora, na stvaranje džinovskih talasa i veštačkih morskih struja.

Denivelacije su najizrazitije pojave masovne deformacije podizanja i spuštanja morske površine. Prirodne nastaju zbog vetra, zatim ulivanjem vode sa kopna, otapanjem leda i usled tektonskih poremećaja morskog dna.

Veštačkim putem se izazivaju po analogiji sa plimom i osekom. Tako bi moglo doći do denivelacije usled topljenja ledenih površina Arktika i Antarktika, što bi se moglo postići posipanjem ugljenom prašinom. Ovo je moguće izvesti, jer je morska masa fluidna, pa promene u jednom delu utiču i reflektuju se na celinu. Ti poremećaji bi mogli biti površinski, dubinski i na morskom dnu. Površinski poremećaji su već navedena denivelacija, potom veliki talasi, morske struje i promene u statičkim osobinama vode i zagađivanje, tako se površinski deo kreće od +10 m do srednjeg nivoa. Poremećaji morskog dna su svakodnevica, s obzirom na vulkanske i seizmičke aktivnosti manjih jačina. To bi se moglo podsticati, što bi se katastrofalno manifestovalo na obalskom delu. Kada je reč o izazivanju talasa, evidentno je da su oni sami po sebi opasni. Te bi se izazivanjem veštačkih talasa nanele dodatne katastrofalne posledice koje bi se teško mogle meriti sa prirodnim. Takođe je zanimljiva mogućnost uticaja na struje, mada je to zasad problematično. Razmena struje nastaje usled razlika u temperaturi i slanosti, a moguće ih je veštački izazvati u smislu povećanja brzine i to izmenom toplotne ravnoteže.

Navedene mogućnosti za sada su samo relativno ostvarljive i više su pretpostavka, zato što je teško ograničiti posledice, a ne toliko zbog nemogućnosti izazivanja. Treba imati na umu univerzalnost i jedinstvenost morskih površina. Međutim, bez obzira na ova ograničenja, započinju se mnoga - istraživanja s ratnim ciljevima, a posebno u poslednjih dvadesetak godina. Pored uticaja na vodene površine mora, deluje se i na reke, jezera i podzemne vode. Pri tome obim hidroloških promena može biti lokalnog ili regionalnog značaja. Uticaj se manifestuje poplavama, sušama i zagađivanjem. Isušivanje je moguće aerosolnim bombama i bombardovanjem manjih vodenih akumulacija. Zanimljivo je otkriće tzv. poli-vode 1962. godine, sovjetskog naučnika, koje je potvrđeno u istraživačkoj laboratoriji u Četeru u Sjedinjenim Američkim Državama 1970. godine. Reč je, navodno, o vodi neobičnih osobina. Ona je polimer koji spaja proste molekule obične vode u lance molekula. Pošto ima sposobnost širenja može polimerizovati sve vode, čime bi se uništio životinjski i biljni svet. Sada je, kako se navodi, u epruvetnim količinama. To je bio razlog da američki fizičar dr Frenk Donanju istupi u javnosti kako bi ukazao na ovu novu pretnju.

Promene vremena i klime

Ako bi se polazilo od realnosti primene, onda je najverovatnije da bi se atmosferska ili klimatološka oružja (grupa geofizičkih oružja) upotrebila za postizanje vojnih ciljeva. Te tehnike nisu samo proučavane već su, kako je ukazano, imale i svoju ratnu promociju. Moglo bi se reći da se

poslednjih decenija intenzivno radi na veštačkoj promeni atmosferskih prilika, te je zbog toga dug spisak tehnika - oružja koja sve više dobijaju vrlo zapažen publicitet. Mogućnost veštačkog uticaja na vreme i klimu daje novu dimenziju borbenim dejstvima. Kažemo, uticaj na vreme i klimu, zbog toga što se većinom ti oblici vezuju za ove dve mogućnosti kao osnovne. Tu još spadaju: izazivanje padavina, suša, stvaranje i rasturanje oblaka i magle, skretanje pravca oluje, izazivanje promena u jonosferi, razbijanje ozonskog omotača, i drugo.

Da bi se shvatila mogućnost promena vremena i klime, mora se nešto reći o atmosferi. Naime, ona predstavlja složen prirodni i hemijski sistem, uz određenu dinamičnost. Fenomen vremena i klime nastaje kao rezultat međusobnog dejstva atmosferskih procesa šireg spektra, od vetrova, pa sve do razmene molekula vode, tj. padavina. Kada govorimo o promenama atmosfere treba reći da su one dvostruke: namenske i nenamenske. Uticaj na atmosferu ima i urbanizacija: izmene karakteristika Zemljine površine, zagrevanje, zagađivanje, i drugo. Mnoga ispitivanja pokretana su s miroljubivim ciljevima, da bi poslednjih tridesetak godina bila obavljana i radi vojne primene. Promene vremena obuhvataju kišu, sneg, munje, uragane i orkane. Radi boljeg razumevanja, prilikom izučavanja ovih promena trebalo bi da se pođe od dva osnovna procesa koji se dešavaju u prirodi: dinamičkog i mikrofizičkog.

Dinamički procesi dovode do uzdizanja i širenja vazduha sa vodenom parom zbog niskog pritiska na velikim visinama u atmosferi. To kretanje obezbeđuje vrstu oblaka poput kumulusa, niskih i orografskih. Vertikalno kretanje vazduha i njegovo trajanje određuje veličinu čestica obrazovanih u oblaku i, što je veće kretanje vazduha, to su veće čestice.

Mikrofizički procesi obuhvataju stvaranje jezgra tečnih kapljica i njihovo narastanje. Kapljice su obično prečnika između 1 i 20 mikrona. Da bi pale, moraju narasti, a ukoliko se to ne desi, obično ispare. Postoje dva procesa po kojima se, izgleda, formiraju kapljice dovoljne da bi stvorile kišu: sudaranjem i pomoću Bergeran-Findemsenovog procesa.[4]

[4] Da bi nastao Bergeran-Findemsenov proces potrebni su mešani oblaci koji se sastoje od vode i kristala leda. U umerenom vrlo hladnom oblaku postoji mali broj kristala leda pa ne dolazi do neprekidnih padavina. Za to su potrebni ciro-stratusni ili alto-stratusni oblaci koji se sastoje iz velikih količina kristala leda, ali imaju malo vode. Nisko stratusni oblaci, pak, imaju više vode, a manje kristala leda. Na određenoj temperaturi pritisak pare na ledu je manji nego na vodi. Prema tome, ukoliko su u isto vreme u oblaku prisutne obe faze, kristali leda će rasti i padati brže od preostalih delova oblaka i stvarati padavine.

To daje polaznu osnovu za razumevanje veštačkog stvaranja kiše - oblaka na osnovu dinamičkih i mikrofizičkih procesa. U okviru dinamičkih procesa ubacuje se energija u atmosferu.[5]

S obzirom na znatnu količinu energije potrebne u okviru promena dinamičkih procesa, lakše je izazvati promene pomoću mikrofizičkih vodenih kapljica, leda, čvrstog ugljenmonoksida, srebrnog i olovnog jodida. Pri tome se agensi mogu ubacivati u tople i superhladne oblake. Kapljice se mogu izmeniti promenom koncentracije, veličine i prirode kondenzovanog jezgra ili sočiva površine kapljice. Najbolji rezultati su kada se upotrebi optimalna kapljica, usmerena pri zasejanju u najpovoljnije vreme i rejon. Za primenu zasejavanja, posebno sa gornje strane oblaka, najpogodniji su kumulusi. Oni nastaju na temperaturi iznad nultog podeljka Celzijusove skale. Takođe je moguće zasejavanje tečnih oblaka ispod te temperature, ali je efikasnija primena ledenih jezgara u Bergeran-Findemsen procesu. Kod tih oblaka treba poznavati prirodu, sastav i predvideti posledice zasejavanja, jer preveliko zasejavanje može dovesti do sprečavanja ili preranog padanja.

Ovim procesima moguće je povećati padavine do 100, pa i više puta, za razliku od prethodnih, po kojima je to moglo najviše 10 -15 posto.[6]

Posebnu mogućnost modifikacije padavina daju viši predeli i planinske oblasti, što potvrđuju eksperimenti na Alpima, ili pak padanje snega uz uspešnu preraspodelu u Sijera Nevadi. Takođe je posebno uspešno povećavanje padavina u hladnom periodu, što potvrđuju eksperimenti vremena sovjetskog meteorologa Leskova u oblasti ukrajinskih stepa. Izmena režima padavina najčešće se može vršiti zasejavanjem olovnim i srebro-jodidom, što je rađeno i potvrđeno, mada postoje i drugi načini. Kako se padavine mogu izazvati, tako ih je moguće i sprečiti, posebno padavine grada. U osnovi je sprečavanje rasta zrna grada pomoću srebro-jodida, čime se izaziva mržnjenje prehlađenih čestica u manjim dimenzijama. Ukoliko bi se određeni broj hemijskih reagenasa ubacio u zonu akumulacije u kojoj nema kristala, to bi izazvalo grad.

U ovu grupu metoda spadaju i promene magle i oblaka. U zavisnosti od vrste magle (mogu biti tople i hladne) primenjuju se i tehnike. Obično je to zasejavanje, zagrejavanje i kombinovanje suvog i vlažnog vazduha u magli. Tako se kod rasturanja tople magle koriste hidroskopske čestice, rastvori kapljica i njihova kombinacija. Kondenzacijom se smanjuje zasi-

[5] Jazaš Vćirepdgaš, Promene u čovekovoj živošnoj sredini - nova oružja za rat, Bilten prevoda CVNDI, br. 8/1977., str. 807.

[6] Novosel Đorđo, Geofizičko oružje-šta je to, Narodna armija, Beograd, 1972. god., str. 18.

ćenje zbog pritiska pare ili superzasićenja, što povećava isparavanje kapljica magle, čime se smanjuje sadržaj vode i razbija magla. Hladna magla se rastura zasejavanjem suvim ledom, srebro-jodidom, čvrstim ugljendioksidom ili tečnim propanom, čime se izaziva isparenje superhladnih kapljica magle.

Drugi metod je zasejavanje uz proračun potrebne temperature za isparavanje vodenih čestica. Takođe je primenjiv metod hladno-toplo pomoću helikoptera, iz kojeg se pušta topao i suv vazduh. Ekonomski opravdan i jeftin metod, ali ograničenog prostranstva (aerodrom, manje površine, itd.). Za sada je lakše i uspešnije rasturati toplu nego vlažnu i hladnu maglu.

Poznavajući proces nastanka magle, hlađenjem vlažnog vazduha moguće je i veštački izazvati maglu i to na dva načina: uklanjanjem iz vazduha i kondenzacijom. Pored magle moguće je po istom principu razbijanje oblačnosti. Pretpostavlja se da je institut u Obminsku najviše postigao u ovim istraživanjima. Tako je još 1960 godine u Kazahstanu izbacivanjem suvog leda razbijena oblačnost na površini oko 1.000 km², što je iniciralo dalje razbijanje, pa je za osam časova razbijena oblačnost na površini oko 18.000 km².[7]

Među mnogim načinima menjanja atmosferskih pojava pominje se i mogućnost proizvodnje veštačkih munja. Prema tvrdnji Fieuha i Greja moguće je kontrolisati stvaranje munje, čime bi se uticalo na sistem radio veza i stvaranje požara. Prilikom oluja stvaraju se pozitivna i negativna punjenja sa različitim smerom kretanja. Samo je polarizacija još nejasna, ali je poznato da usled munje dolazi do periodične neutralizacije, kada električno polje u oblaku dostigne kritičnu vrednost.

Postoji nekoliko metoda primene intenziteta i frekvencije bleska munje. Prvi je zasejavanje oblaka srebro-jodidom iz generatora na Zemlji, drugi je posle postupka isti kao prethodni, ali umesto srebro-jodida koriste se sitne metalne iglice, a treći metod je uznemiravanje električnog polja veštačkim lansiranjem male rakete na žici.[8]

Zbog razvoja današnje tehnologije većina navedenog se smatra hipotetičkim mogućnostima koje nisu neostvarive u budućnosti.

Posledice promena vremena i klime

Klima se definiše kao srednje vremensko stanje ili prosečno stanje svih meteoroloških elemenata neke oblasti, zemlje ili kontinenta tokom dužeg perioda. Najvažniji elementi klime su: osunčavanje, temperatura i

[7] Isto, str. 17.
[8] Freydz P., gras, C G., Hubert, Priroda, 212/1975, str. 37.

vlažnost vazduha, količina i raspored vodenog taloga, vetrovi i vazdušni pritisak. Klima je rezultat vrlo složenih i dinamičnih fizičkih i hemijskih procesa u atmosferi, na površini Zemlje i na morima (okeanima). U nauci se poslednjih desetak godina primenjuju matematički modeli putem računara, kako bi se objasnile, odnosno postavile osnovne zakonitosti u oblikovanju klime nad određenim prostorom, kao što je uticaj na oblačnost, ravnotežu toplote, i sl. Većina rezultata do danas, ipak, pokazuje da bi količina energije koju čovek danas proizvodi sagorevajući razna organska goriva izazvala male promene u toplotnoj ravnoteži Zemlje, izazivajući tako vrlo ograničenu promenu klime.

Međutim, masovna primena nuklearnih sredstava velike snage verovatno bi dala nešto drugačiju sliku, jer se promena klime prvenstveno može izvesti promenom zračenja i toplote u atmosferi, koja se opet dobija dvostrukim uticajem - zračenjem sunca, sa jedne, i toplotnim zračenjem Zemlje, sa druge strane. Prema tome, svaka aktivnost koja menja odbijanje zračenja od Zemlje ili apsorbuje toplotno zračenje koje je proizvod ljudske delatnosti u atmosferi može izazvati promene u uravnoteženoj količini energije i toplote, a time izazvati i manju ili veću promenu klime.

Mehanizam dejstva geofizičkog oružja u smislu njegovog uticaja na klimu ogleda se, pre svega, u uticaju aerosola na atmosferu, jer se smanjuje količina sunčevog zračenja koja dopire do Zemljine površine pošto aerosoli jedan deo energije propuštaju, a drugi deo apsorbuju ili vraćaju nazad. Kao rezultat tog delovanja nastaje već pomenuta neravnoteže, a time se menja i klima. I pored svega, mora se priznati da je uticaj aerosola u atmosferi vrlo složen i nedovoljno objašnjen.

Na temperaturu Zemlje, pored delovanja aerosola, utiču i drugi činioci, kao što su prisustvo sve veće količine čađi, asfalta, smanjena količina isparavanja reka i jezera zbog sve manjeg pritoka, ali i njihovog isušivanja. Mnogi stručnjaci i mogućnost namernog otapanja snežnog pokrivača vide kao jedan od načina uticaja na meteorološke procese, a time i na klimu. Još se vodi spor među naučnicima o pitanju otapanja i mešanja arktičkog leda, pri čemu postoje dva suprotna mišljenja. Jedni smatraju da bi dalji progresivan rast otapanja leda mogao biti dramatičan početak promene klime, a drugi da to ne mora da se dogodi i da su promene koje su u toku nastavak dosadašnjih prirodnih promena. Iako je primena geofizičkog oružja u promeni klime zamišljena kao strategijsko oružje, sve činjenice govore da se to sve još nalazi u teorijskim okvirima. Osnovni cilj promene klime u nekom delu sveta bio bi drastičan uticaj na prinos poljoprivrednih dobara i time stavljanje države, žrtve primene tog oružja, u zavisan položaj. Iako se može tvrditi da posto-

je određene definisane metode za promenu klime, njihova uloga se svodi samo na iniciranje izvesnog broja drugih značajnijih procesa, a pošto oni nisu u potpunosti shvaćeni, ne mogu se ni predvideti, a time ni kontrolisati.

Bez obzira na to što su vojnoteorijski problemi u vezi sa primenom geofizičkog oružja u eventualnom ratu još nedovoljno sagledani, moguće je naslutiti kakve bi posledice ono ostavilo. U vezi sa tim česta je i tvrdnja da zbog velike složenosti i nepoznavanja posledica geofizičkog oružja, one ostaju tajna. Nesumnjivo je da bi posledice bile katastrofalne, ali u kom obliku, kako bi se razvijale, koje jačine bi bile, u kom pravcu usmerene, kakve bi bile mogućnosti saniranja, to je delom još tajna. Bez obzira na sve, savremena ekologija pokušava što više da pronikne i odredi stepen uticaja čoveka na životnu sredinu. Ratna dejstva su jedna vrsta tog uticaja, koji se, (posebno na prirodnu sredinu), počeo izražavati sa pojavom „geofizičkog oružja". Zbog toga je neophodno sagledavanje posledica izazvanih tim oružjem, koje mogu biti u dijapazonu od lakog narušavanja životne sredine do izazivanja globalne katastrofe.

Izazivanje suša kao oružje rata

Sunce neprekidno emituje energiju u kosmos, a Zemlja kao deo Sunčevog sistema prema deo te energije. Sva energija ne stiže do Zemlje već se Sunčevi zraci u sudaru sa česticama atmosfere rasipaju i apsorbuju, pa do Zemlje dopire samo smanjena količina toplote. Kada je vedro, tada atmosfera propušta najveći opseg Sunčevih zraka, koji su sastavljeni od raznih čestica različitog reda veličine, pri čemu oni mogu izazvati i negativne posledice po zdravlje ljudi i biljke. Tome, najviše, doprinose ultraljubičasti zraci.

Posebnu opasnost za životnu sredinu predstavlja mogućnost delovanja na sloj ozonsfere. Ukoliko bi se probio ozonski omotač, nastala bi suša, a čovek bi zadobio opekotine, a biljke bi to dovelo do uvenuća. U smislu geofizičkog oružja pokušava se ovladati tehnikom stvaranja „ozonskih rupa", koje bi se u eventualnom budućem ratu usmerile na teritoriju protivnika. Dosadašnjim eksperimentima i delovanjem čoveka uspelo se izazvati smanjenje ozona u ozonosferi i do 50% nad nekim regionima, čime su ostvareni određeni negativni efekti. Ozonski otvor bi se mogao stvoriti raspršivanjem hemijskih supstanci koje bi vezale hemijski ozon. Kakve bi bile posledice moguće je suditi na osnovu posledica prirodnih suša, s tim što bi razbijanje ozonskog omotača bilo katastrofalno. Smatra se da su dugotrajne suše u Etiopiji posledica mogućeg eksperimenta delovanja geofizičkog oružja u tom obliku.

Pojava tzv. ozonske rupe u atmosferi, koja se širi iz dana u dan, podstakla je raspravu o uticaju elektromagnetnog zračenja u opsegu talasnih dužina ultraljubičastog zračenja, budući da takvo zračenje ostavlja negativne posledice na zdravlje ljudi i biljaka.

Ozon je gas čiji se molekuli sastoje od tri atoma kiseonika. U atmosferi se stvara na velikim visinama, u većoj meri pod dejstvom sunčeve ultraljubičaste svetlosti i pri atmosferskim električnim pražnjenjima. Svojim prisustvom u atmosferi sačinjava ozonosferu na visinama od 20 do 40 km, gde se nalazi u relativno visokoj koncentraciji. Ozonosfera je manji, ali vrlo važan deo atmosfere. Premda je procenat ozona u atmosferi relativno mali u poređenju sa drugim gasovima, on ima izizuzetno veliku ulogu u održavanju života na Zemlji, jer smanjuje količinu ultraljubičastog zračenja na meru kojoj se prilagodio život na Zemlji tokom miliona godina.

Vredno je spomenuti nekoliko uticaja koje ultraljubičasto zračenje ima na biološki sistem. Molekuli DNK, koji su nosioci genetičkih informacija, pokazuju jasno apsorbovanje ultraljubičastog zračenja. Isto tako značajno apsorbovanje ultraljubičastog zračenja, samo nešto većih talasnih dužina, primećeno je i kod proteina. Već je sasvim izvesno da povećana količina ultra-zračenja kod ljudi izaziva rak kože, kod biljaka sprečava fotosintezu i rast, a kod nekih vrsta dovodi i do sušenja. Neki pokazatelji navode na zaključak da bi smanjenje sadašnje količine ozona za 50% imalo katastrofalne posledice za biološki sistem Zemlje.

Delovanje geofizičkog oružja zamišljeno je kao namerno izazivanje tih posledica u nekim regionima raspršivanjem dela ozonskog omotača iznad tih regiona. U praksi su se razmatrala dva moguća metoda za pravljenje tzv. ozonske rupe. Prvim bi se metodom, raketom ili na neki drugi način, u ozonosferu raspršivala ozonska reaktivna hemikalija, koja bi za sebe vezala ozon i na taj način smanjila količina ozona u tom delu, čime bi se povećala propustljivost ultraljubičastog zračenja na taj region. Drugi metod zamišljen je tako da se vazdušnom nuklearnom eksplozijom u ozonskom omotaču napravi rupa iznad neprijateljeve teritorije.

Iako obe metode mogu naći primenu i predstavljaju realnu opasnost, u njihovom izvođenju postoje različiti problemi. Tu se najpre misli na tajnost njihovog izvođenja, koje je u sadašnjim uslovima skoro nemoguće sakriti, zatim na svrsishodnost upotrebe, s obzirom na još nedefinisane rezultate koji se mogu pojaviti tek posle dužeg perioda. Potom problem pričinjava dinamičnost u kretanjima slojeva atmosfere, jer osim horizontalne postoji i vertikalna raspoređenost, koja se neprekidno pokreće, pa je teško obezbediti stalnost „rupe" u omotaču nad regionom koji bi trebalo da bude zahvaćen

delovanjem tog oružja. I pored svega, poređenjem sa drugim vrstama geofizičkog oružja dolazi se do zaključka da ozonsko ima najveću mogućnost usavršavanja metoda upotrebe u budućnosti.

Poplave i bujice u funkciji borbenih dejstava

Kao što je moguće ograničiti padavine, tako ih je moguće i podsticati. Prilikom obrade pojma i vrsta geofizičkog oružja rečeno je kako je to moguće uraditi i do kojih razmera. Kao direktna posledica takvih mogućnosti nastaju poplave i bujice.

Povećanje padavina, kao što je rečeno, izaziva povećani protok vode, što u dolinama reka izaziva poplave. Posebno je to značajno kada se ima u vidu mogućnost usmerenog zasejavanja oblaka u krajevima gde se inače u padavinama ne oskudeva i gde su vodotoci bogati. S obzirom na to da se vodotoci daleko rasprostiru s povećanjem vodene mase, njihovim tokom može doći do poplava, čime bi se ugrozili život kraj njih i zemljište. Povećan protok vode moguće je izazvati na dva načina: podsticanjem kišnih padavina i otopljavanjem snega i lednika.

Imajući u vidu karakteristike kišnih padavina u pojedinim periodima godine, moguće je izazvati poplave i u sušnom delu godine. Međutim, sveobuhvatnije su i sa težim posledicama u kišnom delu godine. Poznate su mnogobrojne nacionalne katastrofe izazvane u miru, ali i u ratu veštačkim ili prirodnim delovanjem. Izazivanje tih efekata i posledica nije nepoznato ni u istoriji ratova. Tako je Nemačka, povlačeći se sa holandske teritorije tokom Drugog svetskog rata, razrušila priobalne morske nasipe, izazivajući katastrofalne poplave. Po svojim posledicama slično nešto dogodilo se u Kini, takođe za vreme Drugog svetskog rata. Saznanje o tome koliko ima brana u svetu koje bi se mogle porušiti za vreme rata dovoljno je da se pretpostave posledice eventualno nastalih poplava, bez potrebe njihovog izazivanja drugim načinima.

U brdsko-planinskom delu osnovni resursi vode su potoci i rečice. Izazivanjem veštačkih padavina moguće je na slivnom delu stvoriti bujice. To bi dovelo do uništenja brana, propusta, mostova i drugih objekata, što bi otežalo kretanje, manevar ekipa za pomoć i jedinica zaštite i spasavanja i drugo. Poplave se izazivaju i nastaju izlivanjem vodotoka u ravničarskim delovima. To dovodi do uništavanja industrijskih kompleksa i stambenih naselja, prekida komunikacija i uništavanja poljoprivrednih dobara, onemogućuje ili odlaže setve. Ukoliko bi vegetacija bila uništena, povećalo bi se proticanje vode u reci za 4-5 puta.

Bujice su brzi tokovi velike rušilačke snage, a sastoje se od smese vode i stena različite veličine. Pojavljuju se u slivovima planinskih reka

zbog intenzivnih padavina, naglog otapanja snega, provala i pražnjenja glacijalnih jezera. Nanosi bujica su 50% od zapremine, ili po težini 60-65 bujične mase. Prilikom kretanja bujica, bujična masa prelazi u žitku masu, čija gustina biva i 1.000 - 1.200 kg/m³. Pri tome masa nije samo rastresiti materijal, već sadrži krupnije stene, pa i ploče težine do 2,5 tone. Bujice se pojavljuju u talasima, usled čepova koji se provaljuju velikom brzinom od 5-7 m/s, što ukazuje na njihovu veliku rušilačku snagu, a istovremeno muljem i stenama prekriva obradivo zemljište. Tako je bujica u Alma-Ati 1991. godine nanela hiljade tona krupnog nanosa i kamenja sa 10 nastalih talasa.

Zemljotresi u paleti geofizičkog oružja

Mnogi smatraju da se usvojenom teorijom naslaga, svet približio naučnom objašnjenju o izazivačima zemljotresa. Po toj teoriji Zemljina kora se sastoji od desetak ploča koje se istovremeno udaljuju i približavaju jedna drugoj. Takva kretanja stvaraju ogromnu energiju koja se oslobađa u nekim delovima Zemlje u vidu slabijih ili jačih, kraćih ili dužih zemljotresa. Prateći raspored tih ploča i neke zakonitosti u pojavljivanju zemljotresa na granicama tih ploča na nekim područjima, vojni naučnici su došli na ideju da nizom uzastopnih podzemnih ili podmorskih nuklearnih eksplozija u stenovitim delovima mogu izazvati zemljotrese u udaljenim regionima. Međutim, navedeni načini primene seizmičkih efekata ograničeni su samo na određena područja i više predstavljaju teorijsku nego praktičnu mogućnost. Ograničenja za praktičnu primenu te metode vezana su za nepoznanicu kolika bi to količina energije morala biti upotrebljena za iniciranje jednog takvog procesa kao što je zemljotres i da li bi se on desio baš tamo gde se to želi, a ne možda u nekoj drugoj prijateljskoj zemlji. Ipak, ne sme se zanemariti mogućnost daljeg istraživanja i razvoja u toj oblasti. Među prvim veštački izazvanim zemljotresima bio je zemljotres u državi Kolorado, kada je eksplozijom dovedeno do serije malih zemljotresa, jer je oslobođena vodena masa reke Denver. S promenom vodene mase, odnosno njenim povećanjem, takođe mogu nastati zemljotresi. Moguće ih je stvoriti kada se zna oblast tektonske nestabilnosti na teritoriji protivnika. Rastavljanje San Andreasa u rejonu San Francisko i Los Anđeles delom je posledica „pojasa zemljotresa" Tihog okeana. Tako bi se moglo isprovocirati nekoliko zemljotresa sa nekoliko dubokih podzemnih nuklearnih eksplozija u Južnom kineskom moru i rejonu Filipina.[9] Zemljotresi bi uslovili nastajanje, odnosno „buđenje" ugašenih vul-

[9] Calder Nigel, Rat budućnosti, Zagreb, 1968., str. 190.

kana, lavina ili poplava. Jedna od slika posledica koje zemljotres može izazvati jeste ona nastala nakon zemljotresa u Peruu 1970. godine, kada je poginulo 18.000 ljudi. Neki tvrde da je dovoljno 10 Kt nuklearnog eksploziva da bi se izazvao potres u nestabilnom području. Izazivanje potresa dovelo bi do velikog sabijanja glinastih slojeva zemlje ispod gradova usled „seizmičkog sleganja" nekih tipova gline.[10]

Kao posledica veštačkih zemljotresa u moru mogu nastati tsunami talasi. Talasi mogu biti velike brzine u serijama, sa srednjom visinom 5-10 metara. Najveća visina talasa koji je nastao usled zemljotresa bila je 1933. godine u Tihom okeanu i iznosila je oko 34 m. Prirodni tsunamii javljaju se često, a podaci o njima potiču iz davnina. To potvrđuju nalazi arheologa u Siriji, koji su pronašli glinene tablice koje svedoče o velikim talasima i uništavanju tadašnjih gradova njihovim dejstvom. U Egiptu su na papirusu pronađene slične tvrdnje. Jak udar talasa tsunami 1755. godine u Lisabonu odneo je 500.000 ljudi. Verovatno je da sve ove ogromne morske talase pokreće iznenadno sleganje ili uzdizanje neke stene na morskom tlu, klizanje zemljišta na padini kopnenog obronka, izdizanje vulkana i veštački zemljotresi. To su mogući uzroci velikih vodenih talasa, mada se sa sigurnošću ne zna kako nastaju tsunami. Osnovnim područjem takvih talasa smatra se Tihi okean, jer je činjenica da u njemu nastaje godišnje 400 vulkana. Kada su u pitanju zemljotresi treba reći da 80% od njihovog broja nastaje u akvatoriji Tihog okeana.[11]

Erozije tla, snežne lavine i oluje kao oružje rata

Erozije tla jesu procesi koji se dešavaju u prirodi, uglavnom zbog čovekove nemarnosti, ali moguće ih je izazvati i veštački. Najpodesnije je eroziju izazivati ogoljavanjem zemljišta. Kada se uništi vegetacija šumskim požarima, poplavama, zemljotresima, zemljište se izlaže nekontrolisanim bujicama, odronima, spiranju i postepenom klizanju, što dovodi do velikih erozivnih procesa i teških posledica. Izabrani predeli, objekti, pravci mogu se tako u ratu tretirati. Posledice bi bile velike za obradu zemljišta, za izvođenje borbenih dejstava, otežalo bi se ukopavanje, maskiranje, inženjerijski radovi, fortifikacijsko uređenje, i slično. Takođe se promene koje se dešavaju u unutrašnjosti zemlje odražavaju i na površinu. Najčešće se menja mehanički sastav zemlje, pri če-

[10] Vavilov M.A. Ekologičiskie posledstva tonki vooruženim, Moskva, 1988. god., str. 128.

[11] Haroun Taveff, Kad se zemlja trese, Naprijed, Zagreb, 1965., str. 47.

mu zemljište postaje nestabilno i nepodesno za normalno opterećenje. Zbog toga površina zemljišta postaje sklona odronima i drugim oblicima razornog karaktera. Time se zatvaraju rečne doline, ruše komunikacije, menjaju pravci vodenog toka, narušavaju uslovi za poljoprivredu, i drugo.

Snežne lavine potiču od latinske reči labi, a to su iznenadna obrušavanja snežne mase u dolinu. Postoje različiti uzroci njihovog nastanka, a mogućnost predviđanja njihovog nastanka i posledica je problematična. Nastanak lavina zavisi od visine snega. Kada sneg ispuni sve neravnine i prekrije travu pri nagibu 25-30 stepeni i dostigne visinu do 30cm, postoji mogućnost nastanka snežne lavine. Takođe, na nastanak lavine utiču gustina novog snega, intenzitet padanja snega i dr. Kao najčešći uzrci lavine se navode brzina vetra i sleganje snega. Lavine većinom nastaju zimi i u proleće. Zimske lavine su suve, brzine do 100m/s i stvaraju vetar iste brzine usled potiskivanja vazduha. Prolećne lavine su vlažne, sporije, ali veće razorne snage, jer u njima može biti kamenja, zemlje i drveća. Kakve posledice mogu ostaviti lavine govori primer sa Kavkaza, kada je u blizini Kazbeka (5.047m) lavina sa 70-75 miliona metara kubnih za samo četiri minuta prešla 12km, ostavljajući pustoš za sobom. Koliku rušilačku snagu imaju svedoči primer lavina sa planine Uaskari u Peruu, gde je lavina uništila 9 naselja i dovela do smrti 4.000 ljudi. Procenjuje se da godišnje nastane 500-800 lavina, a u nekim zemljama postoje lavinska „točila". Na primer, u Švajcarskoj ima oko 9.000 lavinskih točila.

Mora se, takođe, reći da su mogućnosti veštačkog izazivanja lavina još u sferi teorijskih razmatranja. Svakako da ima i praktičnih pokušaja izazivanja lavina otopljavanjem snežnih površina ugljenom prašinom. Dok je pokretanje lednika još samo teorija, u pokretanju snega uspeli su sporadični pokušaji manjih razmera. Problem nije u izazivanju lavina, već u njihovom kontrolisanju.

Zainteresovanost za kontrolu i korišćenje jakih nepogoda - tornada (uragana) proizilazi iz činjenice da oni proizvode velikom broju žrtava i razaranjima na mnogim prostorima u mirnodopskim uslovima. Tornado je pojava čiji efekti zahvataju malo područje (500 km). Njegova snaga odgovara (kako se pretpostavlja) snazi eksplozije nuklearnog projektila od 50 Kt. Za sada se malo zna o planskom usmerenju i izazivanju tornada, ali se nagoveštavaju mogući načini. Jedna od mogućnosti izazivanja tornada jeste izazivanje prenosa toplote sa mora u atmosferu. Tornado bi se mogao upotrebiti protiv zemlje koja ima duge morske granice - obale, radi uništavanja infrastrukture na njima. Kakvu opasnost tornado predstavlja kazuje i činjenica da je u prirodnim uslovima prvi na rang-listi po žrtvama koje prilikom nastanka izaziva. Tako je za 40 godina izazvao pogi-

biju 800.000 ljudi. Iako se sa eksperimentom nekoliko puta pokušalo i nije bilo značajnijih rezultata, treba očekivati dalja istraživanja.

Napred su navedene neke od mogućih posledica koje bi se mogle izazvati geofizičkim oružjem. Bez obzira na to što neke posledice možda i danas predstavljaju samo teorijsku mogućnost, moraju se izučavati kako bi se ukazivanjem na razmere i strahote koje mogu nastati apelovalo na brže normativnopravno regulisanje tih pitanja, poput pitanja razoružanja, zaštite životne sredine, i slično. Mogućnost nastanka takvih posledica, pa makar bile one i teoretske, kazuje da ta pitanja predstavljaju planetarni problem. Treba razgraničiti istraživanja za mirnodopske potrebe od onih istraživanja za ratne svrhe. Nažalost, obično su se i mirnodopska istraživanja zloupotrebljavala dobijajući drugi smer. Navedeni primeri to rečito potvrđuju.

Zaključak

Iako se o geofizičkom oružju u literaturi nalazi relativno malo, uglavnom teorijskih radova, svakako se ne može demantovati činjenica da su u toj oblasti vršena značajna istraživanja sa promenljivim rezultatima. U većini slučajeva tehnologija razvoja sredstava i metoda geofizičkog oružja nije daleko odmakla u odnosu na teoriju, uglavnom zbog činjenice da se nije mnogo napredovalo u shvatanju mehanizma dejstva određenog broja metoda geofizičkih promena, pre svega zbog nemogućnosti predviđanja njihovih kratkoročnih ili dugoročnih ekoloških posledica. No, svakako se postignuti rezultati ne mogu zanemarivati, naročito oni u promenom vremena i klime.

Eventualna upotreba geofizičkog oružja među pristalicama njegove primene izaziva izvestan broj problema. Razne metode koje se predviđaju za korišćenje u masovnoj primeni efikasne su samo pod određenim meteorološkim uslovima koji se javljaju periodično i to samo u određenim regionima. Još niko nije u stanju da u potpunosti kontroliše većinu tih promena. Sem toga, po svojim posledicama to oružje ne deluje selektivno, pa bi bilo obuhvaćeno i civilno stanovništvo, što podleže poznatim međunarodnim zabranama. Isto tako, pošto je region koji je zahvaćen dejstvom tog oružja nedefinisan, postoji opasnost da promena vremena, klime i sl., može zahvatiti i susedne neutralne države, pa i samu državu koja primenjuje sporno oružje.

Jedan od uznemirujućih aspekata geofizičkih promena izazvanih ljudskom delatnošću jeste i to što se takve operacije mogu izvoditi prikriveno. Neka država, poznavajući meteorološku situaciju nad svojom i susednim državama, može zasejavati oblake na svojoj granici, znajući da to

može izazvati promenu u kišnim i snežnim padavinama nad susednom državom. Tehnika zasejavanja oblaka je relativno jeftina za većinu država, tako da je mogu koristiti mnoge države.

Poznate su ekološke posledice agenasa koje se koriste za zasejavanje sa ciljem uticaja na promenu vremena. Većina neorganskih supstanci koje bi se primenjivale, kao što su srebrni jodidi, obrazovale bi nerastvorljive mešavine za zagađivanje čovekove životne sredine, naročito u moru i rekama. Mogućnost uticaja na prirodnu sredinu zarad mirnodopskih dobrobiti uslovila je pojavu nove vrste oružja za masovno uništavanje. Naime, prvi put se javlja namensko oružje za promenu životne sredine za ratne svrhe, tzv. geofizičko oružje. Iako neki sumnjaju da je to oružje, treba reći da, nezavisno od svog specifičnog karaktera, ono predstavlja oružje koje ima sva svojstva i efektive klasične i nuklearne vrste. Može biti usmereno na uništavanje materijalnih dobara, žive sile i borbene tehnike neprijatelja. Sem toga, ovo oružje po snazi i efektima dejstva daleko prevazilazi sve dosadašnje vrste oružja, uključujući i nuklearno. Usavršavanje je dovelo do podele na vrste, što je, mora se napomenuti, uslovno urađeno, jer su sve prirodne pojave usko povezane, tako da promene na jednoj dovode do promena kod druge. Istraživanja pokazuju da svi oblici čine jedan kompleks, koji predstavlja nepoznanicu. Čovek još nije u stanju da potpuno kontroliše procese koje bi veštačkim putem izazvao u prirodi. Stoga ni primena nekih vrsta oružja nije dovoljno pouzdana, jer podleže velikom riziku. Izazvani procesi se često ne mogu zaustaviti, usmeriti, vremenski i prostorno ograničiti. Primena nekih vrsta oružja može imati trajne ili dugoročne posledice, kakva je npr. promena klime. Realna opasnost tog metoda i oružja u ratu ukazuje na potrebu sagledavanja prirodnih i geofizičkih fenomena konkretnog prostora svake zemlje.

Geofizička oružja su pokazala da pojedine komponente prirodne sredine omogućuju nove oblike borbenih dejstava, sa teškim posledicama po životnu sredinu i sa opasnim indirektnim posledicama po ljudsku egzistenciju. Zbog toga znatan deo svetske javnosti sasvim ozbiljno računa sa tom novom pretnjom. Izgleda da geofizička modifikacija još nije najidealniji sistem oružja, imajući u vidu posledice i za onog koji je primenjuje. Poznavanje geofizičkog oružja postaje sve važnije i neophodnije, jer bi čak i delimično korišćenje prirodne energije za postizanje ratnih ciljeva imalo katastrofalne posledice.

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

Dragan Vujić, Ph.D.
Security Service of Belgrade Student Centre

The Impact of Geophysical Weapons on Endangering of Environment for the Purposes of War

Abstract:

The environment has considerably been damaged due to numerous destructive impacts of obsolete and dirty technologies, heavy and uncontrolled traffic, arms race, military actions, terrorist acts and other activities which are all seriously disturbing the existing balance of nature and endangering human life at the same time. There have been ominous warnings about the situation. Rapid increase in techniques of geophysical engineering and so-called geophysical weapons which their practical threats to the mere physical existence of the wild life and of human society has created a need for this exceptionally important field to be legally regulated and sanctioned by international standards.

The aim of their pursuit and study is for the man to protect and improve the environment in order to save it as on integral and crucial part of human work, life and sheer existence. Over the history of human society and of scientific and technological development, implementation of learning in different fields of human activities have caused ground breaking discoveries but at the some time and aspiration to control natural processes and phenomena such as the weather, climate, earthquake, tsunami, drought, cloudiness, precipitation etc.

Starting from the fact that protection of the environment is a most fundamental postulate in the best national interests of each country, a conclusion can be made that only a deep radical change in man's attitude towards natural world with its processes and with its laws can secure further development of mankind. In respect of that, understanding and adoption of the findings and the effects of so-called geophysical weapons that

have been made in this field so far have must relevant part. Namely, results and findings of the research still have not provided answers to a great number of questions.

This paper examines exceptionally complex interaction between changes in nature in terms of the climate, weather etc. deliberate influence on these processes for the sake of his needs in war. The arsenal of such weapons may cause troubles on a global scale that would include not only destructive impact of various types of pollution but impoverishing natural sources, problems in demography, urban chaos, a huge discrepancy between production and distribution of goods and services and many other problems as well.

Key words: environment, geophysical weapons, war, endangering, security.

Originalni naučni rad 347.951.1(497.11)
doi:10.5937/zrpfns46-2572

Dr Marija Salma, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRESUDA ZBOG IZOSTANKA*

Sažetak: *U radu se analizira presuda zbog izostanka, koja je ponovo uvedena-vraćena u Zakon o parničnom postupku 2011 godine. Ukazuje se na evoluciju ovog instituta u našem pravu, posebno na to da je 2004. godine ukinuta presuda zbog izostanka u opštem parničnom postupku, a uvedena je presuda zbog propuštanja. Novi ZPP predviđa postojanje oba instituta. Otuda je bilo potrebno da se ukaže na zajedničke i odvojene osobine ovih presuda. Polazi se od zajedničkog rezultata, tj. od toga da i izostanak i propuštanje ima za posledicu donošenje presude kojom se usvaja tužbeni zahtev.*

Ključne reči: *presuda zbog izostanka, presuda zbog propuštanja, kontumaciona presuda*

I
ZAJEDNIČKE I DIFERENCIJALNE OSOBINE PRESUDA ZBOG IZOSTANKA I ZBOG PROPUŠTANJA

1. Evolucija

Novim zakonom o parničnom postupku ponovo je uvedena – *vraćena*, presuda zbog izostanka.[1] Naime, ova presuda je bila prisutna u našem zakonodavstvu sve do Zakona o parničnom postupku (ZPP) iz 2004. go-

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

[1] V. Zakon o parničnom postupku (ZPP), Službeni glasnik Republike Srbije, br. 72 od 28 sep. 2011 god. čl. 351.

dine. Tada je njena primena bila ograničena samo na poseban parnični postupak u *sporovima male vrednosti*. Umesto nje u *opšti* parnični postupak uvedena je *presuda zbog propuštanja*.

Mnoga zakonodavstva poznaju *samo presudu zbog propuštanja*.[2] Ima međutim i takvih, gde *paralelno* postoje presuda zbog propuštanja kao i presuda zbog izostanka.[3] *Naše* zakonodavstvo se pridružilo *drugoj grupi* zemalja.[4]

2. Presuda zbog izostanka i presuda zbog propuštanja – zajedničke i odvojene osobine

Zajedničko je ovim presudama to da ih sud može doneti samo ako *tuženi ne ospori tužbeni zahtev*. *Presudu zbog propuštanja* sud će doneti ako tuženi ne odgovori na tužbu u određenom roku, a presudu zbog izostanka kada tuženi kome tužba nije dostavljena na odgovor, već mu je dostavljena zajedno sa pozivom na ročište, ne dođe na pripremno ročište ili na prvo ročište za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije održano, a *ne ospori* tužbeni zahtev, tj. ako tuženi ne izrazi protivljenje istaknutom *tužbenom zahtevu*. Kod *presude zbog izostanka* je naglasak na *neodazivanju na ročište*, a kod presude zbog propuštanja u neosporavanju tužbenog zahteva podnošenjem odgovora na tužbu. Ista posledica postoji i ako odgovor na tužbu ima nedostatke zbog kojih se po njemu ne može postupiti. U tom slučaju će se smatrati da tuženi nije odgovorio na tužbu.[5] Koliko ova odredba doprinosi ostvarivanju načela jednakosti stranaka u parnici evidentno je. Procesne sankcije koje trpe stranke zbog neurednosti tužbe i odgovora na tužbu su nepovoljnije za tuženog. Ako je tužba neuredna sud je odbacuje, a ako je neuredan ili nepotpun odgovor na tužbu postoji fikcija da on nije ni podnet, te je to osnov za donošenje presude zbog propuštanja. Budući da stranke u ovoj fazi postupka ne moraju biti zastupane od strane advokata, opet će bolje proći tužilac jer će mu sud vratiti tužbu na dopunu ili ispravku. Odgovor na tužbu sa nedostatkom se ne vraća tuženom.

U daljem tekstu naše interesovanje ćemo usredsrediti na obeležja navedenih presuda.

---

[2] Takva je situacija u Sloveniji, Crnoj Gori, Republici Srpskoj, Mađarskoj, Austriji.

[3] V. članak 332. Zakona o parničnom postupku Hrvatske, Narodne novine, br 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11. Kao i Zakonot za parničnata postapka, Službeni vesnik na Republikata Makedonija, br.79/05, 110/08, 83/09.

[4] V. čl. 351. ZPP-a Srbije.

[5] V. čl. 300. ZPP-a Srbije.

U uporednom pravu koja poznaju samo presudu zbog *propuštanja*, u *definicijama istih se susrećemo i sa elementima izostanka*. Presuda zbog propuštanja se može doneti i kao posledica propuštanja pripremnog ročišta zakazanog radi raspravljanja o predlozima vezanim za glavnu stvar.[6]

Zajedničko je za obe presude i to da tuženi *mora biti uredno pozvan na ročište,* odnosno da mu tužba mora biti uredno dostavljena. Osnovanost tužbenog zahteva treba da proizilazi iz činjenica navedenih u tužbi. Činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtev ne smeju biti u suprotnosti sa dokazima koje je sam tužilac podneo ili sa opštepoznatim činjenicama. Dalje, potrebno je da ne postoje opštepoznate okolnosti zbog kojih tuženi nije mogao da dođe na ročište.

Ni jedna od ovih presuda se neće doneti ako se radi o *zahtevima kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati*. U oba slučaja sud može i da odloži donošenje presude da bi proverio da li su raspolaganja stranaka suprotna sa prinudnim propisima, javnim poretkom, pravilima morala i dobrim običajima. Donošenje ovih presuda sud može da odloži i ako nema dokaza da je tuženi uredno pozvan, odnosno ako nema dokaza da mu je tužba uredno dostavljena. Zajedničko je povodom obeju presuda i to da će sud doneti presudu kojom odbija tužbeni zahtev ako ga tužilac na ročištu ne preinači, u slučajevima kada iz činjenica navedenih u tužbi ne proizilazi osnovanost tužbenog zahteva. Sud neće moći da donese presudu kojom odbija zahtev pre nego što zakaže pripremno ročište odnosno, ročište namenjeno za preinačenje.[7]

Obe presude bi trebalo da doprinesu *ubrzanju* postupka. Pasivno držanje tuženog sud sankcioniše na taj način što usvaja tužbeni zahtev. Sud postupa kao da nema spora.

U nekim pravima da bi se donela presuda zbog propuštanja potreban je i *formalni predlog tužioca.*[8] U našem aktuelnom Zakonu ni za jednu od navedenih presuda *nije potreban predlog* tužioca.

U našem starijem pravu presuda zbog izostanka se više vezivala za *inicijativu tužioca.* Takva je situacija bila u našem procesnom zakonodavstvu zasnovanom na ZPP-u iz 1976. godine. Takvo rešenje je zadržano i danas u nekim zakonima koji predviđaju postojanje ove vrste presuda.[9] Postoje i zakonodavstva koja su zadržala predlog tužioca ali su ga dopu-

---

[6] V. *Rechberger-Simotta*, Zivilprozessrecht, Wien, 2003. str. 389.

[7] V. čl. 350. i 351. ZPP-a Srbije.

[8] V. *Rechberger-Simotta*, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Wien 2003, Manzsche Verlags- und Universitatsbuchhandlung, str. 388. t. 678.

[9] V. čl. 320. st. 2. ZPP-a Republike Makedonije, kao i Arsen *Janevski* i Tatjana *Zoroska*-Kamilovska,Gragansko procesno pravo, kniga prva, Parnično pravo str. 432-433., kao i članak 332 ZPP-a Hrvatske.

nila i odredbama koje ovlašćuju sud da i po službenoj dužnosti donese presudu zbog izostanka.[10]

3. Sistemi, procesni rezultat izostanka ili propuštanja

U evoluciji dosadašnjeg prava vezanoj za ove vrste presuda možemo primetiti da su postojala tri sistema: sistem koji prihvata *samo presudu zbog izostanka*, zatim, sistem u kome se primenjivala *samo presuda zbog propuštanja* i sistem koji zagovara važeći ZPP, *paralelno postojanje* obeju presuda.

Koji god da je sistem prihvaćen, on ovlašćuje sud da bez raspravljanja *usvoji* tužbeni zahtev. Time se postiže efikasnost postupka. Istovremeno se otklanja bilo kakav prigovor upućen na račun suda zbog nepoštovanja načela obostranog saslušanja kao i raspravnog načela. Ako nije bilo propusta suda u dostavljanju niko ne sprečava tuženog da odgovori na tužbu ili pak da dođe na ročište koje je u pozivu navedeno. Za svaku parničnu radnju sud ostavlja primereni rok strankama. Rok se predviđa da bi se sprečilo odugovlačenje postupka. Ako stranke, u ovom slučaju tuženi, bude pasivan, sud odlučuje na taj način što usvaja zahtev iz tužbe.

S druge strane, ako je propuštanje roka za odgovor na tužbu ili za dolazak na ročišta bilo *uslovljeno opravdanim razlozima*, može se tražiti *povraćaj u pređašnje stanje*.

II
POSEBNO O PRESUDI ZBOG IZOSTANKA

1. Terminologija – pojam presude zbog izostanka

U nauci se presuda zbog izostanka naziva i *kontumacionom* (contumax – tvrdoglav ili nepokoran, tj. onaj koji se ne odaziva pozivu suda). Termin – presuda zbog izostanka bi, barem prema shvatanju procesne teorije, trebalo zameniti terminom „presuda zbog propuštanja“, zbog toga što *izostanak* tuženog, po sebi, *nije dovoljan* da bi sud usvojio tužbeni zahtev. Potrebno je da pre toga tuženi *nije osporio* zahtev. Prisutno je i shvatanje po kome se presuda zbog izostanka donosi upravo i samo zbog izostanka, a osporavanje tužbenog zahteva podneskom tuženog, sprečava njeno donošenje.[11] Prema stanovištu iznetom u uporednom procesnom pravu, kao i u evoluciji domaćeg procesnog prava nema primera da se presuda zbog izostanka mogla doneti na osnovu izostanka uz osporavanje

[10] V. čl. 332 ZPP-a Hrvatske.

[11] V. Borivoje *Poznić*, Komentar Zakona o parničnom postupku, Beograd, 2009., str. 778.

tužbenog zahteva. Drugim rečima, izostanak i neosporavanje su (minimalni) kumulativni uslovi za donošenje presude zbog izostanka. Naravno postoje u uporednom i domaćem pravu i drugi uslovi, oni variraju, u tom smislu da su negde potrebni, negde nisu. Tako npr. u pravnim sistemima u kojima je potrebna inicijativa tužioca za donošenje presude zbog izostanka, neće se doneti ta presude u nedostatku te inicijative. A u sistemima prava u kojima nije potrebna ta inicijativa, tj. tamo gde se presuda zbog izostanka donosi ako su za to ispunjeni zakonski uslovi, po službenoj dužnosti, presuda zbog izostanka će se doneti i bez te inicijative. Takođe, sporno je da li se dolazak tuženog na pripremno ročište ili na prvo ročište za glavnu raspravu, u slučaju da se na njemu ne izjasni (protivi) o tužbenom zahtevu može pravno izjednačiti sa izostankom. Naš zakon predviđa donošenje presude zbog izostanka i u slučaju kada tuženi dođe na navedena ročišta ali neće da se upusti u raspravljanje.[12] Tuženi nema dužnost da se upusti u raspravljanje. U parnici govorimo o procesnim teretima. Parnične radnje stranke,u ovom slučaju tuženi, preduzima samo ako hoće da poveća svoj izgled na uspeh u sporu.

2. Izostanak tuženog

Pod izostankom se smatra, kako u našem, tako i u uporednom pravu *nedolazak* tuženog na pripremno ročište ili na prvo ročište za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije održano, odnosno, isto dejstvo postoji ako tuženi dođe na ta ročišta a neće da se upusti u raspravu.[13] Naravno, uslov za donošenje presude zbog izostanka je da je tuženi *uredno pozvan*. Ako tuženi nije uredno pozvan, a i nije došao na raspravu, ne može se doneti presuda zbog izostanka.

Dostavljanje tužbenog zahteva mora da se sprovede po pravilima o *ličnom dostavljanju.*[14] Donošenje presude zbog izostanka se može odložiti ako nema dokaza da je tuženi uredno pozvan, a nesumnjivo je da mu je poziv uručen. U skladu sa ZPP-om sud određuje rok u kome će se izvršiti provera da li je tuženi uredno pozvan. Ako se u zakonom određenom roku utvrdi da je tuženi bio uredno pozvan, sud će doneti presudu zbog izostanka.[15]

Prema sudskoj praksi ne može se smatrati opravdanim propušteno ročište od strane punomoćnika tuženog ukoliko je isti *bio sprečen* da do-

[12] V. čl.351. ZPP-a Srbije.

[13] V. čl. 351. st. 1. ZPP-a Srbije, članak 332. ZPP-a Hrvatske, kao i čl. 320. st. 1. ZPP-a Makedonije.

[14] V. čl. 141. ZPP-a Srbije.

[15] V. čl. 351. st.5. ZPP-a Srbije.

đe na zakazano ročište a uredno je pozvan, jer je tuženi mogao da ovlasti drugog advokata da ga zastupa na prvom ročištu za glavnu raspravu i tako spreči donošenje presude zbog izostanka.[16]

Takođe, prema sudskoj praksi, kada je tuženi *telegramom tražio odlaganje* prvog ročišta za glavnu raspravu zbog bolesti, a telegram je primljen u sudu blagovremeno tada nisu bili ispunjeni zakonski uslovi za donošenje presude zbog izostanka.[17]

Za donošenje presude zbog izostanka, po sudskoj praksi, neophodno je da tuženi ne dođe na pripremno ročište *do njegovog zaključenja* ili na prvo ročište za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije održano ili ako dođe na ova ročišta, ali neće da se upusti u raspravljanje ili se *udalji* sa ročišta, a ne ospori tužbeni zahtev. Iz istorijata ovog predmeta saznajemo da je tužilac bio na prvom ročištu, ali da tada nije predložio donošenje presude zbog izostanka jer je želeo mirno da reši spor sa tuženim. Pošto do toga nije došlo, na sledećem ročištu je predložio donošenje presude zbog izostanka.[18]

Po sudskoj praksi ako na prvo ročište nisu pristupile *obe stranke* koje su bile uredno pozvane, a na drugo ročište pristupi samo tužilac i predloži donošenje presude zbog izostanka tada se ne radi o prvom ročištu, te nisu ispunjeni uslovi za donošenje presude zbog izostanka.[19]

Potrebno je napomenuti da *novi Zakon* o parničnom postupku *ne predviđa udaljavanje* sa ročišta tuženog kao razlog za donošenje presude zbog izostanka. U procesnoj literaturi je s pravom kritikovano zakonsko rešenje koje se odnosilo na mogućnost donošenja presude zbog izostanka u slučaju udaljavanja tuženog sa ročišta jer je tada ta presuda bila kazna za nered tuženog a ne rezultat stranačke dispozicije.[20]

3. Osporavanje ili ne osporavanje tužbenog zahteva

Presuda zbog izostanka se ne može doneti ako je tuženi osporio tužbeni zahtev, saglasno pravilima ZPP, tj. u pisanom obliku putem odgovarajućeg podneska.[21] Od podnesaka koje je ZPP predvideo, tuženi bi

---

[16] *Rešenje Višeg Privrednog suda*, Pž. 5664/2000 od. 25. 10 2000. godine. Izvor: Sudska praksa privrednih sudova – Bilten br. 1/2001, str. 6.

[17] *Rešenje Vrhovnog suda Srbije*, Prev. 15/95 od 24. januara 1995. g., izvor: Sudska praksa privrednih sudova, Bilten br. 2/1995., str. 67.

[18] *Iz rešenja Višeg Trgovinskog suda, u Beogradu*, Pž. 1481/2002. od 3. 7 2002. g.

[19] *Rešenje Višeg privrednog suda*, Pž. 4396/94 od 25. 11 1994., izvor: Sudska Praksa privrednih sudova, Bilten br. 2/95., str. 21.

[20] V. *Triva, Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1980. str. 487.

[21] V. čl. 351. st. 1. tačka 2. ZPP-a Srbije.

mogao da podnese odgovor na tužbu ili protivtužbu. Pošto se kod presude zbog izostanka tužba i ne dostavlja na odgovor, već se dostavlja zajedno sa pozivom na ročište, postavlja se pitanje da li to predstavlja ograničenje tuženog da odgovori na tužbu ili pak predstavlja ovlašćenje kojim se tuženi može koristiti? Ako ovu odredbu Zakona shvatimo kao ovlašćenje, tuženi ne mora da strepi da će se odgovor na tužbu koji ima nedostataka tretirati kao da nije ni dat, jer nedostaje rešenje suda sa poukom o tome šta bi trebalo da sadrži odgovor na tužbu i u kom roku treba da bude podnet. Štaviše, osporavanje zahteva ne bi moralo da bude obrazloženo. U redovnim slučajevima polazi se od pretpostavke da je izostanak i ne osporavanje rezultat prećutnog pristanka tuženog na zahtev tužbe. U sudskoj praksi se smatra da se neslaganje sa tužbenim zahtevom izražava i podnošenjem podneska kojim se traži izuzeće sudije, oslobađanje od parničnih troškova, obaveštenje suda o postavljanju advokata kao voljnog zastupnika. Dakle, tuženi svakom procesnom radnjom osim priznanjem zahteva izražava neslaganje sa tužbenim zahtevom.[22]

Ne može se smatrati da je tuženi osporio tužbeni zahtev do zaključenja pripremnog ročišta ili prvog ročišta za glavnu raspravu, do njegovog zaključenja ako je podnesak predao pošti preporučeno na sam dan održavanja ročišta, a isti stigao u sud tri dana posle zaključenja glavne rasprave.[23]

Iako se naše pravo o tome ne izjašnjava, smatramo da bi i za naše pravo bilo merodavno ono što se u inostranom pravu predviđa. Ako tuženi ospori tužbeni zahtev podneskom, ali je prekoračio rok za podnošenje odgovora na tužbu, smatraće se kao da odgovora nema, pošto je rok za odgovor na tužbu prekluzivan. Ako to proširimo i na presudu zbog izostanka, podnesak tuženog koji bi bio predat sudu po isteku pripremnog ročišta ili prvog ročišta za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije održano bi se smatrao kao da i nije uložen.

4. Zahtevi kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati

Prema odredbama novog ZPP-a ni presuda zbog izostanka[24], niti zbog propuštanja[25] ne može se doneti ako sud ustanovi da su u tužbi postavljeni zahtevi kojima stranke ne mogu raspolagati. Radi se o opravdanim odredbama, pošto je ZPP inače odredio granice slobodnog proce-

[22] V. *Poznić* op. cit. str.781.

[23] V. *Presuda Višeg privrednog suda* Pž. 5363/2000 od 1. 11 2000. godine- Sudska praksa privrednih sudova-Bilten br 1/2001. str.10.

[24] V. čl. 351. st. 2. ZPP-a u vezi čl. 3. st. 3 ZPP-a.

[25] V. čl. 350. st. 2. ZPP-a u vezi čl. 3. st. 3. ZPP-a.

snog raspolaganja stranaka. Naime, sud neće da dozvoli raspolaganje stranaka koje su u suprotnosti sa prinudnim propisima, javnim poretkom, pravilima morala i dobrim običajima.[26] To znači, da je prekoračenje granice slobodnog raspolaganja, prepreka za donošenje presude zbog izostanka kao i zbog propuštanja. Sud ispituje granice raspolaganja, pošto su one deo imperativnog poretka parničnog postupka, po službenoj dužnosti. Ako je sud našao da je tužba povredila imperativni poredak, sud neće doneti presudu zbog izostanka (niti propuštanja), čak i ako su u datom slučaju inače ispunjeni uslovi za donošenje presude zbog izostanka (propuštanja).

5. Odlaganje donošenja presude zbog izostanka

Dva su slučaja po odredbama ZPP-a kada se donošenje presude zbog izostanka može odložiti. Prvi je slučaj vezan za sumnju u prekoračenje granice slobode raspolaganja, a drugi, ako nema dokaza o tome da je tuženi uredno pozvan.

(1) *Sumnja u povredu poretka*. Po odredbama novog ZPP-a, donošenje presude zbog izostanka, iako su ostali uslovi ispunjeni, odložiće se ako je potrebno da sud pribavi potrebna obaveštenja povodom zahteva sa kojim stranke ne mogu slobodno raspolagati.[27] Ako sud po pribavljanju potrebnih obaveštenja nađe da je tužbenim zahtevom povređena imperativna granica slobodnog raspolaganja procesnog i materijalnog prava, neće doneti presudu zbog izostanka.

(2) *Nedostatak dokaza o tome da je tuženi uredno pozvan.* Po odredbama ZPP-a do odlaganja donošenja presude zbog izostanka može doći i onda ako nema dokaza o tome da je tuženi uredno pozvan, a nesumnjivo je da mu je poziv upućen. U tom slučaju sud će odrediti rok koji ne može biti duži od 30 dana za dostavu u Republici Srbiji, odnosno duži od roka potrebnog za dostavljanje u smislu čl 133. st. 2. ovog zakona, da se proveri da li je tuženi uredno pozvan. Ako se u određenom roku utvrdi da je tuženi bio uredno pozvan, sud će da donese presudu zbog izostanka.[28]

U oba slučaja presudu zbog izostanka sud može da donese bez izjašnjavanja stranaka.[29]

U obrazloženju presude zbog izostanka dovoljno je da sud potvrdi postojanje procesnih pretpostavki, opštih i posebnih, i obrazloži razlog zbog koga smatra da je tuženi zahtev osnovan.

---

[26] V. čl. 3. st. 3. ZPP-a.
[27] V. čl. 351 st. 3. u vezi čl. 351. st. 2. ZPP-a.
[28] V. čl. 351. st. 4. ZPP-a.
[29] V. čl. 351. st. 5. ZPP-a.

6. Predlog tužioca

Prema ZPP iz 1976. godine postojala je odredba prema kojoj je tužilac trebalo da predloži sudu donošenje presude zbog izostanka, ako i kada su za to ispunjeni uslovi, tako da sud nije bio ovlašćen da donese presudu zbog izostanka po službenoj dužnosti. Novi ZPP ne govori o inicijativi za donošenje presude zbog izostanka. U Hrvatskoj ZPP predviđa mogućnost da se presuda zbog izostanka inicira predlogom tužioca, ali sud može doneti presudu zbog izostanka i u nedostatku te inicijative, znači po službenoj dužnosti. U Makedoniji presuda zbog izostanka donosi se na predlog tužioca. U Austriji se presuda zbog propuštanja (koja, kako smo videli, po definiciji ima i elemente presude zbog izostanka), može doneti samo na predlog tužioca. Imajući u vidu ova uporedno pravna iskustva, pošto naš ZPP „ćuti" o predlogu, čini se da sud može doneti presudu zbog izostanka i na inicijativu tužioca, ali i onda ako sam proceni da su za to ispunjeni uslovi.

7. O usvajanju i odbijanju tužbenog zahteva

(1) *Usvajanje tužbenog zahteva presudom zbog izostanka.* Sud donosi presudu zbog izostanka u skladu sa tužbenim zahtevom, usvajajući ga. Ova presuda se može doneti povodom kondemnatorne, dekleratorne i konstitutivne tužbe. Uslov je da tužba nije protivurečna, tj. da iz činjenica navedenih u tužbi logično proističe osnovanost zahteva. Takođe, mora postojati sklad između činjenica i dokaza koje je sam tužilac podneo ili sa činjenicama koje su opštepoznate. Sud pri tome mora da pazi po službenoj dužnosti da li se radi o zahtevima kojima stranke mogu slobodno da raspolažu kao i o tome da su zahtevi u skladu sa javnim poretkom, kako procesnog tako i materijalnog prava.[30] Pošto se presuda zbog izostanka može doneti ako tuženi ne dođe na pripremno ročište ili na prvo ročište za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije održano, sud može da ceni samo činjenične navode označene u tužbi kao i dokaze koji su dostavljeni uz nju. Po osnovu ZPP-a iz 2004. godine u sporovima male vrednosti sud je mogao da donese ovu presudu i kada je tuženi izostao sa nekog drugog ročišta za glavnu raspravu, te je sud samim tim morao ceniti navode i dokaze tuženog iznete u dotadašnjem toku postupka.[31]

Kad donosi presudu zbog izostanka sud primenjuje materijalno pravo na izneto činjenično stanje- stoga će odbiti tužbeni zahtev ako iz iznetih navoda ne proizilazi da je isti osnovan.[32]

---

[30] V. čl. 3. st. 3 ZPP, čl. 10. ZOO.

[31] V. *Rešenje Višeg trgovinskog suda*, Pž. 3598/2005 od 11. 05. 2005.

[32] V. *Presuda Višeg trgovinskog suda,* Pž. 71/2006. od 22. 03. 2006.

Ako iz činjenica navedenih u tužbi ne proizilazi osnovanost tužbenog zahteva, tužilac ima mogućnost da na ročištu *preinači* tužbu. Ako on to ne učini, sud će doneti presudu kojom se tužbeni zahtev odbija. Odbijanje tužbenog zahteva sud ne čini presudom zbog izostanka. Nju donosi samo kada usvaja tužbeni zahtev. Ako tužilac preinači zahtev tako da tužba bude konkluzivna, da zahtev po materijalnom pravu proističe iz činjenica, pitanje je da li sud taj zahtev usvaja donošenjem kontumacione presude ili kontradiktorne? U teoriji kao i u sudskoj praksi je izražen stav da se u takvoj situaciji ne može doneti presuda zbog izostanka.[33] To bi se moglo pravdati time da sud mora pružiti mogućnost tuženom da se izjasni o preinačenju tužbe nakon dostavljanja tužbe tuženom. Sud može dozvoliti preinačenje iako se tuženi tome protivi, ali samo ako bi to bilo celishodno za konačno rešenje odnosa među strankama i ako oceni da postupak po preinačenoj tužbi neće znatno da produži trajanje parnice.[34] Protivljenje preinačenju pretpostavlja aktivnu radnju tuženog. Presuda zbog izostanka pak podrazumeva neaktivnost tuženog prvenstveno u smislu nedolaska na zakonom predviđena ročišta ali i ne upuštanje u raspravljanje. Čak i kada tuženi nije bio prisutan na ročištu za preinačenje sud bi trebalo da mu dostavi prepis zapisnika sa tog ročišta.[35] Protiv rešenja kojim se dopušta ili odbija preinačenje nije dozvoljena posebna žalba.[36] Budući da je zakonodavac skoro na isti način regulisao preinačenje tužbe povodom presude zbog propuštanja (vezujući ga za pripremno ročište), u teoriji je izneta zamerka zakonodavcu što je propustio da u novom Zakonu otkloni nedorečenost i komplikovanost ranijeg zakonskog rešenja koje se odnosi na presude zbog propuštanja. Upućuje se na odredbe ZPP-a koje se odnose na preinačenje tužbe a čijom primenom, (ako bi se tuženi protivio preinačenju), bi se moglo doći u situaciju da sud ne može da donese ni presudu zbog propuštanja ni presudu kojom se odbija zahtev zbog nekonkluzivnosti tužbe.[37]

Činjenični navodi tužioca se ne proveravaju izvođenjem dokaza. To međutim nikako ne oslobađa sud od obaveze da proveri da li su činjenice navedene u tužbi u skladu sa ispravama priloženim uz tužbu, kao i sa opštepoznatim činjenicama. Sud to čini prilikom prethodnog ispitivanja tužbe.

---

[33] V. *Poznić,* op cit. str.788. U tom smislu i Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Prev. 350/97. Sudska praksa privrednih sudova- Bilten br. 4/1997 str. 80.

[34] V. čl. 199. st. 2 ZPP-a Srbije.

[35] V. čl. 199. st.5. ZPP-a Srbije.

[36] V. čl. 199. st. 6. ZPP-a Srbije.

[37] V. *Borivoje Poznić, Vesna Rakić- Vodinelić* , Građansko procesno pravo, Savremena administracija, Beograd, 2010. str. 370.

(2) *O odbijanju tužbenog zahteva u postupku donošenja presude zbog izostanka.* Sud će odbiti tužbeni zahtev u postupku donošenja presude zbog izostanka: (1) ako osnovanost tužbenog zahteva ne proizilazi iz činjenica navedenih u tužbi;[38] (2) ako su činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtev u suprotnosti sa dokazima koje je tužilac sam naveo;[39] (3) ako iz činjenica navedenih u tužbi ne proizilazi osnovanost tužbenog zahteva, a tužba na ročištu nije preinačena; [40] kao i u slučaju kada se radi (4) o zahtevima kojima stranke ne mogu raspolagati.[41]

8. Pravni lekovi

Bitna povreda postupka postoji kada je sud presudu zbog izostanka (na osnovu priznanja, presudu na osnovu odricanja, presudu zbog propuštanja) doneo protivno odredbama ZPP-a.[42] U tom žalbenom razlogu je inkorporisana i bitna povreda koja je nastala zbog propusta u dostavljanju, koja predstavlja povredu načela obostranog saslušanja.[43] Takođe i apsolutno bitna povreda koja je nastala kada je sud protivno odredbama ZPP-a zasnovao svoju odluku na nedozvoljenom raspolaganju stranaka (čl. 3. st. 3.).[44] Nisu isključene ni druge bitne povrede postupka zbog kojih bi se mogla uložiti žalba na presudu zbog izostanka. To stoga što je neophodno za donošenje ove presude da budu ispunjene i opšte procesne pretpostavke. Od navedenih apsolutno bitnih povreda ova presuda se ne bi mogla napadati zbog povrede načela neposrednosti i javnosti.

Žalbeni sud će ako usvoji žalbu, ukinuti presudu i vratiti pravnu stvar prvostepenom sudu na ponovno suđenje.

Žalba se može izjaviti i zbog pogrešne primene materijalnog prava. U odnosu na tužbeni zahtev ne važi fikcija da ga tuženi svojom pasivnošću priznaje, pa sud mora da proveri i oceni njegovu osnovanost.

Ova presuda, kao i presuda zbog propuštanja ne mogu se pobijati zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Pasivno držanje tuženog predstavlja fikciju priznanja činjeničnih navoda istaknutih u tužbi.

Predlog za ponavljanje postupka je jedini vanredni pravni lek kojim bi se mogla pobijati presuda zbog izostanka. Međutim, ne iz svih zakonom predviđenih razloga. Ne bi se mogla pobijati ova presuda ako stran-

[38] V. čl. 451. st. 1. tač. 2. ZPP-a.
[39] V. čl. 451. st. 1. tač. 4. ZPP-a.
[40] V. čl. 451. st. 4. ZPP-a.
[41] V. čl. 451. st. 2. ZPP-a.
[42] V čl. 374. st..2. tačka 6. ZPP-a Srbije.
[43] V. čl. 374. st..2 .tačka 7. ZPP-a Srbije
[44] B. čl. 374. ZPP-a Srbije.

ka sazna za nove činjenice ili stekne mogućnost da upotrebi nove dokaze na osnovu kojih bi za stranku mogla biti doneta povoljnija odluka, da su te činjenice i dokazi bili upotrebljeni u ranijem postupku. Takođe se ne bi mogla pobijati presuda zbog izostanka zbog odluka o prethodnom pitanju, tj. ako se odluka zasniva na drugoj odluci suda ili na odluci nekog drugog organa a ta odluka bude pravnosnažno preinačena, ukinuta, odnosno poništena. Kao i ako je naknadno pred nadležnim organom na drugačiji način, odnosno konačno rešeno prethodno pitanje na kome je sudska odluka zasnovana.[45]

Ako tuženi izostane sa pripremnog ročišta ili prvog ročišta za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije zakazano, mogao bi da zatraži povraćaj u pređašnje stanje ako je propuštanje bilo iz opravdanih razloga (npr. zastoj u saobraćaju zbog saobraćajne nezgode, stacionirano lečenje zbog bolesti, i dr.).

9. Realne mogućnosti za primenu odredaba ZPP-a o donošenju presude zbog izostanka

Čini se da se presuda zbog izostanka neće često donositi. Mnogo veću perspektivu ima presuda zbog propuštanja. To stoga što je ZPP-om predviđeno da će sud u roku od 15 dana od dana prijema tužbe, istu sa prilozima dostaviti tuženom na odgovor. Tuženi je dužan da u roku od 30 dana podnese sudu odgovor na tužbu.[46] *Samo izuzetno*, ako to zahtevaju *posebne okolnosti* pojedinog slučaja, a posebno ako je to potrebno radi odlučivanja o predlogu za određivanje *privremene mere* ili ako se radi o postupcima koji su *hitni* sud može odmah da zakaže ročište i dostavi tužbu sa prilozima tuženom.[47] Pošto sud može samo izuzetno da odstupi od primene odredbe o obaveznom dostavljanju tužbe na odgovor, mogućnost za donošenje ove vrste presude su znatno smanjene.

III
ZAKLJUČNE NAPOMENE

Najpre smo pokušali da utvrdimo da li postoje zajedničke pravne osobine presude zbog propuštanja i presude zbog izostanka. Konstatovali smo da se one sintetički mogu svesti na neaktivnost tuženog. Istovremeno smo, uz zajedničke osobine ukazali i na razlike, pri čemu kod presude zbog izo-

[45] V. čl.426. ZPP-a Srbije.
[46] V. čl. 296-297. ZPP-a Srbije.
[47] V. čl. 299. ZPP-a Srbije.

stanka dominira nedolazak, odnosno izostanak tuženog, sa čime je izjednačena i situacija kada je prisutan na ročištu ali neće da se upusti u raspravljanje. Kod presude zbog propuštanja je suštinski elemenat nepodnošenje odgovora na tužbu od strane tuženog u određenom roku. Zajedničko je i to, da u oba slučaja sud donosi odluku o usvajanju tužbenog zahteva.

Samo razlikovanje je od značaja, pošto novi ZPP uvodi (vraća), pored ranije postojeće presude zbog propuštanja i presudu zbog izostanka. U radu smo ukazali na to, da ima pravnih sistema u kojima postoji samo presude zbog propuštanja. Ima i takvih koji predviđaju postojanje obeju vrsta. Većina analiziranih pravnih sistema prihvata prvo rešenje. Sa napomenom, da je presuda zbog propuštanja definisana i sa elementom izostanka.

Ukazali smo na to da presuda zbog izostanka i presuda zbog propuštanja doprinose ubrzanju procesa, samim tim, što je sprečena mogućnost da neaktivnošću, tuženi odugovlači tok postupka. Razmotrili smo i to da li se presuda zbog izostanka, kao institut ubrzanja postupka protivi drugom važnom načelu, raspravnom načelu odn. načelu saslušanja druge strane (audiatur et altera pars). Našli smo da presuda zbog izostanka nije u kontradikciji sa navedenim načelima sud pruža mogućnost tuženom da odgovori na tužbu, odnosno da podneskom ospori zahtev, iznošenjem svih činjenica na kojima temelji svoj zahtev i da predloži dokaze.

Marija Salma, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Judgment by Failure to Appear

Abstract

The paper addresses the judgment by failure to appear, which was reintroduced by the new Law on Civil Procedure in 2011. An evolution of this type of judgment is shown, in particular the fact that the 2004 law abolished the judgment by failure to appear in general civil procedure, whereas the default judgement was introduced. In our new Law on Civil Action (ZPP), both institutes are kept. A common result - effect of these judgments is dealt with. Both failure of the defendant/respondent to appear and to file a pleading has as a consequence entering a judgment by which the claim of plaintiff is sustained. The paper analyses comparative legal solutions as well as the (evolution of) domestic theory and practice.

Key words: judgement by failure to appear, default judgement

Originalni naučni rad 34:17(37)
doi:10.5937/zrpfns46-2497

Dr Magdolna Sič, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

FIDES I *BONA FIDES* U PROCESU STVARANJA RIMSKOG OPŠTEG PRAVA (*IUS GENTIUM)*[1]

Sažetak: *Povodom složene problematike promene fides u bona fides u toku pretklasičnog rimskog prava, posle kratkog uvoda (1) razmatraju se sledeća pitanja: pojam i uloga fides u rimskoj zajednici (2); da li je fides obavezivala samo rimske građane ili i pripadnike drugih naroda (3); razlozi preobražaja fides u bona fides u privatno pravnim odnosima (4), da bi se stiglo do zaključka o potrebi razjašnjenja neodređenog pojma fides u svakodnevnim odnosima razmene putem prideva bona u smislu dobrog (poštenog) ponašanja (5). Ostaje otvoreno pitanje: da li je do ove promene došlo delatnošću peregrinskog pretora ili u okviru civilnog prava?*

Ključne reči: *fides; bona fides; mos maiorum; ius fetiale; ius gentium; good faith; rimsko pravo;*

1. Uvod

U romanistici jedno od zagonetnih pitanja jeste, zašto se *fides* kao princip ponašanja menja u toku pretklasičnog perioda u *bona fides* i da li pridev *bona* menja značenje pojma *fides?*

Imajući u vidu da je do promene *fides* u *bona fides* došlo u toku rimskog pretklasičnog perioda, u doba kada su regulisani odnosi razmene Rimljana sa pripadnicima drugih naroda i kada su stvorena pravila rimskog opšteg prava tzv. *ius gentium*a, smatramo da je ovo pitanja interesantno i

[1] Ovo istraživanje je realizovano u okviru predložene teme *„Bona fides, aequitas* i *utilitas publica"* za projekt Pravnog fakulteta u Novom Sadu: „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)".

danas u vreme stvaranja novog evropskog opšteg prava. Naime, *bona fides (good faith)* je jedan od *common core* principa evropskog komunitarnog prava u pogledu koje postoje različiti problemi[2], kao i opasnosti veoma uskog ili širokog tumačenja ili pak uticaja politike pri njenom koncipiranju i primeni[3]. Stoga, prema Busneliju: „neophodno je primeniti zdravu kupku u nezagađenim vodama rimskog prava da bi se koncept *bona fides* očistio od svih naslaga koja su mu dodata `usput`, i povratiti punu svest o sadržaju njenog neoštećenog jezgra *(core)* predodređenog da ono postane zajedničko *(common)*"[4].

U nastojanju da otkrijemo početak uspešne karijere principa *bona fides* vraćamo se u arhaični i pretklasični period rimskog prava. Ovom prilikom ćemo u okviru ove složene problematike razmotriti pitanje odnosa *fides* i *bona fides*.

Princip *bona fides* rimskog prava, prema mišljenju romanista, ima svoje korene u pojmu *fides* arhaičnog perioda. Stoga, pre nego što pokušamo da pronađemo odgovor na pitanje zašto se *fides* menja u *bona fides* u toku pretklasičnog perioda, potrebno je odrediti pojam i ulogu *fides*a u rimskoj zajednici, a takođe odgovoriti i na pitanje da li je *fides* obavezivala samo rimske građane ili i pripadnike drugih naroda.

2. Pojam i uloga *fides*a u rimskoj zajednici

Fides su Rimljani smatrali svojom prastarom vrlinom, koja je bila osnovno načelo njihovog ponašanja u najstarije doba u javnom a kasnije i u privatnom životu. *Fides* je dugo ostala vanpravna kategorija koja se infiltrirala postepeno u javnu i privatno pravnu sferu. Prvenstveno je služila kao osnov uspostavljanja različitih odnosa zavisnosti. Tako na primer,

---

[2] Benakio ukazuje na problem nedefinisanosti pojma *good faith* u evropskom komunitarnom pravu i pored njegove široke upotrebe kako u javno tako i privatno pravnoj sferi, kao i na problem da se ovaj princip uglavnom primenjuje u subjektivnom smislu. Više o tome: G. A. Benacchio, *La buona fede nel diritto comunitario,* Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, vol. I, Cedam, Padova 2003, str. 189 – 200; dok C. M. Bianca, *Buona fede e diritto privato Europeo*, Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, vol. I, Cedam, Padova, 2003, str. 201 – 205, piše o tradicionalno negativnom stavu engleske doktrine prema apstraktnim pravilima i principima što se odnosi i na prihvatanje *good faith* kao opšteg principa evropskog privatnog prava u Engleskoj.

[3] O tome, F. D. Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equita*, Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, vol. I, Cedam, Padova 2003, str. 224 – 255.

[4] F. D. Busnelli, *nav. delo*, str. 253.

klijenti[5], neksi, ili stranci predali su se u *fides* (veru, poverenje) svom patronu ili poveriocu[6]. Freca smatra da je *fides* prvi put primenjen na odnos patron – klijent u normi „*patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*“[7]. Polazeći od teksta Dionizija Halikarnaškog, Freca smatra da ovo pravilo potiče još iz vremena osnivanja grada Rima. Tekst ne sadrži termin *fides* nego *fraus*, koji je suprotan *fides*u, kao suštinskom zahtevu ponašanja u odnosu patron-klijent. U suprostavljanju *fides – fraus (dolus)* teče dalji razvoj ovog koncepta[8].

Smatra se prihvaćenim mišljenje, da se sam termin *fides (publica fides)*, prvi put javlja u oblasti „međunarodnog javnog prava“, u međunarodnom ugovoru između Rima i Kartagine, o čijoj sadržini obaveštava Polibije (3, 22, 9). *Publica fides* u ovom ugovoru znači javnu garanciju za poštovanje privatno pravnih sporazuma. Počev od VI veka s. e. *fides* kao pravni pojam učestalo se javlja u međunarodnim odnosima u smislu da ugovorne strane treba da se pridržavaju svečane zakletve o poštovanju sporazuma pošteno i bez prevare („fedelmente e senza dolo”)[9]. Tafaro precizira da se na *fides* ne poziva samo u odnosima između gradova (savremenim izrazom u oblasti međunarodnog javnog prava) već u mnogo većoj meri u funkciji garancije zaštite interesa pripadnika drugog grada (naroda) i u tom smislu se odnosi i na međunarodno privatno pravne odnose[10]. U međunarodnim ugovorima često se omogućuje zaključivanje ugovora za pripadnike naroda (ugovornih strana) na teritoriji drugog grada (naroda) recipročno. U svim

---

[5] De Martino (F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, Napoli 1958, Tom. I, str. 3o- 32), polazeći od toga, da su klijenti bili i ekonomski podređeni i da su imali radnu obavezu prema patronu, kao i da su odnosi između patrona i klijenta bili porodični, smatra da je ova klasa bila klasa samih gentila, posvećena zemljoradnji i da je dala glavnu radnu snagu za obradu *ager publicus*a. Prema tome, činili bi ekonomski slabiju grupu gentila. Svoju hipotezu potvrđuje i podatkom da je klientela postojala među italicima i pre Rimljana. Da li su klienti stranci koji su se nastanili u Rimu i kasnije dobili naziv plebejci, ili su bili siromašni članovi gensova ostaje otvoreno pitanje.

6 Stranac bi se dolaskom u Rim stavio, u svojstvu klijenta, pod zaštitu patrona pripadnika rimskog gensa (roda) računajući na njegov *fides: in fide esse, in fidem se dedere, in fidem accipere* (*Lex rep*. X, 33; *Dion.*, 2, 10, 3).

[7] Dionizije Halikarnaški (2, 10); Servije, *ad Aeneidem*, 6, 609; Zakon XII tablica, VIII, 21: *”Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto”*. Osuda na *sacer*, znači religijsku smrtnu kaznu koju svako može, a i obavezan je da izvrši, jer će u suprotnom istu osudu povući na sebe.

8 P. Frezza, *Fides bona*, in Studi sulla buona fede, Pub. fac.giur. Università di Pisa 53, 1975, str. 1.

9 P. Frezza, *Fides bona*, str. 1.

[10] Takođe, F. Gallo, *Bona fides e ius gentium*, Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, vol. I, Cedam, Padova 2003, str. 131.

ovim odnosima kako onim između gradova, tako i onim između privatnih lica zahtevalo se korektno i pošteno ponašanje[11].

Zlinski takođe smatra da je *fides* prvobitno bio princip ponašanja u oblasti javnog prava, međutim, prema njemu ovaj princip se primenjivao ne samo u odnosima Rima i Kvirita sa drugim narodima, nego i u unutrašnjim javno pravnim odnosima Rimljana. Prvenstveno ima u vidu razne pravne poslove nastale između rimskog građanina i Rima (organa javne vlasti)[12]. Pored toga, Rimljanin kao član svoje zajednice od najstarijih vremena imao je razne javne obaveze: da se odazove regrutaciji, pozivu na skupštinu, da obavlja javnu funkciju na koju je izabran, da bude sudija, svedok. Sve ove obaveze građanina prema Zlinskom, bile su zasnovane na *fides*u. Tako, na primer, obaveza magistrata prema građanima, da poštuje pravila republikanskog ustava, bila je zasnovana pored njegove zakletve i na *fidesu*[13]; *sacramentum militiae* – ritual prijema u vojsku takođe uključuje i *fides,* u smislu vernosti vojnoj obavezi, pod pretnjom smrtne kazne ako bi vojnik prevremeno napustio službu[14]. Građanin koji ne bi udovoljio svojim obavezama mogao bi biti isključen iz zajednice, kažnjen ili da trpi moralnu ili pravnu osudu. Ono što je bilo pravo rimskog građanina istovremeno je bila i njegova obaveza[15]. Njihovo ponašanje u javnoj sferi kontrolisao je cenzor: časnost, ozbiljnost, građanske vrednosti, moralnost, i ispunjenje obaveza prema zajednici – uglavnom da li poštuje moral i običaje svojih predaka tzv. *mos maiorum*[16]. Kažnjavanje je procenjivano od slučaja do slučaja van okvira građanskog postupka. Osuda je mogla imati i političko obeležje.

Šermejer izdvaja nekoliko značenja *fides*[17]: U takozvanom rimskom „međunarodnom (javnom) pravu“ podvrgavanje rimskoj dominacji na-

---

11. S. Tafaro, *Brevi riflessioni su buona fede e contratti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad 3/2006, str. 74 – 75.

12 J. Zlinszky, *Ius publicum*, Budapest 1998, str. 128.

13 Prema Kofanovu sama zakletva magistrata je bila sakralna veza zasnovana na *fides*u, bila je *iusiurandum fidei,* o tome: L. Kofanov, *Il carattere religioso-giuridico della fides romana nei secoli V-III a. C.: sull'interpretazione di Polibio 6, 56, 6-15.* in: Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, vol. II, Cedam, Padova 2003, str. 333 – 347.

14 D. Gáspár, *Eskü a rómaiaknál és a sacramentum militiae*, Budapest 1982, str. 73 – 78.

15 Cic. *Pro Manilio*, 7.

16 J. Zlinszky, *Ius publicum*, str. 58 – 59. Navodi kao primer slučaj debelog ekvestra čiji je konj bio pothranjen (*A. Gellius*, 4, 20, 11). Prema anegdoti jedan dobro uhranjen rimski konjanik se pojavio na smotri pred senatom vodeći svog mršavog konja. Cenzor ga je mrko upitao: Zašto je on tako debeo, a konj podhranjen da mu kosti vire? Na ovo pitanje konjanik je šaljivo odgovorio, da o sebi brine on sam, a o konju njegov sluga Stih. Zbog nepristojnog odgovora konjanik je bio osuđen da plati znatnu novčanu kaznu.

17 M. J. Schermaier, *Bona Fides in Roman Contract Law*, in: R. Zimmermann – S. Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2000, str. 78 – 81.

zvano je *deditio in fidem*[18]. Takođe u „međunarodnom (javnom) pravu" u međunarodnim ugovorima i u međunarodnim diplomatskim odnosima *fides* je bila istaknuta u smislu pridržavanja date reči[19]. Međunarodni ugovori su bili čuvani u hramu posvećenom boginji *Fides*, koji je bio sagrađen sredinom III veka s. e., pored hrama *Dius Fidius*a[20].; Zaštitnički odnos u smislu „vere i poverenja" nalazimo u odnosu patrona i klijenta, kao i patrona i oslobođenika.; U smislu obaveze pažnje i zaštite može da se pronađe u nekim starim fiducijarnim (privatnopravnim) poslovima, koji su kasnije postali utuživi putem *bonae fidei iudicia*[21].

Možemo konstatovati da je *fides* kao merilo ponašanja u najstarije doba prisutan u odnosima Rimljana sa drugim narodima (takozvanim međunarodnim odnosima) kako javnim, tako i privatnim, a takođe i u javno pravnim odnosima samih Rimljana. Smatra se da su u najranije vreme, pa i početkom republike privatno pravni poslovi Rimljana još bili strogo vezani za spoljašnju formu[22]. Privatni ugovori kvirita će tek kasnije da slede ove iz tzv. javnopravne sfere[23].

Sporno je u romanistici: da li je *fides* (vernost) u najstarije doba bila moralna kategorija ili se može shvatiti u smislu poštovanja obaveza na sakralnoj osnovi? Prema Feldiju, *fides* u svom izvornom značenju označava onu vrlinu i istovremeno i zahtev da ponašanje lica odgovara obavezi, ulozi koju je preuzeo – pre svega - putem zakletve koju je dao. Prema tome, označava poštovanje obaveza na religijskoj osnovi[24]. Skloni smo da

---

18 D. Nörr, *Aspekte des rörmischen Völkerrechts: Die Bronzetafel von Alcantara*, München, 1989, str. 94.

19 D. Nörr, *Aspekte*, str. 102 i dalje.

20 Cicero, *De officiis* 3, 104 i Cicero, *De natura deorum,* 2, 61.

21 M. J. Schermaier, *nav. delo*, str. 78 – 80.

22 Poznato je da su najstariji privatno pravni poslovi bili strogo vezani za spoljašnju formu. To ipak ne znači da iza svečanih formi starog rimskog civilnog prava nije stajala rimski *fides* u vidu *sponsio*, kao religijsko moralna osnova ispunjenja buduće obaveze. F. Pastori (*La genesi della stipulatio,* str. 567 i dalje) smatra, da je zaštita sponzije *ius civile*a bila zasnovana na rimskom *ius sacrum*; takođe i Talamanka (M. Talamanca, *La bona fides nei giuristi romani "Leerformeln" e valori dell'ordinamento*, in: *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, vol. IV, Milano, 2003, str. 41 i dalje) piše: „...rapporti ispirati alla fides esistevano da sempre sia nell' ambito internazionale (basti pensare alla deditio in fidem) che in quello interno".

23 Th. Mommsen, *Die römischen Anfange von Kauf und Miete*, ZSS, 6 (1885), str. 260 – 274.

24 A, Földi, A jóhiszeműség és tisztesség elve, Intézménytörténeti vázlat a római jogtól napjainkig, Budapest 2001, str. 9; F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Minhen 1988, str. 506; M. Kaser, *Das altrömische Ius*, Getingen 1949. str. 338; Takođe, P. De Francisci, *Storia del diritto romano*, Roma 1929, I, str. 278. U novije vreme, G. Freyburger, *Fides. Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'á l'époque augustéen-*

prihvatimo Feldijevo mišljenje, ali samu raspravu smatramo bespredmetnim, jer u ovom periodu moralne norme nisu bile odvojene od religijskih, a nisu bile ni suprotne ovima. Pre se može reći, da je staro shvatanje o moralu ugrađeno u religijsa pravila, ali se i izražava kroz njih. U ovom periodu moralna pravila *(mos* – moral, običaji) nisu odvojena od religijskih *(fas)* i ne postoji ni shvatanje o pravu *(ius)*. Imajući u vidu, međutim, da su pravila *fas* tumačena, a velikim delom i stvorena od strane svešteničkih kolegija, možemo smatrati da antički rimski *fides* ima sakralnu osnovu.

U tom smislu sakralna osnova *fides*a u najstarijem periodu Rima, ne može da bude sporna[25], jer je društvo bilo zasnovano na religijskom verovanju delovanja magijskih sila, na verovanju u numinoznost (*numida)*[26]. Ove magijske sile su tumačili pontifi, koji su u to vreme bili isključivi poznavaoci, čuvari i tumači pravila ponašanja. „*Ius civile per multa secula solis pontificibus notum est*." – piše Valerije Maksim (2, 5). Ova privilegija pripadala je patricijskim svešteničkim kolegijama sve do kraja III veka s. e. Putem tumačenja („*interpretandi scientia apud… collegium pontificium errat*" - Pomponije, D. 1, 2, 2, 6), pontifi su mogli da utiču i na promenu pravila ponašanja. Prema Ciceronu *(De harusp. Resp*. 12) ono što su pontifi rekli bilo je „sveto pismo", kako u svetim, tako i u religijskim stvarima.

Prema tome smatramo, da je rimski *fides,* kao jedan od osnovnih ideja vodilja u prvobitnom vojnički organizovanom rimskom društvu za

---

ne, Paris 1986, str. 99, kao i L. Kofanov, *nav delo*, vol. II, str. 333 – 347. Suprotno, L. Lombardi: *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano 1961, str. 72, 146. smatra da *fides* nastaje kao moralna kategorija i dobija sakralno značenje tek u doba Zakona XII tablica.

[25] Među božanstvima Rima od davnina su poznata božanstva: boginja *Fides* i božanstvo *Dius Fidius* kao personifikacije vernosti. Prema tradiciji kult boginje *Fides* nastao je još za vreme kraljeva, ali joj je hram na Kapitolu posvećen tek u III veku. s. e. Hram *Dius Fidius*a je osvećen ranije, 466. god. s. e. (prema, D. Nörr, *nav delo (Aspekte des römischen Völkerrechts),* str. 110). Prema Gesteljiju (T. Gesztelyi, *A római vallás története*, Budapest 1991, str. 11) pred *Dius Fidiuso*m, božanstvom koje je svoje poreklo izvelo iz Jupiterovog lika, zakletva se polagala pod nebom, jer nebo prati svaki događaj i na prekršioca zakletve udariće gromom.

[26] D. Stojčević, *Tabulae ceratae Herculanenses i expensilatio*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 1958/2, str. 137 – 138. Ovo verovanje se bazira na shvatanju da i u međuljudskim odnosima deluju zakonitosti isto kao i u prirodi. U međuljudskim odnosima treba da se očuva duhovna ravnoteža. Kod Grka se to nazivalo *„nemesis"*. Ona se kasnije pretvorila u božanstvo koje je imalo zadatak da čuva ravnotežu između pozitivnih i negativnih elemenata u životu ljudi. Rimljani su ovo božanstvo nazivali *„numina"*. Ako bi neko poremetio ravnotežu, na primer neispunjenjem obaveze, *nemesis* bi tu ravnotežu uspostavio svojom osvetom. Bilo je dovoljno izvršiti usmenu ili pisanu *devotio* označavanjem ličnosti prema kojoj *nemesis* treba da deluje – na osnovu toga bogovi su magijskom snagom formule bili prinuđeni da deluju prema tom licu.

određivanje ponašanja Kvirita, formiran pod znatnim uticajem sveštenička kolegija. Putem njihovog tumačenja ulazi u sistem vrednosti *mos maiorum*[27] u smislu običaja, ali istovremeno i morala starih (*fides maiorum*[28]).

Mos maiorum u smislu običaja i morala izgrađenih na religijskom osnovu, jeste razlog bespedmetnosti diskusije o moralnoj ili religijskom osnovu rimskog *fidesa*.

Fides je prema tome imala značenje poštenja, vernosti, poverenja, vere, koja pored obaveze pridržavanja date reči (zakletve) često obuhvata i obavezu zaštite interesa suprotne strane u određenom odnosu[29]. Lombardi i Vijaker smatraju da je *fides* u smislu „zaštite drugih" prethodila značenju „pridržavanja date reči", dok Ner, prateći Hejnca tvdi da je *fides* uvek podrazumevala poverenje i pouzdanost[30]. *Fides* je bila istovremeno i religijski i moralni a vremenom je postala i pravni princip.

3. *Fides* kao univerzalni princip

Videli smo da se *fides* kao merilo ponašanja javlja i u odnosima Rima sa drugim narodima, shodno tome postavlja se pitanje da li je *fides* obavezivala samo Rimljane ili i pripadnike drugih naroda sa kojima je Rim stupio u kontakt. Poznato je da je odnose Rimljana sa stranim narodima kako one ratne, tako i one mirnodopske regulisala kolegija sveštenika – fecijala stvarajući pravila tzv. fecijalnog prava *(ius fetiale)*. Stoga ćemo poći od Katalanovog shvatanja fecijalnog prava.

---

[27] O raznim pitanjima vezanim za *mos maiorum* videti zbirku studija: Bernhard Linke, Michael Stemmler (urednici), *Mos maiorum. Untersuchungen zu den Formen der Identitätsstiftung und Stabilisierung in der römischen Republik*, Steiner, Stuttgart 2000. (Historia Einzelschriften 141). VII, 319. str. U ovoj zbirci Bernhard Linke (*Religio und res publica. Religiöser Glaube und gesellschaftliches Handeln im republikanischen Rom*, 269–298) ponovo postavlja pitanje da li su religijska pravila Rimljana bila zasnovana na pravoj veri ili su služili politici Rima. Smatra, da su Rimljani zaista bili uvereni u to, da ako postupaju prema pravilima zajednice imaće kako podršku a takođe i zaštitu bogova. Na ovaj način zaštićeni od spoljašnje opasnosti trebali su kontrolisati samo unutrašnje odnose.; U pogledu ovog pitanja Talamanka (M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, str. 24 – 25), zauzima stav da su religijska pravila bila utemeljena na političkoj volji, a ne na božjoj volji, niti su proizašla iz prirode stvari *(rerum natura)* – mada ipak smatra da je ovo poslednje shvatanje igralo ulogu pri tumačenju prava, kako u pontifikalnoj tako i laičkoj jurisprudenciji.

28 M. Voight, *Das Ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*, III, Leipzig 1856 – 1871, str. 229.

[29] Slično S. Tafaro, *Riflessioni sul rapporto tra buona fede, debito e condizione della persona*, str. 24. www.revistapersona.com.ar ili http://www.revistapersona.com.ar/Persona29/28Tafaroit.htm

[30] Prema M. J. Schermaier, *nav. delo*, str. 79.

Katalano direktno ne govori o *fides*u, već o nadnacionalnosti *ius fetiale*[31], prvenstveno sa aspekta ratnog prava, pri čemu razmatra dostupnost rimskih religijskih koncepata i strancima. Katalano smatra apriorističkim shvatanje da je obavljanje svečanih radnji ograničeno samo na određeni narod. Ne negira da postoje religijski svečani akti koje mogu preduzeti samo rimski građani i Latini, ali po tome ne može da se izvuče zaključak da su sve religijske svečane radnje rezervisane samo za pripadnike rimske *civitas*. *Ius fetiale* stvoreno od strane svešteničke kolegije fecijala radi regulisanja odnosa Rimljana sa stranim narodima kako za vreme rata tako i za vreme mira, jednako se primenjivalo kako na narode kojima je postojao međunarodni ugovor, tako i na narode sa kojima takav ugovor nije bio zaključen. Katalano, pozivajući se na Dumezila smatra, da dok su se u pogledu *ius*a, koje je regulisao unutrašnje odnose rimske zajednice, konzervativno pridržavali starih pravila, u odnosu sa drugim narodima fecijali su imali za zadatak da daju uvek neku novu – mističnu osnovu za dalji napredak grada *(„i feziali dovevano dare una sempre nuova - base mistica- alla - marcia della città“)*[32]. Posebno ističe da se *ius fetiale* primenjivalo u odnosu na sve narode[33]. Ukazuje i na to, da istorijski posmatrano poreklo samih fecijala ne vezuje se isključivo za Rim, niti za Latine, već za zajedničku etrursko-italsku zajednicu („koiné culturale“)[34]. Prema Katalanu, korišćenje zakletve koja vezuje i obavezuje narode bilo je takođe univerzalno pri zaključenju sporazuma. Ona je korišćena kako na Istoku, tako i u Grčkoj kao i kod Rimljana, stim što se po pravilu svaki narod zakleo sopstvenim božanstvima[35]. Najzad Katalano zaključuje, da je rimski pravno-religijski sistem imao svoj centar u Jupiteru, i baš je zbog toga bio univerzalan.

Prema Katalanu ova virtuelna univerzalnost fecijalnog prava realizovana je u onoj sferi odnosa (sa kraljevima, narodima ili pojedinim stranci-

---

31 P. Catalano, *Diritto e persone*, I, Torino 199o, str. 23 – 29.

32 P. Catalano, *Diritto e persone*, str. 30; G. Dumezil, *Remarques sur le ius fetiale*, Revue des etudes latines, 34/1956 Paris 1957, str. 100 i dalje.

33 *Liv*. 5, 27, 6: *„Nobis cum Faliscis quae pacto fit humano societas non est; quam ingeneravit natura utrisque est eritque. Sunt et belli sicut pacis iura, iusteque ea non minus quam fortiter didicimus gerere“*; Cic. *De off*. 3, 108.

34 P. Catalano, *Diritto e persone*, I, str. 22 – 23. videti takođe, *Liv*. 1, 24, 4; *CIL* X, 797; *Liv*. 8, 5; *Liv*. 1, 32,5; *CIL* I, str. 202 (= VI, 1302); *Vir*. Ill. 5; *Serv*., *Aen*. 10, 14; *Dion*., 1, 21; *Serv. Aen*. 7, 695; *Liv*. 8, 39, 14. Već je Fistel De Kulanž smatrao da je postojao zajednički kult fecijala u Italiji sličan grčkom kultu koji se primenjivao u međusobnim odnosima naroda, o tome, F. De Coulanges, *Az antik városállam*, na mađarski jezik preveo A. Bertal, Budapest 1883 (ponovo štampano, 2003), str. 240, kao i str. 311 – 316. Detaljnije o literaturi, P. Catalano, *Diritto e persone*, I, str. 23. n. 35.

35 Čak ni to nije bilo neophodno da se svaki narod zaklinje svom božanstvu, jer je i od toga bilo izuzetka, o tome: P. Catalano, *Diritto e persone*, I, str. 45 – 49.

ma) koja je postojala nezavisno kako od posebne saglasnosti tako i od zajedničke etničke pripadnosti. Ovaj sistem se može definisati kao nadnacionalan i takve širine koji je mogao da se prilagodi različitim narodima i vođen je politikom koja je imala za cilj univerzalno društvo[36].

Mada Katalano izbegava da koristi termin *fides* kada piše o univerzalnosti fecijalnog prava, drugi autori ukazuju na izvore u kojima se koristi ovaj termin, prvenstveno u obliku *fides publica*[37].

Varon i izričito povezuje *fides* sa *ius fetiale,* jer je naveo da su fecijali dobili naziv baš po tome što su se starali o poštovanju *fides publica* među narodima.

Varro, Lingua Lat. 5, 86: *„Fetiales, quod fidei publicae inter populos praeerant: nam per hos fiebat ut iustum conciperetur bellum, et inde desitum, ut f<o>edere fides pacis constitueretur. Ex his mittebantur, ante quam conciperetur, qui res repeterent, et per hos etiam nunc fit foedus,^ quod fidus Ennius scribit dictum"* (Fecijali, koji su se starali o poštovanju *fides publica* među narodima: jer po njima rat je trebalo da bude pravedno vođen, i rat bi zaustavili da bi ugovorom o savezu ustanovili veru (čast) mira *(fides pacis)*. Neki od njih su poslati pre nego što je objavljen (rat) da bi tražili povraćaj (otetih) stvari, i putem njih se i danas čini savez *(foedus)*, koji je kako Enije piše bilo izgovoreno kao *fidus)*[38].

Prema tome, ne može biti sporno da je *fides* bila osnova tzv. međunarodnog javnog prava.

Izvori ukazuju i na to da su i privatnopravni odnosi Rimljana sa stranim narodima bazirani na *fides*u[39]. Obzirom na to da je fecijalno pravo regulisalo ne samo ratne već i mirnodopske odnose Rimljana sa stranim narodima, ono je regulisalo i odnose razmene dobara i samim tim prethodi kasnije u toku laiciziranja prava formiranom *ius gentium*u[40].

U savremenoj literaturi ne smatra se spornim da su i privatno pravni ugovori Rimljana sa stranim narodima bili zasnovani na *fides*u[41].

---

36 P. Catalano, *Diritto e persone*, I, str. 5o.

37 Tako na primer, F. Gallo, *nav. delo*, str. 131. ukazuje na sledeće tekstove: *fides Romana* (Liv. 5, 27, 11); *Punica fides* (Liv. 30, 30, 27); *fides sociorum* (Liv. 9, 6, 4; 23, 22, 6); *fides socialis* (Liv. 21, 7, 3); *fides societatis* i *fides deditionis* (Liv. 6, 10, 4); uopšteno u odnisma među narodima (Liv. 21, 25, 7; 30, 25, 9).

38 Analizi ovog teksta, videti, F. Sini, *"Fetiales, quod fidei publcae inter populos praeerant": riflessioni su 'fides'e "diritto internazionale" romano (a proposito di 'bellum', 'hostis', 'pax')*, in: *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, vol. III, Milano 2003, str. 481 – 541.

39 S. Tafaro, *nav. delo* (*Brevi riflessioni su buona fede e contratti)*, str. 74 – 75.

40 F. Gallo, *nav. delo (Bona fides e ius gentium)*, str. 116 – 132.

41 Kritiku u pogledu nedostatka neposrednih izvora, videti u: R. Martini, *Fides e pistis in materia contrattuale,* Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica

Pastori do zaključka o univerzalnosti principa *fides* u oblasti privatno pravnih odnosa dolazi na osnovu upoređenja sponzije sa stipulacijom. Smatra da *sponsio* i *stipulatio* imaju različito poreklo, kako u pogledu njihove zaštite[42], tako i funkcije[43] i forme[44].

Prema opšte prihvaćenom mišljenju, stipulacija je nastala proširivanjem primene sponzije[45]. *Sponsio* se, međutim ni po Gaju ne može da se poistoveti sa stipulacijom jer je sponzija tipičan posao *ius civile*a, a stipulacija pripada *ius gentium*u[46]. Prema Pastoriju *sponsio* se bazira na starom *ius sacrum*u Rimljana[47], a osnov stipulacije se nalazi u konceptu *fides*. Sponzija *ius civile*a svoju prvu zaštitu je dobila putem pravila *ius sacrum*. Pastori smatra verovatnim da je s druge strane stipulacija u *ius gentium*u našla svoju prvobitnu sankciju putem *fides*a[48]. Oba instituta regulišu analogne probleme ali u različitim sistemima i ovaj paralelizam ih vodi ka uvrštavanju u verbalne kontrakte. Takođe smatra, a to se može smatrati i opšte prihvaćenim mišljenjem, da je koncepciji i razradi *bona fides*a u jurisprudenciji prethodila jedna mnogo više empirijska koncepcija *ius gen-*

---

storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, vol. III, Milano 2003, str. 439 i n. 1 i 2.

42 F. Pastori, *La genesi della stipulatio e la menzione della bona fides nella Lex de Gallia Cisalpina con riferimento all'actio ex stipulatu,* Studi Betti, vol. III, Milano 1962, str. 569 – 570. U okviru sakralnog prava sponzija nastaje uz religijski obred, tj. izgovaranjem svečane formule koja je podobna da vezuje za božanstvo onog koji se obavezuje. Sankcija za neispunjenje obećanog je padanje u nemilost i prokletvo. Takođe, F. Pastori, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano 1959, str. 61 i 158.

[43] F. Pastori, *nav. delo (La genesi della stipulatio)*, str. 575. U najstarije vreme primena sponzije nije bila ograničena na imovinske odnose već je uključivala i *sponsalia, sponsio votiva, sponsio internazionale* kao i *communis rei publicae sponsio*, stoga se ne može shvatiti u smislu ugovora. Prema Pastoriju sponzija nije jedan od izvora obligacije, jer sponzor ne obećava svoje ponašanje, nego se postavlja kao garant za verodostojnost preduzete radnje.

[44] F. Pastori, *nav. delo (La genesi della stipulatio),* str. 575 – 578. U klasičnom pravu sponzija i stipulacija su približene na taj način što su uvrštene u verbalne kontrakte. Pastori ispravno zapaža, da u stvari samo je *sponsio* tipičan verbalni kontrakt. Stipulacija može da se zaključi korišćenjem različitih reči, pa čak i na različitim jezicima. Dovođenjem u vezu sa stipulacijom koncept sponsije ulazi u krizu.

[45] B. Biondi, *Contratto e stipulatio*, Corso di lezioni, Milano 1953, str. 283.

[46] *Gai. Inst*. 3. 93: „*Sed haec quidem verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives Romanos sive peregrinos, valent".*

[47] F. Pastori, *nav. delo (La genesi della stipulatio)*, str. 567. O religijskom karakteru sponzije u najranijem periodu Rima, takođe: H. A. A. Danz, *Der sacrale Schutz im röm. Rechtsverkehr*, Jena 1857, str. 102; A. Pernice, *"Zum röm. Sacralrechte"*, I, in Sitzungsberichted Akad d Wiss. zu Berlin, 1885, II, str. 1159.; M. Kaser, *Das altrömische ius,* Göttingen 1949, str. 256.; A. Magdelain, *Essai sur les origines de la "sponsio",* Paris 1943, str. 6-154.

[48] F. Pastori, *nav. delo (La genesi della stipulatio)*, str. 581.

*tium*a, a to je najverovatnije bio koncept *fides*a u smislu poverenja *(affidamento)*. O tome govore fragmenti komentara edikta *„de rebus creditis"* koji u suštini konstituišu sadržinu *„credere"*. Prema Ulpijanu (D. 12, 1, 1 § 1) pod naslov edikta *"de rebus creditis"* ulazi *mutuum, commodatum* i *pignus*. Zajednički elemenat ovih ugovora je prenos stvari *(genera* ili *species)* drugome u koga se ima poverenje da će stvari kasnije biti vraćene. Jasno je da u ovom slučaju nije reč o tehničkom konceptu *bona fides*, koji je kompleksan i obuhvata sva svojstva *bonus pater familias*a, nego jednostavno o poverenju, o verovanju u tuđe ispravno ponašanje *(alienam fidem sequi)*, koje je osnov ugovornih odnosa i pokreće pojedinca da se upusti u takav odnos. Na to ukazuje i *fidepromissio* kao najstariji oblik stipulacije, koji već i po korišćenom izrazu ukazuje na *fides*, ali ne i na *bona fides* i nalazi svoju sankciju u pouzdavanju u pošteno ponašanje *promitent*a. Prema Pastoriju pre nego što je *fidepomissio* bio sankcionisan u *ius civile*u, on je u praksi *ius gentium*a u *fides*u imao element sankcije. Obaveza iz stipulacije je bila zasnovana na vernosti i poverenju i verovatno je bila praćena lomljenjem štapa *(stipula)* na dva dela od kojeg su obe strane dobile polovinu kao dokaz o zaključenoj stipulaciji[49].

Smatramo veoma značajnom Pastorijevu konstataciju da se *sponsio* zasniva na religiji i pretpostavlja pripadnost ugovornih stranaka istoj religiji, dok se *fidepromissio* bazira na *fides*u koja predstavlja vezu među ljudima, takvu vezu koja je takođe zasnovana na religiji, ali koja je podobna da vezuje subjekte, pripadnike raznim religijskim verovanjima[50].

Na poreklo i zasnovanost stipulacije na *fides*u ukazuje *lex de Gallia Cisalpina*, poznat pod nazivom *Lex Rubria*. Potiče, računajući od osnivanja grada Rima iz 705-712 godine tj. iz vremena oko 5o-e godine stare ere. Obaveštava nas o jurisdikciji peregrinskog pretora u Cisalpinskoj Galiji povodom *"operis novi nuntiatio"*. Ukazuje na stipulaciju kojoj je dodata tužba sa klauzulom formule *"quidquid dare facere oporteret ex fide bona*[51]*."*

---

[49] Prema Izidoru Seviljskom, *stipulatio* potiče od reči *stipulum* (štapić). Isid. Etym. 5, 24, 3o: *"dicta autem stipuiatio a stipula: veteres enim, quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes frangebant, quam iterum iungentes sponsiones suas agnoscebant, sive quod stipulum iuxta Paulum iuridicum firmum appellaverunt."* Paul *stipulum* tumači u smislu *firmum* (čvrst). P. S. 5, 7, 1: „*Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum sollemnitate concipiuntur, et appellatae, quod per eas firmatas obligationum constringitur: stipulum enim veteres firmum appellaverunt"*. Prema Varonu *stipulatio* se izvodi iz reči *stips* (novčani iznos, novčić). Var. De l. l. 5, 182: *„Hoc ipsum stipendium a stipe dictum, quod aes quoque stipem dicebant; nam quod asses librae pondo erant... non arca ponebant sed in aliqua cella stipabant... et qui pecuniam alligat, stipulari et restipulari"*.

[50] F. Pastori, *nav. delo (La genesi della stipulatio)*, str. 582.

[51] Lex de Gallia Cisalpina (a. 705-712), XX *„...Iudex esto. Sei, antequam id iudicium qua de re agitur factum est, Q. Licinius damni infectei eo nomine qua de re agitur eam*

Poznato je da je stipulacija u *ius civile*u zaštićena sa *actio ex stipulatu* i pripada poslovima *stricti iuris* koji se bitno razlikuju od *iudicia bonae fidei*. *Lex Rubria*, međutim, sadrži formulu tužbe po kojoj sudija za slučaj izostanka repromisije odnosno nadoknade pričinjene štete *(damni infecti)*, treba da osudi tuženog na sve ono što povodom stipulacije na osnovu *bona fides* treba da da ili učini. Ovaj izvor, koji se smatra jedinim gde se posao *stricti iuris* vezuje za *bonae fidei* formulu, izazvao je živu raspravu u romanistici, ali do opšte prihvaćenog rešenja ipak nije stiglo[52].

Pastori, ovu začuđujuću formulu objašnjava najstarijim oblikom stipulacije zasnovanim na *fides*[53]. Smatra verovatnim da je peregrinski pretor stvarajući zaštitu fidepromisiji u formuli spomenuo *fides*, jer je *fides* bila prvobitni osnov sankcionisanja ovog instituta u praksi *ius gentium*a. Unošenje stipulacije u sistem *ius civile*a dovelo je do približavanja ovog instituta sponziji i njenoj zaštiti putem *actio ex stipulatu* koja tužba pripada *strikti iuris* tužbama. Na ovaj način, po njegovom shvatanju, stipulacija je bila istrgnuta iz oblasti poslova baziranih na *fides*u, na osnovu kojeg je formiran i njen najstariji oblik – *fidepromissio*. Ovakva evolucija stipulacije bazirane na *fides*u dovešće do promene i sponzije u klasičnom pravu u pogledu postavljanja volje stranaka *(voluntas)* iznad izgovorenih reči *(verba)*[54].

Da je *fides* zasnovan na religijskom verovanju Rimljana to odavno nije sporno u romanistici, novija je konstatacija Pastorija da je *fides* i takva religijska veza među ljudima koja ne zahteva pripadnost istoj religiji već može da vezuje i obavezuje i različite narode, da nosi u sebi međunarodni element i samim tim može da bude osnov ugovora zaključenih i sa peregrinima, kao što je bio slučaj sa fidepromisijom.

Prema tome, *fides* je bila ona veza koja je vezivala i obavezivala različite narode ne samo u njihovim međunarodnim javno pravnim već i privatno pravnim odnosima.

---

stipulationem, quam in quei Romae inter peregrinos ius deicet in albo propositum habet, L. Seio reipromississet: tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona dumtaxat HS eius iudex Q. Licinium L. Seio, sei ex decreto duovirei quattuorvirei praefectusve ex lege Rubria, seive id plebeive scitum est, decreverit. Q. Licinius eo nomine qua de re agitur L. Seio damnei infectei repromittere noluit, condemnato, sei non paret, absolvito....”

[52] Videti, M. Horvat, *Bona fides u razvoju rimskog obveznog prava*, Zagreb 1939, str. 77 – 8o.

[53] Takođe, F. Gallo, *nav. delo*, str. 143 – 146.

[54] F. Pastori, *nav. delo (La genesi della stipulatio)*, str. 584 - 585.

4. Razlozi preobražaja *fides* u *bona fides* u privatno pravnim odnosima

Jedan od spornih i još uvek nerešenih problema jeste zašto i kako je došlo do promene *fides* u *bona fides*[55]. Posmatrajući romanističku literaturu mišljenja o tome se kreću u dva osnovna pravca.

Jedna grupa romanista ima u vidu razliku u širini moralne obaveze preuzete na osnovu *fides*a i na osnovu *bona fides*a. Druga grupa autora, prihvatajući univerzalnost koncepta *fides,* polazi od razlike u shvatanju ovog koncepta od strane naroda uključenih u Rimsku imperiju, kao i težnju da se dodatkom prideva *bona* ove razlike prevaziđu.

Pripadnici prvoj grupi romanista Pernic i Behman pojmovnu razliku između *fides* i *bona fides* nalaze u tome da dok *fides* označava samo obavezu ispunjenja obećanog i mogućnost utuživanja neformalne moralne obaveze, *bona fides* je od toga širi i odnosi se na *officium iudicis* kod već utvrđenih civilnih tužbi u smislu da proširuje sudijino ovlašćenje slobodnog rasuđivanja i uzimanja u obzir onog što se u poštenom prometu zahteva od poštenih ljudi. Ovi autori istovremeno ističu da *bona fides* nema nikakve veze sa dužnosti ispunjenja prema zaključenom ugovoru niti sa utuživosti istih[56].

Ova jedno vreme vladajuća hipoteza je vremenom bila odbačena u delu u kojem ne priznaje kontinuitet između pojma *fides* i *bona fides.* Tako prema Horvatu, kasnije dodat pridev *„bona“* nije suštinski promenio pojam *fides*a. *Bona fides* je značila i dalje vernost i držanje zadate reči kao i *fides*, tim da je ovaj pojam vremenom pod uticajem jurisprudencije dobio i dalja etička obeležja poštenja i čestitosti, ponašanja koje je suprotno svakom doloznom ponašanju[57].

Ovaj pravac prati u novije vreme i Tafaro[58]. Prema Tafaru primena principa *fides* je dovela do razbijanja strogih formalnosti starih ugovora putem uvođenja stipulacije (koja je menjala i vremenom je i zamenila sponziju). Stipulacija koja je putem *fides* bila tumačena shodno izgovorenim rečima *(fit quod dicitur)*, vremenom je pod uticajem jurisprudencije i pretorove aktivnosti promenjena u smislu da izgovorene reči odgovaraju pravoj obavezi promisora[59], a u principatu i pravoj volji stranaka[60].

---

[55] M. J. Schermaier, *Bona Fides in Roman Contract Law,* str. 77, n. 88.

[56] Prema, M. Horvat, *Bona fides,* str. 30 i 37.

[57] M. Horvat, *nav. delo*, str. 31.

[58] S. Tafaro, *nav. delo* (Riflessioni), str. 24.

[59] Tafaro navodi sledeći primer: u slučaju stipulacije o posedu (zemljišta) osuda na *"quanti res est"* je izvorno značila samu vrednost stvari tj zemljišta. Putem tumačenja pravnika „*quanti res est"* dobija značenje „koliko vredi interes na koji se obećanje odnosi“

Obzirom na to da je *fides* bila suprotna prevarnim radnjama, vremenom je u kontraktnom pravu formalu *fides* zamenila ona neformalna i umesto „neka bude ono što je rečeno" (*fit quod dicitur*) nastala je obaveza na ono što se stvarno duguje: *age quod agis* (zahtevaj ono što zahtevaš). Prema Tafaru usled ovih promena *fides* je dobila obeležje *bona*.

Ovu prvu hipotezu da je *fides* u smislu pridržavanja date reči omogućila utuživost neformalno preuzete obaveze potvrđuje i Ciceron na više mesta u svojim spisima. Na primer:

Cicero. De officiis 1, 23: *'credamus… quia fiat, quod dictum est, appellatam fides'* (verujemo...da neka bude, ono što je rečeno, naziva se *fides)* [61].

Cicero. De officiis 1, 23: *'Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas'* (Osnov pravde je, međutim, *fides* , tj. stalnost i istinitost u rečenom i ugovorenom).

S druge strane, u pogledu *bona fides* Ciceron ukazuje na proširenje pojma *fides,* pre svega u smislu da *bonae fidei* ponašanje isključuje prevaru i primenu sile *(doulus* i *vis).* U Ciceronovo vreme *bona fides* još nije otvarala mogućnost sudiji da uzme u obzir svaku okolnost slučaja i da presudi po svom slobodno sudijskom uverenju rukovodeći se načelima pravičnosti i svrsishodnosti. Ciceron ukazuje samo na to da se funkcija represije *dolus*a i uvažavanja prave volje stranaka, odnosno poštenom prometu odgovarajućeg ponašanja, počela iz klauzule *„ex fide bona"* izvoditi postepeno negde u vreme i pod uticajem Kvinta Mucija Scevole *(De off.* 3, 17, 7o). Prema tome, od Cicerona saznajemo ne samo o shvatanju *bona fides* u vremenu u kojem je sam živeo, već nešto i pre toga, jer se on poziva na svog učitelja Kvinta Mucija Scevole. Pod uticajem nove interpretacije *"ex fide bona",* koja ide i preko dužnosti ispunjenja onog što je ugovoreno[62], Ciceron shvata glavnu funkciju ove klauzule u tome, da *bona fides* isključuje *dolus*.

Cic. De off. 3, 15, 61: *"iste dolus malus et legibus erat vindicatus...et sine lege iudiciis, in quibus additur 'ex fide bona'* (*dolus malus* je

---

a to je vrednost poseda, a ne cena zemljišta. D. 43, 17, 3, 11 Ulp. l 69 ad ed.: *in hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. " quanti res est" sic accipimus " quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere". Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est: sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis*.

[60] D. 34, 5, 26, Cels. 26 dig.: *Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est.*

[61] Takođe: Cicero. *De republica* 4, 7; Cicero. *Epistulae ad familiares* 16, 10, 2; Cicero, *De off.* 1, 7, 23.

[62] Ciceron navodi *(De off.* 3, 15, 62) da je Scevola prilikom kupovine zemljišta sam sopstvenom voljom povećao cenu preko onog što je prodavac tražio, jer se uverio, da zemljište vredi više.

i zakonima zahtevan /kažnjavan/ ...i van zakona putem sporova, u kojima je dodata klauzula *'ex fide bona'*).

Shodno tome, Vijaker smatra da pridev *bona* čini primenu principa *fides* fleksibilnijom: u zavisnosti od konkretnih okolnosti odgovornost dužnika može biti veća ili manja, bez obzira na doslovno značenje obećanja[63]. Mada je bio veliki napredak mogućnost utuživanja neformalnih ugovora na bazi *fides*a, Vijaker kazuje, da je od toga još veći napredak da je ova mogućnost, ako ne i ranije onda krajem pretklasičnog perioda, značila ne samo striktno ispunjenje preuzete obaveze nego i obavezu ispunjenja obećanog na korektan i pošten način[64]. Prema Horvatu ovo fleksibilno tumačenje *bona fides*a odomaćeno je putem delatnosti Kvinta Mucija Scevole[65].

Mada i Šermajer polazi od toga da dok je *fides* shvaćen u smislu pridržavanja date reči tj. obaveze ispunjenja obećanog, dotle je *bona fides* služila razjašnjavanju sadržine zaključenog ugovora postavljanjem zahteva za pošteno ponašanje stranaka[66], ipak konstatuje da ni rimski *fides* ne može da se tumači isključivo u smislu "obaveze pridržavanja date reči", već je od toga bio širi koncept, koji pre može da se shvati kao odnos zasnovan na poverenju, u kom odnosu se zahtevao poseban standard ponašanja koji je baziran na etičkim vrednostima društva[67]. Do ovog zaključka stiže posmatrajući obaveze stranaka u starim fiducijarnim odnosima, među koje ubraja: tutorstvo, fiduciju, mandat i *societas omnium bonorum*[68]. Ovi odnosi nisu bili zasnovani na „pridržavanju date reči", već ukazuju na posebnu ideju o tome kako treba da se ponašaju strane u ovim odnosima: nalogoprimac treba da nastoji na tome da pošteno ispuni nalog; tutor treba da obavlja poslove štićenika kao da obavlja sopstvene poslove; pribavilac u fiduciji, bez obzira na to što je stekao svojinu, treba da sačuva predmet prema fiducijarnom sporazumu da bi mogao da ga vrati; braća treba da se ponašaju sa velikim stepenom poštenja, jer svako njihovo raspolaganje proizvodi posledice u korist ili na štetu svih članova. Šermajer ističe da sem iz fiducije, obaveze iz ovih odnosa dugo nisu bile utužive i bile su zasnovane isključivo na *fides*u[69]. Za izigravanje poverenja u ovim odnosima sankcija je bila infamija. Prema Šermajeru, *fides* u smislu *„fiat quod dictum est"* (tj. stipulacija)

---

[63] F. Wieacker, nav. delo *(Römische Rechtsgeschichte*, I) str. 477.

[64] F. Wieacker, nav. delo *(Römische Rechtsgeschichte*, I) str. 5o6.

[65] M. Horvat, *Osservazioni sulla «bona fides» nel diritto romano obligatorio*, Studi Vincenzo Arangio-Ruiz, I, Napoli, 1953, str. 423.

[66] M. J. Schermaier, *Bona Fides in Roman Contract Law,* str. 78.

[67] M. J. Schermaier, *Bona Fides in Roman Contract Law,* str. 82.

[68] Cicero, *Oratio pro A. Caecina* 3, 7.

[69] M. J. Schermaier, *Bona Fides in Roman Contract Law,* str. 82. i n. 105 i 106.

nije mogla biti jedina inspiracija za *bonae fidei iudicia.* Smatra da se osnov ovog postupka pre može pronaći u navedenim fiducijarnim odnosima. Prema tome označavanje *fides* kao *bona fides* ističe suštinsku specifičnost posebnog standarda ponašanja zasnovanog na etičkim vrednostima društva, a to je *bene agere* (dobro ponašanje) rimskog građanina koji postupa pažljivo i mudro i koji poštuje interese druge strane tj. ko se ponaša kao *bonus vir* (dobar čovek). Da pridev *bonus* određuje sadržinu obećanja koje obavezuje, dokazuje činjenicom da deo stare formule *actio fiduciae* zahteva *bene agree* od fiducijara[70]. Obzirom na to da ovaj zahtev odgovara klasičnom standardu *bona fidesa*, smatra da ima osnova mišljenju da je *actio fiduciae* bio preteča *bonae fidei iudicia.*

Videli smo, prema tome da je *fides,* ne samo u javno pravnim odnosima, nego i u onim privatnim, bila širi koncept. Ona je pored pridržavanja date reči uključivala i zaštitu interesa druge strane, kao i pošteno ponašanje. Pored toga, možemo konstatovati, barem što se tiče privatno pravnih odnosa, da je *fides* koja je bila zasnovana na religiji postepeno pretvorila u moralnu normu što je bila posledica i laiciziranja prava rimske zajednice *(civitas)*. Prema tome *fides* ni u najstarije vreme nije označavla samo obavezu pridržavanja date reči, već je od toga imala i šire značenje: „poverenje i pouzdanost".

Sve ovo dovodi u pitanje ispravnost mišljenja prve grupe romanista.

Druga, grupa romanista polazi od razlike u shvatanju koncepta *fides* od strane naroda uključenih u Rimsku imperiju[71]. Ovi autori polaze od Livijevog teksta *(Liv.* 42, 47, 6): *„haec romana esse, non versutiarum punicarum neque calliditatis Graeciae"* (ovo je rimsko, a ne punska lukavost, niti spretnost Grka). Pri tome rimski *fides*, koja se nalazi u izvorima i kao *fides maiorum*[72] i odnosi se na vernost prema zadatoj reči bio suprostavljen *fides*u *graeca, punica, thyrrhena, Ligura, Gala,* itd. koje znače neveru, verolomstvo i nedostatak poverenja[73]. Horvat ukazujući na ulogu *fides* pri sklapanju neformalnih poslova među rimskim građanima smatra da je *fides* dobila pravnu sankciju ne zbog gubitka poverenja unutar samih rimskih građana, nego zbog sve češće zaključenih poslova sa peregrinima. Razlog je bio „što rimskoj *fides* rimskog kontrahenta nije uvek na drugoj strani odgovarala jednaka *fides* inozemca"[74]. U tom pogledu Hor-

[70] Cicero, *De officiis* 3, 70. *„Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione".*

[71] Literaturu o tome videti u: M. Horvat, *Bona fides*, str. 31. n. 46.

[72] Ove izvore videti, M. Voight, *Das Ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*, III, Leipzig 1856 – 1871, III, str. 229.

[73] M. Horvat, *Bona fides*, str. 27.

[74] M. Horvat, *Bona fides*, str. 57 – 58.

vat je uočio da u starijoj formulaciji stoji *fides bona* – što tumači u smislu razlikovanja *fides Romana* od *fides*a ostalih naroda, a kasnije u delima klasičnih pravnika se koristi u obliku *bona fides*, jer su ove tužbe postale i civilne i sada već ukazuju na širinu moralnih dužnosti stranaka i ovlašćenja sudije[75]. On takođe konstatuje da je sankcionisanje *fides* u odnosima sa peregrinima omogućila peruzimanje neformalnih ugovora *iuris gentium* u rimsko civilno pravo[76].

Postavlja se, međutim, pitanje da li je pridev *bona* dodat uz *fides* samo zbog stupanja Rimljana u poslovne odnose sa pripadnicima drugih naroda ili je došlo do bitnih promena i u shvatanju samih Rimljana? Ciceron izlaže dva interesantna slučaja rimskih građana presuđenih uvažavanjem principa *bona fides*. U prvom slučaju Kalpurnije je kupio kuću od Klaudija, kome je pre prodaje kuće bilo naređeno od strane augura da sruši deo kuće koje je viši i ometa obavljanje auspicija. Klaudije je to prećutao pri zaključenju ugovora. Kupcu Kalpurniju je po naredbi augura deo kuće bio srušen. Po starom civilnom pravu Kalpurnije ne bi mogao da zahteva nadoknadu od Klaudija, ali je primenom principa *bona fides* to ostvario[77]. U drugom slučaju Gratidijan je prodao kuću opterećenu službenošću Oratu, koju je pre nekoliko godina kupio od njega samog sa istim teretom. Mada je kuća imala taj teret već kada ju je Gratidijan kupio od Orata i stoga pri preprodaji to nije naveo, Orat ga je tužio zbog prećutanja mane. Nije dobio spor jer je *bona fides* bio tumačen u smislu poštenja i pravičnosti – ne odgovara se za mane koje su kupcu bile poznate prilikom zaključenja ugovora[78]. Ovi primeri ukazuju na to da *bona fides* nije bio tumačen u formalnom smislu, već imajući u vidu poštenje obeju strana u sporu. U prvom slučaju Kalpurnije je dobio spor zbog prećutanja mane prodate stvari, a u drugom Orat je ispravno izgubio spor zbog istog razloga. Smatramo, da je u poslovnim odnosima *fides* dodatkom *bona* počela i među rimskim građanima da se razvija u smislu procenjivanja okolnosti konkretnih slučajeva radi postizanja pravične odluke. Obzirom na to da poslovni odnosi pružaju različite mogućnosti povrede interesa stranaka pridev *bona* ukazuje na fleksibilnost i na težnju da se vodi računa o pravom a ne o formalnom poštenju. Poznato je da dodatak *bonus* prati i druge rimske koncepte koji su vremenom ustanovljeni u pravne standarde: *bonus vir, bonus pater familias, arbitrium boni viri, inter bonos bene agere, bonum et aequum* itd. U tom pogledu Karkatera stiže do intere-

[75] M. Horvat, Bona fides, str. 71.
[76] Literaturu o tome videti u: M. Horvat, *Bona fides*, str. 58. n. 131.
[77] Cicero, *De officiis* 3, 66.
[78] Cicero, *De officiis* 3, 67.

santnog zapažanja[79], da obzirom na to da je značenje *fides* bilo veoma neodređeno, ovaj termin nedostaje iz najstarijih dokumenata koji se odnose na privatno pravo. U njima je zamenjen sa terminima *boni* i *bene*. Ovi termini po prostom, narodnom shvatanju ukazuju na poštene ljude *(gente dabbene)*, u pravničkom smislu, međutim, označavaju ponašanje shodno pravilima običaja starih *(mos maiorum),* tako, na primer, *bonus vir* ne znači doslovno „dobar čovek", već da je reč o takvom čoveku koji poštuje *mos maiorum* i koji se ponaša prema njegovim pravilima. Karkatera takođe konstatuje da su kasnije i termini *boni* i *bene* zamenjeni novijom formulom *„ex fide bona"*[80]. On samim tim daje osnov hipotezi da je pridev *bona* uz *fides* označavao pošteno ponašanje u poslovnim odnosima koje je trebalo biti usklađeno sa pravilima običaja starih *(mos maiorum)* barem u ovom početnom periodu oživljavanja razmene. Prema tome, do promene *fides* u *bona fides* nije moralo doći isključivo usled poslovnih odnosa Rimljana sa stranim narodima, već i usled pojave novih poslovnih odnosa među samim Rimljanima, koji su zahtevali regulisanje poštovanja ispunjenja uzajamnih obaveza stranaka. Prema Galu, *bona fides* je bio neophodan u dvostrano obavezujućim obligacijama radi procene ponašanja obeju stranaka pri ispunjenju obaveza[81].

Oslobađanjem prava od neposredne svešteničke kontrole, usled laiciziranja prava samih Rimljana, koje je počelo da se prilagođava zahtevima oživele razmene, započeto je stvaranje posebne poslovne etike. Ova poslovna etika bila je još potrebnija prilikom stupanja Rimljana u odnose razmene sa stranim narodima pri čemu je do nezadovoljstva stranaka, moglo da dođe i usled razlika običajnih pravila pojedinih naroda o tome šta je dozvoljeno, a šta nije, šta je pošteno, a šta nepošteno, tj. šta je dobro, a šta nije dobro ponašanje zbog različitog stepena njihovog društvenog razvoja. *Bona* je mogla biti onaj korektiv u shvatanju Riljana i drugih naroda koja je vodila zahtevanom standardu ponašanja u poslovnim odnosima[82]. Mada je u početnom razvoju i *bona fides* bila pod uticajem od strane sveštenika formiranih običaja starih *(mos maiorum)*, vremenom pod uticajem pretklasične, a posebno klasične jurisprudencije ona se pretvorila u standard poštenog ponašanja u poslovnim odnosima.

---

[79] A. Carcaterra, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, "Jovene" Napoli, 1964, str. 202 – 203.

[80] A. Carcaterra, *nav. delo*, str. 207.

[81] F. Gallo, *Bona fides e ius gentium*, str. 146.

[82] Zbog razlika u običajima i stepenu razvoja pojedinih naroda, Gaj *(Gaius, Inst.* 1, 93 – 94) čak kasnije u klasičnom periodu ukazuje na Hadrijanov edikt po kojoj peregrin koji je privilegijom stekao rimsko građanstvo, ne stiče automatski i vlast *pater familijas*a nad članovima svoje porodice – o ovome je trebalo car da donese posebnu odluku.

5. Zaključak

U pogledu zagonetnog pitanja romanistike: zašto se *fides* kao princip ponašanja menja u toku pretklasičnog perioda u *bona fides* i da li pridev *bona* menja značenje pojma *fides?* – možemo zaključiti sledeće:

Izvori ukazuju na to da je *fides* u arhaičnom i pretklasičnom periodu rimske istorije korišćena kao osnovno načelo ponašanja kako u javno pravnim a takođe i u privatno pravnim odnosima Rimljana sa drugim narodima. Riljani su se ponašali prema ovom načelu takođe i u svojim unutrašnjim javno pravnim odnosima.

Fides je imala široko značenje: označavala je ponašanje časnog i korektnog čoveka, vernost (poštenost), poverenje i pouzdanost, kao i obavezu zaštite druge strane. Suprotno je *fides*u: izigravanje poverenja, a prema tome i zlonamerno i prevarno ponašanje. U tom smislu *fides* je bila univerzalni princip. Što se tiče samih Rimljana *fides* je imala i šire značenje i označavala je ponašanje koje je u skladu sa pravilima običaja starih *(mos maiorum).*

Pridev *bona* se javlja pri regulisanju novonastalih privatno pravnih odnosa u rimskom društvu. Pridružujemo se mišljenju Karkatere, koji smatra da je ovaj pridev (koji u dokumentima stoji i samostalno) služio razjašnjenju širokog, a prema tome i neodređenog pojma *fides* u konkretnim privatno pravnim odnosima.

Bona je u početku najverovatnije shvaćena u smislu dobrog ponašanja prema pravilima običaja starih *(mos maiorum).* Tako je dodatkom *bona* uz *fides* započeto formiranje jedne nove poslovne etike. Tek će vremenom, rešavanjem sve kompleksnijih problema poslovnog prometa od strane pretklasične, a posebno klasične jurisprudencije, *bona fides* pretvoriti u standard poštenog ponašanja u poslovnim odnosima.

Obzirom na to se koncept *fides* i *bona fides* vezuje kako za međusobne poslovne odnose samih Rimljana, a takođe i za njihov odnos sa drugim narodima sledeće sporno pitanje jeste: da li je *bona fides* prvo uveo u svoj edikt peregrinski pretor ili je ovaj princip već i ranije primenjen u okviru *ius civile*a? Ovo pitanje, tj. nastanak *bonae fidei iudicia,* zbog njegove složenosti, će biti razmotreno u posebnom radu.

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

Fides and *bona fides* in the process of creating *ius gentium*

Abstract

Regarding the puzzling question of Roman law, why *fides* as a principle of behavior was changed during the pre-classical period into *bona fides* and whether the adjective *bona* changes the meaning of *fides,* the author comes to the following conclusions:

The sources point to the fact that the *fides* was in archaic and pre-classical period used as a basic principle of bahavior in public and as well in privat law relations of Romans with other nations. The Romans acted according to this principle also in their internal public law relations.

Fides had a wide meaning: it meant behaving as a honorable and correct men, faith (honesty), trust and trustworthyness, as well as an obligation to protect the other party. In that sense *fides* was a universal principle. As far as the Romans themselves are concerned, *fides* had also a wider meaning and signified a behavior according to the rules of *mos maiorum.*

The adjective *bona* appears to regulate newly emerged private law relations in the Roman society. The author joins the opinion of Carcaterra, that this adjective (which in documents sometimes stands alone), served for clarification of wide, and therefore also the undetermined notion of *fides,* in concrete private law relations.

Bona was most probably at the beginning perceived as good behavior in accordance with the rules of *mos maiorum.* This way, by adding *bona* to *fides* started the creation of a new business ethics. Only after some time, in the light of solving more complex problems of business dealings by pre-classical and especially classical jurisprudence, *bona fides* turned into a standard of honest behavior in business relations.

Taking into consideration that the concept of *fides* and *bona fides* relates not just business relations of Romans themselves, but also their business dealings with other nations, the following question emerges: was *bona fides* firstly introduced into the edict by the peregrine praetor, or this principle has been already applied earlier within *ius civile*? This question however, i.e. the emergence of *bonae fidei iudicia,* due to its complexity, will be discussed in a separate paper.

Key words: fides; bona fides; mos maiorum; ius fetiale; ius gentium; good faith; Roman law;

Originalni naučni rad 343.98:004
doi:10.5937/zrpfns46-1971

Dr Tatjana Lukić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

DIGITALNI DOKAZI[1]

Sažetak: *Iako su kompjuteri učinili ljudske aktivnosti bržim i jednostavnijim, a istovremeno inovativnim u smislu stvaranja novih oblika rada i drugih aktivnosti, oni su isto tako uticali i na kriminalne aktivnosti. Razvoj informacionih i informatičkih tehnologija direktno utiče na razvoj kompjuterske forenzike, bez koje se ne može ni zamisliti otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela pomoću kompjutera i hvatanje njihovih učinilaca. Borba protiv savremenih oblika kriminaliteta kod kojih se računari često pojavljuju kao sredstvo, ili kao predmet izvršenja krivičnog dela, nužno zahteva poznavanje digitalnog dokaza, kao i posebna pravila i procedure njihovog otkrivanja, fiksiranja i prikupljanja od strane stručnjaka informacione tehnologije. U ovom radu, autor se bavi problematikom digitalnog dokaza, forenzičke (kompjuterske) istrage i korišćenja ove vrste dokaza u krivičnom postupku.*

Ključne reči: *digitalni dokaz**,** kompjuterska forenzika, informaciona tehnologija, krivični postupak.*

1. Uvodna razmatranja

Savremno društvo se danas ne može ni zamisliti bez kompjutera koji su značajno izmenili njihov način života i rada. Ljudske delatnosti su postale brže i jednostavnije, a stvoreni su i novi oblici rada i drugih vrsta aktivnosti. Međutim, prednosti koje su doneli kompjuteri nisu, na žalost, iskorišćeni samo u pozitivnom smislu, nego su i kriminalne delatnosti "inovira-

[1] Ovaj rad je nastao kao rezultat naučno-istraživačkog rada na Projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“ čiji nosilac je Pravni fakultet u Novom Sadu.

ne" ovim savremnim sredstvom koje pruža do sada neviđene mogućnosti. Ovako nešto je bilo i za očekivati, s obzirom na to da je opšte poznata činjenica da informacioni i informatički razvoj ima odraza na sve aktivnosti ljudi, pa samim tim i kriminalne. U nameri da se izbori sa novim načinima i sredstvima vršenja krivičnih dela, društvo je razvilo novu vrstu kriminalističke tehnike, tzv. kompjuterske forenzike koja je omogućila otkrivanje i dokazivanje izvršenih krivičnih dela pomoću kompjutera i identifikovanje njihovih učinilaca.

Krivično delo ima za posledicu neku promenu u spoljnom svetu, nezavisno od toga da li je izvršeno činjenjem ili nečinjenjem. Ove promene nastaju samim pripremanjem, izvršenjem ili prikrivanjem krivičnog dela. Svaka promena u spoljnom svetu sadrži u sebi neke informacije koje mogu da se odnose na samu radnju izvršenja (način, sredstvo) ili na učinioca. Te promene su, ustvari, znakovi koji su nosioci kriminalističkih informacija i oni mogu biti materijalne i psihičke (lične) prirode. Ovi znakovi su smernice operativnog rada policije i pravosudnih organa. Materijalni nosioci kriminalističkih informacija su predmeti i tragovi krivičnog dela, a psihički nosilac kriminalističkih informacija je sećanje lica koja su u prošlosti čulno opazila neke činjenice relevantne za učinioca ili za krivično delo. Iako znakovi nastaju kao posledica krivičnog dela, oni su samostalni i kao takvi egzistiraju u spoljnom svetu, a informacije koje sadrže se ne vide golim okom, već su one latentne i prikrivene. Osim što su samostalni, znakovi su u procesu permanentnog menjanja pod uticajem brojnih spoljašnjih faktora, ali i unutrašnjih faktora (psihički znakovi). Na materijalne znakove - nosioce informacija direktno utiču, tj. oni zavise od vremenskih uslova, proteka vremena, lica koja pokušavaju da ih uklone (unište ili izmene), kao i brojnih drugih činilaca sa kojima dolaze u dodir. Za razliku od njih, psihički znakovi - nosioci informacija su najviše izloženi uticaju vremena usled koga, po pravilu, blede i modifikuju se. Zbog toga je hitno postupanje po saznanju za izvršeno krivično delo prvi i glavni uslov za ostvarivanje efikasnih rezultata rada nadležnih organa u otkrivanju i dokazivanju krivičnog dela. Naravno, ovo postupanje mora da bude u skladu sa svim pravilima kriminalistike.

2. Lični i materijalni dokazi

Dokazi predstavljaju podatke činjenične prirode, koji proizlaze iz krivičnoprocesnih radnji koje su preduzeli subjekti krivičnog postupka, a pre svega sud, koji je primarno odgovoran za izvođenje dokaza u krivičnom postupku, iako i stranke učestvuju u izvođenju dokaza, na sono-

vu kojih se utvrđuje činjenično stanje, a na temelju koga se izvode krivičnopravno relevantni zaključci u pogledu bitnih elemenata krivičnog dela i krivične odgovornosti, te izbora, odnosno mere konkretne krivične sankcije kada su za to ispunjeni potrebni materijalni i procesni uslovi, ili se na temelju tih podataka izvlače određeni krivičnoprocesni zaključci, pri čemu se takvi zaključci suda u procesnom smislu uobličavaju u okviru odluke kojom se na zakonski regulisan način rešava predmet krivičnog postupka.[2] Dokaz nije ništa drugo nego činjenica, odnosno informacija i oni se mogu podeliti na razne načine, prema različitim kriterijumima. Za dokaze kompjuterskog kriminaliteta, značajna je podela na lične i materijalne dokaze, a kriterijum za podelu je sama njihova priroda. Lični dokazi predstavljaju čulnim opažanjem saznate činjenice koje pružaju određeni zapis o događaju, a materijalni dokazi su fizički dokazi i tragovi. I jedni i drugi su ravnopravni u krivičnom postupku i relevantni za donošenje sudske odluke, pod uslovom da sadrže relevantne činjenice koje se odnose na izvršeno krivično delo, okrivljenog, oštećenog i, uopšte, da su značajni za utvrđivanje činjeničnog stanja, odnosno za donošenje odluke. Što se tiče međusobnog odnosa materijalnih i ličnih dokaza, potrebno je naglasiti, da danas, i pored razvijene kriminalističke tehnike, u krivičnom postupku se odluke u najvećem delu oslanjaju na lične dokaze, a materijalnim dokazima se najčešće samo potkrepljuju lični dokazi, i otklanja ili potvrđuje sumnja, da je određeno lice izvršilo krivično delo. Razlog za ovo je činjenica da u najvećem broju slučajeva nema ili ima vrlo malo materijalnih dokaza, jer se okrivljeni trude na sve načine da osujete krivični postupak uništavajući ili sakrivajući materijalne dokaze, ali isto tako i utičući na svedoke i veštake, najčešće zastrašivanjem. U situaciji oskudice materijalnih dokaza, sudovi pribegavaju ličnim dokazima.

Materijalni dokazi u vezi sa izvršenjem krivičnog dela nastaju u procesu međusobnog delovanja izvršioca i oštećenog, pri čemu dolazi do uzajamnog prenosa kriminalistički relevantnih informacija. Pod materijalnim dokazima se podrazumevaju razne fizičke stvari koje mogu poslužiti kao dokaz, s tim da one nisu nikakva posebna vrsta dokaza, nego pripadaju drugim dokazima (ispravama) ili su predmet uviđaja ili veštačenja.[3] Zbog toga sud, najčešće prilikom izvođenja i ocene materijalnih dokaza, angažuje stručnjaka neke druge, nepravne struke, koji se u postupku pojavljuje kao veštak i koji daje svoj nalaz i mišljenje na osnovu pravila i do-

[2] Škulić M., Krivično procesno pravo, Beograd 2011., str.185-186.

[3] V.Bayer, Jugoslovensko krivično procesno pravo, knjiga druga, Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku, Zagreb 1972. str.17.

stignuća svoje struke. U nalazu, veštak konstatuje postojanje ili nepostojanje činjenica koje su predmet dokazivanja, a u mišljenju iznosi svoj sud (lični stav, zaključak) o konstatovanim činjenicama.

3. Otkrivanje i dokazivanje krivičnog dela kompjuterskog kriminala

Savremeni oblici kriminaliteta, visokosofisticirani u pogledu načina i sredstava izvršenja, kao i stručnosti izvršilaca su nametnuli kao pravilo da se za njihovo otkrivanje i dokazivanje sve češće koriste nauka i logika. Ovo je otvorilo put forenzici u smislu da se ona nametnula kao vodeća nauka u procesu rasvetljenja krivičnih dela, i identifikovanja njihovih izvršilaca. Forenzičko znanje moraju da poseduju inspektori, kriminalistički tehničari, tužioci i sudije, odnosno njihovo stručno znanje se ne može ni zamisliti bez forenzike. Ovo iz razloga što se bez određenog, da tako kažemo predznanja iz forenzike, ne bi mogli ni pozivati veštaci u krivični postupak, niti bi se mogao oceniti njihov nalaz i mišljenje o činjenicama koje su predmet dokazivanja. Takođe, znanje iz forenzike omogućava i pravilno pribavljanje, kao i vrednovanje dokaza. Zbog toga je ono neophodno svim učesnicima u postupku, a u krivičnom postupku adverzijalnog tipa, ono je posebno potrebno braniocu okrivljenog.

4. Kompjuterska forenzika i digitalna forenzika

Forenzičke nauke - forenzika (koje se ponekad nazivaju i sudske nauke) predstavljaju skup naučnih grana koje su potrebne za utvrđivanje činjenica u postupku (sudskom ili upravnom). Postoje različite grane forenzičke nauke u koje spada i kompjuterska forenzika. Ne postoji jedinstvena definicija kompjuterske forenzike, ali imajući u vidu čime se ona bavi, može se reći da je to jedna vrsta tehnološke kontrole kompjuterskog sistema, kao i njegovog sadržaja radi prikupljanja i obezbeđenja dokaza u vezi sa izvršenim krivičnim delom, ili nekim drugim prestupom, gde je kompjuter iskorišćen u nezakonite svrhe. U nauci nije jedinstveno određeno mesto, odnosno status kompjuterske forenzike. Dok jedni tvrde da je termin kompjuterska forenzika samo zamenjen terminom digitalna forenzika, drugi tvrde da je kompjuterska forenzika deo digitalne forenzike. Bez obzira na to, oko predmeta ove grane forenzike postoji opšta usaglašenost, da je to kompjuter u najširem smislu, pa to onda podrazumeva i sadržaj diskova (hard diskova, CD/DVD diskova), sadržaj operativne memorije, mrežni saobraćaj i sve radnje realizovane uz pomoć računara, kao što su elektronska korespondenijca, štampanje,

Skype komunikacije i drugo. Danas se pored računara, pojavljuju i druga sredstva izvršenja krivičnog dela, kao što su digitalni foto aparati i kamere, mobilni telefoni, pametni telefoni, personalni digitalni asistenti i slično, a svi oni mogu biti predmet obrade u postupku, primenom pravila kompjuterske forenzike. Kompjuterska (digitalna) forenzika je nauka koja se bavi identifikovanjem, prikupljanjem, čuvanjem, dokumentovanjem i analizom podataka koji se uskladišteni, obrađivani ili prenošeni u digitalnoj formi. Ona se bavi računarima, mobilnim i fiksnim telefonima, PDA uređajima, memorijskim karticama, kao i drugim medijima na kojima se nalaze potrebni podaci. Stručnjaci iz ove oblasti u svom radu nailaze na brojne probleme, a to se pokušava prevazići specijalizacijom stručnjaka za uže oblasti, kao što su računarska forenzika, forenzika mobilnih uređaja, mrežna forenzika i forenzika baze podataka, forenzika operativnih sistema (Windows, Linux i Mac OS). Od kada je priznata od strane ASCLD-LAB-a[4] (2003) kao samostalna forenzička disciplina, za kompjutersku forenziku je poraslo interesovanje u smislu edukacije i stručnog usvaršavanja iz ove oblasti.

Iako je široko upotrebljiva, kompjutersku (digitalnu) forenziku u krivičnom postupku treba koristi samo u onim situacijama, kada je evidentno da se na nekom kompjuteru nalaze mogući relevantni dokazi. U takvim situacijama se, po pravilu, veoma teško dolazi do tih dokaza pa je potrebno da tehnike kompjuterske forenzike primenjuje stručnjak iz te oblasti, kako ne bi došlo do oštećenja dokaza i smanjenja njihove upotrebljivosti u sudskom postupku. Aktivnosti koje čine kompjutersku forenziku se bitno razlikuju od onih aktivnosti koje se sprovede u nekim tradicionalnim forenzičkim disciplinama. Materijali koje obrađuje, kao i alati i tehnike koje koristi kompjuterska forenzika nisu prirodnog porekla. Osim toga, razlika kompjuterske (digitalne) forenzike u odnosu na tradicionalne forenzičke discipline je i u tome što ona vrši ispitivanje i analize na svakoj lokaciji, a ne samo u kontrolisanim (laboratorijskim) uslovima. Naravno, osnovni, ali ne i dovoljan uslov za primenu kompjuterske forenzike je digitalni dokaz u odnosu na koga se primenjuju naučne metode radi identifikacije, prikupljanja i analiziranja podataka koji počivaju unutar kompjuterskog sistema, kao i za oporavak obrisanih, kriptovanih ili oštećenih podataka, uz očuvanje integriteta originalnog dokaza.

Kompjuterska (digitalna) forenzika ima izuzetno širok spektar primene, pa tako, iako su za nju prvenstveno zainteresovani organi javne

[4] Više videti: The American Society of Crime Laboratory Directors/Laboratory Accreditation Board http://www.ascld-lab.org/

bezbednosti, državne bezbednosti i pravosudni organi, sve više je privatnih kompanija i banaka koje koriste kompjutersku forenziku za vršenje unutrašnje kontrole. Osim toga, u nadležnost i delokrug rada privatnog obezbeđenja i samozaštitne delatnosti u firmama, kompanijama i svim drugim ustanovama i institucijama, spada i vršenje početnih istraga kompjuterskog incidenta, pa je za očekivati, da tek pošto sprovedu sopstvenu „istragu“, obaveste nadležne organe policije ili tužilaštvo. Ovim, tzv. prethodnim istraživanjem, oni utvrđuju prirodu incidenta, pa ukoliko se pokaže da se radi o krivičnom delu, dalji rad na tome moraju da prepuste nadležnim državnim organima. Prethodno istraživanje može mnogo da pomogne policijskim organima u daljem radu, ali isto tako može da bude čak i štetno za dalje postupanje policije, ukoliko je ono izvršeno od strane nestručnih ljudi i bez odgovarajuće opreme za kompjutersku analizu. Na ovom mestu je važno napomenuti i da su ovlašćenja organa tzv. „prethodnog istraživanja“ veoma ograničena. Dobro rešenje je angažovanje stručnog konsultanta za inicijalnu istragu, akviziciju i forenzičku analizu digitalnih dokaza, vlastitim snagama, najmanje do trenutka utvrđivanja prirode incidenta i donošenja odluke o (ne) uključivanju zvaničnih istražnih organa, što se najčešće čini.[5]

5. Digitalni dokazi

Digitalni dokaz je vrsta dokaza koji se od ostalih materijalnih dokaza razlikuje po formi, a to je digitalna forma, koja podrazumeva neki elektronski ili magnetni uređaj (podaci u operativnoj memoriji, na hard disku, fleš karticama, ali i podaci koji se nalaze u transmisiji). Digitalni dokaz se manifestuje kao niz jedinica i nula koje se pomoću elektronskog uređaja prevodi u nama razumljiv oblik. Ovi dokazi su po svojoj vrednosti izjednačeni sa materijalnim dokazima do kojih se dolazi na već tradicionalan način, dok je za prikupljanje digitalnih dokaza potrebna specijalna oprema. Svaki originalni dokaz treba da bude sačuvan u izvornom obliku, pa to isto važi i za digitalne dokaze. Svako dalje veštaćenje se ne sme vršiti na originalnom dokazu, već na njegovoj kopiji, jer su u pitanju kod istraživanja digitalnih dokaza najčešće u pitanju invazivne metode kojima se ovi dokazi mogu uništiti. Kopija digitalnog dokaza mora biti verna originalu u svakom pogledu i treba da bude smeštena na tzv. "čistom" mediju, odnosno onom na kome nije bilo podataka ranije.

[5] M. Đorđević, Resursi za istragu kompjuterskog kriminala, str.2 http://www.itvestak.org.rs/ziteh_04/radovi/ziteh-04.pdf

Digitalnim dokazima se bavi kompjuterska forenzika koja se bazira na principu *zakonitosti* – pod kojim se podrazumeva mogućnost prikupljanja digitalnih dokaza samo na osnovu odluke suda; *lanca istrage* – prema kome jedan digitalni dokaz ne sme da isključi drugi; *očuvanja digitalnog dokaza*; *identifentifikacije potencijalnog dokaznog materijala* i *integriteta dokaznog materijala.*

Kompjuterska forenzika se bavi obradom i analizom zakonito prikupljenih digitalnih dokaza koji su pronađeni u samom računaru ili medijima za čuvanje podataka (FDD, HDD, USB, CD/DVD ROM i dr.). Postupak koji se primenjuje je standardizovan i on se, kao i svaki proces nalazi u stanju dinamičnog kretanja pod kojim se podrazumeva niz unapred utvrđenih radnji i mera, a to su: prepoznavanje, sakupljanje, čuvanje, dokumentovanje, klasifikacija, upoređivanje, individualizacija i rekonstrukcija dokaza.

Lokardov „princip razmene" je zasnovan na tvrdnji da prilikom svakog kontakta dve stvari dolazi do razmene.[6] Ovaj princip se primenjuje od 1940. godine, ali se postavlja pitanje da li se on može primenjivati i u kompjuterskim istragama. U slučajevima krivičnih dela kompjuterskog kriminaliteta obično u kontakt dolaze dva ili više računara od kojih jedan pripada oštećenom, a drugi izvršiocu. Kada ovi računari dođu u kontakt, oni svakako vrše razmenu podataka ili informacija, što se može dokazati na nivou operativnog sistema računara. Ukoliko se na jednom računaru u CMD ukuca neka mrežna komanda koja se odnosi na drugi računar, može se doći do IP adrese i drugih podataka drugog računara.

U vezi sa digitalnim dokazima potrebno je ukazati i na njihove karakteristike kao i samu prirodu[7]. Na prvom mestu to je ***veliki broj osumnjičenih lica***, jer su korisnici Interneta najčešće anonimni, pa je samim tim velik broj potencijalno osumnjičenih lica. ***Identifikacija prestupa*** se kod kompjuterskog kriminaliteta često vrši vremenski mnogo kasnije u odnosu na izvršeno krivično delo, a najbolji primer za to je krađa poverljivih informacija ili krađa identiteta. ***Veliki broj potencijalnih dokaza*** se na samom početku istrage eliminiše, a da bi se mogla postaviti početna hipoteza istražitelja, što se vrši u zavisnosti od same prirode prestupa***. Podložnost kontaminaciji*** je takođe karakteristika digitalnih dokaza i ona podrazumeva njihovu veliku osetljivost na promenu stanja, mnogo veći nego kod drugih do-

[6] Edmond Lokart (1877-1966) bio je prvi direktor Kriminalističke laboratorije u Lionu (Francuska)- Lokardova terorija ili Lokardov zakon – više videti: Chisum, W.J., & - Turvey, B. "Evidence Dynamics: Locard's Exchange Principle & Crime Reconstruction, *Journal of Behavioral Profiling*, January, 2000, Vol. 1, No. 1.

[7] Videti: G.Mohay & A.Anderson & B.Collie & D. Vel Rodney & R.McKemmish, *Computer and Intrusion Forensics*, Boston 2003 str.44.

kaza. Zbog toga je potrebno pravovremeno preduzeti sve mere kojima se može očuvati zatečeno stanje, a to se postiže samo strogom procedurom aktivnosti. ***Lakoća gubitka dokaza*** je prisutna onda kada je čovek sam faktor toga, u smislu da je lice koje postupa nestručno, ali i onda kada nije znao da je dokaz prisutan.

6. Kompjuterska istraga[8]

Dokazi koji mogu biti relevantni u istrazi koja se vodi povodom kompjuterskog kriminaliteta su kompjuter, laptop, štampač, fotokopir aparati, mobilni telefon, lična digitalna sredstva (PDA), CD, flopi disk, USB memorija, digitalna kamere, zip diskovi, hard drive i sve druge naprave koje imaju mogućnost skladištenja podataka. Ovi dokazi visoke tehnologije zahtevaju drugačiju vrstu istrage u odnosu na klasičnu, kao i lica posebne stručnosti. Kada forenzičari preduzmu sve neophodne mere da bi osigurali integritet dokaznog materijala, on je prihvatljiv u sudskom postupku, kao i kod klasične istrage, i dalji pravac istrage je direktno određen operativnim saznanjima i dokazima koji su prikupljeni na licu mesta. Iako u najvećem broju slučajeva kriminalistička istraga počinje na samom licu mesta, kod kompjuterskih istraga je nešto drugačije. Lice mesta je mesto izvršenja krivičnog dela (gde je preduzeta radnja ili nastupila posledica ili je prema umišljaju izvršioca trebala da nastupi), kao i svako drugo mesto na kome se nalaze dokazi i tragovi u vezi sa izvršenim krivičnim delom. Istrage kompjuterskog kriminaliteta počinju identifikovanjem dokaza, onda sledi dokumentovanje dokaza i na kraju njihovo prikupljanje.[9] Prilikom istraživanja lica mesta potrebno je poštovati pravila i procedure jer se samo na taj način obezbeđuje kompletno dokumentovanje lica mesta, obrada svih relevantnih dokaza u smislu pravilnog rukovanja i pakovanja dokaza i njihovog slanja na veštačenje. U suprotnom, nepoštovanje pravila može da prikupljene dokaze u sudskom postupku učini nezakonitim i neprihvatljivim za postupak. Identifikovanje dokaza, odnosno prepoznavanje dokaza se vrši pregledom lica mesta, a način pretrage lica mesta zavisi od prirode i veličine oblasti koju treba pretražiti, kao i vrste dokaza (posebno latentnih dokaza). Pregled lica mesta počinje vizuelnim posmatranjem, a koriste se i razna tehnička sredstva. Po identifikaciji dokaza se prelazi na njihovo dokumentovanje, odnosno fiksiranje koje se vrši snimanjem i fotografisanjem.

---

[8] Videti: I.Marcella & A.Greenfield, *Computer crimes−Investigation−Handbooks,* - Boston 2002.

[9] Prikaz dat na osnovu: J. Vacca , Computer Forensics: Computer Crime Scene Investigation, 3rd Edition, London 2005.

Prikupljanje dokaza tokom vršenja uviđaja obuhvata primenu metoda, tehnika i procedura koje se koriste za izuzimanje dokaza sa lica mesta. Ovaj postupak zahteva vreme, pažljivo i strpljivo postupanje stručnih lica, a timski rad tokom obrade lica mesta je od presudnog značaja. Potrebno je prilikom vršenja uviđaja uzeti sve tragove otisaka prstiju sa površine aparata, CRT ekrana i kompjuterskog miša. Ukoliko, na osnovu misaone rekonstrukcije događaja, kao i saznatih činjenica, postoji sumnja da je kompjuter korišćen za skladištenje dokaza, obavezno se oduzimaju svi mediji za skladištenje podataka. Za istragu mogu biti značajni i pronađeni programi koji prikupljaju i analiziraju informacije, kao i bilo kakva uputstva za upotrebu tih programa.

Kompjuter koji je zatečen na licu mesta, ukoliko je uključen, ne sme se isključiti, jer bi to moglo izazvati gubitak vrednih dokaza, pa forenzičar mora prvo da testira postupak gašenja da bi otklonio rizik od eventualnih destruktivnih programa koji bi se nesmotrenim gašenjem mogli aktivirati i obrisati dokaze. Ukoliko postoji potreba u konkretnom sličaju da se kompjuter skloni sa lica mesta jer postoji sumnja u postojanje zamke koja bi mogla da aktivira zloćudne programe, u takvim situacijama je posebno važno pažljivo rasklopiti računarsku opremu i tada se najčešće prvo kablovi pravilno obeležavaju, a da bi se kasnije mogli povezati. Naravno sve ovo se radi u dinamičkoj fazi uviđaja. Sve elektronske komponente se čuvaju u statičkim kesama, a koristi se i uređaj za statičko uzemljenje da ne bi došlo do statičkog pražnjenja kojim bi se uništili dokazi. Sve mere i radnje koje se preduzimaju na licu mesta zahtevaju vreme, pa tako, ako je potrebno spasiti slike sa hard drajva, potreban je izuzetno dug tehnički proces obrade. Pretraga medija se takođe može izvršiti na licu mesta, a istražna ekipa sama određuje vreme koje joj je potrebno za preuzimanje dokaza. Naravno, stručnost i adekvatna oprema su preduslovi efikasne obrade lica mesta. Postupak uviđaja kod kompjuterskog kriminala je isti kao i kod drugih tradicionalnih oblika kriminala. Ova dokazna radnja počinje obezbeđenjem lica mesta, a zatim sledi: vizuelni pregled lica mesta (uz misaonu rekonstrukciju događaja), fiksiranje lica mesta (fotografisanjem), izrada skice lica mesta, detaljna pretraga lica mesta, snimanje i sakupljanje materijalnih dokza i na kraju, vrši se još jednom vizuelni pregled lica mesta. Razlika u odnosu na uviđaje za druga krivična dela je u tome, što je ovde uviđaj više tehničke prirode. S obzirom na to da je predmet uviđaja kompjuter ili neki elektronski uređaj, koriste se redovne forenzičke tehnike. Prilikom obrade lica mesta potrebno je zaštiti i obezbediti kompjuterski sistem, a takođe je važno da lica koja

rade sa kompjuterima budu udaljena iz prostora lica mesta koji je obezbeđen. Tom prilikom se mora ustanoviti koja lica su bila u dodiru sa licem mesta i sa njima se odmah po dolasku uviđajne ekipe, obavlja informativni razgovor. Upravo zbog toga što oštećena lica prvo sama pokušavaju da otklone nastalu štetu, sama ili angažujući stručna lica, često se uništavaju neposredni dokazi koji mogu da ukažu na izvršioca. Zbog toga je jako važno da po saznanju za izvršeno krivično delo, oštećena lica odmah obaveste nadležne organe.

Kod krivičnih dela visokotehnološkog kriminala, lice mesta može biti čak i udaljeno neko mesto ili vozilo, što je posledica mrežnih sposobnosti. Radnje koje su specifične za vršenje uviđaja kod tzv. kompjuterskog lica mesta se odnose na određivanje svih lokaliteta koje je potrebno pretražiti i pronalaženje specifičnosti hardvera ili softvera koji su predmet uviđaja. Prilikom ove dokazne radnje moraju se identifikovati sve mrežne mogućnosti, kao i veze sa mestom gde se kompjuter nalazi u tom trenutku, a ako postoji i Internet konekcija, istraga poprima, popravilu, međunarodnu dimenziju, i u nju su onda uključeni razni Internet provajderi i drugi nadležni organi.

Razvijanje fotografskog profila je još jedna karateristika uviđaja za dela kompjuterskog kriminala. Pod ovim se podrazumeva fotografisanje lica mesta iz svih uglova, odmah pošto je ono obezbeđeno u zatečenom stanju. Fotografije izbliza su bitne za sve konektore na kablovima i uređajima, koji se potom pravilno obeležavaju. Foto album se prilaže na kraju uz zapisnik o uviđaju. Razvijanje fotografskog profila zahteva hitno postupanje i tu se razlikuje tri tipa fotografija: fotografije celokupnog izgleda lica mesta - tzv. širok pogled kroz objektiv (dalji izgled lica mesta), fotografije srednjeg ranga - pokazuju vezu između predmeta i fotografije dokaza izbliza – pokazuju detalje kao što su serijski brojevi, oznake i univerzalni kodovi proizvoda. Ovo sve se vrši u statičkoj fazi, a u dinamičkoj - fazi pretrage, vrši se fizički pregled lica mesta i sakupljaju se elektronski dokazi. U ovoj fazi je važno da forenzičar ima pretpostavku o vrstama dokaza koji su prisutni na licu mesta na osnovu misaone rekonstrukcije događaja. Razlike u istragama kompjuterskog kriminala se ogledaju u veličini kompjuterskog sistema i količini podataka na disku, koja se obezbeđuje i snima. S obzirom na to da hard diskovi koji se mogu trenutno naći na tržištu mogu da skladište čak više od 200 GB podataka, prvo je potrebno odrediti kapacitet diska koji treba da se kopira ili snimi za kasnije forenzičke analize, jer je kod velikih datoteka to nemoguće, pa se u tim slučajevima forenzička istraga vrši na licu mesta. Prikupljeni dokazi na licu mesta čine tzv. „lanac digitalnih dokaza,“

a to se postiže primenom složenih forenzičkih metoda i strogo propisane procedure.

O privremeno oduzetim elektronskim uređajima se sastavlja poseban zapisnik i oni se fotografišu, a licu od koga je on oduzet se izdaje potvrda. Mobilni telefoni su mali i čuvaju se u Faradejevim kesama, a diskovi se pakuju u anti-statičke kese, pošto su prethodno obeleženi.

Za prikupljanje i očuvanje digitalnih i multimedijalnih dokaza, kao i za njihov prenos, neophodno je da postoji uspostavljen sistem kvaliteta. Ovaj sistem moraju imati sve ustanove koje se bave forenzikom. U tom smislu je potrebno da se propišu standardne procedure koji nisu ništa drugo, nego dokumentovane smernice, odnosno indikatori kontrole kvaliteta.[10] Sva pravila i procedure u vezi sa digitalnim dokazima moraju biti precizno navedene u dokumentaciji forenzičke ustanove standardnih procedura. Upotreba standardnih procedura je od fundamentalnog značaja kako za postupajuće nadležne organe, tako i za samu forenzičku nauku. Smernice koje su u skladu sa strukom su uslov za prihvatanje rezultata i zaključaka od strane sudova u krivičnom postupku. Imajući u vidu činjenicu da su intenzivne tehnološke promene osnovna karakteristika digitalnih dokaza, vrste, oblici i načini prikupljanja i ispitivanja digitalnih dokaza se moraju pravovremeno ažurirati, i najčešće se to radi na godišnjem nivou. Standardi i kriterijumi za ocenu procedura koje se primenjuju u vezi sa digitalnim dokazima treba da budu fleksibilni, a validnost postupka se ustanovljava prema egzaktnošću i pouzdanošću pojedinih tehnika. U ovom kontekstu, potrebno je koristiti prikladne hardvere i softvere (testirane) koji su efikasni u prikupljanju i ispitivanju digitalnih dokaza. Takođe treba napomenuti da sve aktivnosti koje se odnose na oduzimanje, čuvanje, ispitivanje ili prenos digitalnog dokaza, moraju biti zabeležene i u pisanoj formi. Zahtev za pouzdanošću dokaza podrazumeva odgovarajući neprekinuti lanac svih elemenata dokaza, uz koji je potrebno obezbediti odgovarajuću dokumentaciju. Dokumentacija koja se prilaže uz nalaz i mišljenje veštaka služi za potkrepljenje njegovih zaključaka.

Međunarodna organizacija za kompjuterske dokaze (International Organization on Computer Evidence (IOCE)) koja je osnovana 1995. godine, imala je za cilj da obezbedi razmenu informacija koje se odnose na krivična dela kompjuterskog kriminaliteta, ali je ova organizacija dala i

[10] Standarde i kriterijume u vezi sa digitalnim dokazima - videti: Digital Evidence: Standards and Principles, Scientific Working Group on Digital Evidence (SWGDE) International Organization on Digital Evidence (IOCE)

http://www.fbi.gov/about-us/lab/forensic-science-communications/fsc/april2000/swgde.htm#Proposed

poseban doprinos u smislu ustanovljavanja međunarodnih standarda za razmenu elektronskih podataka. Međunarodni standardi, prezentovani i prihvaćeni na Međunarodnoj konferenciji visokotehnološkog kriminala i forenzike 1999. godine su sledeći:[11]

- Ni jedna aktivnost koja se preduzima u vezi sa digitalnim dokazima ne sme da utiče na njihovu izmenu.
- Samo stručna i kompetentna lica mogu da imaju pristup digitalnom dokazu.
- Sve aktivnosti koje se odnose na oduzimanje, skladištenje ili prenos digitalnog dokaza moraju biti u potpunosti dokumentovane.
- Lice u čijem posedu su digitalni dokazi je odgovorno za sve aktivnosti koje preduzme u vezi sa njima.
- Svaki državni organ (agencija) koja je odgovorna za oduzimanje, pristup, skladištenje ili prenos digitalnih dokaza, mora da postupa u skladu sa opšte prihvaćem standardima.

Ostale preporuke Međunarodne organizacije za kompjuterske dokaze se odnose na forenzičku kompetenciju i potrebu za međunarodnom akreditacijom alatki, tehnika i obuke, kao i razmenu informacija koje se odnose na visokotehnološki kriminal i forenzičko računarstvo.

Posle izvršenog uviđaja je važno kako se arhiviraju digitalni i multimedijalni dokazi iz razloga što je potrebno da se to izvrši na način kojim će se omogućiti pristup tim dokazima, kada se za tim ukaže potreba. Arhiviranje je postupak skladištenja podataka u dužem vremenskom periodu, na način koji ih čini dostupnim. U slučajevima gde je potrebno da se izvrši arhiviranje, potrebno je da ono bude planirano od samog početka generisanja, obrade, pa do oduzimanja dokaza.[12]

7. Istrage u sajber prostoru

Jedna od karakteristika krivičnih dela visokotehnološkog kriminala je specifično mesto izvršenja dela. Naime, mesto izvršenja ovih krivičnih dela ne može se vezati za računar i sto na kome se računar nalazio u trenutku izvršenja, jer je sajber prostor virtuelni deo stvarnosti koji ne poznaje državne granice kao ni suverenu vlast države. Ova specifičnost je posledica pojave Interneta i globalizacije mreža koje danas postoje. Eks-

[11]Digital Evidence: Standards and Principles, Scientific Working Group on Digital Evidence (SWGDE)International Organization on Digital Evidence (IOCE)
http://www.fbi.gov/about-us/lab/forensic-science-communications/fsc/april2000/swgde.htm#Proposed

[12] SWGIT Guidelines for the Forensic Imaging Practitioner / Section 15 Best Practices for Archiving Digital and Multimedia Evidence (DME) in the Criminal Justice System
http://www.theiai.org/guidelines/swgit/guidelines/section_15_v1-1.pdf

panizija Interneta i globalizacija lokalnih mreža, kao i nagli razvoj informacione kompjuterske tehnologije uslovile su novi način rada stručnjaka informacione tehnologije. Naime, pošto su se klasične laboratorije pokazale kao neadekvatne u ovim slučajevima, forenzičari su od sajber prostora napravili nove laboratorije. Sajber forenzika je omogućila da se dokazi pronalaze u računarskim mrežama i na Internetu. Imajući u vidu da se sve odigrava *on-line*, na mreži u realnom vremenu, potrebno je da se prate tzv. *upadi*, pregled zabranjenog sadržaja na Internetu, eventualne zloupotrebe i druge sumnjive aktivnosti. Kao logična i nužna posledica navedenog, postavilo se najdiskutabilnije pitanje za sajber forenzičare, a to je zakonitost njihovih aktivnosti u smislu poštovanja privatnosti, odnosno granice zadiranja u ovu zonu. Ovo je najveći problem danas sa kojim se susreću sajber forenzičari. Ipak, efikasna borba protiv ovog vida kriminaliteta pokazuje aktivnost forenzičara usmerenu na sprečavanje, otkrivanje i dokazivanje prestupa u sajber prostoru kao pretežniji interes, a zakonodavac je taj koji treba da uspostavi potrebnu ravnotežu između dva, na prvi pogled suprotstavljena interesa, pravo na efikasno krivično zakonodavstvo i pravo na zaštitu osnovnih prava i sloboda građana.

Prilikom istrage na Internetu postoje određena opšte prihvaćena pravila u postupanju, odnosno standardizacija koje se treba pridržavati.[13] Istraživanje forenzičara u sajber prostoru počinje utvrđivanjem identiteta korisnika, a to se vrši pomoću IP adrese računara. Ova adresa je početna stepenica u istrazi. IP adresa je jedinstveni broj računara, izražen u brojevima koji omogućava međusobni saobraćaj korisnika putem Interneta, a u skladu sa pravilima Internet protokola. Taj međusobni saobraćaj podrazumeva primanje i sprovođenje informacija u ime pošiljaoca. Primenom posebnih metoda, kada se utvrdi *web hosting service*, od servisera pravosudni organi traže podatke o identitetu lica koje je osumnjičeni u konkretnom slučaju. *Web hosting service* je vrsta servisa domaćina na Internetu koji omogućava fizičkim i pravnim licima da svoje veb sajtove učine dostupnim u okviru cele mreže. Ukoliko se utvrdi da su podaci o korisniku neistiniti, onda se traži lista korisnika koji su kreatori Internet stranice, jer se na osnovu toga može utvrditi IP adresa kod provajdera, gde se pojavljuje osumnjičeno lice. Tu se prvo vrši individualizacija lica, utvrđuje se da li je osumnjičeno lice pravno ili fizičko lice, a tek onda se ustanovljava njegov identitet. Obaveza zadržavanja telekomunikacionih podataka za provajdere koja je propisana zakonom u državama članicama EU (a koji su

[13] Videti: J.Krstić, Standardi u postupanju tužilaca u borbi protiv kompjuterskog kriminala, CD Zbornik *ZITEH,* 2004., str. 10.
http://www.itvestak.org.rs/ziteh_04/radovi/ziteh-12.pdf

usklađeni sa Direktivom EU o zadržavanju podataka), omogućava dolaženje do podataka o vremenu i mestu delovanja korisnika na Internetu, odnosno osumnjičenog lica.

Digitalna forenzika svoju primenu nije našla samo u okviru rada službi javne bezbednosti, državne bezbednosti i pravosudnih organa, već i u organizacijama i preduzećima, gde je potrebno uz pomoć forenzičkih naučnih metoda utvrditi određene činjenice i dokazati ih.

8. Zaključna razmatranja

Kompjuterska forenzika je danas *condicio sine qua non* za otkrivanje digitalnih dokaza, postupanje sa njima i njihovo prezentovanje u krivičnom postupku. Da bi se ova grana forenzike mogla na efikasan način upotrebiti, odnosno primeniti u sudskom postupku, potrebno je da postoji odgovarajuća zakonska regulativa. U tom smislu, treba istaći da su Sjedinjene Američke Države i zemlje zapadne Evrope regulisale svojim pozitivnim zakonodavstvom kompjutersku forenziku tako što su usvojile opšte procedure i standarde koji se odnose na digitalne dokaze. U Republici Srbiji u Krivičnom zakoniku, glavi 27. - krivična dela protiv protiv bezbednosti računarskih podataka[14] i u Zakonu i organizaciji i nadležnosti državnih organa za borbu protiv visokotehnološkog kriminala[15] je definisana uloga kompjutera kod ovih krivičnih dela, i na ovaj način su digitalni dokazi ušli u sudske postupke i postali nezaobilazni deo otkrivanja i dokazivanja. S obzirom da je veoma kompleksan zadatak izvođenje digitalnih dokaza u postupku, potrebno je da se forenzičari informacione tehnologije strogo pridržavaju osnovnih pravila i procedura u postupanju sa digitalnim dokazima. Razvoj informacione tehnologije i digitalne forenzike je pokazao da, iako tragovi mogu biti u digitalnom obliku, gotovo nevidljivi u sajber prostoru, moguće ih je povezati trag sa pojedincem, odnosno izvršiocem krivičnog dela. Ipak, s obzirom na to da se informaciona tehnologija brzo razvija, neophodno je da pozitivnopravni propisi, kao i znanje učesnika u krivičnom postupku prate ovaj razvoj jer samo na taj način će se ostvarivati ciljevi krivičnog prava. Pozitivno zakonodavstvo koje se odnosi na ovu problematiku treba da bude zasnovano na relevantnim međunarodnim standardima, a standardizacija postupanja sa digitalnim dokazima je neophodna za razmenu informacija u vezi sa krivičnim delima visokotehnološkog krimi-

[14] Krivični zakonik, Službeni glasnik RS broj 85/2005, 88/05 - ispravka, 107/05-ispravka i 72/09.

[15] Sližbeni glasnik RS broj 61/2005.

nala na nacionalnom i na međunarodnom planu. Na kraju, treba istaći da su policija, tužilaštvo i Internet provajderi osnovni nosioci okrivanja i dokazivanja krivičnih dela visokotehnološkog kriminala, ali je isto tako neophodno da država svojim propisima omogući nadzor od strane ovih organa nad saobraćajem koji se odvija na Internetu, uz zaštitu svih prava koja pripadaju korisnicima računara, odnosno Interneta.

Tatjana Lukić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Novi Sad

Digital Evidence

Abstract:

Although computer makes human activities faster and easier, innovating and creating new forms of work and other kinds of activities, it also influenced the criminal activity. The development of information technology directly affects the development of computer forensics without which, it can not even imagine the discovering and proving the computer offences and apprehending the perpetrator. Information technology and computer forensic allows us to detect and prove the crimes committed by computer and capture the perpetrators. Computer forensics is a type of forensics which can be defined as a process of collecting, preserving, analyzing and presenting digital evidence in court proceedings. Bearing in mind, that combat against crime, in which computers appear as an asset or object of the offense, requires knowledge of digital evidence as well as specific rules and procedures, the author in this article specifically addresses the issues of digital evidence, forensic (computer) investigation, specific rules and procedures for detecting, fixing and collecting digital evidence and use of this type of evidence in criminal proceedings. The author also delas with international standards regarding digital evidence and cyber-space investigation.

Key words: digital evidence, computer forensic, information technology, criminal procedure.

Originalni naučni rad 343.14:616.89
doi:10.5937/zrpfns46-2209

Dr Dragiša Drakić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SUKOB KRIVIČNOG PRAVA I MEDICINSKE ETIKE I PSIHIJATRIJSKE NAUKE NA PRIMERU PSIHIJATRIJSKOG VEŠTAČENJA[1]

Sažetak: *U radu se analizira odnos krivičnog prava, s jedne strane, i medicinske etike i psihijatrijske nauke, s druge, na primeru instituta psihijatrijskog veštačenja.*

Nakon uvodnog izlaganja, autor ovu analizu započinje razmatranjem principa slobode pojedinca u krivičnom pravu, odnosno psihijatriji. Potom ukazuje na različita viđenja "psihičkih graničnih stanja" od strane dve naučne discipline u kontekstu principa krivice, a zatim ukazuje i na niz drugih pitanja u vezi sa psihijatrijskim veštačenjem povodom kojih se javljaju divergentni stavovi krivičnog prava i psihijatrije u krivičnom postupku. Zajedničko za sve te slučajeve je, prema mišljenju autora, postupanje psihijatrijskih veštaka protivno etičkom kodeksu svoje struke.

Na kraju zaključuje da se sudsko-psihijatrijskom praksom veštačenja šteti interesima krivičnog prava, kao i ozbiljno ugrožava etika vršenja psihijatrijskog poziva.

Ključne reči*: psihijatrijsko veštačenje, krivično pravo, medicinska etika, psihijatrija.*

Moglo bi se reći da je problem duševno poremećenih učinilaca krivičnih dela prisutan u krivičnom pravu od prvih trenutaka njegovog nastanka. Jer, uvek je bilo i takvih učinilaca koji su bili pogođeni duševnim

[1] Rad je nastao kao rezultat naučnog angažovanja na projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ br.179079 u 2012. godini, za čiju realizaciju je materijalna sredstva obezbedilo Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

bolestima ili slabostima. Zato su se sudovi, a potom i krivična zakonodavstva, od davnina bavili ovom kategorijom, podstaknuti idejom da se duševno bolesni i poremećeni čovek ne može pred zakonom tretirati na isti način kao i onaj ko je duševno zdrav. Premda je dugo u pravnoj literaturi i praksi bio zastupan stav da je sudija sposoban da sam, bez pozivanja veštaka, proceni duševno stanje poremećenog učinioca[2], njihov pravni položaj i sudbina u krivičnom postupku neposredno su ipak bili određeni stavom društva prema ovom fenomenu, a kasnije kada je nastala moderna psihijatrija, direktno su zavisili od njenog "koncepta" duševno poremećenog. Zbog toga se vremenom javila potreba, koja je dovela do promene prednjeg stava, da u takvim slučajevima u krivičnim postupcima uvek učestvuju "stručnjaci za dušu", kako bi pomogli sudiji u razrešenju dilema za čije razrešenje on nije kompetentan, a od čega u dobroj meri zavisi pravna sudbina ovih lica. To je uslovilo nužnost saradnje i razgovora dve po svojoj prirodi sasvim različite društvene delatnosti i naučne discipline, da bi se način angažovanja i domen nadležnosti "stručnjaka za dušu", kasnije nazvanih psihijatrijskim veštacima, pravno uredio za potrebe krivičnog prava i postupka.

Istorija pomenute saradnje i razgovora obeležena je stalnim nesuglasicama i međusobnim trvenjima, jer je trebalo pomirite interese i približite stavove dva veoma stara i časna poziva, i dve prakse od najvećeg društvenog ugleda – pravne i medicinske, koje su na duševno bolesnog učinioca krivičnog dela gledale sa dijametralno suprotnih polaznih pozicija. U radu se nećemo upuštati u analizu njihovog odnosa u istorijskom kontekstu, već ćemo se ograničiti na sadašnje stanje, iako se malo toga promenilo, te mnogi problemi koji su s tim u vezi postojali u prošlosti, postoje i danas. Takođe, krivično-procesni aspekti ove problematike nisu predmet našeg interesovanja u radu.

U razmatranju osnovnog predmeta našeg rada potrebno je najpre krenuti od analize prirode lekarske prakse, kao i međusobnog odnosa lekara i pacijenta, jer će ova analiza pokazati da je veoma teško i delikatno pravno urediti ovaj odnos, a samim tim i odnos veštaka – psihijatra, kao medicinskog poslenika, s jedne strane, i učinioca krivičnog dela, kao njegovog pacijenta, s druge. A izgleda da iz ovog problema proizilaze svi drugi u međusobnoj komunikaciji pravnika i veštaka – psihijatara u krivičnim postupcima.

S tim u vezi, činjenica je da je od kraja dvadesetog veka u evropskim zemljama, pa tako i kod nas, veoma porastao broj pravnih propisa

[2] Tako, H.Marmann, Aufklärungspflicht durch Sachverständigengutachten und freie Beweiswürdigung, Goltdammer´s Archiv für Strafrecht, Heidelberg 1953, s.138.

koji imaju ambiciju da pravno regulišu, ne samo odnos lekara i pacijenta, već i da stave pod pravnu kontrolu celokupnu lekarsku delatnost i njene moguće manifestacije. Krajnji cilj ovog trenda je da se navodno poboljša kvalitet zdravstva i u potpunosti zaštite prava i interesi pacijenata. Ipak, postavlja se pitanje, da li smo na pravom putu. Svi su izgledi da nismo. Vreme je pokazalo, da što je broj ovih propisa rastao, to je kvalitet zdravstvene usluge opadao a prava i interesi pacijenata sve više trpili, dok se tradicionalno poverenje i međusobno poštovanje lekara i pacijenata vremenom transformisalo u nepoverenje i surevnjivost. Gusta mreža pravnih propisa kao da "guši" lekarsku službu. Toga su lekari itekako svesni. Oni ističu da odnos lekara i pacijenta nije podesan za pravno regulisanje, jer je svaki njihov međusobni odnos "priča za sebe" u kojoj odlučujuća instanca mora biti lekar i njegova savest[3]. Shodno tome, lekar u obavljanju svoje profesije ne bi smeo biti opterećen forenzičkim obzirima i potrebama prava[4]. Zbog čega lekari na ovaj način i u tom kontekstu izražavaju svoje neraspoloženje prema "medicinskom pravu" svake vrste?

Da bi odgovorili na ovo pitanje potrebno je prethodno istražiti prirodu odnosa lekara i pacijenta. S tim u vezi, ne postoji pozvaniji autor od Karla Jaspersa, čuvenog psihijatra i filozofa, koji o tome, kako bi odnos lekara i pacijenta trebalo da izgleda, kaže sledeće: "Moderna predstava o bolesti vidi ovu kao jedan prirodni proces. Demoni bolesti više ne postoje. Lečenje se ogleda u tome što lekar i pacijent složno rade na tome da ukrote ovu neželjenu prirodnu pojavu, u cilju ozdravljenja ili, ako se ne može izlečiti, da se pacijent dovede u što je moguće bolje stanje. Lekarska terapija počiva na dva stuba: prirodno-naučna saznanja i humanost. Lekar je stručnjak koji svoje znanje i mogućnosti stavlja na raspolaganje pacijentu, istovremeno ga tretirajući i poučavajući. Pretpostavka je da su oboje, i lekar i pacijent, razumna bića, koji se zajednički protivstavljaju prirodnom procesu, spoznajući ga i tretirajući, i koji deluju kao jedno da bi došli do cilja"[5].

Šta se iz ovoga može zaključiti. Kao prvo, može se videti da je odnos lekara i pacijenta – odnos međusobnog poverenja i uvažavanja, koji se zasniva na principima dobrovoljnosti i humanosti, i u kojem profesionalna etika igra odlučujuću ulogu. Ova staleška etika za lekare ima značaj

[3] Tako, R.Kirchmaier, J.Thieser, Vom hippokratischen Eid zur Bioethik, in: Moderne Medizin und Strafrecht (Hrsg. A.Kaufmann), Heidelberg 1989, s.11.

[4] Videti, R.Kirchmaier, J.Thieser, ibid.

[5] K.Jaspers, Arzt und Patient, in: Vernunft und Freiheit, ausgewählte Schriften, Stuttgart – Zürich – Salzburg 1959, s.392.

i težinu zakona njihove profesije, koja se nijednim drugim autoritetom ne bi mogla zameniti. "Taj zakon njima nije nametnut spolja, od nekog državnog organa, nego je rezultat same prirode njihovog zanimanja i njihove autonomnosti"[6]. Lekarska etika ima veliki značaj i uživa naročit ugled, a svoj autoritet crpi iz činjenice što njen predmet predstavljaju najvažnija dobra čoveka - život i zdravlje, i što je egzistencijom u dužem vremenskom periodu suptilno "osvojila" legitimitet opšteg važenja. Dakle, njeni koreni sežu do u najstarija vremena ljudske civilizacije. Staleška pravila koja se tiču obavljanja lekarske veštine postojala su još kod starih Kineza, Egipćana, Persijanaca, Indijaca i Grka[7], dok se, kao što je poznato, Hipokratova zakletva smatra prvom poznatom kodifikacijom načela lekarske etike[8].

S tim u vezi, kada su pravnici počeli pravom uređivati ono što je bilo već uređeno viševekovnom tradicijom lekarske etike, i učvršćeno dugom praksom postupanja, a posebno kada je pravna regulativa počela protivrečiti "dobrim običajima" ovakvog postupanja, između pravnika i lekara moralo je doći do sukoba. Jedan od aspekata ovog sukoba seže u domen krivičnog prava, povodom pravnog uređenja postupka psihijatrijskog veštačenja, a naročito povodom pravničke prakse postupanja u vezi sa veštačenjem. Naredna izlaganja u radu upravo će biti posvećena ovim pitanjima.

S tim u vezi, najpre bi hteli da ukažemo na sledeće. Krivično pravo je pravo koje se temelji na krivici učinioca za ono delo koje je izvršio. U osnovi te krivice nalazi se ideja o slobodi volje[9], naime ideja da čovek poseduje sposobnost za slobodno, odgovorno, moralno samoodređenje, i da je zahvaljujući tome, kada se nađe u ulozi potencijalnog učinioca krivičnog dela, sposoban da se odluči za pravo a protiv neprava, svoje ponašanje dakle uskladi sa normama pravnog trebanja i izbegne pravne zabrane[10]. Ukoliko se, uprkos ovome, ipak odluči za nepravo u konkretnoj situaciji, on će biti kriv za izvršeno delo. Međutim, ako je sposobnost za slobodno, moralno samoodređenje, usled patoloških psihičkih stanja ili procesa, bila trajno razorena ili znatno oštećena, takav učinilac nije mogao da se motiviše shodno krivičnopravnoj normi, te mu se ni izvršeno delo ne može pripisati u krivicu. Za njega se uslovno rečeno može reći da

---

[6] J.Radišić, Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika, Beograd 1986, str.50.

[7] Tako, J.Radišić, ibid.

[8] Tako, LJ.Erić, O problemima lekarske etike, Gledišta, br.2, Beograd 1961, str.68.

[9] Suprotan koncept zastupljen je u nekim drugim naučnim disciplinama koje se bave čovekom, na primer u psihologiji, neuro-biologiji i dr.

[10] Videti, H.Henkel, Die Selbstmestimmung des Menschen als Rechtsphilosophisches Problem, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburstag, München 1973, s.3.

je bio neslobodan u svom ponašanju. A ovu neslobodu u krivičnom postupku trebalo bi da sudiji nagovesti veštak psihijatar. Na putu otkrivanja neslobode pojedinca za potrebe krivičnog prava veštaku međutim stoji na putu njegovo poimanje odnosnog fenomena u kontekstu lekarske etike i ciljeva svoje struke. Naime, da je psihički bolesnik izgubio slobodno voljno određenje za lekara znači da on ne postupa shodno svojim interesima, koji se ogledaju u osnovnom pravu čoveka na zdravlje i telesno i psihičko blagostanje[11]. Ipak, u skladu sa prednjom krivično-pravnom paradigmom o slobodi volje, on je u obavezi da odstupi od svog koncepta neslobode pacijenta i preuzme na sebe obavezu istraživanja neslobode učinioca-pacijenta u krivičnom postupku na način kako smo to napred istakli. Dok u pozadini otkrivanja medicinskog pojma neslobode pacijenta isključivo stoji težnja da se istom pomogne u zaštiti i poboljšanju njegovog zdravlja, u pozadini krivično-pravnog koncepta neslobode nalazi se, kao krajnji cilj, ideja o zaštiti društva od vršenja krivičnih dela u budućnosti takvog učinioca-pacijenta, a tek sekundarno i uzgred – zaštita njegovog zdravlja. Moglo bi se reći dakle da i krivično pravo i psihijatrija dozvoljavaju mogućnost da čovek, pa samim tim i učinilac krivičnog dela, može biti neslobodan, međutim, ta nesloboda se u krivičnom postupku utvrđuje povodom ponašanja koje šteti društvu, a u psihijatriji - povodom ponašanja koje pre svega šteti interesima pacijenta. Takođe, cilj eventualnog otklanjanja neslobode učinioca putem prinudne krivične sankcije je u prvom redu zaštita društva, dok psihijatrija u tom kontekstu ima za cilj da se dijagnostičko - terapijskim tretmanima, na dobrovoljnoj bazi, poboljša zdravstveno stanje pacijenta.

Dok je situacija relativno jasna kada su u pitanju duševno bolesni učinioci, koji nakon što se po pravilu proglase neuračunljivim dobijaju šansu da se izleče ili zaleče u okviru odgovarajuće krivične sankcije, to se ne može reći i za "psihička granična stanja" odnosno različite "varijacije ličnosti", koje su psihijatri od sredine devetnaestog veka uključili u oblast svog interesovanja i priključili širokom pojmu psihopatološkog. Dakle, između dva krajnja pola – zdravlja i bolesti, vremenom se, pod uticajem novog talasa psihijatrijskog učenja, javlja "široka zona psihičkih abnormiteta"[12]. Kako je jedan psihijatar rekao, ovde su u pitanju "ljudi koji nisu

[11] Tako, T.Payk, Freiheit und Zwang in der Psychiatrie, in: Ethik in der Medizin, Stuttgart 2004, s.196.

[12] Kostić s tim u vezi kaže da "koncept psihopatologije stalno pokazuje tendenciju širenja ili psihijatrizacije svakodnevnog života. Ona vrlo spremno proglašava za patološke i mnoge pojave koje su sporne. Pojava je toliko raširena da je poznata kao patocentrični stereotip...". Videti, M.Kostić, Forenzička psihologija, Beograd 2002, str.103.

dovoljno "zli", da bi kazna bila podesna reakcija za njihovo pogrešno ponašanje, i ljudi koji nisu dovoljno "uvrnuti", da bi se bez ustezanja mogli kvalifikovati kao pacijenti"[13]. Često se dešava da se upravo "u ovoj društveno-političkoj nedođiji vodi bitka između pravnika i psihijatara, a da nije uvek jasan cilj borbe"[14]. Jer, psihijatri u ovim osobama vide svoje pacijente, dok pravnici smatraju da su u pitanju slabosti volje koje se moraju savladati, kontrolisati, obuzdavati, jer svako je dužan da uz veće ili manje napore svoje ponašanje uskladi sa onim što pravni poredak od njega očekuje. I dok su psihijatri uspeli da ubede pravnike da ponekad u praksi ovakve psihičke smetnje treba da utiču na visinu kazne, uglavnom nisu uspeli da ih ubede u neophodnost njihovog lečenja putem izricanja krivične sankcije psihijatrijskog karaktera. Ovo ne treba da čudi. Jer, da su psihijatri imali više uspeha u svojoj prednjoj nameri, postojala bi velika opasnost da se krivični postupak pretvori u poligon za istraživanje najrazličitijih psihičkih smetnji od strane psihijatara, a krivično pravo – u terapeutsko pravo u kojem je glavna sankcija mera bezbednosti psihijatrijskog lečenja. To bi dovelo do rušenja celokupne zgrade krivičnopravne dogmatike i svih premisa koje su krivičnom pravu neophodne. Jasno je da pravnici to ne mogu dopustiti. Stoga su se veštaci – psihijatri, protivno svojim etičkim ubeđenjima, i ovde morali povinovati kriminalno-političkim potrebama krivičnog prava u napred navedenom smislu.

Sledeći problem za veštaka-psihijatra u krivičnom postupku izvire iz prirode krivičnog postupka, čiji se pojedini principi protive prirodi odnosa lekara i pacijenta, o kojem smo na početku rada govorili, kao i prirodi lekarske, u našem slučaju psihijatrijske prakse lečenja pacijenata. S tim u vezi, da bi lekar imao uspeha u lečenju pacijenta on bi morao sa istim izgraditi odnos međusobnog poverenja i uvažavanja, po mogućstvu na dobrovoljnoj osnovi, jer se samo iz takvog odnosa može očekivati pomoć i saradnja pacijenta u prikupljanju korisnih podataka iz celokupnog njegovog životnog toka, što je nužno za postavljanje ispravne dijagnoze i propisivanje efikasne terapije. Dakle, lečenje je dugotrajan proces, koji se postepeno razvija, koji pretpostavlja ravnopravne partnere koji u opuštenoj atmosferi, bez pritisaka sa strane, sarađuju u zajedničkom interesu pacijenta. Svega toga nema u krivičnom postupku kada se u ulozi lekara i pacijenta nađu, oči u oči, veštak-psihijatar i duševno poremećeni učinilac krivičnog dela. Ovde se ne radi o ravnopravnim partnerima koji u relaksiranoj atmosferi, s vremena na vreme, kada je pacijent raspoložen, ćaskaju o ranijem životu pacijenta i svakodnevnim događanjima koja su od zna-

[13] W.Rasch, N.Konrad, Forensische Psychiatrie, 3.Auflage, Stuttgart 2004, s.29.
[14] W.Rasch, N.Konrad, ibid.

čaja za ostvarivanje ciljeva lečenja. Naprotiv, ovde je reč o prinudnom razgovoru neravnopravnih sagovornika, koji za potrebe presuđenja krivičnog slučaja razgovaraju o nametnutoj, neprijatnoj temi koja je predmet suđenja, i koji se iz razloga efikasnosti i ekonomičnosti krivičnog postupka što je moguće pre mora okončati. S tim u vezi, jedan švajcarski sudija je rekao sledeće: "Mi očekujemo u što je moguće kraćem vremenu što je moguće jasnije veštačenje, koje na sva naša pitanja daje iscrpne odgovore, i sve ovo još i na za pravnike razumljivom jeziku..."[15]. Svima je poznato da su očekivanja sudija ista i u drugim zemljama. U takvoj atmosferi ne mogu se očekivati nikakvi pozitivni rezultatu u lečenju, a "okrivljeni se nakon eksploracije, koja na njega ne ostavlja terapijske konsekvence, verovatno oseća dvostruko prepušten sam sebi"[16]. Da je veštak u krivičnom postupku, faktički, partner sa sudijom, a ne sa pacijentom – učiniocem, jasno proizilazi i iz izjave jednog psihijatra: "Klijenti dolaze i prolaze i nakon kraćeg vremena više ih se ne sećamo. Nasuprot tome, partnerstvo sa sudijom traje duže..."[17]. Stoga ne bi trebalo da nas iznenadi ni činjenica da se u sudskoj praksi često događa da sudije za veštaka u gotovo svim postupcima određuju istu osobu, "svog veštaka". Sudije tada znaju šta mogu očekivati od "kućnog veštaka", dok veštak, s druge strane, tada ima motiva da nikada ne izneveri ono što sud od njega očekuje[18]. Svakako, ovakva praksa malo toga ima zajedničkog za etikom lekarskog poziva.

Dalje, veštak se u krivičnom postupku uglavnom služi laičkim, a ne stručno-psihijatrijskim jezikom, da bi ga dobro razumeli drugi učesnici postupka[19], i da bi se njegov nalaz i mišljenje mogao oceniti kao i ostali dokazi u krivičnom postupku – po slobodnom sudijskom uverenju. Štaviše, u delu odredbe o neuračunljivosti odnosno bitno smanjenoj uračunljivosti upotrebljavaju su termini koji označavaju odgovarajuća psihopatološka stanja ili procese koji bi mogli da imaju navedeni učinak u krivičnom pravu, koje termine, međutim, ne koristi psihijatrijska nauka i praksa. Shodno tome, veštak bi trebalo da dobijeni nalaz iz "svog" sveta jezič-

[15] Citat preuzet iz: A.Kaufmann, Das Problem der Abhängigkeit des Strafrichters vom medizinischen Sachverständigen, Juristen Zeitung 23, Tübingen 1985, s.1069.

[16] W.Rasch, N.Konrad, ibid, s.32.

[17] W.Rasch, N.Konrad, ibid.

[18] S tim u vezi, "... sudija radije poziva u postupak onog veštaka od kojeg očekuje mišljenje na istoj liniji. Pravnici više naginju konzervativnom stavu, pa povlađuju onom veštaku koji sa njima deli takav stav. Nisu omiljeni veštaci koji bi tradicionalni sistem mogli dovesti u opasnost". Videti, W.Rasch, N.Konrad, ibid, s.31.

[19] Artur Kaufman je rekao da se veštaci moraju uzdržavati od stručnih izraza, "jer u postupku ne učestvuju samo eksperti i sud, već i okrivljeni, a u demokratiji naravno i javnost". Videti, A.Kaufmann, ibid, s.1071.

ki prekodira u "laički" svet. U ovom prekodiranju međutim veštak nekada pogreši, jer nije uvek moguće da se za neki stručni termin nađe odgovarajući laički izraz. Takav izraz onda ne odgovara, delom ili u celini, smislu onoga što je veštak hteo da iskaže stručnim terminom. Iz toga sledi da se, navođenjem veštaka da u sudskim postupcima koriste laički, a ne stručni rečnik, nije u potpunosti otklonio problem u komunikaciji veštaka, s jedne strane, i ostalih učesnika postupka, s druge.

Od psihijatara se u krivičnom postupku ne zahteva samo laičko, već štaviše i jasno i nedvosmisleno izražavanje, a u skladu sa tradicionalističkim rezonovanjem pravnika, kao i potrebama krivičnog prava i postupka. Ipak, zbog nesavršenosti psihijatrijske nauke i struke, kompleksnosti i nedostupnosti ljudske psihe kao takve, a naročito, nepodesnosti krivičnog postupka za sveobuhvatno psihijatrijsko istraživanje ličnosti, ovakvo izražavanje uglavnom nije moguće. Stoga će psihijatar, koji je odgovoran, uvek ostaviti rezervu i izraziti sumnju da bi moglo biti i drugačije, i retko kada se decidirano i bezrezervno izjasniti o predmetu veštačenja. Međutim, i ovog puta se etika psihijatrijske struke povlači i prilagođava potrebama krivičnog prava. Zbog toga je mnogo više onih drugih veštaka. Što se pravnika tiče, poželjan je dakle onaj veštak koji se u krivičnom postupku izjašnjava nedvosmisleno, samouvereno i sa sigurnošću u istinotost svojih tvrdnji, ne dozvaljavajući mogućnost sopstvene greške, niti drugačije psihijatrijske interpretacije.

S tim u vezi, kada su se među psihijatrima počeli sve više pojavljivati psihoanalitičari, sukob između dve struke je kulminirao[20]. Jer, u psihoanalizi ništa nije nedvosmisleno i jednoznačno. Naime, krivično pravo je pravo temeljeno na krivici za izvršeno krivično delo, koje je proizašlo isključivo sa terena svesti njegovog izvršioca, a na bazi njegove, racionalistički shvaćene, slobodne volje. Nasuprot tome, psihoanaliza uči o dominaciji nesvesnog nad svesnim u životnom funkcionisanju pojedinca. Jung je rekao da svest isuviše lako podleže nesvesnim uticajima, kao i da "nesvesni motivi češće nadvladavaju svesne odluke upravo tamo gde se radi o glavnim pitanjima života"[21]. Korisno je ovde navesti i Jungov stav da "nesvesno ima Janusovo lice: s jedne strane njegovi sadržaji upućuju na jedan predsvesni, preistorijski instinktivni svet, sa druge strane, ono

[20] U početku su pojedini krivičari blagonaklono i sa velikim interesavanjem gledali na dostignuća psihoanalize, i zagovarali unapređenje psihoanalitičkog (ne)znanja, kako teoretičara prava, tako i pravnika praktičara. Videti npr. interesantan separat tadašnjeg sudije Okružnog suda u Novom Sadu; Jovan Koštunica, Psihoanaliza i novo krivično zakonodavstvo, Beograd 1937.

[21] Videti, K.G.Jung, Svest, nesvesno i individuacija (prevod sa nemačkog), u: Arhetipovi i razvoj ličnosti, Beograd 2006, str.117.

potencijalno anticipira budućnost upravo na temelju instinktivnog stavljanja u pripravnost faktora koji odlučuju o sudbini"[22]. Uprkos tome što je psihoanalitičko učenje ostvarilo veliki uspeh i razjasnilo mnoge zakonitosti duševnog funkcionisanja pojedinca, za krivično pravo ono je bilo neprihvatljivo. Kao prvo, krivični postupak je nepodesan za istraživanje Jungovog "praistorijskog instinktivnog sveta" učinioca krivičnog dela, jer proces kratko traje, a i na ovaj način bi se ugrozilo pravo okrivljenog na zaštitu integriteta ličnosti i privatnosti u situaciji kada on ne želi da odgovara na pitanja koja nemaju direktne veze sa delom povodom kojeg se isti vodi. Drugo, ako bi za potrebe krivičnog prava prihvatili psihoanalitičko učenje da pojedinac teško može da utiče na nesvesne impulse, koji, samim tim, sudbinski predodređuju nečije ponašanje i "kroje" njegovu budućnost, time bi se odrekli osnovnog principa u krivičnom pravu – principa krivice. Jer, kako oglasiti krivim onoga ko nije vladao svojim impulsima koji su ga odvukli u pravcu izvršenja krivičnog dela, niti je na to mogao uticati[23]. Iz tog razloga, iz sudnica je valjalo "proterati" sve psihoanalitički orjentisane veštake. Posledice su svima poznate. Danas se na krivičnim suđenjima retko mogu videti ovi veštaci. A i kada učestvuju, dužni su povinovati se potrebama svojih "poslodavaca" – pravnika, kroz podvrgavanje fundamentalnim principima krivičnog prava i postupka, kao i ciljevima koji se njima žele ostvariti.

Na medicinskog veštaka se uobičajeno gleda kao na zastupnika "čiste nauke", koji na prirodno-naučnoj bazi "kognitivno" istražuje svet činjenica. Na tako utvrđene činjenice, sudija zatim primenjuje pravo. Dakle, veštak prezentuje sudu činjenice za čije ustanovljavanje je jedino on kompetentan, ako je ikako moguće laičkim jezikom, a nakon toga, sud, kroz njihovo vrednovanje u kontekstu krivično-pravne norme, vrši pravnu ocenu tih činjenica i odlučuje o njihovim pravnim posledicama. Odavde proizilaze dva merodavna načela za određivanje pravno-psihijatrijskih kompetencionih granica u krivičnom postupku: 1. Činjenice utvrđuje veštak, ali je sudija dužan da ispita uverljivost utvrđenog činjeničnog stanja na osnovu obaveze koja proizilazi iz načela slobodne ocene dokaza; 2. Pravna ocena činjeničnog materijala, kao "pravno pitanje", isključivo spada u domen zadataka sudije[24].

---

[22] K.G.Jung, ibid, str.114,115.

[23] S tim u vezi, jedan autor je izjavio da "što potpunije i u većim detaljima poznajemo uzročne faktore koji određuju ponašanje jedne osobe, utoliko više težimo da ga oslobodimo odgovornosti". Preuzeto iz: M.Kostić, Forenzička psihologija, ibid, str.83.

[24] Slično, T.Lenckner, Die Aufgabenverteilung zwischen Richter und Sachverständigen, Handbuch der forensischen Psychiatrie I, Berlin – Heidelberg – New York 1972, s.142.

Ipak, kada su u pitanju psihijatrijski veštaci, stvari stoje drugačije. Naime, isti ne samo da utvrđuju činjenice, već ih često i vrednuju. Dakle, "on sudu ne saopštava samo činjenice i iskustva iz sopstvene naučne oblasti, i ne donosi samo takve zaključke koji se baziraju na primeni prirodno-naučnih pravila na utvrđene činjenice, već često izvlači i normativne zaključke, to jest daje mišljenja odnosno sudove"[25]. I upravo je to razlog što on sa sudijom dolazi u konflikt. Zbog toga pravnici s razlogom upozoravaju, da "oblast normativnog zaključivanja pripada sudiji, kao njegovo izvorno radno polje"[26], i da, shodno tome, "veštaci moraju prihvatiti normativnu abstinenciju"[27]. Jer, gde je normativno, tu je i pravno ocenjivanje u krivičnom postupku, a samim tim i primena prava. Dozvoliti veštaku da normativno ocenjuje, znači otškrinuti mu vrata primene prava. Ipak, ovo upozorenje pravnika ostalo je "mrtvo slovo" na papiru, jer se u praksi dešava nešto sasvim drugo. Tako, da bi izbegli sopstvenu odgovornost za donošenje odluke, sudije ovde prikriveno ili otvoreno nameću veštacima da se izjasne i o pravnim pitanjima. Drugim rečima, nakon što konstatuje da je u vreme izvršenja dela učinilac patio od neke duševne bolesti ili poremećenosti, veštak se po pravilu izjašnjava i o tome, kako je ta bolest ili poremećenost uticala na njegovu sposobnost da shvati značaj svog dela odnosno da upravlja svojim postupcima, a s tim u vezi, ponekad čak zauzima stav i donosi sud, da li je učinilac u vreme dela bio neuračunljiv, bitno smanjeno uračunljiv, ili pak uračunljiv[28]. Jasno je da je ovakvo izjašnjavanje veštaka, ne samo suprotno etici njihovog poziva, već i protivpravno.

Konačno, na utvrđenu neuračunljivost ili bitno smanjenu uračunljivost učinioca u vreme izvršenja dela, nadovezuje se i pitanje njegove "opasnosti za okolinu". Jer, da bi se istom izrekla jedna od mera bezbednosti psihijatrijskog karaktera potrebno je još i dokazati da je on u vreme dela bio "opasan za okolinu". Prema vladajućem shvatanju u pravnoj nauci, "opasnost za okolinu" svodi se ovde na visok stepen verovatnoće vršenja težih krivičnih dela u budućnosti. Dakle, da bi se učiniocu izrekla mera bezbednosti psihijatrijskog karaktera, a naročito se na tome insistira kada je u pitanju stacionarna mera bezbednosti koja je neodređenog trajanja u većini zakonodavstava, neophodno je da postoji visok stepen verovatnoće da će učinilac vršiti teška krivična dela u budućno-

[25] A.Kaufmann, ibid, s.1066.

[26] A.Kaufmann, ibid.

[27] A.Kaufmann, ibid, s.1071.

[28] O proceni uračunljivosti u našoj sudskoj praksi videti, D.Drakić, Neuračunljivost, Novi Sad 2007, str.166-181.

sti. Shodno tome, "obični" stepen mogućnosti vršenja dela u budućnosti, kao i opasnost od vršenja nekih lakših pa i srednje teških krivičnih dela, ne bi trebalo da bude dovoljno za izricanje odnosne mere bezbednosti. Prema mišljenju pojedinih teoretičara, za izricanje stacionarne mere bezbednosti ne bi trebalo da bude dovoljno ni to što je "opasnost" od vršenja krivičnog dela u budućnosti usmerena samo na jednu osobu, već na više ili neodređeni broj potencijalnih žrtava[29]. S tim u vezi, o ovako koncipiranoj "opasnosti za okolinu" trebalo bi da se izjašnjavaju pravnici, jer je očigledno da je reč o pravnom pitanju, to jest, utvrđivanju ispunjenosti jednog od zakonskih uslova za izricanje predmetne krivične sankcije. Ipak, i o tome se, na zahtev pravnika, u praksi izjašnjavaju veštaci – psihijatri, na koji način, posredno, učestvuju u izricanju jedne krivične sankcije. Sem toga, izjašnjavanje o "opasnosti za okolinu" duševno poremećenog učinioca bi se moglo dovesti u pitanje i sa pozicije etičkog kodeksa lekarske struke, jer se veštaci ovde ne izjašnjavaju o "opasnosti" za zdravlje pacijenta - učinioca, već, upravo suprotno - o njegovoj "opasnosti" za društvo, za okolinu.

Shodno napred rečenom, od veštaka se jedino može zahtevati da utvrdi, da li je u određenom trenutku okrivljeni patio od psihičke bolesti ili poremećaja koji bi mogli uticati na njegovu krivicu za izvršeno delo. Takođe, potrebno je da ukaže i na karakter i prirodu ove bolesti odnosno poremećaja, kao i da iznese svoje mišljenje o tome da li se u budućnosti mogu očekivati socijalne komplikacije[30]. Izjašnjavanje veštaka o drugim pitanjima bilo bi protivzakonito i etički neprihvatljivo. A konstatovali smo da se upravo to događa u sudskoj praksi.

Na osnovu svega što smo do sada rekli moglo bi se zaključiti da je psihijatrijsko veštačenje autonomni mehanizam, koji u mnogim svojim manifestacijama nije imanentan medicinskoj etici, psihijatrijskoj nauci, kao i njenoj kliničkoj praksi postupanja sa pacijentima. Tome je umnogome doprinela sudsko-psihijatrijska praksa postupanja u krivičnim postupcima, koja, i kada to ne proističe iz zakonskog teksta, prilagođava, na inicijativu pravnika, institut psihijatrijskog veštačenja potrebama i interesima krivičnog prava i postupka, i povlađuje težnji sudija da izbegnu odlučivanje o pitanjima koja spadaju u domen njihove nadležnosti. Prvobitno zamišljeno kao rezultat kompromisa krivičnog prava i psihijatrije, koji je trebalo da omogući funkcionisanje pravnih pojmova na području lekarske kompetencije i medicinskih pojmova na području sudske vlasti, uz očuva-

[29] Videti o tome, H.-H.Jescheck, T.Weigend, Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, 5.Auflage, Berlin 1996, s.809,810.

[30] Slično, W.Rasch, N.Konrad, ibid, s.31.

nje izvornog identiteta i autonomije i jedne i druge discipline, psihijatrijsko veštačenje se pretvorilo u svoju suprotnost. Ne samo da se njime ozbiljno dovodi u opasnost interni normativitet psihijatrijske nauke i etike vršenja psihijatrijskog poziva, već se u sudskoj praksi često narušava i zakonom statuirani koncept stroge podele činjenično-psihijatrijskih i normativno-pravnih kompetencija između sudije i veštaka – psihijatra u krivičnom postupku. Stoga se može reći da, premda se bez ovog veštačenja ne može, sudsko-psihijatrijska praksa veštačenja šteti i krivičnom pravu i medicini.

Dragiša Drakić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Novi Sad

Conflict Between Criminal Law, Medical Ethics and Psychiatry Demonstrated at the Example of Psychiatric Court Evaluation[31]

Abstract

The paper offers an analysis of the relationship between criminal law, on the one side, and medical science and psychiatry, on the other side, through an example of psychiatric court evaluation.

Following introductory explanation, the author starts this analysis by examining the principle of freedom of an individual in criminal law and psychiatry. Later on, the author points to different perceptions of "borderline psychic conditions" offered by the two scientific disciplines in the context of the quilt principle. After that he points to a number of other issues relating to psychiatric court evaluation which give rise to divergent positions of the criminal law and psychiatry in the criminal proceedings. Common to all such cases, in the opinion of the author, is the conduct of psychiatric court expert that is contrary to their professional code of ethics.

In the end, the author concludes that the practice of the psychiatric court evaluation is detrimental to the interests of the criminal law and that it puts in grave jeopardy the ethics of psychiatry.

Key words: psychiatric court evaluation, criminal law, medical ethics, psychiatry.

[31] This paper is the result of the research conducted as part of the project titled "Biomedicine, Environmental Protection and the Law" no. 179079 done in 2012, which was financed by the Ministry of Science and Technology of the Republic of Serbia.

Pregledni članak 343.272:340.5
doi:10.5937/zrpfns46-2419

Dr Oliver Lajić, docent
Kriminalističko-policijske akademije u Beogradu

UPOREDNI PREGLED SISTEMA ZA ISTRAŽIVANJE I ODUZIMANJE IMOVINE STEČENE KRIMINALOM[1]

***Sažetak**: Nakon uvodnih izlaganja, u kojima se osvrće na modalitete oduzimanja imovine kriminalnog porekla prisutne u savremenim pravnim sistemima i naglašava zahtevani standard dokaza kao jedan od ključnih faktora njihovog specifikuma, autor u kratkim crtama daje uporedni pregled sistema za istraživanje i oduzimanje imovine stečene kriminalom u nekoliko evropskih zemalja i SAD. Pri tome, apostrofira normativne elemente kojima su određeni uslovi i delokrug primene ovog instituta, prvenstveno u svetlu vezanosti za krivični postupak, kao i nadležnosti za sprovođenje istražnog procesa i postupka oduzimanja. U završnom delu rada autor zaključuje da su osnovne karakteristike sistema za oduzimanje kriminalnog bogatstva vezanog za krivični postupak, koji se danas primenjuju u razvijenim evropskim zemljama i SAD, izmenjena pravila dokaznog postupka, koja podrazumevaju manje lagodnu ulogu lica u čije poštenje se sumnja, primena ovog instituta samo kod ograničenog kruga krivičnih dela i postojanje specijalizovanih istražnih subjekata i ovlašćenja.*

***Ključne reči**: Istraživanje imovine stečene kriminalom, finansijske istrage, oduzimanje imovine stečene kriminalom, uporedni pregled pravnih sistema.*

---

[1] Rad je rezultat naučnoistraživačkog projekta pod nazivom *Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija*, pod pokroviteljstvom Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije (br. 179045, 2011−2014).

UVOD

Iskustva u oblasti primene instituta oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim delom govore da on nije našao punu primenu kod pojedinačnih krivičnih dela kojima je sticana imovinska korist, dok je, u sklopu klasičnih sredstava krivičnopravne reakcije, pokazao slabosti pred fenomenom organizovanog kriminala.[2] Zbog toga je u većini evropskih zakonodavstava s kraja prethodog i početka ovog veka moguće uočiti trend uvođenja zakonskih odredaba u čijem centru pažnje se, pored konkretnog učinioca i krivičnog dela, sve više nalazi i sveukupna kriminalna aktivnost, naročito organizovanih kriminalnih grupa. U skladu s tim, sve više pažnje posvećuje se istraživanju tokova dobiti ostvarene kriminalom, stvaranju odgovarajućih mehanizama za njihovo identifikovanje i obezbeđenje, a zatim i njihovo oduzimanje u krivičnom postupku, uglavnom uz primenu pravnih pretpostavki i prebacivanje tereta dokazivanja.

Kako primećuje Laudatti, tokom poslednjih dvadeset godina borba protiv sticanja bogatstva putem kriminala razvijala se u dva pravca: 1) kroz kontrolu prometa imovine stečene krivičnim delima organizovanog kriminala i 2) kroz kontrolu koncentracije nezakonito stečenog bogatstva, nesrazmernog s prihodima, koje gomilaju lica osumnjičena da pripadaju mafijaškim organizacijama ili okrivljeni za krivična dela organizovanog kriminala.[3] U skladu s prvom tendencijom, razvijana je i pravna regulativa kojom se nastojalo sprečiti pranje novca, a u skladu s drugom, razvijana su zakonodavna rešenja kojima se nastojao stvoriti odgovarajući pravni okvir za lišavanje kriminalaca nezakonito stečene dobiti, uz istovremeno poštovanje standarda ljudskih prava. U redovima koji slede biće dat kratak prikaz razvoja i aktuelnog stanja u nekoliko evropskih zakonodavstva, u pogledu istraživanja i oduzimanja imovine proistekle iz krivičnih dela, od kojih su neka imala nesumnjivo snažan uticaj i na rešenja koja su od nedavno aktuelna u domaćim pravnim okvirima.

No, pre detaljnijih razmatranja sistema oduzimanja kriminalne dobiti u krivičnom postupku, u uporednom pravu, treba pomenuti da postoje različiti modaliteti putem kojih se ova mera realizuje. Tako, razlikuju se sudski i vansudski postupci oduzimanja,[4] a u okviru sudskih, oduzimanje

---

[2] O. Lajić, O pravoj prirodi instituta oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, XLIV(2), 2010, str. 349.

[3] A. Laudatti, Il sistema di contrasto alla ricchezza illecita nella legislazione europea, *International Conference on Asset Forfeiture*, Belgrade: Special Prosecutor's Office Belgrade, US Department of Justice OPDAT & US Embassy of Belgrade, OSCE – Mission to Serbia, 2007, p. 4.

[4] G. P. Ilić, Oduzimanje imovine stečene kriminalom, *Revija za bezbednost - stručni časopis o korupciji i organizovanom kriminalu,* II(5), 2008, str. 8; T. Lukić, *Oduzimanje*

koje se sprovodi u krivičnom (*in personam*), odnosno u parničnom postupku (*ad rem*), nezavisno ili paralelno sa krivičnim postupkom. U okviru nesudskih postupaka obično se pominje administrativno oduzimanje, odnosno oduzimanje od strane nadležnih državnih organa, u upravnom postupku (npr. poreskih organa ili istražnih agencija). Pored navedenih, mogu se ustanoviti i druge podele, koje mahom imaju teorijski značaj. Tako, podelu sistema oduzimanja vezanih za krivični postupak moguće je izvršiti i prema odnosu imovine i krivičnog dela za koje se sudi, i to u tri grupe: oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela koje je predmet postupka, oduzimanje imovine koja nije proistekla iz krivičnog dela za koje se učiniocu sudi, nego iz prethodnih kriminalnih aktivnosti, i propisivanje pojedinih krivičnih dela za aktivnosti vezane za imovinu proisteklu iz krivičnog dela.[5] Ilustracije radi, u prvu grupu pripadalo bi oduzimanje imovinske koristi stečene krivičnim delom kakvo je više od pola veka poznato u našem pravu, u drugu kategoriju pripadalo bi oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela nedavno uvedeno Zakonom o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela,[6] dok je tipični predstavnik treće grupe aktivnosti propisivanje krivičnog dela pranja novca.

Jedna od podela mogla bi se ustanoviti i na osnovu standrda koji se traže za dokazivanje kriminalnog porekla imovine. Freiberg govori da u evropskim zemljama u kojima su procesi konfiskacije sastavni deo krivičnog postupka, standardi dokazivanja koji se u tom pogledu nameću pred tužilaštvo podrazumevaju povezivanje krivičnog dela sa kriminalnom dobiti, što čini *krivični standard za dokaze*. Međutim, u državama sa običajnim pravom, procesi konfiskacije smatraju se povezanim, ali ipak odvojenim od krivičnog procesa, i svrstavaju se u građanske procese. U tom slučaju tužilaštvo za pokretanje slučaja traži samo *ravnotežu verovatnoća* (eng. *the balance of probabilities*). Pri tome, šesnaest zemalja FATF primenjuje krivične standarde za dokaze, u šest je dozvoljen građanski standard, dok se u tri zemlje primenjuju oba standarda,

---

imovine kriminalcima, Beograd: Poslovni biro, 2009, str. 73; B. Nikolić, Oduzimanje imovine stečene kriminalom – međunarodni standardi, uporedna rešenja i praksa Evropskog suda za ljudska prava. U: G. P. Ilić, B. Nikolić, M. Majić, Đ. Melilo, *Komentar Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela sa pregledom relevantnih međunarodnih dokumenata, uporednopravnih rešenja i prakse ESLJP*, 5-30, Beograd: Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju, Misija u Srbiji, 2009, str. 18; A. Trešnjev, O radnoj verziji Nacrta zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, *Revija za bezbednost – stručni časopis o korupciji i organizovanom kriminalu,* II(7), 2008, str. 20.

[5] A. Trešnjev, *op. cit,* str. 20.

[6] Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela (ZOIPKD), Sl. glasnik RS, br. 97/08.

zavisno od prirode procesa.[7] Predmet interesovanja u daljim izlaganjima biće u prvom redu oduzimanje kriminalne dobiti koje je vezano za krivični postupak.

Italija

Italija je država čije su zakonodavni organi u poslednje dve decenije HH veka preduzeli pionirske korake na planu oduzimanja kriminalne dobiti, a ključni događaji, u tom pogledu, bili su ubistvo sicilijanskog komunističkog lidera La Torea, 1982. godine, i sudije Falkonea i tužioca Borselina, 1992. godine. Nakon ovih događaja usledile su prekretnice na zakonodavnom polju, koje su omogućile borbu protiv finansijske moći mafije. Prethodno je i u italijanskom, kao i u većini evropskih zakonodavstava, postojala samo mogućnost oduzimanja koristi stečene izvršenjem krivičnog dela (it. *confisca*), a na osnovu čl. 240. Krivičnog zakonika,[8] uz neophodan preduslov u vidu postojanja osuđujuće sudske presude. Po svojoj pravnoj prirodi, u italijanskom pravnom sistemu ova mera predstavlja meru bezbednosti prema stvarima, iz okvira sistema krivičnopravnih sankcija, mada među italijanskim autorima nije sporna njena *sui generis* priroda.[9]

Godine 1982. italijanski Krivični zakonik dopunjen tako što su mu dodate odredbe kojima se kažnjava učestvovanje u kriminalnim organizacijama mafijaškog tipa (čl. 416-*bis*, poznat kao La Tore akt), a u slučaju optužbe za ovo delo, konfiskaciji su podelgali predmeti korišćeni ili namenjeni izvršenju krivičnih dela, kao i imovina koja predstavlja proizvod ili dobit od takvih krivičnih dela ili predmet i imovina proistekle iz njih.[10] Pomenute 1992. godine, donet je Zakon br. 356/92 o borbi protiv imovine mafijaških organizacija, a dve godine kasnije, Zakonom br. 504 dodaje mu se čl. 12-*sexies*, kojim se uvodi mogućnost ublažavanja tereta dokazivanja porekla imovine. U slučaju optužbe za dela iz pomenutog Zakona, tužilac ima obavezu da dokaže izvršenje krivičnog dela, kao i da pruži dokaze o imovini koja pripada okrivljenom, odnosno njenu nesrazmeru

---

[7] A. Freiberg, Confiscating the profits. *Reform*, 73, 1998, p. 68.

[8] Codice penale, dostupan 1. juna 2010. na: http:// dbase.ipzs.it/cgi-free/db2www/notai/arti.mac/input?swpag=12E

[9] E. Ivičević, Utvrđivanje imovinske koristi stečene kaznenim djelom u hrvatskom pravu, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 11(1), 2004, str. 218.

[10] U vremenskom periodu između 1982. i 1986. godine, približno je 15000 ljudi bilo uhapšeno širom Italije zbog kriminalnog učešća u mafiji; 706 ljudi je bilo izvedeno na sud u Palermu; više od pola ovih optuženih, uključujući i nekoliko mafijaških bosova, dobili su kazne zatvora u dugogodišnjem ili doživotnom trajanju, a ceo postupak je nazvan "maxi-processo" (v. L. Paoli, Crime, Italian Style, *Daedalus* 130(3), 2001, p. 177.).

zakonitim aktivnostima i prijavljenim prihodima. Odbrana, posledično, mora da dokaže zakonito poreklo imovine, u suprotnom, imovina se obavezno konfiskuje. Konfiskacija je obavezna za sva krivična dela izvršena u okviru kriminalne organizacije mafijaškog tipa, kao i za krivična dela utaje, odnosno pronevere, korupcije, robovlasništva, iznude, trgovine ljudima, otmice, zelenaštva, pranja novca, prikrivanja i trgovine drogom,[11] i to za svu imovinu koja je posredno ili neposredno povezana sa počinjenim krivičnim delom.

Značajno je da je Kasacioni sud Italije, presudom br. 920, od 19. januara 2004. godine, doneo odluku prema kojoj imovina ne mora poticati od pojedinačne kriminalne radnje zbog koje je osuda izrečena, odnosno da se konfiskacija zasniva na samoj osudi lica koje tom imovinom raspolaže.[12] Sudija, dakle, ne mora tražiti bilo kakvu vezu između porekla konfiskovane imovine i krivičnog dela za koje je izrečena osuđujuća presuda, čime je, kako navodi Laudatti, po prvi put u italijanskom pravnom poretku prekinuta veza između konfiskacije imovine i krivičnog dela kojim je ta imovina stvorena. Prema pomenutom autoru, ovo bi značilo da konfiskaciju treba narediti uvek kada postoji nesrazmera između ekonomske vrednosti imovine kojom osuđeno lice raspolaže i prijavljenih prihoda, bez uverljivog opravdanja porekla tih stvari.[13]

U skladu s izuzetno razvijenim normativnim okvirom za borbu protiv sticanja nezakonite dobiti, u Italiji postoji i širok spektar subjekata koji imaju nadležnosti u vezi sa istraživanjima tokova kriminalne dobiti i njenim oduzimanjem. Istrage s ciljem pronalaska prihoda od kriminala mogu biti preduzete od strane (1) *Direzione Investigativa Antimafia* (*DIA*); (2) *Raggruppamento Operativo Speciale* (*ROS*) u okviru Carabinieri; (3) *Comando Invetigazioni Economico Finaziarie* (*CIEF*) nedavno utvrđen unutar *Guardia di Finanza*, kao i (4) *Servizio centrale operativo* (*SCO*) iz *Polizia di Stato*.[14]

Iako su predmet građanskopravnog oduzimanja, kao specifičnost italijanskog pravnog režima vredi pomenuti i tzv. "lične preventivne mere" (it. *misure di prevenzione personale*). Ove mere primenjuju se prema članovima kriminalnih organizacija, a zasnovane na ideji o sprečavanju društvene opasnosti koja dolazi od pojedinaca. Zamišljene su tako da otklanjaju one okolnosti koje omogućuju pojedincu vršenje krivičnih dela.

[11] U pitanju su čl. 314, 317, 318, 600, 601, 629, 630, 644, 648, 648bis, 73. i 74. Krivičnog zakonika Italije.

[12] A. Laudatti, *op. cit*. p. 13.

[13] *Ibidem*

[14] B. Vettori, *Tough on Criminal Wealth - Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU*, Dordrecht: Springer, 2006, pp. 78-79.

Mogu biti u različitim vidovima, usmerene direktno protiv ličnosti, kao npr. specijalni nadzor, zabrana ili obaveza prebivanja u određenom mestu, ili usmerene protiv imovine (*confisca di prevenzione*), kada se sastoje u oduzimanju dobara. Vettori navodi da je uobičajeno da preventivne mere usmerene direktno protiv ličnosti prate i pomenute finansijske mere, što čini italijanski sistem konfiskacije "hibridom", koji je po svojoj prirodi nešto između krivičnog i građanskopravnog oduzimanja".[15]

Velika Britanija

Materija istraživanja i oduzimanja prihoda od kriminala u Velikoj Britaniji prvobitno je bila sadržana u više propisa, te je bila određena Zakonom o trgovini drogama iz 1994. godine (*Drugs Trafficking Act*),[16] za krivična dela u vezi trgovine drogama, kao i u VI poglavlju britanskog krivičnoprocesnog zakona iz 1988. godine (*Criminal Justice Act*),[17] za ostala krivična dela. Prema Zakonu o trgovini drogama iz 1994. godine, sud je prilikom utvrđivanja da li je ostvarena imovinska korist od trgovanja drogom, polazio od zakonske pretpostavke, prema kojoj je sva imovina stečena tokom šest godina pre početka krivičnog postupka stečena ovom nezakonitom delatnošću, kao i da su svi rashodi koje je okrivljeni imao u tom periodu plaćeni sredstvima dobijenim od ove nezakonite aktivnosti.[18] U pitanju je bila oboriva pretpostavka, te se ostavljalo okrivljenom da je osporava i da pruži relevantne dokaze kojima potvrđuje svoje tvrdnje.

Godine 2002. donet je Zakon o prihodima od kriminala (*Proceeds of Crime Act*),[19] kojim su potpuno renovirani propisi o prisvajanju dobiti od kriminala u Velikoj Britaniji i objedinjena pravila vezana za krivična dela trgovine drogom i ostala krivična dela.[20] Sud najpre mora ustanoviti kriminalni način života okrivljenog (eng. *criminal lifestyle*), a zatim i da je stekao imovinu iz takve delatosti, što mu omogućava da primeni prethodno pomenute pretpostavke o kriminalnom poreklu imovine, odnosno o plaćanju rashoda sredstvima stečenim kriminalom u šestogodišnjem pe-

---

[15] B. Vettori, *op. cit*. p. 9.

[16] Tekst propisa dostupan 1. juna 2010. na: www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1994/ukpga_19940037_en_1

[17] Tekst propisa dostupan 25. januara 2011. na: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/33/contents

[18] M. Levi, L. Osofsky, Investigating, seizing and confiscating the proceeds of crime, London: Home Office Police Department, 1995, pp. 19-20.

[19] Tekst propisa dostupan 1. juna 2010. na: www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/ukpga_20020029_en_1

[20] B. Vettori, *op. cit*. p. 104.

riodu. Traženi standard dokaza je na nivou koji se primenjuje u građanskim parnicama, tj. na nivou *ravnoteže verovatnoće* (eng. *the balance of probabilities*) i niži je od standarda koji se inače traži u krivičnom postupku, a koji mora biti *van razumne sumnje* (eng. *beyond a reasonable doubt*).[21]

Irska

Do 1996. godine lišavanje nezakonito stečenog bogatstva u Irskoj moglo se postići samo putem krivičnog gonjenja. Dva dramatičnia događaja povezana sa trgovinom drogama, koji su se odigrali pomenute godine (ubistvo Gerry McCabe-a istražitelja irske policije i Veronice Guerin, novinarke *Sunday Independent-a*), šokirali su javno mnjenje u Irskoj i doveli do revizije nacionalnog sistema konfiskacije.[22] Zahvaljujući novom Zakonu o oduzimanju dobiti od kriminala (*The Proceeds of Crime Act*, 1996), koji je usledio kao zakonodavna reakcija, u irski pravosudni sistem uvedena je građanska konfiskacija dobiti od kriminala.

Režim proširene konfiskacije u krivičnom postupku predviđen je samo za krivično delo trgovine drogom i u ovakvim predmetima sud koristi pravnu pretpostavku o kriminalnom poreklu imovine optuženog koja je stečena u prethodnih šest godina. Takođe, pretpostavlja se i da su svi troškovi koje je imao u pomenutom periodu finansirani novcem dobijenim od trgovine drogom.[23] Za osudu i oduzimanje kriminalne dobiti zahtevaju se različiti dokazni standardi. Kao i u pravnom sistemu Velike Britanije, za dokazivanje krivice zahteva se dokazanost van svake sumnje, dok je za oduzimanje kriminalne dobiti dovoljna ispunjenost standarda koji podrazumeva ravnotežu verovatnoća.

Neophodan preduslov za oduzimanje kriminalne dobiti u krivičnom postupku uvek je osuđujuća presuda. Međutim, kako je organizatore kriminalnih grupa u velikom broju slučajeva gotovo nemoguće obuhvatiti takvom presudom, u praksi se najčešće pribegava građanskopravnom oduzimanju. Za sprovođenje ovog postupka osnovano je posebno multifunkcijsko telo, Biro za nezakonito stečenu dobit (*Criminal Assets Bureau*), u čijoj je nadležnosti identifikovanje i istraživanje stečene krimi-

[21] Istim Zakonom uvodena je i mogućnost građanskopravne zaplene, ukoliko sudski organi potvrde da neće doći do krivičnog gonjenja. Na bazi ovog zakona osnovana je i posebna Agencija za povraćaj sredstava (*Assets Recovery Agency*), nezavisno od policije i tužilaštva, ali po nalogu suda. Suština građanskopravnog oduzimanja imovine sastoji se u tome što se postupak vodi nad imovinom za koju mora biti dokazano da ima veze s nezakonitim ponašanjem (postupak *in rem*), odvojeno od krivičnog postupka (*in personam*).

[22] B. Vettori, *op. cit*. p. 70.

[23] *Ibidem.*

nalne dobiti, pokretanje postupaka za njeno oduzimanje, kao i preduzimanje mera u cilju očuvanja vrednosti privremeno oduzete imovine, odnosno raspolaganje oduzetom imovinom. Zakoni o oduzimanju dobiti od kriminala i Birou za nezakonito stečenu dobit, iz 1996. godine, čine sveobuhvatan paket propisa usmerenih ka zapleni imovine stečene kriminalom, koji može da predstavlja model za ostale evropske jurisdikcije.[24]

Holandija

U analizi uporednog zakonodavstva, Holandija se može smatrati zemljom koja je, poštujući tendencije međunarodnog zakonodavstva, pitanje konfiskacije imovine tretirala kao jedan od prioriteta u borbi protiv organizovanog kriminala.[25] U ovoj zemlji je 1993. godine uvedena nova zakonska regulativa kojom je omogućeno tzv. prošireno oduzimanje imovinske koristi, a s ciljem jačanja normativnih kapaciteta za lišavanje kriminalaca nezakonito stečenog bogatstva. Prethodno je imovina mogla biti predmet oduzimanja samo ako je dokazana direktna veza između izvršenja krivičnog dela za koju se optuženi tereti i njegove imovine. Nakon zakonodavnih reformi, nalog za oduzimanje imovine (čl. 36e, §§ 2. i 3. Krivičnog zakona)[26] omogućio je oduzimanje imovine iako ne postoji direktna veza između dela sadržanih u optužnici i imovine optuženog. Javni tužilac mora dokazati tvrdnju da je umešanost okrivljenog u kriminalne akte, koji formalno nisu predmet optužbe, doprinela uvećanju njegove imovine.[27] Pri tome se traže "dovoljni dokazi" (eng. *sufficient evidence*), što je neznatno niži standard dokazivanja od onog koji se zahteva u krivičnim stvarima.[28]

Postupak oduzimanja kriminale dobiti odvojen je u odnosu na krivični postupak, te je i odluka o oduzimanju odvojena od odluke o krivičnoj stvari. Odvojenost postupaka predstavlja povoljnu okolnost za organe istrage i gonjenja, s obzirom da u finansijskim istraživanjima nisu ograni-

---

[24] M. Levi, Reversal of the burden of proof in confiscation of the proceeds of crime: a Council of Europe Best Practice Survey, Strasbourg: Council of Europe – European Committee of Crime Problems (CDPC), 2000. p. 21.

[25] R. Dragičević-Dičić, Oduzimanje protivpravno stečene imovinske koristi – međunarodni standardi i uporednopravna rešenja, u: M. Grubač i sar., *Borba protiv organizovanog kriminala u Srbiji – od postojećeg zakonodavstva do sveobuhvatnog predloga reforme* (293-306), Beograd: UNICRI, 2008, str. 299.

[26] Tekst propisa dostupan 3. juna 2010. na: http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/eur/lxwened.htm#Criminal%20Law

[27] H. Nelen, Hit them where it hurts most? – The proceeds-of-crime approach in the Netherlands, *Crime, Law & Social Change*, 41(5), 2004, p. 519.

[28] B. Vettori, *op. cit*. p. 89.

čeni relativno kratkim rokovima koji su predviđeni za istragu krivičnih stvari. Finansijska istraživanja vrše se pod nadzorom javnog tužioca, od strane specijalizovanih policijskih jedinica (*Financial Support Bureaux – FSB*), uz upotrebu širokog spektra specijalnih istražnih tehnika, i mogu biti sprovedena u roku od dve godine po završetku prvostepenog postupka u kojem se optuženi oglašava krivim.

Finansijska istraga odvija se pod kontrolom suda, koji može naložiti hitno ili ubrzano okončanje, a javni tužilac ima obavezu periodičnog izveštavanja suda o dobijenim rezultatima. Iako formalno odvojeni, postupak finansijske istrage vezan je za krivični postupak, utoliko što njegovo obustavljanje automatski dovodi i do prekida finansijske istrage. Odluka suda da oduzme ilegalno stečenu imovinu pretvara se u dug koji optuženi mora da plati državi. Ukoliko on to odbije, alternativa je zatvorska kazna u trajanju do šest godina. U funkciji obezbeđenja naplate, postoji mogućnost privremenog oduzimanja dobara okrivljenog, bilo da je u pitanju pokretna ili nepokretna imovina (brodovi, letilice, akcije, hartije od vrednosti, depoziti na bankarskim računima itd.). Upravljanje privremeno oduzetim i oduzetim sredstvima povereno je Agenciji za oduzeta kriminalna dobra (*Criminal Assets Deprivation Bureau – BOOM*), koja je u sklopu Službe javnog tužioca (*Public Prosecution Service – PPS*).

Predmet može biti okončan i nagodbom, po odredbama čl. 74. Krivičnog zakona. Naime, ukoliko optuženi nadokandi štetu nanetu izvršenjem krivičnog dela ili plati određenu sumu novca državi, u visini imovine koju je stekao, a radi se o krivičnom delu za koje je predviđena maksimalna kazna zatvora do šest godina, ne postoji mogućnost da se predmet ponovo nađe na sudu. Od 1993. godine postoji i poseban institut koji se odnosi na oduzimanje ilegalno stečene dobiti, u formi sporazuma (čl. 511.c Zakona o krivičnom postupku). Naime, sporazum se može zaključiti i kod krivičnih dela za koje je propisana kazna zatvora preko šest godina, s ciljem konfiskovanja ilegalno stečene zarade, čime se sprečava započinjanje redovnog procesa konfiskacije, ali se ne dira u pravo države da goni za počinjena krivična dela kojima je ovakva zarada stečena.[29]

Nemačka

Mada su i u Nemačkoj postojali zagovornici teorije prema kojoj su propisi o oduzimanju imovinske koristi stečene krivičnim delom sasvim dovoljni da bi kriminalci bili lišili nezakonito stečenog bogatstva, isti autori su priznavali nedovoljnost ovih odredaba u slučajevima organizova-

[29] Vidi šire: H. Nelen, *op. cit.* p. 520.

nog kriminala.[30] Uviđajući neophodnost, nemački zakonodavac je značajno dopunio normativni okvir za oduzimanje dobiti stečene kriminalom donošenjem Zakona za borbu protiv trgovine narkoticima i drugih oblika organizovanog kriminala (*OrgKG*), koji se primenjuje od 1992. godine. Prethodno, od učinilaca je mogla biti oduzeta imovinska korist stečena krivičnim delom (*Verfall*), na osnovu materijalnopravne odredbe (§ 73 StGB) koje u nemačkom pravu datira još od 1963. godine. Primena ove mere nije uslovljena postojanjem krivice, nego samo preduslovom da je učinjenim krivičnim delom pribavljena imovinska korist.[31]

Zakonodavnom reformom iz 1992. godine uvedene su odredbe o proširenom oduzimanju kriminalne dobiti. Od tada se, pored primene tzv. "bruto načela" u oduzimanju imovinske koristi stečene izvršenjem krivičnog dela, od okrivljenog za krivična dela organizovanog kriminala, može oduzeti i profit za koji se pretpostavlja da je stečen kriminalnom delatnošću, o čemu treba priložiti odgovarajuće dokaze.[32] Zanimljivo je pomenuti i da je novim propisima bila uvedena mogućnost izricanja imovinske kazne, kao sporedne (pored glavne kazne doživotnog zatvora ili zatvora dužeg od dve godine), čiji je iznos odgovarao vrednosti celokupne imovine osuđenog, a za teška krivična dela izvršena od strane kriminalnih organizacija, na koja su se primenjivala pravila o proširenoj konfiskaciji. Ova mogućnost ukinuta je nakon proglašavanja predmetne odredbe neustavnom od strane Saveznog ustavnog suda (*Bundesverfassungsgericht*), 2002. godine. Kao i u holandskom zakonodavstvu, postupak oduzimanja kriminalne dobiti teče nezavisno od krivičnog postupka. Prema odredbama § 76a StGB, oduzimanje kriminalnom stečenih dobara moguće je i u slučajevima kada ni jedna osoba ne bude gonjena ili osuđena.

U Nemačkoj postoje brojne specijalizovane kriminalističke jedinice i službe, i to na saveznom (*Bundeskriminalamt*) ili pokrajinskom nivou (*Landeskriminalamt*). Pod rukovodstvom i kontrolom javnog tužioca, one preduzimaju radnje usmerena ka pronalaženju nezakonito stečenih dobara i utvrđivanju okolnosti relevantnih za ispitivanje porekla imovine optuženog i vrše njeno privremeno oduzimanje. Finansijske istrage moraju biti sprovođene nad bilo kojom osobom za koju postoji sumnja da je ostvarila dobit kriminalnim delovanjem ili ako je primila dobiti od kriminala kao pomagač. Pomenute službe imaju na raspolaganju širok dijapazon specijalnih istražnih tehnika.

---

[30] V. Bangert, Theorie und Praxis der Gewinnabschöpfung, *Kriminalistik*, 55(10), 2001, p. 658.

[31] E. Ivičević, *op. cit*. str. 218.

[32] B. Vettori, *op. cit*. p. 62.

Francuska

Francuski Krivični zakonik (*Code pénal*)[33] predviđa trojni institut konfiskacije, koji može biti kazna, mera bezbednosti ili naknada štete,[34] a odredba koja čini pravni osnov za oduzimanje sadržana je u čl. 131-21 pomenutog propisa. Inače, nacionalni sistem konfiskacije dopunjen je 1994. godine, kada je stupio na snagu novi Krivični zakonik. Prethodno je postojala *confiscation générale,* koja je lišavala učinioca celokupne imovine, i *confiscation spéciale,* koja se odnosila na deo učiniočevih dobara. Razlika je eliminisana pomenutim Krivičnim zakonikom iz 1994, te se konfiskacija sada posmatra samo kao *spéciale*. Konfiskacija celokupne imovine optuženog ograničena je isključivo na tačno određene prestupe, uključujući najozbiljnije slučajeve trgovine drogom,[35] kada do izražaja dolazi njena kaznena komponenta.

Na osnovu pomenutog člana Krivičnog zakonika (§ 1.) mogu se oduzeti opasni predmeti, čije je oduzimanje se nalaže odredbama Krivičnog zakona. U takvim slučajevima radi se o oduzimanju predmeta u funkciji mere bezbednosti. U § 2. istog člana određuje se konfiskacija prihoda koji potiče od izvršenja krivičnog dela, dok se § 3. odnosi na konfiskaciju ekvivalenta vrednosti pribavljene koristi, u slučajevima u kojima predmeti ili vrednosti koji podležu konfiskaciji više nisu dostupni. Uvođenje odredbe o oduzimanju vrednosnog ekvivalenta razrešilo je brojna sudska neslaganja po ovom pitanju.[36] Bitno je napomenuti da je u francuskom pravnom sistemu tužilac obavezan da u potpunosti dokaže kriminalno poreklo sredstava koja potiču od kriminala. Izuzetak u tom pogledu predstavljaju, od 1996. godine, krivična dela u vezi s drogom, kod kojih učinilac treba da dokaže zakonito poreklo sredstava kojima raspolaže. Oduzeta dobra prelaze u vlasništvo države, osim ukoliko zakon nalaže njihovo obevezno uništavanje.

U Francuskoj postoji više subjekata koji su zaduženi za sprovođenje finansijskih istraga. To su francuska obaveštajna jedinica (*FIU*), pod nazivom *Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins* (*TRACFIN*), koju čine predstavnici Ministarstava ekonomije, finansija i industrije, i jedinica u sastavu Ministarstva unutrašnjih poslova – *Office Central pour la Répression de la Grande Délinquance Financière* (*OCRGDF*), obe osnovane 1990. godine. Predmet finansijskih

[33] Tekst propisa dostupan 4. juna 2010. na: http://lexinter.net/ENGLISH/penal code.htm

[34] E. Ivičević, *op. cit*. str. 218.

[35] B. Vettori, *op. cit*. p. 58.

[36] F. Desportes, F. Le Gunehec, *Le noveau droit pénal. Tome 1 – Droit pénal général*, Paris: Economica, 1997, p. 627.

istraga može biti svako lice za koje se sumnja da je prihodovalo od kriminala ili steklo profit od kriminala kao pomagač, pri čemu je dozvoljena upotreba specijalnih istražnih tehnika.[37]

SAD

Pravni sistem Sjedinjenih Američkih Država specifičan je po tome što ima jedan od najrazvijenijih normativnih okvira za oduzimanje imovine proistekle iz kriminala. Ova činjenica očigledno je uticala na efektivnost u praktičnom delovanju, tako da se SAD ocenjuju kao najuspešnije u smislu primene zakona o konfiskaciji, kako na državnom, tako i na federalnom nivou.[38] U okvirima pravnog sistema SAD, oduzimanje kriminalne dobiti moguće je u krivičnom (21 U.S.C. 881; 18 U.S.C. 981) i građanskom postupku (21 U.S.C. 853a; 18 U.S.C. 982), a pored oduzimanja u sudskim postupcima, ono se sprovodi i u pojednostavljenom administrativnom postupku. U SAD postoji više od stotinu federalnih zakona koji dozvoljavaju građansku konfiskaciju, ali široku primenu imaju uglavnom odredbe koje se odnose na trgovinu drogama, pranje novca i organizovani kriminal.[39] Da je u pitanju aktivnost koja se nalazi visoko na listi prioriteta američke administracije, svedoči i činjenica da je tokom 2004. i 2005. godine u Fond SAD za oduzimanje imovine investirano ukupno nešto više od 1,6 milijardi američkih dolara.[40]

Odluka suda o oduzimanju imovine donosi se u krivičom postupku koji je pokrenut, vođen i okončan osudom lica optuženog za krivično delo sa kojim je imovina povezana. To znači da se ovde radi o postupku *in personam*, u kojem mora biti dokazano kriminalno poreklo imovine koja je predmet oduzimanja. Predlog tužioca u pravcu oduzimanja imovine stečene kriminalom predstavlja posebnu tačku optužnice, a standard dokaza koji se traži za odluku o njenom oduzimanju niži je i u krivičnom postupku od standarda koji se zahteva za odluku o krivici. U prvom slučaju neophodna je pretežnost dokaza (*preponderance of evidence*), za razliku od dokazanosti van razumne sumnje (*beyond a reasonable doubt*), koja mora biti ispunjena za izricanje odluke o krivici.[41] Imovina koja je predmet oduzimanja u krivičnom postupku mora biti u vlasništvu osuđe-

[37] B. Vettori, *op. cit*. p. 58.

[38] A. Freiberg, *op. cit*. p. 70.

[39] A. Freiberg, *op. cit*. p. 67.

[40] N. Fuller, Confiscation and Distribution of Assets, *International Conference on Asset Forfeiture,* Belgrade: Special Prosecutor's Office Belgrade, US Department of Justice OPDAT & US Embassy of Belgrade, OSCE – Mission to Serbia, 2007, p. 3.

[41] B. Nikolić, *op. cit*. str. 22.

nog lica, a u slučaju da ne može biti locirana, ili je preneta na treće lice, odnosno ako joj je znatno umanjena vrednost, ili je pomešana sa drugom imovinom, pravo dozvoljava mogućnost oduzimanja druge imovine od osuđenog, u zamenu za imovinu stečenu krivičnim delom.[42]

Osim oduzimanja u krivičnom postupku, u sistemu SAD često se praktikuje postupak oduzimanja u građanskom postupku, a još češće oduzimanje u administrativnom postupku. Osnovna karakteristika oduzimanja u građanskom postupku je nezavisnost od krivičnog gonjenja (postupak *in rem*), uz sniženi standard dokaza o kriminalnom poreklu imovine. Administrativno oduzimanje, sa druge strane, sprovodi se u potpunosti bez učešća suda, od strane istražnih agencija, kao što su Federalni istražni biro (*Federal Bureau of Investigation – FBI*), Uprave za borbu protiv droge (*Drug Enforcement Administration – DEA*), Uprave za imigraciju i carine (*Immigration and Customs Enforcement*) itd. Imovina koja se oduzima u administrativnom postupku ne sme biti predmet bilo kakvih drugih potraživanja.

U praksi se najčešće dešava da ilegalno stečen novac bude pronađen kod lica koja ne mogu dati adekvatno opravdanje za njegovo posedovanje, te obično odriču bilo kakvu povezanost, imajući u vidu da bi, u suprotnom, bili u obavezi da dokažu njegovo zakonito poreklo. Kako bi im to teško pošlo za rukom, pribagavaju taktici napuštanja inkriminisane stvari. Istražne agencije tada novac oduzimaju, te ukoliko se u narednom periodu ne javi niko ko bi ga potraživao, a time bio dužan i da objasni odakle mu, on pripada državi, odnosno odgovarajućim državnim agencijama. Na ovaj način ostvaruje se znatan budžetski priliv, ali su prinicipi na kojima se zasniva postupak administrativnog oduzimanja, kao i praktično postupanje vladinih agencija zasnovano na datom pravnom okviru predmet oštrih kritika, od kojih su najpoznatije iznete u radu *Policing for Profit: The Drug War's Hidden Economic Agenda*, autora Blumenson i Nilsen.[43]

Zaključak

Jedan ugledni zapadni autor svojevremeno je izneo tezu, koja sasvim sigurno nije daleko od istine, a prema kojoj je, "u odsustvu odgovarajuće prilike, većina ljudi poštena i od poverenja".[44] Samo po sebi nameće se pitanje u kojoj meri su prilike za zaradu kriminalom učestale u nekom društvu, a još više pitanje odgovarajuće društvene i pravne reakcije

[42] B. Nikolić, *op. cit*. str. 22-23.

[43] E. Blumenson, E. Nilsen, Policing for Profit: The Drug War's Hidden Economic Agenda, *The University of Chicago Law Review*, 65(35), 1998, pp. 35-119.

[44] G. A. Manning, *Financial Investigation and Forensic Accounting*. Boca Raton: CRC Press, Taylor & Francis Group, 2005, p. 15.

na ponašanja u kojima je verovatno da je stečeno nezakonito bogatstvo. Očigledno je da se u realnom životu, a naročito u kriminalnom miljeu, svakodnevno otvaraju brojne mogućnosti pribavljanja imovinske koristi na pravu suprotan način, bilo da su u pitanju aktivnosti nezakonite same po sebi (npr. trgovina ljudima ili narkoticima) ili ilegalne aktivnosti u pravno uređenom ambijentu (npr. kriminal u privrednom poslovanju). Naročitu pažnju privlači organizovani kriminal, kao posebno opasan u tom pogledu, s obzirom da najčešće koruptnivnim ili drugim vidovima nezakonitog delovanja potkopava zdrave osnove društva. Njegovom razvoju doprinela je i globalizacija, koja je izvršila pozitivan uticaj na svetsku ekonomiju, ali isto tako i dovela i do stvaranja novih mogućnosti za pojavu organizovanog kriminala, kao i novih izazova sa kojima će se suočiti pravosudni sistemi i organi reda.[45]

U opisanim uslovima tradicionalni sistem krivičnopravne reakcije, koji u prvom redu podrazumeva zatvorsku kaznu, ne daje adekvatne rezultate, mahom zahvaljujući velikoj finansijskoj potpori koju imaju kriminalne grupe, i činjenice da one, kako primećuje Vettori, mnogo više zavise od finansija, nego od ljudi koji obavljaju njihov "prljavi posao".[46] Pomenuti činjenični sklop nesumnjivo je uticao na većinu evropskih zakonodavaca da razmisle u pravcu uvođenja novih instrumenata kojim bi se na efikasniji način uticalo u pravcu uklanjanja motiva za bavljenje organizovanim kriminalom, koji se najčešće identifikuje kao moć zasnovana na finansijskom bogatstvu.

Prethodno izneta uporedna analiza pokazuje da je svest o potrebi menjanja pristupa u borbi protiv organizovanog krimnala sazrela početkom 90-ih godina prošlog veka, ali i da ovaj proces nije uvek tekao glatko. Naime, neke od poslenika javne reči koštalo je života zagovaranje borbe protiv organizovanog kriminala putem uvođenja instituta oduzimanja kriminalne imovine, nakon čega je sledila oštra reakcija državnih organa, koji očigledno nisu smeli dozvoliti da se kriminalne organizacije pokažu moćnijim od države. Probleme su predstavljali i nedostatak znanja, iskustva ili zainteresovanosti kod tužilaca, policajaca i sudija, kao i nepostojanja posebnih jedinica ili istražitelja specijalizovanih za finansijske istrage, u čemu postoje znatne sličnosti sa stanjem koje je u toj oblasti do nedavno egzistiralo kod nas.[47]

---

[45] R.E. Bell, Proving the Criminal Origin of Property in Money-Laundering Prosecutions, *Journal of Money Laundering Control*, 4(1), 2000, p. 12.

[46] B. Vettori, *op. cit*. p. XI.

[47] V. B. Banović, O. Lajić, Uloga policije u postupku utvrđivanja imovinske koristi stečene izvršenjem krivičnih dela, *Revija za kriviminologiju i krivično pravo*, 46(2), 2008, str. 84.

Sve pomenute okolnosti dovele su do toga da se u većini evropskih zakonodavstava, kao i u SAD, usvoje nova "pravila igre", znatno drugačija u odnosu na ranije poznata. Izmenjena pravila dokaznog postupka, koja podrazumevaju manje lagodnu ulogu lica u čije poštenje se sumnja, primena instituta samo kod ograničenog kruga krivičnih dela (koji najčešće obuhvata dela trgovine drogom, krivična dela organizovanog kriminala ili i druga teška dela) i postojanje specijalizovanih istražnih subjekata i ovlašćenja, osnovne su karakteristike sistema za oduzimanje kriminalnog bogatstva vezanog za krivični postupak, koji se danas primenjuju u razvijenim evropskim zemljama i SAD.

Oliver Lajić, Ph.D., Assistant Professor
Academic of Criminalistic and Police Studies Belgrade

Comparative Review of the Investigation and Confiscation of criminal assets

Abstract

In introduction author points to the necessity of adopting the institute of confiscation of criminal assets, supported by international experience, primarily due to the weakness of previously known institute confiscation of the proceeds of crime (for which the offender is being tried), showed in front of the phenomenon of organized crime. In doing so, he analyzes the modalities of confiscation of criminal origin present in modern legal systems and emphasizes the required standard of proof, as one of the key factors of their particularity. The following is a comparative review of the system for investigating and confiscation of criminal assets in Italy, Great Britain, Ireland, the Netherlands, Germany, France and the United States. There are emphasized the normative elements which affect to scope of application of this institute, especially in light of its connection to the criminal proceedings, as well as jurisdiction to realization of the investigation process and procedure of confiscation.

In the final part, the author concludes that appropriate social and institutional responses are very important for the effective fight against crime, every time if there is a suspicion about illegaly acquired wealth. In doing so, particular attention arouses organized crime, particularly in the light of contemporary global trends, which, unfortunately, significantly affect the possibility of the development of organized crime, and development and/or covering up its financial component. In this sense, the author emphasizes that the basic characteristics of the system for investigation and confiscation of criminal assets connected to the criminal proceedings, which are used in developed european countries and the United States: (1) changed the rules of evidence, which means less convenient role of suspects, (2) the application of this mechanism to a limited number of crimes, which often includes drug trafficking and other serious crimes or organized crime, and (3) the existence of specialized subjects and investigative powers, which vary in relation to the classical powers related to the investigation of criminal offenses.

Key words: investigation of criminal assets, financial investigations, confiscation of proceeds of crime, a comparative review of the legal systems.

Pregledni članak 347.74:338.46
doi:10.5937/zrpfns46-2052

Dr Janko Veselinović, docent
Poljoprivrednog fakulteta u Novom Sadu

OBAVEZE UGOVORNIH STRANA KOD UGOVORA O USLUŽIVANJU HRANE I PIĆA

Sažetak: *Usluga usluživanja hrane i pića, stara je gotovo koliko i civilizacija. Iako je ovaj posao masovan i kao deo ugostiteljske delatnosti prisutan svuda još uvek u našem pravu ugovor koji se zaključuje povodom ovog posla nije među imenovanim ugovorima. Ključni izvor prava kod nas, ali i u uporednom pravu, za ovaj ugovor su poslovni običaji. Ugovor o usluživanju hrane i pića je mešoviti ugovor i zbog svoje složenosti veoma je interesantna njegova pravna priroda. Specifičnosti ovom pravnom poslu daje i činjenica da se ne radi o običnoj usluzi već o aktivnosti koja osim što zahteva kulinarske sposobnosti, od davalaca usluga traži da poznaju i gastronomiju, običaje pojedinih naroda i druge sposobnosti koje određuju stručne osobine lica koje pruža uslugu. I sama kategorija dobrog privrednika, odnosno dobrog ugostitelja kod ovog ugovora je veoma dinamična jer se ona mora ceniti iz svih datih okolnosti, koje mogu biti veoma nepredvidljive. Kroz razmatranje pravne prirode, ali i prava i obaveza ugovornih strana, pokušali smo da ukažemo na pitanja koja zahtevaju posebnu pažnju. Uzeli smo u obzir i izvore prava koji se na posredan način odnose i na ugovor o usluživanje hrane i pića. Tu, pored Zakona o obligacionim odnosima ubrajamo i Zakon o turizmu. Takođe smo ukazali na neka uporedna zakonodavsta i pravnu nauku.*

Ključne reči: *ugovor, hrana i piće, ugostiteljska delatnost*

1. O ugovoru o usluživanju hrane i pića uopšte

Ugovor o usluživanju hrane i pića je ugovor koji zaključuju ugostitelj, davalac usluge i gost, korisnik usluge. Ovim ugovorom obavezuje se ugostitelj, davalac usluge da usluži gosta ili goste, korisnike usluge, hra-

nom i pićem, prema porudžbini, i da im omogući korišćenje dodatnih usluga i prostora , koji su uključeni u korišćenje osnovne usluge, dok se gost obavezuje da za to plati utvrđenu cenu.

Iako je reč o veoma starom poslu i delatnosti, ovaj ugovor nije među imenovanim ugovorima u našem pravu, ali ni u uporednom pravu. Uz to, ovaj ugovor je neformalan, konsesualan, dvostrano obavezan i teretan. Naziv ugovora nije uvek u korelaciji sa uporednim pravom, ali smatramo da je precizan i da ne stvara mogućnost zabune o njegovoj sadržini. U uporednom pravu srećemo različite termine.[1]

Služenje hrane i pića, uz određenu naknadu, pojavljuje se sa modernom civilizacijom, ali je ugovor koji se zaključuje između ugovornih strana više predmet običajnog prava, odnosno poslovnih običaja, nego zakonske regulative. Ipak, usluživanje hrane i pića u delu koji se tiče ispravnosti, uslova za obavljanje delatnosti, sigurnosti objekta i drugo regulisano je imperativnim zakonskim normama. Ugovor o usluživanju hrane i pića kod nas je neimenovan ugovor, koji nije uređen Zakonom o obligacionim odnosima. Osnovni izvor prava kod nas su poslovni običaji, a posebno Posebne uzanse u ugostiteljstvu[2] (uz. 101-123.). Posebne uzanse u ugostiteljstvu održavaju ravnopravnost i podjednaku zaštitu gosta i ugostitelja.[3] Određeni značaj za ovaj ugovor ima i Zakon o turizmu[4] i njegove izmene i dopune kojim je definisano[5] da se ugostiteljskom objektu za pružanje usluga ishrane i pića pripremaju i uslužuju topla i hladna jela i napici, toče i služe alkoholna i bezalkoholna pića (u vrsti ugostiteljskog objekta: restoran, kafana, bar, objekat brze hrane, pokretni objekat i drugi objekti). Takođe je jasno definisano da se u katering objektu priprema hrana, piće i napici, po utvrđenim standardima radi usluživanja i potrošnje na drugom mestu. Pored pomenutih zakona i drugi propisi, koji se odnose na zdravstvene, sanitarne, sigurnosne i druge uslove koje treba da poštuju davaoci ovih usluga pokazuje poseban društveni značaj ovog posla. Slično je i u uporednom zakonodavstvu.[6]

---

[1] V. Gorenc i V. Šmid, Ugovor o uslugama prehrane i točenja pića, Hrvatska, kao i Poslovno pravo u turizmu i ugostiteljstvu, Zagreb, 1999, str. 29. ; italijanski autori kao E. Cristini, o.c., str. 99. i 357. koriste termin conttrato di restorante i conttrato di somministrazione di alimenti e bevande; nemački autori kao Hans Peter Kurz, Rechtskunder fur hotellerie und Restauration, Bern, 1987, str. 44. koriste naziv der Bewirtungsvertrag ili der Gasthaufnahmevertrag.

[2] Službeni glasnik Republike Srbije br. 33/01

[3] M. Skakun, Poslovno pravo u turizmu, str. 170.

[4] Službeni glasnik Republike Srbije br. 36/09

[5] Čl. 67.

[6] Cavallaro, Codice Alberghiero, Milano, 1971

Ugovor o usluživanju hrane i pića predstavlja poseban ugovor, koji u sebi ima elemenata četiri ugovora: ugovora o kupoprodaji, ugovora o delu, ugovora o ostavi i ugovora o zakupu. U ugovoru o usluživanju hrane i pića ima elemenata ugovora o kupoprodaji, jer ugostitelj gostu prodaje, za određenu naknadu, hranu i piće. Sa druge strane ugostitelj, po narudžbi, priprema za gosta određenu hranu i piće i moglo bi se reći da postoje elementi ugovora o delu. Ako prilikom usluživanja hrane i pića ugostitelj primi na čuvanje stvar gosta (kaput, torbu, dragocenosti i sl.) moglo bi se reći da ovaj ugovor ima elemente ugovora o ostavi. Imajući u vidu da gost koristi određeni prostor, nameštaj, pribor - vlasništvo ugostitelja, jasno je zašto on ima elementie ugovora o zakupu. Sagledavajući činjenice da ugovor o usluživanju hrane i piće ima elemente pomenutih ugovora, prilikom primene i tumačenja pojedinih odredaba ovog ugovora mogu se primeniti i pojedine opšte odredbe Zakona o obligacionim odnosima, ali i posebnog dela ovog zakona koje se odnose na pomenute ugovore. U pojedinim segmentima, bitnim za kreiranje ugovora o usluživanju hrane i pića, od značaja mogu biti i propisi iz oblasti ugostiteljstva, jer su pojedine norme imperativne prirode, posebno u oblasti kvaliteta usluga.

U uporednom pravu ponegde, kao što je anglosaksonsko pravo, preovladava mišljenje da je ugovor o usluživanju hrane i pića ugovor o kupoprodaji, povezan sa pretpostavljenim jemstvom ili da je reč o ugovoru o uslugama. Sa druge strane, u kontinentalom pravu preovlađuje stanovište da je reč o ugovoru sa mešovitom pravnom prirodom. Tako u francuskoj novijoj pravnoj teoriji, kod ugovora o uslugama prehrane i točenja pića povezani su u formalno jedninstvo ugovor o prodaji (za hranu), ugovor o delu (za posluživanje) i ugovor o ostavi (za stvari gosta).[7]I hrvatski autori imaju slično stanovište. Oni zauzimaju uglavnom stanovište da je reč o mešovitom ugovoru i da se sastoji od normativnih elemenata više ugovora.[8] Tim stanovištima se i mi pridružujemo, uz ocenu da je ugovor o usluživanju hrane i pića mešovit ugovor sa elementima ugovora o kupoprodaji, ugovora o delu, ugovora o ostavi i zakupu. Ipak, prilikom razmatranja ovog ugovora moramo biti svesni posebnosti ovog ugovora, jer spravljanje i posluživanje hrane i pića pored kulinarskih sposobnosti često uključuje i poznavanje gastronomije, poznavanje običaja pojedinih naroda, pa i umetničke sposobnosti prilikom posluživanja, odnosno serviranja hrane i pića.

---

[7] l Leonnet, F. Fontaine, Le droit du tourisme es des voyages, Paris, 1971, str. 266.

[8] V. Gorenc, V. Šmid, Poslovno pravo u turizmu i ugostiteljstvu, Zagreb, 1999, str. 33.

Da bi ugovor o usluživanju hrane i pića bio zaključen neophodno je da ugostitelj prihvati rezervaciju gosta, odnosno porudžbinu usluga koje gost od njega traži[9]. U ime ugostitelja, narudžbine primaju i ugovor (u ime ugostitelja) zaključuju ovlašćeni ugostiteljski radnici. Iako nije predviđena posebna forma za zaključivanje ovog ugovora uzansom 102. je predviđeno da rezervacija usluživanja hrane mora sadržavati vrstu usluge (ručak, večera, koktel i slične posebne usluge), obim (broj lica, količina i dr.), vreme korišćenja i cenu. Da bi gost u rezervaciji mogao navesti cenu, neophodno je da prethodno dobije obaveštenje o ceni od ugostitelja. Do konačne cene se može doći i nakon pregovora između ugostitelja i gosta. Moguće je da je da je gost prihvatio cenu iz osnovnog cenovnika, a moguće je da je sa ugostiteljem pregovarao o eventualnom popustu, imajući u vidu broj gostiju i druge okolnosti važne za cenu. Ako u rezervaciji nije naznačena cena, primenjuje se cena iz cenovnika.

Ovaj način rezervacije odgovara zaključivanju ugovora o usluživanju hrane i pića među odsutnim licima i on se najčešće realizuje elektronskom poštom, telefaksom, brzom poštom ili drugim oblicima pisane komunikacije. Ugovor je zaključen tek kada gost primi potvrdu rezervacije od strane ugostitelja. Pregovaranje o ceni i drugim uslovima može biti realizovano i među prisutnim licima, ali se ono obično obavlja nešto pre vremena, namere da se usluga koristi. Dakle, o korišćenju usluga hrane i pića određenog restorana, u neposrednim pregovorima (o ceni i drugim elementima) ugostitelj i gost mogu zaključiti ugovor na osnovu pregovora. Taj ugovor se najčešće zaključuje u pisanoj formi.

Rezervacija i prihvat rezervacije mogu biti učinjeni u usmenom i pismenom obliku, ali je praksa da se to učini u pisanom obliku, naročito ukoliko je reč o većem broju gostiju. Pisani oblik rezervacije i potvrde rezervacije daju više sigurnosti ugovornim stranama. Ukoliko je reč o pružanju usluga hrane i pića gostima koji su korišćenje hrane u pića u određenom ugostiteljskom objektu izabrali neposredno (sedanjem u restoran ili drugi ugostiteljski objekat) tada je poručivanje hrane, prema cenovniku ugostiteljskog objekta, način zaključivanja ugovora. U ovom slučaju cenovnik je ponuda ugostitelja za zaključivanje ugovora, a poručivanje hrane i pića iz jelovnika je prihvat te ponude.

Gost može da rezerviše sto, odnosno sedište u ugostiteljskom objektu da bi u određeno vreme bio poslužen hranom i pićem. Prema nekim stanovištima rezervacija stola treba biti shvaćena kao atipičan ugovor, po pravilu bez naknade, ali može biti i sa naknadom. Gost rezervacijom stiče pravo da do određenog vremena započne koristiti sto, odnosno, da zaklju-

[9] Uzansa 101.

či ugovor o uslugama prehrane i točenja pića. Ugostitelj je obavezan, ako je prihvatio rezervaciju, i tima zaključio ugovor, da zadrži sto slobodnim do ugovorenog vremena. Iz ugovora proizilazi pravni odnos pripremnog karaktera koji vodi sklapanju definitivnog ugovora o uslugama prehrane i točenja pića.[10] Mogli bi dodati da rezervacija stola ne predstavlja rezervaciju za usluživanje hrane i pića i da su, u tom smislu, to dva, ipak, odvojena posla. Tako da i eventualno otkazivanje rezervacije stola može da proizvede samo štetu po gosta ukoliko je platio tu rezervaciju, dok bi otkazivanje usluga hrane i pića, ukoliko je bilo neblagovremeno, predstavljalo osnov za naknadu štete ugostitelju.

Ugostitelj je dužan da prihvati svaku rezervaciju za pružanjem usluživanja hrane i pića u granicama raspoloživih kapaciteta, kao i narudžbinu gosta pod uslovima da je gost u mogućnosti i da je spreman da plati cenu, kao i da je podoban da bude gost u ugostiteljskom objektu.[11] Tako ugostitelj ima pravo da odbije usluge gostu koji nije podoban da bude gost ugostiteljskog objekta. Ugostitelj, na osnovu ove odredbe, može da odbije da primi gosta koji je skitnica ili mu je već poznat kao osoba koja ne izvršava svoje novčane obaveze. Pod podobnosti, bi se, kao kod ugovora o pružanju ugostiteljskih usluga (smeštaja i pansiona), moglo podrazumevati i zdravstveno stanje gosta, pa bi se kao nepodoban gost mogao smatrati onaj koji npr. boluje od teške infektivne bolesti. Podobnost bi se mogla ogledati i u stanju u kome se gost nalazi: prekomerni uticaj alkohola ili droge, duševna bolest, usled koje bi gost mogao da uznemirava ostale goste i sl. Uvođenje kućnih ljubimaca, svuda gde je to zabranjeno, mogao bi da bude razlog da ugostitelj odbije da usluži gosta. U sporu ugostitelja koji je odbio da zaključi ugovor o usluživanju hrane i pića sa gostom koji je uveo psa u ugostiteljski objekat gde to nije dozvoljeno, engleski sud je zaključio: „Gost ne može, ni pod kojim uslovima, uvoditi psa u prostorije gde borave drugi gosti“.[12] I u nemačkom pravu ugostitelj mora da vodi računa o gostu, pa ako ugostitelj dopusti da se očigledno pijan gost izloži opasnosti (da sedne pijan za upravljač vozila) može se izložiti ne samo građanskopravnoj odgovornosti nego podleže i kazni ako se gostu nešto dogodi.[13] To bi značilo i obavezu ugostitelje da odbije da usluži gosta alkoholnim pićem ako je on u pripitom stanju, a proceni da on namerava da posle toga vozi motorno vozilo. Ugostitelju se ostavlja

[10] S. Monticelli, La prenotazione nella prassi negoziale, Rasegna di diritto civile, 1990, str. 802.

[11] Uzansa 105.

[12] R.V. Rymer (1877) br. 2. Q.B.D. 136; D. Field, Cases and Statutes on Hotel and catering law, London, 1975, str. 62.

[13] Vidi O. Seifer, Rechtbuch des Hoteleiers und Gaswirts, Stuttgart, 1981., str. 93.

subjektivna ocena o podobnosti gosta, s tim da to podrazumeva isključivanje bilo kakve diskriminacije prema gostima prema verskoj, nacionalnoj, rasnoj, etničkoj ili drugoj pripadnosti.

Pozitivni zakonski propisi obavezuju ugostitelja da odbije pružanje usluge posluživanja alkoholnih pića osobama mlađim od 18 godina. Neka zakonadavstva čak propisuju odgovornost za ugostitelja koji je maloletnike ili već alkoholisane osobe poslužio alkoholnim pićem, za onu štetu koju te osobe prouzrukuju trećim licima, izvan ugostiteljskog objekta. Takvim slučajem mogla bi se smatrati saobraćajna nesreća i šteta nastala u njoj (američko pravo, više saveznih država).

2. Obaveze ugostitelja kod ugovora o usluživanju hrane i pića

1. Obaveza usluživanja hrane i pića

Osnovna obaveza ugostitelja je da gosta posluži jelom i pićem, koje je po jelovniku ili karti pića bilo naručeno. To podrazumeva da poslužena jela i pića moraju po svom sadržaju i kvalitetu odgovarati naručenim jelima i pićima. Ako imaju standardni naziv, njihov sadržaj i kvalitet ne može da odstupi od sadržaja i kvaliteta tih jela i pića u odgovarajućim objektima.[14] To znači da ukoliko se u jelovniku nudi zlatiborski pršut, vruća jagnjetina i deklarisano makedonsko vino, na stolu ne bi mogla da se nađe uvozna pršuta, nižeg kvaliteta, hladna ili podgrejana jagnjetina i neoriginalno pakovano makedonsko vino i sl. Isto se odnosi i na veličinu porcije, koja u jelovniku navedena sa jednim podacima, npr. 400 gr., a očigledno je da poslužena porcija znatno odstupa od količine navedene u jelovniku. Gost ima pravo da odbije uslugu, bez plaćanja, ukoliko ona ne odgovara sadržaju, kvalitetu i količini narudžbine. U tom slučaju može da zahteva da mu se posluži jelo i piće u skladu sa narudžbinom.

Ukoliko gost izričito zahteva, ugostitelj je dužan da ga posluži količinom manjom od normalne (mala porcija, pola porcije, dečija porcija) s tim da mu zaračuna primereno nižu cenu[15].

Mesto i način posluživanja određuje se ugovorom između ugostitelja i gosta. Ugostitelj i gost mogu da se dogovore da usluživanje bude u zatvorenom prostoru, terasi ili drugom otvorenom prostoru. Moguće je da posluživanje bude za pultom, posluživanje za stolom ili samoposluživanje. U poslednje vreme naročito je popularno posluživanje po principu „švedskog stola„ koji može biti u dva oblika: samoposluživanja i konzu-

[14] Uzansa 109.
[15] Uzansa 110.

macije hrane i pića bez sedenja ili samoposluživanja hrane i pića i sedenje za stolom. To znači da ovaj način samoposluživanja ostavlja mogućnost da ugostitelj i gost dogovore „švedski sto“ i uzimanje i konzumiranje hrane i pića „s nogu“ ili drugu, samoposluživanje, u kombinaciji sa konzumiranjem hrane i pića za stolom. Ovaj oblik usluživanja hrane ima višestruke prednosti. Dozvoljava veći izbor hrane i pića, bržu poslugu većeg broja gostiju, manje angažovanje ugostiteljskog osoblja, ali i bolju međusobnu komunikaciju gostiju. Ovo se naročito odnosi na konzumiranje hrane i pića „s nogu“.

Usluživanje hrane najčešće se vezuje za određeni broj „porcija po osobi“, ali je moguće da po principu „švedskog stola„ stranke ugovore posluživanje određenom količinom hrane i pića bez posebne oznake broja konzumacija. Takav primer je kod priređivanja banketa ili svadbenih svečanosti. U takvim slučajevima se naplaćuje stvaran broj posluženih menija, odnosno jela i stvarne količine posluženih pića. Uobičajeno je, za takve prilike, da gost odredi lice koje će davati naloge za izdavanje hrane i pića, odnosno overavati izdate količine. Ipak i u ovakvim slučajevima uobičajeno je da se ugostitelju nagovesti orijentacioni broj konzumacija, kako ne bi bilo dovedeno u pitanje blagovremenog pripremanja obroka.

2. Obaveza ugostitelja da gostu omogući korišćenje dodatnih usluga i prostora

Pored usluživanja hrane i pića, ugostitelj ugovorom može preuzeti i dodatne obaveze koje se tiču stavljanja na raspolaganje dodatnog prostora i opreme. Dodatne usluge trebalo bi da budu naznačene u rezervaciji, koja je osnov za zaključivanje ugovora. Dodatne usluge mogu da budu: posebno aranžiranje (stolova, sala, terasa...), angažovanje muzičara, pravljenje vatrometa ili drugih vizuelnih efekata, korišćenje tehničkih uređaja, obezbeđivanje dodatnog parkinga i sl. Dodatne usluge ugostitelja mogu se odnositi i na obezbeđivanje dodatnih prostora za sastanke i prezentacije, koje se održavaju u objektu ugostitelja. Ove obaveze ugostitelja, po pravilu, posebno se iskazuju i naplaćuju.

Za neke usluge smatra se da su direktno vezane za usluživanje hrane i pića, kao što su stavljanje na raspolaganje: stola, stolice, stolnjaka, pribora za jelo, čaša, osnovnih začina, salveta i sl. Korišćenje toaleta, garderobe, bazena, sportskih terena, tv sale i plaža može biti uključeno u osnovnu cenu usluživanja hrane i pića, ali u zavisnosti od ugostitelja i ranga ugostiteljskog objekta može biti posebno naplaćeno od gosta , pa je važno da ti elementi budu precizirani ugovorom.

Dodatne obaveze ugostitelja nisu kodifikovane u Posebnim uzansama u turizmu, pa su osnovni izvor prava za ovu oblast poslovni običaji u ugostiteljstvu (nepisani), kao i opšti uslovi poslovanja koje kreiraju ugostitelji.

3. Obaveza vođenja brige o ličnosti gosta i njegovim stvarima

Usluživanje hrane i pića od strane ugostitelja podrazumeva i brigu o kvalitetu hrane i pića kao i posebnim zahtevima koje gosti imaju u tom pogledu. Neodgovarajući kvalitet hrane i pića može ugroziti zdravlje i život gosta. Iste posledice može da uzrokuju hrana i piće koji štete gostu sa posebnim zdravstvenim problemima (visoki krvni pritisak, oslabljena ili potpuna opstrukcija rada bubrega, alergija na određenu hranu ili piće i sl.)

Prema Posebnim uzansama u turizmu[16] poslužena jela i pića moraju po svom sadržaju i kvalitetu odgovarati naručenim jelima i pićima. Iz ovoga proizilazi da je ugostitelj odgovoran ukoliko je poslužio neispravnu hranu ili piće. Smatramo da je ugostitelj odgovoran i za slučaj da je poslužio hranu i piće suprotno posebnoj narudžbini hrane ili pića, odnosno da je poslužio hranu i piće po svom sadržaju mimo zahteva gosta (npr. ukoliko je gost zahtevao hranu bez soli, hleb bez glutena, bezalkoholno pivo ili je zahtevao meso ili ribu na koju nije alergičan, a dobio je porciju mimo posebnog zahteva), pa bi se moglo smatrati da nije dobio jelo i piće prema porudžbi i to bi za sobom povlačilo odgovornost ugostitelja.

Postoji veoma bogata sudska praksa u ovoj oblasti u uporednom pravu. Prema engleskim precedentima (sudskim odlukama) može se zaključiti da ugostitelj postaje dužnik za štetu koju pretrpi gost koji se otruje, oboli ili se povredi ako se utvrdi da jelo nije bilo podobno za ljudsku potrošnju[17]. Sličnu praksu imaju i sudovi u SAD-u, prema kojima ugostitelj ima objektivnu odgovornost „ako usled mana i nedostataka u hrani, zbog postojanja škodljivih sastojaka u hrani i piću, dođe do povreda gosta (trovanja, bolesti, povraćanja, itd.) Ugostitelj je odgovoran iako nije mogao otkriti i otkloniti mane u hrani i piću (npr. jer je bilo u konzervi, zatvorenoj ambalaži, originalno zatvorenoj flaši i sl.[18] Po principu objektivne odgovornosti u većini zemalja procenjuje se odgovornost ugostitelja za sadržaj posluženog jela, koji je mogao prouzrokovati opasnost po zdravlje i život gosta. Dajemo primer: ukoliko je u hle-

[16] Uzansa 109.

[17] D. Field, Hotel and Catering Law, London, 1974, str. 211.

[18] J.P. McConnell, The law of Restaurants: Review and Update, The Cornel H. R. A. Quartely, 1972, Vol. 22, br 4.

bu, piću ili sladoledu bio komadić stakla, kamenčić ili npr. ljuska od badema, smatra se da je to „nepredviđeno i neočekivano“ i da je ugostitelj odgovoran u takvim slučajevima. Za razliku od prethodnog primera ugostitelj ne bi bio odgovoran za slučaj da je došlo do davljenja gosta ribljom kosti, ukoliko je konzumirana riba, ili kosti iz mesa, ukoliko ta kost pripada konzumiranom mesu, jer je kost očekivana u ribi i u mesu. Međutim, po tom principu, odgovarao bi ugostitelj koji je poslužio sendvič od ćurećeg mesa, a u kome je bila kost, jer nije za očekivati da u sendviču, čiji sadržaj nije vidljiv, bude kostiju. Prema stanovištu Vrhovnog suda Hrvatske u sporu u kome je oštećeni gost konzumirao ribu inficiranu bakterijom paratifusa mišijeg gripa „ugostitelj odgovara za štetu nastalu zbog konzumiranja nezdrave hrane po načelima objektivne odgovornosti za štetu“. Sud dalje nastavlja - „kad bi se prihvatilo stanovište da ugostitelj za štetu nastalu usled inficirane hrane odgovora po principu krivice, a ne po principu objektivne odgovornosti iz temelja bi se izmenilo poverenje prema ugostiteljskim radnjama“[19] Po principu objektivne odgovornosti ugostitelj bi odgovarao i u situacijama kao što su: pad delova fasade ili plafona, pad plafonjere ili lustera, rušenje zvučnika i sl. Međutim, za slučaj da je gost ozleđen usled razbijene čaše ili drugim radnjama drugog gosta ugostitelj ne bi odgovarao, osim ukoliko bi se dokazao da nije preduzeo nužne radnje (udaljenje gosta koji se ne ponaša u skladu sa Uzansama)[20]. Ukoliko se gost do tada nije ponašao u suprotnosti sa Uzansama ne bi se mogla pretpostaviti odgovornost ugostitelja za ovaj slučaj. Interesantna je presuda Vrhovnog suda Hrvatske prema kojoj je sud oslobodio ugostitelja odgovornosti za štetu nanetu gostu zbog povrede glave bocom koju je bacila nepoznata osoba u ugostiteljskom objektu. Prema ovoj presudi „ugostitelj u obavljanju uslužne delatnosti preuzima prema gostima i obavezu da će im pružiti zaštitu, pa je zbog toga dužnost ugostitelja i njegovih radnika da se lično angažuje pa čak i izloži do izvesnog stepena opasnosti, radi ostvarenja svoje profesionalne obaveze. Ali ako je pažnja uložena, a šteta nastupi, ugostitelj neće dugovati za štetu koju pretrpi gost“.[21]

Ugostitelj odgovara za stvari koje je gost ostavio kod njega na čuvanje. Ukoliko ugostitelj ima garderobu, gost je dužan da pri dolasku preda stvari u garderobi (kaput i sl.) ako je kućnim redom u ugostiteljskom

[19] Vrhovni sud Hrvatske, Gž. – 659/76 od 16.3 1977, Zbirka sudskih odluka, knjiga III, sv. I, Beograd, 1978, str. 97, prema V. Gorenc, V. Šmid. Poslovno pravo u turizmu i ugostiteljstvu, Zagreb, 1999.

[20] Uzansa 115.

[21] Vrhovni sud Hrvatske, Rev-382/85 od 3.4. 1985, Preglad sudske prakse, Zagreb, 1986, br. 29.

objektu određeno da je garderoba obavezna. Uobičajeno je da gost predaje u garderobu odevne predmete (kaput, šešir i sl.) Dragocenosti i novac gost ne može ostaviti u garderobi. Ugostitelj, kao dokaz o primljenim stvarima, izdaje gostu potvrdu. Pod potvrdom se podrazumevaju i metalni, plastični ili garderobni brojevi od drugog materijala, koji pri predaji garderobe gostu daje ovlašćeni radnik na garderobi. Prilikom preuzimanja garderobe gost je dužan da preda potvrdu. Gubitak potvrde ne znači i nemogućnost preuzimanja garderobe, ali je gost na drugi odgovarajući način dužan da dokaže da se radi o njegovoj garderobi. Ugostitelj odgovara za njihov nestanak i oštećenje do njihove pune vrednosti[22]. Za dragocenosti i novac koji su ostavljeni u predatim stvarima (torbi, kaputu i sl.) davalac usluge ne odgovara. Za čuvanje stvari u garderobi može se naplatiti naknada, s tim što je ugostitelj dužan da na vidnom mestu u garderobi objavi iznos naknade.

Ugostitelj će, po principu objektivne odgovornosti, odgovarati i za stvari koje budu oštećene ili nestanu, ukoliko je gost stvari zadržao kod sebe ili odjevne predmete (kapu, šal, kaput) okači na vešačicu. Ovo sve pod uslovom da ugostitelj nema garderobu ili ona nije obavezna. Sa druge strane ugostitelj, prema odredbama ZOO[23] odgovara, po principu objektivne odgovornosti, ali do određene svote za svako oštećenje ili nestanak stvari koje je gost doneo u ugostiteljski objekat. Ugostitelj se može osloboditi odgovornosti ako dokaže da je šteta nastala usled okolnosti koje se nisu mogle izbeći ili usled uzroka u samoj stvari, krivicom gosta ili osoba koje je gost doveo u ugostiteljski objekat. To se odnosi i na štetu koju pričine osobe za koje ugostitelj odgovora, a tiču se oštećenje stvari koje gost ima obučene ili obuvene na sebi (npr. konobar polije kečap na odelo gosta ili slomi naočare gosta).

3. Obaveza gosta kod ugovora o usluživanju hrane i pića

1. Obaveza prikladnog ponašanja

U osnovi, pod obavezom prikladnog ponašanja podrazumevamo takvo ponašanje gosta koji usluge u ugostiteljskom objektu koristi na način da ne ometa rad osoblja i boravka drugih gostiju[24]. To podrazumeva korišćenje prostorija i inventara ugostitelja pažnjom „dobrog gosta“ ili prema poznatijoj običajnoj normi pažnjom „dobrog domaćina“. Gost odgovara za svaku štetu na inventaru, nameštaju i opremi, ukoliko je ona učinjena

[22] Uzansa 118.
[23] Čl. 724.
[24] Uzansa 114., st. 2.

namerno ili usled nepažljivog ponašanja. Gost je dužan da nadoknadi štetu i za osobe za koje odgovara (decu, lica pod starateljstvom i sl.)

Ukoliko se gost ne ponaša prikladno, odnosno ukoliko se ponaša u suprotnosti sa pažnjom „dobrog domaćina", a to bi značilo i u suprotnosti sa Uzansama u turizmu i običajima iz ove oblasti, ugostitelj ima pravo da odbije dalje usluživanje i boravak u ugostiteljskom objektu. Ugostitelj, odnosno njegov radnik, može takvog gosta da udalji iz ugostiteljskog objekta.

U pravila prikladnog ponašanja gost možemo svrstati i njegovo napuštanje ugostiteljskog objekta u primerenom vremenu, nakon završetka konzumacije. Gosta koji se neprimereno dugo zadržava u ugostiteljskom objektu posle konzumacije ugostitelj će prethodno da ponudi novom narudžbom, a ako gost ne naruči uslugu, ugostitelj može da zatraži od njega da napusti ugostiteljski objekat[25]. Analogijom se ovo pravilo može primeniti i na gosta koji ne želi da poruči hranu i piće, a nalazi se duže vremena u ugostiteljskom objektu.

2. Obaveza plaćanja cene

Osnovna obaveza gosta je da plati cenu. U pojedinim zakonodavstvima predviđene su i krivične sankcije za gosta kome je korektno pružena usluga prehrane i pića, a koji odbije da plati račun. Tako u francuskom pravu postoji posebno krivično delo „grivelerie", ali da bi gost bio kažnjen, ugostitelj mora dokazati da je gost znao da nema sredstava za plaćanje računa u momentu kada je obavljao narudžbu.[26]

Cene hrane i pića mogu biti određene po konzumaciji (po jednom jelu, piću) obroku ili u paušalnom iznosu za bilo koju količinu koju gost konzumira. Drugi sistem određivanja cene najprepoznatljiviji je u sistemu „švedski sto", koji u jedinstvenoj ceni omogućava gostu slobodan izbor vrste i količina hrane i pića, koji se nalaze na raspolaganju na stolu na kome se poslužuje hrana i piće.

Ukoliko gost nije prethodno napravio porudžbinu, koja je potvrđena, već neposredno zatraži usluživanje hrane i točenje pića, primenjuje se cene iz cenovnika ugostiteljskog objekta. Za pojedine kategorije potrošača, kao što su abonenti, članovi pojedinih organizacija i grupe gostiju mogu biti određene niže cene[27].

Da bi imao osigurano mesto u ugostiteljskom objektu i da bi bio poslužen hranom i pićem gost može da rezerviše sto, odnosno sedište u ugo-

[25] Uzansa 115., st. 2.

[26] Član 401. Code penal, predviđa za takvog gosta kaznu zatvora do 6 meseci i novčanu kaznu do 1500 fr.

[27] Uzansa 103.

stiteljskom objektu. Sami ugostitelji određuju na koji način se može izvršiti rezervacija (telefonom, elektronskom poštom, lično ili na neki drugi način). Ako se naplaćuje posebna naknada za rezervaciju, ugostitelj nije dužan da prihvati rezervaciju stola ili sedišta, bez naplate rezervacije. Ukoliko ugostitelj prihvati rezervaciju, ugostitelj će zadržati sto, odnosno sedište sve dok ne oceni da gost neće doći.

Cena usluživanja hrane i pića može da zavisi i od načina pružanja usluge. Cene se mogu razlikovati u zavisnosti da li se hrana poslužuje na pultu, za stolom ili kroz samoposluživanje. Za vreme izvođenja muzičkih i zabavnih programa ugostitelj može naplaćivati ulaznice na ime rezervacije, obaveznu konzumaciju ili cene usluga mogu biti više od redovnih.[28]

Zavisnosti od uslova poslovanja ugostitelj može naplaćivati usluge unapred ili istovremeno sa služenjem jela, odnosno pića. To zavisi i od poslovnih odnosa između ugostitelja i gosta, obima ugostiteljskih usluga (obični ručkovi, veliki banketi, svadbe i sl.), ali i drugih okolnosti. Ako nije nešto drugo dogovoreno, cena usluge plaća se na zahtev gosta u primerenom roku posle završetka konzumacije jela i pića, a pre odlaska gosta iz ugostiteljskog objekta. Ako gost ne zatraži od ugostitelja, ugostitelj ima pravo da zatraži od gosta da mu plati pruženu uslugu. Ugostitelj može plaćanje da zatraži i kada se menja osoblje u toku korišćenja usluge, zatvara objekat i slično.[29] Ako je ugovor o usluživanju hrane i točenja pića za gosta ili grupu gostiju zaključen na osnovu rezervacije ili narudžbine agencije, račun plaća agencija, ako nije drukčije ugovoreno. Ako agencija posreduje u organizovanju svadbenog obroka (ručak ili večera) ugostitelj određuje uslove plaćanja, a agencija za takvu uslugu ne može tražiti proviziju.[30] Uzansama[31] je predviđena i način formiranja cena ugostiteljskih usluga za slučaj da gost donese svoju hranu i piće. Tako gost može prilikom promocije novog proizvoda, iz oblasti usluživanja hrane i točenja pića, da donese u ugostiteljski objekat proizvode koje promoviše. Ugostitelj, u tom slučaju, ima pravo da na ime troškova (transporta, uskladištenja, rashlađivanja, točenja i aranžiranja) naplati od gosta (organizatora promocije) posebnu naknadu (*tire bouchone-stopoel geld*), u visini 2 $ po glavi učesnika (*per capita*) u dinarskoj protivrednosti. Ova odredba primenjuje se i prilikom organizovanja svečanih obroka u ugostiteljskom objektu (svadbe, kokteli, svečani banketi, hladno topli bife).[32]

---

[28] Uzansa 108., st. 2.
[29] Uzansa 113.
[30] Uzansa 122., st. 2.
[31] Uzansa 123.
[32] Uzansa 123.

4. Prestanak ugovora

Ugovor o usluživanju hrane i pića pored ispunjenja obligacije, može prestati: sporazumom stranaka, poništenjem, smrću ugovornih strana i raskidom. Tu važe opšta pravila za prestanak obaveza prema Zakonu o obligacionim odnosima.[33] Navodimo samo osnovna pravila.

Kada govorimo o ispunjenje ono mora biti izvršeno poveriocu ili licu određenom zakonom, sudskom odlukom, ugovorom između poverioca i dužnika, ili od strane samog poverioca. Izvršenje je punovažno i kada je izvršeno trećem licu, ako ga je poverilac naknadno odobrio ili ako se njime koristio.[34] Ispunjenje se sastoji u izvršenju onoga što čini sadržinu obaveze, te niti je dužnik može ispuniti nečim drugim, niti poverilac može zahtevati nešto drugo.[35]

Ugovorne strane se mogu sporazumeti da ugovor prestane da postoji, što znači uz izražavanje njihove zajedničke volje. Obaveza iz ugovora mogu prestati i prenovom (novacijom) kada se poverilac i dužnik saglase da postojeću obavezu zamene novom i ako nova obaveza ima različit predmet ili različit pravni osnov.[36] Ovaj drugi slučaj ne znači prestanak ugovora. Mada, ukoliko bi se sadržina ugovora bitno promenila (ne bi se npr. radilo o usluživanju hrane i pića već o pružanju usluga prenoćišta) moglo bi da se kaže da više ne postoji ugovor o usluživanju hrane i pića, već da je nastao novi ugovor.

Ugovor je rušljiv kad ga je zaključila strana ograničeno poslovno sposobna ili kada je pri njegovom zaključenju bilo mana u pogledu volje stranaka. Ugovorna strana u čijem je interesu rušljivost ustanovljena, može da traži da se ugovor poništi. Ništavi su i zelenaški ugovori.[37] Ako je na osnovu rušljivog ugovora, koji je poništen nešto bilo ispunjeno, mora se izvršiti vraćanje, a ako to nije moguće, ili ako se priroda onog što je ispunjeno protivi vraćanju, ima se dati odgovarajuća naknada u novcu. Naknada u novcu daje se prema cenama u vreme vraćanja, odnosno donošenja sudske odluke.[38]

Prema Zakonu o obligacionim odnosima, smrću dužnika ili poverioca prestaju obaveze samo ako su nastale s obzirom na lične osobine jedne od ugovornih strana ili lične sposobnosti dužnika.[39]

---

[33] Čl 295-393
[34] ZOO, čl 305.
[35] ZOO, čl 307.
[36] ZOO, čl 348.
[37] ZOO, čl 141.
[38] ZOO, čl 113.
[39] ZOO, čl 359.

Ugovor se može raskinuti usled neispunjenja ugovornih obaveza, ako ugovorom nije nešto drugo određeno. Prilikom jednostranog raskida bitno je da li je ispunjenje u roku bitan sastojak ugovora. Ugovor se može raskinuti i pre isteka roka kada je očigledno da jedna strana neće ispuniti svoju obavezu iz ugovora, pa druga strana može da raskine ugovor i traži naknadu. Raskid ugovora za posledicu ima oslobođenje obaveza iz ugovora, izuzev obaveza na naknadu eventualne štete. Ugovor se može raskinuti i zbog promenjenih okolnosti, nemogućnosti ispunjenja i ako je između obaveza ugovornih strana u vreme zaključenja ugovora postojala očigledna nesrazmera, pa oštećena strana može zahtevati poništenje ugovora ako za pravu vrednost tada nije znala niti je morala znati.[40]

U prethodnom delu izneli smo opšta pravila za prestanak obaveza iz ugovora koje su definisane opštim odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Međutim, postoje određene specifičnosti za otkazivanje ovog ugovora, odnosno posebne okolnosti koje u tim slučajevima važe za ovaj tip ugovora. One su date u autonomnim izvorima prava, prvenstveno u Posebnim uzansama u ugostiteljstvu.[41] Tako gost ne može bez pristanka ugostitelja da otkaže ili menja naručenu hranu, ali gost može da naručeno piće otkaže ili menja sve dok ga ugostitelj ne posluži. Ovo se odnosi na pića koja ugostitelj ne sprema sam (kokteli i sl.). Narudžbina pića i napitaka koji se pripremaju otkazuju se kao i narudžbina hrane.

Gost može da otkaže rezervaciju za usluživanje hrane za grupu gostiju, ako to učini blagovremeno. Blagovremenim otkazom smatra se otkazom učinjenim najkasnije 12 časova pre vremena određenog za početak korišćenja usluge koje je utvrđena rezervacijom.[42] Međutim, ukoliko se radi o svečanim obrocima (toplo-hladni bife, koktel partija) rok otkaza je pet dana pre početka korišćenja.

Ako gost, odnosno grupa gostiju nisu koristili ugovorene usluge hrane, a nisu je otkazali u ugovorenom roku, ugostitelj ima pravo na naknadu štete, ukoliko se radi o pansionskim uslugama. Isto važi i ukoliko je usluge hrane koristio manji broj gostiju nego što je rezervaciom predviđeno, a rezervacija za neiskorišćeni deo nije otkazana 12 časova pre vremena predviđenog za korišćenje usluge. Za slučaj da je usluge hrane koristio veći broj gostiju nego što je rezervaciom predviđeno, smatra se da je ugovor izmenjen na onaj broj gostiju koji je uslugu stvarno koristio. Ugostitelj naplaćuje uslugu prema broju gostiju koji je usluge stvarno koristilo.

---

[40] ZOO, čl 124-141.
[41] Uzanse 101-123.
[42] Uzansa 120.

5. Zaključak

Iako je posao usluživanja hrane i pića, uz određenu naknadu, staro kao i naše društvo, ugovor koji se zaključuje između davaoca i korisnika usluge nije među imenovanim ugovorima. Kako je ovaj pravni posao i ugovor koji iz njega proističe vezan za uslužne delatnosti, a najvećim delom i za turističku delatnost od koje se očekuju veći privredni rezultati trebalo bi razmotriti mogućnost celovitog zakonskog uređivanja ove oblasti, pa time i ugovora o usluživanju hrane i pića.

Sadašnja zakonska rešenja su partikularna i nedovoljna, dok uzanse ne mogu biti dovoljan pravni okvir za ovu oblast. Moglo bi se postaviti pitanje zbog čega zemlje sa mnogo značajnijim učešćem turizma u ukupnih prihodima tih privreda nemaju ovaj ugovor među imenovanim ugovorima. Jedan od odgovora mogao bi da bude da je tradicija autonomnih izvora prava u toj oblasti mnogo duža i mnogo kompletnija, kao i da je sudska praksa iz te oblasti u tim zemljama mnogo bogatija. Činjenica je da jedan od najčešćih ugovora u pravnoj praksi, posle ugovora o kupoprodaji, jedan od učestalijih ugovora u svakodnevnom poslovanju, nije među imenovanim ugovorima, zahteva ozbiljno preispitivanje da li je to opravdano. Naravno, dabi to moralo biti u širem kontekstu , uzimajući u obzir druge ugovora koji su među neimenovanim ugovorima, kao što je npr. ugovor o pružanju ugostiteljskih usluga (ugovor o smeštaju i pansionu).

Ugovor o usluživanju hrane i pića predstavlja poseban ugovor, koji u sebi ima elemenata četiri ugovora: ugovora o kupoprodaji, ugovora o delu, ugovora o ostavi i ugovora o zakupu. Direktna primena pojedinačnih pravila vezanih za ove ugovore na ugovor o usluživanju hrane i pića nije primenjiva, jer je reč o ugovoru *sui generis* koji zahteva uvažavanje njegovih pravnih specifičnosti.

Janko Veselinović, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Agriculture Novi Sad

Food and Drink Serving Contract

Abstract

Food and drink catering service is almost as old as the civilisation itself. Even though this vocation is a part of the catering activity, Serbian law does not foresee this contract section as personalised. Key legal sources for this kind of contract are business customs. Food and drink serving contract is a mixed-type contract and its legal nature is very interesting due to its complexity.

Specific for this contract is the fact that it is not an ordinary service, but also an activity which requires a degree of culinary skills, knowledge of customs of other nations, as well as other skills. The very category of a good professional in business economy / hospitality industry is very dynamic, as it needs to be evaluated according to all given circumstances, which may be rather unpredictable.

By considering the legal nature, but also the rights and obligations of the contracting parties, we tried to point to the questions that require a special attention. Legal sources that indirectly refer to food and drink serving contracts were taken into account. Apart from the Law on Obligatory Relations, we also considered here the Law on Tourism also pointing to the comparative law and jurisprudence.

Key words: Contract, serving, food, drinks

Originalni naučni rad 35.077.2
doi:10.5937/zrpfns46-1964

Dr Zoran Lončar, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ODLAGANJE IZVRŠENJA UPRAVNOG AKTA U UPRAVNOM SPORU

Sažetak: *Odlaganjem izvršenja upravnog akta stranke se štite od eventualne štete koju bi mogle da pretrpe ako se na kraju upravnog spora pokaže da je osporeni upravni akt nezakonit, ali se istovremeno štiti i država od svih štetnih posledica koje bi mogle da nastupe usled nezakonitog rada organa uprave. U cilju sagledavanja načina regulisanja instituta odlaganja izvršenja upravnog akta u upravnom sporu, nakon pregleda međunarodno-pravnih standarda i određenih uporedno-pravnih rešenja, detaljnoj analizi se podvrgava važeći pravni režim odlaganja izvršenja upravnih akata uspostavljen nedavnom zakonodavnom reformom upravnog spora.*

Ključne reči*: upravni spor, odlaganje izvršenja upravnih akata, privremene mere u upravnom sporu, sudska kontrola uprave.*

1. Uvodno razmatranje

Jedna od osnovnih specifičnosti pravnog položaja stranaka u upravnim stvarima je da po pravilu uživaju dvostruku pravnu zaštitu. Ako je stranka nezadovoljna donetim upravnim aktom ima mogućnost da proveru njegove zakonitosti traži najpre žalbom pred drugostepenim organom uprave, a zatim i tužbom pred upravnim sudom. Upravni akt koji stranka smatra nezakonitim ne ugrožava njen pravni interes sve dok ne počne da proizvodi pravne posledice, odnosno sve dok stranka ne dođe u situaciju da mora da ga izvrši. Da bi se obezbedila potpuna zaštita stranaka, u upravnom postupku je kao osnovno pravilo propisano da je žalba uvek dozvoljena i da odlaže izvršenje osporenog upravnog akta. Odstupanje od

tog pravila je moguće samo ako je izričito predviđeno zakonom. Bez obzira na pojavu sve većeg broja posebnih upravnih postupaka u kojima žalba nema suspenzivno dejstvo (porezi, oružje i municija, putne isprave, prebivalište i boravište ....), još uvek se ne bi moglo reći da u upravnom postupku stranka ne uživa maksimalnu pravnu zaštitu.

U upravnom sporu je situacija nešto drugačija nego upravnom postupku. Kada protiv konačnog upravnog akta kojim mu se nalaže neka obaveza tužilac pokrene upravni spor, osnovni njegov interes je da na kraju spora osporeni upravni akt bude stavljen van snage, a da do donošenja definitivne odluke suda o njegovoj zakonitosti on ne proizvodi pravne posledice. Stoga bi sa aspekta zaštite interesa tužioca bilo potpuno opravdano kada bi i u upravnom sporu tužba uvek imala suspenzivno dejstvo, kao što je to slučaj sa žalbom u upravnom postupku. Međutim, javni interes ponekad nalaže da se sa izvršenjem upravnog akta ne čeka suviše dugo. Nakon što je stranka već jednom imala mogućnost da traži proveru zakonitosti upravnog akta u upravnom postupku, ponovna provera njegove zakonitosti u upravnom sporu, prema pravilima sudskog postupka, može ponekad značiti obesmišljavanje celokupne aktivnosti organa uprave. Takav bi slučaj bio na primer, sa sprovođenjem mere karantina usled zaraznih bolesti, rušenjem trošnog objekta sklonog padu, zabranom održavanja javnog skupa, oduzimanjem putne isprave i sl. Potreba zaštite javnog interesa nalaže da se izvršenju upravnog akta ponekad pristupi i pre okončanja provere njegove zakonitosti u upravnom sporu.[1]

S obzirom na istovremenu važnost zaštite interesa stranaka i javnog interesa, prilikom regulisanja pitanja odlaganja izvršenja upravnog akta u upravnom sporu moraju se tražiti rešenja koja omogućavaju ravnotežu između ove dve vrste interesa. U pogledu mogućnosti odlaganja izvršenja upravnog akta u upravnom sporu postoji nekoliko različitih teorijskih modela, koji se zasnivaju ili na automatskom suspenzivnom dejstvu tužbe ili na pravu tužioca da traži odlaganje izvršenja upravnog akta nakon što pokrene upravni spor. Pri tome, tužilac odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta može da traži ili od suda pred kojim je pokrenuo upravni spor ili od samog organa uprave koji je nadležan za njegovo izvršenje. Svaki od mogućih teorijskih modela ima svoje prednosti i nedostatke, a njihov izbor je stvar konkretnog pravnog sistema.

U Srbiji je danas osnovno pravilo da upravni akt postaje izvršan u momentu sticanja svojstva konačnosti. Stoga je odlaganje izvršenja

[1] Osnovni cilj uspostavljanja pravila o nesuspenzivnom dejstvu tužbe je da se spreči da „čisto proceduralna mera ne bi paralizovala funkcionisanje administracije“. G. Braibant, B. Stirn, Le droit administratif français, Dalloz, Paris, 2002, str. 585.

upravnog akta u upravnom sporu veoma aktuelno pitanje, jer postoje samo retki slučajevi kada se povodom podnete tužbe uopšte ne postavlja pitanje izvršenja osporenog upravnog akta.[2] U cilju osvetljavanja instituta odlaganja izvršenja upravnog akta, u radu ćemo nastojati najpre da utvrdimo koja pitanja u pogledu odlaganja izvršenja upravnog akta u upravnom sporu predstavljaju međunarodno-pravne standarde, kao i kakva su rešenja prihvaćena u uporednim zakonodavstvima država koje su nam najbliže u pogledu pravnog režima ove vrste sudske kontrole uprave, da bi smo na kraju mogli da utvrdimo i da li je pitanje odlaganja izvršenja upravnog akta kod nas na zadovoljavajući način rešeno nakon nedavne zakonodavne reforme upravnog spora.

2. Međunarodno-pravni standardi o odlaganju izvršenja upravnog akta

Pravila o odlaganju izvršenja upravnog akta u upravnom sporu ne sadrži ni jedan pravno obavezujući međunarodni dokument. Pitanje odlaganja izvršenja upravnog akta u upravnom sporu je regulisano jedino u dve preporuke Komitata ministara Saveta Evrope. U pitanju su Preporuka o sudskoj kontroli upravnih akata iz 2004. godine[3] i Preporuka o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnim stvarima iz 1989. godine.[4] Pravila o odlaganju izvršenja upravnog akta u upravnom sporu koja su sadržana u navedenim preporukama, iako nisu pravno obavezujuća, predstavljaju standarde koje Savet Evrope smatra poželjnim da budu ostvareni u zakonodavstvima država članicama, iz čega proizlazi njihov poseban značaj za svaku od država članica ove organizacije, u kojoj se, od 2003. godine, nalazi i Republika Srbija.

Preporuka o sudskoj kontroli upravnih akata predstavlja najvažniji dokument Saveta Evrope u oblasti upravnog spora. U pogledu odlaganja

[2] Jedan od takvih slučajeva je vezan za postupak eksproprijacije, u kome upis svojine i drugih prava na eksproprisanoj nepokretnosti može da se izvrši tek po pravnosnažnosti rešenja o eksproprijaciji (član 65. Zakona o eksproprijaciji, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 53 od 28. decembra 1995. godine i broj 20 od 19. marta 2009. godine). Sasvim je obrnut slučaj vezan za rešenje Narodne banke Srbije koje se donosi u postupku kontrole boniteta i zakonitosti poslovanja banaka, gde je izričito zabranjeno da se pod bilo kojim uslovom može odložiti izvršenje (član 9. Zakon o bankama, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 125 od 14. decembar 2004. godine).

[3] Recommendation Rec (2004) 20 of Committee of Ministers to membar states on judicial review of administrative acts. Preporuka je usvojena na 909. sednici Komiteta ministara održanoj 15. decembra 2004. godine na nivou zamenika ministara.

[4] Recommendation Rec (89) 8 of the Committee of Ministers to Member States on Provisional Court Protection in Administrative Matters. Preporuka je usvojena na 428. sednici Komiteta ministara održanoj 13. septembra 1989. godine na nivou zamenika ministara.

izvršenja upravnih akata u njoj je, međutim, predviđeno samo pravilo da bi sud trebalo da bude ovlašćen da izda privremene mere do okončanja postupka koji je pred njim pokrenut.[5] U pogledu svih ostalih pitanja bitnih za odlaganje izvršenja upravnih akata, ovaj dokument upućuje na primenu Preporuke o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnim stvarima,[6] koja ujedno predstavlja i osnovni međunarodni dokument za pitanje pravnih standarda vezanih za odlaganje izvršenja upravnog akta u upravnom sporu. Osnovni smisao usvajanja Preporuke o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnim stvarima ogleda se u nastojanju da se građanima obezbedi privremena sudska zaštita individualnih prava, sloboda i interesa, koje građani nastoje da ostvare pred organima uprave, a koji mogu biti trajno oštećeni izvršenjem osporenih upravnih akata od strane organa uprave, sve dok sud definitivno ne odluči o zakonitosti ovih akata u upravnom sporu.

U Preporuci o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnim stvarima uređena su pitanja koja se odnose na: nadležnost za odlučivanje o privremenoj meri u upravnim stvarima; momenat donošenja odluke o privremenoj zaštiti u upravnim stvarima; vrste privremenih mera koje se mogu doneti u cilju privremene zaštite stranaka u upravnim stvarima; uslove pod kojim se privremene mere mogu doneti, svrhu njihovog donošenja i hitnost postupka.

U pogledu *nadležnosti* za odlučivanje o privremenoj zaštiti u upravnim stvarima predviđeno je da nadležan može biti isključivo sudski organ, i to ili sud pred kojim je osporen upravni akt ili eventualno neki drugi sud.[7] Svi prinicpi o privremenoj zaštiti stranaka u upravnim stvarima odnose se isključivo na nadležnost suda, a ne i nekih drugih državnih ili nedržavnih organa. Što se tiče *momenta* do kog se od suda može tražiti donošenje odluke o privremenoj zaštiti u upravnim stvarima, predviđeno je da bi sud trebalo da bude ovlašćen da donese privremene mere pre svega u toku sudskog postupka koji se vodi po tužbi protiv osporenog akta, ali i da bi sud trebalo da bude u mogućnosti da donese privremenu meru i pre pokretanja upravnog spora, ako su u pitanju razlozi hitnosti ili ako je podneta žalba u upravnom postupku koja nema suspenzivno dejstvo, a postupak po žalbi još nije okončan.[8] U pogledu *vrste* mera privremene zaštite koje sud može izreći u upravnom sporu, predviđeno je da to mogu biti: potpuno ili delimično odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta, potpuno ili delimično

[5] Recommendation Rec (2004) 20, Principle 5 d.
[6] Comments on principles, paragraf 95.
[7] Recommendation Rec (89) 8, Principle I
[8] Recommendation Rec (89) 8, Principle I

vraćanje stanja stvari koje je postojalo u vreme donošenja upravnog akta ili posle toga, kao i nametanje nekih drugih obaveza upravi koje su u skladu sa ovlašćenjima suda.[9]

U vezi *uslova* za izdavanje mere privremene zaštite, predviđeno je da bi sud trebalo da uzme u obzir sve relevantne činjenice i interese, odnosno da sagleda suštinu spora. Sud bi posebno trebalo da vodi računa o činjenici da li bi izvršenje osporenog upravnog akta moglo da izazove ozbiljnu štetu koja bi se teško mogla otkloniti i da li postoje očigledni (prima facie) razlozi protiv valjanosti osporenog akta.[10] Sud bi u obzir trebao da uzme interese društva, interese adresata upravnog akta i eventualnih trećih zainteresovanih lica.[11] Preduzimanje privremene mere ne bi smelo ni na koji način da prejudicira konačnu odluku suda o zakonitosti osporenog upravnog akta.[12] U pogledu *svrhe* privremene sudske zaštite u upravnim stvarima, navedeno je da se ona ne ogleda u tome da se onemogući efikasno delovanje organa uprave, već da se očuva pravičnost koja treba da preovladava u odnosima pojedinaca sa upravom, a da se u garantovanju te pravičnosti ogleda osnovni posao suda.[13] Da bi izricanjem mera privremene sudske zaštite mogla da se ostvari takva svrha, Preporukom je predviđeno i da se postupak pred sudom vodi ubrzano.[14]

3. Uporedna rešenja o odlaganju izvršenja upravnog akta

Za razumevanje pojedinih instituta našeg pravnog sistema od značaja je poznavanje pravnih sistema država koje su izvršile najveći uticaj prilikom njegovog uobličavanja. Kada je u pitanju upravno-pravni sistem u Srbiji, radi se pre svega o zakonodavstvima Francuske, Nemačke i Austrije. S obzirom na to da je pravni režim upravnog spora kod nas dugo bio jedinstven sa drugim republikama bivše Jugoslavije, i to počev još od 1952. godine, kada je donet prvi posleratni Zakon o upravnim sporovima, kao i da sve novonastale države na teritoriji bivše Jugoslavije danas prolaze kroz iste integrativne procese, predmet naše pažnje u radu su i današnja zakonodavstva svih bivših jugoslovenskih republika.

U **Francuskoj** je pravni režim odlaganja izvršenja upravnih akata u upravnom sporu uređen Zakonom o upravnim sudovima.[15] Tužba u

[9] Recommendation Rec (89) 8, Principle III
[10] Recommendation Rec (89) 8, Principle II
[11] Recommendation Rec (89) 8, Explanatory Memorandum, paragraf 12
[12] Recommendation Rec (89) 8, Principle III
[13] Recommendation Rec (89) 8, Explanatory Memorandum, paragraf 12
[14] Recommendation Rec (89) 8, Principle IV
[15] Code de justice administrative, korišćen pričišćen tekst od 1. oktobra 2011. godine.

upravnom sporu u Francuskoj nema automatski suspenzivno dejstvo.[16] Od 1. januara 2001. godine postoji mogućnost za odlaganje izvršenja upravnih akata u upravnom sporu, odnosno primenjuje se pravilo prema kome predsednik suda ili drugo lice koje on ovlasti mogu da nalože odlaganje izvršenja ili neku drugu meru protiv osporenog upravnog akta (R 533-2).[17] Odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta u Francuskoj se može odobriti ako je verovatno da bi bila naneta ozbiljna šteta javnom interesu ili pravu podnosica tužbe (R 533-2). Isto tako, sud može da naloži i obustavu izvršenja odluke koju je započeo organ uprave (R 521). Uprkos zakonskim mogućnostima, kao i dugoj tradiciji i razvijenosti upravnog spora, odlaganje izvršenja upravnih akata u upravnom sporu u Francuskoj je retko korišćena mogućnost. Štaviše, postoje mišljenja da nekorišćenje mera privremene zaštite stranaka predstavlja jednu od najvećih slabosti upravnog spora u Francuskoj.[18]

U **Nemačkoj** je pravni režim odlaganja izvršenja upravnih akata u upravnom sporu uređen Zakonom o upravnim sudovima.[19] Osnovna njegova specifičnost je da tužba u upravnom sporu ima automatski suspenzivno dejstvo (§ 80. stav 1). Samo u pojedinim zakonom određenim slučajevima tužba ne odlaže izvršenje osporenog upravnog akta, i to: kod naplate javnih prihoda, hitnih naloga i mera policijskih službenika, upravnih akata koji se odnose na investicije ili otvaranje radnih mesta, predmeta u kojima je hitno izvršenje posebno naloženo iz razloga javnog interesa ili interesa zainteresovane strane, i drugim slučajevima izričito predviđenim zakonom (§ 80. stav 2). Pored toga, odložno dejstvo tužbe u upravnom sporu se u pojedinim slučajevima može predvideti i posebnim pokrajinskim zakonom.

Sud pred kojim je pokrenut upravni spor, u slučajevima kada tužba nema supenzivno dejstvo, može na osnovu podnetog zahteva da odloži izvršenje osporenog upravnog akta u celini ili delimično. Kada se radi o ak-

---

[16] „U pogledu tužbe, pravilo o devolutivnom dejstvu je upotpunjeno u upravnom sporu pravilom o nesuspenzivnom dejstvu“. G. Braibant, B. Stirn, Le droit admnistratif français, Dalloz, Paris, 2002, str. 585.

[17] Décret n° 2000-1115 od 22. novembra 2000. godine.

[18] „Nedovoljno korišćenje ovih postupaka danas čini jednu od osnovnih slabosti upravnog sudstva, naročito ukoliko je uporedimo sa praksom redovnih sudova, koji ih često koriste“. G. Braibant, B. Stirn, Le droit admnistratif français, str. 609. O hitnim merama u francuskom upravnom sporu videti: J. Waline, Droit administratif, Dalloz, 23-e édition, Paris, 2010, str. 648-654; Ch. Debbasch, F. Colin, Droit administratif, Economica, 7-e édition, Paris, 2004, str. 674-678.

[19] Verwaltungsgerichtsordnung, Bundesgesetzblatt, I s. 686/1991., I s. 1010/2008, I s. 2248/2010.

tu čije je hitno izvršenje organ uprave posebno naložio iz razloga javnog interesa ili interesa zainteresovane strane, sud može da donese i odluku o vraćanju u pređašnje stanje u celosti ili delimično (§ 80. stav 5). Zahtev za odlaganje izvršenja upravnog akta može se u Nemačkoj podneti sudu i pre pokretanja upravnog spora. Kada se odlaganje izvršenja tiče naplate javnih prihoda, zahtev se može podneti sudu samo ako je prethodno organ uprave u celini ili delimično odbio zahtev za odlaganje izvršenja, osim kada organ nije odlučio o zahtevu uz navođenje dovoljno razloga u primerenom roku, ili ako izvršenje upravnog akta neposredno predstoji (§ 80. stav 6). Ukoliko je organ uprave započeo izvršenje upravnog akta, sud može naložiti obustavu izvršenja. Odlaganje izvršenja upravnog akta sud može usloviti polaganjem jemstva ili ispunjenjem nekih drugih obaveza. Pravilo je da o zahtevu za odlaganje izvršenja upravnog akta odlučuje sudsko veće, osim u hitnim slučajevima, kada odluku može doneti i predsedavajući veća (§ 80. stav 8). Pravo na podnošenje zahteva za odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta u Nemačkoj može da ima, pod zakonom propisanim uslovima, i treće lice (§ 80a). Takođe, sud u upravnom sporu u Nemačkoj može da izda, po podnetom zahtevu stranke, privremenu meru, uključijući i meru privremenog regulisanja stanja, a zahtev za izdavanje privremene mere sudu se može podneti i pre podnošenja tužbe (§ 123).

U **Austriji** je pravni režim odlaganja izvršenja upravnih akata u upravnom sporu uređen Zakonom o upravnom sudu.[20] Za razliku od Nemačke, u Austriji je osnovno pravilo da tužba u upravnom sporu nema automatski suspenzivno dejstvo (§ 30. stav 1). Međutim, upravni sud je u obavezi da na zahtev tužioca prizna odložno dejstvo upravnog akta, donošenjem odgovarajuće odluke, ukoliko to nije u suprotnosti sa javnim interesom i ukoliko se izvršenjem ili vršenjem prava koje je odlukom priznato, od strane trećeg lica, tužilac ne dovodi u nesrazmerno nepovoljan položaj (§ 30. stav 2.) Na osnovu odluke suda o odložnom dejstvu tužbe, organ uprave je dužan da odloži izvršenje osporenog upravnog akta i da s tim u vezi donese sve neophodne odluke, a lice koje je na osnovu osporenog upravnog akta steklo određena prava, ne sme da ih vrši (§ 30. stav 3). U slučaju ako se razlozi koji su bili merodavni za donošnje odluke o odložnom dejstvu tužbe u značajnoj meri promene, na zahtev jedne od strana u sporu, sud je dužan da donese novu odluku (§ 30. stav 2).

U **Sloveniji** je pravni režim odlaganja izvršenja upravnih akata u upravnom sporu uređen novim Zakonom o upravnim sporovima, koji je

[20] Verwaltungsgerichtshofsgesetz, Bundesgesetzblatt, 10/1985., 136/2001., 124/2002., 89/2004., 4/08 i 98/10.

počeo da se primenjuje od 1. januara 2008. godine.[21] Osnovno je pravilo da tužba i dalje ne odlaže izvršenje osporenog upravnog akta, ako nije drugačije regulisano posebnim zakonom (član 32. stav 1). Upravnom sudu se može podneti zahtev za odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta pod uslovom da bi izvršenjem stranci mogla biti naneta nepopravljiva (teško popravljiva) šteta i da nije suprotno javnom interesu (član 32. stav 2). U slovenačkom pravnom sistemu postoji i privremena mera za privremeno uređenje stanja (tzv. regulativna privremena mera) o kojoj takođe odlučuje Upravni sud (član 32. stav 3). Međutim, prema slovenačkoj sudskoj praksi, Upravni sud može da odredi privremeno uređenje stanja samo među onim strankama koje su „u spornom odnosu". Dakle, privremeno uređenje stanja mora da se tiče samo odnosa između tužioca i tužene stranke, a ne i trećih lica, što primenu ove vrste privremene mere u praksi znatno sužava.[22] O zahtevu za odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta ili izdavanju privremene mere u Sloveniji odlučuje veće od troje sudija u roku od 7 dana od podnetog zahteva (član 32. stav 5). Protiv odluke Upravnog suda o zahtevu za odlaganje izvršenja upravnog akta ili zahteva za izdavanje privremene mere može se u roku od tri dana izjaviti žalba Vrhovnom sudu, koji o njoj mora da odluči u roku od 15 dana (član 32. stav 6).

U **Hrvatskoj** je pravni režim odlaganja izvršenja upravnog akta u upravnom sporu regulisan novim Zakonom o upravnim sporovima,[23] koji je počeo da se primenjuje 1. januara 2012. godine.[24] Osnovno je pravilo da tužba i dalje nema automatski suspezivno dejstvo, ali se ono može predvideti posebnim zakonom (član 26. stav 1). Upravni sud u upravnom sporu može da odobri zahtev za odlaganje izvršenja upravnog akta pod uslovom da bi se izvršenjem tužiocu mogla naneti šteta koja bi se teško mogla popraviti i ako odlaganje izvršenja nije suprotno javnom interesu (član 26. stav 2). Specifičnost hrvatskog pravnog režima odlaganja izvršenja upravnih akta u upravnom sporu predstavlja izričito propisan uslov da Upravni sud o zahtevu za odlaganje izvršenja može da odluči samo ako zakonom nije predviđeno da žalba u upravnom postupku ne odlaže

[21] Zakon o upravnem sporu, „Uradni list Republike Slovenije", št. 105 od 12. oktobra 2006. godine.

[22] B. Zalar, „*Privremene mere – problemi u praksi: primer Slovenije*", referat na Seminaru za sudije Vrhovnog i Upravnog suda Crne Gore, Bečići, 4-5 decembar 2008. godine, str. 4.

[23] Zakon o upravnim sporovima, „Narodne novine", broj 20 od 12. februara 2010. godine.

[24] O dosadašnjem pravnom režimu odlaganja izvršenja upravnih akata u upravnom sporu u Hrvatskoj, koji je bio zasnovan na rešenjima bivšeg jugoslovenskog Zakona o upravnim sporovima iz 1976. godine, videti: I. Borković, Upravno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2002, str. 509-510.

izvršenje (član 26. stav 2). Bez obzira na to što je ovakav uslov izričito propisan novim Zakonom, on po prirodi stvari nema poseban značaj za odlaganje izvršenja upravnih akata u upravnom sporu, pošto se zahtevi za odlaganje izvršenja neće ni podnositi Upravnom sudu u slučajevima kada žalba nema suspezivno dejstvo, jer će verovatno već biti izvršeni u upravnom postupku. Pored zahteva za odlaganje izvršenja, u Hrvatskoj u upravnom sporu postoji i mogućnost izricanja privremenih mera. Upravni sud može na predlog stranke da rešenjem izda privremenu meru ako je to neophodno kako bi se izbegla teška i nepopravljiva šteta (član 47 stav 1 i 2). Protiv rešenja Upravnog suda o privremenoj meri može se izjaviti žalba Visokom upravnom sudu (član 47. stav 3), u roku od 15 dana od dostavljanja rešenja stranci (član 70. stav 1).

U **Crnoj Gori** je pravni režim odlaganja izvršenja upravnog akta u upravnom sporu uređen Zakonom o upravnom sporu iz 2003. godine.[25] Tužba u upravnom sporu u Crnoj Gori takođe nema suspenzivno dejstvo (član 13. stav 1), već se povodom pokrenutog upravnog spora tužilac sa zahtevom za odlaganje izvršenja može obratiti organu uprave čiji akt se izvršava ili organu koji je nadležan za izvršenje. Nadležni organ može odložiti izvršenje upravnog akta ako bi izvršenje nanelo tužiocu štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi, da odlaganje nije protivno javnom interesu, niti da bi se odlaganjem nanela veća nenadoknadiva šteta protivnoj stranci (član 13. stav 2). O zahtevu za odlaganje izvršenja nadležni organ mora da reši najkasnije u roku od tri dana. Nadležni organ može da odloži izvršenje osporenog upravnog akta i iz drugih važnih razloga, ako to nije u suprotnosti sa javnim interesom (član 13. stav 3). Pored zahteva za odlaganje izvršenja upravnog akta koji može da se podnese organu uprave, povodom pokrenutog upravnog spora Upravnom sudu može biti podnet i zahtev za izdavanje privremene mere za uređenje stanja (član 14. stav 1). Tužilac od suda može zahtevati donošenje privremene mere do donošenja sudske odluke, pod uslovom da se odlaganjem izvršenja upravnog akta ne mogu sprečiti velike štetne posledice za tužioca ili ako bi osporeni akt prouzrokovao nenaknadivu štetu (član 14. stav 1). Zanimljivo je da je odlučivanje o privremenoj meri u Crnoj Gori inokosna nadležnosti predsednika sudskog veća, koji odluku po zahtevu mora da donese u roku od 5 dana (član 14 stav 2). Protiv rešenja kojim je odlučeno o privremenoj meri može se u roku od tri dana izjaviti žalba veću Upravnog suda (član 14. stav 3), koji je o njoj dužan da odluči u roku od sedam da-

[25] Zakon o upravnom sporu, „Službeni list Crne Gore“, broj 60 od 28. oktobra 2003. godine i broj 32 od 1. jula 2011. godine.

na (član 14. stav 4).[26] U Crnoj Gori, međutim, zahtevi za izdavanje privremene mere u upravnom sporu imaju izuzetni mali praktični značaj pošto je u prve dve godine rada Upravnog suda od ukupno 65 podnetih zahteva, određena svega jedna privremena mera. Preovlađujuće je mišljenje u sudskoj praksi da se razlog za mali procenat prihvaćenih zahteva nalazi u nedovoljnoj jasnoći zakonske odredbe o privremenoj meri.[27]

U **Bosni i Hercegovini** u oblasti upravnog spora postoji odvojena nadležnost između Federacije, Republike Srpske i Distrikta Brčko.[28] Pravni režim odlaganja izvršenja upravnih akata u upravnom sporu na federalnom nivou je uređen Zakonom o upravnim sporovima iz 2002. godine,[29] u Republici Srpskoj Zakonom o upravnim sporovima iz 2005. godine,[30] koji je upravo u pogledu izvršenja upravnog akta izmenjen 2011. godine,[31] a u Distriktu Brčko se primenjuje Zakonom o upravnim sporovima iz 2000. godine.[32]

U ***Federaciji*** tužba nema automatsko suspenzivno dejstvo (član 12. stav 1). Odlaganje izvršenja upravnog akta je po pravilu u nadležnosti organa uprave koji sprovodi izvršenje (član 18. stav 2), ali se može tražiti i od suda pred kojim je pokrenut upravni spor, ukoliko to izričito pismeno zatraži tužilac (član 18. stav 4). Bez obzira na to od koga se traži odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta, uslovi za odlaganje izvršenja su isti: da bi izvršenje nanelo tužiocu štetu koja bi se teško mogla popraviti; da odlaganje nije

---

[26] Propisivanje inokosne nadležnosti predsednika veća Upravnog suda da odlučuje o zahtevu za izdavanjem privremene mere očigledno je rezultat želje da se protiv odluke o izdavanju privremene mere obezbedi pravna zaštita stranaka u vidu prava žalbe. S obzirom na nepostojanje upravnog suda više instance, zakonodavac se u Crnoj Gori pri propisivanju nadležnosti za rešavanje po žalbi opredelio za nadležnost veća Upravnog suda, a ne za nadležnosti Vrhovnog suda, kao što je to učinjeno u Sloveniji. Osnovni nedostatak takvog zakonskog rešenje se ogleda u neostvarivanju principa devolutivnosti, s obzirom na to da o žalbi na odluku o zahtevu za izdavanje privremene mere koju je doneo predsednik veća, odlučuje veće od troje sudija, kojim predsedava isti predsednik koji je i doneo odluku protiv koje je izjavljena žalba. Pored toga, bitan nedostatak ovakvog zakonskog rešenja predstavlja činjenica da je u Crnoj Gori, kao razlog za apsolutno izuzeće sudije predviđen i slučaj ako je sudija u istom predmetu učestvovao u donošenju odluke. Videti: Član 69. tačka 4. Zakona o parničnom postupku Crne Gore, „Službeni list Republike Crne Gore“, broj 22 od 2. aprila 2004. godine, koji se u upravnom sporu shodno primenjuje na osnovu odredbe člana 55. Zakona o upravnom sporu.

[27] Videti: G. Pot, „*Privremena mjera u upravnom sporu*“, referat sa savetovanja „Upravni sud – dvje godine rada“, Miločer, 2-3. februar 2007. godine, str. 2.

[28] Videti: M. Rađenović, Pravo upravnog spora, Pravni fakultet, Banja Luka, 2010, str. 49-51; P. Kunić, Upravno pravo, Pravni fakultet, Banja Luka, 2010, str. 508-510.

[29] „Službeni glasnik BiH“, broj 29 od 3. jula 2002. godine.

[30] „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 109 od 16. novembra 2005. godine.

[31] Zakon o izmenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 63 od 26. avgusta 2011. godine.

[32] „Službeni glasnik Brčko Distrikta“, broj 3 od 3. avgusta 2000. godine.

protivno javnom interesu i da se njime ne bi nanela veća nenadoknadiva šteta protivnoj stranci (član 18. stav 2). Nadležni organ uprave ili sud može odložiti izvršenje osporenog upravnog akta i iz drugih razloga, ako to javni interes dozvoljava (član 18. stav 3). O zahtevu za odlaganje izvršenja mora se odlučiti u roku od tri dana od podnetog zahteva (član 18. stav 2). Na federalnom nivou u BiH ne postoji mogućnost izricanja privremenih mera u upravnom sporu, ali zato postoji mogućnost da se od suda uz osnovni zahtev za poništaj upravnog akta, traži i priznavanje prava na povraćaj u pređašnje stanje koje je postojalo pre izvršenja pobijanog konačnog upravnog akta (član 12. stav 2. tačka 2).

U ***Republici Srpskoj*** tužba takođe nema suspenzivno dejstvo (član 14. stav 1), a odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta se može tražiti i od organa uprave koji je nadležan za izvršenje i od suda pred kojim je pokrenut upravni spor, pod istim uslovima kao i na federalnom nivou (član 14. stav 2). Jedine razlike se javljaju u pogledu rokova. U Republici Srpskoj je organ uprave nadležan za izvršenja dužan da odluči o zahtevu za odlaganje najkasnije u roku od osam dana od podnošenja zahteva (član 14. stav 2), dok za sud važi rok od petnaest dana od podnošenja zahteva (član 14. stav 5). U slučaju da sud prihvati zahtev, izvršenje upravnog akta se može odložiti najduže za 60 dana od donošenja odluke o odlaganju (član 14. stav 4).

U ***Distriktu Brčko*** tužba u upravnom sporu takođe automatski ne odlaže izvršenje osporenog upravnog akta (član 16. stav 1). Pod istim uslovima se može podneti zahtev za odlaganje izvršenje osporenog upravnog akta kao i na federalnim nivou, ali samo sudu pred kojim je pokrenut upravni spor (član 16. stav 2). Sud je dužan da o zahtevu za odlaganje izvršenja upravnog akta reši u roku od 24 časa od momenta njegovog podnošenja (član 16. stav 3). U slučaju da sud prihvati zahtev za odlaganje izvršenja, ne postoji poseban vremenski rok u kome odlaganje izvršenja može najduže da traje, kao što je slučaj u Republici Srpskoj, već odlaganje izvršenja traje do donošenja konačne odluke u vezi za pokrenutim upravnim sporom. Za razliku od Federacije i Republike Srpske, povodom odluke upravnog suda o zahtevu za odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta može se izjaviti žalba koja ne odlaže izvršenje odluke. Međutim, rok za izjavljivanje žalbe i nadležnost za rešavanje po žalbi nisu izričito regulisani Zakonom o upravnim sporovima, već se na ova pitanja, prema članu 32. pomenutog Zakona, shodno primenjuju pravila Zakona o parničnom postupku.

U **Makedoniji** je pravni režim odlaganja izvršenja upravnog akta uređen Zakonom o upravnim sporovima iz 2006. godine,[33] koji je u po-

[33] Zakon za upravnite sporovi, „Službeni vesnik na Republika Makedonija“, broj 62 od 22. maja 2006. godine.

gledu ovog pitanja dopunjen 2010. godine.[34] Kao i u ostalim bivšim jugoslovenskim republikama, ni u Makedoniji tužba po pravilu ne sprečava izvršenje osporenog upravnog akta (član 14. stav 1). Međutim, postoji mogućnost da protiv osporenog upravnog akta bude podnet zahtev za odlaganje izvršenja, o kome odlučuje organ koji sprovodi izvršenje (član 14.) i zahtev za izdavanje privremene mere, o kome odlučuje Upravni sud (član 15). Organ koji sprovodi izvršenje upravnog akta može prihvatiti zahtev za odlaganje izvršenja pod uslovom da bi izvršenje upravnog akta prouzrokovalo štetu koja bi se teško mogla popraviti, da odlaganje izvršenja nije u suprotnosti sa javnim interesom, kao i da se odlaganjem izvršenja ne nanosi veća nenadoknadiva šteta suprotnoj stranci (član 14 stav 2). Povodom zahteva za odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta nadležni organ uprave je dužan da donese rešenje u roku od tri dana (član 14. stav 3). Organ uprave može odložiti izvršenje osporenog upravnog akta do konačne sudske odluke i iz drugih razloga, ako to nije suprotno javnom interesu (član 14. stav 4). Ako nadležni organ uprave ne prihvati zahtev za odlaganje izvršenja upravnog akta koji je osporen u upravnom sporu, od Upravnog suda se onda može tražiti izdavanje privremene mere u cilju odlaganja izvršenja upravnog akta (član 15. stav 1). Tužilac od Upravnog suda može tražiti i izdavanje privremene mere radi privremenog regulisanja situacije u vezi spornih pravnih odnosa (član 15. stav 2). Upravni sud je dužan da odluči po zahtevu za izdavanje privremene mere u roku od sedam dana (član 15. stav 4). Protiv odluke donete po zahtevu za izdavanje privremene mere može se u roku od tri dana poneti žalba Višem upravnom sudu, koji je dužan da o njoj reši u roku od tri dana (član 15. stav 5).[35]

4. Odlaganje izvršenja upravnog akta u Srbiji

U upravnom sporu u Srbiji tužba i dalje nema suspenzivno dejstvo. Međutim, novim Zakonom o upravnim sporovima je uneto nekoliko bitnih novina u pravni režim odlaganja izvršenja osporenog upravnog akta, kojima se u značajnoj meri poboljšava pravni položaj tužioca.[36] Najvažnija novina tiče se promene nadležnosti za odlučivanje po zahtevu za odlaganje izvršenja. U skladu sa preporučenim principima Saveta Evrope, danas se sa-

[34] Zakon za izmenuvanje i dopolnuvanje na zakonot za upravnite sporovi, „Službeni vesnik na Republika Makedonija“, broj 150 od 18. novembra 2010. godine.

[35] Videti: B. Davitkovski, A. Pavlovska-Daneva, „*Upravni spor u Republici Makedoniji*“, Pravni život, broj 5-8, 2006, str. 849-855.

[36] Zakon o upravnim sporovima, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 111 od 30. decembra 2009. godine.

mo od suda može tražiti odlaganje izvršenja upravnog akta. Upravni sud može po zahtevu tužioca da odloži izvršenje konačnog upravnog akta kojim je meritorno odlučeno u upravnoj stvari, do donošenja sudske odluke, pod uslovom da se izvršenjem ne bi nanela tužiocu šteta koja bi se teško mogla nadoknaditi, da izvršenje nije protivno javnom interesu, i da se odlaganjem izvršenja ne nanosi veća ili nenadoknadiva šteta protivnoj stranci, odnosno zainteresovanom licu (član 23. stav 2).[37]

Do sada se odlaganje izvršenja upravnog akta povodom pokrenutog upravnog spora moglo tražiti isključivo od organa uprave (donosioca upravnog akta ili organa nadležnog za njegovo izvršenje). Nadležni organ uprave je mogao da odobri odlaganje izvršenja pod istim uslovom kao i sud danas, ako bi se izvršenjem nanela tužiocu šteta koja bi se teško mogla popraviti, a odlaganje izvršenja nije protivno javnom interesu, niti bi se odlaganjem nanela veća nenadoknadiva šteta protivnoj stranci (član 16. stav 2). Pored toga, nadležni organ uprave je bio ovlašćen da odloži izvršenje upravnog akta i iz nekih *drugih razloga*, ako to nije bilo u suprotnosti sa javnim interesom (član 16. stav 3). Postojanje ovakve zakonske mogućnosti u ranijem Zakonu o upravnim sporovima, koja usled svog porekla iz nekadašnjeg jugoslovenskog zakonodavstva i danas postoji u nekim od bivših jugoslovenskih republika, poput Bosne i Hercegovine, Crne Gore, Makedonije i sve do nedavno Hrvatske, imalo je za posledicu da se u teoriji kod pojedinih autora javilo razlikovanje na obavezno i fakultativno odlaganje izvršenja.[38] Zasnivanje navedenog razlikovanja samo na zakonskoj formulaciji da se izvršenje upravnog akta „može“ odložiti, naspram „odložiće se“, ne čini nam se opravdanim, pošto su i kod „obaveznog“ izvršenja („odložiće se“), jednako kao i kod „fakultativnog“

[37] O današnjem pravnom režimu odlaganja izvršenja upravnih akata u upravnom sporu videti: D. Milkov, Upravno pravo, III, Pravni fakultet, Novi Sad, 2010, str. 106-108, Z. Tomić, Opšte upravno pravo, Pravni fakultet, Beograd, 2011, str. 360.

[38] „Kad postoje spomenuti uvjeti, nadležno tijelo nema nikakvog drugog izbora osim da odgodi izvršenje. Svaka sloboda postupanja ograničena je ovdje imperativom pravne norme koja formulacijom „odgodit će“ naređuje spomenutom tijelu kako da postupi u povodu zahtjeva za odgodu. Pod fakultativnim odlaganjam se, pak, smatra samo slučaj kada nadležni „organ može i iz drugih razloga (dakle izvan onih što su predviđeni za obavezno odlaganje) odgoditi izvršenje osporenog upravnog akta do konačne sudske odluke, ako to dopušta javni interes. Na taj je način omogućeno spomenutom tijelu da prema svom nahođenju i „iz drugih razloga“ odgodi izvršenje upravnog akta. Da li će ono iskoristi ovlast, ovisi o njegovoj ocjeni svrhovitosti takvog postupanja.“. I. Borković, Upravno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2002, str. 509-510. Slično shvatanje postoji i kod S. Popovića, „*Dejstvo tužbe na izvršenje akata protiv kojih je pokrenut upravni spor*“, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, broj 3, 1954, str. 281-282; M. Rađenović, Pravo upravnog spora, Pravni fakultet, Banja Luka, 2010, str. 85-86; P. Kunića, Upravno pravo, Pravni fakultet, Banja Luka, 2010, str. 524.

(„može se odložiti“), uvek u pitanju uslovi čije je ispunjenje zavisilo isključivo od procene nadležnog organa uprave (poput, na primer štete koja bi se teško mogla popraviti, da odlaganje nije suprotno javnom interesu, da odlaganjem ne bi bila naneta veća nenadoknadiva šteta protivnoj stranci .....). S obzirom na to da su u novom Zakonu o upravnim sporovima izostavljeni „drugi razlozi“ zbog kojih se može odložiti izvršenje upravnog akta, takvo razlikovanje je samim tim danas postalo potpuno bespredmetno.

Bez obzira na gotovo istovetne uslove koji su se tražili za odlaganje izvršenja upravnog akta, osnovni nedostatak ranijeg zakonskog rešenja ogledao se u činjenici da o zahtevu za odlaganje izvršenja nije odlučivao sud koji vodi upravni spor, već organ uprave koji je bio nadležan za izvršenje upravnog akta. Takvim zakonskim rešenjem stranka se, nakon što je zaštitu svojih prava i pravnih interesa od nezakonitog delovanja organa uprave zatražila pred sudom u upravnom sporu, sa zahtevom za odlaganje izvršenja ponovo vraćala pred upravnu vlast, koja se o njenom pravu ili obavezi utvrđenoj upravnim aktom već izjasnila i to po pravilu, čak u dva stepena. Kao rezultat ovakvog zakonskog rešenja, u praksi smo imali izuzetno retku pojavu odlaganja izvršenja upravnih akata protiv kojih je bio pokrenut upravni spor. Ona se uglavnom odnosila samo na dvostranačke predmete iz upravnih postupaka pokrenutih po zahtevu stranke, iz razloga što kod njih nije u većoj meri angažovan javni interes, na primer iseljenje bespravno useljenog lica, ostvarivanje prava preče gradnje i sl.

Iz želje da se otklone ranije teorijske dileme, koje su svojeremeno podelile i sudsku praksu oko pitanja da li se povodom pokrenutog upravnog spora može tražiti odlaganje izvršenja svakog konačnog upravnog akta ili samo obavezujućeg akta,[39] u novom Zakonu o upravnim sporovima je kao bitan uslov za odlaganje izvršenja uneto da se radi o konačnom upravnom aktu kojim je „*meritorno*“ odlučeno u upravnoj stvari (član 23. stav 2). Međutim, uprkos stavu da je ovakvom zakonskom formulacijom omogućeno da predmet odlaganja izvršenja danas budu samo pojedinačni

[39] Tako je svojevremeneo 3. marta 1983. godine Upravni sud Republike Hrvatske većinom glasova zauzeo pravni stav, koji je u to vreme uticao i na sudsku prasku u Republici Srbiji, da se „pod odgodom izvršenja rješenja u smislu ove zakonske odredbe treba razumjeti odgoda pravnih učinaka konačnog rješenja bez obzira o kakvom se rješenju radi, a ne samo odgoda izvršenja rješenja kojim se stranci naređuje neka obaveza“, dok je pravno shvatanje manjine u sudu bilo da „ZUS u vidu ima odgodu izvršenja samo rješenja kojima se stranci određuje obaveza, a ne i ona kojima se zahtjev stranke odbija ili konstituira neko pravo“. Navedeno prema: Z. Tomić, V. Bačić, Komentar Zakona o upravnim sporovima, Službeni list SFRJ, Beograd, 1989, str. 123-124.

pravni akti kojima se stranci nalažu obaveze,[40] ne čini nam se da ovakva formulacija predstavlja i najsrećnije zakonsko rešenje. Naime, meritorno odlučivanje organa uprave podrazumeva ne samo donošenje obavezujućih, već i ovlašćujućih upravnih akata, a kod njih se pitanje izvršenja po prirodi stvari uopšte ne postavlja. Ako stranka nije zadovoljna ovlašćujućim upravnih aktom, ne mora da podnosi zahtev za odlaganje njegovog izvršenja. Dovoljno je samo da se ne koristi ovlašćenjem koje joj je upravnim aktom dato.[41] Pored toga, meritorno odlučivanje organa uprave podrazumeva donošenje i negativnih (odbijajućih) upravnih akata, a oni se po prirodi stvari ne mogu izvršavati, pa samim tim ne mogu biti ni predmet zahteva za odlaganje izvršenja u upravnom sporu. Zbog toga smatramo da bi bilo mnogo bolje da je u novom Zakonu o upravnim sporovima umesto meritorne odluke kao predmet zahteva za odlaganje izvršenja naveden obavezujući upravni akt.[42]

O odlaganju izvršenja sud odlučuje u formi rešenja, najkasnije u roku od pet dana od primljenog zahteva tužioca. Rok za odlučivanja suda je za dva dana duži u odnosu na rok u kome je ranije organ uprave bio dužan da odluči o zahtevu za odlaganje izvršenja. Bez obzira na neznatno produženje roka za odlučivanje suda, on je i dalje u potpunosti u skladu sa standardom o hitnom postupanju, propisanim Preporukom o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnim stvarima.[43] Produženje roka za odlučivanje po zahtevu za odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta predstavlja nužnu posledicu nešto drugačijeg postupka odlučivanja suda povodom podnetog zahteva. Prilikom odlučivanja o zahtevu za odlaganje izvršenja, sud u okviru propisanog roka mora najpre da preispita sve procesne pretpostavke neophodne za vođenje samog upravnog spora (dozvoljenost tužbe, blagovremenost i pravnu legitimisanost tužioca), pošto je pravo na zahtev za odlaganje izvršenja upravnog akta vezano isključivo za osporavanje njegove zakonitosti u upravnom sporu, pa tek onda sud može da

[40] „Novi ZUS delom otklanja tu dilemu jer govori isključivo o odlaganju meritornog (u) pravnog akta (stav 2), a pošto je reč o odlaganju u korist tužioca, onda smatram da su se u kontekstu člana 23. imali u vidu *samo pojedinačni pravni akti kojima se stranci nalaže određena obaveza*. Naime, samo izvršenjem takve vrste akta može se tužiocu naneti šteta koju on traženjem odlaganja nastoji da izbegne – i samo su takvi akti po svojoj prirodi podobni za prinudno izvršenje“. Z. Tomić, Komentar Zakona o upravnim sporovima, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 394.

[41] O prirodi ovlašćujućih upravnih akta videti: D. Milkov, Upravno pravo, II, Pravni fakultet, Novi Sad, 2010, str. 27-29 i 240-241.

[42] Videti: D. Milkov, Upravno pravo, III, Pravni fakultet, Novi Sad, 2012, str. 106-107; D. Milkov, „*O upravnom sporu u Srbiji*“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, tom I, broj 3, 2011, str. 128-129.

[43] Recommendation Rec (89) 8, Principle IV

preispita i sve uslove koji su vezani za verovatnoću nastanka štete, njenu visinu i posledice za propisane subjekte. Pri tome, sud je dužan da u osnovnim crtama sagleda i samu suštinu spora (Recommendation Rec (89) 8, Principle II, Explanatory Memorandum, paragraf 13). Bez obzira na to što bi se možda moglo postaviti sasvim opravdanim i pitanje stvarne mogućnosti suda da u relativno kratkom roku od svega pet dana odgovori na sve pravne zahteve postupka odlučivanja po zahtevu za odlaganje izvršenja upravnog akta, nepostupanje suda u zakonskom roku se smatra da predstavlja povredu prava na suđenje u razumnom roku.[44]

Dosadašnja praksa Upravnog suda nažalost pokazuje da se o zahtevu za odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta, sud danas samo formalno izjašnjava u navedenom roku, i to gotovo po pravilu odbijajući zahtev tužioca, bez upuštanja u ocenu suštine spora, odnosno valjanosti osporenog upravnog akta. Pri tome, zabeleženi su čak i slučajevi da se o pojedinim zahtevima za odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta Upravni sud uopšte nije ni izjašnjavao u formi posebnog rešenja, već samo u presudi donetoj na kraju upravnog spora.[45] Navedena pojava se očigledno javlja kao posledica neadekvatne organizacije današnjeg upravnog sudstva, koju karakteriše, pre svega, mali broj sudija spram velikog broja predmeta u radu, zbog čega Upravni sud nije u stanju da odgovori, ne samo zahtevu za blagovremeno i kvalitetno odlučivanje po zahtevima za odlaganje izvršenja osporenih upravnih akata, već i kompletne primene novog koncepta upravno-sudske kontrole zakonitosti upravnih akta, zasnovanog na usmenoj raspravi kao osnovnom načinom utvrđivanja činjeničnog stanja.[46]

Jednu od najbitnijih novina u pravnom režimu odlaganja izvršenja upravnih akata, predstavlja mogućnost stranke da od Upravnog suda traži odlaganje izvršenja upravnog akta i pre pokretanja upravnog spora, odnosno tokom trajanja samog upravnog postupka. Naime, prema novom Zakonu o upravnim sporovima stranka iz upravnog postupka može Upravnom sudu da podnese zahtev za odlaganje izvršenja upravnog akta, pre nego što pokrene upravni spor, u slučajevima: hitnosti, kada priroda stvari nalaže intervenciju suda pre nego što upravni spor bude pokrenut (na primer, rušenje bespravno sagrađenog objekta), kao i u slučaju kada je izjavljena žalba drugostepenom organu uprave koja nema odložno dejstvo,

---

[44] LJ. Pljakić, „*Odložno dejstvo tužbe u upravnom sporu*“, Zbornik radova „Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva“, Budva, 2010, str. 345.

[45] Videti: Presuda Upravnog suda U. 17938/10 od 7. oktobra 2011. godine.

[46] Videti: Z. Lončar, „*Usmena rasprava u upravnom sporu*“, Pravni život, broj 10, 2011, str. 265-277; Z. Lončar, „*Osnovne tendencije u razvoju upravnog spora u Srbiji*“, Zbornik na Pravniot fakultet „Justinijan pravi“ vo Skopje, tematski broj „Razvojne tendencije u upravnom zakonodavstvu“, 2011. godine, str. 47-68.

a postupak po žalbi nije okončan (član 23. stav 3). Unošenje ove novine u pravni režim odlaganja izvršenja upravnih akata je posledica njegovog usaglašavanja sa Preporukom o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnim stvarima, kojom je predviđena ovakva mogućnost u cilju veće pravne sigurnosti stranaka u upravnim postupku, pošto se smatra da sud može mnogo objektivnije da sagleda opravdanost odlaganja izvršenja upravnog akta, nego organ uprave o čijem upravnom aktu se radi.[47]

Povodom pravne mogućnosti da Upravni sud odluči o zahtevu za odlaganje izvršenja upravnog akta pre samog pokretanja upravnog spora, kao sporno se može postaviti pitanje dužine trajanja odluke o odlaganju izvršenja. Osnovno pitanje koje se u tom slučaju postavlja je da li se rešenje suda o odlaganju izvršenja upravnog akta odnosi samo na upravni postupak tokom čijeg trajanja je podnet zahtev za odlaganje izvršenja ili se odnosi i na upravni spor koji može biti pokrenut po okončanju upravnog postupka. Iako postoje ozbiljni argumenti u prilog dejstva sudskog rešenja o odlaganju izvršenja upravnog akta sve do momenta njegove pravnosnažnosti,[48] smatramo da ovu pravnu prazninu u novom Zakonu o upravnim sporovima ipak treba uže tumačiti. Naime, nakon što drugostepeni organ uprave odluči po žalbi, koja nije imala suspenzivno dejstvo, i zbog čega je sud doneo rešenje o odlaganju izvršenja, ako se stranka odluči da pokrene upravni spor, sud mora biti u prilici da ponovo sagleda sve činjenice na kojima počivaju razlozi za osporavanje upravnog akta, pošto oni mogu biti nekada upotpunjeni i odlukom drugostepenog organa. Pored toga, nezadovoljstvo stranke donetim drugostepenim upravnim aktom može u tužbi da počiva i na nekom drugom razlogu u odnosu na one koji su prvobitno bili izneti u zahtevu za odlaganje izvršenja, koje sud možda ne smatra valjanim za dalje odlaganje izvršenja upravnog akta. Isto tako, u slučaju kada je drugostepeni organ povodom žalbe izmenio prvostepeno rešenje, obaveza stranke na izvršenje se odnosi na drugostepeni upravni akt, a ne više na prvostepeni akt čije je izvršenje sud ranije odložio. Zbog toga, smatramo da Upravnom sudu treba dati priliku da ponovo preispita svoj raniji stav u vezi odluke o odlaganju izvršenja upravnog akta i da bi stranka, ako ima nameru da protiv konačnog upravnog akta pokrene upravni spor, ponovo trebala da podnese i zahtev za odlaganje njegovog izvršenja.

---

[47] Recommendation Rec (89) 8, Principle I

[48] „Smatramo da u rešenju Suda treba da stoji da odložno dejstvo traje do pravnosnažnosti rešenja. Ukoliko žalba bude odbijena, a stranka ne podnese tužbu u upravnom sporu, nastupila je pravnosnažnost prvostepenog rešenja. Za slučaj da je žalba odbijena i podneta nova tužba, ne treba podnositi novi zahtev za odlaganje, jer bi već doneto rešenje Suda o odlaganju „pokrivalo“ i period do presuđenja po tužbi“. LJ. Pljakić, „*Odložno dejstvo tužbe u upravnom sporu*“, str. 349.

Najveći nedostatak novog pravnog režima odlaganja izvršenja upravnih akta u upravnom sporu predstavlja nemogućnost pravne zaštite stranke protiv odluke suda po zahtevu za odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta. U slučaju pogrešne ocene o (ne)ispunjenosti uslova za odlaganje izvršenja, neblagovremenog odlučivanja ili uopšte neodlučivanja po zahtevu za odlaganje izvršenja, kakvi primeri nažalost postoje u praksi Upravnog suda, stranka nema mogućnost da upotrebi bilo koje pravno sredstvo. U pogledu pravne zaštite stranaka, važeći pravni režim odlaganja izvršenja upravnih akta u upravnom sporu predstavlja korak unazad u odnosu na prethodni period, kada su stranke uživale pravnu zaštitu. Protiv odluke organa uprave o odlaganju izvršenja mogla se ranije, pod određenim uslovima, izjaviti žalba drugostepenom organu uprave, ali i voditi poseban upravni spor, pa čak upotrebiti i određena vanredna pravna sredstva predviđena ranijim Zakonom o upravnim sporovima. Izostavljanje pravne zaštite stranaka u slučaju rešenja Upravnog suda o odlaganju izvršenja upravnog akta posledica je jednostepene organizacije upravnog sudstva i činjenice da osnovnu nadležnost Vrhovnog kasacionog suda čini rešavanje samo po vanrednim pravnim sredstvima. Time su stranke u upravnim sporovima u Srbiji u pogledu mogućnosti pravne zaštite u slučaju odlaganja izvršenja upravnih akta stavljene u neuporedivo lošiji pravni položaj, nego na primer u Sloveniji i Crnoj Gori, gde takođe postoje jednostepen sistem upravnog sudstva, ali stranke imaju pravo žalbe na odluku o odlaganju izvršenja upravnog akta o kojoj odlučuje Vrhovni sud (Slovenija), odnosno veće Upravnog suda (Crna Gora). Izostavljanje pravne zaštite stranaka u slučaju donošenja odluke o odlaganju izvršenja upravnog akta, istovremeno otvara i pitanje ustavnosti takvog zakonskog rešenja, s obzirom na to da je članom 36. stav 2. Ustava Republike Srbije, u okviru načela prava na pravno sredstvo, izričito predviđeno da „svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu“.

Odlaganje izvršenja osporenog upravnog akta u našem pravnom sistemu predstavlja jedinu meru koju Upravni sud može preduziti od svih mera koje su predviđene Preporukom o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnim stvarima Saveta Evrope.[49] Kao razlog za nepostojanje drugih mera privremene sudske zaštite u našem upravnom sporu navode se pre svega organizacioni razlozi (jednostepenost upravnog spora, ograničena nadležnost Vrhovnog kasacionog suda), a posebno priroda upravno sud-

[49] Recommendation Rec (89) 8, Principle III.

skog postupka, koja se bitno razlikuje od parničnog postupka, u kome je primena privremenih mera u mnogo većoj meri prisutna.[50]

Svakako da bi pravni položaj stranaka u upravnom sporu bio znatno bolji da je u konačnoj verziji Zakona o upravnim sporovima mesto našla i odredba o mogućnosti izricanja, na zahtev stranke, privremene mere kojom se do donošenja presude uređuje stanje povodom koga se vodi upravni spor (na primer, zaštita nekih ličnih prava tužioca, poput zaštite privatnosti ili porodičnog života i sl.). Ovom prilikom nije na odmet pomenuti da je takva mogućnost bila predviđena još Prednacrtom Zakona o upravnim sporovima iz decembra 2004. godine (član 20. stav 2), koji je prošao javnu i stručnu raspravu, dobio pozitivno mišljenje eksperata Saveta Evrope i kasnije predstavljao osnovu za izradu važećeg Zakona o upravnim sporovima iz 2009. godine. Neunošenje ovakve odredbe u tekst novog Zakona o upravnim sporovima, ne samo da ne ide u prilog jačanja pravnog položaja stranaka u upravnom sporu, već nije ni u skladu sa Preporukom o sudskoj kontroli upravnih akata Saveta Evrope.

5. Zaključno razmatranje

Pravni režim odlaganja izvršenja upravnih akta u upravnom sporu sadrži nekoliko novih elemenata koji značajno doprinose podizanju kvaliteta pravnog položaja stranaka. Među njima najvažniju novinu predstavlja uspostavljanje nadležnosti Upravnog suda da odlučuje o zahtevu tužioca za odlaganje izvršenja upravnog akta. Uspostavljanje sudske nadležnosti umesto dosadašnje nadležnosti organa uprave predstavlja značajan korak u poboljšanju položaja stranaka pri ostvarivanju prava u upravnim stvarima. Dosadašnja praksa je pokazala da su organi uprave povodom pokrenutog upravnog spora dozvoljavali odlaganje izvršenja samo upravnih akata koji nisu bili vezani za javni interes, što je faktički značilo samo u slučaju postojanja dvostranačkih upravnih stvari, koje su oduvek predstavljale pravu retkost u upravnom postupku. Za pravni položaj stranaka poseban značaj ima davanje prava stranci iz upravnog postupka, da se sa zahtevom za odlaganje izvršenja upravnog akta može obratiti Upravnom sudu i pre pokretanja upravnog spora. Danas stranka to može da učini uvek kada to zahteva hitnost predmeta ili kada je izjavljena žalba drugostepenom organu uprave koja nema odložno dejstvo, a postupak po žalbi još nije okončan. Navedene novine su rezultat usaglašavanja Zakona o

[50] Videti: Z. Tomić, Komentar Zakona o upravnim sporovima, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 391-392; K. Manojlović-Andrić, „*Mogućnosti određivanja privremenih mera u upravnim sporovima iz oblasti građevinskih i stambenih odnosa*“, Biltet sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, broj 2, 1999, str. 282-285.

upravnim sporovima sa propisanim standardima Saveta Evropa, i može se reći da su uređene na pravno zadovoljavajući način.

Bitan nedostatak u važećem pravnom režimu odlaganja izvršenja upravnih akta predstavlja izostanak pravnog sredstva protiv rešenja suda o zahtevu za odlaganje upravnog akta. Bez obzira na to što se takvo rešenje javilo kao posledica jednostepenosti upravnog spora, koja je bila nametnuta prethodno donetim Zakonom o uređenju sudova kojim je predviđeno postojanje samo jednog Upravnog suda, pri izradi Zakona o upravnim sporovima se ipak moralo voditi računa da je u ovom slučaju reč o ustavnom pravu građana na pravno sredstvo. Pored toga, izvestan nedostatak u novom Zakonu o upravnim sporovima predstavlja i izostavljanje drugih vrsta privremenih mera, a posebno mere za privremeno uređenje stanja, čime je donekle odstupljeno od standarda propisanih Preporukom o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnim stvarima Saveta Evrope.

Bez obzira na ove i ostale u radu spomenute nedostatke, ipak se sa puno osnova može zaključiti da je novim Zakonom o upravnim sporovima stvoren solidan pravni osnov za dalje jačanje prava stranaka u pogledu odlaganja izvršenja upravnih akata čija je zakonitost osporena ne samo u upravnom sporu, već i u upravnom postupku. Nakon nedavne zakonodavne reforme upravnog spora, sada je najveća obaveza na novoformiranom Upravnom sudu da kroz doslednu praksu ostvari i faktički pomak u realizaciji ovog veoma važnog vida sudske zaštite stranaka, u odnosu na prethodni period, kada su zahtevi za odlaganje izvršenja upravnih akata u vezi sa pokrenutim upravnim sporom od strane organa uprave bili retko prihvatani.

Zoran Lončar, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Postponement of Execution of the Administrative Act in Administrative Dispute

Abstract

The newly established legal regime postponement of execution administrative acts in an administrative dispute, contains a number of elements that significantly contribute to raising quality of the legal position of parties in administrative matters. One of the most important innovation is the establishment of an administrative court jurisdiction to decide on the request of the Prosecutor for a stay of execution of an administrative act challenged in administrative proceedings, particularly against administrative acts which appealed the appellate administrative body that has no suspensive effect. Regardless of some defects that can be seen in the legal regime of postponement of the execution of administrative decisions in administrative proceedings, which are related mainly to the lack of a legal remedy against a court decision on the request for stay of execution of administrative acts and the inability to use temporary measures in the administrative proceedings, with a lot of basis, however, it could be concluded that the new Law on Administrative Disputes created more than a solid legal basis for further promotion of legal security of the parties in administrative matters.

Key words: administrative dispute, postponement of execution of administrative acts, provisional measures in the administrative dispute, judicial control of administration.

Originalni naučni rad 349.42:329(497.1)
doi:10.5937/zrpfns46-2596

Dr Gordana Drakić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

O STAVU DEMOKRATSKE STRANKE U KRALJEVINI SRBA, HRVATA I SLOVENACA PREMA AGRARNOJ REFORMI*

Sažetak: *Jedno od najvažnijih pitanja u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca bilo je organizovanje i sprovođenje agrarne reforme. Agrarna reforma je predstavljala kompleksnu državnu meru koja je imala ekonomski, socijalni i politički aspekt. Sve građanske političke partije izjasnile su se za sprovođenje agrarne reforme, vođene pri opredeljivanju razlozima političke prirode. Demokratska stranka bila je jedna od najuticajnijih političkih stranaka u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca. U radu je ukazano na osnovna shvatanja u pogledu sprovođenja agrarne reforme i vođenja agrarne politike koja je zastupala Demokratska stranka.*

Ključne reči: *agrarna reforma, Demokratska stranka, političke stranke Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca*

Jedno od osnovnih društvenih pitanja u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca čije rešavanje je bilo neophodno obezbediti, bilo je pitanje sprovođenja agrarne reforme. Društvene snage u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca grupisale su se, između ostalog, i s obzirom na stav u pogledu obima i načina sprovođenja agrarne reforme. Naime, Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca bila je izrazito agrarna država u kojoj je velika većina stanovništva živela od poljoprivrede, zasnovane na različitim vlasničkim i proizvodnim odnosima, te je jasno da je broj ljudi neposredno zainteresovanih za njeno sprovođenje bio izuzetno veliki.

* Rad je nastao kao rezultat naučnog angažovanja na projektu: „Teorijski i praktučni problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“.

S obzirom na to da je agrarna reforma predstavljala veoma važan, ali istovremeno osetljiv segment, državne politike u procesu izgradnje unutrašnje organizacije Kraljevine SHS, ona je „... od prvog dana iskorišćavana kao sredstvo za smirivanje socijalnih sukoba na selu, a samim tim i kao oblik političke borbe za osvajanje glasova, pridobijanje određenih slojeva i čuvanje stranačkih pozicija“.[1]

Osobenost političkog života u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca predstavljalo je postojanje velikog broja političkih stranaka. Međutim, većina političkih stranaka imala je regionalni karakter, pa je, shodno tome, njihovo delovanje, a samim tim, i njihov uticaj bio teritorijalno ograničen. Već na prvim izborima u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca u novembru 1920. godine, održanim radi izbora poslanika za Ustavotvornu skupštinu, uzelo je učešća preko četrdeset različitih političkih stranaka i grupa. Sasvim je razumljivo da je među njima bilo i takvih stranaka koje su zaista bile politički „efemerne“.[2]

Samo je, dakle, manji broj političkih stranaka svojom organizacijom i delovanjem „pokrivao“ čitavu državnu teritoriju Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. To su bile: Demokratska stranka, Komunistička partija, Jugoslovenska socijalno-demokratska stranka i Narodna Radikalna stranka.

Osnova za koncentraciju pojedinih političkih stranaka u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca, predstavljali su njihovi stavovi o najvažnijim pitanjima koja su se ticala stvaranja zajedničke jugoslovenske države i izgradnje njene unutrašnje organizacije. Upravo stoga je većina političkih partija unela u svoje programske osnove i gledišta o agrarnoj reformi.

Vođene, pre svega, razlozima izrazito političke prirode sve građanske političke partije izjasnile su se za rešenje agrarnog problema putem sprovođenja agrarne reforme inaugurisane donošenjem *Prethodnih odredaba za sprovođenje agrarne reforme* 25. februara 1919. godine.[3] To je bilo, može se reći, opšte političko izjašnjavanje za preraspodelu zemljišnog fonda u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca u korist bezemljaškog i siromašnog seljaštva, zbog političke koristi koja je trebalo da usledi pridobijanjem seljaštva.[4]

---

[1] B. P e t r a n o v i ć, *Istorija Jugoslavije 1918-1988,* Beograd 1988, I, 62.

[2] Kao što su npr. bile: *Kirajdžijska stranka*, *Invalidska stranka*, *Stranka složnih Hrvata*; kako je ukazao F. Č u l i n o v i ć, *Jugoslavija između dva rata I*, Zagreb 1961, 258.

[3] *Prethodne odredbe za pripremu agrarne reforme*, *Službene Novine Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca* br. 11 od 27. februara 1919. godine. Donošenje ovog propisa ujedno je označilo formalno otpočinjanje komplikovanog i dugog procesa sprovođenja agrarne reforme u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca.

[4] Tako: N. G a ć e š a, *Agrarni programi građanskih političkih partija u Jugoslaviji između dva svetska rata*, u zbirci radova istog autora *Radovi iz agrarne istorije i demografije*, Novi Sad 1995, 127-128.

U daljem tekstu izložićemo u osnovnim crtama odnos Demokratske stranke prema problemu agrarne reforme, koja je, kako smo rekli, bila politička stranka sa uticajem na čitavoj državnoj teritoriji, a s obzirom na svoju političku snagu učestvovala je u vlasti, odnosno kreiranju i vođenju državne politike.

Osnivačka konferencija Demokratske stranke održana je u Sarajevu 15. i 16. februara 1919. godine. Na njoj je uzelo učešća više političkih stranaka i grupa sa područja Hrvatske, Slovenije, Dalamacije, Vojvodine, kao i skoro sve grupe iz Bosne i Hercegovine. Nakon osnivanja Demokratska stranka predstavljala je dominantnu političku snagu u Privremenom narodnom predstavništvu, te je 1. marta 1919. godine, kada se to telo sastalo, obrazovan Demokratski klub iz Hrvatske i Slavonije, Slovenije, Bosne i Hercegovine, Dalmacije i Istre.[5] Nakon toga, početkom aprila iste godine, došlo je do fuzije Demokratskog kluba sa poslaničkim klubom Samostalne radikalne stranke i Naprednjačke stranke potpisivanjem jedne programske deklaracije. Posle pretresanja i odobrenja tog akta u klubu Nacionalne (Liberalne) stranke i ona se potpisivanjem deklaracije integrisala u novostvorenu političku stranku.[6]

U Demokratskoj stranci su se, kada je reč o agrarnoj reformi, od njenog osnivanja izdiferencirale dve grupe sa različitim pogledima na tu značajnu državnu meru. Za jednu tzv. prečansku grupu, to je bila mera od prvorazrednog značaja i to ne samo trenutno radi učvršćenja novog državnog poretka, već i za ostvarenje socijalnog mira, unapređenje poljoprivredne proizvodnje, stvaranje ekonomske baze za demokratiju i jačanje slovenskog elementa u krajevima kojima je pretila opasnost od denacionalizacije.[7]

Stavovi o agrarnoj reformi tzv. prečanske grupe unutar Demokratske stranke, imali su teorijsku zasnovanost u češkom učenju o agrarizmu koji se izražavao u tvrdnjama da snaga jednog društva i naroda zavisi od stabilnosti seljačkog poseda, te da se pojam moći u državi podudara sa pojmom svojine na zemlji. Poznati češki pobornik agrarne reforme i premijer Antonin Švehla (Antonín Švehla), čija je uverenja pomenuta grupa političara sledila, iz navedene osnovne premise izvodio je dalje zaključke: da izgradnja stabilne demokratske države podrazumeva oduzimanje zemlji-

[5] „Demokratski klub je funkcionisao kao stranački forum i od njega je išla inicijativa za organizovanje stranke. Prema tome, prvi organizam stranke su 82 poslanika za koje se ne može reći da su imali iza sebe mase. Radilo se više o jednoj političkoj orijentaciji a ne o organizovanju masa“, B. G l i g o r i j e v i ć, *Demokratska stranka i politički odnosi u Kraljevini, Srba, Hrvata i Slovenaca*, Beograd 1970, 57.

[6] Isto, 68.

[7] M. E r i ć, *Agrarna reforma u Jugoslaviji 1918-1941 god*, Sarajevo 1958, 196.

šta plemstvu u čijoj se svojini tokom istorijskih događaja stekla, i njeno vraćanje narodu kome pripada i kome je bila oteta.[8]

Pod uticajem „prečanske grupe" cela Demokratska stranka zauzela je stav prema agrarnoj reformi. Taj stav iznet je u nacrtu njenog programa koji je objavljen 1920. godine. Kao prvo načelo u programu istaknuto je da Demokratska stranka smatra izvršenje agrarne reforme i regulisanje agrarnih odnosa kao bitan deo nacionalnog programa oslobođenja i ujedinjenja. Demokratska stranka proklamuje načelo da za ukinuto feudalno pravo ne pripada nikome nikakva odšteta. Međutim, obziri socijalne pravde i državni interesi zahtevaju da država na sebe uzme brigu o licima čija bi egzistencija gubitkom feudalnih prava bila dovedena u pitanje. Takođe, stranka, podržava da se kao sa feudima ima postupiti i sa onim feudalnim dobrima koja su u skorije vreme dobila modernizovani oblik svojine, a u suštini su čisto feudalnog karaktera.[9]

Na osnovu toga, može se zaključiti da je Demokratska stranka zauzimala radikalnije stanovište kada se radilo o feudalnim posedima od onog koji je bio propisan u *Prethodnim odredbama za pripremu agrarne reforme.* Međutim, u navedenom programu stranke nisu bili pomenuti kapitalistički veliki posedi kao objekat agrarne reforme. Neodređenost u stavu prema velikim kapitalističkim posedima bila je namerno unesena, ali rad stranke u vezi sa agrarnom reformom pokazao je da se načelo prema kojem zemlja treba da pripadne zemljoradnicima, shvatalo veoma široko. Naime, tako da ne ugrožava interese veleposednika kapitaliste. Stav stranke prema agrarnoj reformi predstavljao je, u suštini, rezultat kompromisa između raznih struja i shvatanja.[10]

Najznačajniji teoretičar agrarnog problema u Demokratskoj stranci, ali i u međuratnoj jugoslovenskoj državi, bio je Slavko Šećerov. Istaknuti prečanski demokrata, 1919. godine postao je glavni agrarni poverenik za područje Bačke i Banata. Pored toga vršio je dužnost poslanika u Ustavotvornoj skupštini, a za poslanika je biran i na izborima održanim 1923, 1925 i 1927. godine.[11]

Šećerov je još u junu mesecu 1919. godine u *Demokratiji*, centralnom glasilu stranke, objavio članak pod nazivom *Za agrarnu reformu* u kojem je istakao da se smisao agrarne reforme sastoji u stvaranju takvih ekonom-

---

[8] O. von F r a n g e š, *Die sozialökonomische Struktur der jugoslawischen Landwirtschaft*, Berlin 1937, 160.

[9] N. G a ć e š a, nav. delo, 147.

[10] Isto, 148. Tako i M. E r i ć, nav. delo, 198-199.

[11] S. S t a n o j e v i ć, *Narodna enciklopedija srpsko-hrvatsko-slovenačka*, Zagreb 1925, IV, 991.

skih odnosa koji će omogućiti pravednu raspodelu zemljišta na osnovu principa rada. Agrarna reforma bila je potrebna, po njegovim rečima, sa državnog gledišta jer bi konsolidovala državu, ali i da bi se povećala produktivna moć društva. Put za ostvarenje navedenih ciljeva bila je predaja zemljišta u posed onome ko je obrađuje. Usledio je, zatim, članak *Privatna svojina i agrarna reforma* u kome se autor zalagao za ograničenje privatne svojine. Naime, on je istakao da duh vremena ne priznaje neograničeno pravo na privatnu svojinu i da to nije karakteristično samo za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca, već za čitav civilizovani svet: „Otkuda da mi to ne tražimo gde 9/10 našeg naroda živi od poljske privrede? Zar da napustimo blagostanje stotine hiljada naših seljaka, samo zato da bi nekoliko stotina degenerisanih velikih posednika blagovalo?“.[12]

Šećerov je i u nizu drugih napisa analizirao osnovne probleme u sprovođenju agrarne reforme i predlagao napredna rešenja. U njegovim člancima dosledno su bila izneta osnovna shvatanja agrarne politike koju je zastupala Demokratska stranka, a to je bilo stvaranje sitnih seljačkih poseda i određeno ograničenje svojine u domenu velikih zemljišnih poseda. On se, takođe, zalagao za obeštećenje vlasnika zemljišnih poseda koji su bili pod udarom agrarne reforme. Potrebu sprovođenja te značajne državne mere objašnjavao je dalekosežnim interesima i ciljevima kako Demokratske stranke čiji je istaknuti bio član, tako i društva u celini.

Pored toga, Slavko Šećerov je, u svojim člancima, vrlo jasno i često isticao da je Demokratska stranka bila zagovornik i nosilac progresivnih težnji, dok je, s druge strane, Radikalna stranka imala konzervativne tendencije u pogledu sprovođenja agrarne reforme.

Zasluge Demokratske stranke na polju sprovođenja agrarne reforme naglašavao je i Juraj Demetrović, još jedan njen istaknuti član, poslanik u Narodnoj skupštini Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca i potonji ministar poljoprivrede. Demetrović je isticao odlučujuću ulogu koju je Demokratska stranka imala u procesu sprovođenja agrarne reforme u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca. Prema njegovim rečima: „Bilo je dakle očito već na prvom koraku, da će se oko agrarne reforme morati voditi teška borba. I doista, u tu borbu morali su ući demokrati, te uopće bez demokrata i njihove odlučne borbe za agrarnu reformu ne bi ni bilo nikakve agrarne reforme.“....„Demokratska je stranka pokazala svojim djelima u agrarnoj reformi, da joj je interes naroda iznad svega, pa je radije dopustila da iz-

[12] *Demokratija* od 7. juna 1919. i 2. jula 1919. godine. Detaljnije o člancima dr Šećerova u S. Š e ć e r o v, *Istorija jugoslovenske agrarne reforme i agrarnog zakonodavstva od 1919. do 1934. godine*, ROMS M. 14029, 122-130.

gubi svoje stare pristaše među veleposjednicima... nego da se iznevjeri narodu, koji zemlju traži.“[13]

Demokratska stranka držala je, sa manjim prekidima, portfelj Ministarstva za agrarnu reformu od aprila 1919, pa sve do izbora za Ustavotvornu skupštinu koji su održani u novembru 1920. godine. U tom periodu donesen je čitav niz uredaba od velikog značaja za sprovođenje agrarne reforme. Zahvaljujući njenom uticaju u vlasti u tom periodu, otpočelo je, kako se pokazalo, pravovremeno sprovođenje agrarne reforme što je imalo presudnu ulogu u paralisanju seljačkih pokreta za samovlasnim oduzimanjem zemljišta velikih poseda i smirivanju, može se reći, revolucionarnog raspoloženja na selu.

Ekonomsko-socijalni program Demokratske stranke jasno je naglašavao potrebu za radikalnim rešenjem agrarnog problema, koji bi za cilj imao stvaranje stabilnog sitnog seljačkog poseda, koji je trebalo da predstavlja osnovu za brži privredni i društveni razvoj. Demokratska stranka polazila je, u svom programu, od načela privatne svojine i privatne inicijative kao osnove na kojoj počiva kapitalističko društvo, ali pri tom je isticana potreba postojanja izvesnih opravdanih, zakonski ustanovljenih, ograničenja u cilju zaštite ekonomski slabijih pripadnika društva.[14] To je kao krajnji cilj trebalo da obezbedi društvenu stabilnost, odnosno predupređenje socijalnih potresa.

Međutim, nakon izvršenih izbora za Konstituantu, Demokratska stranka je Ministarstvo za agrarnu reformu „ustupila“ Radikalnoj stranci koja je, u međuvremenu, došla do spoznaje o tome da je višestruko važno imati pomenuti resor pod svojom kontrolom. Radikalna stranka je „zadržala“ Ministarstvo za agrarnu reformu sve do polovine 1925. godine.

Ustupanje rukovođenja Ministarstvom za agrarnu reformu Radikalnoj stranci Slavko Šećerov objasnio je činjenicom da su vođstvo Demokratske stranke i njen poslanički klub, krajem 1920. godine smatrali da je donošenje prvog ustava za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca u tom trenutku bilo najpreča briga i najvažniji zadatak koji je trebalo izvršiti.[15]

S druge strane, svakako treba uzeti u obzir argumentovanu, i po našem mišljenju ispravnu, tvrdnju Nikole Gaćeše da je Demokratska stranka nakon postignutog uspeha na izborima izgubila dotadašnji interes i potrebu da se u pređašnjoj meri angažuje po pitanju sprovođenja agrarne reforme.[16]

---

[13] J. D e m e t r o v i ć, *Agrarna reforma i Demokratska stranka*, Zagreb 1920, 12. i 60.

[14] S. Š e ć e r o v, *Ekonomski program i smernice Jugoslovenske demokratske stranke*, Zagreb 1925, 9, 429-432.

[15] S. Š e ć e r o v, nav. delo, 147.

[16] Videti: N. G a ć e š a, nav. delo, 150.

Naime, demokrati su očekivali da će preduzimanje ekonomsko-socijalnih reformi u državi i, kroz odgovarajuću legislativu, obezbeđena zaštita malih posednika, u krajnjoj liniji rezultirati i postizanjem društvene stabilnosti u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca. Kako to, međutim, u periodu koji smo napred naveli, nije bilo postignuto, Demokratska stranka je na svom prvom kongresu održanom 1921. godine „donela odluku da u svojoj aktivnosti ekonomsko-socijalna pitanja potisne u drugi plan, angažujući se više u borbi na rešavanju državno-pravnih. Ta orijentacija pravdana je potrebom da se „osigura državno i narodno jedinstvo", jer bi navodno, revizija ustava dovela u pitanje i rešavanje ekonomsko-socijalnih problema".[17]

Unutar Demokratske stranke, kako je već rečeno, bile su koncentrisane raznorodne političke grupe koje su joj onemogućavale „izgrađivanje jedinstvene i trajne političke ideologije i utvrđivanje jedinstvenog političkog pravca. Zavisno od određenog političkog položaja i delovanja spoljnih faktora, u stranci je preovlađivao uticaj ove ili one političke grupe, ali nikad toliko jako da se ne osete i uticaji drugih grupa. Rezultat toga su bili dosta neodređeni, mlaki, kompromisni i kolebljivi stavovi koje je izražavalo vođstvo u političkoj akciji i političkoj borbi".[18]

Iz navedenog jasno proizlazi da su raznorodne političke grupe u Demokratskoj stranci imale različita mišljenja o problemu agrarne reforme. Demokrati iz Srbije pružali su podršku tzv. „prečanskoj grupi" u njihovom radu i nastojanjima, ali se sami nisu angažovali na sprovođenju agrarne reforme. Različit stav ovih grupa, između ostalog i prema agrarnom problemu, pokazao se jasno 1924. godine, kada se veći deo grupe „prečana", tzv. Pribićevićeva grupa, odvojio i formirao Samostalnu demokratsku stranku. Nakon toga, Demokratska stranka je, skoro potpuno, zanemarila program socijalnih reformi, pa tako i agrarni problem kao njegov značajan deo.

---

[17] B. G l i g o r i j e v i ć, *Parlament i političke stranke u Jugoslaviji (1919-1929)*, Beograd 1979, 322-323.

[18] B. G l i g o r i j e v i ć, *Demokratska stranka i politički odnosi u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca*, Beograd 1970, 79

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

On the Position of the Democratic Party of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes on the Agrarian Reform

Abstract

One of the most important issues in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes was the process of the agrarian reform. The agrarian reform was a complex state measure with an economic, social and political aspect.

All political parties, due to political reasons, spoke in favor of the resolution of the agrarian issue through agrarian reform. Political parties kept in mind the large number of those individuals interested in the agrarian reform, as well as the fact that majority of the voters were farmers, when they formulated their position towards the reform.

The Democratic Party was one of the most influential political party in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes. The paper presents the basic concepts related to the agrarian reform and agricultural policy in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes that represented the Democratic Party.

Key words: agrarian reform, political parties, Democratic party, Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes.

Originalni naučni rad 347.65(497.1)
doi:10.5937/zrpfns46-2594

Dr Jelena Vidić Trninić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ZAKON KAO PRAVNI OSNOV POZIVANJA NA NASLEĐIVANJE NA PROSTORU BIVŠE SFRJ (Slovenija, Hrvatska, Makedonija, Crna Gora, Republika Srpska)[1]

Sažetak: *Kao svojevrstan nastavak prethodnog rada u kojem smo ukazali na specifičnosti u pravnoj regulativi zakonskog nasleđivanja u bivšim socijalističkim zemljama, ovaj rad za predmet svog istraživanja ima pravnu regulativu zakona kao pravnog osnova pozivanja na nasleđivanje u ostalim zemljama Evrope, konkretno u zemljama bivše SFRJ. Naime, zemlje koje se nalaze u našem neposrednom okruženju (Slovenija, Hrvatska, Makedonija i Crna Gora), neizostavno se nameću u uporednopravnom prikazu zakonskog nasleđivanja, u prilog čega govori dug period zajedničkog razvijanja naslednog prava, kao i potreba da se jasno uoče sličnosti i eventualne razlike u pogledu predmeta našeg interesovanja, u pravima ovih zemalja nakon raspada SFRJ. Sastavni deo ovog uporednopravnog prikaza predstavlja i pravo Republike Srpske, kao entitet Bosne i Hercegovine, o čijem značaju u pogledu predmeta našeg istraživanja, govore kako argumenti izneti u prilog neophodnosti analize zakonskih rešenja susednih nam zemalja, tako i činjenica da u ovom pravnom entitetu živi srpski narod.*

Uporednopravni metod, koji je korišćen u ovom istraživanju, omogućio je uočavanje razlika, ali i zajedničkih rešenja i opštih pravnih principa, kojima se ova grupa zakonodavstava Evrope rukovodi prilikom normiranja redovnih pravila zakonskog nasleđivanja.

[1] Rad je posvećen projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava“ (EU i Srbija).

Ključne reči: *srodnici, potomci, preci, pobočni srodnici, supružnik, vanbračni partner, zakonski nasledni deo.*

1. Uopšte o srodstvu, braku i vanbračnoj zajednici kao pravno relevantnim činjenicama u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja

Prema svim zakonima ove grupe prava – Zakonu o nasleđivanju Slovenije iz 1976. godine (izmenjenog i dopunjenog 2001. godine),[2] Zakonu o nasljeđivanju Hrvatske,[3] Zakonu o nasleđivanju bivše jugoslovenske Republike Makedonije,[4] Zakonu o nasljeđivanju Crne Gore[5] kao i Zakonu o nasljeđivanju Republike Srpske,[6] pravno relevantne činjenice u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja predstavljaju činjenice srodstva i bračne veze. Pored navedenih činjenica, u većini prava ove grupe zemalja, kao što su prava Hrvatske, Slovenije i Crne Gore, pravno relevantnu činjenicu u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja predstavlja i vanbračna zajednica između partnera različitog pola, a u pravu Slovenije još i vanbračna zajednica između partnera istog pola.

Pravno relevantne vrste srodstva na kojima su zasnovana pravila zakonskog nasleđivanja u svim spomenutim zakonodavstvima predstavljaju krvno i adoptivno srodstvo, ali ne i tazbinsko srodstvo. Unutar krvnog srodstva, ni u jednom od njih ne pravi se razlika između bračnog i vanbračnog srodstva, tako da su vanbračni srodnici u naslednopravnom smislu potpuno izjednačeni sa bračnim srodnicima.[7] Treba napo-

---

[2] Zakon o izmenama i dopunama Zakona o nasleđivanju SR Slovenije iz 1976. godine, („Uradni list SR Slovenije“, br. 15/76;), donet je 2001. godine, „Uradni list RS", br. 67/2001; (u daljem tekstu, prilikom pozivanja na naslednopravne propise u ovom pravu, praviće se razlika između neizmenjenih odredaba ZON-a Slovenije i onih koje su obuhvaćene izmenama i dopunama ovog zakona). Tekst zakona videti na internet adresi: - http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=200167&stevilka=3565.

[3] Zakon o nasljeđivanju Hrvatske donet je 2003. godine, „Narodne novine", br. 48/2003; (u daljem tekstu ZON Hrvatske). Tekst zakona videti na internet adresi: - http://www.poslovniforum.hr/zakoni/z_naslj01.asp.

[4] Zakon o nasleđivanju bivše jugoslovenske Republike Makedonije donet je 1996. godine, „Službeni vesnik na Republika Makedonija", br. 47/96; (u daljem tekstu ZON Makedonije). Tekst zakona videti na internet adresi: http://www.mlrc.org.mk/cd.htm.

[5] Zakon o nasljeđivanju Crne Gore donet je 2008. godine, „Službeni list Crne Gore”, br. 74/2-008; (u daljem tekstu ZON Crne Gore). Tekst zakona videti na internet adresi: http://www.sllistcg.me/PravniAktDetalji.aspx?tag={4E8FCC1E-3A73-40C4-B53E-45BFE22B9AF6}

[6] Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske donet je 2009. godine, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 1/2009; (u daljem tekstu ZON Republike Srpske). Tekst zakona videti na internet adresi: http://www.scribd.com/doc/52021312/Zakon-o-Nasledjivanju-RS-1-09.

[7] V. čl. 4. st. 2. ZON-a Slovenije, čl. 21. ZON-a Hrvatske (Ustavni sud Hrvatske je Odlukom broj U-I-11/1993, U-I-904/1995, od 24.05.2000. godine („Narodne novine“, br.

menuti da se u pravu Makedonije određena lica, koja se nalaze u zakonom predviđenim odnosima, između ostalog i u tazbinskim odnosima (pastorci i maćeha i očuh, snaha i svekar i svekrva, kao i zet i tašta i tast, dakle, srodnici koji se nalaze u prvom stepenu prave linije tazbinskog srodstva) ili u krvnim odnosima (u ovu kategoriju spadaju bilo koji krvni srodnici ostavioca, nezavisno od toga da li uopšte ulaze u krug potencijalnih zakonskih naslednika predviđenih pravom ove zemlje),[8] pod zakonom predviđenim uslovima mogu uzajamno nasleđivati. Jedan od osnovnih uslova za ostvarivanje ovog prava odnosi se na postojanje trajne zajednice života između ovih lica, tako da ona zapravo predstavlja samostalan osnov zakonskog nasleđivanja u ovom pravu, a ne tazbinsko ili krvno srodstvo. Pod trajnom zajednicom života podrazumeva se ona koja je trajala neprekidno najmanje pet godina, računajući unazad od momenta smrti ostavioca.[9]

Zakonski nasledni red, koji je u svim posmatranim pravima formulisan pod pretpostavkom postojanja krvnog srodstva, trpi ponekad manja ili veća odstupanja kada se radi o adoptivnom srodstvu. U jednom broju važećih porodičnopravnih zakonodavstava ove grupe prava, kao što su Zakon o braku i porodičnim odnosima Slovenije[10] i Obiteljski zakon Hrvatske,[11] potpuno usvojenje predstavlja jedini vid usvojenja, dok u ostalim

---

56/00), ukinuo je kao neustavne odredbe stava 3. i ceo stav 4. čl. 23. bivšeg Zakona o nasleđivanju Hrvatske, koji su vanbračnu decu u pogledu zakonskog nasleđivanja stavljali u neravnopravan položaj), čl. 4. st. 1. ZON-a Makedonije, čl. 4. st. 1. ZON-a Crne Gore, kao i čl. 4. st. 1. ZON-a Republike Srpske.

[8] Ovakav zaključak nameće ponajpre kvalifikacija, koja je u ZON-u Makedonije data u pogledu odnosa hranjeništva, s obzirom na to da je zakonsko nasleđivanje u slučaju postojanja trajne zajednice života moguće i između hranioca i hranjenika, gde se navodi da se pod hranjenikom ima podrazumevati lice koje je neko drugo lice – hranilac, uzeo kod sebe da ga čuva i da ga smatra kao svoje, ali ga nije usvojilo (čl. 29. st. 1., kao i st. 4. ZON-a Makedonije). Dakle, radi se o odnosu hranjeništva u klasičnom smislu reči, pri čemu je bez značaja da li su hranjenik i hranilac srodnici i ako jesu, koje su vrste i kog stepena srodstva. Videti u navedenom smislu: Borislav T. Blagojević: Borislav T. Blagojević: Nasledno pravo u Jugoslaviji – prava republika i pokrajina, Beograd, 1988., str. 169-170.; Kiril Čavdar: Komentar na zakonot na nasleduvanjeto, Skoplje, 1996., str. 66.

[9] V. čl. 12. st. 4. i čl. 29. st. 1. i st. 3. ZON-a Makedonije. U teoriji se navodi da je do uvođenja navedene međukategorije naslednika u pravo Makedonije došlo sa ciljem da se ispravi krutost šeme parentelarno-linearnog sistema, kada on ne odgovara životnim okolnostima i bliskosti između lica, na kojima se ovaj sistem zasniva. V. Kiril Čavdar: op. cit., str. 66.

[10] Zakon o braku i porodičnim odnosima Slovenije donet je 1976. godine, „Uradni list SR Slovenije“, br. 15/76; Prečišćeni tekst ZBPO-a Slovenije („Uradni list RS“, br. 69/04) videti na internet adresi: http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=200469&stevilka=3093.

[11] Obiteljski zakon Hrvatske donet je 2003. godine, „Narodne novine“, br. 116/03. Tekst zakona videti na internet adresi: http://www.poslovniforum.hr/zakoni/obiteljski_zakon.asp.

zakonodavstvima, kao što su Zakon o porodici Makedonije[12], Porodični zakon Crne Gore[13], kao i Porodični zakon Republike Srpske,[14] uz mogućnost zasnivanja potpunog usvojenja, paralelno postoji i mogućnost zasnivanja nepotpunog usvojenja. Međutim, i u spomenutim pravima u kojima više ne postoji mogućnost zasnivanja nepotpunog usvojenja, može se govoriti o odgovarajućem naslednopravnom položaju adoptivnih srodnika iz ovakvog vida usvojenja. Ovde se imaju u vidu već zasnovana nepotpuna usvojenja, pre početka primene važećih porodičnopravnih propisa ovih zemalja, kojima se predviđa isključivo mogućnost zasnivanja potpunog usvojenja. U pogledu nepotpunih usvojenja će se i dalje primenjivati odgovarajući naslednopravni propisi, kojima su normirana dejstva ovog vida usvojenja.[15]

Kada je reč o naslednopravnim dejstvima potpunog usvojenja, važećim naslednopravnim propisima Hrvatske predviđeno je pravilo prema kojem usvojilac i njegovi srodnici, kao i usvojenik i njegovi potomci stiču međusobno pravo zakonskog nasleđivanja,[16] a naslednopravnim propisima

---

[12] Zakon o porodici Makedonije donet je 2004. godine, „Službeni vesnik na RM“, br. 83/2004. Tekst zakona videti na internet adresi: http://www.mlrc.org.mk/cd.htm.

[13] Porodični zakon Crne Gore donet je 2007. godine, „Službeni list SRCG“, br. 1/2007. Tekst zakona videti na internet adresi: http://www.sllistcg.me/PravniAktDetalji.aspx?tag={79054F65-3C37-4FC8-912B-49704386C652}.

[14] Porodični zakon Republike Srpske donet je 2002. godine, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 54/2002. Tekst zakona videti na internet adresi: http://www.pandorasbox.rs/bih/wp-content/uploads/2011/03/Porodični-zakon-Republike-Srpske.pdf.

[15] Tako je u prelaznim i završnim odredbama ZON-a Slovenije, u čl. 228. st. 2., predviđeno da će se u pogledu naslednih prava adoptivnih srodnika iz nepotpunih usvojenja, zasnovanih po ranijim propisima (po propisima Zakona o usvojenju iz 1947. godine), primenjivati odredbe SZON-a iz 1955. godine, koji je važio u ovoj zemlji pre donošenja ZON-a iz 1976. godine (izmenjenog i dopunjenog 2001. godine), kao što je i u čl. 227. ZBPO Slovenije predviđeno da se na usvojenja zasnovana po dosadašnjim propisima ove zemlje primenjuju ti propisi, a ovo ne važi jedino onda kada je usvojenje koje je zasnovano po ranijim propisima promenjeno u usvojenje koje predviđa postojeći ZBPO Slovenije (u potpuno usvojenje), što je moguće ukoliko su za to ispunjeni uslovi predviđeni u ZBPO Slovenije. Zakonska nasledna prava adoptivnih srodnika iz roditeljskih (nepotpunih) usvojenja, zasnovanih po starom Obiteljskom zakonu Hrvatske iz 1998. godine („Narodne novine“, br. 162/98), kada je do otvaranja nasleđa došlo nakon stupanja na snagu novog Obiteljskog zakona, uređuju se odredbama ZON-a iz 2003. godine, s obzirom na to da je u čl. 361. st. 2. novog Obiteljskog zakona Hrvatske predviđeno da se danom primene ovog zakona ne menjaju prava i dužnosti stečena po prethodnim propisima.

[16] V. čl. 22. st. 1. ZON-a Hrvatske. Spomenućemo da sadržaj odredaba novog Obiteljskog zakona Hrvatske iz 2003. godine, koji uređuje nasleđivanje koje nastaje srodničkim (potpunim) usvojenjem, odgovara gore spomenutom sadržaju odredaba ZON-a Hrvatske, koje uređuju nasleđivanje u slučaju srodničkog (potpunog) usvojenja, s tim što je novim Obiteljskim zakonom Hrvatske priznato pravo međusobnog nasleđivanja usvojeniku i njegovim potomcima, te usvojiocu, njegovim krvnim srodnicima i srodnicima po usvojenju (dakle, u krug zakonskih naslednika ušli su i srodnici po usvojenju – v. čl. 148.

Slovenije, pravilo prema kojem usvojenik, kao i njegovi potomci, imaju prema usvojiocu i njegovim srodnicima ista nasledna prava koja imaju i usvojiočeva deca i njihovi potomci, kao što i usvojilac i njegovi srodnici imaju zakonska nasledna prava prema usvojeniku.[17] Identična naslednopravna dejstva potpunog usvojenja predviđena su i Zakonima o nasleđivanju Makedonije, Crne Gore i Republike Srpske, kojima je predviđeno da je prilikom nasleđivanja srodstvo zasnovano potpunim usvojenjem izjednačeno sa krvnim srodstvom.[18] U svim navedenim pravima, zasnivanjem potpunog usvojenja istovremeno prestaju zakonska nasledna prava usvojenika i njegovih potomaka prema njihovim krvnim srodnicima, kao i krvnih srodnika prema usvojeniku i njegovim potomcima.[19] Od ovog pravila postoje izuzeci u slučajevima kada se kao usvojilac javlja supružnik roditelja deteta. Tada će dete zadržati nasledna prava i prema svom roditelju i njegovim krvnim srodnicima, kao što će, s druge strane i roditelj i njegovi krvni srodnici zadržati zakonska nasledna prava prema ovakvom usvojeniku.[20]

---

st. 1-2. Obiteljskog zakona Hrvatske). U teoriji se navodi da spomenute odredbe novog Obiteljskog zakona u pogledu uređivanja međusobnih zakonskih naslednih prava nastalih zasnivanjem srodničkog (potpunog) usvojenja po novom Obiteljskom zakonu, imaju prednost u odnosu na gore spomenute odredbe ZON-a koje regulišu nasledna prava adoptivnih srodnika iz ovog vida usvojenja, obrazloženo time da je Obiteljski zakon *lex specialis*, a uz to je i kasnije donet i ranije se počeo primenjivati od ZON-a Hrvatske. Pored toga, navodi se da bi i na međusobno nasleđivanje adoptivnih srodnika iz srodničkih (potpunih) usvojenja zasnovanih po starom Obiteljskom zakonu iz 1998. godine, a gde je do otvaranja nasleđa došlo nakon stupanja na snagu novog Obiteljskog zakona, trebalo primenjivati odredbe novog Obiteljskog zakona. V. u tom smislu: J. Crnić, M. Dika, B. Hrvatin, O. Jelčić, T. Josipović, Z. Koharić, J. M. Ruždjak: Novo nasljednopravno uređenje, Zagreb, 2003., str. 8. i 38-40. (Napomena: iz razloga prethodno navedenih, prilikom razmatranja naslednopravnog položaja adoptivnih srodnika iz potpunog usvojenja, u daljem tekstu postoji pozivanje kako na odgovarajuće zakonske odredbe Obiteljskog zakona iz 2003. godine, tako i na odredbe Zakona o nasleđivanju Hrvatske).

[17] V. čl. 21. st. 1. i st. 3. ZON-a Slovenije. Dakle, u tekstu ZON-a Slovenije izričito je predviđeno da usvojilac iz potpunog usvojenja, kao i njegovi srodnici imaju nasledna prava samo prema usvojeniku, ali ne i prema njegovim potomcima. U teoriji je iznet stav da i pored navedenog zakonskog teksta, usvojilac i njegovi srodnici imaju zakonska nasledna prava i prema usvojenikovim potomcima. V. Karel Zupančič: Dedovanje z uvodnimi pojasnili prof. dr Karla Zupančiča, Ljubljana, 2005., str. 49.

[18] V. čp. 4. st. 1. ZON-a Makedonije, čl. 4. st. 1. ZON-a Crne Gore, kao i čl. 4. st. 1. ZON-a Republike Srpske.

[19] V. čl. 21. st. 4. ZON-a Slovenije (odn. čl. 143. ZBPO Slovenije), čl. 22. st. 2. ZON-a Hrvatske (odn. čl. 148. st. 3. Obiteljskog zakona Hrvatske), čl. 4. st. 2. ZON-a Makedonije (odn. čl. 144. st. 2. Zakona o porodici Makedonije), čl. 4. st. 2. ZON-a Crne Gore (odn. čl. 145. Porodičnog zakona Crne Gore), kao i čl. 4. st. 2. ZON-a Republike Srpske (odn. čl. 160. Porodičnog zakona Republike Srpske).

[20] Spomenuto pravilo izričito je propisano naslednopravnim propisima Hrvatske i Makedonije. U tom smislu v. čl. 22. st. 3. ZON-a Hrvatske (odn. čl. 148. st. 3. Obiteljskog

Kada je reč o naslednopravnim dejstvima nepotpunog usvojenja, Zakonom o nasleđivanju Crne Gore, predviđeno je pravilo prema kojem usvojenik iz nepotpunog usvojenja i njegovi potomci nasleđuju samo usvojioca (ne i usvojiočeve srodnike, njegovog supružnika, niti druge njegove usvojenike), isto kao što deca i njihovi potomci nasleđuju svoje roditelje.[21] Identična nasledna prava usvojenika iz nepotpunog usvojenja i njegovih potomaka, predviđena su i saveznim Zakonom o nasleđivanju iz 1955. godine, čije se odredbe primenjuju u pravu Slovenije u pogledu naslednih prava adoptivnih srodnika iz ranije zasnovanih nepotpunih usvojenja (na osnovu Zakona o usvojenju iz 1947. godine), Zakonom o nasleđivanju Makedonije, kao i Zakonom o nasljeđivanju Republike Srpske, s tim što prema ovim zakonima nasledna prava usvojenika iz nepotpunog usvojenja, prilikom zasnivanja usvojenja mogu biti ograničena ili isključena.[22] S druge strane, dok u pravu Slovenije usvojilac iz nepotpunog usvojenja, kao ni njegovi srodnici nemaju nikakva zakonska nasledna prava prema usvojeniku, dotle u pravu Crne Gore usvojilac iz nepotpunog usvojenja može ostvariti zakonska nasledna prava prema usvojeniku i njegovim potomcima.[23] Ovo je slučaj i u pravima Makedonije i Republike Srpske, ali samo pod uslovom da je i usvojeniku i njegovim potomcima priznato pravo da naslede usvojioca, jednako kao što ga nasleđuju i njegova rođena deca, što znači pod uslovom da nasledna prava usvojenika nisu bila niti isključena, niti ograničena prilikom zasnivanja usvojenja.[24] Zakonom o nasleđivanju Hrvatske, čije se odredbe u ovom pravu primenjuju u pogledu ranije zasnovanih nepotpunih usvojenja prema starom Obiteljskom zakonu iz 1998. godine, predviđeno je da ovim vidom usvojenja između usvojioca i usvojenika nastaje uzajamno pravo zakonskog nasleđivanja krvnih srodnika u pravoj liniji, tako da usvojenik i njegovi potomci imaju prema usvojiocu zakonsko nasledno pravo kao da su usvojiočeva deca, odnosno dalji usvojiočevi potomci, kao što i usvojilac

---

zakona Hrvatske), kao i čl. 24. ZON-a Makedonije (odn. čl. 144. st. 3. Zakona o porodici Makedonije). Međutim, i u ostalim analiziranim pravima u kojima dete takođe može biti potpuno usvojeno od strane supružnika roditelja deteta, zadržavanje uzajamnih naslednih prava između deteta i prirodnog roditelja i njegovih krvnih srodnika, u ovakvom slučaju proizlazi iz odgovarajućih porodičnopravnih propisa. V. čl. 138. ZBPO Slovenije, čl. 145. Porodičnog zakona Crne Gore, kao i čl. 158. st. 2. Porodičnog zakona Republike Srpske.

[21] V. čl. 21. st. 1. i st. 3. ZON-a Crne Gore.

[22] V. čl. 25. st. 1-2. SZON-a, čl. 23. st. 2-3. ZON-a Makedonije, kao i čl. 21. st. 1. i 4. ZON-a Republike Srpske.

[23] V. čl. 25. st. 3. SZON-a, kao i čl. 21. st. 2. ZON-a Crne Gore.

[24] V. čl. 23. st. 2. i 4. ZON-a Makedonije, kao i čl. 21. st. 2-3. ZON-a Republike Srpske.

iz nepotpunog usvojenja i njegovi preci nasleđuju usvojenika i njegove potomke.[25] Zasnovano nepotpuno usvojenje ni u jednom od posmatranih prava ne dovodi do prestanka uzajamnih naslednih prava između usvojenika i njegovih krvnih srodnika,[26] osim u pravu Hrvatske.[27]

---

[25] V. čl. 23. st. 1-2. ZON-a Hrvatske. U prvom delu st. 1. čl. 23. ovog zakona, predviđeno je da zasnivanjem roditeljskog (nepotpunog usvojenja), između usvojioca i usvojenika nastaje uzajamno pravo zakonskog nasleđivanja krvnih srodnika u pravoj liniji, pri čemu, u nastavku istog stava nije predviđeno da usvojenik i njegovi potomci imaju nasledna prava i prema usvojiocu i prema njegovim precima, već samo prema usvojiocu. Smatramo da uzajamnost u nasleđivanju ipak postoji, uzimajući u obzir drugi stav navedenog člana, u kojem je predviđeno da usvojenik iz roditeljskog usvojenja i njegovi potomci ne mogu naslediti samo pobočne srodnike usvojioca (dakle, nije predviđeno da isti nemaju nasledna prava prema usvojiočevim precima).

[26] Za razliku od prava Makedonije, u kojem je za slučaj istovremenog konkurisanja na nasleđe od strane roditelja i njihovih potomaka, s jedne strane i usvojioca, s druge strane, predviđeno zakonsko rešenje prema kojem spomenuti krvni srodnici u ovakvom slučaju nemaju zakonsko pravo nasleđa (v. čl. 23. st. 2. ZON-a Makedonije), dotle u pravima Crne Gore i Republike Srpske ovo nije slučaj, te se postavlja pitanje na koji način bi u poslednje spomenutim pravima trebalo razrešiti situaciju u pretpostavci da su na nasleđe pozvani istovremeno i usvojilac i prirodni roditelji usvojenika iz nepotpunog usvojenja.

U vezi sa postojećom regulativom u pravu Crne Gore, prema mišljenju jednog dela teorije, u ovakvoj situaciji prednost u nasleđivanju treba dati adoptivnom srodstvu, obrazloženo činjenicom da upotreba formulacije prema kojoj „usvojilac prema usvojeniku ima ista nasledna prava koja imaju roditelji usvojenika prema svojim potomcima“, znači da usvojilac može da nasledi usvojenika onako kao što usvojenikovi roditelji mogu da nasleđe nekog drugog svog potomka, što znači da je naslednopravni položaj ostaviočevih roditelja supsidijaran u odnosu na usvojioca. Spomenuto mišljenje argumentuje se i pravnopolitičkim razlozima, prema kojima se prihvatanjem pravila po kome usvojilac ima prvenstvo u nasleđivanju u odnosu na usvojenikove biološke roditelje, potpunije ostvaruje *ratio legis* zakonskog nasleđivanja koji se sastoji u zaštiti porodice. V. u tom smislu: Dejan Đurđević: Osnovi naslednog prava Crne Gore, Podgorica, 2010., str. 106-107.

Prema mišljenju drugog dela teorije, koje je izneto u vezi sa zakonskom regulativom u pravu Republike Srpske, roditelji i usvojilac u ovakvoj situaciji treba da dobiju isti nasledni deo, imajući u vidu odredbe o ravnopravnosti naslednika, kao i formulaciju da usvojilac ima nasledna prava koja odgovaraju pravu odgovarajućeg pretka, pri čemu prava roditelja ostaju nedirnuta. V. u tom smislu: Oliver Antić: Nasledno pravo, Beograd, 2009., str. 121. Smatramo da je ovo mišljenje prihvatljivije, u prilog čije opravdanosti govori i činjenica da usvojenik iz nepotpunog usvojenja zadržava srodničke odnose sa svojim krvnim srodnicima, da nepotpuno usvojenje ima uža dejstva, odnosno posledice od potpunog usvojenja, te da odredba prema kojoj „nepotpunim usvojenjem ostaju nedirnuta prava nasleđivanja između usvojenika i njegovih srodnika“, sama po sebi ne dozvoljava mogućnost drugačijeg tumačenja, pri čemu posmatrana u sklopu ostale pravne regulative, konkretno, u vezi sa naslednopravnim položajem usvojioca iz nepotpunog usvojenja, dozvoljava jedino mogućnost kompromisnog tumačenja, kako je to pravilno primećeno u ovom delu teorije.

[27] V. čl. 25. st. 4. SZON-a, čl. 23. st. 3. ZON-a Hrvatske, čl. 23. st. 1. ZON-a Makedonije, čl. 21. st. 4. ZON-a Crne Gore, kao i čl. 21. st. 6. ZON-a Republike Srpske. Među-

Kako je to navedeno, pored krvnog i adoptivnog srodstva i bračna veza u svim posmatranim pravima predstavlja pravno relevantnu činjenicu u formulisanju pravila zakonskog naslednog reda. Za razliku od srodničkog odnosa koji je trajan i nepromenljiv, bračni odnos to ne mora biti, te stoga, u svim ovim pravima supružnik ostavioca može biti zakonski naslednik ukoliko se u momentu smrti ostavioca nalazio u punovažnom braku sa njim, što znači da će ukoliko je brak prestao razvodom ili poništajem, nasledna prava supružnika prestati, odnosno u pravu Slovenije, u ovom slučaju nasledna prava supružnika neće postojati. Međutim, u svim analiziranim pravima i onaj supružnik koji se u momentu smrti ostavioca nalazio u braku sa njim, neće moći ostvariti zakonsko nasledno pravo onda kada je ostavilac podneo tužbu za razvod braka (u pravu Hrvatske i tužbu za poništaj braka, a u pravima Hrvatske i Makedonije i kada je podnet sporazumni predlog za razvod braka), pa se nakon ostaviočeve smrti ustanovi osnovanost tužbe, ukoliko se brak sa ostaviocem poništi (u pravima Hrvatske i Republike Srpske i ukoliko brak bude proglašen nepostojećim) nakon ostaviočeve smrti iz uzroka za koji je nadživeli supružnik znao u momentu sklapanja braka, kao i onda kada je zajednica života između nadživelog supružnika i ostavioca bila trajno prestala krivicom nadživelog supružnika ili u sporazumu sa ostaviocem.[28]

---

tim, u pravu Hrvatske postoji izuzetak od pravila prema kojem zasnivanje nepotpunog usvojenja dovodi do prestanka naslednih prava usvojenika prema njegovim krvnim srodnicima, u slučaju kada se kao usvojilac javlja supružnik roditelja deteta, u kom slučaju će dete zadržati nasledna prava i prema svom roditelju i njegovim krvnim srodnicima. Treba napomenuti da se u ZON-u Hrvatske navodi da se u ovakvom slučaju ne dira u nasledna prava usvojenika i usvojenikovih potomaka prema usvojenikovom roditelju, koji je u braku sa usvojiocem, kao i njegovim krvnim srodnicima, pri čemu postojanje istih ovakvih prava roditelja i njegovih krvnih srodnika prema usvojeniku, u ovom slučaju nije izričito normirano. V. čl. 23. st. 3. ZON-a Hrvatske.

[28] V. čl. 6. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o nasleđivanju SR Slovenije iz 2001. godine, kojim se menja čl. 22. ZON-a SR Slovenije iz 1976. godine, čl. 25. st. 1-2. ZON-a Hrvatske, čl. 26. st. 1-2. ZON-a Makedonije, čl. 25. st. 1. i st. 2. tač. 1-3. ZON-a Crne Gore, kao i čl. 24. ZON-a Republike Srpske. U svim analiziranim pravima navodi se da u slučaju razvoda ili poništaja braka dolazi do prestanka zakonskih naslednih prava supružnika, a jedino u pravu Slovenije da supružnik u ovim slučajevima, kao i u slučaju kada je zajednica života između nadživelog supružnika i ostavioca bila trajno prestala krivicom nadživelog supružnika ili u sporazumu sa ostaviocem, supružnik zapravo nema zakonsko nasledno pravo. Ovo se u teoriji obrazlaže time da supružnik ne može izgubiti nasledno pravo usled razvoda, poništaja braka ili trajnog prestanka zajednice života, do kojih dolazi u momentu kada je budući ostavilac živ, te da shodno tome, nasledno pravo supružnika za vreme života budućeg ostavioca nije moglo postojati, usled čega se isto ne može ni izgubiti. V. u tom smislu: Karel Zupančič: op. cit., str. 54.

Prema ZON-u Hrvatske i ZON-u Crne Gore, kao zakonski naslednik može se pojaviti i vanbračni partner različitog pola, koji je u zakonskim naslednim pravima izjednačen sa supružnikom, pod pretpostavkom da je vanbračna zajednica trajala duže vreme, te pod uslovom da su bile ispunjene pretpostavke neophodne za valjanost braka, odnosno da nisu postojale smetnje za zaključenje punovažnog braka.[29] U Hrvatskoj je 2003. godine donet i Zakon o istospolnim zajednicama,[30] kojim se priznaju odre-

[29] V. čl. 8. st. 2. ZON-a Hrvatske i čl. 9. st. 2-3. ZON-a Crne Gore. Šta se podrazumeva pod standardom „duže vreme", u smislu čl. 8. st. 2. ZON-a Hrvatske i čl. 9. st. 2-3. ZON-a Crne Gore, a koji standard se za određivanje vanbračne zajednice upotrebljava i u čl. 12. st. 1. Porodičnog zakona Crne Gore iz 2007. godine, pitanje je, povodom kojeg bi sudska praksa trebala formirati stavove. U pravu Hrvatske, u pogledu navedenog pitanja svakako se ne sme zanemariti čl. 3. Obiteljskog zakona iz 2003. godine, u kojem su propisani uslovi u pogledu neophodne dužine trajanja vanbračne zajednice različitog pola, pod pretpostavkom čijeg ispunjenja ona može proizvoditi porodičnopravna dejstva. Tako se u ovom članu navodi: „Odredbe ovoga zakona o učincima izvanbračne zajednice, primenjuju se na životnu zajednicu neudane žene i neoženjenog muškarca, koji ne žive u drugoj izvanbračnoj zajednici, koja traje najmanje 3 godine ili kraće, ako je u njoj rođeno zajedničko dijete." Dakle, da bi vanbračna zajednica proizvodila dejstva, u smislu odredaba porodičnog prava, neophodno je trajanje ovakve zajednice u vremenu od najmanje 3 godine, odnosno kraće vreme ako je u vanbračnoj zajednici rođeno dete. Stoga se čini da bi možda navedena odredba Obiteljskog zakona trebala da bude uzeta u obzir kao kriterijum i u smislu vremena trajanja vanbračne zajednice, koje je neophodno za priznavanje naslednopravnih dejstava vanbračnoj zajednici. Drugi alternativni kriterijum trajnosti ovakve zajednice, koji je postavljen Obiteljskim zakonom, a koji se odnosi na zajedničko dete, ne bi se mogao primeniti u pogledu pitanja da li je vanbračna zajednica sa ostaviocem bila takva da bi nadživelog vanbračnog partnera ovlašćivala na zakonsko nasleđivanje, zato što se odredba čl. 8. st. 2. Zakona o nasleđivanju Hrvatske, koja daje ostaviočevom vanbračnom partneru pravni osnov da nasleđuje ostavioca, služi isključivo vremenskim kriterijumom. U tom smislu v. Nikola Gavela, Vlado Belaj: Nasljedno pravo, Zagreb, 2008., str. 196.

Inače, pod pretpostavkama za valjanost braka, a koje su prema Zakonu o nasleđivanju Hrvatske neophodan uslov za priznavanje naslednopravnih dejstava vanbračnoj zajednici, u skladu sa čl. 26-29. Obiteljskog zakona Hrvatske, podrazumeva se starosna dob, odnosno napunjenih 18 godina, poslovna sposobnost i sposobnost za rasuđivanje, nepostojanje krvnog, odnosno adoptivnog srodstva između supružnika, odnosno vanbračnih partnera u pravoj liniji neograničeno i zaključno sa četvrtim stepenom pobočnog srodstva, kao i nepostojanje ranije sklopljenog braka. Smetnje koje onemogućuju zaključenje punovažnog braka, a čije nepostojanje je istovremeno i neophodan uslov za priznavanje naslednopravnih dejstava vanbračnoj zajednici, u pravu Crne Gore, a u skladu sa čl. 18-24. Porodičnog zakona ove zemlje su: bračnost, nedostaci volje, nesposobnost za rasuđivanje, krvno, odnosno adoptivno srodstvo zasnovano potpunim usvojenjem između supružnika, odnosno vanbračnih partnera u pravoj liniji neograničeno i zaključno sa četvrtim stepenom pobočnog srodstva, adoptivno srodstvo zasnovano nepotpunim usvojenjem između usvojioca i usvojenika i njegovih potomaka, tazbinsko srodstvo u prvom stepenu prave linije, kao i maloletstvo.

[30] „Narodne novine", br. 116/2003. Tekst zakona videti na internet adresi: http://www.poslovniforum.hr/zakoni/zakon_o_istospolnim_zajednicama.asp. Uslov u

đena prava i istopolnim partnerima.[31] Međutim, dok su u ZON-u Hrvatske pod određenim uslovima priznata uzajamna nasledna prava licima različitog pola iz vanbračne zajednice, takva prava za istopolne partnere nisu predviđena. Naime, Zakon o istospolnim zajednicama, u pogledu pravnih dejstava zajednice života dva lica istog pola predviđa obavezu međusobnog izdržavanja, imovinska prava i uzajamnu pomoć, dok im nije priznato pravo na staranje o deci, na usvajanje dece, niti pravo na uzajamno zakonsko nasleđivanje.[32]

Kada je reč o zakonskim naslednim pravima heteroseksualnih vanbračnih partnera, u ZON-u Hrvatske predviđeno je da heteroseksualna vanbračna zajednica mora postojati u trenutku smrti ostavioca, odnosno otvaranja nasleđa, tako da nadživeli vanbračni partner neće imati pravo na zakonsko nasleđivanje ukoliko je njegova zajednica života sa ostaviocem bila trajno prestala.[33] Međutim, u ZON-u Crne Gore predviđeno je da vanbračni partner neće imati zakonsko pravo nasleđa ukoliko je zajednica života između njega i ostavioca trajno prestala njegovom krivicom ili u sporazumu sa ostaviocem, iz čega jasno proizlazi da ukoliko je zajednica života između ostavioca i vanbračnog partnera trajno prestala ostaviočevom krivicom, onda vanbračni partner može postati zakonski

---

pogledu neophodne dužine trajanja pod kojim ovakva zajednica može proizvoditi pravna dejstva prema Zakonu o istospolnim zajednicama postavljen je na isti način, kao i prema Obiteljskom zakonu u pogledu vanbračnih zajednica između lica različitog pola. Pored toga, Zakon o istospolnim zajednicama, kao uslov punovažnosti ovakvih zajednica propisuje i odsustvo postojanja određenih (bračnih) smetnji između istopolnih partnera: maloletstva, odnosno starosne dobi ispod 18 godina, poslovne nesposobnosti, krvnog srodstva u pravoj liniji neograničeno i zaključno sa četvrtim stepenom pobočnog srodstva, kao i ranije sklopljenog braka, heteroseksualne ili istopolne zajednice. V. čl. 2-4. Zakona o istospolnim zajednicama Hrvatske.

[31] U teoriji se navodi da postoje tri osnovna načina regulisanja istopolnih zajednica. Najrasprostranjeniji je koncept registrovanog partnerstva. Ovaj način prihvaćen je npr. u Švedskoj, Norveškoj, Danskoj, Finskoj, Islandu, Francuskoj, Nemačkoj, Engleskoj i Velsu, Švajcarskoj, Češkoj, Sloveniji. Mali broj zemalja dozvoljava brak lica istog pola, kao što je to npr. u Holandiji, Belgiji i Španiji. Treći koncept je koncept *de facto* građanskog partnerstva, po kome se ne zahteva nikakva forma za nastanak ovog oblika partnerstva, a ovaj koncept je prihvaćen u Portugaliji, kao i u Hrvatskoj. V. Gordana Kovaček Stanić: Komparacija različitih evropskih pravnih koncepata o zajednici lica istog pola, Evropsko zakonodavstvo, 2007, No. 19-22, str. 106.

[32] V. čl. 4. Zakona o istospolnim zajednicama Hrvatske. Koncept *de facto* istopolne vanbračne zajednice, koji je, kako je to navedeno, prihvaćen u pravu Hrvatske, podrazumeva da zajednica lica istog pola proizvodi posledice, iako nije nastala u formalnoj proceduri, nego samo na osnovu saglasnosti partnera, dakle *solo consensu.* O navedenom, kao i o pravnim dejstvima istopolne vanbračne zajednice u pravu Hrvatske opširnije v. Gordana Kovaček Stanić: op. cit., str. 118 -119.

[33] V. čl. 25. st. 3. ZON-a Hrvatske.

naslednik.[34] Spomenuta odredba nije u skladu sa odgovarajućom odredbom ZON-a Crne Gore, u kojoj je predviđeno da vanbračni partner može naslediti samo ukoliko je vanbračna zajednica prestala smrću ostavioca.[35]

U Zakonu o nasleđivanju Slovenije predviđeno je da samostalni osnov zakonskog pozivanja na nasleđe predstavlja i trajna zajednica života muškarca i žene, odnosno takva životna zajednica koja je trajala duže vreme, pod uslovom da nema razloga zbog kojih bi njihov brak da su ga zaključili bio nevažeći (odnosno, da u odnosu na takva lica ne postoje bračne smetnje ili zabrane koje bi njihov brak činile nevažećim).[36] Na taj način, u naslednom pravu ove zemlje vanbračna zajednica između heteroseksualnih partnera je u potpunosti izjednačena u pogledu uzajamnih zakonskih naslednih prava lica koja žive u takvoj zajednici, sa bračnom zajednicom. Za razliku od heteroseksualnih vanbračnih zajednica, Zakonom o registraciji istopolne partnerske zajednice iz 2005. godine,[37] u Sloveniji je predviđen formalni način nastanka, odnosno registracija ovakve zajednice[38] pred odgovarajućim upravnim organom, kao

[34] V. čl. 25. st. 3. ZON-a Crne Gore.

[35] V. čl. 9. st. 3. ZON-a Crne Gore. Spomenuta odredba s razlogom predstavlja predmet kritike teorije. Tako se navodi da ona predstavlja plod inertnog zakonodavčevog upodobljavanja vanbračne zajednice braku, između kojih će uvek postojati jedna razlika. Naime, dok brak podrazumeva dvojstvo formalnog (venčanje i upis u matičnoj knjizi venčanih) i materijalnog (zasnivanje zajednice života), te kada prestane materijalni element, ostaje formalni (tzv. mrtav brak), koji može da proizvede određena građanskopravna dejstva, pa između ostalih i nasleđivanje, dotle, kod vanbračne zajednice postoji samo materijalni element, koji, kada prestane, prestaje i vanbračna zajednica. Ukoliko je vanbračna zajednica trajno prestala, u momentu ostaviočeve smrti, ostavilac nema vanbračnog partnera, te zbog toga nije moguće da se pravila o gubitku zakonskog naslednog prava supružnika po analogiji proširuju na vanbračnu zajednicu. V. u tom smislu: Dejan Đurđević: „Aktuelna reforma naslednog prava u Crnoj Gori“, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2009., br. 1., str. 277.

[36] Stoga, punovažna vanbračna zajednica podrazumeva odsustvo sledećih bračnih smetnji: maloletstvo, odnosno starosna dob ispod 18 godina, nesposobnost za rasuđivanje ili duševna bolest, bračnost, krvno srodstvo u pravoj liniji neograničeno, a u pobočnoj zaključno sa četvrtim stepenom srodstva, srodstvo zasnovano usvojenjem između usvojioca i usvojenika, slobodan pristanak, odnosno odsustvo nedostataka volje, kao i starateljstvo. V. čl. 10. st. 2. ZON-a Slovenije u vezi sa čl. 17-22. Zakona o braku i porodičnim odnosima Slovenije.

[37] „Uradni list RS", br. 65/2005. Tekst zakona videti na internet adresi: http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=200565&stevilka=2840.

[38] Model registrovanog partnerstva, koji je, kako je to navedeno, između ostalog, prihvaćen i u pravu Slovenije, nije uniforman, razlikuje se u pravnim dejstvima partnerstva i njegovom prestanku. U jednoj grupi su zemlje u kojima su pravna dejstva partnerstva slična ili identična dejstvima braka. Prestanak partnerstva je takođe sličan razvodu braka (nadležan organ je sud). U ovoj grupi su: Švedska, Norveška, Danska, Finska i Nemačka. U drugoj grupi zakona, pravna dejstva partnerstva se razlikuju od pravnih

uslov njenog nastanka.[39] Ovim zakonom došlo je do priznavanja zakonskih naslednih prava vanbračnom partneru istog pola, koje međutim, nije značilo i njegovo izjednačenje u naslednim pravima sa supružnikom, kao ni sa vanbračnim partnerom različitog pola, s obzirom na to da istopolni vanbračni partner nije mogao konkurisati srodnicima u nasleđivanju celokupne imovine umrlog partnera, već samo na delu zajedničke imovine umrlog partnera, pri čemu su, kako ćemo to videti u daljim izlaganjima, posebnu imovinu umrlog partnera mogli nasleđivati samo njegovi srodnici.[40] Međutim, Odlukom Ustavnog suda Slovenije iz 2009. godine, odgovarajuće odredbe Zakona o registraciji istopolne partnerske zajednice, kojima je bilo regulisano nasleđivanje između istopolnih partnera, proglašene su neustavnim, uz obrazloženje da se njima pravi diskriminacija u nasleđivanju istopolnih partnera u odnosu na supružnike, odnosno heteroseksualne vanbračne partnere, usled čega, nakon navedene odluke, u pogledu nasleđivanja između istopolnih partnera iz registrovanih zajednica, važe ista ona pravila koja se primenjuju i u pogledu nasleđivanja između supružnika, odnosno heteroseksualnih vanbračnih partnera, prema Zakonu o nasleđivanju ove zemlje.[41] Istopolni vanbračni partner neće imati nasledno pravo ukoliko je istopolno partnerstvo poništeno ili je prestalo u skladu sa zakonom, te ukoliko je zajednica života između nadživelog partnera i ostavioca bila trajno prestala krivicom nadživelog partnera ili u sporazumu sa ostaviocem. Po-

---

dejstava braka, naročito kada se radi o ličnim dejstvima između partnera, u odnosima roditelja i deteta i nasleđivanju. U ovoj grupi su: Francuska, Engleska i Vels, Češka i Slovenija. U nekim zemljama nadležan organ za prestanak partnerstva je administrativni organ,a ne sud, kako je kada se radi o razvodu braka (Francuska, Slovenija). V. Gordana Kovaček Stanić: op. cit., str. 107.

[39] Lica koja imaju nameru da registruju istopolno partnerstvo se moraju prijaviti najmanje trideset dana pre nameravane registracije i priložiti ispravu za registraciju. Budući partneri, istovremeno i lično, pred službenim licem upravnog organa daju usmenu saglasnost, a posle toga i pismenu izjavu da žele da registruju zajednicu. Pre nego što se potpišu, službeno lice ih pita da li žele da registruju zajednicu i upozorava ih na pravne posledice registracije. V. o navedenom: Gordana Kovaček Stanić: op. cit., str. 110. Do same registracije ovakve zajednice ne može doći u slučaju postojanja istih onih smetnji u slučaju čijeg postojanja ni vanbračna zajednica između lica različitog pola ne može proizvoditi pravna dejstva. Uz to, registracija istopolne zajednice nije moguća ni između hranitelja i hranjenika za vreme dok traje hranjeništvo, pri čemu se zajednica može registrovati ukoliko barem jedan od partnera ima državljanstvo Slovenije. V. čl. 2-4 Zakona o registraciji istopolne partnerske zajednice Slovenije.

[40] O ostalim pravnim dejstvima istopolne vanbračne zajednice u pravu Slovenije opširnije v. Gordana Kovaček Stanić: op. cit., str. 113.

[41] Odluka Ustavnog suda Slovenije U-I-425/06-10 - „Uradni list RS“, br. 55/2009. V. na internet adresi: http://www.uradni-list.si/objava.jsp?urlid=200955&stevilka=2715.

red toga, on može izgubiti zakonsko nasledno pravo u slučaju kada je ostavilac podneo zahtev za prestanak partnerstva, a do prestanka partnerstva je došlo nakon ostaviočeve smrti odlukom upravnog organa, kao i ukoliko se partnerstvo poništi nakon ostaviočeve smrti iz uzroka za koji je nadživeli partner znao u momentu registrovanja partnerstva.[42]

2. Zakonsko nasleđivanje u prvom zakonskom naslednom redu – redovna pravila zakonskog nasleđivanja

Odnos između činjenice srodstva u pravoj nishodnoj liniji i činjenice bračne veze, u svim pravima koja predstavljaju predmet analize je koordinirajući,[43] pri čemu se osnovna karakteristika naslednopravnog položaja prvostepenih potomaka i supružnika (odnosno, vanbračnog partnera različitog pola u pravima Hrvatske, Crne Gore i Slovenije, a u poslednje spomenutom pravu i vanbračnog partnera istog pola), kao zakonskih naslednika prvog naslednog reda, ogleda u njihovom jednakom naslednopravnom položaju. Naime, prema važećim naslednopravnim propisima analiziranih zakonodavstava, zakonski naslednici prvog naslednog reda su ostaviočevi prvostepeni potomci i njegov supružnik (ili vanbračni partner različitog pola u pravima Hrvatske i Crne Gore, odnosno vanbračni partner različitog ili istog pola u pravu Slovenije), pri čemu se veličina naslednog dela supružnika određuje prema broju prvostepenih potomaka ostavioca koji se, oni sami neposredno ili njihovo potomstvo po principu reprezentacije pojavljuju u konkretnom slučaju kao zakonski naslednici.[44] Kako je to već navedeno u prethodnim izlaganjima, u pravu Slovenije izjednačenje naslednopravnog položaja istopolnog vanbračnog partnera sa ovakvim položajem supružnika ili vanbračnog partnera različitog pola nije bilo sprovedeno u potpunosti, ima-

[42] V. čl. 23. Zakona o registraciji istopolne partnerske zajednice Slovenije.

[43] Odnos između srodstva i braka ili vanbračne zajednice može se opredeliti kao supsidirajući, isključujući ili koordinirajući. O supsidirajućem odnosu može se govoriti onda kada supružnik nasleđuje celu zaostavštinu ili jedan njen deo, ali samo onda kada iza ostavioca nije ostao niko od njegovih srodnika koji bi mogli i hteli da naslede. Isključujući odnos postoji onda kada supružnik može naslediti celu zaostavštinu i na taj način isključiti iz nasleđivanja određene srodnike ostavioca, koji bi inače mogli biti zakonski naslednici i koji bi u konkretnom slučaju bili pozvani na nasleđivanje da nema nadživelog supružnika ostavioca, dok se o koordinirajućem odnosu može govoriti onda kada supružnik nasleđuje istovremeno sa pojedinim srodnicima ostavioca, dobijajući sa njima određeni deo zaostavštine. U tom smislu v. Borislav T. Blagojević: Nasledno pravo SFRJ sa osvrtom na prava drugih država, Beograd, 1964., str. 72.

[44] V. čl. 11-12. i čl. 10. st. 2. ZON-a Slovenije, čl. 9-10. i čl. 8. st. 2. Zakona o nasleđivanju Hrvatske, čl. 13-14. ZON-a Makedonije, čl. 11-12. i čl. 9. st. 2-3. ZON-a Crne Gore, kao i čl. 9-10. ZON-a Republike Srpske.

jući u vidu činjenicu da je istopolnom vanbračnom partneru u okviru prvog zakonskog naslednog reda pripadalo pravo zakonskog nasleđivanja samo na delu zajedničke imovine umrlog partnera, koji se između nadživelog partnera i dece ostavioca delio na jednake delove, dok se posebna imovina ostavioca delila samo između potomaka kao naslednika prvog naslednog reda, a samo ukoliko iza ostavioca nisu ostala deca, odnosno dalji potomci, deo zajedničke imovine umrlog partnera nasleđivao je u celini nadživeli istopolni vanbračni partner.[45] Počev od spomenute Odluke Ustavnog suda Slovenije, ovakvo razlikovanje u nasleđivanju više ne postoji, te i istopolni vanbračni partner nasleđuje prema istim onim pravilima na osnovu kojih u pravu ove zemlje nasleđuju i supružnik, odnosno vanbračni partner različitog pola.

U svim posmatranim pravima, bilo koji potomak ostavioca kao jedini preostali naslednik ovog naslednog reda može naslediti celu zaostavštinu u svojinu, dok to nije istovremeno i slučaj sa supružnikom ostavioca, koji u okviru prvog naslednog reda najviše može naslediti 1/2 zaostavštine, onda kada mu konkuriše samo jedan potomak ostavioca. Dakle, ukoliko iza ostavioca nisu ostali potomci, supružnik ne može naslediti celu zaostavštinu, već će konkurisati na nasleđe daljim srodnicima ostavioca.[46] Međutim, ukoliko bi u pravima Makedonije i Hrvatske supružnik ostao jedini naslednik prvog zakonskog naslednog reda, usled toga što su se ostaviočevi potomci odrekli nasleđa, tada će prema izričitim odredbama zakona o nasleđivanju spomenutih zemalja, cela zaostavština pripasti nadživelom supružniku ostavioca, kao jedinom nasledniku prvog naslednog reda. Isti naslednopravni položaj u pravu Hrvatske ima i vanbračni partner različitog pola.[47] Usled ovakvog načina regulisanja, naslednopravni položaj supružnika u poslednje spomenutim pravima, u određenom smislu je povoljniji od naslednopravnog položaja koji on ima u ostalim posmatranim pravima, u kojima i u prethodno spomenutom slučaju ne dolazi do primene principa priraštaja u korist supružnika ili vanbračnog partnera, već on prelazi u drugi zakonski nasledni red, u kojem nasleđuje sa roditeljima ostavioca, odnosno njihovim potomcima.

U svim analiziranim zakonodavstvima, samo u slučaju nepostojanja konkurencije supružnika, odnosno vanbračnog partnera (različitog pola u

[45] V. čl. 22. st. 1-3. Zakona o registraciji istopolne partnerske zajednice Slovenije.

[46] V. čl. 14. st. 1. ZON-a Slovenije, čl. 11. st. 1. ZON-a Hrvatske, čl. 16. st. 1. ZON-a Makedonije, čl. 13. st. 1. ZON-a Crne Gore, kao i čl. 11. st. 1. ZON-a Republike Srpske.

[47] V. čl. 128. st. 6. ZON-a Makedonije, čl. 130. st. 5. ZON-a Hrvatske, kao i čl. 8. st. 2. u vezi sa čl. 130. st. 5. ZON-a Hrvatske.

pravima Hrvatske i Crne Gore, različitog ili istog pola u pravu Slovenije), cela zaostavština će se deliti na jednake delove između prvostepenih potomaka ostavioca, uz neograničenu mogućnost primene principa reprezentacije. Ukoliko se u pravu Makedonije, iza ostavioca, kao zakonski naslednici pojavljuju njegov supružnik i (ili) drugi naslednici iz prvog naslednog reda, lica koja se nalaze u odnosu tazbinskog ili eventualno krvnog srodstva, a koja su živela sa ostaviocem u trajnoj zajednici života, nemaju zakonsko pravo nasleđa, tj. supružnik i potomci, kao naslednici prvog naslednog reda, imaju prvenstveno pravo nasleđivanja.[48]

3. Zakonsko nasleđivanje u ostalim zakonskim naslednim redovima – redovna pravila zakonskog nasleđivanja

Počev od drugog zakonskog naslednog reda, u pravima koja su predstavljala predmet razmatranja, primetna je tendencija poboljšanja naslednopravnog položaja supružnika ostavioca (odnosno, njegovog vanbračnog partnera različitog pola u pravima Hrvatske, Crne Gore i Slovenije, a u poslednje spomenutom pravu i njegovog vanbračnog partnera istog pola), uz istovremeno pogoršanje naslednopravnog položaja srodnika ostavioca, tako da bi se moglo zaključiti da supružnik ostavioca, odnosno vanbračni partner ostavioca (u pravima u kojima se on može pozivati kao zakonski naslednik) u svim ovim zakonodavstvima ima povoljniji položaj od srodnika ostavioca, kao zakonskih naslednika drugog i daljih zakonskih naslednih redova.

3.1. Uzajamni odnos srodnika kao zakonskih naslednika

U zakonodavstvima zemalja bivše SFRJ, kao i u zakonodavstvu Republike Srpske, prihvaćen je parentelarno-linearni sistem grupisanja srodnika, kao osnova zakonskih naslednih redova, što znači da su srodnici podeljeni u parentele, s obzirom na njihove najbliže (neposredne) zajedničke pretke. U skladu sa principom isključivosti, nasleđivanje srodnika dalje parentele uslovljeno je nemogućnošću da se kao naslednici pojave srodnici iz prethodne parentele. U pravima Hrvatske i Republike Srpske, broj ovih parentela, odnosno broj naslednih redova praktično je neograničen, te se on u spomenutim pravima kreće sve dotle, dok se posmatrano u odnosu na ostavioca mogu utvrđivati njegovi direktni preci. U ostalim posmatranim pravima, u skladu sa tendencijom smanjenja kruga srodnika koji mogu biti zakonski naslednici, broj ovih parentela je manji. Tako se u pravu Crne Gore, krug srodnika kao za-

[48] V. čl. 29. st. 1. ZON-a Makedonije.

konskih naslednika iscrpljuje zaključno sa pradedama i prababama, kao rodonačelnicima četvrtog naslednog kolena parentelarno-linearnog sistema, dok je u pravima Slovenije i Makedonije ovaj krug još uži i iscrpljuje se zaključno sa srodnicima trećeg naslednog kolena parentelarno-linearnog sistema.

U svim posmatranim pravima, unutar parentele, odnosno unutar pojedinog naslednog reda, uspostavljen je red prvenstva prilikom nasleđivanja, od kojeg zavisi koji će od potencijalnih zakonskih naslednika iz tog naslednog reda zaista moći ostvariti zakonska nasledna prava. Odnose jačine pravnih osnova nasleđivanja unutar pojedinog naslednog reda određuju pravila o reprezentaciji i priraštaju. Tako, oba navedena principa zakonskog nasleđivanja u svim analiziranim zakonodavstvima nalaze svoju punu primenu u okviru prva tri zakonska nasledna reda, koji su, kako je to navedeno, ujedno i jedini zakonski nasledni redovi u pravima Slovenije i Makedonije. U pravima u kojima na nasleđe mogu konkurisati i pradede i prababe, kao zakonski naslednici četvrog naslednog reda (pravo Crne Gore) ili svi dalji preci ostavioca, kao zakonski naslednici četvrtog, petog i daljih naslednih redova (prava Hrvatske i Republike Srpske), primena principa principa reprezentacije je isključena, tako da se u spomenutim naslednim redovima primenjuje isključivo princip priraštaja, kao princip zakonskog nasleđivanja.

Način raspodele zaostavštine između roditelja, odnosno njihovih potomaka, kao zakonskih naslednika drugog naslednog reda, ili deda i baba, odnosno njihovih potomaka, kao zakonskih naslednika trećeg naslednog reda, u svim posmatranim zakonodavstvima je isti. U drugi nasledni red ulaze roditelji, kao njegovi rodonačelnici, kao i svi pobočni srodnici, koji za svoje najbliže neposredne pretke imaju roditelje ostavioca, koji su istovremeno i nosioci linija ovog kolena. Zaostavština se deli na jednake delove između ostaviočevih roditelja. U slučaju kada neko od ostaviočevih roditelja nije živ u momentu smrti ostavioca ili iz drugih razloga ne može ili neće da nasledi, na mesto ovakvog roditelja, primenom principa reprezentacije, pozivaju se njegovi prvostepeni potomci – braća i sestre, polubraća i polusestre po ocu ili po majci, koji svi zajedno dobijaju onaj deo zaostavštine, koji bi dobio njihov otac, odnosno majka, da je postao naslednik. U slučaju kada nema nekog od prvostepenih potomaka roditelja, odnosno braće i sestara ili polubraće i polusestara, njegov deo pripada njegovim daljim potomcima, po pravu reprezentacije, koje se može primenjivati neograničeno. Ukoliko u okviru jedne linije drugog kolena nema uslova za primenu principa reprezentacije, primeniće se princip priraštaja, a ukoliko unutar jedne linije nema nosioca, niti ima mesti primeni principa reprezentacije i priraštaja,

nasledni deo koji je trebao da pripadne toj liniji, prirašće naslednom delu druge linije, odnosno naslednom delu, koji pripada drugom roditelju, te njegovom potomstvu, po pravu reprezentacije. U treći nasledni red ulaze dede i babe ostavioca, kao njegovi rodonačelnici i nosioci linija navedenog kolena, kao i svi pobočni srodnici, kojima su dede i babe ostavioca najbliži neposredni zajednički preci. Zaostavština se deli na jednake delove između ostaviočevih deda i baba. U slučaju kada neko od deda i baba nije živ ili iz drugih razloga ne može ili neće da nasledi, njegov deo će po pravu reprezentacije pripasti njegovim prvostepenim potomcima (stričevima, ujacima, tetkama, polustričevima, poluujacima i polutetkama), koji svi zajedno dobijaju onaj deo zaostavštine, koji bi dobili deda, odnosno baba da su u konkretnom slučaju postali naslednici. U slučaju kada nema nekog od prvostepenih potomaka deda, odnosno baba, deo zaostavštine koji bi oni nasledili pripada njegovim daljim potomcima, po pravu reprezentacije, koje se može primenjivati neograničeno. Tek kada u okviru jedne linije nije moguće primeniti princip reprezentacije, dolazi u obzir primena principa priraštaja, koji je u okviru trećeg kolena korigovan podelom na loze, tako da ako u jednoj liniji ne postoje srodnici koji mogu i hoće da naslede, deo koji bi trebalo da pripadne toj liniji, pripašće drugoj liniji u okviru iste loze, odnosno drugom paru deda i baba iste loze, te eventualno njihovim potomcima, po pravu reprezentacije, a tek ako u jednoj lozi nema naslednika koji mogu i hoće da naslede, celu zaostavštinu će naslediti dede i babe, odnosno njihovo potomstvo, po pravu reprezentacije iz druge loze.[49]

Način raspodele zaostavštine između pradeda i prababa, kao potencijalnih zakonskih naslednika četvrtog naslednog reda u pravima Hrvatske, Crne Gore i Republike Srpske, ili između daljih predaka, kao potencijalnih zakonskih naslednika petog, šestog i daljih naslednih redova u pravima Hrvatske i Republike Srpske, takođe je u potpunosti isti.

[49] V. čl. 14. st. 3., čl. 15-16. i čl. 18-20. ZON-a Slovenije, čl. 12-16. ZON-a Hrvatske, čl. 16. st. 3., čl. 17-18. i čl. 20-22. ZON-a Makedonije, čl. 13. st. 3., čl. 14-15. i čl. 17-19. ZON-a Crne Gore, kao i čl. 11. st. 3., čl. 12-13. i čl. 15-17. ZON-a Republike Srpske. Napomenućemo da se u čl. 16. st. 2. ZON-a Republike Srpske navodi da će ako je neko od ostaviočevih deda ili baba umro pre ostavioca, deo zaostavštine koji bi mu pripao da je nadživeo ostavioca naslediti njegova deca, što upućuje na zaključak da se u ovom pravu princip reprezentacije primenjuje zaključno sa prvostepenim potomcima ostaviočevih deda i baba. Međutim, u nastavku istog stava se navodi da deca deda i baba u ovakvom slučaju nasleđuju po pravilima koja važe za slučaj kada umrlog nasleđuju njegova deca, što u stvari upućuje na primenu prava reprezentacije (u skladu sa čl. 10. ZON-a Republike Srpske), tako da je u Republici Srpskoj krug zakonskih naslednika ipak neograničen i u trećem zakonskom naslednom redu. U tom smislu v. Oliver Antić: Nasledno pravo, Beograd, 2011., str. 108.

U svim ovim naslednim redovima moguća je samo primena principa priraštaja, uz svako isključenje primene principa reprezentacije. Kada je reč o nasleđivanju u okviru četvrtog naslednog reda, zaostavština se između rodonačelnika ovog naslednog reda, odnosno pradeda i prababa, deli po lozama na dve polovine. Jedna polovina zaostavštine se deli na jednake delove između pradeda i prababa sa očeve strane, a druga polovina na jednake delove između pradeda i prababa sa majčine strane. U slučaju kada neko od pradeda ili prababa nije živ ili iz drugih razloga ne nasleđuje, može doći samo do priraštaja njegovom supružniku, a kada nijedan od supružnika, koji čine par predaka iz jedne loze nije živ ili iz drugih razloga ne nasleđuju, njihov deo zaostavštine će pripasti drugom paru predaka iz iste loze, između kojih će se taj deo zaostavštine deliti na jednake delove. Ukoliko nijedan od rodonačelnika iz jedne loze nije živ ili iz drugih razloga ne nasleđuje, deo zaostavštine koji je trebao da pripadne rodonačelnicima ove loze (a to je polovina cele zaostavštine) će pripasti rodonačelnicima druge loze, između kojih će se ona deliti na jednake delove, u smislu već izloženih pravila. Pravila nasleđivanja daljih predaka, kao potencijalnih zakonskih naslednika petog i daljih naslednih redova, identična su iznetim pravilima nasleđivanja, koja se primenjuju u četvrtom naslednom redu.[50]

3.2. Uzajamni odnos srodnika, supružnika i vanbračnog partnera kao zakonskih naslednika

U pravima Slovenije, Makedonije, Crne Gore i Republike Srpske, u konkurenciji sa roditeljima ostavioca, kao njegovim srodnicima prave ushodne linije ili u konkurenciji sa potomcima roditelja, kao pobočnim srodnicima ostavioca, zakonski nasledni deo supružnika (odnosno vanbračnog partnera različitog pola u pravima Crne Gore i Slovenije, a u poslednje navedenom pravu i vanbračnog partnera istog pola) je fiksno određen i iznosi 1/2 zaostavštine, dok se preostala polovina zaostavštine deli između spomenutih srodnika. Dokle god ima srodnika iz drugog naslednog reda i među njima postoji makar jedan koji može i hoće da bude naslednik, supružnik (odnosno vanbračni partner različitog pola u pravima Crne Gore i Slovenije, a u poslednje spomenutom pravu i vanbračni partner istog pola) nasleđuje 1/2 zaostavštine i nema nikakvo nasledno pravo prema drugoj polovini zaostavštine. Međutim, ako nema nijednog takvog srodnika, supružnik ostavioca (ili vanbračni partner

[50] V. čl. 17-19. ZON-a Hrvatske, čl. 20. ZON-a Crne Gore, kao i čl. 18-19. ZON-a Republike Srpske.

različitog pola u pravu Crne Gore, odnosno vanbračni partner različitog ili istog pola u pravu Slovenije), može naslediti celu zaostavštinu, isključujući iz nasleđivanja srodnike ostavioca kao potencijalne naslednike daljih naslednih redova.[51]

Napomenućemo da je u pravu Slovenije, ostaviočev supružnik ili njegov vanbračni partner različitog pola, još od donošenja Zakona o nasleđivanju ove zemlje, mogao konkurisati u nasleđivanju cele zaostavštine srodnicima drugog naslednog reda, pri čemu je sve ostale srodnike mogao isključiti iz nasleđivanja, dok istopolni vanbračni partner ostavioca, prema Zakonu o registraciji istopolne partnerske zajednice, sve do donošenja spomenute Odluke Ustavnog suda, nije imao pravo nasleđivanja na posebnoj imovini ostavioca, koju su stoga, mogli nasleđivati jedino srodnici ostavioca. Međutim, s druge strane, istopolnom vanbračnom partneru, ukoliko nije imao potomaka, pripadalo je pravo na celokupni udeo ostavioca u zajedničkoj imovini. Dakle, dok su ostaviočevom supružniku ili njegovom vanbračnom partneru različitog pola, srodnici drugog naslednog reda mogli konkurisati u nasleđivanju cele zaostavštine (pa i pogledu udela ostavioca u zajedničkoj imovini), dotle, istopolnom vanbračom partneru ostavioca, u nasleđivanju ovog dela zaostavštine, do donošenja Odluke Ustavnog suda Slovenije iz 2009. godine, nije mogao konkurisati nijedan naslednik ostavioca, koji se sa njim nalazio u pravoj ushodnoj ili pobočnoj liniji srodstva.[52]

---

[51] V. čl. 14. st. 1-2. i čl. 17. ZON-a Slovenije, čl. 16. st. 1-2. i čl. 19. ZON-a Makedonije, čl. 13. st. 1-2. i čl. 16. ZON-a Crne Gore, kao i čl. 11. st. 1-2. i čl. 14. ZON-a Republike Srpske.

[52] Iako se iz načina normiranja naslednopravnih ovlašćenja istopolnog vanbračnog partnera, čini da zakonodavac Slovenije nije želeo pridati isti naslednopravni značaj istopolnoj partnerskoj zajednici koji je u ovom pravu dat braku i vanbračnoj zajednici između heteroseksualnih partnera, te iako je nemogućnost nasleđivanja posebne imovine od strane istopolnog partnera prvenstveno imala za cilj da zaštiti naslednopravni položaj ostaviočevih srodnika, praktične konsekvence ovakvog načina regulisanja naslednopravnih ovlašćenja istopolnog vanbračnog partnera, ipak su ponekad mogle biti u neskladu sa ovakvom težnjom. Tako, ukoliko je ostavilac posedovao posebnu imovinu, koja je znatno veće vrednosti u odnosu na vrednost zajedničke imovine, istopolni vanbračni partner je u ovakvom slučaju imao pravo nasleđivanja na manjem delu zaostavštine, dok je pravo nasleđivanja na većem delu zaostavštine pripadalo bilo kojim srodnicima prave ushodne i pobočne linije, koji su u konkretnom slučaju pozvani na nasleđivanje. Pod ovom pretpostavkom, njegov naslednopravni položaj je zaista mogao biti nepovoljniji od naslednopravnog položaja supružnika ili vanbračnog partnera različitog pola, koji su u ovakvom slučaju mogli konkurisati na nasleđe ostaviočevim roditeljima i njihovim potomcima, kao zakonskim naslednicima drugog naslednog reda na celoj zaostavštini, pa samim tim i u pogledu posebne imovine ostavioca. Međutim, okolnosti su mogle biti i sasvim drugačije. Naime, moglo se desiti da ostavilac nije imao posebnu imovinu, kada nijedan srodnik

Uzimajući u obzir prethodno izneta izlaganja, može se zaključiti da je u pravima Slovenije, Crne Gore i Republike Srpske, odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj ili pobočnoj liniji i činjenice bračne veze (ili heteroseksualne vanbračne zajednice u pravu Crne Gore, odnosno heteroseksualne ili istopolne vanbračne zajednice u pravu Slovenije) koordinirajući, onda kada se supružnik (ili vanbračni partner različitog pola u pravu Crne Gore, odnosno vanbračni partner različitog ili istog pola u pravu Slovenije) pojavljuje kao naslednik u konkurenciji sa ostaviočevim roditeljima ili njihovim potomcima. U pravu Slovenije ovaj odnos je isključujući, u situaciji kada bi se kao zakonski naslednici pojavljivali dede i babe i njihovi potomci, kao srodnici iz trećeg naslednog reda, u pravu Crne Gore odnos između spomenutih činjenica je isključujući, u situaciji kada bi se kao zakonski naslednici pojavljivali dede i babe i njihovi potomci, kao srodnici iz trećeg naslednog reda ili pradede i prababe, kao srodnici iz četvrtog naslednog reda, dok je u pravu Republike Srpske odnos između navedenih činjenica isključujući, u situaciji kada bi se kao zakonski naslednici pojavljivali dede i babe i njihovi potomci, kao srodnici iz trećeg naslednog reda, kao i svi ostali direktni preci, kao srodnici iz četvrtog i daljih naslednih redova. S druge strane, u pravu Makedonije, odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji, u situaciji kada se radi o roditeljima i njihovim potomcima, s jedne strane i činjenice bračne veze, s druge strane je koordinirajući, samo onda kada se supružnik pojavljuje kao naslednik u konkurenciji sa spomenutim srodnicima, usled toga što iza ostavioca nije ostao nijedan njegov potomak, bilo zato što je ovakav potomak umro pre ostavioca, bilo zato što iz drugih razloga nije mogao da nasledi. Međutim, treba naznačiti da je u ovom pravu, odnos između činjenice srodstva u prvom stepenu prave ushodne linije ili činjenice pobočnog srodstva (kada se radi o potomstvu roditelja) i činjenice bračne veze isključujući, u situaciji kada su potomci ostavioca, kao potencijalni zakonski naslednici prvog naslednog reda, dali negativnu naslednu izjavu. Naposletku, ukoliko bi se kao zakonski naslednici pojavljivali

---

ostavioca u pravoj ushodnoj ili pobočnoj liniji (pa ni srodnici iz drugog naslednog reda) u slučaju postojanja istopolnog vanbračnog partnera nisu mogli ostvariti nikakva prava iz zaostavštine ostavioca, s obzirom na to da je zaostavštinu u ovakvom slučaju činio samo udeo ostavioca u zajedničkoj imovini. Pod ovom pretpostavkom, naslednopravni položaj istopolnog vanbračnog partnera bio je bolji čak i od naslednopravnog položaja, koji u ovom pravu imaju supružnik ili vanbračni partner različitog pola, kojima roditelji i njihovi potomci, kao naslednici drugog naslednog reda i u ovakvom slučaju mogu konkurisati u nasleđivanju.

dede i babe i njihovi potomci, odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji i činjenice bračne veze i u pravu ove zemlje je isključujući.

Osim navedenog, u pravu Makedonije, lica koja se sa ostaviocem nalaze u tazbinskom srodstvu prvog stepena prave linije ili u krvnom srodstvu (ponovimo, nezavisno od toga da li krvni srodnici uopšte ulaze u krug potencijalnih zakonskih naslednika), a koja su živela u trajnoj zajednici života sa ostaviocem, mogu ostvariti zakonska nasledna prava ukoliko iza ostavioca nisu ostali ni supružnik, ni njegovi roditelji i braća i sestre, kao potencijalni zakonski naslednici drugog naslednog reda. U ovom slučaju, navedenim licima na ime nasleđa će pripasti cela zaostavština, koja će se između njih deliti na jednake delove.[53] Dakle, ovakvim načinom regulisanja, u pravu Makedonije činjenici trajne zajednice života data je prednost u nasleđivanju, kako u odnosu na činjenicu pobočnog srodstva od trećeg stepena pa nadalje, tako i u odnosu na činjenicu srodstva drugog stepena prave ushodne linije.[54]

[53] V. čl. 29. st. 1. ZON-a Makedonije.

[54] Postojanje trajne zajednice života, kao samostalne pravno relevantne činjenice u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja, kada je ona postojala između tazbinskih ili krvnih srodnika, može dovesti do sledećih naslednopravnih konsekvenci: a) po osnovu trajne zajednice života sa ostaviocem, tazbinski srodnik prvog stepena prave linije može isključiti iz nasleđivanja bilo kog potomka braće i sestara, kao i dede i babe i njihove potomke, kao potencijalne zakonske naslednike drugog, odnosno trećeg naslednog reda; b) po osnovu trajne zajednice života sa ostaviocem, krvni srodnik daljeg stepena srodstva pobočne linije (posmatrano počev od potomaka braće i sestara), kao potencijalni zakonski naslednik drugog naslednog reda može isključiti iz nasleđivanja krvne srodnike bližeg stepena srodstva pobočne linije, kao potencijalne zakonske naslednike drugog naslednog reda (osim braću i sestre); v) po osnovu trajne zajednice života sa ostaviocem, zajedno mogu nasleđivati i bilo koji krvni srodnik, kao potencijalni zakonski naslednik trećeg naslednog reda i bilo koji krvni srodnik, kao potencijalni zakonski naslednik drugog naslednog reda (osim, ukoliko se radi o roditeljima i braći i sestrama); g) po osnovu trajne zajednice života sa ostaviocem, bilo koji krvni srodnik, kao potencijalni zakonski naslednik trećeg naslednog reda može isključiti iz zakonskog nasleđivanja potomke braće i sestara, kao potencijalne zakonske naslednike drugog naslednog reda; d) po osnovu trajne zajednice života sa ostaviocem, bilo koji krvni srodnik pobočne linije, kao potencijalni zakonski naslednik trećeg naslednog reda može isključiti iz zakonskog nasleđivanja dede i babe ostavioca, kao potencijalne zakonske naslednike trećeg naslednog reda; đ) po osnovu trajne zajednice života sa ostaviocem, bilo koji krvni srodnik daljeg stepena srodstva pobočne linije, kao potencijalni zakonski naslednik trećeg naslednog reda može isključiti iz zakonskog nasleđivanja krvnog srodnika bližeg stepena srodstva pobočne linije, kao potencijalnog zakonskog naslednika trećeg naslednog reda, te naposletku e) po osnovu trajne zajednice života sa ostaviocem, krvni srodnik koji uopšte ne ulazi u krug potencijalnih zakonskih naslednika može isključiti iz zakonskog nasleđivanja potomke braće i sestara, te dede i babe i njihove potomke, kao potencijalne zakonske naslednike drugog, odnosno trećeg naslednog reda.

Osim toga, ukoliko se na nasleđe u drugom naslednom redu poziva supružnik ostavioca, lica koja imaju pravo zakonskog nasleđivanja po osnovu trajne zajednice života sa ostaviocem, naslediće na jednake delove polovinu od dela zaostavštine koju bi nasledili roditelji, odnosno braća i sestre ostavioca,[55] dok će ostatak zaostavštine naslediti supružnik ostavioca. Ovakvim načinom regulisanja i naslednopravni položaj supružnika može biti pogoršan, u odnosu na položaj koji bi on u ovom pravu mogao imati pod pretpostavkom nepostojanja nijednog potomka braće i sestara ostavioca, u kom slučaju bi supružnik ostavioca mogao naslediti celu zaostavštinu. Do pogoršanja naslednopravnog položaja supružnika na ovaj način, može doći najpre usled konkurisanja na nasleđe od strane tazbinskih srodnika ostavioca koji se sa njim nalaze u prvom stepenu prave linije, zatim, od strane onih krvnih srodnika ostavioca koji ulaze u krug potencijalnih zakonskih naslednika, ali koji supružniku inače ne bi mogli konkurisati po osnovu činjenice srodstva (dede i babe ostavioca i njihovi potomci), a naposletku i od strane bilo kojih krvnih srodnika ostavioca koji uopšte ne ulaze u krug potencijalnih zakonskih naslednika u pravu ove zemlje, ali u svim ovim slučajevima, isključivo po osnovu postojanja trajne zajednice života spomenutih srodnika sa ostaviocem.[56]

Zakonsko rešenje prema kojem supružniku, odnosno vanbračnom partneru različitog pola, u okviru drugog zakonskog naslednog reda, na ime naslednog dela pripada 1/2 zaostavštine, primenjuje se i u pravu Hrvatske. Međutim, za razliku od svih napred spomenutih prava, u kojima potomci roditelja, dakle braća i sestre, kao i svi njihovi dalji potomci, mogu konkurisati supružniku – svi po pravu reprezentacije, pravo Hrvatske ima drugačije zakonsko rešenje, motivisano slabljenjem međusobnih veza između članova šire porodice, ali i težnjom jačanja naslednopravnog položaja supružnika, prema kojem konkurisanje ostalih naslednika drugog zakonskog naslednog reda supružniku, odnosno vanbračnom partneru različitog pola, znači zapravo mogućnost konkurisanja jedino srodnika prvog stepena prave ushodne linije, odnosno oca i majke, kojima pripada preostala 1/2 zaostavštine na jednake delove. U slučaju kada su otac ili majka, iza kojeg su ostali njegovi potomci, umrli pre ostavioca, deo koji bi tom roditelju pripao, prirašće drugom roditelju, čime se daje prednost

[55] V. čl. 29. st. 2. ZON-a Makedonije.

[56] O uticaju trajne zajednice života sa ostaviocem na zakonsko nasleđivanje u pravu Makedonije v. Kiril Čavdar: op. cit., str. 66-67; Nataša Stojanović: „O zakonskom i nužnom nasleđivanju u pravu Republike Makedonije i Republike Srbije“, Zbornik vo čest na Mile Hadži Vasilev, Skoplje, 2004., str. 130.

principu priraštaja u odnosu na princip reprezentacije, a na taj način i privileguje naslednopravni položaj srodnika prave ushodne linije srodstva u odnosu na ovakav položaj pobočnih srodnika, ali samo u slučaju postojanja konkurencije nadživelog supružnika ili vanbračnog partnera različitog pola, ne i u slučaju nepostojanja ovakve konkurencije. U slučaju nepostojanja ni oca ni majke ostavioca, kao rodonačelnika drugog naslednog reda, supružniku ostavioca ili njegovom vanbračnom partneru različitog pola, pripašće cela zaostavština,[57] čime se privileguje naslednopravni položaj supružnika, odnosno vanbračnog partnera različitog pola u odnosu na bilo koje pobočne srodnike ostavioca, kao i u odnosu na bilo koje ostale pretke ostavioca, kao njegove potencijalne zakonske naslednike. Iz napred navedenog, proizlazi da je odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj liniji i činjenice bračne veze, odnosno heteroseksualne vanbračne zajednice, u pravu Hrvatske koordinirajući, ali samo onda kada se radi o srodstvu u prvom stepenu prave ushodne linije, pri čemu odnos između spomenutih činjenica, kao što je to slučaj i u pravu Makedonije, može biti i isključujući, što će biti samo u situaciji kada su potomci ostavioca, kao potencijalni zakonski naslednici prvog naslednog reda dali negativnu naslednu izjavu, dakle, ne i onda kada su potomci umrli pre ostavioca ili iz drugih razloga ne mogu da naslede. Odnos između činjenice srodstva u bilo kom drugom stepenu prave ushodne linije, te srodstva u pobočnoj liniji i činjenice bračne veze, odnosno heteroseksualne vanbračne zajednice, u pravu ove zemlje, uvek je isključujući. Stoga, ukoliko se u pogledu zakonodavstava Slovenije, Crne Gore, Makedonije i Republike Srpske, može konstantovati da je naslednopravni položaj supružnika (ili vanbračnog partnera različitog pola u pravima Crne Gore i Slovenije, a u poslednje spomenutom pravu i vanbračnog partnera istog pola) povoljniji od ovakvog položaja srodnika drugog i daljih naslednih redova, utoliko se ta konstantacija sa još većom snagom argumenata može izvesti u pogledu naslednopravnog položaja supružnika, odnosno vanbračnog partnera različitog pola u pravu Hrvatske.

Zaključna razmatranja

Pravna regulativa zakona kao pravnog osnova pozivanja na nasleđivanje na prostoru bivše SFRJ, omogućila nam je da uočimo krug pravno relevantnih činjenica u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja, naslednopravni uticaj svake od njih ponaosob, kao i razlike, ali i zajednička

[57] V. čl. 11. ZON-a Hrvatske.

rešenja i opšte pravne principe, kojima se ova grupa zakonodavstava Evrope rukovodi prilikom normiranja redovnih pravila zakonskog nasleđivanja.

Kada je reč o srodstvu, kao činjenici koja utiče na konstruisanje pravila zakonskog nasleđivanja, može se zaključiti da sva posmatrana zakonodavstva sistem zakonskog nasleđivanja zasnivaju isključivo na krvnom, odnosno adoptivnom srodstvu, pri čemu je u svima njima prihvaćen parentelarno-linearni sistem grupisanja srodnika kao zakonskih naslednika. Pitanje obima srodstva (pre svega krvnog, imajući u vidu činjenicu da se zakonski nasledni red svih posmatranih prava, formira upravo pod pretpostavkom postojanja krvnog srodstva), nije u svakom od njih rešeno na isti način. Tako je krug srodnika kao potencijalnih zakonskih naslednika na najuži način postavljen u pravima Makedonije i Slovenije, imajući u vidu da u njega ulazi potomstvo ostavioca, roditelji i njihovo potomstvo, kao i dede i babe i njihovo potomstvo. Nešto šira koncepcija kruga srodnika kao potencijalnih zakonskih naslednika, prihvaćena je u pravu Crne Gore, u kojem ovaj krug, pored srodnika koji u njega ulaze i u pravima Makedonije i Slovenije, obuhvata još i ostaviočeve pradede i prababe. Krug srodnika kao potencijalnih zakonskih naslednika na najširi način postavljen je u pravima Hrvatske i Republike Srpske, imajući u vidu činjenicu da on u ovom pravu, pored srodnika koji u njega ulaze i u pravima Makedonije, Slovenije i Crne Gore, obuhvata još i sve ostaviočeve dalje pretke. Posmatrano sa aspekta obuhvatanja pojedinih kategorija srodnika krugom potencijalnih zakonskih naslednika, evidentno je da je u svim analiziranim zakonodavstvima, bez postavljanja bilo kakvih ograničenja, potomstvo ostavioca njime uvek obuhvaćeno. Međutim, kada je reč o precima kao potencijalnim zakonskim naslednicima, razlike već postoje. O njihovom postojanju se ne može govoriti jedino kada je reč o roditeljima ostavioca, s obzirom na to da ovi srodnici u svim posmatranim pravima ulaze u krug zakonskih naslednika. Po pitanju obuhvatanja daljih predaka krugom zakonskih naslednika, u nekim pravima usvojeno je pravilo prema kojem zakonski naslednici mogu biti samo preci do određenog stepena srodstva, što je slučaj u pravima Makedonije i Slovenije, u kojima se kao zakonski naslednici mogu pozivati preci zaključno sa drugim stepenom srodstva, kao i u pravu Crne Gore, u kojem se kao zakonski naslednici mogu pozivati preci zaključno sa trećim stepenom srodstva. Naposletku, u određenom broju prava, kao što su prava Republike Srpske i Hrvatske, ograničenja u pogledu stepena srodstva predaka, kao potencijalnih zakonskih naslednika, ne postoje. U pogledu kruga pobočnih srodnika, kao potencijalnih zakonskih naslednika, zakonska rešenja svih no-

vonastalih zakonodavstava na prostoru bivše SFRJ se ne razlikuju, imajući u vidu činjenicu da u svima njima, u navedeni krug ulaze svi potomci ostaviočevih roditelja, kao i svi potomci ostaviočevih deda i baba.

Za razliku od srodstva, kao pravno relevantne činjenice, čiji se značaj u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja nikada nije dovodio u pitanje, kao i za razliku od braka, čiji je naslednopravni značaj u današnje vreme nesporan, pravna regulativa vanbračnih zajednica prisutna je počev od kraja XX veka, pri čemu je tendencija priznavanja pravnih dejstava ovim zajednicama prisutna naročito u XXI veku, što je imalo za posledicu priznavanje naslednopravnih dejstava navedenoj činjenici i u određenom broju prava koja su predstavljala predmet naše analize. Tako, vanbračna zajednica predstavlja pravno relevantnu činjenicu u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja u pravima Hrvatske, Slovenije i Crne Gore, pri čemu ona u pravima Hrvatske i Crne Gore predstavlja osnov pozivanja na nasleđivanje samo ukoliko se radi o heteroseksualnoj vanbračnoj zajednici, dok u pravu Slovenije ona predstavlja pravno relevantnu činjenicu u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja, nezavisno od toga da li se radi o heteroseksualnoj ili istopolnoj vanbračnoj zajednici. U određenom broju prava na prostoru bivše SFRJ, vanbračna zajednica može proizvoditi naslednopravna dejstva bez njene registracije, što je slučaj u pravima Hrvatske i Crne Gore, dok se u pravu Slovenije, u pogledu neophodnosti ovog uslova mogu uočiti razlike, u zavisnosti od toga da li se radi o heteroseksualnoj ili istopolnoj vanbračnoj zajednici, s obzirom na to da u pravu ove zemlje istopolna vanbračna zajednica, za razliku od heteroseksualne vanbračne zajednice, može proizvoditi naslednopravna dejstva samo uz uslov njene registracije. U svim ovim zakonodavstvima, naslednopravna dejstva vanbračne zajednice identična su naslednopravnim dejstvima braka.

U svim pravima koja su predstavljala predmet naše analize, uticaj činjenice bračne veze, a u pojedinim od ovih prava i uticaj činjenice vanbračne zajednice, kvalitativno je izjednačen sa činjenicom srodstva, pri čemu je i konkretan naslednopravni položaj srodnika i supružnika (odnosno vanbračnog partnera u pojedinim od analiziranih prava) u njima, veoma sličan ili čak identičan.

Naime, analiza odgovarajućih zakonskih odredaba, kojima se uređuje raspodela zaostavštine u okviru prvog zakonskog naslednog reda, pokazala je da je u svim posmatranim pravima, odnos između činjenice srodstva u pravoj nishodnoj liniji i činjenice braka (a u pojedinim pravima i vanbračne zajednice) koordinirajući, s obzirom na to da supružnik ostavioca (a u pojedinim od njih i vanbračni partner ostavioca), nasleđuje istovremeno sa po-

tomcima ostavioca, dobijajući sa njima određeni deo zaostavštine u svojinu, pri čemu se razlike nisu mogle uočiti ni u pogledu konkretnog naslednopravnog položaja potomaka i supružnika (ili vanbračnog partnera u nekim od ovih prava), imajući u vidu da je u svim ovim zakonodavstvima prihvaćen takav način podele zaostavštine, prema kojem se ona između prvostepenih potomaka ostavioca i njegovog supružnika (ili vanbračnog partnera u pojedinim od ovih prava), deli na jednake delove, usled čega ovi naslednici imaju isti naslednopravni položaj.

Naposletku, iz odgovarajućeg načina normiranja raspodele zaostavštine u daljim naslednim redovima, došli smo do zaključka da je naslednopravni položaj ostaviočevog supružnika (a u nekim od njih i njegovog vanbračnog partnera), povoljniji od naslednopravnog položaja predaka, odnosno pobočnih srodnika ostavioca. Ovo najpre s obzirom na to da je analiza postojećih zakonskih rešenja pokazala da se konkretan odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj ili pobočnoj liniji i činjenice bračne veze, u svim posmatranim pravima može opredeliti kao isključujući u odnosu na veliki broj ovih srodnika, kao potencijalnih zakonskih naslednika, a zatim i s obzirom na činjenicu da supružnik ostavioca (ili njegov vanbračni partner u nekim od posmatranih prava) i u situaciji kada nasleđuje istovremeno sa nekim od predaka ili pobočnih srodnika ostavioca, dobijajući sa njima određeni deo zaostavštine u svojinu, dakle, u situaciji, kada je odnos između navedenih činjenica koordinirajući, u svakom od posmatranih zakonodavstava, posmatrano sa aspekta obima njegovih naslednopravnih ovlašćenja, nesumnjivo ima povoljniji naslednopravni položaj od ovakvog položaja konkurišućih mu srodnika.

Jelena Vidić Trninić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Law as the Legal Basis to Claim Inheritance in the Countries of the Former Socialist Federative Republic Of Yugoslavia (Slovenia, Croatia, Macedonia, Monte Negro and Republic Srpska)

Abstract:

As a certain continuation of the previous paper in which we pointed out the specificities of legal regulations regarding intestacy in former socialist countries, the subject matter of the present paper are statutory legal regulations as basis to claim inheritance in the remaining European countries, more specifically the countries of the former SFRY. Namely, it is our surrounding countries, (Slovenia, Croatia, Macedonia and Monte Negro) that are inevitably analysed in comparative overview of intestacy. The reason for this is the long period of common development of inheritance law, as well as the need to clearly observe the similarities and certain differences in respect of our subject matter in the laws of these countries after the dissolution of SFRY. The law of Republic of Srpska, as an entity of Bosnia and Hercegovina is also an integral part of this comparative overview. Its importance to be included in this study emerges from the above-mentioned reasons of necessity to study legal regulations of our neighbouring countries, as well as from the fact that serbian people live in this entity.

The comparative legal method what was used in this study enables us to observe not only the differences, but also the mutual solutions and general legal principles which this group of European legislatures is governed by when regulating the rules of intestacy.

Originalni naučni rad 347.731.1
doi:10.5937/zrpfns46-2544

Dr Vladimir Marjanski, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

OBAVEZE JAVNIH DRUŠTAVA U POGLEDU *AD HOC* INFORMISANJA JAVNOSTI NA TRŽIŠTU KAPITALA

Sažetak: *Autor u radu na celovit način analizira obaveze javnih društava u pogledu povremenog (ad hoc) informisanja javnosti na tržištu kapitala. Ad hoc informisanje javnosti treba da služi ostvarenju većeg broja ciljeva. Ono je jedno od sredstava kojim se nastoji obezbediti funkcionalna sposobnost tržišta. Urednim vršenjem ove obaveze pružaju se tržištu, što je moguće brže, sve relevantne informacije neophodne za formiranje adekvatne cene tržišnog materijala - hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata (**funkcija zaštite tržišta**). Investitori se time stavljaju u položaj da na promenjene okolnosti što brže reaguju, te da u pogledu tržišnog materijala čija se cena menja donesu investicionu odluku u cilju njegovog sticanja ili prodaje (**funkcija zaštite investitora**). S obzirom na to da se obaveza ad hoc informisanja sastoji i u objavljivanju insajderskih informacija koje se neposredno tiču emitenta, ad hoc informisanje služi kao preventiva tj. zaštita od vršenja zabranjene trgovine insajderskim informacijama (**funkcija prevencije od zloupotrebe insajderskih informacija)**.*

Ključne reči*: javno društvo, ad hoc informisanje, emitent, investitori, hartije od vrednosti.*

1. Opšte napomene

Javna društva kao učesnici na tržištu kapitala imaju obavezu da na različite načine informišu javnost o svom pravnom, finansijskom položaju, poslovanju uopšte, kao i o emitovanim hartijama od vrednosti i drugim finansij-

skim instrumentima. Javno društvo je izdavalac koji ispunjava bar jedan od dva uslova: da je uspešno je izvršio javnu ponudu hartija od vrednosti u skladu sa prospektom čije je objavljivanje odobrila Komisija za hartije od vrednosti (dalje u tekstu: Komisija) ili čije su hartije od vrednosti uključene u trgovanje na regulisanom tržištu, odnosno Multilateralnu trgovačku platformu (dalje u radu: MTP) u Republici Srbiji.[1]

Pored redovnog periodičnog informisanja javnosti[2], javna društva čiji su finansijski instrumenti uvršteni u trgovanje na regulisano tržište, MTP ili regulisano inostrano tržište (dalje u radu: izdavalac, emitent ili javno društvo[3]) odnosno u vezi s kojim je upućen zahtev za uključenje imaju i obavezu ne redovnog (*ad hoc*) informisanja javnosti na tržištu kapitala.[4]

Ad hoc informisanje javnosti sastoji se iz obaveze objavljivanja insajderskih informacija koje se neposredno odnose na izdavaoca i obaveze pružanja dodatnih informacija. Za razliku od obaveze redovnog periodičnog informisanja javnosti koja se vrši u unapred propisanim rokovima, redovno u toku poslovne godine, obaveza *ad hoc* informisanja može, ali ne mora uopšte postojati. Njen nastanak je neizvestan i u najširem smislu zavisi od toga da li će nastupiti promenjene okolnosti koje se odnose na emitenta, hartije od vrednosti i druge finansijske instrumente koje je izdao. Ukoliko nastanu, to će pod određenim uslovima izazvati i nastanak ove obaveze. Iz ovoga proističe da obaveza *ad hoc* informisanja dopunjava osnovnu obavezu javnih društava koja se sastoji u redovnom periodičnom informisanju javnosti (objavljivanje finansijskih izveštaja npr.)

Ad hoc informisanje javnosti treba da služi ostvarenju većeg broja ciljeva. Ono je jedno od sredstava kojim se nastoji obezbediti funkcionalna sposobnost tržišta kapitala. Urednim vršenjem ove obaveze od strane emitenata pružaju se tržištu, što je moguće brže, sve relevantne informacije neophodne za formiranje adekvatne cene tržišnog materijala - hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata (**funkcija zaštite tržišta**).[5] Investitori se time stavljaju u položaj da na promenjene

[1] Videti Zakon o tržištu kapitala (dalje u fusnotama: ZTK) „Sl. Glasnik RS“ br. 31/2011, čl. 2, st. 1, t. 43.

[2] O redovnom periodičnom izveštavanju javnosti videti opširnije kod: V.Marjanski, „Obaveze javnih društava u pogledu redovnog periodičnog izveštavanja javnosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br.2/2011,* str. 315-325.

[3] Sva tri izraza upotrebljavaće se u istom značenju, kako bi se izbegla stalna ponavljanja istog termina.

[4] Videti ZTK, čl. 73.

[5] Videti Susanne Kalls, Martin Oppitz, Johannes Zollner, *Kapitalmartkrecht – System (I),* Wien, 2005, str. 367.

okolnosti što brže reaguju, te da u pogledu tržišnog materijala čija se cena menja donesu investicionu odluku u cilju njegovog sticanja ili prodaje (**funkcija zaštite investitora**).[6] Pored ove dve funkcije, u poslednje vreme ističe se još jedna. S obzirom na to da se obaveza *ad hoc* informisanja sastoji u objavljivanju insajderskih informacija koje se neposredno tiču emitenta, *ad hoc* informisanje služi kao preventiva tj. zaštita od vršenja zabranjene trgovine insajderskim informacijama. Period između nastanka insajderske informacije i njenog objavljivanja tj. trenutka kada biva dostupna opštoj javnosti treba skratiti na što je moguće kraće vreme kako bi se rizik eventualne zloupotrebe te informacije sveo na što je moguće manju meru (**funkcija preventivne zaštite od zabranjene trgovine insajderskim informacijama**).[7] Stoga ne iznenađuje što su norme koje se odnose na obavezu *ad hoc* informisanja našle svoje mesto u okviru Direktive EU o privilegovanim informacijama i manipulacijama na tržištu.[8]

Obaveza *ad hoc* informisanja i obaveza redovnog periodičnog izveštavanja javnosti ne stoje u međusobnom konkurentskom odnosu. Naime, čim je neka informacija objavljena na bilo koji način regulisan Pravom tržišta kapitala, ona postaje dostupna ulagačkoj javnosti. Posebnost *ad hoc* informisanja leži i u brzini i vremenu u kome određena informacija postaje dostupna javnosti. Redovno periodično izveštavanje se, s druge strane, vrši u tačno utvrđenim rokovima u toku poslovne godine.

Zbog složenosti teme i ograničenog obima rada predmet analize neće biti pravne posledice povrede obaveze *ad hoc* informisanja javnosti.

2. Obaveza objavljivanja insajderskih informacija koje se neposredno odnose na izdavaoca

2.1. Sadržina obaveze

Izdavalac finansijkog instrumenta ima obavezu neodložnog objavljivanja svake insajderske informacije koja se na njega neposredno odnosi.[9] Prema čl. 75 Zakona o tržištu kapitala (dalje u radu: ZTK) insajderske informacije (eng. *inside information*) definisane su kao informacije o tačno određenim činjenicama koje nisu javno objavljene, odnose se direktno ili indirektno na jednog ili više izdavalaca finansijskih instrumenata ili na je-

[6] *Ibidem.*

[7] *Ibidem.*

[8] Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse), (dalje u tekstu i fusnotama Direktiva o privilegovanim informacijama i manipulacijama na tržištu).

[9] Videti ZTK, čl. 79, st. 1.

dan ili više finansijskih instrumenata a koje bi da su javno objavljene verovatno imale značajan uticaj na cenu tih finansijskih instrumenata ili na cenu izvedenih finansijskih instrumenata. Značajan uticaj postoji ako bi razuman ulagač verovatno uzeo takvu informaciju kao deo osnove za donošenje svojih investicionih odluka (odluka o prodaji ili sticanju finansijskih instrumenata).

U okviru obaveze *ad hoc* informisanja predmet obaveze samo su one insajderske informacije koje se neposredno odnose na izdavaoca. Dakle, pojam insajderskih informacija koje su predmet ove obaveze uži je od opšteg pojma insajderskih informacija. Pitanje šta se smatra insajderskom informacijom koja se neposredno odnosi na izdavaoca faktičko je pitanje koje se mora utvrditi u svakom konkretnom slučaju. Po pravilu neposrednost postoji kod onih informacija koje se odnose na delatnost emitenta (okolnosti koje se interno odnose na preduzeće emitenta).[10] Ipak, informacije o činjenicama koje spadaju u delatnost izdavaoca nisu više pojmovno odlučujuće za određivanje elementa neposrednosti, jer tu mogu spadati i one informacije koje ne spadaju u okvir delatnosti emitenta i koje nisu od isključivog internog značaja za njega. Tu, dakle, mogu spadati i određene informacije o spoljnim činjenicama, kao npr. preduzimanje ponude za preuzimanje, procena boniteta izdavaoca, objavljivanje sudske ili odluke nekog drugog nadležnog organa koja se na njega odnosi.

Komisija za hartije od vrednosti Republike Srbije donela je Pravilnik o objavljivanju insajderskih informacija koje se neposredno odnose na izdavaoca i o određivanju opravdanih interesa izdavaoca u svrhu objavljivanja[11] (dalje u tekstu: Pravilnik o objavljivanju insajderskih informacija). U čl. 2 st. 4 Pravilnika primerično je nabrojan čak 31 slučaj insajderskih informacija koje se mogu neposredno odnositi na emitenta.

Iz dosadašnje uporednopravne prakse poznati su brojni primeri insajderskih informacija koje se neposredno odnose na izdavaoca i koje kao takve potpadaju pod obavezu *ad hoc* informisanja. Tu spadaju informacije o promeni kontrole ili ugovora o upravljanju emitentom, značajne personalne izmene članova uprave i nadzornih organa emitenta, značajni pravni sporovi, podaci o prihodima, razvoju novih proizvoda, informacija o insolventnosti glavnog dužnika, informacije o gubitku vrednosti imovine, odluke o restrukturiranju, povećanju ili smanjenju osnovnog kapitala, sticanju i otuđenju većinskog paketa udela u emitentu od strane jednog akcionara, informacija o sprovođenju *due dilligence* postupka, inormacija o izmenama dividende, informacija o predstojećoj insolventnosti, preza-

[10] Videti Susanne Kalls, Martin Oppitz, Johannes Zollner, *nav. delo*, str. 369.
[11] „Službeni Glasnik RS“, br. 89/2011.

duženosti emitenta, informacija o značajnim gubicima, značajnim izvanrednim prihodima ili rashodima, informacije o izvršenju ili prihvatanju značajnih poslova, informacija o zaključenju ili prestanku važnih ugovora, informacija o novim patentima itd.[12]

Pored ovoga, neposrednost se može odnositi i na odnose u povezanim društvima (odnos matično i zavisno društvo). Zbog toga se događaji u matičnom društvu moraju objaviti od strane zavisnog društva čije su hartije od vrednosti uvrštene u trgovanje na regulisanom tržištu sve dok se neposredno tiču zavisnog društva. Naravno, ako matično društvo ima status javnog društva čije su hartije od vrednosti uvrštene na regulisano tržište tada ono ima samostalnu obavezu da vrši objavljivanje tih informacija tako da u slučaju njenog objavljivanja insajderska informacija više ne postoji, pa nema ni obaveze koja tereti zavisno društvo. Obaveza na strani zavisnog društva postoji samo ukoliko matično društvo propusti da objavi insajdersku informaciju a to može da utiče na promenu kursa finansijskih instrumenata oba društva.

Nema obaveze *ad hoc* informisanja ako se insajderska informacija samo posredno (indirektno) odnosi na izdavaoca. Tu spadaju informacije o privrednim kretanjima, opštem razvoju tržišta, podaci o nezaposlenosti, cenama naftnih derivata, razvoju (skoku ili padu) berzanskog indeksa, informacije o izmenama propisa, odluke o kamatama koje propisuje centralna banka itd. Takođe, informacije o konkurentima (npr. uvođenje novih konkurentskih proizvoda, pad njihove kreditne sposobnosti) tiču se samo posredno emitenta i stoga po pravilu ne potpadaju pod obavezu *ad hoc* informisanja.[13]

2.2. Odlaganje objavljivanja insajderskih informacija

Ipak, čak i kada postoje preduslovi za nastanak obaveze neodložnog objavljivanja insajderske informacije, prema čl. 81 st. 2 ZTK izdavalac može na svoju odgovornost da odloži njihovo objavljivanje kako ne bi narušio svoje opravdane interese, pod uslovom da to odlaganje ne bi dovelo javnost u zabludu, kao i da emitent može da osigura poverljivost te informacije. Zaštita opravdanog interesa izdavaoca ovde stoji naspram interesa tržišta kapitala za potpunim i pravovremenim informisanjem ulagačke javnosti, pa odluka nadležnog tela o dopuštenosti eventualnog odlaganja zavisi od procene značaja navedenih interesa.

---

[12] Videti Susanne Kalls, Martin Oppitz, Johannes Zollner, *nav. delo*, str. 369.

[13] Videti Susanne Kalls, Martin Oppitz, Johannes Zollner, *nav. delo*, str. 371. Ostale primere videti u Pravilniku o objavljivanju insajderskih informacija, čl.3.

Dakle, izdavalac može da odloži objavljivanje insajderskih informacija ukoliko su ispunjena sva tri uslova kumulativno.

Prvi uslov za odlaganje izvršenja obaveze je da postoji **opravdan interes** koji ukazuje na to da bi javno saopštenje insajderskih informacija ozbiljno ugrozilo poslovanje emitenta. Opravdan interes postoji uvek ukoliko bi objavljivanje informacija sprečilo, dovelo u opasnost ili značajno štetilo ostvarivanju ciljeva i razvoju preduzeća emitenta uopšte.[14]

U čl 4. Pravilnika o objavljivanju insajderskih informacija primerično su nabrojana dva slučaja kada takav opravdan interes može postojati. To su pregovori u toku ili elementi tih pregovora, kada bi javno objavljivanje moglo uticati na ishod ili redovan tok tih pregovora (posebno se apostrofiraju pregovori o predstojećoj finansijskoj konsolidaciji emitenta), kao i donošenje odluke od strane poslovodnog organa emitenta za koju se još čeka saglasnost drugog organa (npr. nadzornog odbora).[15]

U uporedno-pravnoj praksi su se naročito izdvojili primeri koji ukazuju na postojanje interesa emitenta koji opravdava odlaganje objavljivanja insajderske informacije. Jedan od razloga odlaganja objavljivanja takvih informacija bio bi slučaj završetka pregovora i donošenje poslovne odluke od strane poslovodnog organa emitenta za koju se još čeka saglasnost drugog organa (npr. nadzornog odbora). Bez mogućnosti odlaganja objavljivanja takve informacije postojao bi rizik da se ulagačka javnost suviše rano pouzda u takvu informaciju. Stoga nadležna tela (kod nas Komisija za hartije od vrednosti) uglavnom dopuštaju odlaganje objavljivanja ovih informacija. Česti razlozi za odlaganje su i razvoj novih proizvoda, pripreme za preuzimanje, restrukturiranje ili fuziju.

---

[14] Petra Buck Heeb, *Kapitalmartkrecht*, 2. Auflage, Heidelberg, 2007, str. 67.

[15] Odredba čl. 4 Pravilnika glasi: „U svrhu primene člana 81 ZTK, koji se odnosi na odlaganje javnog objavljivanja insajderske informacije, opravdani interesi mogu posebno da se odnose na sledeće okolnosti koje ne predstavljaju potpuni popis:

a) pregovori u toku ili elementi tih pregovora, kada bi javno objavljivanje moglo uticati na ishod ili redovan tok tih pregovora. Posebno, u slučaju da je finansijska održivost izdavaoca u ozbiljnoj i neposrednoj opasnosti, i ako nije u obimu primene stečajnog zakona, javno objavljivanje informacija se može odložiti na ograničeni vremenski period ako bi ono ozbiljno ugrozilo interes postojećih i potencijalnih akcionara time što isto ugrožava donošenje zaključka o pregovorima koji imaju za cilj da osiguraju dugoročni finansijski oporavak izdavaoca;

b) odluke koje je doneo organ upravljanja izdavaoca ili ugovore koje je sklopio, a koji trebaju odobrenje nekog drugog organa izdavaoca kako bi stupili na snagu, u slučaju kada su ti organi u okviru izdavaoca organizaciono odvojeni, pod uslovom da bi javno objavljivanje tih informacija pre tog odobrenja zajedno sa istovremenom objavom da se na odobrenje još uvek čeka, ugrozilo tačnu procenu informacija od strane javnosti.

U literaturi se kao posebno interesantan navodi slučaj preuzimanja. U tom pogledu postavljaju se dva pitanja. Prvo, od kog trenutka situacija preuzimanja potpada pod obavezu objavljivanja. Drugo je pitanje pod kojim okolnostima postoji mogućnost, ali i obaveza podnošenja zahteva za odlaganje vršenja ove obaveze, ako se samo vođenje pregovora ne želi objaviti javnosti.

Nesporno je da obaveza objavljivanja postoji kako na strani ciljnog društva, tako i na strani ponudioca. Smatramo da je trenutak nastanka obaveze momenat u kome pregovori o preuzimanju, koji predstavljaju insajdersku informaciju, dostignu takvu fazu u kojoj mogu uticati na imovinu, prihode i finansijsko stanje emitenta ili njegov privredni razvoj uopšte, tako da mogu imati dovoljan uticaj na kurs njegovih finansijskih instrumenata.[16] Dakle, ovde je od suštinskog značaja stepen verovatnoće realizacije čitavog postupka preuzimanja. U uporednoj praksi se smatra da obaveza objavljivanja postupka preuzimanja nastaje odmah po završetku "*due diligence*" postupka i kada su obezbeđena finansijska sredstva za realizaciju preuzimanja ciljnog društva.

Kao što je već istaknuto, drugo je pitanje pod kojim okolnostima postoji mogućnost, ali i obaveza podnošenja zahteva za odlaganje vršenja ove obaveze, ako se samo vođenje pregovora ne želi objaviti javnosti. Isto kao i u pogledu obaveze objavljivanja, eventualno odlaganje vršenja obaveze odnosi se kako na ciljno, tako i na društvo ponudioca. U slučaju vođenja pregovora o preuzimanju nadležno telo procenjuje da li su ispunjeni uslovi za odlaganje. Osnovna kritika postojanja ovog zakonskog rešenja sastoji se u tome da rešenje u Zakonu o tržištu kapitala ne uzima dovoljno u obzir odnose koji se regulišu Zakonom o preuzimanju akcionarskih društava, jer, kako proističe iz prethodnih razmatranja, društvo ponudilac mora da podnese zahtev nadležnom telu (kod nas Komisiji za hartije od vrednosti) za odlaganje vršenja ove obaveze i pre nego što uopšte objavi odluku o preuzimanju akcija ciljnog društva, kada prema rešenju iz Zakona o preuzimanju akcionarskih društava počinje postupak preuzimanja.[17]

Drugi uslov za odlaganje obaveze objavljivanja je da **odlaganje ne sme da ima za rezultat obmanjivanje javnosti.** To znači da javno društvo tokom perioda odlaganja ne sme davati aktivne signale koji bi bili u suprotnosti sa još neobjavljenim insajderskim informacijama.[18] To bi na primer bio slučaj u kome bi uprava društva i pored tekućih pregovora o preuzimanju sa potencijalnim ponudiocem u javnosti odbacivala tvrdnje

[16] Petra Buck Heeb, *nav. delo,* str. 68.
[17] Videti Zakon o preuzimanju akcionarskih društava, čl. 6.
[18] Petra Buck Heeb, *nav. delo,* str. 69.

da se uopšte vode takvi pregovori. Glasine koje cirkulišu na tržištu kapitala moraju se tada potvrditi kako bi se izbegle optužbe o obmanjivanju javnosti.[19]

Treći uslov je **da emitent obezbedi tajnost insajderskih informacija**, uključujući i sprečavanje njihovog selektivnog obelodanjivanja licima koja ih mogu zloupotrebiti. Dakle, emitent za vreme trajanja oslobođenja od obaveze mora da kontroliše pristup insajderskim informacijama i da obezbedi njihovu poverljivost. Sve dok je obezbeđena poverljivost tih informacija ne postoji obaveza *ad hoc* informisanja.[20] Komisija propisuje bliže okolnosti koje mogu ukazivati na rešenja i mere koje je emitent obavezan da sprovede u svrhu osiguranja poverljivosti insajderske informacije.[21]

Ovde je reč samo o odlaganju objavljivanja insajderske informacije, a ne o potpunom oslobađanju od ove obaveze. U slučaju odlaganja emitent je dužan da bez odlaganja obavesti Komisiju za hartije od vrednosti o svojoj odluci da odloži javno objavljivanje insajderske informacije.[22] Ipak, i dalje ostaje nejasno do kog trenutka se može odlagati objavljivanje insajderskih informacija.

3. Obaveza pružanja dodatnih informacija

Obaveza pružanja dodatnih informacija obuhvata više različitih obaveza koje se takođe mogu podvesti pod obavezu *ad hoc* informisanja, jer se ni one ne vrše u unapred propisanim rokovima, već njihov nastanak zavisi od novonastalih okolnosti. Tu spadaju: obaveza pružanja informacija o izmenama u pravima koja proističu iz emitovanih hartija od vrednosti, obaveza informisanja o sticanju i otuđenju sopstvenih akcija javnog društva, dodatna obaveza informisanja javnih društava emitenata korporativnih hartija od vrednosti i dodatna obaveza informisanja javnih društava emitenata dužničkih hartija od vrednosti.

Pored navedenih, u obavezu pružanja dodatnih informacija i uopšte obavezu *ad hoc* informisanja može se uvrstiti i obaveza objavljivanja informacije o sticanju značajnog učešća u pogledu akcija sa pravom glasa u akcionarskom društvu. Ipak, budući da ovu obavezu imaju sticaoci značajnog učešća[23], a ne javno akcionarsko društvo (emitent), ova obaveza neće biti predmet analize u ovom radu.

---

[19] Petra Buck Heeb, *nav. delo,* str. 70
[20] *Ibidem.*
[21] Videti ZTK, čl. 81, st. 3.
[22] Videti ZTK, čl. 81, st. 2.
[23] Videti ZTK, čl. 57, st. 1.

3.1. Obaveza pružanja informacija o izmenama u pravima koja proističu iz emitovanih hartija od vrednosti

Obaveza *ad hoc* informisanja javnosti obuhvata i obavezu emitenta da pruža informacije o nastalim izmenama u pravima koja proističu iz hartija od vrednosti. Ipak, ona se od obaveze koja je objašnjena u okviru prethodnog naslova, razlikuje po tome što su predmet ove obaveze specifične informacije koje se isključivo tiču hartija od vrednosti koje je emitovalo javno društvo i koje ne moraju imati karakter insajderskih informacija. Dakle, one mogu biti i opštepoznate. Emitent čije su hartije od vrednosti uvrštene na regulisano tržište ima obavezu da odmah objavi promenu koja je nastala u pravima koja proističu iz hartija od vrednosti. To mogu biti kako promene u pravima iz korporativnih hartija od vrednosti[24] (eng. *equity securities*[25]), tako i promene u pravima iz hartija od vrednosti koje nemaju korporativni karakter (eng. *non-equity securities*).

Prema čl. 55 st. 1 javno društvo je dužno da bez odlaganja dostavi Komisiji za hartije od vrednosti i regulisanom tržištu, odnosno MTP na kome su njegove korporativne[26] hartije od vrednosti uključene u trgovanje, svaku promenu koja je nastala u pravima iz korporativnih hartija od vrednosti, za svaku klasu hartija od vrednosti posebno, uključujući i promene u pravima iz izvedenih finansijskih instrumenata koje izdaje to javno društvo a koje daju pravo na sticanje njegovih korporativnih hartija od vrednosti.

---

[24] Videti Direktivu o transparentnosti, član 16 st. 1.

[25] „Equity securities“ su hartije od vrednosti finansirane iz sopstvenog kapitala (nem. *die Eigenkapitalwertpapiere*). Sopstveni kapital je vrsta finansijskog kapitala. On predstavlja direktno učešće u osnovnom kapitalu privrednog društva i kao takav je praćen određenim pravima (pravom na hartije od vrednosti iz kojih proističu određena članska prava). Pod takvim hartijama od vrednosti podrazumevaju se akcije i druge „prenosive hartije od vrednosti“ ekvivalentne akcijama, kao i bilo koje druge hartije od vrednosti koje daju pravo na sticanje pomenutih „hartija“ pri čemu je to sticanje posledica njihove konverzije ili vršenja prava koje je u njima inkorporisano, pod uslovom da su i te “kasnije hartije“ izdate od strane izdavaoca onih „prvobitnih“ ili od strane pravnog lica koje pripada grupi izdavaoca. Videti Direktivu EU o prospektu, čl. 2 st. 1 tač. (b).

Tzv. „non-equity securities“ (nem. *die Fremdkapitalwertpapiere – die Nichtdividendenwerte*) su sve hartije od vrednosti koje ne spadaju u grupu tzv. *equity* „hartija“. Videti Direktivu EU o prospektu, čl. 2 st. 1 tač. (b).

[26] U Zakonu o tržištu kapitala upotrebljen je izraz vlasničke hartije od vrednosti koji nije najadekvatniji, jer akcije nisu stvarno-pravne hartije od vrednosti. One akcionarima ne daju pravo svojine nad imovinom društva. Akcionari nisu suvlasnici akcionarskog društva. Oni su članovi akcionarskog društva, te na osnovu akcija koje poseduju imaju odgovarajuća upravljačka i imovinska prava u akcionarskom društvu (korporaciji). Stoga bi adekvatniji izraz bio korporativne hartije od vrednosti ili hartije od vrednosti sa pravom učešća.

Kada je, međutim, reč o hartijama od vrednosti koje nemaju korporativni karakter, a koje su uključene na regulisano tržište ili MTP emitent ima i obavezu da pored promene u pravima, objavi i promene u uslovima vezanim za te hartije od vrednosti a koji mogu imati indirektan uticaj na prava iz tih hartija od vrednosti, a naročito promene u vezi sa uslovima zaduživanja i kamatnom stopom.[27] To se međutim ne odnosi na promene uslova koji nastaju nezavisno od volje emitenta, a objektivno su odredivi, kao što su promene LIBOR, EURIBOR i sl.[28]

3.2. Obaveza informisanja o sticanju i otuđenju sopstvenih akcija javnog društva

Ukoliko javno društvo stiče i otuđuje sopstvene akcije sa pravom glasa, samostalno ili preko lica koje deluje u svoje ime, a za račun tog javnog društva, dužno je da objavi javnosti broj sopstvenih akcija u apsolutnom i relativnom iznosu u najkraćem mogućem roku, ali najkasnije od isteka četiri dana trgovanja nakon sticanja ili otuđenja akcija sa pravom glasa. U smislu Zakona o privrednim društvima (dalje u radu: ZPD)[29] sopstvene akcije su akcije koje je društvo steklo od svojih akcionara.[30] Obaveza se odnosi kako na sticanje, tako i na otuđenje sopstvenih akcija sa pravom glasa. Apsolutni iznos je ukupan broj sopstvenih akcija sa pravom glasa koje se nalaze u portfelju javnog društva. Relativan iznos je broj stečenih sopstvenih akcija u odnosu na sve ostale emitovane akcije emitenta sa pravom glasa koje se ne nalaze u režimu sopstvenih akcija. Treba imati u vidu da u slučaju javnog akcionarskog društva ukupna nominalna vrednost odnosno obračunska vrednost[31] (kod akcija bez nominalne vrednosti) stečenih sopstvenih akcija uključujući i ranije stečene sopstvene akcije, ne sme da pređe 10% osnovnog kapitala društva.[32]

Sopstvene akcije mogu se sticati ili otuđivati radi sprečavanja neprijateljskog preuzimanja, uticaja na cenu ostalih akcija emitenta i sl., pa informacija o sticanju ili otuđenju sopstvenih akcija javnog društva može biti od značaja za ulagačku javnost na tržištu kapitala. Ipak, mogućnost značajnog uticaja na kurs ostalih finansijskih instrumenata emitenta, ovde nije od odlučujućeg značaja za postojanje ove obaveze kao što je to slučaj

[27] Videti ZTK, čl. 55 st. 2. i Direktivu o transparentnosti, član 16 st. 2.
[28] Videti ZTK, čl. 55 st. 3.
[29] „Sl. Glasnik RS“ 36/2011.
[30] Videti ZPD, čl. 282, st. 1.
[31] U ZPD je upotrebljen pogrešan termin: „računovodstvena vrednost“.
[32] Videti ZPD, čl. 282, st.2, t. 4.

sa objavljivanjem insajderskih informacija koje se neposredno odnose na emitenta. Takođe, informacija o izvršenom sticanju ili otuđenju sopstvenih akcija uopšte ne mora imati karakter insajderske informacije. Iako je javnost koja redovno prati trgovanje na regulisanom tržištu ovde najčešće već upoznata sa izvršenom transakcijom, vršenjem ove obaveze ulagačkoj javnosti naročito se ističe da su takve transakcije izvršene.

3.3. Dodatna obaveza informisanja javnih društava emitenata korporativnih hartija od vrednosti

Javno društvo izdavalac korporativnih hartija od vrednosti[33] kojima se trguje na regulisanom tržištu, odnosno MTP obavezno je da obezbedi da su dostupni svi načini i informacije potrebni akcionarima za ostvarivanje njihovih prava, uz odgovarajuću zaštitu celovitosti podataka.[34]

Ovde je reč o specifičnoj obavezi *ad hoc* informisanja koja tereti emitente korporativnih hartija od vrednosti. Ona je, međutim, uspostavljena prvenstveno radi zaštite interesa akcionara emitenta, a ne opšte ulagačke javnosti. To znači da su adresati kojima se upućuju informacije samo akcionari emitenta, a ne opšta ulagačka javnost. Ova obaveza sastoji se u pružanju različitih informacija akcionarima emitenta (informacije o mestu, vremenu i dnevnom redu održavanja skupštine, ukupnom broju akcija i akcijama sa pravom glasa, informacije o kreditnoj instituciji preko koje se izvršavaju finansijske obaveze prema akcionarima, informacije o isplati dividende itd.)[35]

Takođe, emitent je dužan da predlog izmena statuta ili osnivačkog akta odmah dostavi Komisiji i regulisanom tržištu odnosno MTP na kome se trguje njegovim hartijama od vrednosti, a najkasnije na dan objavljivanja poziva za održavanje skupštine na kojoj će se raspravljati o tim pitanjima.[36]

3.4. Dodatna obaveza informisanja javnih društava emitenata dužničkih hartija od vrednosti

Javno društvo izdavalac korporativnih hartija od vrednosti dužno je da bez odlaganja obavesti javnost o svakom novom izdavanju dužničkih hartija od vrednosti, a naročito o osiguranju ili garanciji u vezi sa tim izdavanjem.[37] Ova obaveza je uspostavljena jer je reč o novom zaduživanju

[33] U zakonu se upotrebljava neadekvatan izraz „vlasničke hartije od vrednosti“.
[34] ZTK, čl. 65, st. 1.
[35] Videti o tome više ZTK, čl. 65 st. 2-3.
[36] Videti ZTK, čl. 65, st. 4.
[37] Videti ZTK, čl. 66, st. 2.

javnog društva koje može uticati na tržišnu vrednost ranije emitovanih korporativnih hartija od vrednosti.[38]

Interesantno je da je ova obaveza uvrštena u čl. 66 ZTK koji nosi naslov „Druge obaveze informisanja javnih društava izdavaoca dužničkih hartija od vrednosti" i pored toga što se obaveza odnosi na emitente prvobitno emitovanih korporativnih hartija od vrednosti. Postojanje ove obaveze je svakako opravdano ne samo kada je reč o emitentu korporativnih hartija od vrednosti koji izdaje dužničke hartije od vrednosti, već i kada je reč o emitentu dužničkih hartija od vrednosti koji izdaje nove hartije iste vrste. Iz ovog razloga smatramo da bi trebalo dodati i obavezu da emitent dužničkih hartija koji izdaje nove dužničke hartije od vrednosti o tome obavesti javnost, jer izdavanje novih hartija iste vrste može uticati na tržišnu vrednost ranije emitovanih hartija od vrednosti (npr. obveznica) i povećati rizik njihove nenaplativosti zbog moguće prezaduženosti emitenta. Konačno i u ovom slučaju je irelevantno da li informacija o izdavanju novih dužničkih hartija ima karakter insajderske informacije, pa se ulagačkoj javnosti samo skreće pažnja na ovako važan događaj za emitenta. Ukoliko je ta informacija, međutim, istovremeno insajderska tj. nepoznata opštoj javnosti (što je vrlo često slučaj), osnov za nastanak ove obaveze već leži u članu 79 ZTK koji reguliše obavezu objavljivanja insajderskih informacija, jer je reč o informaciji koja se nesumnjivo neposredno odnosi na emitenta.

[38] Videti ZTK, čl. 66, st. 2.

Vladimir Marjanski, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Ad hoc public disclosure obligations of public companies on the capital market

Abstract:

The author gives a comprehensive analysis of the obligations of public companies regarding the provision of periodical (ad hoc) information to the public on the capital market. *Ad hoc* disclosure is to achieve a number of aims. It is one of the devices to secure the market's functional abilities. By means of regularly fulfilling this obligation, the market is provided with all the relevant information necessary to form adequate prices of market materials - i.e. securities and other financial instruments (**the function of market protection**). Investors are thus being able to aptly respond to modified circumstances and deliver investment decisions whether to buy or sell market materials the price of which are being changed (**the function of investor protection**). Due to the fact that the duty of *ad hoc* disclosure encompasses the obligation to reveal insider information directly affecting the emitter, *ad hoc* disclosure serves as a preventive measure, i.e. as a protection against illicit trade with insider information (**the function of prevention against the abuse of insider information**).

Key words: public company, *ad hoc* disclosure, emitter, investors, securities

Originalni naučni rad 340.142(4)
doi:10.5937/zrpfns46-2084

Dr Dragutin Avramović, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ODLUKA ILI NORMA – SLOBODNO SUDIJSKO UVERENJE KAO PRETNJA VLADAVINI PRAVA*

Sažetak: *Principi zakonitosti i pravne sigurnosti, kao temeljni pojmovi na kojima bezuslovno počiva i najtanja (the thinnest) koncepcija vladavine prava, su danas u velikoj meri ugroženi širenjem polja slobodnog sudijskog uverenja. Takav trend postaje prisutan i u evropskim državama, s obzirom na to da dolazi do približavanja dva velika pravna sistema – angloameričkog i evrokontinentalnog, pri čemu sudska presuda dobija sve veći faktički značaj i u evrokontinentalnom pravu, iako ne predstavlja formalni izvor prava. Autor, nakon analize stavova vodećih pisaca američkog pravnog realizma, ukazuje na neretko postojanje velike tenzije između sudske odluke i zakonske norme. U tom konfliktu, odluka često i relativno lako uspeva da se otrgne slovu zakona. Prilikom primene opštih pravnih normi u konkretnom slučaju, kreativnim prilagođavanjem prava životu, s obzirom na nužnu opštost i apstraktnost zakonskih normi, sudija sve više postaje stvaralac prava, a sve manje primenjivač prava. Autor naglašava postojanje opasnosti od subjektivnosti i različitih predrasuda sudija, koji s obzirom na širinu svoje diskrecije sve više sude na osnovu sopstvenog shvatanja pravde, a sve manje na osnovu zakona. Na takav način pravo se pretvara u sudsku odluku utemeljenu u subjektivnom doživljaju pravde i pravičnosti.*

Ključne reči: *Pravna norma; Sudska odluka; Slobodno sudijsko uverenje; Vladavina prava; Američki pravni realizam.*

---

* Ovaj rad je rezultat realizovanja projekta „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“ koji se finansira sredstvima Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Rukovodilac projekta je prof. dr Dragan Milkov.

1. Tumačenje prava – primena i/ili kreacija prava

Postupak tumačenja pravne norme, utvrđivanjem njenog pravog smisla, jeste najdelikatnija i najosetljivija oblast prava. Isklizavanje prava iz granica koje su postavljene krunskim načelom zakonitosti, vrhunskim imperativom pravne države, najčešće se dešava prilikom primene prava, kada mrtvo slovo zakona mora da „progovori". Definisanje osnovnih principa pravne države i vladavine prava, poput podele vlasti i nezavisnog sudstva, neizostavno podrazumeva i najširu primenu slobodnog sudijskog uverenja. Princip nezavisnosti sudstva može se razumeti na različite načine: kao institucionalna nezavisnost, kao odsustvo različitih pojedinačnih pritisaka na sudiju, ali i kao sloboda sudije da nezavisno, u skladu sa svojim uverenjem, donese presudu, na šta takođe ukazuje ovaj termin. Slobodno sudijsko uverenje zapravo predstavlja ovlašćenje sudije da donosi odluke u skladu sa svojom diskrecionom procenom. Naime, iako tvorci pravnih normi po pravilu nastoje da ih što preciznije formulišu, postoji dosta slučajeva kada je nemoguće unapred predvideti sve životne situacije koje treba podvesti pod jednu pravnu normu, koja tada, silom prilika, postaje apstraktna, neodređena i podložna različitim tumačenjima.[1] Umesto onog ko je kreira, suveren tada postaje onaj ko odlučuje o domašaju i primenjivosti pravne norme u konkretnim slučajevima. Uostalom, anglosaksonsko pravo se velikim delom oslanja na ono što dobija rečit tehnički naziv: *judge made law.* Sudije se na taj način od tumača prava pretvaraju u stvaraoce prava. Primena apstraktnog pravila na konkretan slučaj treba da stvori pravično rešenje, da ustanovi „pravdu pojedinačnog slučaja". Međutim, veštim korišćenjem slobodnog sudijskog uverenja iz istog činjeničnog stanja i iste zakonske norme, pod uslovom da norma podleže mogućnosti ekstenzivnog tumačenja, tj. da predstavlja pravni standard, često se mogu izvući dva različita zaključka. Širenjem angloameričkog uticaja u savremenim pravnim sistemima[2] dolazi i do prodora ideje o sve većoj potrebi

[1] Iz tih razloga su neki zakonodavci u prošlosti pribegavali ekstremima u oba pravca: dok su se jedni, poput pisaca pruskog Landrehta iz 1794. godine (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten – ALR*), trudili da savim ograniče prostor za slobodno i fleksibilno tumačenje (pa je kodifikacija zbog takvog nastojanja brojala čak oko 17.000 članova), dotle su drugi zakonopisci, poput Eugena Hubera, glavnog kreatora Švajcarskog građanskog zakonika iz 1912. godine, svesno ostavljali veliku slobodu sudijama u interpretaciji prava.

[2] U evrokontinentalnom pravnom sistemu u sve većoj meri postepeno dolazi do recepcije izvesnih instituta *Common Law*-a npr. uvođenje medijacije, zaštićenog svedoka, širenje porotnog suđenja, itd. Videti na primer: M. Langer, „From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis

proširivanja slobodnog sudijskog uverenja i u kontinentalnom, pa tako i našem pravu.[3] Međutim, kao i kada je reč o upravi, postoji gotovo nerešiv problem: kako sudu dati neophodnu slobodu u odlučivanju i ne vezati mu ruke strogim, opštim, a ponekad i nepravičnim zakonskim pravilima, jer *iudex aequitatem semper spectare debet*,[4] a sa druge strane sprečiti moguće zloupotrebe, kao i svesne ili nesvesne greške, prilikom korišćenja širokih diskrecionih ovlašćenja? Izbegavanje ovog problema obično se skriva iza pretpostavke o nezavisnom sudstvu, pri čemu se ono tretira kao da je van prostora i vremena, polazeći od hipoteze o neprikosnovenom autoritetu i moralnim kvalitetima sudija, što takođe predstavlja uticaj anglosaksonskog sistema na pravosuđe.[5] Ali, i sudije su ljudi, a kako bi rekao Aristotel, svaki čovek, pa i onaj sa najvećim vrlinama, podložan je strastima. Silogistički se nameće zaključak da je i sudija nesavršena ličnost. Sudije mogu biti suočene sa dodatnim izazovima u državama u kojima ne postoje dovoljne garancije sudijske nezavisnosti, kao što su lična sigurnost, materijalna nezavisnost, stalnost, nepokretnost, odsustvo političkih i drugih uticaja. Subjektivna procene sudije o pravičnom ishodu uvodi pravo u polje neizvesnosti, čime se vrši strahovit udar na jedan od osnovnih principa pravne države, na pravnu sigurnost.[6] Iako je široko prihvaćen stav da se upravni organi u svom

---

in Criminal Procedure", *Harvard International Law Journal*, vol. 45, 1/2004; W. Wiegand, "Americanization of Law: Reception or Convergence", *Legal Culture and Legal Profession* (ed. L. Friedman, H. Schreiber), Boulder, CO: Westview Press, 1996.

[3] Tako na primer Majić zagovara ideju o nužnosti proširenja slobode naših sudova na polju stvaranja prava. M. Majić, „Načelo legaliteta – normativna i kulturna evolucija (II deo), *Anali PFB* 2/2009. Autor u ovom radu čak argumentuje da je pravna izvesnost, a time i pravna sigurnost veća u zemljama precedentnog prava: „može se zaključiti da je predvidivost odluka u kontinentalnom sistemu čak i niža, imajući u vidu da veliki broj činjeničnih kombinacija nije obrađen kroz precedente, već svaki sudija, kada se suoči sa određenom situacijom ovu rešava uglavnom nezavisno od drugih, bez organizovanog pristupa prethodnim rešenjima istog problema", 45-46. Živković stoji na istom stanovištu i tvrdi da „zakonski nivo stvaranja prava treba redefinisati i shvatiti ga prvenstveno kao skup orijentira za sudsku odluku", M. Živković, „Teorija primene prava i krivično pravo", *Pravni život* 12/2006, 1004. Žestoku kritiku ovakvih stavova, kroz zalaganje za „tvrdu" primenu načela zakonitosti u krivičnom pravu izneo je M. Škulić, „Načelo zakonitosti u krivičnom pravu", *Anali PFB* 1/2010, 66-107.

[4] Sudija treba uvek da vodi računa o pravičnosti, Ulpijan, D. 13, 4, 4, 1.

[5] U anglosaksonskom, precedentnom sistemu sudijska diskrecija je delimično ograničena principom *stare decisis*, što podrazumeva održavanje onoga što je već odlučeno, odnosno vezanošću za prethodni sudski precedent.

[6] Međutim, Mitrović lepo primećuje da načelo zakonitosti nikada ne može da dostigne stanje pravne sigurnosti, već samo stanje pravne izvesnosti. „Pravna izvesnost se odnosi na takvo stanje i kvalitet prava u kome se pravo i zakonitost krše u promenljivoj i tolerantnoj meri koja ne kvari normalno i efikasno ostvarivanje pravnog poretka. Pravna

radu rukovode načelom zakonitosti, ali i celishodnosti, a postupanje sudija se isključivo vezuje za načelo zakonitosti, u svetlosti široke sudijske diskrecije, naročito u angloameričkom pravnom sistemu, ovakva tvrdnja postaje podložna kritici. Sudska vlast jeste, ali samo nominalno, rukovođena načelom zakonitog postupanja. No, postoje i drugačija mišljenja. Tako Jering podvlači oštru granicu između mogućeg celishodnog postupanja uprave i sudije koji „u neku ruku ne treba da bude ništa drugo do oživljen zakon koji je u njegovoj ličnosti stekao jezik“.[7] Postoji velika sloboda i široko polje diskrecije sudija prilikom utvrđivanja smisla pravne norme, popunjavanja pravnih praznina, a naročito prilikom tumačenja „pravnih standarda“.[8] Čak i fudbalski sudija kada svira faul ili odlučuje o žutom ili crvenom kartonu, iako vođen određenim pravilima, na kraju samostalno, subjektivno vrši procenu. Da li smo na tragu Šmitovog decizionizma? Da li i u slučaju sudstva prevagu odnosi odluka nad normom? Da li primat ima „živo pravo“ ili „pravo u knjigama“? Da li sudija stvara ili samo pronalazi pravo?

2. Američki pravni realizam – „pravo u praksi“ v. „pravo u knjigama“

Skoro neograničenoj slobodi sudstva su donekle doprinele i teorije o slobodnom, evolucionističkom tumačenju prava, čiji je istaknuti predstavnik pokret američkog pravnog realizma. Ovaj pravac nastaje tridesetih godina XX veka kao reakcija na pravni pozitivizam, odnosno „kao ekstremni izraz antiformalizma i antikonceptualizma“.[9] Kao razloge razmišljanja ove pravnog pokreta o pravu u koordinatama sudskog postupka, Paund ističe centralnu poziciju koju sud zauzima u anglo-američkom pravnom sistemu, kao i konkretni karakter pravnih propisa, koji su u tom sistemu „proizvod delatnosti sudova, pre nego rezultat rada na univerzitetima“.[10] Ljuelin precizno definiše zajedničke teorijske i metodološke pre-

---

sigurnost, pak, označava takvo stanje u kome se pravni poredak uopšte ne krši, tj. stanje u kome je pravni poredak postao moralni poredak“, D. Mitrović, *Načelo zakonitosti – pojam, sadržina, oblici*, Beograd 1996, 46.

[7] R. Jering, *Cilj u pravu*, Beograd-Podgorica-Novi Sad 1998, 173.

[8] Kako sudija Majić ističe: „Ipak, za *lex certa* ne treba previše žaliti! Čak i kada bi u idealnim uslovima bio ostvaren ideal *lex certa*, potpuno jasno i određeno krivično pravo, koje zaista pokriva sve situacije koje je zakonodavac imao u vidu, ne prepuštajući bilo šta tumačenju, bio bi sačinjen verovatno najnekorisniji zakon u istoriji!“, M. Majić, „Načelo legaliteta – normativna i kulturna evolucija (I deo), *Anali PFB* 1/2009, 50. Videti i: D. Popović, „Autonomni koncepti Evropskog prava ljudskih prava“, *Anali PFB* 4/2009.

[9] G. Faso, *Istorija filozofije prava*, Podgorica 2007, 607.

[10] R. Paund, *Jurisprudencija*, Knjiga I, Beograd-Podgorica 2000, 337.

mise pravnih realista, ujedno i predstavnika sociološke jurisprudencije: posmatranje prava u kretanju (prava u promenama), prihvatanje koncepcije sudskog kreiranja prava i posmatranje prava kao sredstva za ostvarivanje društvenih ciljeva.[11] Prema osnovnim postavkama ovog teorijskog pravca sudije se ne mogu tretirati kao automati koji vrše funkciju prostog, mehaničkog, silogističkog zaključivanja iz prethodno utvrđenih premisa, već kao ljudi čiji su subjektivni stavovi i osećanja utkani u presude. Na mesto pravne norme u centar pažnje dolazi proučavanje ponašanja, prvenstveno sudija. Tako se umesto stvaranja prava akcenat stavlja na primenu prava, opšta pravna norma ustupa primat pojedinačnoj, a „pravo u knjigama" (*Law-in-books*) posustaje pred „pravom u praksi" (*Law-in-action*).[12] Vođa „pobune" protiv silogističkog postupka koji je pratio tradicionalno suđenje jeste sudija Oliver Vendel Holms sa svojim čvrstim pragmatizmom i stavom da pravo ne predstavlja rezultat logike već iskustva.[13] „Na američki pravni realizam snažno je uticala Paundova ideja da je pravo iskustvo razvijeno razumom, a ne logička dedukcija ili sistem aksioma".[14] Naime, Paund je verovao da sudska funkcija, premda je to bila u prvoj fazi razvoja prava, nije samo funkcija običnog arbitra, vezana za mehanički način suđenja, formalizam i krutu proceduru. Takva vizija je pogodna, kako opisuje, samo za čisto poljoprivredne zajednice u Sjedinjenim državama, „u kojima je farmer, daleko od zabave gradskog života, pronašao pozorište u sudnici" ili za ultraindividualističko pravosuđe devetnaestog veka.[15] Nema ničeg novog, kako veli Paund, u odstupanju praktične sudske aktivnosti od „prava u knjigama" ili „prava na papiru", čega je uvek bilo u izvesnim periodima i nizovima slučaja.[16]

---

[11] Videti i: J. Stanković, *Osnovi opšte sociologije prava III – primena prava*, Beograd 2000, 156.

[12] O tome videti više: R. Pound, „Law in Books and Law in Action", *American Law Review*, Vol. 44, 12/1910; A. Votson, „Pravo u knjigama, zakonu i stvarnosti: uporednopravni pogled", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2007, 5-18. O uticaju Paundove dihotomije na ideje Hansa Kelzena, Herberta Harta i Alfa Rosa videti: J. L. Halpérin, „Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change", *Maine Law Review*, Vol. 64, 1/2011.

[13] „Behind the logical form lies a judgement as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding", O. W. Holmes, „The Path of the Law", *Philosophy of Law and Legal Theory – An Anthology*, (ed. D. Patterson), Oxford 2003, 14. Ili Jeringovim rečnikom „zakonodavac ne može da zameni sudijinu glavu".

[14] G. Vukadinović, *Teorija države i prava II*, Novi Sad 2007, 62.

[15] R. Paund, *Jurisprudencija*, I, Beograd – Podgorica 2000, 531.

[16] R. Paund, *Jurisprudencija*, II, 402. Na ovom mestu, Paund daje kao primer „Mensfildove inovacije", odluke sudije Mensfilda koji je kroz svoj rad više iznalazio,

Holms se zalagao i za promenu metoda sudskog odlučivanja, te je umesto deduktivnog zaključivanja predlagao indukciju, pri čemu bi se u svakom konkretnom slučaju ispitivalo koje će konkretne posledice imati sudska odluka.[17] Za Holmsa sudovi su proročišta prava, a sudske odluke, isto kao i ljudska prava i dužnosti građana, ništa drugo no proročanstvo.[18] Takvu koncepciju prava Visković naziva „prediktivnom koncepcijom važenja pravne norme".[19] Naime, Holms, sa stanovišta pravne sigurnosti, celokupno pravo izvodi na klizav teren, te ga svodi na proricanje onoga što će sudovi u konkretnom slučaju odlučiti.[20]

Slično Holmsu, Ljuelin smatra da supstantivna prava i pravila moraju biti sklonjena u drugi plan, u korist sudijskog ponašanja ili ponašanja drugih službenika koji primenjuju pravo,[21] te da je nužno staviti akcenat na odnos i interakciju između prava i ostatka društva. Ovaj autor, sledeći Holmsa, oštro podvlači razliku između „pravih" pravila i prava koja proizilaze iz ponašanja i delatnosti sudija i pravila i prava na papiru, koji se nalaze u zakonima. „Prava" pravila su deskriptivna, a ne preskriptivna. Ona su na nivou bivsta, a ne trebanja.[22] Faktičko ponašanje sudija jeste ključ razumevanja prava, dok pisana pravila imaju drugorazredni značaj. Ljuelin posmatra pravo

---

nego primenjivao pravo. O jednoj takvoj, inventivnoj presudi sudije Mensfilda u slučaju *Somerset protiv Stjuarta* (*Sommerset vs. Stewart*) iz 1772. godine, videti više: A. Votson, „Lord Mensfild – sudijski integritet ili njegovo pomanjkanje: slučaj Somerset", *Anali PFB* 1/2006, 9-23.

[17] Videti: Ž. Karbonije, *Pravna sociologija*, Novi Sad-Podgorica 1992, 110.

[18] O. W. Holmes, *op. cit.,* 9. Na isti način kao i Holms razmišljao je i sudija Kardozo: „Treba da se ujedinimo u tome da smatramo pravom onaj skup principa i dogmi koji se s razumnom merom verovatnoće može predskazati i kao osnov za presudu u sadašnjim ili budućim sporovima. Kad predskazivanje dostigne visoki stupanj sigurnosti ili izvesnosti, mi govorimo o pravu kao utvrđenom, iako je, bez obzira na to koliki je stupanj te prividne utvrđenosti, uvek mogućna greška u predskazivanju. Kad predskazivanje ne dostiže tako visoku meru, mi govorimo o nesigurnom ili sumnjivom pravu", B. Cardozo, *The Growth of the Law* (1924), 43, cit. prema H. Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, Beograd 1998, 226.

[19] Videti više: N. Visković, *Pojam prava,* Split 1976, 241.

[20] Tomas Flajner, koji insistira na predvidivosti prava sigurno se ne bi mogao složiti sa Holmsom. Ovaj autor smatra da je sudstvo najsaglasnije sa principom predvidivosti primene prava, te upozorava da sudije moraju da gledaju u prošlost, dok političari treba da gledaju u budućnost; T. Flajner, „Nezavisnost sudstva", *Anali PFB* 4/2009, 119.

[21] „Ja čak i ne kažem da *ponekad*, ova `prihvaćena pravila` nisu vrlo precizan opis ponašanja sudija. Ono što ja kažem je da je ovakva preciznost opisa retka", K. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence – The Next Step*, *Philosophy of Law and Legal Theory – An Anthology*, (ed. D. Patterson), Oxford 2003, 28.

[22] *Ibid.,* 30.

kao motor, odnosno kao veći broj različitih motora koji imaju cilj, ali ne i vrednost u sebi. Na kraju, Ljuelin izlaz vidi u smanjivanju značaja koji se pridaje rečima, a povećanju značaja posmatranog ponašanja.[23]

Frenkov, izrazito bihejvioristički pristup, zasnovan i na geštalt psihologiji, predstavlja značajan pomak ovog teorijskog pravca. „Međutim, Džerom Frenk je otišao dalje od Ljuelina, presmelo ustvrdivši da izraz `pravo` treba da prestane da se upotrebljava, kako je svojevremeno Kelzen predlagao za `izvor prava`, pošto su sudske odluke i odluke drugih autoriteta u toj meri `kreativne` i `arbitrarne` da dovode do toga da isto pravo označava različite stvari".[24] Za Frenka ono što piše u zakonima jeste mrtvo slovo na papiru, a izvesnost prava i pravna sigurnost predstavljaju mit. U njegovoj, moglo bi se reći, ekstremnoj vizuri, pravni ishod nije moguće predvideti do donošenja presude. Od ličnosti sudije, tvrdi Frenk, zavisi ishod sudskog postupka. Ključni činioci koji deluju na ponašanje sudija jesu političkog, ekonomskog, obrazovnog, klasnog, rasnog karaktera.[25] Sudeći po Frenku, shvatanje pravde je individualno, te će pravda najčešće zavisiti od ličnih karakteristika sudije. „Sa gledišta sudije, o pravu se sasvim dobro može reći da predstavlja sudski postupak ili ovlašćenje na donošenje presude".[26] Potrebu ljudi za izvesnošću i predvidljivošću, koja je kako tvrdi nezamisliva u pravu, Frenk objašnjava pričom o dečijoj, infantilnoj psihološkoj potrebi za potpunom sigurnošću koju obezbeđuju svemoćni roditelji. Odrastanje i prihvatanje ideje da otac nije svemoćan, u ljudima rađa infantilnu potrebu za zamenu uloge oca u nesigurnom svetu koju dobijaju sudije, u čiju se nepogrešivost veruje.[27] Na taj način je Frenk „stvorio novi mit – mit o potpunoj iracionalnosti prava, i postavio pitanje samog značaja norme kao takve".[28]

---

[23] *Ibid.,* 38. Žestoku kritiku Ljuelinovih stavova, nazivajući ga čak fobičnim u odnosu na pravna pravila je izneo L. Fuller, „American Legal Realism", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 82, 5/1934, 429-462.

[24] D. Mitrović, *Teorija države i prava,* Beograd 2010, 315.

[25] J. Stanković, *op. cit.,* 174.

[26] J. Frank, *Law and Modern Mind* (1930), 274, cit. prema R. Paund, *Jurisprudencija*, Knjiga I, 337.

[27] „Sada se naivna vera deteta u mogućnost oca da savlada haos i opasnosti sveta, pretvara u veru, koja prerasta u mit, da je to mogućno preko pravnog sistema, preko njegovog autoriteta, određenosti i predvidljivosti", J. Stanković, *op. cit.,* 181. Videti i: G. Vukadinović, *op. cit.,* 63.

[28] B. Tucakov, „Pravni realizam Džeroma Frenka", *Američka jurisprudencija HH veka*, (ur. G. Vukadinović, A. Kartag-Odri), Novi Sad 2006, 126.

3. Vladavina zakona v. vladavina sudija

Ovako radikalna verzija realizma, je doživela kritike čak i među pripadnicima istog teorijskog pravca. Naime, Feliks Koen, jedan od najznačajnijih predstavnika američkog pravnog realizma, izlaže kritici Frenkovu teoriju koja, kako tvrdi, „neopravdano poriče značajne, predvidive, društvene determinante koje usmeravaju pravac donošenja sudske odluke“.[29] Paund, takođe, primećuje da je ekstremni psihološki realizam isuviše dogmatski ograničen, te da se njime ignoriše dejstvo sudskih veća, kontrole sudske delatnosti, ograničenja koja dolaze od profesionalne kritike i teorije, kao i dejstvo prihvaćenih ideala društvenog i pravnog poretka.[30] Mada je i on sam svestan činjenice da „od kad postoje sudije i savetnici, pravni savetnik koji daje savet svom klijentu znao je da, u izvesnoj meri, mora voditi računa i o idiosinkrazijama i ličnim osobinama i naklonostima konkretnih sudija“.[31]

Imajući u vidu da su sudije ljudi od krvi i mesa, a ne božanstva sa snagom Herkulesa, kako bi sugerisao Dvorkin, u velikom broju slučajeva, naročito „teških slučajeva“, kao što je to na primer Dvorkinov „Slučaj Elmer“, oni nužno imaju lični, subjektivni stav i intimno se priklanjaju jednoj od strana u sporu. Sudija, „vladalac u carstvu prava“, donosi sud o postojanju nekog prava na osnovu svojih intuicija. Pojedinačne intuicije nisu imanentne samom umu, kako tvrdi Dvorkin, već su rezultat života, razvoja i učenja u određenoj političkoj i moralnoj zajednici i sklone su revidiranju. S obzirom na to da se na tom mestu stiče osećaj za pravdu i nepristrasnost, Dvorkin kritikuje striktno tumačenje zakona[32] i preporučuje da decu treba učiti konceptu, pojmu pravičnosti, a ne jednoj posebnoj koncepciji ograničenoj na par primera. Dvorkinov Herkules svoj sud formira prema institucionalnoj istoriji, moralnoj tradiciji zajednice, aktuelnoj političkoj moralnosti koja preovlađuje u zajednici, ali mora da se u nekoj tački osloni i na vlastiti sud da bi doneo odluku, jer i Herkules živi u tom kontekstu i stiče osećaj za pravdu.[33]

---

[29] F. Cohen, “Transcendental Nonsense and the Functional Approach,” 35 *Columbia L. Rev*. 809, (1935), p. 843, cit. prema B. Tamanaha, *Law as a Means to an End – Threat to the Rule of Law*, Cambridge 2006, 237.

[30] R. Paund, *Jurisprudencija*, Knjiga I, 143.

[31] *Ibid*.

[32] „Uverenje da sudije uvek pronalaze pravo, a da ga nikad ne stvaraju, je načelo dogme koja se naziva formalizam. Ono je rezultat želje za nečim staromodnim, neodrživim, i lošim, nazvanim mehanička jurisprudencija“, R. Dworkin, „Judicial discretion“, *The Journal of Philosophy*, vol. 60, 21/1963, 624. Videti i izvanrednu monografiju na Dvorkinovom fonu: M. I. Vila, *Facing Judicial Discretion*, Dordrecht-Boston-London, 2001.

[33] Dvorkin ističe da sudija mora da ima jako opravdanje kada smatra da u presudi mora da odstupi od dosledne primene nekog načela, kao i da je nužno praviti razliku

Dakako, da bi sudije zadržale potpunu objektivnost, nužno bi morale posedovati nadljudske, herkulovske kvalitete. Veliki napor bi morao biti uložen kako bi se čovek izdigao iznad svojih predubeđenja, predrasuda i individualnog moralnog vrednovanja. Izvesno moralno vrednovanje mora postojati i ono se najčešće poklapa sa prećutno prihvaćenim etičkim kodeksom u datom društvu. Međutim, lako se može zamisliti, ali i zaista desiti, situacija u kojoj sudija, koja je bila žrtva silovanja, nasilja u porodici ili prevare (ili makar pokušaja takvih dela), treba da presudi u jednom takvom slučaju. Ili čak situacija u kojoj su sudiju pokrali u autobusu ujutru kada je pošao na posao, a na stolu mu stoji predmet krađe, koji treba da presudi istog dana. Teško je i pretpostaviti da bi se u takvim slučajevima mogla zadržati potpuna objektivnost prilikom donošenja odluke i mehanički isključiti emotivna angažovanost bilo kog čoveka u pronalaženju pravičnog rešenja. I veliki broj drugih momenata mogu uticati na formiranje mišljenja kod sudije o strankama: od načina oblačenja, gestikulacije, manira, simpatije ili antipatije, angažovanih advokata, pa sve do fizičkog izgleda. Prilikom utvrđivanja činjeničnog stanja, podvođenja činjeničnog stanja pod odgovarajuću pravnu normu, prihvatanja ili neprihvatanja pojedinih dokaza, kao i ocene dokaza,[34] uzimanja u obzir olakšavajućih i otežavajućih okolnosti, sudijska diskrecija, a ponekad i arbitrernost je skoro neizbežna.[35] Čim sudija procenjuje da li će primeniti određenu pravnu normu u konkretnom slučaju, on više nije vezan tom normom. Pravna norma nema značenje koje je nezavisno od tumača, „a specifičnosti slučaja su relevantne samo ukoliko ih tumač priznaje, pravo proizlazi iz tumačevog razumevanja (shvatanja, tumačenja) šta pravni principi i norme znače u konkretnom slučaju, odnosno iz tumačevog razumevanja sudara zakona i slučaja“.[36] Zakonska norma zapravo dobija najveću ulogu

---

između izvesnog stepena imanentne nekoherentnosti i neargumentovanih, neopravdanih i nedoslednih nekoherentnosti koje nastaju u lošoj volji, sa nekorektnim motivima, kao na primer predrasude. Herkules, kako kaže Dvorkin, mora da stekne osećaj za meru o tome kada više treba da sledi aktivizam, a kada pasivizam, što se može steći samo životom u konkretnoj, specifičnoj kulturi. O Dvorkinovoj viziji sudije Herkula, videti više: R. Dvorkin, *Carstvo prava*, Beograd 2003.

[34] Tako na primer u čl. 16, st. 3 Zakonika o krivičnom postupku stoji: „Izvedene dokaze koji su od značaja za donošenje sudske odluke sud ocenjuje po slobodnom sudijskom uverenju“, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 72/2011 i 101/2011.

[35] Teško je otrgnuti se utisku da naši sudovi u pojedinim krivičnim predmeta, često neopravdano, izvršiocima teških krivičnih dela, pa čak i u povratu, kao naročito olakšavajuće okolnosti pripisuju i to da je u pitanju mlad, oženjen, porodičan čovek, što predstavlja i osnov za ublažavanje kazne ispod zakonom propisanog minimuma za određeno krivično delo.

[36] M. Živković, *op. cit.*, 1005.

u opravdanju prethodno donete, delimično subjektivne odluke, odnosno u obrazloženju presude. Pravničko umeće i „pravnička gimnastika" se tada otkrivaju u punoj svetlosti.[37] Ukoliko sudija proceni da je, na primer, potrebno nekoga blaže kazniti ili čak osloboditi kazne, u većini slučajeva on će to i uspešno realizovati odabirom „adekvatne" pravne norme u moru mogućih opcija, drugačije rečeno, veštim pravnim manevrom. U takvim situacijama moralno vrednovanje i kreiranje kaznene politike ostaje u rukama moćnog sudije, koji često može da izigra zakonodavca ili pak da izokrene *ratio legis.* Tako sudske presude postaju rasadnik apriornih ličnih ideologija i filozofija pojedinaca (sudija), a privatni stavovi sudija prerastaju u pravo. Naravno, nijedan sudija ne bi rekao da je presudio na osnovu svog uverenja i procene, već svoj stav uvek odene u ruho „odgovarajuće" pravne norme.[38] Razlog takvog postupanja jeste činjenica da ćemo mi „prezreti sveštenika koji propoveda ono u šta nije uveren, ali ćemo poštovati sudiju koji ne dopušta da njegovu vernost zakonu pomete opiranje njegovog pravnog osećanja".[39]

Veliku skepsu prema sudijskoj diskreciji, naročito je iskazao Hajek: „kada poštujemo zakone, u smislu opštih apstaktnih pravila donetih bez poštovanja potrebe da se ona primene na nas, mi nismo predmet tuđe volje i zato smo slobodni. To je zbog toga što zakonodavac ne poznaje konkretne slučajeve na koje njegova pravila treba da budu primenjena, i zato sudija koji primenjuje pravila nema izbora u donošenju zaključaka koji slede iz postojećih pravila i konkretnih činjenica vezanih za taj slučaj, tako da može da se kaže da vladaju zakoni, a ne ljudi. Iz razloga što su pravila postavljena bez znanja o konkretnom slučaju i ničija volja ne odlučuje o upotrebi prinude u njihovom sprovođenju, zakon nije arbitreran".[40]

Na sličnom pravcu razmišljanja nalazi se i Tamanaha, koji tvrdi da u u današnje vreme sudije sve više postaju pragmatičari, koji uglavnom razmatraju svrhe i ciljeve presuda koje se nalaze izvan prava, kao i moguće društvene posledice svojih odluka. Tamanaha smatra da ima i sudija koji nisu pragmatičari, već se čvršće drže zakonskih pravila, premda ima i onih koji se u pojedinim slučajevima osećaju vezanim za zakonska pravila, dok u drugim slučajevima postupaju pragmatično.[41] S obzirom na to

[37] Živković na tom fonu ističe da pravo izvire iz zakona uz pomoć pravnog znanja i veštine sudija, te da u tom smislu i pravno znanje i pravne veštine predstavljaju izvor prava, *ibid*., 1013.

[38] „Na površini stvari, neupućenoj javnosti sudska odluka uvek se predstavlja kao logički nužna posledica sadržaja zakonske norme", *ibid.*, 1005.

[39] G. Radbruh, *Filozofija prava*, Beograd 1998, 90.

[40] F. Hayek, *The Constitution of Liberty*, London - New York 2010, 134-135.

[41] B. Tamanaha, *op. cit.*, 232.

da nema, a i ne može biti čvrstih pravila o tome kada će sudija biti vođen „pravom u knjigama", a kada slobodnom procenom, pravo ulazi u sferu neizvesnosti i nesigurnosti, što predstavlja atak na jedan od osnovnih principa pravne države i vladavine prava.[42] Međutim, pravu pretnju za vladavinu prava Tamanaha vidi u skepticizmu sudija, ostalih pravnika i javnosti i u njihovom uverenju da je nemoguće biti potpuno objektivan prilikom suđenja, a ne u samoj nemogućnosti objektivnog odlučivanja.[43] Tamanaha uočava niz socijalnih i institucionalnih prepreka potpunoj subjektivnosti sudija, a među glavnim sredstvima su neodobravanje i neslaganje sa takvim odlukama od strane kolega i kontrola odluka od strane viših sudova. „Sveukupnost pravne tradicije – pravnički jezik, skup pravnih pravila, koncepata, principa i ideja, pravni postupci i praksa, hijerarhija pravnih institucija, advokatska struka – ima za rezultat stabilizovanje pravnog značenja i obezbeđivanje ograničenja uticaju subjektivnih stavova".[44] Mada i sam Tamanaha postaje skeptičan, jer na kraju ipak zaključuje da i pored ovih ograničenja sudija ukoliko želi može manipulisati pravnim pravilom kako bi postigao željeni cilj, sa rizikom ukidanja presude. Može se primetiti da i on u krajnjem ishodu polaže nadu u herkulovske moći sudije i u njegovu mogućnost izdizanja iznad sopstvene subjektivnosti.[45] Tamanaha potom izlaže kritici pragmatizam zastupljen kod sudije i predstavnika pokreta ekonomske analize prava Ričarda Poznera, sadržan u jednom novinskom članku: „Način na koji kao sudija pristupam slučaju je da se pre svega zapitam šta bi bio racionalan, razuman ishod, kao što bi ga i porotnik razumeo, i onda, pošto nađem odgovor na to pitanje, ispitam da li takav ishod protivreči nekoj ustavnoj ili zakonskoj odredbi, važećem precedentu ili bilo kojem drugom uobičajenom ograničenju sudijske diskrecije".[46] Tamanaha, poput ljutitog deteta, ističe da takva presuda nije u skladu sa zakonom, već je u skladu sa osećajem sudije o tome šta je ispravno, te zbog toga ne predstavlja čvrst pravni ishod, iako

[42] „Ne samo da su pravna pravila manje obavezujuća zbog više ciljnog i pragmatičnog rezonovanja, nego i pravni sistemi u celini manifestuju viši stepen nepredvidivosti, jer sudije imaju različita mišljenja među sobom", *ibid*., 233.

[43] *Ibid*., 236.

[44] *Ibid*., 239. I Paund na sličan način opisuje obezbeđenje od samovoljnog i opresivnog vršenja sudijskih ovlašćenja, pa i sprovođenja diskrecione vlasti. Naime, kao glavne prepreke sudijskoj arbitrernosti Paund podvlači: obrazovanje, stručnost, razumni pristup, naviku iznalaženja principa, osetljivost sudija na stručnu kritiku advokatske profesije i teoretičara, videti: R. Paund, *Jurisprudencija*, Knjiga I, 527.

[45] B. Tamanaha, *op. cit.*, 240.

[46] R. Posner, "Tap Dancing," *The New Republic Online*, dostupno na: http://www.tnr.com/doc.mhtml?i=w060130&S=heymanposner013106; cit. prema B. Tamanaha, *op. cit.*, 243.

proizvodi pravno dejstvo. Nažalost, čini se da je Pozner rekao veliku istinu, koju većina drugih sudija retko izgovara ili čak ni intimno ne prihvata. Na kraju, u borbi za vladavinu prava, Tamanahi je kao jedino oružje ostala tvrdnja da je „*sine qua non* vladavine prava težnja za rešavanjem slučajeva u skladu sa zakonom“.[47] I zaista, dok se pojmi statički, kao isključivo teorijski koncept, vladavina prava ne predstavlja problem. Međutim, kada ovaj princip treba da doživi primenu, kada se stavi u dinamički diskurs, otvaraju se pitanja zaštite pojedinačnih interesa, diskrecije vlasti, mogućnosti samoograničavanja vlasti.[48] Treba uvek imati u vidu upozorenja na koja ukazuje pravni realizam da vladavina ljudi (*rule of men*) uvek postoji s vladavinom prava (*rule of law*). Jer, kada je sudija prinuđen da normu ne primenjuje striktno, on vladavinu prava pretvara u vladavinu čoveka.[49] Put uspeha Tamanaha nalazi u prevazilaženju mračnih uglova čovekove prirode oličenih u samointeresu i širem posvećivanju vladajućih struktura razumnosti, opštem dobru i blagostanju, njihovom izdizanju iznad strasti, te vernosti ustavnim ograničenjima.[50]

Kritici stavova američkog pravnog realizma se u velikoj meri priklanjaju pozitivisti, ali je na ovom mestu nužno pomenuti čvrsti Razov stav da čak i kada diskrecija nije ograničena, sudovi ostaju vezani pravom i moraju da delaju onako kako misle da je najbolje u skladu sa svojim uverenjima i sistemom vrednosti. Ukoliko to ne učine i arbitrerno odluče, kao da bacaju novčić, oni krše pravnu obavezu.[51] Nemoć Razove argumentacije je više nego očigledna, a pred sudije se zbog toga postavljaju nerealni, herkulovski zahtevi izdizanja iznad sopstvene subjektivnosti. Nastojanje pozitivista da se postave jasna pravila i prilikom korišćenja sudijske diskrecije, predstavlja uzaludno gubljenje vremena, iako postoji svest o tome da je nasušna potreba pravne države i vladavine prava sprečiti svako arbitrerno postupanje. I Jering pokušava da obezbedi vladavinu prava kroz zamišljenog sudiju sa nadljudskim sposobnostima: „Pravi sudija ne zna za ugled ličnosti, stranke koje se pojavljuju pred njim nisu za njega te

---

[47] *Ibid*., 244.

[48] Videti: I. Sánchez-Cuenca, „Power, Rules, and Compliance“, *Democracy and the Rule of Law* (ed. J. M. Maravall, A. Przeworski), Cambridge 2003, 71.

[49] Često se sreću stavovi autora, naročito bivših sudija, poput bivšeg engleskog pravnog lorda Toma Bingama, da vladavina prava „ne zahteva da zvaničnici ili sudije treba da budu potpuno lišeni diskrecije, ali zahteva da nijedna diskreciona odluka ne bude bez ograničenja“. (T. Bingham, *The Rule of Law*, London 2011*,* 54).

[50] B. Tamanaha*., op. cit.*, 226.

[51] „A judge must always invoke some general reasons. He has no discretion when the reasons are dictated by law. He has discretion when the law requiers him to act on reasons which he thinks are correct, instead of imposing its own standards“, J. Raz, „ Legal Principles and the Limits of Law“, *The Yale Law Journal*, vol. 81, 5/1972, 847-848.

određene individue nego apstraktne ličnosti pod maskom tužitelja i tuženog, on vidi samo masku, a ne individuu koja se nalazi iza nje".[52] Iako Jering veruje u Herkulesa, ipak je svestan da bi isključiva vladavina zakona bila istoznačna sa „odricanjem društva od slobodne upotrebe svojih ruku", koje bi bespomoćno stajalo pred svim životnim situacijama.[53]

4. Trijumf odluke nad normom?

„Biskup Hodli je rekao: `Svaki ko ima apsolutnu vlast da tumači bilo koji pisan ili usmen zakon, jeste onaj koji je stvarni zakonodavac u svakom pogledu i smislu, a ne lice koje je pravo napisalo ili izgovorilo zakon`; *a fortiori*, svako ko ima apsolutnu vlast ne samo da tumači pravo, nego i da kaže šta je pravo, jeste pravi zakonodavac".[54] I zaista, sudije danas nisu samo „usta zakona".[55] Sudije predstavljaju prave tvorce istine, od relativne, pretvaraju je u apsolutnu kategoriju. *Res iudicata pro veritate accipitur*, to nam nalaže imperativ pravne sigurnosti. Međutim, treba biti obazriv, jer kako upozorava Montenj: „Istina ovih dana nije ono što stvarno jeste, već ono što svaki čovek ubedi drugoga da veruje". Nesumnjivo, lična uverenja u manjoj ili većoj meri uobličavaju sudsku odluku. A kako sudijska moć raste, povećavaju se svi oblici pritisaka na sudije, a naročito politički. Zbog toga, istančan osećaj za istinu i pravdu jeste nužan preduslov obavljanja sudijske funkcije ili Jeringovim rečima „trajno vežbanje vrline". Ali, s obzirom na to da je pravda, isto kao i istina, relativna kategorija, te da je nešto što je za nekoga pravedno ili istinito, drugome nepravedno i neistinito rešenje, teška dilema između norme i odluke ostaće večna aporija.

Pravo jeste vrlo fluidna, ali istovremeno i rigidna društvena kategorija, tako da se kao imperativ nameće potreba izvesne fleksibilnosti u njegovom tumačenju. Ukoliko bi se priklonili rigidnom pozitivizmu i formalizmu, pravo u velikom broju slučajeva ne bi moglo biti primenjeno, ostalo bi mrtvo slovo na papiru. S druge strane, pravo se mora stalno razvijati i prilagođavati promenjenoj društveno-političkoj stvarnosti, novim sistemima vrednosti i konkretnim životnim situacijama, iako ono najčešće kaska za životom. Taj zadatak može izvršiti jedino sudija. Mora se živeti sa

[52] R. Jering, *op. cit.*, 177.

[53] *Ibid*., 186.

[54] J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law* (1927), 102, cit. prema H. Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, Beograd 1998, 212.

[55] Monteskje je smatrao da su sudije „samo usta koja izgovaraju reči zakona, beživotna bića koja ne mogu da mu ublaže ni snagu ni strogost", Š. Monteskje, *O duhu zakona*, Tom I, Knjiga HI, glava 6, Beograd 1989, 183.

svešću o postojanju i potrebi slobodnog sudijskog uverenja, diskrecije organa uprave, prava na pomilovanje od strane predsednika države, itd. Zloupotrebe ovih ovlašćenja, oličene u mogućnosti arbitrernog postupanja, zaista mogu zadirati u same temelje pravne države narušavanjem načela zakonitosti, pravne sigurnosti, ljudskih prava. S obzirom na to da pravo nije savršeno, jedino što ostaje jeste vera u moralne, herkulovske vrline koje imaju, ili bi trebalo da imaju, nosioci najviše državne vlasti, a u ovom kontekstu pravosuđa.

Razumevanje prava kao nečeg čvrsto utemeljenog i unapred postavljenog, apstraktnog i statičnog, niko ne može uzeti za ozbiljno. Kreativno prilagođavanje konkretnim bezbrojnim životnim situacijama, i to ne samo kada su u pitanju blanketne norme, je nužno. Sloboda sudija u odlučivanju mora postojati u onoj meri u kojoj i hirurg prilikom operacije, iako vođen propisanim pravilima postupanja, ima slobodu odstranjivanja onih delova organa zahvaćenih malignitetom koji možda nisu bili primarni fokus i razlog započinjanja operacije. Isto tako, sudijska decizija se pokazuje kao nužan instrument prilagođavanja i unapređivanja prava, koje u konkretnoj (ne)primeni može dovesti do katastrofalnih ishoda. Odluka koja će pravna norma ili pravni princip biti upotrebljen pri postojanju određenog činjeničnog stanja, leži isključivo u rukama sudije, koji mora biti sposoban za takvo rasuđivanje. To ne znači da on ne treba da se obazire na normu. Procena sudije u konkretnom slučaju, kada će više biti oslonjen na pravnu normu, a kada na svoj stručni sud, leži samo na njemu i na kodeksu sudijske etike, koji predstavlja jedinu pravu branu eventualnom arbitrernom postupanju. Odluka odnosi prevagu nad pravnom normom! Kao da se krune tradicionalni principi doktrina pravne države i vladavine prava. Jer, i pored svih kritika koje je istrpeo pokret pravnog realizma, teško je ne priznati da se presuda najčešće svodi na ono što je sudija unapred odlučio na osnovu svoje subjektivne procene, u meri u kojoj mu zakon za to pruža tu mogućnost.

Dragutin Avramović, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Decision or Norm – Judicial Discretion as a Treat to the Rule of Law

Abstract

Principle of legality and legal certainty, as key notions even of the thinnest concept of rule of law, are largely endangered in our times by widening of judicial discretion range. That trend is more and more at hand in European states as well, due to convergence of common law and civil law legal systems. Judicial decision acquires higher and higher factual importance in European legal systems, although it is generally not considered as a source of law. After analysis of standings by leading scholars of legal realism theory, the author admits that a very high level of tension frequently exists between judicial decision and legal norm. Within that conflict often and relatively easy decision succeeds to tear off by the strict letter of the law. In application of general legal rules upon concrete case, by creative adjustment of the law to life, due to necessary general and abstract character of legal norms, judge becomes more creator of law, rather than the one who applies it. The author points to danger of subjective and prejudiced attitudes of the judges, as they, due to their wide discretion, make a decision more upon their own feeling of justice, rather than upon law itself. In that way the law transforms itself in judicial decision based upon subjective understanding of justice and fairness.

Key words: Legal Norm; Judicial Decision; Judicial Discretion; Rule of Law; American Legal Realism.

Originalni naučni rad 111.83:340.12
doi:10.5937/zrpfns46-2413

Dr Dragana Ćorić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

MODERNOST ODNOSA ISTINE I LAŽI I NJIHOVA ETIČKA, FILOZOFSKA I DRUŠTVENA VREDNOST[1]

Sažetak: *Odnos istine i laži se menjao tokom vremena.Istina, iako lepa i trajna i osnov za uspostavljanje pravde, postaje sve manje potrebna svetu u kome laž, ili bolje rečeno, ne-istina, postavlja granice samoj istini.Koja je etička, filozofska i društvena vrednost oba pojma i kakav je njihov međusobni odnos, tematika je kojom se autor bavi u ovom radu.*

Ključne reči: *istina, laž, ne-istina, etika*

Uvodne napomene

Za pojam „istine“ se uglavnom vezuju termini „pravde“, „dobrog“ ili „ispravnog“. Tako je R. Lukić tvrdio da „nema li istine, nema ni pravde“[2]. Ona je prihvaćena kao neophodan i prethodni uslov za ostvarenje pravde, jer, kako je smatrao Lukić dalje, težeći istini, mi težimo da smanjimo neistinu. Ne-istina se ipak ne može u potpunosti iskoreniti , niti se seme istine može tako čvrsto zasaditi i davati toliko lep plod, kao što nekad to čini-ne-istina.

Istina je, tvrdi Platonov Klinije, „nešto lepo i trajno„[3],što se pojavljuje uvek u istom obliku i važi jednom zauvek, ali je problem što ljude

---

[1] Članak je nastao u okviru rada na projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)“,koji se finasira iz sredstava Pravnog fakulteta u Novom Sadu

[2] Radomir Lukić: Sistem filozofije prava, Savremena administracija, Beograd, 1992 , str.469

[3] Platon; Zakoni, Kultura, Zagreb, str .18.Prevod : Veljko Gortan.

često treba uveravati u njenu lepotu i korisnost. I čak često, uveravati ih u njeno postojanje. Istina je sama suština čoveka, tvrdiće neki savremeni teoretičari, jer čovek postavlja pitanje istine na isti način i u isto vreme kada postavlja i pitanje o sopstvenom postojanju.[4] Tako, potraga za istinom je potraga ne samo zarad istine same, već i zbog potrage za ljudskom suštinom.Pragmatičari stoga otkrivanje istine smatraju krajem potrage, i dostizanjem ne samo istine već i ljudske suštine.[5]

Kraj 19. i početak 20 veka donose tzv. identitetsku teoriju istine, prema kojoj je istina identična nekom faktu, koju su zastupali G.E.Mur i B.Rasel. Međutim, ako je fakt lažan, onda je i istina do koje se stiglo-lažna?[6]

Ali šta je zapravo istina, daleko i odvojeno od svih ovih „visokih" razgovora o njenoj svetosti?

Pokušaji definisanja istine

Istina je, smatrao je Sokrat, ono što je zajedničko u mnoštvu pojedinačnih mišljenja. Aristotel,ipak, tvrdio je da je istina svojstvo sudova koji odgovaraju objektivnoj stvarnosti.[7] A stvarnost je objektivna jer su fakti koji je čine objektivno proverljivi na različite načine. Dakle, i ako je početni fakt na kome smo bazirali istinosni iskaz bio lažan u nekom vidu, tu njegovu istinitost ili laž možemo proveriti pre nego što konstituišemo finalni istinit iskaz.

Istina je ono što se ***priznaje*** za istinu, smatraju neki savremeni teoretičari, iako su njene premise možda pogrešne, ili je neko pogrešio u samom procesu priznavanja.[8] Takva istina nije samim činom priznanja i referentna istina, i može čak biti rangirana po svojoj važnosti, kao manje ili više bitna. Treba imati u vidu da se priznanja ne odnose uvek na aktuelne događaje. Potreba da se kreira sopstvena svest proizvodi priznanje, kojim se osoba, u situaciji kada čini grešku, želi opravdati pred drugima ili sobom. Premda, neretko ljudi greše i prilikom utvrđivanja istine[9], namerno

---

[4] Gerhard Špenger: O vrednosti istine i "istine" u pravu, Pravni život br 12/1997, str. 1113.

[5] *Glanzberg, Michael, "Truth", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2009 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/truth/>.*

[6] *Glanzberg, Michael,* navedeno delo.

[7] Slobodan Beljanski, Istina i ljudsko dostojanstvo u krivičnom pravu, Glasnik AKV, 4/1985, str 1-15.

[8] *„Translating Truth, Booknote on „Troubling Confessions:Speaking Guilt in Law and Literature",* Peter Brooks*, University of Chicago Press, 2000, in : Harward Law Review, vol 114, issue 2 ,December 2000, ppg : 640-647.*

[9] Radomir Lukić, navedeno delo, str. 470.

ili slučajno, a takve neistine, koje nastaju prilikom utvrđivanja istine je još teže prepoznati,ispraviti ili izbeći. Njihova objektivna vrednost postaje i veća, jer takve legitimiziraju istinu-tj. onu za koju u ovom slučaju pretpostavljamo da je istina, a osnov takve istine je zapravo-neistina.

Može se postaviti i pitanje, treba li tragati za svakom istinom ili samo jednom posebnom? Premda, ako pretpostavimo da istina vodi pravdi, a ona je samo za svaki slučaj posebna i jedna, onda je problematičan ovaj drugi deo pitanja. Ali, ako zarad istraživanja pretpostavimo da je istina samo jedna, moramo pretpostaviti da će biti onih koji će stići do te istine i spoznati je, prihvatiti je kao takvu, dok će sa druge strane biti onih koji, iako su stigli do istine ne prihvataju je iz nekih formalnih, materijalnih, ideoloških ili drugih razloga. Ili je, na kraju krajeva, ne prihvataju zato što- ne veruju.[10]

Neki savremeni teoretičari smatraju da se većina ljudi nalazi „zarobljena“ između stavova tzv. fundamentalista, koji veruju da su našli istinu i da je ona prava i jedina, i relativista, koji odbijaju da istinu prihvate. Takva većina, „rastrzana“ između dva različita shvatanja ima samo veru i nadu da će do istine, one objektivizirane stići, jednom, i da za njom zaista vredi tragati. Dolazak do te istine, do te objektivizirane slike sveta ili dela sveta oko nas, jeste nešto što će ih opredeliti, kasnije, da se priklone jednom od ova dva mišljenja.

Spomenuli smo „objektiviziranje“ istine, tj njeno svojevrsno potvrđivanje, ili verifikovanje. Isaja Berlin[11] je naveo tri pretpostavke koje treba da budu prisutne tokom potrage i suočavanja sa istinom:

1.Sva pitanja moraju imati samo jedan jedini odgovor, koji je potpuno istinit, čak i ako u njemu samom postoje izvesne greške.

2.Mora da postoji prilagodljiv metod u toku istraživanja svih do tada raspoloživih istina, da bi se utvrdilo koja je od njih-*najviše istinita*.

3.Istiniti iskazi moraju biti međusobno kompatibilni , koherentni, da čine skladnu i lepu celinu.

Iz ovoga nastaje novi problem. ***Svako ima svoju istinu***. Ona je po svom postanku subjektivna i njeni načini objektiviziranja su prilično jednostavni. Što više ljudi prihvata „moju“ istinu kao „svoju“ sopstvenu, to „moja“ istina postaje „jača„ istina. Utvrđivanje ili konstituisanje istine jeste ***duboko evaluativan čin.***Tokom celog tog postupka, nužna i dosledna

[10] *Alen Coates, Explaining the Value of Truth, American Philosophical Quarterly, vol. 16, Nr 2, April 2009, pp 105-117.*

[11] *Choo Han Tech,Law and Morality on the Age of Bioscience, Part IV, Meaning and Truth, Singapore Academy of Law Jurnal, vol 17. issue, September 2005, ppg: 534-565.*

primena logičkih pravila treba da obezbedi još viši –stepen istinitosti same istine koja se konstituiše.[12]

No treba imati u vidu i da istina ne može da sadrži istinitost svih drugih tvrdnji, već treba da predstavlja istinu za sve. Verbalno iskazano, kao da i nema velike razlike , međutim , posmatrano na ontološkom nivou, razlika je mnogo između ova dva koncepta. Ako pretpostavimo *istinost svih tvrdnji*, to znači da uspostavljamo, veoma verovatno, veštački stvoren sistem istine, na labavim osnovima, kao neoborive pretpostavke, ne dozvoljavajući dokazivanje suprotnog, tj mogućnosti neistine u njima.

Sa druge strane, ako govorimo ***o istini za sve ,*** govorimo o njenoj manjoj ili većoj prihvaćenosti, verovanju, legitimizaciji iste. Dokazivanje istine je, dakle, teže od procesa konstituisanja istine, jer treba dokazati uzrok zablude[13], tj. zašto bi neko smatrao drugačije od onog kako se utvrđuje, i time pojačati verodostojnost istine. U tom smislu „dokazana" istina" će imati čak i veću vrednost nego „istina sama po sebi".

Neki savremeni autori kao što su Donald Davidson i Ričard Rorti smatraju da istina nije cilj same naše potrage za istinom. Prema Rortiju, to proističe iz toga što ***nikada zapravo ne možemo reći koje je od naših verovanja istinito a koje nije[14].*** Naravno, istinitost nekog našeg verovanja možemo najbolje dokazati primenom objektivnog načina, i to tek nakon što, što je više moguće, ostavimo naša subjektivna viđenja po strani, koliko god da su ista potvrđena.

Druge i drugačije istine

Pravnici imaju pak svoju posebnu***, pravnu istinu***. Lukić ju je nazivao *istinom koju utvrđuju i sprovode državni organi*, koja nije uvek ni akt realnog trebanja, niti akt realnog stanja u državi[15]. Državni organi su tako svojevrsno oruđe za relativizaciju istine koju su sami stvorili, što nas u neku ruku vodi do demagogije.Postupak utvrđivanja pravne istine znači postepeni prelazak sa (teškom mukom) objektivizirane istine na jednu verziju istine koja je unekoliko-subjektivna. Jer, ovde treba imati u vidu da državu prepoznajemo spram vrednosti koje ona namerava da štiti, i da je upravo osnova svake države-vrednosni sistem koji ona svojim propisima promoviše. Oslobođenje od magije i religije, smatrao je dalje Lukić,

[12] *Choo Han Tech*, navedeno delo.

[13] Aristotel, Nikomahova etika, prevod Radmila Šalabić, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Novi Sad- Sremski Karlovci, 2000, str.159.

[14] *Glanzberg, Michael,*navedeno delo.

[15] Radomir Lukić: Sistem filozofije prava, str. 470.

je omogućilo svojevrsno objektiviziranje postupka traganja i prihvatanja istine, jer ljudi, neopterećni magijskim obredima,religijskim kaznama i drugim, više otvaraju um za ovakve istrage, u kojima su bitni oni sami, a ne volja bogova i duhova[16].

Neminovan je ipak sukob stvarne i pravne istine, i to kada vrednosni sistem koji jedan režim zastupa,postane neprihvatljiv, tj ne odgovara trenutnom stanju u državi. Nalazimo i mišljenje da pravo uopšte nije dobro opremljen sistem za pronalaženje bilo kakve istine[17], posebno ne one relevatne, jer svaki dokaz se može podvrgnuti sumnji: u svakom slučaju se može dokazivati suprotno od onog što je već utvrđeno, a neretko i jednom proglašen nevin, može postati sutradan-kriv.

Kolika je onda vrednost istine? Velika. Što je teži i trnovitiji put do njenog dostizanja to je i njena vrednost , kako unutrašnja tako i spoljašnja, veća. Koliko su opasne igre koje istina može igrati sa nama, sa sećanjem, sa pravom? Veoma. Pravna istina je možda, iako neki teoretičari tvrde suprotno, jedan od egzaktnijih oblika istine same, jer počiva na „ukrštanju“ više različitih dokaza o postojanju ili nepostojanju nekog fakta ili odnosa. Sudija prilikom utvrđivanja istine, pridaje veru onoj istini koju potvrđuje više različitih dokaza i izvora, i to neposrednih.

Kada Kant tvrdi da „otvorenost više vredi nego bilo koja druga politika“[18], on vrednost istine izdiže ne na pijedestal, već na samo stepenicu više iznad-laži, skrivanja, ne-govorenja istine. Konstan smatra da je govoriti istinu-dužnost[19], i to prema onima koji imaju ***pravo na istinu***; dužnost jeste esencija prava, te je stoga ***govoriti istinu-suština prava.*** No kako se postaje ***adresatom prava na istinu,*** i može li se to svojstvo izgubiti? Konstan je naveo primer ubice, koji samim činom ubistva nije poštovao nečiji život iako mu je to bila dužnost. Izgleda kao jednostavna formula : ako ne izvršavaš svoje dužnosti, gubiš pravo na istinu, jer štetiš drugome.Shodno principu taliona i tebi će biti naneta šteta uskraćivanjem-istine. Istina, tačnije dužnost istinolju-bivosti ne može biti posmatrana kao apsolutni imperativ, u slučaju kada neko lice odbije da poštuje dužnost zaštite života drugog lica, ili drugog ugrozi na bilo koji način. ***Kazivanje istine,*** tvrdi Kant ***čini svet***

---

[16] Radomir Lukić, navedeno delo, str. 471.

[17] *Translating Truth, Book note on „Troubling Confessions:Speaking guilt in Law and Literature“, Peter Brooks, University of Chicago Press, 2000, in : Harward Law Review, vol 114, issue 2 ,december 2000, ppg : 640-647.*

[18] Imanuel Kant, Benžamen Konstan: Pravo na laganje, Službeni glasnik,Beograd, Edicija 1001 knjiga, 2008 , str. 33 , citat prema fusnoti 3.

[19] Ibid, str.36.

mogućim, tj omogućava njegovo postojanje. Ne reći istinu, značilo bi na neki način ubiti svet, ubiti postojanje, a pre toga da svetom zavlada nepravo, anarhija i bezvlašće.[20]

O laži, ili ne-istini

Svi do sada poznati pokušaji definisanja laži su u sebi sadržali kao bitan element *nameru da se osoba kojoj se laž saopštava obmane i prevari*. Laž je ne-istina, suprotna istini, potpuno ili delimično iskrivljena slika tačnog fakta ili odnosa. Do tog iskrivljavanja dolazi slučajno ili namerno.Slučajno, kada je onaj koji kazuje laž u zabludi da govori istinu, te u tom slučaju, smatraju neki savremeni filozofi, se ne može ni reći da je realizovano-biće laži.[21] Jasna namera da se neko obmane u pogledu sadržaja neke tvrdnje označava-biće laži, i samim tim i njena spoznaja predstavlja ne kraj potrage, kao što je to slučaj kod istine, nego istovremeno i početak nove potrage za istinom.[22]No, postoji i treća mogućnost, kada osoba izriče neku tvrdnju koja nije ni istina ni laž, jer osnovni uslov za ispunjenje situacije iz te tvrdnje ne postoji.Samim tim, ta osoba niti laže niti govori istinu.

Platonov Atinjanin je probao naći opravdanje za laž, izrečenu u pravedne ili druge dobre svrhe. Naime ,smatrao je da ponekad laž može pre nekoga motivisati da učini nešto dobro, i to dobrovoljno,nego što bi tome doprinelo istinito stanje[23].Slično pitanje je postavio i Kant[24]: da li je moguće, dozvoljeno ili opravdano lagati da bi se izvukli iz neke neprijatne situacije, spasili se kazne ili jednostavno ublažili kaznu koja nam sledi. [25]Laž se kao takva može želeti, ali više kao izuzetak, nego kao opšte pra-

---

[20] Imanuel Kant, Benžamen Konstan: Pravo na laganje, str.5.

[21] *Mahon, James Edwin, "The Definition of Lying and Deception",* The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.),* URL = http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/lying-definition/ . Ovde se kao dobar primer
navodi priča Žan Pol Sartra, "Zid" u kojoj zarobljeni revolucionar Pablo Ibieta, verujući da laže, zapravo slučajno odaje pravo sklonište svog saborca .Misleći da govori laž koja će njega osloboditi i zavarati trag njegovog saradnika, on izgovara istinu koja osuđuje.

[22] Mahon, James Edwin, navedeno delo.

[23] Platon, navedeno delo, str 59.

[24] Imanuel Kant, Benžamen Konstan: Pravo na laganje, Službeni glasnik,Beograd, edicija 1001 knjiga, 2008 , str . 13.

[25] Ako bi ovo pitanje bukvalno shvatili i dosledno ga primenjivali, svaki počinilac - krivičnog dela ma koliko teškog, imao bi potpuno legitimno pravo da-slaže u svoju odbranu, jer bi time otklonio primenu kazne na sebe zbog počinjenog dela. Međutim, krivični zakonici predviđaju krivična dela davanja lažnog iskaza svedoka ili veštaka, kao dela koja

vilo i *pravo na laganje*. U suprotnom, opšti zakon kojim bi se nalagalo laganje ne bi uspostavljao obavezu davanja obećanja, u čiju realizaciju sumnja i onaj koji daje obećanja kao i oni kojima se ta obećanja daju. Dalje,verovatno bi oni koji bi bili pogođeni tim opštim zakonom o laganju, tj oni kojima bi bila izrečena laž, u drugoj situaciji bili spremni da uzvrate istom merom.

Čoveka, dalje smatra Kant, ne treba smatrati samo sredstvom za ostvarenje nekih ciljeva[26], jer on kao umno biće jeste i ***svrha činjenja neke radnje***.U suprotnom laganje čoveka predstavljalo bi posmatranje čoveka isključivo kao sredstva a svrhu bi dobilo-laganje, jer svrha bez laganja ne postoji. U tom smislu, laganje postaje vrednije od čoveka samog, i čovek sam po sebi nije dovoljno vredan da bude svrha samostalno sam po sebi, nego je potrebno da mu se pridoda svojstvo laganog čoveka(tj.čoveka kome se laže, koji je žrtva laganja kao procesa) da bi dobio svoju svrhu.

Laž je negacija istine, bilo da se ista izgovara u dobre ili loše svrhe. Laž je ne-istina, a fizionomija predpravnog okruženja je puna primera ne-istine.[27] No država je istupila iz predpravnog okruženja, te sebi ne može i ne sme dozvoliti-ne-istine. Neki savremeni teoretičari, smatraju da laž ne poništava stvarnost, već je na izvestan način legitimizira, tako što se laži, kao negacije istine-prihvataju, bilo u vidu potpunog ignorisanja pravog stanja stvari ili zamenom stvarnosti sa nekim drugim oblikom, rpihvatljivijim u trenutnoj situaciji.[28] Laž je i povreda samog sebe, ne samo dužnosti da se govori istina; to je i povreda dužnosti prema drugima i prema sebi.

Kant je definisao dve vrste laži[29]: spoljašnju i unutrašnju. *Spoljašnjom laži* čovek sebe čini predmetom prezira u očima drugih, a *unutrašnjom*-predmetom prezira u sopstvenim očima.[30] U prvom slučaju povređuje dostojanstvo drugih ljudi, u drugom-sopstveno dostojanstvo. Izgovoriti laž drugome i ne verovati u to što izgovarate je dovoljno loše samo po sebi. Iz-

---

se mogu kazniti čak zatvorskom kaznom, dok se laganje od strane optuženog uvek posmatra kao otežavajuća okolnost prilikom određivanja vrste i dužine trajanja kazne.Tako da, posmatrano sa krivičnopravnog aspekta, pravo na laganje bi samo izbrisalo dužnost govorenja istine u sudskom postupku, umanjilo ili u potpunosti uništilo šanse za pravdom, a počinioce brzo i efikasno puštalo na slobodu, uz potencijalnu opasnost povrata.

[26]Imanuel Kant, Benžamen Konstan: Pravo na laganje , str.19.

[27] Gerhard Špenger: O vrednosti istine I "istine" u pravu, Pravni život br 12/1997, str.1108.

[28] *Ibid,* str. 1109.

[29] Imanuel Kant, Benžamen Konstan: Pravo na laganje ,str 57.

[30] Predsokratovski svet nije poznavao "spoljašnji" i "unutrašnji" svet, već je jedinstveno poimanje istine, prema Špengeru, bilo osnovom bitisanja u celini. Gerhard Špenger, navedeno delo, str. 1110.

govoriti laž drugome i sam verovati u nju je već stanje pomalo izopačene svesti i savesti, iskrenutog viđenja stvarnosti i sveta oko sebe.

Put do pakla je popločan dobrim namerama;ili onim „što se nudi kao da je pouzdano a svesno se zna da je subjektivno nepouzdano“.[31] I „dobronamerna“ laž može postati kažnjiva zakonom, bez obzira na svoj plemeniti razlog izgovaranja. Oprost laganja jeste hrišćanski čin, i oproštenom će ipak biti na raspolaganju carstvo nebesko; no u nesavršenoj zemaljskoj državi će ista ta laž biti možda sankcionisanja oduzimanjem imovine, zatvorskom kaznom, spaljivanjem na lomači ili-sramotom, u krajnjoj liniji. Tako će laž, bila štetna po druge, nas same ili ne bila štetna uopšte, uvek biti sankcionisana[32].Samo će naši razlozi, opravdavanja pred samim sobom i pred drugima nalagati da ponekad uz pomoć jedne laži-prikrijemo drugu ranije izrečenu laž.Time se ranije izrečenoj laži ne pridaje legitimitet, u pravnom i logičkom, već samo u psihološkom smislu.

Ako se ovom činu ne bi pridala nikakva vrednost, ili bi dobio neku uslovno rečeno pomirljivu, manju vrednost nego što bi inače trebao dobiti, to bi značilo, shodno Dvorkinu[33], da poništavamo celokupnu strukturu moralnosti kao takve. Vezanost istine za moralnost i odricanje od moralnosti sa strane laži bi bilo prisutno i kada bi bila izgovorena istina samo od strane jedne osobe,odnosno u drugom slučaju kada bi bila izgovorena laž od strane jedne osobe, sve i da je ona ubeđena da je izgovoreno-istina.Da rezimiramo, ako prevara prouzrokovana lažima postane pravno relevantna, neophodno je i da bude utvrđena, svojevrsnim metodološkim suprotstavljanjem istini, koja takođe treba biti pravnim putem prethodno utvrđena.

Etičke lekcije koje proističu iz istine i laži

Pitanje istine je najčešće u istoriji postavljano.I još češće od toga na njega nije bilo odgovora, ili odgovor nije bio-zadovoljavajući**.** Istina je, neki smatraju, „prekinula svoj kontakt sa svetom, koji ga tera da oseti svoju neobezbeđenost i nesavršenost“.[34] Filozofi je posmatraju kao „pravnu vrednost i smisao civilizovanog života u ljudskoj zajednici“. [35]

---

[31] *Ibid*, str. 47, fusnota 3.

[32] *Ibid* , str.58.

[33] *Truth's Empire-A Reply to Ronald Dworkin's Objectivity and Truth, Australian Journal of Legal philosophy, Nr 65/2001, ppg 64-66.*

[34] Gerhard Špenger, navedeno delo, str.1116.

[35] Citat prema:Gordana Vukadinović: Teorija države i prava II,Futura publikacije, Petrovaradin, 2007, str. 244.

U praksi, ako zaista ima pravde, zbog krhkosti istine trebalo bi strožije kažnjavati one koji lažu. Premda je i Hana Arendt davno konstatovala da je ***moćnija svaka laž koja se nalazi blizu vrhova političke i ekonomske moći***, i to od svake istine koju priznaje i poznaje običan narod, stvarnost govori u prilog tezi da je masu lakše izmanipulisati i pokrenuti upravo-lažima. Proizilazi da je današnji, savremeni čovek 21.veka totalni *homo politicus,* a budući da je govoriti istinu totalno apolitično, svodimo sve na to, da smo u stvari okruženi mnoštvom bar- ne-istina.[36]

Linija između moralnog i nemoralnog, etičkog i političkog nije tako vidljiva, posebno ne u politici[37]. Sa druge, pravna istina, uzeta kao ona koja se utvrđuje u sudskim postupcima, ostavlja veći prostor za razmišljanje i dokazivanje nevinosti. Brojni slučajevi pogrešnih osuda, izvršenih smrtnih kazni prema licima za koje je materijalna istina, kao osnov za utvrđivanje njihove krivice i izricanje kapitalne kazne, bila pogrešno utvrđena, treba da budu opomena i pravosudnom sistemu, da obrati veću pažnju i na ovaj pojavni oblik istine.

Kant je uvek govorio da je laganje moralno pogrešno. Smatrao je da se svi rađamo sa posebnom vrednošću ljudskog dostojanstva, koja se narušava usled laganja.Da bismo se ponašali kao ljudi sa tom primesom humanog koje nas razlikuje od animalnog, treba da imamo slobodu izbora.Sloboda izbora nam je uvek sužena sa lažnim informacijama koje imamo i na osnovu kojih donosimo pogrešne odluke. Laganje nas , dakle, ometa da ispunimo u potpunosti svoj najbitniji ***kvalitet da biramo, i da to činimo potpuno slobodno***.Kada moje laži vode do drugačijeg ishoda nego što bi bio da sam izrekao istinu, to znači da sam narušio dostojanstvo i autonomiju ličnosti koja je odlučivala.[38] Slično su posmatrali i Aurelije Avgustin i Toma Akvinski, čak su neke laži smatrali opasnijima po društvo , državu i religiju .[39]Stoga , ***istinitost govora treba da bude prva etička lekcija upućena novim članovima društva.***

---

[36] *Gail M.Presby: Arendt on Language and Lying in Politics, Peace Studies Jpurnal, Vol.1, issue 1, Fall, 2008, ppg 32-64.*

[37] Prema Arendtovoj,politika i istina, tačnije-istinoljubivost su u konstantnom konfliktu, jer nude alternativne načine za obezbeđivanje egzistencijalne stabilnosti.Filozofija kao takva je uklonjena iz ovog diskursa, jer ona nudi ustanovljavanje racionalnih principa koji, čim se jednom konstituišu,, odmah stabilizuju ljudsko postojanje. *Ronald Beiner: Rereading Truth and Politics, Philosophy and Social Critisism, vol 34/2008, ppg 123.*

[38] *Tim C. Mazur: Lying, Issues in Ethics - V. 6, N. 1 Fall 1993, - http://www.scu.edu/ethics/ publications/iie/v6n1/lying.html,* pristup sajtu: 13.avgust 2012. godine

[39] *Mitchell S. Green: Truthtelling,* , tekst dostupan na*: http://people.virginia.edu/ ~msg6m/ TRUTHTEL.pdf,* pristup sajtu: 13.avgust 2012. godine

Treba imati u vidu da i filozofiju često nazivamo „potragom za večnom istinom“, koja će trajno zalečiti sve probleme i zaustaviti svaku negativnu reakciju običnog naroda, a u cilju sveopšteg blagostanja. No takav balans je teorijski samo moguće uspostaviti, dok je praktička dimenzija u mnogome drugačija. Čoveku je suđeno da postavlja pitanje istine,koje je dobilo svoju unekoliko bolju dimenziju-bolju, zato što je realnija, više povezana sa stvarnošću i ontološki je trenutno prihvatljivije- dimenziju pitanja usmerenog na uslove mogućnosti istine[40].Istina je, kao i pravda, iskonski povezana sa čovekom, njemu svojstvena, a spoznavanje njene suštine jeste i biće uvek egzistencijalno važno za čoveka.

Nemoguće je uopšte ne lagati.Nemoguće je bar jednom ne ući u zatvoreni krug laži, obmana , samoobmana i prevara. S. Bok je definisala ***princip istinoljubivosti***: time što govorimo istinu, mi činimo ono što bi trebali da bi održali praksu os koje imamo koristi. Mi lično, dakle ,imamo neposrednu korist od toga što želimo da svako radi svoj „deo posla“ u sistemu unutar koga se trebamo uzdržavati od laganja. Sa druge strane, reciprocitetno se zahteva da i mi postupamo na isti način kako očekujemo od drugih ljudi.[41]Istini je,pak, kažu pragmatisti, suđeno da pobedi, ali tako i na takav način da se o tome javno i ne progovori. Istina bi, smatra Rorti kritikujući Miltona[42], trebalo da pobedi u onome što se naziva „otvorenom i slobodnim susretom sa svima“. *„Liberalno društvo je“,* smatra Rorti dalje*,“ ono koje se zadovoljava da ’istinitim’ nazove sve što god bude ishodom takvih susreta“*[43].

Posledice susreta i sukoba koje imaju istina i laž mogu i u svom najdrastičnijem vidu,da utiču na ljudske živote, daleko od svih filozofskih nastojanja da ***pravda uvek pobeđuje a da istina oslobađa***[44].Ostaje kao ključno pitanje, da li je vrednije poznavati istinu, čak i ako ona povređuje, ili je bolje ostati u svojevrsnom tunelu laži i biti zaštićen, i ostaviti istinu tamo gde jeste, zbog nas samih.

---

[40] Gerhard Špenger, navedeno delo, str 1116.

[41] *Fullinwider, Robert K., 'Sissela Bok on lying and moral choice in private and public life - an amplification', the encyclopaedia of informal education,www.infed.org/thinkers/bok_lying.htm.* pristup sajtu: 13.avgust 2012. godine

[42] Rorty, R. (1995): *Kontingencija, ironija i solidarnost*, Zagreb: Naprijed

[43] Ibid.

[44] Za sklop verovanja u postojanje „prirodnog završetka istraživanja, realnog stanja stvari“, „realnosti iza pojave, jedinog istinitog opisa onoga što se događa, konačne tajne“, koji bi pritom jednom za svagda okončao proces razmišljanja o tome šta da činimo sa sobom, Ričard Rorti je predložio termin „izbaviteljska istina“. Ona je izraz jedne potrebe koju su religija i filozofija pokušale da zadovolje, potrebe da se sve „uklopi u jedan jedini kontekst, kontekst koji će se nekako pokazati kao prirodan, suđen i jedinstven“. Rorti, R. (2004): “Propast izbaviteljske istine i uspon književne kulture”; *Treći program Radio Beograda,* leto-jesen (III-IV) 2004, br. 123-124, str. 139-158.

Dragana Ćorić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Modernity of Relationship between the Truth and the Lie, and their Ethical, Philosophical and Social Value

Abstract

Relationship between the truth and the lie has been changing thruout different periods of time. It seems that the truth, altough beautifull and solid value, that is needed as a cornerstone for establishing justice, has no more significant role in the world, because lying, or- untruthfull telling , sets limits to the truth. What is their ethical, philosophical and social value and what is their relationship?

Key words: the truth, the lie, untruthfull telling,ethics

Originalni naučni rad 347.751:339
doi:10.5937/zrpfns46-2563

Dr Sandra Fišer – Šobot, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

IZUZECI OD DUŽNOSTI OBAVEŠTAVANJA O NESAOBRAZNOSTI ROBE U PRAVU MEĐUNARODNE PRODAJE

***Sažetak**:U pravu međunarodne prodaje kupac gubi pravo da se poziva na nesaobraznost isporučene robe ako prodavca blagovremeno i uredno ne obavesti o njenim nedostacima. U određenim slučajevima, međutim, kupac zadržava prava koja ima na osnovu nesaobraznosti robe čak i ako povredi dužnost obaveštavanja. Prvo, povreda dužnosti obaveštavanja ne šteti kupcu, ako je prodavac znao ili mu nisu mogle ostati nepoznate činjenice na koje se odnosi nedostatak. Drugo, kupac se može koristiti pravnim sredstvima zbog nesaobrazne isporuke i onda kad ima razumno opravdanje što prodavca nije obavestio o nesaobraznosti robe.*

***Ključne reči**: međunarodna prodaja robe, saobraznost robe, dužnost obaveštavanja, Bečka konvencija.*

1. Uvod

Isporuka nesaobrazne robe predstavlja povredu obaveze od strane prodavca. Međutim, sama povreda kao takva nije dovoljna da kupac ostvari prava zbog nesaobraznosti isporučene robe, nego postoje i dopunske pretpostavke odgovornosti prodavca. Da bi se mogao koristiti pravnim sredstvima zbog nesaobrazne isporuke, kupac je dužan da prodavca uredno i blagovremeno obavesti o eventualnim nedostacima isporučene robe. Neizvršenje ili povreda ove dužnosti vodi gubitku prava kupca da se poziva na nesaobraznost isporučene robe.

Pravila *Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*[1] iz 1980. godine (u daljem tekstu: Bečka konvencija, BK) predviđaju da kupac, u određenim slučajevima, i pored povrede dužnosti obaveštavanja zadržava prava koja mu pripadaju na osnovu nedostataka robe. Naime, odgovornost prodavca postoji i kad ga kupac nije blagovremeno i uredno obavestio o nedostatku u sledećim slučajevima. Prvo, povreda dužnosti obaveštavanja ne šteti kupcu, ako je prodavac znao ili mu nisu mogle ostati nepoznate činjenice na koje se odnosi nedostatak.[2] Drugo, prodavac se ne može osloniti na čl. 39(1) BK ni onda kad kupac ima razumno opravdanje što ga nije obavestio o nesaobraznosti robe.[3] Razlog postojanja navedenih pravila je ublažavanje strogih posledica povrede dužnosti obaveštavanja iz čl. 39 BK.

2. Znanje prodavca za nedostatke

Prema čl. 40 BK, prodavac nema pravo da se koristi odredbama čl. 39 kad se nedostatak saobraznosti odnosi na činjenice koje su mu bile poznate ili mu nisu mogle ostati nepoznate, a on ih nije otkrio kupcu. Prodavac se ne može pozivati na odredbe čl. 39 BK u celini. To znači da se u slučaju ispunjenosti uslova iz čl. 40 BK ne primenjuje ni prekluzivni dvogodišnji rok iz čl. 39(2) BK.[4]

Razlog postojanja ovog pravila je sledeći. Konvencija predviđa da kupac gubi pravo da se poziva na nedostatke robe ukoliko blagovremeno i na odgovarajući način ne stavi prigovor. Međutim, ako je prodavcu bilo poznato ili mu nije moglo ostati nepoznato da roba koju treba da isporuči ima nedostatke, a on je ipak isporuči kupcu, onda on postupa *mala fidei*. Budući da je ponašanje prodavca suprotno načelu savesnosti i poštenja, on se ne može pozivati na okolnost da kupac nije blagovremeno prigovorio nedostacima.

Za primenu čl. 40 BK potrebno je kumulativno ispunjenje sledećih uslova - da je prodavac znao za nesaobraznost ili da mu ona nije mogla biti nepoznata i da nedostatak nije otkrio kupcu.

2.1. Znanje prodavca

Prodavac se ne može pozivati na izostanak reklamacije ako se nedostatak saobraznosti odnosi na činjenice koje su mu *bile poznate* ili *mu nisu mogle biti nepoznate*.

---

[1] Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (*Službeni list SFRJ*, br. 10/1/84 od 31.12.1984; dalje u fusnotama: BK).

[2] Videti čl. 40 BK.

[3] Videti čl. 44 BK.

[4] Videti predmet CICG-online No. 379, Sweden, 05.06.1998, *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce – Stockholm*.

Formulacija da se nesaobraznost odnosi na činjenice koje su prodavcu *bile poznate* podrazumeva pozitivno znanje prodavca o nedostacima. Pozitivno znanje prodavca se pretpostavlja uvek kad on nedostatke robe namerno sakrije.[5]

S druge strane, u teoriji prava međunarodne prodaje robe je sporno šta označava formulacija *nisu mu mogle biti nepoznate*. Preovlađujući je stav da prodavcu nedostatak nije mogao ostati nepoznat kad njegovo neznanje počiva na gruboj nepažnji.[6] Pri čemu gruba nepažnja postoji kad prilikom pregleda robe prodavac ne otkrije nedostatke koji bi pri običnoj pažnji[7] mogli da se saznaju[8]. Prema drugom stavu, pored grube nepažnje potrebno je da se radi o nesaobraznosti koja «upada u oči», odnosno da je očigledna.[9] Smatramo da razlike između navedenih stavova nisu u praktičnom rezultatu toliko velike, jer su upravo očigledni nedostaci oni koji se pri običnoj pažnji mogu otkriti.

Prema našem mišljenju, formulaciju *nije mu mogla biti nepoznata* treba shvatiti kao neznanje usled grube nepažnje. Praktičan značaj ove formulacije se ogleda u tome što vodi olakšanom dokazivanju. Naime, kupac ne mora da dokaže postojanje stvarnog znanja prodavca, što može biti veoma teško, nego je dovoljno da pokaže da se radi o nedostatku koji prodavcu nije mogao ostati nepoznat.

Da li i kada prodavac postupa sa grubom nepažnjom je faktičko pitanje koje zavisi od okolnosti konkretnog slučaja. Za primenu čl. 40 BK, u svakom slučaju, nije dovoljna obična nepažnja. Tako, nije dovoljno da je prodavac pri pregledu robe nesaobraznost morao sazna-

---

[5] Primer je kad prodavac prefarbano autosedište prekrije neodgovarajućom plastičnom folijom. Videti više kod U. Magnus, *nav. delo*, str. 426.

[6] Tako Wolfgang Krüger, Harm Peter Westermann (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 4. Auflage, München, 2004, str. 2400; Wilhelm-Albrecht Achilles, *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG)*, Luchterhand 2000, str. 120; Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, München, 2003, str. 2830; Ulrich Magnus, *J. von Staudingers Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Sellier-de Gruyter, Berlin, 2005, str. 425.

[7] Za običnu nepažnju se u BK koristi formulacija znao ili morao znati.

[8] Videti više kod H.G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2830; Karsten Schmidt (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München, 2004, str. 532.

[9] Tako Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, New York, 2005², str. 478; Ingeborg Schwenzer (ed.), P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 2010³, str. 644. Videti i stav Hubera iznet u Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, *International Sales Law*, Oceana Publications, 1992, str. 164.

Videti predmet CICG-online No. 379, Sweden, 05.06.1998, *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce - Stockholm*.

ti.[10] Uvek kad prodavac isporuči robu koja je neupotrebljiva (npr. ženski džemper koji ima toliko uzak struk da se ne može nositi) ili koja se ne može dalje prodati, smatra se da mu to nije moglo biti nepoznato. Potom, gruba nepažnja prodavca postoji kad on ne postupi u skladu sa odgovarajućim poslovnim običajem da roba mora imati određene osobine.[11] Nasuprot tome, ne postupa sa grubom nepažnjom prodavac koji bez sopstvenog pregleda dalje isporuči originalno zapakovanu robu. U ovom slučaju bi gruba nepažnja prodavca postojala samo ako se nedostatak mogao saznati i bez pregleda.

Prilikom procene da li je prodavac postupao sa grubom nepažnjom treba uzeti u obzir koliko je prodavac povezan sa robom, vrstu nesaobraznosti, njenu očiglednost i koliko roba stvarno odstupa od ugovorenog. Prvo, potrebno je uzeti u obzir položaj prodavca u konkretnom poslu. Naime, ne može se smatrati da postoji opšta dužnost prodavca da pregleda robu.[12] U tom smislu, treba razlikovati situacije kad je prodavac i proizvođač robe i kad je on lice koje samo prodaje robu. Naravno da se od proizvođača mora očekivati drugačije poznavanje robe nego od lica koje robu preprodaje. Po pravilu, proizvođač će znati nedostatke jer ima dužnost da kontroliše svoje proizvode.[13] Nasuprot tome, u veoma retkim slučajevima će biti moguće utvrditi da je distributer bio nesavestan u pogledu nesaobraznosti robe.[14]

S druge strane, što su u ugovoru detaljnije regulisani zahtevi u pogledu osobina robe, to prodavac treba ranije da zna za postojanje odstupanja od ugovorenog i stvarnog stanja.[15] Pored toga, isporuka *aliud*-a i odstupanja u količini se mogu lakše uočiti i saznati, nego odstupanja u kvalitetu. Redovno se kod *aliud*-a i odstupanja u količini smatra da nesaobraznost prodavcu nije mogla ostati nepoznata. Najčešće se u praksi i kod isporuke robe boljeg kvaliteta od ugovorenog smatra da se radi o činjenici koja prodavcu nije mogla ostati nepoznata.

Znanje ili neznanje prodavca iz grube nepažnje se mora odnositi na činjenice na kojima počiva nesaobraznost. Pritom, prodavac ne mora znati nedostatak u svim njegovim pojedinostima, nego je dovoljno da su mu promakle činjenice čija priroda redovno vodi nesaobraznosti konkretne robe[16].

---

[10] Videti više kod U. Magnus, *nav. delo*, str. 425.

[11] Npr. običaj da riba mora poticati iz tekućeg ulova, a ne iz prošlogodišnjeg. Videti više kod U. Magnus, *nav. delo*, str. 426.

[12] I. Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 644.

[13] Videti predmet Germany, 12 October 1995, *District Court Trier* (*Wine case*) dostupno na *http://cisgw3.law.pace.edu / cases/ 951012g1.html* (prodavac nije mogao da ne zna da vino koje je prodao sadrži 9% vode).

[14] Videti više kod I. Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 645.

[15] W.A. Achilles, *nav. delo*, str. 120.

[16] Videti više kod U. Magnus, *nav. delo*, str. 426. Takođe Cezare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (ed.), *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention,* Milan, 1987, str. 318, 319.

2.2. Neotkrivanje nedostataka kupcu

Ako prodavac kupcu otkrije da roba ima nedostatak, onda on i dalje može da se poziva na okolnost da je obaveštenje zakasnelo ili neuredno, i u krajnjoj liniji bude oslobođen od odgovornosti. Međutim, iz čl. 40 BK ne proizlazi da prodavac ima obavezu da otkrije nedostatak kupcu[17]. Prema stavu sudske prakse prodavac kupcu treba da obelodani nedostatak i da mu ukaže na rizike koji proizlaze iz takve nesaobraznosti.[18] Domašaj ovog pravila je relativno mali.

Važno pitanje je *kad* prodavac treba da kupcu otkrije nedostatak da bi mogao da se koristi odredbama čl. 39 BK. Ako je prodavac *pre zaključenja ugovora* kupcu ukazao da roba ima nedostatak, a nakon toga ugovor bude zaključen, onda uopšte ne postoji nesaobraznost u smislu čl. 35(1) BK. U tom slučaju se ni ne postavlja pitanje odgovornosti prodavca. Kad *prilikom zaključenja* ugovora kupac sazna za nedostatak saobraznosti, onda će odgovornost prodavca biti isključena na osnovu čl. 35(3) BK. Ako *za vreme izvršenja ugovora* prodavac otkrije kupcu nedostatke, kupac će ili odbiti da primi robu ili je primiti sa nedostacima. Na osnovu svega iznetog postavlja se pitanje u kojim to slučajevima prodavac može imati opravdani interes da bude obavešten o nedostacima koje je sam obelodanio kupcu. Prema opšteprihvaćenom stavu, ova odredba ima smisla jedino ako prodavac kupcu otkrije rizik od nastajanja nedostataka. On to mora učiniti najkasnije prilikom predaje robe[19]. Ako se naknadno stvarno pokaže nesaobraznost, dužnost obaveštavanja ima smisla.

2.3. Vreme merodavno za znanje prodavca

Trenutak u kom mora postojati znanje prodavca nije izričito rešen u BK, a u teoriji je sporan. Prema jednom shvatanju, merodavan je momenat predaje robe kupcu.[20] Drugi je stav da prodavcu šteti i kasnije stečeno

---

[17] Tako U. Magnus, *nav. delo*, str. 427; H.G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2830. Suprotan stav F. Enderlein, D. Maskow, *nav. delo*, str. 163; I. Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 645.

[18] Videti predmet CICG-online No. 379, Sweden, 05.06.1998, *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce - Stockholm*.

[19] Isto tako U. Magnus, *nav. delo*, str. 427; H.G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2830.

[20] Tako Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, Monika Stargardt, *Kommentar – Konvention der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, Konvention über die Verjährung beim internationalen Warenkauf, Protokoll zur Änderung der Konvention über die Verjährung beim internationalen Warenkauf*, Berlin, 1985, str. 92; Rolf Herber, Beate Czerwenka, *Internationales Kaufrecht – Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den Internationa-*

znanje i merodavnim smatra trenutak isteka roka za pregled i obaveštavanje o nesaobraznosti.[21] Prema poslednjem, prilikom procene trenutka u kom mora postojati znanje, odnosno neznanje prodavca iz grube nepažnje, treba poći od svrhe i cilja dužnosti obaveštavanja. Ona služi, pre svega, tome da prodavac blagovremeno bude informisan o nedostacima robe i da može na odgovarajući način da reaguje (otkloni nedostatak, obezbedi dokaze, podnese tužbe protiv svojih snabdevača...). Stoga, ako prodavac u trenutku okončanja roka za obaveštavanje zna za nedostatke, onda reklamacija kupca nije potrebna.[22] Ovde se uzima u obzir situacija kad je prodavac na neki drugi način, a ne od kupca saznao za nesaobraznost. Takvi slučajevi su veoma retki u praksi, a primer bi bio kad se kupčev kupac zbog nesaobraznosti obrati direktno prodavcu. Smatramo da se poslednji stav teško može braniti. Najpre, nije opravdan argument da nije potrebno obaveštavanje prodavca ako on u trenutku okončanja roka za obaveštavanje zna za nedostatak ili mu on nije mogao biti nepoznat. Naime, sa stanovišta svrhe čl. 39 BK obaveštavanje nema smisla i kad prodavac u ranijem trenutku sazna za nedostatak.

Prema našem mišljenju, čl. 40 BK reguliše znanje prodavca u ranijem trenutku. Prilikom traženja odgovora nalazimo da je potrebno analizirati odredbu u celini, odnosno važna je i okolnost da prodavac treba da otkrije kupcu činjenice na koje se nesaobraznost odnosi. U prethodnim razmatranjima smo videli da prodavac te činjenice kupcu treba da obelodani najkasnije prilikom predaje robe. Upravo zbog toga, naš je stav da i znanje prodavca mora postojati u trenutku predaje robe, odnosno da se čl. 40 BK odnosi na znanje prodavca u tom trenutku. Ako prodavac naknadno tj. nakon predaje robe sazna za njenu nesaobraznost (ne od kupca putem obaveštenja, nego od trećeg lica), on ne bi mogao da se poziva na čl. 39 BK, ali ne na osnovu čl. 40 BK, nego to ne bi bilo u skladu sa načelom savesnosti iz čl. 7(1) BK.

3. Razumno opravdanje za povredu dužnosti obaveštavanja

Prema čl. 44 BK bez obzira na odredbe čl. 39(1) BK kupac može sniziti cenu u skladu sa članom 50 BK ili zahtevati naknadu štete, izuzev za izgubljenu dobit, ako ima razumno opravdanje što prodavca nije oba-

---

len Warenkauf, München, 1991, str. 190; F. Enderlein, D. Maskow, *nav. delo*, str. 164; H.G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2830; U. Magnus, *nav. delo*, str. 426. Videti više i kod W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2401.

[21] Tako W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2401; K. Schmidt (Hrsg.), *nav. delo*, str. 532; P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 479.

[22] Videti više kod W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2402. Takođe videti P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 479, 480.

vestio o nesaobraznosti robe. U srpskoj verziji čl. 44 BK je predviđeno da kupac može sniziti cenu ili zahtevati naknadu štete, izuzev za izgubljenu dobit, ako ima razumno opravdanje što *nije poslao* traženo obaveštenje. Pre analize same odredbe potrebno je ukazati na sledeće. Kao i čl. 39 BK, čl. 44 BK sadrži pogrešan prevod engleskog teksta, koji bi mogao voditi zaključku da je primena ovog izuzetka moguća samo u slučaju slanja pismenog obaveštenja prodavcu. Tako nešto nikako ne proizlazi iz engleskog teksta BK (*If he has a reasonable excuse for his failure to give the required notice.....*).[23] Prema tome, pred kupca se ne postavlja dodatni zahtev u pogledu forme reklamacije, nego je prihvaćen princip neformalnosti. Sudije i arbitri navedeno treba da imaju u vidu prilikom primene čl. 44 BK.

Prema čl. 44 BK kupac, pod uslovom postojanja razumnog opravdanja, zadržava određena pravna sredstva zbog nesaobraznosti robe čak i kad prodavcu nije reklamirao nedostatke. Naime, kupac se može koristiti tzv. novčanim pravnim sredstvima, odnosno sniziti cenu ili zahtevati naknadu štete, osim izgubljene dobiti. Nasuprot tome, isključeno je pravo da se zahteva zamena ili popravka robe, kao i pravo na raskid ugovora.

Čl. 44 BK se odnosi samo na čl. 39(1) BK. To znači da protekom dvogodišnjeg roka iz čl. 39(2) BK kupac gubi sve zahteve prema prodavcu zbog nesaobraznosti robe, čak i ako je imao razumno opravdanje za neizvršenje dužnosti obaveštavanja.

S obzirom da čl. 44 BK izričito upućuje na čl. 39(1) BK postavlja se pitanje da li je njegova primena moguća i u slučaju kad je rok za obaveštavanje ugovoren ili kad je ugovoren garantni rok. Smatramo da se do odgovora mora doći tumačenjem konkretnog ugovora, ali da ugovaranje roka za reklamaciju samo po sebi ne isključuje primenu čl. 44 BK.[24] Dakle, ako suprotno ne proizlazi iz ugovora, u navedenoj situaciji bi trebalo dozvoliti primenu čl. 44 BK, a ugovoreni rok tretirati kao konkretizaciju razumnog roka iz čl. 39(1) BK.[25]

---

[23] O pogrešnom prevodu čl. 39(1) BK videti više kod Sandra Fišer-Šobot, Pojam, sadržaj i forma obaveštenja o nesaobraznosti robe u međunarodnom i domaćem pravu, *Pravo i privreda*, 4-6/2010, str. 447.

[24] Navedeno je potvrđeno i u sudskoj praksi. Videti predmet Russia 24 January 2000 Arbitration proceeding 54/1999 dostupno na *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000124r1.html*.

[25] Isto tako, Christoph Brunner, *UN-Kaufrecht – CISG – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 – Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht,* Bern, 2004, str. 257. Videti više U. Magnus, *nav. delo,* str. 456.

Prema prof. Švencer postojanje običaja koji predviđa stroge rokove za reklamaciju u principu ne isključuje primenu čl. 44 BK. Videti više I. Schwenzer (ed.), *nav. delo,* str. 688.

Član 44 BK predstavlja kompromisno rešenje postignuto između zagovornika i protivnika dužnosti obaveštavanja i nema svoj uzor ni u ULIS-u, niti u nekom od nacionalnih prava.[26] Ovom odredbom je u znatnoj meri ublaženo strogo pravilo iz čl. 39(1) BK prema kome kupac gubi pravo da se poziva na nesaobraznost ako prodavca blagovremeno i na odgovarajući način ne obavesti o njenom postojanju. Razlozi unošenja čl. 44 BK u konvenciju su bili sledeći. Prvo, u nekim zemljama koje pripadaju anglosaksonskom pravu uopšte ne postoji dužnost kupca da robu pregleda i o uočenim nedostacima obavesti prodavca.[27] Drugo, kupci iz zemalja u razvoju često neće biti u mogućnosti da blagovremeno reklamiraju nesaobraznost jer usled nedovoljnog stručnog znanja, neće moći da otkriju nedostatak ili da odrede njegovu prirodu. Ovo se naročito odnosi na utvrđivanje nedostataka kod komplikovanih mašina tipičnih za uvoz u oblastima u razvoju.[28] Upravo zbog navedenog je za veliki broj zemalja u razvoju postojanje čl. 44 BK bio apsolutni preduslov za prihvatanje Bečke konvencije.

Rešenje iz čl. 44 BK je u skladu sa načelom pravičnosti. Naime, isporuka nesaobrazne robe predstavlja povredu ugovora od strane prodavca. Zbog toga nije pravedno da kupac izgubi sva pravna sredstva ako je imao razumno opravdanje što ga nije obavestio. Međutim, čl. 44 BK predstavlja značajno zadiranje u interese prodavca i veliko opterećenje za njega, jer je formulacija *razumno opravdanje što ga nije nije obavestio* neodređena i pogodna za tumačenje u korist kupca. Takođe, veoma često će prodavac trpeti štetne posledice zbog toga što mu kupac nije blagovremeno i uredno reklamirao nedostatke. I na kraju, postoji opasnost da će kupac utvrđivati nesaobraznost dve godine, a potom na osnovu čl. 44 BK uskratiti prodavcu preostala plaćanja.[29]

U čl. 44 BK jasno do izražaja dolaze suprotstavljeni interesi prodavca i kupca i on predstavlja pokušaj njihovog balansiranja. Prodavac ima

---

[26] Čl. 44 BK je na diplomatskoj konferenciji izazvao brojne sporove i predstavlja normu o kojoj je najviše raspravljano. Naime, čl. 44 BK u postojećem obliku nije postojao u Nacrtu konvencije, nego je dodat na diplomatskoj konferenciji na inicijativu Finske, Gane, Švedske, Nigerije i Pakistana. Pretežno su delegati iz zemalja u razvoju izrazili svoja strahovanja da je čl. 39 BK prestrog i da može da dovede u veoma težak položaj kupce iz tih zemalja. Kao kompromis je zadržana dužnost obaveštavanja, ali je ona putem čl. 44 BK ublažena. Videti više o ovome kod C.M. Bianca, M.J. Bonell (ed.), *nav. delo*, str. 324 i 325.

[27] Videti više kod C.M. Bianca, M.J. Bonell (ed.), *nav. delo*, str. 324.

[28] Videti više kod John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd edition, The Hague, 1999, str. 283.

[29] Videti više Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 1986, str.70, 71.

tri osnovna interesa. Prvo, potrebno je da nakon određenog vremena bude siguran da je isporukom robe izvršio svoju ugovornu obavezu. Drugo, prodavac ima interes da obezbedi dokaze za slučaj eventualnog spora. Interes obezbeđivanja dokaza postoji nezavisno od toga koja od strana u sporu će imati teret dokazivanja. Treći interes je interes prodavca da brzo i precizno bude obavešten o manama robe. S druge strane, kupac ima interes da manji previd ne vodi gubitku svih njegovih prava.

Konačan odgovor da li i u kolikoj meri čl. 44 BK pogoduje interesima jedne ili druge ugovorne strane daje sudska praksa, prilikom procene da li kupac ima razumno opravdanje za neobaveštavanje. Da li će se i koliko ovo pravilo primenjivati zavisi i od toga kako sudovi budu odmeravali razuman rok iz čl. 39(1) BK za obaveštavanje prodavca o nesaobraznosti isporučene robe. Naime, ako se razuman rok odredi u dužem trajanju praktično se gubi potreba za primenom ovog pravila i obratno, ako se rok odmeri strogo (npr. 7 dana što je bio čest slučaj u praksi nemačkih sudova) otvara se mogućnost šire primene ovog pravila.[30]

U cilju davanja potpunih odgovora na sva pitanja koja proizlaze iz čl. 44 BK potrebno je najpre odrediti polje njegove primene, kada postoji razumno opravdanje i kako utiče na odgovornost prodavca za isporuku.

3.1. Izostanak obaveštenja

Čl. 44 BK se primenjuje ako kupac ima razumno opravdanje što nije reklamirao nedostatke prodavcu. Nesporno je da su navedenom formulacijom obuhvaćeni slučajevi kad kupac, koji je za nesaobraznost znao ili morao znati, u razumnom roku uopšte nije obavestio prodavca. U domašaj čl. 44 BK svakako spadaju i slučajevi kad je kupac neblagovremeno obavestio prodavca ili kad u obaveštenju nije dovoljno precizno određena priroda nedostataka. Prema danas opšteprihvaćenom mišljenju,[31] čl. 44 BK obuhvata i slučaj kad kupac nije pravovremeno pregledao robu ili je nije dovoljno pregledao, pa je zbog toga zakasnio sa reklamacijom. Smatramo da je navedeni stav nesporan, ali je istovremeno potrebno ukazati na sledeće. Čl. 44 BK izričito upućuje samo na dužnost obaveštavanja iz

[30] O trajanju i odmeravanju roka za obaveštavanje prodavca o nesaobraznosti isporučene robe videti više kod Sandra Fišer-Šobot, Rok za obaveštavanje o nesaobraznosti isporučene robe u međunarodnom i domaćem pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2010, str. 271-274.

[31] Tako Heinrich Honsell (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin, Heidelberg, 2010, str. 466; U. Magnus, *nav. delo*, str. 455; K. Schmidt (Hrsg.), *nav. delo*, str. 545; F. Enderlein, D. Maskow, *nav. delo*, str. 172; W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2420;

čl. 39(1) BK. Budući da pregled služi za pripremu reklamacije i on je obuhvaćen sankcijama predviđenim za njeno zakašnjenje. Prema našem mišljenju, zakasneli ili neizvršen pregled robe predstavlja uzrok povrede dužnosti obaveštavanja prodavca. Budući da sam čl. 44 BK ne pravi razliku između uzroka neobaveštavanja, smatramo da nije potrebno posebno izdvajati ovaj u odnosu na druge uzroke.

3.2. Razumno opravdanje

Sama činjenica da kupac nije prigovorio nesaobraznosti robe nije dovoljna za primenu čl. 44 BK. Potrebno je i da kupac ima *razumno opravdanje* za neobaveštavanje. Budući da na diplomatskoj konferenciji nisu dati primeri šta bi se moglo smatrati razumnim opravdanjem, odgovor na to pitanje su dale teorija i sudska praksa.

S obzirom da se radi o neodređenom pojmu, u teoriji ne postoji saglasnost u kojim slučajevima postoji razumno opravdanje. Kod razumnog opravdanja se, prema raširenom shvatanju ne radi o krivici, jer su okolnosti koje isključuju krivicu kupca obuhvaćene čl. 38 i 39 BK.[32] Prema tom stavu prilikom procene da li kupac ima razumno opravdanje treba uvažiti princip pravičnosti. Naime, iako on nije ispunio svoju dužnost da prodavca obavesti o nedostacima i iako se nije ponašao u skladu sa pravilima, u okolnostima konkretnog slučaja pravičnost može nalagati određen stepen razumevanja i blagosti.

Prema drugom stavu, u okvirima čl. 44 BK je najpre potrebno ispitati da li postoji krivica tj. namera ili nepažnja kupca.[33] Ukoliko kupac nije kriv za povredu dužnosti obaveštavanja primenjuje se čl. 44 BK. U tom slučaju nema potrebe za procenom interesa. Teoretičari koji zastupaju ovo mišljenje smatraju da sam čl. 44 BK dovoljno uzima u obzir interese prodavca time što kupcu ostavlja samo ograničena pravna sredstva. Krivica ne postoji kod prirodnih katastrofa (poplava, zemljotres), kao i kod štrajkova i političkih nemira. Takođe, ako u privrednom društvu nastupe teškoće one mogu voditi isključenju krivice. To bi bio slučaj ako kupac nije u mogućnosti da pusti u pogon isporučenu mašinu zbog neskrivljenog strujnog udara.[34]

Prema našem mišljenju, trebalo bi prihvatiti prvi stav. Međutim, treba primetiti da su rezultati do kojih vode i jedno i drugo mišljenje identični, ali je različit put do njih. Smatramo da je najznačajnije pitanje koje

[32] Tako H.G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2838; P. Schlechtriem, I. - Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 512 i 513. Videti više i kod W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2420.

[33] Tako W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2420.

[34] W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2421.

proizlazi iz ova dva različita stava da li kupac može imati razumno opravdanje i onda kad je nehatno postupao, odnosno da li se kupcu koji nije postupao sa pažnjom koja se u poslovnom prometu zahteva može iz razloga pravičnosti odobriti opravdanje. Takav slučaj bi postojao kad kupac ne poznaje pravne norme u svojoj državi ili kad nije pravilno utvrdio stanje robe. Prema jednom stavu, opravdanje se ne može razumeti kao odsustvo nehata, jer se u suprotnom čl. 44 BK ne bi mogao uopšte primeniti.[35] Smatramo da bi u slučaju postupanja sa nepažnjom u određenim okolnostima gubitak svih prava za kupca bio neopravdan. Prema tome, razumno opravdanje može postojati i kad kupac nije pokazao stepen pažnje koji se u poslovnom prometu redovno zahteva.

Procena postojanja razumnog opravdanja je faktičko pitanje, koje treba rešavati prema okolnostima konkretnog slučaja. Pritom je veoma važno da sudovi kod primene čl. 44 BK ne budu vođeni principima i institutima koji postoje u nacionalnim pravima.

Prilikom ocene postojanja razumnog opravdanja treba voditi računa da se postigne ravnoteža interesa ugovornih strana i treba uzeti u obzir naročito sledeće okolnosti: težinu povrede dužnosti obaveštavanja, trud koji je kupac uložio u obaveštavanje, posledice potpunog gubitka pravnih sredstava za kupca, štetu koju je pretrpeo prodavac i vrstu robe i nedostataka. Dakle, za razliku od određivanja razumnog roka iz čl. 39(1) BK koji u obzir uzima, pre svega, objektivne okolnosti, osnovi za postojanje razumnog opravdanja su i subjektivne okolnosti.

Pri oceni postojanja razumnog opravdanja najpre treba razmotriti *težinu povrede dužnosti obaveštavanja*. Naime, ako je povreda kupca manjeg značaja trebalo bi priznati postojanje razumnog opravdanja. Takav slučaj bi imali ako su nedostaci takvi da se normalno nisu mogli očekivati i kupac zbog toga nije pregledao robu, kad je obaveštenje o nesaobraznosti nedovoljno precizno i kad je kupac malo prekoračio razumni rok.[36] Drugo, od značaja je i *vrsta robe*. To naročito dolazi do izražaja kod kvarljive robe kad naknadni pregled robe više nije moguć. U tom slučaju bi razumno opravdanje kupca bilo isključeno. Nasuprot tome, kod nedostataka koji postoje na trajnoj robi (npr. konstrukcijske greške na mašinama) koji se mogu i naknadno precizno utvrditi, interes prodavca nije toliko veliki, pa je moguće uvažiti opravdanje kupca, naročito kod manjih

[35] Videti više kod P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 513. Isto tako, I. Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 682; W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2420; K. Schmidt (Hrsg.), *nav. delo*, str. 545.

[36] Videti više kod P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 514; H. Honsell (Hrsg.), *nav. delo*, str. 468.

propusta[37]. Treće, prema raširenom mišljenju,[38] *nepoznavanje pravnih normi* od strane kupca može predstavljati osnov za razumno opravdanje. Naime, kupac ima razumno opravdanje, ukoliko nacionalno pravo njegove zemlje ne poznaje dužnost pregleda robe i obaveštavanja prodavca o nesaobraznosti. Četvrto, od značaja je i *stručnost i iskustvo kupca*. Naime, zbog svrhe čl. 44 BK osnov za opravdanje postoji i kad kupac nije dovoljno stručan, odnosno ne poseduje odgovarajuće tehničko znanje. Ovo je naročito značajno kad se radi o kupcima iz zemalja u razvoju, budući da su njima teže dostupna specijalizovana znanja. Takođe, veoma često kupci ne raspolažu dovoljnim tehničkim mogućnostima za izvršenje adekvatnog pregleda robe i utvrđivanje nedostataka. Peto, okolnosti kao npr. bolest[39] ili organizacione teškoće u preduzeću kupca takođe mogu predstavljati razumno opravdanje. I poslednje, razumno opravdanje može postojati i kod dostavljanja prigovora pogrešnom (npr. ranijem) zastupniku prodavca.[40]

Sudska praksa je pozivanje kupca na čl. 44 BK po pravilu odbacivala,[41] iako se strane u sporovima često pozivaju na čl. 44 BK.[42] Takođe, u sudskoj praksi je zauzet stav da čl. 44 BK kao normu koja predviđa izuzetak od pravila treba tumačiti usko i u skladu sa strožijim pravilima.[43] Prema stavovima sudova ne postoji razumno opravdanje kad kupac tvrdi da u roku za prigovor nije mogao da dobije prodavca telefonom. Isto tako, kupac nema opravdanje kad je propustio ponuđeni pregled i tek po proteku roka prigovorio nedostacima.[44] S druge strane, arbitražni sudovi su dopuštali primenu čl. 44 BK.[45]

---

[37] Tako U. Magnus, *nav. delo*, str. 457. Slično K. Schmidt (Hrsg.), *nav. delo*, str. 546.

[38] H.G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2838; K. Schmidt (Hrsg.), *nav. delo*, str. 546; U. Magnus, *nav. delo*, str. 458.

[39] H. Honsell (Hrsg.), *nav. delo*, str. 468.

[40] U. Magnus, *nav. delo*, str. 457. Isto tako, H. Honsell (Hrsg.), *nav. delo*, str. 468.

[41] Ova tvrdnja se naročito odnosi na nemačke sudove, jer su oni najčešće odbacivali pozivanje kupca na čl. 44 BK. Videti pozivanje na sudsku praksu kod C. Brunner, *nav. - delo,* str. 258 i fusnota 1045.

[42] U jednom predmetu je kupac isticao da je imao razumno opravdanje za neblagovre-meno obaveštavanje o nesaobraznosti jer je roba zadržana na carini u njegovoj zemlji. Zbog toga su montaža i probni rad kupljene mašine morali da budu odloženi. Sud je odlučio da kupac nije uspeo da dokaže da nije imao pristup robi radi pregleda kad je stigla u luku opredeljenja. Takođe, kupac nije uspeo da dokaže da odlaganje montaže mašine - nije posledica njegovog nemara. Germany 11 September 1998 Appellate Court Koblenz (*Chemical substance case*) dostupno na *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980911g1.html*.

[43] CISG-online 380, Austria, *Oberster Gerichtshof*, 15 October 1998, str. 7.

[44] Videti više kod U. Magnus, *nav. delo*, str. 457.

[45] U barem dve arbitražne odluke se kupac uspešno pozvao na čl. 44 BK. U prvom slučaju je robu pregledao nezavisni inspektor u vreme njenog utovara. Inspektora su

3.3. Uticaj čl. 44 BK na odgovornost prodavca

Prema čl. 44 BK odgovornost prodavca za nesaobraznost isporučene robe je ograničena. Prodavac koji je isporučio manljivu robu će prema čl. 44 BK odgovarati za štetu u skladu sa čl. 74 BK. Međutim, kupac može zahtevati naknadu samo stvarno pretrpljene štete, a ne i izmaklu dobit.

Stvarna šteta postoji ako je isporučena roba manje vrednosti i tada pretrpljena šteta predstavlja razliku između prodajne cene robe i stvarne vrednosti isporučene nesaobrazne robe. Trenutak merodavan za procenu vrednosti nesaobrazne robe je trenutak u kom je obaveštenje moralo uslediti.[46] Ako je isporučena potpuno bezvredna roba, onda kupac može tražiti naknadu u iznosu prodajne cene.[47] Kupac, takođe, može ostvariti naknadu štete za gubitke koji su nastali upotrebom nesaobrazne robe npr. kad upotrebom robe sa nedostacima bude uzrokovana šteta na drugoj kupčevoj robi. I na kraju, ovde bi spadali i troškovi prevoza i popravke robe.

Ako bi prodavac mogao da otkloni nesaobraznost i time izbegne štetu da ga je kupac obavestio u razumnom roku iz čl. 39(1) BK, postavlja se pitanje da li on pod tim okolnostima može da se pozove na čl. 77 BK i da zahteva smanjenje naknade u visini iznosa gubitka koji je mogao da se izbegne. Prema dominantnom i ispravnom shvatanju, prodavac bi u ovom slučaju mogao da se koristi čl. 77 BK i da ostvari smanjenje zahteva za naknadu štete.[48] Drugi je stav da čl. 44 ima prednost u odnosu na čl. 77

---

zajednički imenovale ugovorne strane i po izvršenom pregledu je izdao potvrdu (certifikat) izvršene analize. Kad je roba stigla u mesto opredeljenja kupac je otkrio da se ona i u količini i kvalitetu razlikuje od podataka iz certifikata i obavestio je prodavca o problemu. Arbitražni sud je doneo odluku da obaveštenje nije bilo blagovremeno prema čl. - 39(1), ali je pogrešan certifikat predstavljao razumno opravdanje za zakašnjenje. Pošto je certifikat izdalo nezavisno telo koje su zajednički odredile obe strane, kupac nije bio odgovoran za njegove greške i zbog toga se mogao pozvati na čl. 44 BK. ICC Arbitration Case No. 9187 of June 1999 (*Coke case*) dostupno na *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999187i1.html*.

U drugom slučaju je ugovorom bilo predviđeno da se zahtevi zbog nesaobraznosti podnesu u roku od 50 dana od dana označenog na teretnici. Pregled robe u luci utovara je postao neizvodljiv i kupac nije pregledao robu dok nije stigla u mesto opredeljenja. Usled toga kupac nije obavestio prodavca o nesaobraznosti u ugovorenom roku. Međutim, sud je odlučio da je kupac imao razumno opravdanje za zakašnjenje i primenio čl. 44 BK. Russia 24 January 2000 Arbitration proceeding 54/1999 dostupno na *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/ 000124r1.html*.

[46] W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2422.

[47] Videti više kod P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 515.

[48] Tako H.G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2839; C.M. Bianca, M.J. Bonell (ed.), *nav. delo*, str. 327. Videti o tome kod W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2423.

BK kad kupac ima razumno opravdanje za neobaveštavanje. Ističe se da je protivrečno s jedne strane neobaveštavanje posmatrati kao opravdano, a sa druge strane ga smatrati osnovom za smanjenje zahteva. Takođe, sama činjenica da čl. 44 BK dozvoljava naknadu samo stvarne štete predstavlja dovoljno ograničenje zahteva kupca. Prema ovom stavu, prodavac bi mogao da zahteva smanjenje iznosa naknade štete samo onda kad je kupac svojim ponašanjem doprineo da šteta nastane ili da se poveća. To bi bio slučaj kad bi kupac robu dalje prodao i pored znanja o njenim manama. Međutim, u tom slučaju nije samo povređena dužnost obaveštavanja, nego se povreda sastoji u daljoj prodaji robe.[49]

4. Zaključak

Povreda dužnosti obaveštavanja iz čl. 39 BK povlači za kupca veoma stroge posledice jer gubi pravna sredstva zbog nesaobraznosti robe. Pošto isporuka nesaobrazne robe predstavlja povredu ugovora od strane prodavca konvencija, u izuzetnim slučajevima, predviđa ublažavanje strogih posledica povrede dužnosti obaveštavanja.

U pravu međunarodne prodaje, kupac zadržava prava koja ima na osnovu nesaobraznosti robe čak i ako povredi dužnost obaveštavanja u dva slučaja. Prvo, kad je prodavac sam znao ili mu nisu mogle ostati nepoznate činjenice na koje se odnosi nedostatak, a on ih nije otkrio kupcu. I drugo, kupac se može koristiti pravnim sredstvima zbog nesaobrazne isporuke kad ima razumno opravdanje što prodavca nije obavestio o nesaobraznosti robe.

[49] Videti više kod W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2423.

Sandra Fišer – Šobot, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Exceptions to the Duty to Notify the Seller of a Non-Conformity of the Delivered Goods in International Sales Law

Abstract

Breach of the duty to notify the seller of the lack of conformity of the delivered goods is followed by harsh consequences for the buyer. Namelly, he loses the right to rely on the non-conformity of the goods if he does not give the notice to the seller in adequate and timely manner.

In international sales law the buyer is entitled to rely on the lack of conformity of the goods even when he fails to notify the seller in two specific cases. First, if the lack of conformity relates to the facts of which the seller knew or could not have been unaware and which he did not disclose to the buyer. And secondly, the buyer retains remedies for the nonconforming delivery if he has a reasonable excuse for his failure to give the required notice.

Key words: international sale of goods, conformity of the goods, notification duty, CISG.

Originalni naučni rad 341.6:339.727.22
doi:10.5937/zrpfns46-2568

Dr Petar Đundić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ODREDBE O ODLOŽNOM ROKU ZA POKRETANJE ARBITRAŽE U MEĐUNARODNIM UGOVORIMA O ZAŠTITI ULAGANJA I NJIHOV UTICAJ NA NADLEŽNOST ARBITRAŽNIH SUDOVA

Sažetak: *Odredbe o odložnom roku u međunarodnim ugovorima o zaštiti ulaganja pružaju mogućnost ulagaču iz jedne države ugovornice da pokrene arbitražu protiv države domaćina ulaganja, pod uslovom da je od nastanka spora do pokretanja arbitražnog postupka protekao rok utvrđen ugovorom. Cilj ovakvih odredaba je da se stranama u sporu omogući da u ovom periodu pristupe pregovorima i pokušaju da postignu poravnanje. Rad analizira stav savremene arbitražne prakse prema pravnoj prirodi i uticaju ovih odredaba na nadležnost arbitražnih sudova u investicionim sporovima. Analiza pokazuje postepenu i jasnu promenu pozicije koju zauzimaju arbitražnu sudovi u slučajevima kada tužioci ne poštuju navedene odredbe. Zbog toga što su arbitražni sudovi danas spremniji da sankcionišu preuranjeno pokretanje arbitraže od strane ulagača nego što je to bio slučaj pre jedne decenije, može se očekivati mnogo opreznije postupanje potencijalnih tužilaca u ovom pogledu.*

Ključne reči: *sporazumi o zaštiti ulaganja, arbitraža, nadležnost, investicioni sporovi, odložni rok.*

Uvod

Prava stranih ulagača danas se prevashodno štite međunarodnim ugovorima koji sadrže odredbe o subjektivnim pravima tih ulagača i predviđaju mogućnost da ova fizička i pravna lica direktno pokrenu

međunarodnu arbitražu protiv države domaćina ulaganja, zbog povrede odredaba međunarodnog ugovora. Pravo na podnošenje direktne tužbe protiv države domaćina pred arbitražnim sudom značajno popravlja položaj investitora u odnosu na vreme kada su ovi subjekti mogli da računaju na dipomatsku zaštitu ili obraćanje nacionalnim sudovima ove države.[1] Konsensualna priroda arbitraže podrazumeva da država domaćin ulaganja mora da se saglasi sa arbitražom, a ta saglasnost se danas najčešće javlja u dvostranim ili višestranim međunarodnim ugovorima o zaštiti ulaganja. Dvostrani sporazumi o zaštiti ulaganja (eng. *Bilateral Investment Treaties*, u daljem tekstu: BIT) gotovo uvek sadrže odredbe kojima država pristaje da eventualne sporove sa ulagačem druge države ugovornice rešava u međunarodnoj arbitraži. Pristanak se obično odnosi na nadležnost Međunarodnog centra za rešavanje investicionih sporova u Vašingtonu (eng. *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, u daljem tekstu: IKSID), neku drugu institucionalnu ili ad hok arbitražu i javlja se u vidu velikog broja tekstualnih varijacija.[2]

Pristanak države na arbitražu, međutim, može biti praćen izvesnim brojem preduslova. Neki od njih se retko javljaju u modernim BIT, kao što je to slučaj sa iscrpljivanjem lokalnih pravnih lekova,[3] dok su drugi gotovo redovno prisutni. Jedan od takvih je uslov da strane u sporu pre podnošenja tužbe poštuju tzv. odložni rok (eng. *waiting period*) ili „period hlađenja“ (eng. *cooling off period*). Reč je o vremenu koje mora da protekne između nastanka spora i pokretanja arbitražnog postupka, a koje bi stranke trebalo da koriste za postizanje sporazumnog rešenja. Vreme predviđeno za pregovore se razlikuje od sporazuma do sporazuma, ali uobičajeno rešenje podrazumeva period od tri ili šest, a u retkim slučajevima i dvanaest meseci. Jedna od takvih odredaba je i ona iz model BIT Srbije od 2010. godine, koji u članu 9. predviđa:

„1. Sporovi između ulagača jedne Strane Ugovornice i druge Strane Ugovornice u vezi sa obavezama poslednje na osnovu ovog Sporazuma

[1] Vidi o tome: K. J. Vandevelde, Bilateral Investment Treaties – History, Policy and Interpretation, New York, 2010, str. 427-433.

[2] Vidi P. Đundić, Eksproprijacija u međunarodnom privatnom pravu investicija, doktorska disertacija, Novi Sad, 2010, str. 288. i dalje.

[3] U odsustvu izričitog pominjanja obaveze iscrpljivanja lokalnih pravnih lekova u BIT, arbitražna praksa dominantno stoji na stanovištu da je u investicionom sporu isključena primena običajnog pravnog pravila o lokalnim pravnim lekovima. Vidi Z. Douglas, The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, British Year Book of International Law, 74/2003, str. 179.

koje se odnose na ulaganje prethodne rešavaju se, u meri u kojoj je to moguće, putem pregovora.

2. Ako spor iz stava 1. ovog člana ne može biti rešen pregovorima u roku od 6 meseci od podnošenja pismenog obaveštenja o sporu, svaka strana u sporu može podneti spor na rešavanje:

(a) nadležnom sudu Strane Ugovornice na čijoj teritoriji je izvršeno ulaganje; ili

(b) ad hok arbitražnom sudu ustanovljenom u skladu sa Arbitražnim pravilima Komisije Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL), sa sedištem u državi tuženog, a organ imenovanja, u skladu sa stavom 2. člana 6. Arbitražnih pravila, bi bio Arbitražni sud Međunarodne trgovinske komore; ili

(v) Međunarodnom centru za rešavanje investicionih sporova, u slučaju da su obe Strane Ugovornice članice Konvencije o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država otvorene za potpisivanje u Vašingtonu dana 18. marta 1965. godine, sa sedištem arbitraže u Parizu/Ženevi, u skladu sa članom 63. Konvencije, ili

(g) Arbitražnom sudu Međunarodne trgovinske komore (ICC), sa sedištem arbitraže u Parizu/Ženevi."[4]

Pitanje na koje ćemo pokušati da odgovorimo u nastavku rada je sledeće – kakav je praktični značaj odredaba o obavezi pregovaranja, odnosno na koji način nepoštovanje ove obaveze od strane tužilaca utiče na nadležnost arbitražnih sudova u investicionim sporovima. U tom pogledu su najznačajniji stavovi zauzeti od strane arbitražnih sudova u sporovima u kojima je bilo jasno da tužilac nije čekao pre podnošenja tužbe da istekne rok za pregovore predviđen u BIT.[5] Nekoliko arbitražnih odluka donetih u bliskoj prošlosti dovodi u pitanje nekada gotovo jednodušno prihvaćeno stanovište – da nepoštovanje „perioda hlađenja" nema nikakav uticaj na sudbinu tužbenog zahteva. U nastavku rada prvo se iznose primeri arbitražnih odluka u kojima se prihvata shvatanje koje bi se moglo nazvati tradicionalnim. Nakon toga, sledi prikaz onih odluka koje najavljuju promenu klime kada je reč o navedenom pitanju.

---

[4] Naglasak autora.

[5] U pravnoj doktrini se ističe da su arbitražni sudovi skloni tome da prihvate da je tužilac ispunio ovu obavezu, tj. da su spremni da gotovo svaku aktivnost tužioca (investitora) usmerenu prema državi domaćinu ulaganja tumače kao napor u pravcu postizanja sporazumnog rešenja spora. Vidi C. Schreuer, Traveling the Bit Route - of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, 2/2004, str. 233.

Proceduralni karakter odredbe o odložnom roku za pokretanje arbitraže

U nizu odluka koje su donete od strane institucionalnih i ad hok arbitražnih sudova konstatuje se da nepoštovanje odredbe o roku za mirno rešavanje spora ne utiče na nadležnost arbitražnog suda. Prva takva odluka nije doneta u arbitraži pokrenutoj na osnovu BIT, već na osnovu Severnoameričkog sporazuma o slobodnoj trgovini (NAFTA – *North American Free Trade Agreement*, u daljem tekstu: NAFTA), čije su ugovornice (SAD, Kanada i Meksiko) u poglavlju XI predvidele i odredbe o zaštiti investicija i rešavanju sporova povodom njihove povrede. U pitanju je odluka doneta u predmetu Etil protiv Kanade (*Ethyl v. Canada*).[6] Spor je u ovom slučaju nastao kao rezultat činjenice da je Kanada usvojila zakon kojim je zabranjen uvoz u Kanadu i promet između provincija hemijske supstance MMT, aditiva za bezolovni benzin. Tužilac je bio proizvođač i jedini uvoznik ovog aditiva za teritoriju Kanade i smatrao je da zabrana predstavlja povredu izvesnih supstancijalnih prava ulagača garantovanih pomenutim međunarodnim ugovorom, između ostalog, standarda nacionalnog tretmana i zabrane eksproprijacije ulaganja. Tužena država je osporavala nadležnost tročlanog arbitražnog veća pozivajući se na činjenicu da ulagač nije poštovao odredbu čl. 1120 NAFTA prema kojoj ulagač može izneti spor na rešavanje u arbitraži pod uslovom da je proteklo šest meseci od događaja koji predstavlja razlog nastanka spora do trenutka njegovog iznošenja pred arbitražni sud. Prema gledištu koje je zastupala Kanada, ovaj uslov nije bio ispunjen s obzirom na činjenicu da je Etil uručio tuženoj državi obaveštenje o arbitraži u skladu sa arbitražnim pravilima UNCITRAL-a 14. aprila 1997. godine, devet dana pre nego što je zakon kojim je uvedena sporna zabrana uopšte stupio na snagu.

Arbitražni sud je u ovom slučaju započeo razmatranje prigovora Kanade tako što je sve odredbe o nadležnosti podelio na dve grupe - na one, s jedne strane, kojima se ograničava pravo arbitražnog suda da uopšte postupa u meritumu kada nisu ispunjeni uslovi propisani tim odredbama i one, sa druge, koje su proceduralnog karaktera, čije uporno kršenje od strane tužioca može dovesti do otezanja postupka i do odbacivanja tužbe, ali koje ne lišavaju arbitražni sud nadležnosti ab initio.[7] Iz obrazloženja odluke o nadležnosti proističe da, po mišljenju arbitra-

[6] *Ethyl Corporation v. The Government of Canada* (UNCITRAL), Award on Jurisdiction, 24 June 1998. Tekst odluke je dostupna na: http://www.naftaclaims.com/Disputes/ Canada/EthylCorp/EthylCorpAwardOnJurisdiction.pdf.

[7] *Ibidem*, pasus br. 58.

žnog veća, odredba NAFTA o šestomesečnom odložnom roku za pokretanje postupka spada u ovu drugu kategoriju. Njena svrha je u tome da ohrabri stranke u pokušaju da međusobne sporove rešavaju kroz pregovore i konsultacije.[8] Nepoštovanje te odredbe, međutim, nije ugrozilo nadležnost arbitražnog suda u konkretnom slučaju. Veće je zaključak zasnovalo na gledištu da nema dokaza da su pregovori između strana u sporu povodom zakonodavne mere kanadskih vlasti uopšte bili mogući i uporedilo pravilo o šestomesečnom odložnom roku sa pravilom o obavezi iscrpljivanja lokalnih pravnih lekova, od koga se odstupa ako se dokaže da je lokalni pravni lek faktički nedostupan tužiocu, te da bi njegova upotreba bila uzaludna.[9] Osim toga, u trenutku u kojem je arbitražni sud odlučivao o pomenutom prigovoru bilo je nesporno da je proteklo više od šest meseci od stupanja na snagu osporenog zakona, pri čemu Kanada nije pokazala spremnost da zakon ukine ili izmeni. Prema gledištu suda, pošto je procesna pretpostavka iz čl. 1120. NAFTA u tom trenutku bila ispunjena, bilo bi necelishodno odbaciti tužbu u situaciji kada bi tužilac jednostavno mogao da je odmah podnese ponovo.[10] Tužilac ipak nije prošao u potpunosti nekažnjeno za nepoštovanje navedene odredbe. Arbitražno veće je, naime, zaključilo da je rasprava o ovom pitanju mogla lako biti izbegnuta da je tužilac sačekao šest meseci od dana stupanja na snagu zakona o zabrani uvoza MMT i tek onda pokrenuo arbitražu. Zbog toga je odlučio da teret troškova postupka u ovom delu snosi isključivo Etil.[11]

Jedan od dva ključna argumenta za odbijanje prigovora nenadležnosti iz predmeta Etil protiv Kanade prisutan je i u obrazloženju svih ostalih odluka u kojima je krajnji rezultat nepoštovanja odredbe o roku za pregovore bio identičan. On se odnosi na navodnu uzaludnost pregovora između strana u sporu. Tako je u još jednom sporu koji je rešavan pred ad hoc arbitražnim sudom formiranim na osnovu arbitražnih pravila UNCITRAL, u predmetu Lauder protiv Češke (*Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*), arbitražno veće svoj zaključak zasnovalo na gledištu da bi pregovori između stranaka svakako bili bezuspešni.[12] Američko-češki BIT (1991) je predviđao da investitor može pokrenuti arbitražu tek ako je proteklo šest meseci od nastanka spora. Mada je tužilac po-

[8] *Ibidem*, pasus br. 84.
[9] *Ibidem*.
[10] *Ibidem*, pasus br. 85.
[11] *Ibidem*, pasus br. 88.
[12] *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic* (UNCITRAL), Final Award, 3 September 2001, pasusi br. 188, 189. Tekst odluke je dostupan na:http://italaw.com/sites/ default/files/case-documents/ita0451.pdf.

krenuo arbitražni postupak samo 17 dana nakon što je uputio pismo Odboru za medije češkog parlamenta u kojem je prvi put izneo tvrdnje da su akti Saveta za medije Češke Republike predstavljali povredu BIT, arbitražni sud je zaključio da nisu ispunjeni uslovi da se oglasi nenadležnim jer „nema dokaza da bi tuženi za vreme roka za pregovore prihvatio da uđe u pregovore sa gospodinom Lauderom ili nekim od subjekata koje je on kontrolisao i koji su bili umešani u spor."[13] U takvim uslovima, odbacivanje tužbe zbog nenadležnosti bi, prema mišljenju arbitražnog suda, predstavljalo primer formalističkog pristupa koji ne služi interesima stranaka.[14]

Verovatno najpoznatija odluka koja se odnosi na pitanje delotvornosti prigovora nenadležnosti zbog nepoštovanja odložnog roka je ona doneta u sporu SGS protiv Pakistana (*SGS v. Pakistan*). Obrazloženje ove odluke se često citira u literaturi kada se želi podvući preovlađujući stav arbitražne prakse o „proceduralnom" karakteru norme o kojoj je reč.[15] Arbitražni sud je u tom sporu bio suočen sa prigovorom Pakistana da ga nepoštovanje roka od 12 meseci za konsultacije iz čl. 9. pakistansko-švajcarskog BIT (1995) lišava nadležnosti. Švajcarski tužilac je, naime, obavestio tuženu državu o tome da smatra da su mu prava iz BIT povređena pismom koje je uputio pakistanskom Ministarstvu inostranih poslova 10. oktobra 2001. godine, a zatim je samo dva dana kasnije pokrenuo postupak pred arbitražnim sudom IKSID. Stav 1. čl. 9. BIT je u ovom slučaju propisivao obavezu stranaka da sporove rešavaju kroz međusobne konultacije. Tek ako konultacije ne bi urodile plodom u roku od 12 meseci, prema st. 2. istog člana BIT, investitor bi ima pravo da pokrene arbitražni postupak. Odlučujući o ovom prigovoru, arbitražno veće je, oslanjajući se na obrazloženje odluke iz predmeta Etil protiv Kanade, istaklo:

„Arbitražni sudovi su generalno skloni da tretiraju rokove za konsultacije kao dispozitivne i proceduralne, pre nego imperativne i jurisdikcione po njihovoj prirodi. Poštovanje takvog zahteva se ne vidi, prema tome, kao preduslov za postojanje nadležnosti..."[16]

Veće je svoju odluku da odbije prigovor nenadležnosti zasnovalo na činjenici da nije moglo da pronađe dovoljno indicija koje bi ukazivale na spremnost strana u sporu da pristupe konsultacijama i pregovorima. Ta-

[13] *Ibidem*, pasus br. 188.

[14] Ibidem, pasus br. 190

[15] Vidi, na primer, R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, str. 248.

[16] *SGS v. Pakistan*, Decision on Jurisdiction (ICSID Case No. ARB/01/13), 6 August 2003, pasus br. 184. Naglasak autora.

kođe, arbitražni sud je zaključio da ne bi bilo opravdano sa stanovišta ekonomičnosti zaustaviti arbitražni postupak, samo zbog toga da bi se od tužioca zahtevalo da se konsultuje sa tuženom državom pre nego što ponovo podnese tužbu.[17]

U prikazanim odlukama, stav arbitražnog suda da ne treba da se primene jasne konvencijske odredbe roku za konsultacije koji mora da protekne pre pokretanja arbitražnog postupka opravdava se pragmatičnim razlozima.[18] Teorijska osnova se pronalazi u podeli odredaba BIT prema njihovoj prirodi na jurisdikcione i proceduralne. Propuštanje tužioca da zadovolji uslove koji su prisutni u prvoj grupi odredaba nužno vodi zaključku o tome da nadležnost arbitražnog suda ne postoji *ab initio*, dok nepoštovanje ovih poslednjih rezultira samo u produžavanju postupka.[19] U njima se, međutim, ne daje odgovor na pitanje koje se logički nameće - kakva je svrha konvencijske odredbe o obaveznom periodu čekanja ako jedna od strana u sporu može da jednostavno odluči da je prekrši bez značajnijih posledica? U nastavku rada će biti reči o odlukama u kojima je zaključivanje arbitražnih sudova bilo motivisano potrebom da se odgovori na navedeno pitanje.

Jurisdikcioni karakter odredbe o odložnom roku za pokretanje arbitraže

Drugačiji pogled na problem nepoštovanja odredbe BIT o odložnom roku za pokretanje arbitraže od strane tužioca iskazan je u sporu Gec protiv Burundija (*Goetz v. Burundi*).[20] Sve do nedavno, odluka doneta u ovoj arbitraži bila je jedina kojom su tužioci kažnjeni zbog preuranjenog podnošenja tužbe odbacivanjem pojedinih tužbenih zahteva. Postupak se odvijao pred arbitražnim sudom IKSID, na osnovu odredaba BIT između Belgijsko-luksemburške unije i Burundija (1989). Ovaj ugovor u čl. 8. st. 2. i 3. predviđa obavezu investitora iz jedne države ugovornice da pismeno obavesti državu domaćina ulaganja o sporu i njegovim pojedinostima, nakon čega bi usledili prvo pregovori između strana u sporu, a zatim, ako

[17] *Ibidem*.

[18] Vidi još i *Bayandir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A. Ş. v. Pakistan* (ICSID Case No. ARB/03/29), Decision on Jurisdiction, November 14, 2005; *Link-Trading v. - Department of Customs Control of Republic of Moldova* (UNCITRAL), Award on Jurisdiction, February 16, 2001; *BiWater Gauf (Tanzania) Ltd.v. United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/05/22), Award, July 24, 2008.

[19] Vidi J. R. Weeramantry, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford, 2012, str. 198 i 199.

[20] *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi* (Affaire CIRDI ARB/95/3), Sentence, 10 Février 1999.

ovi pregovori ne bi urodili plodom, i između samih država ugovornica. Tek nakon tri meseca od dana podnošenja pismenog obaveštenja, investitor stiče pravo na pokretanje arbitraže.[21] Arbitražni sud je našao da je ovaj uslov ispunjen u pogledu primarnog tužbenog zahteva (zahteva da se Burundi proglasi odgovornim za eksproprijaciju imovine tužilaca jer je ukinuo sertifikat na osnovu kojeg je privredno društvo u svojini tužilaca uživalo carinske i poreske olakšice u Burundiju),[22] ali je odbio da raspravlja o delu tužbe kojim se od tužene države zahteva da plati naknadu za naplaćene poreze i carinu u periodu u kojem je sertifikat u pitanju bio suspendovan, jer je našao da u ovom delu nisu bili ispunjeni uslovi iz pomenute odredbe čl. 8. BIT.[23]

Odluka u predmetu Gec protiv Burundija je vremenski prethodila seriji arbitražnih odluka koje se oslanjaju na shvatanje o „proceduralnom karakteru" normi o odložnom roku, pa se zbog toga arbitražno veće ne izjašnjava o ovoj teorijskoj konstrukciji. Na osnovu same odluke ipak se može zaključiti da za arbitražno veće uslov iz čl. 8. pomenutog BIT nije ništa manje „jurisdikcioni" od bilo kog drugog uslova koji ograničava nadležnost arbitražnog suda.

Ovim pitanjem se direktno bavi obrazloženje odluke donete u predmetu Enron protiv Argentine (*Enron Corporation and Ponderosa Assets, L. P. v. The Argentine Republic*).[24] U postupku koji je američki tužilac pokrenuo protiv Argentine zbog načina na koji su vlasti pojedinih argentinskih provincija oporezivale njegov posao distribucije prirodnog gasa, sporno je bilo pitanje da li rok za konsultacije od 6 meseci iz čl. VII st. 3. američko - argentinskog BIT (1991) mora da se računa posebno u odnosu na tužbene zahteve koji se tiču postupanja pojedinih provincija, u situaciji kada dolazi do sukcesivnih izmena tužbe. Prema stavu arbitražnog veća, akti pojedinih provincija kojima se jednostavno proširuje spor već nastao na osnovu ranijeg identičnog ponašanja drugih provincija tužene države ne mogu dovesti do nastanka posebnih sporova koji bi zahtevali odvojenu registraciju i postupak.[25] Budući da je Argentina imala mogućnost da stupi u pregovore sa tužiocem u vreme kada je podneta provibitna tužba i imajući u vidu da naknadno uvođenje tužbenih zahteva koji se odnose na druge provincije nije unelo nikakav novi element u spor, tužilac je ispu-

[21] Vidi C. Schreuer, *op. cit*., str. 237.

[22] *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, pasus br. 91.

[23] *Ibidem*, pasus br. 93.

[24] *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L. P. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction (ICSID CAse No. ARB/01/3), January 14, 2004.

[25] Vidi *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L. P. v. The Argentine Republic*, pasus br. 86.

nio uslov koji se odnosi na šestomesečne obavezne konsultacije.[26] Arbitražni sud u obrazloženju odluke nije ostavio ni trag sumnje u pogledu toga kakav je njegov stav o prirodi navedenog uslova:

„Arbitražni sud u ovoj stvari želi da naglasi, međutim, da do zaključak nije došao zbog toga što bi šestomesečni period za pregovore mogao biti proceduralni a ne jurisdikcioni uslov, kako su to tvrdili tužioci i prihvatali drugi arbitražni sudovi. Ovaj uslov je prema gledištu arbitražnog suda nesumnjivo jurisdikcioni. Propuštanje da se taj uslov zadovolji dovelo bi do odluke o nenadležnosti. U ovom slučaju, kao što je već rečeno, uslov je ispunjen imajući u vidu identičnu prirodu i domašaj spora sa argentinskim provincijama...".[27]

Slično tome, arbitražno veće je u sporu Dženerejšn Jukrein protiv Ukrajine (*Generation Ukraine, INC. v. Ukraine*), našlo da je ispunjen uslov iz st. 3. čl. VI američko-ukrajinskog BIT (1994) da je od trenutka nastanka spora do pokretanja arbitraže proteklo najmanje 6 meseci.[28] Obaveza tužioca da pristupi konsultacijama pre pokretanja arbitražnog postupka je ispunjena time što se tužilac obratio drugim ukrajinskim organima tražeći usluge medijacije u sporu sa lokalnim vlastima Kijeva, bez obzira na to što njegovi zahtevi nisu bili formulisani na identičan način kao u kasnije pokrenutom sporu pred arbitražnim sudom IKSID.[29] Zbog toga arbitražni sud nije morao da se izjasni o pravnoj prirodi uslova propisanog u čl. VI BIT, ali je u tom pogledu ipak naveo:

„Određeni autoriteti smatraju uslov konsultacija i pregovora pre pristupanja arbitraži „proceduralnim" pre nego preduslovom za postojanje nadležnosti. Ovaj arbitražni sud bi oklevao da tumači jasnu odredbu BIT na način koji bi je učinio suvišnom, kao što bi to bio slučaj kada bi „proceduralna" kvalifikacija ovog uslova efektivno ovlastila investitora da ga zanemari po sopstvenoj volji."[30]

Iako se u dve prethodno navedene odluke iskazuje neslaganje sa ustaljenim shvatanjem o pravnoj prirodi norme o vremenskom roku obaveznog čekanja pre podnošenja tužbe, ovi stavovi se iznose tek usputno i ne utiču na odluke koje su doneli arbitražni sudovi u tim predmetima. Suprotno tome, dve odluke donete u 2010. godini od strane arbitražnih sudova IKSID daju nepoštovanju obaveze konsultacija i čekanja pre pokretanja arbitraže praktičan značaj. Obe odluke su donete u

[26] *Ibidem*, pasus br. 87.

[27] *Ibidem*, pasus br. 88. Fusnote izostavljene.

[28] *Generation Ukraine, INC. v. Ukraine, Award* (ICSID Case No. ARB/00/9), 16 September 2003, pasus br. 14.4.

[29] *Ibidem*, pasusi br. 14.4. i 14.5.

[30] *Ibidem*, pasus br. 14.3.

sporovima koje su američki ulagači pokrenuli protiv Ekvadora i uključuju vrlo sličan činjenični scenario. U prvom od ova dva spora, Barlington protiv Ekvadora (*Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*),[31] arbitražni sud je odbio da raspravlja o delu tužbe američkog ulagača koji se odnosio na navodnu povredu američko-ekvadorskog BIT (1997) od strane tužene države, koja se sastojala od propuštanja da se tužiocu obezbedi puna zaštita i sigurnost u zonama u kojima je vršio eksploataciju nafte, ugrožena usled protivljenja lokalnog stanovništva ovoj delatnosti.[32] Tužba se u ovom delu odnosila na dve zone (blokove 23 i 24) od ukupno četiri u kojima je tužilac obavljao delatnost. U odnosu na jednu od njih, arbitražno veće je našlo da spor između tužioca i Ekvadora nije ni postojao sve do trenutka pokretanja arbitraže,[33] a u pogledu druge je zaključilo da je spor nastao pre tog momenta, ali da tužilac nije ispunio obavezu da obavesti Ekvador o njegovom nastanku i o potencijalnoj povredi BIT.[34] U oba slučaja, prema gledištu veća, nisu ispunjeni preduslovi za postupanje arbitražnog suda iz čl. VI BIT - da je spor postojao, da je tužilac obavestio tuženog o nastanku spora i, konačno, da je proteklo šest meseci od podnošenja obaveštenja o sporu do dana pokretanja arbitraže. Arbitražni sud se u obrazloženju odluke ne bavi detaljno pitanjem pravne prirode norme BIT koja se odnosi na period čekanja. On samo konstatuje da je tužba u ovom delu nedopuštena (eng. *inadmissible*), što u sistemu IKSID ima istu posledicu kao da arbitražni sud nije nadležan - nemogućnost da o ovim tužbenim zahtevima raspravlja.[35]

Odluka u predmetu Marfi Internešenal protiv Ekvadora (*Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador*),[36] sa druge strane, označava nedvosmisleno odstupanje od doktrine o „proceduralnom" karakteru normi o odložnom roku iz sporazuma o zaštiti ulaganja i zbog toga njeno obrazloženje zahteva nešto detaljniji prikaz. Spor je nastao, baš kao i u prethodno citiranom predmetu, zbog odluke Ekvadora da izmeni zakon kojim je regulisana eksploatacija izvora nafte, na način štetan po interese jednog broja ulagača. Društvo-kćerka tužioca, Marfi Ekvador (*Murphy Ecuador Oil Company Limited*), bilo je član kon-

[31] *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, Decision on Jurisdiction* (ICSID Case No. ARB/ 08/5), 2 June 2010.

[32] *Ibidem*, pasusi br. 284-340.

[33] *Ibidem*, pasus br. 316.

[34] *Ibidem*, pasus br. 336.

[35] *Ibidem*, pasus br. 339.

[36] *Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador*, Award on Jurisdiction (ICSID Case No. ARB/08/4), December 15, 2010.

zorcijuma privrednih društava koja su se nalazila u ugovornom odnosu sa Ekvadorom. Konzorcijumom je upravljalo privredno društvo Repsol (*Repsol YPF Ecuador SA*) koje je posedovalo najveći udeo u ugovornim pravima i obavezama. Ugovorom je bilo predviđeno učešće investitora u istraživanju i eksploataciji naftnih rezervi, uz podelu dobijene nafte između Ekvadora, sa jedne, i investitora, sa druge strane, u skladu sa ugovorenom formulom. Do neslaganja je došlo u trenutku kada su vlasti Ekvadora pokušale da zbog promenjenih okolnosti na tržištu izmene ugovorne obaveze članica konzorcijuma u korist ove države. Nakon pokušaja da se ovo učini kroz sporazumnu izmenu ugovora, ekvadorske vlasti su u aprilu 2006. godine usvojile zakon kojim je bila predviđena obaveza ulagača da 50% iznosa koji su ostvarili usled povećanja cene barela nafte na tržištu u odnosu na trenutak zaključenja ugovora plaćaju državi domaćinu. Dekretom usvojenim u oktobru 2007. godine, učešće Ekvadora u profitu nastalom povećanjem cene nafte je podignuto na 99%.[37] U martu 2008. godine, Marfi Internešenal je pokrenuo postupak protiv Ekvadora pred arbitražnim sudom IKSID na osnovu američko-ekvadorskog BIT tvrdeći, između ostalog, da je tužena država usvajanjem spornih propisa povredila svoje ugovorne obaveze, ali i odredbe BIT koje se odnose na obavezu pružanja poštenog i pravičnog tretmana ulagača, pune zaštite i sigurnosti, zabranu eksproprijacije itd.[38]

Ekvador je osporavao nadležnost arbitražnog suda po više osnova. Između ostalog, tvrdio je da tužilac nije poštovao obavezu iz st. 2. čl. VI BIT kojim je predviđeno da strane u sporu treba da prvo pokušaju da pronađu rešenje spora kroz konsultacije i pregovore.[39] Takođe, Ekvador je zahtevao da arbitražno veće odbaci tužbu zbog nenadležnosti i zbog toga što je tužilac pokrenuo arbitražu pre nego što je istekao obavezan šestomesečni odložni rok koji se računa od trenutka izbijanja spora.[40] Suprotno ovoj odredbi, Marfi Internešenal je poslao ekvadorskim vlastima pismo u kojem ih obaveštava o svojim zahtevima na osnovu BIT i o postojanju spora 29. februara 2008. godine, a već sledećeg radnog dana, 3. marta 2008. godine, podneo je sekretarijatu IKSID zahtev za pokretanje arbitražnog postupka.

U odgovoru na tvrdnje tužene države, tužilac je istakao da je poštovao odredbu o šestomesečnom roku jer, po njegovom gledištu, spor između stranaka nije nastao kada je Ekvador formalno obavešten o zahtevima

[37] *Ibidem*, pasusi br. 35 i 36.
[38] *Ibidem*, pasus br. 41.
[39] *Ibidem*, pasus br. 47.
[40] *Ibidem*, pasus br. 48.

tužioca (29. februara 2008. godine), već u trenutku kada je Ekvador postao svestan nastanka spora, što se dogodili u trenutku usvajanja spornog zakona, u aprilu 2006. godine. Prema tome, šestomesečni rok čekanja je istekao još u septembru 2006. godine.[41]

Analizirajući argumente stranaka, arbitražno veće je prvo zaključilo da je svrha obaveze tužioca da se uzdrži od podnošenja tužbe šest meseci od nastanka spora u tome da se stranama u sporu omogući da ovo vreme koriste za „konsultacije i pregovore".[42] Ovaj rok se računa od dana nastanka spora, a pod sporom se podrazumeva „investicioni spor" onako kako je taj pojam definisan u st. 1. čl. VI BIT. Investicioni spor, između ostalog, po definiciji iz navedene odredbe podrazumeva svaki spor povodom prava koje je dato investitoru ili nastalo na osnovu BIT i odnosi se na ulaganje.[43] Pošto tužilac tvrdi da su povređena prava koja su mu data na osnovu BIT, rok od šest meseci može početi da teče od dana kada je prvi put istaknuta tvrdnja da je došlo do povrede BIT.[44] Prema stavu arbitražnog suda, spor je nastao u trenutku kada su obe strane bile upoznate sa njegovim postojanjem, a ne kada se odigrao događaj koji predstavlja navodnu povredu prava tužioca. Tužilac je dužan da na način koji ne mora ispunjavati posebne zahteve forme obavesti tuženu državu o tome da mu je povređeno neko pravo iz BIT da bi spor mogao nastati. Marfi Internešenal nije podneo nikakav dokaz o tome da je Ekvador bio svestan postojanja spora koji se definiše na navedeni način pre nego što je primio pismo od tužioca 29. februara 2008. godine. Zbog toga što je tužilac pokrenuo arbitražu već sledećeg radnog dana, stranke nisu bile u prilici da koriste vreme definisano u BIT za pregovore u cilju sporazumnog rešavanja spora.[45]

Arbitražni sud se u ovom predmetu bavio i tvrdnjom tužioca da je on ispunio obavezu konsultovanja i pregovaranja sa tuženom državom, time što je njegovo društvo-kći (Marfi Ekvador) bilo deo konzorcijuma u čije ime je Repsol, društvo koje je upravljalo konzorcijumom, pregovaralo sa ekvadorskim vlastima 2007. godine. Veće je zaključilo da je u tim pregovorima Repsol predstavljao, između ostalog, Marfi Ekvador, društvo koje je bilo u svojini tužioca, a ne samog tužioca (Marfi Internešenal). Takođe, spor na čije je postojanje ukazivao Repsol je obuhvatao povredu drugog međunarodnog ugovora – BIT između Španije i Ekvadora,

[41] *Ibidem*, pasus br. 94.
[42] *Ibidem*, pasus br. 97.
[43] *Ibidem*, pasusi br. 99. i 100.
[44] *Ibidem*, pasusi br. 102. i 103.
[45] *Ibidem*, pasusi br. 104-109.

te se ne može smatrati identičnim sa sporom koji je pokrenuo tužilac na osnovu BIT između SAD i Ekvadora.[46]

U vezi sa navedenim prigovorom Ekvadora, tužilac je istakao i alternativni argument za odbijanje prigovora zasnovan na shvatanju koje je utemeljeno u arbitražnoj praksi – čak i ako tužilac nije ispunio obavezu da stupi u pregovore pre nego što je pokrenuo arbitražu, svakako je oslobođen ove obaveze zbog toga što je očigledno da bi ti pregovori bili bezuspešni.[47] U nastavku obrazloženja arbitražni sud izražava jasno neslaganje sa do tada prihvaćenim shvatanjem:

„Po mišljenju arbitražnog suda, obaveza pregovaranja je obaveza sredstva, a ne rezultata. Ne postoji obaveza da se postigne, već da se pokuša postići sporazum. Da bi utvrdile da li će pregovori biti uspešni ili ne, stranke prvo moraju da ih otpočnu. Obaveza konsultovanja i pregovaranja važi za obe stranke, a očigledno je da ih nije bilo u ovom slučaju jer je, kao što je gore ponovljeno, u petak, 29. februara 2008. godine, Marfi Internešenal poslao pismo Ekvadoru, ističući da ima potraživanje prema Republici zasnovano na BIT, a zatim je u ponedeljak, 3. marta 2008. godine podneo IKSID zahtev za pokretanje arbitražnog postupka. Odluka Marfi Internešenal, doneta *a priori* i jednostrano, da neće ni pokušati da reši svoj spor sa Ekvadorom kroz pregovore, predstavlja tešku povredu člana VI BIT.“[48]

Da bi ojačalo svoju argumentaciju, arbitražno veće je navelo primere ostalih stranih naftnih kompanija od kojih je većina uspela da u pregovorima sa Ekvadorom dođe do sporazumnog rešenja spora.[49]

Konačno, arbitražni sud je odbio da prihvati tvrdnju tužioca da nepoštovanje obaveznog roka za pregovore ne predstavlja prepreku za zasnivanje nadležnosti, zbog toga što je ona bila zasnovana na u praksi raširenoj podeli na norme proceduralnog i jurisdikcionog karaktera.[50] Veće je odbilo da prihvati tumačenje prema kojem „proceduralni“ uslovi za postupanje arbitražnog suda predstavljaju norme niže vrednosti čije nepoštovanje ne povlači nikakve posledice.[51] Ono je kritikovalo obrazloženja onih arbitražnih odluka u kojima je prihvaćena ovakva podela kao suprotna izričitim normama međunarodnih ugovora (BIT) koji su primenjeni na rešavanje tih sporova i donelo odluku da mu nedostaje ovlašćenje da postupa u datom slučaju.[52]

---

[46] *Ibidem*, pasusi br. 110-133.
[47] *Ibidem*, pasus br. 134.
[48] *Ibidem*, pasus br. 135.
[49] *Ibidem*, pasus br. 136.
[50] *Ibidem*, pasusi br. 140-156.
[51] *Ibidem*, pausi br. 141, 142.
[52] *Ibidem*, pasus br. 157. Odluka kojom je tužba odbačena zbog nenadležnosti je doneta većinom glasova. Arbitar Horacio Grigera Naon (*Horacio Grigera Naón*) izdvojio

Proceduralni karakter norme o odložnom roku za pokretanje arbitraže i pravila međunarodnog prava o tumačenju međunarodnih ugovora

Glavni argument koji je iznelo arbitražno veće u predmetu Marfi Internešenal protiv Ekvadora za odluku o odbacivanju tužbe zbog nenadležnosti bio je taj što je tumačenje o proceduralnom karakteru normi o odložnom roku u suprotnosti sa pravilima o tumačenju međunarodnih ugovora koja su prisutna u običajnom međunarodnom pravu.[53] Ta pravila se bez ikakve sumnje primenjuju na sve međunarodne ugovore, uključujući i BIT, i kodifikovana su u Bečkoj konvenciji o ugovornom pravu (1969). Član 31. Konvencije sadrži opšte pravilo o tumačenju međunarodnih ugovora i on u st. 1. navodi:

„Međunarodni ugovor se tumači u dobroj veri, u skladu sa uobičajenim značenjem termina koji su upotrebljeni u ugovoru u njihovom kontekstu i u skladu sa ciljem i svrhom ugovora."

Ako se odredbe BIT o odložnom roku za pokretanje arbitraže tumače u skladu sa uobičajenim značenjem izraza u smislu Bečke konvencije o ugovornom pravu, ne može biti mesta razlikovanju „proceduralnih" i „jurisdikcionih" normi. Te odredbe uspostavljaju obavezu potencijalnog tužioca da se u određenom vremenskom periodu suzdrži od podnošenja tužbe i nalažu mu da to vreme iskoristi kako bi sa drugom stranom u dobroj veri preduzeo napor usmeren na mirno rešavanje spora. Njenim poštovanjem je uslovljeno pravo tužioca na obraćanje arbitražnom sudu. Nema sumnje da arbitražne odluke donete u predmetima kao što su Etil protiv Kanade, SGS protiv Pakistana ili Lauder protiv Češke jednostavno zanemaruju pravila o tumačenju međunarodnih ugovora prilikom primene relevantne odredbe sporazuma o zaštiti ulaganja.[54] Jasno je da tumačenje koje ne vodi računa o tekstu koji je upotrebljen u međunarodnom ugovoru ne može biti u skladu sa njegovim ciljem i svrhom. Isto se može reći i za tumačenje prema kojem poštovanje obaveze utvrđene međunarodnim ugovorom zavisi od volje tužioca, a njeno zanemarivanje ne povlači za sobom nikakve posledice. Čak i u odlukama u kojima se, kao u predmetu Etil protiv Kanade, tužilac kažnjava za preuranjeno pokretanje arbitraže nametanjem obaveze da plati troškove postupka u određenom delu, ne

---

svoje mišljenje da bi iskazao neslaganje sa većinom u odnosu na pojedine stavove. U izdvojenom mišljenju, međutim, arbitar se ne osvrće na pitanje pravne prirode odredbe o „periodu hlađenja".

[53] *Ibidem*, pasusi br. 143, 144.

[54] Ovakvo zapažanje je prisutno u pravnoj doktrini. Vidi, J. R. Weeramantry, *op. cit*., str. 198.

vodi se računa o tome da se kažnjavanjem tužioca ne može osigurati interes koji tužena država ima da se navedena odredba poštuje.

Činjenica je da se arbitražne odluke koje nameću tumačenje o dispozitivnoj i proceduralnoj prirodi normi o odložnom roku mahom pozivaju na argumentaciju koja se odnosi na svrsishodnost takvog tumačenja. Jedan od najčešće pominjanih argumenata za stav da potencijalni tužilac može da odluči da li će poštovati normu koja mu nalaže da se u označenom vremenskom periodu konsultuje sa državom domaćinom ulaganja je tvrdnja da bi pregovori između strana u sporu bili besmisleni, budući da ne mogu dovesti do sporazumnog rešenja. Ovakvo gledište je najefektnije osporio arbitražni sud u slučaju Marfi Internešenal protiv Ekvadora:

„Naravno, arbitražni sud ne zanemaruje činjenicu da ako se obe strane tvrdoglavo drže svojih pozicija, mogućnost za uspešne pregovore postaje nikakva. Međutim, u prošlosti je bilo mnogo slučajeva u kojima su stranke koje su isprva imale prividno nepomirljive pozicije uspele da dođu do sporazumnog rešenja. Da bi otkrile da li je to moguće, one to prvo moraju pokušati. Očigledno je da je način na koji je Marfi Internešenal postupao u ovom slučaju sprečio Ekvador i sam Marfi da čak i započnu pregovore koje zahteva BIT."[55]

Drugi argument je praktičnog karaktera i tiče se ekonomičnosti postupka - nije u interesu stranaka da tužba bude odbačena, kada je izvesno da bi tužilac, kada utvrđeni rok istekne, mogao da u neposrednoj budućnosti podnese identičnu tužbu.[56] Takvo gledište je dodatno ojačano time što je u trenutku odlučivanja o prigovoru nenadležnosti, rok za konsultacije po pravilu već istekao, čime je pomenuti uslov ispunjen a svako odlaganje suđenja nepotrebno i ekonomski neopravdano.[57] Međutim, ono zanemaruje činjenicu da upućivanje stranaka na postizanje sporazumnog rešenja spora nije jedina svrha sa kojom su odredbe o odložnom roku unete u sporazume o zaštiti ulaganja. Države ugovornice pregovaraju o tekstu sporazuma u pokušaju da pomire različite ciljeve i interese, a tekst međunarodnog ugovora bi upravo trebalo da predstavlja postignutu ravnotežu u zaštiti takvih interesa. Drugim rečima, država domaćin ulaganja ima interes da investitor postupa u skladu sa odredbom o obaveznom roku čekanja jer je ona, na primer, bila jedan od razloga da država u slučaju spora

[55] *Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador*, pasus br. 155.

[56] Vidi, na primer, *SGS v. Pakistan*, pasus br. 184. Takođe, *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, pasus br. 190. i *Bayandir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan*, pasus br. 102. Ovakva praksa nailazi na podršku i u pravnoj doktrini. Vidi K. J. Vandevelde, *op. cit*., str. 493, 494.

[57] Vidi C. Schreuer, *op. cit*., str. 239.

da svoj pristanak na arbitražu pred arbitražnim sudom IKSID. Period od 3, 6 ili 12 meseci država domaćin bi mogla da iskoristi za ispravljanje ponašanja koje je dovelo do spora ili, ako je arbitraža izvesna, za prikupljanje dokaza i temeljnu pripremu odbrane. Tumačenje koje ima u vidu samo ekonomičnost postupka i cilj da se do arbitražne odluke dođe što pre i uz što manje troškova, prema tome, često zanemaruje interese one strane u sporu u čiju korist je odredba uneta u BIT.

Drugo je pitanje na koji način arbitražni sud može u procesno-tehničkom smislu obezbediti postupanje tužioca u skladu sa odredbom o odložnom roku i zaštiti tuženu državu od njene povrede. Pored očiglednog rešenja - odbacivanja tužbe zbog nenadležnosti, arbitražnom sudu stoji na raspolaganju pristup koji je primenilo veće u sporu Vestern protiv Ukrajine (*Western NIS Enterprise Fund v. Ukraine*).[58] Veće je u ovom slučaju konstatovalo da američki investitor nije ispunio obavezu da, u skladu sa relevantnom odredbom BIT između Ukrajine i SAD (1996), obavesti Ukrajinu o tome da je spor nastao i sačeka 6 meseci od tog obaveštenja pre nego što pokrene postupak pred IKSID. Arbitražni sud je zaključio da je „odgovarajuće obaveštenje" o nastanku spora važan element pristanka države na arbitražu, zbog toga što joj dozvoljava da preko svojih organa ispita i reši spor kroz pregovore.[59] Arbitražni sud je zauzeo stav da propust tužioca ne utiče na njegovu nadležnost, ali je ipak odlučio da prekine postupak kako bi tužilac imao priliku da ispravi nepravilnosti u svom postupanju.[60] Naredbom je tužilac obavezan da arbitražnom veću u roku od 30 dana podnese dokaz da je uputio tuženoj državi zvanično obaveštenje o nastanku spora, kao i da kada istekne rok od 6 meseci od dana podnošenja obaveštenja obavesti veće o tome da li želi da se postupak nastavi.[61] Arbitražni sud je ovakvom odlukom želeo da faktički primora tužioca na poštovanje odredbe BIT o roku koji mora da protekne pre pokretanja postupka i da tuženoj državi obezbedi prednost koja joj je garantovana navedenom odredbom. O svrsishodnosti ovakvog postupanja najbolje govori činjenica da je nakon donošenja naredbe postupak obustavljen, budući da su strane u sporu došle do sporazumnog rešenja.[62]

---

[58] *Western NIS Enterprises Fund v. Ukraine*, Order (ICSID Case No. ARB-/04/2),March 16, 2006.

[59] *Ibidem*, pasus br. 5.

[60] *Ibidem*, pasus br. 7.

[61] *Ibidem*, pasus br. 8.

[62] Pristup koji je primenjen u ovom slučaju i koji podrazumeva prekid arbitražnog postupka u vremenskom periodu koji je u BIT određen za konsultacije podržavaju i pojedini pravni pisci. Vidi, na primer, C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Second Edition, Cambridge, 2009, str. 239.

Odbacivanje tužbe ili prekid postupka nisu jedine potencijalne teškoće sa kojima se može suočiti tužilac u slučaju nepoštovanja odrebe o kojoj je ovde reč. Do čega može dovesti ignorisanje jasnih konvencijskih odredbi od strane arbitražnog veća, kada se te odredbe odnose na preduslove za postupanje u jednom sporu, pokazuje slučaj BG Grup protiv Argentine (*BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*).[63] Ovaj spor se doduše nije ticao primene odredbe o odložnom roku za pokretanje arbitraže, već jednog drugog uslova za nadležnost arbitražnog suda, ali se zaključci arbitražnog veća mogu primeniti na navedene odredbe. U tom slučaju je arbitražno veće odbilo prigovor Argentine da nije ispunjen preduslov za njegovo postupanje, zbog toga što britanski investitor nije poštovao normu st. 2. čl. 8. britansko-argentinskog BIT (1990) koja predviđa obavezu tužioca da, pre obraćanja arbitražnom sudu, iznese spor na rešavanje pred nacionalni sud države ugovornice i tek ako u roku od 18 meseci ne bude doneta za njega zadovoljavajuća odluka od strane tog suda, ima pravo da pokrene arbitražu.[64] Tužilac je isticao da je ovaj preduslov „besmislen" jer nije bilo moguće zamisliti da bi spor pred nacionalnim sudom Argentine u ovom slučaju mogao da bude rešen u roku od 18 meseci.[65] Arbitražno veće se, međutim, nije bavilo ovim argumentom već je zaključilo da se navedena odredba ne može tumačiti tako da predstavlja apsolutnu prepreku njegovoj nadležnosti, kada tužena država pokušava da spreči ili oteža pristup domaćem pravosuđu.[66] Prema mišljenju arbitražnog suda, upravo se ovo dogodilo kada je Argentina usvojila nekoliko propisa kojima su na 180 dana suspendovani postupci pred sudovima protiv ove države zbog mera nastalih kao reakcija na veliku ekonomsku krizu i iz procesa pregovora sa državom isključeni oni subjekti koji su odlučili da pokrenu sudske postupke protiv Argentine ovim povodom.[67] Argentina je podnela tužbu pred nadležnim sudom u Vašingtonu, koji je bio mesto arbitraže, tražeći poništaj arbitražne odluke zbog toga što je arbitražni sud, odlučujući o primeni st. 2. čl. 8. BIT, prekoračio svoja ovlašćenja. Savezni okružni sud za Distriht Kolumbiju je odbio tužbeni zahtev, ali je Argentina uputila žalbu Saveznom apelacionom sudu za ovu oblast koji je žalbu usvojio, preinačio prvostepenu presudu i poništio arbitražnu odluku.[68]

[63] Final Award (UNCITRAL), 24 December 2007.
[64] *Ibidem*, pasusi br. 140-157.
[65] *Ibidem*, pasus br. 142.
[66] *Ibidem*, pasus br. 147.
[67] *Ibidem*, pasus br. 156.
[68] *Republic of Argentina v. BG Gropup Plc.* (No. 11-7021), 665 F.3d 1363 (2012), United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, January 17, 2012. Odluka u punom tekstu je dostupna

Prema stavu koji je zauzeo sud, arbitražni sud je nadležan da sam reši pitanja koja se tiču njegove nadležnosti, ali samo ako su obe strane u sporu pristale na nadležnost. Pristanak Argentine je bio uslovljen jasnom odredbom BIT koja zahteva od tužioca da pokrene spor pred nacionalnim sudom i sačeka 18 meseci na donošenje odluke, pre nego što pokrene arbitražu. Tužilac u arbitražnom sporu nije istakao da mu je pristup argentinskom sudu bio onemogućen od strane tužene države,[69] već da obraćanje nacionalnom sudu ne bi imalo smisla. Odlučujući o prigovoru Argentine, arbitražni sud i prvostepeni sud koji je odlučivao o tužbi za poništaj zanemarili su jasno iskazanu volju strana ugovornica BIT da pristup arbitraži bude uslovljen prethodnim obraćanjem nacionalnom sudu i protekom roka od 18 meseci od tog trenutka.[70]

Analogija između odredbe iz st. 2. čl. 8. britansko-argentinskog BIT i onih o roku koji mora da protekne pre pokretanja arbitražnog postupka je očigledna. U oba slučaja je reč o ustanovljenom vremenskom periodu u kojem investitor ne može da pokrene arbitražu, a država domaćin ulaganja ima priliku da ispravi povredu subjektivnog prava investitora ili da se pripremi za rešavanje spora pred arbitražnim sudom. Nepoštovanje obaveze koju je britanski investitor smatrao „besmislenom" formalnošću, u predmetu BG Grup protiv Argentine, dovelo je do poništaja odluke donete u njegovu korist koja je glasila na više od 185 miliona američkih dolara.

Zaključak

Nakon decenije u kojoj su arbitražni sudovi dozvoljavali tužiocima da jednostavno zanemaruju odredbe sporazumima o zaštiti ulaganja kojima je predviđena obaveza tužilaca da se, pre pokretanja arbitražnog postupka, konsultuju sa državom domaćinom ulaganja o sporazumnom rešenju spora i suzdrže od pokretanja arbitraže u određenom vremenskom periodu, arbitražna odluka u predmetu Marfi Internešenal protiv Ekvadora najavljuje promenu ovakve prakse. Pojedini autori navode da se promena u tretmanu ovog uslova može tumačiti kao deo šireg trenda da arbitražni sudovi pokazuju više razumevanja za postupke država i pooštravaju uslo-

---

na: http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/5D6C3A833731DA72852579880056CC38/$file/11-7021-1352802.pdf.

[69] Arbitražni postupak je pokrenut osam meseci nakon što je istekao period u kojem su sudski postupci protiv Argentine bili suspendovani na osnovu antikriznih propisa. *Ibidem*, str. 5.

[70] *Ibidem*, str. 9-17.

ve za nastupanje njihove odgovornosti.[71] Bez obzira na to da li će arbitražni sudovi ubuduće na povredu odredbi o obaveznom periodu čekanja reagovati odbacivanjem tužbi zbog nenadležnosti ili samo prekidanjem postupka do isteka ovog perioda, kao u sporu Vestern protiv Ukrajine, može se očekivati da će strani ulagači/tužioci u ovom pogledu postupati sa mnogo više opreza. Odredba sporazuma o zaštiti ulaganja kojom se propisuje obaveza da strane u sporu pokušaju da pronađu mirno rešenje u određenom vremenskom periodu ne predstavlja puku formalnost, već odredbu koja suštinski utiče na položaj države u eventualnom investicionom sporu, pa njeno zanemarivanje može dovesti do teških posledica po tužioca, pa čak i do poništaja arbitražne odluke.

[71] R. Deutsch, An ICSID Tribunal Denies Jurisdiction for Failure to Satisfy BIT's "Cooling-off" Period: Further Evidence of a Sea Change in Investor-State Arbitration or a Meaningless Ripple?, *Houston Journal of International Law*, vol. 33, br. 3/2011, str. 589-604.

Petar Đundić, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Provisions on Waiting Periods in International Investment Protection Treaties and their Impact on the Jurisdiction of Arbitral Tribunals

Abstract

Provisions on so-called waiting periods in international investment protection treaties give an investor from one contracting state an opportunity to initiate arbitration against the host state provided that the time designated by the treaty from the date on which the dispute arose has elapsed. The aim of those provisions is to enable parties to the dispute to use this time for consultations and attempt to reach a negotiated settlement. The paper analyzes the attitude of contemporary arbitral practice towards the legal nature and effect of those provisions on tribunals' jurisdiction in investment disputes. The analysis shows gradual and clear shift of position taken by the tribunals in cases in which claimants did not comply with waiting periods. Because arbitral tribunals today are more resolved to penalize premature submission of the dispute to arbitration than they were one decade ago, in the future one can expect much more cautious conduct of potential claimants in this regard.

Key words: Investment protection treaties, arbitration, jurisdiction, investment disputes, waiting period.

Originalni naučni rad 340.136(495.02)(091)
doi:10.5937/zrpfns46-2542

Dr Samir Aličić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

D.9.2.27.17 *VERSUS* CO.2.4: KOJI TEKST JE INTERPOLISAN?

Sažetak: *U ovom radu analizirana su dva citata istog pasusa iz Ulpijanove osamnaeste knjige o ediktu, od kojih je jedan sačuvan u Justinijanovim Digestama a drugi u Collatio legum Mosaicarum et Romanarum. Tekstovi se razlikuju u delu u kojem je sadržano pravno rešenje slučaja, te je očigledno da je bar jedan od dva teksta prerađen. Autor pokušava da utvrdi koji od njih je interpolisan.*

Ključne reči: *šteta, Akvilijev zakon, rimsko pravo, obligacije, interpolacije.*

1. Uvod. D.9.2.27.17 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit, vel virgis vel loris vel pugnis cecidit, vel telo vel quo alio, ut scinderet alicui corpus, vel tumorem fecerit, sed ita demum, si damnum iniuria datum est: ceterum si nullo servum pretio viliorem deterioremve fecerit, Aquilia cessat iniuriarumque erit agendum dumtaxat: Aquilia enim eas ruptiones, quae damna dant, persequitur. ergo etsi pretio quidem non sit deterior servus factus, verum sumptus in salutem eius et sanitatem facti sunt, in haec mihi videri damnum datum: atque ideoque lege Aquilia agi posse.*[1]

[1] D.9.2.27.17 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Svakako, smatramo da je „uništio“ (rupisse) i onaj koji je ranio, ili šibama ili bičevima ili pesnicama udarao, ili oružjem ili nečim drugim, da bi rasekao nečije telo ili načinio otok, ali samo ukoliko je učinjena protivpravna šteta; ali ukoliko vrednost roba nije umanjena niti je on obezvređen, Akvilija se ne primenjuje i treba tužiti samo za injuriju; Akvilija, naime, kažnjava ona oštećenja kojima se pričinjava šteta. Dakle, i ukoliko rob u pogledu cene zapravo nije učinjen manje vrednim, ali su načinjeni troškovi zbog njegovog zdravlja i zdravstvenog stanja, u ovome (slučaju) mi se čini da je pričinjena šteta; kao i da se prema tome može tužiti po osnovu Akvilijevog zakona.*

CO.2.4 SCRIBA: ULPIANUS LIBRO XVIIII AD EDICTUM SUB TITULO SI FATEBITUR INIURIA OCCISUM ESSE, SIMPLUM ET CUM DICERET: *1. Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit, vel virgis vel loris vel pugnis caedit, vel telo quove alio vis genere sciderit hominis corpus vel tumorem fecerit: sed ita demu, si damnum datum est. Ceterum si nullo servum pretio viliorem deterioremve fecerit, Aquilia cessat iniuriarumque erit agendum. Ergo et si pretio quidem non sit deterior factus servus, verum sumptus in salute eius et sanitatem facti sunt, in haec nec mihi videri damni Aquilia lege agi posse.*[2]

Interpolacionistička kritika izvora u svom ekstremnom obliku „lova na interpolacije", tj. obeležavanja svakog teksta koji sadrži bilo kakvu stilsku ili jezičku nedoslednost ili iznenađujuće pravno rešenje kao izmenjenog od strane postklasičnih ili Justinijanovih pravnika, u savremenoj romanistici više skoro da nema pristalica. Ipak, postoji jedna situacija u kojoj istraživač nema drugog izbora nego da prizna da je reč o interpolaciji: kada izvori prenose dve verzije istog teksta, u kojima, navodno, isti pravnik na različit način rešava jedan pravni problem.

Upravo sa takvom situacijom se suočavamo u gore navedenim tekstovima. Pred čitaocem se nalaze dva fragmenta slične sadržine, od kojih prvi potiče iz Justinijanovih Digesta a drugi iz tzv. *Upoređenja Mojsijevih i rimskih zakona* (*Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*), postklasične pravne zbirke poznate i pod nazivom *Lex Dei* (u daljem tekstu: *Collatio*).[3] Oba predstavljaju verzije istog pasusa iz Ulpijanove osamnaeste knjige o Ediktu.

---

[2] CO.2.4 Pisar: Ulpijan u dvanaestoj knjizi o ediktu u poglavlju „Ako prizna da je protivpravno ubio, na jednostruki iznos i kako bude rekao": *1. Svakako, smatra se da je „uništio" (rupisse) onaj koji je ranio, ili šibama ili bičevima ili pesnicama udarao, ili strelom ili nekom drugom silom rasekao ljudsko telo ili načinio otok; ali samo tada, ako je pričinjena šteta. Ali ako vrednost roba nije umanjena niti je on obezvređen, Akvilija se ne primenjuje i treba tužiti zbog injurije. Dakle ako rob u pogledu cene zapravo nije učinjen manje vrednim, ali su načinjeni troškovi zbog njegovog zdravlja i zdravstvenog stanja, u ovome (slučaju) mi se ne čini da se zbog štete može tužiti po osnovu Akvilijevog zakona.*

[3] Reč je o rimskoj postklasičnoj „uporednopravnoj" zbirci koja sadrži upoređenje rimskog i jevrejskog prava. Nastala je verovatno u vreme Dioklecijana ili Konstantina, a kasnije su unošene dopune. Uprkos tome što je u pitanju delo koje nije bilo namenjeno za primenu u praksi, i čija je svrha bila pre versko-apologetska nego pravna, ono je danas važan izvor saznanja o rimskom pravu. Od brojne literature posvećene nastanku i karakteru ovog dela videti npr.: F. Schulz: *The manuscripts of the «Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum»*, BIDR 55-56/1951., str. 50-69.; G. Scherillo: *Voce «Collatio legum mosaicarum et romanarum»*; Novissimo Digesto Italiano III; A. Masi: *Contributi ad una datazione della «Collatio legum Mosaicarum et Romanarum»*, BIDR 64/1961, str. 285-321.; G. Cervenca: *Ancora sul problema della datazione della 'Collatio legum Mosaicarum et*

U prvom delu obe verzije se raspravlja o značenju reči *rumpere* (fizičko oštećenje) i njegovom razlikovanju od imovinskog gubitka (*damnum*), kao posebnog uslova za akvilijansku odgovornost. Konstatuje se da oba uslova moraju biti ispunjena da bi bila primenjena tužba zbog protivpravne materijalne štete (*actio damni iniuriae*), tj. tužba iz Akvilijevog zakona (*actio legis Aquiliae*). Ako je rob fizički povređen, ali njegova vrednost time nije umanjena, moguća je samo tužba zbog injurije, ali ne i zbog protivpravne štete.

Međutim, u poslednjem delu tekstovi se razlikuju u pogledu odgovora na pitanje, da li je tužba zbog protivpravne štete moguća u situaciji kada vrednost roba usled povrede nije umanjena, ali je gospodar imao troškova oko njegovog lečenja? Po verziji u Digestama, gospodar može da naplati troškove lečenja akvilijanskom tužbom od lica koje je robu nanelo ozledu, dok po verziji u *Collatio* ne može.

Da se radi o interpolaciji, bilo namernoj bilo usled greške prepisivača, nema ni najmanje sumnje. Pitanje koje se ovde postavlja, i na koje ćemo u ovom radu pokušati da ponudimo odgovor je: koje od dva rešenja, odnosno da li makar jedno od njih, predstavlja Ulpijanovo mišljenje?

2. Stavovi u literaturi. Ovim pitanjem bavila se još starija romanistička literatura.[4] Ukratko, moguća su tri odgovora:

-interpolisan je tekst u Digestama;

-interpolisan je tekst u *Collatio*;

-oba teksta su bila predmet prerade.

Sva tri imaju pristalica među romanistima.

Većina autora po inerciji se obrušila na tekst u Digestama.[5] Po ovoj teoriji, Ulpijanova rečenica, kako je navedena u *Collatio* (*in haec nec mihi videri damni Aquilia lege agi posse*), prerađena je od strane Tribonijanove komisije tako da glasi *in haec mihi videri damnum datum: atque ideoque lege Aquilia agi posse,* čime je dobijeno rešenje suprotno Ulpijanovom, od-

---

Romanarum', SDHI 29/1963, str. 253-276.; P. De Francisci: *Ancora intorno alla Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, BIDR 66/1963., str. 97-101.; M. A. De Dominicis: *Ancora sulla collatio Mosaicarum et Romanarum*, BIDR 69/1966., str. 337-342.; M. Lauria: *Lex Dei*, SDHI 51/1985., str. 257-275.; G. Barone Adesi: *L'età della Lex Dei*, Napoli 1992.; G. A. Pugliese: *Suggestion on the Collatio*, Israel Law Review 29/1995., str. 161-175.; R. Frakes : *The Lex Dei and the Latin Bible*, Harvard Theological Review, 4/100, 2007., str. 425-441.

[4] Videti npr.: J. B. Thayer: *Lex Aquilia (Digest IX, 2, Ad Legem Aquiliam-text, translation and commentary),* Cambridge 1929., str. 93.

[5] M. F. Cursi: *Iniuria cum damno – antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002., str. 118-119.

nosno dopuštena je akvilijanska tužba u situaciji kad rob nije onesposobljen usled povrede ali su učinjeni troškovi radi njegovog lečenja.[6]

Glavni argument ove teorije je ujedno i najveća slabost. Zbog široko rasprostranjenog ubeđenja da su Justinijanovi kompilatori masovno pribegavali alteracijama klasičnih tekstova, u situaciji kad uz to još postoji sačuvana drugačija verzija istog teksta, dodatna argumentacija skoro da nije ni bila potrebna. Zato je uglavnom ni nema. Osim toga, stiče se utisak da je pribegavanje interpolacionističkoj kritici od strane nekih autora bilo pristrasno, vođeno pre namerom da se pruži argument u prilog ove ili one teorije nego analizom samog teksta.[7]

Nisu malobrojni ni autori koji smatraju da je rešenje u Digestama klasično. Na žalost, neki od njih samo navode tekst iz Digesta kao dokaz da je rimsko klasično pravo dopuštalo akvilijansku tužbu u slučaju povrede roba koja ne ostavlja trajne posledice ali nanosi imovinske gubitke gosporadu, ignorišući tekst iz *Collatio*.[8] Daube u jednom članku koji nije *ex professo* posvećen ovoj temi kratko konstatuje da je tekst u *Collatio* inter-

---

[6] U. von Lübtow: *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971., str. 127-129.; R. Wittmann: *Die Körperferletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München 1972.; C. A. Cannata: *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria*, La responsabilità civile de atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica, I Congresso internazionale ARISTEC Madrid 7-10. ottobre 1993., Torino., str. 25-57.; Valditara, G.: *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992. str. 49.; O. Behrends: *La nuova traduzione tedesca dei Digesta e la critica interpolazionistica*, INDEX 25/1997., str. 43-54. T. J. Gerke: *Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche der "lex Aquilia" (Mit einem vergleichenden Ausblick auf die geschichtliche Entwicklung der Ansprüche aus Furtum)*, SDHI XXIII/1957. str. 97-100.; R. Yaron: *Semitism in Ulpian?*, Tijdschrift voor Rechtgeschiedenis 55/1987., str. 14-15.; F.Pringsheim: *Die Verletzung Freier und die "lex Aquilia"*, SDHI 28/1962., str. 7-8.

[7] Tako, za Berendsa ovo je trijumf nemačke interpolacionističke tradicije, jer pokazuje da takav pristup, iako u današnje vreme gotovo sasvim napušten, nije uvek neispravan. Behrends: *ibid*. Za Gerkea tekst u *Collatio* je argument u prilog njegovoj teoriji da su rimski klasični pravnici štetu u akvilijanskom sporu procenjivali samo na vrednost uništene ili oštećene stvari, a da su načelo *id quod interest* na planu akvilijanske odgovornosti uveli Justinijanovi pravnici, interpolišući klasične tekstove. Gerke: *ibid.* Za Jarona, činjenica da se Ulpijanovo rešenje u *Collatio* razlikuje od onog iz Mojsijevih zakona i drugih prava Bliskog istoka „dokaz" je njegove teorije da Ulpijan, iako je bio poreklom iz Tira u Fenikiji i možda imao semitske krvi, nije u svom delu preuzeo ništa od semitskih pravnih tradicija. Yaron: *ibid*. Pringshajmu ovakvo tumačenje ide u prilog jer po analogiji ukazuje da u klasičnom pravu nije postojala akvilijanska tužba iz razloga korisnosti u slučaju povrede slobodnog čoveka, a da su direktnu tužbu uveli interpolacijama postklasični pravnici. Pringsheim: *ibid*. U novije vreme sličan stav zastupao je Valditara.Valditara: *ibid*.

[8] H. Hausmaninger: *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*; Wien 1990., str. 31.; B. Beinart: *Once more on the Origin of the Lex Aquilia*, Butterworths South African Law Review, Durban 1956. str. 77.

polisan ali ne kaže na čemu zasniva to stanovište.[9] Podržavaoci ove teorije koji su se upustili u argumentovanu analizu uglavnom pretpostavljaju da je tekst u *Collatio* izmenjen zbog greške prepisivača.[10]

Kazer, u maniru karakterističnom za ovog velikog romanistu, zauzima „srednju liniju" i nudi sasvim originalno rešenje: oba teksta su bila predmet prerade. Po njegovom mišljenju, Ulpijan je negirao da u situaciji kada je rob povređen na takav način da nije trajno onesposobljen postoji direktna akvilijanska tužba. No, u daljem tekstu, konstatovao je da se za troškove lečenja može dati tužba iz razloga korisnosti. Tekst u *Collatio* je skraćen, tako da nedostaje pominjanje tužbe iz razloga korisnosti, te se stiče utisak da Ulpijan u toj situaciji ne daje nikakvu tužbu. Justinijanovi kompilatori saželi su tekst na jednostavnu konstataciju da se može podići tužba iz Akvilijevog zakona u ovom slučaju, odbacujući raspravu o karakteru tužbe (*utilis* ili *directa*), jer u njihovo vreme razlika između direkne i tužbe iz razloga korisnosti više nema značaja.[11]

3. Kontekst i uporedna analiza tekstova. U Digestama tekst se javlja u poglavlju *O Akvilijevom zakonu* (*Ad legem Aquiliam* – D.9.2). Veći deo ovog poglavlja se sastoji od citata iz Ulpijanove osamnaeste knjige o Ediktu. Od 174 paragrafa poglavlja *Ad legem Aquiliam* čak 104 potiču iz ove knjige, što čini veći deo teksta. Redosled izlaganja najverovatnije prati raspored materije u Ulpijanovoj knjizi. Kompilatori su prilikom sastavljanja titulusa kao osnovu uzeli Ulpijanov tekst, u kojem je materija bila dobro sistematizovana, i dopunili ga materijalom drugog porekla, prateći redosled Ulpijanovog izlaganja.[12]

Lovson smatra da je Ulpijan u svojoj knjizi o ediktu uglavnom pratio tok reči Akvilijevog zakona, komentarišući jednu po jednu reč iz zakonskog teksta i dopunjavajući izlaganje procesnim pitanjima, koji redosled su prihvatili i Justinijanovi kompilatori. Naš tekst deo je obimnog fragmenta 27, koji sadrži čak 35 paragrafa, i nalazi se u okviru dela teksta posvećenog tumačenju izraza *ruperit* iz Akvilijevog zakona, kojim se

[9] D. Daube: *On the Use of the Term damnum*, Collected Studies in Roman Law, Frankfurt a. M., 1991. (preštampano iz: Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantesimo anno del suo insegnamento universitario, Napoli 1949.), str. 318. i nap. 201.

[10] A. Watson: *Two Studies in Textual History*, Tijdschrift voor Rechteschiedenis 30/1962., str. 209-242.; Cursi: *op. cit*., str. 118-120.

[11] M. Kaser: *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, 1972., str. 31. Protiv: Yaron, *ibid.*

[12] F. H. Lawson: *Negligence in the Civil Law*, Oxford 1950., str. 1.; A. Rodger: *Paul's edictal Commentary on the Lex Aquilia*; The Irish Jurist 25-27/1990-1992.,str. 329-333.

označava nanošenje fizičkog oštećenja ili povrede, kao jednog od uslova za primenu trećeg poglavlja Akvilijevog zakona (27.13-24).[13]

U *Collatio* tekst je upotrebljen u drugačijem kontekstu. On se nalazi u okviru poglavlja *O teškoj injuriji* (*De atroci iniuria* – CO.2), koje započinje Mojsijevim rečima iz Biblije:

CO.2.1 Scriba: *Moyses dicit: § 1. Si autem contenderint duo viri et percusserit alter alterum lapide aut pugno et non fuerit mortuus, decubuerit autem in lectulo, § 2. et si surgens ambulaverit homo foris in baculo, sine crimine erit ille, qui eum percusserat praeter ac cessationis eius mercedem dabit et ei medico inpensas curationis.* (=*Exodus*, 21.18-19)[14]

Za razliku od Digesta, ovde se navodi ne samo Ulpijanovo delo i tom, nego i poglavlje iz kojeg je citat preuzet: *Si fatebitur iniuria occisum esse, simplum et cum diceret* (*Ako prizna da je protivpravno ubio, na jednostruki iznos i kako bude rekao*). Po naslovu se može zaključiti da je ovaj tekst bio deo rasprave o proceni štete po prvom poglavlju Akvilijevog zakona, u kojem se predviđa kazna za lice koje protivpravno ubije tuđeg roba ili četvoronožnu životinju koja ne spada u stoku,[15] u situaciji kada je tuženi priznao delikt. U tom slučaju procenjuje se vrednost uništene ili oštećene stvari (*quanti ea res erit*) i drugi gubici koje je oštećeni usled toga pretrpeo (*id quod interest*) na jednostruki iznos (*in simplum*), dok bi se u situaciji kada je poricao vršila procena štete na dvostruki iznos (*in duplum*) - D.9.2.2.1; 9.2.23.10.

Uporedimo sada sadržinu i stil dva teksta. Oba počinju Ulpijanovim diferenciranjem fizičkog oštećenja i nastanka imovinskog gubitka kao dva različita uslova za akvilijansku odgovornost. Čak i ukoliko je rob povređen, tj. ukoliko postoje oštećenja (*ruptiones*) na stvari, ne znači nužno da postoji i šteta (*damnum*). Ako vrednost roba nije umanjena, može se tužiti samo za injuriju, ali tužba po Akvilijevom zakonu nije moguća.

---

[13] Lawson: *op. cit.*, str. 2. Vidi i: Hausmaninger: *op. cit.*, str. 9.

[14] CO.2.1 Pisar: *Mojsije kaže: § 1. Ako se, međutim, dva čoveka posvađaju, pa jedan udari drugog kamenom ili pesnicom a ovaj ne umre, nego padne u postelju, § 2. i ako čovek prohoda oslanjajući se na štaku, onaj će biti bez delikta, koji ga je udario, osim što će mu dati propuštene zarade i troškove lekarske nege.* (=*Izlazak,* 21.18-19)

[15] D.9.2.2pr GAIUS libro septimo ad edictum provinciale: ...*'ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto'* (D.9.2.2pr GAJ, iz sedme knjige o provincijskom ediktu: *"ako neko tuđeg roba ili tuđu robinju, četvoronožnu životinju ili marvinče, protivpravno ubije, koliko je to u onoj godini najviše vredelo, toliko novca neka bude osuđen da dā gospodaru."*)

Sve dovde sadržina dva teksta se u potpunosti slaže. Manje razlike u stilu i jeziku postoje. Npr. u *Collatio* stoji *caedit* umesto *cecidit, sciderit* umesto *scinderet, demu* umesto *demum*, itd. Ipak, one ne menjaju značenje, i ne dovode u pitanje činjenicu da se radi o dve verzije istog teksta. U Digestama se nalazi i jedna rečenica koje nema u *Collatio* (*Aquilia enim eas ruptiones, quae damna dant, persequitur*), ali ona je čisto eksplikativnog karaktera.

Međutim, kraj dva fragmenta se razlikuje, i to flagrantan način. Oni daju različit odgovor na pitanje, da li postoji tužba iz Akvilijevog zakona ako je povreda roba takva da on nije učinjen manje vrednim, ali su učinjeni troškovi radi njegovog lečenja? Tekst u Digestama ovo dopušta (*in haec mihi videri damnum datum: atque ideoque lege Aquilia agi posse*), dok onaj u *Collatio* odbacuje ovu mogućnost (*in haec nec mihi videri damni Aquilia lege agi posse*).

Na osnovu do sada rečenog, ima osnova da se za oba teksta sumnja da su bili predmet prerade.

Pasus u Digestama ima izvesne stilske nedostatke koji bi mogli ukazivati na interpolaciju, ili makar skraćivanje i sažimanje teksta. Iako rečenica u prvom delu pasusa koje nema u *Collatio* predstavlja objašnjenje prethodne rečenice i ne menja značenje teksta, mogla bi da predstavlja argument u prilog sumnji da je tekst u Digestama interpolisan.

Ali, postoje i razlozi da se sumnja da je rešenje u *Collatio* plod greške prepisivača ili rezultat namerne izmene. Naime, citirani tekst po svemu sudeći ne potiče iz klasičnog izdanja Ulpijanove knjige, nego iz postklasične prerade. Knjige klasičnih pravnika, izgleda, uglavnom nisu bile podeljene na poglavlja,[16] dok se u *Collatio* navodi poglavlje Ulpijanovog dela iz kojeg je pasus preuzet. Još je neobičnije to što naslov titulusa ukazuje da se tekst nalazio u poglavlju koje se odnosilo na situaciju procene štete po prvom poglavlju Akvilijevog zakona kada je optuženi priznao delikt. U slučaju povrede roba trebalo bi da se primenjuje treće poglavlje Zakona, koje reguliše uništenje ili oštećenje ostalih stvari i povrede ljudi ili životinja,[17] u kom kontekstu je ovaj tekst citiran u Digestama, u kojima

[16] O tome svedoče ne samo tekstovi u Digestama, gde čak ni veoma obimni fragmenti koji su podeljeni u više desetina paragrafa praktično nikad ne sadrže podnaslove, nego i jedini sačuvani klasični tekst, Gajeve Institucije. Veronski rukopis Gajevog udžbenika ima, doduše, napomene na marginama koje govore o sadržini dela teksta pored koga su ispisane, ali one su napisane drugačijim rukopisom od ostatka teksta, i možda su ih dodali studenti radi lakšeg snalaženja. U svakom slučaju, prava podela na tituluse, kao u Justinijanovim Institucijama, ne postoji.

[17] D.9.2.27.5 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum: *'Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit*

se nalazi u sredini obimnog fragmenta, dok je u *Collatio* potpuno izvađen iz konteksta.

Treba napomenuti i da tekst u *Collatio* obiluje očiglednim gramatičkim i stilskim greškama, za razliku od onog u Digestama koji deluje jezički čistije. Tako, *demum* u Digestama je pravilnije nego *demu* u *Collatio*, *in salutem* deluje ispravnije nego *in salute*, red reči *deterior servus factus* je korektniji nego *deterior factus servus*.

Izvesno je da je Tribonijanova komisija, koja je posedovala sve klasične pravne tekstove do kojih se u Imperiji moglo doći, imala veći izbor izdanja, i da je mogla da dođe do boljeg prepisa Ulpijanove knjige nego autor *Collatio*, koji je verovatno imao u rukama njenu postklasičnu preradu, i to ne naročito kvalitetnu.

Pored toga, treba napomenuti da je tzv. *Upoređenje Mojsijevih i rimskih zakona* (*Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*) sačinjeno verovatno od strane nekog Jevrejina ili hrišćanina. Ono ima za cilj da pokaže da se principi rimskog prava nalaze u Mojsijevim zakonima, i, možda, da dokaže superiornost jevrejskog prava nad rimskim. Dakle, njegov autor je imao više motiva za alteraciju rimskih tekstova nego Justinijanovi pravnici da prošire primenu tužbe u slučaju povrede roba, u vreme kada je ropstvo imalo sve manji značaj. Autor *Collatio* je želeo da pokaže da se koreni rimskog delikta teške injurije (koja uglavnom podrazumeva telesnu povredu) nalaze u Mojsijevom propisu po kojem za telesnu povredu treba da bude plaćena odšteta na ime propuštene zarade i troškova lečenja. U skladu s time, za njega bi bilo od interesa da dokaže da se odšteta u slučaju povrede roba koja ne proizvodi trajne posledice može postići samo putem tužbe iz injurije, a ne i tužbe iz protivpravne štete, ili je možda želeo da pokaže da rimski klasični pravnik ne dopušta naknadu štete iz čisto formalnih razloga u situaciji kada bi znatno stariji Mojsijevi zakoni to dopuštali.

4. Poređenje sa drugim klasičnim tekstovima. Uporedimo sada rešenja iz dve verzije Ulpijanovog teksta sa drugim sličnim tekstovima klasičnih pravnika.

Postojanje fizičkog oštećenja (*ruptio*) uslov je za postojanje akvilijanske tužbe. Ipak, klasični pravnici u situaciji kada je naneta imovinska šteta bez fizičkog oštećenja stvari smatraju da treba da bude data pretor-

---

iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.' (D.9.2.27.5 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *„Ako bi neko učinio štetu u ostalim stvarima, izuzimajući ubijene robove i stoku, za ono što bi protivpravno spalio, slomio ili uništio, koliko je ta stvar vredela u proteklih trideset dana, toliko novca neka bude osuđen da dā gospodaru.“)*

ska tužba (*utilis causa, in factum*). U paragrafima koji slede nakon teksta D.9.2.27.17 Ulpijan navodi primere u kojima ne postoji uslov koji se odnosi na fizičko oštećenje stvari, tj. u kojima stvar nije *ruptum*, ali se ipak daje akvilijanska tužba kao da jeste (*quasi rupto*), tj. tužba se daje iz razloga korisnosti:

§ 18. *Si quis vestimenta sciderit vel inquinaverit, Aquilia quasi ruperit tenetur.*[18]

§ 19. *Sed et si quis milium vel frumentum meum effuderit in flumen, sufficit Aquiliae actio.*[19]

§ 20. *Item si quis frumento harenam vel aliud quid immiscuit, ut difficilis separatio sit, quasi de corrupto agi poterit.*[20]

Na isti način Ulpijan rešava problem i u ovom primeru, pozivajući se na Pomponija:

D.19.5.14.2 ULPIANUS libro quadragesimo primo ad Sabinum *Sed et si calicem argenteum quis alienum in profundum abiecerit damni dandi causa, non lucri faciendi, Pomponius libro septimo decimo ad Sabinum scripsit neque furti neque damni iniuriae actionem esse, in factum tamen agendum.*[21]

Izgubljena stvar nije oštećena, i zato se ne može dati direktna akvilijanska tužba, nego tužba *in factum.* Isti način razmišljanja zapažamo u jednom fragmentu iz epitoma Alfenovih digesta priređenih od strane Paula:

D.19.5.23 ALFENUS libro tertio digestorum a Paulo epitomatorum *Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus anulum ostendit, ut respiceret: illi excidit anulus et in Tiberim devolutus est. respondit posse agi cum eo in factum actione.*[22]

---

[18] § 18. *Ako neko pocepa ili isprlja odeću, (biće tužen po) Akvilijevom (zakonu) kao da ju je uništio.*

[19] § 19. *Ali i ako neko moje proso ili žito istrese u reku, biće dovoljna tužba iz Akvilijevog (zakona).*

[20] § 20. *Zatim ako neko pomeša žito sa peskom ili nečim drugim, tako da bi odvajanje bilo teško, može se tužiti kao da je pokvareno.*

[21] D.19.5.14.2 ULPIJAN, iz četrdeset prve knjige po ugledu na Sabina: *A i ako tuđi srebrni pehar baci u dubinu da bi pričinio štetu, a ne da bi stekao dobit, Pomponije u sedamnaestoj knjizi po ugledu na Sabina piše da ne postoji ni actio furti ni damni iniuriae, nego da treba tužiti in factum.*

[22] D.19.5.23 ALFEN, iz treće knjige digesta skraćenih od strane Paula *Dok su dvojica šetala pored Tibra, jedan od njih onome, koji je sa njim šetao, na zahtev je pokazao pr-*

I sam Paul izgleda da je prihvatio isti način razmišljanja:

D.9.2.30.2 PAULUS libro vicensimo secundo ad edictum *Si quis alienum vinum vel frumentum consumpserit, non videtur damnum iniuria dare ideoque utilis danda est actio.*[23]

U ovom slučaju stvar nije izgubljena, ali se ipak ne može reći da je uništena ili oštećena jer je reč o upotrebi potrošne stvari u skladu sa njenom namenom, i zato se daje tužba *utilis causa*.[24]

Dakle, svi navedeni izvori u neskladu su kako sa rešenjem navedenim u Digestama, jer se tu ne daje pretorska nego direktna tužba u slučaju ranjavanja roba koje ne proizvodi trajne posledice, tako i sa onim navedenim u *Collatio*, jer se tu uopšte ne daje nikakva tužba, osim eventualno tužbe zbog injurije.

No, sledeći Paulov tekst kao da govori u prilog rešenja u Digestama:

D.9.2.45 PAULUS libro decimo ad Sabinum *Lege Aquilia agi potest et sanato vulnerato servo.*[25]

Ovaj tekst, razumljivo, je „trn u oku“ autorima koji smatraju da je tekst D.9.2.27.17 interpolisan, i da je rešenje sadržano u CO.2.4, po kome se u slučaju povrede roba koja ne dovodi do trajnog invaliditeta ne daje akvilijanska tužba, klasično. Gerke pokušava da „spase situaciju“ tvrdeći da se Paulovo mišljenje odnosilo na situaciju kada je vrednost roba bila privremeno smanjena usled povrede, te je postojala šteta kao uslov za primenu Akvilijevog zakona, a ne na onu kada je njegova povreda proizvela samo troškove lečenja, na koju situaciju je mislio Ulpijan. Justinijanovi kompilatori su, po istom autoru, prihvatili Paulovo mišljenje i drugačije ga interpretirali, menjajući u tom smislu Ulpijanov tekst.[26]

---

sten, da bi ga on razgledao; ovaj mu izbije prsten i on padne u Tibar. Odgovorio sam da treba da ga tuži tužbom na osnovu činjeničnog stanja.

[23] D.9.2.30.2 PAUL, iz dvadeset druge knjige o ediktu: *Ako neko konzumira tuđe vino ili žito, ne bi se reklo da je pričinjena protivpravna imovinska šteta, i zbog toga treba dati tužbu iz razloga korisnosti.*

[24] Lübtow: *op. cit.*, str. 185. Birks sugeriše da se ovde možda radi o nedostatku elementa *iniuria*. P. Birks: *Other Men's Meat: Aquilian Liability for Proper User*; The Irish Jurist 16, Dublin 1981., str. 141-185. Ipak, ovo mišljenje nije široko prihvaćeno.

[25] D.9.2.45 PAUL, iz desetze knjige o Sabinu*: Po osnovu Akvilijevog zakona možeš tužiti i ako je ranjeni rob izlečen.*

[26] Gerke: *op. cit.,* str. 88-89.

Protiv Gerkeovog tumačenja moglo bi se istaći više argumenata metodološke prirode: nema indicija da je Paul mislio na situaciju privremenog smanjenja vrednosti roba; u tekstu D.9.2.27.17 raspravlja se o nedostatku fizičkog oštećenja (*rumpere*) a ne o nedostatku imovinske štete (*damnum*) kao uslova za primenu Akvilijevog zakona; i u drugim tekstovima, kako smo videli, Ulpijan i drugi klasični pravnici daju akvilijansku tužbu u slučaju štete koja nije nastala fizičkim oštećenjem, doduše *utilis causa*.

No, najjači dokaz u prilog klasičnosti rešenja po kome bi troškovi lečenja trebali biti nadoknađeni gospodaru čak i ako rob usled povrede nije onesposobljen je taj, što klasični pravnici u slučaju kada je povređeni rob umro usled povrede koja ne bi bila smrtonosna da je pravilno lečena ne daju gospodaru tužbu iz Akvilijevog zakona:

D.9.2.30.4 PAULUS libro vicensimo secundo ad edictum *Si vulneratus fuerit servus non mortifere, neglegentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso.*[27]

D.9.2.52pr ALFENUS libro secundo digestorum *Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscienta aut domini neglegentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur.*[28]

U situaciji kada je šteta naneta sa ciljem da se učini injurija, gospodaru je, naravno, na raspolaganju *actio iniuriarum*, ali se postavlja pitanje, šta ako je šteta naneta nehatno? Budući da bi eventualne teže posledice koje bi nastupile u nedostatku lekarske pomoći išle na teret gospodara, bilo bi neobično ako pravnici nisu uspevali da iznađu neko rešenje da nadoknade gospodaru troškove lečenja, makar preko tužbe iz razloga korisnosti.

Napomenimo i da Ulpijan dopušta akvilijansku tužbu i u situaciji kada je slobodan čovek povređen (D.9.2.13pr, D.9.2.5.3 D.19.2.13.4 PSI XIV. 1449. recto II. 1-9). Nema razloga za sumnju da je rešenje isto i u situaciji povrede roba koja ne dovodi do trajnog smanjenja njegove vrednosti, jer u slučaju povrede slobodnog čoveka postoji i razlog više da se ne dopusti akvilijanska tužba. Naime, po trećem poglavlju Akvilijevog zakona daje se tužba samo vlasniku (*ero, domino*), a slobodan čovek nije vlasnik svog tela:

---

[27] D.9.2.30.4 PAUL, iz dvadeet druge knjige o ediktu: *Ako je rob ranjen ali ne smrtno, pa umro zbog nebrige, tužba će biti zbog ranjavanja, a ne zbog ubistva.*

[28] D.9.2.52pr ALFEN, iz druge knjige Digesta: *Ako je rob umro zbog bičevanja i ako se to nije dogodilo zbog nestručnosti lekara ili nebrige gospodara, ispravno je zato tužiti zbog protivpravnog ubistva.*

D.9.2.13pr ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. fugitivi autem nomine dominus habet.*[29]

Ulpijan izričito kaže da će se u slučaju povrede slobodnog čoveka *alieni iuris* procena vršiti na iznos izgubljene zarade i troškova lečenja:

D.9.2.7pr ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit.*[30]

On na sličan način obračunava štetu i u slučaju povrede slobodnog čoveka za koju se tuži putem tužbe zbog nedozvoljenog izbacivanja i prosipanja stvari (D.9.3.1.5), kao i Gaj (D.9.3.7), koji na isti način vrši procenu i po tužbi zbog štete koju učini životinja (D.9.1.3).

5. Kritički osvrt na postojeće teorije i moguće rešenje problema. Na osnovu gore rečenog, možemo zaključiti da preterana samouverenost autora koji su rešenje iz Digesta olako proglašavali za plod interpolacije, a rešenje iz *Collatio* za klasično, nema osnova. Sa priličnom sigurnošću može se reći da rešenje u *Collatio*, po kome se u slučaju povrede roba koja ne dovodi do smanjenja njego-

[29] D.9.2.13pr ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Slobodan čovek ima u svoje ime Akvilijansku tužbu iz razloga korisnosti; direktnu, naime, nema, budući da je jasno da niko nije vlasnik svog tela. Međutim, u ime odbeglih (robova) ona pripada gospodaru.* Ovaj fragment sugeriše da se radi o povredi slobodnog čoveka *sui iuris*, jer kaže da se tužba podiže *suo nomine*. Neki romanisti smatraju da je tekst interpolisan, i sumnjaju da je u klasičnom pravu davana tužba u slučajupovrede slobodnog čoveka. Vitman smatra da se ovaj slučaj izvorno odnosio na *homo liber bona fide serviens* (R. Wittmann: *Die Körperferletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München 1972., str. 75-82.) a De Robertis to misli za D.9.2.38 (F. M. De Robertis: *Damnum iniuria datum,* Bari 2000., str. 193-194.). Ipak, upotrebu akvilijanske tužbe zbog povrede *homo liber bona fide serviens* ne pominje izričito ni jedan izvor, te ovo ostaje nedokazana hipoteza. Pasus D.9.2.11.8 odnosi se na pravo posesora koga je tuđi rob služio u dobroj veri a ne na *homo liber bona fide serviens* (B.Albanese: *Studi sulla legge Aquilia,* Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo, 21/1950., str. 307.): D.9.2.11.8 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Ali ako rob nekoga služi u dobroj veri, da li njemu (tj. onome koga je služio) pripada akvilijanska tužba? I pre će biti da mu treba dati tužbu in factum*. (ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Sed si servus bona fide alicui serviat, an ei competit Aquiliae actio? et magis in factum actio erit danda*.).

[30] D.9.2.7pr ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Ovom tužbom otac će dobitionoliko, koliko bude imao manje od rada svog sina zbog uništenog oka, i troškove koje je imao za njegovo lečenje.*

ve vrednosti ali zahteva lečenje ne daje akvilijanska tužba, nije u skladu sa klasičnim izvorima. S druge strane, ako je tekst u Digestama i prerađen, njegov smisao verovatno nije bitno izmenjen. Jedino što u Digestama može biti posledica intervencije kompilatora je izostanak kvalifikacije tužbe iz Akvilijevog zakona kao pretorske, mada ni to ne mora ništa da znači, jer klasični pravnici nisu uvek izričito napominjali da se tužba daje *in factum*, odnosno *utilis causa*.

Dakle, rešenje sadržano u Digestama je, po svemu sudeći, klasično, dok bi rešenje u *Collatio* moglo biti plod greške ili namerne interpolacije, bilo od strane autora ovog zbornika, bilo od priređivača prerade Ulpijanovog dela koju je on koristio.

Ipak, izgleda da je najprihvatljivija treća teorija, po kojoj ni jedan od dva izvora nije interpolisan ubacivanjem reči kojih u Ulpijanovom delu nije bilo. Po svemu sudeći, Ulpijan je najpre konstatovao da se ne može dati akvilijanska tužba, misleći na direktnu akvilijansku tužbu, kako je to navedeno u *Collatio* (*Ergo et si pretio quidem non sit deterior factus servus, verum sumptus in salute eius et sanitatem facti sunt, in haec nec mihi videri damni Aquilia lege agi posse.*). Međutim, u nastavku se verovatno nalazilo objašnjenje zašto se direktna tužba ne daje, i konstatacija da se u tom slučaju daje pretorska tužba (npr. nešto kao *Aquilia enim eas ruptiones, quae damna dant, persequitur. atque ideoque in factum agendum.*).

Tekst u *Collatio* je skraćen tako da je ovaj deo odbačen, i time se stvorio pogrešan utisak da Ulpijan u ovom slučaju nije uopšte davao tužbu. Do skraćenja je verovatno došlo zato što rasprava o karakteru tužbe nije bila od interesa u kontekstu u kome je tekst korišćen. Naime, u *Collatio* tekst se koristi samo radi ilustracije u okviru rasprave o injuriji, te je akvilijanska tužba od sekundarnog značaja, a i u preradi Ulpijanovog dela koju je sastavljač ovog zbornika verovatno koristio, kako smo videli, tekst se verovatno nije nalazio u poglavlju koje se nije odnosilo na primenu treće glave Akvilijevog zakona.

S druge strane, tekst u Digestama je verovatno i sam pretrpeo preradu, ali na drugačiji način. Justinijanovi kompilatori su paragraf D.9.2.27.17 pojednostavili na taj način što su izostavili raspravu o tome da se u ovom slučaju, iako se ne može dati direktna akvilijanska tužba jer nedostaje fizičko oštećenje stvari kao uslov za njenu primenu, ipak može dati tužba iz razloga korisnosti. Ne praveći razliku između *actio directa* i *utilis causa*, koja razlika u njihovo vreme više nije bila od značaja, pojednostavili su i saželi tekst, jednostavno konstatujući da je u navedenom slučaju dopuštena akvlijanska tužba.

To bi smo mogli ilustrovati poređenjem druga dva teksta iz Digesta i *Collatio*, koji takođe predstavljaju dve verzije istog pasusa iz Ulpijanove osamnaeste knjige o ediktu:

D.9.2.27.12 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Si, cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, legis Aquiliae actionem competere Celsus ait.*[31]

CO.12.7.10 ULP. 18 ED. *Item Celsus libro XXVII digestorum scribit: Si, cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, quosdam negare conpetere legis Aquiliae actionem, inter quos et Proculum, quasi apes domini mei non fuerint. Sed id falsum esse Celsus ait, cum apes revenire soleant et fructui mihi sint. Sed Proculus eo movetur, quod nec mansuetae nec ita clausae fuerint. Ipse autem Celsus ait nihil inter has et columbas interesse, quae, si manum refugiunt, domi tamen fugiunt.*[32]

Ovde možemo sa gotovo potpunom sigurnošću reći da je pasus u *Collatio* izvorni, dok je onaj u Digestama prerađen, ali to ipak nije ono što tradicionalna kritika tekstova naziva interpolacijom. Odnosno, nije u pitanju ubacivanje delova teksta kojih u izvornom obliku nema, kako bi se smisao izmenio i dobilo drugačije rešenje. Radi se o sažimanju i skraćivanju Ulpijanovog teksta, tako da je od rafinirane i argumentovane rasprave između Celza i Prokula ostala samo štura konstatacija da je Celz smatrao da se u ovom slučaju može primeniti akvilijanska tužba. Sve u svemu, malo je verovatno da su Justinijanovi kompilatori namerno menjali tekstove da bi im pridali značenje sasvim suprotno od onog koje su imali u klasičnom periodu. Pre će biti da su ih sažimali i pojednostavljivali, da bi skoro 2000 knjiga klasičnih pravnika saželi u 50 knjiga Digesta,[33] i da su ponekad od više rešenja koja su nudili klasični pravnici birali ono koje bi im izgledalo najbolje obrazloženo, odbacujući ostala.

6. Zaključak. Upoređenjem između tekstova D.9.2.27.17 i CO.2.4, a na osnovu sadašnjeg stanja izvora, nije moguće sa sigurnošću utvrditi koji od dva teksta je interpolisan. Ipak, rešenje sadržano u Digestama više je u skladu sa klasičnim izvorima.

---

[31] D.9.2.27.12 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Ako, kad moje pčele odlete ne tvoje (imanje), ti njih spališ, Celz kaže da će mi pripadati tužba iz Akvilijevog zakona.*

[32] CO.12.7.10 Ulpijan iz osamnaeste knjige o ediktu: *Isto tako Celz u dvadeset sedmoj knjizi digesta piše: Ako, kad moje pčele odlete ne tvoje (imanje), ti njih spališ, neki negiraju da mi pripada tužba iz Akvilijevog zakona, među kojima i Prokul, gotovo kao da pčele nisu bile moja svojina. Ali Celz kaže da to nije tačno, jer pčele se uobičajeno vraćaju i (njihovi) plodovi su moji. Ali Prokul ovo odbija, jer niti su bile pitome niti zatvorene. Na to, međutim, Celz kaže da nema nikakve razlike između njih i golubova, koji, ako odlete iz ruke, ipak se vraćaju kući.*

[33] Co. Tanta.1

Najverodostojnije deluje teorija po kojoj su oba teksta bila predmet prerade. Po ovoj tezi, Ulpijan je negirao da se u situaciji kada je rob ranjen tako da njegova vrednost nije smanjena, ali su učinjeni troškovi radi njegovog lečenja, daje direktna akvilijanska tužba, ali je na kraju teksta dopuštao pretorsku tužbu. U izvoru CO.2.4 tekst je skraćen, čime je izostavljen deo u kome se dopušta primena pretorske tužbe, te je ostao samo odgovor po kome se ne daje direktna akvilijanska tužba. Tekst u Digestama pojednostavljen je i sažet, tako što je samo konstatovano da je dozvoljena primena akvilijanske tužbe, ne praveći razliku između direktne i pretorske.

Ipak, ovo ostaje u domenu pretpostavke, i konačno rešenje ovog problema nije moguće dati.

Samir Aličić, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

D.9.2.27.17 *versus* CO.2.4: which text is interpolated?

Abstract:

In this paper two citations from the same paragraph of Ulpian's XVIII book on edict are discussed, one of which is preserved in Justinian's Digest and another in *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*. Texts differ in a part containing legal solution of the case, and it is obvious that at least one of two texts was edited. Author tries to determine which of them is interpolated.

Key words: damage, *lex Aquilia*, Roman law, obligations, interpolations.

Originalni naučni rad 354(497.11)
doi:10.5937/zrpfns46-1926

Dr Aleksandar Martinović, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNA PRIRODA AGENCIJA U PRAVNOM SISTEMU REPUBLIKE SRBIJE

Sažetak: *Koreni agencija, kao institucija javnog prava, sežu u XIX vek, kada je u SAD obrazovana prva nezavisna regulatorna agencija – Međudržavna komisija za trgovinu. U pravnom sistemu Republike Srbije, agencije su pravo građanstva stekle od 2001. godine. U proteklih deset godina, formiran je izuzetno veliki broj agencija u različitim oblastima društvenog života, pri čemu je njihova pravna priroda različita. Neujednačenost pravnog karaktera agencija u Republici Srbiji u praksi izaziva ne male probleme. Ekonomska i finansijska necelishodnost osnivanja agencija naročito dolazi do izražaja u situacijama kada je ista društvena oblast istovremeno „pokrivena" odgovarajućim ministarstvom i njegovim pandanom – agencijom.*

Ključne reči: *agencije, pravni sistem Republike Srbije, Vlada, Narodna skupština, državna uprava.*

Uvodne napomene

Počevši od 2001. godine, pravni sistem Republike Srbije bogatiji je za još jednu organizacionu formu državnih institucija. Reč je o agencijama, koje su u međuvremenu postale prilično brojne. No, osnivanje velikog broja agencija u različitim oblastima društvenog života nije bilo praćeno i jasnom predstavom njihovih tvoraca (Vlade i Narodne skupštine) o pravnoj prirodi agencija, odnosno o tome da li su agencije uopšte sastavni deo državnog aparata Republike Srbije ili je reč o institucijama sui generis. Kako ističe prof. dr Dragan Milkov, termin „agencija" je anglosak-

sonskog porekla „i u zemljama u kojima se koristi engleski jezik označava subjekte koji vrše upravnu delatnost, a koje bismo mi nazvali organima uprave. U evropskom kontinentalnom pravu se za ove iste subjekte koristi naziv „organ uprave“, a termin „agencija“ se, kao i kod nas ranije, upotrebljava samo za privatno-pravne subjekte koji se bave različitim uslužnim aktivnostima (npr. turističke agencije, agencije za istraživanje tržišta, marketinške agencije itd.). U germanskom pravu, koje je imalo najveći uticaj na naše upravno pravo, agencije se uopšte ne pojavljuju među državnim subjektima, dok se u Francuskoj agencije pojavljuju u poslednje vreme, ali uglavnom kao subjekti koji nisu u sastavu države. No, i u ovoj zemlji počinju da se stvaraju agencije koje imaju upravna ovlašćenja – „javne agencije“ (agence publique), ali to za sada ne predstavlja nešto što bi dovelo u pitanje tradicionalnu strukturu francuske državne uprave. Njihov status je sličan statusu naših posebnih organizacija.“[1] Jedan drugi naš savremeni teoretičar upravnog prava smatra da kao „vršioci upravne delatnosti mogu postojati i tzv. administrativne agencije („nezavisna upravna tela“), koja su nosioci prevashodno upravnih ovlašćenja ali raspolažu i određenim ovlašćenjima sudskog i zakonodavnog karaktera. Takve su npr. različite izborne komisije i dr.“[2] Analiza važećih pravnih propisa u Republici Srbiji pokazuje da agencije u našem sistemu javnog prava nemaju jedinstvenu pravnu prirodu i da se mogu klasifikovati u nekoliko grupa: a) agencije kao organi uprave u sastavu odgovarajućih ministarstava; b) agencije kao posebne organizacije; v) agencije kao javne službe; g) agencije kao javne agencije, u smislu Zakona o javnim agencijama[3]. Pored toga, u Republici Srbiji postoji jedna agencija koja je važećim propisima definisana kao „samostalna, odnosno nezavisna organizacija koja vrši javna ovlašćenja“ (Republička radiodifuzna agencija), kao i jedna agencija koja predstavlja „samostalan i nezavisan državni organ“ (Agencija za borbu protiv korupcije).

SAD – rodno mesto (javno-pravnih) agencija

Agencije, kao organizacioni vid državnih institucija, najpre su formirane u Sjedinjenim Američkim Državama (još krajem XIX veka), pri čemu se jedan broj agencija nalazi u sastavu izvršnih departmana (pandan ministarstvima u Evropi), dok druge imaju status tzv. nezavisnih regulatornih tela. Ono što otežava razumevanje pravne prirode agencija

[1] D. Milkov: Upravno pravo I – uvodna i organizaciona pitanja, Novi Sad, 2010, str. 88.
[2] P. Dimitrijević: Upravno pravo – opšti deo, knjiga prva, Niš, 2008, str. 87.
[3] „Službeni glasnik RS“, br. 18/2005.

u SAD jeste činjenica da se u ovoj zemlji termin „agencija“ koristi veoma široko, kao oznaka za svaki javni organ ili telo. Za razliku od departmanskih agencija, čije funkcionere imenuje i razrešava predsednik SAD (uz saglasnost Senata), nezavisne regulatorne agencije (od koji se neke nazivaju još i komisijama, upravama, biroima i sl.) uživaju znatno veći stepen samostalnosti, naročito u pogledu sistema rukovođenja. Nezavisnom regulatornom agencijom po pravilu rukovodi odbor ili komisija sastavljena od većeg broja članova, imenovanih od strane predsednika SAD, ali na duže rokove propisane odgovarajućim zakonima kojima su te agencije i osnovane. Čest je slučaj da se zakonima o osnivanju pojedinih nezavisnih agencija taksativno navode razlozi zbog kojih član rukovodećeg odbora (komisije) može biti uklonjen sa položaja pre isteka mandata od strane predsednika SAD. Ustavnost takvog rešenja iz Zakona o Saveznoj komisiji za trgovinu od 1914. godine, u koji je prvi put uneto, bilo je predmet spora Humprey`s Executors v. United States 1935. godine pred Vrhovnim sudom SAD, koji je presudio, nasuprot stavu predsednika Ruzvelta, da funkcioner nezavisne regulatorne agencije može biti razrešen samo iz zakonom utvrđenih razloga.[4] U obrazloženju presude, Vrhovni sud je između ostalog naveo da je Savezna komisija za trgovinu "administrativni organ, obrazovan od strane Kongresa da sprovodi zakonodavnu politiku sadržanu u aktima Kongresa, u saglasnosti sa standardima koji su u njima propisani, te da izvršava druge predviđene dužnosti kao saradnik zakonodavstva i sudstva ... Ona vrši svoju nadležnost bez dozvole izvršne vlasti i, u skladu sa zakonom, mora biti slobodna od egzekutivne kontrole ... te funkcioniše jednim delom kao kvazizakonodavni, a drugim kao kvazisudski organ."[5] Nezavisne regulatorne agencije imaju širok dijapazon delovanja: pored toga što donose upravne akte i vrše druge klasične upravne poslove (pre svega, upravni odnosno inspekcijski nadzor), nezavisne agencije donose i podzakonske opšte pravne akte i izriču prekršajne sankcije zbog povrede zakona i sopstvenih propisa. Prva nezavisna regulatorna agencija, Međudržavna komisija za trgovinu, obrazovana je 1887. godine, a danas ih ima više od stotinu. U američkoj pravnoj teoriji ne postoji jedinstven stav o tome kakva je pravna priroda nezavisnih agencija; da li je reč o organima zakonodavne ili upravne vlasti ili se, pak, radi - kao što se navodi u izveštaju specijalne komisije pred-

[4] B. Smerdel: Evolucija predsjedničke vlade u SAD - kongresni veto, doktorska disertacija, Zagreb, 1984, str. 258.

[5] Nav. prema: S. K. Padover: The Living US Constitution, New York, 1983, str. 126-129.

sednika SAD Ruzvelta od 1937. godine - o "bezglavoj četvrtoj grani vlasti", čime se dovodi u pitanje osnovni princip američkog Ustava o tri grane vlasti: zakonodavnoj, upravnoj i sudskoj.[6] Kada je reč o normativno-regulativnoj delatnosti nezavisnih agencija, valja reći da je ona dosegla gigantske razmere. Gotovo da ne postoji oblast društvenog života koja nije regulisana stotinama, pa i hiljadama različitih propisa donetih od strane nezavisnih agencija. Do početka 1980-tih agencije u SAD su u proseku godišnje donosile sedam do devet hiljada propisa, kako novih tako i izmena i dopuna postojećih, uvećavajući Federalni registar propisa za nekoliko desetina hiljada stranica svake godine, više od dvadeset puta u odnosu na Kongres.[7] Budući da je ova normativna i regulatorna hiperprodukcija u režiji nezavisnih agencija pretila da SAD pretvori u, kako su neki pravni teoretičari govorili, "administrativnu državu", pojedini američki predsednici novijeg doba su pokušali da normativnu delatnost nezavisnih agencija koliko-toliko ograniče i dovedu pod svoju kontrolu. Naročitu agilnost u tom pravcu pokazali su Džimi Karter i Ronald Regan. Karter je svojom izvršnom naredbom broj 12044 od 1980. godine obavezao nezavisne agencije da prilikom donošenja propisa ispune sledeće uslove: da predlogu propisa priložе kalkulaciju troškova i očekivanih rezultata; da uključe u predloge i moguće alternative, te da preporuče rešenja koja najmanje opterećuju savezni budžet i privredu; da vode računa o potrebi maksmislnog redukovanja tzv. "paperwork-a" (tj. insistiranja na podnošenju različitih akata i dokumenata neophodnih za ostvarivanje pojedinih prava); da sve pozitivne propise oslobode zastarelih i prevaziđenih normi; kao i da propise koje donose pišu "običnim engleskim jezikom", razumljivim njihovim adresatima.[8] Karterov naslednik Regan je te iste godine, u sklopu republikanske izborne kampanje, proklamovao sedam načela tzv. regulatorne reforme: 1) jačanje budžetske kontrole nad nezavisnim agencijama, 2) privremeni moratorijum na sve predloge propisa koje zatekne nova administracija, 3) kongresni veto, kao oblik kontrole zakonodavnog tela nad normativnom delatnošću agencija, 4) sudska kontrola normativnih akata nezavisnih agencija i pre nego što su iskorišćena pravna sredstva unutar administrativne hijerarhije, 5) eliminacija pretpostavke u korist valjanosti saveznih propisa, 6) obaveza agencija da se strogo pridržavaju svojih propisa, osim ako ih Kongres ne izmeni ili ukine putem

[6] B. Smerdel: nav. delo, str. 285-286.

[7] v. B. Smerdel: nav. delo, str. 273.

[8] P. Petkas: The US Regulatory System: Partnership or Maze?, *National Civic Review,* vol. 70, no. 6, 1981, str. 297-301.

zakona, odnosno veta, 7) naknada štete svima onima koji su je pretrpeli usled regulatorne delatnosti agencija.[9] Nakon što je pobedio u trci za novog predsednika SAD, Regan je već početkom 1981. godine doneo izvršnu naredbu broj 12291, kojom je obustavio donošenje svih propisa koji su zatečeni u fazi pripremanja i obrazovao Radnu grupu za regulatornu reformu, sa krajnjom namerom da ograniči i redukuje normativnu aktivnost nezavisnih agencija. No, Reganov napor samo je delimično urodio plodom. U svojoj poruci o stanju nacije, u januaru 1984. godine, Regan je tvrdio da je za prve tri godine njegovog mandata normativna delatnost agencija smanjena za 25%, dok je, nedugo potom, ugledni Washington Post zaključio da su uspesi Reganove administracije na planu regulatorne reforme kratkog daha.[10]

Pored SAD, veliki broj agencija postoji i u Velikoj Britaniji. Naime, državnu upravu Velike Britanije, u organizacionom smislu, čine centralni upravni resori (ministarstva, državni sekretarijati, sekretarijati), kao i brojni organi uprave u formi komisija, komiteta i saveta. U periodu posle Drugog svetskog rata, usled povećane uloge države u sferi ekonomije i socijalne politike, u Velikoj Britaniji obrazovan je, kao i u SAD, izuzetno veliki broj tzv. nedepartmanskih javnih tela, odnosno agencija, u onim oblastima društvenog života u kojima se direktna kontrola i odgovornost ministara smatrala nepraktičnom i nepoželjnom. Njihov broj teško je egzaktno utvrditi. Samo tokom 1980. godine bilo ih je oko dve hiljade, od čega 489 izvršnih tela (operativne i regulatorne agencije) i 1561 savetodavno telo.[11]

Agencije kao nesamostalni organi uprave

Prvu vrstu agencija u pravnom sistemu Republike Srbije, imajući u vidu njihovu pravnu prirodu, predstavljaju agencije koje imaju status nesamostalnih organa uprave, odnosno organa uprave u sastavu odgovarajućih ministarstava. Pored ostalih, takav karakter imaju Vojnobezbednosna agencija (VBA) i Vojnoobaveštajna agencija (VOA), koje su formirane Zakonom o Vojnobezbednosnoj agenciji i Vojnoobaveštajnoj agenciji.[12] Prema članu 2. pomenutog Zakona, VBA i VOA su „organi uprave u sastavu Ministarstva odbrane koji obavljaju bezbednosno-obaveštajne poslove od značaja za odbranu i deo su jedinstvenog bezbednosno-obaveštajnog sistema Republike Srbije.“ VBA i VOA su pravna lica (imaju

[9] B. Smerdel: nav. delo, str. 316-317.
[10] B. Smerdel: nav. delo, str. 322-323.
[11] V. Vasović: Savremene demokratije I, Beograd, 2008, str. 359.
[12] „Službeni glasnik RS“, br. 88/2009.

pravni subjektivitet), uživaju samostalnost u „obavljanju poslova iz svoje nadležnosti“, ali imaju obavezu da u svom radu budu „politički, ideološki i interesno neutralne“ (članovi 3. i 4. Zakona o VBA i VOA).

Takođe, karakter nesamostalnog organa uprave ima i Agencija za zaštitu životne sredine, obrazovana aktuelnim Zakonom o ministarstvima.[13] Odredbom člana 14. stav 3. Zakona o ministarstvima propisano je da je Agencija za zaštitu životne sredine „organ uprave u sastavu Ministarstva energetike, razvoja i zaštite životne sredine sa svojstvom pravnog lica“, koji obavlja odgovarajuće poslove državne uprave u oblasti zaštite životne sredine, kao i druge poslove određene zakonom.

Agencije kao posebne organizacije

U sistemu javnog prava Republike Srbije agencije mogu imati i status posebnih (upravnih) organizacija. Primer za ovu vrstu agencija jeste Bezbednosno-informativna agencija (BIA), koja je obrazovana Zakonom o Bezbednosno-informativnoj agenciji.[14] U skladu sa članovima 1. i 3. ovog Zakona, BIA je posebna organizacija i ima svojstvo pravnog lica, u skladu sa zakonom. Karakter posebne organizacije ima i Republička agencija za mirno rešavanje radnih sporova, obrazovana Zakonom o mirnom rešavanju radnih sporova.[15]

Agencije kao javne službe

Treću vrstu agencija u pravnom sistemu Republike Srbije čine agencije koje imaju karakter javnih službi. Npr. takva je Agencija za privatizaciju, koja je osnovana Zakonom o Agenciji za privatizaciju[16] „radi promovisanja, iniciranja, sprovođenja i kontrole postupka privatizacije“ (član 1. Zakona o Agenciji za privatizaciju). Agencija za privatizaciju, shodno članu 2. pomenutog Zakona, „posluje u skladu sa propisima o javnim službama“, ima „svojstvo pravnog lica, sa pravima, obavezama i odgovornostima utvrđenim ovim zakonom i statutom“ i „ima žiro račun“. Svaku nedoumicu o tome da li je Agencija za privatizaciju organizacioni oblik javnih službi u Republici Srbiji otklanja podnaslov iznad člana 2. Zakona, koji glasi: „Pravni status“. Drugačije mišljenje o pravnoj prirodi Agencije za privatizaciju ima prof. Zoran R. Tomić, koji smatra da je reč o javnoj

[13] „Službeni glasnik RS“, br. 72/2012. Identično rešenje sadržavao je i prethodni Zakon o ministarstvima („Službeni glasnik RS“, br. 16/2011, član 16. stav 4).

[14] „Službeni glasnik RS“, br. 42/2002 i 111/2009.

[15] „Službeni glasnik RS“, br. 125/2004 i 104/2009.

[16] „Službeni glasnik RS“, br. 38/2001, 135/2004 i 30/2010.

agenciji čija organizacija i delovanje potpadaju pod „opšti pravni režim javnih agencija“, sadržanim u Zakonu o javnim agencijama.[17]

Agencije kao javne agencije

Četvrti tip agencija u pravnom sistemu Republike Srbije jesu one koje nose zajednički naziv „javne agencije“. Radi se o većem broju pravnih subjekata, čiji su pravna priroda i status regulisani već pominjanim Zakonom o javnim agencijama. Prema Zakonu o javnim agencijama, javna agencija je „organizacija koja se osniva za razvojne, stručne ili regulatorne poslove od opšteg interesa“ (član 1. stav 1) ako „razvojni, stručni i regulatorni poslovi ne zahtevaju stalan i neposredan politički nadzor i ako javna agencija može bolje i delotvornije da ih vrši nego organ državne uprave, naročito ako se u celini ili pretežno mogu finansirati od cene koju plaćaju korisnici usluga“ (član 2. stav 1), pri čemu osnivač javne agencije „mora posebnim zakonom biti ovlašćen na osnivanje javne agencije“ (član 2. stav 2). Javnim agencijama mogu se posebnim zakonom, kao javna ovlašćenja, poveriti sledeći upravni poslovi: 1) donošenje propisa za izvršavanje zakona i drugih opštih akata Narodne skupštine i Vlade; 2) prvostepeno rešavanje u upravnim stvarima; i 3) izdavanje javnih isprava i vođenje evidencija (član 3). Svaka javna agencija je u svom radu samostalna, tako da „Vlada ne može usmeravati rad javne agencije, niti ga usklađivati sa radom organa državne uprave“ (član 4. stav 2). Javne agencije imaju pravni subjektivitet, koji stiču upisom u registar kod nadležnog organa (član 5. stav 1). Kada je reč o finansiranju javnih agencija, primarni izvor finansiranja su cene koje plaćaju korisnici usluga javnih agencija, zatim pokloni (donacije), prilozi pokrovitelja (sponzorstva), budžet Republike Srbije, kao i drugi prilozi i prihodi koje javne agencije ostvare u skladu sa zakonom (član 6).

Svojstvo javnih agencija imaju npr. Agencija za licenciranje stečajnih upravnika (obrazovana Zakonom o Agenciji za licenciranje stečajnih upravnika[18]), Agencija za osiguranje depozita (obrazovana Zakonom o Agenciji za osiguranje depozita[19]), Agencija za privredne registre (obrazovana Zakonom o Agenciji za privredne registre[20]), Agencija za lekove i medicinska sredstva (obrazovana Zakonom o lekovima i medicinskim

[17] Zoran R. Tomić: Upravno pravo – priručnik za polaganje pravosudnog ispita, Beograd, 2011, str. 24.

[18] „Službeni glasnik RS“, br. 84/2004 i 104/2009.

[19] „Službeni glasnik RS“, br. 61/2005, 116/2008 i 91/2010.

[20] „Službeni glasnik RS“, br. 55/2004 i 111/2009.

sredstvima[21]), Republička agencija za elektronske komunikacije (obrazovana Zakonom o elektronskim komunikacijama[22]) itd.

RRA kao „samostalna, odnosno nezavisna organizacija koja vrši javna ovlašćenja“

Prema članu 6. stav 1. Zakona o radiodifuziji[23], Republička radiodifuzna agencija je – kao „samostalna, odnosno nezavisna organizacija koja vrši javna ovlašćenja“ – obrazovana radi „obezbeđivanja uslova za efikasno sprovođenje i unapređivanje utvrđene radiodifuzne politike u Republici Srbiji na način primeren demokratskom društvu“, pri čemu je ova agencija „samostalni pravni subjekt i funkcionalno je nezavisna od bilo kog državnog organa, kao i od organizacija i lica koja se bave delatnošću proizvodnje i emitovanja radio i televizijskih programa i/ili sa njom povezanim delatnostima“ (član 6. stav 2. Zakona o radiodifuziji). Organ Republičke radiodifuzne agencije, kao pravnog lica, jeste Savet „koji donosi sve odluke o pitanjima iz nadležnosti“ ove agencije (član 7. stav 2. Zakona o radidifuziji), s tim što RRA „predstavlja i zastupa predsednik Saveta Agencije, a u slučaju njegove sprečenosti, Agenciju zastupa zamenik predsednika Saveta Agencije“ (član 7. stav 3. Zakona o radiodifuziji). Republičku radiodifuznu agenciju Z. R. Tomić definiše na nešto drugačiji način: kao „nezavisnu javnu agenciju regulatornog tipa.“[24]

Agencija za borbu protiv korupcije kao „samostalan i nezavisan državni organ“

Najzad, posebnu kategoriju agencija u pravnom sistemu Republike Srbije predstavlja Agencija za borbu protiv korupcije. Prema članu 3. Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije[25], ova agencija je „samostalan i nezavisan državni organ“ i „ima svojstvo pravnog lica“, a za svoj rad odgovara Narodnoj skupštini. Ono što je sporno u vezi sa ovom agencijom jeste činjenica da Agencija za borbu protiv korupcije, kao „samostalan i nezavisan državni organ“, nije izričito predviđena Ustavom Republike Srbije od 2006. godine, pa se osnovano može postaviti pitanje da li se državni organi mogu obrazovati zakonom, a da prethodno nisu definisani Ustavom.[26]

---

[21] „Službeni glasnik RS“, br. 30/2010.

[22] „Službeni glasnik RS“, br. 44/2010.

[23] „Službeni glasnik RS“, br. 42/2002, 97/2004, 76/2005, 79/2005 – dr. zakon, 62/2006, 85/2006 – ispr. i 41/2009.

[24] Z. R. Tomić: nav. delo, str. 24.

[25] „Službeni glasnik RS“, br. 97/2008, 53/2010 i 66/2011 – odluka Ustavnog suda.

[26] „U ustavu se ustanovljavaju organi državne vlasti kojima su poverene određene nadležnosti.“ (M. Pajvančić: Ustavno pravo, Novi Sad, 2011, str. 175).

Zaključak

(Nekritički) preuzete iz pravnog sistema SAD, agencije – kao javne institucije – u pravnom sistemu Republike Srbije imaju heterogenu pravnu prirodu. U praksi, to izaziva velike probleme. Naročito je veliki problem nepostojanje adekvatnog mehanizma kontrole nad radom tzv. javnih agencija od strane ministarstava, Vlade i Narodne skupštine. Takođe, u nekim situacijama osnivanje agencija dovodi do paralelizma institucija (npr. Ministarstvo životne sredine i prostornog planiranja – Agencija za zaštitu životne sredine) na istom državno-pravnom i političkom nivou, što se, naročito u ekonomskom i finansijskom smislu, pokazalo kao vrlo necelishodno rešenje. Najzad, u srpskoj pravnoj teoriji ne postoji konsenzus o tome kakva je pravna priroda pojedinih agencija.

Aleksandar Martinović, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Legal nature of the Agency in Legal system of the Republic of Serbia

Abstract

The roots of the agency as a public law, go back to the nineteenth century, when the first independent regulatory agency - Interstate Trade Commission was formed by the United States. In the legal system of the Republic of Serbia, agencies have the right to acquire citizenship since 2001. In the past ten years, a very large number of agencies were formed in different areas of social life, with their different legal nature. Disparity in legal character agency in the Republic of Serbia in general raises no small problems. The economic and financial characteristics of agencies are expressed especially in situations when a same social area "covered" simultaneously by the relevant ministry and its counterpart - the agency.

Key words: agencies, legal system of the Republic of Serbia, Government, National Assembly, administration.

Originalni naučni rad 347.441.13(4+497.11)
doi:10.5937/zrpfns46-2160

Dr Atila Dudaš, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

APSTRAKTNO DEJSTVO PRAVNIH POSLOVA U EVROPSKOM I DOMAĆEM PRAVU*

***Sažetak**: U ovom radu se daje prikaz istorijskog razvoja prava od apstraktnosti ka kauzalnosti pravnih poslova, kao i dejstvo apstraktnih pravnih poslova u evropskom pravu (Nemačke, Austrije, Švajcarske i Fracuske). Autor zaključuje da u savremenom pravu pravni poslovi ne mogu da imaju potpuno apstraktno dejstvo, kao u nerazvijenim pravnim porecima, tj. prava ne dopuštaju zasnivanje prava i obaveze na način koji bi u potpunosti onemogućio utvrđivanje da li je pravni posao ništav zbog povrede javnog poretka po svom cilju.*

U vezi sa pravom Republike Srbije autor ističe da je neophodno razlikovati pravne poslove kojima se stvaraju obligacioni odnosi, tj. potraživanja i dugovanja, od pravnih poslovima kojima se njima samo raspolaže. Ova podela pravnih poslova ima svoje izvorište u pravima koja pripadaju germanskom pravnom krugu, ali je primenjiva i na naše pravo. Autor konstatuje da se zahtev Zakona za postojanje dopuštene kauze obaveze primenjuje bezizuzetno na pravne poslove stvaranja prava i obaveza, bez obzira na to da li su strane pravni posao zaključile u obliku apstraktnog ili kauzalnog pravnog posla, tj. da li se iz njegove sadržine vidi cilj radi kojeg je nastao. U ovom kontekstu ukazuje na stav usvojen u našoj doktrini prema kojem kauza apstraktnih pravnih poslova može da dobije pravnu relevantnost uglavnom na tri načina: sporazumom strana, prigovorom dužnika ili po službenoj dužnosti suda kada utvrđuje da li je povređen javni poredak. Autor smatra ispravnim stav doktrine da pravni poslovi raspolaganja u našem pravu mogu da imaju pravno dejstvo koje

* Ovaj članak je nastao u okviru naučnoistraživačkog projekta *Uticaj evropskog i precedentnog prava na razvoj građanskog materijalnog i procesnog prava u Srbiji i Vojvodini* koji finansira Pokrajinski sekretarijat za nauku i tehnološki razvoj.

je nezavisno od kauze obavezivanja strana. Iz ovih razloga, smatra da je u savremenom pravu, tako i u našem, primerenije umesto sintagme „apstraktni pravni posao", koji u jezičkom smislu ukazuje na vrstu pravnog posla koji je u potpunosti nezavisan od cilja radi kojeg nastaje, upotrebljavati formulaciju „apstraktno dejstvo pravnih poslova", u smislu pravnog dejstva u vezi sa kojim je pravna relevantnost cilja obavezivanja strana manja ili je u potpunosti isključena.

Kljične reči: *apstraktni pravni poslovi, apstraktno dejstvo pravnih poslova, kauza ugovora*

Istorijski razvoj pravnih poslova od apstraktnosti ka kauzalnosti

Svaki pravni poredak u svom razvoju prolazi kroz fazu apstraktnosti i formalizma pravnih poslova, u kojoj se pravo ne pita za cilj zaključenog pravnog posla, već se radi postizanja pravnog dejstva pravnih poslova zadovoljava ispunjenjem određenih formalnosti. U nerazvijenim pravima pravni poslovi su strogo formalni i apstraktni, što znači da njihovo pravno dejstvo nastupa ispunjenjem određenih formalnosti. Pravo vremenom napušta načelo apstraktnosti i pravni poslovi postaju kauzalni, tj. njihovo pravno dejstvo čini zavisnim od razloga zbog kojih se zaključuju. Priznavanje pravne relevantnosti cilju radi kojeg strane zaključuju ugovor je dokaz da se pravo više ne zadovoljava ispunjenjem određenih formalnosti radi postizanja dejstva ugovora, već se pažnja usmerava na njegovu sadržinu, što uvek treba razmatrati u svetlu cilja koji strane žele da postignu njegovim zaključenjem. Ukoliko je u jednom pravnom poretku u većoj meri prisutna konsensualnost i kauzalnost pravnih poslova, utoliko je ono razvijenije, i obrnuto, ukoliko u većoj meri pridaje značaj formalizmu i apstraktnom dejstvu pravnih poslova, utoliko je ono nerazvijenije.

Ovaj razvojni put lepo pokazuje razvoj pravnih poslova u rimskom pravu koji je tekao od formalizma i apstraktnosti u arhaičnom periodu do značajnog stepena konsensualnosti i kauzalnosti u klasičnom. Da je rimsko pravo ostalo na svom prvobitnom stepenu razvoja, koji karakterišu izraziti formalizam i apstraktnost pravnih poslova, danas najverovatnije ne bi bilo predmet izučavanja, već bi palo u zaborav kao ostala arhaična prava. Ovaj razvoj bi sigurno doveo do uobličenja opšteg pojma ugovora u rimskom pravu, koji je neophodan uslov teorijskog promišljanja kauze ugovora u savremenom smislu, da nije zaustavljen dekadencijom pravne

nauke u postklasičnom periodu. Rimsko pravo nije poznavalo pojam apstraktnog pravnog posla u savremenom smislu reči, jer činjenici da li je kauza pravnog posla vidljiva ili nije „rimska pravna nauka nije pridavala veći značaj“[1], ali je poznavala određene pravne poslove, kod kojih se ne vidi cilj radi kojeg se strane obavezuju, kao što su bili stipulacija, akceptilacija ili oprost duga.[2]

Razvojem robnonovčanih odnosa rimsko pravo je sve više vodilo računa o sadržini ugovora, te prvobitni formalizam i apstraktnost[3] potiskuju konsensualnost i kauzalnost.[4] Najbolji primer na kojem se može pokazati ovaj razvojni put je svakako stipulacija (*stipulatio*). Stipulacija je najznačajniji ugovor u rimskom pravu, jer su pomoću nje rešavani različiti pravni problemi za koje sistem tipičnih ugovora, sa unapred određenom sadržinom i formom, nije imao rešenje.[5] Ona je prisutna tokom celog razvoja rimskog prava, ali vremenom prolazi kroz suštinske promene. U početku je izrazito formalan i apstraktan pravni posao sa religijskom sadržinom.[6] Obaveza nastaje izgovaranjem tačno određenih reči.[7] Svaka greška u izgovaranju stipulacione formule dovodi do njene nevažnosti. Ovakav koncept stipulacije odgovara zatvorenoj kućnoj privredi Rima i arhaičnom periodu u razvoju rimskog prava. Vremenom, međutim, robnonovčana privreda uzima maha i ugovori se zaključuju u daleko većem broju. U takvom novom okruženju stipulacija gubi na formalnosti. Ona se mogla zaključiti izgovaranjem i drugih reči koje imaju isto značenje kao *spondesne* - *spondeo*, kao i na nekom drugom jeziku, a ne samo na latinskom. Na tom putu od formalnosti ka konsensualnosti, stipulacija gubi i svoj apstraktni karakter i postaje kauzalan pravni posao. Kauzalnost u stipulaciju prodire iz dva pravca. S jedne strane,

---

[1] V. Antun MALENICA, *O rimskom pogledu na kauzu posla, kauzu obligacije i kauzu prestacije u kontraktima*, Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1-2/2008, str. 167-198, na ctr. 186.

[2] V. MALENICA, *O rimskom ...*, op. cit. ctr. 180.

[3] „Iz kombinacije formalizma i religijsko-magijskih formula proizišla je i apstraktnost pravnih poslova“ u arhaičnom rimskom pravu. „Jednom zaključen u propisanoj formi, posao proizvodi pravno dejstvo, a da pri tome ne vodi računa o kauzi, razlogu zbog koga je posao zaključen i ekonomskom cilju koji se želi postići.“ MALENICA, *Rimsko pravo*, 8. izdanje, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2008 (1. izdanje 1995), str. 64.

[4] U klasičnom rimskom pravu „kauzalnost postaje bitno obeležje pravnih poslova“. MALENICA, *Rimsko pravo*, op. cit. str. 78.

[5] „ ... stipulacijom su popunjavane praznine kada su novonastali ekonomski odnosi iziskivali pravnu zaštitu“. MALENICA, *Rimsko pravo*, op. cit. str. 343.

[6] V. Andrija GAMS, *Apstraktni pravni poslovi*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1/1964, str. 52-67, na str. 52.

[7] V. MALENICA, *Rimsko pravo*, op. cit. str. 343.

strane su stipulaciju mogle formulisati tako da sadrži naznačenje kauze. Takva stipulacija je gubila svojstvo apstraktnosti i bila kauzalan pravni posao po nameri strana.[8] S druge strane, rimsko pravo je pod uticajem *ius*-a *gentium* i principa *bona fides* koji *ius gentium* uvodi u *ius civile* počelo da vodi računa o kauzi stipulacije i u onim slučajevima kada je strane nisu unele u stipulacionu formulu. Tako, promisor je u slučaju prevare (neispunjenja obaveze druge ugovorne strane, izostanka realizacije kauze ugovorne obaveze) mogao da podnese prigovor prevare (*exceptio doli*).[9] U klasičnom pravu više nije sporno da je stipulacija kauzalan ugovor. Ona je i dalje *verbis* ugovor po Gajevoj podeli, jer nastaje usmeno, izgovaranjem određenih reči, ali je kauzalna. Pored prigovora prevare postoje i drugi instrumenti koji ukazuju na kauzalnost stipulacije, kao što su *exceptio non numeratae pecuniae* i *querella non numeratae pecuniea*.[10] Svoj razvojni put stipulacija završava u Justinijanovom pravu u kojem je ona literarni kontrakt, jer je morala da bude zaključena u formi pisane isprave (*instrumentum stipulationis*).[11] Međutim, stipulacija trpi još jednu promenu, promenu na planu kauzalnosti, što je u pogledu ovog istraživanja važnije. Justinijan je, naime, propisao da stipulator mora da dokaže postojanje kauze, ukoliko nije naznačena u ispravi o stipulaciji.[12] Prema tome, poverilac je radi prinudnog ostvarenja potraživanja iz stipulacije morao da dokaže postojanje kauze, razloga zbog kojeg je ona nastala, osim ako je bila naznačena u ispravi o stipulaciji. Jasno je da se između stipulacije u arhaičnom periodu i one u Justinijanovom pravu ne može povući paralela. U arhaičnom periodu ona je apstraktan i strogo formalan usmeni pravni posao sa religijskim obeležjem, dok je u Justinijanovom pravu kauzalan i literaran kontrakt bez religijskih obeležja.

Svoj vrhunac načelo kauzalnosti pravnih poslova dostiže sa bezimenim sinalagmatičnim ugovorima i pružanjem pravne zaštite paktima. Oni su mogli da budu osnov na kojem je rimsko pravo moglo da razvije opšti

---

[8] V. Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, University Press, Oxford, 1996, str. 92.

[9] „ ... si quis sine causa ab aliquot fuerit stipulates, deinde ex ea stipulation experiatur, exception utique doli mali ei nocebit …". *D. 44.4.2.3. Ulpianus libro septuagensimo sexton ad edictum*. Navedeno prema ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, op. cit. str. 550.

[10] V. Henri CAPITANT, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, 3e édition, Librairie Dalloz, Paris, 1927 (1e édition 1923), str. 100, t. 44; MALENICA, *Rimsko pravo*, op. cit. str. 343.

[11] *Codex VIII.37.14*. Instrumentum stipulationis se u praksi javlja već u Ciceronovo vreme. V. Dragomir STOJČEVIĆ, *Rimsko obligaciono pravo*, drugo prerađeno izdanje, Naučna knjiga, Beograd, 1957, str. 58.

[12] V. STOJČEVIĆ, *Rimsko obligaciono pravo*, op. cit. str. 344.

pojam ugovora, neminovan pratilac kauzalnosti pravnih poslova, koji postoji u savremenom pravu. Do toga nije došlo usled krize „u koju imperija zapada tokom postklasičnog perioda, a koju prati i dekadencija pravne nauke“.[13]

Dalji logički razvoj kauzalnosti pravnih poslova predstavlja rad glosatora, koji unapređuju ideju klasičnih rimskih pravnika o zaštićenim i nezaštićenim paktima. Glosatori ovim pojmovima daju novo značenje i sve sporazume (bili oni pakti ili kontrakti) dele na utužive (*pacta vestita*) i neutužive (*pacta nuda*).[14] Međutim, to više nije era rimskog prava, već doba njegove postepene recepcije u Evropi i daljeg razvoja pojma kauze ugovora na tekovinama rimske pravne zaostavštine.

Nakon propasti Zapadnog rimskog carstva, u doba ranog feudalizma pravno-civilizacijsko dostignuće rimskog prava na planu ugovornog prava pada u zaborav. U ovom periodu se ekonomija zasnivala uglavnom na naturalnoj razmeni dobara, što nije pogodovalo razvoju ugovornog prava. Stoga dolazi do ponovnog oživljavanja apstraktnosti i formalizma pravnih poslova, dok se značaj načela konsensualnosti gotovo marginalizuje.[15] Konsensualizaciju formalnih pravnih poslova nameće tek potreba brže i slobodnije razmene materijalnih dobara u periodu razvijenog feudalizma.[16] Smatra se da je proces nastanka savremenog koncepta konsensualnosti okončan krajem XVI i početkom XVII veka.[17] To je vreme u kojem nastaju prva doktrinarna dela o kauzi ugovora[18] i zahtev da pravni poslovi budu kauzalni, da se iz njihove sadržine vidi radi kojih ciljeva se zaključuju. Stoga je u savremenom pravu načelo apstraktnosti svedeno na nivo izuzetka[19], pri čemu se poima različito u pojedinim pravnim porecima.

---

[13] MALENICA, *O rimskom ...*, op. cit. ctr. 193.

[14] V. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, op. cit. str. 538.

[15] V. Slobodan PEROVIĆ, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Naučna knjiga, Beograd, 1964, str. 19.

[16] V. PEROVIĆ, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, op. cit. str. 6.

[17] Za označavanje momenta nastanka savremenog koncepta konsensualnosti ugovora simbolično se uzima slikovita rečenica francuskog autora Lojsela (Loysel) iz 1607. godine: „Volovi se vežu za rogove, a ljudi za reči; prosta obećanja su pravno važeća kao i rimska stipulacija“. V. Loysel A., Institutes coutumières, 1607, liv. III, tit. I, max. 2. Citirano prema V. Marcel PLANIOL, Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol, 2e édition par Paul ESMEIN, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1952-60, (1e édition 1925-34), korišćeno izdanje iz 1930. godine, tom šesti, str. 119. Prevod citata prema PEROVIĆ, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, op. cit. str. 9.

[18] V. Jožef SALMA, *Obligaciono pravo*, šesto izdanje, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2009 (1. izdanje 1988), str. 293.

[19] V. SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 354.

Apstraktnost pravnih poslova u savremenom evropskom pravu

Apstraktno dejstvo pravnih poslova u nemačkom pravu

Nemačka doktrina poznaje podelu pravnih poslova na poslove *Verpflichtung* i *Verfügung*, što je u kontekstu razmatranja kauzalnih i apstraktnih pravnih poslova od velikog značaja. *Verpflichtung* označava pravni odnos između poverioca i dužnika koji nastaje na osnovu pravnog posla ili zakona, po kojem poverilac stiče pravo da zahteva ispunjenje od dužnika.[20] Prema tome, pojam *Verpflichtung* podrazumeva izvorni nastanak obligacionog odnosa, stvaranje imovinskopravnih zahteva koji se mogu istaknuti prema dužniku.[21] Za razliku od *Verpflichtung*-a, *Verfügung* podrazumeva sve slučajeve u kojima se ne stvara novi zahtev prema dužniku, već se samo prenosi, opterećuje, ukida ili menja neko pravo.[22] Prema tome, *Verfügung* nije prosta faktička, već pravna radnja, tj. pravni posao.[23] Značenje načela apstraktnog dejstva pravnih poslova je različito u ovim dvema vrstama pravnih poslova.

O apstraktnosti pravnih poslova u nemačkom pravu može se govoriti u širem u užem smislu. U širem smislu podrazumeva da važenje jednog pravnog posla ne zavisi od nekog drugog, tj. da se prigovori iz drugog pravnog posla ne mogu upotrebiti radi odbijanja ispunjenja obaveze iz prvog.[24] Prema tome, u ovom širem smislu, pravni poslovi *Verfügung*, tj. pravni poslovi kojima se ne stvaraju imovinska prava i obaveze su apstraktni. Oni služe ostvarenju nekog drugog pravnog posla, kauzalnog, kojim se između istih strana izvorno stvaraju prava i obaveze. Oni se zaključuju kako u domenu stvarnog[25], tako i obligacionog prava[26]. Apstrakt-

---

[20] V. Wolfgang FIKENTSCHER, Andreas HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, de Gruyter Rechtswissenschaftsverlag, Berlin, 2006 (1. Auflage 1964), str. 44.

[21] Za označavanje pravnih poslova *Verpflichtung* se u domaćoj literaturi upotrebljava i sintagma pravni poslovi obavezivanja. V. Dejan B. ĐURĐEVIĆ, *Neutralni pravni poslovi*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu br. 2/100, str. 77-107, na str 87, fn. 41.

[22] V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 44. Ovi pravni poslovi se u domaćoj literaturi označavaju kao pravni poslovi raspolaganja. V. ĐURĐEVIĆ, *Neutralni pravni poslovi*, op. cit. str. 87, fn. 41.

[23] V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 44.

[24] V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 41.

[25] Apstraktni pravni poslovi *Verfügung* u domenu stvarnog prava su ugovori kojima se prenosi pravo svojine na stvari (*Übereignung*), kako na nepokretnim stvarima na osnovu §925. Nemačkog građanskog zakonika, tako i na pokretnim stvarima na osnovu §929. Oni su po svom dejstvu nezavisni od pravnog posla *Verpflichtung* na osnovu kojeg su zaključeni. V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 41.

[26] Apstraktni pravni poslovi *Verfügung* u domenu obligacionog prava su: otpust duga, ustupanje potraživanja, prebijanje i prenov potraživanja. V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 42. Slično, apstraktna je po svom dejstvu i punomoć, jer je

nost pravnog posla *Verfügung* znači da nedostatak u kauzalnom pravnom poslu, tj. u pravnom poslu *Verpflichtung* koji mu je poslužio kao osnov, ne utiče na njegovu punovažnost.[27]

U nemačkom pravu, međutim, postoje i apstraktni pravni poslovi kojima se stvaraju prava i obaveze (*abstrakte Schuldverträge*).[28] Pravni poslovi *Verpflichtung* samo izuzetno imaju apstraktno dejstvo. To su: obećanje duga, priznanje duga, asignacija, obveznice na donosioca, menica i ček[29], od kojih su najznačajniji obećanje duga (*Schuldversprechen*) i priznanje duga (*Schuldanerkenntnis*), jer se tradicionalno ističu kao primer apstraktnih pravnih poslova u nemačkom pravu.

Obećanje i priznanje duga

Nemački građanski zakonik propisuje da je punovažan ugovor, kojim se prostim obećanjem ispunjenja prestacije stvara obaveza, ukoliko je sačinjen u pisanoj formi, osim ako nije predviđena naročita forma, s tim da se obećanje duga (*Schuldversprechen*) ne može dati u elektronskom obliku.[30] Obećanje duga je punovažno bez obzira na razlog zbog kojeg se dužnik obavezuje.[31] Ono je apstraktni pravni posao, te ne može da nastane u bilo kojoj formi, već se za njegovu punovažnost zahteva pisana forma, osim ako je za posebne slučajeve priznanja duga propisana neka drugačija forma.[32]

Zakonik uređuje i institut priznanja duga (*Schuldanerkenntnis*), na način vrlo sličan obećanju duga. Propisuje da je ugovor kojim se potvrđuje postojanje duga punovažan, ukoliko je zaključen u pisanom obliku, osim ako je propisana neka druga forma, s tim da je isključena mogućnost davanja izjave o priznanju duga u elektronskom obliku.[33] Priznanje duga nema samo deklarativni značaj, na šta bi ukazivao njegov naziv, već kon-

---

ona nezavisna od osnovnog pravnog posla *Verpflichtung* (ugovora o nalogu, ugovora o službi, ugovora o staranju o tuđim poslovima i sl.) na osnovu kojeg je izdata. V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 41.

[27] V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 41. i 42.

[28] V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 42.

[29] Ibidem.

[30] V. §780. Nemačkog građanskog zakonika.

[31] V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 682.

[32] Zakonik propisuje i izuzetak od zahteva pisane forme: izjava o obećanju duga ne mora da bude data u pisanom obliku, ukoliko se obećanje duga vrši na osnovu obračuna potraživanja ili radi poravnanja. V. §782. Nemačkog građanskog zakonika.

[33] V. §781. Nemačkog građanskog zakonika.

Kao i u slučaju obećanja duga, izjava o priznanju duga ne mora da bude data u pisanom obliku, ukoliko se ona vrši na osnovu obračuna potraživanja ili radi poravnanja. V. §782. Nemačkog građanskog zakonika.

stitutivni. I priznanje duga je apstraktan pravni posao, jer u njemu ne mora da bude naznačen osnovni pravni posao iz kojeg je obaveza nastala.[34]

Obećanje i priznanje duga su prema Nemačkom građanskom zakoniku apstraktni pravni poslovi, jer su punovažni bez obzira na razloge zbog kojih ih dužnik zaključuje.[35] Doktrina ističe da i oni imaju kauzu, ali se ona ne ogleda u postizanju nekog ekonomskog efekta, već u volji strana da obavezu učine nezavisnom od svih mogućih prigovora iz osnovnog, kauzalnog pravnog posla.[36]

Postavlja se, međutim, pitanje da li se mogu smatrati apstraktnim pravnim poslovima i po svom dejstvu, a ne samo po nastanku, odnosno da li kod njih razlozi iz kojih dužnik zaključuje ove pravne poslove gube svaku pravnu relevantnost. Njihovo apstraktno dejstvo je izraženije od apstraktnih pravnih poslova u drugim pravnim porecima, jer nisu samo dokazne, već konstitutivne prirode.[37] Ipak, ni ovi pravni poslovi ne prekidaju u potpunosti vezu sa razlozima zbog kojih su zaključeni, što znači da nemaju apstraktno dejstvo u pravom smislu reči. Njihova kauzalnost dolazi do izražaja na dva načina. Moguće je da strane u ispravi o obećanju ili priznanju duga istaknu osnov preuzimanja obaveze, tj. naznače kauzalni pravni posao na osnovu kojeg vrše priznanje ili obećanje duga. To je tzv. deklarativno ili kauzalno priznanje, odnosno obećanje duga (*deklaratorische oder kausale Schuldversprechen, -anerkentnnis*).[38] Budući da u ovom slučaju obećanje i priznanje duga zadržavaju kauzalni karakter, nije neophodno da ih strane sačine u naročitoj formi.[39] Njihova kauzalnost, međutim, u pravom smislu reči dolazi do izražaja u kontekstu primene pravila o sticanju bez osnova. Dužnik koji je ispunio obavezu iz obećanja ili priznanja duga može da zahteva povraćaj datog po osnovu pravila o neosnovanom obogaćenju[40], koja omogu-

---

[34] V. Saša NIKŠIĆ, *Kauza obveze i srodni instituti u poredbenom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, br. 4/2006, str. 1057-1102, str. 1088.

[35] Ibidem.

[36] V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 683.

[37] V. Uwe HÜFFER in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2007 (1. Auflage 1977), korišćeno prvo izdanje, Band 3, Halbband 2, str. 833, t. 2.

[38] V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 683.

[39] U ovom smislu se izjašnjava i nemačka sudska praksa. V. na primer presude br. RGZ 135, 219; BGHZ 1, 181; 17, 252; BGH LM Nr 5 zu §157 (D) BGB; BGH WM 59, 406; WM 62, 742 i BGH NJW 63, 2316. Navedeno prema FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 683.

[40] Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 14. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987 (1. Auflage 1953), korišćeno 12. izdanje iz 1981. godine, Band II:Besonderer Teil, str. 484.

ćavaju povraćaj ne samo zbog toga što ispunjenje obaveze nije imalo punovažan titulus, već i zbog toga što se nije ostvario njen rezultat. Stoga se obećanje i priznanje duga u nemačkom pravu, s razlogom, smatraju ograničenim apstraktnim pravnim poslovima.[41]

Apstraktno dejstvo pravnih poslova u švajcarskom pravu

Švajcarski zakonik o obligacijama u odredbi pod naslovom „osnov obavezivanja" propisuje da je priznanje duga punovažno i bez naznačenja osnova obavezivanja.[42] Prema tome, Zakonik u ovoj odredbi uređuje institut priznanja duga, slično institutima priznanja i obećanja duga u Nemačkom građanskom zakoniku, koji se odnosi na pretpostavku postojanja titulusa nastanka obaveze, tj. na mogućnost apstraktnog dejstva pravnih poslova. Međutim, neophodno je preciznije utvrditi njeno značenje i domen primene.

U doktrini se ističe da se sadržina ove odredbe svodi na pitanje da li je osnov obavezivanja vidljiv iz sadržine pravnog posla ili nije. Ukoliko je vidljiv, radi se o kauzalnom pravnom poslu, ako nije, u pitanju je apstraktni pravni posao. U kauzalnim pravnim poslovima razlog obavezivanja je pravno relevantan, jer su ga strane svesne i unose ga u sadržinu pravnog posla, pri čemu slobodno odlučuju da li će zaključiti kauzalni ili apstraktni pravni posao.[43]

Pravni značaj razlike između kauzalnog i apstraktnog pravnog posla je u teretu dokazivanja.[44] Poverilac iz kauzalnog pravnog posla može da zahteva ispunjenje obaveze dužnika samo ako je dokazao postojanje osnova obavezivanja, dok dužnik može da odbije zahtev poverioca za ispunjenje, ako osnov obavezivanja ima neki nedostatak ili ne postoji.[45] Za razliku od kauzalnog, poverilac iz apstraktnog pravnog posla ne mora da dokaže postojanje osnova obavezivanja radi ostvarenja svog potraživanja.[46] Prema tome, apstraktni pravni posao u švajcarskom pravu

---

[41] V. Arthur T. VON MEHREN, *Civil-Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis*, Harvard Law Review, vol. 72/1959, issue 6, str. 1009-1078, na str. 1015.

[42] Čl. 17. Švajcarskog zakonika o obligacijama.

[43] V. KOLLER u: Theo GUHL, *Das Schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9. Auflage bearbeitet von KOLLER, Alfred, SCHNYDER, Anton K., DRUEY, Jean Nicolas, Schulthess, Zürich, 2000 (1. Auflage 1933), str. 100, t. 25.

[44] V. KOLLER u: GUHL, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, op. cit. str. 100-101, t. 26.

[45] V. Presudu Vrhovnog suda Švajcarske br. BGE 100 III 86. Navedeno prema KOLLER u: GUHL, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, op. cit. str. 101, t. 26.

[46] V. Eugen BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Schulthess, Zürich, 1988 (1. Auflage 1979), korišćeno prvo izdanje, str. 54.

olakšava ostvarivanje potraživanja poverioca, tj. ima dokazno dejstvo (tzv. *Beweisabstraktheit*)[47], jer nakon priznanja duga obaveza dokazivanja postojanja obaveze više nije na poveriocu. Postojanje duga se sada pretpostavlja i na dužniku je teret dokazivanja da on ne postoji.[48] Dakle, za priznanje duga je neophodno da on već postoji, te ima samo deklarativno dejstvo, za razliku od nekih slučajeva priznanja duga u Nemačkom građanskom zakoniku, koji mogu da budu i konstitutivnog karaktera.[49] Iz deklarativnog dejstva priznanja duga proizilazi da može biti učinjeno konsensualno, tj. u bilo kojoj formi.[50]

Apstraktno dejstvo pravnih poslova u austrijskom pravu

Pitanje mogućnosti apstraktnog dejstva pravnih poslova u austrijskom pravu zavisi od njihove vrste. U literaturi se izričito ističe da su svi tzv. pravni poslovi obavezivanja, tj. pravni poslovi kojima se stvaraju prava i obaveze (*Verpflichtungsgeschäfte*)[51] kauzalni, te u načelu nema apstraktnog obavezivanja u pravom smislu reči, obavezivanja bez kauze. Kauza pravnih poslova obavezivanja se identifikuje u ekonomskom cilju, u razmeni ekonomskih dobara (*wirtschatflicher Zweck*).[52] Ovi pravni poslovi ne mogu da budu apstraktni, jer bi se time stvorila mogućnost da se pomoću njih prikriju ciljevi strana protivni interesima javnog poretka.[53] Za razliku od njih, pravni poslovi kojima se ne stvaraju prava i obaveze, već se samo raspolaže njima (*Verfügungsgeschäfte*), kauzalni su, ukoliko se zasnivaju na punovažnom pravnom osnovu, titulusu (*Rechtsgrund*), odnosno apstraktni, ukoliko njihova punovažnost ne zavisi od postojanja titulusa.[54] I oni su, po pravilu, apstraktni jer Austrijski građanski zakonik za sticanje prava svojine, pored na-

---

[47] V. KOLLER u: GUHL, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, op. cit. str. 100-101, t. 26.

[48] V. Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND (Hrsg.), *Basler Komentar Obligationenrecht I (Art. 1-529. OR)*, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007, str. 141.

[49] V. NIKŠIĆ, *Kauza obveze i srodni instituti u poredbenom pravu*, op. cit. str. 1087.

[50] Ibidem.

[51] Pravnim poslovima obavezivanja (*Verpflichtungsgeschäfte*) se smatraju oni kojima se stvaraju obaveze koje treba ispuniti u budućnosti (na primer ugovor o kupoprodaji), dok se pravnim poslovima kojima se raspolaže već postojećim pravima i obavezama (*Verfügungsgeschäfte*) samo ustupaju, menjaju ili ukidaju prava (na primer, cesija potraživanja). V. Helmut KOZIOL, Rudolf WELSER, *Bürgerliches Recht*, Band I (*Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*) vom Helmut KOZIOL, 11. Auflage, Manz, Wien, 2000 (1. Auflage 1970-1971), korišćeno 11. izdanje iz 2001. godine, str. 106.

[52] V. KOZIOL-WELSER, *Bürgerliches Recht*, Band I, op. cit. str. 107.

[53] Ibidem.

[54] Ibidem.

čina sticanja, zahteva i postojanje punovažnog titulusa.[55] Titulus je u najvećem broju slučajeva jedan drugi pravni posao, i to posao kojim se stvaraju prava i obaveze (*Verpflichtungsgeschäfte*)[56], koji ukazuje na postojanje privrednog cilja radi kojeg se oba pravna posla preduzimaju.[57]

Apstraktno dejstvo pravnih poslova u francuskom pravu

Francuski građanski zakonik izričito propisuje da svaka ugovorna obaveza mora da ima stvarnu i dopuštenu kauzu. Ona, međutim, ne mora da bude vidljiva iz sadržine ugovora. Pretpostavlja se da sporazum ima kauzu i ako nije izražena.[58] I apstraktni pravni poslovi (*billet non cause*) imaju kauzu, jedino se ona ne vidi iz njihove sadržine.[59] Apstraktnost određenih vrsta pravnih poslova, pre svega hartija od vrednosti, kao što je menica, služi njihovoj lakšoj cirkulaciji na tržištu i efikasnijem ostvarivanju prava iz njih.[60] Pravno dejstvo apstraktnog pravnog posla nastupa potpisivanjem isprave od strane dužnika iz takvog posla.[61] Nastankom obaveze se pretpostavlja da apstraktni pravni posao ima kauzu, te se njeno postojanje ne mora dokazati radi ostvarivanja potraživanja poverioca.[62]

Iz formulacije odredbe Zakonika bi proizilazio zaključak da se pretpostavka postojanja kauze obaveze u apstraktnom pravnom poslu primenjuje ne samo u odnosima između poverioca i dužnika, već i prema trećim licima.[63] Međutim, Vrhovni kasacioni sud je zauzeo stav da apstraktnost pravnog posla ne deluje prema trećim licima. Stoga, ukoliko poverilac želi da ostvari neko pravo iz apstraknog pravnog posla prema trećem licu, treba da dokaže postojanje kauze obaveze dužnika.[64]

---

[55] V. §380. Austrijskog građanskog zakonika.

[56] V. KOZIOL-WELSER, *Bürgerliches Recht*, Band I, op. cit. str. 107.

[57] V. KOZIOL-WELSER, *Bürgerliches Recht*, Band I, op. cit. str. 108.

[58] V. čl. 1132. Francuskog građanskog zakonika.

[59] V. François TERRÉ, Phillipe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, 9e édition, Dalloz, Paris, 2005, str. 260, t. 335; Vladimir KAPOR, *Neosnovano obogaćenje u građanskom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1951, str. 100.

[60] V. TERRÉ-SIMLER-LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, op. cit. str. 260, t. 335.

[61] V. CAPITANT, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, op. cit. str. 368, t. 165; TERRÉ-SIMLER-LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, op. cit. str. 261, t. 335.

[62] Ibidem.

[63] V.TERRÉ-SIMLER-LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, op. cit. str. 262, t. 335.

[64] V. odluku Vrhovnog kasacionog suda br. Req. 14 janv. 1941, S. 1941.1.110. Navedeno prema TERRÉ-SIMLER-LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, op. cit. str. 262, t. 335, fn. 5.

Apstraktno dejstvo pravnih poslova prema Zakonu o obligacionim odnosima Republike Srbije

Postojanje punovažne kauze ugovora se u našem pravu pretpostavlja. Zakon o obligacionim odnosima, naime, propisuje da se pretpostavlja da ugovorna obaveza ima osnov i onda kada on nije izražen.[65] Prema tome, svaki ugovor, odnosno svaki pravni posao, jer se odredbe Zakona o obligacionim odnosima o ugovorima shodno primenjuju i na druge pravne poslove[66], mora da ima dopušten osnov.

Pitanje apstraktnosti, međutim, treba posmatrati odvojeno u slučaju pravnih poslova kojima se stvaraju obligacioni odnosi u širem smislu i u slučaju pravnih poslova kojima se raspolaže već nastalom obligacijom. Obligacioni odnos u širem smislu obuhvata sva prava i obaveze, tj. sve obligacije koje nastanu između strana[67], dok se pod obligacijom ili obligacionim odnosom u užem smislu podrazumeva konkretno potraživanje poverioca i obaveza dužnika, kao korelativnih pojmova.[68] Dejstvo apstraktnosti se razlikuje u ovim dvema kategorijama pravnih poslova.

Za prvu grupu ugovora bez izuzetka važi pravilo da moraju da imaju stvarnu i dopuštenu kauzu. U ovom smislu se izjašnjava i sudska praksa. U jednom slučaju iz 2007. godine Viši trgovinski sud je izričito utvrdio da u našem pravu ne postoje apstraktni ugovori u pravom smislu reči, tj. ugovori koji bi imali pravno dejstvo bez kauze, jer svaka ugovorna obaveza mora da ima osnov. Osnov postoji u svim ugovorima, jedino što je kod kauzalnih izražen, dok kod apstraktnih nije. Apstraktnost ugovora samo olakšava poziciju poverioca, jer ne mora da dokaže postojanje osnova, već se teret dokazivanja prebacuje na dužnika. On treba da dokaže da osnov ne postoji ili nije punovažan.[69] Apstraktni pravni poslovi na ovaj način doprinose efikasnijem i ekonomičnijem odvijanju pravnog prometa.[70]

Dakle, apstraktnost pravnih poslova kojima se izvorno stvaraju obligacioni odnosi ne sme se tumačiti u užem smislu, u smislu apstraktnog dejstva, tj. dejstva potpuno nezavisnog od kauze njegovog nastanka, već samo u smislu da kauza nije vidljiva iz sadržine pravnog posla. I oni imaju kauzu koja postaje pravno relevantna na tri načina. Najpre, imajući u

---

[65] V. čl. 51. st. 3. ZOO.

[66] V. čl. 25. st. 3. ZOO.

[67] V. Mihailo KONSTANTINOVIĆ, *Obligaciono pravo, prema beleškama sa predavanja*, Savez studenata Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 1965 (priredio prof. dr Vladimir Kapor), str. 10.

[68] V. KONSTANTINOVIĆ, *Obligaciono pravo, prema beleškama sa predavanja*, op. cit. str. 4.

[69] V. rešenje Višeg trgovinskog suda br. Pž 1915/2007 od 1. marta 2007. godine.

[70] V. SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 354.

vidu da apstraktni pravni poslovi nastaju tako što strane apstrahovanjem i prikrivanjem cilja pretvaraju kauzalni pravni posao u apstraktni, strane uvek mogu svojim sporazumom da pretvore apstraktni pravni posao u kauzalan.[71] Zatim, dužnik kauzu može da učini pravno relevantnom svojim prigovorom u postupku naplate potraživanja pokrenutim od strane poverioca iz apstraktnog pravnog posla[72], s tim da u tom slučaju na njega prelazi teret dokazivanja da kauza ne postoji ili nije dopuštena. I, najzad, kauza će se utvrditi u apstraktnom pravnom poslu i po službenoj dužnosti suda, ukoliko sud proceni da su prikrivanjem stvarne kauze strane u apstraktnom pravnom poslu želele da postignu cilj koji vređa javne interese.[73] U ovu grupu apstraktnih pravnih poslova, kojima se izvorno stvaraju obligacioni odnosi, spadaju, na primer, menica i ček, jer se iz njih ne vidi razlog menične, odnosno čekovne obaveze.[74] I oni imaju, dakle, kauzu, samo što kod njih ona nije jasno izražena, nije vidljiva[75], što znači da je suština apstraktnih pravnih poslova kojima se stvaraju obligacioni odnosi, u našem pravu, svedena na pitanje vidljivosti kauze iz sadržine ugovora.

U drugu grupu spadaju pravni poslovi kojima se izvorno ne stvaraju obligacioni odnosi, već se samo raspolaže nastalom obligacijom ili stvaraju sporedna potraživanja. Doktrina smatra da u ovu grupu spadaju asignacija, jemstvo, cesija i preuzimanje duga.[76] Ističe se da su i ovi pravni poslovi kauzalni, odnosno da njihova apstraktnost znači samo nevidljivost kauze iz njihove sadržine, tj. da se razlog njihovog nastanka nalazi u jednom drugom pravnom poslu ili razlogu koji je van apstraktnog pravnog posla.[77] Ova ocena je tačna. Međutim, za razliku od prve grupe apstraktnih pravnih poslova, kojima se izvorno stvaraju obligacioni odnosi, apstraktni pravni poslovi iz druge grupe uvek proizvode pravno dejstvo, bez obzira na cilj radi kojeg su preduzeti. U tom smislu se i izjašnjava Zakon o obligacionim odnosima u vezi sa preuzimanjem duga, na primer, propisujući da preuzimalac duga ne može da istakne prema poveriocu prigovore koji proističu iz njegovog odnosa sa dužnikom koji je bio osnov preuzimanja duga.[78] Prema tome, neostvarenje cilja radi kojeg je preuzimalac preuzeo dug dužnika ne

---

[71] V. Slobodan PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, knjiga prva, 7. izdanje, Službeni list SFRJ, Beograd, 1990 (1. izdanje 1968), str. 240.

[72] Ibidem.

[73] Ibidem.

[74] Ibidem.

[75] V. SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 355.

[76] V. Mihajlo VUKOVIĆ, *Obvezno pravo*, knjiga druga, Školska knjiga, Zagreb, 1964, str. 57.

[77] V. GAMS, *Apstraktni pravni poslovi*, op. cit. str. 64.

[78] V. čl. 450. st. 2. ZOO.

utiče na pravno dejstvo preuzimanja duga. To znači da je preuzimanje duga samostalni apstraktni pravni posao, jer proizvodi pravno dejstvo nezavisno od kauze radi koje je zaključen.[79] Ovaj stav podržava i sudska praksa koja smatra da ostvarenje pobude preuzimaoca duga ne utiče na punovažnost ugovora o preuzimanju duga.[80] Slično pravilo Zakon propisuje i u vezi sa asignacijom[81] i bankarskom garancijom „bez prigovora"[82]. Ovakvo apstraktno dejstvo ima i punomoćje. Punovažnost punomoćja ne zavisi od punovažnosti ugovor o nalogu na osnovu kojeg je nastalo.[83]

Stoga se zahtev Zakona da svaki pravni posao mora da ima stvarni i dopušteni osnov, odnosi samo na pravne poslove kojima se izvorno stvaraju obligacioni odnosi, ne i na pravne poslove kojima se raspolaže pravima i obavezama iz nastalog obligacionog odnosa. Ovaj stav je potvrđen i u sudskoj praksi. Smatra se da izjava o priznanju duga mora da ima stvarni osnov, odnosno ne može se punovažno dati izjava o priznanju duga, koja nema stvarni i dopušten osnov, jer se odredbe Zakona o osnovu ugovora shodno primenjuju i na ostale pravne poslove[84], tj. apstraktno priznanje duga nema pravno dejstvo.

Zaključak

U savremenim pravnim porecima kauzalnost pravnih poslova je pravilo, dok je apstraktnost izuzetak, s tim da se pojam apstraktnosti tumači drugačije. U arhaičnim pravima ona podrazumeva pravno dejstvo pravnog posla potpuno nezavisno od razloga zbog kojih se zaključuje. Kada se, međutim, u savremenom pravu govori o apstraktnim pravnim poslovima misli se na to da se iz njih neposredno ne vidi razlog zbog kojeg se zaključuju, a ne da stvaraju pravno dejstvo potpuno nezavisno od njega. Pri tome, razlog obavezivanja u pravnom poslu ne mora da bude vidno naznačen, jer se pretpostavlja da on postoji, čak i ako nije izražen.

Stoga je, po oceni autora, primerenije upotrebljavati izraz apstraktno dejstvo pravnog posla, u smislu njegovog mogućeg pravnog dejstva iz-

---

[79] V. u istom smislu Marija KARANIKIĆ-MIRIĆ, *Pravna dejstva preuzimanja duga*, Pravni život, br. 10/2010. str. 841-855, na str. 853.

[80] V. rešenje Višeg privrednog suda, Pž. 614/1999 od 13. maja 1999. godine

[81] V. čl. 1022. st. 1. ZOO.

[82] V. čl. 1087. ZOO.

U smislu apstraktnog dejstva bankarske garancije bez prigovora se izričito izjašnjava i sudska praksa. V. rešenje Višeg trgovinskog suda br. Pž. 1915/2007 od 1. marta 2007. godine.

[83] V. čl. 84. st. 2. ZOO. U istom smislu i: ĐURĐEVIĆ, *Neutralni pravni poslovi*, op. cit. str. 84.

[84] V. rešenje Višeg trgovinskog suda br. Pž 10192/2004 od 21. februara 2005. godine.

među poverioca i dužnika, tj. da poverilac može da ostvari svoje potraživanje iz ovakvog pravnog posla bez obzira na razloge zbog kojih je nastao. Sintagmu apstraktni pravni posao u savremenom pravu bi trebalo izbegavati, jer ona u jezičkom smislu označava vrstu pravnog posla koja je u potpunosti nezavisna od razloga zbog kojih nastaje, dok takvu apstraktnost, barem što se tiče pravnih poslova kojima se izvorno stvaraju prava i obaveze, savremena prava ne dopuštaju.

Naš Zakon o obligacionim odnosima izričito propisuje da svaki ugovor, odnosno svaki pravni posao mora da ima dopuštenu kauzu, kao i da se ona pretpostavlja i onda ako nije izražena. Stoga pravih apstraktnih pravnih poslova, tj. onih koji bi u potpunosti bili nezavisni od svoje kauze, u našem pravu nema, barem što se tiče pravnih poslova kojima se stvaraju prava i obaveze. Pravni poslovi raspolaganja, kojima se raspolaže već nastalim pravima i obavezama (kao što su, na primer, asignacija, jemstvo, cesija, preuzimanje duga i punomoćje), mogu da stvore apstraktno pravno dejstvo, tj. njihovo pravno dejstvo se ostvaruje bez obzira na razlog zbog kojeg su nastali.

Attila Dudás, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Abstract Legal Effect of Juridical Acts in European and Serbian Law

Abstract

In this paper the author gives an overview of the development from abstract to causal juridical acts and explains the abstract legal effect of juridical acts in present-day European civil law (in the law of Germany, Austria, Switzerland and France). He concludes that in contemporary law juridical acts cannot have full abstract legal effect, as in archaic legal orders, because modern legal orders do not allow the creation of claims and debts in a way that entirely excludes the possibility to scrutinize whether a juridical act is null and void for the infringement of public order by its aim.

In relation to the law of Serbia, the author refers to the difference between juridical acts that create obligations, that is claims and debts, and acts by which the parties merely transfer claims and debts already created. This division of juridical acts has its origins in the German legal culture, but it is fairly applicable to the Serbian law, as well. The author points out that the requirement of the Law on obligations, that all juridical acts must have a valid cause, applies without exception to juridical acts imposing an obligation (the so-called *Verpflichtungsgeschäfte*), regardless of whether they are concluded in the form of an abstract of causal act, i.e. whether the purpose of the transaction is determinable from their content. In this context he refers to the standpoint adopted in the doctrine that the cause of juridical acts gains relevance by three means: by the agreement of the parties, objection of the respondent and when the court determines *ex officio* whether the contract is contrary to public order. The author supports the point of view that in Serbian law juridical acts aimed merely to transfer claims and debts already created (the so-called *erfügungsgeschäfte*) may have a legal effect, which is independent from their cause.

For these reasons, the author is of the opinion that in present-day legal orders, hence in Serbian law too, it is more appropriate to use the phrase "abstract legal effect of a juridical act", which refers to a legal effect of an act, whereby the relevance of its cause is reduced or even eliminated, instead of the collocation "abstract juridical act", which connotes a specific type of juridical act, one entirely independent from its cause.

Key words: abstract juridical acts, abstract legal effect of an juridical act, cause of contract

Originalni naučni rad 341.222
doi:10.5937/zrpfns46-2599

Dr Bojan Tubić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ODREĐIVANJE GRANICA NA KOPNU U PRAKSI MEĐUNARODNOG SUDA[1]

Sažetak: *U radu se razmatra nekoliko teritorijalnih sporova, povodom razgraničenja kopnenih teritorija, koje je rešavao Međunarodni sud. Definisanje međudržavnih granica je jedno od najvažnijih pitanja međunarodnog prava i Međunarodni sud predstavlja veoma važnu sudsku instancu kojoj države mogu da se obrate ukoliko imaju nerešeno pitanje granice sa susednim državama. U teritorijalnim sporovima pred njim nisu učestvovale samo države koje su nastajale u procesu dekolonizacije, nego i pojedine evropske države kao što su na primer Holandija i Belgija. Određena načela koja je Sud primenjivao pri rešavanju ovih sporova se i razlikuju s obzirom na region i na zahteve stranaka. Sud treba, pre svega, da primenjuje međunarodno pravo i to one izvore u skladu sa članom 38 svog Statuta. U svojoj dosadašnjoj praksi on je pre svega koristio međunarodne ugovore gde je to bilo moguće, ali je koristio i načelo uti possidetis i načelo efektiviteta kako bi rešio spor koji su stranke iznele pred njega.*

Ključne reči: *Međunarodni sud, granice, teritorijalni sporovi, međunarodni ugovori, uti possidetis, načelo efektiviteta.*

Uvod

Teritorija predstavlja jedan od osnovnih elemenata svake države. Zbog toga je definisanje granica određenih teritorija jedno od najvažnijih pitanja međunarodnog prava. Granice razdvajaju suverenitete među-

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

narodnopravnih subjekata i određuju mesto prostiranja državne vlasti. Države određuju međusobne granice sporazumom, ali postoje slučajevi u kojima to nije moguće uraditi. U skladu sa Poveljom UN svi sporovi pa i oni teritorijalni se moraju rešavati mirnim putem, a upotreba sile je zabranjena. Postojali su razni načini rešavanja sporova – pregovorima, posredovanjem, arbitražama i drugim, ali je danas ove sporove najbolje rešavati pred Međunarodnim sudom. Postoji nekoliko slučajeva teritorijalnih sporova koje je rešavao ovaj Sud i cilj ovog rada je da ih prikaže i otkrije određena pravila ili zakonitosti po kojima je on odlučivao u ovim slučajevima.

Slučaj povodom pograničnog spora (Burkina Faso protiv Republike Mali)[2]

Burkina Faso (pod tadašnjim imenom Gornja Volta) i Republika Mali podneli su na rešavanje Međunarodnom sudu spor koji se odnosio na deo njihove zajedničke granice. U skladu sa tradicionalnim načelom *uti possidetis* Sud je zaključio da sporna granica treba da bude identična sa linijama razgraničenja bivših francuskih kolonija na kraju kolonijalnog perioda.

Teritorije na kojima se sada nalaze Burkina Faso i Republika Mali bile su deo Francuske Zapadne Afrike, čija je kolonijalna vlast započela postupak utvrđivanja granica pojedinih kolonija. Burkina Faso i Mali su nastavili ovaj proces razgraničenja i uspešno ga završili u pogledu dve trećine njihove zajedničke granice koja iznosi oko 1300 kilometara, ali nisu uspeli da se dogovore u pogledu jednog dela zemlje koji se prostirao oko 300 kilometara zapadno od mesta gde se granična linija sreće sa granicom Nigera. Povodom ovog pitanja došlo je do nekoliko oružanih sukoba. Takođe, 1975. godine osnovana je komisija za posredovanje, ali nije uspela da dovede do rešenja spora. Dve strane su se konačno 1983. godine dogovorile da podnesu spor na rešavanje Međunarodnom sudu.

U Posebnom sporazumu kojim su iznele spor pred Sud, strane su izričito navele da žele da se spor reši na osnovu načela nepovredivosti granica nasleđenih iz kolonijalnog perioda. Na osnovu toga, Sud je našao da ne može da zanemari načelo *uti possidetis* koje je primenio kako bi se sačuvalo poštovanje postojećih granica u trenutku kada je dobijena nezavisnost. Sud je dalje analizirao ovo načelo, koje se uprkos tome što je prvobitno bilo regionalnog karaktera razvilo u opšti koncept međuna-

2 Slučaj povodom pograničnog spora (Burkina Faso protiv Republike Mali), presuda od 22. decembra 1986. godine (Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment of 22 December 1986, ICJ Reports 1986.

rodnog običajnog prava. Stav Suda je da je ono logički povezano sa pitanjem dobijanja nezavisnosti i da je posebno povezano sa afričkim kontinentom kako bi se sprečilo da nezavisnost i stabilnost novonastalih država budu ugroženi graničnim sukobima nakon povlačenja kolonijalnih vlasti.[3]

Sud je bio pozvan da reši spor u skladu sa međunarodnim pravom, a ne na osnovu pravde i pravičnosti (*ex aequo et bono*), ali se on ipak pozvao na to da će uzeti u obzir pravičnost *infra legem* koja predstavlja jedan od metoda tumačenja pozitivnog prava. Na primer, Sud je koristio načelo jednakosti kao opravdanje za podelu graničnog basena na dve jednake polovine, jer nije posedovao odgovarajuće dokaze o istorijskom kretanju granice na tom delu. Sud je uzeo u razmatranje i francusko unutrašnje pravo jer je sporna granica bila adimnistrativna granica Francuske Zapadne Afrike.

Sud je odlučivao i o prethodnim pitanjima koje su iznele strane u postupku. Mali je tvrdio da Sud ne može da određuje tačku gde se sporna granična linija spaja sa granicom Nigera, bez pristanka ove države. Međutim, Sud nije prihvatio ovaj stav i doneo je odluku da takvo postupanje ne bi dovelo do zadiranja u suverenitet Nigera, jer se ne donosi odluka koja bi imala dejstvo na treću stranu. Sud je razdvojio određivanje kopnene granice od utvrđivanja kontinentalnog platoa, jer bi u ovom drugom slučaju morao da se proglasi nenadležnim ukoliko u konkretan spor ne budu uključene sve države čiji interesi moraju da se uzmu u razmatranje, u skladu sa međunarodnim pravom.

Burkina Faso je iznela argument da je Republika Mali prihvatila predloge koje je podnela Komisija za izmirenje Organizacije Afričkog Jedinstva. Burkina Faso nije osporavala činjenice da komisija nije završila svoj rad i da nije imala ovlašćenja da donosi obavezujuće odluke, ali je tvrdila da je Republika Mali bila obavezana jednostranom izjavom svog šefa države tokom jednog intervuja da će njegova država poštovati svaku odluku koju donese Komisija za izmirenje. Takođe, Burkina Faso je tvrdila da je druga strana prećutno prihvatila određena pravna načela koja su smatrana primenljivim u toku postupka mirenja, jer su obe države potvrdile da će rešiti spor na osnovu preporuka komisije. Sud je odlučio da u jednostranoj izjavi šefa države Malija ništa nije ukazivalo da je postojala namera na strani ove države da se stvori jedna pravna obaveza putem jednostranog akta. Sud je prihvatio da je moguće da država jednostranom izjavom preuzme određenu obavezu u određenim okolnostima, kao u Slučaju nuklearnih proba. Međutim, Sud je smatrao da u ovom konkretnom

3 Ibid., str. 565, pasus 20.

slučaju postojanja spora između dve države preuzimanje pravne obaveze bi bilo urađeno na tradicionalniji način. Sud je odbio i drugi argument Burkine Faso, jer on mora doneti odluku na osnovu primene međunarodnog prava, bez obzira na pravnu poziciju strana u sporu.

Sud je razmatrao dokaznu vrednost određenih regulatornih tekstova, upravnih saopštenja i dokumenata i kartografskih materijala koje su obezbedile strane u sporu. Sud se pozvao na tadašnju praksu po kojoj su se sudovi oslanjali na karte i on sam ih je razmatrao sa velikom pažnjom i kao dokaze, posebno u vezi sa informacijama koje proističu iz ljudskih aktivnosti, kao što su toponimi i oslikavanje granica i drugih političkih linija. Nakon detaljnog analiziranja materijala i oslanjanja na kolonijalne regulatorne tekstove i povezane pripremne radove, Sud je na kraju utvrdio graničnu liniju koju su strane trebale da odrede na terenu, uz pomoć troje stručnjaka, koje bi Sud imenovao nakon konsultacija sa stranama u sporu.

U odvojenim mišljenjima, *ad hoc* sudije su izrazile jednu opštu saglasnost sa rezonovanjem Suda, ali su izneli i dodatna razmatranja. *Ad hoc* sudija Luher je smatrao da je trebalo obratiti više pažnje na ponašanje i praksu strana u sporu nakon dobijanja nezavisnosti, kako bi se utvrdilo da li su se one prećutno saglasile sa nekom faktičkom situacijom ili su sprečene prigovorom nedoslednosti da iznose određene pravne argumente.[4] Takođe, *ad hoc* sudija Abi-Sab je istakao da načelo *uti possidetis* može da deluje kao jedna fikcija koja je u sukobu sa realnošću, ukoliko je kolonijalna granica samo labavo definisana a sud je mehanički povukao liniju na osnovu ograničenog broja definisanih istorijskih odrednica bez dodatnih razmatranja.[5]

Sud je u ovom slučaju usvojio jedan konzervativni pristup rešavanja sporova na osnovu činjenica, dokazne vrednosti dokumenata i mapa što je dovelo do ozbiljnog sukoba između dve susedne države. Logika njegovog rezonovanja je legalistička, iako jasna. Sud je rešio ovaj bilateralni spor i obe države su prihvatile njegovu odluku i iskazale spremnost da je prihvate kao konačnu i obavezujuću. Može se reći da je i ovom presudom ponovo potvrđeno poverenje u ulogu Međunarodnog suda u postupku mirnog rešavanja međunarodnih sporova.

---

[4] Odvojeno mišljenje sudije Luhera u Slučaju povodom pograničnog spora (Separate Opinion of Judge Luchaire in the Case Concerning the Frontier Dispute), dostupno na http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=b3&case=69&code=hvm&p3=4 str. 654.

[5] Odvojeno mišljenje sudije Abi-Saba u Slučaju povodom pograničnog spora (Separate Opinion of Judge Abi-Saab in the Case Concerning the Frontier Dispute), dostupno na - http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=b3&case=69&code=hvm&p3=4 str. 662.

Slučaj povodom hrama Preh Viher (Kambodža protiv Tajlanda)[6]

Postupak u Slučaju povodom hrama Preh Viher, između Kambodže i Tajlanda pokrenula je vlada Kambodže podnošenjem tužbe Međunarodnom sudu 6. oktobra 1959. godine. Vlada Tajlanda je istakla dva prethodna prigovora povodom kojih je Sud doneo presudu 26. maja 1961. godine, u kojoj je našao da je imao nadležnost u ovom slučaju.

U meritumu slučaja, Sud je odlučio da je predmet spora bio suverenitet nad regionom hrama Preh Viher. U pitanju je bilo jedno staro svetilište, delimično u ruševinama, koje se nalazi u lancu planina Dangrek, koji predstavlja granicu između Kambodže i Tajlanda. Poreklo spora se može datirati u period od 1904. do 1908. godine, u kojem su pravljeni pogranični dogovori između Francuske, koja je tada vodila spoljne poslove Indokine i Sijama. Ugovorom od 13. februara 1904. godine je uspostavljena granica koja je trebala da bude definisana od strane mešovite francusko-sijamske komisije.

U istočnom sektoru planinskog lanca Dangrek smešten je hram Preh Viher i granica je pratila liniju vododelnice. Na sastanku održanom 2. decembra 1906. godine dogovoreno je da mešovita komisija proputuje duž planinskog lanca Dangrek i da obavi neophodne radnje za utvrđivanje granice i da francuski član komisije nadgleda ceo istočni deo lanca. Nije bilo osporavano da su predsednici francuske i sijamske sekcije obavili ovo putovanje tokom kojeg su posetili i hram Preh Viher. Početkom 1907. godine, predsednik francuskog odeljenja je javio svojoj vladi da je granična linija definitivno uspostavljena. Nakon ovoga, činilo se da je jasno da je granica bila proverena i definisana, iako nije bilo podataka o postojanju bilo kakve odluke niti o pominjanju regiona Dangrek.

Poslednja faza u procesu razgraničenja je bilo pripremanje mapa. Vlada Sijama nije raspolagala odgovarajućim tehničkim sredstvima za obavljanje ovog posla i tražila je da francuski službenici naprave mapu graničnog regiona. Ove mape su završene u jesen 1907. godine i napravili su ih francuski službenici, od kojih su neki bili i članovi mešovite komisije. Mape su poslate vladi Sijama 1908. godine i među njima je bila mapa regiona Dangrek, koja je pokazivala da se hram Preh Viher nalazi na teritoriji Kambodže. Ova mapa je predstavljala osnovni dokaz na kojem se zasnivao stav Kambodže da ona poseduje suverenitet nad hramom. Sa druge strane, Tajland je tvrdio da mapa nema obavezujući karakter pošto nije nastala kao rezultat rada mešovite komisije i da gra-

6 Slučaj povodom hrama Preh Viher (Kambodža protiv Tajlanda), presuda od 15. juna 1962. godine (Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment of 15 June 1962, ICJ Reports 1962.

nica na njoj nije stvarna linija vododelnice i da bi na osnovu prave vododelnice hram bio smešten na teritoriju Tajlanda. Takođe, Tajland je tvrdio da nikada nije prihvatio mape, a u slučaju da se utvrdi da jeste, on je to uradio u zabludi, pogrešno verujući da ucrtana granica odgovara liniji vododelnice.

Ovu mapu nije formalno odobrila mešovita komisija, koja je prestala da postoji nekoliko meseci pre njene izrade. Sud je zaključio da ona nema obavezujući karakter. Međutim, ona je prosleđena vladi Sijama kao rezultat rada na razgraničenju i pošto vlasti ove države nisu reagovale ni tada ni u narednim godinama Sud je smatrao da je tadašnji Sijam prećutno prihvatio ove mape. One su bile prosleđene sijamskim članovima mešovite komisije koji nisu ništa spominjali Ministru unutrašnjih poslova svoje države koji se zahvalio na mapama francuskom ministru u Bangkoku. Takođe, oni nisu ništa spomenuli provincijskim guvernerima Sijama od kojih su neki bili upoznati sa postojanjem hrama. Pošto su sijamske vlasti prihvatile mape iz Aneksa I bez dodatnih ispitivanja, one se nisu mogle pozivati na grešku koja je mogla da dovede do osporavanja njihovog pristanka.

Vlade Sijama i kasnije Tajlanda nisu pokretale istragu povodom mape iz Aneksa I pre otpočinjanja pregovora sa Kambodžom 1958. godine. Međutim, 1934. i 1935. godine ustanovljeno je da postoji razlika između linije razgraničenja na karti i granične linije na terenu. Takođe, pravljene su druge mape koje su prikazivale hram na teritoriji Tajlanda. Maeđutim, Tajland je ipak nastavio da koristi i da objavljuje pojedine mape koje su prikazivale da se hram Preh Viher nalazi u Kambodži. Tokom pregovora za zaključenje Francusko-sijamskih ugovora 1925. i 1937. godine, koji su potvrdili postojeću granicu, kao i 1947. godine u Vašingtonu pred Francusko-sijamskom komisijom za izmirenje, Tajland nije pokretao ovo pitanje. Logičan zaključak bi mogao biti da je prihvatio granicu u području hrama kao što je ucrtana na mapi, bez obzira da li odgovara liniji vododelnice na terenu. Argument Tajlanda je bio da je u svakom trenutku ova država imala svojinu nad hramom i da nije bilo potrebno isticati ovo pitanje. On je vršio upravnu vlast na terenu i to isticao kao dokaz da nikada nije prihvatio graničnu liniju kod hrama Preh Viher, predviđenu Aneksom I. Sud ipak nije prihvatio da se aktima lokalnih vlasti može poništiti konstantna praksa i stav centralnih državnih organa. Na primer, 1930. godine, ministar unutrašnjih poslova tadašnjeg Sijama je posetio hram i tamo je zvanično primljen od strane frnacuskog namesnika za provinciju Kambodžu. Vlada Sijama je propustila da reaguje na ovu manifestaciju suvereniteta druge strane.

Na osnovu iznetih činjenica, Sud je zaključio da je Tajland prihvatio mapu iz Aneksa I. Francuska i Kambodža su se oslanjale na nju i Tajland je pedeset godina uživao pogodnosti koje mu je omogućio Ugovor iz 1904. godine. Prihvatanje mape iz Aneksa I dovelo je do ugovornog rešenja i države su tada prihvatile da linija na mapi ima prednost u odnosu na odredbe iz ugovora i nije se moglo zaključiti da su strane u sporu pridavale posebnu važnost liniji vododelnice u odnosu na preovlađujući značaj konačnog regulisanja njihove međusobne granice. Sud je smatrao da slično tumačenje treba usvojiti i u trenutku donošenja presude.

Sud je odlučio u korist granice u spornoj oblasti, navedene u mapi iz Aneksa I i smatrao je da nije potrebno da se utvrdi da li linija na mapi odgovara zapravo pravoj liniji vododelnice. Sud je na osnovu ovih argumenata podržao zahteve Kambodže u pogledu suvereniteta nad hramom Preh Viher.

Slučaj povodom suvereniteta nad određenim pograničnim zemljištem (Belgija/Holandija)[7]

U ovom Slučaju povodom suvereniteta nad određenim pograničnim zemljištem, Belgija i Holandija su, Posebnim sporazumom, zaključenim 7. marta 1957. godine iznele spor na rešavanje pred Međunarodni sud. Ovim sporazumom je traženo od Suda da utvrdi da li suverenitet nad određenom teritorijom koja je bila poznata pod nazivom kao br. 91 i 92, Deo A, *Zondereygen*, pripada Belgiji ili Holandiji.

Sud je našao da u oblasti severno od belgijskog grada Turnhuta postoji jedan broj enklava koje su formirale belgijska zajednica Berl-duk i holandska zajednica Barl-nasau. Teritorija ove prve se sastoji od brojnih delova zemljišta od kojih se mnogi nalaze okruženi zajednicom Barl-nasau. Određeni delovi zajednice Berl-duk su izolovani i međusobno jedan od drugog, a ne samo od glavne teritorije Belgije.

Vlasti ove dve zajednice su između 1836. i 1841. godine utvrdili međusobnu granicu i Holandija je napravila dokument u kojem se navodi da zemljišta od broja 78 do 111 pripadaju zajednici Barl-nasau. Posle odvajanja Holandije od Belgije 1839. godine osnovana je mešovita granična komisija kako bi se utvrdile granice između ove dve države. One su zaključile Ugovor o granici 1842. godine, u kojem je između ostalog stajalo da će se zadržati *status quo* u odnosu na sela Barl-nasaua i Berl-duka i u pogledu prolaska kroz njih. Mešovita granična komisija je usvojila

7 Slučaj povodom suvereniteta nad određenim pograničnim zemljištem (Belgija/Holandija), presuda od godine (Case Concerning Sovereignty over Certain Frontier - Land (Belgium/Netherlands), Judgment of 20 June 1959), ICJ Reports 1959.

tekst Konvencije o granici 1843. godine. Uz nju je usvojen tekst koji u članu 90 navodi postupak po kojem je utvrđena granica na tom području i granična komisija je odlučila da akt iz 1841. godine koji je određivao delove zemljišta od kojih se sastoje zajednice Berl-duk i Barl-nasau bude doslovno prenet u član 90. U tekstu iz 1843. godine, koji ponavlja tekst iz 1841. godine piše i da zemljišta od 78 do 90 pripadaju zajednici Barl-nasau, zemljišta 91 i 92 pripadaju Berl-duku, a ona od 93 do 111 Barl-nasau. Takođe, posebna mapa uz Konvenciju o granici pokazuje da sporna zemljišta pripadaju Belgiji. Vlada ove države se poziva na drugi tekst kako bi dokazala da je prihvaćeno da zemljišta 91 i 92 pripadaju zajednici Berl-duk i da suverenitet nad njima pripada Belgiji.

Vlada Holandije je smatrala da Konvencija iz 1843. godine samo prihvata postojanje *status quo-a* kojeg ne definiše nego se on mora utvrditi u skladu sa prvim tekstom, na osnovu kojeg je suverenitet nad spornim teritorijama dat Holandiji. Ova država smatra da čak i ako Konvencija o granici utvrđuje suverenitet, odredba koja se odnosi na sporne teritorije je pogrešna. Holandija smatra da se potvrda o tome može naći samo upoređivanjem termina dva teksta kojima se ovo utvrđuje.

Holandija takođe smatra da ukoliko se odluči da tekst Konvencije o granici nije sastavljen pogreškom, vršenje suverene vlasti nad spornim teritorijama od 1843. godine nesumnjivo ustanovljava suverenitet Holandije.

Sud je pri svom odlučivanju prvo razmatrao rad Granične komisije kao što je zabeleženo u zapisniku. Na osnovu toga se može zaključiti da je, od 4. septembra 1841. godine, rad na razgraničenju nastavljen na osnovu održavanja *statusa quo* i da je na sastanku 4. aprila 1843. godine Mešovita granična komisija usvojila tekst jednog člana koji je obezbedio da se tekst Opšteg zapisnika u potpunosti prenese u Pregledni zapisnik. Na taj način je Mešovita komisija dodelila Belgiji sporno zemljište.

Sud je smatrao da nije sporna nadležnost Mešovite granične komisije da izvrši demarkaciju dve opštine. To je utvrđeno članom 6 Ugovora između Holandije i Belgije koji je zaključen u Londonu 19. aprila 1839. godine i u preambuli Konvencije o granici iz 1843. godine. Sud je zaključio da je Konvencija utvrdila kojoj državi je pripalo koje zemljište u svakoj od opština i da na osnovu ovih odredaba, sporno zemljište pripada Belgiji.

Sud je dalje odlučivao o argumentu da je Konvencija izmenjena greškom. Upoređivanjem kopije Opšteg zapisnika koju je obezbedila Holandija sa tekstom Preglednog zapisnika dolazi se do zaključka da ovaj prvi nije doslovno (od reči do reči) prenet u drugi, pošto Pregledni zapisnik dodeljuje zemljište 91 i 92 Belgiji a Opšti zapisnik ih dodeljuje Barl-na-

sauu, odnosno Holandiji. Samo upoređivanje ova dva dokumenta ne dokazuje postojanje greške. Holandija je morala da dokaže da je namera Mešovite granične komisije bila da Pregledni zapisnik koji je činio deo Konvencije iz 1843. godine u sebi sadrži tekst Opšteg zapisnika, koji se nalazi u kopiji koju je pribavila Holandija. Sud je podsetio na činjenicu da je dužnost Mešovite komisije u suštini bila da utvrdi *status quo*. Sud je razmatrao dokumente koji se odnose na rad Mešovite granične komisije i odgovarajuću prepisku i zaključio da su se dve kopije Opšteg zapisnika koje su imale holandska i belgijska komisija razlikovale u pogledu dodeljivanja spornih zemljišta dvema opštinama. Sud je smatrao da Holandija nije uspela da dokaže postojanje greške.

Holandija je smatrala da ne treba da utvrđuje poreklo greške pošto se jednostavnim poređenjem dva dokumenta može dokazati da je do greške i došlo. Sud je odgovorio da se ne može doneti odluka samo na osnovu ove činjenice već da mora da utvrdi nameru strana u sporu na osnovu odredaba ugovora, u svetlu svih okolnosti slučaja. Sud je našao da su u aprilu 1843. godine obe komisije posedovale kopije Opšteg zapisnika od 1841. godine. Razlika među njima u pogledu dodeljivanja zemljišta broj 91 i 92 bila je poznata obema komisijama i morala je biti predmet rasprave. Na detaljnim mapama koje su predstavljale deo Konvencije o granicama bilo je jasno predstavljeno da zemljišta pripadaju Belgiji. Takođe, Komisija nije samo kopirala situaciju, već je njen zadatak bio da utvrdi šta zapravo predstavlja *status quo*. Na svom 225. sastanku dodelila je Belgiji suverenitet nad spornim zemljištem. Ova njena odluka je potvrđena u Konvenciji o granicama.

Prema mišljenju Suda svi pokušaji da se utvrdi navodna pogreška su zasnovani na hipotezama koje su malo verovatne i nisu propraćene odgovarajućim dokazima. On je izrazio zadovoljstvo činjenicom da nije dokazano postojanje pogreške i da validnost i obavezujuća snaga odredaba Konvencije iz 1843. godine u odnosu na sporne teritorije nisu dovedeni u pitanje.

Poslednje pitanje na koje je Sud odgovorio je bilo da li je Belgija izgubila svoj suverenitet nevršenjem svojih prava i prećutnim prihvatanjem akata suvereniteta koje je navodno činila Holandija u pojedinim periodima nakon 1843. godine. Sud se pozvao na pojedine akte Belgije koji pokazuju da ona nikada nije napustila svoj suverenitet. To su, na primer: objavljivanje vojnih mapa, uključivanje datih teritorija u mape i zapisnike nadzornih vlasti Berl-duka 1896. i 1904. godine o prenosu dokumenata. Holandija se pak oslonila na zapisnike Barl-nasaua o nekoliko prenosa zemljišta koje se odnosilo na sporne teritorije i na podatke u Opštinskim matičnim knjigama rođenih, umrlih i venčanih u datoj zajednici. U julu 1914. godine službena belgijska istraga dovela je do toga da je obavešteno Ministarstvo finansija

Belgije da je neophodno o ovom pitanju obavestiti Ministarstvo spoljnih poslova, ali je ovo pitanje zaboravljeno nakon izbijanja Prvog svetskog rata. U avgustu 1921. godine, belgijski ministar u Hagu je skrenuo pažnju vladi Holandije na činjenicu da se dva sporna zemljišta koja pripadaju Berl-duku nalaze u dokumentima obe države. Godinu dana kasnije su holandske vlasti prvi put tvrdile da je Opšti zapisnik iz 1841. godine netačno reprodukovan u Preglednom zapisniku iz 1843. godine i da zemljišta 91 i 92 pripadaju Holandiji. Holandija se pozvala na činjenicu da su zemljišta inkorporisana u holandske karte, da su ušla u registre prometa nepokretnosti i matične knjige rođenih, umrlih i venčanih u Opštinskom registru Barl-nasaua, kao i na činjenicu da je ubirala holandski porez na zemljište na ovim teritorijama, bez ikakvog otpora ili protesta od strane Belgije. Holandija se pozvala i na neke postupke koje je vodila opština Berl-duk pred sudom u Bredi 1851. godine i na druge akte za koje je tvrdila da predstavljaju vršenje holandskog suvereniteta nad spornim teritorijama, bez bilo kakvog suprotstavljanja Belgije.

Sud je našao da su akti na koje se Holandija poziva uglavnom administrativnog karaktera i da su posledica uključivanja spornih teritorija od strane Holanidje u njene karte, a što je suprotno Konvenciji o granici. Ovi akti nisu dovoljni da ukinu belgijski suverenitet ustanovljen tom Konvencijom.

Sud je primetio i da je u jednoj neratifikovanoj konvenciji između ove dve države iz 1892. godine Belgija pristala da Holandiji prepusti dve sporne teritorije. Ova konvencija međutim, nije stvorila prava i obaveze za države ali pokazuje da je u to vreme Belgija imala suverenitet nad tim teritorijama i da je Holandija to znala i prihvatila. Holandija nije do 1922. godine osporavala belgijsko vršenje suvereniteta. Na osnovu svega iznetog Sud je našao da Belgija ima suverenitet nad spornim oblastima od 1843. godine.

Slučaj razgraničenja na moru i teritorijalna pitanja između Katara i Bahreina (Katar/Bahrein)[8]

U Slučaju razgraničenja na moru i teritorijalnih pitanja između Katara i Bahreina Sud je rešavao nekoliko teritorijalnih sporova i utvrđivao granicu na moru između ove dve države.[9] U ovom slučaju analizira-

8 Slučaj razgraničenja na moru i teritorijalna pitanja između Katara i Bahreina - (Katar/Bahrein), presuda od 16. marta 2001. godine (Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain (Qatar/Bahrain), Judgment of 16 March 2001), ICJ Reports 2001.

9 Predmet ovog rada nije određivanje granica na moru, pa ovo pitanje neće biti posebno razmatrano.

ne su činjenice i pravo nastale aktivnostima i izjavama britanske vlade tokom perioda kada je ova država bila sila zaštitnica stranama u sporu, pre nego što su one pristupile Ujedinjenim nacijama 1971. godine. Jedan predmet spora su bila ostrva Havar koja se nalaze blizu poluostrva Katar. Sud je odlučio da ona pripadaju Bahreinu na osnovu odluke britanske vlade iz 1939. godine kojom se potvrđuje vlasništvo Bahreina. Većina sudija je razumela da ovaj podatak pokazuje da su se strane u sporu saglasile da se vlasništvo utvrdi na osnovu ranijih britanskih odluka. Na taj način, Sud je izbegao da donese odluku na osnovu drugih važnih argumenata, kao što su: originalni naslov, efektivna okupacija i kontrola ili *uti possidetis juris*.

Aktivnosti i dokumenta britanskih vlasti poslužili su kao činjenična osnova za rešavanje i drugog velikog teritorijalnog spora. Sud je doneo odluku da Katar poseduje Zubarah – jedan deo kopna na poluostrvu Katar, suprotno od Bahreina. On je smatrao da je sporazum iz 1868. godine između Velike Britanije i vladara Bahreina i Katara dokaz koji pokazuje da se Velika Britanija usprotivila vojnoj akciji Bahreina kako bi kontrolisao Zubarah i na taj način sprečila njegove vladare da vrše svoju vlast na određenoj teritoriji. Neratifikovani Anglo-otomanski ugovor iz 1913. godine i korespodencija britanskog političkog predstavnika iz 1937. godine takođe su pružili dokaz o kontroli Katara.

Pri odlučivanju o tome kome pripada ostrvo Janan, koje se nalazi jugozapadno od glavnog Havar ostrva, Sud je opet pridao odlučujući značaj britanskoj službenoj korespodenciji i dodelio ostrva Kataru.

Odluke Suda u ovom slučaju izazvale su brojna odvojena i posebna mišljenja. Sudija Bedžaui je smatrao da Međunarodni sud treba da ima mnogo značajniju ulogu od pukog rešavanja pravnih pitanja. Iako on odlučuje samo u skladu sa međunarodnim pravom, ipak ima obavezu da potraži ono rešenje koje je najpomirljivije i koje će izazvati najmanje nezadovoljstva na obema stranama. Ovo mišljenje oštro kritikuje oslanjanje na britansku odluku iz 1939. godine za koju smatra da ima manjkavosti, ne samo zbog prevarnog ponašanja britanskih službenika.[10] Slično mišljenje je napisao i sudija Tores Bernardez.[11]

---

[10] Posebno mišljenje sudije Bedžauija u Slučaju razgraničenja na moru i teritorijalna pitanja između Katara i Bahreina (Joint dissenting opinion of Judges Bedjaoui, Ranjeva and Koroma), dostupno na http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k= 61&case=87&code =qb&p3=4

[11] Posebno mišljenje sudije Toresa Bernardesa u Slučaju razgraničenja na moru i teritorijalna pitanja između Katara i Bahreina (Dissenting opinion of Judge Torres Bernardez), dostupno na http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=61&case=87&code =qb&p3=4

Sudije Al-Kasavneh i Koijmans su predstavili alternativne analize koristeći istorijske argumente i načelo efektiviteta.[12]

Ova presuda je rešila teritorijalni spor na zadovoljstvo obe strane i može da posluži kao primer efikasnog rešenja spora koji je veoma osetljiv i potencijalno opasan.

Slučaj teritorijalnog spora (Libija protiv Čada)[13]

U osnovi spora između dve države bio je pojas zemlje, poznat kao Auzu pojas, koji je okupirala Libija. Međutim, ova država je imala zahteve koji su obuhvatali teriotriju van ove oblasti i u trenutku kada je spor iznet pred Međunarodni sud Libija je zahtevala ceo tzv. *BET region* (Borku, Enedi i Tibetsi). Ovaj pojas se uglavnom sastoji od zemljišta koje se nalazi između granične linije prema Anglo-francuskoj konvenciji iz 1919. godine, koja je sada podržana u odluci Suda i linije prema Francusko-italijanskom ugovoru, koji nije stupio na snagu, jer nije bio razmenjen između država, iako su ga obe države ratifikovale. Preduzimani su napori kako bi se pregovorima došlo do rešenja ovog teritorijalnog spora. Organizacija Afričkog Jedinstva je podsticala pregovore i posredovanje, a to su činile i vlade pojedinih država. Libija i Čad su, u avgustu 1989. godine zaključile Okvirni sporazum kako bi mirno rešile svoj teritorijalni spor i naredne godine su se obratili Međunarodnom sudu.

Libija je osporavala postojanje granice sa Čadom, odnosno tvrdila je da u spornom regionu nije utvrđena granica nikakvim postojećim međunarodnim ugovorom i zahtevala je da se granica utvrdi. Libija je tvrdila da teritorija nije *terra nullis*. Pravni naslov teritorije se nalazi u narodima koji je naseljavaju, odnosno plemenima i konfederacijama plemena koji duguju poslušnost Redu Senusi, koji je u prošlosti vodio borbe protiv Francuske i Italije. Ovaj red je jedna religiozna konfederacija osnovana početkom 19. veka i ovo domorodačko stanovništvo je religijski, ekonomski i kulturno deo libijskih naroda. Libija je smatrala da nad njima ima vlast od 1951. godine.

Čad je tvrdio da je njegova granica sa Libijom već bila određena Ugovorom o prijateljstvu i dobrim graničnim linijama od 10. avgusta

---

[12] Odvojena mišljenja sudijaAl-Kasavneha i Koijmansa u Slučaju razgraničenja na moru i teritorijalna pitanja između Katara i Bahreina (Separate opinions of Judge Al-Khasawneh and Judge Kooijmans), dostupna na http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1= 3&p2=3&k= 61&case=87&code=qb&p3=4

13 Slučaj teritorijalnog spora (Libija protiv Čada), presuda od 3. februara 1994. godine (Case Concerning Territorial Dispute (Libya v. Chad), Judgment of 3 February 1994), ICJ Reports 1994.

1955. godine, zaključenim između Francuske i Libije, i zahtevao je od Suda da odredi granicu u skladu sa ovim Ugovorom. Čad je alternativno tvrdio da je i pre 1955. godine Francuska mirno i kontinuirano vršila državnu vlast nad spornom teritorijom. Postojanje granice nije bilo sporno do 70-ih godina prošlog veka.

Sud je odlučio da pomenuti ugovor definiše i određuje graničnu liniju između Čada i Libije. U članu 3 ovog ugovora se navodi da visoke strane ugovornice prihvataju da granica između teritorija Tunisa, Alžira, Francuske Zapadne Afrike i Francuske Ekvatorijalne Afrike na jednoj strani i teritorije Libije na drugoj, predstavljaju one koji proizlaze iz međunarodnih instrumenata koji su na snazi u vreme stvaranja Ujedinjene Kraljevine Libije.

Sud je razmatrao i ponašanje strana po pitanju granica nakon zaključenja Ugovora i zaključio da ne postoji kasniji sporazum između Francuske i Libije ili između Čada i Libije, koji bi doveo u pitanje granicu u ovom regionu, koja potiče iz 1955. godine. Postoji Ugovor između Libije i Čada zaključen 2. marta 1966. godine koji govori o prijateljstvu i susedskim odnosima između strana, koji pominje granicu između dve države ali ne u smislu da postoji neka nejasnoća u pogledu nje.

Sud se osvrnuo i na izveštaje i publikacije Ujedinjenih nacija iz 1955. i 1960. godine koji navode da je teritorija Čada 1 284 000 kvadratnih kilometara, što izričito uključuje i 538 000 kvadratnih kilometara BET regiona. Libija nije osporavala teritorijalne dimenzije Čada, kako ih je utvrdila Francuska, što opet ukazuje da je BET region deo teritorije Čada. Sa druge strane, Čad je neprestano isticao da njegove granice uključuju i Pojas Auzu. On je konstantno isticao svoj zahtev prema ovom pojasu u svojim žalbama podnetim Organizaciji Afričkog Jedinstva 1977. godine i Generalnoj skupštini UN, 1977, 1978, i 1982-1987. godine, o navodnim upadima Libije na njegovu teritoriju. Takođe, Čad se obraćao i Savetu bezbednosti po ovom pitanju 1978, 1983, 1985 i 1986. godine i Sud je na osnovu toga utvrdio konzistentnost ponašanja Čada u odnosu na svoju granicu.

Član 11 Ugovora iz 1955. godine predviđa da je ovaj Ugovor zaključen na 20 godina. Poslednji stav ovog Ugovora dalje predviđa da on može biti okončan od strane svake strane ugovornice 20 godina nakon njegovog stupanja na snagu ili kasnije, pod uslovom da se druga strana o tome obavesti godinu dana ranije. Sud je međutim smatrao da su dejstva ugovora u pogledu granica stalna i nezavisna od sudbine samog ugovora. Ništa u njemu ne ukazuje da je dogovorena granica provizorna ili privremena.

Slučaj kopnene i pomorske granice između Kameruna i Nigerije (Kamerun protiv Nigerije)[14]

U martu 1994. godine Kamerun je otpočeo postupak pred Međunarodnim sudom povodom sporne oblasti poznate kao poluostrvo Bakasi, zajedno sa pomorskom granicom između Kameruna i Nigerije. U još jednoj tužbi, iste godine, Kamerun je tražio od Suda da definitivno utvrdi celu granicu između ove dve države, od jezera Čad do mora. Sud je dalje rešavao po obe tužbe u jednom postupku.

U ovom radu će se analizirati samo kopnena granica i ona je podeljena u nekoliko delova. U oblasti u blizini jezera Čad osnovno pitanje je bilo da li su brojni instrumenti iz kolonijalnog perioda odredili granicu kao što je tvrdio Kamerun ili nije postojala u potpunosti definisana granica u toj oblasti, što je bio stav Nigerije, što bi ovoj državi omogućilo da traži razgraničenje na osnovu istorijskih argumenata u vezi sa prećutnim pristankom Kameruna.

Sud je smatrao da je glavni instrument na koji se poziva Kamerun, Milner-Simonova Deklaracija, iz 1919. godine, zapravo jedan međunarodni ugovor između Francuske i Velike Britanije koji je definisao granicu između njihovih kolonijalnih poseda. Pravno dejstvo ovog ugovora je potvrđeno u članu 1 Mandata poverenog Velikoj Britaniji od strane Lige naroda 1922. godine i kasnije mu je data detaljna primena u određenim ugovorima. Kada je Nigerija dobila svoju nezavisnost nije bilo predloženo da se granica i dalje mora odrediti. Takođe, Komisija za basen jezera Čad je od 1983. do 1991. godine bila uključena u proces demarkacije na osnovu relevantnih instrumenata. Sud je zaključio da Kamerun nije kasnije prećutno pristao da suverenitet pređe na Nigeriju i zbog toga je suverenitet na ovom delu teritorije pripao njemu.

Za deo granice od jezera Čad do poluostrva Bakasi, Kamerun i Nigerija su se složili da instrumenti koji datiraju iz kolonijalnog perioda predstavljaju dovoljan osnov za razgraničenje. Sud je tumačio i primenjivao sporne odredbe ovih instrumenata i određivao detaljno granicu u ovom sektoru.

Poslednji deo kopnene granice se odnosio na oblast poluostrva Bakasi i predstavljao je najosetljivije pitanje. Kamerun je tvrdio da je u Anglo-nemačkom ugovoru iz 1913. godine utvrđena granica između dve kolonijalne sile u ovoj oblasti, stavljajući je na nemačku stranu granice, tako da kada su Kamerun i Nigerija postali nezavisni ova oblast je postala deo

14 Slučaj kopnene i pomorske granice između Kameruna i Nigerije (Kamerun protiv Nigerije), presuda od 10. oktobra 2002. godine (Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria: Equatorial Guinea Intervening), Judgment of 10 October 2002), ICJ Reports 2002.

Kameruna, po načelu *uti possidetis*. Nigerija je, pak priznala da je pomenuti ugovor predviđao da se Nemačkoj dodeli poluostrvo Bakasi, ali da do toga nije moglo doći, jer u to vreme Velika Britanija nije imala suverenitet nad oblašću koju je trebala preneti cesijom. Nigerija je smatrala da Ugovor o zaštiti iz 1884. godine, koji je zaključen između Velike Britanije i kraljeva i vladara Starog Kalabara i iz kojeg proizlaze britanska prava nad Bakasiem, poveravaju samo određena, ograničena, prava ali ne prenose suverenitet. Na osnovu toga, suverenitet ostaje kod vladara na tom području i tokom kolonijalnog perioda oblast je ostala protektorat Nigerije. Kada je ova država postala nezavisna 1961. godine, Bakasi je postao deo njene teritorije.

Sud je razmotrio status Ugovora iz 1884. godine i zaključio da pripada kategoriji onih ugovora koji predstavljaju sredstvo za dobijanje teritorije. Kraljevi i poglavice Starog Kalabara nisu tretirani kao vladari jedne zaštićene države niti su se tako ponašali, što u ovom slučaju ima odlučujući značaj. Na taj način Sud je smatrao da postoje dobri osnovi da prihvati stav Kameruna.

Sud je dalje razmatrao kakav je bio položaj ovog dela granice u periodu od 1913. do 1960. godine. On je prihvatio argument Kameruna da je tokom perioda mandata i starateljstva i kasnijeg procesa sticanja nezavisnosti Bakasi bio posmatran kao deo Kameruna od strane međunarodne zajednice. Kada se Nemačka odrekla svojih kolonijalnih poseda i Velika Britanija 1922. godine prihvatila mandat Društva Naroda za Kamerun, oblast Bakasi je bila uključena. Ista situacija je bila i kada je, nakon Drugog svetskog rata, sistem mandata pretvoren u sistem starateljstva. Nigerija je prihvatila graničnu liniju kada je sistem starateljstva okončan. Takođe, ona je i mnogim drugim aktima od sticanja nezavisnosti prihvatila da Bakasi pripada Kamerunu. Na osnovu svega iznetog, Sud je zaključio da je Anglo-nemački ugovor iz 1913. godine važeći i primenljiv u celosti.

Nigerija je istakla još neke argumente u svom zahtevu za suverenitetom nad oblašću Bakasi. Ona je navela da dugogodišnja okupacija Nigerije predstavlja istorijsko konsolidovanje osnova i potvrđuje orininalnog titulara – kraljeve i poglavice Starog Kalabara. Zatim, istaknuto je mirno posedovanje teritorije i odsustvo protesta Kameruna, kao i manifestacije suvreniteta Nigerije uz prećutni pristanak Kameruna. Kamerun je, pak tvrdio da ugovorni pravni osnov ne može biti zamenjen putem nekoliko manifestacija efektiviteta. Sud je odlučio da kasnije konsolidovanje Nigerije od okupacije na kojoj je zasnovano nije moglo da ovoj državi da pravni osnov, jer je to suprotno ranijem ugovornom osnovu Kameruna. Pošto je Nigerija jasno i javno priznala Kamerunov osnov 1961-1962. godine, efektivitet nije pravno značajan u tom periodu niti su bili potrebni

protesti Kameruna. Prema mišljenju Suda sve pravno relevantne aktivnosti Nigerije su bile skorašnje i Kamerun nikada nije prećutno pristao na gubitak svog pravnog osnova. Opet je ugovorni osnov prevladao u odnosu na ostale.

Slučaj povodom kopnenog, ostrvskog i pomorskog graničnog spora (El Salvador/Honduras)[15]

Honduras i El Salvador su izneli spor povodom kopnene, ostrvske i pomorske granice pred Međunarodni sud zajedničkom notifikacijom 11. decembra 1986. godine kojom su preneli tekst Posebnog sporazuma od 24. maja 1986. godine. U sporu je intervenisala i Nikaragva, kao treća strana. Traženo je od Suda da reši spor oko kopnene granice, zatim spor oko pravne situacije na ostrvima i na morskoj površini, unutar i izvan Zaliva Fonseka. Sve tri države su nastale nakon propasti španske kolonijalne dominacije u Centralnoj Americi. Savezna Republika Centralna Amerika je nastala 1821. godine, ali je nestala 1839. godine, ostavljajući veći broj država sukcesora, uključujući i Honduras, El Salvador i Nikaragvu. Spor oko ostrva je nastao 1854. godine, a povodom kopnenog dela 1861. godine. Od tada su se javljali pogranični incidenti i tenzije su dovele do oružanog sukoba 1969. godine. Nakon tri godine, veći deo kopnene granice je dogovoren između El Salvadora i Hondurasa, ali je ipak ostalo da se države dogovore oko šest sektora. Proces mirenja je počeo 1978. godine i doveo je do Opšteg mirovnog ugovora, koji je potpisan i ratifikovan 1980. godine i koji je definisao nesporne delove granice. U ugovoru je navedeno i da ukoliko u roku od pet godina ne bude postignut konačan sporazum, strane će pregovarati i zaključiti poseban sporazum kako bi sporna pitanja poverile na rešavanje Međunarodnom sudu. Tako je i zaključen Posebni sporazum 24. maja 1986. godine.

Sud je naglasio da su obe strane u sporu prihvatile da primarni princip koji će biti primenjen bude *uti possidetis juris*, čak i ako on nije izričito pomenut u Posebnom sporazumu ili Opštem mirovnom ugovoru. Ovaj princip se primenjuje pri određivanju suvereniteta nad teritorijom i prostiranja granica.

Pošto strane u postupku nisu obezbedile neki zakonodavni ili sličan dokaz o prostiranju granica relevantnih kolonijalnih provincija u svakoj oblasti, Sud je morao da razmatra brojna dokumenta koja su mu podnele

15 Slučaj povodom kopnenog, ostrvskog i pomorskog graničnog spora (El Salvador/Honduras), presuda od 11. septembra 1992. godine (Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment of 11 September 1992), ICJ Reports 1992.

države u sporu. Među njima su se nalazili i oni kojima je španska kruna dodeljivala određenu zemlju i iz kojih bi se mogle utvrditi provincijske granice. Granica na osnovu principa *uti possidetis juris* iz 1821. godine bi se odredila na osnovu raspodele zemljišta koje je učinjeno za pojedine provincijske organe. U ovoj situaciji, to nisu bila dokumenta kojima je španska kruna davala zemlju posebnim provincijskim vlastima, već pojedincima ili indijanskim zajednicama i ona nisu mogla da posluže kao pravni osnov u smislu međunarodnog prava. Pre bi se mogli smatrati kao dokaz efektiviteta odnosno ponašanja organa uprave kao dokaz efektivnog vršenja teritorijalne nadležnosti u određenom regionu tokom kolonijalnog perioda.

Sud je uzeo u razmatranje stav El Salvadora da i argumenti koji su zasnovani na efektivitetu imaju određeni značaj. Takođe i Honduras je izneo neke argumente zasnovane na efektivitetu. Sud je izneo stav da mora da uzme u obzir kolonijalni efektivitet kao što je naveden u dokazima iz tog perioda. Takođe, zauzeo je i stav da u nekim slučajevima treba da se uzmu u obzir i dokazi iz perioda posle sticanja nezavisnosti, ukoliko mogu da pruže određene indikacije u vezi sa granicom iz 1821. godine.

Sud nije prihvatio načelo efektiviteta, već je nekoliko puta odbacivao praksu kao nedovoljnu da utiče na donošenje odluke. Posebno je razmatrao efektivitet u kontekstu stvaranja prećutnog pristanka jedne od strana u sporu, na potvrdu kontrole druge strane. Naglašeno je da Sud nije smatrao da je dejstvo primene načela *uti possidetis juris* takvo da zamrzne zauvek provincijalne granice, koje su u trenutku nezavisnosti postale međunarodne granice. Države mogu sporazumno da menjaju takve granice.

Sud je zauzeo stav da u slučajevima kada se ne može odrediti granična linija na osnovu načela *uti possidetis juris* može se pozvati na pravičnost *infra legem.* Međutim, nejednaka naseljenost stanovništva ne može biti osnov za menjanje jedne ustanovljene granice nasleđene iz perioda kolonizacije, bez obzira na njene nedostatke.[16]

Zaključna razmatranja

Na osnovu prikazane prakse Međunarodnog suda mogu se izvesti neki zaključci o pravilima za određivanje granica na kopnu. Sud je prvo uzimao u razmatranje ugovore ukoliko su postojali, zatim se pozivao na načelo *uti possidetis juris* i na kraju na načelo efektiviteta. Najjasnija situacija je kada postoji ugovor ili neki drugi dokument o razgraničenju.

16 O ovom slučaju detaljnije videti: R. Etinski, Primena načela uti possidetis juris u sporu između El Salvadora i Hondurasa, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2011, Tom I, str. 85-113.

On se koristi i kada je nejasan ili nekompletan. Sud je samo na osnovu ugovora rešio spor između Libije i Čada. U slučajevima Belgije i Holandije i Kamerun protiv Nigerije Sud je odbio da donese odluku na osnovu akata vršenja suvereniteta i nadležnosti i skoro u potpunosti zasnovao odluku na ugovorima.

Ukoliko ne postoji međunarodni ugovor, sledeći način za donošenje presude je načelo *uti possidetis* ukoliko je primenljivo. Na primer u slučaju graničnog spora između Burkine Faso i Malija, gde je Sud doneo odluku na osnovu francuskog kolonijalnog prava.

U slučajevima koji se ne odnose na postkolonijalne granice i gde se ne može naći izričit pristanak na postojanje granica, Sud obično zasniva svoju odluku na efektivnoj kontroli. U takvim slučajevima od značaja je stepen kontrole i dužina njenog trajanja jer se na osnovu toga čini javnim i vidljivim vršenje vlasti države koja se poziva na ovaj osnov.

Ukoliko Sud ne može da donese odluku na ova tri načina, može da koristi načelo pravičnosti *infra legem* što zapravo predstavlja jedan metod tumačenja pozitivnog prava i pokušati da dođe do najpravičnijeg rešenja za strane u sporu. Sud retko koristi topografske kriterijume za određivanje granice. Na primer u slučaju hrama Preh Viher sporna teritorija je mogla da se odvoji od planinskog venca i granica je išla linijom vododelnice. Međutim, ova prirodna granica nije bila relevantna za Sud.

Način na koji Sud donosi odluku u teritorijalnim sporovima nije iznenađujući jer je on ipak sudski organ koji primenjuje pravne izvore, a u njihovoj hijerarhiji međunarodni ugovori zauzimaju visoko mesto. Sud ipak, u skladu sa članom 38 svog Statuta, primenjuje načela tek posle glavnih primarnih izvora međunarodnog prava. To, naravno, ne umanjuje njihov značaj pri rešavanju međunarodnih sporova.

Bojan Tubić, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Determination of Land Boundaries in the Jurisprudence of the International Court of Justice

Abstract

This paper deals with several territorial disputes, regarding the land delimitation, which were put before the International Court of Justice. The determination of international borders is one of the most important questions of international law and the International Court of Justice represents a very important judicial instance to which states can address if they have an unsolved boundary question with the neighbouring states. In the territorial disputes at the Court State Parties were not only states that were formed in the process of decolonisation but also some European states such as, for example, The Netherlands and Belgium. The principles that Court has applied in the process of dispute resolution were different regarding the region and demands of the State Parties. The Court should, firstly, apply international law that means sources envisaged in the Article 38 of its Statute. In its jurisprudence, it used at the first place international treaties, where that was possible, but also the principle of uti possidetis and the principle of effectivity in order to resolve the dispute presented before him by the Parties.

Key words: the International Court of Justice, boundaries, territorial disputes, international treaties, *uti possidetis*, principle of effectivity.

Pregledni članak 347.426.4/.6
doi:10.5937/zrpfns46-2283

Samir Manić, asistent
Državnog univerziteta u Novom Pazaru

NOVČANA NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE ZA DUŠEVNE BOLOVE ZBOG SMRTI I TEŠKOG INVALIDITETA BLISKOG LICA

Sažetak: *U ovom radu detaljno je istražen, analiziran i izložen problem novčane naknade nematerijalne štete za duševne bolove zbog smrti i teškog invaliditeta bliskog lica. Analizirane su i izložene odredbe pravilnika koje su Vlade i Vrhovni sudovi bivših jugoslovenskih republika doneli u cilju ujednačavanja sudske prakse po pitanju pravilnog utvrđivanja visine novčane naknade nematerijalne štete. Svakako, predmet ovog rada je i Uredba Vlade Republike Srbije o naknadi štete na licima.*

Ključne reči: *nematerijalna šteta, smrt i invaliditet bliskog lica, novčana naknada.*

Uvodna razmatranja

U pravu, reč šteta, označava materijalnu i nematerijalnu štetu. Pojam materijalne štete ne zadaje problem prilikom njegovog određivanja, međutim to se isto ne može konstatovati za pojam nematerijalne štete.

Prema subjektivnom konceptu naknade nematerijalne štete pod nematerijalnom štetom se podrazumeva nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha.[1] Na ovaj način i naš Zakon o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO)[2] u čl. 155. definiše nematerijalnu štetu. ZOO

[1] O. Stanković, *Naknada štete*, Nomos, Beograd 1998, 26.

[2] Zakon o obligacionim odnosima - ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/ 2003 - Ustavna povelja.

ne smatra za nematerijalnu štetu umanjenje životne aktivnosti, unakaženost, povredu ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, već novčanu naknadu predviđa za pretrpljene duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, smrti bliskog lica.[3] Nematerijalnu štetu ne predstavlja telesna povreda ili oštećenje zdravlja, već fizička bol koja se doživi kao posledica telesne povrede ili oštećenja zdravlja. Zbog toga osnov naknade nematerijalne štete ne predstavlja sama povreda fizičkog ili psihičkog integriteta fizičkog lica, već posledice koje su iz toga nastale i manifestovale se kroz duševne bolove, fizičke bolove i strah, odnosno kroz narušavanje emocionalne ravnoteže ličnosti. Proizilazi zaključak da nije relevantna povreda ličnog dobra, već same posledice koje su njome izazvane.[4] Odnosno, za kvalifikaciju nematerijalne štete nije bitna priroda objekta na kome je štetna radnja neposredno izvršena, nematerijalna šteta je čisto subjektivna, na planu naših osećanja.[5]

Prema objektivnom konceptu naknade nematerijalne štete štetu čini već sama povreda prava ličnosti.[6] Novi hrvatski Zakon o obveznim odnosima (u daljem tekstu: ZOOH),[7] prihvatajući objektivnu koncepciju nematerijalne štete, navodi da je šteta: umanjenje nečije imovine (obična šteta), sprečavanje njenog povećanja (izmakla korist) i povreda prava ličnosti (neimovinska šteta).[8] Objektivnu koncepciju nematerijalne štete

[3] O. Stanković, „Naknada štete (imovinske i neimovinske) prema Zakonu o obligacionim odnosima“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3-5/78, 491.

[4] O. Stanković (1998), 27.

[5] *Ibid.*

[6] I. Crnić, „Povreda prava osobnosti na duševno zdravlje“, *Pravo u gospodarstvu* 1/2011, 153.

[7] Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske- ZOOH, *Narodne novine*, br. 35/2005.

[8] Čl. 1046 ZOOH; U ZOOH nisu sadržajno izmenjeni čl. 157. ZOO (sada je to čl. 1048. ZOOH) i čl. 199. ZOO (sada je to čl. 1099. ZOOH). Ostalo je izmenjeno, a unete su i neke nove odredbe: st 1. čl. 346. ZOOH (naknada neimovinske štete zbog povrede ugovora) i st 3. čl. 1100. ZOOH (pravo pravnih lica na novčanu naknadu neimovinske štete). Nov je i pojam neimovinske štete: to je povreda prava ličnosti. St 1. ranijeg čl. 200. ZOO bitno je izmenjen, jer se sada više ne navode bolovi i ostalo kao osnov prava na naknadu nego se navodi "povreda prava ličnosti". Fizički bolovi, duševni bolovi i strah nisu, prema ZOOH, samostalni oblik povrede prava ličnosti, to su samo činjenice koje zajedno sa drugim činjenicama i okolnostima svakog konkretnog slučaja utiču na ocenu suda da je pravo ličnosti povređeno u dovoljnoj meri da zbog toga oštećeni ima pravo na pravičnu novčanu naknadu. Jedna od značajnih novina je i odredba iz čl. 1103. ZOOH da obaveza pravične naknade dospeva danom podnošenja pismenog zahteva ili tužbe (osim ako je šteta nastala nakon toga). To će pomoći i bržem rešavanju parnica, jer tuženi nije stimulisan na odugovlačenje postupka. Jednom protivpravnom radnjom moguće je istovremeno povrediti više prava ličnosti, pa se kao posledica toga javlja mogućnost kumulacije povreda prava lično-

ZOOH karakteriše i predmetna neograničenost, što znači da prava ličnosti nisu doslovce nabrojana, te da pored navedenih prava ličnosti u okvirima zakona, može biti i drugih prava ličnosti, zavisno od kreativnosti sudske prakse.[9] Takođe, personalna neograničenost je još jedan atribut ove koncepcije, jer pravo na naknadu nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti imaju i fizička i pravna lica.[10]

Ako se analiziraju odredbe ZOO o naknadi nematerijalne štete (čl.199- 205) može se zaključiti da su predviđena dva oblika naknade: objavljivanje presude ili ispravke za slučaj povrede ličnih prava i novčana naknada, s tim što novčanu naknadu ZOO isključivo vezuje za pretrpljene fizičke i duševne bolove i strah.[11] Oštećeni ne sme da dobije tako malu novčanu naknadu koja bi za njega predstavljala uvredu, ali ni tako visoku naknadu koja bi predstavljala eksploataciju, komercijalizaciju, zloupotrebu prava, ostvarivanje lukrativnih ciljeva, neosnovano obogaćenje.[12]

Ono što struku najviše muči može se sažeti kroz pitanje: kako postići glavnu svrhu (ideal) naknade štete - šteta jednako naknada, odnosno

---

sti, odnosno kumulacija naknada štete. Zakon više ne upotrebljava izraz "nematerijalna" nego "neimovinska" šteta. Sama izmena naziva (neimovinska umesto nematerijalna šteta) nije odlučujuća, osim što se time izbegava contradictio in adiecto koja se pripisivala pojmu nematerijalne štete, ali je novo shvatanje nematerijalne štete doista velika promena. ZOOH je time prihvatio stavove pravne nauke u ovome području.

[9] I. Crnić (2011), 153; J. Brežanski, „ Osiguranje od automobilske odgovornosti- pravo na naknadu štete“, *Bilten HUO-a* 68/2006, 9, navedeno prema: M. Ćurković, „Naknada nematerijalne štete u nekim evropskim zemljama,“ *Parnični i izvršni postupak, naknada štete i osiguranje* (ur. Z. Petrović), Budva 2006, 241.

[10] Više o pravu pravnih lica na naknadu nematerijalne štete: M. Baretić, „Pojam i funkcije neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2006, 472-473; M. Vrhovšek – V. Kozar, *“*Nematerijalna šteta zbog narušavanja ugleda pravnog lica*“, Branič* 1–2/2010*,* 85 i dalje; A. Ališani*, „*Nematerijalna šteta i njena naknada zbog povrede prava ličnosti,*“ Pravni život* 11/2007, 881 i dalje; V. Marković*, „*Nematerijalna šteta pravnog lica : Poslovni ugled - lično pravo kome treba ustanoviti zaštitu“, *Pravni život* 11/2008, 657 i dalje; V. Kozar, „Vrste štete zbog povrede prava na žig i nelojalne konkurencije“, *Pravo i privreda* 5-8/2000, 669 i dalje; U tom kontekstu se izjašnjava i Prednacrt našeg Građanskog zakonika iz 2009. god, knjiga druga, čl. 226, *http://www.mpravde.gov.rs/images/II%20knjiga.pdf* (datum pristupa 13. 1-1. 2011. godine.)

[11] S. Krneta, „Novčana naknada nematerijalne štete zbog povrede autorskog prava“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* 1981, 83; M. Nikolić, „Duševni bolovi i naknada štete“, *Pravni život* 10/2000, 533; Z. Petrović, „Naknada nematerijalne štete po Zakonu o obligacionim odnosima i predlozi za izmenu“, *PRAVO- teorija i praksa* 5-6/2002, 24; P. - Trifunović, „Pravična novčana naknada nematerijalne štete“, *Naknada štete i ugovor o osiguranju* (ur. A. K. Filipović, A. Radovanov), Novi Sad 2004, 125.

[12] P. Trifunović, „Naknada neimovinske štete zbog smrti bliskog lica“, *Pravni život* 10/1998, 896.

kako primeniti princip ekvivalencije na nešto što nema novčanu vrednost? Osnovni problem, koji se javio u sudskoj praksi posle donošenja ZOO, jeste iznalaženje adekvatnih kriterijuma, odnosno mehanizama ili merila na osnovu kojih bi se procenjivala "pravična novčana naknada" koju predviđa čl. 200. ZOO. Uvidom u sudsku praksu može se izvesti zaključak da su razlike u dosuđivanju novčane naknade nematerijalne štete, između sudova, tolike da predstavljaju zabrinjavajuću okolnost.[13] Na teorijskom polju glavne rasprave vode se o njenoj pravno-etičkoj prirodi i opravdanosti, dok na praktičnom polju akcenat se stavlja na raspravu o nemogućnosti objektivnog ustanovljavanja visine same štete, o nemogućnosti utvrđivanja odgovarajuće naknade za takvu štetu, o krugu lica koja na nju imaju pravo.[14]

U cilju što ujednačenije sudske prakse po pitanju novčane naknade nematerijalne štete Vlada Republike Srbije je na osnovu čl. 26. st. 2. Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju[15] donela Uredbu o naknadi štete na licima (u daljem tekstu: Uredba).[16] Ako pođemo od činjenice da se nematerijalna šteta ne menja u zavisnosti od okolnosti u kojima je ona prouzrokovana (fizički bol je fizički bol bez obzira na način na koji se nanosi, duševna patnja za umrlim licem je istog karaktera bez obzira na to da li je umrli stradao u saobraćajnoj nesreći ili na neki drugi način itd.) ova Uredba se može primenjivati i na one slučajeve utvrđivanja visine novčane naknade nematerijalne štete koji nisu posledica saobraćajne nezgode.

Duševni bol je patnja oštećenog lica zbog narušavanja telesnog integriteta, zdravlja, izgleda, ugleda, časti, slobode i prava ličnosti kao i zbog smrti i teškog invaliditeta bliskog lica.[17]

---

[13] Z. Petrović (2002), 23; N. Pešić, „Odmeravanje novčane naknade nematerijalne štete za telesnu povredu", *Pravni život* 9-10/1992, 1483.

[14] B. Matijević, „Institut naknade nematerijalne štete", http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/institut_naknade_nematerijalne_stete.pdf (datum pristupa: 01. 11. 2011. godine u 15h i 33min), 1.

[15] Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju, *Sl. glasnik RS,* 51/09.

[16] Uredba Vlade Republike Srbije o naknadi štete na licima (Uredba), *Sl. glasnik RS,* 34/2010.

[17] A. Radolović, „Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2006, 154: U st.1. čl. 200. ZOO koristi se veznik "ili". Formulacija dolazi iza početka rečenice u kojoj se nabraja da se novčana naknada za pretrpljenu nematerijalnu štetu daje samo u tačno određenim slučajevima (bolovi, duševni bolovi zbog umanjenja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode...), na osnovu toga dobija se utisak da su navedene vrednosti jedno, a prava ličnosti drugo (deli ih rastavni veznik "ili"). Trebalo je koristiti sastavni veznik "i" zbog same činjenice da su sve te vrednosti prava ličnosti, te je trebalo formulisati da se naknada daje i za povredu svih drugih prava ličnosti; S. Krneta, 83; P. Trifunović (2004), 124.

U ovom radu detaljno ćemo istražiti, analizirati i izložiti problem novčane naknade nematerijalne štete za duševne bolove zbog smrti i teškog invaliditeta bliskog lica. Poseban akcenat, pored pojma i određivanja naknade, stavićemo na krug lica koja imaju pravo na naknadu za ove oblike nematerijalne štete.

1. Novčana naknada za duševne bolove zbog smrti bliskog lica

Smrt bliske osobe prirodno izaziva osećaj bola onima koji su voleli umrlog. Kod novčane naknade nematerijalne štete za duševne bolove zbog smrti ili teškog invaliditeta bliskog lica razlikujemo inicijalnu i posrednu, odnosno direktnu i indirektnu žrtvu, dok sama nematerijalna šteta je direktna posledica smrti/invaliditeta bliskog lica u smislu duševnih bolova koje blisko lice doživljava zbog tih okolnosti.[18]

Duševni bol zbog smrti bliskog lica mora biti stvaran, intenzivan i trajan, ove činjenice sud utvrđuje zajedno sa drugim okolnostima svakog konkretnog slučaja. Pritom, kod ovog vida naknade nematerijalne štete sud utvrđuje okolnosti koje su relevantne za emotivnu bliskost oštećenog i poginulog lica i raznovrsnost životnih odnosa koja je između njih praktikovana.[19] Najvažnije okolnosti od kojih zavisi intenzitet i trajanje bola su po pravilu stepen srodstva, mladost oštećenog i praktikovanje raznovrsnih životnih odnosa između pokojnog i oštećenih.[20] Sudovi prilikom odmeravanja naknade ne prave razliku u godinama umrlog lica.[21] Kakav je intenzitet bola, kao činjenica od koje zavisi visina naknade štete, zavisi od okolnosti konkretnog slučaja, a ne od godina umrlog lica.[22] Na tužiocu je teret dokazivanja činjenica (ne visine štete) koje su od značaja za odmeravanje naknade, jer je utvrđivanje visine naknade slobodnom ocenom ustanovljeno u njegovom interesu.[23] Zanimljivo je pitanje da li se kod istovremene smrti više lica (srodnika) dosuđuje naknada za svakog umrlog posebno ili pak za sve zajedno. Sudska praksa nije bila dugo jedinstvena po

[18] Vid. M. Mijačić- Cvetanović, „Lica koja imaju pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete u slučaju smrti ili teškog invaliditeta“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 1986, 80.

[19] P. Trifunović (1998), 894; M. Marković, „Naknada nematerijalne štete zbog smrti bliskog lica i neke dileme u sudskoj praksi“, *Naknada štete i ugovor o osiguranju* (ur. A. K. Filipović, A. Radovanov), Novi Sad 2004, 222.

[20] P. Trifunović (1998), 895.

[21] Suprotno: P. Trifunović (2004), 128.

[22] Z. Petrović, „Novčana naknada za pretrpljene duševne bolove zbog smrti i teškog invaliditeta bliskog lica“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 7- 8/1987, 35; A. Radovanov, „Odmeravanje visine pravične naknade nematerijalne štete“, *PRAVO- teorija i praksa* 5-6/2002, 40.

[23] P. Trifunović (1998), 893.

ovom pitanju. Mišljenja smo da je duševna bol zbog smrti članova porodice jedinstvenog karaktera, pa stoga i naknada treba da bude jedinstvena, utvrđena u jednom iznosu imajući u vidu sve okolnosti konkretnog slučaja. Novčana naknada nematerijalne štete zbog pretrpljenih psihičkih bolova usled smrti koja pripada srodnicima umrlog nije cilj već sredstvo kojim oštećeni, zadovoljavanjem potreba koje ne bi mogao podmiriti, olakšava sebi život čineći ga podnošljivijim, ublažava duševni bol koji podnosi. Okolnost da je oštećeni psihički defektna osoba nije prepreka da mu se dosudi naknada štete za psihičke bolove zbog smrti bliskog lica i time ublaži nesigurnost koja se kod oštećenog javila zbog gubitka lica koje se stalno o njemu brinulo.

U sudskoj praksi u slučaju smrti najveća naknada se dosuđuje bračnim drugovima i maloletnoj deci. Postavilo se pitanje da li treba praviti razliku u iznosima kada je u pitanju smrt deteta odnosno roditelja i kada je u pitanju smrt bračnog druga. Jedni smatraju da je duševni bol za izgubljenim detetom znatno intenzivniji od bola za izgubljenim bračnim/vanbračnim drugom, drugi su, pak, stanovišta da u dosuđivanju novčane naknade za ovaj vid nematerijalne štete ne treba praviti značajnu razliku.

Kako ZOO određuje krug lica koja imaju pravo na naknadu za ovaj oblik nematerijalne štete, Uredbom se može predvideti samo isti krug lica, međutim Uredba predviđa da roditelji imaju pravo na naknadu nematerijalne štete za slučaj gubitka još nerođenog deteta (*fetusa*). Pre donošenja Uredbe, u sudskoj praksi, gubitak ploda ulazio je u sadržaj pojma smanjene životne aktivnosti i nematerijalna se šteta dosuđivala s tog aspekta. Smatramo da je predviđeno rešenje Uredbe dobro. Fetus, svakako, ulazi u pojam deteta tako da nije došlo do proširenja kruga lica što je u skladu sa ZOO.

Visina naknade određuje se u sledećim maksimalnim iznosima: za slučaj smrti supružnika ili vanbračnog partnera - 5.000 €; za slučaj smrti deteta - 7.000 €; za slučaj gubitka ploda (fetusa) - 2.000 €; za slučaj smrti roditelja - maloletnom detetu - 6.000 €; za slučaj smrti roditelja - 5.000 €; za slučaj smrti brata ili sestre - 3.000 €. U slučaju smrti oba roditelja maksimalan iznos odgovarajuće naknade se udvostručuje.[24]

[24] U Hrvatskoj na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Republike Hrvatske održanoj dana 29. novembra 2002. godine razmatrani su i prihvaćeni Orijentacioni kriterijumi i iznosi za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete (*Kriterijumi*). Prema Kriterijumima iznosi naknada su: za smrt bračnog ili vanbračnog partnera i deteta oko 30.000 €; za gubitak ploda, roditeljima se dosuđuje naknada u iznosu od oko 10.000 €; za smrt roditelja, detetu koje izdržavaju i vaspitavaju roditelji oko 30.000 €; za smrt roditelja, detetu oko 20.000 €; za smrt brata ili sestre, oko 10. 000 €; U BiH na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Federacije BiH održanoj

1.1. Lica koja imaju pravo na novčanu naknadu u slučaju smrti bliskog lica

Pravična novčana naknada zbog smrti bliskog lica može se dosuditi bračnom drugu, deci i roditeljima bez ikakvih ograničenja kod potraživanja ovog vida štete.[25] Kada su u pitanju braća i sestre, da bi se dosudila pravična novčana naknada, potrebno je da su živeli u trajnoj životnoj zajednici sa umrlim licem.[26] Isti uslov mora ispunjavati i vanbračni drug,[27] međutim, za razliku od braće i sestara koji mogu dobiti naknadu samo za duševne bolove zbog smrti bliskog lica, vanbračni partner može dobiti naknadu, kako za duševne bolove zbog smrti vanbračnog druga tako i za duševne bolove zbog teškog invaliditeta vanbračnog druga.[28] Ovakvo rešenje Zakona o obligacionim odnosima je krajnje neprihvatljivo, intenzitet ljubavi između braće i sestara u odnosu na intenzitet ljubavi između vanbračnih partnera nije toliko manji da bi se pravila razlika po pitanju prava na naknadu nematerijalne štete kod ovih lica ako žive u zajednici

---

dana 20.02.2006. godine razmatrani su i prihvaćeni Orijentacioni kriterijumi i iznosi za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete (*Orijentacioni kriterijumi*). Prema Orijentacionim kriterijumima iznosi naknada su: za smrt bračnog ili vanbračnog partnera i deteta 20.000,00 KM; za gubitak ploda, roditeljima se dosuđuje naknada u iznosu od 7.000,00 KM; za smrt roditelja, detetu koje izdržavaju i vaspitavaju roditelji 20.000,00 KM; za smrt roditelja, detetu oko 12.000,00 KM; za smrt brata ili sestre, oko 7.000,00 KM; U Crnoj Gori je donet Pravilnik o jedinstvenim kriterijumima za utvrđivanje naknade nematerijalne i nekih vidova materijalne štete (*Pravilnik*), *Sl. listu CG*, br. 35/2009 od 3.6.2009. god. Prema Pravilniku naknada je određena na sledeći način: maloletnom detetu zbog smrti oba roditelja - 22.000 €, a za smrt jednog roditelja - 11.000 €; punoletnom detetu zbog smrti jednog roditelja - 8.500 €, za smrt oba roditelja - 16.000 €; roditelju zbog smrti deteta jedinca/ jedinice - 14.000 €; roditelju zbog smrti jednog deteta ili više dece do 30 godina života, po jednom detetu - 12.000 €; roditelju zbog smrti jednog deteta ili više dece preko 30 godina života, po jednom detetu - 10.000 €; bratu ili sestri za smrt brata ili sestre - 7.000 €; bračnom i vanbračnom drugu za smrt bračnog ili vanbračnog druga - 8.000 €; roditeljima zbog gubitka ploda, zavisno od starosti ploda, majci - 3.000 € do 5.000 €, ocu - 2.000 € do 4.000 €; roditeljima, deci i bračnom drugu za naročito težak invaliditet bliskog lica - 5.000 €; U Mađarskoj sudovi dosuđuju, prosečno: za smrt 50 godišnjaka suprug dobiva od 6.000 € do10.000 €, dete od 6.000 € do 20.000 €, braća od 2.000 € do 3.000 €, roditelji do 5.000 €, navedeno prema: M. Ćurković, 255.

[25] Čl. 201. st. 1. i 3. ZOO.

[26] Čl. 201. st. 2. ZOO; Z. Petrović (1987), 30-31; Z. Petrović (2002), 23.

[27] M. Draškić, *Vanbračna zajednica : građansko-pravna dejstva zajedničkog života izvan braka*, Naučna knjiga, Beograd 1998, 2: Vanbračna zajednica je pojam kojim se, i u našoj i u stranoj pravnoj književnosti, najčešće označava stabilna i dugotrajna životna zajednica dve osobe različitog pola kojoj nedostaje zakonska forma braka; Z. Ponjavić, *Porodično pravo*, Pravni fakultet Kragujevac, Kragujevac 2005, 132.

[28] Čl. 201. st. 4. ZOO.

života. Takođe, ne treba praviti razliku između braće i sestara koji su trajnije živeli u zajednici sa umrlim, od braće i sestara koji nisu živeli sa umrlim. Po prirodi stvari osobe ženskog pola zasnivaju bračnu ili vanbračnu zajednicu i odlaze iz roditeljskog doma, činjenica da ne žive sa svojima ne znači i nedostatak ljubavi, šta više, često je ta ljubav pojačana takvim okolnostima i čežnjom za svojima. Odvojen život ne znači i nedostatak ljubavi.[29]

1.1.1. Bračni i vanbračni drug umrlog

Prirodno je da bračni drug zbog smrti životnog saputnika trpi intenzivne duševne bolove. Međutim, postojanje duševnih bolova koji opravdavaju novčanu naknadu ne pretpostavlja se već to treba utvrditi u svakom konkretnom slučaju. Prilikom odlučivanja o pravu bračnog druga na novčanu satisfakciju mora se voditi računa kako o kvantitativnoj tako i o kvalitativnoj komponenti bračne zajednice. To što je jedna bračna zajednica trajala dugo nije i argument da se preživelom bračnom drugu dosudi novčana naknada, šta ako su bračni partneri već bili u trajno poremećenim odnosima, čak se i fizički obračunavali, ili je u toku bila brakorazvodna parnica. Sa druge strane, kratkotrajna bračna zajednica nije i razlog da se preživelom bračnom drugu ne dosudi određeni iznos na ime naknade za duševne bolove zbog smrti svog partnera, jer upravo se najveći broj brakova sklapa posle intenzivnih vanbračnih ljubavnih veza, a prestanak bračne zajednice na taj način može mnogo više da deluje na intenzitet duševnih bolova nego kad je bračna zajednica već trajala dogledno vreme i u njoj se iscrpela emotivna veza bračnih partnera. Formalno postojanje braka, kada nema zajednice života i emotivna veza usahla, ne može biti dovoljno za ostvarivanje prava na novčanu naknadu.[30] Zadatak suda je da u svakom konkretnom slučaju, na osnovu svih činjenica i okolnosti, utvrdi stepen emotivne povezanosti bračnih partnera, te u zavisnosti od toga dosudi preživelom bračnom drugu određeni iznos na ime novčane naknade.

---

[29] A. Filipović, „Primena odredbe čl. 216. ZOO i lica ovlašćena na ostvarivanje prava na naknadu nematerijalne štete“, *PRAVO- teorija i praksa* 5-6/2003, 53: U tom smislu „smatramo da stav 2. člana 201. ZOO u budućim izmenama treba menjati tako da glasi: „Takva naknada se dosuđuje i braći i sestrama;“ S. Stjepanović, „Pravična novčana naknada nematerijalne štete i njeno odmeravanje u slučaju smrti bliskog lica ili teškog telesnog oštećenja bliskog lica“, *Pravni život* 9-10/1992, 1508.

[30] M. Mijačić- Cvetanović (1986), 83.

Ukoliko naknadu traži vanbračni drug, sud će prvenstveno morati utvrditi postojanje trajnije zajednice života i njen stvarni sadržaj.[31] Pojam „trajnija vanbračna zajednica" je veoma diskutabilan, kako u teoriji tako i u sudskoj praksi. U sudskoj praksi se trajnijom zajednicom života smatra ona koja je trajala bar dve godine.[32] Međutim, ako pođemo od činjenice da je vanbračna zajednica života izjednačena sa brakom, mišljenja smo da bi se vanbračnom drugu moralo priznati pravo na naknadu i kad je zajednica života trajala mnogo kraće, nekoliko meseci.[33] Zakonski pojam trajne zajednice života nije samo vremenska dimenzija u okviru koje su vanbračni partneri živeli zajedno, već se moraju uzeti u obzir i druge okolnosti koje čine legitimnim afekcije između vanbračnih drugova.[34] Trajanje zajednice života je faktičko pitanje koje obavezuje sud da u svakom konkretnom slučaju utvrđuje pravo vanbračnog druga na naknadu štete, vodeći računa o sadržaju vanbračne veze, motivima zbog kojih je zasnovana, okolnostima pod kojim je trajala.[35]

1.1.2. Roditelji umrlog lica

Roditelji imaju pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete zbog smrti deteta bez obzira da li je dete bilo bračno, vanbračno ili usvojeno. Majka ima pravo na naknadu štete za duševne bolove koje je pretrpela u štetnom događaju smrću zametka ljudskog bića u njenom telu, koje još nije rođeno.[36] Kada se radi o vanbračnom očinstvu, koje je utvrđeno sudskom odlukom, bitno je utvrditi da li je otac deteta posle toga uspostavio odnos sa detetom i kakav je bio kvalitet tog odnosa.[37] Vanbračni otac, ko-

---

[31] O. Stanković (1998), 174: Priznavanje naknade za povređene afekcije vanbračnom drugu opravdava se samo ako je između umrlog odnosno povređenog i njegovog partnera egzistirala faktička zajednica života koju dokazuje uzajamna ljubav, poverenje i prijateljstvo, tako da se šok izazvan smrću ili povređivanjem tako bliske osobe uzima kao legitiman interes koji ima moralnu vrednost u očima zakona i društvenog morala; M. Draškić, „Naknada štete za pretrpljene duševne bolove zbog smrti vanbračnog druga", *Pravni život* 9-10/1992, 1522; Z. Petrović (1987), 31; M. Marković, 226.

[32] S. Stjepanović, 1506.

[33] S. Stjepanović, 1506; Presuda Opštinskog suda u Čačku, P. br. 89/03 od 13. 04. 2004. godine i presuda Okružnog suda u Čačku, Gž. br. 1196/04 od 02. 11. 2004. godine, navedeno prema: S. Andrejević, LJ. Milutinović, Z. Petrović, *Nematerijalna šteta,* Biblioteka Pravni informator, Beograd 2007, 77-78.

[34] Odluka Saveznog suda Gzs. 2/2002, navedeno prema: B. Apostolović, „Naknada nematerijalne štete zbog smrti i teškog invaliditeta bliskog lica", *Aktuelni problemi naknade štete i osiguranja* (ur. Z. Petrović), Beograd- Budva 2004, 248.

[35] B. Apostolović, 248.

[36] Odluka Vrhovnog suda Srbije Rev. 2606/99 od 6. 10. 1999. godine, navedeno prema: S. Andrejević, LJ. Milutinović, Z. Petrović, 13.

[37] S. Stjepanović, 1507.

ji je živeo sa detetom, imaće pravo na naknadu bez obzira što njegovo očinstvo nije utvrđeno, niti priznanjem, niti sudskom odlukom, ako učini nespornim da je i otac deteta.[38] Isto važi i za slučaj razvoda roditelja, kada je dete povereno jednom roditelju, drugi roditelj će imati pravo na naknadu samo ako je redovno ispunjavao obaveze prema detetu u smislu održavanja kontakta i redovnog plaćanja alimentacije.[39] Roditelj kome je oduzeto roditeljsko pravo ne bi imao pravo na novčanu naknadu za ovaj vid štete, osim ako je roditeljsko pravo oduzeto usled okolnosti koje su otpale neposredno pre smrti deteta.[40] Odgovor na pitanje da li očuh i maćeha imaju pravo na naknadu svakako bi trebao biti pozitivan, ali bi se pri dosuđivanju naknade moralo strožije postupati u smislu utvrđivanja da li se zaista radi o iskrenom bolu ili je reč o želji za imovinskom koristi.[41]

1.1.3. Deca umrlog lica

Pre stupanja na snagu ZOO sudska praksa je maloletnoj deci priznavala dva osnova za naknadu: u svakom slučaju naknadu za gubitak roditelja, a osim toga još naknadu za duševne patnje deteta zbog smrti, ako je dete već tada bilo sposobno shvatiti duševne bolove.[42] Pošto ZOO duševne bolove zbog smrti bliskog lica konceptira kao jedinstveni oblik nematerijalne štete koji obuhvata patnje oštećenog zbog najrazličitijih gubitaka na nematerijalnom području, nastalih zbog smrti roditelja,[43] potrebno je sve vrste gubitaka koje dete trpi zbog gubitka roditelja, odnosno koje će trpeti tokom života, uvrstiti u duševne bolove. Deci, prema ZOO, pripada naknada nematerijalne štete zbog smrti jednog ili oba roditelja nezavisno od starosti[44], takođe, ovo pravo ima i začeto dete umrlog lica *(nascitu-*

---

[38] *Ibid.*

[39] *Ibid.*

[40] *Ibid.*

[41] *Ibid.*

[42] Z. Gičić, „Osvrt na jedno pitanje u vezi sa pravom maloletnih lica na naknadu nematerijalne štete zbog pretrpljenih fizičkih bolova“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 1/1967, 9-11.

[43] Npr. duševni bolovi zbog same smrti, kasniji duševni bolovi zbog gubitka pažnje i pomoći roditelja, duševni bolovi nastali zbog gubitka njegove moralne podrške, nežnosti, vaspitanja, saveta, itd.

[44] Zaključak broj 9 sa savetovanja građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda o nematerijalnoj šteti od 15. i 16. 10. 1986. godine: „Pretpostavlja se da će sva djeca i ona koja intelektualno i emocionalno ne shvataju gubitak roditelja, doživjeti, odnosno doživljavati psihičku traumu posredstvom nagonsko-intelektualnih mehanizama i emocija, dakle, da duševno pate.“

rus)[45], pod uslovom da se živo rodi i pod uslovom da je u životu, u vreme kad se o takvoj naknadi odlučuje.[46] Radi se o budućoj naknadi štete, i to onoj koja će tek otpočeti, odnosno o novoj budućoj šteti.[47] Pravo na naknadu za duševne bolove zbog smrti roditelja ne zavisi od okolnosti da li su odraslo dete i njegov roditelj živeli u porodičnoj zajednici u trenutku smrti roditelja.[48] Pravo na naknadu, kao i visina te naknade, zavise od stepena emotivne povezanosti između roditelja i deteta. Osamostaljenje deteta i njegov život van porodične zajednice mogu biti od uticaja na ostvarivanje prava na novčanu naknadu i njenu visinu samo ako je ova okolnost uticala na umanjenje, odnosno, prestanak međusobne emotivne povezanosti. Pri proceni intenziteta emotivne povezanosti nije bez značaja činjenica da li se radi o jednom detetu (jedincu), u takvim situacijama se pretpostavlja da je emotivna povezanost intenzivnija te bi o njoj trebalo voditi računa bar kad se radi o naknadi štete roditeljima za duševne bolove zbog smrti jedinca.[49] Takođe, za razliku od sudske prakse, pre njegovog donošenja, ZOO ne pravi razliku između bračne i vanbračne dece po pitanju prava na novčanu naknadu nematerijalne štete za pretrpljene duševne bolove usled smrti bliskog lica.[50]

1.1.4. Braća i sestre umrlog lica

Pored opštih uslova, koji se traže za ostala lica, da bi braća i sestre imali pravo na novčanu naknadu potrebno je i da su živeli sa umrlim u zajednici života. Svakako, zajednica života je pravni standard koji kod ovih lica poprima drugačiji sadržaj u odnosu na bračne i vanbračne zajed-

---

[45] Italijanski kasacioni sud: Cass. 22. 11. 1993. n.11503, RDC, 1995, br. 908: "Štetu koja pogađa trenutno i direktno tek rođenu osobu, nezavisno od činjenice što se štetni događaj zbio pre njenog rođenja. Suprotno stajalište bilo bi protivno samoj koncepciji vanugovorne odgovornosti za štetu jer između štetnog događaja i trenutka nastanka štete (rođenja deteta) postoji neprekinuta uzročna veza. Samo ustavno pravo na zdravlje, kojim se štiti osnovno pravo svake osobe na život, proteže se i na obavezu osiguranja povoljnih okolnosti za rođenje svakog deteta i pre njegovog rođenja a radi zaštite njegovog integriteta po rođenju. Tako iz utvrđenja uzročne veze između štetnog događaja koji se zbio pre samog rođenja deteta i štete koja je nastupila u trenutku njegovog rođenja, kada je dete steklo svoju ličnost, proizlazi da mu se mora priznati pravo na naknadu štete," navedeno prema: B. Matijević, 7.

[46] S. Stjepanović, 1503; Presuda Okružnog sud u Valjevu, broj: Gž - 54/85 od 23. 01. 1985. godine.

[47] V. Vučković, „Naknada buduće nematerijalne štete", *Pravni život* 9-10/1992, 1535.

[48] S. Stjepanović, 1502.

[49] Z. Petrović (1987), 36.

[50] S. Stjepanović, 1502.

nice, pa povremeno napuštanje zajednice ne bi značilo i da ona ne postoji. Dakle, pored srodstva, traži se i postojanje zajednice života, kao okolnosti koja govori u prilog činjenici jače povezanosti braće i sestara. Ova dodatna okolnost je po našem mišljenju suvišna, ako je stepen srodstva osnovni kriterijum za dosuđivanje naknade, onda se trebalo ograničiti na određeni stepen srodstva, bez dodatnih uslovljavanja za neke srodnike. Braću i sestre je trebalo ili isključiti iz prava na naknadu ili ih ne uslovljavati dodatnim okolnostima, jer zajednica života nije kvalitetan argument za razgraničenje na one koji imaju pravo i one koji to pravo ne mogu ostvarivati. Danas je sve više porodica koje žive u zajednici života zbog teške ekonomske krize, iz čiste nužde, ne zbog njihove volje. Sa druge strane sve je veći broj porodica čiji članovi žive u različitim državama u potrazi za boljim životom, ali to nije dokaz da među njima nema i ljubavi.

1.1.5. Ostali srodnici umrlog lica

Iz odredbe Zakona o obligacionim odnosima da u slučaju smrti nekog lica, sud može dosuditi članovima njegove uže porodice pravičnu novčanu naknadu, proizilazi zaključak da se pod pojmom uže porodice može smatrati širi krug lica od onih koja su u zakonu nabrojana. Iako mnogi smatraju da je krug osoba koje imaju pravo na naknadu zbog duševnih bolova zbog smrti bliskog lica određen taksativno, iz sudske prakse proizlazi da je taj krug osoba samo pravilo, ali pravilo koje poznaje svoje izuzetke. Za odlučivanje o tim izuzecima, u prvom redu, odlučujući je emocionalni stepen i kvalitet odnosa između umrloga i posredno oštećenog lica.[51] Tome svedoči i sudska praksa, tako unuk ima pravo na naknadu za duševne bolove koje je pretrpeo zbog smrti bake, ako je unuk živeo odvojeno od roditelja i baka mu je zamenjivala roditelje u svakom pogledu.[52] Dakle, lice koje nije obuhvaćeno čl. 201. stav 1. 2. i 4. ZOO, ali je sa poginulim licem živelo u zajednici života sličnoj zajednici između roditelja i dece može se upodobiti sa tim licem, te mu pripada pravična novčana naknada za duševne bolove zbog smrti bliskog lica.[53] Tako, dedi poginulog lica priznata je naknada nematerijalne štete zato što je on bio postavljen za staraoca poginulog i što je njega odgajio i vaspitao umesto bioloških roditelja od ranog detinjstva, pored činjenice da su mu roditelji

[51] O. Stanković (1998), 117; B. Matijević, 6.

[52] Okružni sud u Zagrebu, broj: Gž - 3564/84 od 08.05. 1984. godine, navedeno prema: D. Medić, H. Tajić, *Nematerijalna šteta,* Privredna štampa, Sarajevo - Banjaluka 2008, 345.

[53] Odluka Vrhovnog suda Vojvodine Rev. 152/86, navedeno prema: B. Apostolović, 248; M. Marković, 224-226.

bili živi.[54] U tom kontekstu treba posmatrati i pravo pastoraka na naknadu za duševne bolove zbog smrti očuha ili maćehe, kao i pravo očuha i maćehe na naknadu za duševne bolove zbog smrti pastoraka i njihove zahteve za naknadu ne treba a priori odbacivati.[55]

U odnosu na naš ZOO, broj osoba koje imaju pravo na pravičnu novčanu naknadu u slučaju smrti ili naročito teškog invaliditeta bliske osobe prema ZOOH proširen je za dede, bake i unučad ako postoji trajnija zajednica života s umrlim, odnosno povređenim licem. Proširenje se ne odnosi samo na one dede, bake i unučad koji, prema našoj dosadašnjoj sudskoj praksi, pod određenim uslovima mogu dobiti naknadu, tj. ako su bili u odnosu koji se može izjednačiti s odnosom roditelj-dete, već je dovoljno da je među njima postojala trajnija zajednica života. U našoj praksi bake i dedovi mogu dobiti naknadu umesto roditelja, što znači da od predaka umrlog naknadu mogu dobiti ili roditelji ili bake i dedovi, dok prema ZOO-a pravo imaju i jedni i drugi, roditelji bez dodatnih uslova, a bake i dedovi ako su s umrlim živeli u trajnijoj životnoj zajednici.[56]

2. Novčana naknada za duševne bolove zbog teškog invaliditeta bliskog lica

Kod nematerijalne štete zbog naročito teškog invaliditeta bliskog lica bitan je karakter povrede bliskog lica, tako da je mišljenje veštaka medicinske struke od ogromne važnosti prilikom utvrđivanja da li se radi o telesnoj povredi koja dovodi do naročito teškog invaliditeta. Pravni standard naročito teške invalidnosti sudska praksa tumači restriktivno. Radi se o stanju u kome je oštećeni izgubio bitne životne funkcije u telesnoj ili duševnoj sferi, tako da je u celini ili pretežnoj meri postao zavistan od brige i pomoći drugih lica. U odluci Vrhovnog suda Srbije Rev- 273/04 od 05. 05. 2004. godine, između ostalog, kaže se: „Roditeljima je priznato pravo na naknadu zbog naročito teškog invaliditeta sina. Sin tužioca je ranjen u glavu i kao posledica ranjavanja nastupila je oduzetost leve ruke

[54] Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 2392/02 od 03. 07. 2002. godine, navedeno prema: P. Trifunović, „Krug lica koja imaju pravo na naknadu štete zbog smrti bliskog lica i naročito teškog invaliditeta“, *Naknada štete i osiguranje* (ur. Z. Petrović), Budva-Beograd 2005, 157.

[55] S. Stjepanović, 1509; Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 4482/03 od 03. 03. 2004. godine: Ovom presudom naknada se priznaje očuhu zbog smrti pastorka zato što ga je od rane mladosti podizao zajedno sa svojom suprugom (majkom pastorka) od dve godine starosti do odlaska u vojsku, navedeno prema: P. Trifunović (2005), 157, i B. Apostolović, 251.

[56] M. Baretić, 464.

i leve noge, umanjenje životne aktivnosti 85%, priznato svojstvo ratnog vojnog invalida I grupe sa 100% invalidnosti."

Takođe, naročito težak invaliditet predstavlja takve promene na telu oštećenog, koje u okolini izazivaju gađenje, sažaljenje i drugu negativnu reakciju i zbog kojih su srodnici svakodnevno izloženi situaciji da ga neguju i da gledaju podnošenje bolova koji su posledica oštećenja, što kod srodnika stvara duševne patnje. Tako u odluci Vrhovnog suda Srbije Rev-4488/03 od 29. 01. 2004. godine, kaže se: „Roditeljima je dosuđena naknada nematerijalne štete zbog naročito teškog invaliditeta sina koji je star 32 godine, koji je zbog zadobijene povrede izgubio obe šake i nosi proteze."[57]

Naročito težak invaliditet bliskog srodnika zbog koga srodnici trpe duševne bolove procenjuje sud prema objektivnim merilima. Mišljenja smo da prilikom odlučivanja o pravu na naknadu za ovaj vid štete treba voditi računa o okolnosti da li lice koje je pretrpelo tešku povredu i postalo invalidom živi stalno sa licem koje potražuje naknadu. Naknadu nematerijalne štete za duševne bolove zbog naročito teškog invaliditeta treba priznati samo onom licu koje je konstantno izloženo tome da živeći sa invalidnim licem neprestano učestvuje u njegovim patnjama zbog invalidnosti. Tako Vrhovni sud BiH, broj: Gž- 214/80 od 05. 06. 1980. godine, ističe da: „Naknada nematerijalne štete za duševne bolove zbog naročito teškog invaliditeta usled pretrpljene telesne ozlede bliskog srodnika može se priznati samo onoj osobi koja je u svakodnevnom životu izložena tome da, negujući ozleđenog, kao očevidac neprestano učestvuje u njegovim patnjama zbog invalidnosti, a ne za slučaj da je briga i stanje o ozleđenom stalno poverena odgovarajućoj ustanovi."[58]

U slučaju naročito teškog invaliditeta bliskog lica, sud može dosuditi njegovom bračnom drugu, deci i roditeljima pravičnu novčanu naknadu za njihove duševne bolove.[59] Ova naknada može se dosuditi i vanbračnom drugu, ako je između njega i povređenog postojala trajnija zajednica života.[60] Postavlja se pitanje proširenja kruga lica koja bi imala pravo na naknadu, da li u tu kategoriju spadaju braća i sestre invalidnog lica, naročito je zanimljivo pitanje da li lice koje zaključi brak sa invalidom i dete koje je začeto i rođeno posle štetnog događaja imaju pravo na novčanu naknadu.

---

[57] Navedeno prema: D. Medić, H. Tajić, 377.

[58] Vrhovni sud BiH, broj: Gž- 214/80 od 05. 06. 1980. godine, navedeno prema: D. Medić, H. Tajić, 341.

[59] Čl. 201. st. 3. ZOO.

[60] Čl. 201. st. 4. ZOO.

Smatramo da pravo na novčanu naknadu treba priznati braći i sestrama invalidnog lica, zbog činjenice da i oni trpe duševne bolove određenog intenziteta, čak i trpe određene posledice zdravstvene prirode. Uslovi dosuđivanja naknade bi bili: trajnija zajednica života, zajedničko domaćinstvo, nastanak naročito teškog invaliditeta i postojanje duševnih bolova određenog intenziteta.[61]

Licu koje stupi u bračnu zajednicu sa invalidnim licem ne treba priznati pravo na naknadu štete zbog same činjenice da tim činom pristaje i na duševne bolove koje će doživljavati kroz svakodnevni život sa njim.[62] Svakako, izuzetak bi bio jedinu u slučaju kada je pre sklapanja braka ovih lica postojala vanbračna zajednica života među njima.[63] Sa druge strane detetu koje je začeto i rođeno posle štetnog događaja treba priznati pravo na novčanu naknadu za duševne bolove zbog invalidnosti roditelja. Opravdanje za ovakav stav se može naći kroz više argumenata:

1) Dete rođeno posle povređivanja, odrastanjem uz roditelja, imaće pred očima trpljenje roditelja zbog teškog invaliditeta i doživljavati duševne bolove na isti način kao i dete koje je već bilo začeto u vreme povređivanja.[64] Praviti razliku po principu prvi iznad linije ima sva prava dok prvi ispod linije nema nikakva prava, a i jedan i drugi trpe iste posledice, je po našem mišljenju nepravedno;

2) Ako invalidno lice bude imalo dete u budućnosti izvesno je da će ono trpeti duševne bolove. Ova činjenica ide u prilog odredbi zakona koja kaže da će sud na zahtev oštećenog dosuditi naknadu i za buduću nematerijalnu štetu ako je po redovnom toku izvesno da će ona trajati i u budućnosti;[65]

3) U smislu člana 155. ZOO. šteta nastaje momentom nanošenja duševnog bola, tako da dete rođeno posle nastanka invalidnosti roditelja postaje poverilac štete. Mišljenja smo da teorija adekvatne uzročnosti, koja je prihvaćena u našem pravu, ima svoju primenu i u ovom slučaju, jer je invalidnost neposredni uzrok duševnih bolova, dok brak ili vanbračna zajednica predstavlja samo institucionalni okvir za prirodno začeće i rađa-

---

[61] A. Ališani, „Nematerijalna šteta i njena naknada zbog naročito teškog invaliditeta“, *Pravni život* 11/2009, 1082.

[62] Videti presudu Vrhovnog suda Srbije Rev. 1923/99 od 29.06.1999. godine, navedeno prema: S. Andrejević, LJ. Milutinović, Z. Petrović , 140; P. Trifunović (2005), 160.

[63] Odluka Vrhovnog suda Srbije Rev. 189/02 od 11.04.2002. godine, navedeno prema: B. Apostolović, 254.

[64] Vidi odluku Vrhovnog suda Srbije Rev. 1923/99 od 29.06.1999. godine, navedeno prema: S. Andrejević, LJ. Milutinović, Z. Petrović, 140.

[65] Čl. 203. ZOO.

nje deteta.[66] Za uzročnost je bitan trenutak stupanja deteta u okvire pravnog poretka, jer uzročnost se mora posmatrati od tog trenutka i bitna je za dete samo od tog momenta. Štetni događaj koji je prouzrokovao invalidnost roditelja desio se pre začeća i rođenja deteta, ali je invalidnost kao posledica štete tu i posle njegovog rođenja, a upravo je ona neposredni uzrok duševnih bolova.

Neki autori nepotrebno ukazuju na pravo usvojioca i usvojenika na ovu vrstu nematerijalne štete,[67] to zbog činjenice da prema čl. 6. st. 5. našeg Porodičnog zakona iz 2005. god. usvojeno dete ima jednaka prava prema usvojiteljima kao dete prema roditeljima, a prema čl. 7. st. 4. Porodičnog zakona usvojitelji imaju pravni položaj roditelja.

Prema Uredbi duševni bol zbog naročito teškog invaliditeta bliskog lica izražava se u subjektivnom osećanju, odnosno patnji koju trpi oštećeni zbog naročito teškog invaliditeta bliskog lica. Invaliditet se smatra naročito teškim, ako je procenat umanjenja opšte životne aktivnosti oštećenog jednak ili veći od 70%.

Pravo na naknadu za duševni bol zbog naročito teškog invaliditeta bliskog lica imaju supružnik, deca, roditelji, vanbračni partner (u slučaju postojanja trajnije zajednice u skladu sa zakonom kojim se regulišu porodični odnosi).

Visina naknade određuje se u sledećim maksimalnim iznosima: za slučaj teškog invaliditeta supružnika ili vanbračnog partnera - 3.000 €; za slučaj teškog invaliditeta deteta - 4.000 €; za slučaj teškog invaliditeta roditelja - maloletnom detetu - 4.000 €; za slučaj teškog invaliditeta roditelja - 3.000 €.[68]

---

[66] P. Trifunović (2005), 160: Ima suprotno mišljenje, pa brak ili vanbračna zajednica su neposredni uslov za nastanak štete.

[67] A. Ališani (2009), 1082: „Pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete zbog naročito teškog invaliditeta sud može dosuditi usvojiocu i usvojeniku. Ovaj predlog činimo *de lege ferenda*."

[68] Za duševne bolove zbog naročito teškog invaliditeta bliskog lica Kriterijumi propisuju da će bračni ili vanbračni partner dobiti oko 30.000 €. Isti iznos pripada i roditeljima ukoliko dođe do naročito teškog invaliditeta deteta, a takođe i detetu koje izdržavaju i vaspitavaju roditelji za naročito tešku invalidnost roditelja. Ukoliko dete ne izdržavaju roditelji, dete ima pravo na naknadu u visini od oko 20.000 €; Za duševne bolove zbog naročito teškog invaliditeta bliskog lica Orijentacioni kriterijumi propisuju da će bračni ili vanbračni partner dobiti 20.000,00 KM. Isti iznos pripada i roditeljima ukoliko dođe do naročito teškog invaliditeta deteta, a takođe i detetu koje izdržavaju i vaspitavaju roditelji za naročito tešku invalidnost roditelja. Ukoliko dete ne izdržavaju roditelji, dete ima pravo na naknadu u visini od oko 12.000,00 KM. Na osnovu analiziranog može se izvesti konstatacija da su Orijentacioni kriterijumi samo kopija Kriterijuma VS Republike Hrvatske, pritom se može zapaziti da su iznosi određeni fiksno i nisu vezani za kurs evra ili neku drugu vrednost. Ovo će svakako doprineti da naknada nematerijalne štete bude nepravična uzimajući u obzir nestabilnost tržišta i promenu kursa KM.

Umesto zaključka

Novčana naknada nematerijalne štete se ne dosuđuje na principu ekvivalencije, da bi se uspostavilo ranije stanje, već ona predstavlja satisfakciju, zadovoljenje kojim će se ublažiti i potisnuti tuga i patnja, pribavljanjem nekog čulnog ili materijalnog zadovoljstva u cilju postizanja psihičke ravnoteže. U ovakvim slučajevima se ne radi o obeštećenju u klasičnom smislu, već o satisfakciji oštećenom licu kojom mu se želi omogućiti pribavljanje nekih zadovoljstava i užitaka pomoću kojih će on pokušati da ublaži sve one neugodnosti koje je zbog pretrpljene štete imao.

Posmatrano sa tačke ZOO, što se tiče kriterijuma i načina za utvrđivanje nematerijalne štete koji su predviđeni Uredbom, to su oni isti kriterijumi i načini koje su sudovi, pri primeni ZOO, razvili u sudskoj praksi od donošenja ZOO pa do danas. Sud pri odlučivanju o zahtevu za naknadu nematerijalne štete, koja nije prouzrokovana u saobraćajnoj nesreći, na osnovu čl. 200. ZOO nije vezan ovom Uredbom, ali ona svakako može da posluži kao dobar orjentir pri odlučivanju, i u velikoj meri uticati na usklađivanje sudske prakse po pitanju pravične novčane naknade nematerijalne štete. Međutim, ono što se da primetiti, a vezano za iznose naknada, jeste činjenica da su iznosi predviđeni Uredbom manji od iznosa koje slični akti u susednim zemljama predviđaju, a daleko manji od iznosa koje evropski sudovi dosuđuju po osnovu naknade nematerijalne štete. Može se opravdano postaviti pitanje da li su naši fizički bolovi, duševni bolovi, strahovi manjeg značaja od istih bolova i strahova stanovnika Hrvatske, ili pak Francuske, Nemačke, Mađarske. To se, na neki način, može pravdati životnim standardom, ali svakako da on nije kvalitetno opravdanje. Zatim, iznosi naknada se predviđaju na taj način da se limitira njihova gornja granica, kao da se ujednačavanje sudske prakse nije moglo postići predviđanjem minimalnih iznosa naknada sa jedne strane, a ostavljajući sudovima diskreciono ovlašćenje da sami utvrde kolika će biti gornja granica tih iznosa sa druge strane. Sve ovo aludira na činjenicu da je ova Uredba pisana pod uticajem vlasnika krupnog kapitala, pre svega, osiguravajućih kompanija.

Samir Manić, Assistant
State University of Novi Pazar

Money Compensation for Non-pecuniary Damages of Emotional Distress over the Death and Severe Disability of Someone Close

Abstract

In this paper, an issue of money compensation for non-pecuniary damages for emotional distress over the death and severe disability of someone close has been researched, analyzed and presented in details. The provisions of Regulation brought by the Government and Supreme Courts of the ex-Yugoslav republics in the aim of leveling of court practice in the issue of a regular determination of a fee for non-pecuniary money compensation have also been analyzed and exposed. Certainly, the subject of this paper is the Regulation of the Government of the Republic of Serbia on compensation to third parties, either.

Key words: non-pecuniary damage, death and disability of someone close, money compensation.

Pregledni članak 336.225.6:342.7
doi:10.5937/zrpfns46-2578

Cvjetana Cvjetković, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVA PORESKIH OBVEZNIKA U POSTUPKU RAZMENE INFORMACIJA[1]

Sažetak: *U radu autor razmatra osnovna prava poreskih obveznika u postupku razmene informacija. Reč je o izuzetno značajnom pitanju budući da se, radi potpunog i pravilnog utvrđivanja poreske obaveze, poreske vlasti sve više oslanjaju na uzajamnu pomoć u poreskim stvarima, pre svega na razmenu informacija. U postupku razmene informacija neophodno je da budu poštovana određena prava poreskih obveznika, pre svega pravo na privatnost i poverljivost dobijenih podataka. Samo mali broj zemalja obaveštava poreskog obveznika o postavljenom zahtevu i daje mu pravo na konsultacije tokom prikupljanja informacija i pravo na korišćenje pravnih sredstava. U radu autor objašnjava razloge za takvo postupanje i ukazuje na moguće načine usklađivanja suprotstavljenih interesa poreske administracije za što efikasnijim postupkom i interesa poreskih obveznika za što širim krugom ovih prava.*

Ključne reči: *razmena informacija; prava obveznika; pravo na obaveštavanje; pravo na konsultacije; pravo na intervenciju; bankarska tajna;*

I Uvodna razmatranja

Poslednjih decenija poreske vlasti nastoje da povećaju obim uzajamne pomoći u poreskim stvarima. Nastojanja za povećanjem obima saradnje u poreskim stvarima uslovljena su činjenicom da privrednim aktivnostima

[1] Rad je posvećen projektu Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija) koji se u celini finansira iz izvornih prihoda Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

prepreke nisu nacionalne granice. Naime, povezivanje nacionalnih ekonomija i sve veće obavljanje svetske trgovina u okvirima multinacionalnih kompanija stvaraju idealne uslove za poresku evaziju i agresivno poresko planiranje, pa se uzajamna saradnja među državama vidi kao najefikasniji mehanizam za suzbijanje ovih pojava. Očito je da nacionalne granice za poreske obveznike i poreske vlasti nemaju isto značenje. Naime, dok poreski obveznici mogu obavljati privredne aktivnosti u globalnom svetu relativno nesputani nacionalnim granicama, poreske vlasti moraju poštovati ove granice u vršenju svojih funkcija. Unutrašnji pravni poredak svake države zabranjuje neovlašćeno vršenje radnji na njenoj teritoriji od strane poreskih organa druge države. U takvim uslovima nadležna poreska tela nemaju drugog izbora nego da se oslone na pravnu pomoć druge države. Stoga, ne iznenađuje okolnost da pitanje uzajamne pomoći u poreskim stvarima postaje pitanje od prvorazrednog značaja.

Međudržavna saradnja u poreskim stvarima značajna je i zbog činjenice da se u većini zemalja oporezivanje sprovodi u skladu sa neačelom svetskog dohotka, odnosno svetske imovine (eng.: *worldwide income*) koje podrazumeva da rezidenti (izuzetno državljani) u državi rezidentstva (izuzetno državljanstva) plaćaju porez na svoj celokupni dohodak, odnosno imovinu, bez obzira gde su ga ostvarili, odnosno bez obzira gde se imovina nalazi. U kontekstu poreske saradnje navedeno načelo podrazumeva da su nadležna poreska tela savremenih država veoma često prinuđena da zahtevaju informacije od države izvora o ostvarenim prihodima, odnosno imovini njenih rezidenata, odnosno državljana. S druge strane u odnosu na nerezidente primenjuje se princip oporezivanja u skladu sa načelom teritorijalnosti, odnosno izvora, pa se razmena informacija javlja i kao sredstvo sprečavanja međunarodnog dvostrukog (pravnog i ekonomskog) oporezivanja.

Uzajamna pomoć u poreskim stvarima može se manifestovati kao razmena informacija, saradnja poreskih službenika i uzajamna kontrola, odnosno revizija. Svaki od navedenih modaliteta uzajamne pomoći ima vlastito polje primene mada je razmena informacija, i to u sva svoja tri vida - razmena na zahtev, automatska i spontana razmena, - ubedljivo najrasprostranjeniji vid uzajamne pomoći. Države rado pribegavaju ovom vidu pomoći jer zahteva najmanje angažovanje ljudskih i materijalnih resursa, ali i najmanje zadiranje u njen fiskalni suverenitet. U suštini, izbor modaliteta pravne pomoći uopšte, i izbor vida razmene informacija treba da se bazira kako na ciljevima koji se žele ostvariti tako i na troškovima koji nastaju pružanjem pravne pomoći u poreskim stvarima.[2]

[2] O vidovima uzajamne pomoći videti: C.Cvjetković, Osnovni instrumenti uzajamne pomoći u poreskim stvarima u Evropskoj uniji, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Vol. 45, br.1/2011, str.469-485.

II Informacione tehnologije kao izazov za poštovanje prava poreskih obveznika

Unošenje podataka relevantnih za oporezivanje u računarski sistem, jednostavno održavanje takvih podataka putem odgovarajućih baza podataka i mogućnost direktnog pristupa takvim bazama podataka doprineli su, svakako, inteziviranju uzajamne pomoći u poreskim stvarima.

Iako postoje teškoće, ulažu se veliki napori kako bi se ocenio obim i efikasnost međunarodne razmene podataka. Čini se da postoji saglasnost da je razmena podataka relevantnih za oporezivanje porasla dramatično poslednjih godina upravo zahvaljujući savremenim informacionim tehnologijama.[3] Naime, troškovi razmene informacija su postali zanemarljivi jer se u uslovima upotrebe savremenih informacionih sistema podaci razmenjuju u dva koraka - sistemom *copy-paste*. Naročito je automatska razmena podataka, koja podrazumeva sistematsku i periodičnu razmenu mnoštva podataka, olakšana upravo zahvaljujući informacionim tehnologijama.

Iako su kompjuterizovane banke podataka o poreskim obveznicima i drugim činjenicama relevantnim za oporezivanje u velikoj meri olakšale razmenu informacija u poreskim stvarima, postoji realna opasnost da prava poreskih obveznika u ovom postupku budu ugrožena putem neovlašćenog pristupa i zloupotrebom podataka sadržanih u takvim centralizovanim bankama podataka. Dakle, pravo na lični podatak je, kao posledica sve šireg korišćenja informacionih tehnologija, u sve većoj meri ugroženo. Poreska oblast pri tome nije izuzetak. Mogućnost ugrožavanja postoji ne samo u nacionalnim okvirima, već i u postupku razmene informacija između nadležnih poreskih tela različitih država. Kako tvrde neki autori, težnja savremenih poreskih administracija da postignu transparentnost celokupne ekonomske snage obveznika je jedna od faza u planiranom procesu potpunog nadzora nad životom i radom svih ljudi.[4] „Zato bojazan poreskih obveznika da podaci o njima, prikupljeni od strane poreskih poreskih vlasti, a koji po svojoj prirodi predstavljaju poslovnu tajnu ili se odnose na sferu privatnosti, ne postanu dostupni neovlašćenim licima pravni poredak priznaje kao legitimnu.“[5] Zaštita podataka može biti fizič-

[3] Tako, prema nekim podacima obim informacija koje razmenjuju holandski poreski organi sa poreskim organima drugih zemalja porastao je za oko 43% u periodu od 1993.godine do 2001.godine. V.: M.Keen, J.E.Lighart, Information Sharing and International Taxation, *International Tax and Public Finance*, Vol.13, br.1/2006, str.81.

[4] V.: M. Anđelković, Fundamentalna prava poreskih obveznika i njihova zaštita u savremenim informaciono-tehničkim uslovima, *Strani pravni život*, br.3/2008, str. 167-168.

[5] V.: D.Popović, *Poresko pravo*,Beograd, 2010, str.165.

ka (npr.unošenje posebne šifre prilikom pristupa banci podataka) i pravna koja može biti preventivna i *ex post*. Preventivna zaštita podrazumeva da poreski obveznik može verifikovati podatke koji se o njemu nalaze u kompjuterizovanoj banci podataka, dok se *ex post* zaštita ostvaruje građanskopravnim i krivičnopravnim putem.[6]

III Razmena informacija u poreskim stvarima i zaštita prava poreskih obveznika

Iako se pojačanom saradnjom u poreskoj oblasti postižu značajni ciljevi sa aspekta poreske administracije, ne sme se izgubiti iz vida da u ovom postupku mogu biti ugrožena neka od ustavom i zakonom zajamčenih prava. Iako je zaštita prava poreskih obveznika u postupku razmene informacija između nadležnih tela različitih država važno pitanje i u međunarodnom i u domaćem poreskom pravu, čini se, da je donekle zanemareno. Naime, eksplicitna zaštita ovih prava garantovana je u svega nekoliko država (npr. u Švedskoj, Nemačkoj, Holandiji, Portugaliji). Ta zaštita se manifestuje pre svega kroz pravo poreskog obveznika da bude obavešten o tome da inostrani poreski organ zahteva informaciju koja se tiče njegove poreske situacije, kroz pravo učestvovanja u prikupljanju informacija putem konsultacija i kroz pravo da nezavisno telo proveri legalnost i legitimnost celokupnog postupka razmene informacija.

Ni bilateralni ugovori zasnovani na OECD Modelu Konvencije o porezima na dohodak i imovinu ne bave se posebno pitanjem zaštite prava obveznika u postupku razmene poreskih informacija uprkos spoznaji da takva prava postoje i da ih je neophodno zaštititi. Jedino se u članu 26, koji se bavi pitanjem razmene informacija, nalaze odredbe posvećene načinu korišćenja dobijenih informacija kako bi se obezbedila poverljivost informacija stečenih u postupku razmene. Naime, predviđeno je da se informacije primljene od nadležnog tela druge države moraju čuvati kao tajna, isto kao i obaveštenja dobijena prema unutrašnjim zakonima te države. Tako dobijeno obaveštenje može se saopštiti jedino licima ili organima (uključujući sudove i upravne organe) koji su nadležni za utvrđivanje ili naplatu poreza, prinudno ili sudsko izvršenje ili rešavanje po žalbama. Ta lica ili organi koriste dobijeno obaveštenje samo za te svrhe, što znači da ono ne može biti upotrebljeno, na primer, u krivičnom postupku za delo koje nije poresko krivično delo. U tom slučaju mora se potražiti pravna pomoć u skladu sa drugim pravilima. U navedenom članu propisano je i da se dobijene informacije mogu objaviti u sudskom postupku i

[6] V.: *.Ibid.*, str.165-167.

sudskim odlukama. To znači da kada su obaveštenja na taj način učinjena javnim, dalje mogu biti citirana iz sudskih spisa ili odluka za druge potrebe. [7] Važno je napomenuti da čl.26 Model Konvencije, odnosno drugačije numerisan član u konkretnom ugovoru koji uređuje pitanje razmene obaveštenja, propisuje da nadležna tela nisu dužna da daju obaveštenja koja otkrivaju trgovinsku, poslovnu, industrijsku, komercijalnu ili profesionalnu tajnu.

Čak i publikacije OECD-a koje su se bavile pitanjem prava i obaveza poreskog obveznika posebno ne razmatraju prava obveznika u postupku razmene informacija.[8] Čini se da je nedovoljna posvećenost pitanju zaštite prava poreskih obveznika u postupku razmene informacija delimično i posledica bojazni da bi obaveštavanje obveznika obesmislilo sam koncept razmene informacija, odnosno dovelo u pitanje njegovu efikasnost. Stoga, većina savremenih država teži samo da obezbedi poverljivost prikupljenih i dostavljenih informacija, ali ne i pravo na obaveštavanje poreskih obveznika, pravo na konsultacije i pravo na intervenciju.

1. Pravo na obaveštavanje

U zemljama čija legislativa predviđa ovo pravo poreski obveznik se obaveštava da je primljen zahtev za dostavljanjem informacija koji se odnosi na njegovu poresku situaciju. Sporan je trenutak u kome poreski obveznik treba da bude obavešten, odnosno sporno je da li obveznik treba da bude obavešten u momentu prijema zahteva ili pak nakon što je zahtevana informacija dostavljena nadležnom telu druge države. U slučaju da se prihvati druga opcija, obaveštavanje obveznika gubi svoj smisao, odnosno manje-više postaje nesvrsishodno jer poreski obveznik više nije u mogućnosti da se suprotstavi postavljenom zahtevu.

U vezi sa realizacijom ovog prava u praksi se mogu javiti određene teškoće. Prvo, razmenom informacija se može dovesti u pitanje sprovođenje određenih postupaka (prekršajnih, krivičnih) u zemlji koja traži pravnu pomoć. Tako, na primer, ako se u državi koja traži informaciju sprovodi istraga, obaveštavanje poreskog obveznika o postavljenom zahtevu moglo bi ugroziti istragu jer bi poreski obveznik imao mogućnost da, nakon obaveštavanja preduzme određene radnje (npr.uništi odrgovarajuće

[7] V.: čl.26 *Model Tax Convention on Income and Capital*, OECD, Paris, 2010, Dostupno na: *http://www.f3.htw-berlin.de/Professoren/vonWuntsch/download/weitere/OECD_Model_Tax_Convention_2010.pdf*, 20.3.2012.

[8] V.: C. Branson, The International exchange of information on tax matters and rights of taxpayers, *Australian Tax Review*, Vol.33, br.2/2004, stp.74. Dostupno na: *http://ccbransonqc.com.au/ doc/33ATRev71.pdf,* 21.2.2012.

evidencije) u cilju onemogućavanja vođenja dalje istrage.[9] Drugo, sporna je situacija kada se traže informacije o licima koja nisu rezidenti, čija je veza sa zamoljenom državom prolaznog i privremenog karaktera pa pronalaženje adekvatnog sredstva komunikacije sa takvim licem nije lako. Treće, sporno je i pitanje kruga lica koja imaju pravo na obaveštavanje o postavljenom zahtevu. Da li se obaveštava samo poreski obveznik ili je potrebno obavestiti i druga lica koja mogu biti direktno pogođena dostavljanjem tražene informacije (npr. partnera ortačkog društva)? [10]

U većini zemalja informisanje poreskog obveznika o postavljenom zahtevu realizuje se nakon što je dostavljena tražena informacija, dok je u drugima odlučivanje o obaveštavanju obveznika po prijemu zahteva prepušteno diskrecionoj oceni nadležnog tela, čime se stvara pravna nesigurnost.[11] Rešenje da se informacije dostavljaju bez obaveštavanja obveznika može da ima negativne posledice na poslovanje poreskog obveznika koje se sastoje u odavanju poslovne tajne. Naime, službenici koji učestvuju u postupku razmene informacija često ne poseduju stručna znanja te usled toga dostavljaju informacije koje predstavljaju poslovnu tajnu, čime se poreskom obvezniku može naneti šteta većih razmera.

Poreski obveznik nema pravo na obaveštavanje ako poreske vlasti jedne države, obično države njegovog rezidentstva, odluče da zahtevaju informacije koje se odnose na njegovu poresku situaciju od poreske vlasti druge države. Međutim, u određenim situacijama poreska administracija može obavestiti obveznika o svojoj nameri da prosledi zahtev drugoj državi kako bi se obezbedile informacije neposredno od poreskog obveznika.

2. Pravo na konsultacije tokom prikupljanja informacija

Ovo pravo omogućava poreskom obvezniku da bude saslušan, odnosno da se izjasni o postavljenom zahtevu. To znači da može, bilo usmeno, bilo u vidu podneska, da iznese eventualne primedbe na tač-

---

[9] OECD je 1994.godine objavio dokument pod nazivom Razmena poreskih informacija između zemalja članica OECD-a: Pregled prakse u članicama (eng.: Tax Information Exchange Between OECD Member Countries: A Survey of Current Practices) u kome je istaknuto da je u nekim zemljama predviđeno rešenje da u slučajevima prevare ne bi postojala obaveza obaveštavanja obveznika, tj.do toga bi dolazilo tek nakon što se informacija prosledi.

[10] *Ibid.*, str.84.

[11] Tako, na primer,švedsko pravo zahteva da slanje informacija inostranim nadležnim poreskim telima mora istovremeno biti praćeno slanjem takvih informacija samom poreskom obvezniku, izuzev ako je očito da obaveštavanje obveznika u konkretnom slučaju nije nužno ili da bi se obaveštavanjem obveznika iskomplikovao poreski predmet u državi koja traži pomoć. O tome više: U.G.Myslinski, *Mutual assistance in tax affairs*, EATLP Congress, Santiago de Compostela, 4-6 June 2009, str. 18.

nost i potpunost informacija koje se razmenjuju. Da bi se ovo pravo realizovalo u praksi poreski obveznik mora biti detaljno informisan o postavljenom zahtevu. U cilju ubrzanja samog postupka razmene informacija bilo bi poželjno da se odredi vremenski period u okviru kojeg se poreski obveznik može izjasniti povodom postavljenog zahteva za dostavljanjem informacija.

3. Pravo na intervenciju

Ovo pravo podrazumeva postojanje nezavisnog tela, administrativnog ili sudskog, koje bi proveravalo legalnost i legitimnost celokupnog postupka razmene informacija. Ono pretpostavlja da je poreski obveznik prethodno obavešten o postavljenom zahtevu za dostavljanjem informacija. Ovo pravo uključuje i pravo da se zastane sa samim postupkom razmene informacija sve dok nezavisno telo (najčešće sud) ne odluči o legalnosti, odnosno legitimnosti. Nakon provere legalnosti i legitimnosti, nadležno telo bi moglo doneti, bilo odluku o nastavljanju postupka razmene informacija bez ikakvih restrikcija, bilo odluku o njegovom obustavljanju, dok u nadležnosti tela koje odlučuje o legalnosti i legitimnosti nije davanje uputstava u pogledu vrste informacija koje bi se trebale prikupljati, oko pravaca istrage itd.

Poreski obveznik bi se mogao pozvati na ovo pravo ako se, na primer, od nadležnog poreskog tela traži dostavljanje informacija za neporeske svrhe ili ukoliko će dostavljanje informacija dovesti do toga da obveznik ne bude oporezovan u skladu sa odredbama poreskog ugovora (ukoliko bi dostavljanjem informacija bio izložen dvostrukom oporezivanju i sl.).[12]

U literaturi se ističe da je veća verovatnoća da će prava obveznika biti povređena ukoliko se informacije razmenjuju na zahtev, povodom konkretnog slučaja, a manja ako je reč o automatskoj razmeni informacija o pojedinim kategorijama prihoda. Ovo se objašnjava time da je kod automatske razmene podataka reč o informacijama koje se odnose na identitet i rezidentstvo primaoca prihoda, visinu isplaćenog prihoda, a ne o informacijama osetljive, lične prirode, niti o informacijama koje bi mogle otkriti trgovačku ili poslovnu tajnu. Podaci primljeni na osnovu automatske razmene podataka se prevashodno koriste za kontrolne svrhe i njih najčešće i sami poreski obveznici

[12] U vezi sa ovim, sporno je da li država koja je dobila informacije, na način koji nije u skladu da odredbama ugovora ili unutrašnjeg zakonodavstva, može koristiti takve informacije ako poreski obveznik nije osporio valjanost postupka razmene informacija pozivajući se na pravo na intervenciju.

prijavljuju jer je opštepoznato da nadležna tela rutinski razmenjuju takve informacije.[13]

Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i zaštita prava obveznika u postupku razmene informacija

Prava poreskih obveznika se mogu posmatrati i u širem kontekstu ljudskih prava koja su zagarantovana nekim međunarodnim konvencijama. Tako, Evropski sud za ljudska prava je 1996.godine odlučivao o saglasnosti razmene informacija između dve države sa članom 8 Konvencije. Naime, u slučaju *R. v. Inland Revenue Commissioners ex parte Banque Internationale à Luxembourg SA* razmatrano je da li je odavanjem podataka u posedu banaka narušeno pravo na privatnost predviđeno u čl.8 Konvencije. Sud se složio da je u navedenom slučaju povređeno pravo na poverljivost i privatnost, ali istovremeno je utvrđeno da postoji dovoljno opravdanja za to (zaštita poreskog sistema i prihoda i celokupnog demokratskog društva).[14]

Često se tvrdi da pomenuta Konvencija dovodi do neadekvatne zaštite prava poreskih obveznika jer se čl.6, koji se odnosi na pravo na pravično suđenje, ne primenjuje na obične poreske sporove. Tako, u slučaju *Ferrazzini v Italy* iz 2001.godine poreski obveznik se žalio na trajanje poresko-sudskog postupka van „razumnog roka“, ali je Evropski sud za ljudska prava odlučio da se garancije pravičnog suđenja ne mogu primenjivati na poreske slučajeve. Izuzetak je učinjen u drugom slučaju *Bendenoun v France*, kada je utvrđeno da su preovladali aspekti slučaja krivične prirode.[15]

IV Prava obveznika u pravu Republike Srbije – poseban osvrt na prava koja mogu biti ugrožena razmenom informacija

Za razliku od nekih drugih zemalja u kojima su prava poreskih obveznika kodifikovana u posebnim aktima (npr. u posebnim poveljama), u Srbiji su uređena u Zakonu o poreskom postupku i poreskoj administraciji (u daljem tekstu: ZPPPA).[16] Tako, u Srbiji poreski obveznik ima pravo da:

---

[13] V.: S.K.McCracken, A Canadian Perspective on International Tax Administration Issues in the “Exchange of Information Age”, *Canadian Tax Journal*, Vol.50, br.6/2002, str.1896-1897. Dostupno na: *http://www.acef.ca/ctfweb/Documents/PDF/2002ctj/2002ctj6_mccracken.pdf*, 7.3.2012.

[14] O ovom slučaju više: P.Baker, *The application of Convention on human rights to tax matters in the United Kingdom*, str.8, Dostupno na: *http://www.taxbar.com/documents/App_European_Convention_Philip_Baker_QC.pdf*, 24.3.2012.

[15] V. M.Anđelković, *Ibid.*, str.175-176.

[16] V.: Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji,"Sl. glasnik RS", br. 80/2002, 84/2002 - ispr., 23/2003 - ispr., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 - dr. zakon,

1) od Poreske uprave besplatno dobije informacije o poreskim propisima iz kojih proizlazi njegova poreska obaveza, a ako je neuk i osnovnu pravnu pomoć, što omogućuje da prijavi i plati porez i obračuna i plati sporedna poreska davanja, u skladu sa propisima;

2) u pismenom obliku dobije odgovor na pitanje koje je u takvom obliku postavio Poreskoj upravi, a tiče se njegove poreske situacije;

3) zahteva da se Poreska uprava i njeni službenici ophode prema njemu sa poštovanjem i uvažavanjem;

4) se o njemu prikupljeni podaci u poreskom postupku od strane Poreske uprave čuvaju kao službena tajna i koriste, odnosno čine dostupnim drugim licima, odnosno organima ili organizacijama, na način uređen zakonom;

5) Poreska uprava poštuje njegovu privatnost;

6) ostvari uvid u podatke o utvrđivanju i naplati poreza koji se o njemu vode kod Poreske uprave i zahteva izmenu nepotpunih ili netačnih podataka;

7) zastupa vlastite interese pred Poreskom upravom neposredno ili putem punomoćnika;

8) na propisan način koristi poreske olakšice;

9) na propisan način i u propisanim rokovima dobije refakciju, refundaciju, odnosno povraćaj više ili pogrešno naplaćenog poreza;

10) prisustvuje tokom terenske poreske kontrole;

11) dobije obrazloženje akata donetih u postupku poreske kontrole;

12) daje obaveštenja poreskim organima u poreskom postupku;

13) koristi pravna sredstva u poreskom postupku;

14) koristi i druga prava utvrđena ZPPPA i drugim poreskim zakonima.

Pravo na poverljivost prikupljenih podataka od strane Poreske uprave, pravo na privatnost, pravo na uvid u podatke koji se o njemu vode kod Poreske uprave, pravo na izmenu nepotpunih i netačnih podataka, pravo poreskog obveznika da daje obaveštenja i pravo da koristi pravna sredstva imaju važnu ulogu u kontekstu razmene informacija zbog mogućnosti njihovog ugrožavanja.

Pravo na poverljivost podataka

Pravo na zaštitu podataka o ličnosti i pravo na poverljivost podataka garantuju se pravnim aktima različite pravne snage. Tako, Ustav Republike Srbije jemči zaštitu podataka o ličnosti i istovremeno propisuje da je

62/2006 - dr. zakon, 63/2006 - ispr. dr. zakona, 61/2007, 20/2009, 72/2009 - dr. zakon, 53/2010, 101/2011 i 2/2012 - ispr.)

zabranjena i kažnjiva svaka upotreba podataka o ličnosti izvan svrhe za koju su prikupljeni, osim za potrebe vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije, te da svako ima pravo da bude obavešten o prikupljenim podacima o svojoj ličnosti.[17] I ZPPPA, kao što je prethodno istaknuto, garantuje navedena prava.[18] ZPPPA izričito predviđa da dostavljanje podataka, činjenica ili dokumenata ovlašćenom licu nadležnog poreskog tela strane države u postupku razmene informacija i pružanja pravne pomoći ne predstavlja povredu čuvanja službene tajne. Međutim, ako se pružanje pravne pomoći zasniva na ugovoru, imajući u vidu da obveznici nisu ugovorne strane međunarodnih poreskih sporazuma, teško je predvideti stvarnu mogućnost zaštite njihovog prava na poverljivost podataka.[19]

Pravo na privatnost

Pravo na privatnost je, svakako, jedno od osnovnih ljudskih prava koje se mora poštovati i na terenu poreskog prava u smislu zaštite od neopravdanog zadiranja u privatni život obveznika. Pitanje zaštite prava na privatnost uopšte, ali i u poreskoj materiji, posebno, je postalo aktuelno razvojem informacionih tehnologija. Poreska administracija poseduje mnoštvo informacija o poreskim obveznicima. Te informacije se mogu odnositi kako na privatnu, tako i na poslovnu sferu.

Upravo zbog mogućnosti zloupotrebe u mnogim državama doneti su posebni zakoni o zaštiti podataka o ličnosti. U Srbiji je to Zakon o zaštiti podataka o ličnosti koji sveobuhvatno reguliše ovu materiju.[20] I na nivou Evropske unije ulažu se napori kako bi se obezbedilo poštovanje ovog prava prilikom dostavljanja ličnih podataka nadležnim organima druge države članice, te je u tom smislu usvojena Direktiva o zaštiti ličnih podataka[21] koja propisuje da lični podaci neće biti dostavljeni drugoj članici ukoliko ta zemlja nema legislativu koja obezbeđuje zaštitu prava na privatnost. Međutim, iskustvo većeg broja zemalja svedoči da je pravo na lični podatak uprkos normativnoj uređenosti u praksi često ugroženo jer se „nasuprot pojedincu - obvezniku nalazi uprava, moćna i kompleksna organizacija.“[22] Pozivajući se na pravo na privatnost nadležna poreska ad-

[17] V.: čl.42 Ustava Republike Srbije

[18] V.:čl.24 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji.

[19] V.: M.Anđelković, *Ibid*., str.166.

[20] Zakon o zaštiti podataka o ličnosti „Službeni glasnik RS“,br.97/08.

[21] Directive on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, 24.October 1995, Official Journal L 281/31.

[22] D.Popović, *Poresko pravo*, str.167.

ministracija bi mogla odbiti dostavljanje informacija koje nisu neophodne za utvrđivanje i naplatu poreza a kojima se zadire u privatnu sferu poreskih obveznika.

Pravo na uvid u podatke i pravo na ispravku nepotpunih i netačnih podataka

Pretpostavka za realizaciju ovog prava u kontekstu razmene informacija je obaveštavanje poreskog obveznika o postavljenom zahtevu za dostavljanjem informacija. Dakle, kada bi poreski obveznik bio obavešten o postavljenom zahtevu mogao bi da zahteva da se isprave netačni i nepotpuni podaci. Samo na taj način, dakle punom saradnjom sa poreskim obveznikom, mogu se dostaviti potpune i tačne informacije nadležnom poreskom telu druge države.

Pravo na pravna sredstva

Pravo na pravna sredstva podrazumeva, pre svega, pravo poreskog obveznika na žalbu u poreskom postupku i pravo na vođenje upravnog spora.[23] Pravo na žalbu je, svakako, jedno od osnovnih prava obveznika u poreskom postupku. Kada bi se poreski obveznik mogao pozvati na ovo pravo u postupku razmene informacija? Na primer, poreski obveznik bi se mogao korišćenjem pravnih sredstava suprotstaviti razmeni informacija koja će dovesti do toga da ne bude oporezovan u skladu sa odredbama poreskog ugovora. Naime, čl.26 Model Konvencije OECD-a predviđa da se mogu razmenjivati jedino informacije relevantne za primenu odredeba ugovora ili unutrašnjih zakona koji se odnose na poreze obuhvaćene ugovorom, pod uslovom da oporezivanje na osnovu zakona nije u suprotnosti sa ugovorom.[24] Ako se radi o državi koja ne obaveštava obveznike o postavljenom zahtevu, poreski obveznik će biti u mogućnosti da koristi ovo pravo jedino ako poreska administracija ne raspolaže traženim informacijama pa ih traži neposredno od obveznika.[25]

---

[23] Ne treba izgubiti iz vida ni mogućnost korišćenja vanrednih pravnih sredstava u poreskom postupku i upravnom sporu koji se vodi povodom određenog poreskog predmeta.

[24] U pojedinim ugovorima o izbegavanju dvostrukog oporezivanja koji obavezuju - Srbiju (ugovori sa Holandijom, Nemačkom i Švajcarskom) predviđeno je da se razmena - informacija sprovodi jedino za potrebe primene ugovora.

[25] Poreski obveznik nema na raspolaganju pravna sredstva ako npr.država njegovog rezidentstva traži određene informacije o njemu od druge države, tj. obveznik nema - mehanizme putem kojih bi se suprotstavio takvom zahtevu. Jedino, postoji mogućnost da poreska vlast informiše obveznika da će biti poslat zahtev za dostavljanjem informacija - ako informacije ne bude obezbedio sam obveznik.

V Bankarska tajna

Verzija Model Konvencije OECD-a o porezima na dohodak i imovinu iz 2005.godine sadrži odredbu koja predviđa da država ugovornica ne može odbiti davanje obaveštenja samo zato što taj podatak poseduje banka, druga finansijska institucija, lice koje radi u agenciji ili lice koje je u fiducijarnom odnosu sa obveznikom ili ima veze sa vlasništvom interesa u licu. Što se tiče pregovaračke pozicije Republike Srbije, njen stav je da, za sada, ne prihvata navedeni predlog, tj. ne unosi navedenu odredbu u ugovore o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, prvenstveno, jer je preširoko formulisana tako da se, praktično, ne vidi kraj mogućnostima podnošenja zahteva.[26] S jedne strane poštovanjem načela čuvanja bankarske tajne obezbeđuje se poverljivost finansijskih transakcija i tako posredno štiti privatnost. S druge strane da bi se efektivno sprovelo oporezivanje u skladu sa ekonomskom snagom, poreska tela moraju imati uvid u finansijske transakcije obveznika i samim tim pristup informacijama koje poseduju banke i druge finansijske institucije.[27]

S jedne strane neke zemlje poput Belgije, Luksemburga, Švajcarske i Austrije dugo su odolevale pritiscima i dopuštale su da banke čuvaju podatke o identitetu njihovih klijenata, dok daleko veći broj zemalja zahteva transparentnost kako bi se dohodak oporezovao u skladu sa ekonomskom snagom poreskog obveznika. U okviru OECD-a ulažu se veliki napori kako bi se ukinuo princip bankarske tajne, te kao rezultat rastućih pritisaka, prethodno navedene zemlje su povukle rezerve na čl.26.[28]

U vezi sa razmenom podataka koje poseduju banke, važno je ukazati i na Direktivu o oporezivanju prihoda od štednje i njen odnos prema načelu čuvanja bankarske tajne. [29] Nakon više od jedne decenije, posle broj-

---

[26] V.: D.Dabetić, *Republika Srbija i izbegavanje dvostrukog oporezivanja*, Beograd, 2008,str.207-208.

[27] . Razmatrajući ovaj konflikt interesa ne treba izgubiti iz vida da su nadležna poreska tela vezana načelom čuvanja službene tajne, tako da je, u načelu, tajnost podataka obezbeđena

[28] Više o tome: h*ttp://www.oecd.org/document/14/0,3746,en_2649_33767_43582376_1_1_1_1,00.html*, 13.5.2012., A. Hofmann, *Austria New Approach on Banking Secrecy Law and Tax Treaty Policy*, Vienna, 2011, str.1-5. Dostupno na: *http://works.bepress.com/cgi/ viewcontent.cgi?article=1000&context=alexander_hofmann*,13.5.2012.

[29] Council Directive 2003/48/EC of 3 June 2003 on taxation of savings income in the form of interest payments, Official Journal L 157 of 26 June 2003 amended by Council Directive 2004/66/EC Official Journal L 168, of 26 April 2004, Council Decision 2004/587/EC Official Journal L 257 of 19 July 2004, Council Directive 2006/98/EC Official Journal L 363 of 20 November 2006. Dostupno na: *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri= CONSLEG:2003L0048: 20070101:EN:PDF*, 11.3.2012.

nih diskusija, postignut je politički sporazum, te je Savet EU 2003.godine usvojio pomenutu Direktivu. Njen osnovni cilj je promovisanje oporezivanja prihoda od štednje u obliku kamata u zemlji rezidentstva poreskog obveznika i to putem efikasnog sistema razmene informacija.[30] Na Samitu iz 2000. godine države članice su se složile da se u postupku vođenja pregovora o pridruživanju neće predviđati izuzeci od obaveze razmene informacija za nove zemlje članice.[31]

Razmena informacija počiva na principu da je lice koje vrši isplatu kamate (eng.: *paying agent*), odnosno koje osigurava isplatu kamate za račun primaoca-stvarnog korisnika (eng.: *beneficial owner*)[32] rezidenta druge zemlje članice, u obavezi da dostavi podatke o rezidentstvu i identitetu stvarnog korisnika, podatke o identitetu i adresi isplatioca kamate, podatke o bankovnom računu primaoca, o iznosu isplaćenih kamata nadležnom poreskom organu zemlje svog rezidentstva, a nadležni organ u zemlji isplatiočevog rezidentstva automatski treba da dostavi informacije nadležnom organu u zemlji primaočevog rezidentstva. Razmena informacija je automatska i vrši se jednom godišnje, i to u periodu od šest meseci po isteku poreske godine za sve izvršene isplate tokom te godine. Navedena Direktiva uspostavlja prelazni režim za tri zemlje: Austriju, Belgiju i Luksemburg. Naime, ove zemlje tokom prelaznog perioda nisu u obavezi da sprovode automatsku razmenu informacija. Međutim, to ne isključuje njihovo pravo da primaju informacije iz drugih zemalja članica. Ovakav režim je prevashodno posledica nastojanja spomenutih država da sačuvaju bankarsku tajnu. Naime, navedene zemlje zadržavaju pravo da oporezuju po odbitku isplaćene kamate po stopi koja se progresivno povećava (od 2011.iznosi 35%). Cilj je da se neprijavljivanje prihoda u zemlji rezidentstva stvarnim vlasnicima učini što neprivlačnijim, jer prijavljivanjem takvog prihoda u zemlji rezidentstva ostvaruju pravo na poreski kredit (na ime poreza plaćenog u pomenutim državama) i pravo na povraćaj (kada iznos plaćenog poreza premašuje iznos poreza dospelog po nacionalnom

[30] Izuzetak od navedenog pravila predviđen je za tri zemlje: Belgiju, Austriju i Luksemburg, u kojima bi se zadržao porez po odbitku, s tim da bi one 25 % poreskih prihoda zadržale, a 75% transferisale u zemlje u kojima poreski obveznik ima rezidentstvo. Ovakva odredba ni na koji nečin ne utiče na pravo ovih država da primaju informacije o isplaćenim kamatama njihovim rezidentima iz drugih zemalja članica.

[31] S. Heidenbauer, *The Saving Directive* (U: *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation)*, ed.by: M. Lang, P.Pistone, J.Schuch, C.Staringer, Vienna, 210, str.170.

[32] Stvarni korisnik je osoba koja uživa korist od neke imovine, suprotno pravnom vlasniku, koji može biti samo nominalni vlasnik. O konceptu stvarnog korisnika: H. Arbutina, O. Lončarić-Horvat, *Osnove međunarodnog poreznog prava*, Zagreb,2007, str.193-194.

pravu). Dakle, očito je da i zemlje članice koje su smatrane oazom čuvanja bankarske tajne polako odstupaju od ovog principa.[33]

Onemogućavanje poreskim telima da pristupe podacima koje poseduju banke proizvodi čitav niz negativnih posledica kako na ekonomskom, tako i na socijalnom planu. Pre svega, narušen je princip pravičnosti. Naime, neki poreski obveznici biće u prilici da transferišu dohodak u jurisdikcije u kojima se poštuje bankarska tajna i tako izbegnu oporezivanje u zemlji rezidentstva. Samim tim dolazi do nejednakog tretmana poreskih obveznika u zavisnosti od kategorije prihoda koje ostvaruju. Osim toga, umesto direktnog pristupa takvim podacima, poreska tela prateći trag takvim transakcijama, troše više resursa, što u krajnjoj liniji znači povećano poresko opterećenje urednih poreskih obveznika. Na međunarodnom nivou negativne posledice se pre svega ogledaju u distorzijama u prekograničnom kretanju kapitala, u smislu njegovog usmeravanja ka jurisdikcijama koje obezbeđuju poštovanje načela čuvanja bankarske tajne.

VI Zaključna razmatranja

U savremenim poreskim sistemima pitanje uzajamne pomoći u poreskim stvarima postaje pitanje od prvorazrednog značaja. Naime, svaka država vrši poresku vlast u okvirima vlastitih nacionalnih granica pa je oslanjanje na pravnu pomoć jedini efikasan mehanizam u borbi protiv poreske evazije, agresivnog poreskog planiranja i međunarodnog dvostrukog oporezivanja. Saradnja je, dakle, neminovnost ali se ona mora sprovoditi uz poštovanje osnovnih prava poreskih obveznika. Čini se da se upravo na nacionalnim granicama donekle zaustavlja zaštita prava poreskih obveznika.

Očito je da se pitanju zaštite prava poreskih obveznika u postupku razmene informacija posvećuje nedovoljna pažnja, odnosno da se ova zaštita svodi na dostupnost primljenih obaveštenja samo određenom krugu lica i njihovo korišćenje samo za određene svrhe i zaštitu trgovinske, poslovne, industrijske, komercijalne i poslovne tajne. Prava na osnovu kojih bi se poreski obveznik mogao suprotstaviti razmeni informacija ili učestvovati u samom postupku, uglavnom, nisu dostupna poreskim obveznicima jer pitanje zaštite prava poreskih obveznik je veoma osetljivo pitanje kod kojeg dolazi do izražaja sukob između interesa nadležnih poreskih tela i interesa poreskih obveznika Naime, poreska administracija teži brzoj i efikasnoj razmeni podataka dok bi pružanje nekih prava obvezni-

[33] Marta 2009.belgijski ministar finansija je objavio da će i Belgija,počevši od 2010.godine, primenjivati režim automatske razmene informacija. Više o ovome: S. Heidenbauer,*Ibid.* , str.167-179.

cima moglo ugroziti cilj zbog kojeg se pristupa razmeni podataka. Stoga je neophodno ustanoviti minimalne standarde kako bi bili zadovoljeni interesi obe strane. Rešenje bi moglo biti da se u slučajevima abuzivnog ponašanja poreskih obveznika ili u slučajevima kada se u zamoljenoj državi vodi istraga i sl.poreski obveznik ne obaveštava o postavljenom zahtevu, odnosno da se obavesti nakon što je informacija dostavljena. Kako bi se pomirili suprotstavljeni interesi, idealno bi bilo da se poreskom obvezniku ostavi relativno kratak rok da se izjasni o postavljenom zahtevu.

Razvoj informacionih tehnologija stvorio je potencijalnu opasnost od ugrožavanja prava poreskih obveznika, ne samo u nacionalnim okvirima, nego i u postupku razmene informacija između nadležnih poreskih tela različitih država, jer su upravo one u velikoj meri olakšale sam postupak razmene. Dakle, nesumnjivo je da su informacione tehnologije izazov za poštovanje prava poreskih obveznika pa je neophodno uložiti dodatne napore u pogledu pojačane zaštite od neovlašćenog pristupa kompjuterizovanim bankama podataka i korišćenja od strane neovlašćenih lica.

Analiza principa čuvanja bankarske tajne pokazuje da se u cilju efikasnog oporezivanja od njega mora odstupiti iako se time narušavaju pravo na privatnost i poverljivost. Iako Srbija u ugovore o izbegavanju dvostrukog oporezivanja ne unosi stav koji se odnosi na razmenu bankarskih podataka, očito je da će, ako takvo rešenje prihvate sve ili većina drugih zemalja, i Srbija biti prinuđena da odustane od načela čuvanja bankarske tajne. Ovo tim pre važi ako se ima u vidu činjenica da će Direktiva o oporezivanju prihoda od štednje biti obavezujuća i za buduće zemlje članice.

Cvjetana Cvjetković, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

The Rights of Taxpayers in the Procedure of Exchange of Information

Abstract

In this paper the author considers the basic rights of taxpayers in the procedure of exchange of information. This is a very important issue because tax administrations increasingly rely on mutual assistance in tax matters. In the procedure of exchange of information, certain rights must be respected, primarily right to privacy and confidentiality of obtained data. Only a small number of countries notify taxpayers about the fact that a request for information has been made and give them right to consultation and right to intervention. Finally, the author tends to show the possible ways of harmonization of conflicting interests of tax administrations and taxpayers, because guaranteeing these rights may undermine efficiency and the goal which should be achieved by exchange of information.

Key words: exchange of information; rights of taxpayers; right to notification; right to consideration; right to intervention; bank secrecy;

Pregledni članak 343.542.1-053.2:004.738.5
doi:10.5937/zrpfns46-2573

Milana Pisarić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNI OKVIRI EVROPSKE UNIJE U BORBI PROTIV DEČJE PORNOGRAFIJE NA INTERNETU[1]

Sažetak: *Seksualna zloupotreba i iskorišćavanje dece predstavljaju ozbiljno kršenje osnovnih prava deteta, a dečja pornografija na Internetu specifičan štetan sadržaj, čije se postojanje i širenje nikako ne može dovesti u vezi sa slobodom mišljenja i izražavanja. Borba protiv onlajn pornografskog materijala na kom su prikazana deca podrazumeva inkriminisanje određenih štetnih ponašanja, identifikovanje dece koja su žrtve, otkrivanje učinilaca tih krivičnih dela i njihovo krivično gonjenje, uklanjenje pornografskih sadržaja sa Interenta, odnosno onemogućavanje pristupa stranicama na kojima se ti sadržaji nalaze. Iako Internet predstavlja gotovo neograničen prostor za distrubuciju pornografskog materijala na kome su prikazana deca, odgovor države na ovu pojavu je teritorijalno ograničen, s obzirom na činjenicu da čak i ukoliko država uspostavi kontrolu sadržaja na Internet stranicama koje se nalaze na njenoj teritoriji, korisnici materijal mogu pronaći na Internet stranicama koji se nalaze van domašaja nadležnih organa te države. Iz tog razloga, borba protiv onlajn dečje pornografije zaheteva harmonizaciju nacionalnih propisa i uspostavljanje efikasne međunarodne saradnje.*

Ključne reči: *dečja pornografija, Internet, Evropska unija.*

---

[1] Ovaj rad je nastao kao rezultat naučno-istraživačkog rada na Projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“ čiji nosilac je Pravni fakultet u Novom Sadu.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Seksualno zlostavljanje i seksualno iskorišćavanje dece, uključujući i dečju pornografiju, predstavljaju ozbiljno kršenje osnovnih prava, naročito prava deteta na zaštitu i brigu koja je neophodna za njihovo blagostanje, što je predviđeno u Konvenciji Ujedinjenih nacija o pravima deteta iz 1989. godine[2]. Ista prava detetu garantuje i Povelja o osnovnim pravima Evropske unije iz 2000.godine[3], a u Štokholmskom programu iz 2010.godine[4] borba protiv dečjeg zlostavljanja i ekploatacije postavljena je kao jedan od prioriteta na putu ka bezbednom prostoru Evropske unije. Nedovoljna efikasnost mehanizama za primenu postojećih propisa doprinosi učestalosti ovih pojava, a u borbi protiv njih dodatnu poteškoću predstavlja transnacionalna dimenzija pojedinih oblika krivičnih dela, kao i razvoj informacionih tehnologija čija upotreba olakšava proizvodnju i distribuciju prikaza seksualnog zlostavljanja dece.

Iako Internet predstavlja gotovo neograničen prostor za distrubuciju pornografskog materijala na kom su prikazana deca, odgovor države je teritorijalno ograničen, s obzirom na činjenicu da čak i ukoliko država uspostavi kontrolu sadržaja na Internet stranicama koje se nalaze na njenoj teritoriji, korisnici materijal mogu pronaći na Internet stranicama koji se nalaze van domašaja nadležnih organa te države. Iz tog razloga, efikasna borba protiv onlajn dečje pornografije zahteva harmonizaciju nacionalnih propisa i uspostavljanje odgovarajuće međunarodne saradnje. Za suprotstavljanje pornofraskom materijalu na kom su prikazana deca, suočavajući se sa svim izazovima Interneta, neophodno je postojanje pravnog okvira koji sadrži pravila o inkriminisanju određenih štetnih ponašanja, identifikovanju dece koja su žrtve, otkrivanju i krivičnom gonjenju učinilaca krivičnih dela, uklanjanju sadržaja sa Interneta, odnosno onemogućavanje pristupa stranicama na kojima se ti sadržaji nalaze.

U okvirima Evropske unije, nacionalno zakonodavstvo država članica je postavilo pravni okvir za borbu protiv nekih od ovih problema ali je stepen regulisanosti bio različit od države do države, što je međutim bilo nedovoljno konzistentno da bi se obezbedio energičan društveni odgovor na seksualno iskorišćavanje i zlostavljanje dece i dečju pornogarfiju na

---

[2] *Convention on the Rights of the Child* , pun tekst Konvencije dostupan je na sledećem linku:http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm.

[3] *Charter of Fundamental Rights of the European Union*: pun tekst Povelje dostupan je na sledećem linku http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf.

[4] *The Stockholm Programme — An Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens,* pun tekst Programa dostupan je na sledećem linku http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:en:PDF.

Internetu. Iz tog razloga, je 2004. godine na nivou Evropske unije usvojena Okvirna odluka o borbi protiv seksualnog iskorišćavanja dece i dečje pornografije[5], koja je i pored zadovoljavajućeg nivoa implementacije, imala nezanemarljive nedostatke, pa je u cilju unapređenja pravnog okvira, nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabonu[6], decembra 2011.godine usvojena Direktiva o borbi protiv seksualne zloupotrebe i iskorišćavanja dece i dečje pornografije[7].

2. POČECI PRAVNOG REGULISANJA NA NIVOU EVROPSKE UNIJE

Prema članu 29. Ugovora o Evropskoj uniji, cilj postojanja Unije jeste stvaranje visokog stepena bezbednosti građana, prvenstveno kroz sprečavanje i suzbijanje krivičnih dela. U vezi sa tim, uzima se u obzir dejstvo principa subsidijarnosti, po kom Evropska unija može da preduzme legislativne akcije u određenoj oblasti samo ako i ukoliko taj cilj ne mogu u dovoljnoj meri postići države članice, odnosno efikasnije se može delovati sa nivoa Zajednice.

Što se tiče borbe protiv dečje pornografije na Internetu na nivou Evropske unije, ***prva nastojanja da se stane na put ovom problemu*** datiraju iz 1996. godine kada je Komisija usvojila dva dokumenta (Saopštenje o nezakonitim i štetnim sadržajima na Internetu[8] i Zeleni papir o zaštiti maloletnih lica i ljudskog dostojanstva u audio-vizuelnnim i informacionim sistemima[9]) u kojima se, s obzirom na međuna-

---

[5] *Council Framework Decision 2004/68/JHA of 22 December 2003 on Combating the Sexual Exploitation of Children and Child Pornography,* OJ L 13, 20.1.2004, p.44; pun tekst Okvirne odluke dostupan je na sledećem linku: http://eur-lex.europa.eu/ LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004F0068:EN:NOT.

[6] *The Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007,* pun tekst Ugovora dostupan je na sledećem linku: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUri Serv.do?uri=OJ:C:2007:306: FULL:EN:PDF.

[7] *Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA*; pun tekst Direktive dostupan je na sledećem linku: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:335:0001: 0014:EN:PDF.

[8] *Communication on Illegal and Harmful Content on the Internet:* pun tekst Saopštenja dostupan je na sledećem linku: http://aei.pitt.edu/5895/1/5895.pdf.

[9] *Green Paper on the Protection of Minors and Human Dignity in Audiovisual and Information Services*, pun tekst ovog dokumenta dostupan je na sledećem linku: - http://aei.pitt.edu/1163/1/minors_info_soc_gp_COM_96_483.pdf.

rodni karakter Interneta, ukazuje na značaj zajedničkog i koordinisanog delovanja država članica, ali uz relativno ograničenu ulogu Evropske zajednice. U to vreme, naime, zakonodavstva država članica u pogledu prihvatljivosti sadržaja na Internetu su se razlikovala, a kako se nije se mogla obezbediti primena principa subsidijarnosti u ovoj oblasti, legislativna uloga Zajednice je bila gotovo nepostojeća, što je dovelo do toga da se kontrola sadržaja na Internetu prepusti državama članicama. U nacionalnim zakonodavstvima pojedinih država članica određena štetna ponašanja na Internetu su bila inkriminisana, ali to nije bilo dovoljno niti konzistentno da bi se obezbedio energičan društveni odgovor na seksualno iskorišćavanje i zlostavljanje dece i problem onlajn dečje pornografije, s obzirom na to da su ove uznemiravajuće pojave imale i imaju izraženu prekograničnu dimenziju (koja je najočiglednija kod problema dečje pornografije na Internetu i „dečjeg seks turizma"), koja nalaže potrebu da se deci u svim državama članicama obezbedi jednak nivo zaštite.

U skladu sa Odlukom Saveta od 29. maja 2000. godine[10] države su bile pozvane da, koristeći tada postojeće sporazume, obezbede najpodobnije mehanizme saradnje[11] da bi se stvorili uslovi za efikasno otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela koja se odnose na aktivnosti u vezi sa dečjom pornografijom na Internetu. Odluka je sadržala preporuku državama da podstiču korišćenje tehničkih mera za sprečavanje distribuiranja pornografskog materijala na kom su prikazana deca (blokiranje sadržaja na Internetu). Ipak, 2002. godine u Parlamentu je usvojen izveštaj o zaštiti maloletnih lica u kom je bila istaknuta neefikasnost takvog pristupa problemu koji istovremeno predstavlja i značajno ugrožavanje slobode izražavanja[12] (kakav stav je zadržan i prilikom kreiranja Okvirne odluke).

Međutim, da bi se stvorili, odnosno unapredili mehanizmi sprečavanja i borbe protiv seksualnog iskorišćavanja i zlopotrebe dece, te pojave i širenja dečje pornografije na Internetu, ***bilo je neophodno stvoriti pravni okvir na nivou Evropske unije*** koji bi sadržao minimum pravila za regulisanje ovih pojava u državama čkanicama, čime bi se omogućio ostvarenje specifičnih ciljeva:

---

[10] *Council Decision of 29 May 2000 to combat child pornography on the Internet (2000/375/JHA*), pun tekst Odluke dostupan je na sledećem linku: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32000D0375&model=guichett.

[11] Osim toga, Savet EU je 26.aprila 2001.godine pozvao države članice da u što većoj meri koriste odredbe Konvencije Saveta Evrope o kompjuterskom kriminalu.

[12] Više o tome videti na sledećem linku: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/ LexUriServ.do?uri=CELEX:52004PC0341:EN:NOT.

– efikasno procesuiranje krivičnih dela;
– poštovanje prava žrtava;
– insitiranje na prevenciji seksualnog iskorišćavanja i zlostavljanja dece;
– uspostavljanje efikasnog sistema monitoringa pojavnih oblika seksualnog iskorišćavanja i zlostavljanja dece.

Pomenuti ciljevi mogli su se ostvariti samo kroz obavezivanje država članica da inkriminišu društveno štetne pojave u vezi sa seksualnim iskorišćavanjem i zlostavljanjem dece i aktivnosti u vezi sa dečjom pornografijom na Internetu, te da propišu efikasne, srazmerne i u dovoljnoj meri odvraćajuće krivične sankcije, što je posebno važno s obzirom na aktivnosti koje nisu bile inkriminisane uopšte ili na odgovarajući način u svim zemljama, uključujući i oblike seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja dece počinjene korišćenjem informacionih tehnologija.

2.1. Okvirna odluka o borbi protiv seksualnog iskorišćavanja dece i dečje pornografije iz 2004. godine

Neophodni pravni okvir stvoren je 2004. godine, kada je usvojena ***Okirna odluka o borbi protiv seksualnog iskorišćavanja dece i dečje pornografije*** u okviru tadašnjeg Trećeg stuba Evropske unije. Okvirna odluka je imala za cilj minimum približavanja zakonodavstava država članica u pogledu inkriminisanja najozbiljnijih oblika seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja dece, posebno iskorišćavanjem informacionih tehnologija, proširenja nadležnosti država članica u vezi sa krivičnim postupcima i obezbeđenja minimuma pomoći žrtvama.

Komisija je 2007. godine usvojila izveštaj o implementaciji Okvirne odluke[13] u kom je bilo navedeno da su države članice u velikoj meri ispunile zahteve postavljene u Okvirnoj odluci, ali da i dalje postoji potreba za delovanjem u određenim oblastima, naročito u vezi sa upotrebom informacionih tehnologija, kako u izvršenju krivičnih dela od strane učinilaca, tako i u otkrivanju istih od strane nadležnih organa. Osim toga, uočeno je da se određena ponašanja ne smatraju u svim zemljama krivičnim delom, što je u kombinaciji sa razlikama u krivičnom pravu i postupku moglo dovesti, odnosno dovodilo je do razlika u istrazi i krivičnom gonjenju u različitim zemljama. Na primer, u pojednim državama, gledanje dečje pornografije onlajn bez čuvanja datoteka na računaru (daunlodovanja) nije značilo i posedovanje, pa nije predstavljalo radnju izvršenja kri-

[13] Izveštaj je u celosti dostupan na sledećem linku:http://eur-lex.europa.eu/ LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0716:FIN:EN:PDF.

vičnog dela. Takođe, tajne operacije, u okviru kojih se pripadnici organa policije infiltriraju u određene kriminalne krugove nisu zakonom regulisane u nekim zemljama članicama ili se uslovi za njihovu realizaciju drastično razlukuju od zemlje do zemlje itd.

U vezi sa navedenim, Okvirna odluka je, kao najizraženije, imala sledeće nedostatke:

1. odnosila se na približavanje zakonodavstava u pogledu relativno ograničenog broja štetnih pojava na Internetu;
2. nije obuhvatala nove pojavne oblike seksualne zloupotrebe dece korišćenjem informacionih tehnologija (kao što je pojava korišćenja lažnih profila u socijalnim mrežama od strane punoletnih lica radi uspostavljanja kontakata sa decom a radi izvršenja pojedinih krivičnih dela ili pristupanje dečjoj pornografiji na Internetu bez daunlodovanja iste i tako dalje);
3. pravila o nadležnosti nisu omogućavala procesuiranje za krivična dela učinjena van teritorije države članice;
4. nisu u dovoljnoj meri uzete u obzir specifične potrebe maloletnih žrtava;
5. mere za sprečavanje ovih pojava nisu bile adekvatne.

Osim otklanjanja pomenutih nedostataka, novi pravni okvir je trebalo da omogući i:

– otkrivanje krivičnih dela i pokretanje krivičnog postupka, posebno u odsustvu prijave od strane maloletne žrtve;

– efikasno procesuiranje u slučaju zlostavljanja ili eksploatacije počinjenih u inostranstvu;

– uklanjanje prepreka za međunarodnu saradnju ,i

– omogućavanje korišćenja istražnih radnji koje se koriste u slučajevima organizovanog i prekograničnog kriminala.

Dodatni zahtevi za inoviranje Okvirne odluke proistekli su i iz rešenja Konvencije koja je usvojena u okviru Saveta Evrope.

2.2. Konvencija Saveta Evrope o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i zlopotreba

U okviru Saveta Evrope 2007. godine usvojena je Konvencije br. 201 o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i zlopotreba[14] ***koja trenutno sadrži najviše međunarodnopravne standarde za zaštitu dece od seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja***. Konvencija predstavlja sveobu-

[14] *Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse CETS No.: 201;* pun tekst Konvencije dostupan je na sledećem linku: http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=201&CL=ENG.

hvatan i koherentan pravni okvir koji se odnosi na inkriminisanje različitih oblika seksualne zloupotrebe i iskorišćavanja dece, pogotovo upotrebom informacionih tehnologija, otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela i gonjenje učinilaca, sprečavanje ovih pojava, koordinaciju delovanja različitih aktera, te zaštitu i pomoć žrtvama.

Iako bi implementacija Konvencije od strane svih država članica Evropske unije doprinela značajnim poboljšanjima u nacionalnim pravnim sistemima, nije bilo izvesno da će sve države članice ratifikovati Konvenciju u bliskoj budućnosti, usled toga što sama Konvencija ne predviđa vremenski rok za ratifikaciju niti odgovarajući mehanizam praćenja implementacije u državama potpisnicama, procedure za ratifikaciju u pojedinim zemljama su dugotrajne, a države članice Evropske unije mogu da odluče i da ne potpišu ili ratifikuju Konvenciju[15]. Stoga su ***standardi postavljeni u ovoj Konvenciji iskorišćeni za poboljšanje rešenja u relevantnim pravnim izvorima Evropkse unije***, pa su najpre ugrađeni u predlog okvirne odluke koja je trebalo da zameni Okvirnu odluku iz 2004. godine, a potom u Direktivu, koja ju je i zamenila (s tim što su rešenja iz Konvencije dodatno poboljšana u odredbama Direktive).

2.3. Potreba za unapređenjem rešenja iz Okvirne odluke

Kako bi se unapredio postojeći pravni okvir na nivou Evropske unije u borbi protiv seksualnog iskorišćavanja i zloupotrebe dece i dečje pornografije na Internetu, ***bilo je neophodno*** otkloniti nedostatke u odredbama Okvirne odluke i iskoristiti rešenja sadržana u odredbama Konvencije Saveta Evrope, te ***preduzeti sledeće korake:***

– inkriminisati oblike seksualnog iskorišćavanja, koji nisu bili obuhvaćeni Okirnom odlukom, naročito one koju se preduzimaju upotrebom informacionih tehnologija;

– ukloniti prepreke za sprovođenje istrage i gonjenje u prekograničnim slučajevima;

[15] U odnosu na međunarodne konvencije, kakva je pomenuta Konvencija Saveta - Evrope, pravni izvori Evropske unije imaju prednost, naročito u pogledu činjenice da procedure potpisivanja i ratifikacije međunarodnih ugovora mogu trajati i po nekoliko godina, a pravni izvori Evropske unije stupaju na snagu u određenom trenutku i obavezuju države članice da ih implementiraju u određenom vremenskom periodu. Osim toga za razliku od nepostojanja, odnosno postojanja nedovoljno efikasnog mehanizma kontrole implementacije međunarodnih ugovora, u pogledu implementacije pravnih izvora Evropske unije od strane država članica, postoji insitucionalizovani okvir kontrole (od strane Komisije, Saveta i Evrospkog suda).

– obezbediti sveobuhvatnu zaštitu žrtava, naročito u vezi sa krivičnim postupkom;

– sprečiti krivična dela kroz interventne programe i tretmane učinilaca;

– osigurati da izrečene kazne i mere bezbednosti opasnim učiniocima u jednoj zemlji budu efektivne i u ostalim državama članicama.

Stoga je Komisija 25.marta 2009. podnela Savetu *prelog nove Okvirne odluke o borbi protiv seksualne zloupotrebe i iskorišćavanja dece i dečje pornografije*[16], koja je trebalo da izmeni i dopuni odredbe Okvirne odluke iz 2004.godine. Prelog se zasnivao na rešenjima iz Konvencije Saveta Evrope i sadržao je odredbe krivičnog materijalnog i procesnog prava.

Pravila Evropske unije koja se odnose na uređenje određenih oblasti u okviru bivšeg Trećeg stuba pre Lisabonskog ugovora donošena su u formi okvirnih odluka koje nemaju direktno dejstvo u državama članicama, nego je potrebna njihova implementacija u nacionalna zakonodavstva. Pri tom je Komisija imala samo mogućnost nadgledanja nivoa implementacije pravila iz okvirnih odluka, bez mogućnosti izricanja bilo kakve sankcije državi članici koja ne prikazuje zadovoljavajući nivo implenetacije ili odgovaranja države zbog neispunjenja obaveza iz okvirne odluke pred Evropskim sudom pravde. *Nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora* 1. decembra 2009. godine došlo je do „komunitarizacije“ Trećeg stuba i stvorene su mogućnosti za olakšano usvajanje novih legislativnih mera u oblasti pravosudne i policijske saradnje[17] i to u formi direktive (koja ima direktno dejstvo), dok je Komisiji dato ovlašćenje da nadgleda da li se zemlja članica pridržava direktive, te ukoliko ne postupa u skladu sa direktivom, Komisija može da se obrati Evropskom sudu pravde.

Koristeći pomenute legislativne mogućnosti, Komisija je Savetu i Parlamentu 29. marta 2010. godine predstavila predlog *Direktive o borbi protiv seksualne zloupotrebe i iskorišćavanja dece i dečje pornografije*. Nakon redovnog legislativnog postupka[18], Direktiva je usvojena 13. decembra 2011.godine.

---

[16] Tekst predloga dostupan je na sledećem linku: http://eur-lex.europa.eu/ LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0135:FIN:EN:PDF.

[17] Kvalifikovanom većinom članova Saveta uz učešće Parlamenta.

[18] Na sednici održanoj 3. decembra 2010. godine, Savet za pravosuđe i unutrašnje poslove - je nakon pregovora sa Evropskim parlamentom utvrdio tekst nacrta Direktive. Odbor Evropskog parlamenta za građanske slobode, pravosuđe i unutrašnje poslove je dana 16. februara 2011. godine nakon orijentacionog glasanja, odobrio amandmane na predlog Komisije. U okviru redovnog zakonodavnog postupka, usledila su usaglašavanja između Komisije, Parlamenta i Saveta. Tekstovi radnih dokumenata ovih organa dostupni su na sledećem linku: -

3. DIREKTIVA O BORBI PROTIV SEKSUALNE ZLOUPOTREBE I ISKORIŠĆAVANJA DECE I DEČJE PORNOGRAFIJE

Direktiva o borbi protiv seksualne zloupotrebe i iskorišćavanja dece i dečje pornografije ima za cilj da stvori pravni okvir za zaštitu dece od svih oblika seksualne zloupotrebe i iskorišćavanja, te unapređenje međunarodne saradnje, mera prevencije i mera zaštite dece žrtva tih krivičnih dela. U tom smislu, Direktiva sadrži minimum pravila kojih su države dužne da se pridržavaju u propisivanju krivičnih dela i sankcija u vezi sa seksualnom zloupotrebom i iskorišćavanjem dece i dečjom pornografijom, a osim toga sadrži i odredbe koje su od značaja za sprečavanje ovih pojava kao i zaštitu žrtava pomenutih krivičnih dela.

3.1. Najznačajnije odredbe Direktive

Pre daljeg prikaza rešenja sadržanih u Direktivi, treba objasniti ***značenje pojma „dete***“ (*child*[19]). Naime, *detetom* se smatra lice mlađe od 18 godina (što odgovara pojmu maloletnog lica u krivičnom pravu Republike Srbije), s tim što Direktiva predviđa mogućnost da država u skladu sa nacionalnim propisima odredi uzrast u kom je maloletno lice sposobno da da saglasnot za stupanje u seksualne odnose, dok je stupanje u seksualne odnose sa maloletnim licem mlađim od tako određenog uzrasta zabranjeno čak i uz njegov pristanak (što odgovara postavljanju granice između deteta i maloletnika u domaćem krivičnom pravu).

U članovima 3-6. Direktive ***navedene su radnje*** u vezi sa seksualnom zloupotrebom i iskorišćavanjem dece i dečjom pornografijom koje su države članice ***dužne da inkriminišu u svojim zakonodavstvima***. Za svaku od radnji navedenih u članovima 3-6. Direktive ***propisani su i minimumi najteže kazne zatvora*** koje je država dužna da ispoštuje prilikom predviđanja sankcije za određeno krivično delo. U vezi sa prethodno navedenim, neophodno je naglasiti da Direktiva *u većini* slučajeva *(ali ne i u slučajevima postojanja elementa prinude*) predviđa mogućnost za propisivanje blaže kazne zatvora ukoliko je delo učinjeno prema detetu koje je dostiglo uzrast u kom se smatra sposobnim za davanje sekusalne saglasnoti u skladu sa nacionalnim propisima. Inače, minimumi najtežih kazni zatvora su pooštreni u odnosu na odredbe Okvirne odluke, pa su države dužne da predvide sledeće:

---

http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language= EN&reference=P7-TA-2011-0468.

[19] Termin „dete“ sa istim značenjem koristi i Konvencija Saveta Evrope.

– za radnje u vezi sa seksualnom zloupotrebom dece: maksimalne kazne od najmanje 1 godine zatvora za navođenje dece da prisustvuju seksualnom činu do najmanje 10 godina zatvora za prinuđivanje deteta na seksualne radnje;

– za radnje u vezi sa seksualnim iskorišćavanjem dece: maksimalne kazne od najmanje 2 godine zatvora za prisustvovanje pornografskim predstvama u koje su uključena deca do najmanje 10 godina zatvora za prinuđivanje deteta da se bavi prostitucijom;

– za radnje u vezi sa dečjom pornografijom: maksimalne kazne od najmanje 1 godine zatvora za posedovanje dečje pornografije do najmanje 10 godina zatvora za proizvodnju dečje pornografije.

U vezi sa ***otkrivanjem i dokazivanjem navedenih krivičnih dela i gonjenjem učinilaca***, Direktiva sadrži izuzetno bitne odredbe.

Naime, države se obavezuju da preduzmu neophodne mere da obezbede da otkrivanje, dokazivanje i gonjenje ne zavisi od postojanja krivične prijave, predloga za gonjenje, odnosno krivične tužbe žrtve i njenih zastupnika, kao i da postupak može da se nastavi i u slučaju da žrtva povuče predlog za gonjenje, tužbu, odnosno svoje iskaze. Takođe, države bi trebalo da predvide da krivično gonjenje učinilaca većine pomenutih krivičnih dela (član 3, član 4. stava 2, 3, 5, 6 i 7. i iz člana 5. stava 6.) bude moguće i kada je pornografski materijal korišćen određeni vremenski period nakon punoletstva žrtve, uzimajući u obzir težinu učinjenog krivičnog dela. U vezi sa podnošenjem krivičnih prijava, države bi trebalo da preduzmu sve mere da dužnost čuvanja profesionalne tajne kod određenih zanimanja koje podrazumevaju rad sa decom ne predstvlja prepreku tim licima da prijave krivično delo, u slučaju kada imaju opravdan razlog da veruju da su deca žrtve neke od pomenutih krivičnih dela.

Jedna od najvažnijih odredaba Direktive odnosi se obavezu država da predvide mogućnost da se u otkrivanju i dokazivanju pomenutih krivičnih dela koriste posebne istražne radnje (koje se koriste u otrkivanju i dokazivanju dela organizovanog kriminala i drugih težih krivičnih dela). Efikasne istražne radnje odnose se na presretanje komunikacija, tajno praćenje, uključujući elektronski nadzor, praćenje bankovnih računa, za čije određivanje se uzimaju u obzir, između ostalog, princip proporcionalnosti, priroda i ozbiljnost dela pod istragom. U slučajevima u kojima je to moguće i u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom, takve radnje takođe mogu da podrazumevaju mogućnost ovlašćenih službenih lica da koriste prikriveni, tj. lažni identitet na Internetu. Takođe, da bi se utvrdio identitet žrtava pomenutih krivičnih dela, države treba da omoguće upotrebu određenih tehnika u analizi pornografskog materijala

koji su dostupni ili se prenose sredstvima informaciono-komunikacione tehnoligije.

Kako je u borbi protiv seksualne eksploatacije dece bilo potrebno obezbediti punu primenu postojećih instrumenata o konfiskaciji prihoda od krivičnih dela[20], države se obavezuju da omoguće nadležnim organima da oduzmu imovinu proisteklu iz svih krivičnih dela koja se pominju u Direktivi.

Odredbe članova 18-20. Direktive značajne su za ***pomoć, podršku i mere zaštite maloletnih lica žrtava krivičnih dela*** na koje se odnosi Direktiva a u cilju sprečavanja, odnosno umanjenja efekata sekundarne viktimizacije. Države se obavezuju da maloletnim licima koja su žrtve pomenutih krivičnih dela obezbede pomoć, podršku i zaštitu uzimajući u obzir njihove najbolje interese, i to već od trenutka kada nadležni organi imaju opravdani osnov da veruju da je maloletno lice žrtva, a u slučaju da nije sa izvesnošću utvrđeno da li se radi o licu koje je maloletno ili je navršilo punoletstvo, važiće pretpostavka da se radi o maloletnom licu. Pomoć i podrška maloletnim licima koja su žrtve pomenutih krivičnih dela pruža se u skladu sa odredbama Okvirne odluke o položaju žrtava u krivičnom postupku[21], s tim što se maloletna lica smatraju posebno osetljivom kategorijom žrtava u smislu te Okvirne odluke. Pomoć i podrška žrtvama maloletnim licima trebalo bi da se pruža pre, u toku i određeni period nakon okončanja krivičnog postupka, i to nezavisno od spremnosti lica da davanjem iskaza sarađuje i pomogne nadležnim organima pre i u toku postupka, a vodeći računa o osobenostima svakog pojedinog slučaja.

Pored toga, u toku pretkrivičnog i krivičnog postupka maloletno lice žrtva pomenutih krivičnih dela ima:

– pravo na posebnog pravnog zastupnika (u slučaju da su roditlji lišeni roditljeskog prava usled sukoba interesa između roditelja i maloletnog lica ili ako je lice nema roditelje, odnosno staraoce);

– pravo na pravno savetovanje (a naročito u vezi sa postavljanjem zahetava za naknadu štete u skladu sa nacionalnim propisima).

---

[20] *United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto, the 1990 Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, Council Framework Decision 2-001/500/JHA of 26 June 2001 on money laundering, the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and the proceeds of crime, and Council - Framework Decision 2005/212/JHA of 24 February 2005 on Confiscation of Crime Related Proceeds, Instrumentalities and Property*.

[21] *Council Framework Decision of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings (2001/220/JHA).* Tekst Okvirne odluke dostupan je na sledećem linku: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:en:PDF.

Vodeći računa da ne bude ugroženo pravo na odbranu okrivljenog, države su obavezne da preduzmu mere kojima bi se obezbedilo da se u toku pretkrivičnog postupka razgovor sa maloletnim licem žrtvom vodi:

(a) bez neopravdanog odlaganja nakon prijave krivičnog dela nadležnim organima;

(b) u prostorijama posebno prilagođenim za te svrhe;

(v) od strane lica posebno obučenog za te svrhe;

(g) samo kada je neophodno za potrebe vođenja krivičnog postupka (i bez nepotrebnog ponavljanja razgovora);

(d) u prisustvu njegovog zakonskog zastupnika ili drugog punoletnog lica po njegovom izboru.

Državama je ostavljena mogućnost da predvide da se svi razgovori sa maloletom žrtvom u toku pretkrivičnog i krivičnog postupka mogu snimiti a da se ti audio-vizuelni zapisi mogu koristiti kao dokaz na glavnom pretresu, te da se ispitivanje maloletne žrtve na glavnom pretresu može obaviti bez prisustva javnosti, odnosno bez prisustva žrtve u sudnici (ispitivanje putem odgovarajućih audio-video veza).

Pored navedenog, države se obavezuju da preduzmu potrebne mere da, vodeći računa o interesima maloletnih lica, zaštite privatnost, identitet i prikaze tih lica i da spreče širenje podataka u javnosti koji bi mogli dovesti do utvrđivanja njihovog identiteta.

U vezi sa sprečavanjem sekundarne viktimizacije je i odredba člana 14. Direktive koja se odnosi se na obavezu država da u skladu sa nacionalnim pravnim sistemom predvide mogućnost da nadležni državni organi mogu da odluče da ne gone, odnosno da ne izriču sankcije maloletnim licima koja su zbog toga što su žrtve krivičnih dela iz određenih članova (član 4. stav. 2, 3, 5 i 6. i član 5 stav 6.) bila prinuđena da učestvuju u određenim aktivnostima kažnjivim u pojedinim državama članicama. Ovde se radi o izuzetku od načela legaliteta krivičnog gonjenja, kao još jednom načinu izbegavanja sekundarne viktimizacije žrtava pomenutih krivičnih dela koja su bez i protiv svoje volje bile prinuđene da učestvuju u prostituciji ili se budu prikazana u pornografskim materijalima u državama u kojima su takva ponašanja kažnjiva.

Države članice su ***dužne da donesu zakone, podzakonske akte i druge propise u cilju usklađivanja sa odredbama Direktive*** do 13. decembra 2013.godine, a Komisija će do 18. decembra 2015.godine sastaviti, te Parlamentu i Savetu podneti, izveštaj u kom će proceniti u kojoj meri su države članice preduzele potrebne mere u cilju usaglašavanja sa odredbama Direktive.

3.2. Oderedbe Direktive koje se odnose na dečju pornografiju

U smislu Direktive ***termin dečja pornografija odnosi se na***:

– materijal koji vizuelno oslikava dete uključeno u prave ili simulovane eksplicitne seksualne odnose;

– prikaz seksualnog organa deteta, koji primarno služi u seksualne svrhe;

– materijal koji vizuelno oslikava lice koje izgleda kao da je dete, uključeno u prave ili simulovane eksplicitne seksualne odnose ili prikaz seksualnog organa lica koje izgleda kao da je dete, koji primarno služi u seksualne svrhe;

– realistični prikaz deteta uključenog u eksplicitne seksualne odnose ili realistični prikaz seksualnog organa deteta koja primarno služi u seksualne svrhe.

Član 5. Direktive obavezuje države da preduzmu potrebne mere da se ***navedene radnje u vezi sa dečjom pornografijom koje su preduzete s umišljajem i neovlašćno***[22] ***predvide kao krivično delo i za njih propišu kazne zatvora*** u određenom trajanju, i to:

1. pribavljanje ili posedovanje dečje pornografije (maksimalna kazna zatvora u trajanju od najmanje 1 godine);

2. svesno pristupanje dečjoj pornogafiji korišćenjem informacionokomunikacionih tehnologija[23] (maksimalna kazna zatvora u trajanju od najmanje 1 godine);

3. širenje, rasturanje ili prenošenje dečje pornografije (maksimalna kazna zatvora u trajanju od najmanje 2 godine);

4. nuđenje, snabdevanje ili na drugi način činjenje dostupnom dečje pornografije (maksimalna kazna zatvora u trajanju od najmanje 2 godine);

5. proizvodnja dečje pornografije (maksimalna kazna zatvora u trajanju od najmanje 3 godine).

---

[22] Upotreba termina „neovlašćeno“ u ovoj odredbi ostavlja državama članicama mogućnost da iz kriminalne zone i uopšte određivanja pojma „dečja pornogarfija“ isključe određene prikaze, na primer, one koji su nastali u medicinske, naučnoistraživačke i slične svrhe, kao i ovlašćeno posedovanje određenih prikaza od strane nadležnih organa u vezi sa krivičnim postupkom ili sa sprečavanjem, otkrivanjem i dokazivanjem krivičnih dela.

[23] Svesno pristupanje pornografskim sadržajima upotrebom infomacionokomunikacionih tehnologija podrazumeva *postojanje namere* lica da pristupi Internet stranici na kojoj se nalazi dečja pornografija i *znanja* da se takvi materijali mogu pronaći na toj stranici. To znači da je isključeno kažnjavanje lica koje je slučajno, tj. bez namere i znanja, pristupilo takvim stranicama. Pri tome, zaključak o postojanju namere može se izvesti iz činjenice da se takvo postupanje ponavljalo u više navrata ili da je pristup bio moguć tek nakon plaćanja odrđenog novčanog iznosa.

Državama se ostavlja mogućnost da inkriminišu pomenute radnje i u slučajevima da pornografski materijali sadrže prikaze lica koje izleda kao dete, a u stvari je imalo 18 ili više godina u vreme nastanka pornografskog materijala. Takođe, države mogu da odluče da li će se inkriminacije odnositi i na slučajeve u kojima je kreator materijala pornografske sadržine iste proizveo i poseduje samo za sopstvene potrebe a da pri tome ne postoji rizik od širenja tog materijala.

Uspostavljanje kontakta punoletnog lica sa detetom u svrhu zadovoljavanja seksualnog nagona postalo je naročita pretnja u Internet okruženju (korišćenjem raznih socijalnih mreža, foruma, pričaonica i drugih komunikacionih kanala) koje pruža mogućnost anonimnosti i prikrivanja ličnih karakteristika (kao što je uzrast). Takva pojava se u inostranoj literaturi naziva ***grooming.*** Prepoznavši opasnoti i raširenost ove pojave, Direktiva u članu 6. obavezuje države da predvide kao krivično delo umišljajno predlaganje od strane punoletnog lica *detetu koje nije dostiglo uzrast dovoljan za davanje seksualne saglasnoti* upotrebom sredstava informaciono-komunikacionih tehnologija da se sastanu uživo u cilju izvršavanja neke od radnji pomenutih ranijim članovima (stupanje u seksualne odnose sa licem koje nije dostiglo određeni uzrast, odnosno proizvodnju dečje pornografije) ukoliko su takvom predlogu usledile radnje usmerene da do takvog sastanka dođe (te da propišu maksimalnu kaznu zatvora od najmanje 1 godina).

Osim toga, države bi trebalo da predvide da je *kažnjiv i pokušaj* da se izvrši neka od radnji predviđenih u članu 5.(pribavljanje ili posedovanje dečje pornografije i svesno pristupanje dečjoj pornogafiji korišćenjem informaciono-komunikacionih tehnologija) na taj način što punoletno lice sredstvima informaciono-komunikacionih tehnologija dete navodi da mu pruži materijal pornografskog sadržaja u kom je dete prikazano[24].

3.3. Kontrola sadržaja na Internetu

Postojanje i širenje dečje pornografije na Interentu, kao specifičnog štetnog sadržaja, ni u kom slučaju se ne može i ne sme dovesti u vezi sa slobodom mišljenja i izražavanja. Borba protiv dečje pornografije zahteva onemogućavanje, odnosno ograničenje mogućnosti za cirkulisanje porno-

[24] Osim toga, državama se ostavlja mogućnost da navođenje deteta da pruži materijal pornografskog sadržaja u kom je dete prikazano koje se vrši u fizičkom prisustvu deteta predvide kao kažnjivo u formi kažnjivih pripremnih radnji, ili kažnjivog pokušaja u vezi sa krivičnim delima na koje se odnosi Direktiva ili kao posebno krivično delo (tzv. "*off-line grooming*").

grafskog materijala, a to znači da je potrebno pronaći mehanizme da se licima uključenim u aktivnosti proizvodnje i distribuiranja tih štetnih sadržaja otežа da ih čine dostupnim na Internet stranicama, da se uklone postojeći sadržaji i da se učine kažnjivim širenje i preuzimanje tih sadržaja. U tom smislu države članice bi trebalo ***da uspostave, odnosno unaprede saradnju i sa trećim državama*** kako bi zajedničkim naporima uklonile pornografske sadržaje sa servera koji se nalaze van teritorije EU, što je često teško ili iz razloga što država u kojoj se serveri nalaze ne želi da sarđuje ili se postupak uklanjanja pokazuje kao previše dugotrajan. Iz tog razloga, prilikom donošenja Direktive došlo se na ideju da se uvedu mehanizmi za blokiranje pristupa sa teriorije EU Internet stranicama za koje je utvrđeno da sadrže ili služe za širenje dečje pornogarfije, pri čemu mere koje države članice mogu preduzeti radi uklanjanja, odnosno blokiranja pristupa takvim Internet stranicama mogu biti legislativne, nelegislativne, sudske i druge. Direktiva podržava samoinicijativne akcije pružalaca Internet usluga (*Internet service provider*) u cilju sprečavanja zloupotrebe njihovih usluga, odnosno sve aktivnosti koje bi države članice preduzele, s tim što su države članice, bez obzira na odabranu akciju ili metod, dužne da obezbede da one budu u skladu sa principom pravne sigurnosti i unapred poznate kako korisnicima tako i pružaocima Internet usluga. Iz tog razloga neophodno je uspostavljanje i unapređenje saradnje državnih institucija i privatnog sektora, naročito u pogledu stvaranja zajedničke kompletne liste Internet stranica i izbegavanja duplaranja posla, a sve to uz poštovanje prava krajnjih korisnika i usaglašavanje sa postojećim pravnim procedurama i standardima i Evropskom konvencijom o osnovnim ljudksim pravima i slobodama i Poveljom EU o osnovnim ljudskim pravima.

U skladu sa navedenim, član 25. Direktive predviđa da su države dužne da preduzmu mere kojim se obezbeđuje ***hitno uklanjanje Internet stranica*** koje sadrže ili služe za širenje materijala pornografskog sadražaja na kojima su deca, a koje se nalaze na serverima kako na teritorijama država članica tako i van teritorije EU. Osim toga, države mogu da preduzmu mere kojima se ***blokira pristup Internet stranicama,*** koje sadrže ili služe sa širenje materijala pornografskog sadržaja na kojima su deca, a koje se nalaze *na ili van terirorije* država članica, korisnicima Internet usluga koji se nalaze na teritoriji država članica, s tim da se takve mere mogu preduzeti samo na osnovu transparetnih procedura koje obezbeđuju dovoljno adekvatnih garancija (uključujući i mogućnost obraćanja sudskim organima) naročito u smislu da se ograničenja preduzimaju samo kao potrebna i srazmerna i da su korisnici upoznati sa razlozima takvog ograničenja.

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Borba protiv pornografskog materijala na kom su prikazani deca podrazumeva inkriminisanje određenih štetnih ponašanja, identifikovanje dece koja su žrtve, otkrivanje učinilaca tih krivičnih dela i njihovo krivično gonjenje, prekidanje kriminalnih mreža, uklanjenje sadržaja sa Interenta, odnosno onemogućavanje pristupa stranicama na kojima se ti sadržaju nalaze. Nedovoljna efikasnost mehanizama za primenu postojećih propisa u pojedinim dražavama doprinosi učestalosti ovih pojava, a u borbi protiv njih dodatnu poteškoću predstavlja njihova transnacionalna dimenzija, kao i razvoj informacionih tehnologija čija upotreba olakšava proizvodnju i distribuciju prikaza seksualnog zlostavljanja dece. Da bi takva borba bila efikasna, neophodno je približavanje nacionalnih propisa pojednih država i uspostavljanje međunarodne saradnje.

Milana Pisarić, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

EU Legal Framework of Fight Against Child Pornography on the Internet

Abstract

Sexual abuse and exploitation of children is a serious violation of the basic rights of a child and child pornography on the Internet represents specific harmful content, whose existence and expansion can not be possibly about the freedom of opinion and expression. The fight against child pornography on Internet includes criminalization of certain harmful behaviors, identification of children who are the victims, detection of the perpetrators of these crimes and their prosecution, termination of criminal networks, removal of pornographic content from the Internet or disable of access to the sites where these content are to be found. Although Internet is almost unlimited space for distribution of child pornographic material, the state's response is territorially limited, due to the fact that even if the state sets control over content on Internet sites located within its territory, users can find material on the Internet sites that are located outside the reach of the authorities of that country. For this reason, the fight against online child pornography sets requirement for the harmonization of national legislation and the establishment of effective international cooperation.

Key words: child pornography, Internet, European Union.

Originalni naučni rad 340.134:347(497.11)"1829/1844"
doi:10.5937/zrpfns46-2577

Uroš Stanković, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRVI POKUŠAJI KODIFIKACIJE GRAĐANSKOG POSTUPKA U SRBIJI (1829–1844)[1]

Sažetak: *U radu se govori o prvim pokušajima kodifikacije građanskog postupka u Srbiji, u razdoblju između 1829. i 1844. godine. Usredsređena na kodifikatorski rad u oblastima građanskog i krivičnog prava, srpska istorijskopravna nauka je zapostavila izradu trećeg, ne manje važnog zakonika – o građanskom postupku. Bez njene naučne obrade, međutim, ne mogu se zaokružiti saznanja o prvim nacrtima kodifikacija. U želji da damo skroman doprinos rasvetljavanju početaka rada na zakoniku o građanskom postupku, potražili smo podatke o tome u stranoj literaturi i domaćoj arhivskoj građi.*

Ključne reči: *Nacrti zakonika o građanskom postupku, kodifikacija građanskog postupka, istorija građanskog postupka Srbije, Zakonodateljna komisija, Vasilije Lazarević.*

I

Izlišno je govoriti o značaju građanskog sudskog postupka kao vida zaštite subjektivnih prava pojedinca. Ona svoj puni izraz dobijaju jedino ako se mogu zaštititi pred sudom. Ako to nije slučaj, ukoliko pojedinac ne može sudskim putem da brani svoja prava od povrede i ugrožavanja, ona ostaju mrtvo slovo na papiru. Jasno je do kakvih to posledica dovodi – unosi se osećaj nesigurnosti među ljude i šalje poruka da država ne garantuje

[1] Članak je nastao kao rezultat rada na projektu *Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava – Srbija i EU*, koji se finansira iz sredstava Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

ostvarivanje njihovih prava, što ih primorava da uzmu pravdu u svoje ruke. Sve ovo, u krajnjoj liniji, vodi bezakonju i razgradnji jednog društva.

Stoga nije nimalo iznenađujuće što se već krajem dvadesetih godina XIX veka, kada počinje rad na izradi četiri osnovna zakonika, među njima pominje i zakonik o građanskom postupku. Istoriografija, bar do sada, nije pokazivala preveliko interesovanje za njega, zbog čega ima malo objavljenih izvora i literature o ovoj temi.

Saznanja o radu na zakoniku o građanskom postupku tokom 1829. i 1830. godine crpimo gotovo isključivo iz prepiske Vuka Karadžića i Jerneja Kopitara. Karadžić je obaveštavao Kopitara o toku zakonodavnog rada i tražio literaturu koja bi u tom poslu mogla da bude od pomoći. Kopitar je, s druge strane, davao Karadžiću objašnjenja o traženim knjigama i nudio dodatne.[2]

Period između 1837. i 1838. godine najpotpunije je obrađen u delima A. Jovanovića i A. Ivića, a dragocene podatke nam u svojim uspomenama daje i tvorac *Zakonika građanskog za Knjažestvo Srbsko* (dalje: SGZ) Jovan Hadžić. Jovanović i Ivić govore o dolasku Hadžića i zemunskog gradonačelnika Vasilija Lazarevića u Srbiju radi izrade zakona i izlažu tekst njihovog pisma knezu Milošu od 25. jula 1837. godine (vidi u daljem tekstu). Pored ovoga, Hadžić nas obaveštava o radu komisije za izradu nacrta građanskog, krivičnog i zakonika o građanskom postupku i podeli poslova između njega i Lazarevića (1838).[3]

Na Lazarevićev samostalan rad na zakoniku o građanskom postupku osvrće se samo A. Ivić. Revnostan istraživač, on je uspeo da dođe do podataka o samim počecima Lazarevićeve kodifikatorske delatnosti i zakasneloj predaji jednog dela nacrta kodeksa.[4]

Već na prvi pogled je uočljivo da postoje velike praznine u mozaiku saznanjâ o prvim pokušajima izrade zakonika o građanskom postupku. Nauka do sada nije dala odgovor na pitanje šta se krije iza nekih bitnih pojmova u prepisci Karadžića i Kopitara oko zakonika, a izostala su i značajnija otkrića u vezi sa Lazarevićevim radom na kodeksu. Svesni da

---

[2] V. S. Karadžić, *Prepiska IV (1829 –1832)* (dalje = *Vukova prepiska*), Beograd 1988, str. 183, 230– 231, 267, 280–281.

[3] A. S. Jovanović, *Rad na "toržestvenim zakonima"* (rad je objavljen u četvrtoj svesci časopisa *Arhiv za pravne i društvene nauke* za 1909. i sveskama 1–4 istog lista za 1911. godinu), *Arhiv za pravne i društvene nauke* (dalje: APDN) XI/1 (1911), str. 17–22; A. Ivić, *Izrada zakonika za Kneževinu Srbiju (od 1829–1843)*, APDN XI/3 (1921), str. 182–186; J. Hadžić, *Spomeni iz mojega dnevnika* (sećanja se sastoje iz osam nastavaka, izdatih u *Ogledalu srbskom* za 1864. godinu), *Ogledalo srbsko* II (1864), str. 37–38; VII (1864), str. 198, 200; VIII (1864), str. 228, 237.

[4] Ivić, *nav. delo*, str. 193–197.

dalji pomak u izučavanju početaka kodifikacije građanskog postupka nije moguće napraviti dok ne dođemo do novih podataka o suštinskim, a nerazjašnjenim pitanjima, podatke o njima smo potražili u stranoj literaturi i domaćoj arhivskoj građi.

II

Rad na stvaranju zakonikâ u Srbiji je započeo krajem 1828. godine. Međutim, prva vest o zakoniku o građanskom postupku datira iz sredine 1829. godine. Knez Miloš je pismom od 1. juna[5] poslao Georgiju Zaharijadesu, šabačkom učitelju, knjigu "Civilgerichtsordnung" da je prevede. Zaharijades je knezu poslao prevod 11. jula, na čemu mu se vladar jedanaest dana kasnije zahvalio i izrazio zadovoljstvo kakvoćom primljenog rukopisa. Karadžić ga je, nasuprot tome, ocenio sasvim drugačije; njegova opaska da bi "čovek crkao od smija" čitajući Zaharijadesove prevode, redovno se citira u delima koja se dotiču izrade prvih zakonikâ.[6]

Teško je zasigurno reći šta je "Civilgerichtsordnung". Svakako povodeći se nemačkim nazivom, S. Jovanović je zaključio da se radi o austrijskom zakoniku o građanskom postupku, pri tome ne precizirajući da li misli na kodeks iz 1781. za nemačke nasledne zemlje ili onaj izdat 1796. za Zapadnu Galiciju.[7]

Njegov stav se može osporiti iz dva razloga. Prvo, termin "Gerichtsordnung" je u ono vreme i na srpskom označavao sudski postupak uopšte, o čemu svedoče tri Karadžićeva pisma Kopitaru. Osim toga, nijedan austrijski zakon iz ove materije nije se zvao "Civilgerichtsordnung", ali se upravo ta kovanica susreće u nazivu jednog prevoda francuskog Zakonika o građanskom postupku (Code de procédure civile, 1806) na nemački.[8] Pošto postoje indicije da je taj prevod i kasnije korišćen u radu na zakoniku (videti u daljem tekstu), mišljenja smo da je on bio poslat Zaharijadesu.

---

[5] Datumi u radu su navedeni prema julijanskom kalendaru.

[6] A. Đorđević, *Sistem privatnog (građanskog) prava*, Beograd 1996, str. 67; D. Nikolić, *Rad na građanskom zakoniku u Srbiji 1829–1835. godine, naučni skup Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika, septembar 1994*, Niš 1995, str. 25; *Vukova prepiska* IV, str. 183.

[7] S. Jovanović, *Srpski zakonopisac*, u *Život i dra Jovana Hadžića Svetića*, Novi Sad 1899, str. 27; *Allgemeine Gerichtsordnung für Böheim, Mähren, Schlesien, Oesterreich ob und unter der Enns, Steuermark, Kärnten, Krain, Görz, Gradista, Triest, Tirol und die Vorlande*, Wien 1781; *Allgemeine Gerichtsordnung für Westgalizien*, Wien 1817.

[8] U pitanju je C. D. Erhard, *Napoleons I, Kaisers von Frankreich, Königs von Italien und Beschützers des Rheinundes Civilgerichtsordnung des Französischen Reichs*, Dessau und Leipzig 1808.

Na zakoniku o građanskom postupku radilo se i u okviru tzv. *Zakonodateljne komisije*. Ovo telo, formirano 1829. godine sa zadatkom da izradi četiri osnovna zakonika za Srbiju[9], raspolagalo je francuskim Zakonikom o građanskom postupku, kako u originalu tako i u nemačkom prevodu. Većina članova komisije, koji su se školovali u Austriji, zalagala se za recepciju zakonodavstva te zemlje o organizaciji sudova i građanskom postupku. Ipak, prevagu je odnela koncepcija kneževog sekretara Dimitrija Davidovića, prema kojoj je zakone trebalo sastaviti po ugledu na francuske.[10]

Nevični francuskom, članovi Zakonodateljne komisije su izgleda dali prednost nemačkom prevodu Zakonika o građanskom postupku. Na tu pomisao navodi nas Karadžićevo pismo Kopitaru od 7. juna 1830. godine, u kome moli za nabavku knjige ili dekreta "Delaport", često pominjane u "Civilgerichtsordnung"-u. Uvidom u originalni tekst Zakonika o građanskom postupku uverili smo se da on ne sadrži takva ili slična upućivanja, ali su zato ona na mnogim mestima prisutna u već spomenutom Erhardovom prevodu.[11]

Razrešivši dilemu gde se nailazi na "Delaport", suočili smo se sa nedoumicom oko toga šta on zapravo predstavlja. Koristan trag pružio je Kopitar; u odgovoru Karadžiću od 24. juna upitao ga je da li misli na delo francuskog sudije i pravnog pisca sa početka XIX veka Žana Batista Delaporta koje je na nemački prevedeno kao *Formularien zur Gerichtsordnung*.[12] Istovremeno je ponudio da nabavi jedno starije delo istog autora, koje se sastoji iz tri sveske i odnosi na sam Zakonik o građanskom postupku, ali nije prevedeno na nemački.[13]

---

[9] O obrazovanju, sastavu i radu Zakonodateljne komisije vidi M. Petrović, *Finansije i ustanove obnovljene Srbije do 1842*. I, Beograd 1897, str. 579–581; A. S. Jovanović, *nav. delo*, APDN VIII/4 (1909), str. 257–262; XI/1 (1911), str. 11; T. Nikčević, *Postanak i pokušaj prerade Građanskog zakonika Kneževine Srbije*, Beograd 1971, str. 7–14.

[10] *Vukova prepiska* IV, str. 230; A. S. Jovanović, *nav. delo*, APDN VIII/4, str. 257–258; N. Popov, *Srbija i Rusija od Kočine krajine do Sv. andrejevske skupštine* II, sa ruskog preveli P. Srećković, Ž. Žujović, A. Vasiljević i A. Marjanović, Beograd 1870, str. 259.

[11] Erhard, op. cit, pp. 4 et sq.

[12] Delo se u originalu zove *Zbirka obrazaca Zakonika o građanskom postupku ili modeli različitih akata postupka prema ovom novom zakonu (Formulaire de Code de procédure civile, ou differents actes de procedure civile d'après ce nouveau code)* i u njemu se po abecednom redosledu izlažu šabloni akata koji se upotrebljavaju u građanskom postupku od donošenja Zakonika. *Vukova prepiska* IV, str. 280; J. B. Delaporte, *Formulaire de Code de procédure civile, ou differents actes de procedure civile d'après ce nouveau code*, Paris 1807; O. A. Walther, *Hand-Lexicon der juristischen Literatur des neunzehnten Jahrhunderts*, Weimar 1854, p. 209.

[13] *Vukova prepiska* IV, str. 280.

Oslanjajući se na Kopitareve podatke, pokušali smo da u Delaportovom opusu nađemo knjigu koja odgovara datom opisu. Pažnju nam je privukao *Novi Ferijer. Rečnik prava i građanske sudske prakse (Nouveau Ferrière. Dictionaire du droit et du pratique judiciaire civile)* – objavljen je 1807. godine, što znači pre nemačkog prevoda *Zbirke obrazaca Zakonika o građanskom postupku*. Takođe, po strukturi i sadržini pokazuje relativno visok stepen podudarnosti sa neimenovanim delom iz Kopitarevog pisma.

Poput nepoznatnog izdanja, i *Novi Ferijer* ima tri sveske. Sličnost postaje još vidljivija kada se pogleda šta one sadrže. Prva sveska je obiman pravni rečnik, čije odrednice o institutima građanskog postupka ispod podnaslova "Novo pravo" objašnjavaju kako je ta ustanova regulisana prema Zakoniku o građanskom postupku. Drugu predstavlja već pominjana *Zbirka tipiziranih obrazaca Zakonika o građanskom postupku*. Najzad, treća izlaže Napoleonove dekrete o troškovima u građanskom sudskom postupku izdate 1807. godine, pa se shodno tome i zove *Carski dekreti o troškovima i izdacima u oblasti prava* (*Decrets impériaux sur les frais et dépens en matière judiciaire*).[14] Kao što se vidi, sve tri sveske na ovaj ili onaj način za predmet imaju Zakonik o građanskom postupku, bilo da se odnose na njega ili propise koji ga konkretizuju, iz čega proizlazi da o *Novom Ferijeru* treba ozbiljno razmisliti kao knjizi koju je Kopitar ponudio.

To je ujedno i poslednje što možemo izneti na videlo kada je u pitanju izrada zakonika tokom 1829. i 1830. godine. Za narednih sedam godina podaci o kodifikatorskom radu su još kudikamo oskudniji. Srećemo se sa svega jednim pomenom nacrta zakonika, i to kod J. Hadžića. On je u svojim uspomenama tvrdio da je knez Miloš na Sretenjskoj skupštini (u istoriografiji poznatoj po tome što je na njoj proglašen prvi srpski ustav, tzv. *Sretenjski*) pokazivao neki prevod, projekat zakonika o građanskom postupku. Međutim, drugi autori koji su se podrobnije bavili ovom skupštinom ne potvrđuju Hadžićevo kazivanje.[15]

Novi impuls za kodifikatorsku deltnost dao je prelazak Hadžića i zemunskog gradonačelnika Vasilija Lazarevića u Srbiju, 25. aprila 1837. godine. Po dolasku, njih dvojica su od sekretara Velikog suda Lazara Zubana dobili prevode francuskih građanskog, krivičnog i zakonika o građanskom postupku, zajedno sa komentarima iz nemačkih prevoda. Ha-

[14] J. B. Delaporte, *Nouveau Ferrière. Dictionaire du droit et du pratique judiciaire civile*, Paris 1807.

[15] Hadžić, *nav. delo*, *Ogledalo srbsko* III (1864), str. 68; R. Ljušić, *Kneževina Srbija (1830–1839)*, str. 145–147, Popov, *nav. delo*, str. 279–291; T. Vasiljević, *Rad na zakonima za prve vlade kneza Miloša (1828– 1837) (Vuk Karadžić kao pisac zakona)*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (dalje: ZRPFNS) XVIII/1–3 (1984), str. 127.

džić i Lazarević su se odmah prihvatili pregleda primljenih tekstova. Uz to, obilazili su sudove po Srbiji, kako bi se što bolje upoznali sa njihovom organizacijom i sudskim postupkom. Završivši pregled prevodâ, 25. jula su knezu poslali opširno pismo, u kome su saopštili koja su strana zakonodavstva poslužila kao uzor za srpske nacrte i izneli smernice kojima će se rukovoditi u daljoj izradi kodifikacija.[16]

Za nacrt zakonika o građanskom postupku su utvrdili da je prevod francuskog kodeksa. Nepovoljno su se izrazili o takvom izboru, jer je francuski zakonik daleko od jednostavnog, pretpostavlja postojanje obrazovanih sudija i advokata, odugovlači parnicu i dolazak do pravde. Zakonik o građanskom postupku, naprotiv, treba da se odlikuje određenošću, kratkoćom, jasnoćom i jednostavnošću.[17]

Hadžić i Lazarević su naglasili da građanski sudski postupak mora da se zasniva na jednakosti stranaka pred sudom. Zakonik o građanskom postupku bi trebalo da smanji broj parnica i usmerava suprotstavljene stranke ka okončanju sporova poravnanjem. Ako njega nije moguće sklopiti, postupak će se maksimalno ubrzati, ali tako da njegovo ubrzanje ne ide na uštrb tačnosti i pravičnosti. Time se, s jedne strane otklanja potreba da u parnici učestvuju advokati, a s druge predupređuje samovolja sudija i težnja stranaka da otežu postupak.[18]

Dvojica budućih zakonopisaca nisu bili skloni višestepenosti suđenja. Zauzeli su se za to da presuda prvostepenog suda po pravilu bude konačna. Izuzetno, u slučajevima koji će naknadno biti određeni, nezadovoljnim stranama će se omogućiti podnošenje žalbe višoj sudskoj instanci. Njena odluka, međutim, neće moći da bude napadana. Za kraj, izneli su zapažanje da se u Srbiji važeći propisi mahom odnose na organizaciju sudova i sudski postupak, pa bi se stoga i oni mogli upotrebiti prilikom izrade zakonâ iz te oblasti.[19]

Poslavši pismo, Hadžić i Lazarević su se u avgustu vratili u Austriju da bi tamo posvršavali neke poslove. U domovini su se kratko zadržali; već u decembru 1837, odnosno januaru 1838. godine, opet su došli u Srbiju. Ali umesto na zakonicima, knez Miloš im je poverio rad na ustavu, tako da su između 13. februara i 16. marta bili deo komisije koja je bezuspešno pokušavala da izradi osnovni zakon za Srbiju. Ali, drugog pomenutog datuma knez Miloš izdaje ukaz kojim Hadžiću i Lazareviću nalaže da prekinu rad

[16] Hadžić, *nav. delo*, *Ogledalo srbsko* II (1864), str. 37–38; A. S. Jovanović, *nav. delo*, APDN XI/1 (1911), str. 19–22; Ivić, *nav. delo*, str. 184–186.

[17] A. S. Jovanović, *nav. delo*, APDN XI/1 (1911), str. 19, 22; Ivić, *nav. delo*, str. 186.

[18] A. S. Jovanović, *nav. delo*, APDN XI/1 (1911), str. 21; Ivić, *nav. delo*, str. 186.

[19] A. S. Jovanović, *nav. delo*, APDN XI/1 (1911), str. 21; Ivić, *nav. delo*, str. 186.

na ustavu i uđu u komisiju čiji će zadatak biti da sačini nacrte građanskog, krivičnog i zakonika o građanskom postupku.[20]

Podaci o radu ove komisije su šturi. Prema Hadžićevim zapisima, ona je svaki dan držala sednice na kojima su, prirodno, dvojica zakonopisaca iz Austrije igrali najveću ulogu. Zapisnike je vodio Hadžić, pošto je Lazarević bio star i nevičan izražavanju na srpskom. U višedelnom rukopisu V. D. Aleksijevića *Savremenici i poslednici Dositeja Obradovića i Vuka Stef. Karadžića* pronašli smo tvrdnju da je Lazarević bio predsednik komisije.[21] Međutim, ni u jednom raspoloživom izvoru nismo našli potvrdu za to.

Članovi komisije su neko vreme radili zajedno, a potom podelili poslove. Hadžić je prepustio Lazareviću da izabere na kojim zakonima će raditi, a izbor zemunskog gradonačelnika je pao na krivični i zakonik o građanskom postupku, kao i zakone o ostavinskom i postupku u "pupilarnom delovodstvu".[22] U nauci vlada raznoglasje u pogledu vremenskog

---

[20] M. Kićović, *Jovan Hadžić (Miloš Svetić) – književna studija*, Novi Sad 1930, str. 79, 82, 84– 89; Ljušić, *nav. delo*, str. 169–173; J. M. Prodanović, *Ustavni razvitak i ustavne borbe u Srbiji*, Beograd 1936, str. 70–79; Arhiv Srbije (dalje: AS), Pokloni i otkupi (dalje: PO) 98/70, *Dopis kneza Miloša Hadžiću i Lazareviću br. 95 od 16. marta 1838. godine*.

[21] Hadžić, *nav. delo*, *Ogledalo srbsko* VII (1864), str. 198, 200; VIII (1864), 228, 237; Rukopisno odeljenje Narodne biblioteke Srbije, Arhiva Vlastoja D. Aleksijevića, V. D. Aleksijević, *Savremenici i poslednici Dositeja Obradovića i Vuka Stef. Karadžića* V, str. 224.

[22] S obzirom na to da je srpska pravna terminologija prve polovine XIX veka nastajala uglavnom prevođenjem odgovarajućih nemačkih pojmova, za ekvivalentom izraza "pupilarno delovodstvo" a samim tim i njegovim značenjem, tragali smo u onovremenoj nemačkoj stručnoj literaturi. Ustanovili smo da bi sintagma "pupilarno delovodstvo" mogla da bude prevod dve sinonimne nemačke konstrukcije – "Vormundschaftliche Verwaltung" i "Vormundschaftliche Administration". Obe podrazumevaju starateljevo upravljanje imovinom štićenika, odnosno brigu o njegovim imovinskim interesima u najširem smislu te reči (npr. sastavljanje popisa štićenikovih stvari, polaganje dragocenosti staranika u sudski depozit, izrada plana korišćenja njegovih nepokretnosti, pokretanje i vođenje parnice, polaganje računa o upravljanju imovinom itd.). Prema tome, "postupak u pupilarnom delovodstvu" bi obuhvatao poslove suda u vezi sa navedenim radnjama (primera radi, provera verodostojnosti podataka iz inventara, prijem štićenikovih stvari od vrednosti, davanje odobrenja za plan upotrebe nepokretnosti i pokretanja građanskopravnog spora, pregled položenog računa i dr.). U nemogućnosti da nađemo pogodniji sklop, na savremeni jezik mogli bismo da ga prevedemo kao "sudska kontrola starateljstva". Pojmove "Vormundschaftliche Verwaltung" i "Vormundschaftliche Administration" vidi u www.*archive-in-thueringen.de/finding_aids/index.php? path =0, 27059; 47 – 55* (pristupljeno 28. avgusta 2012. godine); *Vollständige historisch und kritisch bearbeitete Sammlung der würtembergischen Gesetze* III, Stuttgart und Tübingen 1830, p. 40; *Sammlung sämmtlicher Verordnungen welche bis Ende des Jahres 1833 in den von Kampβ'schen Jahrbüchern für preußische Gesetzgebung enthalten sind* VII, Breslau 1834, p. 306; A. G. V. Vegesack, *Westpreusisches Provinzialrecht* I, Danzig 1845, p. 286; *Archiv für das*

trenutka deobe poslova: neki autori je smeštaju u kraj aprila, drugi je vezuju za početak maja, a ima i onih koji je pomeraju na kraj tog meseca.[23]

Lazarević se prvo posvetio izradi krivičnog zakonika, ali su ga od toga odvukli drugi poslovi – prisustvo pregledu *Ustrojenija Sovjeta Knjažestva Srbskog* i davanje objašnjenja vezanih za ustrojstva okružnih i Apelacionog suda. Kada je bio pozvan da uzme učešća u pregledu *Ustrojenija centralnoga pravlenija Knjažestva Srbskog*, zamolio je da mu ta dužnost ne pripadne u delo, jer želi da se usredsredi na krivični zakonik.[24]

Po predaji nacrta krivičnog zakonika Ministarstvu pravde, najverovatnije u julu ili avgustu 1839. godine[25], Lazarević se latio izrade zakonika o građanskom postupku. Na osnovu postojećih izvora teško je ustanoviti kada se to tačno dogodilo, ali je zemunski gradonačelnik početkom oktobra bez dileme bio zaposlen nacrtom zakonika. Ministarstvo ga je, naime, 2. oktobra upitalo dokle je stigao sa poslom, a on je odgovorio kako je predao nacrt krivičnog i sada radi na zakoniku o građanskom postupku i zakonima o ostavinskom postupku i sudskoj kontroli starateljstva. Dodao je da ne zna kada će biti gotov sa zakonima.[26]

Ministarstvo je 3. oktobra obavestilo Savet o Lazarevićevom odgovoru, u isto vreme tražeći da se zemunski gardonačelnik otpusti, a izrada njemu poverenih zakona preda u ruke stručnih činovnika iz Srbije. Savet se izjasnio o ovom predlogu 7. oktobra. Navodeći da srpskoj vladi ne bi služilo na čast da se Lazarević otpusti nedovršenog posla, Savet je rešio da se zakonopiscu za završetak rada ostavi rok do marta 1840. godine.[27]

Civil= und Criminal=Recht der Königl. Preuß. Rheinprovinzen XXXIX, Köln am Rhein 1845, pp. 121–122; J. H. D. Temme, *Das preussische Vormundschaftsrecht*, Berlin 1847, pp. 180, 206. Opširnije o sudskoj kontrtoli starateljstva vidi u W. H. Puchta, *Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit* II, Erlangen 1832, pp. 396, 399, 400–404.

[23] Kićović, *nav. delo*, str. 89; Hadžić, *nav. delo*, *Ogledalo srbsko* VIII (1864), str. 228; Ivić, *nav. delo*, str. 191; AS, Ministarstvo inostranih dela – Vnutreno odeljenje (dalje: MID-V) 1839, II/74, *Dopis Državnog saveta Namesništvu kneževskog dostojanstva br. 1767 od 7. oktobra 1839. godine*.

[24] Ivić, *nav. delo*, str. 192.

[25] Kontroverze oko datuma predaje nacrta vidi u U. Stanković, *Nekoliko napomena o nacrtu krivičnog zakonika Vasilija Lazarevića (1839)*, ZRPFNS XLV/2 (2011), str. 462.

[26] Vidi AS, Državni savet (u daljem tekstu: DS), Zapisnici sednica, *Zapisnik sednice od 7. oktobra 1839. godine*; MID-V 1840, II/73, *Pismo Vasilija Lazarevića Ministarstvu pravde od 20. marta 1840. godine.* Up. zapis pod brojem 1767 iz delovodnog protokola Saveta za 1839. godine, gde je zabeleženo kako je Lazarević izjavio da će sačiniti zakone za manje od osam meseci. AS, DS, Delovodni protokol za 1839. godinu, br. 1767.

[27] AS, DS, Zapisnici sednica, *Zapisnik sednice od 7. oktobra 1839. godine*; MID-V 1839, II/74, *Dopis Saveta Namesništvu kneževskog dostojanstva br. 1767 od 7. oktobra 1839. godine*; A. S. Jovanović, *Rad na zakonima knjaza Miloša*, APDN III/3 (1907), str. 198.

Zamisao o Lazarevićevom povratku u Austriju nije postojala samo u Srbiji. Slavonska vojna komanda je saznala da on namerava da ostane u Srbiji do proleća, o čemu je austrijski Dvorski ratni savet obavestio Dvorsku kancelariju. Izražavajući bojazan da bi se toliko dugo odsustvo negativno odrazilo na Lazarevićevu službu u Zemunu, Dvorski ratni savet je preporučio da se zakonopiscu naloži povratak u Austriju. Dvorska kancelarija nije se složila sa sugestijom; uz objašnjenje da je od presudnog značaja za Monarhiju da izrada srpskih zakona ostane u dobrim rukama, umirivala je Dvorski ratni savet uveravanjima da će preduzeti odgovarajuće mere ako se pokaže da Lazarevićeve dužnosti trpe zbog njegovog boravka u Srbiji.[28]

Verovatno tek u tom momentu, kada je priča o Lazarevićevom povratku u Austriju za izvesno vreme ostavljena po strani, srpska vlada je zakonopiscu predala dokument koji je A. Ivić nazvao "kraljevski grčki beležnički rad". Velika je verovatnoća da se radi o grčkom *Ustrojstvu sudova i beležničke službe* (*Οργανισμοσ τον δικαστεριον και σιμβολαιογραφον*), od 21. januara 1834. godine, koje se sastojalo iz tri dela – odredbi o sudovima i sudskim službenicima, pravilâ o toku poslova u postupku i disciplinskih propisa.[29]

Lazarević je odbacio mogućnost da srpski zakonik o građanskom postupku u doglednoj budućnosti bude sačinjen po uzoru na *Ustrojstvo sudova i beležničke službe*, pošto je ono preopširno i obiluje formalnostima sa kojima može da izađe na kraj samo obrazovani kadar, koji Srbija nema. Zemunski gradonačelnik je verovatno već tada procenio da će mu za okončanje posla trebati godinu dana, pa je preko austrijskog konzula u Beogradu, Dimitrija Atanackovića, zamolio pretpostavljenu vlast da mu dozvoli produženje boravka u Srbiji. Dvorski ratni savet je udovoljio njegovoj molbi.[30]

Sve do marta 1840. godine nema nikakvih vesti o Lazarevićevom radu na zakoniku. Tada se, u skladu sa ranijim rešenjem Saveta, otvorilo pitanje njegovog daljeg angažmana u Srbiji. Knez Mihailo Obrenović je 15. marta naložio Ministarstvu da se obavesti na kojim zakonima Lazarević trenutno radi i iznese stav da li bi te zakone mogli napisati i stručni činovnici iz Srbije. U vezi sa prvim nalogom, Ministarstvo je 18. marta uputilo dopis Lazareviću.[31]

---

[28] Kićović, *nav. delo*, str. 106.

[29] Ivić, *nav. delo*, str. 193; *Οργανισμοσ τον δικαστεριον και σιμβολαιογραφον*, Ευ Ναυπλιοι, 1834.

[30] Ivić, *nav. delo*, str. 193.

[31] AS, MID-V 1840, II/73, *Dopis kneza Mihaila Ministarstvu pravde br. 78 od 15. marta 1840. godine*; *Pismo Vasilija Lazarevića Ministgarstvu pravde od 20. marta 1840. godine*.

Zemunski gradonačelnik je odgovorio opširnim pismom od 20. marta. Do sada je izradio poveći deo nacrta zakonika o građanskom postupku, ali je rukopis neuredan – sa velikim brojem prepravki i na mnogim mestima zatamnjen. Mogao bi se srediti samo tako što će biti prepisan uz njegova uputstva. Ukoliko bi Ministarstvo želelo njegov dosadašnji rad da podvrgne pregledu, prepis može da bude završen za 10 dana. Ako postoji opredeljenje da zakonik o građanskom postupku posle ozakonjenja bude dugotrajan, a ne lako promenljiva uredba privremenog karaktera, na njemu bi trebalo da radi do novembra. Kada sačini zakonik, započeće s izradom zakonika o ostavinskom postupku i sudskoj kontroli starateljstva, za šta mu osim u slučaju nepredviđenih okolnosti neće trebati više od tri-četiri meseca.[32]

Ministarstvo je izvestilo kneza o Lazarevićevom odgovoru 26. marta, ponovo preporučujući da se on otpusti. Svoj stav je obrazložilo time da sadržina zakonika o građanskom postupku prevashodno zavisi od građanskog zakonika, narodnih običaja i specifičnih prilika u Srbiji, Lazareviću nepoznatih. Knez je bio saglasan sa gledištem Ministarstva, ali je želeo da pre donošenja bilo kakve odluke o ovom predmetu čuje mišljenje Saveta. Iz tog razloga je 28. marta tražio od njega da se izjasni o Lazarevićevom daljem radu.[33]

Dok se iščekivala odluka Saveta, u Beogradu je 1. aprila umrla Lazarevićeva žena Julijana. Zbog iznenadne smrti supruge, Lazarević je poželeo da se vrati u Austriju. Savet je saznao za njegovu želju i o njoj 5. aprila obavestio kneza, napominjući da je Lazarević dao obećanje da će završiti poverena mu dela. Savetnici su stali na stanovište da bi sa zakonopiscem trebalo sklopiti pogodbu prema kojem će mu se honorar isplaćivati odsekom. Ako on na to pristane, onda treba zaključiti ugovor o izradi nacrta.[34]

Sam Lazarević, po svemu sudeći, nije znao za ideju Saveta. On je pisao Ministarstvu da bi želeo da napusti Srbiju i pitao hoće li mu i nadalje biti poverena izrada zakona koje je preuzeo na sebe. Tom prilikom predao je jedan deo nacrta zakonika o građanskom postupku, za kojeg smo iz jednog dopisa Ministarstva Savetu čiji tekst nije u celosti sačuvan saznali da je imao 151 član. Ministarstvo je sve ove informacije 8. aprila

---

[32] AS, MID-V 1840, II/73, *Pismo Vasilija Lazarevića Ministarstvu pravde od 20. marta 1840. godine*.

[33] AS, MID-V 1840, II/73, *Dopis Ministarstva pravde knezu Mihailu br. 1365 od 26. marta 1840. godine*; *Dopis kneza Mihaila Savetu br. 286 od 28. marta 1840. godine.*

[34] *Novine srbske*, br. 14 od 6. aprila 1840. godine, str. 106; AS, DS 384/1840, *Dopis Saveta knezu Mihailu br. 406 od 5. aprila 1840. godine.*

prenelo knezu i predložilo isti način isplate honorara kao Savet, pod uslovom da ugovor sa Lazarevićem bude zaključen.[35]

Mišljenje Saveta odlučujuće je uticalo i na promenu kneževog ubeđenja o Lazarevićevom ostanku. Vladalac je 9. aprila pisao Ministarstvu da stupi u pregovore s Lazarevićem oko uslova za izradu zakonika o građanskom postupku. Ispostavilo se da je postizanje dogovora nije lak posao; Lazarević je tražio honorar od 4500 forinti srebra, ali pri tome naglašavajući da ne može da odredi rok završetka rada. Ministarstvo je o tome 17. aprila izvestilo Savet.

On, međutim, nije reagovao dok ga na to nije podstakao knez. Vladalac je 31. maja, sa velikim zakašnjenjem, javio Savetu da je Ministarstvo u aktu od 8. aprila zamolilo za uputstva u vezi sa zaključenjem ugovora o izradi zakonika o građanskom postupku i zatražio da donese odluku o tome. Budući jasno da na relaciji srpska vlada – Lazarević postoji zastoj u komunikaciji, Savet se između 31. maja i 8. juna sam upustio u pregovore sa zemunskim gradonačelnikom. Na pitanje pod kojim uslovima je spreman da se prihvati rada na zakoniku, Lazarević je odgovorio da će to učiniti za honorar od 4500 forinti srebra, ali je ponovo podvukao da ne može da kaže kada će okončati posao.[36]

Nezadovoljan tom izjavom, Savet je uputio svog glavnog sekretara Stefana Markovića da privoli Lazarevića na popuštanje. Zemunski gradonačelnik je odstupio od prvobitnog stava, rekavši da će zakone završiti za godinu dana. Konačna pogodba je izgledala ovako: Lazarević će u jednogodišnjem roku izraditi zakonik o građanskom postupku i zakone o ostavinskom postupku i sudskoj kontroli starateljstva, na ime honorara će primiti 4500 forinti srebra, koje će mu biti isplaćene u četiri rate, i to za svaka tri meseca rada unapred. Zakonopisac će, s druge strane, imati obavezu da srpskoj vladi u istom vremenskom intervalu podnosi deo po deo svog rada.[37]

Savet je upoznao kneza sa pogodbom 8. juna, tražeći odobrenje za njenu sadržinu. Vladalac se o njoj pozitivno izjasnio i 5. jula pisao Mini-

---

[35] AS, MID-V 1840, II/73, *Dopis Ministarstva pravde knezu Mihailu br. 1664 od 8. aprila 1840. godine*; DS 468/1848, *Dopis Ministarstva pravde Savetu, bez broja i datuma*. Inače, sačuvani deo teksta ovog akta poklapa se sa beleškom o dopisu Ministarstva Savetu br. 2802 od 24. septembra 1843. u delovodnom protokolu Saveta za tu godinu, tako da je najverovatnije reč o tom aktu. Vidi AS, DS, Delovodni protokol za 1843. godinu, br. 1029.

[36] AS, MID-V 1840, II/73, *Dopis kneza Mihaila Savetu br. 701 od 31. maja 1840. godine*; *Dopis kneza Mihaila Ministarstvu pravde br. 375 od 5. jula 1840. godine*; DS 384/1840, *Dopis Saveta knezu Mihailu br. 586 od 8. juna 1840. godine*

[37] AS, DS 384/1840, *Dopis Saveta knezu Mihailu br. 586 od 8. juna 1840. godine.*

starstvu da prenese Lazareviću da se srpska vlada saglašava sa ponuđenim uslovima. Ministarstvo je knežev nalog ispunilo istog dana.[38] Činilo se da time uklonjene sve peripetije oko izrade zakonika, odnosno da je preostalo samo da on bude sačinjen, pregledan i promulgovan.

Stvari ipak nisu išle tako glatko. Pošto je rok za predaju nacrta zakonika istekao još u julu 1841, a srpska vlada ga nije dobila ni do početka naredne godine, trebalo je preduzeti odgovarajuće korake da se njegova predaja ubrza. Jedna zabeleška iz delovodnog protokola Inostranog odeljenja Ministarstva inostranih dela svedoči da je to odeljenje 2. januara predložilo da se kod austrijskih vlasti izdejstvuje oslobađanje Hadžića i Lazarevića od redovnih dužnosti dok rade na srpskim zakonima.[39]

Istog meseca knez Mihailo se na Lazarevićevo kašnjenje požalio austrijskom konzulu u Beogradu na Lazarevićevo kašnjenje. Diplomata je o tome obavestio pretpostavljenu vlast, koja je zatražila od feldmaršal-lajtnanta barona Marka Čolića, zapovednika Vojne granice u kojoj je Lazarević službovao (Slavonsko-sremske), da pita zemunskog gradonačelnika zašto nije izvršio obaveze prema srpskoj vladi u ugovorenom roku. Komandant je postupio po dobijenom nalogu.[40]

Lazarević je odgovorio podneskom od 28. februara. Pravdao se daje obustavio rad na zakoniku o građanskom postupku zato što je srpskoj vladi još 1839. godine predao nacrt krivičnog, a on još nije pregledan. Tek kad bude video šta će srpska vlada učiniti sa tim projektom, nastaviće da radi na zakoniku o građanskom postupku. Tražio je da se srpska vlada obaveže na poštovanje dogovora o izradi zakonâ koje je zaključio sa knezom Milošem i namesničkim režimom[41], jer u suprotnom nema smisla da nastavi sa radom.[42]

Potužio se i da od 1841. godine nije dobio ništa na ime honorara, a nije dužan da radi besplatno Uostalom, zakonik o građanskom postupku pretpostavlja postojanje građanskog zakonika, a njega Hadžić još nije predao. Naposletku, molio je za uputstvo da li da preda do sada izrađeni

---

[38] AS, MID-V 1840, II/73, *Dopis kneza Mihaila Ministarstvu pravde br. 375 od 5. jula 1840. godine*; DS 468/1848, *Dopis Ministarstva pravde Savetu, bez broja i datuma*.

[39] AS, Ministarstvo inostranih dela – Inostrano odeljenje (dalje: MID-I), Delovodni protokol za 1842. godinu, br. 19. Začudo, dokumenti u ovom predmetu govore samo o Hadžiću, a ne i o Lazareviću. Vidi AS, MID-I 1842, I/170.

[40] Ivić, *nav. delo*, str. 194.

[41] Posle abdikacije kneza Miloša, 3. juna 1839. godine, u Srbiji je zbog ozbiljno narušenog zdravlja naslednika prestola – njegovog sina Milana, obrazovano namesništvo u sastavu Jevrem Obrenović, Toma Vučić Perišić i Avram Petronijević. Vidi J. Milićević, *Društvene pojave u Srbiji XIX veka*, priredio R. Ljušić, Beograd 2002, str. 95.

[42] Ivić, *nav. delo*, str. 195.

tekst, u kome se nalaze i odredbe o ličnom stečaju ("konkursu").[43] Baron Čolić je prosledio Lazarevićev podnesak Dvorskom ratnom savetu 26. marta. Dvorski ratni savet je naložio Čoliću da skrene pažnju Lazareviću da požuri sa izradom nacrta zakonika, uz napomenu da to žele i Ratni savet i Dvorska kancelarija.[44]

Kako u to vreme, po svemu sudeći, još uvek nije dobio nikakvu povratnu informaciju šta se događa u vezi sa nacrtom zakonika, knez je pokušao na drugoj adresi da sazna ima li novosti u vezi s njim. Ta adresa je bilo Ministarstvo; u dopisu ovom organu od 3. aprila vladalac je postavio pitanje da li je zemunski gradonačelnik predao projekat i dao nalog da se, u slučaju negativnog odgovora, zakonopisac upita zašto nije postupio po slovu ugovora sa srpskom vladom. Ministarstvo je Lazareviću uputilo dopis 9. aprila, ali on nije odgovorio.[45]

Razlog izostanka Lazarevićevog odgovora možda leži u činjenici da je austrijski konzul saopštio knezu Mihailu pritužbe zemunskog gradonačelnika na srpsku vladu. Saslušavši ih, vladalac je austrijskom diplomatskom predstavniku pružio uveravanja da će srpska vlada izvršiti sve obaveze prema Lazareviću, ali traži da on to isto uradi u pogledu svojih – tj. da što ranije završi nacrt zakonika.[46]

Nakon toga je usledilo nešto što bi se moglo protumačiti kao gest dobre volje prema Lazareviću. Komisija za pregled njegovog nacrta krivičnog zakonika podnela je 27. jula svoje primedbe na prvi deo tog rukopisa.[47] Time je obesnažena jedna od Lazarevićevih zamerki; srpska vlada kao da je želela da pošalje poruku zemunskom gradonačelniku da je ona

---

[43] Izraz "Concurs" je u onovremenoj nemačkoj pravnoj terminologiji označavao sudski postupak u kojem se imovina prezaduženog dužnika nedovoljna za namirenje svih poverilaca deli između njih po zakonom utvrđenom redosledu. Sa tom vrstom postupka srećemo se i u *Zakoniku o sudejskom postupku u parnicama građanskim*, prvoj kodifikaciji iz ove oblasti u Srbiji, gde je nazvan "stecište". Uzimajući u obzir da pokazuje izvesne sličnosti sa savremenim institutom ličnog bankrota, odlučili smo da ga tako i prevedemo, mada se dva postupka u nekim aspektima bitno razilaze. Vidi, J. T. B. Linde, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses*, Bonn 1831, p. 607; C. Martin, *Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes*, Heidelberg 1838, pp. 583–584; *Zakonik o sudejskom postupku u parnicama građanskim*, Beograd 1853, str. 34; P. Kolba, P. Resetarsits, N. Weiser, *Mein großer Rechts-Berater*, Wien 2011, pp. 419–421.

[44] Ivić, *nav. delo*, str. 195–196.

[45] AS, MID-V 1842, II/125, *Dopis kneza Mihaila Ministarstvu pravde br. 418 od 3. aprila 1842. godine*; DS 468/1848, *Dopis Ministarstva pravde Savetu, bez broja i datuma*.

[46] Ivić, *nav. delo*, str. 195–196.

[47] AS, DS 303/1842, *Dopis komisije za pregled nacrta krivičnog zakonika Savetu od 27. jula 1842. godine*. Uzgred budi rečeno, nacrt se sastojao iz dva dela, tako da nije bio pregledan u celini. Vidi Stanković, *nav. delo*, str. 462.

pokazala spremnost da uvaži njegove pritužbe, pa je sada na njega red da ispoštuje dogovoreno.

Čak i ako je pregledom nacrta krivičnog zakonika zaista i pokušala da odobrovolji Lazarevića, srpska vlada u tome nije uspela. Zato je Ministarstvo 13. januara 1843. godine poslalo zakonopiscu novo pismo, u kojem je upitalo kako napreduje rad na zakonima. Zemunski gradonačelnik je odgovorio deset dana kasnije; obaveštavajući Ministarstvo da je sastavio dobar deo zakonika, napomenuo je da rukopis izgleda neuredno. Da bi bio uredno prepisan, neophodno je angažovati pisara, za koga je tražio nagradu. Što se ostalog tiče, tvrdio je da se u potpunosti pridržava ugovora sa srpskom vladom od 5. jula 1840. godine.[48]

Shvativši da je Lazarević protumačio ugovor sa srpskom vladom tako da mu iznos od 4500 forinti pripada za svaku godinu rada na zakonima sve dok ne završi posao, Ministarstvo je pokušalo da mu ukaže na neispravnost takvog tumačenja. Ugovorna odredba glasi da će on primiti navedenu svotu za jednogodišnji rad na zakonima; kako je ta suma već isplaćena, Lazarević više nema pravo da bilo šta traži od srpske vlade. U zaključku, Ministarstvo je zahtevalo da završi posao i pošalje izrađene tekstove.[49]

Da li usled ovog pritiska iz Srbije ili ne, tek Lazarević je 18. septembra predao zemunskom vojnom komandantu, general-majoru Maksimilijanu Ungerhoferu, jedan deo sačinjenog nacrta zakonika o građanskom postupku. Predati tekst je sadržao 20 glava (7–27) sa 280 članova (152–432) i iscrpan predmetni registar nezavršenog dela projekta. Kako rukopis nije sačuvan, ne znamo da li se i na njega odnosi tvrdnja A. Jovanovića da Hadžićevi i Lazarevićevi nacrti nisu bili napisani Vukovim pravopisom.[50]

Ungerhofer je primljeni nacrt 20. septembra sproveo srpskom Ministarstvu inostranih dela, sa napomenom da sam projekat prosledi nadležnom organu a registar nakon potpisivanja vrati Zemunskoj vojnoj komandi, kako bi ga poslala Lazareviću.[51]

Posle toga, zemunski gradonačelnik je uputio dva pisma – jedno je bilo adresirano na Ungerhofera, a drugo na Ministarstvo. U pismu Ungerhoferu od 21. septembra Lazarević je naglasio da predati tekst nije ceo

---

[48] AS, DS 468/1848, *Dopis Ministarstva pravde Savetu, bez broja i datuma*.

[49] Ibid.

[50] Ivić, *nav. delo*, str. 196; AS, MID-I 1843, II/129, *Dopis general-majora Maksimilijana Ungerhofera Ministarstvu inostranih dela br. 201 od 2. oktobra 1843. godine* (po gregorijanskom kalendaru); Delovodni protokol za 1843. godinu, br. 1286; A. S. Jovanović, *delo iz napomene 3*, APDN VIII/4, str. 261.

[51] AS, MID-I 1843, II/129, *Dopis general-majora Maksimilijana Ungerhofera Ministarstvu inostranih dela br. 201 od 2. oktobra 1843. godine* (po gregorijanskom kalendaru).

nacrt, navodeći da ostatak neće predati sve dok se srpska vlada ne obaveže na poštovanje uslova izrade zakonâ koje je ugovorio sa prethodnim srpskim vlastima.[52]

Pismo poslato Ministarstvu, od 22. septembra, predstavlja odgovor na njegov dopis od 13. jula. Prvih 151 član nacrta odavno je predao srpskoj vladi, a ostatak zaključno sa članom 432 joj je poslao Ungerhofer. Osnovanost tvrdnje da mu srpska vlada i dalje duguje novac Lazarević je branio pozivanjem na ugovor o izradi zakonâ i obećanje kneza Mihaila da će sve obaveze prema Lazareviću biti ispunjene, dato 1842. godine, kada je prvih 4500 forinti srebra već isplaćeno. Pošto vidi da druga ugovorna strana ne namerava da nastavi sa plaćanjem honorara, on će prekinuti rad na zakonima i čekati konačnu odluku srpske vlade o tom pitanju.[53]

Ministarstvo je 24. septembra izvestilo Savet o sadržini pisma, u isto vreme ga obaveštavajući da je zagubilo članove 1–151 nacrta zakonika. Zamolilo je da se oni prepišu iz Lazarevićevog primerka o trošku države.[54] Savet, međutim, nije našao za potrebno da bilo šta preduzme povodom ove molbe. Ipak, situacija se ubrzo promenila i nacrt zakonika je, doduše samo za izvesno vreme, ponovo dospeo na dnevni red.

Kodeks o građanskom postupku je u prvi plan izbacila osetljivost pitanja ženskog prava na nasleđivanje. S obzirom na to da oko njegovog normativnog regulisanja u budućem građanskom zakoniku nije postojala potpuna saglasnost, Savet se na sednici od 11. oktobra odlučio za solomonsko rešenje prema kojem se do daljeg odlaže usvajanje građanskog, a kao prioriteti postavljaju donošenje krivičnog i izrada zakonika o građanskom postupku. Ovo opredeljenje ipak nije opstalo zadugo. Na podsticaj kneza Aleksandra Karađorđevića od 26. novembra, ponovo je dato prvenstvo nacrtu građanskog zakonika, a kodeks o građanskomm postupku ostavljen za kasnije.[55]

---

[52] Ivić, *nav. delo*, str. 196–197.

[53] AS, DS 468/1848, *Dopis Ministarstva pravde Savetu, bez broja i datuma*. Kojoj god od zavađenih strana da damo za pravo, stoji da Lazarević nije bio uredno plaćan ni u toku prve godine rada na zakonima. Odeljenje kaznačejstva Ministarstva finansija je 12. novembra 1840. izdalo nalog državnom bankaru Nikoli Germanu da Lazareviću isplati honorar za period jul–decembar te godine, pošto je to prethodno učinio samo za maj i jun. Sledeće godine zakonopisac je morao sam da inicira isplatu za vremenski interval 12. februar – 12 maj 1841, pri čemu smo dokaz o uplati pronašli tek u Germanovom pismu Odeljenju kaznačejstva od 15. marta. Vidi AS, PO 86/71, *Dopis Odeljenja kaznačejstva Ministarstva finansija državnom bankaru Nikoli Germanu br. 1609 od 12. novembra 1840. godine*; Ministarstvo finansija – Odeljenje kaznačejstva, Delovodni protokol za 1841. godinu, br. 208 i 379.

[54] AS, DS, Delovodni protokol za 1843. godinu, br. 1029.

[55] AS, DS, Zapisnici sednica, *Zapisnik sednice Saveta od 11. oktobra 1843. godine*; Nikčević, *nav. delo*, str. 23; V. Kapor, *Jovan Hadžić kao pisac zakona u Srbiji*, *Zbornik za društvene nauke Matice srpske* LXI (1976), str. 12.

Ali, Ministarstvo nije odustajalo. U dopisu Savetu od 20. marta 1844. godine istaklo je da, pošto je SGZ već izdat i razdeljen sudovima, postoji neophodnost donošenja zakonika o građanskom postupku i zakona o sudskoj kontroli starateljstva. Ona je utoliko veća što sudovi u ovim oblastima prave najviše grešaka i najčešće traže uputstva. Ponovo je preporučilo da se nedostajući deo nacrta prepiše iz Lazarevićevog koncepta o trošku državne kase. Njegov tekst zatim treba pregledati i, ako je dobar sankcionisati, a u suprotnom bi nacrt trebalo sačiniti iznova. Ministarstvo je predložilo isti postupak i kada je reč o zakonu o sudskoj kontroli starateljstva.[56]

Ovog puta Savet nije ostao gluv na preporuke Ministarstva. Doneta je odluka da se za prepisivanje angažuje Lazarevićev sinovac Miloš[57], koji je obavio povereni posao do 18. maja. Savet je 27. maja predložio knezu da se prepisivaču na ime nagrade isplati 50 talira, sa čime se monarh složio i dao nalog da se o tome obaveste sva ministarstva.[58]

Primljeno obaveštenje poslužilo je Ministarstvu kao povod da 31. maja podseti vladara da zakonik o građanskom postupku nije završen, jer mu nedostaju neke odredbe.[59] Naravno, ovo podsećanje dato je s ciljem da pobudi zakonodavne činioce na akciju. U tom momentu ono je ostalo bez rezulata, ali se Ministarstvu upornost i po drugi put isplatila. Naime, ono je 20. jula poslalo Savetu dopis koji je odlučujuće uticao da se rad na zakoniku o građanskom postupku ponovo pokrene sa mrtve tačke.

---

[56] AS, DS 220/1844, *Dopis Ministarstva pravde Savetu br. 1076 od 20. marta 1844. godine*.

[57] Miloš Lazarević (1799, Sremski Karlovci – 1864, Zemun), književnik. Preveo sa nemačkog *Smrt Aveljovu* S. Gesnera (1820), autor tragedije *Plemenita i silna ljubov* (1831), osnivač lista *Serbsko-narodni vestnik* (1852). Na početku stvaralaštva sledbenik Vuka Karadžića, od koga se kasnije udaljio. Otac ovog pisca je Jovan Lazarević, dugogodišnji profesor gimnazije u Sremskim Karlovcima i tvorac plana nastave istorije po kojem se u njoj predavalo 1798–1825. godine. Iz toga proizlazi da su Vasilije i Jovan Lazarević braća, za šta smo pronašli još jedan dokaz. U nekrologu Vasiliju Lazareviću, objavljenom u peštanskim *Serbskim narodnim novinama* 2. marta 1844. godine, navedena su imena jednog njegovog sinovca i jedne sinovice – Uroš i Milica, a upravo tako su se zvali i dvoje dece Jovana Lazarevića. Vidi I. Milić, *Miloš Lazarević i njegov odnos prema Vuku Karadžiću*, *Sveske Matice srpske* XLIII (2005), str. 107–115; L. Dotlić, *Nekoliko novih podataka o Jovanu Lazareviću i njegovoj deci*, *Zbornik Matice srpske za književnost i jezik* XXIV (1976), str. 348; *Serbske narodne novine* br. 18 od 2. marta 1844. godine, br. 70–71.

[58] AS, MID-V II/179, *Dopis Saveta knezu Aleksandru br. 342 od 18. maja 1844. godine*; *Nalog vladaoca Kneževskoj kancelariji br. 675 od 27. maja 1844. godine*.

[59] AS, MID-V 1844, II/179, *Dopis Ministarstva pravde knezu Aleksandru br. 1866 od 31. maja 1844. godine*.

Ministarstvo je u dopisu izrazilo stav da je donošenje zakonika o građanskom postupku preko potrebno i naglasilo da tu potrebu nameće više činilaca. Prvi je nedostatak propisa o sudskom postupku, koji Ministarstvo bezuspešno pokušava da nadomesti izdavanjem raspisa. Ono za sobom povlači i drugi faktor – donošenje presude se isuviše prepušta ličnom nahođenju i samovolji nestručnih sudija. Najzad, neuke stranke ne znaju kako da svoja prava brane pred sudom, pa ih treba poučiti tome.[60]

Podstaknut dopisom Ministarstva, Savet je na sednici od 18. jula imenovao komisiju za pregled Lazarevićevog nacrta. Ne možemo sa sigurnošću reći ko su bili njeni članovi. U zapisniku gore pomenute sednice navodi se da će za pregled nacrta biti zaduženi predsednik Saveta Stojan Simić, Jovan Hadžić, sekretar Ministarstva pravde Pavle Popović i sekretar Arhidijecezalne konzistorije Vasilije Lazić. Za razliku od zapisnika, jedan članak iz *Novina srbskih* od 9. avgusta ne pominje Popovića, ali je zato u njemu navedeno da su u sastavu komisije bili načelnik Odeljenja Ministarstva pravde Sava Šilić i profesor Liceja Maksim Simonović.[61]

Ne samo što se ne zna ko je sačinjavao komisiju, nego se vrlo malo zna i o njenom radu. Došli smo do podatka da je održala nekoliko sednica, posle kojih je izašla s predlogom da se nacrt preradi zato što nije dovršen i usklađen sa SGZ, pri čemu bi se prerada poverila Hadžiću.[62] Savet nije imao ništa protiv predloga, pa je Hadžić 7. avgusta već započeo sa radom. Time je Lazarevićev nacrt odbačen kao polazna osnova za izradu kodifikacije.

III

Izvori do kojih smo došli samo delom mogu da udovolje zahtevu da se o izradi zakonika sazna što više. Sa relativno velikim stepenom izvesnosti ustanovili smo sa kojim su knjigama radili Zaharijades i Zakonodateljna komisija. Otkrili smo i kako su tekli pregovori između Lazarevića i srpske vlade o sklapanju ugovora o izradi zakonika o građanskom postupku, došli do novih podataka o njihovom sporu i obelodanili nove detalje vezane za predaju njegovog nacrta. Ali izostala su nova saznanja o najvažnijem – sadržini prvih nacrtâ.

---

[60] AS, DS 220/1844, *Dopis Ministarstva pravde Savetu od jula* (sic!) *1844. godine*; D. Janković, *Istorija države i prava Srbije u XIX veku*, Beograd 1955, str. 84.

[61] AS, DS, Zapisnici sednica, *Zapisnik sednice Saveta od 18. jula 1844. godine*; *Novine srbske*, br. 64 od 9. avgusta 1844. godine, naslovna strana.

[62] *Novine srbske*, br. 64 od 9. avgusta 1844. godine, naslovna strana.

Samo po sebi se razume da daljeg napretka u izučavanju ove teme ne može biti bez pronalaska tekstova projekata. Jasno je da se o Zaharijadesovom i prevodu Zakonodateljne komisije ne može izreći nikakav sud dok se ne vidi kako su izgledali. S druge strane, podaci o sadržini Lazarevićevog nacrta bi otvorili mogućnost da se utvrdi da li se i na koje strano zakonodavstvo tekstopisac ugledao, odnosno da li se u kodifikatorskom rad držao smernica koje je zajedno sa Hadžićem predočio knezu Milošu. Od posebnog značaja bi bilo otkriće u čemu se ogledala neusklađenost projekta sa SGZ.

Naravno, nesuvislo je govoriti šta treba istraživati ako se istovremeno ne da uputstvo gde to treba raditi. Uzimajući u obzir prirodu Lazarevićeve službe i razumljivu zainteresovanost Austrije da srpsko zakonodavstvo potpadne pod njen uticaj, pronalazak relevantne građe bi se mogao očekivati u Hrvatskom državnom arhivu i Austrijskom državnom arhivu.

Konkretnu potvrdu da prva navedena ustanova poseduje arhivski materijal od velike važnosti nalazimo u navedenom delu A. Ivića, koji se zasniva upravo na dokumentima koje je ovaj istraživač tamo pronašao. Slično je i sa drugim arhivom; u pominjanoj monografiji M. Kićovića često se nailazi na njegovu građu koja se tiče zakonodavne delatnosti Hadžića i Lazarevića. Kao nepravnik, ovaj autor joj ne poklanja preveliku pažnju, naročito ne onoj koja se u prvom redu odnose na Lazarevića. Ubeđeni smo da bi ova – obrađena, kao i do danas neobrađena građa stranih arhiva u dobroj meri mogu proširiti granice saznanja o kodifikaciji građanskog postupka u Srbiji. Pri tome, uvek treba imati na umu da uvek postoji veća ili manja verovatnoća da se i u domaćim arhivima naiđe na poneki dosad nepronađen značajan dokument.

Uroš Stanković, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

The First Attempts to Codify Civil Procedure in Serbia (1829–1844)

Abstract

The article sheds light on the first attempts to codify civil procedure in Serbia, in the period between 1829 and 1844. Predominantly focused on the earliest code-preparing works in the fields of penal and civil law, Serbian legal history neglected the third, equally important compilation – code of civil procedure.

The quantity of hitherto established data on this subject did not suffice. It was known, for instance, what foreign code served as a model in the very beginning of lawgiving work. Serbian legal history was also acquainted with the fact in what manner two future codifiers – a member of Novi Sad City Council Jovan Hadžić and the mayor of Zemun Vasilije Lazarević, declared on the contents of the draft produced prior to their arrival in Serbia in 1837. Likewise, legal historians were familiar with the datum that Hadžić and Lazarević had been initially drafting new code in concert, but later divided jobs, so that thenceforth Lazarević alone was tasked with its creation. Exclusive of certain data of lesser significance, nothing was determined in relation to his work whatsoever.

Leaning on disposable information, the author made an effort to deepen knowledge on prime codificatory works in this field. In terms of the earliest phase of codification, he expected to acquire new data with the help of foreign literature. Regarding Lazarević's work on the code, however, the author undertook a research in the archives believed to possess valuable documents.

Having attentively scrutinized some allegations presented in the correspondence between the president of so-called *Legislative Commission* (established in 1829 and tasked with production of the code) and Serbian language reformer Vuk Karadžić and his associate Jernej Kopitar, the curator of Austrian Court Library, the author sought for unidentified volumes

cited as recourse in the process of code-preparing. By reason of some publications showing a large extent of consistence with the unfamiliar works referred to in Karadžić and Kopitar's letters, the author proposed the hypothesis that the indicated were supplementary literature in Legislative Commission's work. Nonetheless, he failed to obtain any data as for the contents of subsequently prepared Legislative Commission's draft code.

Research through archival materials was fecund solely to a degree. A number of utile details were ascertained, among which one should accentuate the terms of contract between Lazarević and Serbian government on the preparation of the draft code, more circumstantiating disclosures on the dispute over the interpretation of the aforementioned agreement and consignment of the compendium. Per contra, very few findings pertain to the contents of Lazarević's draft.

Save new discoveries appertaining the very outlook of the produced draft codes, further progress in the scientific research on this topic can not be made. New materials enabling continuance of undertaken exposition of the inceptive codification ought to be found in Croatian State Archives (Hrvatski državni arhiv) and Austrian State Archives (Österreichisches Staatsarchiv), whose documents are oftentimes cited in antecedent works concerning this question. Withal, one may never exclude the possibility of detecting unexposed documents in Serbian archives.

Key words: Draft codes of civil procedure, codification of civil procedure, history of civil procedure in Serbia, Legislative Commission, Vasilije Lazarević.

Pregledni članak 504.7:35.077
doi:10.5937/zrpfns46-2369

Luka Baturan, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

STVARANJE TRŽIŠTA PRENOSIVIH DOZVOLA RADI SMANJENJA EMISIJA GASOVA KOJI PROIZVODE EFEKAT STAKLENE BAŠTE U REPUBLICI SRBIJI[1]

Sažetak: *Ekonomski subjekti, prilikom proizvodnje ili potrošnje dobara, u atmosferu ispuštaju gasove kojima se stvara efekat staklene bašte, što predstavlja narušavanje životne sredine. Rezultat je neefikasnost, za čije otklanjanje je neophodna intervencija države. Jedan od načina na koji država može postići smanjenje emisija ovih gasova jeste kroz uvođenje sistema prenosivih dozvola za emitovanje. Mana ovog sistema je što je veoma teško odrediti koji je to optimalni nivo na koji treba postaviti granicu ukupne količine dozvoljenih emisija. Ipak, unutar nivoa koji bude određen, moguće je postići efikasnu alokaciju prava na zagađivanje.*

Ključne reči: *dozvole za emitovanje, promet dozvola, gasovi koji proizvode efekat staklene bašte, zagađenje, životna sredina*

Uvod

Zdrava životna sredina predstavlja zajednički resurs koji pripada čitavoj ljudskoj zajednici. Odlika zajedničkog resursa je da potrošnja njegove marginalne (dodatne) jedinice stvara marginalne troškove drugim korisni-

[1] Rad je nastao kao rezultat istraživanja na Projektu br. 179079- „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

cima. Sa druge strane, ne postoji mogućnost lakog i jeftinog sprečavanja korisnika da koristi resurs ukoliko za njega nije platio cenu.

Zbog ovih karakteristika zdrave životne sredine, dolazi do pojave efekta eksternalija. Eksternalije su uzgredni proizvod ljudske aktivnosti kojima se drugim subjetkima neposredno nanosi šteta. Degradacija životne sredine predstavlja tipičnu posledicu takvog ponašanja. Ekonomski subjekti, rukovodeći se željom da maksimiziraju sopstvenu korist, ne vode računa o stanju korisnosti ostalih članova zajednice. Tako oni, prikom proizvodnje dobara u atmosferu ispuštaju gasove kojima se stvara efekat staklene bašte[2], koji dalje dovodi do pojave globalnog zagrevanja. Na ovaj način, oni deo troškova proizvodnje uspevaju da prebace (eksternalizuju) na zajednicu, snižavajući tako sopstveni (privatni) trošak, ali smanjujući ukupno stanje korisnosti u društvu.

Jedan od ciljeva pravnog poretka je da omogući optimalnu alokaciju oskudnih resursa. Kako se optimalna alokacija postiže na slobodnom tržištu, to kod ekoloških eksternalija – emisija GHG – nije slučaj,[3] pošto nepostojanje eksternalija predstavlja jednu od pretpostavki savršenog tržišta. Nemogućnost da se postigne optimalno rešenje na tržištu primorava države da se direktnije uključe u rešenje problema.

Ipak, ni državni mehanizmi kojima se pokušavaju otkloniti tržišne anomalije nisu savršeni. Državama stoji na raspolaganju više ekonomskih mehanizama kojima se na različite načine pokušava postići zadati cilj.[4] U ovom slučaju, cilj je optimalni obim proizvodnje koji će pomiriti potrebu društva za što većim nivoom proizvodnje radi bržeg privrednog razvoja sa jedne strane, i potrebom za zdravom životnom sredinom sa druge. Potrebno je i u teoriji i u praksi tragati za onim instrumentima državne intervencije koji će u tom smislu dati najbolji mogući rezultat.

Da bi rezultat bio optimalan, neophodno je postići konsenzus o cilju koji treba postići, i sredstvima koja stoje na raspolaganju. Nažalost, iz različitih ekonomskih i političkih razloga u međunarodna zajednici nije bilo moguće postići potpuni konsenzus o optimalnom nivou emisije gasova kojima se stvara efekat staklene bašte.

---

[2] *Greenhouse gasses,* u daljem tekstu skr. *GHG.*

[3] O razlozima zbog kojih ne dolazi do internalizacije ekoloških eksternalija na tržištu, vidi Baturan, L. 2011. Mogućnost primene Kouzove teoreme radi postizanja internalizacije ekološkog troška u pravnom sistemu Republike Srbije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* br. 3 (tom II), str. 779-793.

[4] O ekonomsko-pravnim aspektima različitih mera politike zaštite životne sredine, kod: Popov, Đ. 2011. Politika zaštite životne sredine – ekonomsko-pravni aspekti. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* br. 3. str. 23-41.

Delimičan dogovor postignut je na nivou država Evropske unije. One su još 2003. godine usvojile pravne akte kojima je dve godine kasnije uspostavljeno trište (prenosivih) dozvola za emisiju GHG[5]. Kako Srbija ima ambiciju da postane članica Unije, mora izvršiti pripreme da bi u budućnosti mogla da se uključi u EU ETS.

Strategijom uvođenja čistije proizvodnje Republike Srbije[6], u delu koji se odnosi na ekonomske mere za kontrolu zagađenja, predviđena je mogućnost uvođenja prenosivih dozvola za emitovanje GHG.[7] Navedeno je da će razrada i operacionalizacija ovog koncepta biti tema posebne studije. Ipak, do danas nisu doneti nikakvi propisi kojima bi se ova vrsta mera implementirala u pravni poredak zemlje. Prema proceni Ministarstva životne sredine, rudarstva i prostornog planiranja, Srbija će do 2016. godine početi da sprovodi Direktivu Evropske unije o trgovini gasova sa efektom staklene bašte.[8]

Prenosive dozvole

Kada se odluče za smanjenje štetnih emisija, države pokušavaju izabrati najefikasniji mehanizam kojim se taj cilj može postići. Te mere mogu biti ili komandno-kontrolne, ili tržišne. Komandno-kontrolnim merama se direktno zabranjuje ili zahteva neko ponašanje, dok se tržišnim merama pokušavaju stvoriti podsticaji ekonomskim subjektima da u međusobnoj interakciji sami reše problem.[9] Upotrebi tržišnih mera u funkciji zaštite životne sredine daje se prednost u odnosu na zakonsku regulativu zbog toga što se njima postiže efikasnija alokacija oskudnih resursa.[10]

Uspostavljanje tržišta dozvola jedan je od mehanizama za smanjenje nivoa emisija GHG na nivo koji odredi državna vlast. Prednost ovog sistema u odnosu na druge jeste što se njime na najjeftiniji način postiže efikasna alokacija prava na zagađivanje, unutar uspostavljenog nivoa.

---

[5] *European Union Emissions Trading Scheme*, u daljem tekstu skr. *EU ETS.*

[6] Strategija uvođenja čistije proizvodnje u Republici Srbiji, *Sl. glasnik RS* br. 17/2009.

[7] U strategiji se koristi termin „transferabilne“ dozvole, što predstavlja direktno preuzimanje termina *transferable* iz engleskog jezika.

[8] Ministarstvo zaštite životne sredine, rudarstva i prostornog planiranja, zvanični internet sajt: *http://www.ekoplan.gov.rs/src/Srbija-radi-na-uspostavljanju-trgovine-gasovima-sa-efektom-staklene-baste-do-2016--1664-c46-content.htm*, 30. mart 2012.

[9] O izboru instrumenata zaštite životne sredine, videti kod: Popov, Đ. 2009. Ekonomska analiza prava životne sredine i održivi razvoj. *Osnove prava životne sredine,* Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad.

[10] Tasić, D., 2003. Tržište prenosivih dozvola kao instrument smanjivanja negativnih eksternih efekata. *Pravni život,* Beograd, br. 9, str. 452.

Ograničenje ukupne količine dozvoljenih emisija

Prvo pitanje sa kojim se teorija suočava pri rešavanju ovog problema jeste kolika je maksimalna dozvoljena količina emisija štetnih gasova koja se može ispustiti u atmosferu u jedinici vremena. Potpuna zabrana bilo kakvih štetnih emisija značila bi zaustavljanje gotovo celokupne privredne delatnosti, kao i mnogobrojnih aktivnosti savremenog čoveka. Zagađenje koje je jednako nuli može se postići samo ako je i proizvodnja jednaka nuli.[11]

Pretpostavka je da se mora tolerisati određena količina zagađivanja radi održanja proizvodnje u savremenim uslovima. Prihvatanje određenog nivoa emisije štetnih gasova predstavlja u stvari ekološku cenu razvijenosti.[12] Zbog toga se govori o održivom razvoju, koji podrazumeva usklađivanje ekonomskog napretka sa kapacitetima životne sredine, čime bi ona ostala u dobroj meri očuvana i za buduće generacije.

I u Zakonu o zaštiti životne sredine Srbije predviđa se uravnotežen odnos privrednog razvoja i životne sredine[13]. Životnu sredinu treba koristiti u skladu sa načelom održivog razvoja, kojim se zahteva da se nivo zagađenja ograniči na nivou kapaciteta životne sredine.[14] Kapacitet životne sredine jeste sposobnost životne sredine da prihvati određenu količinu zagađujućih materija po jedinici vremena i prostora tako da ne nastupi nepovratna šteta u životnoj sredini.[15]

Održivi razvoj dakle predstavlja cilj oko koga u teoriji ne postoje sukobi. Problem nastaje kada se pokuša u praksi odrediti koja je to maksimalna količina zagađenja (u ovom slučaju emisija GHG) koju bi priroda mogla apsorbovati bez težih trajnih posledica. Samostalno delovanje pojedinih država neće dati rezultat kada je u pitanju rešavanje problema stvaranja staklene bašte, već je neophodna sveobuhvatna i koordinisana aktivnost na sva tri nivoa – međunarodnom, regionalnom i nacionalnom.[16]

Međutim, u međunarodnoj zajednici nije bilo moguće postići konsenzus o maksimalnoj količini dozvoljenih emisija i njihovoj raspodeli

---

[11] Harris, J. M. 2009. *Ekonomija životne sredine i prirodnih resursa: savremen pristup,* (prevodilac Romina Halilović) Data Status, II izdanje, Beograd., str. 49.

[12] Prokopijević, M. 2009. *Evropska Unija- uvod,* II dopunjeno izdanje, Sl. glasnik, Beograd, str. 524.

[13] Zakon o zaštiti životne sredine, *Službeni glasnik RS, br.* 135/2004, 36/2009, *36/2009, 72/2009, 43/2011*, čl. 1.

[14] Odluka o utvrđivanju Nacionalnog plana zaštite životne, *Sl. glasnik RS* br 12/2010.

[15] Zakon o zaštiti životne sredine, čl. 3 st. 1 tč. 2.

[16] Popov, Đ. 2011. Politika zaštite životne sredine – ekonomsko-pravni aspekti, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* br. 3, str. 40.

među državama. Tokom tih pregovora, različite države pokazale su različit nivo svesti o potrebi postizanja saglasnosti o ovom važnom pitanju. Jedan broj država se u ovim pregovorima ponašao prema strategiji „slepog putnika" (eng. *„free rider"*), pokušavajući da proizvođačima na svojoj teritoriji omoguće što je veći obim emisija (čime se postižu niži troškovi proizvodnje), očekujući da će druge države zbog toga još više smanjiti svoje kvote.

Konačno, 11. decembra 1997. godine potpisan je Kjoto protokol uz Okvirnu konvenciju UN o promeni klime[17], koji je stupio na snagu 16. februara 2005. godine. Države nisu uspele da se dogovore o ukupnom (optimalnom) nivou emisija, već su se odlučile samo da do 2012. godine u odnosu na određenu baznu godinu linearno smanje emisije šest gasova[18]. Srbija je ratifikovala i UNFCCC[19] i Kjoto protokol[20]. Međutim, Sjedinjene Američke Države, kao jedan od najvećih zagađivača nisu potpisale Kjoto protokol, dok se Kanada povukla decembra 2011. godine.[21] Ovo parcijalno rešenje neće trajno zaustaviti proces globalnog zagrevanja, zbog čega je neophodno nastaviti aktivnosti u cilju postizanja sveobuhvatnog dogovora.

Kvantifikovane obaveze za smanjivanje emisija propisane su za države koje su eksplicitno navedene u Aneksu B Protokola. U pitanju su razvijene zemlje, ali i neke države koje su u procesu prelaska na tržišnu privredu, a iz kojih takođe potiče veliki deo emisija GHG. Zemlje u razvoju, u kojima je nivo emisija po glavi stanovnika još uvek relativno nizak, nisu navođene u Aneksu B, tako da nemaju kvantifikovane obaveze za smanjenje emisija.

Prema Kjoto protokolu (čl. 3 st. 1), kao bazna uzima se 1990. godina[22], s tim što se državama može dozvoliti da izaberu i neku drugu godinu kao polaznu osnovu za proračun smanjivanja nivoa emisija (čl. 3 st. 5). Posebno je propisano da će državama koje su u procesu prelaska na tr-

---

[17] *The United Nations Framework Convention on Climate Change*, u daljem tekstu skr. *UNFCCC.*

[18] U gasove koji izazivaju efekat staklene bašte prema Kjoto protokolu spadaju ugljendioksid (CO_2), metan (CH_4), azotsuboksid (N_2O), vodonikfluorugljovodonici (HFC), perfluorugljovodonici (PFC) i sumporheksafluorid (SF_6).

[19] Zakon o potvrđivanju Okvirne konvencije Ujedinjenih nacija o promeni klime, sa aneksima, *Sl. list SRJ - Međunarodni ugovori*, br. 2/97.

[20] Zakon o potvrđivanju Kjoto protokola uz Okvirnu konvenciju Ujedinjenih nacija o promeni klime, *Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori*, br. 88/2007 i 38/2009.

[21] Depositary Notification, reference: C.N.796.2011.TREATIES-1. UNFCCC, zvanični internet-sajt: http://unfccc.int/files/kyoto_protocol/background/application/pdf/canada.pdf.pdf, 7.08.2012.

[22] Za fluorugljovodonik, perfluorugljovodonik i sumporheksafluorid kao bazna može se uzeti 1995. godina. Kjoto protokol, čl. 3 st. 8.

žišnu ekonomiju biti omogućen fleksibilniji tretman u izboru bazne godine (čl. 3 st. 6). U Aneksu B Kjoto protokola navedene su države koje imaju kvantifikovane obaveze smanjenja emisija do kraja 2012. godine. Za periode nakon 2012. godine, strane ugovornice će doneti posebne amandmane (čl. 3 st. 9).

Evropska unija prihvatila je UNFCCC Uredbom Saveta br. 94/69/EC[23], a Kjoto protokol Uredbom Saveta br. 2002/358/EC[24]. Evropska komisija je 2000. godine usvojila „zeleni papir", u kome je dato viđenje budućeg EU ETS.[25] Pravni osnov za uvođenje ovog sistema u EU je bila Uredba br. 2003/87/EC[26]. Za države EU, propisana je obaveza smanjenja emisija na 92% u odnosu na 1990. godinu.[27] Od istočnoevropskih članica EU, jedino Slovenija prilikom otpočinjanja primene ovog sistema nije ispunjavala ciljeve smanjenja emisija iz Protokola, dok su ostale istočnoevropske države bile neto-izvoznici dozvola.[28]

Republika Srbija nema kvantifikovane obaveze smanjenja emisije GHG, već samo opšte obaveze koje proističu iz UNFCCC (u statusu van Aneksa 1) i Kjoto protokola (u statusu bez Aneksa B). Ipak, kako se navodi na internet-sajtu srpskog ministarstva zaduženog za pitanja životne sredine[29], EU je kroz pregovarački proces i pri bilateralnim susretima iznela očekivanja da Srbija, kao kandidat za članstvo preuzme obaveze smanjenja ili ograničenja emisija za period posle 2012. godine, kako bi u trenutku pristupanja mogla preuzeti i kvantifikovane obaveze smanjenja emisija.

Prema podacima srpskog ministarstva zaduženog za životnu sredinu, ukupan nivo emisija gasova kojima se stvara efekat staklene bašte u Srbiji je 2012. povećan u odnosu na baznu 1990. godinu sa 80.803 Gg na

---

[23] Council Decision of 15 December 1993 concerning the conclusion of the Uniter Nations Framework Convention on Climate Change (94/69/EC), *OJ L 33,* 7.2.1994, pp.11-12.

[24] Council Decision of 25 April 2002 concerning the approval, on behalf of the European Community, of the Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change and the joint fulfilment of commitments thereunder (2002/358/EC), *OJ L 130,* 15.5.2002, pp. 1–3.

[25] Green Paper on greenhouse gas emissions trading within the European Union, COM(2000) 87 final.

[26] Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC, *OJ L 275/32.*

[27] Aneks B Kjoto protokola. Izuzetak su Poljska i Mađarska, za koje je propisano smanjenje emisija na 94% u odnosu na baznu godinu.

[28] Markovič-Hribernik, T., Murks, A. 2006. "Dug je put od Ljubljane do Kyota: dozvole za zagađivanje i porez na ugljični dioksid", *Financijska teorija i praksa,* br. 1, str. 31.

[29] Ministarstvo životne sredine, rudarstva i prostornog planiranja, zvanični internet-sajt: http://www.ekoplan.gov.rs/src/Srbija-na-Konferenciji-UN-o-promeni-klime-u-Durbanu--1496-c46-content.htm, 6.12.2011.

90.684 Gg prema osnovnom, odnosno na 89.334 Gg prema drugom scenariju.[30] Izraženo u procentima, povećanje štetnih emisija iznosi 112,23%, odnosno 110,56%.[31] Prema ovim procenama, nivo emisija će nastaviti da raste i dalje, tako da bi prema osnovnom scenariju 2015. nivo emisija mogao iznositi 97.295 Gg (odnosno 90.224 Gg prema alternativnom scenariju), što je 120,41% u odnosu na baznu godinu (odnosno 111,6% prema alternativnom scenariju).[32]

Evidentno je da će Srbija, ukoliko želi da postane članica Unije, morati da se pre ili kasnije uključi u EU ETS. Pravila EU dozvoljavaju uključenje trećih zemalja u evropsko tržište dozvola za emisije, jer proširenje tržišta znači naravno i povećanje ukupne troškovne efikasnosti, odnosno efikasnije iskorišćenosti dobijenih dozvola. Prema tome, ne postoji pravna prepreka da se Srbija uključi u evropsko tržište emisijama do 2016. godine, kako je to najavljeno iz srpskog ministarstva.

O količini GHG koji će Srbija moći da emituje u budućnosti još uvek je rano govoriti. Prvo, još nisu usvojeni amandmani na Kjoto protokol kojima se ustanovljavaju limiti za period nakon 2012. godine. Takođe, nezahvalno je prognozirati do kad bi Srbija eventualno mogla postati članica Unije. Ono što je sigurno, to je da će Srbija pre ili kasnije morati da smanji nivo svojih emisija GHG.

Posledica ograničenja emisija GHG kroz sistem prenosivih dozvola biće smanjenje nivoa eksternalija – ekološkog troška kojeg sada umesto proizvođača snosi društvo. Do sada su proizvođači eksternalizovali – prelivali deo sopstvenih troškova, emitujući u atmosferu gasove kojima se umanjuje korist čitave društvene zajednice. Ograničenjem ukupnog nivoa emisija na nivo kapaciteta prirode, u potpunosti se internalizuju ekološki troškovi, tj. izjednačavaju se privatni i društveni troškovi proizvodnje. Ali, postavljanjem dozvoljene granice emisija iznad tog nivoa, biće internalizovan samo deo ovih troškova, dok će preostali deo i dalje snositi zajednica (cena razvijenosti).

Ograničenje emisija dakle ima efekat na distribuciju blagostanja između proizvođača i društvene zajednice. Zdrava životna sredina više nije besplatni resurs koga proizvođači mogu neograničeno da koriste, već će im posedovanje dozvola za emitovanje predstavljati dodatni trošak proiz-

[30] „Prvi izveštaj Republike Srbije prema Okvirnoj konvenciji Ujedinjenih nacija o promeni klime“, Usvojen na sednici Vlade Republike Srbije 10. novembra 2010. godine, Ministarstvo zaštite životne sredine, rudarstva i prostornog planiranja, zvanični internet-sajt: http://www.ekoplan.gov.rs/src/upload-centar/dokumenti/zakoni-i-nacrti-zakona/propisi/inc_ceo_tekst_konacna_zakonodavstvo_12_11.pdf. 10. jul 2012. godine, str 92.

[31] Ibid., str. 93.

[32] Ibid., str. 93.

vodnje. Ovo važi čak i kod onih emitera koji su dozvolu za emitovanje dobili bez plaćanja naknade, s obzirom da su sve dozvole prenosive, pa njihovo držanje stvara oportunitetni trošak.

Efikasnost raspodele prava na zagađivanje

Drugo pitanje koje se postavlja je na koji način alocirati dozvole za emisiju GHG, odnosno koji će emiteri dobiti pravo na zagađivanje, tj. na emisiju određene količine GHG. Kod EU ETS, početnu alokaciju dozvola vrše države koje su uključene u sistem, s tim da se one tom prilikom moraju držati propisanih ograničenja. Države vrše početnu alokaciju dozvola u skladu sa sopstvenim Nacionalnim planom raspodele, koji prethodno podnose na odobrenje Evropskoj komisiji.[33] Ukupna količina raspodeljenih dozvola za emisije mora biti u skladu sa kvotom koju je ta država dobila.[34] Najčešće se sve dozvole prvo podele prema sektorima (energetika, industrija, poljoprivreda, otpad), a tek onda se vrši raspodela pojedinačnim emiterima.

Države najčešće koriste tri metoda raspodele dozvola za emitovanje štetnih supstanci. Prvi je **metod besplatne raspodele dozvola**.[35] Prema ovom metodu, dozvole za emitovanje raspodeljuju se postojećim emiterima prema udelu u ukupnoj količini emisija u prethodnom periodu, bez plaćanja novčane naknade. Ovim se ne stvaraju poremećaji u postojećim produkcionim odnosima među proizvođačima jer svi „nasleđuju“ svoje udele u emisijama GHG u prethodnom periodu. Postoje izvesni transakcioni troškovi ovog modela u odnosu na metod aukcije, koji se odnose na trošak prikupljanja informacija o količini emisija svakog proizvođača u prethodnom periodu.[36] Prema pravilima EU, besplatno može biti podeljeno najviše 95% dozvola u prvom trogodišnjem periodu, a u drugom petogodišnjem najviše 90%.[37]

Metodom aukcije država prodaje dozvole emiterima koji su najviše spremni da plate, čime ona praktično prisvaja deo rente na ime zagađivanja. Iako su transakcioni troškovi dosta niži u odnosu na prethodni metod, njime se stvaraju poremećaji u odnosima među proizvođačima. Oni su sad prinuđeni da direktno plate za resurs koji su do sad besplatno kori-

---

[33] Uredba br. 2003/87/EC, član 9

[34] Uredba br. 2003/87/EC, aneks 3

[35] Tzv. "*grandfathering"* metod. Naziva se još i metod zaštite postojećih prava.

[36] Tietenberg, T. 2002. *The Tradable Permits Approach to Protecting the Commons: What have we Lerned?* The Fondazione Eni Enrico Mattei Note di Lavoro, pp. 8. Harrison, D. Jr., Radov, D. B. 2002. *Evaluation of Alternative Initial Allocation Mechanisms in a Eurpean Union Greenhouse Gas Emissions Allowance Trading Schemes*, National Economic Research Associates, pp. 44.

[37] Uredba br. 2003/87/EC, član 10.

stili, što kod njih nailazi na otpor. Zbog toga se sugeriše da se ovaj metod ređe koristi u prvim periodima alokacije, dok se proizvođači prilagode novom sistemu.[38]

Treći metod, koji se najčešće koristi kao dopuna prvom je **benčmarking**[39], kada se dozvole besplatno dele novim proizvođačima koji tek ulaze na tržište. Na osnovu tehnologije kojom preduzeće raspolaže i nameravanim nivoom proizvodnje, vrši se procena potencijalne količine emisija na osnovu koje se tom proizvođaču dodeljuje određena količina dozvola za emitovanje. Mana ovog metoda jeste nepouzdanost i visoki troškovi pribavljanja informacija, zbog čega je njegova praktična primena vrlo ograničena, pre svega na nova preduzeća u grani.[40]

U zavisnosti od izbora metoda početne alokacije dozvola za emitovanje GHG, zavisiće i distribucija blagostanja između proizvođača i države. Besplatna raspodela dozvola predstavlja početnu alokaciju prava na zagađivanje postojećim zagađivačima, dok se aukcijom pravo na zagađivanje prenosi (realocira) sa zajednice (države) na proizvođača (emitera), uz plaćanje naknade. Ostavljanje dela dozvola da se besplatno raspodele benčmarkingom stavlja nove proizvođače u istu ravan sa starim, jer će dobiti priliku da pod jednakim uslovima steknu dozvolu za emitovanje, dok bi u suprotnom bili prinuđeni da dozvole kupuju na tržištu od onih proizvođača kojima su one već (besplatno) dodeljene.

Promet dozvola radi postizanja efikasne realokacije

Ekonomska analiza prava polazi od pretpostavke da je cilj pravnih normi da obezbedi efikasnu alokaciju resursa.[41] Prema Kouzovoj teoremi,

---

[38] Harrison, Radov, pp 44.

[39] Od engleske reči *benchmark.* „U Oksvordskom rečniku iz 1987. godine se nalazi reč pod nazivom *benchmarking*, već samo *benchmark* kao jedna reč u značenju: geometarski znak koji pokazuje tačku na nekoj liniji nivoa, standard ili referentna tačka... Vebsterov rečnik je do nedavno odrednicu *benchmark* isto definisao informativno kao geometarski znak, prethodno determinisanu poziciju , referentnu tačku ili standard kojim se ponekad može meriti ili suditi. Novija izdanja rečnika sinonima povezuju *benchmark* sa rečima i frazama kao što su standard za poređenje, reper, referentni okvir, model. Ovako shvaćen, pojam *benchmark* je osnova za sagledavanje porekla izraza *benchmarking,* a posebno kao moćnog alata kojim se identifikuju standardi za ocenu uspešnosti poslovanje.“ Đuričin, D.N., Janošević, S.V., Kaličanin, Đ.M. 2009. *Menadžment i strategija*, Ekonomski fakultet u Beogradu, Beograd, str. 296-297.

[40] Buchner, B., Carraro, C., Ellerman, D.A. 2006. *The Allocation of European Union Allowances. Lessons, Unifying Themes and General Principles*, MIT Joint Program on the Science and Policy of Global Change, Report No.140, pp. 12.

[41] Jovanović, A. 2008. *Teorijske osnove ekonomske analize prava,* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

bilo koja početna alokacija resursa vodiće neefikasnom rezultatu.[42] To se pre svega odnosi na alokaciju dozvola metodom besplatne raspodele i benčmarkingom, ali čak i metod alokacije aukcijom može sa protekom vremena za rezultat imati neefikasnost.

Efikasna upotreba resursa u smislu Pareta biće postignuta tek na savršenom tržištu, kroz međusobnu razmenu prava zainteresovanih subjekata. Međutim, nema savršenog tržišta ukoliko postoje eksternalije. Zbog toga je neophodno da se država umeša u rešavanje problema. Sistem prenosivih dozvola za emisije predstavlja najbolji institucionalni okvir kojim se postiže efikasna realokacija „prava na zagađivanje" (naravno u okviru određene kvote), upravo zato što omogućava slobodnu razmenu, uz niske troškove transakcije.

Broj dozvola za emitovanje GHG sada postaje ograničeni resurs. Jednom izvršena raspodela dozvola ne mora biti i konačna. Zagađivači čiji je trošak prelaska na korišćenje čiste tehnologije nizak, imaće viši oportunitetni trošak korišćenja dozvola za emitovanje. Zbog toga će im se više isplatiti da promene tehnologiju, a na tržištu će se javiti kao prodavci dozvola. Na drugoj strani, zagađivači kojima je trošak prelaska na čistiju tehnologiju visok, suočiće se sa izborom - ili da kupe dozvole, ili da obustave (smanje) proizvodnju.[43]

Uvođenjem sistema dozvola za emitovanje GHG smanjuje se i statička proizvodna neefikasnost (H-neefikasnost). To je slučaj kada preduzeća proizvode po višim troškovima proizvodnje nego što im dostupna tehnologija omogućava. Takođe, sistem trgovine dozvolama smanjiće i dinamičku proizvodnu neefikasnost, što je slučaj kada proizvođači nemaju dovoljno podsticaja da investiraju u istraživanje i razvoj, kako bi se smanjili ukupni troškovi proizvodnje. Naravno, radi se o ekološkim eksternalijama, odnosno većoj količini štetnih emisija za koje proizvođač ne plaća cenu, ali predstavljaju društveni trošak. Konkurencija, koju će sistem trgovine dozvolama uspostaviti, dovešće dakle do smanjivanja proizvodne neefikasnosti, jer proizvođači više neće moći da emituju GHG a da za to ne plate cenu.

---

[42] Kouzova teorema je dobila naziv prema svom tvorcu Ronaldu Kouzu *(Ronald Coase),* a bavi se uračunavanjem troškova eksternalija (uzgrednih troškova proizvodnje) u ukupne troškove. Prema Kouzovoj teoremi, najefikasnije rešenje za naknadu ovih troškova biće postignuto u pregovorima zainteresovanih strana bez obzira na početnu alokaciju prava, pod uslovom da su vlasnička prava unapred jasno definisana i da su troškovi transakcije zanemarivi (jednaki nuli). Coase, Ronald „The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics,* No.3/1960, pp. 1-44.

[43] Mankiw, G.N., Taylor, M.P. 2008. *Ekonomija* (prevod Biljana Lalović), Data Status, Beograd, str. 200.

Dok preduzeća na tržištu mogu slobodno razmenjivati pravo na emisije, rezultat će biti efikasan. Cena dozvola za emitovanje GHG biće uspostavljena na tržištu, u sudaru sila ponude i tražnje. Krajnja realokacija dozvola biće kod onih emitera čiji su troškovi prelaska na čistiju tehnologiju najviši.

Uključenjem što većeg broja emitera u trgovinu dozvolama, povećava se međusobna konkurencija. Zbog toga je EU ETS bolje rešenje od rascepkanosti pojedinih nacionalnih tržišta. Srpski emiteri bi u tom slučaju imali mogućnost da procene da li im je isplativije prodati dozvolu ili nastaviti proizvodnju.

Naravno, i dalje će postojati neefikasnost jer ograničenje ukupne količine emitovanih supstanci prelazi prirodni kapacitet, pa trošak koji snosi društvo u vidu ekoloških eksternalija i dalje postoji. Što međunarodna zajednica bude snižavala prag tolerancije za emisiju GHG i približavala ga nivou kapaciteta prirode, to će rešenje biti efikasnije u smislu Pareta.

Zaključak

S obzirom da zdrava životna sredina predstavlja zajednički resurs, privatnim subjektima nije lako da spreče pojedince da ga besplatno koriste, emitujući GHG kao vid ekoloških eksternalija. Šteta koju tako trpi čitavo društvo se manifestuje kao globalno zagrevanje. Zbog toga u teoriji postoji saglasnost da je opravdana državna intervencija u cilju postizanja optimalnog korišćenja prirodnih resusrsa.

Stvaranje tržišta prenosivih dozvola za emisije GHG predstavlja jedan od ekonomskih instrumenata kojima države intervenišu kako bi se ekološka situacija popravila. Međutim, da bi se uspostavio sistem kojim se postiže optimalan rezultat, neophodno je u međunarodnoj zajednici prvo doći do konsenzusa o maksimalnoj količini GHG koju priroda može prihvatiti na globalnom nivou. Nažalost, postignuta je tek delimična saglasnost o smanjenju emisija u državama koje su najveći zagađivači, i to sa izuzetkom SAD i Kanade. Rezultat toga je da će trošak degradacije životne sredine biti tek delimično internalizovan. Okretanjem glave od problema koji je akutan, nastaviće se degradacija životne sredine (samo sada nešto smanjenim tempom). Ipak, moguće je da će neke države uspeti da vreme do postizanja dogovora iskoriste za postizanje svog ekonomskog razvoja emitujući velike količine GHG, dok će se posledice kasnije otklanjati naporima čitave međunarodne zajednice.

Stvaranje tržišta prenosivih dozvola za emisiju GHG i njegova integracija u EU ETS predstavlja samo jedan u nizu zadataka koji čeka Srbiju kao kandidata za članstvo u EU. Samo ograničenje nivoa emisija GHG

stvoriće srpskim proizvođačima velike troškove koje su do sad uspevali da eksternalizuju – preliju na druge.

Izbor metoda početne raspodele dozvola utiče na distribuciju blagostanja između proizvođača i države. Dok metod besplatne podele akcija najviše odgovara postojećim emiterima jer bez plaćanja naknade zadržavaju pravo na emitovanje (koje kasnije mogu otuđiti – prodati), metodom aukcije je pravo na zagađivanje prebačeno na zajednicu, koja to svoje pravo prodaje emiterima. Benčmarking odgovara novim proizvođačima, koji dobijaju pravo da pod jednakim uslovima kao i stari emiteri steknu besplatno pravo na emitovanje GHG. Ipak, izbor metoda početne raspodele dozvola emiterima neće imati uticaja na efikasnost. S obzirom da su dozvole prenosive, krajnji rezultat će uvek biti efikasan.

Uvođenjem sistema prenosivih dozvola za emisiju GHG zdrava životna sredina više neće biti resurs koji se može neograničeno i besplatno koristiti. Posedovanje i korišćenje dozvole sada će imati svoj oportunitetni trošak. Proizvođači koji imaju nizak trošak prelaska na čistiju tehnologiju biće podstaknuti da izvrše promenu, a svoje dozvole za emitovanje prodaju na tržištu. Time bi se uspostavio mehanizam kojim će se kroz slobodnu razmenu postići efikasna realokacija prava na zagađivanje (naravno u okviru dozvoljene kvote), i to na one proizvođače koji te dozvole najviše vrednuju.

Luka Baturan, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Creation of a Market of Transferable Permits for the Purpose of the Reduction of Greenhouse Gases in the Republic of Serbia

Abstract

During production and consumption of goods, economic entities emit gases into the atmosphere that create a greenhouse effect, which is harmful to the environment. The result is inefficiency, and for its elimination state intervention is a necessity. One of the ways in which a country can achieve the reduction of Greenhouse gasses emissions is through the introduction of a system of transferable permits. A disadvantage of this system is the difficulty to determine the optimal level at which the limit is set for the total amount of allowable emissions. However, within a level that is determined, it is possible to achieve efficient allocation of rights to pollute.

Key words: Permits for pollution, transfer of permits, greenhouse gasses, pollution, environment

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Pregledni članak 347.763
doi:10.5937/zrpfns46-2700

Jelena Nikčević Grdinić, vanredni profesor
Fakulteta za pomorstvo u Kotoru

NEKI PRAVNI ASPEKTI UGOVORA O PREVOZU PUTNIKA DRUMOM

Sažetak: *Ugovor o prevozu putnika drumom je nezaobilazan pravni odnos u koji stupa većina lica u svakodnevnom životu. Stoga dolazi do porasta društvenog i ekonomskog značaja ovog ugovora, kao i potrebe za ukazivanjem na neke njegove osnovne pravne aspekte. Drumski putnički prevoz implicira niz problema o kojima pravo mora voditi računa. Ovo prvenstveno što je realnost u kojoj živimo bazirana ne samo na razmjeni materijalnih dobara, već i na razmjeni ideja i ljudi, a to sve ugovoru o prevozu putnika drumom permanentno daje jedan nov kvalitet. U radu se razmatraju neki aspekti ugovora o prevozu putnika u drumskom saobraćaju, ukazujući pri tom na rešenja koja postoje u novom Zakonu o ugovorima o prevozu u drumskom saobraćaju RCG iz 2009. godine.*

Ključne reči: *ugovor o prevozu putnika drumom, putnik i prevoznik.*

Uvodna razmatranja

Saobraćajno pravo od velike je važnosti za svaku državu. Od kvalitetnog, modernog i usklađenog saobraćajnog zakonodavstva zavisi povjerenje stranaka, koje su tržišno vezane za saobraćajne aktivnosti. Značajan dio saobraćajnih aktivnosti su poslovi odnosno ugovori u saobraćaju, koji predstavljaju pravnu nadgradnju nad razvijenim saobraćajem, i od posebnog su značaja za njegovo funkcionsanje.

U Crnoj Gori u dijelu ugovornih odnosa u prevozu postoji posebna zakonska regulativa, kojom su isti regulisani uvažavajući pri tom poseb-

nosti pojedinih vrsta prevoza, i na taj način čineći cjlovit sistem saobraćajnih normi odnosno propisa. U dijelu ugovornih odnosa u kopnenom prevozu (drumskom i željezničkkom) primjenjuje se nova zakonska regulativa, koja se nametnula kao neminovnost obzirom da je došlo do krupnih političko-ekonomskih promjena oličenih u obnavljanju nezavisnosti Crne Gore i donošenju Ustava Crne Gore, dok u vazdušnom i pomorskom prevozu, i dalje se primjenjuju zakoni koji su donijeti na nivou bivše zajedničke države.[1]

U drumskom saobraćaju Crna Gora je 2008.godine donijela Zakon o ugovorima o prevozu u drumskom saobraćaju,[2] koji je stupio na snagu 2009.godine.[3] ZUPDS je usklađen sa Konvencijom o ugovoru o međunarodnom prevozu putnika i prtljaga drumom (CVR) koja je donijeta 1.marta 1973.godine[4] i Konvencijom o ugovoru o međunarodnom prevozu robe drumom (CMR) koja je donijeta 19. maja 1956.godine[5]. ZUPDS sa određenim novinama u odnosu na dosadašnje pravno regulisanje, reguliše materiju prevoza putnika i tereta u drumskom saobraćaju. Ono što je osnovna novina u ZUPDS je da standard usluga ove vrste prati trendove i pre-

---

[1] Zakon o obligacionim odnosima i osnovama svojinsko-pravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju i Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi iz 1998.godine, „Sl.list. RCG“ br.12/98. Crna Gora je donijela Predlog Zakona o obligacionim odnosima i osnovama svojinsko-pravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju 2010.godine, čije se stupanje na snagu očekuje uskoro.

[2] „Sl.list RCG“, br.53/09. U daljem tekstu će se koristiti skraćenica ZUPDS. Stupanjem na snagu ovog Zakona, stari Zakon SRJ iz 1995.godine ("Službeni list SRJ", br. 26/95) prestao je da važi.

[3] U željezničkom saobraćaju primjenje se Zakon o ugovornim odnosima u željezničkom saobraćaju iz 2010. „Sl.list RCG“, br.41/10

[4] CVR-Convention on the Contract for the International Carriage of Passengers and Luggage by Road nije stupila na snagu idućih dvadesetak godina. Shodno članu 25. Konvencije pet ratifikacija je bilo potrebno za njeno stupanje na snagu. CVR konvenciju su najprije ratifikovale samo četiri zemlje, i to: Luksemburg, DR Njemačka, Čehoslovačka i bivša Jugoslavija. Međutim, raspadom nekih država koje su stranke CVR konvencije na više nezavisnih drržava početkom devedesetih godina i njihovo pristupanje Konvenciji dovelo je do stupanja na snagu CVR 12. aprila 1994. Stranke CVR konvenciju su: Bosna i Hercegovina, Hrvatska, Češka, Latvia, Crna Gora, Srbija, Slovačka i Ukrajina, Njemačka i Luksemburg su potpisnice. Crna Gora je pristupila CVR 23.10.2003.godine. Podaci o statusu CVR konvencije dostupni na adresi:

http://live.unece.org/trans/conventn/legalinst_28_OLIRT_CVR.html.

[5] CMR-Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road je stupila na snagu 2.jula 1961.godine. Crna Gora je pristupila konvencije 23.oktobar 2006.godine. Spisak zemalja koje su pristupile konvenciji dostupan na adresi: http://www.unece.org/trans/conventn/legalinst.html. CMR konvencija je imala samo jednu izmjenu i dopunu u vidu Protokola Konvenciji o ugovoru o međunarodnom prijevozu robe cestom (CMR) donešenog 1978. godine., kojim je dotadašnja mjerna jedinica Germinal franak zamijenjena posebnim pravom vučenja (SDR).

poruke Evropske unije. Mnogo veći značaj dobija vozna karta koja predstavlja dokaz o zaključenom ugovoru između prevoznika i putnika i na osnovu koje putnik ima mnogo više prava, a prevoznik više obaveza, u odnosu na dosadašnja pravna rešenja. Posebna novina postoji u dijelu koji se tiče iznosa odgovornosti prevoznika za štetu, nastalu zbog smrti, tjelesnih povreda ili oštećenja zdravlja putnika, i koja je prouzrokaovana udesima ili nezgodama u toku prevoza.

Pored postojanja ZUPDS, Zakon o obligacionim odnosima i dalje reguliše ugovore o prevozu, na jedan opšti način i predviđena je njegova supsidijarna primjena.[6] Međutim, praktično značenje ZOO za uređenje prevoza zanemarljivo je, obzirom da njegove odredbe, i prije i sada derogiraju posebni zakoni koji, kako je već navedeno, postoje u svim granama transpota (lex specialis derogat legi generali).

Interesantno je spomenuti da je u Hrvatkoj mjerodavno pravo za sporove iz ugovora o prevozu drumom upravo Zakon o obligacionim odnosima kao lex generalis koji je Hrvatska donijela 2005.godine.[7] U Hrvatskoj je Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o prevozu u cestovnom prometu iz 2002.godine,[8] ukinuo sve odredbe Zakona o prijevozu u cestovnom prometu iz 1998. godine,[9] koje su uređivale ugovor o prevozu robe, putnika i prtljaga cestom. Može se reći, da takvo rešenje, predstavlja presedan par excellance u modernom komparativnom transportnom pravu.[10]

1. Pojam i osnovne karakteristike

S pravnog gledišta, ugovor o prevozu putnika pojmovno je isti, kao i ugovor o prevozu stvari, samo što je objekt ugovora različit. Kod ugovora o prevozu putnika to je fizičko lice, dok kod ugovora o prevozu stvari (robe) to je stvar (roba).[11] Ipak, prevoz lica, pravno ni izdaleka nije komlikovan kao prevoz robe, što proizilazi iz okolnosti što osoba sama ulazi i izlazi iz vozila, i sama se stara o svom tjelesnom integritetu za vrijeme

---

[6] „Sl.list RCG“, br.47/08 Zakon o obligacionim odnosima materiju prevoza reguliše u Glavi XIX od čl.740.do čl.777. Zakon sadrži pored opštih odredbi i posebne odredbe kojima se regulišu ugovor o prevozu stvari i ugovor o prevozu lica.

[7] "Narodne novine"RH,br. *35*/2005 i 41/2008

[8] „Narodne novine“RH, br.83/2002 (čl.36)

[9] „Narodne novine“RH, br.36/98 (čl.93-172)

[10] Više o tome: N.Radinov Radenković, Zašto Hrvatska (više) nema propis o ugovoru o prijevozu cestom? Hrvatska pravna revija, 2006.

[11] Pojam „stvari“ podrazumijeva izvršenje prevoza svih vrsta pokretnih i nepokretnih stvari, izuzev prenosa energije i prevoza zabranjenih stvari, u tom smislu radi se o širem pojmu od pojma „robe“, pod kojim se podrazumijevaju tjelesne, po pravilu, pokretne stvari. Vidi: M. Trifković, Prava i obaveze stranaka iz ugovora o prevozu robe drugom, Beograd, 1970,str.12

boravka u vozilu. Pod pojmom ugovora o prevozu putnika podrazumijeva se takav ugovor kojim se jedna strana obavezuje drugoj da će prevesti jedno ili više određenih lica, a druga strana-naručilac prevoza obavezuje se da će za to platiti prevozninu. Ovakvo određen opšti pojam ugovora o prevozu putnika konkretizuje se odredbama pojedinih zakona, pa tako prema članu 5. ZUPDS, pod pojmom ugovora o prevozu putnika podrazumijeva se takav ugovor kojim se prevoznik obavezuje da putnika preveze do mjesta odredišta, a putnik se obavezuje da prevozniku plati naknadu za prevoz.

Imajući u vidu da je ugovor o prevozu putnika u drumskom saobraćaju dvostrani pravni posao kod koga se jedna strana prevoznik obavezuje na izvrešenje prevoza određenog lica, dok se druga strana putnik obavezuje na plaćanje naknade za prevoz, možemo utvrditi da su bitni elementi ovog ugovora: subjekt prevoza, prevozni put i naplativost prevoza. S ekonomskog gledišta, cilj ugovora o prevozu putnika drumom je izvršenje preuzetog posla, odnosno ostvarenje određenog djela, pa je i ugovor o prevozu putnika u drumskom saobraćaju, po svojoj pravnoj prirodi ugovor o djelu – locatio conductio operis. Ipak, ovaj ugovor je specifičan pravni posao, zbog svog specifikuma tj. prevoza ljudi.

Drumski prevoz ima dva osnovna oblika odnosno načina vršenja prevoza za koja su vezana i dva tipa ugovora. Naime, postoji linijski prevoz, koji se, kao i u drugim granama prevoza, karakteriše održavanjem stalne linije od strane prevoznika na određenim relacijama. Ovakva vrsta prevoza karakteristična je za prevoz putnika drumom. Drugi vid odnosno način prevoza, jeste ugovaranje prevoza od slučaja do slučaja što se označava kao slobodan prevoz. Ta vrsta prevoza u drumskom saobraćaju karakteristična je za prevoz robe, ali postoji i obavlja se i kod prevoza putnika kod tzv. turističkih prevoza. Rešenja usvojena u ZUPDS detaljnija su i više specifična, kada se radi o linijskom prevozu, tako da se može reći da ZUPDS uglavnom uređuje tu vrstu prevoza. Međutim, u odnosu na slobodni prevoz, prevoznik je takođe obavezan da poštuje prvenstveno imperativne pravne norme ZUPDS, koje se u prvom redu odnose na odgovornost prevoznika, dok u ostalom dijelu odnosa među ugovornim stranama, u principu postoji sloboda ugovaranja.

Linijski prevozi obavljaju se kao što smo već navelii, po utvrđenom redu vožnje i na osnovu opštih uslova prevoza i tarifa prevoznika, koje se unaprijed objavljuju, pa putnik od zaključenja ugovora sa prevoznikom pristupa tim tarifama, što ovaj ugovora po njegovoj pravnoj prirodi uvršćuje u tzv. adhezione ugovore ili ugovore po pristupu. Naime, prevoznik sa svojim opštim uslovima prevoza nalazi u stanju otvorene odnosno generalne

ponude, te se ugovor zaključuje pristupom druge ugovorne strane.[12] S tim u vezi možemo konstativati, da i u ovom domenu, postoje sve one implikacije koje proizilaze iz faktičke ekonomske neravnopravnosti ugovornih stranaka, a koje, kao i u drugim oblastima, treba rešavati u skladu sa onim načelima pravnog poretka, čiji je osnovni cilj zaštita ekonomski slabije ugovorne stranke, od, po nju štetnih adhezionih ugovora.

2. Ugovorne strane

Osnovne stranke iz ugovora o prevozu putnika u drumskom prevozu su prevoznik i lice prema kome se prevoznik obavezuje na izvršenje konkretnog prevoza, prema predviđenim pravilima saglasno Zakonu i opštim uslovima prevoznika, a koje se, prema zakonskoj terminologiji naziva putnik. ZUPDS definiše putnika kao lice, koje na osnovu ugovora ima pravo na prevoz, nezavisno od toga da li je ugovor zaključio sam ili preko svog zastupnika. Tako da se može zaključiti da njegov status, prvenstveno opredeljuje njegova želja da postane stranka iz ugovora o prevozu, i njegova spremnost da plati naknadu za prevoz i da se ponaša prema utvrđenom redu vožnje. Danas se često pojavljuju i pravna lica (turističke agencije ili neke druge organizacije) koja zaključuju ugovor o prevozu sa prevoznikom kojim se ugovara prevoz određenog broja lica koje mu pošalje naručilac. Pojedine turističke agencije zaključuju ugovor o prevozu sa određenim prevoznikom, s tim da će prevoznik prevesti ugovoreni broj lica koje mu prezentira agencija. Prema odredbama ZUPDS shodno članu 6 ukoliko je ugovor zaključen između prevoznika i naručioca prevoza prevoznik se obavezuje da, pod uslovima utvrđenim ugovorom i opštim uslovima poslovanja prevoznika, preveze putnika koga odredi naručilac prevoza do mjesta odredišta.

Što se tiče prevoznika kao ugovorne stranke u Zakonu o drumskom saobraćaju iz 2005. godine[13] se utvrđuje ko može obavljati djelatnost javnog prevoza putnika i tereta u drumskom saobraćaju, kao i uslove i način obavljanja te djelatnosti. U članu 6 Zakona ističe se da je javni prevoz putnika ili tereta prevoz koji je pod jednakim uslovima dostupan svim korisnicima. Djelatnost javnog prevoza putnika i tereta u drumskom saobraćaju, mogu obavljati domaća pravna ili fizička lica koja su registrovana za obavljanje djelatnosti javnog prevoza putnika ili tereta i imaju licencu za javni prevoz putnika ili tereta. Iz ove zakonske odredbe jasno je da je predviđen nezaobilazni uslov na osnovu kojeg je moguće obavljati djelat-

[12] M.Vasiljević, Trgovinsko pravo, Beograd,1995. str.639.
[13] „Sl.list RCG“,br. 45/05.

nost drumskog prevozioca, to je obaveza licenciranja lica koja se namjeravaju baviti djelatnošću prevoza u drumskom saobraćaju. Isti Zakon u članu 13 predviđa i uslove koje je potrebno ispuniti da bi se dobila licenca za javni prevoz putnika u drumskom saobraćaju.[14]

3. Zaključenje ugovora

U teoriji i praksi uglavnom je prihvaćeno stanovište da se ovaj ugovor može zaključiti bilo pismeno, usmeno ili konkludentnim radnjama. Tako da ugovor o prevozu putnika predstavlja konsensualan, neformalan ugovor, obzirom da se može zaključiti prostom saglsnošću volja stanaka. Saglasnost stranaka najčešće se konstatuje jednim prevoznim dokumentom tj. voznom kartom, što je ujedno i dokaz o zaključenom ugovoru. Međutim, moramo imati u vidu da do konsenzusa među ugovornim strankama ne dolazi na uobičajen način, tj. pregovaranjem o uslovima prevoza o cijeni prevoznih usluga, već najčešće prihvatanjem opštih uslova prevoza od strane putnika. Tako se ugovor o drumskom prevozu putnika zaključuje na način što prevoznik objavi opšte uslove pod kojima vrši prevoz, u kojima je utvrđen vozni red, tarifa prevoza, visina naknade za usluge koje se čine putnicima i dr. Opšti uslovi prevoza predstavljaju generalnu ponudu prevoznika na koju putnik pristaje kupovinom vozne karte ili ulaskom u vozilo. Ugovor je zaključen kada putnik ili naručilac prevoza prihvati opšte uslove prevoznika. Iz navedenog je jasno da putnik u ovom slučaju i ne pregovara sa javnim prevoznikom oko uslova ugovora. Ipak, situacija je nešto drugčija kada je u pitanju slobodni prevoz putnika u drumskom saobraćaju, tada prevoznik i naručilac prevoza zaključuju ugovor na način što uslove ugovora utvrđuju svojim sporazumom, gđe u velikoj mjeri dolazi do izražaja dispozitivnost stranaka.

ZUPDS shodno članu 10 stav 1 predviđa da je prevozinik u linijskom prevozu dužan da putniku izda voznu kartu, ali nastanak ugovora ne uslovljava izdavanjem ovog dokumenta. U istom članu 10 stav 7

[14] Pravno ili fizičko lice može dobiti licencu za javni prevoz putnika ili tereta u drumskom saobraćaju ako ispunjava sljedeće uslove: ima dobar ugled; ima finansijsku sposobnost; ima zaposleno lice odgovorno za prevoz koje je stručno osposobljeno, odnosno da je stručno osposobljeno; ima vozila u vlasništvu;ima u vlasništvu ili zakupu odgovarajući prostor za parkiranje svih vozila kojima obavlja prevoz; ima u vlasništvu prostor, uređaje, opremu i zaposlene radnike mašinske ili saobraćajne struke za održavanje vozila i za obavljanje dnevnih preventivnih tehnički pregleda, odnosno da obavljanje tih poslova putem ugovora povjeri ovlašćenom licu koje je dužno potvrditi tehničku ispravnost na putnom nalogu vozila i voditi evidenciju o ovim pregledima; ima zaključen ugovor o obaveznom osiguranju putnika od posledica nesrećnog slučaja za svako vozilo kojim obavlja prevoz.

ZUPDS ističe se da ako je ugovor o prevozu zaključen s naručiocem prevoza, prevoznik, po pravilu, ne izdaje voznu kartu. Neizdavanje vozne karte, praktikuje se u slobodnom prevozu putnika, čime se ukidaju nepotrebne procedure oko čekanja i izdavanja vozne karte putnicima i olakšava ovaj vid prevoza. Nepostojanje ili nepunovažnost vozne karte ne utiču na postojanje i punovažnost ugovora o prevozu. Naime, ZPUDS u istom članu stav 6 ističe da ako putnik nema kod sebe voznu kartu, ako je nepravilna ili izgubljena, to ne utiče na postojanje ili važnost ugovora o prevozu. Iz ove odredbe proizilazi zaključak da ako je putnik izgubio kartu, ugovor važi, ako je prevoznik dozvolio putniku da uđe u prevozno sredstvo, jer je obaveza bila na strani prevoznika da provjeri da putnik prilikom ulaska u prevozno sredstvo kod sebe ima validnu kartu. U tom slučaju, prevoznik se ne može u pravnom postupku pozivati na to da neko nije imao tu kartu ili je tu kartu izgubio, jer to što je putnik izgubio kartu ne znači da je izgubio prava koja su pripadala na osnovu zaključenog ugovora, što može dokazivati svim dozvoljenim dokaznim sredstvima.

ZUPDS ne precizira sadržaj vozne karte, mada ona u praksi sadrži određene podatke iz kojih se jasno može razumjeti sadržaj i trajanje ugovora o prevozu.Vozna karta obično sadrži sledeće podatke: mjesto i datum izdavanja, mjesto polaska i odredišta, cijena prevoza, ime i sjedište prevozioca. ZUPDS u članu 10 stav 3 precizira da je vozna karta dokaz da je zaključen ugovor o prevozu putnika, ali da se postojanje ugovora može dokazivati i na drugi način. Izdata vozna karta ima i funkciju legitimacionog papira kojim se putnik legitimiše pred prevoziocem kao lice koje ima pravo na prevoz, budući da ima zaključen ugovor o prevozu.

Prema članu 10 stav 2, 4 i 5 ZUPDS vozna karta može biti pojedinačna ili grupna, što formalno zavisi od ugovora stranaka, i po pravilu glasi na donosioaca, a može glasiti i na ime. Ukoliko vozna karta glasi na glasi na ime, pedviđeno je da se ne može prenijeti na drugo lice, bez saglasnosti prevoznika. U praksi, prevoznik izdaje voznu kartu na ime, kada je prema putniku preiuzeo i neku drugu obavezu, a ne samo obavezu prevoza.

4. Obaveze stranaka

Kod ugovora o prevozu putnka stvaraju se uzajamne obaveze za obje ugovorne strane kako za prevoznika, tako i za putnika. Sve obaveze prevoznika su vezane sa zahtjevom da se putniku obezbijedi potpuna i kvalitetna prevozna usluga.

Osnovna obaveza prevoznika je da putnika preveze uredno i na vrijeme do odredišta. Pri tom se pod urednim prevozom podrazumijeva pre-

voz drumskim prevoznim sredstvom po unaprijed objavljenom redu vožnje, pod uslovima u pogledu udobnosti i higijene koji su, obzirom na vrstu prevoza, vozila i dužinu putovanja, propisani opštim uslovima prevoza putnika.[15] Prevoz putnika na vrijeme ili blagovremeni prevoz podrazumijeva prevoz koji se obavlja u skladu sa objavljenim redom vožnje, tj. drumski prevoznik je obavezan da se drži voznog reda.

Tokom prevoza, prema odredbama člana 7 stav 1 ZUPDS obaveza prevoznika je da se prema putniku ponaša pristojno i sa uvažavanjem i da putnika preveze prema objavljenom redu vožnje, pod uslovima u pogledu udobnosti i higijene koji su, propisani opštim uslovima prevoza. Takođe, dužnost prevoznika je, da putniku obezbijedi mjesto u vozilu ukoliko je ono označeno na voznoj karti, kao i da izvrši prevoz određenim vozilom, ukoliko je takav prevoz posebno ugovoren. Ako redovna prevozna sredstva prevoznika nisu dovoljna za izvršenje svih zahtjevanih prevoza, predviđeno je da prvenstvo imaju lica sa prtljagom za koje je to posebnim propisima predviđeno, a dalje prvenstvo se određuje prema redu zahtjeva, s tim da se između istovremenih zahtjeva prvenstvo određuje prema većoj dužini prevoza.

Iz ugovora i same prirode ovog odnosa proizilazi obaveza prevoznika da garantuje putniku sigurnost od početka do završetka prevoza. Jasno je da prevoznik treba putnika zdravog da preveze sa jednog mjesta na drugo tj.bez povrede tjelesnog integriteta i psihičkog stanja,[16] pa u slučaju neizvršenja svoje obaveze prevoznik odgovara za smrt i tjelesne povrede putnika.

Ukoliko se tokom prevoza kod putnika pojave znaci neke od zaraznih bolesti, prema članu 7 stav 4 ZUPDS, predviđena je obaveza prevoznika da putnika preveze do prvog mjesta u kome postoji mogućnost da mu se pruži potrebna zdravstvena pomoć.

Iako, postoji opšta obaveza prevoznika da prime sve putnike na prevoz, od ove obaveze postoje određeni izuzeci kada prevoznik može da odbije odnosno kako se u ZUPDS navodi da „uskrati pravo na prevoz". Naime, shodno odredbama člana 8.stav 1 i 2 prevoznik u dva slučaja ima ovlašćenje da uskrati prevoz putniku i to: kada je u pitanju lice za koje se može opravdano pretpostaviti da će onemogućiti prevoznika u izvršenju njegovih obaveza prema drugim putnicima (lica pod dejstvom alkohola, psiho-aktivnih supstanci, lica koja se nedolično ponašaju i sl), kao i kada putnik svojim ponašanjem uznemirava druge putnike, ili se ne pridržava

[15] M.Trajković, Saobraćajno pravo, Beograd, 1985.str.503.

[16] Rodiere, Droit des transport, Paris, 1977,str.744 – 745, Roblot, Droit commercial, Paris,1981.str.569.

propisa o javnom redu u toku putovanja. U ovom slučaju, uskraćivanje prevoza vrši se bez obaveze prevoznika da povrati naknadu za prevoz (prevozninu).

Pored obaveza prevoznika, i putnik ima svoje družnosti tokom prevoza. Osnovna obaveza putnika je da pribavi voznu kartu i plati prevozninu. Pored toga putnik je dužan da posjeduje i da čuva voznu kartu, koja je najsigurniji dokaz uslova ugovora o prevozu, obzirom da sadrži: prevozni put, početak i kraj prevoza itd. U toku putovanja putnik je dužan da se pridržava reda prevoza, mora se pristojno ponašati, ne smije ometati druge putnike, u suprotnom nedisciplinovani putnik može biti isključen iz daljeg prevoza, bez odgovornosti prevoznika.

Na putnika leži obaveza plaćanje naknade za izvršeni prevoz. On to čini plaćanjem određene sume novca koja predstavlja cijenu prevoza i naziva se prevoznina. Prevoznina se najčešće isplaćuje unaprijed prilikom izdavanja vozne karte u linijskom drumskom saobraćaju. U slobodnom drumskom saobraćaju, ona se može isplatiti bilo prije ili posle izvršenog prevoza. Prevoznina se iplaćuje prema tarifi prevoza prevoznika.

Moglo bi se reći, da je pravilo da jedanput plaćena prevoznina ne može da se vrati odnosno putnik snosi rizi, bez obzira na krivicu, izostanka sa putovanja. Ipak postoje odrđeni izuzeci, koji su predviđeni i u ZUPDS članom 11, kada plaćena prevoznina može da se vrati. U pitanju su dva slučaja, i to u slučaju odustanka od putovanja i kod prekida putovanja. Putnik ima pravo da odustane od ugovora o prevozu putnika prije nego što počne njegovo izvršenje. Pri tom prevoznik je dužan da vrati putniku naknadu za prevoz, ako putnik odustane od putovanja najkasnije dva sata u međunarodnom prevozu, a jedan sat u unutrašnjem prevozu, prije početka putovanja, u kom slučaju prevoznik vraća putniku naknadu za prevoz umanjenu za 10%, jer prevoznik može zadržati najviše 10% od iznsa prevoza. Takođe, zakonodavac posebno ističe da se ove odredbe ne mogu mijenjati ugovorom o prevozu na štetu putnika. Iz ove odredbe proizilazi da bi putnik imao pravo na povraćaj prevoznine, potrebno je da blagovremeno odustane od ugovora, jer u suprotnom prevoznik može zadržati cjelokupnu prevozninu, i da odustane prije početka putovanja. Drugi slučaj kada putnik odnosno naručilac prevoza ima pravo da odustane od ugovora je, shodno odredbama člana 13 ZUPDS, ako prevoz ne otpočne u vrijeme koje je određeno redom vožnje ili ugovorom, i tada ima pravo da zahtijeva povrćajaj prevoznine u punom iznosu, što je prevoznik dužan da uradi. Prema odredbama člana 14 ZUPDS predviđeno je da ukoliko je u toku prevoza došlo do prekida putovanja iz razloga za koji putnik nije odgovoran, putnik ima određena prava. Naime, putnik može

zahtijevati od prevoznika da ga prevoznik, svojim ili drugim pogodnim sredstvom preveze do mjesta odredišta ili može tražiti da ga prevoznik, u primjerenom roku vrati u polazno mjesto i da mu vrati cjelokupnu naknadu za prevoz. Takođe, putniku je data mogućnost da odustane od daljeg putovanja, pri tom ima pravo da od prevoznika zahtijevati povraćaj naknade za prevoz za neiskorišćeni dio puta u punom iznosu.

5. Odgovornost prevoznika

Posebno značajno pitanje iz ugovora o prevozu putnika je pitanje odgovornosti prevoznika za uredno izvršenje prevoza. Izvor obaveze prevoznika da naknadi štete zbog smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja putnika, koja je prouzrokovana saobraćajnom nezgodom predstavlja ugovor o prevozu putnika. U pitanju je ugovorna odgovornost prevoznika za povredu i smrt putnika koji nastanu tokom izvršenja prevoza, kao glavne obaveze iz ugovora o prevozu putnika. ZUPDS predviđa shodno odredbama člana 15 stav 1 i 2 da prevoznik i lice koje po njegovom nalogu radi na izvršenju prevoza odgovara za štetu nastalu zbog smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja putnika prouzrokovanu udesom ili saobraćajnom nezgodom u toku prevoza, kao i za štetu nastalu zbog zakašnjenja ili prekida putovanja. Dalje, se ističe da ogovornost drumskog prevoznika kod prevoza putnika, traje za vrijeme dok se putnik nalazio u vozilu, ali i za vrijeme dok je putnik ulazio ili izlazio iz vozila. Iz ove zakonske odredbe vidljivo je da prevoznik odgovara za vrijeme fizičkog kretanja vozila, kao i za vrijeme u kojem putnik ulazi ili izlazi iz vozila, tj. stupa u određenu vezu sa vozilom sa namjerom da u njega uđe ili iz njega izađe. Kad putnik stupa u vezu sa vozilom ZUPDS ne precizira, već procjena tog pitanja u slučaju spora zavisiće od činjeničnog stanja. Ono što bi moglo biti sporno je pitanje, da li odgovara prevoznik, iz ugovora, za putnike koji stoje na peronu spremni da se ukrcaju, kad na njih naleti ili ih na drugi način povrijedi vozilo kojim je prevoz trebao biti izvršen, a prije nego što su oni sami stupili u fizičku vezu sa vozilom (npr. stali nogom na stepenicu, uhvatili se za dršku autobusa, ukrcali prtljag itd.).[17] U tumačenju odredbe ZUPDS mogao bi pomoći Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju RCG iz 2007. godine[18], kojim se reguliše obavezno osiguranje u saobraćaju, odnosno osiguranje putnika u javnom saobraćaju od posledica nesrećnog slučaja, kao vrsta obaveznog osiguranja. Navede-

[17]Jakaša,B.:Komentar Zakona o prijevozu u cestovnom prometu, Sveučilište u Zagrebu,1976,str. 55.

[18] ”Sl.list RCG”, br. 46/07

ni Zakon daje potpuniju definiciju putnika. Prema članu 18 Zakona, putnikom u javnom saobraćaju, smatra se: lice koje se nalazi u prevoznom sredstvu kojim se obavlja javni saobraćaj i koje ima namjeru da putuje, bez obzira da li posjeduje voznu kartu; lice koje se nalazi u krugu stanice, pristaništa, luke, aerodroma ili u neposrednoj blizini prevoznog sredstva, prije ukrcavanja, koje ima namjeru da putuje; lice koje je obavilo putovanje i napustilo prevozno sredstvo, a nalazi se u neposrednoj blizini prevoznog sredstva, u krugu stanice, pristaništa, luke ili aerodroma. Zakonom je određeno da se putnikom neće smatrati lica kojima je mjesto rada na prevoznom sredstvu.

Prevoznik za sigunost i tjelesni integritet putnika u drumskom prevozu odgovara po kriterijumu objektive (kauzalnoj) odgovornosti, odgovornosti bez krivice.[19] Ipak predviđeno je da prevoznik neće odgovarati ako uspije da dokaže postojanje jednog od razloga za oslobađanja od odgovornosti. Shodno odredbama člana 15 stav 3 i 4 ZUPDS prevoznik neće odgovoarati ukoliko dokaže da je štetu prouzrokovao sam putnik ili ako dokaže da je šteta nastala zbog uzroka koji se nije mogao predvidjeti, izbjeći ili otkloniti. Ako se radi o uzroku koji se nije mogao predvidjeti, izbjeći ili otkloniti, može se smatrati da je u pitanju viša sila. U vezi sa ovim, da bi prevoznik izašao iz sfere odgovornosti, potrebno je da dokaže da se radi o uzroku koji je na prevozno sredstvo djelovao spolja i čije posledice prevoznik nije mogao spriječiti ili otkloniti. Ukoliko prevoznik uspije to da dokaže, on bi se u cjelosti oslobodio odgovornosti za sve štete iz određenog događaja.[20]

Ukoliko se radi o šteti koju je putnik pretrpio usled zakašnjenja, odnosno prekida putovanja, prevoznik nije odgovoran ako dokaže da do zakašnjenja, odnosno prekida putovanja nije došlo njegovom krivicom. Jasno je da ako je do zakašnjenja, odnosno prekida putovanja došlo njegovom krivicom prevoznik odgovara. U pitanju je subjektivan odgovornost, odnosno odgovornost po osnovu krivice, [21] koja se utvrđuje u svakom konkretnom slučaju. Shodno odredbama člana 152 Zakona o obligacionim odnosima CG iz 2008.godine, krivica postoji kada je štetnik prouzro-

[19] Kod ove vrste odgovornosti štetnik odgovara oštećenom licu za pričinjenu štetu samo na osnovu činjenice da postoji uzročna veza između njegove nedozvoljene radnje ili propuštanja i nastale štete.

[20] Ne smije se raditi o pogonskoj grešci ili mani vozila (jer u tim slučajevima prevoznik odgovara casus sentit domino - slučaja pogađa vlasnika)

[21] Kod ove odgovornosti, da bi štetnik tj. prevoznik bio odgovoran za naknadu štete, potrebno je pored postojanja štete i uročne veze između te štete i štetnikove radnje odnosno propuštanja, da se ta šteta može štetniku pripisati u njegovu krivicu, odnosno potrebno je da je štetnik kriv što je do štete došlo.

kovao štetu namjerno ili nepažnjom. Pri ocjenjivanju da li je lice koje je štetu prouzrokovalo krivo, sud vodi računa o redovnom toku stvari, i o tome šta se od razumnog i pažljivog privrednika moglo osnovano očekivati u datim okolnostima.

Ukoliko se prevoznik ne uspije osloboditi od odgovornosti, neminovno se postavlja pitanje visine njegove odgovornosti, tj.iznos na koji može biti utužen za štetu koja je nastala zbog tjelesnih povreda putnika i zbog zakašnjenja i prekida putovanja. ZUPDS ograničava odgovornost prevozioca do određenog iznosa. Naime, u Zakonu se precizira tačan iznos naknade za štetu. Shodno odredbama člana 16 ZUPDS za štetu nastalu zbog smrti putnika, tjelesne povrede ili oštećnja zdravlja putnika, prevoznik odgovara po putniku do 75 000 eura. Tako da će sud u svakom konkretnom slučaju na osnovu ovog maksimuma, utvrđivati, prema okolnostima slučaja, kolika je naknada štete za putnika u tim slučajevima. Za štetu nastalu zbog zakašnjenja, odnosno prekida putovanja, prevoznik odgovara do iznosa od trostruke do šestostruke naknade za prevoz.[22]

Takođe, ZUPDS predviđa shodno odredbama člana 17 stav 1 i 2 rokove u kojima putnik podnosi zahtjev prevozniku za naknadu štete. Tako da za štetu nastalu zbog smrti putnika, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja putnika, zahtjev za naknadu štete mora se podnijeti prevozniku u roku od šest mjeseci od dana saznanja za štetu, dok za štetu nastalu zbog zakašnjenja, odnosno prekida putovanja, zahtjev za naknadu štete mora se podnijeti prevozniku u roku od 15 dana od dana kad je putovanje završeno, odnosno kad je trebalo da bude završeno.

Odredbe o ograničenju odgovornosti se primjenjuju jedino ako prevoznik dokaže da do štete nije došlo njegovom krivicom odnosno namjerno ili krajnjom nepažnjom prevoznika. Tako da se uvijek pretpostavlja da je šteta prouzrokovana krivicom prevoznika, dok prevoznik ne obori tu pretpostavu, ne može se pozivati na odredbe o ograničenju.

6. Ostvarivanje potraživanja iz ugovora

Odredbom člana 94 ZUPDS definisana je mogućnost podnošenja pismenog zahtjeva prevozniku za naknadu štete, odnosno rok za podnošenje tužbe sudu ukoliko prevoznik ne isplati istu. Sva potraživanja iz ugovora o prevozu putnik ostvaruju se prema stavu 2 istog člana, podnošenjem pismenog zahtjeva prevozniku za naknadu štete, ili podnošenjem tužbe sudu, ako

[22] Definisani iznosi u slučaju nadoknade štete su predviđeni u eurima i usklađeni sa Konvencijom o ugovoru u međunarodnom drumskom prevozu putnika i prtljaga (CVR) i Protokolom o Konvenciji o ugovoru u međunarodnom drumskom prevozu putnika i prtljaga.

prevoznik ne isplati naknadu štete u roku od 30 dana od dana podnošenja zahtjeva. Takođe, Zakonom je predviđeno da prevoznik koji ne isplati naknadu štete imaocu prava u roku od 30 dana od dana podnošenja zahtjeva duguje imaocu prava i zateznu kamatu počev od dana kada je istekao ovaj rok. U stavu 3 se jasno ističe da na potraživanje prevoznika prema korisniku prevoza teče kamata od 5% godišnje od dana dostave zahtjeva u pisanoj formi korisniku prevoza ili ako takav zahtjev nije učinjen, od dana pokretanja spora. Shodno članu 96 stav 1 i 2 potraživanja putnika prema prevozioocu nastala zbog smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja prouzrokovanih udesom ili nezgodom zastarijevaju za tri godine. S tim što rok zastarjelosti teče od dana kada je lice kome je šteta pričinjena to saznalo ili je moralo saznati, ali taj rok ne može biti duži od pet godina od dana nastanka udesa ili nezgode. Takođe, ZUPDS u članu 97 stav 1, 2 i 3 govori o prekidu zastarijevanja, prema kome se zastarijevanje prekida podnošenjem zahtjeva prevozniku u pisanoj formi. S tim što zastarijevanje počinje da teče iznova od dana kad je imaocu prava tj.putniku dostavljen, u pisanoj formi, odgovor na njegov zahtjev i kad su mu vraćene isprave priložene uz taj zahtjev. Zastarjelost ne može da nastupi prije isteka roka od 30 dana od dana prijema odgovora na zahtjev imaoca prava.

Zaključak

ZUPDS mijenja neka rešenja koja su bila sadržana, u ranijim zakonskim tekstovima u smislu nastojanja da se ona ili poboljšaju ili preciznije izraze. ZUPDS posebno govori o naknadi za prevoz, a ne o cijeni vozne karte (prevoznine) čime bolje izražava činjenicu postojanja dvije vrste prevoza, pa to kasnije i doslovno navodi jer kaže da ukoliko je ugovor zaključen sa naručiocem prevoza ne postoji obaveza izdavanja vozne karte na strani prevoznika. Dalje, kao generalni pristup zakonodavac određenim rešenjima teži boljoj zaštiti putnika namećući posebne obaveze prevozniku u smislu pristojnog postupanja prema putnicima, i pružajući posebno zaštitu putniku u slučaju da se ukrcao u vozilo bez vozne karte, odnosno ukoliko je izdata nepravilna vozna karta ili ukoliko je ista izgubljena. Zakon ne precizira šta se podrazumijeva pod „nepravilnom“voznm kartom, pa je za očekivati da sudska praksa, tom novom zakonskom terminu, da puno značenje. Takođe, u odnosu na dosadašnja zakonska rešenja u ZUPDS su utvrđeni novi iznosi odgovornosti prevoznika za štetu, koja je nastala zbog smrti tjelesnih povreda ili oštećenja zdravlja putnika ili koja je prouzrokaovana udesima ili nezgodama u toku prevoza. Novina u Zakonu je i to, da u slučaju zakašnjenja odnosno prekida putovanja, putnik ima pravo na osnovu svoje karte kao ugovora prema prevozniku, na naknadu od trostuke do šestorostukog iznosa cijene vozne karte.

Jelena Nikčević Grdinić, Associate Professor
Faculty of Maritime Kotor

Some Legal Aspects of Agreement on Carriage of Passengers by Road

Abstract

Nowadays, agreement of carriage of passengers by road is unavoidable legal work awarded by most persons in everyday life. Therefore, there is an increase in social and economic importance of this agreement, and the need for pointing out some of its basic legal issues. Road passenger transport implies a number of issues which the law must take into account Primarily, because the reality in which we live is based not only on the exchange of material goods, but also on exchanging of ideas and people, and all of this all permanently gives a new quality to agreement of carriage of passengers by road. The paper discusses some aspects of the agreement of carriage of passengers by road, at the same time pointing to solutions that exist in the Law on agreement of carriage of passengers by road of the Republic of Montenegro, 2009.

Key words: contract on carriage of passengers by road, passenger and transporter.

Pregledni članak 305-055.2:342.7(37)
doi:10.5937/zrpfns46-2411

Mirjana Bogunović, asistent
Pravnog fakulteta u Banjaluci

ŽENA U RIMSKOM PRAVU – SUBJEKT ILI OBJEKT PRAVA?

„ Žene su dale svoj doprinos istoriji. One pružaju saznanja o životu mimo ratovanja, zakonodavstva, i velikih ideja i obogaćuju sociološku stranu istorije. ...Dame iz visokih društvenih krugova....vrlo intresantna tema.“
Ronald Syme, Augustan aristocracy

***Sažetak**: Pravni položaj žene i njene faktičke mogućnosti uticaja na javni život u Rimu su bile u ozbiljnom raskoraku. Opšti stav o pravnom statusu žene u rimsko doba se najbolje iskazuje devetim paragrafom iz petog titulusa prve knjige Digesta, koji se pripisuje Papinijanu a glasi „ U mnogim odredbama našeg prava lošiji je položaj žena nego muškaraca.“[1]. Svaka slobodna Rimljanka je, po odredbama klasičnog prava, imala pravnu sposobnost, tj. de iure je smatrana subjektom prava[2]. Pa ipak postojala je bogata legislativa kojom se ograničavala i njena privatnopravna i javnopravna sposobnost[3]. Naravno, žena nije imala puni pravni subjektivitet u svim etapama razvoja rimskog društva i njen pravni status*

[1] D. 1.5.9. Papinianus, libro trigenisimo primo questionum
In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum.

[2] Rajka Peković, Neke karakteristike pravnog položaja žene u rimskom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Podgorici 34. , Podgorica, 2007., 146.

[3] Lex Canulea iz 445. p.n.e. je zabranjivao brak između plebejki i patricija (ali takođe i brak između plebejaca i patricijki, i uopšte bilo kojih pripadnika ova dva različita društvena staleža), SC Voconia iz 169. p.n.e.kojim se zabranjuje ženama da naslijede pripadnike prvog imovinskog cenzusa, SC Vaelleanum kojim se ženi zabranjuje preuzimanje obaveza za drugog. Lex Opria prvi u nizu zakona kojima se ograničavala raskoš u Rimu, a koji je donešen 215. p.n.e. i njime se ženama zabranjuje nošenje zlatnog nakita težeg od pola unce i odjevanje u tunike različitih boja, niti se smije voziti u kočiji kroz grad, niti smije biti blizu grada na četrdesetpet kilometara osim kada su državni praznici. Ovaj zakon se nije dugo održao na snazi, i uprkos žestokom Katonovom protivljenju koji je javno izražavao svoj strah od jačanja položaja žene : „ Ako im dozvolite da se izjednače sa muškarcima, mislite li da će ih to zadovoljiti? Čim se izjednače sa nama, postaće naši vladari!“, 195. p.n.e. ovaj zakon je ipak derogiran. Lex Claudia iz 41. ili 54. g n.e. kojim se ukida tutorstvo za sve žene građanke Rima osim za oslobođenice.

se prilagođavao faktičkim promjenama koje su se dešavale u rimskom društvu. Ono što čini specifičnim položaj žene u Rimu je njena avangardna društvena uloga koja nije postojala kod grčko- azijskih naroda. Iz ovih prethodno navedenih a kontroverznih stavova proizilazi nedoumica vezana za pravni status žene u rimskom pravu. Da li je žena zaista bila na marginama političkih dešavanja ili je aktivno učestvovala, pa čak i inicirala pojedine političke događaje u rimskoj istoriji?

***Ključne riječi**: Materfamilias.- Lex Voconia.- Tutela.- Filiae loco.- Ius trium liberorum.- Manus.-*

1. Uvod

Žena je tek pred kraj rimske istorije dobila pravni i poslovni subjektivitet u punom obimu[4]. Osobe ženskog pola su najčešće imale status lica alieni iuris (lica koja su bila pod tuđom vlašću) i nad njima se stalno vršila vlast određenog lica, bilo oca porodice (pater familiasa), bilo muža (ako bi bio zaključen brak sa manusom), ili muževog oca porodice ako muž nije bio svojevlasno lice a zaključen je brak sa manusom. De facto, u svim ovim situacijama žena nema pravnu sposobnost, jer ne može samostalno da preuzima obaveze niti da ostvaruje svoja prava[5]. Za bilo kakav vid istupanja u pravnom saobraćaju, neophodan joj je pristanak (saglasnost) oca porodice, odnosno tutora ako nije pod očevom vlašću a nije udata ili je pak razvedena[6]. Žena nikad nije mogla biti na čelu porodice, odnosno nije mogla postati pater familias, već je uvijek imala položaj kćerke u porodici (filiae loco)[7]. Naime, u staroj rimskoj patrijarhalnoj zajednici postojala je matrona (mater familias)[8] koja je bila supruga oca po-

[4] Mihailo Mitić, Rimsko statusno i porodično pravo sa elementima procedure, Beograd, 1983., 106.

[5] Ibid, 105.

[6] Žena je u ovim situacijama svojevlasno lice ali joj se ipak imenuje tutor. U praksi su situacije kada bi tutor zabranjivao ženi da sklopi neki pravni posao bile zaista rijetke. Ovlašćenja tutora su vremenom sažimana (Lex Claudia iz 41. ili 54. g n.e), tako da je naknadni pristanak koji je davao na pravne poslove koje su sklopile žene bio samo formalnopravne važnosti.

[7] U agnatskoj porodici sve su žene imale položaj kćerke u porodici, i supruga paterfamilijasa, i snahe i kćerke po krvnom srodstvu.

[8] D. 50.16.46 Ulpianus libro 59 ad edictum

"Matrem familias" accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit: matrem enim familias a ceteris feminis mores discernunt atque separant. Proinde nihil intererit, nupta sit an vidua, ingenua sit an libertina: nam neque nuptiae neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores**.**

D. 50.16.46. Ulpijan, iz pedesetdevet knjige o ediktu

rodice, i na osnovu te činjenice uživala je poseban položaj unutar porodice. Taj položaj nije bitnije mijenjao njenu pravnu sposobnost, koja je i dalje bila u rukama oca porodice, bilo muža, svekra ili nekog drugog agnata. U Rimu, su pored matrona, postojale još neke kategorije žena koje su se razlikovale po svom ugledu i uticaju u društvu[9]. U rimskoj istoriji nikad nije postojala žena- vladar[10] kao što je to bio slučaj sa istočnjačkim despotijama, niti žena koja je aktivno i formalno vršila bilo koju magistraturu u Rimu. Ali su zato postojale žene iz sjene koje su vršile jak uticaj na donošenje političkih odluka, pa čak uticale na dolazak pojedinih vladara na presto i njihovo smjenjivanje. Iako nisu imale pravne instrumente kojima bi ostvarile svoje ciljeve, rimske žene su se sasvim dobro snalazile sa prirodnom prednošću koju su imale nad muškarcima, i koristile svoje ženske draži da bi manipulisala svojim muškarcima (koji nisu bili nužno njihovi muževi) u ostvarivanju svojih političkih ambicija[11].

Majkom porodice smatra se ona (žena) koja ne živi nepošteno; ponašanje (po običajima) razlikuje majku porodice od bilo koje druge žene. Takođe, nema značaja da li je ona udana, udovica, razvedena, rođena u slobodi ili oslobođenica. Ni brak ni rođenje ne određuju majku porodice, nju određuje primjereno ponašanje.

[9] U Rimu su postojala vestalke djevice, mlade djevojke koje su se zavjetovale na moralnu čistoću i nevinost i ne bi mogle da se udaju dok ne prođe trideset godina od polaganja zavjeta čistoće nakon čijeg isteka su se mogle udati ali su to rijetko činile. Živjele su u hramu koji se nalazio na Forumu, u blizini Regia. U hramu se nalazila sveta vatra i šest djevica (u Avgustovo doba ih je bilo šest) koje su se starale o svetoj vatri. One nisu bile pod vlašću svog paterfamilijasa, već pod vlašću pontifeksa, koji je imao pravo da ih kazni, u vidu bičevanja kada bi zanemarile brigu o svetoj vatri ili smrtnom kaznom kada ne bi očuvale svoju čestitost. One su uživale, takođe, u brojnim privilegijama, kao što je tjelesna nepovredivost (sakrosanktnost), finansijska nezavisnost (mogle su, za razliku od ostalih žena, da sačine testament) i povlašćena mjesta u gledalištima za vrijeme priredbi i ceremonija.

[10] Izuzetak je slučaj Gale Placidije (Galla Placidia) koja je bila i regent i vladar Zapadnog rimskog carstva u prvoj polovini petog vijeka naše ere. Gala Placidija je bila kćerka rimskog cara Teodosija Prvog i njegove druge žene Gale, kćerke Valentijana Prvog. Bila je polusestra mladih rimskih careva Honorija (393.- 423.) i Arkadija (383.- 408.), i majka Valentijana Trećeg, supruga vizigotskog vladara Atalufa, a drugi brak sklopila sa Flavijem Konstancijem, koji je bio savladar sa Honorijem. Gala Placidija je bila regent svom sinu cijelih dvanaest godina i za to vrijeme je donosila zakone koji su obavezivali i samog vladara, dok se u istočnom dijelu carstva, vladar smatrao metajuridičkom ličnošću.

[11] Primjer ambiciozne i beskrupolozne žene je svakako Agripina, koja bi zahvaljujući svojoj ambiciji i energiji, svakako zaslužila visoke državne funkcije, samo da je bila muškog roda. Ali bez obzira na rodnu inferiornost, ova Rimljanka je ušla u istoriju kao žena koja je svakako bila uticajna figura na političkoj sceni u prvom vijeku principata. Rođena od oca Germanija i Agripine Starije, 15. g. n.e., bila je predodređena za presto, ali kao žensko dijete nije mogla da naslijedi titulu princepsa. Prvi brak je sklopila sa Gnejom Domicijem, sa kojim je rodila sina Nerona, budućeg rimskog cara. Drugi muž je bio Gaj Salustije Krisp Pasenijus kojeg je, kako tradicija navodi, otrovala pečurkom. Treći brak je

Stoga, jasno je da su Rimljanke imale političke pretenzije koje su mogle da ostvare samo posredstvom muškarca, jer njihov pravni status[12] nije dozvoljavao miješanje u javnu sferu.

2. Rimska žena u arhaičnom rimskom pravu

U srpskoj romanistici su već izneseni stavovi o ne tolikoj obespravljenosti žene[13] kao što je stereotipno prikazano u bogatoj romanističkoj literaturi na ovu temu. Najstariji izvori o položaju žene u Rimu se nalaze u zbirci tzv. kraljevskih zakona (leges regiae), u čiju autentičnost mnogi ozbiljni romanisti sumnjaju, tako da se svjedočanstva koja su ostavili mogu uzeti sa rezervom. Drugi izvor po hronologiji je Zakon dvanaest tablica, koji odražava realnu društveno- političku klimu prema ženi. „Društveno- politička organizacija samog Rima, je isključivo muška“, kako kaže Mila Jovanović[14]. No ipak žene uspijevaju da dostignu određeni stepen interferencije u političke odnose kroz cijelokupnu rimsku istoriju. Da su žene značajan faktor u rimskom društvu vidi se iz legendarnog predanja o osnivanju grada Rima. Rimska vestalka Rea Silvija je izrodila božanske blizance, Romula i Rema, čime se ustanovljava mit o rimskoj ženi, kao majci velikih rimskih vladara ili eventualno njihovoj supruzi. Takođe,

---

sklopila sa svojim stricem Klaudijem, što je bilo protivno pozitivnim rimskim propisima o bračnim smetnjama. Agripinina ambicija i pohlepa za vlašću su bili neograničeni, a sredstva kojima se služila u ostvarivanju svojih ciljeva nisu bila sasvim legalna ni legitimna a ponajmanje moralna. Preljube (adulterium) i incesti (incestum) su bili tipični pojavni oblici njene osvajačke strategije, a nisu izostajala ni ubistva, najčešće u vidu trovanja. Spisak njenih navodnih ljubavnika je dugačak a uključuje i njenog brata Kaligulu, zeta Emilija Lepida, filozofa Seneku, oslobođenika Palasa i čak njenog sina Nerona. Ni spisak njenih žrtava nije manji, Pasenijus, drugi muž, Kalpurnija, Klaudijeva družbenica, Lolija Paulina, Kaligulina bivša žena i kandidat za Klaudijevu ženu, Klaudije, Neronov potencijalni konkurent za presto- Marko Junije Silanije, Britanikus- Klaudijev posinak. Više vidjeti Anthony A. Barrett, Agrippina, Sex, Power and Politics in Early Empire, London, 1996.

[12] Žene su u Rimu smatrane doživotnim maloljetnicima, jer su za života bili pod nečijim tutorstvom. Postojao je institut tutor optivus, gdje otac u testamentu ostavlja na slobodnu volju kćerki da izabere svog tutora za poslove opšteg karaktera, ili nekoliko različitih za posebne vrste poslova. Stoga se i ustanovila institucija tutor cessicius, kojom se dozvoljava promjena zakonitog tutora.

[13] Obrad Stanojević, Rimsko pravo, Beograd, 2004., 191-193. ; Mila Jovanović, Položaj žene u najstarijem rimskom pravu, magistarska teza, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1984.; Džudit Evans Grabs tvrdi da su žene u klasičnom rimskom periodu imali više prava i sloboda nego njihove evropske i američke koleginice prije dvadesetog vijeka. Više o tome Judith Evans Grubbs, Women an Law in Roman Empire: A Sourcebook on Marriage, Divorce and Widowhood, London, 2002.

[14] Mila Jovanović, Neki aspekti statusa žene po Zakonu dvanaest tablica, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 1999., str. 30.-40.

rimska vučica je bila ta koja ih je pronašla, podojila, tako da pored evidentnih elemenata totemizma imamo elemente matrijarhata, ženku od koje život počinje i od koje zavisi[15].

Svaka Rimljanka koja je željela da se istakne u društvu morala je posjedovati uzorne rimske vrline, a to je čestitost i moralnost[16] . Castitas je opšta odrednica morala koji je svaka rimska matrona trebala posjedovati kao što je auctoritas bila imanentna paterfamilijasu[17]. Čednost, neporočnost, vjernost, poslušnost su bili ideali kojima je svaka Rimljanka trebala težiti. Sa takvim idealima nespojiva je ambicioznost i pohlepa za vlašću koja je odlikovale mnoge otmjene Rimljanke iz visokih društvenih krugova. Već u vremenu Katona Starijeg osjećaju se sve veće aspiracije žena ka učešću u javnom životu, što dovodi do izvjesnih antifeminističkih stavova u rimskom društvu. No to ne znači da su u arhaičnom periodu rimske žene bile obespravljane. Njihova prava po Zakonu dvanaest tablica su bila zagarantovana i nisu bila naročito diskriminišuća u odnosu na muškarce,[18] samo što rimske žene u periodu nerazvijene i zatvorene privrede nisu imale poterebu da zahtjevaju niti da štite svoja prava.

U republikanskom Rimu, tašta Scipiona Emilijanusa, Kornelija je služila kao uzor rimske ženstvenosti[19]. Kornelija je bila jako obrazovana, moćna i ekonomski nezavisna žena. Kao ugledna i poštovana rimska matrona, udovica i majka[20], mogla je samostalno donositi odluke i upravljati svojim životom. U izvorima nema pomena o tutoru koji je preduzimao pravne poslove za nju. Ali da bi se održalo ustaljeno rimsko shvatanje o tradicionalnom ženinom ponašanju, kao protivteža njenoj slobodi i nezavisnosti, u izvorima se najčešće navodi kao brižna kćerka Scipiona Afrikanusa i posvećena majka čuvene braće Grah, Tiberija i Gaja[21]. Kao udovica je čak odbila prosidbu Ptolomeja, kralja Egipta, i posvetila se isključivo odgajanju i obrazovanju svoje djece. Prema tradiciji i rimskoj mitoligiji, težište je bilo na

[15] Sarolta A. Takacs, Vestal Virgins, Sybils, and Matrons: Women in Roman Religion, Austin, 2008., 7.

[16] Jasper Burns, Great Women of Imperial Rome : Mothers and Wives of Caesars, New York, 2007., 5.

[17] Michele George, Family Imaginary and Family Values in Roman Italy, The Roman Family in the Empire, Rome, Italy and Beyond, New York, 2005., 41.

[18] Mila Jovanović, Neki aspekti statusa žene po Zakonu dvanaest tablica, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 1999., str. 30.-40.

[19] Sarolta A. Takacs, Vestal Virgins, Sybils, and Matrons: Women in Roman Religion, Austin, 2008., 17.

[20] Više o tome Suzzane Dixon, Cornelia, Mother of Graccii, New York, 2007.

[21] Pored Gaja i Tiberija, Kornelija je izrodila još devetoro djece. Svojim brojnim porodom i vjernošću samo jednom čovjeku, pa čak i poslije njegove smrti, Kornelija je postala rimski ideal supruge i majke.

njenom ispunjavanju primarnih obaveza kao majke, supruge i kćerke pa tek onda na njenoj slobodi, nezavisnosti, sposobnosti, intelektu. Na primjeru ove ugledne rimske matrone vidimo da ženina nezavisnost i politička oštroumnost nisu nužno uvijek imali negativnu konotaciju.

Samo osnivanje rimske Republike se veže za ime jedne hrabre Rimljanke[22]. Lukrecija, djevojka izvanredne ljepote i stasa se toliko dopala Sekstu Tarkviniju, sinu kralja Tarkvinija Oholog, da je on naredio da je dovedu njemu u privatne odaje. Kada je odbila njegovu nedoličnu ponudu, on joj je zaprijetio da će njeno golo i mrtvo tijelo postaviti uz roba, tako da će izgledati da je počinila preljubu (adulteria). Ucjena je uspijela i Lukrecija je poklela i dopustila silovanje. Poslije silovanja, Lukrecija je bila posramljena i stigmatizovana, te je morala da učini nešto dostojanstveno kako bi iskupila svoj sramni čin, nedostojan jedne Rimljanke. Pošto je zaklela braću na osvetu, izvršila je samoubistvo ubodom noža u srce.

U tom arhaičnom Rimu nisu se osjećale tako oštre razlike između položaja muškaraca i žene[23]. Ali poslije Punskih ratova, kada se veliko bogatstvo Mediterana slilo u Rim, dolazi do određenih društvenih diferencijacija. Muškarci napreduju u okviru rimske plaćeničke vojske, zauzimajući istaknute položaje u državi, a od žena se traži da ostanu kod kuće, predu vunu i odgajaju djecu[24]. Sigurno je da Rimljanke nisu pristale na takvu sporednu ulogu koja im se pokušala nametnuti i da su uspijele ravnopravno da stanu pored svojih muževa, ponašajući se naravno kao materfamilias, u okviru prava i ovlašćenja koja su proizilazila iz tog položaja. Rimska porodica u arhaičnom Rimu djeluje blisko povezana; članovi porodice su upućeni jedni na druge jer samo zajedno mogu opstati, tako da život pod vlašću oca porodice je blagoslov a ne kazna i ograničenje slobode. Kako ekonomska samoodrživost pojedinih članova porodice napreduje, tako se i odnosi u porodici komplikuju i počinju da se iz temelja mijenjaju. Suverenost oca porodice je povređena jer putem emancipacije sve više mladi sinovi porodice izlaze iz vlasti oca porodice. Takođe, sve je upadljivije opadanje morala kod svih članova porodice, te tako i žene uzimaju sebi sve više slobode.

---

[22] Više o tome vidi Melissa M. Matthes, Rape of Lucretia and the Founding of Republics: Readings in Livy, Machiavelli and Rousseau, Pennsylvania, 2000.

[23] „Tek onda kada budu rođene i sve one druge društvene pojave koje odlikuju doba civilizacije, a koje uzrokuju pad žena, politička organizacija u rukama muškaraca značiće nedostižnu njegovu prednost nad ženom i prevlast u pravom smislu.“, Mila Jovanović, Neki aspekti statusa žene po Zakonu dvanaest tablica, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 1999., str. 35.

[24] Čak se sam Avgust hvalio kako ga sestre, žena i kćerka snabdjevaju toplim pletivom, navedeno prema Svetonije, Knjiga o Avgustu, 73.

Tako da, iako je u arhaičnom Rimu žena kažnjavana smrtnom kaznom ako je pila vino[25], i njen muž, pater familijas ili bilo koji muški agnat ima pravo ius osculi[26]- pravo poljubca radi provjere da li je žena pila vino, nema svjedočanstva o izvršenju takve kazne u sličnim situacijama. Ali zato se situacija u principatu dramatično mijenja, tako da se Rimljanke mogu nazvati ubicama svojih muževa[27].

3. Rimske žene u periodu carstva

Kako u principatu, vladarska titula postaje nasljedna, tako i društveni život vladarskog kružooka postaje zanimljiviji. U središte pažnje dolaze supruge princepsa, kao prve dame, koje svojim uzornim ponašanjem i vrlinom trebaju da pružaju primjer ostalim matronama u rimskoj imperiji. Prva u nizu istaknutih „savladarki" je bila Livija Drusila[28], Augustova druga supruga. Livija se u pravom smislu može smatrati savladarkom jer se sam Avgust često konsultovao sa njom o nekim bitnim pitanjima, a koliki je uticaj ona imala na donošenje njegovih odluka, vidi se iz toga što je njene upute i mišljenja čitao iz pripremljenog eseja. Tako da pored izvanredne ljepote koju je posjedovala, savremenici je opisuju kao izuzetno inteligentnu, sposobnu i oštroumnu osobu. Livija je dijelila jednu od vladarskih titula sa Oktavijanom; on je bio Avgust što

[25] Može se prihvatiti tumačenje o strogom kažnjavanju žene koja je pila vino argumentom da pijane žene, izgubivši kontrolu, mogu biti sklone i preljubi.

[26] Katon je prvi koji pominje pravo na poljubac, da bi se omirisala žena, radi provjere da li je pila vino. On tvrdi da je to pravo postojalo od davnina i da su srodnici, ukoliko su utvrdili da je žena pila vino, kažnjavali je na isti način kao da je preljubu učinila.

[27] Najpoznatiji slučaj je svakako Agripina, koja je pored svog drugog muža Pasenijusa, otrovnom pečurkom počastila skoro sve koji su joj se našli na putu ka ostvarenju svojih ciljeva,

[28] Livija (Livia Drusilla) je bila inteligentna, odmjerena i vrlo moralna i dostojanstvena žena. Uprkos tim moralnim kvalitetima, u istoriji je ocijenjena kao jedna od najokrutnijih žena. Opšteprihvaćena predstava o njoj kao intrigatoru i trovaču je ostala duboko ukorijenjena u svijest ljudi. Njena ambicioznost i eventualna beskrupuloznost je povezana sa njenom željom da obezbjedi sinu Tiberiju presto. Inače, Tiberije je bio njen sin iz prvog braka sa Tiberijem Klaudijem Neronom, Oktavijanovim političkim protivnikom. Oktavijan je bio očaran devetnaestogodišnjom Livijom, kada se vratila iz izgnanstva iz Sparte, i razveo je od njenog muža a sam napustio Skriboniju, svoju trudnu suprugu. Interesantno da je Oktavijan oženio Liviju koja je bila trudna, bez poštovanja pravila o vremenu nebračnosti, kako bi se izbjegle nedoumice o očinstvu djeteta. Insinuiralo se da je dijete Oktavijanovo, ali Oktavijan nije tražio da se utvrdi očinstvo, tako da je Drusije (dijete koje je rodila nekoliko mjeseci nakon sklapanja braka sa Oktavijanom), zajedno sa Tiberijem pripao pod vlast Livijinog bivšeg muža. Livijin muž je umro pet godina nakon njihovog razvoda, i Livijini sinovi su prešli u njenu vlast. Livija i Oktavijan nisu imali zakonite zajedničke djece, što je bilo nepogodno i zbog nasljedstva prestola i Oktavijanovo lično razočarenje. Njihovo jedino zajedničko bračno dijete je mrtvorođeno.

znači uzvišeni, a ona bila Avgusta, što je predstavljalo titulu istog značenja. Livija je zajedno sa Avgustom nastojala da ostvari moralni preporod rimskog naroda poslije građanskog rata koji se vodio između Oktavijana i pristalica Marka Antonija. Pomogla je Oktavijanu u pripremanju i donošenju kadukarnih zakona, nastojeći da se rimska vrlina i čestitost obnove. Mada dobro zamišljena ideja, samo donošenje bračnog zakonodavstva nije dalo trajni rezultat u smislu preobraženja onovremenog modus vivendi Rimljana. Vladarski par nije ličnim primjerom podržao ideje o bračnosti, čestitosti što će biti praksa i kasnijih vladara, koji će formalnopravno prihvatati Avgustove kadukarne zakone, ali će činiti niz presedana iz ličnih razloga[29].

Livijina ulogu u Avgustovom izboru nasljednika nije jasna. Pojedini istoričari je osuđuju da je nametnula Oktavijanu kao nasljednika, njenog sina iz prvog braka Tiberija, koji je otišao u dobrovoljno izgnanstvo iz Rima ali je Oktavijan opozvao izgnanstvo. Takođe joj se stavlja na teret ubistvo Marcela, sina Marka Antonija i supruga Oktavijanove jedine kćeri Julije, koja se rodila istog dana kad se on razveo od svoje prve žene Skribonije, i Oktavijanova dva unuka, Gaja i Lucija. Čak se govorilo poslije Oktavijanove smrti da ga je Livija otrovala smokvom. Mnogi moderni istoričari odbacuju takve indicije zbog nedostatka dokaza. Istoričar Tacit je nazvao Liviju nasilnikom i katastrofom za Cezarovu dinastiju. Livija je pred kraj svog relativno dugog života proglašena (mater patriae) majkom otadžbine, i dobila je u pratnju liktora, poput vestalki. Uslijed svih tih kontraverznih stavova, teško je donijeti jasan stav o Livijinoj ličnosti.

Uopšteno, može se reći da od Livijinog doba započinje novi kult vladarske ličnosti, u kojem svoje mjesto dobija i žena. Sada se jako vodilo računa za koje muškarce su se udavale žene iz vladarskih porodica jer bračna veza sa princezom, odnosno princepsovom kćerkom, dovodila je do potencijalne vladarske titule. Tako da nisu rijetke situacije kada su se pripadnici vladarske porodice ženili međusobno kako bi sačuvali presto od uljeza.

Antonija, kćerka Marka Antonija i Oktavijanove sestre, Oktavije, nikad nije upoznala svog oca, Marka Antonija, koji je njenu majku ostavio još prije njenog rođenja. Oktavija i Livija su ugovorile brakove svoje djece, Antonije i Drusija i taj brak je za razliku od drugih ugovorenih brakova u vladarskoj porodici, bio zaista sretan i harmoničan. Oktavija je jako teško podnijela gubitak svog dvadesetogodišnjeg sina Marcela, koji je umro od groznice. Antonija je duboku privrženost porodici naslijedila od majke, Oktavije, koja je godine poslije smrti sina provodila u tišini i sa-

[29] SC Claudianum kojim se dozvalja brak u četvrtom stepenu srodstva, između rimskog cara Klaudija i njegove bratanice Agripine.

moći. Pored njene istinske moralnosti i čestitosti, istorija je pamti još po njenoj izvanrednoj ljepoti, koju su zabilježili poznati onovremeni pjesnici i istoričari[30]. Ali njena najpoznatija životna uloga je što je rodila Klaudija, budućeg rimskog vladara.

4. Žene kao „objekti prava" u Rimu ?!

Rimske žene su imale značajnu ulogu, kao što se već navelo, kao majke i supruge rimskih vladara, vojskovođa, upravnika provincija. Brak je bio jedan od načina da se izgradi karijera, dobije bogatstvo, ojača politički uticaj[31]. A žene su u brak stupale vođene voljom svog paterfamilijasa[32]. One su bile samo sredstva kojima su se moćni pojedinci služili u učvršćivanju svog političkog ugleda. Rimljanke su već u dobu od dvanaest godina sticale punoljetstvo (perfectae aetatis) i najčešće su već u tom periodu i udavane. Period punoljetstva se poklapa sa početkom reproduktivnog perioda, i njihov glavni zadatak i životni cilj je da bude dobre majke i supruge, posvećene porodici. Stoga su često ostajale neobrazovane i u nemogućnosti da se posvete izučavanju prava ili nekoj drugoj disciplini[33]. U izvorima, ne postoji svjedočanstvo da se ijedna žena bavila profesionalno pravom, niti samim izučavanjem prava. Kada uzmemo u obzir stavove Gaja, čija pravna djelatnost pripada trećem vijeku nove ere i čija se pravnička misao smatra naprednom i avangardnom, o položaju

[30] Grčki pjesnik Krinagora je Antoniju opisao kao osobu prelijepog duha i tijela, Grk Plutarh je takođe slavio njenu ljepotu i gracioznost. Plinije Starije tvrdi da su njeni pokreti bili tako odmjereni i rafinirani, da su pljuvanje i ostale fiziološke potrebe, bile protivne njenoj prirodi.

[31] Oktavijan je svoju jedinu kćerku Juliju oženio sinom Marka Antonija iz braka sa Fulvijom, Gajom Klaudijom Marcelom, kako bi se vladarska titula zadržala u njegovoj Julijevskoj dinastiji, nasuprot težnjama njegove žene Livije i saradnika Agripe, koji su ugovorili brak njihove djece i nadali se da će tim putem da marginalizuju Oktavijana. Na Oktavijanovu nesreću, Marcelo je uskoro preminuo, a Oktavijan je Juliju oženio Agripom, svojim bliskim političkim saradnikom, ali ni taj brak nije trajao dugo jer je i Agripa preminuo. Ali iz ovog braka su ostala dva legitimna Oktavijanova unuka, Gaj i Lucije. Nakon toga, Oktavijan je prisilio Tiberija, Livijinog sina iz prvog braka da napusti svoju suprugu Vipsijanu, inače Agripinu kćerku i oženi se Julijom i postane zakoniti staratelj Oktavijanovim unucima, Gaju i Luciju.

[32] Pristanak oca porodice je bio nužan za sklapanje braka, bilo sina ili kćeri. U ranijem pravu čini se, da pristanak bračnih supružnika nije bio bitan, ali u kasnijem pravu, otac porodice nije mogao natjerati svoju djecu da sklope brak koji ne žele. Ipak, pravo oca da kćerki izabere mladeženju se dugo održalo, a smatralo se da je kćerka dala pristanak ukoliko se nije otvoreno protivila. Nije izvjesno da li se otac porodice izjašnjavao prilikom sklapanja drugog ili trećeg braka njegove kćerke. Više o tome Jane F. Gardner, Women in Roman Law and Society, London, 1986.

[33] O obrazovanju Rimljanki vidjeti više Emily Hemelrijk, Matrona Docta: Educated Women in the Roman Elite from Cornelia to Julia Domna, London, 1999.

žene, onda nam je jasno da je formalnopravno žena bila i ostala objekt prava u rimskoj imperiji. Ali ono što je intrigantno je impozantan broj energičnih žena koje su ostavile trag u rimskoj istoriji, uprkos ograničenom subjektivitetu. Takođe, u izvorima se mogu naći svjedočanstva o preuzimanju pravnih obaveza žena bez odobrenja tutora[34]. Kako navodi Serena Konoli, svjedočanstva o tutorstvu nad ženama koja dolaze sa područja Egipta, Eufrata i Arabije navode više kriterijuma od kojih je zavisila obaveznost tutorstva: društveni položaj, nacionalna pripadnost, stepen postignute romanizacije, ozbiljnost pravnog posla koji preduzima. Tako da je jasno na osnovu svjedočanstva da je obaveznost tutorstva bila relativna, uslovljena društvenim statusom i političkom hijerarhijom unutar prostranog Rimskog carstva. Takođe, nije bila rijetka situacija da pored legitimno imenovanog tutora, žena preduzima pravne poslove koji obavezuju bez tutorove saglasnosti. Tako da tutor i njegova ovlašćenja ostaju kao relikt nekog prošlog vremena[35].

Istoričar Polibije bilježi priču svog patrona Scipiona Emilijanusa, jedinog nasljednika bogatstva svoje tetke Emilije, koja je za razliku od njenih muških srodnika višestruko umnožila naslijeđenu sumu novca uspješnim poslovnim ulaganjima[36]. Žena iz višeg društvenog staleža nisu morale da rade jer je njihova ekonomska sigurnost bila obezbjeđena već su birale između aktivnog vođenja svojih poslova (negotio) ili uživanja u slobodnom vremenu (ostium). Suzan Tregari (Susan Treggiari) tvrdi da je poslovno preduzetništvo Rimljanki bilo produženje kućne privrede[37]. Tim argumentom može se objasniti Emilijina poslovna inicijativa, jer se nije smatralo da je zanemarila svoje kućanske obaveze niti da se umiješala u muški domen[38]. Scipion Emilijanus je, pošto je bio pater familijas, pomogao novčano svoju majku poslije razvoda od velikog Scipiona Afrikanusa, osvajača Kartagine, koja je nakon razvoda zapala u novčane neprilike. Takođe je otplatio i miraze svojih sestara. Bez obzira koliko veli-

[34] Vidi više Serena Connolly, Woman at the Edge : Gender and Ethnicity in Law at Dura Europos, Diotima: Gender and Diversity in Place: Proceedings of the Fourth Conference on Feminism and Classics , Tuscon, 2006.

[35] Mila Jovanović tvrdi da nikad nije ni postojalo vrijeme u kojem su odnosi između polova bili uređeni tako da je „muškarac obavljao javnu djelatnost, a žena pretvorena u njegovu služavku i robinju njegove pohote, obespravljena i potpuno mu podređenu, obavezanu na rađanje legitimnih potomaka mužu, dok on i dalje za sebe zadržava staru polnu slobodu“. Više o tome Mila Jovanović, Neki aspekti statusa žene po Zakonu dvanaest tablica, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 1999.

[36] Sarolta A. Takacs, Vestal Virgins, Sybils, and Matrons: Women in Roman Religion, Austin, 2008., 17.

[37] Ibid, 17.

[38] Ibid

kodušno djelovalo njegovo ponašanje, on je i dalje zadržavao pravo na datom imovinom jer je on bio pater familijas, odnosno lica u čiju korist je prenio imovinu, su bila pod njegovom vlašću.

Pitanje da li su postojali poslovi koje su Rimljanke mogle preduzimati samostalno nužno implicira novo, bitnije pitanje a to je da li su Rimljanke imale samostalnu imovinu (peculium ili bona materna) kojom su raspolagale slobodno, kao što je to bio slučaj sa nekim licima alieni iuris, npr. robovi i sinovi porodice? Gaj[39] tvrdi da žena (bilo robinja ili kćerka porodice) ima pravo na tužbu za zaštitu pekulijarne imovine, naročito ako je krojač ili štriker ili obavlja bilo koju drugu privrednu djelatnost. Pomponije navodi primjer gdje žena iz svog pekulijuma obezbjeđuje miraz. Ono što je nesumnjivo da je rimska žena u braku imala pravo na svoju samostalnu imovinu (parapherna) koja je obično vodila porijeklo iz miraza.

Zaključak

Žene nisu mogle učestvovati u sklapanju starih formalnopravnih poslova (actus legitimi), niti biti svjedoci u takvoj vrsti poslova[40]. Takođe, nisu mogle pisati testament, izuzev vestalki. Rimljanke su zauzimale značajno mjesto u društvenoj sferi Rima, što je reflektovalo njihovim izvjesnim političkim uticajem. U patrijarhalnom Rimu, žena je imala relativno ravnopravan položaj, odnosno ona je bila ta koja je obavljala kućanske poslove i brinula o potomstvu, pa je od nje zavisio opstanak porodice, zbog čega se može govoriti o izvjesnim elementima matrijarhata u ranom Rimu. Uslijed promijenjenog društveno- ekonomskog ambijenta, žena postaje sve više faktički objektizovana; instrument u rukama muškaraca koji služi za zadovoljenje fizičkih potreba i političkih ambicija. Rimska žena je tumačila samo prepoznatljive uloge: majke, sestre, kćerke i supruge. Ali i sa tih, naizgled politički nebitnih funkcija, znala je itekako uticati na političku klimu u državu. Žene iz vladarskog kruga, poput Livije i Agripine, su nesumnjivo uticale na mnoge političke odluke vladara, između ostalog i izbor nasljednika vladarskog prestola.

---

[39] D. 15.1.27, Gaius libro nono ad edictum provinciale

pr. Et ancillarum nomine et filiarum familias in peculio actio datur: maxime si qua sarcinatrix aut textrix erit aut aliquod artificium vulgare exerceat, datur propter eam actio.

D. 15.1.27. Gaj, iz devete knjige o provincijskom ediktu

Tužba za zaštitu imovine iz pekulijuma je dozvoljena i ženskom robu i kćerki pod očevom vlašću, naročito ako su krojačice ili štrikeri, ili neki drugi zanat obavljaju.

[40] Riječ svjedok potiče od latinske riječi testis što označava muške sjemenike. Samo muškarci su mogli biti svjedoci, a svjedočenje se odvijalo tako što su svjedoci davali zakletvu da svjedoče istinito polažući ruku na testis. Taj čin je simboličan, jer su oni na taj način garantovali svojim potomstvom istinitost riječi koje su izrekli.

Mirjana Bogunović, Assistant
Faculty of Law Banjaluka

Woman in Roman Law – subject or object of the law?

Abstract

In Rome, legal status of woman and her factual possibilities of impact on public life were in serious discrepancy. General attitude of the legal status of woman in time of Romans is best shown by Papinian, „In many provisions of our law, the position of woman is worse than of man (D.9.1.5.)". Every free Roman woman was considered a subject of law, according to classical Roman law. Nevertheless, there were extensive legislations that limited her legal and business capacity. Naturally, woman did not have legal personality in all periods of Roman state and her legal status was adjusted to the factual changes that had occurred in Roman society. What makes her position specific in Rome is progressive social role that did not exist in Greek-Asian world. From these previously mentioned views, which were confronting, it is possible to draw some doubts. Was woman really on the margins of political happenings, or was she an actual actor, even initiator, of some political events?

Key words: Materfamilias.- Lex Voconia.- Tutela.- Filiae loco.- Ius trium liberorum.- Manus.-

Pregledni članak 347.441.23(439)
doi:10.5937/zrpfns46-2412

Réka Pusztahelyi, Assistant
Faculty of Law Miskolc

THE TIME LIMITS FOR ENFORCING CLAIMS AND EXERCISING RIGHTS: PRECLUSIVE TERMS AND PERIODS OF LIMITATION IN THE LIGHT OF THE PROPOSAL OF THE NEW HUNGARIAN CIVIL CODE

***Abstract**: The New Proposal of the Hungarian Civil Code was submitted to the Parliament by the Government on 11 July, 2012. Reviewing the provisions on prescription and terms of preclusion, it attempts to harmonize the current judicial practice, the international background and the legal tradition of the Hungarian civil law with the effective legal regulation. The present paper reviews the changes in the provisions related to prescription and preclusive terms, and investigates whether the internal coherence of the provisions has been achieved. The paper surveys provisions on prescription of the Draft Common Frame of Reference and the Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods.*

***Key words**: prescription, period of limitation, preclusive term*

Introduction

The Proposal of the Committee for Codification on a new Civil Code was published on the Government's websites on 15 February, 2012. In July the Government submitted the Proposal to the Parliament.[1] This Proposal (hereinafter referred to as Proposal) – follows the path of the earlier drafts[2], but diverges

[1] This text (Bill No. T/7971. on the Civil Code) is available at: http://www.parlament.hu/internet/plsql/ogy_irom.irom_adat?p_ckl=39&p_izon=7971

[2] This study takes no notice of the overview of the process and achievements of the codification in the field of prescription had been begun for more than ten years. For entire review of this

from the rules of the effective Civil Code. The review of the present provisions was based upon the achievements of the judicature, which are incorporated in the new text.

Along the codification of new provisions related to the time limits for enforcing claims and exercising rights, the Legislature intended to make clear what the differences between them are and which claims fall under the statute of limitation and which do not. The review of the time limits and claims brought new solutions and the present study draws attention to the future changes and points out the provisions which can be criticized.

I. Drawing a distinction between prescription and preclusive term

1.1. Theoretical background

The problems relating to the period of limitation and preclusive term arouse conflicting opinions in the old Hungarian civil law. Gáspár *Menyhárt* – analysing the current Hungarian and German doctrine – stated that the passing of time, in itself does not result in the lapsing or extinction of rights (claims).

"Even the appearance shall be avoided, that time has certain legal consequences. Nevertheless, the non-using of a right is the fact which causes the extinction of right."[3]

The claims flowing from the rights that have been violated can be enforced depending on the creditor's intention, thus, the law sets time-bars against enforcing the claim in favour of the debtor and for the reason of legal-political purposes. On the basis of all these facts, the prescription is nothing but: *„the omission of enforcing a claim for a time set"*[4]

Albert *Kiss* wrote in his 1902 study[5] that the period of prescription and the time limit (preclusive term) can be either handled rigorously, as different legal institutions or, they can be placed on the same scale as different results of the same legal event (the un-use of right for a given period time).

Moreover, Loránt *Rudolf* also pointed out the great variety of issues in the analysis of the legal phenomena similar to prescription. It comes into sight that neither the cases of prescription, nor the cases of the preclusive terms can be looked at in a uniform manner.[6]

---

progression see: Professor György BÍRÓ: *The institution of prescription.* „Az elévülés intézménye" (In: Sectio Juridica et Politico, Miskolc, Tomus XXVI/2. (2008), 541-557. pp.)

[3] MENYHÁRT, Gáspár: *Prescription and preclusive term.* Elévülés és záros határidő (Ajtai Nyomda, Kolozsvár, 1917.) 20. p.

[4] op. cit.. 22.p.

[5] KISS, Albert: *The prescription in the Hungarian civil law of today.* Az elévülés a mai magyar magánjogban. (Budapest, Grill K. 1902.) 128.p.

[6] RUDOLF, Loránt: The prescription. Az elévülés. (KJK Budapest 1961.) 48-50. pp.

Theoretically, it is worth drawing a distinction between the periods on the basis of the following attributes:

As stated above, the Legislature generally sets the preclusive terms expressed in provisions, while the rest are manifested in periods of limitation. When the period of limitation lapses, the opportunity for enforcing a claim in court action ceases but the mere right remains, so the voluntary performance of the claim cannot be reclaimed by the debtor (as unjustified enrichment), and collateral claims are enforceable (nowadays so the lien in moveable things as pledge). When the preclusive term is passed, the substantial right ceases, and the performance lacks its legal base (title). The court acting in the legal proceeding has to notice the cessation of right ex officio, without the need for an exception of the debtor. The passing of the period of limitation (prescription) has a legal effect only if the debtor files an exception of prescription. Otherwise the court must decide on the action of creditor (plaintiff). Time-barred claims are not enforceable in court action. Generally, preclusive term is not subject to suspension or interruption. In the case of preclusive term, no event has effect on the computation of time. If the creditor has already brought an action within the period, the court may not stay the proceedings which have already begun to run. The period of limitation can be tolled, i.e. suspended or interrupted. Every legal system sets the events which are able to toll the period in the manner described.

1.2. The „vanishing right"

In the view of the facts stated above, we could ask whether there are only period of limitation and preclusive terms.

The old legal literature of civil law acknowledged the possibility to vanish a right without reference to the above mentioned terms. If the creditor did not exercise his right without any reason for a long time, and his behaviour (the non-using) shows that he intends to waive the right, this waiver resulted in the vanishing of right. There are judicial decisions interpreting in this manner the provisions concerning the following rights: the right for reclaiming the gift (under the provisions concerning donation contract)[7] and the right for judicial statement that the contract violating right of pre-emption has no legal force[8], may cease if the creditor waives his right by implied conduct within the period of limitation or preclusive term.

The Proposal sets time (three years) for enforcing claims arising from an ineffective contract, violating the right of pre-emption[9], thus it narrows the cases of the „right-vanishing". It must be noted here that the Proposal does not

[7] Standpoint No. 76. adopted by Civil Law Chamber of Supreme Court (Curia)
[8] Decision on principle No. 1408. of 2006.
[9] Proposal Art. 6:224. para. (2)

set time for reclaiming the gift, but states that[10] it is to be regarded as a waiver, if the creditor does not reclaim the gift for a long time without any adequate reason.

In his proposal István *Kemenes* has raised[11] the issue, how to relate the claims arising from a legal relationship (regulated by provisions of the Book of Obligation in the New Civil Code) to the provisions on prescription. He sketched three answers:

„– The preclusive or limiting nature of periods are generally common feature of the civil substantial law periods, thus any (all) period can be ranked into either preclusive or limiting category; or

– the preclusive or limiting nature of a period emerges in the narrower sense, only in those cases, when the civil law orders terms for enforcing any substantive right, claim; or

– the preclusive or limiting nature of a period is applicable only for the claims from obligations"

Though the approach of the use of rights, the enforcing claims (which concentrates only on the period of time), is not so fortunate, it reveals that the point of view which was taken into consideration during the codification of the new civil code was that preclusive or limiting periods are the only existing time form for exercising rights and enforcing claims.

II. On the limiting nature of certain periods of time

2.1. Term for avoidance

According to the provisions of Hungarian civil law, the invalidity of a contract can mean nullity (absolute form of invalidity) or voidability (relative form of invalidity which depends on the contestation; i.e. on the written notification by the aggrieved party). Pursuant to the effective Hungarian Civil Code, the other party shall be given *written notification of a contestation within one year,* and if the notification is not successful, the contestation shall be immediately enforced in court.[12] This time limit commences upon recognition of the mistake or fraud; (in the case of unlawful menace), upon the cessation of coercion; or on the performance (in the case of conspicuous discrepancy).[13] Under the effective regulation, the provision of prescription, suspension and interruption are ade-

[10] Proposal Art 6:238. para. (4)

[11] KEMENES, István: *Issues relating to the effect of the time running* . Az időmúlás joghatásával összefüggő egyes kérdések. http://www.szitb.hu/doc/polgari/idomulas.pdf; downloaded: 7th of May 2012.

[12] CC Art. 236. para. (1)

[13] CC Art 236. para. (3)

quately applicable for this period of time.[14] Contrarily, the Proposal ceases the events, from which the period commences. At first sight this could mean that this period becomes a preclusive term, because the legal provision does not state whether it is a prescription period or preclusive term. The Proposal remains silent about the application of the provisions of the suspension or interruption.

However, a recently published Commentary of Proposal of Committee reveals the real reason of the modification. According to the opinion of the Committee for Codification, the time for contestation is a period of limitation. Thus all events upon which the period for contestation can commence under the effective provision also suspend the period of limitation (the creditor is unable to enforce a claim for an excusable reason, because of a hindrance). But it must be considered here that the Commentary may be mis-formulated: *„[Thus]… in the case of the cessation of hindrance (which lasts in case of mistake until the recognition in case of mistake, in case of unlawful menace it lasts till the cessation of situation of menace) the period of limitation begins to run from the cessation of the excusable reason."*[15]

According to the effective rule on suspension which is reserved by the Proposal, the excusable reason suspends the running of the period only if the period of limitation has already lapsed or there is less than one year or less than three months, remaining therein, when the creditor can enforce his claim again. If we regard the time limit for contestation as period of prescription, and therefore the application of the provisions on the suspension of period is necessary, the provision is logically incorrect. According to that the creditor can enforce his claim in court action within a period of one year reckoned from the conclusion of contract, in case of the debtor had been given a written notification for a contestation and the contestation was unsuccessful. In my opinion the period of prescription can be suspended during negotiation, and this hindrance can lengthen the period for enforcing the claim over the original one year period of prescription.

2.2. Impeachment of a will

In the effective Hungarian Civil Code, under section § 653: "Beneficiaries shall be entitled to enforce their claims to have a will declared invalid or inoperative at any time." Thus the operative provision on invalidity (or ineffective will) does not set any time limit for enforcing a claim arising from the invalid (ineffective) will. The Commentary on the original text of the Civil Code de-

[14] The Justification of the original text of CC regards this time limit for contestation as a preclusive term. Act No. 4 of year 1959. and the Annotation for Hungarian Civil Code [published by Ministry of Justice, KJK, Budapest, 1959.] .375. p.

[15] op. cit. 380. p.

clares that to inheritance *claims the provisions on ownership claims* (to which no statute of limitations applies) and the provisions on contract law (which are subject to limitation/prescription) are applicable. So, considering this duality, the effective Civil Code does not set time limit for the enforcing a claim arising from invalid (ineffective) will. On the ground of these facts, the judicial practice of the operative Civil Code acknowledged the imperishableness of an allegation of a will being invalid or inoperative, as it regarded the inheritance claim as ownership claim.[16]

Contrarily, the Proposal sets time limit to the claim against invalid will, *the general five year period of prescription is to be applied.*[17] The Commentary of Proposal declares that „the claim (of an heir) for contestation against an invalid (ineffective) will is not an ownership claim, but an obligational one, which is enforceable within a period of prescription."

2.3. Time limits for the enforcing claims arising from deficient performance

The Proposal basically changes the consequence of the deficient performance. Apart from these significant changes it is important to take into consideration that the Proposal ceases the preclusive time limit for the enforcing of warranty claim. It also comes from the above that the reason was the numerous legal problems arising from the simultaneous time limits, which could not be resolved by judicial practice.

Considering the changes of the provision on time limits for enforcing warranty claim in the Civil Code, it has been found that the issue has not come to a rest since the publication of the Code Civil of year 1959. The Act No. 4/1959 i.e. the operative Civil Code originally set only preclusive time limit for the warranty claim enforcing:

"The warranty claim will be enforced in court action within a 6 months period unless the parties had not set guarantee for a longer period. The lack of claim enforcing within the legal period results in cessation of the right.[18]

Thus the liability of the debtor ends with the expiration of the preclusive period. The judicial practice lightened the strictness of the preclusive period so far as that the summer break of jurisdiction has not been considered in the viewpoint of the passing of the period. More problems arose from that the par-

[16] See: GELLÉRT, György (ed.): *Commentary of the Civil Code*. A Polgári Törvénykönyv Magyarázata (7th edition, Complex Kiadó, Budapest, 2007.) 2443.p. But the claim for compulsory share of inheritance is subject to prescription.

[17] "The right for litigation of a will is under statute of limitation, within 5 year of the day on which the succession opened." Proposal, Art. 7:37. para. (4)

[18] CC (from 1st May 1960 to 1st Mars 1978) Art. 306. para. (3)-(4).

ticular provisions on the warranty claims (i.e. supply contracts, agricultural product sales contracts) prescribed not only different periods, but also periods of prescription. The Justification of Ministry of Justice added to the significant amendment of the Civil Code in year of 1977 pointed out that the particular provisions concerning contracts between economic organizations – on the base of the authorization under the Paragraph (3) / Art 405 of Civil Code – regulated differently the enforcing of warranty claims.

The above mentioned significant amendment of the Civil Code in 1977 touched upon the periods for enforcing the warranty claims. The *double periods of time, prescription and preclusive period were born.* The next amendment lengthened the period of prescription to 2 years and the preclusive term to 3 years in consumer contracts.

The Supreme Court of Hungary published a decision on principles regulating and interpreting the relation between the period of prescription and the preclusive term.[19] The decision expounds that the general provisions on prescription are to apply to the period of limitation for enforcing warranty claims. If the creditor cannot enforce his claim for an excusable reason, the warranty claim shall remain enforceable within 3 months form the cessation of the hindrance, even if the period of limitation has already lapsed or there is less than three months remaining therein. Thus this decision stated that the warranty claim could be enforceable even if the preclusive period has already lapsed.

In the No 1/2004 Opinion of Civil Law Chamber (mentioned above already) the Supreme Court pointed out that in case of suspension of the period of limitation, the creditor can enforce his warranty claim within this new period of one year or 3 months, but within the preclusive period. The new judicial interpretation of these provisions can be read from this opinion even if the opinion does not declare that it swerves from the earlier practice of jurisdiction.

Back to the new Civil Code and its Commentary, the argument that *the reason for ceasing the preclusive period* was that the judicial practice was not able to solve the problem rising from the collision between the preclusive term and the period of limitation is not acceptable. If the preclusive term lapsed, it ceased the both the right and the enforceable claim included, thus the right cannot be enforceable in court action soon after, even if the creditor could prove an excusable reason which suspended the passing of the period.

That argument sounds better that it is unworthy setting preclusive term and period of limitation too, for the claim enforcing, as the period of limitation is sufficient to temporally restrain the objective responsibility of the debtor. The

[19] PED-GED No. I. Decision on principle published the Economy and Civil Law Chamber of Supreme Court (on the time limits related to enforcing claims rising up from the indeficient performance.)

significant lengthening of the period of limitation shall prevent the interrupting events with restricting (or strictly interpreting them), particularly if we take into consideration that the Proposal intends to cease the written notice for performance as an interrupting event.

III. The provisions concerning prescription[20] in the new Civil Code

3.1. The emplacement of prescription in the new Proposal

The Proposal placed the provisions on prescription among the general rules of obligations in the First Part of the Book of Obligation. This shows that rights (claims) subjected to prescription can arise not only from contractual relations, but from any obligation. The title of the chapter was changed to *„Prescription"* from *„Prescription and preclusive term"*, which title was given in the new Civil Code (Act No. CXX/2009) that never came into force (furthermore referred to as new Civil Code). Thus the question arises what is the correlation between the prescription and the preclusive term. In relation to this, it is worth noticing that after the turn of the century the opinions in the literature discussed with regard to the Drafts of civil code (1900-1928) or without reference to them are not uniform considering the relation between prescription and preclusive term. In accordance with the wording of the Proposal:

„The expiry of a period of time ordered by legal provision for exercising a right or enforcing a claim may extinct the right, if so expressly prescribed by law. If the period of time is not preclusive, the regulations concerning prescription will be applied to it."[21]

3.2. The period of prescription, and its modification

The Proposal does not change the general period of prescription, which lasts 5 years. According to the effective rules:

„Parties shall be entitled to agree on a shorter period of limitation; the agreement shall be valid only in writing. If the period of limitation is shorter than one year, the parties shall be entitled to extend it to a maximum of one year in writing; otherwise, an agreement on the extension of a period of limitation shall be null and void."[22]

---

[20] The legal determination for prescription isn't homogenous. Period of limitation can also be applied, but we use the term „prescription", because the Common Frame of Reference does the same, and in view of its regulation method of prescription – which is in general similar to the Hungarian one – it seems acceptable.

[21] Proposal , Art. 6:21.

[22] The operative Hungarian Civil Code (furthermore: CC) Art. 325, paragraph (2)

Compared to the effective regulation it is a very significant novelty that parties may deviate from the legal period. At the turn of the 19th and 20th centuries in the civil law literature related to the drafts of Civil code (1900, 1913) criticism arose against legal rules excluding or restricting the possibility for extension or curtailing the term of limitation. The binding nature of the term of limitation (or for only in one direction, against its extension) is justified by the legal-political reasons of prescription, which would be harmed either if the parties could prolong the period of limitation without any legal control or if the debtor may waive his objection of prescription in advance. With regard to the fact that parties can reach the same aim with other legal instruments, it is really not necessary to exclude the opportunity of period-changing. However, written form is required for facilitating the burden of proof. At the same time it is to be noticed that the Proposal also forbids the agreement *foreclosing* the prescription (the objection of prescription) and states that such term shall be deemed null.[23]

3.3. Legal effects of prescription

The Proposal does not change the effects of prescription in great extent. „Unless the law prescribes otherwise, *a lapsed claim may not be enforced in litigation.*" It is interesting to notice the change in the text: „in litigation" instead of „in court action". Thus the litigation does not include the proceedings not aiming primarily to assert the right (e.g. probate proceeding) and for the same reason it needs to name the filing of a claim in the course of bankruptcy proceeding beside the judicial enforcement as a condition which interrupts the period of limitation. Contrary to the effective regulation the new provision declares that prescription does not affect the debtor's obligation to fulfil the contract and the performed services cannot be reclaimed on the grounds of prescription. However, we should draw attention to the fact that contrary to the effective law the Proposal ignores the age-long rule according to which the lapse of the claim does not impede the satisfaction from the pledge placed in security thereof. Thus, in lack of particular provision the general rule shall be applied, and pursuant to that all *liens shall be terminated upon the expiration of the claim.*[24] According to the commentary for the „new" Civil Code the opportunity of the satisfaction of the timed-barred claim shall be abolished because it harms the legal political purpose of prescription which aims at avoiding the obscure situation of long duration.[25] Nevertheless, the commentary emphasizes that the period of limitation extinguishes the enforcement in court, while the satisfaction

[23] Proposal, Art. 6:22 paragraph (4)

[24] Proposal, Art. 5:140 para. (1)

[25] GÁRDOS, Péter (szerk): *Handbook for the new Civil Code.* Kézikönyv az új Polgári Törvénykönyvhöz. (Complex K., Budapest, 2009.) 469.p.

from pledge is another form of enforcing a claim. The commentary adverts that the lien as a *ius in rem* cannot be time-barred but in this case the collateral nature being stronger the lien shall also be expired with the lapse of the claim.

The Proposal does not change the provision concerning the prescription of *dependent and independent collateral claims.* If the principal claim lapses, all of the dependent collateral claims lapse, too. The principal claim shall not be affected when independent collateral claims lapse.[26]

The Proposal declares that the time-barred claims may not be enforced in litigation. But – in contrast to the operative provision – it does not contain the exception as to the time-barred claims must be considered by court in officio in certain cases. From this wording an *intention of Legislature* can be perceived that the time-barred claims and the extinct right should sharply be distinguished from each other and *any legal situation and provision when lapse of claim shall be considered by court is to be cancelled.*

It is worth emphasizing that the Proposal in contrast to the new Civil Code edited out the time-barred claim from the list of those claims which cannot be enforced by court action. Thus the Proposal makes a significant distinction between these claims (i.e. *moral obligation* or naturalis obligatio) and the time-barred claims. Although we can argue that the Proposal partially duplicates the provisions on the claims which may not be enforced by court action, without a good reason, but we can also argue so that a creditor is in a very similar situation arisen either from moral obligation or from lapse, but these legal consequences are based on different legal phenomena. It should be noticed that the moral obligations are placed in the Contract Law (not in the Law of Obligation) in the Proposal after the part relating to invalid and ineffective contracts.

3.4. The commencement and the suspension of prescription

The Proposal does not change the provision concerning the commencement of period of prescription. *The period commences upon the due date of the claim, it begins to run from the time when the debtor has to affect performance.*

The Proposal in a section titled *„Suspension of period"* declares that „If the creditor is unable to enforce a claim for an excusable reason, the period of prescription is suspended. The period of prescription is also suspended as long as the debtor is entitled to refuse performance."[27]

The Proposal *does not contain the particular rule* whereas „this provision shall also be applied if the creditor has granted *a respite for performance* after that period of performance has passed". This change can be explained so that the post-

[26] See CC Art. 324. paragraph (2).
[27] Proposal, Art. 6:24. para. (1)

ponement is also meant an excusable reason for the creditor not being able to enforce his claim, therefore the naming of this case is not necessary. Still we can argue that in the judicial practice we can hardly find cases when the petitioner did assign this act as the reason for „suspension" of period. Probably, respite may appear either with written notice for performance of a claim, or with the amendment of a claim by agreement (inclusive of accord), or with the acknowledgment of a debt by the debtor, which facts interrupt the prescription and renew the period, thus, *these interrupting events serve more the interests of the creditor*.

The Proposal does not enumerate those situations which „suspend" the period of prescription neither in a taxative (exhaustive) list, nor in any examples – contrary to the drafts of Hungarian civil code (in the time of the turn of the 19th and 20th centuries and later). Thus the Proposal is consistent when it does not assign the respite for performance after expiration as suspension event.

Nevertheless, *the respite for performance* needs further examinations. In case when due to any other excusable reason the creditor is unable to enforce a claim, the claim shall remain enforceable for one year after the cessation of the hindrance or, in respect of a period of limitation of one year or less, for three months, even if the period of limitation has already lapsed or there is less than one year or less than three months, respectively, remaining therein. Thus this rule is relevant only in the case when this excusable hindrance appears close to the end of the period of limitation. In consideration of the respite for performance, if the period of prescription begins to run from this new deadline for performance, the general rule for „suspension" cannot be applied in the case of a 5 year period of limitation. Giving the correct purport of this rule is also problematic. If the period of limitation begins to run from the new deadline for performance, this is the commencement of the period, i.e. the period is simply lengthened, not „suspended" (pursuant to the legal rule for suspension). Considering that the creditor gives the respite for performance after the expiration of the original deadline for performance, there is any excusable hindrance in the beginning of period of prescription, since the rule of suspension can be applied.

The Proposal refines the legal nature of the new period (one year, three months) opened up by the cessation of the hindrance. According to the Proposal this period cannot be suspended, but it can be interrupted applying the provisions on interruption of period of limitation with the difference that the new period of limitation commenced at the time of interruption is one year or three month.

The *recent judicial practice* does not share this opinion. Pursuant to opinion No 1/2004 (on the interpretation of questions about deficient performance) adopted by Civil Law Chamber of the Supreme Court (Curia)[28] and to decisions

[28] The official name for Supreme Court is Curia from 1st of January 2012.

on individual cases and decisions on principles from the Curia's viewpoint this new period has no prescription characteristics therefore it cannot be interrupted or suspended. In this period the creditor must enforce his claim in court action in this period. We shall pay attention to the fact that this period is not a preclusive term, in this way the court may not take the lapse of the period ex officio into consideration.

In my opinion the text of the Proposal needs to be refined in this respect. On the one hand, regulation should assign that the interruption refers only to the periods which begin to run after the lapsing of the original period of limitation and only the enforcement in litigation could be applied for interrupting the period on the other. Here we must point out the important change – which shall be surveyed below– that the Proposal extinguished the double period (prescription and preclusive term) for enforcing warrant claims flowing from deficient performance, cancelling the preclusive term.

3.5. The interruption of prescription

In the Hungarian civil law *the interruption of prescription means that events prescribed by law interrupt the period* and a new period of prescription begins to run from this event. Under effective law these events are as follows: the written notice for performance of a claim, the acknowledgment of a debt by the debtor, the amendment of a claim by agreement (including the accord), the judicial enforcement of a claim or the filing the claim in bankruptcy process.

The Proposal changes remarkably the list of the events which interrupt the prescription. According to par (1) Art 6:25 the prescription is interrupted by a) the acknowledgment of a debt by the debtor, b) the amendment of a claim by agreement and accord, c) the judicial enforcement of a claim or the filing the claim in bankruptcy process. Thus the *written notice for performance* is not considered as interrupting event.

Here, the Proposal is based on the early drafts of civil code from the beginning of the 20th century. According to the comment relating to Proposal this event (written notice for performance) *conflicts with the legal nature of prescription* since it does not aim the enforcing of the claim but drives to the postponement of the period of limitation without reason.

Notwithstanding it is worth holding this legal institution, which has been applied for more than 50 years, considering the following arguments:

1. Since the entry into force of the effective Civil Code *this phenomenon has been recognized in the judicial practice and in the economy*.

2. The cancellation of this rule *strengthened the effect of the interrupting effect of acknowledgment of a debt* by the debtor. In this case, the substantiation in litigation aims mainly not the expressive acknowledgment, but ones ex-

pressed by *implied conduct*, for example the debtor has received the written notice for performance from the creditor, and he does not deny his debt. Thus the changing of the regulation may result in an „overgrowth" in the field of acknowledgments of a debt.

3. *The legal purpose of prescription* does not support the cancellation of notice for performance. The governmental justification of the effective Hungarian Civil Code points out that:

„the written notice for performance by creditor as a new period-interrupting event mightily facilitates the interruption of prescription, but generally the creditor intends to enforce his claim, not to prolong the term of prescription. Anyway, the notice makes it unquestionable that the creditor does not wish to renounce his right."[29]

Thus, we do not need to reject this interrupting event only because it is to be feared that the creditor would abuse this mean and would only aim to extend the period of limitation.

4. The early drafts of the Hungarian Civil Code (e.g. 1900, 1913 and 1928) set the suspending and the interrupting events for the 10, 20 and 32 year periods of prescription. In my opinion *it is reasonable to keep this interrupting event considering the relatively short (5 year) period of prescription.*

The Proposal refines the term of one of the other interrupting events, the enforcing the claim in court. The current term „judicial enforcement" shall be changed to „in litigation", and the filing the claim in bankruptcy process also interrupts the period. The current judicial practice regards the following ways of enforcing a claim in litigation as interrupting event: the filing of an action, the asking for payment order, the interpleader, the filing the claim in bankruptcy process, enforcing a civil law claim in criminal procedure, set-off in the course of court proceedings.

Otherwise the followings cannot be deemed as enforcing a claim in court action: probate proceeding, criminal procedure instituted by private proposal, requesting a preliminary production of evidence but these events may be considered as written notice for performance of a claim. The No 98 / 1973 opinion of the Curia's Civil-Economic Law Chamber – according to which if the party did not accept the call for interpleader, this addressed notice is attributed to written notice for performance a claim – the recent judicial practice does not consider it to be applicable.

It is worth taking into consideration that contrary to the formulation of the operative Civil Code the Proposal lifted the amendment of a claim by agreement beside the acts of enforcement that interrupts the period of the executorial proceedings.

[29] Act No. 4 of year 1959. and the Justification of Hungarian Civil Code [published by Ministry of Justice, KJK, Budapest, 1959.] 248. p.

4. Survey of the international law regulations

In the viewpoint of prescription, it is worth taking into consideration some international uniform law systems. What was chosen are the Draft Common Frame of Reference[30] (furthermore referred to as DCFR) and the Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods[31] (furthermore referred to as Limitation Convention). If the DCFR ever gained some mandatory application, its provisions would have to be considered also in the European contractual relationships and these provisions would „overwrite" the Hungarian civil law regulations. To prevent the problems arising from the collision of the national and the European legal regulation, it seems important to consider the provisions of DCFR during the recodification of Hungarian Civil Code. The CISG[32] Convention adopted by UNCITRAL, to which the Convention on the Limitation Period was added, already has binding force for the cross-border contracts of the Hungarian parties because Hungary is a contracting party to this Convention.

According to all the above mentioned facts, let us overview the familiar and the different provisions of the DCFR and the CISG Limitation Convention along the duration, the commencement, the cessation, the extension, and the renewal of the period.

4.1. Differences in terminology

As it is stressed at the very beginning, there is no common terminology for the legal institutions of prescription. On the one hand, the Limitation Convention uses *„period of limitation"* for asserting claims, on the other hand the DCFR determines *„period of prescription"* for asserting the rights.

4.2. The duration and the commencement of the period

The DCFR sets the period in three years while the Limitation Convention in four. Both of these periods are shorter than the Hungarian one. Under the DCFR[33] the general period begins to run when the debtor has to affect performance or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the right. According to the Limitation Convention „the limitation period

[30] Principles, Definition and Model Rules of European Private Law. *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Christian von Bar et al. and Hugh Beale et al (ed.) Outline edition, Sellier, Munich 2009. ISBN 978-3-86653-097-3

[31] The Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods (hereinafter called as Limitation Convention) was concluded at New York on 14th of June 1974.

[32] United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods (1980)

[33] DCFR Art. III.-7:203 para. (1)

shall commence on the date of which the claim accrues"[34] but it explains further when the claim accrues: in case of breach of contract, when breach occurs, in case of defect or other lack of conformity, the claim accrues on the date which the goods are actually handed over to, or its acceptance is refused by the buyer. The DRAFT and the Limitation Convention are the same in that provisions concerning the period of limitation commences in case of performance by instalment, on the date on which the particular breach occurs, in the case of each separate instalment.

The DCFR allows the parties to modify the period and the requirements for prescription. Thus, they can shorten or lengthen the period between the legal barriers provided the period may not be reduced to less than one or extended to more than 30 years.[35]

The Limitation Convention generally excludes the modification (shortening or lengthening) of the period of limitation but it allows the debtor to lengthen the period at any time during the running of the limitation period.[36]

4.3. The extension and the cessation of the duration of the period of limitation

4.3.1. Suspension in case of ignorance

It is worth taking into consideration that according to the provision of DCFR, the running of the period is suspended in case of ignorance. *„The running of the period of prescription is suspended as long as the creditor does not know of, and could not reasonably be expected to know of: (a) the identity of the debtor; or (b) the facts giving rise to the right including, in the case of a right to damages, the type of damage."*[37] The operative Hungarian regulation and the Limitation Convention do not regulate this case of the suspension in a separate provision. The case of ignorance is taken into account among the cases of the excusable impediments also known as preventing circumstances. The Proposal sets a rule pursuant to which the period is suspended as long as the debtor is able to refuse to perform.

4.3.2. The judicial proceedings

The DCFR determines the following cases of the extension: suspension, postponement. The Limitation Convention set events which cause extension. Contrary to the Hungarian operative and new regulations, both model laws set

[34] Limitation Convention Art 9. para 1.
[35] See DCFR Art. III. -7:601.
[36] Limitation Convention Art. 22.
[37] DCFR Art. III.-7:301.

the events in which case the period can be extended. At first sight we can perceive not only the differences in wording between DCFR, Limitation Convention and the Hungarian rules, but that DCFR regards the judicial proceedings as events affecting the running of the period of limitation in a different way from the Hungarian Civil Code. According to the DCFR the legal act as initializing the proceedings aiming to assert the claims merely suspends the passing of the period, and the further running of the period depends on the „success" of the judicial proceedings. If the proceedings end with a decision which has the effect of res judicata, the suspension ceases. [38] Contrary to this rule, the Limitation Convention regards the judicial proceedings as an event which *ceases* the limitation period. *„The limitation period shall cease to run when the creditor performs any act which, under the law of the court where the proceedings are instituted, is recognized as commencing judicial proceedings against the debtor or as asserting his claim in such proceedings already instituted against the debtor, for the purpose of obtaining satisfaction or recognition of his claim."*[39]

According to the DCFR the suspension of prescription does occur in the case when the judicial proceedings are started and it lasts until a decision which has the effect of res judicata. If the court cannot deliver a decision on the merits of the case and if that the period has less than six month to run, the period of prescription does not expire before six months have passed after the time when the proceedings ended.

It is worth taking into consideration here that DCFR does not express the consequences in the case if the original period of limitation has already expired before the judicial proceedings ended. Whether the limitation period can be suspended if the impediment event becomes extinct after the expiration of the original limitation period is a question to be answered by the judicial practice if the DCFR shall ever become applicable.

According to the Limitation Convention if the judicial proceedings ended without decision on the merits, *„it shall be deemed to have continued to run"* (it did not cease)[40]. Thus, there is a case when the suspension came from the situation of cessation: *„If, at the time such legal proceedings ended, the limitation period has expired or has less than one year to run, the creditor shall be enti-*

[38] DCFR, Art. III.-302. [Suspension in case of judicial and other proceedings] (1) The running of the period of prescription is suspended from the time when judicial proceedings to assert the right are begun" (2) Suspension lasts until a decision has been made which has the effect of res judicata, or until the case has been otherwise disposed of. Where the proceedings end within the last six month of the prescription period without a decision on the merits, the period of prescription does not expire before six month have passed after the time when the proceedings ended. „

[39] Limitation Convention Art. 13.

[40] Limitation Convention Art. 17. par. 1.

tled to a period of one year from the date on which the legal proceedings ended."

Comparing to the Hungarian regulation, the operative and the new provisions of Hungarian Civil Code regard the commencement of the judicial proceedings as an event which interrupts, i.e. ceases the period of limitation. A new period of limitation begins to run also in the case if the proceedings ended without decision binding on the merits. However, the new period shall begin to run only if a decision is delivered and has the effect of res judicata.

4.3.3. Impediment beyond the creditor's control and other circumstances

The Limitation Convention declares other case of the extension. „*Where, as a result of a circumstance which is beyond the control of the creditor and which he could neither avoid nor overcome, the creditor has been prevented from causing the limitation period to cease to run, the limitation period shall be extended so as not to expire before the expiration of one year from the date on which the relevant circumstance ceased to exist."*[41] In this provision it is worth examining whether the limitation period can be extended due to the relevant circumstance if the circumstance ceases to exist on the date when the period of limitation has already expired.

„*When a circumstance as defined in Art. 21 occurs, the period keeps on running. However, it does not expire at the time at which it would normally expire, unless that time is more than one year after the relevant circumstance ceased to exist. The end of that year marks the earliest possible end of the period.*"[42] *„Thus if, at the time the preventing circumstance ceased to exist, the limitation period had expired or had less than one year to run, the creditor is given one year from the date on which the preventing circumstance ceased to exist."*[43] The Limitation Convention does not explain which circumstances cause the period to extend, but according to the Commentary[44] these are the following: a state of war or the interruption of communications; the death or incapacity of the debtor where an administrator of the debtor's assets has not yet been appointed; the debtor's misstatement or concealment of his identity or

[41] Limitation Convention Art 21.

[42] see: Hans SMIT: The Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods: UNCITRAL's First Born. http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/smit.html#ix downloaded: 11th of June 2012.

[43] see: I. Commentary on the Convention on the Limitation Period in the International Sale Of Goods, done At New York, 14 June 1974. by Professor Kazuaki SONO in Japanese.

http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono1.html#art21 downloaded: 11th of June 2012.

[44] I. Commentary by Professor Kazuaki SONO op. cit.

address which prevents the creditor from instituting legal proceedings; fraudulent concealment by the debtor of defects in the goods.

Due to these circumstances, the DCFR determines a case for suspension of the period of prescription and a lot of cases for postponement of expiry. „*The running of the period of prescription is suspended as long as the creditor is prevented from pursuing proceedings to assert the right by an impediment which is beyond the creditor's control and which the creditor could not reasonably have been expected to avoid or overcome.*" This rule is only relevant if the impediment occurs or subsists within the last six month of the period. But these circumstances do not automatically suspend the period, only in the case if, due to these impediments, it is unreasonable to expect to the creditor to take proceedings to assert the right. This suspension last six months after the impediment ceases to exist.

The DCFR, contrary to the Limitation Convention, does name other circumstances in particular headings for *postponement*: Postponement of expiry in case of negotiations[45], Postponement of expiry in case of incapacity[46], Postponement of expiry: deceased's estate[47]. In these cases the period of prescription does not expire before one year has passed after these circumstances come to an end.

4.4. The renewal of the period

The DCFR use the term „renewal" instead of the terminology of Limitation Convention (cessation of the period), but both apply similar rules for the interrupting events. It must be noticed that both make no mention about the written notice for performance as interrupting event. The Limitation Convention, however, sets that *„Where the creditor performs, in the State in which the debtor has his place of business and before the expiration of the limitation period, any act, […], which under the law of that State has the effect of recommencing a limitation period, a new limitation period of four years shall commence on the date prescribed by that law."*[48] Thus, pursuant to this provision, the provision of the Hungarian Civil Code is applicable, and the written notice for performance interrupts the period, too.

The DCFR and the Limitation Convention regulate the acknowledgement of debtor as an event which interrupts the running the period and renews it. Pursuant the Limitation Convention: *„Where the debtor, before the expiration of the limitation period, acknowledges in writing his obligation to the creditor,*

[45] DCFR Art. III.-7:304.
[46] DCFR Art. III.-7:305.
[47] DCFR Art. III.-7:306.
[48] Limitation Convention Art. 19.

a new limitation period of four years shall commence to run from the date of such acknowledgement."[49] According to the DCFR: *„If the debtor acknowledges the right, vis-à-vis the creditor, by part payment, payment of interest, giving of security, or in any other manner, a new period of prescription begins to run."*[50] But the Limitation Convention also adds other acts by the debtor which are deemed as acknowledgement: payment of interest or partial performance of an obligation by the debtor.

Taking into consideration the similar manner of the regulation, it is presumed that these acts shall be incorporated to the new Hungarian Civil Code, too.

4.5. General limit of the limitation period

Contrary to the Hungarian Civil Code, the DCFR and the Limitation Conventions set a period of maximum length for the prescription. This general limit is 10 years pursuant to the Limitation Convention and to DCFR as well. DCFR sets an exception to the rights to damages for personal injuries which means 32 years for prescription.

If the Legislature of the new Hungarian Civil Code would not cease the written notice for performance as an interrupting event, it should be worth deliberating to enter a general time limit for prescription. In the case of the time limits for enforcement of claims arising from deficient performance the preclusive period shall be retained by all means.

4.6. Consequences of the expiry of the limitation period

Corresponding to the Hungarian regulation, pursuant to the Limitation Convention the condition for the consequences is the objection of the debtor. *„Expiration of the limitation period shall be taken into consideration in any legal proceedings only if invoked by a party to such proceedings."*[51] The DCFR does not set this rule, it simply says: *„After expiry of the period of prescription the debtor is entitled to refuse performance."*[52]

Both systems of regulation set the rule according to which *„Whatever has been paid or transferred by the debtor in performance of the obligation may not be reclaimed merely because the period of prescription has expired."*[53] This reclaim cannot be asserted in the case if the debtor did not even know that the period has expired when he performed his obligation.

---

[49] Limitation Convention Art. 20.
[50] DCFR Art. III.-7:401.
[51] Limitation Convention Art 24.
[52] DCFR Art. III.-7:501.
[53] DCFR Art. III.-7:501. para. 2.

Both „model" laws accept the rule of the set-off of the expired claim, but put up different condition for that. *„A right in relation to which the period of prescription has expired may nonetheless be set off, unless the debtor has invoked prescription previously or does so within two months of notification of set-off."*[54] *„Notwithstanding the expiration of the limitation period one party may rely on his claim as a defence or for the purpose of set-off against a claim asserted by the other party, provided that in the latter case this may only be done: (a) if both claims relate to the same contract or to several contracts concluded in the course of the same transaction; or (b) if the claims could have been set-off at any time before the expiration of the limitation period."*[55]

The Limitation Convention does not touch upon the prescription of all the other rights of an ancillary nature, but on the obligation to pay interest either the Limitation Convention or the DCFR declares that the expiration of the limitation period with respect to a principal debt shall have the same effect with respect to an obligation to pay interest on the debt, i.e. its period of limitation expires not later than the period for the principal right.

The Limitation Convention excludes liens, mortgages and other security interests in property from its scope, so it does not determine the legal effect of the prescription of the principal right upon the ancillary rights, such as lien (pledge). The DCFR, however, sets rules for the proprietary security in movable assets, and determines the legal effect of prescription upon the pledge. *„A security right can be enforced even if the secured right is prescribed and up to two years after the debtor of the secured right has invoked this prescription as against its creditor."*[56]

V. Conclusions

The new Proposal of the Hungarian Civil Code brings significant amendments in the field of the prescription. A survey of the new provisions, the achievements of the judicial practice and certain model laws on prescription demonstrates that there are still questions which need to be answered before the new Civil Code of Hungary comes into force. The distinction between limitation period and preclusive period is particularly important and it must be cleared even before the judicial practice has formed a standpoint on this subject matter.

[54] DCFR Art. III.-7:503.
[55] Limitation Convention Art 25.
[56] DCFR Art IX.-6:103.

Reka Pustahelji, asistent
Pravnog fakulteta u Miškolcu

Rokovi za ostvarenje potraživanja i vršenje prava: prekluzivni rokovi i rokovi zastarelosti prema Predlogu novog građanskog zakonika Mađarske

Sažetak

Vlada Republike Mađarske je 11. jula 2012. godine Narodnoj skupštini uputila Predlog novog građanskog zakonika. U njemu se predlažu nova pravila o rokovima zastarelosti i prekluzivnim rokovima, s ciljem da se pozitivno pravna regulativa uskladi sa postojećom sudskom praksom, međunarodnim izvorima prava i tradicijom mađarskog privatnog prava. Autor u ovom radu analizira pojedina nova normativna rešenja Predloga koja se tiču zastarelosti i prekluzije, s posebnim osvrtom na pitanje njihove međusobne usklađenosti. Autor komparativnim metodom razmatra i shodne odredbe Nacrta zajedničkih okvirnih pravila (Draft Common Frame of Reference) i Konvencije o zastarelosti potraživanja u oblasti međunarodne kupoprodaje robe, usvojene 1974. godine u Njujorku.

Ključne reči: zastarelost, rok zastarelosti, prekluzivni rok

ODELJAK ZA STUDENTE

Pregledni članak 343.121:351.74
doi:10.5937/zrpfns46-2012

Tijana Žunić, Lawyer Trainee in Novi Sad
Tijana Đukić, Lawyer Trainee in Novi Sad

DEFENCE RIGHTS AND POLICE INVESTIGATION IN THE EU

Abstract: *The abolition of the European borders has benefited a large number of people, allowing ordinary European citizens to move freely around and within the European Union. This, however, means that criminal organizations and terrorist groups have also gained their "paradise". Consequently, European attempts to combat crime had to overcome individual national actions by developing co-operation between the Member States. Police co-operation, as its integral part, was established on the bilateral and multilateral level. Nevertheless, the balance between strengthening of the police powers, on the one hand, and rights of individuals, on the other, has been disturbed. Has the EU overstepped the line and infringed basic human rights and fundamental freedoms, in particular considering right to privacy and defence of suspects? In order to find the answer the authors focused on the development of the police powers alongside the protection of the defendants' rights concerning three levels, i.e. national level of Member States, bilateral co-operation and multilateral co-operation in EU.*

Key words*: EU Criminal Law, the rights of the suspect, bilateral cooperation, Europol.*

INTRODUCTION

The abolition of the European borders has been beneficial for different kinds of people. Consequently, ordinary European citizens have become able to move freely around and within European Union. However, criminal organizations and terrorist groups have gained their "paradise". In that sense, European attempts to combat crime had to overcome individual national actions by devel-

oping co-operation between the Member States. Police co-operation, as its part, was established on the bilateral and multilateral level, with its legal basis settled in articles 87, 88, and 89 of the TFEU[1]. Nevertheless, the balance between strengthening of the police powers, on the one hand, and rights of individuals, on the other, has been disturbed. Does it seem that the EU has overstepped the line and forgotten the famous Kant's proverb: "Justice requires attention to the rights of the defendant as well as to the victim?"

This paper[2] is focused on the development of the police powers alongside the protection of the defendants' rights concerning three levels, such as:

- National level of Member States
- Bilateral co-operation
- Multilateral co-operation in EU

INCREASING POWERS OF THE POLICE ON NATIONAL LEVEL
German example

1.1. Principle of discretionary prosecution-public prosecutor

The trend towards increasing police powers, which started at the national level of individual states, has gathered momentum and is now a phenomenon that exists at the EU level.

Police can use their powers in two ways. One is to launch an investigation upon instructions from public prosecutor, while the other is to prevent the threat on their own initiative.[3] The former has always been part of police investigation under the principle of mandatory prosecution, which dates back to the German Imperial Criminal Procedure Code of 1877,[4] still in effect today. Under the principle of mandatory prosecution initial suspicion is a necessary criterion for starting the investigation and prosecution.[5] In that way criminal law is predictable and it ensures that police do not use their powers for repressive investigations. Giving the advantage to discretionary over mandatory principle significantly changed the role of the police in criminal law. In effect, the entire German criminal law was given a new meaning.

---

[1] Treaty on the Functioning of European Union.

[2] This paper was presented at the meeting held in Brussels May, 2010 before the highly regarded European officials and representatives.

[3] The German Code of Criminal Procedure (hereinafter StPO) Art 163.

[4] German Imperial Criminal Procedure Code, Strafprozessordnung, StPO, Bundesgesetzblatt, Federal Law Gazette; dating from 1877 as promulgated in 1987, April 7th (BGBI .I, 1074, 1319) published in Schonfelder, no 90. Art.152 subs.2.

[5] Peter-Alexis Albrecht, "The Forgotten Freedom", 2003BWV Berlin, p. 88.

By applying the principle of discretionary prosecution, more powers were given to both the public prosecutor and the police. Increasing informal prosecution infringes legal predictability in criminal law. For example, public prosecutor can dismiss the cases which have minor negative consequences and slight culpability if there is no public interest for prosecution. Article 153a of the German Code of Criminal Procedure has extended the powers to drop the case, subject to conditions that impose obligations on the accused. One example would be paying a sum of money to a non-profit institution. In that way prosecutor becomes the judge in preliminary investigation, that is, he becomes the judge in front of the judge.[6] He decides if there is public interest to dismiss the case and what consequences this will have. This has led to a situation in which the same offence, committed by different individuals, may not be prosecuted in the same manner.[7] Discretionary powers of public prosecutor can also be seen in the fact that he can choose in which local court to bring the case, or even to bring the case in front of the district court, although it should be submitted in a local court. Federal Court of Germany did not perceive this to be a violation of the principle of legitimate judge, even though that could mean that the accused would have recourse to fewer avenues of appeal.[8] Imbalance between the powers of the prosecutors and the accused and violation of constitutional principles of independent judiciary is obvious.[9]

1.2. Principle of discretionary prosecution-police

"Strengthening of the police powers" [10] in Germany has been an ongoing process since the 1970s. At the time when the RAF terrorism emerged, police launched the "operative concept of combating criminals". In order to ensure public safety police powers were extended. Their task was no longer investigating single offences, but uncovering dangerous structural networks.[11] For that reason, state police law provided the legal basis for using undercover agents, police monitoring and computer searches. The information obtained in the preliminary phase, long before initial suspicion ever existed, could be used in later proceedings.[12] Furthermore, Criminal procedure law revoked prosecutors' and judges' control over the police who were performing these activities, explaining

[6] Ibid. p.95.
[7] Ibid. p.92.
[8] Mireille Delmas- Marty and J.R. Spencer, European Criminal Procedures, 2002, Cambridge University Press, p. 307.
[9] Peter-Alexis Albrecht, op. cit., p. 95.
[10] Ibid.
[11] Ibid. p. 96.
[12] Ibid.

that as too complicated.[13] Certain procedural guarantees disappeared, for example right to a lawyer, while communication was limited.[14] Federal Supreme Court even allowed admissibility of evidence collected in that way. Moreover, international telecommunications network could be monitored and used in this new scope of police duties.

Police powers were strengthened, while powers of the suspect were disregarded. Better organized and financially stronger police are always one step ahead. In contrast, defence lawyer cannot achieve similar progress due to the fact that reason for the suspicion of the crime is no longer controlled. In our opinion, the only thing defence lawyer can do in that case is to look for procedural irregularities, which is, of course, neither easy nor the best solution, but sometimes the only one.

1.3. Police and defence lawyer

In criminal proceedings, police powers are the strongest during the preparatory stage. While the public prosecutor and the police have the principal role, the judge can only supervise legality of coercive measures, ordered by the public prosecutor.

Although the suspect is guaranteed many significant rights in the German Code of Criminal Procedure, such as right to be heard, right to comment on the evidence, right to remain silent and right to assistance of a lawyer; these rights are in practice violated by the police and not always protected by the Court.[15] Presence of a lawyer at this stage is obligatory only when the judge is interrogating the accused,[16] but is optional when the examination is performed by public prosecutor[17], and is not provided during interrogation conducted by the police.[18] Moreover, when the police are reluctant to provide the arrested with his right to defence counsel he can use the right to remain silent. This is the most familiar right to the general public, unlike the one that states that when the presence of counsel is mandatory, the state will cover the costs[19]. Furthermore, there is obligation to inform the suspect of his right to remain silent, but there is no obligation to inform him of the right to have his costs covered. As a result,

[13] Ibid.

[14] Mireille Delmas- Marty and J.R. Spencer, op. cit., p. 310.

[15] GG Article 103, para 1, StPO163a and 136, StPO137.

[16] StPO168c (1).

[17] StPO168a (2) and 168c.

[18] StPO163a (4).

[19] Dr. Christian Fahl, Article, The Guarantee of Defense Counsel and the Exclusionary Rules on Evidence in Criminal Proceedings in Germany, June 2007,page no 1060, available at http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol08No11/PDF_Vol_08_No_11_1053-1067_Articles_Fahl.pdf

the suspect may sometimes agree to be examined without presence of a lawyer, thereby making the position of the defence vulnerable. The police are aware that it is easier to extract a confession without the presence of a lawyer, so they try to obtain the first interview alone with the suspect. The police practice, not to help the accused unless they have to, is obvious. The case, in which an Italian citizen was taken into custody by the police, on suspicion of committing murder in Hamburg, confirms that. He was informed of the possibility to use the assistance of a lawyer, but as he could not understand German, and he could not find a lawyer that spoke Italian, eventually he confessed to the police. Later, it was proven that police knew a lawyer who spoke Italian, but they concealed that from the suspect, in order to obtain the confession. [20]

Another problem is that there is no rule in German law which stipulates that evidence obtained unlawfully cannot be used in the proceedings.[21] Although there are rules in German Criminal Procedure Code for excluding evidence,[22] leading opinion in Germany is that too many restrictions make their use impossible. For example, taking blood samples is allowed without the suspect's consent, if that is necessary for the proceedings, on condition that such action does not violate his health and that blood is taken by a physician.[23] On the contrary, Federal Court of Justice, in its early decision, ruled that evidence which is obtained by assistant doctor, who is not yet a legally qualified physician, can be used in court.[24] The result is that blood samples are of the same quality, even though they have not been taken by a physician. There are other examples that illustrate discrepancies. For instance, the law stipulates that searches can be conducted only if they are ordered by judge or public prosecutor.[25] However, in 1989 the Court ruled that evidence collected without judge's permission can be used in the proceedings, because object of proof was as good as the others.[26]

Article 136a sets out a list of methods that cannot be used. Those include "ill-treatment", "induced fatigue," "administration of drugs", "torment", "deception" and so forth, but sometimes it is hard to distinguish what is legal and what is illegal under this article[27]. For example, is it illegal to use confession, obtained after more than 20 hours of interrogation, or to keep heavy smoker away from cigarettes? These are only some examples, which highlight strong

[20] Ibid.

[21] Ibid.

[22] For example statement of witness who has not been informed of his right to silence, StPO Articles 52 to 55.

[23] StPO Art 81(1).

[24] Dr. Christian Fahl, op.cit., p.1062.

[25] StPO Art 105 (1).

[26] Dr. Christian Fahl, op.cit., p.1061.

[27] Ibid. p. 1063

powers of the police and their great influence on the court. While they are interrogating the accused, the police are walking a thin law line. In order to obtain a confession, they do not choose the means. To avoid dismissing the case, the Court is willing to accept evidence collected in that way. Once again, that does not go in favour of defence lawyer.

On the one hand, defence lawyer cannot fight against army of police powers shown in using advanced methods of investigation, such as the above mentioned undercover investigations. On the other hand, we can see that police are given a lot of discretion when they are conducting interrogation without the presence of the lawyer.

1.4. ECtHR ruling on the use of the police methods in investigations

This imbalance of police powers has been reaffirmed in a number of ECtHR cases. The court provides the proof that the police do not respect the fundamental rights established in ECHR and Universal Declaration. Although ECtHR has formed the opinion that the use of undercover agents, telephone taps and other advanced methods of combating serious organized crimes is sometimes necessary, the right to a fair trial and the right to privacy are undoubtedly infringed.[28] Furthermore, ECtHR's task is not to determine whether some evidence has been collected unlawfully under the national law, but to examine influence of this "unlawfulness" on infringement of some other rights protected by the Convention.[29] The problem of controlling police when they are involved in secret operations and the status of evidence collected in that way is highlighted in the case Malinias v Lithuania.[30] The existence of instigation to commit a criminal act[31] shows how hard it is to control legality of police actions in secret investigations. Clear lack of equality in the adversarial process is immediately obvious in the use of the evidence obtained through secret operations against the accused that was not given the opportunity to comment on the evi-

[28] ECtHR case Perry v United Kingdom application no.63737/00, 2003, Mr. Perry, who was suspected of robbery, was covertly filmed by custody camera in police station. Court found that there was infringement of right of privacy by using tape for purpose of identification and showing it at the hearing.

[29] Lijana Stariene," The Limits of the Use of Undercover Agents and the Right to a Fair Trial under the Article 6(1) of ECHR", page no 272, available under www.mruni.eu/en/mokslo_darbai/jurisprudencija/archyvas/dwn.php? id. Ramanauskas v. Lithuania, § 52; Gafgen v. Germany, § 97; Khan v., § 34; P. G. and J. H. v. United Kingdom,

no. 44787/98, § 76, ECHR 2001-IX.

[30] ECtHR case no 10071/04, Malinias v Lithuania.

[31] Agent provocateur was intensively offering significant amount of money for the supply of large amount of drugs. In these cases it was proven that imitative was always coming from agent provocateur.

dence[32]. In the case of Edwards and Lewis v United Kingdom,[33] in which applicants were arrested for committing crimes of drug traffic and money counterfeiting, prosecution based its charge on the grounds of secret information, which only the judge could examine. The same problems arise when using telephone taps. The right of the witness who wants to remain anonymous has to be respected, but in that way procedural right of the defendant to question the witness is infringed.[34]

While it is true that some defendants obtain justice in front of the ECtHR, that still does not imply the proper balance of powers, which should be ensured in pre-trial period and during the trial itself. The defendant's lawyer should be present during the interrogation of the accused by the police. A similar opinion was given by German government in the so-called consensual procedure. More involvement of defence counsel in preliminary phrase and his right to access the evidence will reduce its potential exclusion at the trial.[35] When rights of defence counsel, as representative of the suspect, are properly secured there is less concern that the rights of the defendant would be violated. In that sense, they should be put on the same level as the rest of the trial participants.[36]

2. BILATERAL POLICE COOPERATION BETWEEN THE MEMBER STATES

Progress in the police investigation is not only present at the national level. Everything that has been prepared there has advanced at the European level with an even greater force.[37]

2.1. Horizontal and vertical cooperation

In 1985 following political agreement between the governments of the Benelux Economic Union, Schengen Agreement[38] which abolished checks at their common borders, was concluded[39]. The next step was made with CISA which simplified police cooperation and mutual assistance, allowing further bilateral agreements between states which have common borders. After that a

[32] Lijana Stariene, op.cit. p.280.

[33] ECtHR case, applications nos.39647/98 and 40461/98, 2004, Edwards and Lewis v. United Kingdom.

[34] Lijana Stariene, op.cit., p. 276.

[35] Peter-Alexis Albrecht, "The Forgotten Freedom" , 2003BWV Berlin, p. 130.

[36] Ibid. p.128.

[37] Ibid. p.100

[38] Available at OJ 2000, L 239/13.

[39] Andre Klip, European criminal law, 2009: 1st edition, Antwerp-Oxford-Portland, p. 317.

number of Conventions, Joint Actions, Recommendations, Resolutions, and Framework Decisions were adopted and amended. The most important document which regulates various forms of police cooperation is EU Mutual Assistance Convention.[40]

In order to comply with their obligations to combat crimes under the Treaties, Member States (MS) sometimes must seek the cooperation of other Member States. As in every field of European Law, the principle of sincere cooperation is applicable in criminal law. For the same reason, securing Union interest in criminal matters, the Commission is entitled to supervise the Member States; it can request certain information from them, but also has to supply available information to them. There are two possible forms of bilateral co-operation between the Member States in fighting crime. Horizontal co-operation is between the law enforcement authorities of two MS, while vertical co-operation is between the MS and the Commission.

2.2. Horizontal cooperation

Following from the general obligation of police authorities to assist each other, established in CISA as well as in EU Mutual assistance Convention, various methods of collecting evidence, exchanging information, building the skills and expertise, and building liaisons, were established or improved. Cross-border surveillance, covert investigation, joint investigation teams were regulated. In all these forms of cooperation, authorities use different models such as: the request model, mutual recognition model and availability model. The first and the last are the most important for police authorities. Under Article 4 of EU Mutual Assistance Convention, requested Member State which is executing the request must comply with the formalities and procedures expressly indicated by the requesting Member State. The aim is to facilitate the use of information which acts as evidence in the proceedings in the requesting MS. The problem arises when both countries, which have started proceedings and collected some evidence, need mutual assistance from each other, but each state has different rules for obtaining and using the evidence. These rules are based on conflicting balance of State's right to punish offenders and the fundamental right of individuals.[41] Evidence which is not compatible with the rules of the issuing states will be proclaimed inadmissible in criminal proceedings. That situation hardly ever goes in favour of the accused. One possibility is that procedure will be terminated due to the lack of

[40] EU Mutual Assistance Convention from 29 May 2000, available at OJ,12/07/ 2000, C197.

[41] Professor Dr h.c.mult. Bernd Schunemann, EURODEFENSOR, Balanced concept of criminal procedure inspired by the concept of the rule of law in Europe, page no 2, available at http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/eurodefensor en.pdf

evidence and it will be assumed that the acquitted will never obtain opportunity to prove that he would have been released even if he had stood trial. The other is that the procedure continues, but it will be really compromised.

On the other hand, sometimes it is hard for an individual to conclude which is the requesting and which is the requested state. That can violate human rights without recourse to judicial protection, not only under national law of individual states involved but also under ECHR. In the case Chinoy against the United Kingdom,[42] ECtHR ruled that the applicant's allegation of illegal use of tape records in France by the USA undercover agents in proceedings in the UK was invalid. The reason was that the applicant appealed against the wrong state, in this case the UK. The unanswered question was: would his rights have been better secured if he had appealed against France, or maybe both countries, taking the risk of not exhausting all domestic remedies in both countries? However, we can see from this case that the English court accepted evidence which was obtained unlawfully under the French law, explaining that it is not under the English jurisdiction how French police authorities obtained evidence. In that sense, the court showed lack of sensibility and understanding of rules in other legal systems, and also breached the reliability principle[43]. Furthermore, even though evidence which was obtained under the foreign law, but in compliance with domestic principle, could not be accepted. Scottish court in the case of HM Advocate v. McKay ruled that sometimes irregularities can be excused and evidence admitted[44]. Again, legal predictability is lacking.

Above all, the request model has been shown to be very slow. Procedure under the request model is too complicated and is not suited for modern condition police cooperation. Proposal was given under the European Evidence Warrant,[45] which is based on the mutual recognition of evidence. Article 4 regulates that EEW will be used for evidence which is already in the possession of the issuing state and which is not on the list,[46] for the other evidence "old" request model will be applied. Although EEW has not entered into force yet, it is obvious that some changes are necessary.

Moreover, constant extension of the police powers has been proven with the availability mode, which has been established in Prum Treaty by several states. This model has been successful in transposing some provisions from the treaty

[4242] Andre Klip, European criminal law, 2009: 1st edition, Antwerp-Oxford-Portland, page no 378, EComHR, 4 September 1991, Chinoy v. United Kingdom, 15199/89, unpublished.

[43] Ilias Bantekas and Susan Nash, "International Criminal Law", second edition, first published in Great Britain 2003, by Chavendish Publishing Limited, London, p. 246.

[44] Ibid. p. 247.

[45] European Evidence Warrant, OJ L 350, 30/12/2008, p 72.

[46] European Evidence Warrant, OJ L 350, 30/12/2008, p 72, article 4, has establish exhausting list when evidence cannot be used.

into Decision 2008/615 on Stepping up Cross-border Cooperation.[47] The principle of availability is explained: "This means that a law enforcement officer in one Member State of the Union who needs information in order to carry out his duties can obtain it from another Member State and that the law enforcement authorities in the Member State that hold this information will make it available for the declared purpose."[48] The main idea is to present on line check in databases for comparison and automated transfer of DNA material, fingerprints, vehicle registration data and similar; information may be used for preventing terrorist offences, but also for immediate investigatory purpose. The advantage of this model is that system of cooperation can be more efficient. Request is not necessary and there is no need to wait for the reply. On the other hand, a lot of debates have taken place about protection of the accused rights, especially data protection and right to privacy. So far, agreements have been regulated so that information may be exchanged between member-states under certain conditions; however the "principle of availability", now gaining ground, assumes that entire data sets may be forwarded without restrictions and without approval of the court[49]. Information has to be submitted simply because it is available.

In order to make the system functional, Member States have to establish DNA data bases, but it has not been specified what kind of data would be included, from which people? Might some countries collect DNA data not only from people convicted of serious crimes, but also from people who are suspects? Can we say that this is legal? In my opinion, it is a violation of human rights, considering especially how much damage can arise from a situation where someone is wrongly suspected. People often remain stigmatized by the crimes that they may not have committed. On the other hand, one might question where the limits of this model are. As individuals cannot say no to send their data, and legal remedies are not provided, it is clear that their rights are infringed.[50] Moreover, it is still not unequivocal whether this model will enable requesting state to gather data from other countries, which it is not allowed to gather under its national law.[51] That would give the police authority to go beyond its national law and would

[47] Council decision 2008/615/JHA of 23 Jun 2008 on stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, available at OJ L 210, 6/8/2008.

[48] Council decision 2008/615/JHA of 23 Jun 2008 on stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, available at OJ L 210, 6/8/2008, (4), and also Andre Klip, European criminal law, 2009: 1st edition, Antwerp-Oxford-Portland, page no 354.

[49] Christine Wicht, More security at any price, The Stockholm Program of the European Union, 24/03/2010,first published in Blätter fur deutsche und international Politik 3/2010 available at http://www.eurozine.com/articles/2010-03-24-wicht-en.html

[50] Andre Klip, op.cit., p.354.

[51] Valsamis Mitsilegas, EU Criminal Law, 2009: 1st edition, Hart Publishing Ltd, Oxford, p. 262.

infringe legal certainty. The question is what will prevail, the security and privacy of the individuals or the interest of the states? It is easy to conclude that exchange of this information will help police officers, but the price may be too high. The easy flow of, for example, data on bank accounts seriously infringes people's privacy. A consequence of automated transfer of material is that there is no control of condition under which data is transferred. In that sense legality of the information exchanged is questionable.

Once again it has been shown that criminal law has become ambiguous. Progress has been made only on one side. General opinion of the lack of protection of defence rights is present among lawyers, academics and professors. An individual's rights are not only violated during the investigation, exchange of data, but also during the trial, which is consequence of different rules for obtaining evidence. As has already been shown EEW is not an adequate solution. New methods for gathering and admissibility of evidence have to be established. Evidence collected under the EU rules has to be admitted as relevant. There are two possibilities for achieving this. One is greater harmonization of laws in pre-investigation phrase. Legal predictability and equality will be best secured in that way, but this seems very hard to achieve. A second possibility is represented in EEW, and that is mutual recognition of evidence. This would mean that all evidence which is collected lawfully under the national law of one state must be admitted in the proceedings of the other state. The problem which has already been mentioned is that different rules for obtaining evidence[52] will lead to unequal standard for national cases and non national cases. Considering the abovementioned, the best solution might be a compromise. Therefore, imposing certain minimum rules or standards that have to be achieved for recognition of evidence, seems to be the right solution.

On the other hand, by establishing an institution such as EURODEFENSOR, greater balance would be achieved between the prosecution and defence. This was proposed in Alternative Project of Penal European Prosecution and further elaborated in European Programme of Criminal Law and Procedure. It would be financed by the EU, be independent and consist of two separate departments. One is the Legal Protection Department, which would be responsible for protecting the accused at the early, necessarily domestic, stage of the investigation and the other is the Support Department which would establish contact with defence counsel, coordinate defence and make information and financial resources available.[53]

[52] In some countries, suspected has rights to access to defense Council in 24h, upon his arrest by police, but in some others there is no such obligatory. If person is arrested by police of second mentioned country, and interrogated under their rules, judge of first mentioned country has to accept such evidence.

[53] Professor Dr h.c.mult. Bernd Schünemann, EURODEFENSOR, op.cit. p.15.

3. CONCEPT OF MULTILATERAL CO-OPERATION WITHIN EU

Multilateral co-operation is the most successful European integration in the area of crime investigation. This unique type of co-operation and enforcement "does not necessarily or exclusively serve the interest of a specific EU Member State".[54] Its features are quite different in comparison to other kinds of co-operation within the EU, bilateral co-operation. As it has been presented in the first part of the paper, the bilateral co-operation between the law enforcement authorities is based on the need of one Member State, on the one hand, and the ability of another to assist it, on the other. However, the former state will maintain the control over the process.[55]

On the contrary, in multilateral co-operation we can distinguish various procedures which could be initiated in the different ways depending on the MS role. Moreover, we usually cannot even recognize in which country's favour multilateral cooperation is initiated. Even if we have a case where the existence of a crime is clear, multilateral co-operation would have an aim to clarify the roles of the individuals involved and decide in which MS the proceedings will take place. Nonetheless, these decisions will not be made by a single Member State, but by their representatives in the bodies of multilateral cooperation. Multilateral co-operation, as such, is formed on three levels[56]:

1. Police level
2. Prosecutorial level
3. Level of judges and courts

In this paper the focus will be only on the police level and its foremost part, Intelligence centre for strategic analysis-EUROPOL.

3.1. EUROPOL: Intelligence Centre for Strategic Analysis

3.1.1. History of Europol

"It is interesting to analyze the creation of Europol, having emerged as a new plant in the international law enforcement garden after a long and difficult germination period." [57]

The creation of Europol was characterized by constant battle between two approaches. The former one was centralizing approach regarding Europol as a

[54] Andre Klip, op.cit, p.383.
[55] Ibid.
[56] Ibid. p. 384.
[57] Treaty enforcement and international cooperation in criminal matters: with special reference to the Chemical Weapons Convention, Rodrigo Yepes-Enriquez, Lisa Woollomes Tabassi, Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons, Cambridge University Press, 2002, page 285.

central, Union police force overseeing national police forces. The letter approach was more "intergovernmental" where the role of Europol was intended to be solely to enhance cooperation and coordination between police forces. The first aspect was strongly put forward in '80s and '90s with an idea of creating the "European FBI". However, the unsolved questions such as how many and what kind of powers should be given to Europol encountered strong resistance from a number of MS. The idea of European FBI remained far-fetched. Finally, a compromise was found. The basis for the Europol establishment was set for the first time in the Treaty on European Union in 1992. In 1994 Europol started only limited operations in the sphere of drug-related crimes as Europol Drugs Unit. The Europol Convention was signed a short time later, and came into force in 1998 followed by further Protocols. These legal acts have gradually widened the competences of the Europol. In 2002, the mandate of Europol was extended to deal with all serious forms of international crime listed in the Annex to the Europol Convention, which included terrorism and currency counterfeiting, racism and xenophobia, racketing and extortion…This process gathered momentum and culminated when Europol gained the most significant competencies on 6th of April 2009. As of this date Europol became an EU body, as it was adopted in the Decision[58] by the Council of the EU, Justice and Home Affairs, in Luxembourg. This Decision abounded with some fundamental differences:

- "Communitarisation" of Europol and move away from the "intergovernmental" concept
- Europol acquired a stronger mandate and new capabilities to fight international serious crime and terrorism and became able to assist investigations against serious crimes (for example: serious killer who was convicted of crimes in two or more MS)-not necessarily "organized crime"
- Europol has become a formal EU agency
- As a body of EU it will get its finances from the budget of the EU
- The opportunity to cooperate with third partners-Europol will be able to widen its sources of information because it can receive information from private parties
- Since legal instrument which regulates the work of Europol is no longer the Convention but the Decision, national parliaments have weaker control.

The Lisbon Treaty has increased responsibility of Europol, in order to establish more effective internal security within the EU. In that sense, the Director of Europol says: "This is a time of great opportunity for Europol and police cooperation in the EU. We will use this period of reform to our mandate and

[58] COUNCIL DECISION of 6 April 2009 establishing the European Police Office (Europol) (2009/371/JHA), Official Journal of the European Union L 121/37, 15.5.2009.

capabilities, and the opportunities afforded by the Lisbon Treaty, to establish Europol as the criminal information hub and principal operational support centre in the EU. Working in support of our Member States we are determined to play a major role in making Europe safer."[59] It is important to acknowledge that even though Europol has wider competences after these changes, it still cannot be regarded as a federal police since there is no possibility to ”carry out any operational activity in the territories of the MS since it does not enjoy autonomous law enforcement powers.” [60]

Since this brief analysis has shown in which direction the development of Europol is going, in the context of the defence rights, one crucial question remains: Are these increased competences in compliance with the available defence protection? Is there a good balance between security of the EU citizens, on the one hand, and restriction imposed on rights of the individual person, on the other?

This raises some concerns relating to Europol which will be presented after each analysis of the relevant issues explaining the work of Europol.

3.1.2. Objective and tasks

The Europol Decision (article 3)[61] stipulates that Europol shall strengthen cooperation between Member States in preventing and fighting organized crime, terrorism and other forms of serious crime when they affect two or more Member States. These objectives are to be achieved by fulfilling the tasks outlined in article 5 of the Decision. Europol has to facilitate the exchange of information between MS and also collect, store, process, and analyze the relevant information. It has an obligation to inform national authorities of any information concerning them and help the national investigation teams by forwarding the information. Europol may even ask MS to initiate, conduct or coordinate the investigation and to suggest the setting up of joint investigation teams. As been already acknowledged, Europol does not have executive powers, but, in some sense, it can be seen as partially operational already. “It also has powers to participate in joint investigation teams, something that in practice means that Europol officer may operate in the territory of a MS. In this context, the line between assisting and operating may be rather blurred.”

---

[59] http://www.europol.europa.eu/index.asp?page=news&news=pr100105.htm, visited on 24th of April, 2010.

[60] Maria Fletcher and Robin Loof with Bill Gilmore, EU Criminal Law and Justice, 2008: first edition, Edward Elgar Publishing Limited.

[61] COUNCIL DECISION of 6 April 2009 establishing the European Police Office (Europol) (2009/371/JHA), Official Journal of the European Union L 121/37, 15.5.2009.

3.1.3. Mandate

The Europol's mandate has been expanded to include serious international crime in a broad sense, even in the stages where there is merely reasonable ground to believe. According to article 4 of the Council Decision its competences include crimes which have to meet a number of conditions:

1. Organized crime, terrorism and other forms of international crime listed in the Annex to the Decision
2. Involved in two or more Member States
3. The crime requires a common approach
4. Scale, significance and consequences of the offences.

"Europol is entitled to deal with 32 crimes which are subject to "fast-tracking" under the European arrest warrant and shall become more "operational" by being part of joint investigation teams. Thus, the mandate of Europol is no longer restricted to organized crime."[62] Moreover, Europol has a right to support a MS in organizing an international event with a public order policy impact.

In other words, Europol does not deal with minor crimes but with serious, transnational, organized crimes with European dimension. Competences of Europol go even further than that, considering the article 4(3) of the Decision. Those are related to criminal offences committed to procure the means of perpetrating acts in respect of which Europol is competent, in order to facilitate or carry out acts in respect of which Europol is competent or to ensure the impunity of act. Some of the crimes which are under Europol competences are defined in certain international or European legal instruments, since there are references to those instruments in the Annex to the Europol Decision. According to some authors, this is a safe mechanism since the Europol does not work on the same legal background as on the national level of Member States.[63] **However, in the opinion of the writers of this text, a person could notice that the respect for the principle of legality, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege,* could be ostensible here.** It could be seen that the list of other forms of serious crimes which Europol is competent to deal with, consists of solely listed names of crimes. As it has been mentioned above, some of them refer to the international conventions (for example, Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, signed in Strasbourg on 8 November 1990). **However, there are also crimes without definition, which means that police investigation (where the bulk of the evidences could be collected) based on the multilateral cooperation would be performed without knowing actual elements of the**

[62] Elspeth Guild, Florian Geyer, Security versus justice: police and judicial cooperation in the European Union, 2008: 1st edition, Ashgate Publishing, Ltd, p. 26.

[63] Andre Klip, op. cit., p. 390.

crime. Some authors agree with this statement: "Although the Europol Convention defined the crimes which Europol was initially competent to deal with, none of the crimes over which Europol has subsequently gained competence has been defined."[64] The solution in Annex is given in this way: "The forms of crime referred to in Article 4 and in this Annex shall be assessed by the competent authorities of the Member States in accordance with the law of the Member States to which they belong.[65] **Principle of legality is weakened since we do not have incrimination on the European level. Even in the cases where some description is given it is still vague and broad.** However, this has not yet proved to be a significant problem since Europol only assists national investigations. In that sense, **if Europol continues to develop in the same direction and acquires law enforcement powers in the future, this issue could cause more problems.** Some authors suggest that if Europol gains law enforcement powers and becomes close to the concept of federal police, EU would need its own Criminal Code. In any case, it would be better to have a clear picture of where the limits of Europol competences are. Otherwise the legal protection of individuals seems to be weak.

3.1.4. Relations between Europol and Member States

In order to achieve efficiency, every MS has to establish a national unit, the only liaison body between Europol and the national authorities. According to Article 8, these national units are to be responsible for carrying out the tasks of Europol. There can be no direct contact between MS competent authorities and Europol. It always has to go via the national units. "The national units and Europol are to supply each other mutually with information and respond to request."[66] Each national unit sends at least one liaison officer to Europol seat in Hague, who will represent interests of his MS. Liaison officers will assist in the exchange of information between their national unit and Europol, and they must give advice with regard to the analysis exchanged.[67]

3.1.5. Computerized system of collected information

Europol has established a three part system of the collected information:

1. information system (the so-called Europol Information System)
2. analysis work files (AWFs)

---

[64] Steve Peers, Europol: The final step in creation of an "Investigative and Operational" European Police Force, 2007, Statewatch analysis.

[65] COUNCIL DECISION of 6 April 2009 establishing the European Police Office (Europol) (2009/371/JHA), Official Journal of the European Union L 121/37, 15.5.2009.

[66] Andre Klip, op.cit, p. 390.

[67] Ibid. p. 391.

3. index system.[68]

A) The Information system is the section where the national units and the liaison officers can directly enter data and from which they can directly extract data. That means that not every police or other law enforcement authority of the MS has access to the information system. It contains information which is a direct input of the Europol national units and liaison officers, as well as data which Europol itself inserted directly. The full range of data is only accessible via the liaison officers. This information system is tightly controlled and closed, since consequences of easy excess to it could be very dangerous-for example, it could warn people involved in criminal activity or put undercover officers or potential witnesses at risk. In the article 12 we can find three types of persons whose data could be inputted:

1. Persons ***suspected*** of having committed or having taken part in a criminal offence within the competence of EUROPOL
2. Persons who have been ***convicted*** of such an offence
3. Persons regarding whom there is ***justified and reasonable concern to believe*** that they will commit a criminal offence within the competence of Europol.

However, all data must contain a reference which indicates whether the data were provided by a third party or are the result of the Europol's own analysis.

The problematic issue here concerns exchange of data on persons for whom there are grounds for presuming that they will commit criminal offence (article 12 (b)). It has been stated by some authors that this provision is particularly dangerous with respect to rights of individuals, especially because of the question of how law enforcement agencies will decide that this is the case and whether the information processed by Europol results from unregulated policing methods[69]. These questions remain unanswered. This expression is too vague and ill-defined.

B) The Analysis work files system has purpose to analyze data which exist in the information system as well as much wider information. It does not concern only person mentioned in article 12 but also persons who could be used as witnesses in future proceedings, persons for whom there is a reason to believe that they could be victims in the future, or any other person who could provide useful information for the offence. As far as liaison officers are concerned, their right to access the work files is based upon the "need to know"

[68] Article 10 of the COUNCIL DECISION of 6 April 2009 establishing the European Police Office (Europol) (2009/371/JHA), Official Journal of the European Union L 121/37, 15.5.2009.

[69] Valsamis Mitsilegas, EU Criminal Law, 2009: 1st edition, Hart Publishing Ltd, Oxford, page 186.

[69] Andre Klip, op.cit. p. 395.

principle, which means that they have to give sufficient reasons for participating in the analysis.

C) Index to the Analysis work files system is created for the data stored in the analysis work files. These indexes have to be created in a way to be clear to a person using them, as to whether they contain relevant data. In other words, liaison officers should be able to decide whether the case affects their country from the index description.

It has been stipulated that Europol can use this data only for the performance of its tasks and for the crimes under the scope of its competence. These systems are tightly closed and "the principle of availability is definitely not applicable to the flow of information from Europol".[70] **Even though there is a limited access, some authors claim that the potentials of Europol are rather sparsely used, since in reality it does not have as much information as it is supposed to contain.** One explanation is that law enforcement authorities are reluctant to give all the information to Europol since that could lead to the success of another foreign entity, after all the work that has been previously done by someone else. "There is a little of enthusiasm to supply the information which will lead to seizure, arrest and prosecution in another Member State, when most of investigating work has been done at home."[71] The other reason could be the fact that MS do not have enough confidence in Europol. Even outside the EU there have been statements which show distrust of Europol's information system.[72]

This analysis of Europol information systems has been down with the aim of showing how deep they could go into the privacy of the individual and to show the lack of the means of protection and remedies which are offered to an individual.

3.1.6. Judicial and Political Accountability

One of the most controversial issues in the development of Europol is the matter of judicial control. There has been constant refusal by some Member States to accept ECJ involvement. However, the problem of preliminary ruling procedure dates back to when Europol Convention was in force. Since it is sub-

[70] Ibid. p. 392.

[71] Ibid. See also Maria Fletcher and Robin Loof with Bill Gilmore, EU Criminal Law and Justice, 2008: first edition, Edward Elgar Publishing Limited.

[71] COUNCIL DECISION of 6 April 2009 establishing the European Police Office (Europol).

[72] FBI has stated: "Uncertainty and even distrust concerning the information/law enforcement intelligence process applied by Europol among the law enforcement community in the US" found in "Europol-USA agreement: Was it really needed?" Statewatch News online, July 2001:http://www.statewatch.org/news/2006/jul/01europol-usa.htm.

stituted with the Europol Decision, it is logical to presume that ECJ will have competences to interpret it. The Preamble of the Decision says that "judicial control will be exercised in accordance with article 35 of the TEU." However, in some opinions it seems this reference will not introduce any major changes to the current status quo[73], due to the possibility for the MS to opt out of the ECJ jurisdiction on preliminary ruling (for example: UK).

On the other hand, political control performed by national parliaments is weakened since Europol Decision is the Council decision. However, since Europol will be financed from the EU budget European Parliament will have more significant control over it.

Nonetheless, critical issue of ECJ having no competences to protect the rights of individuals has to be emphasized. Some kind of accountability is ensured through national legal systems since every state which is responsible for the erroneous data inputted in Europol data base is liable for damages. Some authors stress that even the protection by national courts is limited since they are subordinate to the Joint Supervisory Body, "to the inviolability of Europol archives as well as to the immunity of Europol's officers."[74] However, the problem of the lack of protection on the EU level remains huge because "any individual who is affected by such a misuse cannot appeal to the ECJ due to the lack of legal competences."[75]

The following issue is about Joining Supervisory Body, described in Article 33 of the Decision. There was controversy between some states during the negotiations with Germany favouring a judicial type and France insisting on a purely administrative type. Regardless of what model is used, forming a JSB as an independent body is a key to accountability. Even though article 33 prescribes that MS will appoint its representatives who will constitute this body, there have been suggestions that "the power to select the members of the JSB to the European Parliament would be a significant step towards ensuring democratic accountability for Europol."[76]

It can be concluded that the powers of Europol continue to expand in response to cross-border crimes. However, that does not justify restrictions on the rights of individuals and lack of political and judicial accountability. Furthermore, greater transparency will be helpful since it would increase public knowledge of its operations and a greater willingness to accept the expansion of its

[73] Mitsilegas, EU Criminal Law, 2009: 1st edition, Hart Publishing Ltd, Oxford, p. 184.

[74] Elspeth Guild, Florian Geyer, Security versus justice?: police and judicial cooperation in the European Union, 2008: 1st edition, Ashgate Publishing, Ltd, p. 26.

[75] Ibid.

[76] http://www.justice.org.uk, Justice, UK's legal and human rights organization, visited on 24th of April, 2010.

powers. In any case, better organization of Europol will be able to resist the transnational crime exploitation.

3.1.7. The future of Europol alongside the future of the rights of individuals

Since European Decision and Lisbon Treaty have introduced a lot of changes concerning Europol, the question is: whether those changes imposed measures for sufficient protection of the rights of individual?

Almost all authors agree on the one thing-this widening of powers has not been accompanied with major amendments in privacy framework. "What new safeguards are proposed to ensure the accountability of these new 'operational and investigatory powers'? None. There is no reference to national parliaments, no enhancement of supervision by the European Parliament, and no strengthening of the data protection regime, apart from the creation of a Data Protection Officer within Europol."[77]

Extending Europol's powers to collect, exchange and analyze a wide range of personal date, on the one hand, while not securing enough safeguards, on the other hand (which is what happened in the new Europol Decision) is not acceptable.[78] "The expansion of Europol's powers poses great challenges for the protection of human rights in the EU, in particular privacy. In the light of these challenges, the adequacy of the current legislative framework governing Europol in terms of privacy protection, judicial control, transparency and accountability remains questionable."[79]

In our opinion, the best solution at present would be to use all the potential of Europol within existing legal framework instead of constant widening of its powers. On the other hand, the balance which has been disturbed has to be restored again, by introducing better protection of individual privacy and human rights.

CONCLUSION

It is important to note that procedural safeguards and defence rights do not start with the proceedings before the court, but have to be respected during the investigation, in the pre-trial period, as well. This fact must not be forgotten on the national level, as well as on the European level when Europol, joint investigation teams and other forms of cooperation are concerned.

---

[77] Steve Peers, Human Rights Centre, University of Essex, Europol: The final step in the creation of the "Investigative and Operational" European Police Force, Statewatch ISSN 1756-851X.

[78] Valsamis Mitsilegas, op.cit. p.186.

[79] Ibid. p.187.

From the analysis above, it could be concluded that the defence rights have to be set in such a way that they offer efficient protection of the individual both, on the theoretical and empirical level. In our opinion, it seems that EU fails on both levels at the moment. In that sense, some changes have to be introduced in order to address this problem.

Choosing between different solutions given by various authors, creation of the institution, such as EURODEFENSOR, would be sufficient progress. "This model has the decisive advantage of matching an institutionally strengthened prosecution by an equally powerful institutionalized defence body."[80] The way we see its possible function, it would be active in the cases of serious crimes with cross-border element. EURODEFENSOR would monitor and ensure the respect for the rights of the accused in cases where Eurojust is active and no defence council is involved yet.

Finally, the crucial point is to preserve the fundamental values which present the basis on which the Member States and the EU are settled. Fight against crime has to be taken seriously, but not at the expense of human rights, rule of law and democracy.

[80] Professor Dr.Dr.h.c.mult. Bernd Schunemann, EURODEFENSOR, op.cit. p.15.

Tijana Žunić, advokatski pripravnik u Novom Sadu
Tijana Đukić, advokatski pripravnik u Novom Sadu

Prava osumnjičenog i policijska saradnja u Evropskoj Uniji

Sažetak

Ukidanje granica u Evropskoj Uniji donelo je mnoge beneficije običnim evropskim građanima omogućivši slobodno kretanje ljudi, robe, kapitala i usluga. Sa druge strane, takve promene pogodovale su i raznim kriminalnim i terorističkim organizacijama. U tom smislu, borba protiv organizovanog kriminala sa nacionalnog nivoa morala je da pređe na viši nivo, bilateralnu i multilateralnu saradnju država članica EU. U pokušajima da suzbiju razgranati kriminal države članice su uvodile različite mere u okviru svoje novooformljene saradnje, naročito u sferi pretkrivičnog postupka i istrage. To je dovelo do problema narušenog balansa između zaštite prava osumnjičenog lica, sa jedne strane i ovlašćenja organa unutrašnjih poslova, sa druge. Postavlja se pitanje da li je Evropska Unija zaboravila na temelje Evropske civilizacije, ljudska prava i slobode, duboko zadirući u privatnost i pravo na odbranu osumnjičenog. Odgovarajući na isto autori ovog rada su predstavili razvoj i jačanje policijskih ovlašćenja na tri nivoa, a u kontekstu prava pojedinca. Prvi deo rada odnosi se na analizu ovog problema na nacionalnom nivou pojedinih država članica. Drugi deo objašnjava bilateralnu kooperaciju država članica, dok se treći deo fokusira na najvažniji vid multilateralne saradnje, Europol i njegove nedostatke.

Ključne reči: Evropsko krivično pravo, prava osumnjičenog lica, bilateralna saradnja, EVROPOL.