

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



ZBORNIK RADOVA

COLLECTED PAPERS

XLVII 1 (2013)

NOVI SAD, 2013.

ZRPFNS, Godina XLVII Novi Sad, br. 1 (2013)

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 Pupiće (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 Čorić, 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: 200 primeraka

SADRŽAJ

<i>Dr Ranko Keča, redovni profesor</i> O oročavanju radnji suda u parničnom postupku	9
<i>Dr Đorđe Popov, redovni profesor</i> Uticaj tranzicije na stanje privrede Srbije	25
<i>Dr Srđan Šarkiće, redovni profesor</i> Pravni položaj carigradskog Senata	47
<i>Dr Rodoljub Etinski, redovni profesor</i> Indirektna diskriminacija u sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava	57
<i>Dr Zoran Arsić, redovni profesor</i> Ambalaža – imovinskopравни i ekološki aspekti	73
<i>Dr Dragan Milkov, redovni profesor</i> Povodom nacrtu Zakona o opštem upravnom postupku – Korak napred ili deset u stranu?.....	85
<i>Dr Dušanka Đurđević, redovni profesor</i> Soft law u evropskom komunitarnom pravu	101
<i>Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor</i> Osnovi teorije upravljanja ekološkim krizama	117
<i>Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor; Dr Petar Đundić, asistent</i> Haški protokol o pravu merodavnom za obaveze izdržavanja – najnoviji izvor međunarodnog privatnog prava Srbije	133
<i>Dr Zoran Mirković, vanredni profesor</i> Kazna lišenja slobode u Srbiji 1804–1860. godine	155
<i>Dr Slobodan Panov, vanredni profesor</i> Harmonizacija porodičnog prava Srbije sa pravom EU	171
<i>Dr Janko P. Veselinović, docent</i> Intervencija države u sprečavanju monopola kao potencijalna opasnost u ograničavanju autorskih prava	193
<i>Dr Magdolna Sić, vanredni profesor</i> Zaštita životne sredine: zaštita zdravlja i bezbedna hrana – EU i Srbija	209

<i>Dr Dragiša Drakić, vanredni profesor</i>	
Krivičnopravna zaštita prava na život koji „nije vredan življenja“	229
<i>Dr Senad F. Ganić, docent; Dr Emir A. Ćorović, docent</i>	
Princip univerzalnog važenja krivičnog zakonodavstva i pitanje državnog suvereniteta	245
<i>Dr Maša Kulauzov, docent</i>	
Propisi o porodičnoj zadruzi doneti nakon stupanja na snagu Srpskog građanskog zakonika 1844. godine	259
<i>Dr Atila Dudaš, asistent</i>	
Pravna relevantnost cilja ugovora u nemačkom pravu	271
<i>Milana Pisarić, asistent</i>	
Potrebni normativni odgovor na probleme otkrivanja i dokazivanja dela visokotehnološkog kriminala	291
<i>Sandra Samardžić, asistent</i>	
Potrebe i mogućnosti adekvatnijeg tumačenja Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece u slučaju nasilja u porodici	309
ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE	
<i>Dr Tamaš Notari, vanredni profesor</i>	
Ugovorno pravo u zborniku <i>Lex Baiuvvariorum</i>	335
<i>Dr Dubravka Klasiček, viši asistent</i>	
Nužni dio: u naturi ili u novcu?	351
ODELJAK ZA STUDENTE	
<i>Marijana Mojsilović, student doktorskih studija</i>	
Reforma Evropskog suda za ljudska prava	371

TABLE OF CONTENTS

<i>Ranko Keča, Ph.D., Full Professor</i>	
On the Time Limiting of the Court Acts in Civil Procedure	9
<i>Dorđe Popov, Ph.D., Full Professor</i>	
The Impact of Transition on Situation in Serbian Economy	25
<i>Srđan Šarkić, Ph.D., Full Professor</i>	
Legal Position of the Senate in Constantinople	47
<i>Rodoljub Etinski, Ph.D., Full Professor</i>	
Indirect Discrimination in the Case-Law of the European Court of Human Rights	57
<i>Zoran Arsić, Ph.D., Full Professor</i>	
Package	73
<i>Dragan Milkov, Ph.D., Full Professor</i>	
About the Draft Law on General Administrative Procedure – Step forward or ten steps aside?	85
<i>Dušanka Đurđev, Ph. D., Full Professor</i>	
Soft Law in European Community Law	101
<i>Ljubomir Stajić, Ph.D., Full Professor</i>	
Basics of Theory of Ecological Crisis Management	117
<i>Bernadet Bordaš, Ph.D., Full Professor; Petar Đundić, Ph.D., Assistant</i>	
The Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations – the Latest Legal Source of Serbian Private International Law	133
<i>Zoran Mirković, Ph.D., Associate Professor</i>	
Freedom Deprivation Punishment in Serbia during 1804–1860	155
<i>Slobodan Panov, Ph.D., Associate Professor</i>	
Harmonization of Family Law in Serbia with the Law of the EU	171
<i>Janko P. Veselinović, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Intervention of State in Monopoly Prevention as a Potential Danger in Limitation of Autor's Rights	193
<i>Magdolna Sič, Ph.D., Associate Professor</i>	
The Protection of the Environment: Protection of Health and Food Safety – EU and Serbia	209

<i>Dragiša Drakić, Ph.D., Associate Professor</i>	
Criminal Law Protection of the Right to Life that is „Not Worth Living“	229
<i>Senad F. Ganić, Ph.D., Assistant Professor; Emir A. Ćorović, Ph.D., Assistant Professor</i>	
The Principle of Universal Validity of Criminal Legislation and the Issue of State Sovereignty	245
<i>Maša Kulauzov, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Regulations on <i>Zadruga</i> Enacted after Introduction of <i>Serbian Civil Code</i> in 1844	259
<i>Attila Dudás, Ph.D., Assistant</i>	
Legal Relevance of the Purpose of Contract in German Law	271
<i>Milana Pisarić, Assistant</i>	
The Normative Response to Problems of Detection and Investigation of Cyber Crime	291
<i>Sandra Samardžić, Assistant</i>	
Needs and Opportunities of Adequate Interpretation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in the Case of Domestic Violence	309
SECTION FOR FOREIGN AUTHORS	
<i>Tamás Nótári, Ph.D., Associate Professor</i>	
Law of Contracts in <i>Lex Baiuvariorum</i>	335
<i>Dubravka Klasiček, Ph.D., Senior Assistant</i>	
Forced Share: in Kind or in Value?	351
SECTION FOR STUDENTS	
<i>Marijana Mojsilović, Ph.D. Student</i>	
Reform of the European Court of Human Rights	371

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



ZBORNİK RADOVA

COLLECTED PAPERS

Poštovani čitaoci,

U broju 3/2012 Zbornika radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, usled tehničke greške objavljen je rad prof. dr Ranka Keče bez pripadajućih fusnota. Ovom prilikom objavljujemo rad u originalnom obliku. Centar za izdavačku delatnost i Uredništvo Zbornika izvinjavaju se autoru i naučnoj javnosti zbog nastale greške.

*U Novom Sadu,
8. aprila 2013. godine*

*prof. dr Ljubomir Stajić,
Upravnik Centra za izdavačku delatnost*

*prof. dr Dragiša Drakić,
glavni i odgovorni urednik Zbornika*

*Dr Ranko Keča, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

O OROČAVANJU RADNJI SUDA U PARNIČNOM POSTUPKU¹

Sažetak: *Efikasnost pravne zaštite u parničnom postupku predstavlja jedan od osnovnih razloga za opravdanje veoma čestih promena parnične regulative. U tom cilju, pored postojećih, uveden je niz novih rešenja. Navedeni značaj ima i nova regulativa kojom se teži ograničiti trajanje postupka. Uvodi se obaveza određivanja vremenskog okvira za sprovođenje postupka a u nizu procesnih situacija preduzimanje procesnih radnji suda ograničava određivanjem rokova. Nepoštovanje navedenih vremenskih ograničenja ostaje procesno nesankcinisano ali je osnov za utvrđivanje disciplinske odgovornosti postupajućeg sudije. Rešenje je usvojeno u cilju povećanja efikasnosti pravne zaštite i ostvarivanja suđenja u razumnom roku čemu može poslužiti ali samo pod uslovom stvaranja realnih preduslova za uspešno funkcionisanje sudske vlasti. U suprotnom pretvoriće se samo u još jedno srestvo pritiska na sudstvo i postupajuće sudije.*

Ključne reči: *promene parnične regulative, efikasnost pravne zaštite, vremenski okvir za sprovođenje postupka, rokovi, procesne radnje suda, disciplinska odgovornost sudije.*

I

U važećoj redakciji Zakona o parničnom postupku² ideja o efikasnosti, bržoj i ekonomičnijoj pravnoj zaštiti dobila je poseban značaj. Može se reći da su gotovo sve promene, po kojima se ovaj zakonski tekst razli-

¹ Rad je posvećen projektu Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija) čiji je nosilac Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

² Službeni glasnik RS, br. 72/11.

kuje od ranije važećih rešenja, izvršene s ciljem da se pravna zaštita učini efikasnijom i bržom. Ideja o bržem, efikasnijem i time jeftinijem pružanju pravne zaštite predstavlja jednu od „većitih“ tema ranije važećeg jugoslovenskog i aktuelnog parničnog zakonodavstva novostvorenih država uključujući i srpsko parnično procesno pravo. Prvi zakonski tekst kojim je regulisan parnični postupak posle Drugog svetskog rata je na to nedvosmisleno upućivao svojim nazivom. Od donošenja Zakona o ubrzanju parničnog postupka pred redovnim sudovima³ kontinuirano se teži da nova zakonska rešenja obezbede bržu i efikasniju pravnu zaštitu - da se sa manjim utroškom vremena, sredstava i rada obezbedi zakonita i pravična pravna zaštita. Navedeni pravno-politički ciljevi su na određeni način konfrontirani i na zakonodavcu je da pokuša da ostvari potreban sklad prilikom njihovog ostvarivanja. Posebno naglašavanje jednih u odnosu na druge vrednosti može predstavljati značajan problem. Insistiranje na postupku u kojem se želi isključiti svaka mogućnost donošenja nezakonite i nepravične presude bez obzira na trajanje postupka i njegove troškove obesmišljava pravnu zaštitu. Ako efikasnost postane osnovni cilj postupka to može imati isto tako lošu posledicu - umesto zakonite i pravične pravne zaštite rezultat je njen surogat i simulacija. Pre određivanja da li su određena zakonska rešenja razlog neefikasnosti postupka potrebno je realno sagledati širi društveni kontekst u kojem se ostvaruje pravna zaštita i razdvojiti ono što je posledica tih društvenih okolnosti od onoga što se može pripisati manjkavosti procedure. Tek ako su te ocene tačne može se očekivati da će novim normativnim rešenjima doći do usavršavanja pravne zaštite.⁴ U kontinuitetu se dakle pokušava ostvariti efikasnija pravna zaštita i gotovo sve promene procesne regulative su se obrazlagale navedenim razlogom. Uskoro bi se pokazalo da ta rešenja nisu u onoj meri uspešna kako su tvrdili njihovi redaktori po je bio povod za donošenje novog zakonodavstva za koje se isto tako tvrdilo da će biti efikasnije od ranije važećeg. Neefikasnost pravne zaštite nema osnovni razlog u procesnim regulativama nego je dobrim delom posledica krize u koje je sistematski uvedena sudska vlast. Navedeni zaključak najbolje potvrđuju rešenja koja su sadržana u Noveli ranije važećeg ZPP od 2004. godine. Izmene i dopune ZPP od 2004. godine koje su izvršene 2009. godine su u najvećem delu izvršene u cilju da na procesnom planu otklone posledice neuspešne reforme sudskog sistema. U određenim fragmentima važeće parnično zakonodavstvo izražava pretenzije da se novim rešenjima ostvari još jedan dodatni pritisak na postupajuće sudije i sudstvo.

³ Službeni list FNRI, br. 19/55.

⁴ Više: R. Keča, O promenama Zakona o parničnom postupku, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2003, str. 241 - 254.

Kao što je istaknuto, u važećem ZPP ideja o efikasnijoj, bržoj i ekonomičnijoj pravnoj zaštiti dobila je poseban značaj. U ZPP zadržan je niz rešenja koja su u naš procesni sistem uvedena ZPP od 2004. godine od kojih se kao markantnija mogu izdvojiti izostavljanje glavne rasprave kada sud, na osnovu navoda tužbe i odgovora na tužbu utvrdi da je činjenično stanje između stranaka nesporno. Navedeni smisao imalo je uvođenje postupaka za rešavanje spornog pravnog pitanja, odredaba o restrikciji apsolutno bitnih povreda odredaba postupka o kojima žalbeni sud vodi računa po službenoj dužnosti, odredaba o obaveznom održavanju drugostepene rasprave ako je u određenom predmetu presuda već jednom bila ukinuta, odredbe o drugostepenoj međupresudi.

Načelo ekonomičnosti je pre svega usmereno prema sudu. U važećoj redakciji ZPP kao i onoj iz 2004. godine načelo se artikuliše i kao pravo stranke na suđenje u razumnom roku – pravo da se o njenim zahtevima i predlozima odluči u razumnom roku. Time je, u smislu Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, formulisano posebno procesno načelo. ZPP precizno ne određuje značenje termina „razuman rok“ nego ga određuje kao pravni standard koji u svakoj konkretnoj parnici može imati različit sadržaj, jer i parnice mogu biti veoma različite, što zavisi od niza procesnih okolnosti uključujući i one koje zavise od samih parničnih stranaka.

Zadržana su i dalje rešenja koja su tradicionalno bila prisutna u našem procesnom sistemu kojima se određuju osnovne konture ovog vida pravne zaštite. Pored opšteg parničnog postupka postoje i posebni u kojima se naglašeniye teži efikasnijoj i ekonomičnijoj pravnoj zaštiti. I na organizacionom planu navedeni pristup nalazi svoju potvrdu u nizu ustanova, kao što su korisna delegacija, povećanje broja prvostepenih stvari u kojima umesto veća postupa sudija pojedinac, pravila po kojem viši sud zadržava nadležnost u slučaju kada je za vođenje postupka nadležan sud nižeg ranga, ili kada veće zadržava nadležnost kada je za vođenje postupka nadležan sudija pojedinac. Navedeni značaj imaju i pravila o spajanju parničnih postupaka, kumulaciji tužbenih zahteva, pravila o suparničarstvu. Navedenom cilju služi i podela prvostepenog postupka na dva stadijuma – stadijum pripremanja glavne rasprave i glavnu raspravu. Pripremanje glavne rasprave pre svega služi da bi sud utvrdio postojanje procesnih pretpostavki, razdvojio bitno od nebitnog i sporno od nespornog kako bi drugi stadijum postupka (glavna rasprava) bio okončan na jednom ročištu. Ekonomičnost postupanja jeste razlog i opravdanje za donošenje delimične, dopunske presude i međupresude.

II

Krug novih rešenja kojim se teži ostvarivanju efikasnije pravne zaštite izuzetno je širok tako da se ukazuje samo na ona koja se mogu smatrati markantnijim.

Veoma značajnu novinu u važećem ZPP predstavlja obaveza stranaka da sav raspoloživi činjenični i dokazni materijal iznesu već u fazi pripremnog postupka. Stranke imaju obavezu da na pripremnom ročištu, ili prvom ročištu glavne rasprave ako se pripremno ročište ne održava, iznesu sve činjenice i dokaze na kojima zasnivaju svoje predloge, da predlože dokaze kojim se potvrđuje postojanje tih činjenica i da se izjasne o navodima i dokazima protivne stranke. Važeći ZPP ograničava pravo stranaka da u kasnijem razvoju postupka (glavnoj raspravi) ističu nove činjenice i dokaze. Stranke moraju učiniti verovotnim da ih, bez svoje krivice, nisu mogle izneti, odnosno predložiti na pripremnom ili prvom ročištu glavne rasprave ako pripremno ročište nije održano. Pod navedenim uslovom nove činjenice i dokazi se mogu isticati do zaključenja glavne rasprave. Ovo pravilo je ranije primenjivano u žalbenom postupku u kojem i dalje važi. Po novom ZPP primenjuje se i u slučaju ukidanja presude i vraćanju predmeta prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje. U svim navedenim slučajevima stranke moraju da učine verovatnim da nove činjenice i dokaze nisu mogle istaći u nekoj od ranijih faza postupka. Navedeno ograničenje u značajnoj meri pomera težište procesnih aktivnosti na pripremni postupak. Uvedeno je u cilju efikasnijeg i ekonomičnijeg vođenja postupka ali u realnom pravnom životu može da se pretvori u suprotnost. U strahu da određene činjenice ili dokazi neće moći da budu iznete, odnosno izvedena kasnije stranke će u pripremni postupak unositi sav činjenični i dokazni materijal za koji smatraju da može biti relevantan za rešenje spora. Često i onaj koji će se u kasnijem razvoju postupka pokazati kao nepotreban. Gomilanje celokupne činjenične i dokazne građe na samom početku postupka u momentu kada je strankama u potpunosti nejasan stav suda o prirodi njihovog spora čini znatno kompleksnijim razdvajanja bitnog od nebitnog, spornog od nespornog što će kasniji razvoj postupka učiniti znatno složenijim od onog u kojem navedenog ograničenja nije bilo. Usvojeno rešenje dodatno komplikuje okolnost da određivanje relevantne procesne građe u osnovi i dalje zavisi od stava postupajućeg suda koji pravno kvalifikuje određeni spor i prema toj svojoj kvalifikaciji određuje da li su određene činjenice bitne za donošenje odluke o zahtevima istaknutim u postupku. Sud taj stav može menjati tokom trajanja postupka sve do zaključenja glavne rasprave. Navedena okolnost realno stvara rizik da predložena dokazna sredstva i činjenice istaknute od strane stranaka u pripreмноj fazi postupka kasnije budu kvalifikovane kao nebitne za rešenje

spora a isticanje novih činjenica i dokaza ograničava okolnost što se od stranaka zahteva da opravdaju to što ih nisu iznele u ranijoj, za to određenoj, fazi postupka. Sve to dodatno rukovodi stranke da sav raspoloživi procesni materijal pa i onaj za koji će se pokazati da je bio sasvim nepotreban istaknu već na pripremnom ročištu. Sa razlogom se ističe da je uvođenje eventualne maksime i opisane prekluzije vezane za isticanje činjenične i dokazne građe samo prividno u korist načela efikasnosti. Rezultat će biti najčešće nepotrebno gomilanje činjenica koje se potkrepljuju bezbrojnim dokazima što ne doprinosi ni ubrzanju postupka. S druge strane, nevedeno rešenje nesumnjivo ograničava i pravo stranaka na izjašnjavanje u postupku i time negativno utiče na zakonitu, pravilnu i pravičnu sudsku odluku.⁵ Potrebno je naglasiti da je u pitanju model koji je svojevremeno bio prisutan u starijim procesnim sistemima ali je vremenom napušten kao neefikasan.⁶

Kao značajnija novina može se istaći i upotreba savremenih audio vizuelnih sredstava u postupku koja treba da olakšaju rad suda prilikom pisanog fiksiranja procesnih aktivnosti koje se usmeno odvijaju na ročištima. Postoji mogućnost tonskog, audio vizuelnog i stenografskog beleženja sadržaja ročišta i korišćenje u izradi zapisnika. Rešenje je uvedeno u cilju olakšanja rada suda ali ga problematizuje nejednaka materijalna opremljenost sudova što može ugroziti zahtev da se pravna zaštita ostvaruje u jednoobrazno uređenom postupku bez obzira na to pred koji sudom se vodi određeni postupak.

Izvršene su i značajne promene u materiji dostavljanja. U određenom smislu dostavljanje pretpostavlja i odgovarajuću saradnju stranaka i drugih učesnika u postupku izraženu u radnji prijema pismena. Navedena okolnost značajno povećava mogućnost procesnih zloupotreba koje su se ispoljavale u različitim formama izbegavanja prijema pismena. Navedeno je imalo negativan uticaj na razvoj postupka i efikasnost pravne zaštite u celini. Iz ovog razloga u važećem ZPP, kao i tekstovima koji su mu neposredno prethodili, postoji niz novih rešenja kojima se teži ostvariti efikasnije dostavljanje i sprečiti mogućnost procesnih zloupotreba. U određenim slučajevima povrede pravila o dostavljanju mogu biti kvalifikovane kao akt nepoštovanja procesne discipline koji se kažnjava izricanjem novčanih kazni uz mogućnost traženja naknade štete. Pravilo se primenjuje za radnje kojima se ometa dostavljanja pismena i spisa. Ista kazna se može odrediti i protiv punomoćnika za prijem pismena koji protivno odredbama zakona ne obavesti sud o promeni adrese. U drugoj komponenti promene imaju za cilj da osavremene dostavljanje upotrebom novih informatičkih tehnologija i sredstava elek-

⁵ Zakon o parničnom postupku, Predgovor G. Stanković, Službeni glasnik, Beograd, 2012, str. 122.

⁶ Više: M. Marković, Teorija građanskog sudskog postupka, Beograd, 1948, str. 106.

tronske komunikacije. Dostavljanje predstavlja sudsku radnju ali u novom zakonu propisana i mogućnost da stranke neposredno jedna drugoj upućuju podneske i druga pismena. U ovom slučaju dostavljanje se smatra punovažnim ako postoji dokaz o izvršenom dostavljanju i ako je u pitanju dostavljanje kod kojeg se podnesak ne mora lično dostaviti adresatu. Izmenjena su i pravila o ličnom dostavljanju.

U postupku u privrednim sporovima uvedeno je pravilo kojim se na određeni način ograničava upotreba dokaznih sredstava jer se, po pravilu, dokazivanje spornih činjenica dokazuje putem isprava. Na navedeni način se dolazi do toga da se putem procesnih pravila u osnovi formalizuju ugovorni odnosi između privrednih subjekata što svakako predstavlja temu koja zahteva jedno iscrpnije razmatranje - kako u domenu procesnog tako i u domenu materijalnog prava.

III

U svim prethodno važećim redakcijama ZPP vremenski razvoj postupka je u najznačajnijoj meri zavisio od postupajućeg suda. Posebno je značajno što trajanje postupka nije bilo unapred vremenski ograničavano niti je određivan mogući broj ročišta glavne rasprave. Glavna rasprava se odvijala u jednom nizu sukcesivno povezanih ročišta koja su smatrana jedinstvenom celinom u kojoj su stranke bez nekih posebnih ograničenja mogle isticati nove činjenice i dokaze. Važeća rešenja principijelno menjaju navedeni pristup. Kao prvo, ZPP izričito propisuje da sud, po pravilu, zakazuje jedno ročište za glavnu raspravu radi izvođenja svih dokaza čije je izvođenje dozvolio ili odredio po službenoj dužnosti.⁷ Zakazivanje više od jednog ročišta dobilo je značaj izuzetka uslovljenog zahtevom da se to učini u najkraćem vremenskom razmaku i vodeći računa o koncentraciji glavne rasprave.⁸ Aktuelno rešenje ipak realno ne računa na mogućnost da se glavna rasprava okonča održavanjem jednog ročišta. Da je suprotno, bilo bi nepotrebno određivanje vremenskog okvira za sprovođenje postupka. Postupak bi po redovnom toku stvari bio okončan održavanjem tog (jednog) ročišta. ZPP propisuje obavezu suda da, po predlogu parničnih stranaka, na pripremnom ročištu ili prvom ročištu glavne rasprave ako se pripremno ročište ne održava, odredi vremenski okvir za sprovođenje postupka. Sadržaj rešenja o određivanju vremenskog okvira za sprovođenje postupka pokazuje da se ne računa sa mogućnošću da se glavna rasprava održi samo na jednom ročištu, jer se u ovo rešenje mora uneti: „broj ročišta, vreme održavanja ročišta, raspored izvođenja dokaza

⁷ Član 309. stav 2. ZPP.

⁸ Član 309. stav 3. ZPP.

na ročištima i preduzimanja drugih procesnih radnji, sudske rokove, kao i ukupno vreme trajanja glavne rasprave“.⁹ Navedena formulacija ne isključuje mogućnost da se rešenjem o određivanju vremenskog okvira odredi da će postupak biti sproveden održavanjem jednog ročišta ali je dikcija ove odredbe takva da pretpostavlja određivanje više ročišta glavne rasprave. Održavanje više ročišta glavne rasprave se po definiciji ne može izbeći ni u slučaju kada se ne pristupa održavanju pripremnog ročišta, pa „prvo ročište glavne rasprave“ delimično preuzima funkciju pripremnog ročišta. Samo označenje ovog ročišta kao prvog ukazuje na okolnost da će u postupku biti više od jednog ročišta glavne rasprave. Sadržaj procesnih aktivnosti na ovom ročištu a posebno okolnost da su stranke prekludirane u pogledu mogućnosti u daljem razvoju postupka ističu činjenice i predlažu dokaze koje nisu iznele na prvom ročištu glavne rasprave imaće redovno za posledicu da će stranke na ovom ročištu izneti i onu činjeničnu i dokaznu građu o kojoj nije moguće odmah raspravljati što pretpostavlja zakazivanje bar još jednog ročišta. Obaveza određivanja vremenskog okvira za sprovođenje postupka određena je u osnovnim odredbama ZPP kao obaveza suda da postupak sprovede bez odugovlačenja, u skladu sa prethodno određenim okvirom za preduzimanje parničnih radnji i sa što manje troškova.¹⁰ Prema odredbama člana 308. stav 1. ZPP stranka (stranke) je dužna da na pripremnom ročištu ili prvom ročištu za glavnu raspravu ako se pripremnog ročište ne održava (nije obavezno) odredi vremenski okvir za sprovođenje postupka. Na osnovu navedenog predloga, ali i bez njega, sud ima obavezu da na navedenim ročištima odredi vremenski okvir za sprovođenje postupka.¹¹ Određivanje vremenskog okvira za sprovođenje postupka se vrši rešenjem. Kao što je istaknuto, u rešenje o određivanju vremenskog okvira za sprovođenje postupka mora biti određen broj ročišta, vreme njihovog održavanja, raspored izvođenja dokaza na ročištima i preduzimanja drugih procesnih radnji, moraju biti određeni sudski rokovi i ukupno vreme trajanja glavne rasprave.¹² Vremenski okvir određen na pripremnom ročištu ili prvom ročištu glavne rasprave nije apsolutan. Postoji mogućnost određivanja novog. Do određivanja novog vremenskog okvira za sprovođenje postupka dolazi u slučaju odlaganja ročišta. Ovaj vremenski okvir ne može da bude duži od jedne trećine prvobitno određenog okvira.¹³ Kada dopusti preinačenje tužbe parnični sud mora da rešenjem odredi nov vremenski okvir za sprovođenje postupka.¹⁴ Sa razlogom se smatra da po-

⁹ Član 308. stav 4. ZPP.

¹⁰ Član 10. stav 2 ZPP.

¹¹ Član 308. stav 3 ZPP.

¹² Član 308. stav 4. ZPP.

¹³ Član 108. stav 2. ZPP.

¹⁴ Član 199. stav 8. ZPP.

vod za određivanje novog vremenskog okvira, odnosno njegovu korekciju, predstavlja i slučaj kada je sud dopustio da se u nastavku postupka iznesu nove činjenice i predlože novi dokazi koje stranke bez svoje krivice nisu iznele na pripremnom ročištu, odnosno prvom ročištu za glavnu raspravu.¹⁵ Obavezno određivanje vremenskog okvira se ne ograničava samo na prvostepeni postupak. Ako u drugostepenom postupku dođe do otvaranja rasprave, mora takođe biti određen vremenski okvir za sprovođenje postupka.¹⁶ Ako je u drugostepenom postupku došlo do ukidanja pobijane presude i vraćanja predmeta na ponovno odlučivanje, prvostepeni sud ima obavezu da u roku od 30 dana od dana prijema rešenja o ukidanju presude održi ročište na kojem mora odrediti vremenski okvir za novu glavnu raspravu.¹⁷ Određivanju vremenskog okvira za sprovođenje postupka se pristupa i u postupku povodom predloga za ponavljanje postupka. Prvo, povodom raspravljanja o predlogu za ponavljanje postupka.¹⁸ Drugo, određivanje vremenskog okvira za sprovođenje postupka mora uslediti i ako je pravnosnažnim rešenjem dopušteno ponavljanje postupka. Na novoj glavnoj raspravi stranke mogu da ističu nove činjenice i predlažu nove dokaze samo u skladu sa vremenskim okvirom koji je odredio sud.¹⁹

Određivanje vremenskog okvira za sprovođenje postupka dovodi do oročavanja ukupnog trajanja one faze postupka na koji se taj vremenski okvir odnosi. Pretpostavljeno trajanje postupka određuje se na osnovu predloga parničnih stranaka. U širem smislu rešenje o određivanju vremenskog okvira za sprovođenje postupka predstavlja radnju formalnog upravljanja postupkom. U pitanju je grupacija radnji koje principijelno ne vezuju sud i postoji mogućnost njihove naknadne promene shodno dinamici i razvoju procesnih aktivnosti. U ovom slučaju ZPP potpuno relativizira navedeno obeležje i daje mu bitno drugačiji značaj. Nepostupanje sudije sa prethodno određenim vremenskim okvirom za preduzimanje parničnih radnji predstavlja osnov za pokretanje disciplinskog postupka u skladu sa odredbama Zakona o sudijama.²⁰ U navedenom značenju evidentna je namera redaktora da postupajući sud bude u potpunosti vezan navedenim okvirom i da eventualno odstupanje od njega bude sankcionisano na planu disciplinske odgovornosti sudije. Nepoštovanje vremenskog okvira međutim neposredno ne utiče na parnični postupak niti se kvalifikuje kao bitna povreda odredaba parničnog postupka i u navedenom smislu ostaje procesno nesankcionisano.

¹⁵ A. Jakšić, *Gradansko procesno pravo*, Beograd, 2012, str. 271.

¹⁶ Član 383. stav 5. ZPP.

¹⁷ Član 398. stav 1. ZPP.

¹⁸ Član 431 ZPP.

¹⁹ Član 432. stav 3. ZPP.

²⁰ Član 10. stav 3 ZPP.

Ako se uporedi sadržaj odredaba člana 10. stav 2. i 3. ZPP i navedenih odredaba o određivanju vremenskog okvira za sprovođenje postupka, uočljiva je određena terminološka neusklađenost. U članu 10 stav 2 se govori o vremenskom okviru za preduzimanje parničnih radnji dok se u onim drugim odredbama govori o vremenskom okviru za sprovođenje postupka što nije isto. Prvo značenje je šire. Uključuje i obavezu suda da preduzimanje radnji u onim rokovima koji su izričito propisani za preduzimanje određenih procesnih radnji suda. Navedena formulacija stvara osnov za disciplinsku odgovornost sudije i ako radnju ne preduzme u roku koji je određen ZPP.

IV

U poređenju sa ranije važećim zakonodavstvom u kojem se parnični sud principijelno nije ograničavao u pogledu vremena preduzimanja procesnih radnji, važeći ZPP u nizu situacija ograničava slobodu suda određujući rokove za njihovo preduzimanje. Krug tih radnji je značajan i bitno širi u odnosu na ranije važeća rešenja.

Zbog postojanja isključive mesne nadležnosti nekog drugog suda, sud kojem je podneta tužba treba se oglasiti mesno nenadležnim najkasnije u roku od osam dana od dana prijema odgovora na tužbu.²¹ Ako se tužba ne dostavlja na odgovor može se oglasiti mesno nenadležnim u roku od osam dana od prijema tužbe.²² Po prigovoru tuženog sud se može oglasiti mesno nenadležnim u roku od osam dana od prijema odgovora na tužbu.²³ Ako se tužba ne dostavlja na odgovor, tuženi prigovor mesne nenadležnosti može da istakne najkasnije na pripremnom ročištu ili prvom ročištu glavne rasprave ako se pripremno ročište ne održava, a sud je o navedenom prigovoru dužan odlučiti u roku od osam dana od izjavljivanja prigovora.²⁴ Ako se sud kojem je predmet ustupljen kao nadležnom smatra nenadležnim, mora u roku od osam dana od dana prijema predmeta dostaviti taj predmet sudu koji je nadležan da rešava o sukobu nadležnosti.²⁵ Inicijativu za delegaciju nadležnosti mogu dati i stranke ali pod određenim ograničenjima i uslovom da ga prihvati prvostepeni sud pred kojim je pokrenut postupak. Predlog za delegaciju može se dati na pripremnom ročištu, a ako ono nije održano na prvom ročištu za glavnu raspravu, a kasnije samo pod uslovom ako je razlog za delegaciju nastao posle tog momenta ili je stranka kasnije za njega

²¹ Član 19. stav 1. ZPP.

²² Član 19. stav 2. ZPP.

²³ Član 19. stav 3. ZPP.

²⁴ Član 19. stav 4. ZPP.

²⁵ Član 21. stav 1. ZPP.

saznala. Predlog se dostavlja drugoj stranci sa pozivom da se ista o njemu izjasni u roku od tri dana od dostavljanja. Sud pred kojim je pokrenut postupak o predlogu stranke mora odlučiti u roku od osam dana od dana njegovog podnošenja.²⁶ O zahtevu za isključenje i izuzeće predsednik suda treba da odluči u roku od tri dana od dana podnošenja zahteva. O zahtevu za izuzeće predsednika suda i predsednika Vrhovnog kasacionog suda odlučuje se u roku od 15 dana od dana podnošenja zahteva.²⁷ O spornom pravnom pitanju odlučuje se po pravilima postupka za usvajanje pravnih stavova. Predlog se odbija ako nije od značaja za odlučivanje u većem broju predmeta. O spornom pravnom pitanju Vrhovni kasacioni sud mora odlučiti u roku od 60 dana od prijema zahteva.²⁸ Kada se, po predlogu stranaka ili službenoj dužnosti, donese rešenje o tonskom ili optičkom snimanju određenog ročišta tonski ili optički snimak se koristi prilikom sastavljanja zapisnika. Tonski zapis se mora u roku od osam dana od obavljanja snimanja preneti u pisani oblik koji mora da sadrži sve ono što se nalazi na tonskom zapisu.²⁹ Ako se ročište snima optički u pisani oblik se prenosi samo tonski zapis ročišta. Pisani oblik zapisa predstavlja zapisnik. Ako se tonski zapis i zapisnik bitno razlikuju po sadržaju, stranka ima pravo da podnese prigovor u roku od osam dana od dana dostavljanja zapisnika. Sud u roku od tri dana može rešenjem izmeniti sadržaj zapisnika ili odbiti prigovor.³⁰ Tonski snimak svedočenja prenosi se u formu pisanog zapisnika po napred prikazanim uslovima i rokovima.³¹ Besplatnog punomoćnika postavlja sud po zahtevu stranke koja je u potpunosti oslobođena snošenja troškova postupka. To može učiniti tokom čitavog postupka. O predlogu stranke da joj se prizna pravo na besplatnog punomoćnika sud odlučuje u roku od osam dana od dostavljanja predloga ili u roku od osam dana od dana dostavljanja žalbe drugostepenom sudu.³² Sud ima obavezu da u roku od 15 dana od dana prijema tužbe tužbu dostavi tuženom na odgovor.³³ Po prijemu odgovora na tužbu sud, po pravilu, zakazuje pripremno ročište. Pripremno ročište se mora zakazati u roku od 30 dana od dana kada je tužiocu dostavljen odgovor na tužbu.³⁴ Ako odgovor na tužbu nije dat a nema uslova da se donese presuda zbog propuštanja, pripremno se ročište zakazuje u roku

²⁶ Član 62. stav 6, 7, član 63. stav 2 ZPP.

²⁷ Član 71. stav 1. ZPP.

²⁸ Član 183. stav 3 ZPP.

²⁹ Član 121 stav 1. ZPP.

³⁰ Član 121. stav. 4. ZPP.

³¹ Član 246 stav 2 ZPP.

³² Član 170 stav 2. ZPP.

³³ Član 296. ZPP.

³⁴ Član 301. stav 1, ZPP.

od 30 dana od dana isteka roka za davanje odgovora na tužbu.³⁵ Poziv na pripremno ročište se dostavlja strankama najkasnije osam dana pre njegovog održavanja.³⁶ Zakazivanje ročišta za glavnu raspravu sleduje po zaključenju pripremnog ročišta. (Prvo) ročište za glavnu raspravu mora biti zakazano najkasnije u roku od 30 dana od održavanja pripremnog ročišta, odnosno od prijema odgovora na tužbu ili proteka roka za davanje odgovora na tužbu ako se pripremno ročište ne održava.³⁷ Poziv za ročište glavne rasprave mora se dostaviti najkasnije osam dana pre ročišta.³⁸ Ako se postupak medijacije završi neuspehom, ročište za glavnu raspravu se mora zakazati u roku od 30 dana od dana kada je stranka obavestila sud da je odustala od medijacije.³⁹ Presuda se donosi odmah po zaključenju glavne rasprave,⁴⁰ a u složenijim predmetima sud može odložiti objavljivanje presude za osam dana od zaključenja glavne rasprave.⁴¹ U slučaju kada je sud zaključio raspravu glavnu raspravu uz mogućnost pribavljanja određenih spisa ili zapisnika presuda se objavljuje u roku od osam dana od njihovog prijema.⁴² Rok za pismenu izradu presude iznosi osam dana i računa ce od dana objavljivanja presude. U složenijim predmetima sud može da odloži pisanu izradu presude još 15 dana.⁴³ Po prijemu odgovora na žalbu, ili po bezuspešnom proteku ovog roka, prvostepeni sud, u roku od osam dana, mora žalbu dostaviti drugostepenom sudu. Uz žalbu se dostavljaju svi ostali spisi uključujući i odgovor na ovaj pravni lek ako je dat.⁴⁴ O žalbi ce, po pravilu, odlučuje bez održavanja rasprave na sednici veća. Ako drugostepeni odlučuje o žalbi u sednici veća bez održavanja rasprave, odluku o žalbi mora doneti u roku od devet meseci od prijema žalbenih spisa od prvostepenog suda.⁴⁵ Drugostepeni sud mora da vrati spise prvostepenom sudu u roku od 30 dana od dana donošenja svoje odluke po žalbi.⁴⁶ Primerak blagovremene, potpune i dozvoljene revizije prvostepeni sud treba da dostavi protivnoj stranci u roku od osam dana od prijema revizije.⁴⁷ Po prijemu odgovora na reviziju ili po proteku roka za odgovor prvostepeni sud će dostaviti reviziju

³⁵ Član 301. stav 2. ZPP.

³⁶ Član 303. stav 3. ZPP.

³⁷ Član 309. stav 1. ZPP.

³⁸ Član 309 stav 6. ZPP.

³⁹ Član 341 stav 2 ZPP.

⁴⁰ Član 352. stav 2. ZPP.

⁴¹ Član 352. stav 3. ZPP.

⁴² Član 352. stav 4. ZPP.

⁴³ Član 354 stav 1. ZPP.

⁴⁴ Član 381. stav 1. ZPP.

⁴⁵ Član 383 stav 2. ZPP.

⁴⁶ Član 397. ZPP

⁴⁷ Član 411. stav 1. ZPP.

i odgovor na reviziju sa spisima predmeta Vrhovnom kasacionom sudu preko drugostepenog suda u roku od 15 dana.⁴⁸ Drugostepeni sud protiv čije odluke je podnesen zahtev za preispitivanje pravnosnažne presude dužan je u roku od 30 dana od dana podnošenja zahteva dostavi spise predmeta Vrhovnom kasacionom sudu.⁴⁹ Ako izdavanje privremene mere u postupku u radnim sporovima zahteva stranka, sud o predlogu mora odlučiti u roku od osam dana od njegovog podnošenja.⁵⁰ U parnicama povodom povrede kolektivnih prava sud može da zastane sa postupkom najduže 30 dana da bi stranke pokušale rešiti spor mirnim putem.⁵¹ U ovim parnicama drugostepeni postupak se mora okončati u roku od 60 dana.⁵² Odlučivanje o predlogu za izdavanje privremene mere u u parnicama zbog smetanja državine treba da usledi u roku od osam dana od dana podnošenja predloga.⁵³ U sporovima male vrednosti presuda se objavljuje odmah po zaključenju glavne rasprave.⁵⁴ U postupku u potrošačkim sporovima tužba se ne dostavlja tuženom na odgovor niti se zakazuje pripremno ročište, a ročište za glavnu raspravu se mora zakazati i održati u roku od 30 dana od podnošenja tužbe.⁵⁵ Odmah ili u roku od osam dana od dana podnošenja zahteva sud je dužan da donese odluku o određivanju privremene mere u postupku za zaštitu kolektivnih prava i interesa građana.⁵⁶

Spomenuti rokovi imaju instruktivni karakter i usmereni su na efikasnost ostvarivanje pravne zaštite, jer određuju dinamiku pretpostavljenih procesnih aktivnosti. Za razliku od rokova koji se određuju za preduzimanje procesnih radnji stranaka ovim rokovima se ne može dati prekluzivno značenje, jer bi to značilo uskraćivanje pravne zaštite u svim situacijama kada je došlo do njihovog prekoračenja.

V

Ideja o vremenskom ograničenju trajanja postupka dobila je odgovarajući izraz i u odredbama Zakona o sudijama.⁵⁷ Prema odredbama navedenog zakona postupajući sudija ima obavezu da obavesti predsednika suda zašto prvostepeni postupak nije okončan u roku od jedne godine a da ga zatim na

⁴⁸ Član 411. stav 3. ZPP

⁴⁹ Član 421. stav 4. ZPP.

⁵⁰ Član 439. stav 2. ZPP.

⁵¹ Član 444. stav 1. ZPP.

⁵² Član 446. stav 2. ZPP.

⁵³ Član 451. stav 2 ZPP.

⁵⁴ Član 477. stav 1. ZPP.

⁵⁵ Član 489. stav 4. ZPP.

⁵⁶ Član 501. stav 2. ZPP.

⁵⁷ Službeni glasnik RS, br. 116/08.

svaka tri meseca obaveštava o daljem razvoju postupka.⁵⁸ Kada je u pitanju postupak po pravnim lekovima navedeni rok iznosi dva meseca a zatim se predsednik suda o trajanju postupka obaveštava na svakih 30 dana.⁵⁹ Kada je u pitanju prvostepeni postupak predsednik suda ima obavezu da obavesti predsednika neposredno višeg suda o svakom postupku koji nije okončan u roku od dve godine i o razlozima zbog kojih postupak nije okončan u navedenom roku.⁶⁰ Ako postupak po određenom pravnom leku nije okončan u roku od jedne godine predsednik suda o tome mora obavestiti predsednika Vrhovnog kasacionog suda.⁶¹ Ovim su na određeni način indirektno određeni krajnji rokovi u kojima se očekuje okončanje parničnog postupka – rok od dve godine za okončanje prvostepenog postupka i rok od jedne godine za okončanje postupka po pravnim lekovima. Po sudovima je ustaljena praksa da se prilikom određivanja vremenskog okvira za sprovođenje postupka sudije rukovode rokovima sadžanim u odredbama Zakona o sudijama određujući najčešće trajanje prvostepenog postupka u okvirima roka od dve godine.

VI

Povreda pravila o vođenju parničnog postupka u granicama vremenskog okvira za sprovođenje postupka ili povreda obaveze suda da određene parnične radnje preduzme u odgovarajućim rokovima ne može biti procesno sankcionisana. Nepoštovanje navedenih vremenskih ograničenja nije dobilo značaj apsolutno bitne povrede odredaba parničnog postupka. Ne može imati ni značaj relativno bitne povrede. Ne isključuje se mogućnost da stranka ovim povodom izjavi pravni lek tvrdeći da navedena povreda predstavlja relativno bitnu povredu odredaba postupka. Teško bi se međutim mogla opravdati sudska odluka kojom bi se iz navedenog razloga pristupilo ukidanju presude i vraćanju predmeta na ponovni postupak kako bi se ta povreda otklonila. Takvo postupanje bi samo po sebi prestajalo logičku protivrečnost. Isticanjem ovog razloga stranka bi ukazivala na neopravdano dugo trajanje postupka a usvajanjem navedenog zahteva taj postupak bi postajao još duži i neefikasniji. Kao što je istaknuto, sankcija je posredna i izvan konkretnog postupka u kojem je došlo do nepoštovanja vremenskog okvira za sprovođenje postupka ili rokova koji su izričito propisani za preduzimanje sudskih radnji. Predstavlja osnov za disciplinsku odgovornost postupajućeg sudije,⁶² a može imati odgovaraju-

⁵⁸ Član 28. stav 1. Zakona o sudijama.

⁵⁹ Član 28. stav 2. Zakona o sudijama.

⁶⁰ Član 28. stav 3. Zakona o sudijama.

⁶¹ Član 28. stav 4. Zakona o sudijama.

⁶² Član 90. Zakona o sudijama.

ći značaj prilikom ocenjivanja da li je u konkretnom slučaju došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku.

Postojeća kriza sudstva kao posledica neuspele reforme, a posebno problema vezanih za opšti reizbor sudija za koje je notorno da nije izvršena u cilju usavršavanja sudske vlasti i emancipacije iste od pritiska ostalih grana vlasti, pokazuje da se i ovim rešenjima mora pristupiti sa odgovarajućom rezervom. Navedena rešenja vremenski koincidiraju sprovođenju sudske reforme koja je u mnogo aspekata pravnu zaštitu učinila neefikasnijom i koja je kao poseban, istina skriven ali snažan motiv, imala ideju o disciplinovanju sudske vlasti. Ova okolnost relativizira vrednost opisanih rešenja i pretpostavlja određenu meru opreza. Sa razlogom se postavlja pitanje da li i najsvesniji, najkvalitetniji i naobučeniji sudija u datim okolnostima može realno odgovoriti na navedene zahteve. Ako to nije slučaj teško je odvojiti takvog sudiju od onog koji iz moralnih i stručnih razloga nije dorastao vršenju sudijskog poziva. Ako se, s druge strane, sve sudije dovode u situaciju da budu neuspešne tada se selektivnim pozivanjem na okolnost da u određenom postupku nije poštovan vremenski okvir za sprovođenje postupka ili da nisu poštovani zakonom određeni rokovi stvara mogućnost daljeg pritiska na sudije koristeći to kao osnov za njihovu disciplinsku odgovornost i eventualno razrešenje. Ne treba zaboraviti da je u vremenu opšteg reizbora sudija izvršeno preimenovanje postojećih sudova uz zadržavanje pretežnog dela nadležnosti kako bi se stvorio privid da su u pitanju novi sudovi. Pozivom da se radi o novim sudovima pravdan je postupak reizbora. Tako su opštinski postali osnovni sudovi, okružni viši, trgovinski privredni, Viši privredni sud Privredni apelacini sud, Vrhovni sud Vrhovni kasacioni sud. Tek kada se steknu svi potrebni uslovi da sudije i sudstvo može uspešno obavljati svoju funkciju, rešenja navedena u prethodnom izlaganju dobijaju pun smisao garantujući efikasniju i kvalitetniju pravnu zaštitu. Ako se ti uslovi ne obezbede, što je izuzetno teško u pravnom sistemu koji se stalno menja i transformiše, za očekivati je slične poduhvate koji nemaju realnih izgleda za uspeh.

*Ranko Keča, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

On the Time Limiting of the Court Acts in Civil Procedure

Abstract: *The efficiency of the legal protection in litigation presents one of the main reasons for the quite frequent legislature changes of the Civil Procedure. To achieve this goal a number of new provisions was introduced. Given meaning has a new regulation which tends to limit the duration of the litigation as well. Litigation timeframe is in that sense introduced, and on the other hand in number of situations court management acts are time limited. The non complying of the time limits remains non sanctioned in procedura sense, but it represents a cause for a disciplinary responsibility of the judge. This mechanism was introduced to speed up litigation and to fulfill parties' right for a judgment in reasonable time and it could achieve these goals, but only with creating real prerequisites for successful functioning of the courts. If not it will transform itself in just another mean of the pressure on the judges.*

Key words: *legislature changes of Civil Procedure; efficiency of the litigation; litigation timeframe; time limits for the court acts; disciplinary responsibility of the judges.*

*Dr Đorđe Popov, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

UTICAJ TRANZICIJE NA STANJE PRIVREDE SRBIJE¹

Sažetak: *Proces približavanja Evropskoj uniji pred Srbiju kao nužnu pretpostavku postavlja poboljšanje stanja u privredi Srbije. Ovaj cilj se ne može realizovati ako u Srbiji u punom smislu te reči ne počne da deluje pravna država. Srbija ima visok spoljni dug i deficit spoljnotrgovinskog bilansa, kao i visoku stopu nezaposlenosti. Nužno je izvršiti hitno prevrednovanje čitavog niza kako propisa, tako i procesa koji su se u Srbije odvijali u deceniji posrtanja srpske privrede, tj. od 2001. do 2012. Veliki deo nevolja u kojima se danas nalazi privreda Srbije rezultat je loše koncipiranog i još lošije sprovedenog Zakona o privatizaciji. Zato veliku odgovornost snosi Agencija za privatizaciju. Poljoprivreda je izuzetno značajna za ukupnu privredu Srbije. I u poljoprivredi je privatizacija loše sprovedena. Za budućnost poljoprivrede Srbije važno je da se napravi strategija vlasništva nad poljoprivrednim zemljištem. S tim u vezi je i pitanje prava sticanja svojine nad zemljom stranih državljana. Jedan od glavnih razloga za loše stanje privrede Srbije je i veliki ilegalni odliv kapitala. Srbija mora u saradnji sa međunarodnim organizacijama preduzeti mere da se taj odliv stavi pod kontrolu. U Srbiji je u prvoj fazi reformi kao i u svim zemljama u tranziciji zakonodavna aktivnost sledila jednostrani univerzalni pristup u žurbi da presadi administrativne strukture nalik zapadnim zemljama bez obraćanja dovoljne pažnje na društveni kontekst. No sada postaje jasno da gotovi modeli zakona, političkih institucija i ekonomske politike mogu predstavljati samo osnovu koju će, ako želi uspeh, svaka zemlja morati nadograditi u skladu sa svojim uslovima i potrebama.*

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

Ključne reči: *Evropska unija, Srbija, ekonomija, spoljnotrgovinski bilans, spoljni dug, nezaposlenost, Zakon o privatizaciji, Agencija za privatizaciju, privatizacija, poljoprivreda, vlasništvo nad zemljom, državna svojina, svojina stranaca, nelegalni odliv kapitala, transferne cene, pravna regulativa, ekonomski razvoj, razvojna politika.*

I

Proces približavanja Evropskoj uniji pred Srbiju kao nužnu pretpostavku postavlja poboljšanje stanja u privredi Srbije. Ako Srbija želi da se jednog dana nađe u Evropskoj uniji kao njen punopravni član ona mora svoju privredu dovesti u stanje u kome će ona biti u poziciji da učestvuje u tržišnoj utakmici po jasnim pravilima Unije. Ekonomija Srbije se nalazi u izuzetno lošem stanju, a ako se hitno ne preduzme set kompleksnih mera moguće je da situacija izmakne kontroli².

Ekonomska politika Srbije treba u budućnosti da bude usmerena pre svega podsticanje privrednog rasta koji bi za rezultat trebao da ima porast zaposlenosti, uravnoteženje spoljnotrgovinskog bilansa i smanjivanje stepena spoljne zaduženosti, ali i reindustrijalizaciju Srbije. Ovi ciljevi se ne mogu realizovati ako u Srbiji u punom smislu te reči ne počne da deluje pravna država.

II

Da je ekonomska situacija u Srbiji loša vidi se već kada se pogledaju osnovni ekonomski pokazatelji. Tako je naprimer posle blagog rasta u 2010. i 2011³., što je od strane nekih tadašnjih vladinih zvaničnika iskorišćeno⁴ za najave da je Srbija izašla iz krize, društveni bruto proizvod u

² Poređenja radi društveni bruto proizvod je 2008. iznosio 32, 668 milijardi evra, da bi se u 2012. našao na nivou od oko 30 milijardi evra.

³ Prema podacima Narodne banke Srbije posle pada od 3,5% u 2010. društveni bruto proizvod je 2010. porastao za 1,0%, a 2011 za 1,6%. Izvor Statistika Narodne banke Srbije, podaci ažurirani 28.02. 2013.

⁴ U tome je nažalost prednjačio funkcioner koji je prema važećem Ustavu Srbije imao najviše ovlašćenja i odgovornosti: tadašnji premijer Mirko Cvetković. Treba reći da su izjave vladinih zvaničnika i njima bliskih "ekonomskih analitičara" u to vreme predstavljale kuriozitet u svetu. Naime, svugde u svetskim medijima i izjavama predstavnika vodećih svetskih država i ekonomskih organizacija izražavan je u to vreme, kao i sada, visok stepen zabrinutosti za kretanja u svetskoj ekonomiji. Po svemu sudeći oni u Srbiji koji su takve izjave davali su ili bili ubeđeni da su postali vlasnici nekog posebnog "kamen mudrosti" koji im omogućava drugima nedostupna saznanja iz ekonomije, ili su pak na-

2012. ponovo opao⁵. Takođe, treba istaći da je došlo i do značajnog rasta indeksa potrošačkih cena, tako da je on u poslednjem kvartalu 2012. iznosio 12,2%, što je za zemlju sa ekonomskim performansama Srbije zabrinjavajuće visok nivo⁶.

Osnovni problem sa kojim se suočava ekonomija Srbije je nezaposlenost. Stopa nezaposlenosti u čitavom periodu posle 2000. pokazuje stalnu tendenciju rasta i sada se prema različitim izvorima kreće između 25 i 27%⁷. Nezaposlenost nije samo ekonomski nego i opšte društveni problem. Zato se ne može razgovarati ni o jednom programu kako ekonomskog oporavka tako i opšteg društvenog razvoja Srbije ako on za rezultat ne bi imao povećanje stope zaposlenosti. Povećanje zaposlenosti mora biti prioritet svih prioriteta za Srbiju.

Imajući u vidu ovakvo stanje privrede Srbije nužno je izvršiti hitno prevrednovanje čitavog niza kako propisa, tako i procesa koji su se u Srbije odvijali u deceniji posrtanja srpske privrede, tj. od 2001. do 2012⁸. Eksperiment koji je na privredi Srbije sproveden u poslednjih deset godina rezultirao je industrijskom proizvodnjom na nivou 1999, tj. godine bombardovanja i duplo višom stopom nezaposlenosti nego 2002⁹.

U istom periodu spoljni dug je porastao sa 9,402 na 25, 721 milijardi evra, ili sa oko 12,2 na skoro 34 milijarde američkih dolara, tako da je njegovo učešće u društvenom bruto proizvodu poraslo sa 58,7 na 85,6%, sa tendencijom daljeg rasta¹⁰. Kada je reč o spoljnom dugu treba reći i to

protiv pokazivali izuzetan stepen neodgovornosti prema javnoj reči. Bilo bi prosto neverovatno da imaju toliki stepen nekompetentnosti.

⁵ Po kvartalima to izgleda ovako: I, -2,3%, II, -0,6%, III -2,5%, IV -1,5%. Podaci Statistike Narodne banke Srbije, op. cit.

⁶ Treba svakako podvući da je u Srbiji imajući u vidu stepen razvoja njene ekonomije teško očekivati da inflacija bude kao u razvijenim tržišnim privredama Zapadne Evrope, ali dvocifrena inflacija već predstavlja ozbiljnu pretnju za ulazak u iole dugoročnije ekonomske poduhvate i u zemljama tranzicije i zemljama u razvoju.

⁷ Niža cifra je iz srpskih, a viša iz izvora Svetske banke.

Nažalost, iz verovatno njima znanih razloga, različite službe države Srbije npr. nacionalna služba za zapošljavanje, imaju lošu naviku da pokušavaju da umanje stvarnu stopu nezaposlenosti. Pa se tako navode primeri da veliki broj ljudi radi neprijavljen itd. Zadatak ovih službi je da olakšaju zapošljavanje, a ne da prikrivaju nezaposlenost i da kao jedno od rešenja, jer tako ispada, nude zapošljavanje u sivoj zoni.

⁸ U tom procesu svakako bi bilo korisno i navođenje imenom i prezimenom glavnih kreatora i izvođača sunovrata srpske privrede nezavisno od toga da li su bili inspirisani nečasnim motivima ili se radilo o ``najboljim namerama``.

⁹ Prema podacima Narodne banke Srbije stopa nezaposlenosti je 2002. iznosila 13,3%.

¹⁰ Izvor: Indikatori eksterne pozicije Srbije, Narodna banka Srbije, februar 2013.

da je učešće javnog duga u ukupnom dugu blizu 50%, dok ostatak otpada na dug privatnog sektora.¹¹

Svemu ovome treba dodati i to da deficit spoljnotrgovinskog bilansa Srbije već godinama iznosi oko 5 milijardi evra, tj. zavisno od odnosa kursa evra i dolara između 6,5 i 7,5 milijardi američkih dolara, što dodajno podstiče zaduživanje i čini spoljnoekonomsku poziciju Srbije neodrživom na duži rok¹². Deficit je makoliko se to činilo neverovatnim u pojedinim godinama bio viši od vrednosti celokupnog izvoza.

Još dva bitna makroekonomska pokazatelja su značajno lošija nego što je to bio slučaj 2008. Tako je javni dug porastao sa 29,2% društvenog bruto proizvoda na blizu 60% DBP-a¹³, a budžetski deficit od 1,7% 2008, na 4,5- 5% u DBP-a u 2012¹⁴. Kada je reč o budžetskom deficitu treba istaći da Evropska unija kao cilj postavlja 3%, ali i da ga veliki broj zemalja same Unije značajno i u kontinuitetu ne ostvaruje¹⁵.

III

Veliki deo nevolja u kojima se danas nalazi privreda Srbije rezultat je loše koncipiranog i još lošije sprovedenog Zakona o privatizaciji. Zakon o privatizaciji je kao osnovni način privatizacije predvideo prodaju kupcima van preduzeća, tj. prihvaćen je model tkzv. eksterne privatizacije. Kreatori ovoga Zakona pri tome nisu uzeli u obzir posledice koje ovako izabran model privatizacije sa sobom nosi iako su im one imajući u vi-

¹¹ U vezi sa ovim važno je napomenuti da se opaža rast učešća javnog duga u ukupnom dugu, što svedoči o ubrzanom zaduživanju države.

¹² O neodrživosti ovako visokog deficita u spoljnoj trgovini pisao sam u više svojih radova objavljenih u kako u zemlji tako i u inostranstvu. Vidi npr. Popov, Djordje, *Die Integration der Bundesrepublik Jugoslawien in die Weltwirtschaft nach Aufhebung der Sanktionen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen*, Universität Bremen, Bremen, Institut für Weltwirtschaft und internationales Management, 1996; *The Importance of Foreign Capital for Economic Stability of Serbia*, *Transition Studies Review*, Vol. 17, 2010, No.4, str. 777-789; Popov, Đorđe, *Pritok inostranih investicija i ekonomičeskaa stabilnost Srbije*, u: *Finansovo-ekonomičeskie problemi procesov globalizacii*, Nižnii Novgorod, 2010, str. 64-80; Popov, Đorđe, *Procesi u svetskoj privredi i Srbija*, izd. Pravni fakultet Novi Sad, 2011; Popov, Đorđe, *Uticao valutne klauzule i deviznog kursa na stanje privrede Srbije*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2012, str. 19-39. itd.

¹³ Za utehu to je još uvek značajno manje nego u slučaju najveće svetske ekonomije SAD gde ona iznosi preko 100%, ili npr. Francuske gde je stepen zaduženosti 88%, da ne spominjemo ovom prilikom primere Grčke i Španije.

¹⁴ Podaci Narodne banke Srbije.

¹⁵ Tako npr. u zemljama Unije kao što su npr. Velika Britanija i Slovenija on iznosi 8, odnosno 6%, DBP, što je kao što se vidi dosta više od budžetskog deficita Srbije.

du iskustva drugih zemalja, ali i iz u to vreme već postojeće literature, morale biti poznate.

Jedna od osnovnih lekcija o tržištu već za studente koji ekonomiju izučavaju u prvom semestru je da, da bi tržište egzistiralo mora postojati i ponuda i tražnja. Jasno je bilo svakome iole upućenom u ekonomska kretanja u Srbiji da toliki obim tražnje koliki bi bio potreban za brzu i sveobuhvatnu privatizaciju privrede Srbije, kako u Srbiji tako i u inostranstvu jednostavno ne postoji. Tako je naprimer u trenutku donošenja Zakona o privatizaciji izračunato da je potrebno privatizovati oko 7000 malih i oko 200 velikih preduzeća. Bilo je jasno da na tržištu ograničene veličine i sa izuzetno oskudnim kapitalnim resursima neposredno posle sankcija, što znači i sa niskim investicionim rejtingom, nije moguće obezbediti odgovarajuću tražnju, tj. kupce za ponudena preduzeća. Ne može se reći da na ovu činjenicu akademska javnost nije blagovremeno ukazivala.¹⁶ I pored toga autori su u tekst Zakona uneli klauzulu o obaveznosti privatizacije¹⁷ u toku četiri godine od dana stupanja Zakona na snagu¹⁸. Ovaj rok je kasnije izmenama i dopunama Zakona istina produžen¹⁹.

Nažalost, prognoze u tome da ovaj Zakon kao rezultat neće imati brzu privatizaciju su se ostvarile. Prošlo je prvo tromesečje 2013, a proces privatizacije nije završen. Tačnije bi ustvari bilo reći da u svom kapitalno najznačajnijem delu nije ozbiljnije ni započeo²⁰. No, kako stvari stoje možda u tom lošem ima i nečega dobrog, jer su privatizacije na osnovu ova-

¹⁶ Vidi npr. Dj. Popov, Privatization and Foreign Investment- The Case of Serbia and Montenegro, *Transition Studies Review*, Vol. 11, Nr. 11, Nr. 3, 2004, str. 196- 212.

¹⁷ Posebno je pitanje na koje autor ovoga teksta ne može da da kompetentan odgovor da li je Zakon koji predviđa obavezu privatizacije društvenog kapitala, tj. društvene svojine donesen u skladu sa Ustavom Republike Srbije koji je važio u vreme donošenja Zakona o privatizaciji. Član 56 toga Ustava glasi: "Jamči se društvena (Podv. Đ.P.), državna, privatna i zadružna svojina i drugi oblici svojine Svi oblici svojine imaju jednaku pravnu zaštitu." (Podv. Đ.P.). Nadajmo se da će stručnjaci za ustavno pravo dati svoju ocenu Zakona o privatizaciji imajući u vidu gorenavedeni član i s tim u vezi oceniti odgovornost predlagača ovakvog Zakona.

¹⁸ Subjekti privatizacije sa društvenim kapitalom dužni su da sprovedu postupak privatizacije najkasnije u roku od četiri godine od dana stupanja na snagu ovoga Zakona. Zakon o privatizaciji, član 14. Sl. Glasnik Republike Srbije, br. 38/2001, str. 2.

¹⁹ "Za privatizaciju neprivatizovanog društvenog kapitala javni poziv za učešće na javnom tenderu, odnosno javnoj aukciji, mora da se objavi najkasnije do 31. decembra 2008. godine". Zakon o privatizaciji Službeni glasnik RS", br. 38/2001, 18/2003, 45/2005 i 123/2007, Član 14.

²⁰ Elektroprivreda, telekomunikacije, komunalna preduzeća su još uvek na ovaj ili onaj način u 100% javnom vlasništvu, a taj sektor čini preko 60% ukupnog kapitala u Srbiji.

ko loše koncipiranog Zakona i u realizaciji ljudi koji su je u ime države sprovodili imale u velikom broju za rezultat katastrofalne efekte. Prekid proizvodnje ili njeno značajno smanjenje i otpuštanje zaposlenih su bili krajnji rezultat u neverovatno velikom broju privatizacija sprovedenih po ovome Zakonu.

Prethodna razmatranja niukom slučaju ne bi trebalo shvatiti kao pledoaje protiv procesa privatizacije. Naprotiv, privatizacija je neizostavan i najvažniji korak u procesu tranzicije u tržišnu privredu. Prethodni zaključci i analize kojih će u radu još biti usmereni su da dokumentuju u kojoj meri je ishitrenim i nestručnim potezima kompromitovana sama privatizacija kao proces, kao i koja je nenadoknдивe šteta takvim radnjama naneta srpskoj privredi, a time i svim građanima Srbije.

Zanimljivo je da Agencija za privatizaciju u svojoj analizi proces privatizacije ocenjuje kao uspešan, paralelno sa sopstvenom konstatacijom da je u privatizovanim preduzećima došlo da značajnog pada zaposlenosti²¹. Kada se u obzir uzme činjenica da se među privatizovanim preduzećima nalaze i neka najuspešnija preduzeća u Srbiji, koja su srećom sticajem raznih okolnosti uspela da izbegnu negativne posledice ovako sprovedene privatizacije²² pa su stoga skoro u potpunosti zadržala svoje zaposlene, stvarni rezultat na području zaposlenosti je mnogo gori. Da su neka preduzeća uspešna i posle po ovakvom Zakonu i ovako sprovedene privatizacije dokaz je da se uz ogroman napor i često i lični rizik uprkos Zakonu moglo spasti preduzeće, a ne da su Zakon i metodologija sprovedena privatizacije bili dobri²³.

Kontradiktornost samoocene privatizacije date od strane Agencije za privatizaciju uvećava i podatak Privredne komore Srbije da je 26% ugo-

²¹ Prema podacima Agencije za privatizaciju po Zakonu o privatizaciji privatizovano je 1638 preduzeća, a po ranijem Zakonu o svojinskoj transformaciji 777 preduzeća, dok se 537 preduzeća nalazi u procesu restrukturiranja. Zaposlenost u privatizovanim preduzećima je prema podacima same Agencije smanjena za 276.000, ili opet prema Agenciji za 60%.

²² Po pravilu samo u preduzećima koja su imala zaista uspešne menadžere, kao što je to bio slučaj u "Sintelonu", "Simpu", "Metalcu", "Hemofarmu", i još nekoliko, uspelo se uz neverovatno mnogo napora sačuvati preduzeće uprkos propisima koji su se stalno menjali kao i vladinim ispostavama i sudovima koji su ih sprovodili.

²³ Prava slika o uticaju ovako vođene privatizacije na privredu i zaposlenost u Srbiji mogla bi se steći tek kada bi se istražio uticaj prestanka rada velikih preduzeća koja su bila predmet privatizacije na njihove kooperante u sektoru malih i srednjih preduzeća. Gašenje proizvodnje u velikom industrijskom preduzeću automatski je izazivalo i nužnost prestanka rada kod kooperanata, jer oni više nisu imali kome da vrše isporuke.

vora o privatizaciji raskinuto²⁴. Prema podacima iz nekih drugih izvora raskinuta je čak trećina od oko 2.300 ugovora²⁵. A raskinuti su ugovori samo u onim privatizacijama gde su kršenja Zakona i ugovora bila eklatantna, i gde je postojala volja Agencije i onih koji su na nju imali uticaja da se tako postupi. Neverovatan je broj neuspelih privatizacija gde Agencija do sada nije preduzela ništa, a za šta nije potrebno nikakvo posebno istraživanje, dovoljno je proći pored nekadašnjih, pre svega industrijskih postrojenja²⁶, u bilo kom gradu u Srbiji²⁷.

Prava ocena rada Agencije i kvaliteta načina sprovođenja Zakona je stanje u kome se nalazi privreda Srbije, a za šta su sigurno odgovorni kako rukovodioci Agencije tako i autori i promoteri ovako koncipiranog Zakona. Stoga jednostavno nije tačno da je Zakon dobar i da su oni koji su ga primenjivali to radili stručno i odgovorno.

IV

Poljoprivreda je uvek bila jedna od najvažnijih grana privrede Srbije, ali je njen značaj za Srbiju izuzetno porastao posle kolapsa industrijske proizvodnje izazvane sankcijama i pogrešnom privatizacijom. Stoga su dešavanja u i oko poljoprivrede od krucijalnog značaja za stanje ekonomije Srbije.

Kada je reč o poljoprivredi kao grani treba istaći da se i na ovom području oseća ono što predstavlja ozbiljan problem i na nivou čitave privrede- nepostojanje osnovne strateške orijentacije.

U tranziciju se krenulo, a da prethodno nije raščišćeno osnovno pitanje: koji model poljoprivredne proizvodnje u budućnosti treba da dominira

²⁴ Radi se o 595 preduzeća.

²⁵ Izjava predstavnika Agencije za privatizaciju na RTV 3. aprila 2013.

²⁶ No, nažalost pogrešna bi bila percepcija da je Zakon o privatizaciji i njegova realizacija pre svega od strane Agencije za privatizaciju bila katastrofalna samo u industriji. Isto je bilo i u drugim granama. Dovoljno je npr. pogledati šta se desilo i na šta danas liče objekti npr. robnih kuća "Beograd" koje su još početkom sedamdesetih predstavljale primer organizacije maloprodaje ne samo u prethodnoj Jugoslaviji.

²⁷ U gradu u kome izlazi ovaj časopis sve do početka dveihiljaditih funkcionisale su sledeće veći industrijski kapaciteti: Neoplanta, HINS, Albus, Jugoalat, Jugodent, Novitet, Brodogradilište, 27 Mart, Elektroporcelan, Niva, NIT, Neimar, Koteksprodukt, Novosadska mlekara, Danubius, Rafinerija nafte Novi Sad, Novkabel, Pobeda, Petar Drapšin, Avala, uz brojne manje pogone. Samo u industriji je krajem osamdesetih bilo zaposleno više od 30.000 ljudi. U Beogradu je naprimer 1990. u industriji bilo zaposleno 245.000 ljudi, a 2007. svega 13.842, u Kragujevcu je za isti periodu odnos 57.000: 8.000, Nišu 25.000: 3.000, itd.

u Srbiji. Da li to treba da bude porodična farma, sa osloncem na razvijen sistem zadrugarstva kao što je to slučaj u najrazvijenijim zemljama članicama Evropske unije, ili će se pak tolerisati, pa možda čak i podsticati, razvoj ogromnih poljoprivrednih poseda kakvih nema nigde u Evropi- svojevrsnih latifundija- sa osnovnom orijentacijom na ratarstvo.

Nažalost, po privredu i pre svega stanovništvo Srbije u Srbiji, a naročito na onom njenom delu koji čini teritoriju A. P. Vojvodine, u uslovima ovakve privatizacije došlo je do formiranja ogromnih zemljišnih poseda i strukture vlasništva nad zemljom kakvi ne postoje u Evropskoj uniji, a koji najviše podsećaju na stanje u carskoj Rusiji u predrevolucionarno vreme sa svim pratećim socioekonomskim posledicama.

Osnovni uzrok je način na koji je izvedena privatizacija društvenih poljoprivrednih gazdinstava pre svega u periodu 2002.- 2012. Poljoprivredni kombinati su privatizovani tako da je kupac preduzeća postajao vlasnik i onoga dela zemljišta u društvenoj svojini koje je dotični kombinat obrađivao. Tako su pojedinci, ili kompanije u njihovom vlasništvu, preko noći postajali vlasnici 12-15 ili više hiljada hektara zemljišta, što daleko prevazilazi veličinu poseda i najvećih nekadašnjih zemljoposjednika, o kojima se i dan danas skoro vek posle njihovog nestanka pričaju priče.

Ako se ekonomski sistem želi harmonizovati sa onim u Evropskoj uniji da Srbija u momentu pristupanja ne bi imala problema u integrisanju svoje ekonomije u Uniju, onda stvaranje ovako gigantskih poseda niukom slučaju nije korak u tome pravcu²⁸. Kako izgleda veličina farmi u Evropskoj Uniji pokazuje Tabela 1.

Tabela1. Broj i veličina farmi u Evropskoj Uniji sa 27 članica

Površina u ha	Broj farmi	Učešće u %
Do 5	1.034.890	71,47
5-20	261.378	18,05
20- 50	82.469	5,69
Više od 50	69.123	4.77
Ukupno	1.447.860	100,00

Izvor: Eurostat: Agriculture

Važno je pri tome istaći sledeće. Prvo da ovakvom privatizacijom najčešće nije obezbeđen nikakav novi kapital. Postupak se zahvaljujući

²⁸Tako se npr. najveći pojedinačni posed u Evropskoj uniji nalazi u Nemačkoj i obuhvata 920 hektara. U pet najrazvijenijih zemalja unije svega 3,5% ukupnog broja farmi ima više od 100 hektara.

zaposlenima u Agenciji za privatizaciju, konsultantskim kućama i individualnim konsultantima²⁹ odvijao najčešće po sledećem modelu³⁰: kupac licitira, zatim sklapa ugovor, pa posle toga na osnovu ugovora i hipoteke diže kredit kod banke kojim ima nameru da izvrši uplatu prve rate izlicitirane cene.

Tako smo umesto ranijih poljoprivrednih kombinata koji su, uz sve mane, imali diversifikovanu proizvodnju koja uključuje ratarstvo, stočarstvo i u najvećem broju slučajeva i više faze prerade bilo da se radi o mlinovima, pekarama, fabrikama konzervi, keksa, ulja, šećera itd, u kojima je bio zaposlen veliki broj radnika što je usporavalo depopulaciju sela, dobili privatne vlasnike ogromnih kompleksa zemljišta. Novi vlasnici u najvećem broju slučajeva nisu pokazivali nikakav interes za više faze prerade, a zaposlene su shvatali kao balast.

Osnovni motiv najvećeg broja takvih kupaca je bio da se uz korišćenje različitih subvencija orijentacijom na primarnu proizvodnju uz što manje ulaganja obezbedi profit. To im imajući u vidu veličinu poseda i nije bilo naročito teško³¹. Takođe početkom novog milenijuma očekivao se relativno brz ulazak Srbije u Evropsku uniju (licitiralo se tada u javnosti sa 2004, 2007. pa 2010.) pa su novi vlasnici koji³² su do poljoprivrednog zemljišta došli po ceni od 200- do 500 evra po hektaru očekivali da ga kupcima iz razvijenih zemalja Unije prodaju po ceni koja će prevazilaziti 10.000 evra po hektaru.

No, i pored loših Zakona i njihove još lošije primene postojala je mogućnost da se barem na jednom delu poljoprivrednog zemljišta koje je bilo predmet privatizacije realizuje takva privatizacija koja bi garantovala

²⁹ Za nadati se da će jednom biti izvršena analiza koje su se to konsultantske kuće i koji individualni konsultanti pojavljivali prilikom ovih operacija. Izgleda da se radi o samo par konsultantskih kuća i nekoliko pojedinaca što daje dodatne osnove za sumnju da sve baš i nije bilo u skladu sa poslovnim moralom, a da li su ispoštovani odgovarajući zakonski propisi trebalo bi da utvrde državni organi čija je to obaveza.

³⁰ Vrlo je verovatno da poštene i društveno odgovorni građanin ne može ni da zamisli kakve su se sve operacije odigrale prilikom ovih privatizacija, tj. koje su sve ideje realizovali "stručni i nezavisni konsultanti" koje je angažovala Agencija.

³¹ Treba samo zamisliti 10.000 hektara koje kada izdate u zakup po minimalnoj ceni od 200 evra po hektaru dolazite do cifre od 2.000.000 čiste zarade na godišnjem nivou. I najosnovnija ratarska proizvodnja uz korišćenje odgovarajućih subvencija donosi naravno daleko više.

³² Način na koji je Agencija za privatizaciju pristupila svome poslu možda najbolje ilustruje struktura novih vlasnika privatizovanih kombinata. Među njima ima "zaštićenih svedoka", osoba za kojima su raspisane poternice Interpola, lica na čije je "poslovanje" naše organe upozorila DEA (Agencija SAD za borbu protiv trgovine narkoticima), a najveći broj njih spada u kategoriju "kontroverzni biznismeni" sa svim što to danas u Srbiji znači.

opstanak i razvoj lokalnih zajednica. U javnosti je poznat jedan jedini slučaj da su se individualni poljoprivrednici uz pomoć lokalne samouprave organizovali i uz pomoć kredita dobijenog od banke uspjeli da na licitaciji kupe poljoprivredno zemljište³³ koje se prodavalo posle jedne od niza neuspješnih privatizacija poljoprivrednih kombinata, sprovedenih na teritoriji Vojvodine u prvoj deceniji 21 veka. To znači da su se slični aranžmani mogli obezbediti i u drugim slučajevima uz odgovarajući angažman lokalne samouprave. No, u lokalnim samoupravama očito nije bilo motiva za to³⁴.

Posledica ovako izvršene privatizacije je bila uništavanje stočarske proizvodnje i viših faza prerade u bivšim kombinatima, a zaposleni su ostali bez zaposlenja bez nade da ga u svojim mestima ikada ponovo pronađu. Time je zadat završni udarac u procesu osiromašenja i depopulacije sela započet još prvim aktima agrarne reforme i nacionalizacije neposredno posle drugog svetskog rata. Stanovnicima sela koji bi eventualno ostali da na njemu žive ostala je jedna jedina mogućnost: da postanu sezonski najamni radnici na imanjima novih tranzicionih velposednika. No, prihodi od toga niukom slučaju ne bi im mogli biti dovoljni čak ni za preživljavanje. Sela i brojni nekada vrlo živi gradovi manje i srednje veličine izgubili su svaku razvojnu perspektivu i za njihovo stanovništvo jedini izlaz postaje odlazak u veće gradove ili inostranstvo.

Nažalost, usled nepostojanja strategije razvoja poljoprivrede i sela uz aktivnu asistenciju državnih organa, banaka i lokalne samouprave nastavljaju se procesi koji na će na dugi rok će najverovatnije onemogućiti revitalizaciju stanovništva u selima. U poslednjih nekoliko godina uz obilno korišćenje bespovratnih sredstava države³⁵, kao i odgovarajuće bankarske kredite formiraju se na velikim parcelama dugogodišnji zasadi. Kada neko formira dugogodišnji zasad od recimo 700 hektara to znači da je ta površina zauzeta na duži rok³⁶. Tih 700 hektara u vlasništvu jednog čo-

³³ Grupa individualnih poljoprivrednih proizvođača iz okoline Novog Bečeja je uz logističku podršku Opštine uspjela da kupi poljoprivredno zemljište na Bisernom ostrvu uspešno se takmičeći sa "biznismenima" iz Beograda i Novog Sada.

³⁴ Vrlo je moguće da su na različite načine bili motivisani da čine upravo suprotno, tj. da se ne angažuju da bi pomogli stanovnicima svojih opština koji se bave poljoprivredom da dođu u posed poljoprivrednog zemljišta.

³⁵ Zanimljivo bi bilo videti ko su korisnici sredstava različitih fondova ("za kapitalne investicije", "za razvoj", "subvencije po hektaru", "besplatne sadnice", itd. Koliki je tu stepen koncentracije na mali broj "odabranih" i ima li tu uopšte mesta za male proizvođače, a pogotovo koliko je njihovo učešće u procentima u ukupnim sredstvima.

³⁶ Predsednik jedne male opštine se hvali time. Svakako da je bolje da se zemljište kultiviše, ali čudi da izabrani predstavnik građana ne razmišlja o dugoročnijoj sudbini onih koji su ga birali.

veka ili jedne kompanije koji najčešće nemaju nikakve veze sa lokalnom zajednicom. Stanovnici sela u okruženju će u najboljem slučaju biti angažovani u sezonskim radovima.

To niukom slučaju ne znači da dugogodišnje zasade ne treba formirati, naprotiv. No, zapanjujuće je da niko nije pokušao da to uradi drugačije. Na površini od 700 hektara moglo se naprimer formirati najmanje 200 parcela pod dugogodišnjim zasadima od kojih bi svaka omogućila egzistenciju jedne porodice i to za više narednih generacija³⁷. Izgovor koji se često može čuti je da lokalno stanovništvo nema kapital. Pri tome se ne kaže da i krupni vlasnici svoja ulaganja vrše zahvaljujući korišćenju bespovratnih sredstava iz različitih državnih fondova kao i bankarskih kredita. Zašto to ne bi mogao biti i model za podsticanje porodičnih gazdinstava i na taj način rešavanje u tim područjima kako pitanja nezaposlenosti tako i depopulacije sela?

Kada je reč o privatizaciji poljoprivrednih kombinata i prelasku poljoprivrednog zemljišta u ruke malog broja velikoposjednika pitanje je i da li je baš sve obavljeno u skladu sa važećim Zakonima. Tako naprimer postoje mišljenja da poljoprivredno zemljište kao opšte dobro od javnog interesa nije moglo i ne može biti predmet privatizacije.³⁸ U javnosti je takođe prisutan stav da je ministar za privatizaciju iz perioda 2001.-2003. dostavljajući svoje pisano ``mišljenje``³⁹ ``otvorio vrata za privatizaciju poljoprivrednog zemljišta, iako to po svemu sudeći zabranjuju i Zakon o privatizaciji i Zakon o poljoprivrednom zemljištu.``⁴⁰

Poseban problem je nastao u vezi sa pitanjem da li je privatizacija poljoprivrednog zemljišta koje se nalazilo u vlasništvu zadruga urađena u skladu sa važećim Zakonima ili ne. Problem vuče svoje korene iz Zakona o udruženom radu čiji je inspirator i glavni autor⁴¹ imao ambiciju da nji-

³⁷ U Italiji naprimer 78,3% ukupnog broja poseda ima manje od 5 hektara. Manje od 5 hektara ima i 30,8% ukupnog broja poseda u Belgiji, 56,8% u Španiji i 31,3% u Holandiji.

³⁸ ``Ovim Zakonom uređuje se zaštita, korišćenje i uređenje poljoprivrednog zemljišta kao prirodnog bogatstva i dobra od opšteg interesa. (Podv. Đ. P.). Član 1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu, Sl. Glasnik Republike Srbije, br. 49/92. Na ovaj član poziva se i Savet za borbu protiv korupcije u svome Izveštaju.

³⁹ ``ako je poljoprivredno zemljište iskazano kao imovinska pozicija i procenjeno kao društveni kapital ono jeste predmet privatizacije.`` Mada, istine radi treba istaći da ovo ``mišljenje,`` kao i uostalom i svako drugo, nije pravno obavezujuće.

⁴⁰ Izjava Đorđa Bugarina sekretara Udruženja za poljoprivredu u Privrednoj komori Vojvodine.

⁴¹ Posle Ustav donetog 1974. kao logičan sled usledilo je donošenje Zakona o udruženom radu koji je pravni i ekonomski sistem uneo čitav niz u svetu nepoznatih i nepostojćih pojmova. Idejni tvorac ovakvih akata je u višedecenijskom periodu bio visoki komunistički funkcioner Edvard Kardelj.

me na ``novi način`` reguliše praktično čitavu ekonomsku sferu. Zakonom o udruženom radu zadrugе su pretvorene u ``Osnovne organizacije kooperanata``⁴² bez imovine.

Ustav iz 1974. osim privatne i društvene svojine nije prepoznavao druge oblike svojine, tako da je poljoprivredno zemljište koje su zadrugе pre stupanja na snagu Zakona o udruženom radu kupile, u zemljišnim knjigama upisano kao društvena svojina⁴³, a korisnici tog zemljišta su uglavnom postali poljoprivredni kombinati. Kada je otpočeo proces privatizacije po Zakonu o privatizaciji iz 2001. deo poljoprivrednog zemljišta koje je ustvari pripadalo zadrugama je takođe postalo predmet privatizacije⁴⁴.

Iz svega napred navedenog da se zaključiti da je privatizacija obradivog poljoprivrednog zemljišta sprovedena na haotičan i pravno diskutabilan način. Zahvaljujući tako sprovedenoj privatizaciji u Srbiji, a pre svega na teritoriji koju obuhvata Autonomna Pokrajina Vojvodina, nastala je posedovna struktura duboko suprotstavljena onoj koja dominira u najrazvijenijim zemljama Evropske unije⁴⁵. Takva posedovna struktura zajedno sa paralelno sa njome kreiranim načinom korišćenja poljoprivrednog zemljišta ozbiljno će otežavati suštinsku integraciju Srbije u ekonomski i pravni sistem Evropske unije.

Stoga bi dok za to još ima vremena trebalo učiniti sve da se posedovna struktura, kao i korišćenje poljoprivrednog zemljišta u najvećoj mogućoj meri upodobi sa onom u Evropskoj uniji. Razlog za to je i već pomenuti neverovatno loš uticaj ovako kreirane posedovne strukture na demografski i regionalni razvoj, kao i socijalno stanje onih delova Srbije u kojima dominiraju za kriterijume Evropske unije gigantski zemljišni posedi.

Koje mere preduzeti da se stanje promeni nabolje? Jedna od mogućnosti je da se, ako se ustanovi da su privatizacije obradivog poljopri-

⁴² Ovo u tom sistemu nije bilo ništa čudno, jer su ``Osnovne organizacije udruženog rada``, po sistemu identičnom onome u privredi, tada formirane i na fakultetima, domovima zdravlja, itd.

⁴³ Istine radi treba reći da Zakon o zadrugama iz 1996. obavezao kombine da tako dobiveno poljoprivredno zemljište vrate zadrugama, ali u velikom broju slučajeva iz raznih razloga to nije učinjeno.

⁴⁴ Danas je to zemljište postalo predmet novih sporova, jer se u velikom broju javljaju zadrugari koje na osnovu Zakona traže povraćaj u pređašnje stanje tj. poništenje privatizacija poljoprivrednog zemljišta koje se nalazilo u zadržnoj svojini.

⁴⁵ Prema podacima Eurostata u 15 najrazvijenijih zemalja Evropske unije na posede manje od 5 hektara otpada 57,5% ukupnog broja poseda. Posedi od 5 do 10 hektara su zastupljeni sa 12,4%, od 10 do 20 hektara sa 10,3%. Na posede od 20 do 100 hektara otpada 5% ukupnog broja. Više od 100 hektara ima samo 3,5% gazdinstava u najrazvijenijim zemljama Evropske unije.

vrednog zemljišta izvršene u suprotnosti sa pravnim sistemom Srbije to zemljište vrati u državnu svojinu. Da vraćanje zemljišta u državnu svojinu ne bi predstavljalo nešto što se u velikom broju slučajeva već ne dešava pokazuju slučajevi brojnih poništenih privatizacija, pre svega usled neizvršenja ugovora, gde se zemljište po pravilu vraća u državnu svojinu⁴⁶.

Sledeći nužan korak bi bio da se konačno Srbija opredeli da li će razvijati poljoprivredu zasnovanu na porodičnim farmama i zadrugarstvu kao što je to u Evropskoj uniji, ili će nekim novim zakonodavnim rešenjima podstaći proces "latifundizacije" obradivog poljoprivrednog zemljišta koji se zahuktao u protekloj deceniji.

Logično je pretpostaviti da će se Srbija imajući u vidu stanje u Evropskoj uniji opredeliti za razvoj porodičnih farmi i zadrugarstva. To znači da bi sledeći korak bio početak prodaje poljoprivrednog zemljišta farmerima. Bitan elemenat ovoga procesa bi bio postupnost. To znači da svo zemljište ne bi trebalo prodavati odjednom. Dinamiku bi trebalo da opredeli broj porodica koje ispunjavaju kriterijume da se mogu ozbiljno baviti poljoprivrednom proizvodnjom⁴⁷.

Čini se takođe, ma koliko to sada možda čudno zvučalo, da bi ipak trebalo na neki način ograničiti veličinu zemljišnog poseda⁴⁸. U protivnom bi u relativno kratkom roku došlo do koncentracije poseda u malom broju ruku, a ostalim stanovnicima bi bila onemogućena perspektiva ekonomskog opstanka na selu. Takođe porodice koje bi u svome vlasništvu

⁴⁶ Normalno postavilo bi se ovde pitanje, šta sa onima koji su ispunili svoje ugovorne obaveze s jedne strane, kao i ko će obrađivati to zemljište u međuvremenu. Što se obrađe zemljišta tiče država bi postupila odgovorno kada bi onima koji su postali vlasnici u procesu privatizacije takvom kakav je bio, dozvolila da do konačnog rešenja i dalje obrađuju to zemljište, ali kao zakupci. Uostalom oni su ga godinama koristili kao vlasnici kupivši ga po ceni jednogodišnjeg zakupa. Najveći broj njih bi na to verovatno pristao o čemu svedoči i permanentno nastojanje i najkrupnijih zemljovlasnika da zakupe dodatne parcele koje se još uvek nalaze u državnom vlasništvu. Država bi postupila fer kada bi im iznose koje su uplatili za to zemljište, kao i troškove eventualnih dodatnih ulaganja vratila. Druga mogućnost za državu verovatno prihvatljivija, bila da se ti iznosi odbiju od cene zakupa.

⁴⁷ To znači da bi pre svega trebalo bi razraditi kriterijume pa tek na osnovu njih otpočeti sa prodajom. Za prodaju zemljišta i poljoprivredne mehanizacije svakako bi se morali obezbediti i odgovarajući krediti.

⁴⁸ Kada je reč o zemljišnom maksimumu treba podsetiti da je Kraljevina Jugoslavija koja je nesumnjivo imala tržišnu privredu poznavala ovu kategoriju, kao i da je naprimer u susednoj Mađarskoj prilikom privatizacije poljoprivrednih kombinata pojedinačna akvizicija bez obzira da li se radi o pravnom ili fizičkom licu bila ograničena na 300 hektara. Postojanje posedovnog maksimuma niukom slučaju ne bi značilo da zainteresovani ne bi mogli da uzimaju dodatne površine državnog poljoprivrednog zemljišta u zakup.

koncentrisale veće površine mogle bi da prestanu da se bave poljoprivredom, da napuste poljoprivredna područja i da žive u gradovima kao rentijeri od izdavanja toga zemljišta u zakup.

Deo nove strukture svakako bi trebali da predstavljaju i oni poljoprivredni kombinati koji su dosada sačuvani zbog svog značaja za razvoj regiona u kojima posluju, kao i posebne uloge u zapošljavanju. Oni bi mogli da nastave da obrađuju zemljište u državnoj svojini pod uslovima koji bi bili formulisani u strategiji razvoja poljoprivrede, uz uzimanje dodajnog zemljišta u državnoj svojini u dugoročni zakup.

Kada je reč o poljoprivrednom zemljištu treba obratiti pažnju na još jedno bitno pitanje. Naime, radi se o pravu stranaca da stiču pravo svojine na nepokretnostima, pa time i na poljoprivrednom zemljištu. Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju Srbije Evropskoj uniji otvorena je mogućnost da po stupanju na snagu ovoga sporazuma državljani država članica Evropske unije mogu da stiču svojinu nad poljoprivrednim zemljištem⁴⁹.

O pitanju rokova u kojima će državljani Evropske unije moći da realizuju svoje pravo na sticanje svojine nad nepokretnostima, predviđeno Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju, postoje različita mišljenja. Jedni smatraju da je rok od četiri godine počeo teći 2010. kada je Srbija odlučila da otpočne sa jednostranom primenom Sporazuma, pa bi prema tome po ovome mišljenju prodaja poljoprivrednog zemljišta državljanima Evropske unije mogla da otpočne već 2014. Na drugoj strani stoji podatak da sve zemlje članice Evropske unije dosada još nisu ratifikovale ovaj Sporazum pa da prema tome on još nije stupio na snagu. Znači u slučaju da ratifikacija Sporazuma usledi ove godine pravo na sticanje svojine nad nepokretnostima u Srbiji za državljane Evropske unije moglo bi da se realizuje počev od 2017.

Imajući u vidu da Srbija, kao što je u radu više puta istaknuto, nema jasnu strategiju razvoja poljoprivrede pa prema tome ni zemljišnu politiku, čini se da bi za početak Vlada Srbije trebala da otpočne pregovore o odlaganju primene stava 2 člana 63 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju koji reguliše pitanje svojine na poljoprivrednim zemljištem. Pri tome bi predstavnicima Evropske unije trebalo ukazati i to da bi to bilo i u

⁴⁹ ``Po stupanju na snagu ovoga Sporazuma Srbija će da dopusti državljanima država članica Evropske unije da stiču svojinu nad nepokretnostima u Srbiji, (Podv. Đ.P.) uz potpunu i celishodnu primenu postojećih postupaka. U periodu od četiri godine od stupanja na snagu ovoga Sporazuma (Podv. Đ. P.) Srbija će postepeno usklađivati svoje zakonodavstvo koje se odnosi na sticanje svojine nad nepokretnostima u Srbiji kako bi državljanima članica Evropske unije osigurala isti tretman kao i svojim državljanima``. Član 63, stav 2. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

njihovom interesu, jer bi se i na ovome području umanjila opasnost ponavljanja slučajeva Bugarske i Rumunije koje su u Evropsku uniju primljene bez odgovarajuće pripreme.

To u praksi Evropske unije niukom slučaju ne bi predstavljalo novinu, jer su naprimer u slučajevima Mađarske i Poljske predviđeni daleko duži rokovi, nego u sporazumu koji je 2008. sklopila Srbija. Na taj način bi se postiglo da se eventualno uvođenje u posed vlasnika iz inostranstva odloži do vremena u kome bi bila formulisana kako opšta razvojna, tako i strategija razvoja poljoprivrede i zemljišna politika.

V

U radu je već više puta istaknuto da je jedan od osnovnih problema Srbije visok stepen zaduženosti i permanentan deficit platnog bilansa koji se izravna novim zaduživanjem⁵⁰. Pored svih drugih jedan od osnovnih razloga za tako lošu platnobilansnu situaciju je i nelegalan odliv kapitala iz Srbije. Prema nekim procenama⁵¹ iz Srbije se godišnje u poslednjoj deceniji nelegalno odlivalo oko 5 milijardi američkih dolara. To znači da je od oko 70⁵² milijardi dolara koji su po raznim osnovama ušli u Srbiju u poslednjoj deceniji, 50 milijardi nelegalno izneto. Odnos između priliva kapitala i nelegalnog odliva je, ako su podaci makar približno tačni, prosto neverovatan i Srbija na ovom planu mora hitno preduzeti najozbiljnije mere⁵³. Da je situacija dramatična vidi se iz podatka da je nelegalan odliv iz Srbije veći o iste vrste odliva kapitala iz mnogo većih ekonomija kao što su npr. Brazil, Venecuela, Turska, Argentina, itd. Koliki je nelegalni odliv kapitala iz pojedinih zemalja u poslednjoj deceniji vidi se iz Tabele 2. Na drugoj strani čak i zemlje regiona koje ne uživaju naročitu reputaci-

⁵⁰ O tome sam detaljnije pisao u svome radu: ``Utica j valutne klauzule i deviznog kursa na stanje privrede Srbije'', Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br.3/2012, str. 19-38.

⁵¹ Global Financial Integrity.

⁵² Zaduživanje u inostranstvu, pomoć Evropske unije, SAD i međunarodnih organizacija, priliv doznaka od naših građana zaposlenih u inostranstvu.

⁵³ Osnovne mere koje se preporučuju su:

- sprečiti korišćenje transfernih cena
- zahtevati od zemlje do zemlje izveštaje o prodajma, profitima i porezima multinacionalnih kompanija
- zahtevati uvid u vlasništvo svih vrstas bankarskih računa
- obezbediti automatsku prekograničnu razmenu podataka o plaćenim prorzima i ličnim i poslovnim računima
- izvršiti harmonizaciju propisa i prakse borbe protiv pranja novca

ju kada je reč o efikasnosti administracije i vladavini prava kao što su npr. Bugarska i Rumunija zabeležile su prema ovim podacima po obimu nekoliko puta manji nelegalni odliv kapitala od Srbije⁵⁴.

Očito je da barem deo odgovora na pitanje koje se u našoj kako stručnoj, tako i široj često postavlja: kako je moguće da se ekonomska situacija nije poboljšala i pored evidentnog priliva od, kako je spomenuto, oko 70 milijardi dolara u poslednjoj deceniji- leži u količini nelegalnog iznetog kapitala. Takođe imajući u vidu podatke koje je predstavio Global Financial Integrity čini se da je izuzetno visok deficit spoljnotrgovinskog bilansa koji je jedan od osnovnih problema za privredu Srbije rezultat u velikom delu nelegalnog odliva kapitala.

Tabela 2. – Nelegalni odliv kapitala iz pojedinih zemalja u periodu 2001–2010. u mil. američkih dolara

Rang	Zemlja	Prosečan godišnji odliv	Rang	Zemlja	Prosečan godišnji odliv
1.	Kina	274,170	36.	Argentina	1.670
2.	Meksiko	47,561	38.	Bugarska	1.622
5.	Rusija	15.169	39.	Hrvatska	1.525
16.	Srbija	5.144	42.	Mađarska	1.442
17.	Poljska	4.077	50.	Crna Gora	1.042
21.	Brazil	3.510	55.	Rumunija	884
25.	Turska	2.896	57.	BIH	836

Izvor: Global Financial Integrity

Postoji u najmanju ruku ozbiljna osnova za sumnju da se nelegalni odliv kapitala odvija tako što se korišćenjem transfernih cena⁵⁵ kod izvoza roba fakturišu niže, a kod uvoza više od stvarnih cena. Tako ostvarena razlika onda ostaje na računima kompanija osnovanih u inostranstvu najčešće na nekoj od of- šor lokacija. Znači preko transfernih cena kapital u vlasništvu kompanija koje posluju u Srbiji, nezavisno od toga da li se nalaze u domaćem ili stranom vlasništvu, se koncentriše u inostranstvu. Srbiji kao državi i njenim građanima ostaju

⁵⁴ Ako je to nekome za utehu relativno veći odnosu na nacionalni dohodak nelegalni odliv kapitala kao što se vidi iz Tabele 2. zabeležen je u Crnoj Gori.

⁵⁵ O transfernim cenama pisao sam više puta, a prvi put sam ovaj problem ozbiljnije analizirao u svojoj doktorskoj disertaciji odbranjenoj "Transnacionalne kompanije i međunarodni ekonomski odnosi" odbranjenoj na Ekonomskom fakultetu u Beogradu 1978.

dugovi prema inostranstvu koji su iz godine u godinu povećavaju, a posledica su najvećim delom upravo visokog deficita spoljnotrgovinskog bilansa.

Na drugoj strani, podaci o nelegalnom odlivu kapitala iz Srbije mogli bi da znače i da kada bi se spoljnotrgovinske transakcije prikazale u stvarnim cenama spoljnotrgovinski bilans ne bi bio toliko loš kao što to proizilazi iz registrovanih transfera od kojih se jedan veliki deo očito realizuje po transfernim cenama. Da je to tako možda dokazuje i činjenica da se iznos nelegalnog odliva kapitala od 5 milijardi dolara godišnje, gotovo izjednačava sa iznosom spoljnotrgovinskog deficita koji se već celu deceniju kreće u rasponu 6-7 milijardi dolara⁵⁶. Zato iznenađuje, u najmanju ruku, tolerisanje ovakve prakse od strane za to nadležnih državnih organa⁵⁷.

Srbija bi očito morala hitno pooštriti kontrolu svih međunarodnih, a naročito kapitalnih transakcija⁵⁸. Deo ovog seta mera bi svakako bio i zahtev da se primeni izuzeće koje dozvoljava član 63. stav 5 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, ali i da se zatraži razumevanje Unije da se ove mere primenjuju duže od šest meseci⁵⁹, koliko je inače predviđeno Sporazumom.

VI

Srbija je na području pravne regulative donela izuzetno veliki broj zakona koji su s jedne strane trebali da njen pravni sistem u što većoj meri harmonizuju sa pravnim sistemom zemalja članica Evropske unije, a s druge strane da stvore takav poslovni ambijent koji će omogućiti ubrzani ekonomski razvoj i prevazilaženje zaostajanja srpske privrede do koga je došlo u deceniji sankcija, NATO bombardovanja i raspada prethodne Jugoslavije. U prethodnom sazivu (2008.-

⁵⁶ Prema podacima Narodne banke Srbije.

⁵⁷ Istine radi pre izvesnog broja godina tadašnji ministar finansija je najavio ozbiljno ispitivanje indicija o poslovanju po transfernim cenama, ali je inicijativa da li zbog nekih od mnogih izbora ili nekih drugih razloga iznenada utihnula.

⁵⁸ Ograničenja kapitalnih transakcija u posebnim slučajevima dozvoljava i Sporazum sa MMF.

⁵⁹ ``Ne dovodeći u pitanje odredbe člana 62 i ovoga člana, kada u izuzetnim okolnostima kretanje kapitala između Zajednice i Srbije uzrokuje ili preti da prouzrokuje ozbiljne teškoće u funkcionisanju politike deviznog kursa ili monetarne politike u Zajednici ili Srbiji, Srbija odnosno Zajednica može da preduzme zaštitne mere u pogledu kretanja kapitala između Srbije i Zajednice (Podv. Đ.P.) za periodu ne duži od šest meseci ako su takve mere preko potrebne``.

2012.) Skupštine Srbije došlo je do prave utakmice da se donese što više zakona.⁶⁰ Sve to bi imalo nekakvog smisla da je srpsko društvo od te grozničave zakonodavne aktivnosti imalo nekakve opipljive koristi. Nažalost, i ekonomski pokazatelji izneti u ovom radu pokazuju da se desilo nešto sasvim suprotno⁶¹.

U prvoj fazi reformi kao i u svim zemljama u tranziciji zakonodavna aktivnost je sledila ``jednostrani univerzalni pristup u žurbi da presadi administrativne strukture nalik zapadnim bez obraćanja dovoljne pažnje na društveni kontekst....``⁶² Pri tome se uopšte nije vodilo računa koliko je vremena u svoje vreme trebalo zapadnim zemljama da izgrade svoje pravne sisteme, a naročito administrativne strukture koje će ih realizovati.

Na počecima tranzicije predominantno mišljenje je bilo da će se ekonomski razvoj obezbediti samim formalnim preuzimanjem pravnog sistema koji dominira u razvijenim državama Zapada. Takođe je dominirao stav, i on je nažalost u najvećoj meri i u praksi realizovan, da je isti model primenljiv u svim zemljama ne vodeći računa o njihovim kulturnim, istorijskim i ekonomskim specifičnostima⁶³.

U literaturi se konstatuje da se u najvećem broju zemalja u tranziciji došlo u situaciju da novi propisi zahtevaju osnivanje novih organa, najčešće različitih agencija⁶⁴, koje opet kreiraju nove propise koji ne mogu da se sprovedu. Lek za to se onda traži u zameni postojećih zakona setom novih⁶⁵. To je upravo ono što se dešavalo u Srbiji u prvoj deceniji novog milenijuma.

Dominacija neoliberalne paradigme u ekonomiji je za rezultat imala potpuno zanemarivanje potrebe da države imaju svoju sopstvenu

⁶⁰ Na zvaničnom sajtu Skupštine Srbije stoji podatak da je Skupština samo u 2011. donela 209 Zakona, od toga 114 po hitnom postupku, i sve to u samo 149 radnih dana.

⁶¹ Tu Srbija takođe nije nikakav izuzetak: ``Neadekvatne administrativne strukture koje su formirane u ranoj fazi tranzicije su se pokazale kao jedan od osnovnih razloga zašto nije došlo do uspeha u politikama ekonomskog razvoja``. Bojan Bugaric, *Law and Development in Central and Eastern Europe: Neoliberal Developmental State and its Problems*, Jerusalem Papers in Regulation & Governance, Working Paper, No. 50, str. 1.

⁶² Vidi: Bojan Bugaric, op. cit., str. 1.

⁶³ Takođe u velikoj meri je zanemarena uloga kvalitetnih kadrova u birokratskom aparatu koji bi trebali da sprovedu nove pravne propise. Pogrešno se smatralo da će propisi sami po sebi naterati administrativno osoblje da ih na odgovarajući način sprovodi.

⁶⁴ ``pozitivni efekti rada takvih agencija najčešće nisu registrovani, a one su u mnogim slučajevima kreirale više problema nego što su rešavale.`` Kattel Surna, cit. prema: Bugaric, op. cit. str. 20.

Ovome treba dodati da preko 130 Agencija državni budžet Srbije godišnje koštaju oko 800 mil. evra.

⁶⁵ Vidi: Bugaric, op. cit. str. 3.

autonomnu razvojnu politiku. Zaboravljalo se osnovno pravilo da ono što je možda dobro za jednu zemlju ne mora obavezno biti primenjivo i u drugim. Dešavanja u zemljama u tranziciji, u koje spada i Srbija, su pokazala da su samo one retke među njima čija su politička rukovodstva imala dovoljno kuraži da insistiraju na razvojnoj politici koja je orijentisana ka domaćim potrebama⁶⁶ postigle relativno zadovoljavajuće ekonomske rezultate⁶⁷.

Takođe suviše velika očekivanja su bila usmerena na priliv inostranog kapitala pa su reforme pravnog sistema koje su regulisale oblast privrede bile skrojene prevashodno prema potrebama potencijalnih inostranih investitora. Pri tome se ispuštala iz vida činjenica da je uz inostrani kapital, koji je naravno neophodan pre svega kao kanal koji treba da ubrza transfer tehnologije i znanja, u zemljama koje su ostvarile najviše stope privrednog rasta u poslednjim decenijama osnovna bila uloga domaće akumulacije⁶⁸.

VII

Posle izbijanja svetske krize 2008. godine svima je postalo jasno da nema ekonomskog razvoja bez strategije razvoja kreirane od strane one zemlje na koju treba da se primeni. Gotovi modeli zakona, političkih institucija i ekonomske politike mogu predstavljati samo osnovu koju će, ako želi uspeh svaka zemlja nadograditi u skladu sa svojim uslovima i potrebama.

Model razvoja baziran na "Vašingtonskom konsensusu" je zemljama u razvoju i tranziciji nudio isti set mera za svaku zemlju, a po toj filozofiji te mere bi same po sebi kao svojevrsni perpetum- mobile trebale da

⁶⁶ Poljska u periodu 1994- 1997. striktno odbila da primeni sugestije bazirane na principima "Vašingtonskog konsensusa" i odlučila se sopstveni model razvoja. Tako je naprimer umesto brze privatizacije čitavog državnog sektora privrede doneta odluka da se on uključi u tržišnu utakmicu i na taj način poveća njegova konkurentnost. Poljska se takođe odlučila da učini neke korake koje Međunarodni monetarni fond obično kritikuje, a sve sa namerom da se obezbedi šira demokratska podrška reformskim procesima. Tako je nezaposlenost zadržana na niskom nivou, penzije su usklađivane sa inflacijom, a obezbeđen je i permanentan dijalog sa sindikatima i predstavnicima poslodavaca. Poljska je tako postala jedina među zemljama u tranziciji koja je skoro duplirala svoj društveni bruto proizvod u periodu 1989.-2010. O tome vidi: Tadeusz Kowalik, *From Solidarity to Sellout- The Restoration of Capitalism in Poland*, Monthly Review Press, 2012.

⁶⁷ Ključnu ulogu u tome odigrao je tadašnji vicepremier i ministar finansija Kolodko koji se odlučio za samostalan model razvoja nezavisan od tada predominantne neoliberalne filozofije.

⁶⁸ Južna Koreja, Malezija, zemlje BRIKS.

donesu razvoj i blagostanje. Pri tome se ispuštalo iz vida da uz zajedničke karakteristike postoji više modela uspešne tržišne privrede i da institucije kao što su parlamentarna demokratija, državna uprava, odgovorna vlada i nezavisno pravosuđe mogu imati mnogo različitih oblika⁶⁹. Stoga se u najnovije vreme model ``jednakog pristupa za sve`` napušta i zamenjuje mnogo fleksibilnijim prilazom koji polazi od mnoštva različitih modela od kojih je svaki odgovarajući za neku zemlju ne napuštajući pritom osnovna načela.

Kriza iz 2008. koja je pogodila i najrazvijenije zemlje sveta, ali naročito one u razvoju i tranziciji, imala je za rezultat kada je reč o zemljama o tranziciji i povratak ideji da je ekonomski razvoj ključni faktor za opšti napredak svakog društva. A kada je reč o institucijama verovatno je barem delimično tačno upozorenje: ``da su institucije koje danas karakterišu razvijene zemlje bile pre rezultat nego preduslov njihove sadašnje ekonomske razvijenosti⁷⁰

⁶⁹ O tome sam pisao u udžbeniku ``Osnovi ekonomije`` u poglavlju ``Modeli tržišnih privreda``, vidi: Đ. Popov/F. Stanković, Osnovi ekonomije, Pravni fakultet Novi Sad, 2012, str. 246 i dalje.

⁷⁰ H. Chang, Institutions and Economic Development, Journal of Institutional Economics, Issue 4, Dec. 2011, str. 492.

*Dorđe Popov, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

The Impact of Transition on Situation in Serbian Economy

Abstract: *Serbia wants to become a member of the European union. To become a full member of the Union, Serbia must significantly improve the poor state of its economy. The paper deals with some flaw that were made in Serbia in the last decade, and that seriously slowing its ability for essential integration into the Union. The analysis is focused on four issues. First, analysis indicates that the Law on Privatization is poorly structured and even poorer implemented. The result is that the privatization process is not yet finished, and in the meantime, more than a third of privatization was canceled. In the second part is concentrated on to the bad consequences of the implementation of the Law on Privatization when it comes to the ownership of land. The wrong privatization in Serbia created respective individual possessions with 15-20000 of acres. This is completely contrary to the situation in the European Union with the domination of developed cooperative movement and family farms. The third part of the paper points out the problem of illicit capital outflow from Serbia. In relation to the national income, unfortunately, Serbia is in these field one of the leaders. Therefore are necessary emergency measures to prevent illicit outflow. When it comes to legislative activity it is noted that is more important the quality than the number of enacted laws. Future legislative activity should take into account the specificities of Serbia. Also, in order to achieve better economic results advantage should be given to the development policy, which is oriented toward the needs of Serbia.*

Key words: *European Union, Serbia, economy, trade balance, external debt, unemployment, Law on privatization, Privatization Agency, privatization, agriculture, land ownership, state property, foreign ownership, illicit outflow of capital, transfer pricing, legal framework, economic development, development policy.*

*Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

PRAVNI POLOŽAJ CARIGRADSKOG SENATA¹

Sažetak: *Senat u Carigradu osnovan je za vlade cara Konstantina, ali proces njegovog pravnog izjednačavanja sa Senatom u Rimu, bio je dugotrajan i uglavnom se odvijao za vlade Konstancija II, Konstantinovog sina koji je rezidirao na Istoku. U periodu do 476. godine, postoje faktički dva veća, ali je pitanje da li su pravno postojala dva ili jedan Senat. Analizirajući raspoložive izvore autor zaključuje da se može govoriti samo o jednoj ustanovi sa dva sedišta.*

Cljučne reči: *Senat, Sinklit, Carigrad, Konstantin, Konstancije II, Temistije, Zosim, Teodosijev kodeks.*

Prema rimskom nepisanom „ustavu“, pored cara, državom je u svojstvu drugog fiktivnog mandatar rimskog naroda, upravljao i Senat.² I mada su njegove nadležnosti, još od vremena Principata, stalno sužavane, on je i u poznom carstvu polagao pravo na svoje visoko dostojanstvo.³

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

² U brojevima XLI, 1-2 i XLI, 3 (2007) *Zbornika radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, objavio sam radove *Osnivanje Senata u Carigradu* (str. 43-53) i *Pravno izjednačavanje rimskog i carigradskog Senata* (str. 25-39). Tekst koji je pred čitaocima predstavlja logični nastavak prethodna dva.

³ Car (*princeps, dominus*), u ovo vreme, nije još uvek apsolutni monarh, već predstavnik narodnog suvereniteta koji, s javno-pravnog gledišta, sjedinjuje u svojoj vlasti nadležnosti nekoliko magistratura republikanskog Rima (Cf. E. Stein, *Histoire du Bas Empire*, Paris-Bruxelles-Amsterdam 1948-1959, vol. I, p. 36). Čuvena formula *quod principi placuit legis habet vigorem*, ne sme se uzimati izdvojena iz konteksta, jer onda navodi na apsolutističko tumačenje carske vlasti. Ulpijanov tekst u celini glasi (Iust. Inst. I, 2,6; D. I, 4,1): *Quod principi placuit legis habet vigorem, utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat* (Što car zapovedi ima snagu zakona, jer budući da sa carskim zakonom, koji je na zapovest

Teško je reći na osnovu oskudnih i često protivurečnih podataka, da li je Senat u Carigradu, tek konstituisan u ustanovu, mogao pretendovati na ista prava i imati iste nadležnosti kao i rimski, koji je bio stariji i od samog Carstva. Pravno je sasvim nejasno da li su postojala dva Senata, ili samo jedan koji ima dva veća, kao što je i Carstvo bilo jedno, ali se njime upravljalo iz dva centra.

Postojanje dvaju veća, ne mora obavezno da znači i pravno postojanje dva Senata. Senatori su mogli iz jednog veća prelaziti u drugo, što u izvorima nije zabeleženo, ali se može pretpostaviti da su slične seobe u četvrtom veku bile redovna pojava. Sasvim sigurno su u rimskom Senatu preovlađivali senatori poreklom sa Zapada, a u carigradskom oni sa Istoka, ali se sa istim pravom može tvrditi da su postojale i migracije. Julijan (361–363) je u Carigrad odveo „Gale“⁴ iz svoje okoline. Zapadnjaci su sledili Valensa (364–378) u Carigradu,⁵ a „Španci“ Teodosija I,⁶ kao što su i senatori sa Istoka išli za Teodosijem I u Rim, kada je on savladao uzurpatore Maksima i Eugenija i ponovo osvojio grad. Sigurno je vojska mnogo uticala na „pokretljivost“ senatora, koji su prateći cara u vojnim pohodima, prelazili sa Istoka na Zapad. Opravdanost ove pretpostavke potvrđuje i jedan izvorni podatak: Temistije,⁷ gradski prefekt Carigrada, na kraju svoga mandata (oko 384–385), pretio je svojim kolegama ako se prebace u Rim.⁸ Teško je reći da li je to bila redovna pojava ili nešto izuzetno.

Podela Carstva do koje dolazi nakon smrti Teodosija I (395), izgleda označava završetak prelazaka iz jednog veća u drugo. Ako to i nije definitivno raskid, sigurno je značilo njihovo udaljavanje, što se može zaključiti iz ironičnih stihova pesnika Klaudija Klaudijana,⁹ protiv skorojevića, senatora nove vrste koji podražavaju sve što je rimsko u Carigradu:

njegovu donet, narod njemu [caru] i njime [zakonom] svu svoju vlast i moć poverava). Istina, Justinijanove *Novele* (VIII, LXXII, LXXVII, LXXX, LXXXI, LXXXV, LXXXVI), insistiraju često na božanskom poreklu carske vlasti, ali i sam car se smatra „vezan zakonima“ (*alligatum legibus*). Sasvim sigurno da je u praksi carski apsolutizam sproveden mnogo lakše, ali pravni tekstovi insistiraju na carevoj vezanosti zakonima.

⁴ To jest, senatore koji su se sa njim nalazili u Galiji, jer je Julijan, pre nego što je postao car, upravljao provincijom Galijom.

⁵ 364. godine, Carstvom su zavladała braća Valentinijan (na Zapadu) i Valens (na Istoku).

⁶ Car Teodosije I bio je rodом iz Španije.

⁷ Čuveni govornik i filozof (rođen 317 – umro oko 388), jedan od poslednjih velikih intelektualaca-pagana.

⁸ Themistios, *Oratio* XXI, 355 a-b, ed. Dindorf, Leipzig 1832.

⁹ Klaudije Klaudijan (*Claudius Claudianus*, 370–404), najveći rimski pesnik u četvrtom veku. Iako mu je grčki bio maternji jezik (rođen je u Aleksandriji), pevao je na la-

*Lažnim očevima popunjavajte sedišta,
i tako s novim i neplodnim plemićkim Senatom,
Eutropija¹⁰ okružujte vođu.¹¹*

Geografsko razgraničenje senatora naznačeno je još za vlade Konstancija II,¹² ali je teško reći kada je deoba postala konačna. Jedan zakonski tekst iz 384. godine navodi slučaj senatora iz Makedonije, koji su prešli u carigradski Senat i za koje se kaže da dobijaju, kao i senatori iz Trakije, iste povlastice istog imuniteta – *gleba*.¹³ Izgleda da stara podela nije odolela varvarskoj invaziji, i da su senatori iz istočnog Ilirika (Makedonije) pridodati, nešto pre 384. godine, njihovim kolegama iz pretorske prefektуре Istok, da bi zajedno obrazovali carigradski Senat. Ovakva pretpostavka bi se složila sa prenosom vlasti nad delom istočnog Ilirika, u koji je doveden Teodosije da, nakon upada varvara, vojnički interveniše.

Nasuprot činjenici da postoje dva veća u dve prestonice, koja sačinjavaju dva dosta različita staleža, formalno pravno izgleda da postoji samo jedan Senat, što sugerišu zakonski tekstovi.¹⁴ Tako nešto ne poznaju izvori, ali posredno, analizom Teodosijevog kodeksa može se pretpostaviti da su pojedinosti forme nestale, koje su razlikovale zakonske tekstove, upućene Senatu u Carigradu ili Senatu u Rimu.¹⁵ Ovo je malo verovatno,¹⁶ jer u vreme objavljivanja Teodosijevog kodeksa govori se samo o jednom Senatu, čak i kada se donose pravila koja se odnose samo na Istok ili samo na Zapad. Zakonodavac samo u izuzetnim slučajevima precizira da li se zakon odnosi na Senat u Rimu ili u Carigradu, a ipak je jasno da se radi o dva Senata. Titula *Senatus urbis Constantinopolitanae* pojavljuje se samo u noveli XV Teodosija II i Valentinijana III iz 439. godine.¹⁷ Pomen *Senatus urbis Romae* nije mnogo češći i nalazimo ga u nekoli-

tinskom. Bio je neka vrsta dvorskog pesnika kod cara Honorija i njegovog svemoćnog ministra, Stilihona, kojima je posvetio nekoliko panegiričnih poema.

¹⁰ Eutropije je nepopularni evnuh, koji u petom veku upravlja Istočnim carstvom.

¹¹ Claudianus, *In Eutropium: falsi complete sedilia patres ite novi proceres infecundoque senatu, Eutropium stipate ducem...*

¹² C. Th. VI, 4, 11 od 12. avgusta 357.

¹³ C. Th. VI, 2, 14: *Omnes, qui ex Macedoniae partibus amplissimo Constantinopolitanae urbis ordini allekti sunt, ad Thracus similitudinem senatorum glebali iubemus praestatione reddi immunes.*

¹⁴ Cf. J. Gaudemet, *Le partage législatif dans la seconde moitié du IV siècle*, *Studi in onore di Pietro de Francisci*, Milano 1956, vol. II, pp. 319-354.

¹⁵ Gaudmet, op. cit. pp. 322-323.

¹⁶ Cf. G. Dagron, *La naissance d'une capitale*, Paris 1974, p. 137.

¹⁷ Theod. II, Nov. XV, 1 (439, Sept. 12): *Impp. Theodosius et Valentinianus A.A. ad senatum urbis Constantinopolitanae.*

ko zakona.¹⁸ Fikcija pravnog jedinstva čuvana je više od pola veka, dok nije došlo do pravne podele koja je odgovarala i faktičkoj situaciji.

Pod Konstancijevom vladavinom izjednačavanje Senata imalo je oblik uzajamnog prilagođavanja. Carigradski Senat se prilagođavao rimskom, a nešto kasnije Senat u Rimu se prilagođavao Carigradu. Režim za označavanje pretora, koga je Konstancije II zaveo na Istoku, primenjuje se 372. godine pod Valentinijanom, Valensom i Gracijanom i na Zapadu.¹⁹

Pravno jedinstvo nalazi svoj odraz u pravnom jedinstvu carevine, koja je jedna, bez obzira što se njom upravlja iz dva ili više centara. Faktička situacija, međutim, bitno se razlikuje od normativne, i izgleda da je sve više uslovljava. Ako pravno postoji samo jedan Senat, zašto je onda potrebno da se stvara statut carigradskog senata? Senat je stara ustanova, čije su nadležnosti dobro poznate, pa nije potrebno stoga detaljno određivati njegova prava i nadležnosti, kao što ne treba utvrđivati ni prava i nadležnosti careva, kojih je nekad bilo dva, a nekad čak i tri. Tekstovi nas navode pre na zaključak da postoji jedinstveni senatorski stalež, raspoređen u dva veća. Faktička situacija diktira pravnu. Postojanje, pravno, dva Senata, kao da nagoveštava skori kraj Zapada i ističe prednost vitalnijeg Istoka, koji mora, da bi imao prestonicu, imati u njoj i Senat. To je ono što „rimski ustav“ izričito zahteva, i zato je carigradski Senat pravno regulisan zakonima iz vremena vladavine Konstancija II.

Zanimljivo je i pitanje mesta gde su se održavale sednice Senata. Carigradski Senat, od svog osnivanja, bio je tesno vezan za cara i za ustanovu carskih pratilaca (*comitiva*), te se stoga nameće pitanje, da li su senatori dolazili u dvor, na carev poziv, ili su držali svoje sednice u posebnim senatorskim zgradama. Izgleda da su postojale dve zgrade Senata, jedna koju je izgradio Konstantin na istočnoj strani Augusteuma, blizu dvora, i druga na severnoj strani Konstantinovog foruma.²⁰ Izvori za senatsku zgradu upotrebljavaju izraz **Σενάτον - Σενῆτον** ili **Σινάτον - Σινῆτον** ili u množini **τά**

¹⁸C. Th. VI, 2,25 (426, Apr. 26): *Imp. Theodosius et Valentinianus A.A. ad senatum urbis Romae*; C. Th. I, 4,3 (426, Nov. 7): *Imp. Theodosius et Valentinianus ad senatum urbis Romae*; C. Th. V, 1,8 (426, Nov. 7): *Imp. Theodosius et Valentinianus ad senatum urbis Romae*; C. Th. VIII, 18,9 (426, Nov. 7): *Imp. Theodosius et Valentinianus ad senatum urbis Romae*. Zakoni koji su za nas C. Th. IV, 1,1; VII, 13,6; VIII, 18,10; VII, 19,1, svi izdati 7. novembra 426. nose oznaku samo *ad Senatum*. Kada su zakoni sa oznakom *ad Senatum urbis Romae* preuzeti iz Teodosijevog kodeksa u Justinijanov kodeks, izgubili su oznaku *ad Senatum urbis Romae* i zadržali samo fomulu *ad Seanatum* (C. I. I, 14,2; I, 14,3; I, 19; I, 22,5; VI, 30,18).

¹⁹C. Th. VI, 4,21 (372, Avg. 22).

²⁰O zgradi Senata videti V. Janin, *Constantinople byzantine*, Paris 1950, pp. 154–156; J. B. Bury, *History of The Later Roman Empire from The Death of Theodosius to The Death of Justinian*, London – New York 1958, p. 22; Dagron, *Naissance*, p. 138.

Σινᾶτα. Množinski oblik srećemo kod Jovana Lidijca²¹ i Hesihija iz Mileta.²² Nije nemoguće da gramatička množina i pominjanje kuća (**οἴκοι**), a ne kuće, znači uvođenje dva Senata. Ali, izvori upotrebljavaju i jedninu: **Σενάτον** ili **Σινάτον** srećemo kod Jovana Malale,²³ patriografa²⁴ i Konstantina Porfirogenita.²⁵

Jedna od senatskih zgrada, Senat Augusteon je, izgleda, u prvim vekovima igrao značajnu ulogu (u VI veku ga uopšte ne nalazimo u izvorima) i verovatno da njega najstariji tekstovi nazivaju „velikim većem“ (**μεγάλη βουλῆ**),²⁶ koje je smešteno između „velikog dvora“ i „velike crkve.“²⁷ *Notitia urbis Constantinopolitanae*, jedini izvor koji eksplicitno razlikuje dva Senata ukazuje na razliku u njihovom značaju, pošto samo Senat Augusteon nosi, bez ostalih dodatnih oznaka, ime Senata.²⁸ Druga senatska zgrada (Senat Konstantinova foruma) dugovala je ime nekom Sitasu, svome graditelju o kome se zna samo ime.²⁹ Izvor koji nas obaveštava o tome čudi se postojanju dva Senata, kao što ni do danas istoričari nisu odgonetnuli zašto su bile potrebne dve zgrade Senata, kada je Senat ionako u VI veku isključivo zasedao u dvoru. Postojanje dve zgrade Senata je ipak činjenica. Prema opisu izvora oni imaju isti izgled crkve, ista vrata i iste vrste ukrasa.³⁰ Oni su istovremeno spomenici, sale za ceremonije, kao i zgrade kojima se služe isključivo senatori.

²¹ Iohanes Lydos, *De magistratibus* II, 9, ed. Wünsch, Leipzig (Teubner) 1903: Συναγομένης γάρ τῆς βουλῆς-πάλαι μὲν ἐν τοῖς καλουμένοις σενάτοις οἰονεὶ γερουσίαις...

²² Hesichios 41, *Patria*, ed. Preger, Leipzig (Teubner) 1901, vol I, p. 17: Ἐπὶ δὲ τούτοις, καὶ οὐς τῆς συγκλήτου βουλῆς ἀνωκοδόμησε οἴκους, Σένατα αὐτοὺς ὀνομάσας.

²³ Iohanes malalas, ed. Dindorf, Bonn 1831.

²⁴ *Patria*, ed. Preger, vol. I, pp. 24-25; 38, 42, 49; vol. II, pp. 173-174.

²⁵ Constantin Porphyrogenit, *De ceremoniis*, ed. Reiske I-II, Bonn 1829-1830, I, 30, Bonn pp. 164-165; II, 19, Bonn p. 609.

²⁶ Sozomenos, *Historia ecclesiastica*, ed. Bidez-Hansen, 1960, VIII, 20,1:... μεγάλη βουλῆ; III, 22,4:... μέγιστον οἶκον τῆς συγκλήτου βουλῆς.

²⁷ „Veliki“ je oznaka za glavni grad.

²⁸ *Notitia urbis Constantinopolitanae*, ed. Seeck, Berlin 1876, p. 231: *Senatum* u II regionu, et p. 234: *Senatum eiusdem loci*, to jest *Senat Konstantinova foruma* u VI regionu.

²⁹ *Patria*, ed. Preger, vol. I, p. 49: Ὅτι τὸ Σινάτον τὸ λεγομενον τοῦ Φόρου οὐδὲν ἄλλο ἐτυμολογεῖται ἢ μόνον Σινάτου οἰκοδομήσαντος τὸ Σινάτον.

³⁰ *Patria*, ed. Preger, vol I, p. 50. Naročito lep opis Senata Augusteona nalazi se kod Zosima, istoričara iz V veka. Zosimov opic (V, 24, 5-8) odnosi se na izgled Senata kakav je bio pre njegove rekonstrukcije za vlade Justinijana (Zosim je svoje delo završio posle 498, a pre 518. godine). Videti sledeća izdanja: *Historia nova*, ed. Mendelssohn, Leipzig (Teubner) 1887; ed. F. Paschoud, Paris (Belles lettres) 1971-89. Pašuoovo izdanje sadrži i detaljne komentare teksta

Senat Augusteon izgoreo je 404. godine, kada je požar zahvatio i - Svetu Sofiju.³¹ Obnovljen, ponovo je stradao za vreme pobune *Nika* 532. godine, a zatim je iznova sagrađen, lepši nego ikad, za vreme Justinijana, - iako su tada senatori zasedali isključivo u dvoru. Detaljan opis zgrade Senata daje nam Prokopije u svom spisu *O građevinama*: „Istočno od pijačnog trga stoji zgrada Senata, izvanrednog izgleda, s razloga njenog koštanja i svakog dela njene konstrukcije, delo cara Justinijana. Tu se Senat Rimljana skuplja na početku godine i slavi godišnju svetkovinu, vodeći računa uvek o starim tradicijama države. Šest njenih stubova stoje u njenom pročelju, dva među njima imaju između zid senatske zgrade, koja gleda na Zapad, dok četiri ostala stoje malo iznad njih; svi su bele boje, a po veličini su, verujem, najveći od svih stubova širom sveta. Stubovi obrazuju trem, koji drži krov, koji se savija u svod, a celi gornji deo kolonade je ukrašen mermerom koji otkriva stubove u svojoj lepoti, a krov je divno načičkan velikim brojem statua koje stoje na njemu.“³² Senat Konstantinova foruma takođe je goreo za vlade Lava I, 462. godine, a vizantijski pisac Jovan Zonara (XII vek) kaže, pričajući o požaru, da je u njegovoj zgradi car primao konzulsko dostojanstvo.³³ Konstantin Porfirogenit ga pominje još u X veku povodom carskih ceremonija. Dva odlomka iz spisa Konstantina Porfirogenita *O ceremonijama* označavaju Senat kao građevinu u kojoj se pojavljuje patrijarh za vreme svetkovina, kao zgradu u koju se sklanja povorka, ako bi vremenske prilike bile loše i kao mesto na kome su iskupljeni i čuvani ratni zarobljenici.³⁴ Očigledno da je u H veku očuvano samo ime, a da od Senata kao ustanove, nije ostalo više ništa.

³¹ Sozomen (*Historia ecclesiastica* VIII, 22,4), takozvana *Uskršnja hronika* (*Chronicon Paschale*, ed. Dindorf, Bonn 1832, p. 621) i Zosim (V, 24,6-8) pripisuju izazivanje požara pristalicama Jovana Zlatoustog (Hrizostoma), koga je 403. godine car Arkadije prognao u Prenetum u nikomedijskom zalivu.

³² Procopius, *De aedificiis*, ed. Haury, Leipzig (Teubner) 1905, I, 10: Ταῦτης ἐς τὰ πρὸς ἔω τῆς ἀγορᾶς τὸ Βουλευτήριον ἰδρυται, λόγου μὲν τῇ τε πολυτελείᾳ καὶ τῇ κατασκευῇ τῇ πάσι κρεῖτον, Ἰουστινιανοῦ δὲ βασιλέως ἔργων. ἔνθα δὴ ξυνιοῦσα ἔτους ἀρχομένου ἡ Ῥωμαίων βουλὴ σὴγκλητος ἐνιούσιον εορτὴν ἀγεί, τὰ τῆς πολιτείας ὀργιᾶζοθσα ἐς αἰὲ νόμιμα. Ἐξ δὲ αὐτοῦ κίονες ἐπὶπροσθεν ἐστᾶσιν, οἱ μὲν δύο τὸν τοῦ βουλευτηρίου τοῖχον ἐν μέσῳ ἔχοντες ὃς πρὸς δύοτα ἥλιον τέτραπται, οἱ δὲ τέσσαρες ὀλίγς ἐκτός, τὸ μὲν εἶδος λευκοὶ ἅπαντες, μέγεθος δὲ πρῶτοι τῶν ἐν γῇ, οἷμαι, κίωνων τῇ πάσι. στοᾶν δὲ ποιοῦσιν οἱ κίονες ὄροφον ἐν θόλῳ ἐλιπτουσαν, τὰ δὲ ἄνω τῆς στοᾶς ἅπαντα μαρμάρων μὲν κάλλει διακεκόσμηται τοῖς κίσις τὸ εἶδος ἴσων, ἀγαλμάτων δὲ πλήθει ὑπεράνω ἐστῶτων θαυμασίως ὡς ὑπογέγραπται.

³³ Iohanes Zonaras, *Historia*, XVI, 1,17-18, ed. Pinder, Bütner et Wobst, I-III, Bonn 1841-1897.

³⁴ *De cerimoniis*, I, 30: Καταλαβὼν ὁ πατριάρχος μετὰ τῆς λιτῆς, διέρχεται μέσον αὐτῶν, τὸ δὲ πολίτευμα ἴστανται ἐν τῷ ἄριστερῷ μερεὶ τῆς προελευσεως πρὸς τὸ σιναιτον, τὰ δὲ ὀρφανα ἴστανται ἐν τῇ μέσῃ τῶν ἀξιοματικῶν.

Oba Senata, prema svedočenjima izvora, vrlo su raskošno ukrašeni, iznutra i spolja, predmetima koji su simbolična sinteza grčke i rimske - civilizacije. U Senatu Augusteona nalazi se jedan bronzani reljef, koji predstavlja borbu bogova i giganata, i čiju simboličnu vrednost podvlači Temistije.³⁵ Isti pisac naziva Senat hramom muza, prema predstavi muza iz Helikona, koja za carigradski Senat predstavlja otprilike ono što je oltar pobede za Rim.³⁶ Pominju se i antičke statue Zevsa, Afrodite, Artemide i Atine,³⁷ koje je Konstantin doneo. Zosim, došavši u svojoj priči do 404. godine, pominje polihromne mermerne statue, posebno one Zevsa iz Dodone i Atine iz Lindosa, čudesno spasene od vatrene stihije.³⁸ Spasenje je bilo, prema Zosimu, povoljno znamenje i ispunilo je grad nadom u istorijskim šansama da preživi, kao što je dobrovoljno uništenje najsvetijih statua kod stanovnika Rima, za vreme Alarihovog pohoda i opsade grada (410. godine), imalo značenje samoubistva, prekida sa prošlošću i silaska sa istorijske scene.³⁹ Pored statue bogova, u Senatu nalazimo i statue ljudi. Temistije govori o kipu Konstantina osnivača,⁴⁰ a patriografi o čudnoj troglavoj statui sa šest ruku i dve noge. Izložena, a zatim ukradena iz Senata Konstantinova foruma (Konstantin u sredini, Konstancije levo, Konstans desno), statua je nesumnjivo simbolisala jedinstvenu i podeljenu carevinu.⁴¹ Pominju se i druge carske biste: Arkadija, Honorija, Pulherije, zatim zlatna statua Teodosija II, koju je pretorijanski prefekt Aurelijan uneo u Senat 414. ili

II, 19: οἱ δὲ δέσμιοι ἴστανται ἐν τῷ πραιτωρίῳ ἢ καὶ ἐν τῷ σεννατῷ, χειροκρατούμενοι παρὰ τῶν ἐπινικιαρίων.

³⁵ Themistios, *Oratio* XVII, 176 d: Εστὶν ἐν τῷ ᾧ ᾄσκει Κωνσταντίνου τῆς μάχης τῆς πρὸς τοὺς θεοὺς τῶν γιγαντῶν εἰκὼν ἐν χαλκῷ πεποιημένη ἄντι κρηπίδος τοῦ βουλευτηρίου.

³⁶ Themistios, *Oratio* XVII, 215 d: ...ἀλλὰ τῆνικαῦτα ἔσται προκρίτος ἢ βουλή, τῆνικαῦτα νεὼς τῶν Μουσῶν...

³⁷ *Patria*, ed. Preger, vol. II, pp. 139, 201.

³⁸ Zosimos, *Historia nova* V, 24,6-8. Te dve statue su ukrašavale fasadu Senata. Zosim govori na tom mestu o predstavi (δείκηλα) Muza iz Helikona, što potvrđuje Temistijeve aluzije, precizirajući da je Konstantin taj koji ih je smestio tu i da je delo bilo uništeno za vreme požara.

³⁹ Zosimos, *Historia nova* V, 41,6-7. Ovaj odeljak detaljno je prokomentarisao W. E. Kaegi, *Byzantium and The Decline of Rome*, Princeton 1968, pp. 130-140, 385.

⁴⁰ Themistios, *Oratio* XV, 191 a: ...οὐ τὸν πατέρα ὁ παμμεγεθὴς Κωνσταντίνος εἰκόνι ἀπεμειλισσετο τῇ νῦν ἔτι ἀνακειμένη πρὸς τῷ πίσθοδόμῳ τοῦ βουλευτηρίου.

⁴¹ *Patria*, ed. Preger, vol. I, p. 49-50: καὶ τὸ ἐν αὐτῷ τρίλιθον ζώδιον ἦτοι τρι κεφαλὸν πορφυροειδῆ, ὃ ἔλεγόν τινες Κωνσταντίνος τὸν μεγάλον μέσον, Κωνσταντίνον εὐωνυμον, Κωνσταντίνον ἐν τοῖς δεξιῶσι μέρεσιν, εἰς πόδας ἄρκουμενον δύο, εἰς δὲ χεῖρας ἕξ ξένον τοῖς ὀρώσι θέαμα, ἄλλος ἄλλοχθεὶν ὀρώων, καὶ ἡ κεφαλὴ μιᾶ.

415. godine.⁴² Nalazimo i statu u supruge Teodosija II, Atenaide – Evdokije, unete na inicijativu gradskog prefekta Simpliciusa, ali uz pristanak Senata.⁴³ Pored carskih, u Senatu se nalaze i biste visokih dostojanstvenika (Eutropija, Aurelijana i drugih), koje Senat drži iz čiste municipalne tradicije polisa, kao ekskluzivno pravo kojim raspolaže.⁴⁴

Ima li ovakav način ukrašavanja Senata, koji se pomalo svodi na muzej, i nekakvu političku funkciju? Izgleda da Konstantin želi da načini od Senata ostavu za najreprezentativnija dela helenističke istorije,⁴⁵ a to osećaju već i njegovi savremenici. Zosim to oseća kada govori o statuama Zeusa i Atine, koje su spasene od požara, a Temistije, u jednom govoru izrečenom u Rimu, zastupa slično shvatanje.⁴⁶ Senat ima misiju da sačuva dobra koja vezuju grad sa njegovom istorijom, u carigradskom slučaju sa dvostrukom istorijom, grčkom i rimskom, čiji je on naslednik, da sadašnjost uskladi sa prošlošću i uspostavi istorijski kontinuitet i da potisne strah od budućnosti. Svaka statua je samo novi beočug u lancu, nova tačka oslonca za grad i Carstvo.

Ustanova Senata je, možemo zaključiti formirana, ali njegova istorija spomenika i slika ostavlja malo mesta samim senatorima. Zaključak je nedvosmislen. Zgrade Senata su već krajem V veka, verovatno samo topografske tačke u gradu, nesuđeni muzeji, dok su senatori potpuno prišli dvoru i u njemu se sastaju. Ako se taj proces možda i nije dogodio tokom petog veka, u Justinijanovo vreme to je, sasvim sigurno, već bila realnost.⁴⁷

⁴² *Chronicon Paschale*, ed. Dindorf, Bonn, pp. 571–573.

⁴³ Prema Sozomenovom obaveštenju (*Historia ecclesiastica*, VIII, 20,1), srebrna Evdokijina statua smeštena je uz „pristanak velikog veća“ (πρὸ τοῦ οὐκὸς τῆς μεγάλου βουλῆς). Cf. E. Demougeot, *De l'unité à la division de l'empire romain 395–410*, Paris 1951, pp. 324–325.

⁴⁴ *Chronicon Paschale*, ed. Dindorf, Bonn, p. 595, označava da je Senat posvetio 467. godine statu najpoznatijem carigradskom lekaru, nekom Jakovu Kiliksu, koga je car Lav I jako voleo i koju je izradio Zeuksip: Ἰάκωβος δὲ ὁ Κίλιξ ἀρχιἄτρος ὢν τῆς πολέως, ὁ λεγόμενος ψυχριστός, παρακάλεσε τὸν βασιλεῖα. ἐφίλει γὰρ αὐτὸς ὁ Λέων αὐτὸν ψυχριστὸν καὶ πᾶσα ἡ συνκλήτος καὶ ἡ πόλις, ὡς ἀριστὸν ἰατρὸν καὶ φιλοσοφόν, ὥτινι οἱ συγκλητικοὶ καὶ εἰκόνας αὐτοῦ ἔστισαν ἐν τῷ Ἰεῦξίπῳ. Cf. Malalas, ed. Dindorf, Bonn, p. 370.

⁴⁵ U vezi sa ovom temom videti duhovito izlaganje Žilbera Dagrona u *La naissance d'une capitale*, Paris 1974, p. 140 sq.

⁴⁶ Themistios, *Oratio XIII*, 177 d – 178 c. Prevod i detaljan komentar ovog Temistijeovog govora dao je G. Dagron, *L'empire romain d'Orient au IV^e siècle et les traditions de l'Hellénisme: le témoignage de Themistios, Travaux et Memoires*, 3 (1968), pp. 160–162, 191–195.

⁴⁷ Iohanes Lydos, *De magistratibus* II, 9: ...πάλοι μὲν ἐν τοῖς καλουμένοις Σενάτοις οἰοῖνε γερουσίαις, καθ' ἡμᾶς δ' ἐπὶ. Cf. A. Christophilopoulou, Ἡ σύγκλητος εἰς τὸ Βυζαντινὸν κράτος, Αθῆνα 1949, str. 90, 93–94, ukazuje na izvesne izraze koji se tada pojavljuju a koji svodeće o vezanosti Senata za dvor: ἡ τοῦ παλατιοῦ σύγκλητος (dvorski Senat), ἡ περὶ τὸν βασιλεῖα βουλή (o carskom veću), ἡ ὑπὸ τὸν βασιλεῖα βουλή (pod carskim većem), οἱ τῆς βουλῆς τοῦ βασιλέως ἄρχοντες (veće carevih dostojanstvenika), βασιλική σύγκλητος (carski Senat).

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

Legal Position of the Senate in Constantinople

Abstract: *It is very well known that the Senate in Constantinople was founded in 324, during the reign of the Emperor Constantine the Great. However, during his rule the Senate was not on the level of the imperial institution. Constantine's son and successor Constantius II decided to equalize legally the Senates of Rome and Constantinople. Although since 324 till 476 there were two Senates (in Rome and in Constantinople), it seems that legally we had just one institution with the two seats.*

Key words: *Senate, Constantinople, Constantine, Constantius II, Themistios, Zosimos, Theodosian Code.*

*Rodoljub Etinski, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

INDIRECT DISCRIMINATION IN THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract: *The European Court of Human Rights has extended a scope of applicability of Article 14 of the European Convention on Human Rights to indirect discrimination in recent years. The change has happened in a context of turning attention in the Council of Europe and the European Union to the protection of particularly vulnerable groups. The Court has defined its concept of indirect discrimination as a general policy or measure which is apparently neutral but has disproportionately prejudicial effects on members of particularly vulnerable groups. The Court's finding on indirect discrimination in cases where discrimination was based on a language criterion and affecting exclusively Roma children requires an investigation of the definition.*

Key words: *Indirect discrimination - human rights.*

1. Introduction

Only in recent years the European Court of Human Rights (hereinafter: the ECtHR or the Court) has begun to apply a concept of indirect discrimination. The International Centre for the Legal Protection of Human Rights, an international NGO based in London, published rightly in 2005 that: "...there are no clear examples from ECHR jurisprudence of a successful allegation of indirect discrimination. At any rate, the distinction between direct and indirect discrimination is not something that the ECtHR focuses on in its jurisprudence."¹ However, while the publication was in print, the change has happened. The change

¹ INTERIGHTS, *Non-Discrimination in International Law, A Handbook for Practitioner*, ed. Kevin Kitching, London, 2005, p. 83.

was announced in *Hoogendijk* in 2005.² The *Zarb Adami* case has certain importance in development of the Court's case-law towards indirect discrimination.³ In *D.H. and Others* the ECtHR observed: "the evidence submitted by the applicants can be regarded as sufficiently reliable and significant to give rise to a strong presumption of indirect discrimination."⁴ In *Sampanis et autres*⁵ and *Horváth and Kiss*⁶ and *Opuz*⁷ the ECtHR based its judgments on an application of prohibition of indirect discrimination. In *Oršuš and Others* the Court found "that the applicants must have sustained non-pecuniary damage – in particular as a result of the frustration caused by the indirect discrimination of which they were victims."⁸ Now, there is no doubt that the ECtHR has confirmed that Article 14⁹ of the 1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter: the ECHR) covers indirect discrimination.

The text will present the shortest reviews of the mentioned cases. It will try to discuss a cause for the extension of Article 14 of the ECHR to indirect discrimination and the concept of indirect discrimination as developed by the Court. The text will finish by critical observations and concluding remarks.

2. Review of the Case-Law

2.1. The *Hoogendijk* Case

To adapt the social insurance scheme relating to incapacity for work to available budget, the Netherlands reduced a range of persons eligible to benefit to those who have lost income after the materialisation of the risk. By amendments to the General Labour Disablement Benefits Act in 1979 and 1989, the Netherlands legislature made receipt of a benefit for incapacity for work subject to the requirement of having received a certain income from or in connection with work in the year preceding the commencement of incapacity. A criterion of distinction of persons who had and who did not have an entitlement to a benefit

² *Hoogendijk v. The Netherlands* (App. no. 58641/00) Decision as to the admissibility of 6 January 2005.

³ *Zarb Adami v. Malta* (App. no. 17209/02) Judgment of 20 June 2006.

⁴ *D.H. and Others v. the Czech Republic* (App. no. 57325/00) Judgment (GC) of 13 November 2007, para 195.

⁵ *Sampanis et autres c. Grèce* (Req. No. 32526/05) Arrêt 5 juin 2008 .

⁶ *Horváth and Kiss v. Hungary* (App. no. 11146/11) Judgment of 29 January 2013.

⁷ *Opuz v. Turkey* (App. no. 33401/02) Judgment of 9 June 2009.

⁸ *Oršuš and Others v. Croatia* (App. no. 15766/03), Judgment (GC) of 16 March 2010, para 191.

⁹ Article 14 of the ECHR reads: "The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."

for incapacity for work was - receiving an income from or in connection to work. The criterion was not based on sex. However, since a lot of married women did not use to be employed in the Netherlands in relevant time, they were affected by the income criterion much more than men. The group of persons affected by the amendments consisted of about 3,300 women and 1,800 men.¹⁰ The ECtHR investigated whether the different treatment, based on the income requirement as a criterion, was objectively and reasonably justified in respect of women who were disproportionately affected. It concluded that a purpose of amendments to the General Labour Disablement Benefits Act in 1979 and 1989 - altering the nature of the social insurance scheme from an insurance against loss of income opportunities to an insurance against loss of income - was legitimate in view of the necessity to keep the costs of the social insurance scheme within reasonable budgetary limits and due to that they were not contrary to Article 14 of the ECHR.

2.2. *The Opuz Case*

The applicant and her mother were exposed to domestic violence which resulted in torture of the applicant and death of her mother. The ECtHR found on a basis of statistical evidence, submitted by two reliable NGO's, which were not challenged by the Government, that "the general and discriminatory judicial passivity in Turkey, albeit unintentional, mainly affected women".¹¹ The Court considered that the violence suffered by the applicant and her mother was gender-based violence which was a form of discrimination against women and that there was insufficient readiness of Turkish authorities to take appropriate action to suppress domestic violence.¹² A group suffering domestic violence consisted of children and women, but women were the highest number of victims.

2.3. *The Zarb Adami Case*

In 1997 the number of men on the list of jurors in Malta was three times that of women. In 1996 five women and 174 men served as jurors.¹³ According to Article 603(1) of the Maltese Criminal Code, "Every person of the age of twenty-one years or upwards, residing in Malta and being a citizen of Malta, shall be qualified to serve as a juror provided such person has an adequate knowledge of the Maltese language, is of good character and is competent to serve as a juror."¹⁴ According to Article 605 of the Criminal Code the commis-

¹⁰ *Hoogendijk, op. cit.*, p. 21.

¹¹ *Opuz, op. cit.*, paras 193, 198, 200.

¹² *Ibid.*, para 200.

¹³ *Zarb Adami, op. cit.*, para 77.

¹⁴ *Ibid.*, para 30.

sioner of police, two magistrates and the registrar of the courts compiled the lists of jurors. The lists are published in the Government Gazette in August each year.¹⁵ Persons from the list may object to the criminal court against their placement on the list alleging that they do not possess the required qualifications. After a decision of the court, the registrar corrects the list. The names of jurors are written down on separate ballots and every month ballots are drawn.¹⁶ There is nothing discriminatory in the provisions. Distinctions based on the age, place of residence, citizenship, knowledge of the Maltese language, good character and competence were reasonable and justified. No one of them privileged one sex over the other. An exemption might be found in Article 604(3) of the Criminal Code according to which persons who had to take care of their family could have been exempted from jury service. More women than men could have relied on that provision.¹⁷ The ECtHR concluded that discrimination “may result not only from a legislative measure (...), but also from a *de facto* situation”.¹⁸ However, *de facto* situation – a disproportional participation of men in juries – was created by an application of the said provisions. The disproportional situation has started to change towards balanced representation of two genders. The change was a consequence of certain measures which were taken in the meantime such as adding government or bank employers as well as university graduates to the lists of jurors, among which women were well-represented.¹⁹ Obviously, something was wrong with the application of the provisions. It can be concluded that the provisions of Maltese Criminal Code related to eligibility of members for juries were really neutral but application of the provisions was discriminatory.

2.4. *The D.H. and Others Case*

The Czech Schools Act from 1984 provided special schools for children with „mental deficiencies”, ordinary primary schools and specialised primary schools for children suffering from sensory impairment, illness or disability.²⁰ Classification of schools was changed by the new Schools Act from 2004 according to which there were primary schools and specialised primary schools for children with severe mental disability or multiple disabilities and for autistic children.²¹ According to the relevant Decree from 1997 a range of subjects were empowered to propose an allocation of a pupil in special school, *inter alia* the

¹⁵ *Ibid.*, para 31.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, para 81.

¹⁸ *Zarb Adami, op. cit.*, para 76.

¹⁹ *Ibid.*, para 54.

²⁰ *D.H. and Others, op. cit.*, para 30.

²¹ *Ibid.*, para 31.

pupil's legal guardian, the pupil's current school or an educational psychology centre. The head teacher was empowered to decide to allocate a pupil to special school, but consent of the pupil's legal guardians was necessary. An educational psychology centre was obliged to collect all the documents relevant to the decision and to make a recommendation to the head teacher concerning the type of school.²² To evaluate intellectual capacity of a child, an educational psychology centre used tests. The testing was neither compulsory nor automatic. Teachers or paediatricians proposed testing either when the child first enrolled at the school or if difficulties were observed in its ordinary primary-school education.²³ The Czech Government admitted that the psychological tests "are conceived for the majority population and do not take Romani specifics into consideration".²⁴ The Advisory Committee on the Framework Convention found in its first report on the Czech Republic that "it appeared that many Roma children who were not mentally handicapped were placed in them owing to real or perceived language and cultural differences between Roma and the majority".²⁵ The Czech authorities acknowledged that in 1999 Roma pupils consisted between 80% and 90% of the total number of pupils in some special schools and various international bodies observed that a disproportionately large number of Roma children were situated in special schools.²⁶ The ECtHR found that the relevant statutory provisions were formulated in neutral terms, but they had significantly more impact in practice on Roma children than on non-Roma children and resulted in statistically disproportionate numbers of Roma children in special schools.²⁷ It stated that the Czech authorities failed to take into account special needs of Roma children as members of a disadvantaged class.²⁸

2.5. *The Oršuš and Others Case*

Minority of judges of the Grand Chamber in *Oršuš and Others* stressed "that in a situation like the present one in which the Court is overruling a well-reasoned judgment by a Constitutional Court, as well as a unanimous judgment of one of its Chambers, by adopting a Grand Chamber judgment by a nine to eight vote, it should have presented more convincing arguments to justify its decision. In addition, it would have been useful if the Court had been willing to offer more practical guidance on how to develop and apply the notion of indi-

²² *Ibid.*, para 36.

²³ *Ibid.*, para 39.

²⁴ *Ibid.*, para 41.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*, para 192.

²⁷ *Ibid.*, para 193.

²⁸ *Ibid.*, para 207.

rect discrimination.”²⁹ The disputed issue was whether an allocation of Roma children in separate classes of primary schools due to their inadequate command of Croatian language amounts to indirect discrimination? The minority of judges underlined that organising teaching in mixed classes where a high percentage or even a majority of pupils does not have sufficient knowledge of the language of teaching causes some difficulties. Satisfaction of special additional needs of these pupils requires certain adaptation of lecturing to their needs and that adaptation might be at expenses of progress of pupils without special needs. The minority objected that the majority of judges did not pay due attention to the importance for Croatian-speaking pupils of being able to progress properly at school.³⁰ Whether insufficient knowledge of language of teaching does objectively and reasonably justify segregation of Roma children in separate classes? Majority of judges considered that the central question was “whether adequate steps were taken by the school authorities to ensure the applicants’ speedy progress in acquiring an adequate command of Croatian and, once this was achieved, their immediate integration in mixed classes”.³¹ Majority noted that non-Roma parents opposed replacement of separate classes by mixed classes in some schools and created an atmosphere of intolerance.³² Besides, it noted certain inconsistencies in a justification offered by the Government. Two applicants were placed initially in a mixed class. After two years they were transferred to a Roma-only class. Majority of judges had a problem to understand why the two applicants would have sufficient knowledge of the Croatian language at the age of seven, but no longer two years later.³³ Small percent of Roma pupils, several times smaller than general population, completed primary school.³⁴ A psychological study of Roma children attending Roma-only classes in Croatian county Međimurje asserted that “segregated education produced emotional and psychological harm in Roma children, in terms of lower self-esteem and self-respect and problems in the development of their identity”.³⁵ After investigating the facts of the case, majority found that “the schooling arrangements for Roma children were not sufficiently attended by safeguards that would ensure that, in the exercise of its margin of appreciation in the education sphere, the State had sufficient regard to their special needs as members of a disadvantaged group”.³⁶

²⁹ *Oršuš and Others, op. cit.*, Joint partly dissenting opinion of judges Jungwiert, Vlajić, Kovler, Gyulumyan, Jaeger, Myjer, Berro-Lefèvre and Vučinić, para 19.

³⁰ *Ibid.*, para 9.

³¹ *Oršuš and Others, op. cit.*, para 145.

³² *Ibid.*, para 154.

³³ *Ibid.*, para 161.

³⁴ *Ibid.*, para 18.

³⁵ *Ibid.*, para 53.

³⁶ *Ibid.*, para 182.

The majority concluded that “there were at the relevant time no adequate safeguards in place capable of ensuring that a reasonable relationship of proportionality between the means used and the legitimate aim said to be pursued was achieved and maintained”.³⁷ Really, the issue of insufficient knowledge of a language of teaching might have been addressed in other way. In 2002 Croatia introduced two years pre-school programme to prepare all Roma children for schools, which includes learning of Croatian language.

2.6. The Sampanis et autres Case

The case is comparable to *Oršuš and Others*. In Aspropyrgos, a suburb of Athens, Roma pupils were separated in three prefabricated rooms constituting an annex of the Primary school.³⁸ They attended preparatory classes there to learn Greek language and to accommodate to school conditions. But, over three years, a period under appeal, they were not moved to regular classes. An evaluation of their progress, which would enable them to join regular classes, was not performed.³⁹

2.7. The Horváth and Kiss Case

The case is similar with *D.H. and Others*. Hungary had remedial primary schools for mentally disabled children. Less than 1% of students with special needs had the opportunity to continue education in mainstream secondary education providing the Baccalaureate.⁴⁰ “The systemic misdiagnosis of Roma children as mentally disabled has been a tool to segregate Roma children from non-Roma children in the Hungarian public school system since at least the 1970s.”⁴¹

3. Cause for the Extension of Article 14 of the ECHR to Indirect Discrimination

Reasoning of the ECtHR on indirect discrimination was influenced by the analogous concept developed in EU law. In *D.H. and Others* the ECtHR referred to legal sources of EU rules on indirect discrimination. It quoted relevant provisions of some EU anti-discrimination directives as well as leading judgments of the Court of European Communities.

³⁷ *Ibid.*, para 184.

³⁸ *Sampanis et autres, op. cit.*, para 82.

³⁹ *Ibid.*, para 81.

⁴⁰ *Horváth and Kiss, op. cit.*, paras 6-8.

⁴¹ *Ibid.*, para 9.

The Court of European Communities initially used the concept to overcome an obstacle caused by exhaustive numbering grounds of discrimination.⁴² Before the Amsterdam Treaty, the Founding Treaties and secondary EC law contained provisions prohibiting discrimination based on nationality in general and on sex in some matters. The Court of European Communities faced the problem when a different treatment was not based on nationality or sex but on other grounds which were also affecting members of the protected groups – foreign nationals or women. To resolve the problem, the Court of European Communities found that these EC non-discrimination provisions prohibited not only overt discrimination, based on forbidden grounds, but also “all covert forms of discrimination which, by applying other distinguishing criteria, lead in fact to the same result”.⁴³ In *Sotgiu* the Court of European Communities applied prohibition of discrimination based on nationality, as it was provided by Article 7(1) and (4) of Regulation No. 1612/68. It noted that a place of residence of a worker as a criterion for the grant of a separation allowance, which excluded workers who had their places of residence abroad at the time they were taking up a given post, might constitute discrimination, since its practical effect might be the same as discrimination on the ground of nationality.⁴⁴ The criterion of place of residence is apparently neutral in respect to nationality, but in fact it is not, since much more foreign than domestic workers have their place of residence abroad.

The ECtHR did not face a similar problem. Article 14 of the ECHR provides an open list of grounds of discrimination. It numbers some important grounds of discrimination but in exemplary way. It states: “The enjoyment of the rights... shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour... or other status”. It means that a place of residence may be the ground of discrimination. The Court has interpreted broadly the phrase – “any ground such ... or other status”, not reducing it to personal characteristics.⁴⁵ Really, the ECtHR confirmed a place of residence as the ground of discrimination.⁴⁶ So, the ECtHR would analyse in *Sotgiu* whether a different treatment based on place of residence was objectively and reasonably justified. Foreign workers would be protected as probably the biggest part of workers who had their place of residence abroad at the moment of taking employment. But, the Court

⁴² R. Etinski, I. Krtić, *EU Law on the Elimination of Discrimination*, Belgrade, Maribor, 2009, p. 150.

⁴³ Case 152-73, *Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost*, judgment of 12 February 1974, para 11.

⁴⁴ *Ibid.*, paras 11, 13.

⁴⁵ See critics of certain ambivalence in the practice of the ECtHR in respect of grounds of discrimination: J. Gerards, *The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights*, *Human Rights Law Review* (2013), 1-26.

⁴⁶ *Vučković and others v. Serbia* (App. No. 17153/11), judgment of 28 August 2012, para 87.

would not investigate whether a different treatment was objectively and reasonably justified in respect of foreign workers only but whether it was justified in respect to all workers who had their place of residence abroad.

A building of the EU anti-discrimination law started in seventies of the last century through directives that were widening a scope of applicability of Article 119 of the Treaty establishing the European Economic Community (equal pay for male and female workers for equal work) and gradually introducing various anti-discrimination tools. Now the EU anti-discrimination law includes four major anti-discrimination directives.⁴⁷ The concept of indirect discrimination was further developed in the framework of the EU anti-discrimination directives. The development was determined by a purpose of the EU anti-discrimination law – achievement of full equality for all members of society in some social fields and due to that aim, focusing a care to particularly vulnerable groups, such as women and various minorities. The Council of Europe has devoted its attention to protection of minorities in last decades. Such political and legal development has created a legal context which stimulated the ECtHR to extend a scope of applicability of Article 14 of the ECHR to indirect discrimination. It is indicative that the ECtHR has repeated several times “that there could be said to be an emerging international consensus amongst the Contracting States of the Council of Europe recognising the special needs of minorities and an obligation to protect their security, identity and lifestyle, not only for the purpose of safeguarding the interests of the minorities themselves but to preserve a cultural diversity of value to the whole community”.⁴⁸

4. Concept of Indirect Discrimination as Developed by the ECtHR

The concept is based on a well-established meaning of term “discrimination” - “discrimination means treating differently, without an objective and rea-

⁴⁷ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin prohibits discrimination on grounds of racial or ethnic origin as regards employment, social protection, education and access to and supply of goods and services; Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation forbids discrimination on grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation; Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services prohibits discrimination based on sex in respect of access to and supply of goods and services; and Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) forbids discrimination based on sex as regards employment and occupation.

⁴⁸ *Chapman v. the United Kingdom* (App. no. 27238/95), Judgment of 18 January 2001, para 93, *D.H. and Others, op. cit.*, para 181, *Sampanis et autres, op. cit.*, para 72.

sonable justification, persons in relevantly similar situations”.⁴⁹ That understanding is supplemented by an important old observation of the ECtHR that Article 14 does not prohibit a Member State to treat groups differently if it serves to correct factual inequalities between them. The Court underlined that in certain circumstances a failure of a State “to attempt to correct inequality through different treatment may in itself give rise to a breach of the Article”.⁵⁰ That old observation from 1968⁵¹ has got new importance in a context of indirect discrimination.

The concept of indirect discrimination is expressed in various versions. A version states: “a general policy or measure that has disproportionately prejudicial effects on a particular group may be considered discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed at that group”.⁵² Another version reads as follows: “a general policy or measure which is apparently neutral but has disproportionately prejudicial effects on persons or groups of persons who ... are identifiable only on the basis of an ethnic criterion, may be considered discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed at that group”.⁵³ Or, an indication of indirect discrimination exists when “a specific rule – although formulated in a neutral manner – in fact affects a clearly higher percentage of women than men”.⁵⁴

Instead a term “treatment” which is used by the Court for general definition of discrimination, the ECtHR uses terms “general policy”, “measure” and “specific rule”. A term “treatment” denotes legal treatment, which includes legislation and application of the law. Terms “general policy and measure” indicate something outside the law in strict sense.

Three requirements closely interrelated distinguish the concept of indirect discrimination - apparently neutral policy, measure or rule - disproportionately prejudicial effects – policy, measure or rule not specifically aimed at the group.

What does it mean “apparently neutral”? A criterion of pregnancy is not neutral in respect of sex. Or, a criterion of colour is not neutral in respect of ra-

⁴⁹ *Fredin v. Sweden (no. 1)*, (App. no.12033/86) Judgment of 18 February 1991, para 60, *Willis v. the United Kingdom*, (App. no. 36042/97), Judgment of 11 June 2002, para 48, *D.H. and Others*, *op. cit.*, para 175, *Opuz*, *op. cit.*, para 183, *Sampanis et autres*, *op. cit.*, para 67, *Oršuš and Others*, *op. cit.*, para 149, *Horváth and Kiss*, *op. cit.*, para 101.

⁵⁰ *D.H. and Others*, *op. cit.*, para 175, *Sampanis et autres*, *op. cit.*, para 68, *Oršuš and Others*, *op. cit.*, para 149, *Horváth and Kiss*, *op. cit.*, para 101

⁵¹ *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium* (Merits), Judgment of 23 July 1968, para 10.

⁵² *Hugh Jordan v. the United Kingdom* (App. no. 24746/94) Judgment of 4 May 2001, para 154, *D.H. and Others*, *op. cit.*, para 175, *Opuz*, *op. cit.*, para 183.

⁵³ *Sampanis et autres*, *op. cit.*, para 68, *Oršuš and Others*, *op. cit.*, para 150, *Horváth and Kiss*, *op. cit.*, para 105.

⁵⁴ *Hoogendijk*, *op. cit.*, p. 21, *D.H. and Others*, *op. cit.*, para 180.

ce. It means a general characteristic which is shared exclusively by members of a particularly vulnerable group cannot be an apparently neutral criterion. Consequently, an apparently neutral criterion is a general characteristic which is shared by members of various populations, but which characterizes members of a particularly vulnerable group disproportionately more than members of other population. In that sense, disproportionately prejudicial effects mean less favourable effects that affect a group of various populations among whom members of particularly vulnerable group are represented more than others. Intent of a State to affect members of a particularly vulnerable group by neutral policy, measure or rule is not necessary for appearance of indirect discrimination.

The ECtHR has completed the concept of indirect discrimination by referring to its practice concerning burden of proof and evidence. It has repeated its old position “that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified”.⁵⁵ In some recent cases, “in which the applicants alleged a difference in the effect of a general measure or *de facto* situation (...), the Court relied extensively on statistics produced by the parties to establish a difference in treatment between two groups (men and women) in similar situations”.⁵⁶ The ECtHR states also that when it assesses the impact of a measure or practice on an individual or group, reliable and significant statistics will be sufficient to constitute the *prima facie* evidence the applicant is required to produce.⁵⁷ Though, statistical evidence is not an exclusive proof of indirect discrimination.⁵⁸

Since the four cases related to indirect discrimination affecting Roma pupils, children of the same ethnic group, which is a form of racial discrimination, the ECtHR devoted its attention to specificities of racial discrimination. Being a particularly invidious kind of discrimination and producing perilous consequences, racial discrimination “requires from the authorities special vigilance and a vigorous reaction. It is for this reason that the authorities must use all available means to combat racism, thereby reinforcing democracy's vision of a society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of enrichment”.⁵⁹ Starting from that, the ECtHR stated that different treatment based exclusively or to a decisive extent on a person's ethnic origin cannot be objectively justified

⁵⁵ *D.H. and Others, op. cit.*, para 177, *Opuz, op. cit.*, para 183, *Sampanis et autres, op. cit.*, para 70.

⁵⁶ *D.H. and Others, op. cit.*, para 180.

⁵⁷ *D.H. and Others, op. cit.*, para 188, *Horváth and Kiss, op. cit.*, para 107.

⁵⁸ *D.H. and Others, op. cit.*, para 188, *Oršuš and Others, op. cit.*, para 153.

⁵⁹ *D.H. and Others, op. cit.*, para 176, *Sampanis et autres, op. cit.*, para 69, *Horváth and Kiss, op. cit.*, para 101.

in “contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures”.⁶⁰ However, in *Oršuš* the Court has mitigated that position saying: “very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of ethnic origin as compatible with the Convention.”⁶¹ The ECtHR stresses that the vulnerable position of Roma/Gypsies requires “that special consideration should be given to their needs and their different lifestyle both in the relevant regulatory framework and in reaching decisions in particular cases”.⁶²

5. Critical Observations

The four cases of racial discrimination are similar by their substance but different by legal features. The issue is whether a key principle of indirect discrimination, as defined by the ECtHR - “a general policy or measure which is apparently neutral but has disproportionately prejudicial effects on persons or groups of persons...” is applicable to the cases *Sampanis et autres* and *Oršuš and Others*? The ground of different treatment in these cases was a language – insufficient knowledge of a language of teaching. Whether a language is criterion neutral in respect of ethnic origin? In *Sefić* the Committee on the Elimination of Racial Discrimination accepted that a different treatment based on language might be a case of racial discrimination.⁶³ A language is natural characteristic of an ethnic group but it is not an exclusive characteristic of members of the ethnic group. However, the language criterion did not disproportionately affect Roma children. It affected exclusively Roma children. There were no children of other ethnic origin segregated in separate classes. It implies a question that, assuming that language criterion may be neutral in respect of ethnic origin, whether the second requirement of the principle – disproportional effects – was satisfied? Whether the requirement of disproportional effects consumes effects that affect exclusively members of a vulnerable group? It is worthy to note here that definition of indirect discrimination in the EU anti-discrimination directives does not express the requirement of disproportional effects.⁶⁴

⁶⁰ *D.H. and Others, op. cit.*, para 176, *Sampanis et autres, op. cit.*, para 69, *Horváth and Kiss, op. cit.*, para 101.

⁶¹ *Oršuš and Others, op. cit.*, para 149.

⁶² *D.H. and Others, op. cit.*, para 181, *Sampanis et autres, op. cit.*, para 72.

⁶³ *Emir Sefić v. Denmark* (Communication no. 32/2003) Opinion, 7 March 2005.

⁶⁴ Article 2 (2b) of Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin states: “indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of a racial or ethnic origin at a particular disadvantage compared with other persons, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary”.

The concept of indirect discrimination under Article 14 of the ECHR implies the issue whether the concept is applicable to groups which are not distinguished as particularly vulnerable groups, such as women or minorities groups. Whether the concept is applicable to men, for example? In *Zarb Adami* the ECtHR found discrimination against men. The case has features of indirect discrimination – a neutral provision whose application produced disproportional effects to men. But, the Court did not label the case as a case of indirect discrimination. The ECtHR noted that discrimination “may result not only from a legislative measure (...), but also from a *de facto* situation”. Whether it means that the Court has reserved the concept of indirect discrimination exclusively for protection of members of particular vulnerable groups? I believe that further practice of the Court will offer a reply. It seems that the Human Rights Committee has opted for indirect discrimination that will protect persons outside particularly vulnerable groups.⁶⁵

6. Concluding Remarks

The ECtHR extended the applicability of Article 14 of the ECHR to indirect discrimination in recent years. “An emerging international consensus amongst the Contracting States of the Council of Europe recognising the special needs of minorities and an obligation to protect their security, identity and lifestyle, not only for the purpose of safeguarding the interests of the minorities themselves but to preserve a cultural diversity of value to the whole community” has become a political and legal context that required the extension. The Court defined indirect discrimination as a general policy, measure or specific rule which is apparently neutral but has disproportionately prejudicial effects on members of particularly vulnerable groups and which may be considered discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed at that group. The ECtHR applies the concept of indirect discrimination in a very flexible way. The Court found indirect racial discrimination in cases where discrimination was based on a language and where Roma pupils were affected exclusively. These cases require further clarification of requirement on apparent neutrality of a crite-

⁶⁵ In *Althammer* the Human Rights Committee states: “The Committee recalls that a violation of article 26 (of the International Covenant on Civil and Political Rights – R.E.) can also result from the discriminatory effect of a rule or measure that is neutral at face value or without intent to discriminate. However, such indirect discrimination can only be said to be based on the grounds enumerated in Article 26 of the Covenant if the detrimental effects of a rule or decision exclusively or disproportionately affect persons having a particular race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, rules or decisions with such an impact do not amount to discrimination if they are based on objective and reasonable grounds.” *Rupert Althammer et al. v. Austria*, Comm. No. 998/2001, views adopted on 8 August 2003, para 10.2.

tion of different treatment as well as requirement of disproportional effects. Further practice of the Court will clarify also whether the concept of indirect discrimination will be used for protection of members of particularly vulnerable groups only or also for the protection of other groups.

Economic crises is affecting Europe in longer period and contributes to further marginalisation of already marginalized groups and to strengthening of various social prejudices against members of vulnerable groups. Having accepted the concept of indirect discrimination, the ECtHR has broadened a legal field for the fight against such processes.

*Dr Rodoljub Etinski, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

Indirektna diskriminacija u sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava

Sažetak: *Evropski sud za ljudska prava proširio je oblast primene člana 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima na indirektnu diskriminaciju u poslednjim godinama. Sud Evropskih zajednica počeo je da koristi ovaj koncept u sedamdesetim godinama prošlog veka kako bi prevazišao ograničenja koja su proisticala iz taksativno navedenih osnova diskriminacije u pravilima o zabrani diskriminacije u pravu Evropskih zajednica. Osnivački ugovori i sekundarno pravo Evropskih zajednica zabranjivali su u dužem periodu, sve do Amsterdamskog ugovora, diskriminaciju zasnovanu samo na državljanstvu ili na polu. Kasnije, koncept indirektna diskriminacije razvijen je dalje u antidiskriminacionom pravu Evropske unije, dakle u antidiskriminacionim direktivama koje su imale za cilj da obezbede primenu načela jednakosti u pojedinim oblastima, kao što su zapošljavanje ili socijalna zaštita, i u okviru toga da obezbede zaštitu posebno ranjivih društvenih grupa, kao što su žene i razne manjine. Počev od devedesetih godina prošlog veka, Savet Evrope angažuje se na zaštiti tih posebno ranjivih grupa. Tako je stvoren pravno-politički kontekst u prvoj deceniji XXI veka koji je uslovio da Evropski sud za ljudska prava protegne opštu zabranu diskriminacije iz člana 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima na indirektnu diskriminaciju.*

Pod indirektnom diskriminacijom Evropski sud za ljudska prava razume manje povoljan tretman koji se zasniva na nekom osnovu koji je neutralan u odnosu na posebno ranjive grupe, ali koji pogađa članove neke od tih grupa disproportionalno više nego ostalu populaciju. Manje povoljan tretman nije zasnovana, dakle na polu ili na etničkom poreklu, ali uprkos tome on pogađa više žene nego muškarce ili pripadnike manjine nego ostalo stanovništvo. Ono što je karakteristično za indirektnu diskriminaciju jeste da se ona ne čini isključivo pravnim tretmanom, dakle donošenjem zakona ili drugih opštih pravnih akata i primenom tih akata, već i „opštom politikom i merama“ koje su značajne za primenu prava. Pod neutralnim osnovom diskriminacije razume se neka opšta

karakteritika pojedinaca ili situacija u kojima se ovi nalaze, a koju ne dele isključivo pripadnici neke posebno ranjive grupe. Tako, na primer, trudnoća ne može da bude neutralan osnov u odnosu na pol. Taj neutralni osnov nepovoljnijeg tretmana pogađa više pripadnike neke posebno ranjive grupe jer pripadnici te grupe imaju tu opštu karakteristiku proporcionalno više nego ostalo stanovništvo.

Evropski sud za ljudska prava primenio je koncept indirektne diskriminacije u nekim slučajevima u kojima je osnov nepovoljnijeg tretmana bilo nedovoljno znanje jezika na kome se odvijala nastava u osnovnoj školi i gde su romska deca bila isključivo pogođena nepovoljnijim tretmanom. Primena tog koncepta u pomenutim slučajevima zahteva preispitivanje definicije indirektne diskriminacije, kako ju je odredio Evropski sud za ljudska prava.

Ključne reči: indirektna diskriminacija – ljudska prava.

*Dr Zoran Arsić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

AMBALAŽA – IMOVINSKOPRAVNI I EKOLOŠKI ASPEKTI¹

Sažetak: *Ambalaža predstavlja stvar koja je sredstvo pakovanja i ima imovinsku vrednost. Postoji više vrsta ambalaže i ona se može razvrstati po različitim kriterijumima. Osnovna klasifikacija ambalaže obuhvata odvoji-vu i neodvojivu ambalažu, potrošnu i nepotrošnu, kao i zamenljivu i neza-menljivu ambalažu. Ambalaža ima primarnu i sekundarnu funkciju. Pri-marno, ambalaža mora da obezbedi zaštitu robe, kao i olakšati postupanja sa robom prilikom transporta i uskladištenja. Sekundarno, ambalaža služi za reklamu proizvoda i proizvođača. Osim reklame, ambalaža obezbeđuje i identifikaciju proizvoda i proizvođača, s obzirom da proizvođač može da stavi svoj žig na ambalažu.*

Imovinskopravni aspekti pitanja ambalaže vezuju se, pre svega, za ugovor o prodaji. Odredbama Zakona o obligacionim odnosima o ugovoru o prodaji nije regulisano pitanje ambalaže, zbog čega su relevantne odredbe Opštih uzansi za promet robom. Za ekološke aspekte ambalaže od značaja je Zakon o ambalaži i ambalažnom otpadu.

Ključne reči: *ambalaža, kupac, prodavac, ambalažni otpad*

Ambalaža predstavlja stvar koja je sredstvo pakovanja i ima imovinsku vrednost.² Prema čl.5 Zakona o ambalaži i ambalažnom otpadu pod ambalažom se podrazumeva proizvod napravljen od materijala različitih svojstava, koji služi za smeštaj, čuvanje, rukovanje, isporuku, predstavljanje robe i zaštitu njene sadržine, a uključuje i predmete koji se koriste kao

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

² Bukljaš Ivo, Pravne norme i trgovački običaji za ambalažu, Zagreb, 1962, str.5

pomoćna sredstva za pakovanje, umotavanje, vezivanje, nepropusno zatvaranje, pripremu za otpremu i označavanje robe.

Postoji više vrsta ambalaže i ona se može razvrstati po različitim kriterijumima.³ Osnovna klasifikacija ambalaže obuhvata odvojivu i neodvojivu ambalažu, potrošnu i nepotrošnu, kao i zamenljivu i nezamenljivu ambalažu.

Ambalaža može biti neodvojiva, kada se radi o ambalaži u koju se proizvod pakuje u procesu proizvodnje i odvojiva, koja nije sastavni deo proizvoda i u koju se roba pakuje prilikom stavljanja u promet.

Potrošna ambalaža je ona ambalaža koja se može koristiti jednokratno, s obzirom da se potroši prilikom prve upotrebe. Za razliku od toga, nepotrošna ambalaža se može koristiti više puta i često se naziva povratnom ambalažom, s obzirom da se, po pravilu, vraća prodavcu. Zakonom o ambalaži i ambalažnom otpadu predviđeno je da je povratna ambalaža takva ambalaža koja se, nakon vraćanja od strane potrošača, ponovno upotrebljava za istu namenu (čl.5 st.1 tč.3).

Zamenljiva ambalaža se može zameniti ambalažom istih svojstava i namene, dok nezamenljiva ambalaža ima individualna svojstva, zbog kojih se ne može zameniti drugom ambalažom.

Osim jednokratne i povratne ambalaže Zakonom o ambalaži i ambalažnom otpadu predviđene su i primarna, sekundarna i tercijarna ambalaža. Primarna ambalaža je najmanja ambalažna jedinica u kojoj se proizvod prodaje konačnom kupcu. Sekundarna ambalaža je ambalažna jedinica koja sadrži više proizvoda u primarnoj ambalaži sa namenom da na prodajnom mestu omogući grupisanje određenog broja jedinica za prodaju, bez obzira da li se prodaje krajnjem korisniku ili se koristi za snabdevanje na prodajnim mestima. Ova ambalaža se može ukloniti sa proizvoda bez uticaja na njegove karakteristike. Tercijarna (transportna) je ambalaža namenjena za bezbedan transport i rukovanje proizvoda u primarnoj ili sekundarnoj ambalaži. Ova ambalaža ne obuhvata kontejnere za drumski, železnički, vodni ili vazdušni transport.

Ambalaža ima primarnu i sekundarnu funkciju.⁴ Primarno, ambalaža mora da obezbedi zaštitu robe, kao i olakšati postupanja sa robom prilikom transporta i uskladištenja. Sekundarno, ambalaža služi za reklamu proizvoda i proizvođača. Osim reklame, ambalaža obezbeđuje i identifikaciju proizvoda i proizvođača, s obzirom da proizvođač može da stavi svoj žig na ambalažu.

³ Bukljaš I., op. cit., str.6-7

⁴ Kašanin Ratimir, *Ambalaža*, Enciklopedija imovinskog parava i prava udruženog rada, Tom prvi, Beograd 1978, str.7

1. Imovinskopravni aspekti

Imovinskopravni aspekti pitanja ambalaže vezuju se, pre svega, za ugovor o prodaji. Odredbama Zakona o obligacionim odnosima o ugovoru o prodaji nije regulisano pitanje ambalaže, zbog čega su relevantne odredbe Opštih uzansi za promet robom.

Prema uzansi 79 st.1 Opštih uzansi za promet robom obezbeđenje ambalaže je obaveza prodavca. Svojstva ambalaže se utvrđuju ugovorom. U odsustvu odgovarajuće odredbe ugovora, obaveza prodavca je da obezbedi ambalažu koja je uobičajena. U tom pogledu su od značaja pravila struke,⁵ kao i posebne uzanse (na pr. uzansa 21 Posebnih uzansi za trgovinu krompirom; uzansa 19 Posebnih uzansi za trgovinu povrćem ; uzansa 24 Posebnih uzansi za promet pasuljem ; uzansa 18 Posebnih uzansi za promet pirinčom ; uzansa 19 Posebnih uzansi za promet pirinčanom aromom ; uzansa 7 Posebnih uzansi za promet žitaricama).

U slučaju da nema odgovarajućeg običaja ambalaža mora da bude takva da štiti robu i da tako upakovana roba bude podobna za prevoz i primenu najnižeg podvoznog stava. Ukoliko je vrsta prevoza predviđena ugovorom, ambalaža mora da odgovara uslovima prema kojima se roba prima na prevoz svim prevoznim sredstvima koja su predviđena ugovorom. Za slučaj da prevozna sredstva nisu predviđena ugovorom, ambalaža mora da odgovara uslovima pod kojima se roba prima na prevoz na onim prevoznim sredstvima koja se redovno upotrebljavaju pream prirodi posla (uzansa 79 st.3 Opštih uzansi za promet robom).

Kao što smo ukazali, ambalažu obezbeđuje prodavac, s obzirom da se ona vezuje za isporuku robe. Ugovorom je, međutim, moguće predvideti da ambalažu obezbeđuje kupac. Na taj način se isporuka robe vezuje i za radnje kupca, a ne samo prodavca. Ako rok isporuke nije određen, a kupac ima obavezu da dostavi ambalažu prodavcu, isporuka se ima izvršiti odmah po isteku vremena koje je potrebno za pakovanje robe. Pri tome rok počinje da teče od prvog radnog dana po prijemu ambalaže (uzansa 94 Opštih uzansi za promet robom). Kada je u pitanju vreme potrebno za pakovanje, ne radi se o subjektivnom roku, odnosno o vremenu koje je potrebno određenom prodavcu da izvrši pakovanje. To je faktičko pitanje i zavisi od vrste robe, vrste ambalaže i količine. U pitanju je prosečno potrebno vreme potrebno za pakovanje te robe u određenu ambalažu.⁶ U vezi sa dostavljanjem ambalaže od strane kupca treba imati u vidu još jedan aspekt ove situacije. Radi se o tome da je pregled ambalaže dostavljene od strane kupca

⁵ Goldštajn Aleksandar, Privredno ugovorno pravo, Zagreb, 1980, str.219

⁶ Kašanin R., op.cit., str.9

obaveza prodavca. Prodavac nije oslobođen odgovornosti ako upakuje robu u ambalažu polsatu od starne kupca. On ima pravo da vrati ambalažu na trošak i rizik kupca i da zahteva drugu, odgovarajuću, ambalažu. Prema stavu sudske prakse, rokovi isporuke se u tom slučaju produžavaju, zavisno od toga koliko kupac kasni sa dostavljanjem ispravne ambalaže.⁷

Ako kupac ima obavezu da dostavi ambalažu prodavcu i padne u docnju, prodavcu stoji na raspolaganju više mogućnosti (uzansa 229 Opštih uzansi za promet robom). Prodavac može da traži da kupac izvrši svoju obavezu i dostavi ambalažu. U tom smislu mora da mu ostavi naknadni primereni rok za izvršenje obaveze. Ako kupac ni u naknadnom roku na izvrši svoju obavezu, prodavac može odustati od ugovora. Prodavac može održati ugovor na snazi tako što će na ime i teret kupca predati robu u javno skladište, ako je to moguće. Na taj način on stiče pravo da traži isplatu cene. Prodavac, takođe, može upotrebiti svoju ambalažu na račun kupca, ili na račun kupca uzeti ambalažu u zakup, kada se rok za isporuku produžuje za period koliko je prema okolnostima potrebno za pribavljanje ambalaže. U slučaju da prodavac koristi svoju ambalažu, on je ovašćen da zaračuna kupcu troškove ambalaže. Za slučaj da se radi o nepotrošnoj ambalaži ne može tražiti njenu naplatu, već je dužan primiti ambalažu natrag i može naplatiti samo amortizovani deo ambalaže.⁸ U slučaju zakupa ambalaže, kupac je dužan da vrati ambalažu prodavcu, a on vlasniku, Tada se ne plaća amortizacija, nego zakupnina.⁹ Prodavac je slobodan u izboru prava, ali od ugovora može odustati samo u slučaju da je ostavio naknadni rok kupcu za dostavljanje ambalaže. U svakom slučaju prodavac može tražiti naknadu štete od kupca, koju je pretrpeo zbog neispunjenja ili zadocnjenja u dotavljanju ambalaže. Prema stavu sudske praxe ova šteta obuhvata stvarnu štetu i izgubljenu dobit.¹⁰ Posebna situacija postoji kada je ambalaža stigla posle vršenja nekog od spomenutih prava od strane prodavca. Tada je prodavac dužan da ambalažu odmah vrati kupcu prema njegovoj dispoziciji. Pri tome prodavac ima pravo na naknadu svih troškova nastalih zbog vraćanja ambalaže.¹¹

U slučaju da rok za dostavljanje ambalaže nije utvrđen ugovorom, smatra se da je kupac dostavio ambalažu na vreme ako je stigla prodavcu toliko vremena pre isteka roka za isporuku, koliko je prema okolnostima potrebno da bi prodavac mogao na vreme izvršiti pakovanje i isporuku

⁷ Ibidem

⁸ Bukljaš I., op.cit., str.12

⁹ Ibidem

¹⁰ Prema Goldštajn A., op.cit., str.385; Isti stav Kašanin R., op.cit., str.9

¹¹ Bukljaš I., op.cit., str.14

robe. Rok za dostavu ambalaže određen je i nekim posebnim uzansama. Tako uzansa 20 Posebnih uzansi za trgovinu povrćem predviđa da kupac mora dostaviti ambalažu na svoj trošak najkasnije 24 sata pre otpreme robe. Posebne uzanse za promet krompirom (uzansa 23) predviđaju za slučaj da je kupac obavezan da dostavi ambalažu da on to mora da uradi na svoj trošak najkasnije 5 dana pre početka isporuke robe

Ambalaža ima uticaja i na predmet obaveze prodavca da isporuči robu. Kod utvrđivanja količine robe koja se vaga moguće je utvrđivanje bruto težine i neto težine. Pod bruto težinom podrazumeva se težina robe sa ambalažom, dok neto težinu predstavlja težina same robe bez ambalaže. Da li se cena odnosi na bruto ili neto težinu određuje se ugovorom. U odsustvu ugovorne odredbe, prema uzansi 119 Opštih uzansi za promet robom, količina robe koja se vaga uzima se bruto za neto. U takvom slučaju ambalaža prati sudbinu robe. Izuzetno, ako je kupac dužan da vrati ambalažu, utvrđuje se neto težina i plaća cena na osnovu težine robe bez ambalaže.¹²

Osnovnu obavezu kupca iz ugovora o prodaji predstavlja plaćanje cene. S tim u vezi je i pitanje ambalaže, odnosno da li cena obuhvata i ambalažu. Ovo pitanje se, pre svega, rešava ugovorom. U tom smislu uzansa 162 Opštih uzansi za promet robom predviđa upotrebu određenih izraza kao što su "franko ambalaža", "ambalaža gratis", "ambalaža izgubljena", "ambalaža uračunata". Takvi i slični izrazi znače da se ambalaža ne mora posebno platiti ni vratiti. Pitanje je, međutim, kakav je status ambalaže kada ugovor ne sadrži odgovarajuće odredbe. U literaturi se ukazuje da se to pitanje rešava od slučaja do slučaja.¹³ Ako se radi o ambalaži koja je manje vrednosti, ili se vrednost ambalaže gubi jednokratnom upotrebom, kao i u slučaju da se radi o originalnom pakovanju, s obzirom da je ono neodvojivo od robe, tada se mora uzeti da je vrednost ambalaže uračunata u cenu robe i kupac ne mora da je vrati. Nasuprot tome, u slučaju velike vrednosti ambalaže, ili ambalaže koja se može višekratno koristiti, kupac je dužan da je vrati. Rok u kome kupac treba da vrati ambalažu može biti utvrđen ugovorom. Rok može biti utvrđen i posebnim uzansama. Posebne uzanse za trgovinu povrćem predviđaju da, ako je kupac u obavezi da vrati ambalažu, odnosno kada je prodavac daje na upotrebu, on to mora da učini roku od 15 dana od dana prijema povrća (uzansa 22). U slučaju da rok nije predviđen ugovorom ili poslovnim običajem, odnosno posebnim uzansama, primenjuju se dispozitivna pravila Zakona o obligacionim odnosima o obavezama u pogledu kojih nije utvr-

¹² Kašanin R., op.cit., str.9.

¹³ Kašanin R., op.cit., str.10.

đen rok izvršenja. Prema čl.314 Zakona o obligacionim odnosima, ako rok nije određen, a svrha posla, priroda obaveze i ostale okolnosti ne zahtevaju izvestan rok za ispunjenje, poverilac može zahtevati odmah ispunjenje obaveze. Obavezi kupca da vrati ambalažu odgovara pravo prodavca da traži njen povraćaj.¹⁴ Osim zahteva za povraćaj ambalaže prodavac može tražiti i naknadu pretrpljene štete. S tim u vezi je i pitanje kako može da glasi tužbeni zahtev, odnosno da li je moguće postaviti alternativni zahtev (povraćaj ambalaže ili isplatu njenje vrednosti). Načelno, prodavac je dao ambalažu na korišćenje i ima pravo da traži njeno vraćanje.¹⁵ Alternativni zahtev za isplatu protivvrednosti ambalaže po cenama na dan izvršenja odbijen je kao neosnovan, budući da nije pružen dokaz o postojanju takve obaveze, tj. da nije ugovorena isplata protivvrednosti ambalaže ukoliko ne bude vraćena (čl. 403. ZOO).¹⁶ U literaturi se navodi i postojanje drugačijih odluka, pri čemu se uzima u obzir ekonomičnost ostvarivanja zahteva, Ako se udovolji alternativnom zahtevu prodavaca, kupac ne dolazi u nepovoljniji položaj, budući da može da vrati ambalažu tada neće biti u obavezi da plati njenu vrednost. Nasuprot tome, ako sud obaveže kupca samo na vraćanje ambalaže, tada će prodavac morati da pokrene novi postupak, ako do vraćanja ne dođe.¹⁷ Posebni uzansama su predviđena i pravila za rešavanje pitanja zahteva za povraćaj ambalaže, koja se zasnivaju na tome da se ambalaža koja nije vraćena u određenom roku smatra prodatom, kao i na postojanju penala. Prema posebnim uzansama za trgovinu krompirom kupac duguje prodavcu naknadu za sve vreme za koje se nalazi u docnji sa vraćanjem ambalaže, pri čemu se nakanda utvrđuje u iznosu od 1% dnevno za svaki dan zakašnjenja, računajući od prosečne tržišne cene ambalaže, ako vlasnik ne dikaže njenu veću vrednost. Ako ambalaža ne bude vraćena u roku od dva meseca od prijema robe, smatra se da je ambalaža prodana, kada kupac plaća ambalažu prema prosečnoj tržišnoj ceni, ako vlasnik ne dokaže višu cenu, kao i naknadu za 45 dana (uzanse 26 i 27). U situacijama kada se smatra da je ambalaža prodana postavlja se pitanje da li kupac plaća tržišnu cenu nove ambalaže, ili tržišnu cenu ambalaže kakvu je primio.¹⁸ U literaturi se zastupa stav, koji smatramo ispravnim, da kupac ima obavezu da plati tržišnu cenu za ambalažu kakvu je primio, što odgovara pravilima ugovora o prodaji.¹⁹

¹⁴ Bukljaš I., op.cit., str.56

¹⁵ Bukljaš I., op.cit., str 58

¹⁶ Presuda Višeg privrednog suda, Pž. 1611/95 od 30.3.1995. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 2/1995 - str. 36)

¹⁷ Bukljaš I., op.cit., str.58 – 59.

¹⁸ Kašanin R., op.cit., str.11.

¹⁹ Ibidem

U vezi sa zahtevom za povraćaj ambalaže postavilo se i pitanje zastarelosti. Pre svega, postavlja se pitanje da li zahtev za povraćaj ambalaže predstavlja zahtev iz ugovora o prodaji. S tim u vezi pravi se razlika da li je u pitanju trajna ambalaža, ili ne. Kada se radi o zahtevu tužioca za povraćaj ambalaže koja je trajnog karaktera, tada ona u pogledu zastarelosti ne deli sudbinu osnovnog potraživanja iz ugovora o kupoprodaji. U pogledu zastarelosti potraživanja ovakve ambalaže primenjuje se opšti rok zastarelosti iz člana 371. ZOO koji iznosi 10 godina (Presuda Višeg privrednog suda, Pž.8606 od 15.11.1999).²⁰ Zastarevanje potraživanja povratne ambalaže teče odvojeno za svaku isporuku robe (isto onako kako teče rok zastarelosti cene za isporučenu robu) ali se u privrednom poslovanju primenjuje i odredba čl. 312. ZOO kada se radi o kontinuiranim i sukcesivnim isporukama ambalaže sa kraćim upotrebnim ciklusom, po principu puno za prazno. (Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Prev. 415/98 od 23.12.1998. godine)²¹ Kada su parnične stranke poslovale po principu da se ambalaža (potrošna) vraća "puno za prazno", tada je tuženi povraćajem ambalaže uvek vraćao ranije isporučenu ambalažu a sve u smislu odredbe člana 312. ZOO. Prema tome, kod primene ovog principa poslovanja "puno za prazno" pretpostavlja se da je tuženi time izmirio ranija dugovanja pa mu rok zastarelosti teče od poslednje isporuke. (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 471/97 od 15.7.1997. godine)²²

Ako su na strani kupca kao dužnika za povraćaj ambalaže nastupile pravne posledice otvaranja stečajja, prodavac ima izlučno pravo u pogledu ambalaže kao njen vlasnik (Pravno shvatanje utvrđeno na sednici Odele- nja za privredne sporove Višeg privrednog suda 6.10.1999). U tom smislu prodavac nije stečajni poverilac u pogledu zahteva za povraćaj ambalaže. Nasuprot tome, u pogledu zahtava za naknadu štete, prodavac ima status stečajnog poverioca.

Ambalaža je od značaja i u pogledu obaveze kupca da pregleda robu, što se, pre svega, odnosi na originalno pakovanje. Ovo pitanje je regulisano uzansom 148 Opštih uzansi za promet robom. U slučaju da se roba isporučuje u originalnom pakovanju, utvrđivanje kvaliteta se ograničava samo na ispitivanje pakovanja. Ako se docnije utvrdi da je roba imala mana, prodavac odgovara za njih kao za skrivene mane. U literaturi se iznosi stav prema kojem ova uzansa ima primenu i posle donošenja Zakona o obligacionim odnosima.²³ Ograničenje ispitivanja kvaliteta samo na

²⁰ Sudska praksa privrednih sudova, Bilten br.2/1997, str.61

²¹ Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 1/1999 - str. 88

²² Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 4/1997 - str. 110

²³ Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Radektori Slobodan Perović, Drago- ljub Stojanpvić, knj.2, str. 78.

originalno pakovanje zasniva se na prirodi originalnog pakovanja. Ovo zato što oštećenjem originalnog pakovanja roba postaje nepodobna za prodaju, mada ne mora postati neupotrebljiva. Ipak, ako dođe do oštećenja originalnog pakovanja roba postaje trgovački neupotrebljiva.²⁴

Prilikom prodaje robe na malo moguće je da dođe do prepakivanja proizvoda originalo pakovanog od strane proizvođača. U tom slučaju, prema uzansi br.57 Posebnih uzansi za promet robe na malo, trgovačka organizacija je dužna da sačuva nivo kvaliteta ambalaže upotrebene od strane proizvođača. Pri tome postoji obaveza da se kupcu pruže sva uputstva i podaci o robi, koji su se nalazili na originalnoj ambalaži proizvođača.

Osnovno pitanje u vezi sa ovom regulativom je šta se ima smatrati originalnom ambalažom i odgovornost prodavca u pogledu robe u originalnom pakovanju. U tom pogledu ukazaćemo na pojedine stavove sudova.²⁵ Gajbe, sandučići i slično pakovanje svežeg voća, omoti od slame i hartije u kojima se isporučuju banane, a koji se mogu razgrnuti, ne smataju se originalnim pakovanjem. Ambalaža u koju je upakovana roba koja se preuzima "gledanjem" ne smatra se originalnim pakovanjem, već otvorenom tipiziranom ambalažom uobičajenom za tu vrstu robe. Kad se tekstil isporučuje u balama takva ambalaža ne čini sa robom jednu celinu i ne radi se originalnom pakovanju i stoga se kvalitet robe mora utvrditi po prijemu i reklamirati odmah što znači da se ne radi o skrivenim manama. Pakovanje u sanducima ne smatra se originalnim pakovanjem. Ukoliko se nedostaci na robi mogu zapaziti okularnim pregledom kroz providno polivinilski omot ili se taj omot može skloniti bez štetnih posledica za samu robu, nisu u pitanju skrivene mane, pa se ti nedostaci moraju utvrditi i reklamirati bez odlaganja. Isporučilac koji šalje robu u originalno pakovanim sanducima jamči za vrstu i količinu robe. Preuzimanje originalnih sanduka vrši se pregledom ispravnosti i neoštećenosti sanduka i njihovim brojanjem. Prigovori u pogledu kvaliteta i kvantiteta mogu se staviti i kada je kupac odvezao robu iz mesta prijema, ako se zbog načina otpreme ili omota nisu mogli staviti ranije. Ako je roba, isporučena u originalnom pakovanju, imala takva mane koje je kupac mogao primetiti odmah po skidanju omota, onda je kupac dužan da te mane bez odlaganja utvrdi i prodavcu stavi prigovor. Ako se na robi, koja je isporučena u originalnom pakovanju, docnije utvrde nedostaci, smatraće se da je preuzeo robu bez prigovora na kvalitet ako nije bez odlaganja podneo reklamaciju, čim je otkrio nedostatke.

²⁴ Goldštajn A., op.cit., str.291

²⁵ Stavovi sudova navedeni prema Kašanin Ratimir, Kukolj Vojislav, Opšte uzanse za promet robom i njihova primena u praksi, Beograd 1967, str.126.

Ambalaža je od značaja i kod distancione prodaje, odnosno u slučaju da se roba prevozi. U takovm slučaju, kada ugovorom nije utvrđeno mesto ispunjenja, predaja robe je izvršena, prema čl. 472 Zakona o obligacionim odnosima, uručjenjem prevoziocu, ili licu koje organizuje otpremu. Sa predajom stvari rizik slučajne propasti ili oštećenaj stvari prelazi na kupca. Prodavac odgovara za materijalne nedostatke na robu koje je ona imala u trenutku prelaska rizika na kupca. Prodavac, međutim odgovara i za one materijalne nedostatke koji se pojave posle prelaska rizika na kupca, ako su posledica uzroka koji je postojao pre toga (čl.478 Zakona o obligacionim odnosima). To znači da prodavac odgovara za neuredno otpremljenu robu i u slučaju da je ambalaža koju on obezbeđuje nije odgovarala potrebnim uslovima.²⁶ Zato je prodavac kao pošiljalac iz ugovora o prevozu dužan da upakuje robu tako da se za vreme prevoza sačuva od potpunog ili delimičnog gubitka ili oštećenja, kao i da spreči nanošenje štete licima, voznim sredstvima ili drugim stvarima (čl.56 Zakona o ugovorima o prevozu u železničkom saobraćaju). Ovo odgovara i opštoj normi za sve ugovore o prevozu iz čl. 658 Zakona o obligacionim odnosima. Pošiljalac odgovara za štetu prouzrokovanu prevoziocu ili drugim licima zbog toga što stvar nije uopšte upakovana ili obeležena, ili što nije dovoljno upakovana ili obeležena (čl.56 st.2 Zakona o ugovorima o prevozu u železničkom saobraćaju). Prevoznik odgovara za štetu nastalu u toku prevoza zbog potpunog ili delimičnog gubitka ili oštećenja stvari, kao i za štetu nastalu zbog prekoračenja roka isporuke. Prevoznik, međutim, ne odgovara ako je potpun ili delimičan gubitak ili oštećenje roba nastalo zbog nepakovanja ili nedovoljnog pakovanja stvari koja je usled tih nedostataka po svojoj prirodi izložena gubitku ili oštećenju (čl.70 st.1 tč.2 Zakona o ugovorima o prevozu u železničkom saobraćaju).

2. Ekološki aspekti

Za ekološke aspekte ambalaže od značaja je Zakon o ambalaži i ambalažnom otpadu (Službeni glasnik Republike Srbije br.36/2009 u daljem tekstu Zakon).

Cilj donošenja ovog Zakona je da, u skladu sa načelom održivog razvoja, obezbedi očuvanje prirodnih resursa, zaštitu životne sredine i zdravlja ljudi, razvoj savremenih tehnologija proizvodnje ambalaže, uspostavljanje optimalnog sistema upravljanja ambalažom i ambalažnim otpadom u skladu sa načelom podele odgovornosti, funkcionisanje tržišta u

²⁶ Kašanin R., op.cit., str.8.

Republici Srbiji, prevenciju stvaranja trgovinskih prepreka, izbegavanja poremećaja i ograničenja u konkurenciji.

Zakonom su utvrđeni uslovi zaštite životne sredine koje ambalaža mora da ispunjava za stavljanje u promet. Ambalaža se može staviti u promet pod uslovom da ispunjava osnovne zahteve koji se odnose na proizvodnju i sastav ambalaže, njenu ponovnu upotrebu i ponovno iskorišćenje, uključujući pogodnost ambalaže za reciklažu.

Specifični zahtevi za proizvodnju ambalaže znače da zapremina ambalaže i/ili težina materijala sadržanih u njoj bude ograničena na najmanju odgovarajuću meru. Pri tome mora biti održan nivo bezbednosti i zdravstvene ispravnosti upakovanog proizvoda, funkcionalnost unutar lanca isporuke i upotrebe i prihvatljivost upakovanog proizvoda od strane potrošača. Specifični zahtevi u pogledu sastava ambalaže odnose se na prisutvo određenih hemijskih supstanci. Ambalaža treba da bude proizvedena tako da ukupan nivo koncentracije olova, kadmijima, žive i šestovalentnog hroma u ambalaži ili njenim komponentama ne prelazi propisanu raničnu vrednost. Specifičnim zahtevima za povratnu ambalažu je predviđeno da fizičke i druge karakteristike ambalaže moraju biti takve da obezbede adekvatan kvalitet ambalaže i omoguće njenu ponovnu upotrebu za istu namenu tako da:

- 1) dizajn ambalaže omogući ponovno punjenje ili utovar, kao i odgovarajući broj ciklusa punjenja ili pražnjenja;

- 2) se ambalaža može osposobiti za ponovno korišćenje uzimajući u obzir zaštitu zdravlja i zahteve bezbednosti;

- 3) na tržištu postoji dostupan sistem za ostvarivanje ponovne upotrebe (sakupljanje povratne ambalaže, ponovno punjenje ili utovar).

Ambalaža mora sa ispunjava i druge specifične zahteve - specifične zahteve za ambalažu koja je ponovno iskoristiva reciklažom materijala, specifične zahteve za ambalažu koja je ponovno iskoristiva kompostiranjem i biorazgradnjom, specifične zahteve za ambalažu koja je ponovno iskoristiva u obliku energije.

Ambalaža nosi odgovarajuću oznaku ili na samoj ambalaži ili na etiketi. Ukoliko veličina ambalaže to ne dozvoljava, oznaka se nalazi na priloženom uputstvu. Svrha postojanja oznake je da ukaže na vrstu materijala koji je upotrebljen za proizvodnju ambalaže, ako i na mogućnost ponovne upotrebe (kod povratne ambalaže) i reciklaže. Da bi se to postiglo oznaka mora biti jasna, vidljiva i lako čitljiva, kao i izdržljiva i trajna. Ova svojstva oznaka mora da zadrži i ako je ambalaža otvorena. Cilj označavanja ambalaže je da time ukaže na prirodna svojstva materijala od kojih je sačinjena, kao i da se olakša sakupljanje, ponovna upotreba i po-

novno iskorišćenje, što uključuje i reciklažu, kompostiranje, biorazgradnju i iskorišćenje u energetske svrhe.

Pravno lice koje stavi u promet ambalažu koja ne ispunjava propisane uslove, ili ne označava ambalažu na propisan način kazniće se za prekršaj.

Svaka ambalaža ili ambalažni materijal koji ne može da se iskoristi u prvobitne svrhe, izuzev ostataka u procesu proizvodnje, predstavlja ambalažni otpad. Nacionalni ciljevi upravljanja ambalažom i ambalažnim otpadom utvrđuju se Planom za smanjenje ambalažnog otpada, koji utvrđuje Vlada Republike Srbije.

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

Package

Abstract: *It is duty of the seller to pack the goods in a manner which assures their safe arrival and enables their handling in transit and at the place of destination. The problem of packing is relevant in two main respects. First of all the buyer is in certain circumstances entitled to refuse acceptance of the goods if they are not properly packed. Second, the package is relevant to calculation of price and freight based on weight. In the case of export trade, the package should conform to the legislation in the country of destination. The impact of package on environment is regulated by environment protection regulation of Republic of Serbia.*

Key words: *package, buyer, seller*

*Dr Dragan Milkov, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

POVODOM NACRTA ZAKONA O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU¹

Korak napred ili deset u stranu?

Sažetak: Radna grupa Ministarstva pravde i državne uprave pripremila je Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku. Tim tekstom u potpunosti se napušta postojeći Zakon, koji se primenjuje od januara 1931. godine. Nacrt predstavlja kombinaciju preuzimanja rešenja iz hrvatskog Zakona o općem upravnom postupku iz 2010. godine i neproverenih i neprihvaćenih teorijskih stavova pojedinih autora. Nacrt je prepun čudnih teorijskih konstrukcija, liči u prvom delu na teorijski rad, a ne propis i sadrži brojna nova rešenja preuzeta iz hrvatskog Zakona koja su kod nas neprimenjiva. Postojeći Zakon je neuporedivo kvalitetniji od Nacrta.

Ključne reči: državna uprava, reforma državne uprave, upravni postupak, reforma upravnog postupka, izmene i dopune upravnog postupka, Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku.

1. Uvodne napomene

Jedna od osnovnih karakteristika izvora upravnog prava jeste dinamičnost. Norme koje spadaju u granu upravnog prava se veoma često menjaju i to, često, i po ubrzanom postupku.² Međutim, ta karakteristika važi za materijalno-pravne propise, dok su procesne norme iz okvira upravnog prava uvek imale veću stabilnost.

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

² Više o ovome Dragan Milkov, Upravno pravo I, Uvodna i organizaciona pitanja, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2012. , str. 50.

Pred naučnu i stručnu javnost Srbije iznet je tekst Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku koji predstavlja suštinski diskontinuitet u odnosu na Zakon o opštem upravnom postupku, koji se kod nas primenjuje već skoro jedan vek. Srbija (tada u sastavu Kraljevine Jugoslavije) ima Zakon o opštem upravnom postupku kao **četvrta zemlja na svetu od 1930. godine** (stupio na snagu januara 1931.). Zakon je rađen po uzoru na prvi propis takve vrste - austrijski Zakon o opštem upravnom postupku iz 1925. godine. U Austriji se isti propis, sa neznatnim izmenama i dopunama, primenjuje i danas! I kod nas je ovaj procesni propis kontinuirano u primeni, sa manjim prilagođavanjima, bez obzira na brojne promene ne samo pravnog i političkog sistema, već i država u kojima je Srbija bila sastavni deo, a zatim preostala ponovo kao samostalna zemlja. No, sada je pripremljen tekst kojim treba rad državne uprave da se korenito promeni, i to, po uverenju ovog autora, na lošije. Smisao donošenja novih propisa jeste da se uklone iz pravnog poretka oni propisi koji stvaraju probleme u praksi i zamene propisima koji su bolji.³ U ovom slučaju, ne vidi se nikakvo objektivno opravdanje za uklanjanje dobrog i kvalitetnog propisa, proverenog u skoro stogodišnjoj praksi i zamenjivanje veoma problematičnim zakonom.

Tekst Nacrta predstavlja kombinaciju preuzimanja rešenja iz hrvatskog Zakona o općem upravnom postupku i unošenja u propis teorijskih stavova jednog autora iz okvira nauke upravnog prava. Ni za jedno ni za drugo ne postoji valjano opravdanje. Hrvatska je do 2010. primenjivala u suštini isti Zakon o opštem upravnom postupku koji predstavlja deo zajedničkog nasleđa, ali je 2010. godine donela novi propis kojim se udaljila od toga. U Sloveniji se ovaj propis i dalje primenjuje sa određenim izmenama i dopunama, ali uz zadržavanje starog kostura. Slično je i u drugim državama bivšim republikama Jugoslavije. Razlog je jednostavan: Zakon o opštem upravnom postupku spada u kvalitetne i proverene propise i veoma dobro se pokazao u praksi. Nažalost, Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku ne samo da je u mnogim elementima lošiji od postojećeg Zakona, nego može da izazove značajne poremećaje u praksi, zastoje u radu, pa i kaos.

2. O potrebi donošenja novog ZUP-a

U obrazloženju uz Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku navode se tri razloga koja bi trebalo da opravdaju donošenje novog Zakona. "Na prvom mestu, preko je potrebno usklađivanje ZUP-a sa Ustavom Sr-

³ U Srbiji je oduvek postojala praksa da se donošenje nekih propisa pravda time što neko to od Srbije traži ili očekuje. U poslednje vreme je magična formula da to od nas traži Evropa, a pri tome je dovoljno izreći ovu konstataciju i niko ne proverava da li je to istina.

bije (iz 2006. godine), proverenim aktuelnim uporednopravnim rešenjima i međunarodnim standardima, posebno s načelima i pravilima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda...". Nijedan od ova tri razloga ne može se prihvatiti kao osnovan, a još manje kao razlog za korenitu promenu ZUP-a.

Što se tiče "preke potrebe" usklađivanja sa Ustavom iz 2006. godine slobodno se može reći da je ovaj razlog potpuno netačan. Ne samo da potreba nije preka, nego ona uopšte ne postoji. Postojeći **ZUP ne sadrži odredbe koje bi bile u suprotnosti sa Ustavom!** Ako takve odredbe postoje, trebalo ih je izričito navesti! Formalno posmatrano, rok za usaglašavanje zakona sa Ustavom je istekao 31.12.2008. godine i to na osnovu člana 15 Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srbije. Suštinski, **usaglašavanje** postojećeg Zakona je **izvršeno** usvajanjem Zakona o izmenama Zakona o opštem upravnom postupku iz **2010.** godine, koji sadrži 32 člana.⁴ Prema tome, izgleda kao da je navođenje potrebe usaglašavanja sa Ustavom navedeno samo zato da se navede neki objektivan razlog.

Drugi razlog koji se navodi je u potpunoj suprotnosti sa sadržinom Nacrta. Naime, umesto skoro vekovnog propisa (austrijski ZUP je usvojen 1925. godine i služio kao model našem Zakonu), potpuno proverenog u praksi, preuzimaju se neproverena rešenja iz propisa koji se primenjuje tri godine? Pri tome brojna rešenja hrvatskog ZUP-a nisu ni blizu toga da bi se mogla nazvati "proverenim uporednopravnim rešenjima". U proverena rešenja nesumnjivo spada austrijski zakon, spadaju odgovarajući propisi Poljske, Češke, Španije, Slovenije... Mimo hrvatskog Zakona, u Nacrtu se ne mogu prepoznati tragovi **NIJEDNOG** drugog "uporednopravnog" rešenja, a kamoli da su proverena. Stoga bi se pre moglo zaključiti da se naš ZUP kao provereno rešenje menja radi usaglašavanja sa neproverenim rešenjima!

Što se tiče trećeg "razloga" za donošenje Zakona o opštem upravnom postupku, može se takođe reći da on nije tačan. Pozivanje na međunarodne standarde, posebno na načela i pravila Evropske konvencije za ljudska prava i osnovne slobode zvuči danas kao aksiom o kojem ne treba ni diskutovati.⁵ No, vezu između međunarodnih standarda i Zakona o opštem upravnom postupku teško je pronaći, pa i u Nacrtu. Veoma je malo takvih rešenja u Nacrtu, a i tamo gde se mogu eventualno prepoznati, veliko je pitanje da li im je uopšte mesto u Zakonu o opštem upravnom postupku.

⁴ "Službeni glasnik Republike Srbije", broj 30 od 7. maja 2010. godine.

⁵ Nekada se pozivanje na marksističku teoriju smatralo dogmom u odnosu na koju bi svako protivljenje predstavljalo jeres. Danas se stiče utisak da su u Srbiji ljudska prava stigla na nivo kada se pozivanjem na njih može raditi bilo šta!

Stoga se može konstatovati da ne postoji **nijedan objektivni razlog** za donošenje potpuno novog Zakona.⁶ Srbija nema u mnogim oblastima dugu tradiciju, ali bar tamo gde ona postoji, ne treba preko noći poništavati istoriju i počinjati od nule. Ne treba se normativno udaljavati od proverenih i dobrih rešenja. Ne postoji nijedan valjan stručni i naučni razlog da Srbija na ovakav način donosi svoj novi Zakon o opštem upravnom postupku i pri tome tvrdi da je reč o usklađivanju sa Ustavom Srbije, sa "proverenim uporednopravnim rešenjima" i međunarodnim standardima. Prepisivanjem hrvatskog propisa sigurno se ne može usklađivati sa srpskim Ustavom, a rešenja primerena hrvatskom pravnom sistemu, koja postoje oko tri godine, ne mogu se smatrati proverenim. Jedino zaista provereno uporedno pravno rešenje je austrijski Zakon, koji se dokazao kroz skoro stogodišnju primenu! Ako i treba da se ugleda na neke bivše članice Jugoslavije, Srbija onda treba da sledi primer Slovenije, a ne Hrvatske. Hrvatska se namerno, kako u jeziku, tako i u propisima udaljava od zajedničkog nasleđa, međutim, mi nemamo nikakvu potrebu da taj primer sledimo!

Zakon o opštem upravnom postupku **ne spada u propise koji se hitno moraju harmonizovati sa pravom EU**. Štaviše, pitanje je da li uopšte harmonizacija predstavlja razlog za promene, jer Srbija već ima propis koji se naslanja na proverena rešenja uvaženog člana EU - Austrije. S druge strane, situacija u EU u pogledu propisa o upravnom postupku je veoma različita. Postoje čak i članice EU koje uopšte nemaju Zakon o opštem upravnom postupku (Francuska, Ujedinjeno Kraljevstvo). Slovenija je uvažen član EU, a u njoj je i dalje na snazi Zakon o opštem upravnom postupku koji se naslanja na isti zajednički Zakon koji se i u Srbiji trenutno primenjuje.

Postoje brojni naučni i praktični razlozi zbog kojih predloženi tekst može da se smatra opasnim i društveno štetnim, a u mnogim segmentima neprikladnim pravnom sistemu Srbije. Nisu usamljeni primeri da se menjanjem nekih dobrih propisa došlo do velikih problema u praksi.⁷ Pogubno bi bilo da

⁶ Ako ne postoje objektivni razlozi, onda se Zakon očigledno menja zbog nekih subjektivnih razloga, jer se menja! Autoru ovog teksta nije poznato tačno koji su subjektivni razlozi doveli do pisanja potpuno novog Zakona o opštem upravnom postupku. Poznato mu je da neki teoretičari godinama pokušavaju da u propise unesu svoje teorijske ideje, ali je izgleda sada došlo vreme da to i realizuju. Na štetu propisa i na štetu prakse!

⁷ Nakon donošenja Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. uvažen naučnici i stručnjaci su isticali brojne nedostatke ovog propisa. No, tek problemi u praksi su doveli kasnije do brojnih izmena i dopuna. Više o tome Milan Škulić, Goran Ilić, Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije, Kako je propala reforma, šta da se radi?, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2012.

se tek u praksi shvati o kakvom opasnom propisu je reč, pa da se nakon toga mora odmah menjati. Ne postoje nikakvi razlozi za žurbu, a greške koje u žurbi mogu da se načine mogu izazvati ozbiljne negativne posledice.

3. O strukturi Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku

Nomotehnička pravila o tome kako se pripremaju pravni propisi i kako treba da budu uobličeni, odavno postoje, ali o tome se ne vodi uvek računa. Nacrt ZUP-a je tipičan primer za to. Umesto poštovanja nomotehničkih pravila o strukturi propisa, u ovom tekstu se sledi logika teorijskih radova.

Najpre, čitav prvi deo propisa je prepun teorijskih definicija, tako da sada prvi deo Nacrta ZUP-a izgleda kao udžbenik u formi propisa! U pitanju su veoma komplikovana i često nejasna rešenja, a što je još veći problem, u pitanju su rešenja koja nisu proverena u praksi, pa kao takva uneta u propis, već se krenulo obrnuto. Teoretičar ih stvori, a zatim praksa treba da im se prilagođava. Naravno, ako je to moguće.⁸ Mnoge definicije su sporne i mogu da stvore probleme kada dođe do njihove primene. To znači da bi se nakon usvajanja ovakvog zakona, odmah javila potreba za posebnom višemesečnom obukom državnih službenika. Zato je u prelaznim i završnim odredbama ovog Nacrta predviđeno da bi se primenjivao 18 meseci nakon usvajanja. Očigledno autori smatraju da bi to bilo primereno vreme za pripremu i obuku, pa da državni službenici ponovo krenu u školu i nauče od početka novi upravni postupak! A da zaborave ono što su godinama radili i ono po čemu će se i dalje raditi u Austriji, Sloveniji...

Zakon ne sme da izgleda kao teorijski članak nekih autora, prepun novokomponovanih definicija nepotvrđenih od strane upravno-pravne teorije i prakse. Zakon treba da ima normativnu sadržinu i da bude napisan u skladu sa pravilima nomotehnike. Pojedini delovi zakona treba da budu napisani po logičnom redosledu koji se poštuje u svim procesnim propisima: pokretanje, prethodni postupak, odlučivanje, pravna sredstva, izvršenje. U Nacrtu je glavna odluka smeštena na početak zakona, među teorijske definicije, umesto tamo gde joj je mesto!

Procesni zakon treba da uredi samo **postupak** prilikom odlučivanja u upravnim stvarima, ali naslanjajući se na postojeće pravne institute,

Autor ovog teksta ne bi voleo da ikada bude autor knjige o propasti reforme upravnog postupka. Smatram da ne bi trebalo dovoditi upravnu praksu u probleme, da bismo brzo nakon toga menjali Zakon o opštem upravnom postupku. Bolje je odmah sprečiti da se problem uopšte pojavi!

⁸ Nažalost, može da se desi da ako se život ne slaže sa teorijom, tim gore po život! FIAT THEORIA, PEREAT PRAXIS!

uređene materijalno-pravnim propisima. Neprimereno je da se u procesnom propisu kreiraju novi instituti koji inače u propisima Srbije ne postoje, a prepisani su iz hrvatskog Zakona. U Zakonu o državnoj upravi su određene grupe zadataka i poslova državne uprave i ZUP-om se ne mogu stvarati novi zadaci i poslovi kojih inače nema, već se samo može urediti POSTUPAK vršenja POSTOJEĆIH zadataka i poslova! U drugom delu Nacrta stvaraju se novi, do sada nepostojeći pojmovi, "upravne aktivnosti", "garantni akt" ("jamstvo stjecanja prava"), "upravni ugovor", "pružanje javnih usluga", "obaveštavanje" koji NE POSTOJE U PRAVNOM SISTEMU SRBIJE, a čija sadržina je potpuno nejasna i može da dovede do prave zbrke u praksi.

ZUP predstavlja **deo sistema propisa** i mora da bude sa njima u vezi. Ne može od ZUP-a počinjati novi život koji bi podrazumevao da sa njim treba da se usklađuje čitav niz propisa. Definicije u ZUP-u ne mogu da odražavaju teorijska shvatanja pojedinih autora, koja nisu opšteprihvaćena, već su sporna i mogu da dovedu do ogromnih problema u primeni. U Nacrtu su sadržane nove definicije upravnog akta i upravne stvari. **Upravni akt** je već definisan u Zakonu o upravnim sporovima, kao i **upravna stvar**. Unošenje drugačijih definicija u ZUP bi dovelo do problema u praksi! Ne može se po ZUP-u pod upravnim aktom i upravnom stvari podrazumevati jedno, a po ZUS-u drugo! Ili autori Nacrta misle da menjaju posle ovoga i Zakon o upravnim sporovima, pa da i njega prilagode "neproverenim teorijskim rešenjima"? Što je zanimljivo i što može da predstavlja još veći problem, to je činjenica da se u ovom momentu ne može tačno odrediti ni broj propisa koji bi morali da se usklade sa novim ZUP-om. Jedino što se može sa sigurnošću reći jeste da bi posledice bile veoma negativne!

Sastavni deo pravne tradicije je i ustaljena pravna **terminologija**. Temeljno menjanje ustaljene pravne terminologije, radi ostvarivanja teorijskih pogleda nekih autora, potpuno je neprihvatljivo i opasno za praksu. Autori treba svoja shvatanja da iznose u naučnim člancima, pa kada ona prođu teorijsku i praktičnu proveru, onda je eventualno moguće unositi ih u propise. Ovako, stiče se utisak da značajan pravni propis treba da postane eksperimentalni poligon za realizaciju usamljenih teorijskih ideja, odnosno "neproverenih teorijskih rešenja"!

4. Šta nedostaje iz postojećeg Zakona?

Upoređujući Nacrt sa postojećim Zakonom može se lako ustanoviti da nedostaju mnoge bitne norme. Iz postojećeg ZUP-a su **izostavljene mnoge bitne odredbe**, što može da izazove velike probleme u praksi, a

sa druge strane, neki delovi koje je trebalo izostaviti zadržani su, pa i prošireni.

U svakom pravnom postupku razlikuju se **glavna i sporedna odluka**. Izostavljanjem zaključka kao sporedne (i procesne) odluke i korišćenjem rešenja za praktično sve odluke u upravnom postupku, odstupa se od "proverenih uporednopravnih rešenja". To izgleda kao kada bi se u sudskom postupku ukinulo rešenje i o svemu odlučivalo presudom?! U važećem, proverenom Zakonu, podrazumeva se da je zaključak sporedna i procesna odluka, a glavna odluka ima naziv rešenja. Isto kao što se u sudskom postupku sporedna odluka zove rešenje, a glavna presuda. Koja je potreba da se od toga odstupa, gde su strani provereni uzori za ovakav potez ili je to možda zbog usklađivanja sa Ustavom?! Mnogo bolje bi bilo da je zadržano dosadašnje razlikovanje zaključka kao sporedne i procesne odluke i rešenja kao glavne odluke.

Iz postojećeg Zakona su potpuno izostavljene odredbe o **dokazivanju**, upućujući na primenu Zakona o parničnom postupku, što je **apsolutno neprimenjivo!** Odredbe o dokazivanju u parničnom postupku su **sušinski drugačije**, jer je parnica sukob dve suprotstavljene stranke, a toga nema u upravnom postupku! U upravnom postupku najčešće učestvuje jedna stranka koja od organa želi da ostvari neko pravo ili organ želi da joj nametne neku obavezu. Odredbe o dokazivanju postoje u SVIM ZAKONIMA O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU U SVETU, čak i u novom hrvatskom Zakonu, iz kojeg su, inače, brojne norme prepisane!⁹ Nemoguće je zamisliti situaciju u kojoj se norme o tipičnom dvostranačkom postupku, u kojem učestvuju dve suprotstavljene stranke, čemu su te procesne norme prilagođene, primenjuju na izdavanje građevinske dozvole!? No, možda je moglo da bude i gore, da autori predvide shodnu primenu odredbi Zakonika o krivičnom postupku!¹⁰

Izostavljene su i odredbe o **održavanju reda** u postupku kao i odredbe o **pozivanju**. Ove odredbe su neophodne za vođenje upravnog postupka i njihovo izostavljanje može da dovede do ozbiljnih problema u

⁹ Autori su izgleda hteli da preuzimaju rešenja iz novog hrvatskog Zakona o opštem upravnom postupku, ali tako što će "kreativno" dodati i nešto čega tamo nema, pa da rešenje ispadne originalno. Pri tome se na kraju kao rezultat dobije čista normativna katastrofa! S druge strane, u Nacrtu se kao prednost ističe to da bi ZUP sada imao mnogo manje članova nego postojeći Zakon. Pa, pošto je uneto dosta novih članova preuzetih iz hrvatskog ZUP-a i teorijskih radova nekih autora, onda je prostor trebalo osloboditi tako što su NEKE BITNE NORME IZOSTAVLJENE!

¹⁰ Autor ovih redova nije bio u prilici da utiče na donošenje krivičnih propisa, a da jeste verovatno bi predložio stvaranje novog krivičnog dela koje bi se zvalo **NORMATIVNI ZLOČIN**, jer to je upravo ono što se priprema državnoj upravi!

praksi.

To bi značilo da službeno lice više ne može da održava red u postupku, da učesnici mogu i nepristojno da se ponašaju i da ometaju red, a da ne postoje nikakve sankcije! S druge strane, norme o pozivanju stranke i drugih učesnika, koje postoje u važećem ZUP-u neophodne su zbog normalnog odvijanja postupka.

Neprihvatljivo je izostavljanje odredbi o **skraćenom upravnom postupku**. Skraćeni upravni postupak je primeren prirodi upravnog postupka i postoji u svim upravnim postupcima sveta (uključujući korišćeni hrvatski Zakon). Izostavljanje skraćenog postupka bi otežalo rad mnogih organa i organizacija i produžilo vođenje upravnog postupka, a u mnogim slučajevima je poseban ispitni postupak nepotreban. Do sada se u praksi skraćeni upravni postupak najčešće vodio zato što je stranka uz zahtev priložila sve što je neophodno da se utvrdi pravo stanje stvari. Tada je vođenje posebnog ispitnog postupka potpuno nepotrebno. Isto je kada se skraćeni postupak vodi na osnovu službene evidencije kojom organ raspolaže, a nije potrebno posebno saslušanje stranke.

U Nacrtu nedostaju **norme o glavnoj odluci** u upravnom postupku - rešenju, na mestu gde je to primereno i kako se to čini u svim propisima o upravnom postupku u svetu, tj. u delu nakon normi o dokazivanju, a pre pravnih sredstava. Umesto toga, u okviru početnih "udžbeničkih" normi se obrađuje i rešenje, što je možda primereno za nečije teorijsko shvatanje i udžbenik, ali ne sledi LOGIKU PROPISA. U svim procesnim propisima, a tako je i u korišćenom hrvatskom Zakonu, norme o glavnoj odluci se nalaze tamo gde im je mesto! Kao kada bi se norme o presudi u sudskom postupku nalazile na početku zakona, a ne posle normi o utvrđivanju činjenica!?

Neprihvatljivo je potpuno **skraćivanje odredbi o žalbenom postupku**, gde su izostavljene i mnoge bitne postojeće norme! Norme o žalbi su značajnije za prava stranke i zaštitu ljudskih prava od deklarativnih načela, kao što je pravo na "zaštitu legitimnih očekivanja".

5. Koja su glavna nova rešenja?

Umesto da se iskoristi prilika za eliminisanje suvišnih "osnovnih načela", među postojeća načela se dodaju nova, koja bi trebalo da predstavljaju "preko potrebno usklađivanje sa međunarodnim standardima". **Osnovna načela** u postojećem ZUP-u već obuhvataju načela koja predstavljaju puku proklamaciju, bez ikakve realne podloge. Za razliku od drugih procesnih zakona, iz kojih su ovakve odredbe uklonjene, u Nacrtu su zadržane, pa se čak dodaju i nova "načela" čija je sadržina prazna i

potpuno nejasna, a da inače za njihovu povredu nije predviđena nikakva sankcija (načelo zaštite legitimnih očekivanja, načelo srazmernosti, delotvornosti), a ima i potpuno nepotrebnih načela (načelo pristupa informacijama), jer je to već uređeno posebnim zakonom. Posebno je pitanje zašto se pojedina, konkretna, prava, proglašavaju "načelima". Jedno konkretno pravo, kao pravo pristupa informacijama, nije nikakvo načelo, nikakav princip na kojem počiva ceo zakon.

Osnovna načela predstavljaju relikat iz socijalističkog perioda, kada je bio običaj da se u zakone unose, pored pravih normativnih odredbi i one koje su predstavljale "lepe želje". U austrijskom ZUP-u "osnovna načela" nikada nisu postojala, a tako je i danas. Težnja ka modernijem ZUP-u podrazumevala bi izostavljanje "osnovnih načela", posebno sadržinski praznih, a ne izmišljanje novih, bez ikakve potrebe i smisla. To bi zaista predstavljalo usklađivanje sa međunarodnim standardima. Ako se, pak, i unose u zakon, osnovna načela bi onda bar trebalo da predstavljaju polazne principe na kojima propis počiva, koji su u daljem tekstu zakona razrađeni i zagarantovani sankcijom. Skup lepih želja, bez ikakve sankcije, nije primeren procesnom propisu. Pri tome se kao novo načelo uvodi "načelo srazmernosti" iako je njegova sadržina već bila ugrađena i ranije u načelo zaštite prava građana i zaštite javnog interesa, ali se sada konkretna norma kojom se ovo načelo razrađuje (ovlašćenje drugostepenog organa da izmeni prvostepeno rešenje zbog nesrazmernosti) izostavlja iz Zakona, pa načelu nedostaje konkretizacija! Ni ZPP, ni ZKP ne sadrže više takva "načela", pa bi ih trebalo izostaviti i iz ZUP-a.

Kao potpuno novo načelo, uvodi se načelo zaštite legitimnih očekivanja stranaka. U pitanju je načelo čija je sadržina potpuno nejasna, čak upućuje na precedentno pravo, strano našem pravnom sistemu. Prema Nacrtu "organ je dužan da postupa u skladu sa ranijim odlukama koje je doneo u istim ili sličnim stvarima, osim kada je opravdano i na zakonu zasnovano da postupi drugačije, što se mora posebno obrazložiti". Ako je smisao ovog načela da se propiše obaveza jednakog postupanja u jednakim slučajevima onda to tako treba i da se formuliše. Međutim, to je onda obaveza organa, a ne legitimno očekivanje stranke. Inače, načelo legitimnih očekivanja predstavlja načelo koje je prisutno kao **interpretativno načelo** i čija je sadržina potpuno drugačije određena u odnosu na ono što piše u Nacrtu. Uporedivši stavove o tome u zemlji odakle nam stiže ovo novo načelo vidimo da: "pozadinu teorije o legitimnim očekivanjima čini nastojanje za sprječavanjem javne vlasti za potencijalnom zloupotrebom svojih ovlasti ili mogućim djelovanjem na štetu pojedinca. Stoga se u teoriji nalazi i stajališta da se suštinski radi o pri-

mjeni načela zakonitosti u radu uprave. Tako su se legitimna očekivanja prvotno razvila u primjeni procesnih garancija subjektima u postupku, a danas je njihova primjena proširena i na materijalnopravne norme.¹¹ "U teoriji prava Europske unije obrađuju se uz širi pojam pravne sigurnosti, čijim bitnim aspektom se smatra predvidljivost pa se kao podređeni pojmovi za primjenu načela pravne sigurnosti navode: neretroaktivnost, stečena prava i legitimna očekivanja." "Promatrano iz kuta legitimnih očekivanja, subjektivno javno pravo značilo bi da pravni subjekt razumno očekuje da mu država odnosno javnopravno tijelo prizna određeno pravo prema propisu koji je na snazi u vrijeme započinjanja određenog odnosa (primjerice podnošenja urednog zahtjeva za priznavanje prava)." "Načelo legitimnih očekivanja u zaštiti subjektivnih prava danas je općeprihvaćeno interpretativno načelo u domaćoj i međunarodnoj sudskoj praksi čije se granice još razvijaju i u pravnoj teoriji i u sudskoj praksi. Promatra se u okviru širega načela pravne sigurnosti – koje prvenstveno zaštićuje privatni interes pravnih subjekata."¹²

Treba napomenuti i da ovakvo načelo **ne postoji ni u hrvatskom ZUP-u, kao ni u jednom ZUP-u na svetu!** Razlog se verovatno tiče činjenice da ovo načelo nije primereno kao norma u Zakonu o upravnom postupku.

Jedna od novina u Nacrtu jeste stvaranje novog instituta upravnih ugovora.¹³ **Upravni ugovori** ne postoje u propisima Republike Srbije, pa je neprimereno da se unose u procesni propis, da se njime faktički kreiraju. Kao kada bi se Zakonom o krivičnom postupku stvaralo novo krivično delo! Ako ne postoje u praksi i nisu rezultat praktičnih potreba, već teorijskih zamisli nekih autora, onda je opasno na ovakav način stvarati novi pravni institut. U svakom slučaju, ozbiljna STRUČNA RASPRAVA na ovu temu, uz učešće eminentnih stručnjaka iz oblasti upravnog i građanskog prava, trebalo bi da prethodi unošenju ovog, trenutno nepostojećeg, ugovora u procesni zakon. Pri tome, treba imati u vidu i da bi unošenje upravnog ugovora u ZUP dovelo i do ozbiljnih posledica po upravni spor i Upravnom sudu proširilo nadležnost i na ove, za sada nepostojeće, akte. Upravni ugovori u hrvatskom ZUP-u su uređeni u procesnom smislu uz uslov da ih predviđaju pojedini zakoni! Kod nas takvih zakona, međutim,

¹¹ Inga Vezmar Barlek, *Primjena načela legitimnih očekivanja u praksi...Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, (1991) v. 32, br. 1, 569-581 (2011., str. 571 i dalje).*

¹² Isto.

¹³ Zbog ograničenog prostora autor ovog teksta nije u prilici da se detaljno osvrne na sve novine iz Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku. O pojedinačnim rešenjima će biti pripremljeni posebni tekstovi, koji će u sebi uključivati detaljnu analizu svih rešenja. Stoga se ovaj članak može smatrati samo prvim u seriji članaka posvećenih istoj temi!

nema! Upravni ugovori postoje u uporednom pravu, ali su izgrađeni kroz materijalno-pravne propise i praksu. U Francuskoj upravni ugovori postoje od 1795. godine, a postoje i u Nemačkoj i Austriji¹⁴. Međutim, model nijedne od ovih zemalja nije primenjiv na srpske prilike. Naravno, svaki od njih je pravljen za specifične potrebe određene zemlje.

Potpuno nepotrebno je unošenje "**obaveštavanja**" u upravnom postupku, kao zamene za dosadašnju terminologiju, posebno kao nešto što u sebi treba da obuhvati dostavljanje. Međutim, time se samo unosi konfuzija u standardne i jasne odredbe, poznate i u drugim pravnim postupcima. Nema nikakve logike govoriti o "obaveštavanju stranke o rešenju", već je mnogo jednostavnije i jasnije koristiti standardnu terminologiju "dostavljanje rešenja". Potpuno čudno zvuči rečenica iz Nacrta: "drugostepeno rešenje postaje izvršno kada se stranka **o njemu obavesti**"! Ne postoji nikakva objektivna potreba da se napušta standardna terminologija! Niti to ima veze sa Ustavom Srbije, niti sa Evropom! Čak i u hrvatskom ZUP-u odakle je ideja o "obavješćivanju" preuzeta, piše "Drugostupanjsko rješenje kojim se rješava upravna stvar postaje izvršno **dostavom** stranci." Inače, ovakvo označavanje NE POSTOJI NIGDE U SVETU, već se svi pridržavaju ustaljene i dobre terminologije.

U Nacrtu se kao potpuna novost predviđa primena Zakona o opštem upravnom postupku i na **pružanje javnih usluga**. U pitanju je još jedan od nepostojećih pojmova u našem pravnom sistemu čija je sadržina potpuno nejasna i koji može da dovede do problema u praksi. Skrećemo pažnju na to da su i komunalne usluge javne usluge, tako da bi se po pravilima upravnog postupka morale vršiti i sve komunalne usluge, kao što su održavanje čistoće, gradsko zelenilo, vodovod, kanalizacija itd. I javne službe mogu da vrše određene poslove državne uprave, kao poverene poslove (na primer mogu da donose upravne akte, izdaju javne isprave), ali je to onda već obuhvaćeno odredbama upravnog postupka i nema potrebe da se uvodi novi, nejasan pojam. Autori ne prave razliku između upravnih akata koje donose javne službe i usluga koje pružaju, te zato proširuju pravila upravnog postupka i na samo vršenje usluga.

U hrvatskom ZUP-u koji je očigledna inspiracija i za ovu novinu, naglasak je na zaštiti građana od " pružatelja javnih usluga koje imaju učinak na prava, obveze ili pravne interese fizičkih i pravnih osoba, a **o kojima se ne rješava u upravnom postupku**" (član 157, stav 1). Zanimljivo je, inače, da se u upravni postupak unose norme o nečemu o čemu se ne rešava u upravnom postupku? Izgleda onda da se upravni postupak

¹⁴ Zanimljivo je da norme o upravnom ugovoru u Austriji nisu opšte u okviru Zakona o opštem upravnom postupku!

primenjuje i na delatnosti na koje se ne primenjuje? Ako je to tako, onda i norme o pružanju javnih usluga treba uneti u propise o "pružateljima" javnih usluga, a ne u Zakon o opštem upravnom postupku! Međutim, naši autori kojima se ova novotarija dopala, proširuju primenu ZUP-a, ne mareći za činjenicu da to nema nikakvu realnu podlogu!

Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku sadrži brojne **norme organizacione prirode** kojima je mesto u Zakonu o državnoj upravi, a neke su već sastavni deo ovog propisa. Pored toga, u ovom tekstu se nalaze i norme kojima je mesto u propisima o kancelarijskom poslovanju. U Zakonu o opštem upravnom postupku treba da budu samo procesne norme! Autori Nacrta su s jedne strane izostavili brojne neophodne odredbe, a sa druge strane uneli u ZUP norme kojima tu nije mesto.

Jedan od najvećih problema koji bi usvajanjem ovog Nacrta mogao da nastupi jeste ponovno definisanje nekih ustaljenih pojmova i to drugačije od važećih propisa Srbije. Prema ustaljenoj pravnoj terminologiji pod **upravnim radnjama** se podrazumevaju radnje prinude koje se preduzimaju prema pojedincima, a tako je regulisano i u Zakonu o državnoj upravi (član 14, stav 3). U ovom smislu se o upravnim radnjama govori i u čitavom nizu posebnih propisa, a to prihvata i **najveći deo upravno-pravne teorije**. U Nacrtu ZUP-a se, međutim, pod upravnim radnjama sada nazivaju sve radnje uprave bez neposrednog pravnog dejstva, kao što su vođenje evidencija i izdavanje uverenja ... Ako se pogleda Zakon o državnoj upravi, vidi se (član 14, stav 1) da su vođenje evidencija, izdavanje isprava, s jedne strane i upravne radnje, s druge strane, **ODVOJENE AKTIVNOSTI**! Ili opet autori Nacrta misle da nakon ovog zakona menjaju i Zakon o državnoj upravi? Pri tome bi trebalo menjati čitav niz zakona koji koriste dosadašnju ustaljenu (i dobru!) terminologiju! Zbog čega bi se to radilo, umesto da se jednostavno ustaljena terminologija poštuje?

U Nacrtu se bez ikakvog osnova i smisla unosi **prigovor**, kao novo pravno sredstvo, a da za to ne postoji nikakva realna podloga u postojećim propisima Republike Srbije, a ni potreba. Prigovor je predviđen kao pravno sredstvo "protiv upravnog ugovora, zaključenog poravnanja, upravne radnje i pružanja javnih usluga, kao kada organ ne preduzima upravne aktivnosti koje je po zakonu dužan da preduzme, ako te aktivnosti nemaju karakter upravnog akta, niti su povezani sa donošenjem upravnog akta, a podnosilac prigovora smatra da su mu time povređena prava ili pravni interesi". Treba napomenuti da je postojeći sistem pravne zaštite bio dovoljan. Protiv svih rešenja može da se izjavi žalba, a može i protiv zaključaka u postojećem ZUP-u (samostalno ili u žalbi protiv rešenja). Sada predviđeni slučajevi u kojima je moguće izjaviti prigovor su plod či-

ste konstrukcije i teorijske mašte autora. Zašto bi neko sklopio ugovor, pa posle izjavio prigovor? Ili, teško je zamisliti da stranke sklope poravnaje, pa posle toga izjavljuju prigovor? Štaviše, nakon prigovora bi se mogla izjaviti žalba protiv rešenja o prigovoru, pa posle toga voditi upravni spor! Znači, u sporednim (izmišljenim) slučajevima u kojima je u Nacrtu predviđen prigovor postojala bi trostepena zaštita, što znači stepen više nego protiv glavne odluke u upravnom postupku!?

U Nacrtu se bez ikakvog osnova i smisla unosi "**protivizvršenje**". Izvršenje je prinudna realizacija obaveze koju organ nametne stranci, a stranka ne postupi dobrovoljno. Izvršenje sprovodi prvostepeni organ protiv izvršenika. Ako se poništi rešenje i stranka pretrpi štetu, ona imao pravo na naknadu štete, odnosno povraćaj oduzetih stvari, ali to nije nikakvo izvršenje, pa ni "protivizvršenje". (Protiv)izvršenje podrazumeva izvršnu ispravu, podrazumeva da izvršenik svoju obavezu ne izvršava dobrovoljno, pa da onda neki državni organ uz pomoć prinude obavezu realizuje! Koji bi tu organ, protiv kog izvršenika vršio prinudu i ko bi doneo izvršnu ispravu? O naknadi štete bi u krajnjoj liniji rešavao sud, pa bi sudska presuda bila izvršna isprava za sudski postupak izvršenja! To, međutim, više nikakve veze nema sa "upravnim izvršenjem", već je reč o sudskom izvršenju izvršne isprave koju je prethodno doneo sud! Stoga se može zaključiti da u **upravnom postupku** ne postoji nikakvo "protivizvršenje", već je to usamljeno teorijsko shvatanje jednog autora.¹⁵ Inače, jezički i logički posmatrano, "protivizvršenje" bi značilo da se **ista obaveza** posle izvršenja prema stranci kasnije sprovede prema organu uprave!?

6. Zaključak

Postojeći Zakon o opštem upravnom postupku, kao kvalitetan i za Evropu **nesporan** propis, ne treba napuštati kao dobru osnovu i unositi u pravni poredak potpuno nov propis koji može da izazove brojne probleme, a ne donosi ništa dobro. Nisu mu potrebne **nikakve revolucionarne promene**, niti preuzimanje neproverenih rešenja. Pojedina dobra rešenja mogu se jednostavno ugraditi u postojeći Zakon. U suštini, smatram da je moguće izvršiti manje korekcije i ispraviti neke postojeće nedostatke. Trebalo bi i dodati norme o savremenim vidovima saobraćaja organa i stranaka. Sve **revolucionarne promene treba izostaviti**, eventualno ih izneti na nekom naučnom skupu. Društveno je opasno i neodgovorno unositi u pravni propis nešto što NE POZNAJE PROVERENA UPOREDNOPRAVNA PRAKSA, nešto što može da IZAZOVE POTRESE U

¹⁵ Ovakvo označavanje prava stranke na naknadu štete u svojim udžbenicima koristi Zoran Tomić.

PRAKSI i da od jednog kvalitetnog i proverenog propisa stvori tekst koji će zahtevati obuku svih državnih službenika. Zakon o opštem upravnom postupku je veoma značajan procesni propis, koji se veoma često primenjuje u praksi, od strane ogromnog broja subjekata. Ne sme se zaboraviti na veliku štetu koja bi mogla da bude izazvana. U obrazloženju uz Nacrt piše da za realizaciju ovog propisa nisu potrebna sredstva, a zaboravlja se na to koliko bi koštali zastoji u praksi, konfuzija, obuka. Da su autori svesni problema u praksi govori i činjenica da je predviđen rok od čak 18 meseci za stupanje na snagu.

Pored **prepisivanja** rešenja iz hrvatskog Zakona, Nacrt predstavlja i "usklađivanje" sa **neproverenim teorijskim stavovima** nekih domaćih autora. Inače, ako se govori o "proverenim uporednopravnim rešenjima", naš postojeći Zakon o opštem upravnom postupku nesumnjivo spada u tu kategoriju! Tačno je i to da ako bi se usvojio novi ZUP po ovom Nacrtu, Srbija bi ODSUPILA OD PROVERENIH UPOREDNOPRAVNIH REŠENJA! Ako bi se usvojio predloženi Nacrt, Srbija bi dobila u velikoj meri EKSPERIMENTALNA, NEPROVERENA rešenja!

Stoga se nikako ne može prihvatiti stanovište da je ovaj tekst korak napred. Ne može se reći ni da je korak nazad, jer bi i to bilo bolje od Nacrta, jer bismo se možda vratili na proverena rešenja iz austrijskog Zakona. Stoga se jedino može zaključiti da bi Srbija sa ovakvim Zakonom učinila deset koraka u stranputicu!

*Dragan Milkov, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

About the Draft Law on General Administrative Procedure Step forward or ten steps aside?

Abstract: *Serbia, as a member of the former Yugoslavia, has Administrative procedure Act since 1930. This Law has been made under the model of Austrian Administrative Procedure Act of 1925. This Law has been verified through praxis of almost one century. Lately, Serbian Ministry of Justice and Public Administration prepared Draft Law on Administrative Procedure which is totally different from existing Law. Draft Law is combination of the rules taken from the new Croatian Administrative Procedure Act of 2010, which is far from being verified in praxis. On the other side, Draft is full of disputable theoretical definitions, which makes this text similar to "scientific" article or book.*

Existing Administrative Procedure Act is in all senses much better than the Draft. With some minor changes this Law would be perfect and could be used easily in the praxis. The Draft would cause a lot of problems, make confusion and demand a lot of time in order to prepare civil servants to understand and implement this Law. That is all unnecessary!

All this reasons make this author to come to the conclusion that this is not a step forward. This is neither step back, because we never had such bad law in the past. This is ten steps aside!

Key words: *public administration, public administration reform, administrative procedure, administrative procedure reform, changes and amendments of Law on General Administrative Procedure, draft Law on General Administrative Procedure*

*Dr Dušanka Đurđev, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

SOFT LAW U EVROPSKOM KOMUNITARNOM PRAVU¹

Sažetak: *Meko pravo ima posebnu ulogu u pravu Evropske unije. Prema klasičnoj podeli izvora evropskog prava na primarne i sekundarne, dva oblika sekundarnih izvora imaju karakter soft law. Radi se o preporukama i mišljenjima, ali i drugi” neimenovani akti” mogu imati karakter soft law. Ovo nisu jedini izvori koji imaju karakter mekog prava. Uobičajeno je da se termin soft law odnosi na neobavezujuće akte kao što su strategije, mišljenja, preporuke, smernice, deklaracije organa EU itd. U realizaciji ciljeva postavljenih u aktima koji se svrstavaju u meko pravo, značajan je otvoreni metod koordinacije, koje se prvi put pod tim nazivom spominje u Lisabonskj strategiji iz 2000.*

Ključne reči: *Unifikacija ugovornog prava, soft law, DCFR, CFR, Lisabonska strategija, otvoreni metod koordinacije*

Izvori međunarodnog poslovnog prava

Procesi unifikacije i harmonizacije trgovinskog prava su uslov lakšeg i sigurnijeg obavljanja međunarodnih poslovnih odnosa. Rezultati ovih postupaka su konkretni izvori međunarodnog poslovnog prava, koji se mogu svrstavati po različitim kriterijumima.² Tako je široko prihvaćena

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.

² O ovome detaljnije Radovan Vukadinović, Međunarodno poslovno pravo, Kragujevac, 2012, str. 37, Goode R., Kronke H., Mckendrick E., Translation Commercial Law, Oxford, 2011., str. 191.

klasifikacija da u međunarodne izvore spadaju bilateralne i multilateralne konvencije, koje donose države prilikom regulisanja međusobnih odnosa, kao i akti doneti u okviru međunarodnih, naročito ekonomskih organizacija ali i druga pravila ponašanja koja su donele ili njihovu primenu tolerišu i sankcionišu države u međusobnim odnosima tzv. meko pravo.

Međutim, bez obzira na to koji se kriterijum uzima, činjenica je da postoje nacionalni izvori, koji imaju mnogo manju ulogu u regulisanju međunarodnih poslovnih odnosa, a daleko su značajniji međunarodni izvori, koji se najčešće javljaju u formi međunarodnih konvencija kao i autonomni izvori (koji takođe mogu da imaju međunarodni ali i nacionalni karakter) kao i pravo EU. U novije vreme ili kao poslednji po vremenu nastanka javljaju se soft law izvori koji su međunarodnog karaktera, mada ređe mogu biti i nacionalnog.³

Međunarodne konvencije u oblasti međunarodnog poslovnog prava su jedan od najznačajnijih metoda unifikacije pravila važnih za jednostavnije odvijanja međunarodnih poslovnih odnosa kao i stvaranje veće pravne sigurnosti. One se donose u okviru međunarodnih organizacija i usvajaju na diplomatskim konferencijama. Bitno je da počinju da proizvode pravno dejstvo tek od trenutka kad je poslednja od propisanog broja država ratifikuje ili na drugi način uključujući u nacionalno zakonodavstvo.

Osnovna karakteristika svih međunarodnih konvencija u oblasti međunarodnog poslovnog prava je njihov kompromisni karakter. Ova osobina je posledica potrebe da se kroz konvenciju pomire suprotnosti koje u ekonomskom pogledu postoje između država koje će je primenjivati. Osim toga postojanje dva velika i različita pravna sistema što stvara dodatne teškoće u formulisanju pravila. Radi se o civil law pravnom sistemu koji je zasnovan na institutima rimskog prava i primenjuje se kao glavni sistem u većini evropskih država i to kontinentalne Evrope, i common law sistem koji pokriva anglosaksonsko područje i čija je osnova precedentno pravo a instituti rimskog prava su mu nepoznati. Sve ove različitosti pravnih sistema potrebno je uskladiti a to je moguće samo kompromisom koji i dovodi do toga da su rešenja u međunarodnim konvencijama često nedovoljno jasna. Ta okolnost zahteva adekvatno tumačenje konvencijskih odredbi i stvara izvesne teškoće u praksi.

Međunarodne konvencije imaju značajnu ulogu u pravnom regulisanju međunarodnih trgovinskih transakcija, ali je za njihovu primenu potrebna ratifikacija propisanog broja država, što u praksi može da traje godinama. Pošto je predmet regulisanja dinamična oblast koja se vrlo brzo

³ Vilus J. , Carić S., Šogorov S., Đurđev D., Divljak D. , *Međunarodno privredno pravo*, Novi Sad 2012 , str 28 - 50.

menja, često se dešava da i pre stupanja na snagu konvencije, odnosi koji su predmet njenog regulisanja zahtevaju manje ili veće izmene u tekstu konvencije. Zbog toga je značajno pitanje revizije međunarodnih konvencija koje se po pravilu vrši na isti način na koji se donose međunarodne konvencije, sazivanjem diplomatskih konferencija

Ukazane karakteristike međunarodnih konvencija kao metoda unifikacije su opravdale postojanje i drugih načina donošenja jednoobraznih pravnih pravila, a to su autonomni izvori. Radi se o pravnim pravilima koja donose sami privredni subjekti i to ili pojedinačno donose preduzeća (trgovčka, banke, osiguravajuća društva ...) ili njihova udruženja (asocijacije trgovaca, banaka...) ili međunarodne organizacije i to najčešće nevladine.. Konkretni oblici autonomnih izvora su tipski (formularni ugovori), opšti uslovi poslovanja i običaji. Načelno njihova primena nije obavezna i zavisi od toga da li ugovorne strane na njih pristaju. Za razliku od međunarodnih konvencija za čiju primenu je neophodna aktivnost države koja ih ratifikuje, kod autonomnih izvora država nema nikakvu ulogu. Pošto ih stvaraju međunarodne nevladine organizacije, udruženja trgovaca ili sami trgovci, označavaju se i kao novo *lex mercatoria*.⁴

Pojavljaju se i novi metodi ujednačavanja pravnih pravila u međunarodnim trgovinskim odnosima i to harmonizacijom pravila. Radi se o usaglašavanju rešenja u nacionalnim pravima sa postavljenim ciljevima u harmonizovanim dokumentima uz zadržavanje sopstvenih specifičnosti.

U novije vreme se kao značajan metod harmonizacije trgovačkog prava pojavljuju izvori tzv. mekog prava (*soft law*) izraženi u principima i načelima, model zakonima, preporukama, mišljenjima, smernicama, kodeksima ponašanja, rezolucije itd.⁵ Stvaranju mekog prava su posebno doprinele tzv. agencije za formulisanje (*formulating agencies*) kao što su UNCITRAL, UNIDROIT i Međunarodna trgovinska komora u Parizu čija su pravila, iako neobavezujuća, uticala na formiranje tzv. kodifikovanih pravila kao što su Jednoobrazna pravila i običaji za dokumentarne akreditivne, bankarske garancije na prvi poziv i ugovorne garancije, INCOTERMS pravila kao i ženevski tipski ugovori i opšti uslovi poslovanja.⁶ Poseban je značaj pojedinih organa EU, naročito Evropske komisije, koji su takođe doprineli donošenju ovih pravila.

⁴ Schmitthoff, *International Business Law: A New Law Merchant, Current Law Problems*, 2 1961 str. 131

⁵ Jacobs E Gersen, Eric A. Posner, *Soft Law, Public Law and Legal Theory Working Paper No.213*; Jacob E.Gersen and Eric Posner, *Soft Law:Lessons from Congressional Practice*, 61 *Stanford Law Review* 573,2008, str. 25

⁶ Vukadinović R., *Međunarodno poslovno pravo, posebni deo* Kragujevac, 2009. str. 22.

Pojam i pravna priroda soft law

Nesporna je činjenica postojanja i primene izvora soft law i to u mnogim oblastima prava, a ne samo poslovnog prava. Meko pravo je prisutno i u nacionalnom pravu, ali je najveći broj ovih pravila u međunarodnom pravu i to naročito u različitim oblastima političkih i ekonomskih odnosa. Postoje ne samo u oblasti trgovine, bankarstva, osiguranja, arbitraže, već i zaštite životne sredine, ljudskih prava itd. Koncept mekog prava još nije potpuno jasan i precizan, jer označava širok spektar pojava kao što su principi i načela, model zakoni, preporuke, mišljenja, smernice, kodeksi ponašanja, rezolucije itd.

Meko pravo je nastalo u međunarodnom pravu sredinom sedamdesetih godina XX veka a punu ekspanziju je doživelo u zadnjoj deceniji XX veka donošenjem Načela evropskog ugovornog prava 1995. i Načela UNIDROIT za međunarodne trgovinske ugovore 1994. godine. Mada izvori soft law postoje i primenjuju se u međunarodnim odnosima, ostaje sporno šta je to pravno u njihovoj sadržini što ih može odrediti kao izvor prava.

U proceni prirode mekog prava izdvojila su se tri pravca. Prvu grupu čine oni autori koji smatraju da meko pravo nije pravo, jer ne obavezuje. Po ovom shvatanju ne može nešto biti više ili manje obavezujuće, smatrajući da se radi o oksimoronu,⁷ ali mu pojedinci ipak pridaju značaj, jer može biti korak ka klasičnom pravu.⁸ Ovoj grupi pripada i stav "te obaveze nisu ni meko ni tvrdo pravo, one jednostavno nisu nikakvo pravo".⁹ Pojedini autori postavljaju pitanje da li se uopšte radi o izvoru prava.¹⁰

Drugu grupu čine autori koji manje kritikuju meko pravo ukazujući da meko i tvrdo pravo mogu uporedo da postoje, priznajući nešto pozitivnih osobina mekom pravu. Država se opredeljuje za soft law iz racionalnih razloga¹¹, pa određuju meko pravo kao neobavezujuća pravila ili instrumente koji, iako naobavezujući stvaraju očekivanja našeg budućeg ponašanja, pa tako imaju pravne posledice pošto oblikuju očekivanja subjekata u smislu toga šta se smatra saglasnim ponašanjem. Postoji definicija da meko

⁷ Oksimoron označava spajanje protivrecnih pojmova kojima se dobija novi pojam.

⁸ Više o ovome D. Amato, A., *International Soft Law, Hard Law and Coherence*, Northwestern Public research paper, No 08-01, 2008, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1103915>.)

⁹ Weil P. *Towards Relative Normativity in International Law*, *The American Journal of International Law*, vol 77 no. 3 1983 str. 413.

¹⁰ Hartmut Hillenberg, *A Fresh Look at Soft Law*, *European Journal of International Law*, 1999 str. 499.

¹¹ Guzman A. *The Design of International Agreements*, *The European Journal of International Law*, 4/2005. str. 591.

pravo čine pravila delovanja koja nemaju pravno obavezujuću snagu, međutim ipak proizvode neku pravnu posledicu u praktičnom smislu.¹²

Treću grupu mišljenja čine oni koji pokazuju prednosti ovog instrumenta ističući da se njima može postići ponekad bolji rezultat od klasičnih, pri čemu se ne bave njegovom pravnom prirodom.¹³

Teškoće prilikom definisanja ovog pojma, nastaju prilikom objašnjavanja karakteristika soft law. Razmimoilaženja se kreću oko dva pitanja, koje su granice mekog i tvrdog prava i šta sve obuhvata konkretno meko pravo.

Autori koji se bave ovom problematikom navode da se radi o pravno neobavezujućim pravilima što pravi razliku između soft law i hard law, pri čemu je hard law pravno obavezujuće po međunarodnom pravu, ali ne pravi razliku između mekog prava i nepravni obaveza, odnosno ne ukazuje jasno šta je to pravno kod mekog prava,¹⁴ ali koja imaju pravne posledice pošto oblikuju očekivanja subjekata u smislu toga šta se smatra saglasnim ponašanjem. Smatra se da su to pravila koja sama po sebi nisu pravno obavezujuća, ali su kreirana s očekivanjem da će im biti data snaga prava ili kroz nacionalno zakonodavstvo jedne države ili kroz obavezujući međunarodni sporazum. Neki autori¹⁵ navode da meko pravo može biti osnova za nastajanje domaćih pravnih pravila ili sredstvo tumačenja čvrstog prava u nekoj oblasti. Dakle soft law nije obavezujući kao hard law, ali je donet u dobroj veri i uverenju pri čemu postoji očekivanje da će neobavezujuća pravila biti poštovana.¹⁶

Šta je to što daje pravni elemenat ovim izvorima nije potpuno nesporno u pravnoj teoriji i da li je meko pravo uopšte pravo. Pošto se konkretizuju kroz deklaracije, preporuke, mišljenja, model zakona, principe itd. nomotehnička struktura je ono što ga razlikuje od političkih obećanja, dok je pravna neobaveznost, kao primena koja zavisi isključivo od volje potencijalnog subjekta primene, ono što je nesporno obeležje soft law.

Iako pravno neobavezujuće, meko pravo ne znači uvek i stvarnu neobaveznost. Opomene, očekivanja, uslovljavanja su neki od instrumenata

¹² Snyder F., The effectiveness of EC Law, prema D. Vuletic Pravni aspekti Lisabonske strategije i budući izazovi-razrada s motrista pravne prirode mekog prava soft law, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 3/2011 str.1011 -1036.

¹³ Ovakav stav zastupaju G Shaffer, M Pollack, videti kod Guzman A., The Design of International Agreements, The European Journal of International Law, 4/2005, str. 591.

¹⁴ Guzman A., op cit, str 591.

¹⁵ Timothy Meyer, Soft law as Delegation, Scholarly works Georgia Law, 2009, str. 906.

¹⁶ O odnosu tvrdog i mekog prava više videti Avramović D., Savremena pravna država-pravnoteorijski aspekti, Novi Sad, 2011, <http://www.scribd.com/d/70784467/10-Vladavina-mekog-prava>, str. 67.

pritiska koji utiču na primenu soft law u nacionalnom pravu. Otuda se u pravnoj teoriji govori o očvršćavanju prava, prenošenjem soft law sa međunarodnog na nacionalni nivo kada meko pravo postaje deo hard law, kao što je slučaj kod preporuka koje se implementiraju u nacionalno pravo.¹⁷

Činjenica da su izvori soft law prisutni u pravu EU dovodi do toga da neki autori¹⁸ govore o trećoj, tercijalnoj grupi izvora komunitarnog prava, pored primarnih i sekundarnih u koje svrstava soft law. Prema ovom mišljenju meko pravo stvara de facto pravne učinke što ih razlikuje od pravno obavezujućih normi koje stvaraju de iure pravne učinke. Neki autori¹⁹ razvijaju hibridnu teoriju mekog prava evropskih integracija, jer smatraju da postoji potreba za sintezom mekog prava i evropskog prava u određenim oblastima. Ova teorija o interakciji mekog i komunitarnog prava je prihvatljiva, jer je praksa pokazala da se može dogoditi da meko pravo preraste u čvrsto ili da je uvod ili prelaz ka čvrstom .

Pojavni oblici soft law

Različiti su oblici u kojima se može javiti soft law.

Najvažniji dokumenti iz oblasti mekog prava u međunarodnom trgovačkom pravu su:

1. Načela evropskog ugovornog prava (Principles of European Contracts Law-PECL), Landova načela iz 1995. i 2003.²⁰

2. Načela UNIDROIT za međunarodne trgovačke ugovore iz 1994. i 2004. 2010.²¹

Kao izvori mekog prava za međunarodne poslovne odnose posebno su značajna ova dva dokumenta čiji je smisao donošenje pravnih pravila za ugovorne odnose kako bi postali opšti principi ugovornog prava. Oba dokumenta nemaju obavezujuću karakter, već više služe kao model nacionalnim zakonodavstvima, kao i sudovima i arbitražama u rešavanju sporova kao izvor merodavnog materijalnog prava. Poseban značaj je što njihovu primenu mogu ugovoriti same ugovorne strane ili se oni mogu primeniti bez izričitog ugovaranja ako su strane prihvatile da se na njihov ugovor mogu primeniti opšti pravni principi. Sadržinski Načela UNIDROIT se odnose na međunarodne trgovinske ugovore, dok se Načela evropskog ugovornog prava odnose na ugovore privatnog prava uopšte dakle i

¹⁷ O očvršćivanju prava videti D. Avramović, , “Omekšavanjem prava“ ka međunarodnoj vladavini prava, Srpska politička misao, br. 2/2011 str. 263-288.

¹⁸ Senden L. *Soft Law in European Community Law* , Hart Publishing , Oxford 2004 str. 31.

¹⁹ Dominik Vuletic , op cit str.1018.

²⁰ <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>

²¹ <http://www.UNIDROIT.org/english/principles/contracts/main.ht>

građanske i trgovinske i međunarodne i nacionalne ugovore. Karakteristika Načela ogleda se u tome što ne predstavljaju obavezne instrumente. Zbog toga se ističe da Načela jesu sredstva unifikacije ili harmonizacije prava koja nisu zakonodavnog karaktera.²²

S obzirom da u evropskim razmerama ne postoji još uvek opšta kodifikacija privatnog prava, poslužili su kao inspiracija nacionalnim i međunarodnim sudovima u tumačenju odredaba postojećeg uniformnog prava i popunjavanju pravnih praznina.

Načela evropskog ugovornog prava su takođe korišćeni kao jedan neformalni osnov za kreiranje novog prava izraženog u DCFR.²³

Nacrt zajedničkih pravila za upućivanje DCFR 2009.

Nacrt zajedničkih pravila za upućivanje (Draft Common Frame of Reference) sadrži principe, definicije i model pravila. Radi se o akademskom projektu koji je nastao posle objavljivanja I, II i III knjige Evropskih načela ugovornog prava. U odnosu na ranije objavljena Načela evropskog ugovornog prava radi se o kompletnijem projektu koji sadrži pravila za tumačenje ili načela za sva pitanja privatnog prava tj. i za druge pravne akte a ne samo za ugovore. Pod principima se podrazumevaju pravila koja nemaju snagu zakona ili pozitivnog prava i opšta pravila. Takođe je definisan veliki broj pojmova u cilju uvođenja jedoobrazne pravne terminologije. Veći deo sadrži model pravila koja služe kao uzor ili modele i koja su meko pravo. Značaj DCFR je i u ulozi uzora za izradu Evropskog građanskog zakonika a može poslužiti i kao model nacionalnim zakonodavstvima pri izradi sopstvenih zakonika. DCFR je dokument koji se bar po naslovu mogao smatrati nacrtom CFR, ali je po donošenju DCFR postalo jasno da se radi o samostalnom aktu i svojevrsnom sledbeniku Načela evropskog ugovornog prava.²⁴

DCFR je dokument koji sadrži deset knjiga i podseća po strukturi na model zakona a po sadržini je opširniji od CFR, jer obuhvata neka pitanja koja nisu regulisana u CFR. DCFR je mnogo opširniji i od Načela evropskog ugovornog prava i za razliku od Načela koja se dosta oslanjaju na

²² Videti više Jelena Perović, Principi evropskog ugovornog prava i UNIDROIT - principi, Pravni život, 5-6/2002, Dušanka Đurđević, Nacrt zajedničkog referentnog okvira - za evropsko privatno pravo iz 2009., Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, vol. 44, br. 2/2010.

²³ Nacrt Zajedničkog referentnog okvira za evropsko privatno pravo "Draft Common Frame of reference for a European Private Law" iz 2009. , kod nas se najčešće prevodi kao Nacrt zajedničkih pravila za upućivanje.

²⁴ Hristian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference, 2008. Munich .str. 158.

Bečku konvenciju iz 1980, DCFR se više zasniva na rešenjima nacionalnih zakonodavstava država članica EU.

Evropska načela ugovornog prava se mogu i dalje posebno ugovarati za ugovore, ako ih ugovorne strane izričito ugovore ili kad je ugovorena primena opštih pravnih načela.

Zajednički okvir za ugovorno pravo - Common frame of Reference for Contract Law (CFR)

Posle sve intenzivnijih procesa produbljavanja integracije država članica EU, razvila se ideja o donošenju Evropskog građanskog zakonika, kao opšte kodifikacije građanskog prava u okvirima EU.

Zbog toga je Komisija EU inicirala izradu dugoročnog projekta koji je nazvan Zajednički okviri za ugovorno pravo (Common frame reference for contract law – CFR) koji treba da olakša trgovinsko poslovanje privrednih subjekata u Evropi, ali i ubrza ekonomsku integraciju tržišta evropskih država. Nije cilj da se stvori novo ugovorno pravo EU, već da se sistematizuje i unapredi postojeće.²⁵

Komisija definiše CFR kao priručnik zajedničkih principa i načela evropskog ugovornog prava. CFR olakšava donošenje smernica i drugih akata u cilju harmonizacije ugovornog prava, tako da je osnova za buduće zakonodavne procese u EU. Osim toga, važan je dokumenat za zakonodavnu aktivnost država članica i akademskoj zajednici koristi u izučavanju evropskog ugovornog prava.

CFR se sastoji iz tri dela. Prvi deo obuhvata osnovna načela ugovornog prava, drugi sadrži definicije apstraktnih pravnih pojmova koji su već sadržani u ugovornom pravu država članica EU i treći deo, koji je najobimniji, sadrži devet poglavlja koja regulišu opšta pitanja zaključenja ugovora, predugovornu odgovornost, ispunjenje ugovora, obaveze subjekata, cesiju, promenu dužnika i posebne vrste ugovora.

Radi se o projektu koji je započeo u okviru Evropske komisije 2001. a cilj je bio harmonizacija ugovornog prava u EU i to analizom zakonodavne, sudske i poslovne prakse zemalja članica EU.

Razlike u nacionalnim pravima, posebno u ugovornom pravu država članica EU, predstavljaju ozbiljnu prepreku u funkcionisanju zajedničkog tržišta, pa je to bio razlog za pojačanu aktivnost evropskog zakonodavca. Ideja kreiranja jedinstvenog evropskog građanskog zakonika se ostvaruje, naročito posle činjenice da je što je Evropski parlament prihvatio potrebu izrade tog projekta i pozvao evropske institucije na izradu Evropskog gra-

²⁵ http://ec.europa.eu/consumers/rights/common_frame_ref_en.htm

đanskog zakonika. Jedan od ključnih nedostataka dosadašnjeg procesa harmonizacije evropskog ugovornog prava je da se nije dovoljno vodilo računa o ujednačenosti terminologije, jednoobraznom tumačenju i primeni usvojenih pravila, pa su usled toga određen direktive često upotrebljavale pojmove koji su uopšteni, pa mogu imati različito značenje u primeni jer u okviru evropskog prava imaju različito značenje. (npr pojmovi štete, naknada, prestanak ugovora i sl.). To znači da ne postoji jedinstveno tumačenje pojedinih pojmova u *acquis-u*, nego tumačenje zavisi od pravnog akta i njegovog cilja. Moguće je da tumačenje jednog pojma važi samo za taj izbor a ne za ostale pravne akte.

Projekat CFR će bez obzira da li će rešenje biti prihvaćeno u formi obavezujućih ili samo referentnih pravila, omogućiti stvaranje potrebnog pravnog okruženja i predstavljati podsticaj i model za nastavak procesa evropeizacije privatnog prava, nezavisno od sudbine EU.²⁶

Uloga soft law u pravu EU

Meko pravo ima posebnu ulogu u pravu EU. Postavlja se pitanje gde mu je mesto u odnosu na klasičnu podelu izvora prava EU, koje su mu karakteristike i u kojim se oblastima najčešće javlja.

Primarni izvori stvaraju države članice prilikom uređivanja međusobnih odnosa i Unija na osnovu sopstvenog ugovornog kapaciteta, kao subjekt međunarodnog prava, zaključivanjem sporazuma sa trećim državama i međunarodnim organizacijama. Mogu se podeliti na ugovore o osnivanju sa izmenama i dopunama i aneksima i protokolima, zatim na sporazume koje je zajednica zaključila sa trećim državama i međunarodnim organizacijama i koje će u buduću zaključivati EU i opšta pravna načela. Primarni izvori služe kao osnov za donošenje sekundarnih i imaju jaču pravnu, a njihov međusobni odnos se reguliše prema opštim pravnim načelima *lex posterior derogate legi priori* i *lex specialis derogate legi generali*.²⁷

Sekundarno zakonodavstvo stvaraju organi Unije, pre svega Savet i Komisija, a posle usvajanja Ugovora o EU i Evropski parlament zajedno sa Save-
tom. Njih čine akti koji se nazivaju sekundarnim, izvedenim ili derivativnim izvorima a Sudu pravde je dato pravo da kontroliše njihovu zakonitost i da po tužbama pravnih i fizičkih lica poništi nezakonite akte. U sekundarne izvore spadaju uredbe, uputstva i odluke kao obavezujući akti i preporuke, mišljenja i drugi takozvani "neimenovani akti" - kao neobavezujući akti.

²⁶ Vukadinović Radovan, Teze za raspravu o nekim tendencijama u razvoju savremenog ugovornog prava, *Pravni život*, vol.58.br.5-6, str 21-31.

²⁷ Radovan Vukadinović, Uvod u institucije i pravo Evropske unije, Kragujevac 2012, str. 96-128.

Prema klasičnoj podeli izvora evropskog prava na primarne i sekundarne, dva oblika sekundarnih izvora imaju karakter soft law. Radi se o preporukama i mišljenjima, ali i drugi "neimenovani akti" mogu imati karakter soft law. Ovo nisu jedini izvori koji imaju karakter mekog prava. Iako nemaju pravno obavezujuće dejstvo, to ih ne isključuje iz sudskog postupka, jer se nacionalni sud države članice može obratiti Sudu EU radi tumačenja ili ocene valjanosti odredbi preporuke ili mišljenja.²⁸ Ima mišljenja da se soft law izdvaja u tercijalno pravo.²⁹

Prednosti mekog prava odnosno njegova fleksibilnost u odnosu na klasične zakonske metode je učinilo ulogu soft law u pravu EU vrlo važnom. Ovaj značaj je primetan naročito onda kad zemlje članice EU još nisu spremne da se odreknu isključive nacionalne nadležnosti i prihvate nadređenost Suda EU u Luksemburgu.³⁰

Uobičajeno je da se termin soft law u političkom sistemu odnosi na naobavezujuće akte kao što su strategije, mišljenja, preporuke, deklaracije organa EU. U pravnoj teoriji se obično navode sledeći izvori mekog prava u pravu Evropske unije pri čemu su i oni navedeni kao primeri, što znači da spisak nije konačan.³¹

To su preporuke Komisije (Commission recommendations), preporuke Saveta (Council recommendations, mišljenje Komisije (Council Opinions), zaključci Saveta, Bele knjige (White papers), saopštenja, komunikacije (Communications), neobavezujuća pravila upravnih organa (Administrative Non Binding Rules), mešoviti zaključci (Mixes Conclusion), pravilnici Saveta i Komisije o ponašanju (Council and Commission Codes and Conduct), deklaracije i rezolucije (Declarations and resolutions), povelje (Charters), Zelene knjige (Green papers), akcijski program (Action Programmes), smernice i okviri za odlučivanje (Decisional Guidelines and frameworks), međuinstitucionalni sporazumi (Inter-Institutional Agreements) napomene o odlukama (Decisional Notices).

Otvoreni metod koordinacije

Konkretni izvori soft law je Lisabonska strategija na čijem primeru se vidi kako otvoreni metod koordinacije predstavlja instrument koji se koristi kao implementacijsko sredstvo. Ovaj metod se koristio i ranije u koordinaciji politike socijalne zaštite i zapošljavanja, ali se prvi put pod

²⁸ Predmet Suda EU S-322/88, Grimaldi v. Fonds des Maladies Professionnelles (1989)ECR.

²⁹ LINDA Sende, *Soft law in European Community Law*, Hart Publishing, 2004.

³⁰ Dominik Vuletić op. cit. str. 1014.

³¹ Dominik Vuletić, op cit.str 1016.

ovim imenom definiše u Lisabonskoj strategiji 2000. godine. Često se definiše kao dobrovoljni proces političke saradnje zasnovane na dogovoru o zajedničkim ciljevima i zajedničkim merama za ostvarivanje tih ciljeva, pri čemu nacionalne vlade te ciljeve uključuju u nacionalno zakonodavstvo i o tome obaveštavaju putem nacionalnih izveštaja Komisiju i primenjuje se u onim oblastima gde tradicionalni zakonodavni postupci ne mogu da postignu rezultate ili tamo gde nove oblasti koje su predmet regulisanja zahtevaju koordinaciju država članica. Od Lisabonske strategije se često pominje kao “treći put” u evropskom upravljanju, kao “novi način upravljanja”, kao alternativa za međuvladine pregovore i klasične metode odlučivanja u EU. Postavlja se pitanje da li će postati samostalni metod ili samo metod u premošćivanju ka tradicionalnom načinu donošenja odluka. Nezavisno u kojim se oblastima primenjuje otvoreni metod koordinacije obuhvata obično sadeće komponente: smernice, razmenu prakse, multilateralni nadzor, indikatore, interaktivne procese, implementaciju u domaće zakonodavstvo.³² Ovaj metod se koristi u oblastima koje spadaju u nadležnost država članica kao što je zapošljavanje, socijalna zaštita, socijalna inkluzija, obrazovanje, omladina. Inače ovaj metod je poznat i van EU npr. u radu Međunarodnog monetarnog fonda.³³

Evropska unija je 2000. godine, u Lisabonu usvojila strategiju razvoja poznatu kao Lisabonska strategija sa strateškim ciljevima da EU do 2010. godine, postane najkonkurentnija i najdinamičnija privreda na svetu, zasnovana na znanju, sposobna da ostvari održivi ekonomski rast sa većim brojem i kvalitetnijim radnim mestima i jačom socijalnom kohezijom.³⁴

Lisabonska strategija je strategija za ostvarivanje ciljeva u oblasti ekonomske politike EU i njenih članica i zamišljena je kao široka multilateralna saradnja između država članica i Evropske komisije odnosno kao proces u kome se daju smernice, preporuke i slično za ostvarivanje postavljenih ciljeva. Implementacija ovih ciljeva se ostvaruje određenim metodima. Prvi je otvoreni metod koordinacije a drugi integrisane smernice za razvoj i zapošljavanje. Ova implementacijska sredstva spadaju u izvore mekog prava. Otvoreni metodom koordinacije je prvi put

³² Fus nota Martin Humberg , The open method of coordination and European integration, Berlin , 2008;

³³ Više videti Claudio M., Radaelli, The Open Method of Coordination: A new governance architecture for the Euroean Union, Stockholm, 2003; Martin Humberg , The open method of coordination and European integration, Berlin , 2008; Dominik Vuletić, Pravni aspekti Lisabonske strategije i budući izazovi-razrada s motrista pravne prirode mekog prava (soft law), Zagreb, 2011., str 1018.

³⁴ http://ec.europa.eu/archives/growthandjobs_2009/

uvedem Lisabonskom strategijom 2000., ali pod tim tačnim nazivom. Međutim postojao je i u Amsterdamskom ugovoru 1997., ali ne pod nazivom otvoreni metod koordinacije. Radi se o osnovnom implementacijskom sredstvu čija je bitna karakteristika da pripada soft law mekom pravu i da nema osnov u evropskom pravu. Zasniva se na međusobno usaglašenim merilima koja dopuštaju adresatima različite načine primene i nisu pravno obavezujući. Navodi se³⁵ da obično ima četiri faze. Prvu, kada Evropski savet usvaja opšte ciljeve i daje smernice za njihovo sprovođenje, druga faza znači da Evropski savet na predlog Evropske komisije, neke agencije ili nezavisnog tela određuje kvantitativne ili kvalitativne indikatore za procenu efekata sprovođenja postavljenih ciljeva, treća faza znači da zemlje članice implementiraju ciljeve prema sopstvenim specifičnostima, i četvrta faza predstavlja međusobnu procenu ostvarenih rezultata. Otvoreni metod koordinacije se zasniva na saradnji među državama članicama čije se nacionalne politike time usmeravaju prema zajedničkim ciljevima. Ovaj metod podrazumeva zajedničko utvrđivanje ciljeva, zajednički izbor indikatora za praćenje i komparaciju rezultata u državama članicama i razmenu informacija o primenjenim rešenjima. U implementaciji Strategije problem je bio u otvorenom metodu koordinacije koji nije imao pravno obavezujuću snagu. Pored toga, među zemljama članicama postojale su znatne strukturne razlike, pa se primena integrisanih smernica po principu „jedna mera za sve” pokazala neadekvatnom. U većini oblasti nije ni postojala interakcija između komunitarnog prava i otvorenog metoda koordinacije, dakle nije bilo funkcionalne veze između metoda otvorene koordinacije i evropskog prava. Tako se navodi primer oblasti zdravstvene zaštite gde koordinacija zdravstvene zaštite na nivou EU nije uspjela da dovede do neke promene odnosno do formiranja *acquisa* u toj oblasti. Funkcionalno povezivanje otvorenog metoda koordinacije i *acquisa* znači interakciju i međusobno dopunjavanje koje dovodi do najboljeg rezultata.

Drugi metod implementacije Lisabonske strategije su integrisane smernice za razvoj i zapošljavanje koje imaju cilj ujednačavanje procesa sprovođenja Lisabonske strategije i sastoji se od smernica za ekonomsku politiku i smernica za politiku zapošljavanja.

Lisabonska strategija nije dala očekivane rezultate. Kritikovana je slaba implementacija strategije, nedovoljna koordinacija i protivrečni principi. Zato je 2005. usvojena revidirana Lisabonska strategija – Lisabonska strategija za rast i zaposlenost koja je preusmerila prioritete Evropske unije na rast i zapošljavanje.

³⁵Dominik Vuletić, op. cit. str. 1022.

Usvojen je set novih mehanizama za ostvarivanje ciljeva druge faze Lisabonske strategije na nivou EU i posebno u zemljama članicama: integrisane smernice za rast i zapošljavanje; nacionalni programi reformi; konkretne preporuke za svaku zemlju članicu; Lisabonski program Zajednice; godišnji izveštaji Komisije o napretku, a Otvoreni metod koordinacije zadržan je kao međuvladin metod „meke koordinacije.”³⁶

Ekonomska kriza je tokom 2008-2009. godine dovela do znatnog pada privrednih aktivnosti čime je gotovo poništena većina rezultata vezanih za lisabonske ciljeve. Novi strateški razvojni okvir EU za period posle 2010. godine, izražena je u dokumentu koji je izradila Komisija 2010. „Evropa 2020: strategija za pametni, održivi i inkluzivni rast”.³⁷

Nova strategija kroz pet ciljeva definiše gde bi EU trebalo da bude kroz 10 godina. Pet glavnih ciljeva strategije Evropa 2020. su podizanje stope zaposlenosti, povećanje izdvajanja za istraživanja i razvoj, smanjenje i emisije štetnih gasova, smanjenje ranog napuštanje školovanja i smanjenje broja ljudi koji žive ispod granice siromaštva. EU je usvojila deset integrisanih smernica koje treba da obezbede realizaciju 5 strateških ciljeva do 2020. godine.

Za svaku strategiju posebno je važno predvideti efikasne instrumente za njeno ostvarivanje, pa je tako i u strategiji Evropa 2020. razrađen set novih instrumenata koji treba da obezbede efikasno sprovođenje dogovorenih mera. Integrisane smernice su i dalje osnovno implementacijsko sredstvo i ima ih deset. Osim toga predviđene su i opšte preporuke za nadzor država članica i preporuke prema tematskim oblastima. Preporuke za nadzor država članica u sprovođenju strategije Evropa 2020. biće u obliku mišljenja propisanih Uredbom saveta 1466/97 i to je primer interakcije mekog prava s klasičnim pravnim izvorima.

Primetno je smanjivanje uloge Evropske komisije u tom procesu koordinacije i povećanje uloge Evropskog parlamenta i Evropskog saveta. Ovo je posledica često upućivanih primedbi o nedostatku demokratskog legitimiteta u soft law. Kada su u pitanju države članice EU postoji obaveza implementacije Lisabonske strategije i dokumenata koji su doneti posle nje. Države koje su kandidati za članstvo u EU nemaju neposrednu obavezu sprovođenja ovih strategija. Međutim, ova obaveza ipak posredno postoji i to kroz predpristupne ekonomske programe koji ukazuju na stepen usklađenosti nacionalnih ekonomskih politika sa ovom politikom EU.

³⁶ European Commission, Lisbon Strategy Evaluation Document. SEC (2010) 114 final, Brussels.

³⁷ Consultation on the future "EU 2020" strategy, COM (2009)647 final, Brussels, 24.11.2009.11 Europe 2020 – public consultation. Overview of responses, SEC (2010)246 final, Brussels, 4.3.2010.

Činjenica je da postoji međuzavisnost mekog prava i klasičnih izvora prava u pravnom sistemu EU. Meko pravo daje okvire i smernice a konkretizacija se vrši kroz pravnu normu.³⁸ Postojanje klasičnih zakonodavnih metoda i soft law zahteva koordinaciju, jer se u praksi pokazuje potreba za tim.

Prednosti i nedostaci soft law

Prikaz najkarakterističnijih primera soft law, daje mogućnost procene prednosti i nedostataka. Kada se u pravnoj teoriji procenjuje značaj soft law, ukazuje se na prednosti ali i nedostatke u odnosu na već postojeće izvore prava. Meko pravo se sve više koristi i to ne samo za regulisanje međunarodnih poslovnih odnosa, nego i šire u oblasti međunarodne politike, zaštite životne sredine, ljudskih prava itd. Njegova uloga je posebno приметna tamo gde se iz različitih političkih, socijalnih, ekonomskih i drugih razloga, zbog celishodnosti izbegava upotreba klasičnog prava, jer takve norme ne bi dale dobre rezultate.

Kod otvorenog metoda koordinacije, određeno rešenje se primenjuje kroz meko pravo s tendencijom da preraste u klasične izvore prava. Politički i ekonomski uticaj može da se vrši kroz meko pravo, s mogućnošću da se nešto od toga konkretizuje u zakonska rešenja. Fleksibilnost mekog prava je još jedan od prednosti. Nema potrebe za uobičajenim parlamentarnim procedurama, što je u nekim slučajevima dobro. Često isticana formalna neobaveznost soft law ne znači uvek i stvarnu, kao što postoje izvesne sankcije za nepoštovanje običaja u vidu opomena, prekora, uslovljavanja itd., postoje slični mehanizmi sankcionisanja i za slučaj nepoštovanja soft law.

Posebno je oblast međunarodnog ugovornog prava pogodna za primenu soft law. Načela evropskog ugovornog prava, Načela UNIDROIT za međunarodne trgovinske ugovore kao i drugi dokumenti su značajni načini popunjavanja pravnih praznina u ugovorima, ili pojašnjavanja nekih dilema koje su postojale u primeni međunarodnih propisa (kao npr. šta znači i kad se primenjuje princip in dubio contra proferentem u tumačenju formularnih ugovora ili da li pregovori za zaključenje ugovora obavezuju, jer engleski pravni sistem ima drugačiji stav od francuskog i nemačkog itd.) u slučajevima kada su ugovorne strane predvidele njihovu primenu ili su predvidele primenu i opštih pravnih načela. Moguće je njihovo ugovaranje kao merodavnog prava a značajno je i za ujednačavanje pravne terminologije. Osim toga mogu poslužiti i kao model nacionalnim zakonodavstvima za

³⁸D. Vuletić, op. cit. str. 1020 „Pravana norma gubi smisao bez okvira koji joj daje meko pravo i meko pravo je neučinkovito bez pomoći pravne norme – to je formula za funkcionalnu interakciju.“

donošenje sopstvenih propisa, a naglašeno je već da CFR predstavlja jedan od koraka u stvaranju Evropskog građanskog zakonika.

Meko pravo može da utire put tvrdom pravu koje će se tek doneti, ali može da posluži i kao instrument razrade postojećeg tvrdog prava. Često ima ulogu instrumenta kojim se neko pravilo uvodi u oblast u kojoj u datim okolnostima klasična pravna norma ne bi mogla da se prihvati.

Kao neobavezujuća pravila ponašanja imaju praktične posledice na proces evropskih integracija.³⁹ Problemi vezani za kompromisnu prirodu međunarodnih konvencija i teškoće u njihovom tumačenju, kao relativno složenu proceduru donošenja i izmena međunarodnih konvencija, su takodje razlog zašto je soft law našao svoje mesto u međunarodnim poslovnim odnosima. Kao skup neobavezujućih pravila koja ne nastaju uobičajenim legislativnim postupkom, efikasni su, prilagodljivi podložni lakšim izmenama. Ponekad se soft law koristi sa namerom da pravila vremenom prerastu u hard law. To se naročito dešava tamo gde se pravila u formi hard law ne bi odmah prihvatila, pa soft law može da predstavlja prelaznu fazu. To može da bude uvod u sankcione norme.⁴⁰ Kao glavni nedostaci se navode odsustvo sankcija za neizvršenje kao i nedostatak sudske kontrole.

Uloga soft law u pravnom sistemu EU je izazvala reakciju Evropskog parlamenta koji je usvojio Rezoluciju o institucionalnim i pravnim implikacijama upotrebe mekog prava.⁴¹ Rezolucija izražava negativan stav prema soft law koje ocenjuje kao instrument koji ne bi smeo biti zamena zakonodavnoj proceduri. Negativan stav se može delimično objasniti izostavljanjem Parlamenta kod donošenja i primene soft law u EU i da to znači gubljenje nadzora u procesu donošenja odluka.

Kao slabosti, nedostaci mekog prava često se ističe da ono erodira pravni sistem EU, jer potencijalno smanjuje obim delovanja evropskog prava koje ima prednost zbog načela supremacije i direktnog dejstva.

Drugi nedostatak soft law, koji ističu pojedini autori⁴² je nedostatak demokratskog legitimiteta koji se izražava u odsustvu učešća Suda EU u Luksemburgu ili Evropskog parlamenta.

Takođe se smatra da u pojedinim slučajevima, kao što je to sprovođenje Lisabonske strategije Evropska komisija ima prenamaglašenu ulogu.

³⁹ F. Snyder, *Soft Law and institutional Practice in the European Community*, Stephen Martin, *the Construction of Europe*, 1994, str 198)

⁴⁰ H. Hillgenberg, *A Fresh Look at Soft law*, *European Journal of International law*, 1999, str. 502.

⁴¹ Resolution of 4 September 2007 on institutional and legal implications of the use of soft law instruments, *European parliament* (2007/2028(INI), 4.9.2007.

⁴² Borrás S, Greve B. *Concluding Remarks: New Method or Just Cheap Talk*, *Journal of European Public Policy*, prema Vuletic str. 1023.

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

Soft Law in European Community Law

Abstract: *Soft law is a term applied to EU measures, such as guidelines, declarations and opinions, which, in contrast to directives, regulations and decisions, are not binding on those to whom they are addressed. However, soft law can produce some legal effects. Special attention in the work is devoted to a problem of a possible role of soft law in wider context of political process development of private law which is discussed within the issue of Lisbon strategy and soft law. The author takes an approach in elaborating on the legal nature and function of soft law*

Key words: *unification of contract law, soft law, DCFR CFR Lisbon strategy, open method of coordination*

*Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

OSNOVI TEORIJE UPRAVLJANJA EKOLOŠKIM KRIZAMA¹

Sažetak: *Danas je jasno da su ekološki akcidenti i procesi potencijalni ali i realni izazivači kriznih situacija na koje države moraju biti spremne. Nastajanje ekoloških kriza je u eksponencijalnom rastu, kao i njihove posledice.*

Problem sa ekološkim krizama nije u tome što one postoje, nego u tome kako se prema njima odnosimo.

Istraživanje uzroka kriza zahteva interdisciplinarni pristup. Na mikro nivou ovakav pristup se fokusira na ulogu pojedinaca. Na srednjem, nivou istraživanja akcenat je na organizacionim faktorima i procesima koji mogu imati ulogu u uzrokovanju kriza. Na makro nivou navode se drugi mogući uzroci koji, izgleda, čine krize manje ili više neizbežnim i nezaobilaznim karakteristikama modernog sveta.

Krizu istovremeno karakterišu negativni efekti (perturbacija, deregulacija, konflikt, zbunjena akcija, intenzivan stres, koji vodi u nepromišljene postupke) i pozitivni efekti (mobilizacija, solidarnost, saradnja, poboljšana adaptacija na okolinu, eksperimentalno učenje).

Ekološka kriza predstavlja vanrednu situaciju čiji početak i trajanje nisu unapred određeni. Antikrizne mere uglavnom su neuspešne zbog brojnih faktora koji utiču na složenost krize sa jedne strane i sa druge što se njeni faktori kontinuirano menjaju u toku trajanja same krize.

U tom smislu upravljanje ekološkim krizama javlja se kao permanentan, stručan, inventivan i komplikovan proces koji za cilj ima da

¹ Ovaj rad nastao je kao rezultat rada autora na projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“, broj 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

spreči eskalaciju krize, kao i otklanjanje očekivanih i realnih negativnih posledica krize. Loše upravljanje crpi resurse sistema, ometa njegovu funkciju i organizaciju, utiče na finansijske mogućnosti i ostvarivanje pozitivnih ciljeva. Ekstremno loše upravljanje može dovesti do entropije sistema.

Cilj ovog rada je da se u osnovnim crtama prikaže proces upravljanja krizama nastalim usled ekoloških akcidenata radi sprečavanja ili smanjenja posledica koje one sa sobom nose.

Ključne reči: upravljanje, ekologija, kriza, bezbednost.

Uvod

Poznata je činjenica da je svet danas postao „globalno selo“ gde se događaji i tendencije na jednom kraju sveta vrlo brzo šire na sve ostale krajeve. Nema zemlje koja, iz ovih ili onih razloga nije, više ili manje, ugrožena delovanjem različitih subjekata i procesa bilo spolja ili iznutra. Između onih najspominjanih kao što su hegemonizam, međunarodni odnosi, primena sile ili geopolitički i geostrateški razlozi, nalaze se i svakako sve prisutniji ekološki problemi i procesi. O destruktivnosti tih ekoloških procesa se sve više piše i govori, naročito posle nekih događaja koji su uzbudili svet kao što su: nuklearni akcident u Černobilu, hemijski akcident u Bopalu ili takođe nuklearni akcident u Japanu izazvan velikim cunamijem. Posle velikog broja sličnih događaja postalo je jasno da su ekološki procesi potencijalni ali i realni izazivači kriznih situacija na koje države moraju, na ovaj ili onaj način, biti spremne. Krizne situacije postoje u svakoj sferi društva, a njihove posledice uvek imaju sličan ishod. Međutim, načini na koje do njih može doći su veoma različiti. U današnje vreme broj kriznih situacija nastalih različitim uzrocima je sve veći. Nastajanje ekoloških kriza je u eksponencijalnom rastu, kao i njihov uticaj na sve veći broj ljudi i država.²

Prosečno obrazovan čovek u našoj zemlji je zabrinjavajuće malo upućen u ekološke probleme, tendencije i posledice ekoloških kriza. To ga čini prilično podložnim da prihvati nenaučna i laička shvatanja koja plasiraju razni lobiji radi svojih interesa minimizirajući moguće posledice. Problem sa ekološkim krizama našeg doba nije u tome što one postoje, nego u tome kako se prema njima odnosimo. Stvarne posledice tih kriza još uvek nisu tačno utvrđene pogotovo na globalnom planu.

² Stajić, LJ.: Osnovi sistema bezbednosti, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2011.

Naravno, zloupotreba nauke se odnosi i na mnoga tehničko-tehnološka dostignuća koja se koriste u brojne destruktivne svrhe i koje su okrenute kako prema pojedincu tako i prema društvu i državi. To je osnov i za nastajanje kriznih situacija u ekološkoj sferi.

Cilj ovog rada je da se u osnovnim crtama prikaže proces upravljanja krizama nastalim usled ekoloških akcidenata radi sprečavanja ili smanjenja posledica koje one sa sobom nose.

Pojam krize i krizne situacije

Kriza je veoma čest i široko korišćen termin, iako nema saglasnosti o njegovom značenju. Neka mišljenja ukazuju na to da tolika učestalost ovog termina i stvara teškoće u njegovom definisanju. Koristi se i u opisivanju lične, odnosno privatne situacije. Mnogo češće se, međutim, koristi za opisivanje stanja sa potencijalno negativnim konsekvencama u kojem se nalaze društvo kao celina ili pojedine organizacije i sistemi u okviru njega. Ipak, uprkos učestaloj primeni, nema jasnog i jednoznačnog pojmovnog sadržaja termina krize, već postoje mnogobrojne i često međusobno različite interpretacije.

Etimološki posmatrano, reč „kriza“ potiče iz grčkog jezika. U staroj Grčkoj reč kriza značila je „presudu ili odluku“ tj. odlučujući trenutak koji presuđuje o daljem pozitivnom ili negativnom razvoju. Moderno shvatanje krize potiče iz medicinske literature u kojoj ono označava neko opasno stanje zdravlja organizma. Naučnici u oblasti društvenih nauka pozajmili su navedenu osnovnu medicinsku platformu da opišu krize u ekonomskim, političkim, socijalnim, bezbednosnim i kulturnim sistemima.

U naporima da se usklade različiti pristupi, termin „kriza“ se obično koristi kao „kutija za sve“ tj. kao koncept koji obuhvata sve tipove negativnih događaja. U još širem shvatanju termin kriza se primenjuje na situacije koje su neželjene, neočekivane, nepredvidive i skoro nezamislive, a uzrokuju nevericu, nesigurnost i strah od gubitka neke vrednosti. U Londonskoj školi za odnose sa javnošću krizu određuju i kao „stvarni incident koji utiče na čovekovu bezbednost, na okolinu, na proizvode ili ugled organizacije. Obično je za takav incident svojstven neprijateljski odnos medija prema njemu”.³ Savremenu definiciju krize daje Pol T. Hart navodeći da je ona „neprijatan događaj, koji predstavlja izazov za donosiocje odluka, iskušava ih da postupaju u uslovima ugro-

³ Keković, Z. i Kešetović, Ž.: Krizni menadžment i prevencija krize, Fakultet bezbednosti, Beograd, 2006.

žavanja, vremenske stiske i nespremnosti. Kriza je „ozbiljna pretnja osnovnim strukturama ili fundamentalnim vrednostima i normama socijalnog sistema, koja, u uslovima vremenskog pritiska i veoma nesigurnih okolnosti, zahteva donošenje kritičnih odluka“. Ova definicija ima dve bitne karakteristike. Kao njena značajna prednost navodi se da se može primeniti na sve vrste poremećaja. Drugo, ova definicija usmerava našu pažnju i na donošenje odluka. Međutim ona ne rešava problem subjektivnosti, čime je otežana integracija različitih teorijskih perspektiva. Ukoliko kažemo da pojedinci ili grupe moraju jednu situaciju opaziti u kriznim terminima, to automatski znači da smo propustili neke događaje ili procese koje bi mnogi od nas označili terminom „kriza“, upravo zato što nadležni nisu prepoznali datu situaciju kao krizu. Sve dok nadležni kad je reč o preduzimanju mera ostaju nesvesni situacije, tu situaciju analitičar ne može definisati terminom „kriza“.

Generička definicija krize zahteva procesualni pristup. Ona se ne shvata kao gotovo stanje (rezultat), već kao proces koji nema jasan početak. Posledice krize se osećaju u sadašnjosti i očekuju u budućnosti pri čemu se ona može razbuktati znatno ranije ili kasnije nego što se to očekuje.

Postoje tri karakteristike zajedničke za sve krize. To su:

- neočekivanost (neplaniranost) krize,
- nespremnost na optimalnu reakciju, i
- vremenski pritisak.

Iako su uzroci krize različiti od jednog do drugog slučaja, oni se, načelno, mogu podeliti na spoljašnje i unutrašnje i kombinovane.

Spoljašnji uzroci krize

Spoljašnji uzroci krize nastaju u okruženju i imaju rasprostranjen i značajan uticaj. U njih spadaju:

- promene svesti o vrednostima;
- ekonomske promene;
- političke promene;
- pravne promene;
- tehničko-tehnološke promene;
- prirodne nesreće, i slično.

Za ovu temu svakako su najznačajniji oni uzroci koji su nastali u sferi tehničko-tehnoloških promena, prirodnih nesreća i svesti o vrednostima.

Unutrašnji uzroci krize

Unutrašnji uzroci krize su:

- neadekvatna sposobnost vlade da upravlja društvom u uslovima krize;
- nemoralnost i bahatost garniture na vlasti;
- potcenjivanje mišljenja javnosti;
- neefikasno delovanje upravljačkih funkcija;
- nerealistični ciljevi i težnje;
- neefikasan komunikacijski sistem;
- slaba nacionalna i bezbednosna kultura;
- nezadovoljstvo i nemotivisanost;
- loše ustrojstvo društvenog sistema;
- neuređeni odnosi između različitih grupa i drugi.

Istraživanje uzroka kriza zahteva interdisciplinarni pristup koji nam omogućava da analiziramo poreklo svake date krize.

Na mikro nivou ovakav pristup se fokusira na ulogu pojedinaca. U korenu većine, ako ne i svih kriza nalazi se ljudska greška. Stoga se istraživanje usmerava na to kako i zašto ljudi greše. Istraživači imaju dosta uspeha u izučavanju ljudskih grešaka i njihovom sprečavanju odnosno limitiranju. Ovo iz razloga što je nemoguće sve ljudske greške eliminisati. Ako je ljudska greška neizbežna, treba se zapitati pod kojim će uslovima i okolnostima takve neizbežne ljudske greške uzrokovati krizu. Na srednjem, mezo, nivou istraživanja središte interesovanja je na organizacionim faktorima i procesima koji mogu imati ulogu u uzrokovanju kriza. Na makro nivou analize teoretičari navode druge moguće uzroke koji, izgleda, čine krize manje ili više neizbežnim i nezaobilaznim karakteristikama modernog sveta.

Jedan od uticajnijih autora u ovom smislu svakako je Čarls Perou, koji smatra da će veliki tehnički sistemi pre ili kasnije proizvesti katastrofu kao kombinovani rezultat opasnog potencijala (npr. nuklearna energija), tehničke kompleksnosti (samo nekoliko ljudi može da razume šta se događa u nuklearnoj elektrani) i čvrste povezanosti (jedan kvar i poremećaj vodi u sledeći). Tzv. teoretičari visoke pouzdanosti zastupaju školu mišljenja koja nosi više optimizma. Oni smatraju kako su dobro organizovane i vođene organizacije sposobne da apsorbuju ljudske greške i spoljašnje pritiske u naporima da spreče uobičajenu organizacionu patologiju krize. Ovaj proces može imati oblik linearne eskalacije, pomerajući se sa jednog praga na drugi i kulminirajući u ozbiljnu nesreću. Većina kriza potiče od jedinstvene kombinacije individualnih grešaka, sistematskih propusta i uticaja iz sredine.

Posledice krize se često posmatraju kao disfunkcionalne, nepoželjne i loše. Iza krize ostaje materijalna i nematerijalna šteta. Kuće moraju da se poprave ili da se ponovo sagrade, infrastruktura osposobi, mrtvi sahrane, a ranjeni zbrinu. Međutim, krize predstavljaju i mogućnosti, odnosno prilike. Snažan zemljotres koji ubije stotine i hiljade ljudi može razotkriti nesposobnost vlade i uskoro prisiliti nekompetentne političare da se povuku i stvore priliku drugima da utiču na dalji razvoj društva. Na duži rok, dakle, krize mogu predstavljati priliku za drastične i fundamentalne promene sistema, smanjenje tenzija, otvoren konflikt ili ubrzanu promenu upravljačkih garnitura.

Bila bi, međutim, pogrešna tvrdnja da su krize automatski praćene nekom vrstom reforme. U tom smislu interesantno je pitanje učenja na osnovu nastalih kriza.

Dakle, krizu istovremeno karakterišu negativni efekti (perturbacija, deregulacija, konflikt, zbunjena akcija, intenzivan stres, koji vodi u nepromišljene postupke) i pozitivni efekti (mobilizacija, solidarnost, saradnja, poboljšana adaptacija na okolinu, eksperimentalno učenje). Kriza dovodi u pitanje fundamentalne vrednosti socijalnog sistema i tehnike koje se primenjuju za izvršavanje zadataka u okviru njega, kao i sistematska pravila organizacije, što se može pokazati korisnim u aktuelnom ili budućem upravljanju krizama.

Vrste i oblici kriza i kriznih situacija

Najšire posmatrano kriza nastaje kao posledica većih promene odnosno kada odstupanja od normalnog, ustanovljenog dogovorenog i uređenog stanja i odnosa koje se ne mogu apsorbovati preventivnim merama. Te promene ne mogu i nisu uvek istog smera, intenziteta i značaja pa iz tog sledi da ni sve krize nisu iste, niti su istog značaja i opasnosti. Ranije smo videli da krize ne moraju uvek imati i negativan predznak odnosno njihov ishod ne mora biti štetan ili katastrofalan po one na koje se kriza odnosi. Takve primere vidimo u krizama koje su prethodile ustancima robova, svrgavanju tiranina sa vlasti, raznim društvenim i istorijskim prekretnicama i slično. Jednom rečju, neke krize su potrebne da bi društvo doživelo pozitivnu transformaciju i napravilo istorijski skok ka sopstvenom unapređenju.

Iz navedenog proističe da u najopštijem možemo govoriti o krizama koje su prethodile negativnim ishodima (regresiji) i onima koje su prethodile pozitivnim ishodima (progresiji). Naravno, osim ovog moralnog i ciljnog pristupa krizama se može pristupiti i iz drugih uglova posmatranja. Sve navedeno nas dovodi u priliku da izvršimo klasifikaciju kriza po različitim kriterijumima. Tako na primer:

1. Prema uzroku i mestu odakle su inicirane i odakle dolaze nosioci krize, krize delimo na:

- krize nastale usled spoljašnjih uzroka,
- krize nastale usled unutrašnjih uzroka i
- krize usled kombinovanih uzroka.

2. Prema cilju nosilaca i inspiratora krize na one:

- sa radikalnim ciljem i na one
- sa ograničenim ciljem

3. Prema predmetu na šta se odnosi na:

- krize u društveno političkim odnosima (političke krize),
- krize u ekonomskim odnosima (ekonomske krize),
- ekološke krize,
- krize u proizvodnim odnosima,
- krize u oblasti ideologije, vera, kulture,
- krize u međunarodnim odnosima (međunarodne krize),
- krize u porodici,
- lične krize,
- krize zdravlja,
- krize indetiteta,
- i mnoge druge.

4. Prema intezitetu na:

- slabe,
- umerene,
- krize visokog inteziteta.

5. Prema nameri:

- namerno izazvane krize,
- spontane krize,
- mešovite.

6. Prema ishodu krize na:

- krize koje vode progresiji (pozitivne krize),
- krize koje vode regresiji (negativne krize).

7. Prema mogućnosti uticaja:

- na krize čije nastajanje nije moguće značajnije uticati,
- na krize čije nastajanje jeste moguće uticati.

8. Prema predvidivosti:

- na krize čije nastajanje se može predvideti,
- na krize čije nastajanje se ne može predvideti.

Većina teoretičara koji se bave konfliktima i krizama smatraju odavno prevaziđenim shvatanje da krizu izaziva samo jedan uzrok. Danas je jasno da krize nastaju kao plod više faktora u situaciji kada pojedinac, sistem, država, društvo ili međunarodna zajednica ne mogu amortizovati (svojim delovanjem) i sprečiti njene izvore i uzroke kao ni njihov tok. Tako na primer izvor krize, često može biti banalan. Nenamerna ljudska greška, prirodna katastrofa ili bilo šta drugo što je van moći uspostavljenog sistema da to iskontroliše. Napred navedeno ne upućuje i na banalnost samih posledica. Naime nekada (često) mala ljudska greška može dovesti do velikih katastrofalnih posledica. Na primer ljudska greška u nuklearnoj centrali ili hemijskom postrojenju može za posledicu imati stotine hiljada ljudskih žrtava i ogromenu materijalnu štetu. Greška pilota vodi u smrt stotine putnika i slično.

Iz svega navedenog da se zaključiti da istraživanje kriza zahteva interdisciplinarni i višeslojni pristup i analizu porekla svake krize pojedinačno. Ovo može izgledati kao mukotrpan i sizifov posao jer dok istražimo uzroke jedne pojave se dve nove. Ipak pronalaženje uzroka i uslova nastanka bilo koje krize smanjuje mogućnost njenog ponavljanja, a to je uslov napretka. Ne može se očekivati da se saživimo sa krizama. Moramo ih proučavati da bi smo njima upravljali. Upravljanje krizama na prvom mestu podrazumeva njihovo sprečavanje, na drugom njihovo limitiranje na podnošljive posledice, a na trećem otkaljanje štete (kompenzovanje posledica).

Ž. Kešetović⁴ navodi da većina kriza nastaje kao proizvod jedinstvene kombinacije individualnih grešaka, organizacionih propusta i uticaja sredine. Jedinstvenost kombinacije uzroka ukazuje na različite kritične putanje što opet zahteva posebnu metodologiju istraživanja svakog procesa krize.

Ključno mesto metodologije proučavanja kriza su kritične tačke na putanji krize koje su u stvari i tačke prekretnice u okviru trendova. One su mesto gde se u okviru upravljanja krizama može vršiti intervencija i preduzimanje mera. Ovakav pristup metodologiji nastanka, trajanja i prestanka kriza pomaže razumevanju njihove fenomenologije, razumevanju učinjenih grešaka, upoznavanju slabosti sistema i ishoda za amortizaciju kriza, socijalnoj, političkoj i tehničkoj interakciji između ključnih subjekata u nastanku i eksploataciji kriza. Krize su i specifične po tome što one za jedne mogu biti katastrofa a za druge „zlatna šansa i prilika“.

⁴ Kešetović, Ž.: *Krizni menadžment*, Fakultet bezbednosti, Beograd, 2008.

Posledice i karakteristike kriza

Tok krize i njene posledice nemaju iste moguće rezultate za sve učesnike ili sve one koji su obuhvaćeni krizom. Naravno, ovo se ne odnosi na one tipove krize kojim su obuhvaćeni svi članovi nekog društva-populacije i gde svi imaju isti cilj. Ovde se pre svega misli na krize tipa tehničko-tehnoloških akcidenata, poplava, zemljotresa, suša, bolesti i drugo.

Ranije navedeni stav se odnosi na namerno izazvane i kontrolisane krize u kojima jedni dobijaju, a drugi gube u koje spadaju društvene, političke, ideološke i druge krize.

U tom smislu moguće posledice kriza su:

1. radikalna promena ili raspad (entropija) sistema, sa ogromnom materijalnom štetom i velikim brojem ljudskih žrtava.
2. opstanak sistema sa teškim posledicama narušenog ugleda, posledicama po organizaciju strukturu, moć i finansijsko stanje, društvene i političke odnose, sa ograničenim materijalnom štetom i ljudskim žrtvama
3. opstanak sistema sa još jačim organizacionim vezama ugledom i pozicijom među drugim sistemima.

Posledice krize se osećaju kao loše, nepoželjne i disfunkcionalne u prva dva navedena slučaja dok su u trećem one poželjne. U svakom slučaju nastaje materijalna i nematerijalna šteta. Kriza ima i pozitivnu karakteristiku, a to je što ona pokreće ljude i sistem na pojačane napore za vraćanjem u pređašnje stanje odnosno uspostavljanje normalnosti sada na novim odnosima i vrednostima. Kriza, tako, stvara potrebu za stabilnošću i uravnoteženosti interesa ciljeva i sredstava za njihovo stvaranje. Međutim, navedeno ne treba shvatiti kao tvrdnju da izlazak iz kriza automatski znači i boljitak. To zavisi od političkih, ekonomskih i bezbednosnih garnitura odnosno kriznih menadžera kojima se ta situacija javlja kao prilika za reforme, a ne kao gotova stvar. Iz kriza se moraju izvući pouke, a ne sme se zadovoljiti time što su prošle sa više ili manje posledica. Oni koji nešto iz njih nauče mogu ići napred.

Karakteristike krize

Kao i svaka društvena, razvijajuća i složena pojava kriza ima više karakteristika. Kao osnovne karakteristike navode se 1) predvidivost, 2) mogućnost uticaja na krizu, 3) dinamika krize, 4) efekti krize, 5) trajanje krize, 6) mogućnost ponavljanja, 7) transformacija u nove oblike, 8) prostranost, 9) transnacionalizacija, 10) uticaj na javnost i državni aparat i druge.

Predvidivost je jedna od značajnijih karakteristika jer je osnovno pitanje pri njenom nastanku to da li se ona mogla predvideti, a time i preduprediti. Predvidivost je u stvari svest mogućeg nastanka i razvoja događaja krize odnosno postojanje indikatora koji ukazuju na to da se slažu elementi i faktori koji omogućavaju i olakšavaju nastajanje krize. Mnoge krize i nisu sprečene zato što menadžment nije imao svest i znanje o faktorima njenog nastanka i u tom smislu nisu ni prepoznali indikatore da se ona priprema i da će nastati. Istine radi, treba reći i to da postoje krize koje su nepredvidive, čije indikatore ne prepoznavamo i ne uočavamo pa smo nemoćni da bilo šta učinimo u datom momentu. U tom slučaju sve se svodi na prevenciju štete ili otklanjanje posledica.

Mogućnost uticaja na krizu je karakteristika koja ukazuje kolika je podložnost krize uticajima ljudi i merama sistema za prevenciju krize. Neke krize su podložnije merama i njihovo dejstvo se smanjuje ili one nestaju usled dejstva protivkriznih mera. Sa druge strane postoje i one koje su slabo osetljive na mere sistema i tu sistem nema mnogo uspeha protiv njih.

Dinamika krize je karakteristika koja ukazuje na eksponencijalni rast elemenata krize do njenog maksimuma. Naime, neke krize traju dugo. Za razliku od njih neke počinju iznenada i odmah (vrlo brzo) pre reakcije sistema postignu svoj maksimum. One obično traju kratko s tim što efekti mogu biti katastrofalni.

Efekat krize je merljiva karakteristika krize. Najčešće se ocenjuje rezultat u materijalnom i nematerijalnom smislu koji može biti pozitivan i negativan. U nekim slučajevima efekti se označavaju opisno.

Trajanje krize je karakteristika koja ima veze sa dinamikom krize. Dužina trajanja krize može ali i ne mora imati veze sa efektima krize. Naime postoje krize koje kratko traju i imaju značajne efekte i obrnuto. Naravno u većini slučajeva dužina krize ukazuje i na visinu efekata koje će ona prouzrokovati.

Mogućnost ponavljanja govori o otpornosti krize na antikrizne mere, odnosno na nesposobnost sistema da predupredi sve faktore koji uslovljavaju krizu.

Transformacija krize ukazuje na karakteristiku krize da iz jednog oblika (recimo početnog) u toku trajanja preraste u druge oblike krize. Ova karakteristika ukazuje i na mogućnost da jedna vrsta krize uzrokuje druge vrste krize. Recimo, ekološka kriza može prerasti u društvenu, političku ili ekonomsku krizu.

Prostornost je karakteristika koja ukazuje na obim prostora ili teritorije koji je zahvaćen krizom. Kao i kod drugih karakteristika obim ne mora ukazivati na intenzitet krize ali je osnovna primesa da kriza većeg obima podrazumeva i veće posledice a time i teže rešavanje.

Transnacionalnost ukazuje na karakteristiku da je kriza sposobna da se proširi na međunarodni nivo čime dobija na svojoj opasnosti.

Uticaaj na javnost je karakteristika koja govori o osobini krize da proizvede osnovne i više sporednih efekata na javno mnjenje (strah, uznemirenost, paniku, depresiju i sl.) i time je učini mnogo težom za rešavanje nego da tih praatnih efekata nema.

Upravljanje kriznim situacijama

Ranije smo videli da ekološka kriza predstavlja vanrednu situaciju čiji početak i trajanje nisu unapred određeni i koju više ili manje nije moguće sprečiti antikriznim merama. Antikrizne mere su uglavnom neuspešne zbog brojnih faktora koji utiču na složenost krize ali i zbog toga što se oni kontinuirano menjaju u toku trajanja same krize.

U tom smislu upravljanje ekološkim krizama javlja se kao permanentan, stručan inventivan i komplikovan proces koji za cilj ima da spreči eskalaciju krize, kao i otklanjanje očekivanih i realnih negativnih posledica krize. Upravljanje krizom može imati neprocenjiv značaj. Loše upravljanje crpi resurse sistema, ometa njegovu funkciju i organizaciju, utiče na finansijske mogućnosti i ostvarivanje pozitivnih ciljeva. Ekstremno loše upravljanje može dovesti do entropije sistema. Krizama se upravlja i zbog postizanja najboljih mogućih rezultata za sistem i društvo u celini.⁵

Dakle, upravljanje ekološkim kriznim situacijama označava znanje, sposobnost, htenje i mogućnost menadžera da u procesu rukovođenja ne prestano otklanja (drži pod kontrolom) aktivne i potencijalne opasnosti (faktore krize), rizike i pretnje u cilju sprečavanja ili kontrole krize.

Svrha upravljanja krizom je povećanje verovatnoće upeha i smanjenja neuspeha, a radi ostvarivanja definisanih ciljeva.

Preduslovi uspešnog kriznog menadžmenta u oblasti ekologije su:

1. Uključivanje svih nivoa menadžmenta u rešavanje kriznih situacija;
2. Ostvarivanje upravljačke funkcije u skladu sa savremenim načelima nauke o upravljanju;
3. Primena optimalnih (efektivnih i efikasnih) metoda za date uslove, a radi opstanka sistema;
4. Raspodela odgovornosti za rizik i odgovornosti za izvođenje antikriznih mera;
5. Integrisanost procesa upravljanja u kulturu bezbednosti;

⁵ Stevanović, O.: Bezbednosni menadžment, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2012.

Proces upravljanja krizom definiše kroz sledeće procedure:⁶

1. postavljanje problema u okruženju;
2. identifikacija potencijalnih rizika;
3. ocena i analiza rizika;
4. određivanje strategije upravljanja krizama;
5. implementacija procesa upravljanja;
6. merenje efikasnosti i slabosti sistema upravljanja krizom.

Metod analize krizne situacije i posledica

Metod analize krize uključuje 1) identifikaciju krize, 2) procenu potencijalnih posledica, 3) postavljanje prioriteta u preduzimanju antikriznih mera

Analiza rizika krize je misaoni i visokostručan posao koji se izvodi individualno (kada je to moguće) ili timski (kod složenijih situacija). Pomno sredstvo pri analizi su ranije urađene procene verovatnoće i stepena verovatnoće ugroženosti koje je potrebno uraditi u vremenu pre krize. Članovi tima moraju biti ljudi koji poznaju organizaciju i tehnologiju rada. Kako član tima svakako mora biti i neko ko je ekspert za upravljanje krizama. U ovom procesu izrađuju se mape rizika sa kritičnim tačkama, matrice za ocenu i procenu bezbednosnih rizika pomoću kojih se utvrđuje veza između verovatnoće i posledice događaja.

Analiza rizika krize je vrlo važna jer ako ona nije dobro urađena onda se gubi dosta vremena i dolazi do pogrešnog stavljanja akcenata na one gubitke čija verovatnoća nije izvesna ili sa sobom nosi male posledice.

Procena potencijalnih posledica

Procena je prirodna posledica analize. Oni koji rade analizu su i najkvalifikovaniji da ocene sposobnost sistema da apsorbuje gubitke pošto prethodno procene koliki oni mogu biti. Opasnost i greške koje se pri ovome najčešće dešavaju jesu subjektivizam u proceni i neobjektivnost u iskazu gubitaka kako bi se zadovoljila očekivanja javnosti ili političke elite.

Postavljanje prioriteta u preduzimanju mera

Mere sa kojima sistem u antikriznim situacijama raspolaže su brojne i raznovrsne. Izbor pogrešne mere ili mere koja nije optimalna za datu situaciju može za posledicu imati kao da mere nisu ni preduzimane. Isto tako i kašnjenje u redosledu preduzimanja optimalnih mera može imati iste posledice.

⁶ Keković, Z.: Upravljanje rizicima kao preduslov efektivnog kriznog menadžmenta, Krizni menadžment I, Fakultet bezbednosti, Beograd, 2006. str. 312.

Zaključak

Delovanje svih oblika kriza pa i ekoloških danas predstavlja veliki problem. Utvrđivanje njihove destrukcije je teško pošto većina nastaje neočekivano, sa sobom nosi ogromne posledice, a i za rešenje ovog problema su potrebna velika materijalna sredstva i usaglašen rad brojnih elemenata sistema društva. Prvi korak na prevenciji kriza jeste edukacija. Program edukacije bi trebalo da obuhvata opšte informacije o mogućim uzorcima i posledicama krize kao i o preventivnim i represivnim merama koje će društveni sistem preduzeti u datom slučaju.

Posledice kriza mogu biti različite. Od onih koje prođu bez veće štete i skoro nezapaženo do onih koji izazovu puno ljudskih žrtava, radikalne promene u društvu i veću materijalnu štetu. Ovakve krize predstavljaju opasnu pretnju osnovnom ustrojstvu, vrednostima i normama savremenog društva te zbog toga predstavljaju izazov kome se mora uspešno i planski suprostavljati.

Rešavanje krize je znalački i visokostučan proces u kome učestvuju brojni državni organi na strategiji zasnovanim planovima što ukazuje na to da takve vrste kriza ne bi smele nastati kao posledica apsolutnog iznenađenja.

Da bi kriza nastala moraju se desiti brojne slabosti na strani države odnosno njenih subjekata za zaštitu i kontrolu faktora krize. Kao i svaki društveni proces i krize nastale delovanjem ekoloških akcidenata imaju svoje karakteristike od kojih su najznačajnije predvidivost nastanka, mogućnost uticaja na nju, efekti krize, njeno trajanje, njena transformacija i uticaj na javnost i vlast.

Karakteristike su osnova za prvu funkciju upravljanja krizama (praćenje i procenjivanje) i kasniju izradu strategije i planova zaustavljanja i eliminisanja kriza. Svrha upravljanja krizom je povećanje verovatnoće uspeha državnih struktura u odnosu na posledice krize.

Proces upravljanja krizama podrazumeva indentifikaciju, ocenu i analizu rizika, zatim određivanje strategije, implementaciju procesa upravljanja i merenje efikasnosti i slabosti sistema upravljanja.

Kao najvažnija funkcija upravljanja krizama javlja se odlučivanje odnosno donošenje odluka. U ovom slučaju, zbog mogućih posledica i neizvesnosti toka krize, radi se o takozvanom problematičnom odlučivanju jer su mnoge činjenice, odnosi, faktori i stanja nepoznati.

Na kraju može se zaključiti sledeće:

1. Zanemarivanje uloge, sposobnosti i posledica ekoloških kriza se može pretvoriti u bezbednosnu, a ova kasnije u političku i druge krize.

2. Izrada nacionalne strategije i planova prevencije ekoloških kriza baziranih na stranim iskustvima osnova je uspešnog upravljanja krizama.

3. Strategija upravljanja i prevencija krize treba da podrazumeva, formiranje nacionalnog tela za proučavanje i praćenje ekoloških procesa, zatim timova za proučavanje kriznih situacija i izradu mapa indikatora i faktora za prepoznavanja tačaka koje ukazuju na mogućnost nastanka krize.

4. Razvijanje bezbednosne kulture je stalni pratilac svih gore navedenih aktivnosti i osnova svake prevencije.

Isto tako treba reći da se radi o veoma važnom problemu kako bezbednosnom tako i društvenom koji se svakako ne sme zanemariti.

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

Basics of Theory of Ecological Crisis Management

Abstract: *Today, it is clear that environmental accidents and processes represent, not only potential but also real causes of crises on which states must be aware of. The formation of the ecological crisis is growing exponentially, along with their consequences.*

The problem with the environmental crisis lies not in the fact that they exist, but how we treat them.

Exploring the causes of the crisis requires an interdisciplinary approach. At the micro level, this approach focuses on the role of individuals. At the middle level of research, focus is on organizational factors and processes that may play important role in causing the crisis. Macro level of approach lists possible causes that seem to make the crisis more or less inevitable and unavoidable features of the modern world.

The crisis is also characterized by negative effects (perturbations, deregulation, conflict, confused action, intense stress, which leads to reckless actions) and positive effects (mobilization, solidarity, cooperation, improved adaptation to the environment, experiential learning).

Furthermore, ecological crisis represents an emergency situation whose beginning and duration are not predetermined. Anti-crisis measures have failed mainly because of the numerous factors influencing on one hand, on a complexity of the crisis and, on the other hand, because of its continuously changing factors throughout the duration of the crisis.

Managing ecological crisis occurs, therefore, as a permanently professional inventive and complicated process which aims to prevent the escalation of the crisis, as well as the elimination of the expected and actual negative consequences of the crisis. Mismanagement of such crisis drains system resources, interferes with its function and organization, impacts on the financial opportunities while achieving positive goals. Extreme mismanagement can lead to the entropy of the system itself.

The purpose of this paper is to elaborate basic facts of managing crises process due to environmental accidents in order to either prevent or reduce the consequences they carry with them.

Key words: *managing, ecology, crisis, security.*

*Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

*Dr Petar Đundić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

HAŠKI PROTOKOL O PRAVU MERODAVNOM ZA OBAVEZE IZDRŽAVANJA – NAJNOVIJI IZVOR MEĐUNARODNOG PRIVATNOG PRAVA SRBIJE

Sažetak: U januaru 2013. godine Narodna skuština Republike Srbije ratifikovala je Protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja, usvojen 2007. godine od strane Haške konferencije za međunarodno privatno pravo. Protokol predstavlja značajnu novinu u srpskom međunarodnom privatnom pravu, zbog toga što uvodi sveobuhvatan mehanizam kolizionih normi namenjenih određivanju merodavnog prava za obaveze izdržavanja između srodnika. Rad sadrži prikaz najznačajnijih odredaba ovog izvora. Osnovno rešenje iz Protokola se zasniva na primeni prava države uobičajenog boravišta poverioca izdržavanja. Međutim, u velikom broju slučajeva dolazi do odstupanja u korist primene prava države suda. Za razliku od Haške konvencije o pravu merodavnom za obaveze izdržavanja (1973) koju zamenjuje, Protokol ne vezuje merodavno pravo za obaveze izdržavanja između bivših supružnika za pravo koje je bilo merodavno za razvod ili poništaj braka. Članom 5. Protokola predviđeno je da se i na obaveze izdržavanja između sadašnjih ili bivših supružnika primenjuje pravo države uobičajenog boravišta poverioca, uz mogućnost odstupanja u korist prava sa kojim je brak u bližoj vezi. Značajno mesto u sistemu kolizionih normi dato je autonomiji volje stranaka. Ovom aspektu Protokola u radu je posvećena posebna pažnja.

Ključne reči: Haška konferencija za međunarodno privatno pravo, merodavno pravo, obaveze izdržavanja, autonomija volje.

1. Uvod – nastanak Protokola

Problem određivanja merodavnog prava za obaveze izdržavanja odavno zauzima značajno mesto na dnevnom redu Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, najvažnije međunarodne organizacije čiji je cilj „progresivna unifikacija pravila međunarodnog privatnog prava.“¹ Nedugo nakon što je rad ove organizacije obnovljen posle pauze izazvane Drugim svetskim ratom, usvojena je Konvencija o pravu merodavnom za obaveze izdržavanja prema deci (1956). Nepunih dvadeset godina kasnije usvojen je tekst Konvencije o pravu merodavnom za obaveze izdržavanja (1973), čiji je cilj bio, između ostalog, da zameni u odnosima između država ugovornica odredbe prethodno pomenutog međunarodnog ugovora. Tokom 1999. godine, Specijalna komisija za obaveze izdržavanja (u daljem tekstu: Specijalna komisija) je zaključila da bi Haška konferencija trebalo da započne rad na donošenju novog međunarodnog instrumenta u ovoj oblasti sa ciljem da on bude sveobuhvatan po svojoj prirodi.² Zaključak je bio podstaknut nezadovoljstvom zbog ukupnog učinka koji su međunarodni ugovori usvojeni sa ciljem da olakšaju ostvarivanje zahteva za isplatu izdržavanja u inostranstvu imali u praksi, uključujući tu i konvencije koje su donete izvan Konferencije, kao što je Konvencija UN o ostvarivanju alimentacionih zahteva u inostranstvu (1956).³ Prvobitna ideja je bila da novi instrument zameni ovu konvenciju i još četiri međunarodna ugovora koji su usvojeni u okviru Haške konferencije a koje se odnose na pitanje izdržavanja.⁴

Rad na tekstu novog dokumenta započet je 2003. godine, kada je na zasedanju Specijalne komisije postavljeno pitanje da li instrument treba da sadrži kolizione norme koje bi bile primenjivane prilikom odlučivanja o zahtevima za izdržavanje i kako te norme treba da budu obli-

¹ Član 1. Statuta Haške konferencije za međunarodno privatno pravo.

² Vidi A. Bonomi, *Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, Explanatory Report*, October 2009, str. 4.

³ Vidi J. Hirsch, *Das neue Haager Unterhaltsübereinkommen und das Haager Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht*, u knjizi: D. Coester-Waltjen, V. Lipp, E. Schumann, B. Veit (Hg.), *Europäisches Unterhaltsrecht*, 8. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2009, Göttingen, 2010, str. 18.

⁴ Pored dve već pomenute konvencije koje sadrže kolizione norme, to su još i Konvencija od 15. aprila 1958. godine o priznanju i izvršenju odluka koje se odnose na obaveze izdržavanja prema deci i Konvencija od 2. oktobra 1973. godine o priznanju i izvršenju odluka koje se odnose na obaveze izdržavanja. Vidi P. Beaumont, *International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity*, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, 3/2009, str. 513.

kovane.⁵ Od samog početka su se javile razlike, sa jedne strane, između država koje pripadaju evropskom kontinentalnom sistemu prava i koje su smatrale da nova konvencija treba da obuhvata kolizijski mehanizam i, sa druge, država sa *common law* tradicijom koje su bile protiv, najviše zbog toga što u ovim zemljama nadležnost domaćeg suda u materiji izdržavanja tradicionalno sa sobom povlači automatsku primenu domaćeg prava (*lex fori*).⁶ Na inicijativu predsedavajućeg, na istom zasjedanju je obrazovana Radna grupa za pitanje merodavnog prava koja je dobila zadatak da sačini predlog odredaba o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja. Tokom maja 2007. godine održano je još jedno zasjedanje Specijalne komisije čija je centralna tema bilo pitanje inkorporacije kolizijskih normi u sveobuhvatnu konvenciju o ostvarivanju izdržavanja u inostranstvu. Tada je doneta odluka da se odredbe o merodavnom pravu formalno razdvoje od odredaba buduće konvencije i da budu usvojene u obliku protokola.⁷ Na osnovu nacrtu koji je sastavila radna grupa i izveštaja profesora Bonomija (*Bonomi*), 23. novembra 2007. godine usvojen je tekst Protokola o pravu merodavnom za obaveze izdržavanja (u daljem tekstu: Protokol). Istog datuma je usvojena i Konvencija o ostvarivanju u inostranstvu izdržavanja za decu i ostalih oblika porodičnog izdržavanja (u daljem tekstu: Konvencija o ostvarivanju izdržavanja), koja prevashodno reguliše administrativnu saradnju država ugovornica prilikom ostvarivanja prava na izdržavanje i pitanje priznanja i izvršenja odluka donetih u ovoj materiji. Kolizijske norme iz Protokola sastavni su deo Uredbe Evropskog saveta (ES) br. 4/2009 od 18. decembra 2008. godine o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i saradnji u stvarima koje se odnose na obaveze izdržavanja (u daljem tekstu: Uredba o obavezama izdržavanja),⁸ koja u članu 15. upućuje na primenu njegovih odredaba na pitanje određivanja merodavnog prava.⁹

⁵ O savremenom stanju nacionalnih prava o izdržavanju i o razlikama između njih koje daju povoda sukobu zakona vidi, umesti svih, D. Martiny, *Current Developments in the National Laws of Maintenance*, *European Journal of Law Reform*, godište 14, 2012, str. 65.

⁶ A. Bonomi, *The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations*, *Yearbook of Private International Law*, Volume X/2008, str. 335.

⁷ A. Bonomi, *Explanatory Report*, str. 5.

⁸ Sl. list EU, L 7, 10. 01. 2010., str. 1-79.

⁹ Uporedo sa radom na pripremi Konvencije o ostvarivanju izdržavanja i Protokola u Haškoj konferenciji za međunarodno privatno pravo zakonodavac Evropske unije je pripremao Uredbu o obavezama o izdržavanju čiji je najvažniji cilj ukidanje egzekvaturu u pogledu odluka o obavezama o izdržavanju. Tvorcima Uredbe su, međutim, smatrali da se taj cilj može postići pod uslovom da nadležni organi država članica u sporovima o izdržava-

Protokol predstavlja pokušaj reformisanja odredaba, pre svega, Konvencije o pravu merodavnom za obaveze izdržavanja (1973) i donosi značajne novine u materiji kolizionog regulisanja problema izdržavanja. U nastavku ovog rada biće reči o najvažnijim aspektima ovih promena.

2. Svrha donošenja Protokola

Ideja tvoraca Protokola i predstavnika država koje su učestvovala u stvaranju njegovog teksta bila je da se isprave nedostaci pojedinih rešenja iz konvencija od 1956. i 1973. godine, te da se time omogući povećanje broja ratifikacija.¹⁰ Ovaj poslednji cilj će biti, po svemu sudeći, ispunjen već na osnovu činjenice da je Protokol ratifikovala Evropska unija,¹¹ čime će njego-

nju sa inostranim elementom prilikom određivanja merodavnog prava primenjuju unifikovane kolizione norme. Pošto se u ovom pitanju nije mogla postići saglasnost, odlučeno je da se pitanje merodavnog prava reši upućivanjem na već usvojeni Protokol, uz ostavljanje mogućnosti da neke države članice ne budu obavezane Protokolom, te da sledstveno tome ukidanjem egzekviture budu obuhvaćene samo odluke poreklom iz onih država članica koje Protokol obavezuje; vidi Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, COM (2005) 649 final; vidi, takode, P. Stone, *EU Private International Law*, 2nd edition, 2010, str. 488; Ph. Bremner, *The EU Maintenance Regulation: A Qualified Success for European Family Law*, *King's Student Law Review*, godište 2, 2010, str. 13.

¹⁰ A. Bonomi, Explanatory Report, str. 5. Konvencija o pravu merodavnom za obaveze izdržavanja prema deci (1956) je na snazi u 14 država (računajući i NR Kinu u kojoj Konvencija važi samo za Makao). Konvencija o pravu merodavnom za obaveze izdržavanja (1973) u ovom trenutku ima 15 država ugovornica (poslednja je Konvenciju ratifikovala Albanija, 2011. godine). Vidi www.hcch.net.

¹¹ Kao posledica učenja o spoljnoj nadležnosti Evropske unije u materiji u kojoj Unija ima unutrašnju legislativnu nadležnost, ova regionalna međunarodna organizacija ekonomskog karaktera postala je članica Haške konferencije za međunarodno privatno pravo 3.4.2007. godine, nakon izmena i dopuna Statuta Haške konferencije za međunarodno privatno pravo 2005. godine. Posle stupanja na snagu izmena Statuta (1. januar 2007.g.), Evropska unija je na osnovu njegovog člana 3. postala član i time stekla pravo da učestvuje u radu Konferencije, da potpisuje i ratifikuje konvencije koje su rezultat rada konferencije; vidi o ovoj problematici, naročito P. Craig, G. De Búrca, *EU Law: Texts, Cases and Materials*, Oxford University Press, 5th edition, 2011, str. 75 et seq.; D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law*, Cambridge University Press, 2nd edition, 2010, str. 630; Malatesta, A., Bariatti, S., Pocar, F., *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Padova, 2008, str. 55; M. Niedźwiedz, P. Mostowik, Implications of the ECJ 'Lugano II' Opinion for European Union's External Actions Concerning Private International Law, *Yearbook of Polish European Studies*, godište 13, 2010, str. 129; B. Bordaš, Osvrt na posledice nadležnosti - Evropske zajednice u materiji međunarodnog privatnog prava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, godište XLIII, br. 1, 2009, str. 85-107.

ve odredbe nakon stupanja na snagu postati obavezujuće za nacionalne sudove svih država članica, osim Danske i Ujedinjenog Kraljevstva.¹² U odnosima između država ugovornica, Protokol zamenjuje dve pomenute konvencije.¹³ Rešenja usvojena u tekstu ovog dokumenta pokazuju da je Konvencija od 1973. godine poslužila kao osnova za njegovu izradu.

Naziv ovog akta (Protokol) neobičan je, imajući u vidu da u praksi Haške konferencije do njegovog donošenja nije korišćen za označavanje međunarodnog ugovora koji sadrži materiju iz oblasti delovanja ove organizacije, a posebno s obzirom na činjenicu da je u pitanju pravni izvor koji je potpuno nezavisan od bilo kog drugog instrumenta i otvoren za sve države. Naziv je izabran kako bi se naglasilo „zajedničko poreklo i funkcionalna povezanost“ između Protokola i Konvencije o ostvarivanju izdržavanja.¹⁴ Oba instrumenta služe tome da olakšaju ostvarivanje prava na izdržavanje u situacijama kada se dužnik i poverilac nalaze u različitim državama, rešavajući određene probleme koji se tim povodom mogu javiti.¹⁵

3. Polje primene Protokola

Odvojenost Protokola i Konvencije o ostvarivanju izdržavanja naglašena je i činjenicom da je polje primene Protokola definisano znatno šire u odnosu na ovu konvenciju. Krug odnosa na koje se primenjuje Protokol određen je na način koji je identičan onom iz člana 1. Konvencije o pravu merodavnom za obaveze izdržavanja iz 1973 (u daljem tekstu: Konvencija iz 1973). Kolizione norme iz Protokola služe određivanju merodavnog prava za obaveze izdržavanja koje proističu iz porodičnih odnosa, krvnog srodstva, braka ili tazbinskog srodstva, uključujući i obaveze izdržavanja prema detetu bez obzira na to da li je ono rođeno u braku ili van njega.¹⁶ Međutim, za razliku od Konvencije iz 1973 koja do-

¹² Pored Evropske unije, Republika Srbija je takođe potpisala i ratifikovala Protokol, vidi Sl. glasnik RS, Međunarodni ugovori, br. 1/2013. Pošto je Evropska unija u skladu sa stavom 3 člana 24 Protokola usvojila deklaraciju o tome da materija koju reguliše Protokol potpada pod njenu nadležnost, i da će njene države članice koje su pre-nele tu materiju u nadležnost Unije biti obavezane Protokolom na osnovu potpisa i ratifikacije koju izvrši Evropska unija, stekli su se preduslovi da Protokol stupi na snagu u skladu sa odredbama člana 25; vidi tekst Deklaracije Evropske unije na veb strani Haške konferencije: http://www.hcch.net/index_en.php?act=status.comment&csid=1065&disp=resdn, posećene poslednji put 7. marta 2013. g.

¹³ Član 18. Protokola.

¹⁴ A. Bonomi, The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, str. 337.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Stav. 1. član 1. Protokola.

zvoljava ugovornicama da izjave kako neće primenjivati njene odredbe na određene vrste odnosa kao što su, na primer, obaveze izdržavanja između pobočnih i tazbinskih srodnika,¹⁷ Protokol ne dopušta stavljanje bilo kakvih rezervi.¹⁸

Navedena odredba Protokola primera radi pominje porodične odnose koji mogu biti osnova za potraživanje izdržavanja, ali ne definiše granice „porodičnog odnosa“. Ovo znači da će primena njegovih kolizijskih normi zavisiti od toga da li se jedan odnos u pravu države ugovornice (pravu države suda) smatra „porodičnim odnosom“ koji stvara obavezu izdržavanja. Tvorci Protokola su naročito imali u vidu problem koji može nastati u vezi sa brakovima ili registrovanim partnerstvima lica istog pola.¹⁹ Pitanje da li se Protokol primenjuje i na ove odnose namerno je ostavljeno nerešeno, kako bi se izbegla polarizacija potencijalnih ugovornica po tom pitanju.²⁰ Time se odluka o tome da li pomenuti odnos predstavlja brak ili uopšte porodični odnos čini zavisnom od shvatanja usvojenog u pravu države suda. Iz te odluke dalje sledi da li će merodavno pravo za taj odnos biti određeno primenom nacionalnih kolizijskih normi, kolizijskih normi iz Protokola namenjenih regulisanju odnosa supružnika ili odredaba Protokola koje se tiču odnosa između drugih srodnika.

Kolizijske norme koje sadrži Protokol su univerzalnog karaktera. Ovo znači da se pravo merodavno na osnovu Protokola primenjuje bez obzira da li je reč o pravu države ugovornice.²¹ Isto rešenje je prisutno u članu 3. Konvencije iz 1973. Takođe, Protokol predivađa da njegove odredbe nemaju uticaj na rešavanje prethodnog pitanja – da li postoji porodični odnos koji predstavlja osnov potraživanja.²²

4. Kolizijski mehanizam Protokola

4.1. Uobičajeno boravište poverioca kao osnovno rešenje

Član 3. sadrži opšte kolizijsko pravilo koje se primenjuje ako Protokolom nije ništa drugo predviđeno. Ova odredba upućuje na primenu prava zemlje uobičajenog boravišta poverioca izdržavanja. U pitanju je reše-

¹⁷ Vidi član 14. Konvencije iz 1973.

¹⁸ Član 27. Protokola.

¹⁹ A. Bonomi, *The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations*, str. 339.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Član 2. Protokola glasi: „Ovaj Protokol se primenjuje čak i ako je merodavno pravo države nečlanice.“

²² Stav 2. člana 1. Protokola.

nje koje se može nazvati tradicionalnim, s obzirom na to da je već prisutno u haškim konvencijama iz 1956. i 1973. godine. Najvažnija prednost ovog kolizionog rešenja je u tome što omogućava da se pravo na izdržavanje i visina izdržavanja odrede uzimajući u obzir pravne i činjenične uslove u društvenoj sredini u kojoj će poverilac koristiti dosuđeno izdržavanje za svoje životne potrebe.²³ Primena prava uobičajenog boravišta poverioca ima u vidu činjenicu da je obično on taj koji je slabija strana u odnosu i da mu je potrebno pružiti zaštitu.²⁴ Na ovaj način se izbegava i različito postupanje prema poveriocima različitog državljanstva koji žive u istoj društvenoj sredini, jer se izdržavanje određuje prema pravilima na snazi u toj sredini, a ne prema pravu njihovog državljanstva.²⁵ Budući da se kriterijum uobičajenog boravišta poverioca izdržavanja koristi u normama nacionalnog i nadnacionalnog karaktera kako bi se odredila direktna međunarodna nadležnost za ovu vrstu sporova, upotreba ove tačke vezivanja u kolizionoj normi dovodi do paralelizma nadležnosti i merodavnog prava, tj. do toga da nadležni sud primenjuje domaće pravo što sa sobom nosi niz prednosti praktičnog karaktera.²⁶

4.2. Odstupanje od osnovnog kolizionog rešenja

Odstupanje od primene prava uobičajenog boravišta poverioca moguće je na osnovu člana 4. Protokola, kada su u pitanju određene kategorije poverilaca. To predstavlja novinu u odnosu na Konvenciju iz 1973. koja predviđa supsidijarno vezivanje za sve kategorije poverilaca.²⁷ U slučajevima koji su definisani ovom odredbom pomenuta tačka vezivanja ustupa mesto primeni *prava države suda i prava zajedničkog državljanstva* poverioca i dužnika, ako ono postoji. Član 4. se primenjuje kada je reč o obavezama izdržavanja roditelja prema deci (a), obavezama izdržavanja svih ostalih lica, osim roditelja, prema licima koja nisu navršila 21 godinu života, osim kada obaveza proističe iz braka (b) i obavezama izdržavanja dece prema svojim roditeljima (v).²⁸ Njime su pomenuta lica stavljena u povoljniji položaj u odnosu na ostale poverioce, budući da je omogućena supsidijarna primena prava koje je za njih povoljnije u konkretnom slučaju. Iako je odredba sročena tako da implicira favorizovanje uske kategorije poverilaca, van nje-

²³ A. Bonomi, *Explanatory Report*, str. 14.

²⁴ Vidi D. Martiny, *Maintenance Obligations in the Conflict of Laws, Recueil des cours*, vol. 247/1994, str. 175.

²⁵ Vidi A. Bonomi, *Explanatory Report*, str. 14.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Vidi čl. 5. i 6. Konvencije.

²⁸ stav 1. člana 4. Protokola.

nog domaćaja ostali su slučajevi koji imaju mali praktičan značaj. Osim obaveza izdržavanja koje svoju osnovu imaju u braku, izvan opsega člana 4. ostaju samo potraživanja određenih poverilaca koja su zasnovana na pobočnom ili tazbinskom srodstvu. Reč je o licima u pogledu čijeg prava na izdržavanje, uporednopravno posmatrano, postoje dileme, te je logično da ona budu isključena iz kruga povlašćenih subjekata.²⁹

Član 4. podrazumeva inverziju supsidijarnih tačaka vezivanja u odnosu na rešenja koja su predviđena čl. 5. i 6. Konvencije iz 1973. Naime, Konvencija kao prvo supsidijarno rešenje predviđa primenu prava zajedničkog državljanstva poverioca i dužnika, a tek nakon toga prava države suda. Pravilo uspostavljeno st. 2-4. člana 4. Protokola nameće obrnuti redosled. Pri tome je naročito naglašen značaj prava države suda.

4.2.1. Značajna uloga *lex fori*

Važan element kolizionog mehanizma ustanovljenog Protokolom je primena prava države suda. Kada su u pitanju poverioci obuhvaćeni članom 4. (a to je, kao što smo videli, najširi krug subjekata koji potražuju izdržavanje) pravo države suda ima gotovo jednak značaj kao i pravo uobičajenog boravišta poverioca. Time je ratifikacija Protokola učinjena privlačnijom za države u kojima se tradicionalno primenjuje *lex fori* na tužbene zahteve povodom izdržavanja.

U pojedinim situacijama primena *lex fori* se javlja čak kao koliziono rešenje koje ima prednost u odnosu na opšte pravilo predviđeno u članu 3. Ako je poverilac pokrenuo postupak pred sudom države u kojoj dužnik izdržavanja ima uobičajeno boravište, merodavno je pravo te države.³⁰ Tek ukoliko na osnovu ovog zakona poverilac ne može ostvariti pravo na izdržavanje, primenjuje se pravo poveriočevog uobičajenog boravišta.³¹ Potrebno je naglasiti da primena prava države suda podrazumeva da je postupak pokrenuo poverilac. Time se on dovodi u nešto povoljniji položaj budući da mu je na raspolaganju ograničeni *forum shopping* – mogućnost da posredno izabere merodavno pravo, birajući pred kojim će sudom pokrenuti postupak. Time se sprečava i mogućnost da do odstupanja od primene prava uobičajenog boravišta poverioca i primene prava suda/organa koji postupa dođe na inicijativu dužnika izdržavanja koji bi mogao da pred sudom svog uobičajenog boravišta pokrene postupak u cilju izmene ranije donete odluke o izdržavanju.³²

²⁹ Vidi A. Bonomi, *Explanatory Report*, str. 16.

³⁰ Stav 3. člana 4. Protokola.

³¹ *Ibidem*.

³² A. Bonomi, *The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations*, str. 345.

Osim kao primarno rešenje za kategorije poverilaca pomenute u st. 1. člana 4. kada je postupak pokrenut u državi uobičajenog boravišta dužnika, pravo države suda se supsidijarno primenjuje u svakom slučaju kada poverilac ne može da dobije izdržavanje na osnovu prava svog uobičajenog boravišta.³³ Pod situacijom u kojoj poverilac „ne može da dobije izdržavanje“ podrazumeva se ne samo slučaj kada je pravom mesta uobičajenog boravišta poverioca predviđeno da konkretna porodična veza uopšte ne stvara obavezu izdržavanja, već i slučaj kada takva obaveza načelno postoji za dužnika izdržavanja prema pravu ove države, ali u konkretnom slučaju nisu ispunjeni svi zakonski uslovi da bi poveriocu moglo da bude dodeljeno izdržavanje.³⁴ Nakon debate koja je prethodila usvajanju teksta Protokola ostalo je nejasno, međutim, da li navedena odredba obuhvata situaciju kada poverilac ne može da dobije izdržavanje prema zakonu države svog uobičajenog boravišta zbog ekonomske nemogućnosti dužnika da plaća izdržavanje. Iako konstatuje da je, teorijski posmatrano, teško razlikovati ovu situaciju od ostalih slučajeva kada prema merodavnom pravu nije ispunjen neki od uslova za dosuđivanje izdržavanja, profesor Bonomi u svom izveštaju ipak konstatuje da većina predstavnika država koje su učestvovala u usvajanju Protokola nije podržala tumačenje koje bi favorizovalo poverioca (odstupanjem od primarno merodavnog prava) i u ovakvim slučajevima.³⁵

4.2.2. Pravo zajedničkog državljanstva poverioca i dužnika kao merodavno

Kao poslednja mogućnost u kolizionoj lestvici definisanoj članom 4. Protokola javlja se primena prava zajedničkog državljanstva poverioca i dužnika izdržavanja.³⁶ Primena prava zajedničkog državljanstva stranaka na tužbeni zahtev povodom izdržavanja moguća je, međutim, samo ako poverilac ne bi mogao da dobije izdržavanje ni primenom prava države uobičajenog boravišta poverioca ni prava države suda, bez obzira na redosled po kojem se primenjuju navedena prava. Države ugovornice koje se u svom međunarodnom privatnom pravu oslanjaju na prebivalište kao tačku vezivanja za porodičnopravne odnose, mogu obavestiti Konferenciju da će primenjivati pravo zajedničkog prebivališta, umesto prava zajedničkog državljanstva stranaka.³⁷ Pomeranje zajedničkog državljanstva

³³ Stav 2. člana 4. Protokola.

³⁴ Vidi A. Bonomi, *Explanatory Report*, str. 18.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Vidi stav. 4. člana 4. Protokola.

³⁷ Vidi član 9. Protokola; Irska je iskoristila ovu mogućnost i posredstvom Evropske komisije obavestila Hašku konferenciju da će u slučajevima pred njenim pravosuđem

stranaka na treće mesto na kolizionoj lestvici člana 4,³⁸ u mnogome smanjuje praktičan značaj ove tačke vezivanja čija je upotreba u stvarima koje se odnose na obaveze izdržavanja često podložna kritici, najviše zbog činjenice da je njena primena diskriminatorna, budući da pogoduje samo poveriocu koji je u državlanskoj vezi sa dužnikom.³⁹

4.3. Pravo merodavno za izdržavanje između supružnika – specijalna klauzula odstupanja

Članom 5. Protokola ispravljen je jedan od najvećih nedostataka kolizionih rešenja Konvencije iz 1973. Konvencijom je, u članu 8, predviđeno da je za obaveze izdržavanja između bivših supružnika, kada je brak razveden, kao i kada je poništen, merodavno pravo koje je bilo primenjeno na razvod, odnosno poništaj braka. Analogno pravilo se primenjuje i na zakonsku rastavu. Ovakvo rešenje sa sobom nosi brojne nedostatke, od kojih je verovatno najveći činjenica da ono ne podrazumeva unifikaciju kolizionih normi država ugovornica, budući da merodavno pravo za obaveze izdržavanja zavisi od nacionalnih kolizionih normi za razvod koje se razlikuju od države do države. Takođe, problem sa njim je i u tome što ne može da posluži određivanju merodavnog prava kada je zahtev za izdržavanje podnet za vreme trajanja braka, što dovodi do primene različitih prava na zahteve za izdržavanje dece prema roditeljima i supružnika jednih prema drugima i što je nekada teško odrediti pravo koje je bilo primenjeno na razvod braka.⁴⁰ Ovo poslednje je slučaj kada je brak razveden kumulativnom primenom više različitih prava.⁴¹

Kako bi navedene teškoće bile izbegnute, tvorcii Protokola su posegli za logičnim rešenjem – opšte koliziono pravilo iz člana 3. važi i za tužbene zahteve povodom izdržavanja između supružnika. Načelno posmatrano, zakon na snazi u državi uobičajenog boravišta poverioca izdržavanja reguliše i ove slučajeve. Ovo pravilo važi bez obzira na to da li je brak prestao ili još traje.

umesto prava zajedničkog državljanstva koristiti pravo zajedničkog prebivališta čiji je pojam određen u njenom pravu; vidi veb stranu http://www.hcch.net/index_en.php?act=status.comment&csid=1065&disp=resdn, poslednji put posećenu 7. marta 2013.g.

³⁸ U članu 5. Konvencije iz 1973 primena zajedničkog *lex nationalis*-a stranaka je predviđeno kao prvo supsidijarno rešenje, u slučaju da poverilac ne može da dobije izdržavanje na osnovu prava svog uobičajenog boravišta.

³⁹ Vidi A. Bonomi, *Explanatory Report*, str. 20.

⁴⁰ Vidi D. Martiny, *op. cit.*, str. 192-196.

⁴¹ *Ibidem*, str. 195.

Sa druge strane, primena prava uobičajenog boravišta poverioca izdržavanja nije uvek odgovarajuće rešenje kada su u pitanju zahtevi za izdržavanje između supružnika. Primena tog prava mogla bi da bude suprotna legitimnim očekivanjima dužnika, ako su supružnici pre razvoda živeli u državi čije pravo ne gleda blagonaklono na ovu vrstu izdržavanja, a poverilac je nakon razvoda zasnovao uobičajeno boravište u drugoj državi, čiji bi povoljniji zakon na osnovu pravila iz člana 3. Protokola sada trebalo da bude primenjen na njegov tužbeni zahtev. Mogućnost da primena opšteg kolizionog rešenja dovede do prekomerne favorizacije poverioca, kao i činjenica da nacionalna prava pojedinih država u Evropi priznaju supružniku pravo na izdržavanje vrlo restriktivno,⁴² razlozi su koji opravdavaju primenu specijalne koliziono-norme u ovakvim slučajevima.⁴³ Ipak, tvorci Protokola su pošli drugačijim putem – opšte koliziono rešenje je modifikovano specijalnom klauzulom odstupanja. Prema članu 5. Protokola, pravo države uobičajenog boravišta poverioca se ne primenjuje *ako se jedna od stranaka protivi primeni tog prava i ako je brak u bližoj vezi sa pravom druge države*, a posebno države u kojoj su supružnici imali poslednje zajedničko uobičajeno boravište.

Osnovna specifičnost specijalne klauzule odstupanja formulisane u ovoj odredbi je to što se ona aktivira ne na osnovu inicijative organa primene, već na osnovu zahteva jedne od stranaka. U odsustvu takvog zahteva, sama činjenica da se brak nalazi u bližoj vezi sa nekim drugim pravom ne igra ulogu. Analiza na osnovu klauzule odstupanja se, prema tome, sprovodi samo kada jedna od stranaka to zahteva čime se smanjuje nesigurnost karakteristična za takve postupke.⁴⁴ Međutim, samo postojanje zahteva još uvek ne znači da će doći do odstupanja od primene prava mesta uobičajenog boravišta poverioca, jer za to moraju biti ispunjeni uslovi koji se odnose na objektivnu povezanost braka sa drugom državom.⁴⁵ Prilikom provere da li takva veza objektivno postoji, prema samom slovu člana 5. Protokola, naročito valja voditi računa o vezi sa državom u kojoj su supružnici imali poslednje zajedničko uobičajeno boravište. Ovde se ne radi o pravoj pravnoj pretpostavci u pogledu postojanja bliske veze sa ovom državom, već jednostavno o jednoj od in-

⁴² Vidi J. Ribot, The Financial Consequences of Divorce Across Europe, ERA Forum, godište 12, 2011, str. 71-87.

⁴³ Vidi A. Bonomi, The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, str. 346, 347.

⁴⁴ *Ibidem*, str. 348.

⁴⁵ *Ibidem*, str. 349.

dicija koja u velikom broju slučajeva ima značajnu ulogu. Ostale relevantne činjenice takođe mogu biti uzete u obzir, uključujući tu i činjenicu da supružnici u trenutku presuđenja imaju uobičajeno boravište u istoj državi, iako im se *poslednje zajedničko* uobičajeno boravište nalazi na teritoriji druge države.⁴⁶ U takvom slučaju bi odstupanje od primene prava uobičajenog boravišta poverioca u korist primene prava poslednjeg zajedničkog uobičajenog boravišta supružnika bilo teško opravdati.

Pored zahteva za izdržavanje između supružnika kada je brak razveden ili još uvek traje, pomenuta odredba se odnosi i na brakove koji su prestali usled poništaja.

4.4. Naglašena uloga autonomije volje

Jedna od najznačajnijih novina koju donosi Protokol je mogućnost za stranke da sporazumno odrede pravo koje će biti primenjeno na potraživanje proisteklo iz obaveze izdržavanja. Uvođenje stranačke autonomije volje je sastavni deo savremenog trenda u međunarodnom privatnom pravu da se primena ove tačke vezivanja proširuje sa tradicionalnog polja obligacionog prava, na polje porodičnopravnih i odnosa povodom nasleđivanja, gde ona ima značajnu ulogu u prevazilaženju razlika između država koje koriste državljanstvo kao osnovnu poveznicu u pomenutim odnosima (zemlje koje pripadaju evropskom kontinentalnom sistemu prava) i onih koje se opredeljuju za domicil kao tačku vezivanja u ovoj materiji (*common law* zemlje).⁴⁷

Odredbe o autonomiji volje prilikom određivanja merodavnog prava sadržane su u čl. 7. i 8. Protokola. Njihov cilj je da odrede uslove pod kojima je sporazum o merodavnom pravu moguć i punovažan. Izbor merodavnog prava, naime, podleže ograničenjima čiji je prevashodni cilj da se zaštititi poverilac izdržavanja od mogućih zloupotreba.⁴⁸ Zbog toga Protokol predviđa različite uslove za izbor merodavnog prava kada je spor povodom izdržavanja već nastao (član 7) u odnosu na slučajeve kada se izbor vrši u bilo kom trenutku pre nastanka spora (član 8).

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Vidi E. Jayme, Party Autonomy in International Family and Succession Law: - New Tendencies, *Yearbook of Private International Law*, Vol. XI/2009, str. 3.; J. Carruthers, Party Autonomy in the Legal Regulation of Adult Relationships: What Place for Party Choice in Private International Law?, *International and Comparative Law Quarterly*, godište 61, 2012, str. 881-913; T. Marzal Yetano, The Constitutionalization of Party Autonomy in European Family Law, *Journal of Private International Law*, godište 6, 2010, str. 178.

⁴⁸ A. Bonomi, *Explanatory Report*, str. 28.

4.4.1. Izbor merodavnog prava za spor o izdržavanju u konkretnom postupku

Član 7. Protokola daje strankama mogućnost da se izričito sporazumeju o pravu koje će biti primenjeno na konkretan postupak povodom izdržavanja. Sloboda izbora se odnosi na slučajeve u kojima je poverilac izdržavanja već pokrenuo ili će u neposrednoj budućnosti pokrenuti postupak pred sudom ili drugim organom određene države i ograničena je na pravo države organa koji postupaju. U takvim situacijama spor povodom izdržavanja je već nastao, stranke su u poziciji da saznaju kakve su im pravne pozicije na osnovu izabranog prava, pa je rizik od zloupotreba nevelik.⁴⁹

Navedena odredba legalizuje sporazume koje su stranke postigle pred sudom koji vodi postupak o tome da na njihov spor bude primenjeno *lex fori*. U pogledu ovakvih sporazuma Protokol nameće jedino uslov da sporazum mora biti zaključen izričito.⁵⁰ Ostali uslovi koji se odnose na način na koji stranke mogu dati svoju saglasnost (na primer, da li je to moguće učiniti izjavom datom na zapisnik sa ročišta) nužno zavise od procesnih pravila koja primenjuje postupajući sud.

Ako je izbor prava države suda učinjen pre nego što je poverilac pokrenuo postupak, Protokol nameće izvesne uslove u pogledu forme za punovažnost ovakvog sporazuma.⁵¹ On mora biti sačinjen u pisanom obliku ili bilo kom drugom obliku koji omogućuje da se njegovoj sadržini pristupi naknadno i stranke ga moraju potpisati. U izveštaju uz nacrt Protokola se navodi da je prilikom njegove izrade odbačena ideja o uspostavljanje vremenskog limita koji bi obavezivao tužioca na pokretanje postupka u određenom roku nakon zaključenja sporazuma,⁵² ali sporazum može da proizvede dejstvo samo ukoliko je postupak zaista i pokrenut pred sudom ili organom koji je u njemu označen.⁵³ Pri tome se podrazumeva da stranke moraju izričito navesti pravo koje biraju ili barem organ pred kojim će biti pokrenut postupak. Sporazumi koji bi uopšteno ukazivali na primenu prava države pred čijim sudom će biti pokrenut postupak ne bi bili punovažni, jer pre nego što je postupak pokrenut nije jasno šta predstavlja „pravo države suda.“⁵⁴ Takav sporazum bi eventualno mogao da proizvede dejstvo ako bi ispunjavao uslove koje član 8. Protokola predviđa za sporazume zaključene „u svakom trenutku.“

⁴⁹ *Ibidem*, str. 29.

⁵⁰ Stav 1. člana 7. Protokola.

⁵¹ Vidi stav 2. člana 7. Protokola.

⁵² A. Bonomi, *Explanatory Report*, str. 30.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *ibidem*.

4.4.2. Izbor merodavnog prava pre nastanka spora o izdržavanju

Za razliku od prethodno pomenute odredbe, član 8. Protokola sadrži pravila koja se odnose na sporazum o merodavnom pravu koji može biti zaključen u svakom trenutku. Naravno, svrha ovakve formulacije je prevashodno da se strankama omogući postizanje sporazuma o merodavnom pravu pre nego što je došlo do spora povodom izdržavanja.

Kako bi bile izbegnute eventualne zloupotrebe, sloboda izbora merodavnog prava je podvrgnuta višestrukim ograničenjima. Prema jednom od njih sporazum o merodavnom pravu zaključen u skladu sa članom 8. ne može da se tiče izdržavanja lica koje je mlađe od 18 godina, niti odaslog lica koje nije u stanju da se stara o zaštiti svojih interesa.⁵⁵

Drugo značajno ograničenje slobode izbora iz člana 8. Protokola odnosi se na predmet izbora. Strankama je dozvoljeno da izaberu samo jedno od prava koja su pobrojana u stavu 1. ovog člana. Sporazum može da se odnosi na primenu:

- (a) prava državljanstva jedne od stranaka u trenutku izbora;
- (b) prava države uobičajenog boravišta jedne od stranaka u trenutku izbora;
- (v) prava koje su stranke izabrale kao merodavno za svoje imovinske odnose ili prava koje je već primenjeno na te odnose, i
- (g) prava koje su stranke izabrale za svoj razvod ili rastavu ili prava koje je već primenjeno na razvod ili rastavu.

⁵⁵ Stav 3. člana 8. Protokola. Pošto je, s jedne strane Evropska unija aktivno učestvovala u izradi kako Protokola, tako i Konvencije o ostvarivanju u inostranstvu izdržavanja za decu i ostalih oblika porodičnog izdržavanja (2007) a paralelno je pripremala Uredbu br. 4/2009 o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i o saradnji u materiji koja se odnosi na obaveze izdržavanja (usvojena 18. decembra 2008. godine, stupila na snagu 18. juna 2011. g.) čiji je cilj blizak, ali ne i identičan ciljevima Konvencije, i pošto je, s druge strane pitanje merodavnog prava Uredbom regulisano tako da se u članu 15 propisuje da se merodavno pravo određuje na osnovu Protokola – i to u *državama članicama koje Protokol obavezuje* – Uredbom je usklađena odredba o prorogacionoj nadležnosti sudova država članica i odredba člana 8 Protokola o izboru merodavnog prava za obaveze izdržavanja. Znači, član 4 Uredbe, koji se odnosi na prorogaciju nadležnosti u materiji koja se odnosi na obaveze izdržavanja ne primenjuje se u pogledu sporova koji se tiču obaveze izdržavanja prema detetu koje je mlađe od 18 godina. Odredbe Uredbe 44/2001 o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima o obavezama izdržavanja zamenjene su odredbama Uredbe 4/2009 (stav 1 člana 68). Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog parlamenta i Saveta od 12. decembra 2012.g. o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima (Sl. list EU, L 351/1 od 20.12.2012. kojom se menja Uredba br. 44/2001) u tački (e) stava 2 člana 1. isključuje iz svog polja primene obaveze izdržavanja čiji je osnov u porodičnom odnosu, roditeljstvu, braku ili srodstvu.

Opcije predviđene tačkama v) i g) ponuđene su za slučajeve spороva o izdržavanju između supružnika ili bivših supružnika. Njihova očigledna prednost je u tome što dovode do primene istog prava na bračnoimovinski režim/razvod i na izdržavanje. Nedostatak je to što punovažnost izbora merodavnog prava za izdržavanje zavisi od punovažnosti izbora merodavnog prava za razvod ili imovinske odnose u braku. Ako postupajući sud zaključi da sporazum stranaka u pogledu prava merodavnog za razvod ili raspravljjanje bračne tekovine nije punovažan, ta nepunovažnost nužno pogađa i sporazum o izboru prava za obaveze izdržavanja.⁵⁶

Čak i kada su stranke izvršile izbor jednog od prava pobrojanih u stavu 1. ovog člana, njihova volja ne mora biti poštovana u svakom konkretnom slučaju. Stav 4. člana 8. sadrži klauzulu na osnovu koje poverilac izdržavanja ne može da se odrekne zaštite koju uživa po pravu svog uobičajenog boravišta. Ova odredba predviđa da je, bez obzira na to koje su pravo stranke izabrale kao merodavno, za mogućnost odricanja poverioca od prava na izdržavanje merodavno pravo njegovog uobičajenog boravišta u trenutku izbora. Ona je uneta u tekst na insistiranje delegacije Evropske unije i ima za cilj da spreči poverioca da se preko izbora naročito liberalnog prava odrekne izdržavanja koje bi mu pripadalo da sporazum o merodavnom pravu nije zaključen.⁵⁷

Sud države ugovornice takođe može da zanemari sporazum o merodavnom pravu kada nađe da bi primena izabranog prava u konkretnom slučaju dovela do nepravinih ili nerazumnih posledica za bilo koju od stranaka, osim ukoliko su u trenutku izbora one bile u potpunosti obaveštene i svesne posledica tog izbora.⁵⁸ Odredba bi trebalo da predstavlja kolizionopravni pandan ovlašćenju koje imaju sudovi pojedinih država na osnovu svog supstancijalnog prava, da izmene ili stave van snage sporazum o izdržavanju između stranaka kada njegova primena vodi nepravinih ili nerazumnim rezultatima.⁵⁹ Stavljanje van snage sporazuma stranaka o merodavnom pravu značilo bi da se ono određuje primenom kolizionih normi koje važe u odsustvu izbora.⁶⁰

⁵⁶ Vidi A. Bonomi, *Explanatory Report*, str. 32.

⁵⁷ *Ibidem*, str. 34; može se primetiti da je tehnika primenjena u ovom slučaju vrlo slična onoj kojom se evropski zakonodavac služi u Uredbi Evropskog parlamenta i Saveta br. 593/2008 o pravu merodavnom za ugovorne obaveze (Rim I, Sl. list EU, L 177, 4.07.2008, str. 6-16), kako bi se zaštitili interesi potrošača kod izbora merodavnog prava za potrošačke ugovore (stav 2. člana 6. Uredbe).

⁵⁸ Stav 5. člana 8. Protokola.

⁵⁹ Vidi A. Bonomi, *The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations*, str. 357.

⁶⁰ *Ibidem*.

Sporazum o merodavnom pravu je i sam nužno podvrgnut pravilima koja određuju njegovu punovažnost. Protokol ne kaže ništa o tome koje je pravo merodavno za sporazum o izboru merodavnog prava. Međutim, u izveštaju uz tekst Protokola se navodi da je, u odsustvu drugačijeg sporazuma stranaka, na pitanja postojanja i punovažnosti sporazuma o pravu merodavnom za obaveze izdržavanja poželjno primeniti pravo koje je označeno u samom sporazumu.⁶¹ Jednostavnije rečeno, shvatanje o primeni tzv. putativnog *lex causae* znači da se punovažnost sporazuma o merodavnom pravu procenjuje na osnovu prava koje bi bilo primenjeno kada bi sporazum bio punovažan.

Sa ovim pitanjem je povezano pitanje načina na koji sporazum može biti zaključen. U pogledu forme, dilema ne postoji – sporazum o izboru merodavnog prava mora biti zaključen u pisanom obliku ili bilo kom drugom obliku koji omogućuje da se njegovoj sadržini naknadno pristupi, a stranke ga moraju potpisati. Protokol, međutim, ne kaže ništa o tome da li sporazum mora biti izričit ili merodavno pravo može biti izabrano i prećutno. Slučajevi u kojima ovo može biti sporno nisu nezamislivi u praksi. Dobru ilustraciju problema koji može nastati pruža slučaj iz novije nemačke sudske prakse u kojem se spor ticao tužbe za razvod i podelu bračne tekovine koju je podneo norveški državljanin protiv svoje supruge Nemice. Supružnici su zaključili brak u Nemačkoj i nakon dve godine su se odselili u Norvešku. Za vreme dok su živeli u Norveškoj zaključili su sporazum kojim su za imovinu stečenu u svom braku predvideli režim odvojene imovine. Nakon izvesnog vremena, supružnici su se vratili u Nemačku gde je suprug i podneo tužbu. Tužena se branila pozivajući se na sporazum zaključen u Norveškoj. Prema nemačkom Uvodnom zakonu za Građanski zakonik (1994), za bračnimovinski režim je merodavno pravo koje se primenjuje na dejstva braka u trenutku njegovog zaključenja, što je u navedenom slučaju bilo pravo Nemačke kao pravo zajedničkog uobičajenog boravišta supružnika.⁶² Prema tom pravu, sporazum zaključen u Norveškoj nije punovažan. Njegova sudbina zavisi, međutim, od toga da li se može smatrati da su stranke prećutno izabrale primenu norveškog prava na svoj bračnimovinski režim, što je izbor koji nemačko međunarodno privatno pravo u konkretnom slučaju dopušta.⁶³ Hipotetički posmatrano, ako bi se sporazum zaključen u navedenom primeru odnosio samo na isključenje potraživanja supružnika u pogledu izdržavanja, u svetlu primene člana 8. Protokola, određivanje merodavnog prava za obaveze izdržavanja bi zavisilo od toga da li se može uzeti da su stranke zaključile

⁶¹ Vidi A. Bonomi, *Explanatory Report*, str. 35.

⁶² Vidi čl. 14. i 15. Uvodnog zakona za Građanski zakonik.

⁶³ Slučaj naveden prema: E. Jayme, *op. cit.*, str. 5, 6.

prećutni sporazum o izboru merodavnog prava i da li je takav sporazum uopšte dopušten Protokolom. Budući da ovakvi sporazumi nisu zabranjeni Protokolom, smatramo da njihovo postojanje i punovažnost zavisi od procene suda države ugovornice koji postupa u konkretnom slučaju o tome da li su prisutne indicije dovoljne da ukažu na stvarnu volju stranaka da prećutno zaključče sporazum o merodavnom pravu.

4.5. Odbrambena klauzula

U članu 6. Protokola sadržana je odredba koja treba da posluži zaštiti interesa dužnika izdržavanja, u slučaju kada plaćanje izdržavanja nije predviđeno kao obaveza pravom sa kojim je dužnik u bliskoj vezi. Konkretnije, dužnik izdržavanja može da osporava zahtev za izdržavanje koji je podneo poverilac, ako obaveza izdržavanja ne postoji ni prema pravu uobičajenog boravišta dužnika, ni prema pravu zajedničkog državljanstva stranaka, ako stranke imaju zajedničko državljanstvo. Rešenje je očigledno inspirisano sličnom odredbom iz člana 7. Konvencije iz 1973.g. Međutim, za razliku od odredbe Konvencije koja ovakvu odbranu dopušta samo kada su u pitanju tužbeni zahtevi pobočnih i tazbinskih srodnika, član 6. Protokola se primenjuje na sve obaveze izdržavanja, osim na obaveze izdržavanja roditelja prema deci i obaveze međusobnog izdržavanja sadašnjih ili bivših supružnika.

U situaciji kada poverilac i dužnik nemaju zajedničko državljanstvo, dužnik se može osloboditi obaveze plaćanja na osnovu činjenice da pravo države njegovog uobičajenog boravišta ne predviđa takvu obavezu. Ukoliko stranke imaju zajedničko državljanstvo, dužnik će uspeti da se odbrani od zahteva poverioca samo ako ni pravo njihovog državljanstva ni pravo uobičajenog boravišta dužnika ne poznaju obavezu plaćanja izdržavanja u konkretnom slučaju. Drugim rečima, uslovi za primenu odbrane su stroži u slučaju da stranke vezuje državljanska veza. U pitanju je rešenje koje je upravo suprotno od onog sadržanog u Konvenciji iz 1973.g.⁶⁴

4.6. Pravilo o određivanju visine iznosa za izdržavanje

Pored klauzule javnog poretka (član 13.), Protokol sadrži još jednu materijalnopравnu odredbu. Prema toj odredbi, prilikom određivanja visine izdržavanja uvek se uzimaju u obzir prihodi dužnika i potrebe poverioca, uključujući i svaku naknadu koja je data poveriocu izdržavanja ume-

⁶⁴ Prema članu 7. Konvencije, kada stranke imaju zajedničko državljanstvo, dužnik se može pozivati alternativno na pravo zajedničkog državljanstva ili pravo svog uobičajenog boravišta.

sto periodičnih plaćanja, čak i kada je merodavnim pravom predviđeno drugačije.⁶⁵ Supstancijalno pravilo o kojem je reč obavezuje sudove država ugovornica ne samo kada je merodavno strano pravo, već i kada koliziona norma iz Protokola upućuje na primenu prava države suda.⁶⁶

Članom 14. Protokola je precizirano da prilikom određivanja visine izdržavanja treba voditi računa i o svemu što je poverilac primio mimo periodičnih plaćanja izdržavanja. Ova formulacija je uneta u tekst Protokola na insistiranje delegacije Evropske unije tokom završnih pregovora.⁶⁷ Njena svrha je prvenstveno u tome da obaveže sud koji odlučuje o izdržavanju da uzme u obzir činjenicu da je jedan od supružnika prilikom razvoda prihvatio isplatu jednokratne sume ili prenos dela imovine drugog supružnika na sebe, kako bi se odrekao potraživanja u pogledu izdržavanja.⁶⁸ Ako pravo merodavno na osnovu Protokola ne uzima u obzir ovakvu vrstu poravnanja između supružnika prilikom određivanja iznosa izdržavanja, sud države ugovornice će na osnovu pomenute odredbe ipak biti u obavezi da mu da odgovarajući značaj.

5. Značaj Protokola za Republiku Srbiju

Prva ratifikacija Protokola nakon njegovog usvajanja 2007. godine usledila je aprila 2010. godine. Tekst ovog ugovora tada je ratifikovala Evropska unija. Dve godine nakon toga, 18. aprila 2012. godine, Republika Srbija je potpisala tekst Protokola, a Zakon o potvrđivanju Protokola o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja usvojen je i objavljen u Službenom glasniku RS – Međunarodni ugovori br. 1/2013.g. U trenutku nastanka ovog rada na veb strani Haške konferencije za međunarodno privatno pravo još ne postoji podatak o polaganju instrumenta o ratifikaciji kod depozitara Protokola.⁶⁹ Ovim su, međutim, stvoreni preduslovi da Protokol posle ispunjavanja uslova iz člana 25. stupi na snagu u međunarodnom smislu. Tada će odredbe ovog izvora postati obavezujuće za sudove u Srbiji. Trebalo bi takođe imati u vidu već pomenutu činjenicu⁷⁰ da je zakonodavac EU pitanje merodavnog prava u Uredbi br. 4/2009 o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju i o saradnji u materiji

⁶⁵ Član 14. Protokola.

⁶⁶ Vidi A. Bonomi, *Explanatory Report*, str. 39.

⁶⁷ Vidi J. Hirsch, *op. cit.*, str. 36.

⁶⁸ Vidi A. Bonomi, *Explanatory Report*, str. 40.

⁶⁹ Vidi veb stranu Haške konferencije za međunarodno privatno pravo: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=133, poslednji put - posećene 7. marta 2013. godine.

⁷⁰ Vidi gore naslov „1. Uvod – nastanak Protokola“ u ovom radu, kao belešku br. 9.

koja se odnosi na obaveze izdržavanja⁷¹ regulisao tako da je uputio na primenu Protokola u državama članicama⁷² koje ovaj instrument obavezuje.⁷³ Na ovaj način kolizione norme iz Protokola čine, voljom evropskog zakonodavca, sastavni deo pravnih tekovina Evropske unije, te će domaći sudovi u trenutku stupanja Srbije u punopravno članstvo ove organizacije doći u poziciju da ih direktno primenjuju i da po tom osnovu njihove odluke o obavezama izdržavanja u drugim državama članicama ne budu podvrgnute posebnom postupku egzekviture.⁷⁴ Jasno je stoga zašto se u nacrtu novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu Srbije pitanje merodavnog prava za obaveze izdržavanja rešava jednostavnim upućivanjem na primenu odredaba Protokola.⁷⁵

Nema sumnje da će primena Protokola u Srbiji doneti značajne novine u ovoj, kada je naše međunarodno privatno pravo u pitanju, zanemarenoj oblasti sukoba zakona. Prema postojećem stanju u domaćem zakonodavstvu, pitanju određivanja merodavnog prava za obaveze izdržavanja posvećena je samo jedna koliziorna norma čiji je praktičan značaj zanemarljiv. Reč je o odredbi člana 42. Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja,⁷⁶ koja sadrži pravilo o merodavnom pravu za izdržavanje između krvnih srodnika (uz isključenje izdržavanja između roditelja i dece) i tazbinskih srodnika. Koliziorna norma usvaja rešenje koje ni u vreme donošenja Zakona nije bilo u skladu sa savremenim tendencijama – za izdržavanje je merodavno pravo državljanstva dužnika izdr-

⁷¹ Sl. list EU, L 7, 10.1.2009, str. 1.

⁷² O razlozima za ovakvo rešenje vidi bliže kod Ph. Bremner, *op. cit.*, str. 13.

⁷³ Vidi član 15 Uredbe o obavezama izdržavanja; Protokol ne obavezuje Dansku u skladu sa članovima 1 i 2 Protokola o položaju Danske uz Ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o osnivanju Evropske zajednice i Ujedinjeno Kraljevstvo u skladu sa članovima 1 i 2 Protokola o položaju Ujedinjenog Kraljevstva i Irske uz uz Ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o osnivanju Evropske zajednice, vidi veb stranu Haške konferencije za međunarodno privatno pravo: http://www.hcch.net/index_en.php?act=status.comment&csid=1065&disp=resdn, posete poslednji put 7. marta 2013. g.

⁷⁴ Uredba o obavezama izdržavanja sadrži dve grupe odredaba o priznanju i izvršenju odluka: odluke koje su poreklom iz država članica koje obavezuje Protokol ne podležu egzekvaturi što znači da se u drugim državama članicama priznaju automatski i podobne su za izvršenje bez njihovog oglašavanja izvršnim, ako su u državi porekla izvršne; odluke koje su poreklom iz država članica koje Protokol ne obavezuje priznaju se u drugim državama članicama automatski, ali moraju da budu oglašene za izvršne da bi mogle da budu izvršene u drugim državama članicama; vidi članove 17-22, odnosno 23-26. Uredbe.

⁷⁵ Vidi član 100. Radna verzija Zakona dostupna je na internet stranici Ministarstva pravde Republike Srbije: <http://www.mpravde.gov.rs/lt/news/vesti/zakon-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-radna-verzija.html>.

⁷⁶ Službeni list SFRJ br. 43/82.

žavanja. Van domašaja ove norme ostaju najvažniji i u praksi najčešći slučajevi koji se odnose na izdržavanje. U pitanju su obaveze izdržavanja između supružnika ili bivših supružnika i između roditelja i dece. To znači da njena primena dolazi u obzir kada su u pitanju potraživanja po osnovu izdržavanja između krvnih srodnika po pravoj liniji, osim roditelja i dece (na primer, izdržavanje unuka od strane babe ili dede) i krvnih srodnika u pobočnom srodstvu, kao i tazbinskih srodnika.

Obaveza izdržavanja između supružnika obuhvaćena je članom 36. Zakona o rešavanju sukoba zakona koja pokriva lične i zakonske imovinske odnose supružnika, a ista se koliziona norma primenjuje i na slučajeve kada je brak nevažeći li prestao (na osnovu člana 38. Zakona). Kada su u pitanju zahtevi za plaćanje izdržavanja od strane roditelja u korist dece, odnosno izdržavanja koje eventualno duguju deca svojim roditeljima, merodavno pravo se određuje na osnovu odredbe člana 40. koji govori o pravu merodavnom za odnose između roditelja i dece. Zajedničko za kolizionne norme iz čl. 36. (38.) i 40. je to što se zasnivaju na primeni prava zajedničkog državljanstva stranaka, odnosno prava zajedničkog prebivališta u njegovom odsustvu. To je rešenje koje znatno odstupa od onih koja su predviđena kolizionim normama Protokola. Opšte koliziono pravilo iz člana 3. Protokola – primena prava države uobičajenog boravišta poverioca – predstavlja novinu u domaćem kolizionom zakonodavstvu. To se pre svega može objasniti činjenicom da najvažnije norme koje se u važećoj srpskoj kodifikaciji međunarodnog privatnog prava primenjuju na određivanje merodavnog prava za obaveze izdržavanja nisu ni formulisane za rešavanje navedenog problema, već prevashodno služe kolizionom normiranju širih odnosa (imovinskih dejstava braka i sveukupnih odnosa između roditelja i dece). Ako se to ima u vidu, jasno je da najveća prednost ratifikacije Protokola od strane Srbije leži u tome što je njome omogućeno uvođenje u domaći pravni sistem celovitog kolizionog mehanizma specijalno namenjenog određivanju merodavnog prava za obaveze izdržavanja. Činjenica da je to prvi put da se u domaćem međunarodnom privatnom pravu javljaju detaljno razrađene kolizione norme posvećene ovom pitanju, sama po sebi dovoljno govori o značaju ove novine.

*Bernadet Bordaš, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

*Petar Đundić, Ph.D., Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

The Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations – the Latest Legal Source of Serbian Private International Law

Abstract: *In January 2013 the National Assembly of Republic of Serbia has ratified the Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations, adopted in 2007 by the Hague Conference on Private International Law. The Protocol represents a significant novelty in the Serbian Private International Law since it introduces a comprehensive choice of law mechanism aimed at designating the law applicable to maintenance obligations between relatives. The article offers a review of the most important provisions of this source. The general rule of the Protocol is based on the application of the law in force at the debtor's habitual residence. However, in vast number of cases there are derogations from the main principle in favor of application of the law of the forum. Unlike the Hague Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations (1973), which it replaces, the Protocol does not connect the maintenance obligations between ex spouses to the law applied to their divorce. Instead, it includes a special rule in art. 5 by which the law of the creditor's habitual residence governs the maintenance obligations between spouses and ex spouses, with the possible derogation in favor of the law more closely connected with the marriage. Important place in the choice of law system is given to party autonomy. The article concentrates particularly on this aspect of the Protocol.*

Key words: *The Hague Conference on Private International Law, applicable law, maintenance obligations, party autonomy.*

*Dr Zoran Mirković, vanredni profesor
Univerzitet u Beogradu
Pravni fakultet*

KAZNA LIŠENJA SLOBODE U SRBIJI 1804–1860. GODINE

Sažetak: *Tekst je posvećen kazni lišenja slobode u Srbiji u prvoj polovini XIX veka, tj. od početka Prvog srpskog ustanka 1804. godine do donošenja Krivičnog zakonika 1860. godine. Do 1804. godine nije postojala kazna lišenja slobode u novovekovnom smislu reči. U vremenu od 1804. do 1813. godine postojao je „haps“, a ustaničke vlasti su gradile i prave tamnice radi kažnjavanja.*

Od početka 20-tih godina XIX veka, kada su nastali prvi srpski sudovi, pored hapsa, pojavljuje se i robija, u teškom gvožđu. Međutim, kvalitativne razlike između hapsa i robije nije bilo. Ustrojstvo okružnih sudova, od 26. januara 1840. godine, predvidelo je više oblika kazne lišenja slobode, ali u praksi se izricanje kazne lišenja slobode svodilo na večnu robiju ili vremensku robiju.

Od početka 40-tih godina XIX kazna lišenja slobode sve se učestali- je primenjivala i širilo se polje njene primene. Za najteža krivična dela, umesto zaprećene smrtno kazne i kazne trčanja kroz šibe, često je izricana kazna lišenja slobode, bilo od sudova bilo od najviše vlasti u postupku pomilovanja.

Kazna lišenja slobode izvršavala se ili kod policijskih vlasti (kazne kraćeg trajanja) ili u kaznenim zavodima, kad su osnovani (kazna lišenja slobode u dužem trajanju). Krajem tridesetih godina otvorio se problem izdržavanja kazne lišenja slobode ženskih osoba i problem umobolnih lica počinilaca krivičnih dela.

Rano se pojavljuju i množe propisi o izvršenju kazni lišenja slobode, koji su trebalo da reše brojna praktična i načelna pitanja u vezi izvršenja ove kazne. Konačno, 20. decembra 1851. godine je izdato Ustrojstvo ogleadne ekonomije i kaznenog zavoda u Topčideru, koje je propisalo postupak prema osuđenima, njihovom radu, kaznama, ophođenju stražara

itd. Uočava se novi kazneni cilj - prinudno obrazovanje i popravljjanje kroz rad.

Na kraju ovog perioda, 1858. godine pojavio se prvi teorijski rad o kaznenim zavodima i Projekat zakona o izvršenju kazni lišenja slobode. Ovaj projekat bio je izrađen na širokoj osnovi, sa pravilima za izvršenje svake kazne lišenja slobode, ali nije usvojen zbog nedostatka sredstava.

Ključne reči: *Kazna lišenja slobode. - Srbija u prvoj polovini XIX veka. - Zakon o zameni telesnih kazni. - Osuđene žene. - Duševno oboleli osuđenici.*

1. Kazna lišenja slobode u Srbiji nema onu dugu tradiciju koja, u modernom smislu reči, polazi od engleskih, holandskih i nemačkih kaznenih zavoda koji se razvijaju počev od početka XV do XIX veka.¹ U srednjovekovnoj Srbiji je postojala kazna tamnice, ali tu se pre svega radilo o nekoj vrsti pritvora pre suđenja, i eventualno držanje osuđenika posle izricanja kazne, a pre njenog izvršenja. Nije se, dakle, radilo o kazni lišenja slobode u novovekovnom smislu reči. Ovo stanje se nastavilo i pod osmanskom vlašću,² gde ima pomena zatvaranja, kao na primer u kalemegdansku tvrđavu u Beogradu, ali i to pre ima karakter privremenog pritvaranja, nego samostalne kazne.

2. U vremenu od 1804. do 1813. godine postojao je „haps“. Tzv. *Karađorđev zakonik* u članu 19. zapretio je nehatnom ubici hapsom od šest

¹ Videti, između ostalog, sledeću literaturu: W. Starke, *Das belgische Gefängniswesen-Ein Beitrag zu den Vorarbeiten für die Gefängnisreform in Preussen*, Berlin 1877, 1-31, 262-267; Robert von Hippel, „Beiträge zur Geschichte der Freiheitsstrafe“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 18, 1898, 419-494, 608-666; Franz Doleisch v. Dolsperg, *Die Entstehung der Freiheitsstrafe-unter besonderer Berücksichtigung des Auftretens moderner Freiheitsstrafe in England*, Breslau 1928 (Frankfurt am Main/Tokyo, Reprint 1977), 89-137; Günter Seggelke, *Die Entstehung der Freiheitsstrafe*, Breslau 1928 (Frankfurt am Main/Tokyo 1977, Reprint 1977), 1-153; Jacques-Guy Petit, Nicole Castan, Claude Faugeron, Michel Pierre, André Zysberg, *Histoire des galères, bagnes et prisons XIIIe-XXe siècles (Introduction à l'histoire pénale de la France*, Préface de Michelle Perrot, Toulouse 1991, 19-78, 109-168; Gustav Radbruch, *Strafvollzug*, bearbeitet von Heinz Müller-Dietz, Gesamtausgabe, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Band 10, Heidelberg 1994, 97-109; Mišel Fuko, *Nadzirati i kažnjavati-nastanak zatvora*, prevela sa francuskog A. A. Jovanović, Sremski Karlovci-Novı Sad 1997, 116-123; John Howard, *The state of the prisons in England and Wales, with preliminary observations, and an account of some foreign prisons*, With an Introduction by W. J. Forsythe, London 2000, 78-476; Jacques-Guy Petit, Claude Faugeron, Michel Pierre, André Zysberg, *Histoire prisons en France (1789-2000)*, Préface de Michelle Perrot, Toulouse 2002, 23-96.

² Uriel Heyd, *Studies in old Ottoman criminal law*, edited by V. L. Ménage, Oxford, 1973, 301-303.

meseci (uz obavezu da plati porodici naknadu).³ „Haps“ je bio predviđen i u *uredbama* za valjevski (od 1. januara 1809. godine) i šabački (od 12. januara 1811. godine) magistrat, i izdržavao se u skromnim prostorijama suda.⁴

Ustaničke vlasti su gradile i „prave“ tamnice radi kažnjavanja. Obrstlajtnant Miteser izveštava kancelara grofa Stadiona, 13. januara 1808. godine, i, između ostalog, govori o broju do 30 zatvorenika u beogradskoj tvrđavi, „među kojima su neki na 10 i 12 godina osuđeni. Jedan znak da oni umišljaju da će njihova vlast dugo trajati“.⁵ U beogradskoj tvrđavi bila je i tamnica, u koju su zatvarani osuđenici na robiju, „nosili (su) okove na nogama i morali su raditi u topolivnici“. Tamo su robijali i neki od poznatih ustaničkih vođa.⁶

Utamničenje krivaca bio je uslov za ostvarenje prinudnog rada, koji se u datim uslovima mogao veoma korisno upotrebiti. Još je *Projekat o osnivanju Upravnog sovjeta* iz sredine 1805. godine predviđao izradu barutana u kojima bi radili „uhapšenici i besposleni ljudi“.⁷ Vođa ustanka Karađorđe u pismu, od 1. novembra 1808. godine, ruskom konzulu u Srbiji Rodofinikinu, kao izgovor što ne može doći u Beograd na razgovor navodi zauzetost zbog gradnje tamnice u Topoli, „jer ni dana ne možemo bez tamnice ovde“.⁸

U praksi Šabačkog magistrata za nepune četiri godine (od 1. aprila 1808. godine do februara 1812. godine) donet je veoma mali broj presuda na dužu kaznu lišenja slobode. Ovim presudama: jedno lice je osuđeno na 8 i po meseci, po jedno na 4 i 3 meseca i jedanaest lica na 2 meseca, šest lica je osuđeno na lišenje slobode od 1 do 2 meseca, i tri lica od 15 do 30 dana. Svi su primili i batine, i to u rasponu od 50 do 200 batina. Iz nave-

³ Videti: Zoran S. Mirković, *Karađorđev zakonik (krivično, porodično i državno pravo ustaničke Srbije)*, Beograd 2008, 70-73.

⁴ Toma Živanović, *Zakonski izvori krivičnog prava Srbije i istorijski razvoj njegov i njenog krivičnog pravosuđa od 1804. do 1865.* (Posebna izdanja SANU, knjiga CDVIII, Odeljenje društvenih nauka, knjiga 59, Izvori srpskog prava I), Beograd 1967, 14 (dok. br. 7.); Vladimir Stojančević, „Uređenje suda za Šabac i Šabačku nahiju, od 12. januara 1811. godine“ u knjizi *Srbija u vreme Prvog ustanka 1804-1813*, Leskovac 1980, 155.

⁵ Aleksa Ivić, *Spisi bečkih arhiva o Prvom srpskom ustanku, knjiga V - godina 1808*, Subotica 1939, 71 (dok. br. 46).

⁶ Milenko Vukićević, *Iz vojnih ustanova Karađorđeva vremena* (separat iz Godišnjice Nikole Čupića, knj. XXXI), Beograd 1912, 206-207.

Ruski general Zas interveniše kod Karađorđa za Stefana Živkovića, koji se „derži pod stražom“, da se pusti iz zatvora ako nije njegova krivica „tako važna“. On je bio okovan u tvrđavi jer je držao stranu vojvodama Milenku i Petru (Velibor B. Savić, *Karađorđe, Dokumenti II (1810-1812)*, Gornji Milanovac 1988, 946-947 (dok. br. 648 od 10. aprila 1811.) (videti napomenu priređivača na kraju dokumenta)).

⁷ M. Vukićević, *Iz vojnih ustanova Karađorđeva vremena*, 189.

⁸ V. B. Savić, *Karađorđe, Dokumenti I (1804-1809)*, 432 (dok. br. 252).

denog se može zaključiti da je kazna batina bila osnovna kazna u praksi Šabačkog magistrata. Pošto je kazna batina izvršavana u obrocima, zbog opravdanog uverenja da bi osuđeni na veliki broj udaraca, koje bi primio odjednom, umro, osuđenik je za vreme dok ne izdrži sve obroke kazne bio u hapsu, da ne bi pobegao. Samo u dva slučaja je kazna lišenja slobode izrečena samostalno, bez batina: osuda na 8 i po meseci za nehotično ubistvo i 5 nedelja za krađu.⁹ U nekoliko primera se susreće osuda u trajanju od 24 sata do 7 dana hapsa i 25 batina, gde je, zapravo, više reč o pritvoru, nego o kazni lišenja slobode.¹⁰

Iz ovoga se može zaključiti, da je kazna lišenja slobode, u praksi ovog magistrata, pre svega trebalo da omogući izvršenje kazne batina. Njena uloga kao kazne, gotovo, da se iscrpljivala u tome.

3. Od početka 20-tih godina XIX veka, kada su nastali prvi srpski sudovi, pored hapsa, pojavljuje se i robija, u teškom gvožđu. Međutim, kvalitativne razlike između hapsa i robije nije bilo. I zločinci i prestupnici su izdržavali ovu kaznu u istoj zgradi. Sudovi nisu razlikovali oblike kazne lišenja slobode. I za najmanje prestepe često je dosuđivana robija, pa i u trajanju od mesec dana. U ovom periodu, od početka 20-tih do kraja 30-tih godina, iako kazna lišenja slobode u formi robije postaje osnovna kazna, kazna batina najčešće služi kao njeno pooštrenje. Kao da je vladalo mišljenje da je zločincima samo lišenje slobode nedovoljna kazna ili, čak, uopšte nije kazna, nego se obavezno pooštravala periodičnim batinanjem (na početku i na kraju, a neretko i u sredini izdržavanja kazne).

Tako je u ovom vremenu kazna lišenja slobode izricana u kombinaciji sa kaznom batina (ili ponekad kaznom šibe na kraju robije). Brojne su ovakve presude, naročito iz kraja 30-tih godina.¹¹

⁹ *Protokol i registar Šabačkog magistrata od 1808. do 1812. godine*, priredio Radomir J. Popović, Istorijski institut, Izvori za srpsku istoriju, knjiga 8, Istorija XIX i XX veka, knjiga 4, Beograd 2010, 52 (br. 295), 63 (br. 372), 68 (br. 401), 99 (br. 583), 103 (br. 611), 110 (br. 657), 113 (br. 670), 117 (br. 695, 696), 119 (br. 705), 120 (708), 121 (br. 715), 123 (br. 731), 130 (br. 775), 137 (br. 818), 138 (br. 828), 139 (br. 831), 140 (br. 837), 141 (br. 844),

¹⁰ *Protokol i registar Šabačkog magistrata od 1808. do 1812. godine*, 34 (br. 126), 71 (br. 419), 131 (br. 783), 138 (br. 823), 147 (br. 878).

¹¹ Arhiv Srbije, Državni Savet, Delovodni protokol, 1835, br. 18, 139, 536, 592, 671, 886, 1084 (u daljem tekstu: AS, DS); Obrad Gavrilović, *Valjevski okružni sud 1815–1865. godine*, Beograd 1973, 283–291 (dok. br. 313, 314, 316, 317, 318, 319, 320, 321 i 322 od 14. decembra 1837, 2. marta, 21. maja, 27. maja, 7. juna, 8. jula, 13. jula i 14. jula 1838.); AS, DS, 1838, 471 (rolna 54, listovi 1–6), 472 (rolna 54, listovi 7–12), 473 (rolna 54, listovi 13–18), 524 (rolna 54, listovi 19–24), 525 (rolna 54, listovi 25–31), 570 (rolna

4. *Ustrojstvo okružnih sudova*, od 26. januara 1840. godine, je u členu 22. predvidelo kao kazne lišenja slobode: večnu robiju, večno zatočenje, vremensko zatočenje, vremensku robiju sa težim ili lakšim gvožđem ili bez gvožđa i zatvor domaći i javni.¹² Prvi put u zakonu je povučena razlika među raznim oblicima kazni lišenja slobode. Sa druge strane, postojali su brojni nedostaci: nije opredeljen minimum i maksimum pojedinih vrsta kazni lišenja slobode, nije bilo određeno u čemu se koja od njih sastoji, odnosno u čemu se razlikuju jedna od druge, nije bilo uređenih zavoda za izdržavanje kazne, nije bio označen cilj kažnjavanja. Prepušteno je sudovima da proizvoljno odlučuju o kaznama za razna krivična dela. Međutim, u praksi se izricanje kazne lišenja slobode svodilo, kako to presude pokazuju, na večnu robiju ili vremensku robiju (sa teškim ili lakim gvožđem).

Od početka 40-tih godina XIX veka, na osnovu sudskih presuda za najteža dela koje dolaze kod najviše vlasti na pomilovanje, može se pratiti sve učestalija primena kazne lišenja slobode. Kaznu lišenja slobode izricala je bilo viša sudska instanca, bilo najviša vlast u postupku pomilovanja, umesto smrtna kazne.

Tako je preinačena smrtna kazna i na vremensku kaznu lišenja slobode osuđeno je: u 1841. godini 13 lica¹³, u 1842. godini jedno lice¹⁴, u 1843. godini šest lica¹⁵, u 1844. godini brojni su primeri zbog dve pobune¹⁶, u 1845. godini 7 lica¹⁷, u 1846. godini 8 lica¹⁸, u 1847. godini 6 lica¹⁹.

55, listovi 4-24), 581 (rolna 55, listovi 25-59), 672 (rolna 57, listovi 27-35), 920 (rolna 60, listovi 1-10), 999 (rolna 60, listovi 35-46).

¹² *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbskom od vremena obnarodovanog Ustava zemaljskog (13. Febr. 1839. do Apr. Mes. 1840.)*, I, Beograd 1840, 186.

¹³ Arhiv Srbije, Ministarstvo inostranih dela, Unutrašnje odelenje, 1841, F. I, 23, 64, 101, 102, F. II, 75, 132, 133, F. IV, 50, 54, 70 (u daljem tekstu: AS, MID, V). Dvojica su osuđena na večitu robiju, pet je osuđeno na 12 godina robije, jedan na 10 godina, jedan na 8 godina i četiri na 6 godina robije (tri osuđenika su imali da prime i 50 štapova). Devet ih je bilo osuđeno zbog krivičnog dela ubistva, četvorica za delo pobune.

¹⁴ AS, MID, V, 1842, F. I, 111 (na 12 godina robije za krivično delo ubistva).

¹⁵ AS, MID, V, 1843, F. I, 85, F. II, 209, F. III, 122, 313, 315, F. IV, 73. Jedan je osuđen na doživotnu robiju, četiri na 12 godina robije, i jedan na 6 godina robije i 100 štapova. Pet je osuđeno za krivično delo ubistva i jedan za razbojništvo.

¹⁶ Dokument pod signaturom AS, MID, V, 1844, F. V, 66, u kome su sudski spisi o osuđenim u ove dve pobune daje neke podatke koji su protivrečni, pa je nemoguće ustanoviti tačan broj onih kojima je smrtna kazna zamenjena kaznom lišenja slobode. Uglavnom, radi se o desetinama ljudi, većinom pomilovanih na doživotnu robiju. U ovoj godini je i dvojici ubica smrtna kazna zamenjena robijom od 6 godina i dva puta po 100 štapova (AS, MID, V, 1844, F. I, 294).

Analiza primene tački 1. i 2. *Kaznitelnog zakona za poare i krađe*, od 26. maja 1847. godine, pokazuje kako sudovi u instancionom postupku i najviša vlast u postupku pomilovanja za krivična dela poare i krađe, propisane smrtnu kaznu i kaznu trčanja kroz šibe ublažavaju kaznom lišenja slobode:

- u 1848. godini za šest lica²⁰;
- u 1849. godini za sedam lica²¹;
- u 1850. godini za 23 lica²²;
- u 1851. godini za 17 lica²³;
- u 1852. godini za 46 lica²⁴.

Analiza pokazuje da se polje primene kazne lišenja slobode širilo iz godine u godinu. *Kaznitelnim zakonom za poare i krađe* propisane kazne (*poenae legalis*) bile su smrtna kazna i kazna trčanje kroz šibe, kao redovna kazna (*poena ordinaria*). Sudovi su, umesto zakonske kazne, izricali blažu kaznu, kada su postojale olakšavajuće okolnosti. Smatrajući da bi zakonska kazna bila prestroga, oni izriču blažu, arbitrarnu - kaznu lišenja slobode, kao

¹⁷ Pet lica je osuđeno na doživotnu robiju za krivično delo ubistva, a dvojica hajduka na 5 i 3 godine robije i batine (AS, MID, V, 1845, F. I, 224, F. III, 39, 125, 233, F. IV, 73, F. V, 116).

¹⁸ Jedno lice je osuđen na doživotnu robiju, četiri na 12, po jedno na 10, 8 i 4 godine robije (AS, MID, V, 1846, F. I, 29, 32, 68, 156, 220, F. III, 242, F. IV, 115, F. V, 50). Sedam lica je osuđeno za ubistvo, jedno za poaru.

¹⁹ Četiri lica na doživotnu robiju i dva na 12 godina robije, za krivična dela ubistva, provalne krađe i razbojništva (AS, MID, V, 1847, F. I, 386, F. II, 17, 275, F. III, 268).

²⁰ Za pet lica je smrtna kazna i jednom kazna šibe preinačena u kaznu lišenja slobode (za troje doživotnom robijom, i po jedno sa 12, 6 i 3 godine robije) (AS, MID, V, 1848, F. I, 29, F. II, 129, F. III, 35, 176, F. IV, 274).

²¹ Za 6 lica je smrtna kazna, a za jedno kazna šiba preinačene u kaznu lišenja slobode (za 4 lica doživotnom robijom, za jedno sa 12 i dva sa 6 godina robije) (AS, MID, V, 1849, F. I, 235, F. II, 27, 141, 175, 226, F. III, 45).

²² Svima je smrtna kazna preinačena u kaznu lišenja slobode (za 19 lica doživotna robija, za po dva lica 12 i 10 godina robije) (AS, MID, V, 1850, F. I, 82, 83, 84, 213, 215, F. II, 130, 131, 134, 191, 192, 282, F. III, 4, 5, 109, 110, 129, 145, 147, F. VI, 29, 62).

Određen broj sudskih spisa koji su bili ove godine u postupku pomilovanja nije sačuvan.

²³ Za 16 lica je smrtna kazna i jednom kazna šibe preinačena u kaznu lišenja slobode (za 11 lica doživotna robija, za 4 lica 12 godina, za po jedno lice 10 godina i 100 dana robije) (Arhiv Srbije, Ministarstvo inostranih dela, Sudbeno odeljenje, 1851, F. I, 8, 40, 43, 44, 211, 274, F. II, 31, 125, 220, 238, F. III, 39, 58, 59, 126) (u daljem tekstu: AS, MID, S).

²⁴ Za 37 lica je smrtna kazna, za devet kazna šibe preinačena u kaznu lišenja slobode (za 20 lica doživotnom robijom, dva puta po 9 lica na 12 i 10 godina robije, 3 lica na 8, po dva lica na 6 i 3 i jedno na godinu robije) (AS, MID, S, 1852, F. I, 2, 30, 44, 63, 74, 93, 106, 108, 110, 111, 150, F. II, 19, 224, F. III, 150, 168, 195, 200, 234, 276, 281, F. IV, 8, 111, 129, 133, 135, 141, 143, 147, 150, 152, 153, 230, 242, 259).

vanrednu kaznu (*poena extraordinaria*). Uprkos zakonskom propisu sa apsolutno određenom kaznom, oni postupaju kao da je određivanje kazne prepušteno „prudenti iudicis arbitrio“ odnosno „svesti i zdravom razumu“, kako je stajalo u uputama sudijama dok još nisu postojali nikakvi krivičnopravni propisi. Ovakva sudska praksa je davala prostora kazni lišenja slobode i značajno je uticala na ublažavanje surovih kazni za poare i krađe.

Zakonski okvir za izricanje kazne lišenja slobode dao je *Zakon o zameni telesnih kazni* od 31. januara 1853. godine.²⁵ (Primenu ovoga *Zakona*, koji je kazni lišenja slobode širom otvorio vrata za primenu, omogućila je izgradnja kaznenog zavoda u Topčideru, u Beogradu, o čemu će biti reči u daljem tekstu). *Policajska uredba* iz 1850. godine, u tačkama 1. i 3. stava 1. člana 49, omogućila je, za policijske prestupe, izricanje kazne lišenja slobode, umesto novčane (zbog slabog imovnog stanja) i telesne (zbog slabog telesnog stanja) kazne.²⁶

Posle donošenja *Zakona o zameni telesnih kazni* od 31. januara 1853. godine, kazna lišenja slobode je na dvojak način izricana umesto kazne trčanja kroz šibe. Umesto kazne šibe, u slučaju ako okrivljeni nije sposoban da izdrži ovu telesnu kaznu, sud bi izricao kaznu lišenja slobode u vremenskom trajanju od tri, pet, i osam godina. Pored toga, najviša vlast je, može se reći, skoro redovno u postupku pomilovanja izricala kaznu lišenja slobode, umesto kazne šibe (uz retke izuzetke kada se radilo o „nepopravljivim“ povratnicima). Ovakva praksa suda i najviše vlasti je, nesumnjivo, doprinela da kazna lišenja slobode izađe na veliku scenu, kao i da postepeno dođe do opšteg ublažavanja kaznenog sistema.

Pored ovoga, smrtnu kaznu sudovi više instance i najviša vlast u postupku pomilovanja preinačavaju u kaznu lišenja slobode. U posmatranom periodu, od 1853. zaključno sa 1859. godinom, ovaj proces pokazuje sledeće:

- u 1853. godini smrtna kazna je preinačena u kaznu lišenja slobode za 35 lica²⁷;
- u 1854. godini za 55 lica²⁸;

²⁵ *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knyžestvu Srbii (Od početka do konca 1853. godine)*, VII, Beograd 1854, 28-33.

²⁶ *Sbornik zakona i uredba, i uredbeni ukaza, izdani u Knyžestvu Srbii (Od početka 1849. do konca 1850. godine)*, V, Beograd 1853, 205-206.

²⁷ AS, MID, S, 1853, F. I, 86, 106, 140, 155, 156, F. II, 36, 120, 128, 140, 179, 197, 207, 217, 218, 244, F. III, 96, 98, 130, 161, 172, 192, 199, F. IV, 16, 34, 56, 454. Smrtna kazna je za 19 lica preinačena u doživotnu robiju, za jedno lice u robiju od 20 godina, za 13 lica u robiju od 12 godina i za dva lica u 10-godišnju robiju.

²⁸ AS, MID, S, 1854, F. I, 37, 42, 43, 58, 87, 110, 127, 160, F. II, 96, 111, 140, 142, 171, 273, 323, 340, F. III, 58, 61, 136, 170, 172, 208, 209, 235, F. IV, 17, 25, 43, 72, 74,

- u 1855. godini za 63 lica²⁹;
- u 1856. godini za 48 lica³⁰;
- u 1857. godini za 61 lice³¹;
- u 1858. godini za 64 lica³²;
- u 1859. godini za 68 lica³³

Član 16. *Zakona o zameni telesnih kazni* propisao je da će se kazna lišenja slobode u trajanju dužem od tri godine izdržavati u teškom gvožđu, do tri godine u lakom gvožđu i lišenje slobode u trajanju do 6 meseci izdržavaće se bez gvožđa.³⁴

5. Kazna lišenja slobode izvršavala se ili kod policijskih vlasti ili u kaznenim zavodima, kad su osnovani. Kod policijskih vlasti su izdržavane kazne kraćeg trajanja, koje je izricao sud ili koje je izricala sama policijska vlast. U kaznenim zavodima je izdržavana kazna lišenja slobode u dužem trajanju.

126, 168, 176. Smrtna kazna je za 30 lica preinačena u doživotnu robiju, za 12 lica u robiju od 12 godina, za dva lica u 10-godišnju i jednno u 6-godišnju robiju.

²⁹ AS, MID, S, 1855, F. I, 9, 94, 134, 136, 141, 144, 147, 148, 152, 199, 238, 240, 241, 242, 255, 288, 291, 292, 300, 341, F. II, 61, 62, 65, 128, 151, 179, 181, 288, 302, 352, F. III, 77, 78, 309, 404, F. IV, 102, 108, 143, 186, 274, 321, 335, 339, 341, 355, 365. Smrtna kazna je za 37 lica preinačena u doživotnu robiju, za 11 lica u robiju od 12 godina, za 5 lica u robiju od 10 godina, za 6 lica u robiju od 6 godina, za jedno lice u robiju od 5 godina, za dva lica u robiju od 6 meseci (jedan je primio i 50 štapova) i za jednu ženu u robiju od 3 meseca i 40 kamdžija.

³⁰ AS, MID, V, 1856, F. I, 79, 80, 129, 175, 214, 427, F. II, 138, 153, 155, 156, 172, 214, 224, 225, 241, 248, 249, 277, 325, 328, 344, F. III, 167, 193, 194, 204, 223, 232, 329, 385, F. IV, 25, 44, 46, 47, 106, 111, 128, 147, 158. Smrtna kazna je za 24 lica preinačena u doživotnu robiju, za 19 lica u robiju od 12 godina, za po jedno lice u robiju od 10 i 6 godina i za 3 lica u robiju od 4 godine.

³¹ AS, MID, V, 1857, F. I, 45, 46, 47, 82, 111, 270, 364, 365, 384, 391, F. II, 16, 67, 175, 176, 198, 216, 254, 329, 340, F. III, 151, 157, 172, 174, 190, 213, 215, 217, 234, 238, 241, 246, 415, F. IV, 46, 103, 144, 195, 233, 243, 244, 250, 261. Smrtna kazna je za 31 lice preinačena u doživotnu robiju, za jedno lice u robiju od 20 godina, za 21 lice u robiju od 12 godina i za 8 lica u robiju od 10 godina.

³² AS, MID, V, 1858, F. I, 40, 115, 120, 169, 170, 177, 188, 189, 262, 265, 269, F. II, 16, 19, 95, 154, 161, 171, 200, 225, 226, 227, 266, 269, 290, 306, F. III, 4, 6, 37, 283, 284, 299, 325, 349, 353, F. IV, 3, 23, 45, 131, 132, 150, 151, 186, 226, 256, 325, 336, 340, 349, 360. Smrtna kazna je za 18 lice preinačena u doživotnu robiju, za 4 lica u robiju od 20 godina, za jedno lice u robiju od 15 godina, za 38 lica u robiju od 12 godina, za dva lica u robiju od 10 i jedno lice u robiju od 8 godina.

³³ AS, MID, V, 1859, F. I, 453, 457, F. II, 271, 378, 417, F. III, 398, F. IV, 77, 105, 178, F. V, 8, 61, 62, 231, F. VI, 134, 136, 138, 385, 386, F. VII, 48, 104, 233, 338, 339, 340, 401, 402, F. VIII, 68, 77, 138, 378, 435, F. IX, 13, 125, 137, 181, 197, 198, 220, F. X, 154, 175, 176, 177, F. XI, 9. Smrtna kazna je preinačena u robiju u trajanju od: 20 godina za 2 lica, 15 godina za 17 lica, 12 godina za 12 lica, 10 godina za 20 lica, 8 godina za 3 lica, 6 godina za 3 lica, 5 godina za 6 lica, 4 godine za 1 lice, 3 godine za 3 lica i godinu dana za jedno lice.

³⁴ *Sbornik zakona i uredba i uredbeni*, VII, 32.

Propisi o izvršenju kazni lišenja slobode i o postupanju sa licima koja su u pritvoru kod policijskih vlasti ili kod suda i očekuju pravosnažnost presude pojavljuju se srazmerno rano. To su brojni propisi i oni su trebali da reše praktična pitanja, koja su se ticala troškova izvršenja, ali i penoloških i kriminalnopolitičkih mera u toku izvršenja kazne lišenja slobode.

Edikt za članove magistrata od 1. januara 1828. godine je propisao da troškove izdržavanja kazne lišenja slobode snose sami osuđenici i njihove porodice. Međutim, ubrzo se uvidelo da to nije primenjivo na sve osuđenike. Zbog toga je 31. januara 1831. godine doneto *Rešenje* da sudovi sakupljaju milostinju za siromašne „uhapšenike, koji se ne mogu o svom toršku izdržavati“. Propis od 8. jula 1833. godine postavio je realniji zahtev: „Da se o svom trošku izdržavaju uhapšenici, koji su imućni.“³⁵ Ako osuđeni na kaznu lišenja slobode nije imao sredstva za hranu, njemu je hranu davao sud ili policija (ako je osuđen za policijski prestup), ali ta hrana se sastojala samo od hleba. To bi se navelo u presudi formulom: „da hleb pojedeni padne na teret državne kase“ ili „pojedeni hleb da mu se oprosti“. No, ubrzo je doneta *Uredba* od 14. jula 1834. godine, prema kojoj su osuđenici na dugogodišnju robiju trebali da se posvete „korisnom radu“, bilo uposleni od državnog organa, bilo od privatnog lica „radi njihovog sopstvenog dobra i radi pomoći državnoj kasi“ (ova *Uredba* je ponovljena i 8. aprila 1842. godine). Tu je bilo propisano da osuđenici dobijaju na dan oko 1 kilogram hleba i 250 grama mesa, odnosno 250 grama variva, umesto mesa, kada se posti, uz nešto malo soli. Porcija mesa, odnosno variva je za duplo povećana *Uredbenim dodatkom* od 25. aprila 1844. godine.³⁶

Uredba kojom se zabranjuje upotrebljavanje uhapšenika na rad pre nego presuda postane izvršna od 16. maja 1845. godine, propisuje da se okrivljeni ne upotrebljava ni za kakav rad, dok presuda ne postane konačna i ne preda se nadležnoj policajnoj vlasti na izvršenje.³⁷

Siromašna kasa, nedostatak propisa, nevešto činovništvo i prevejani kriminalci su doveli do izdavanja *Uredbe o hrani siromašnih uhapšenika* od 13. decembra 1849. godine. Prema ovoj *Uredbi* sudovi su morali da prethodno utvrde imovinsko stanje osuđenih na izdržavanje kazne lišenja slobode i onda da odrede način njihovog izdržavanja. Donošenje *Uredbe*

³⁵ T. Živanović, *Zakonski izvori krivičnog prava Srbije*, 68 (dok. br. 136), 75 (dok. br. 145), 84 (dok. br. 162),

³⁶ T. Živanović, *Zakonski izvori krivičnog prava Srbije*, 164-165 (dok. br. 285), 177 (dok. br. 302).

³⁷ *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbskom od 1 januara 1845 do konca dekembra 1846 (s pribavljenjem neki starij), III*, Beograd 1847, 57.

izazvao je slučaj grupe od 5 osuđenika koji su se predstavljali kao imućni i dobijali hranu iz jedne kragujevačke kafane. Docije se ispostavilo da nemaju imanja i Sovjet je platio račun vlasniku kafane.³⁸

Konačno, 20. decembra 1851. godine je izdato *Ustrojstvo ogledne ekonomije i kaznenog zavoda u Topčideru*, koje je propisalo postupak prema osuđenima, njihovom radu, kaznama, ophođenju stražara itd.³⁹ Uočava se novi kazneni cilj - prinudno obrazovanje (zwangsweise Erziehung) i popravljavanje kroz rad, za razliku od ranijih ciljeva: prosto zastrašivanje (Abschreckung) i činjenje bezopasnim (Unschädlichmachung).

Idejni tvorac i realizator stvaranja ove ogledne ekonomije i kaznenog zavoda u Topčideru u Beogradu je bio Atanasije Nikolić, načelnik policijsko – ekonomskog odeljenja u Ministarstvu unutrašnjih poslova i praktično drugi čovek ovog ministarstva. Čovek interesantne biografije, rođen i školovan u Habzburškom carstvu, između ostalog imao je diplomu artiljerijske škole u Beču i diplomu inženjera Univerziteta u Pešti. Došavši u Srbiju, bio je profesor i prvi rektor Liceja. Iz njegovih uspomena proizilazi da je već 1846. godine, njegovim nastojanjem, određeno da se svi osuđeni na robiju skupe u Beogradu i da se upotrebljavaju za obavljanje različitih radova, kao što su popravka zgrada, poljoprivredni poslovi, pravljenje alata i tako dalje. Radom osuđenika je i pravljen ekonomija i kazneni zavod u Topčideru. Da bi ovo bilo realizovano A. Nikolić je učinio niz poseta po habzburškim i drugim nemačkim gradovima i pokrajinama (Beč, Grac, Štajerska, Prag, Drezden, Lajpcig, Hohenhajm, Virtmeberg, Karlsrue), zatim po Švajcarskoj (Bern, Tun), u potrazi za najboljim iskustvima za pravljenje kaznenog zavoda i ekonomije u kojoj će osuđenici raditi.⁴⁰ U svojim memoarima on saopštava da su u „apsani“ u Topčideru muškarci i žene bili odvojeno smešteni i da je poginuta fa-

³⁸ *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza, V*, 83-85.

³⁹ *Sbornik zakona i uredba u Knjažestvu Srbiji (u dosadašnjim zbornicima neštampanih, a izdanih od 2. februara 1835. do 23. oktobra 1875. god., XXX*, Beograd 1877, 317-328; Videti: *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza, V*, 82; *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbii (Od početka 1851. do konca 1852. godine), VI*, Beograd 1853, 65.

⁴⁰ O kazni lišenja slobode i Zuchthäuser u ovim zemljama videti: Karl Hafner, *Geschichte der Gefängnisreformen in der Schweiz*, Bern 1901, 30-65; Robert von Hippel, „Die geschichtliche Entwicklung der Freiheitsstrafe“, u: *Deutsches Gefängniswesen*, hrsg. von Erwin Bumke, Berlin, 1928, 1-15; Mayer, „Österreichisches Gefängniswesen“, u: *Deutsches Gefängniswesen*, 489-492; Albert Ebeling, *Beiträge zur Geschichte der Freiheitsstrafe*, Breslau-Neukirch 1935 (Frankfurt am Main/Tokyo, Reprint 1977), 3-64; Gerhard Ammerer/Alfred Stefan Weiss (Hrsg.), *Strafe, Disziplin und Besserung- Österreichische Zucht- und Arbeitshäuser von 1750 bis 1850*, Frankfurt am Mein 2006, 1-287,

brika sukna u kojoj su osuđenici trebalo da rade.⁴¹ Završetak radova na ovom kaznenom zavodu se poklopio sa donošenjem *Zakona o zameni telesnih kazni* od 31. januara 1853. godine, čime je omogućena široka primena kazne lišenja slobode.

I pored svih mera koje su donošene, postoje svedočanstava o nehumanom postupanju prema osuđenim na kaznu lišenja slobode. Svedočanstvo o takvom postupanju prema političkim osuđenima iz 1857. godine, ostavio je upravnik grada Beograda. Naime, prilikom transporta na robiju i na robiju u Gurgusovcu, jedan osuđenik, bivši savetnik je od posledica nehumanog postupanja i umro. Po ovom svedočenju, sam knez je naredio prema ovim osuđenima (koji su kovali zaveru protiv njega) tako surovo postupanje, koje dovodilo u pitanje njihov fizički opstanak.⁴²

6. Krajem tridesetih godina otvorio se problem izdržavanja kazne lišenja slobode ženskih osoba i problem umobolnih lica počinilaca krivičnih dela.

U pogledu ženskih lica naređeno je 12. maja 1828. godine da se za učinjenu krivicu ne hapse, nego da se do sudske odluke drže kod varoškog kneza ili sveštenika. Samo žene koje su počinile ubistvo bile bi uhapšene, ali bi bile odvojene od muškaraca.⁴³

Ovo su neki primeri kako se postupalo prema ženskim osobama osuđenim na kaznu lišenja slobode. Izvesnoj Petriji, osuđenoj zbog krađe (7. februara 1838. godine), umanjena je kazna na pola godine robije i 50 kamdžija pri svršetku robije, jer je još došla dete od pola godine, koje je bilo sa njom na robiji.⁴⁴ Robijanje Paune, koja je ubila snahu udarajući je drvetom po glavi i bila osuđena na tri godine robije i na kraju robije na 50 kamdžija, proizvelo je niz dokumenata. Ona je bila poslata u „Vojni špital“ na robiju, ali pošto je bila jedina žena „među muškim mladim licima“ traženo je da se odatle pošalje na robiju pri Velikom sudu, što je bilo i učinjeno.⁴⁵ Najzad, Smiljana, saučesnica u ubistvu svog muža, bila je osuđena sa smrt sa još dvojicom (prvoosuđeni je bio njen ljubavnik). Najviše vlast ju je pomilovala i trebalo je da izdrži 10 godina robije u Požarevačkom magistratu. Iz pisma člana Požarevačkog magistrata Stevana Jevtića od 17. januara 1839. godine se saznaje da je Smiljana došla na izdr-

⁴¹ Atanasije Nikolić, *Biografija verno svojom rukom napisana*, Beograd 2002, 95, 110, 113, 115, 116, 117, 118 119, 120, 122, 133, 135.

⁴² Nikola Hristić, *Memoari 1840-1862*, Beograd 2005, 244-245.

⁴³ T. Živanović, *Zakonski izvori krivičnog prava Srbije*, 69 (dok. br. 137). Ovo propisuje i član 31. *Dužnosti članova nahijskih sudova* od 8. jula 1833. godine (T. Živanović, *Zakonski izvori krivičnog prava Srbije*, 85 (dok. br. 162)).

⁴⁴ AS, DS, 1838, Rn 60 (rolna 42, listovi 8-16).

⁴⁵ AS, DS, 1838, Rn 347 (rolna 47, listovi 1-15).

žavanje kazne sa muškim detetom od jednu i po godinu. Kaže se, da magistrat nema nikakvih para za izdržavanje osuđenih. U napravljenom hap-su za žene, s obzirom da je bila zima, ova žena ne može preživeti „ni jednu noć ni ona sama“ a pogotovo ne sa nejakim detetom. Na kraju pisma je zatraženo uputstvo od Sovjeta o postupanju.⁴⁶ O daljoj sudbini nesrećne žene i deteta dokumenti ćute, ali problem izdržavanja kazne lišenja slobode za ženska lica otvorio se u svojoj svojoj težini.

7. Pitanje duševno obolelih, tj. kako su ih onda nazivali „s uma sišavši“, otvorio je slučaj duševnog bolesnika Petra Simića 1839. godine. On je nožem zaklao brata svoje žene i bio je osuđen da u manastiru Kaleniću „boravi radi ozdravljenja“, odakle je pobjegao.⁴⁷ Posle ovog, desila su se još dva incidenta sa duševno obolelim licima. Posebno težak je bio slučaj u kome je duševno oboleli u manastiru Vujan ubio manastirskog čoveka koji je o njemu vodio računa.⁴⁸

Vekovna praksa je bila da su u manastirima ostavljani duševno oboleli radi lečenja. Neki manastiri kao Studenica, pojedini manastiri u Makedoniji, franjevački manastiri srednje Bosne, bili su poznati po lečenju duševno obolelih molitvom, postom i „drugim poznatim sredstvima“. Podaci iz prve dve decenije XIX veka ukazuju da su u Beogradskom pašaluku manastiri Vračevšnica i Kalenić bili centri gde su primani bolesnici s jakim epileptičnim napadima, kao i oni koji su teško duševno oboleli i u tom stanju počinili ubistva ili razbojništva.

Kako se saznaje iz prepiske između vrhova državne vlasti (ministarstava pravde i prosvete i unutrašnjih dela, Sovjeta i Namesništva kneževskog dostojanstva) o načinu rešavanja ovog pitanja, oni su predložili da se ova praksa nastavi i da manastir Studenica bude mesto u kome bi se smestili duševno poremećeni. Zakonski predlog da duševno oboleli budu smešteni u manastiru Studenica nije bio prihvatljiv za mitropolita, crkvenog poglavara. Mitropolit je učinio funkcionalne i organizacione zamerke ideji da u manastiru ili pored manastira bude ovakva ustanova. On je istakao da bi to narušilo i suverenu slobodu unutrašnje crkvene organizacije, i posebno naglasio da mu nije poznato „da u dobro ustrojenim državama takav zavod u šumi ili kod manastira kakovog stoji“ već treba da bude „blizu kakve varoši“. Mitropolit je imao pred očima stanje u Habzburškom carstvu, iz koga je i sam poticao. Tamo, naime, tokom XVIII veka u imućnijim gradskim sredinama nastaju ve-

⁴⁶ AS, DS, 1838, Rn 1000 (rolna 60, listovi 47-66).

⁴⁷ AS, DS, 1838, Rn 983 (rolna 60, listovi 11-24); Arhiv Srbije, Ministarstvo pravde, 1839, 2 (u daljem tekstu: AS, MP).

⁴⁸ AS, MID, V, 1839, F, III, 33.

roispovedne bolnice za bolesne i iznemogle, međutim, često zapadaju u finansijske teškoće, pošto dobrovoljni prilozi nisu bili dovoljni za njihovo izdržavanje. To je bio razlog da se država počinje mešati u njihov rad, pretvara verske bolnice u gradske, uređuje njihovu organizaciju i finansiranje.

Ovaj pokušaj zakonskog regulisanja vredan je pažnje, jer se uhvatio u koštac sa krupnim problemom koji je iskrasnio: smeštaj i izdržavanje duševno obolelih lica koja su počinila krivična dela, odnosno koja su društveno opasna usled svoje bolesti. Stari socijalni mehanizmi, usled raspada zadružnog oblika porodičnog života, nisu više odgovarali novom vremenu. Ovaj pokušaj uređivanja tog problema ipak nije uspeo iz više razloga. Ako se ostave po strani stavovi mitropolita i pokrenuto pitanje razgraničenja crkvene i državne sfere, najpre treba pomenuti, kao jedan od najvažnijih razloga, nedostatak sredstava da se napravi takva ustanova. Pored toga, nailazilo se i na gotovo nepremostive pravne prepreke kojih kao da onovremeni zakonodavac nije bio ni svestan, a to su: nepostojanje pravnih propisa o poslovnoj sposobnosti i njenom oduzimanju, kao i o krivičnopravnoj neodgovornosti neuračunljivih (tek docnije su *Gradanski zakonik* iz 1844. godine u članu 40. propisali koja su lica umobolna, a *Krivični zakonik* iz 1860. godine u članu 53. da takva lica za svoja dela ne odgovaraju).⁴⁹

Novi pokušaj imao je više sreće i 3. marta 1861. godine doneto je *Ustrojstvo o osnivanju* i osnovan je „Dom za s' uma sišavše“.⁵⁰

8. Na kraju posmatranog perioda, 1858. godine pojavio se prvi teorijski rad o kaznenim zavodima. To je bila rasprava dr Stojana Veljkovića „O hapsanama (zatvornicama)“.⁵¹ Autor je bio veoma obavešten o evropskim i američkim sistemima izvršenja kazne lišenja slobode i penološkim teorijama. Imao je i neposredna praktična iskustva o načinima izvršenja kazni lišenja slobode u Nemačkoj, Švajcarskoj i Engleskoj. Autor teksta S. Veljković, profesor Rimskog i Krivičnog prava na beogradskom Liceju (preteči Univerziteta u Beogradu), Atanasije Nikolić, pomoćnik ministra unutrašnjih poslova, Jovan Ristić, načelnik u tom ministarstvu i Đorđe

⁴⁹ Dimitrie Matić, *Обясненіе Граданскогъ законика за Княжество Србско*, čast I. Beograd 1850, 58-60; Đorđe D. Cenić, *Обясненіе Kaznitelnogъ законика за Княжество Србско*, Beograd 1866, 159-170.

⁵⁰ AS, MID, V, 1861, F II, 1, AS, DS, 1861, 180 (rolna 293).

Videti tekst: Zoran Mirković, Vojislav Stanimirović, „Osnivanje 'Doma za s' uma sišavše““, *Teme-časopis za društvene nauke*, Univerzitet u Nišu, br. 3, jul – septembar 2012. godine, 1339-1354.

⁵¹ *Glasnik Društva srpske slovesnosti*, sveska X, Beograd 1858, 278-295.

Cenić, načelnik u ministarstvu pravde, izradili su *Projekat zakona o izvršenju kazni lišenja slobode*, izrečenih od sudova i policijskih vlasti, ali i lišenju slobode za vreme sudskog isleđenja. Izrađen na širokoj osnovi, sa pravilima za izvršenje svake kazne lišenja slobode – ovaj *Projekat* nije usvojio Sovjet. Srpske prilike, nažalost, još su zaostajale za idejama ovih ljudi školovanih na evropskim univerzitetima.

Zoran Mirković, Ph.D., Associate Professor
University of Belgrade
Faculty of Law

Freedom Deprivation Punishment in Serbia during 1804–1860

Abstract: *This text is on freedom deprivation punishment in Serbia during the first half of 19th century, i.e. since the beginning of the First Serbian uprising in 1804 and till passing the Criminal law in 1860. Author first emphasises that the freedom deprivation punishment doesn't have long tradition, although in medieval Serbia and under Turkish rule existed imprisonment in dungeon, but it was foremost some form of custody before a trial, and subsequently as keeping a prisoner after the verdict until its effectuation. It wasn't a freedom deprivation punishment in modern sense. During 1804 – 1813 there was so called "haps" i.e. apprehension, though Uprising authorities built also "real" prisons for punishment purpose. Imprisonment of culprits was a condition for compulsory labour, which could be very useful utilized under given circumstances.*

Since the beginning 1820-ties when first Serbian courts were established, beside "haps" appears also imprisonment in heavy shackles. However there was no substantial difference between apprehension and imprisonment. In this time the sentence to imprisonment was combined with the punishment with beating (or sometimes with the flogging at the end of imprisonment). The Regulation of County courts from January 26th 1840 mentions several forms of freedom deprivation punishment, but in praxis freedom deprivation was reduced on either "eternal" imprisonment or time-sentenced imprisonment.

Since the beginning of 1840-ties freedom deprivation was more frequently used as punishment and its implementation was continually spreading. For heaviest crimes was instead death penalty and running gauntlet sentenced freedom deprivation, either from courts or from supreme authority in the amnesty process.

Imprisonment was effectuated either at police reformatories (for shorter penalties) or at the penitentiary institutions (for longer imprison-

ment). By the end of 1830-ties an issue of imprisonment of female perpetrators emerged, together with the problem of freedom deprivation punishment for mentally ill committers of criminal acts.

Relatively early and in increasing number appeared regulations on effectuation of freedom deprivation punishments, intended to solve numerous practical and principle questions about realisation of this penalty. Finally on December 20th 1851 was issued the Structure of Experimental Economy in Topčider Penitentiary, which regulated treatment of convicts, their work, penalties, behaviour of guards etc. A new punishment purpose has become noticeable – compulsory re-education and remission through work, as a difference to previous aims: sheer intimidation and neutralization of public danger.

At the end of herein observed time, in the year 1858 appeared first theoretical work on penitentiary institutions and Project of Law on Effectuation of Freedom Deprivation Penalties. This project was elaborated on broad fundaments, with regulations for each form of freedom deprivation penalty, but wasn't accepted due to the lack of financial means.

Key words: Freedom deprivation penalty. – Serbia in the first half of 19th century. – Law on substitution of physical punishments. – Female convicts. – Mentally ill convicts. -

*Dr Slobodan Panov, vanredni profesor
Univerzitet u Beogradu
Pravni fakultet*

HARMONIZACIJA PORODIČNOG PRAVA SRBIJE SA PRAVOM EU

Sažetak: Autor analizira različite modele harmonizacije i konstatuje da moderne ideje vlasnika vremena imaju finale različito od reklamirane plemenitosti. Porodično pravo, zbog duhovne specifičnosti, je posebna tema harmonizacije. Autor razlikuje harmonizaciju samog Porodičnog prava (potreba harmonizovanja sa Ustavom Srbije, harmonizovanje termina, harmonizovanje samog PZ) i harmonizaciju Porodičnog prava sa pravom EU (autor govori o korisnoj harmonizaciji, ali i o pravu EU kao nepreciznom i nepotrebnom uzoru).

Ključne reči: porodično pravo, harmonizacija, Srbija, Evropska Unija

Istorijska i aistorijska/neefemerna konstanta srpskog duhovnog kruga jeste susret različitih duhovnih horizonata. Modernim jezikom kazano, multikulturalnost je iskustvo i bogatstvo srpske duhovne vertikale.¹

1. Pojam harmonizacije

Ako je prošlost iskra i krug mogućnosti futura, onda je smisleno/korisno podsetiti na mit o Harmoniji. Harmonija je plavooka kći Areja² i

¹ I naša epska poezija svedoči o iskustvu sa „...“, Latinima i pobratimstvu Marka Kraljevića i Muse Kesedžije, pobratimstvu koji simbolizuje susret ljudi bogatiji i dublji od semantike moderne „tolerancije i suživota.“

² **Arej** je sin Zeusa i Here, personifikacija rata, nepoštovalac zakona koga ne vole ni bogovi ni ljudi. Zaštitnik Trojanaca, koga Atena i Herakle pobeđuju, a Posejdonovi sinovi drže u zatvorenom bronzanom loncu 13 meseci. Za ubistvo Posejdonovog sina, Areju su de bogovi na brdu koje je nazvano Aeropag-kasnije je to ime atinskog suda.

I boginje napuštaju dete: **Hefest**, plod predbračne ljubavi Zeusa i Here, rođen je nakazan i pre vremena. Da bi od bogova sakrila ružno i bogaljasto dete, Hera je Hefesta ba-

Afrodite. Pošto je osam godina verno služio tasta Areja po kazni za ubistvo zmaja, Kadmo je od Zeusa dobio Harmoniju za ženu. Na svadbi su prvi put prisustvovali rezidenti Olimpa, a Harmonija je dobila na svadbeni dar zlatnu ogrlicu i haljinu. Ovi darovi su bili kobni za svakog poklonoprimeca, a posebno u ovom slučaju, jer ih je Hefest začarao da bi se osvetio Harmoniji, kćerki svoje neverne žene Afrodite. Prema drugoj legendi, Kadmo i Harmonija, nakon tregedija njihovih kćeri, odlaze iz Tebe među Ilire. Kadmo nesreće kćeri doživljava kao kaznu za ubistvo tastovog zmaja i moli bogove da ga preobrazu u zmiju, a Harmonija poželi da deli sudbinu svog supruga. Postali su dve zmije sa plavim pegama. Prema samotračkoj legendi, Kadmo dok je tražio Europu stigao je u Samotrakiju i tu upoznaju lepu Harmoniju, majku muza i boginju koja obezbeđuje sklad sveta.

„Nezavisni“ mediji bi, na osnovu ovog činjeničnog stanja, Harmoniju-boginju sklada opisali i kao boginju čiji je otac nepoštovaoc zakona, majka nevernica, a muž ubica, tastov sluga, čežnjiv prema Europi koju je iskoristio Zeus.

Nesporna je težnja za skladom, za harmonizacijom. Skica analize ovog vrlog poduhvata najpre evidentira da je reč o nesvršenom glagolu trajanja (kao i demokratizacija). Pravna analogija sa trajnim obligacijama, čije ispunjenje se prostire u vremenu³ podrazumeva mogućnost rebus sic stantibus, mogućnost nejednakog entuzijazma „ugovornih strana“, pa i mogućnost prevarnih akata i neočekivanih finala (na primer, da obećanje o hiljadama novih radnih mesta doživi tranziciju u otpuštanje zaposlenih). Pravna analogija ukazuje i na opravdanu garantiju, kod dvostrano obaveznih ugovora, pretpostavkom o istovremenom ispunjenju prestacija. Postoje ovlašćeni/kooptirani interperetatori koji kažu da je nesvršenost ima-

cila u more. Hefest je, ipak, bio spašen i postao jedno od 12 olimpijskih božanstava, odličan umetnik, svojom dobrotom i humorom «faktor harmonije» na Olimpu i muž Afrodite. Brak sa Afroditom je bio uslov Hefesta da oprosti Heri njeno nedelo.

Europa, kći feničanskog kralja, često se igrala kraj mora i brala cveće. Zeusu se dopala, preobrazio se u belog bika koji miriše na ruže i šafran, i pošto ga je Europa uzjahala, bik je jurnuo u more i preneo Europu na Krit. Zeus se pod platanima sjedinio sa Europom i dobio tri sina. Po Zevsovoj naredbi kritski platanik nikad ne gube svoje lišće i deo sveta gde je Krit nosi ime Europa. Pred rastanak Zeus je Europi dao koplje koje ne promašuje i skupoceni nakit. Europa se kasnije udala za kralja Asteriona, koji je usvojio njene sinove.

Brat Harmonije je **Anteros**, personifikacija uzajamne ljubavi, prvenstveno između dečaka, v. Dragoslav Srejić, Aleksandrina Cermanović, Rečnik grčke i rimske mitologije, «Srpska književna zadruga», Beograd, 2004, str. 49, 478, 154 i 155, 35.

³ v. Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1981, str. 106.

nentna, da je reč o procesu, o lepom putovanju. Ako je važno samo putovanje, duhovna avantura putovanja (Dučić bi rekao: San o sreći je uvek viši nego sreća), zar je onda neki uspeh postati kandidat za putovanje? Kakvo je to putovanje gde je vodič i jedan od organizatora putovanja i osoba koji je naš savremenik i, kako on tvrdi, savremenik Betovena, a putuje se u mesto kome je centar tamo gde je elita onaj ko poziva pre koju godinu Getea u posetu?

Harmonizacija u svom pojmu sadrži polisemičnost: mogućnost da jedna od strana željene jednačine bude uzor-model, da samo jedna strana jeste uzor/model, da postoje recipročni uzori, ili da susret dve pravne misli/koncepta u sinergiji rodi nejednačinu-novi kvalitet. Kao da je nesporno da dominira shvatanje harmonizacije kao vrlo uslovljenog ugovora po pristupu.

Naš stav je da je opravdan razlog harmonizacije da se popravi loše, a dobro postane bolje. Iako moderne ideje, ideje vlasnika vremena imaju finale različito od reklamirane plemenitosti (tranzicija nije uvećala stepen proizvodnje, a jeste stepen zaduženosti, nezaposlenost, egzistencijalnu nesigurnost, nezaštitu sveta rada, nepravdu...; globalizam nije podstakao različitost, već nebiranu uniformnost; humanitarne intervencije nisu uvećale radost, već su donele smrt 89 dece u Srbiji...), verujemo da je harmonizacija izuzetak. Ipak, u toj veri ne zaboravljamo mudrost episkopa Nikolaja o prevashodstvu truda pojedinca: "Hoćeš li slobodu onda pokušaj prvo osloboditi se sebe samog. Ako je u pogledu znanja važno kao vrhovno pravilo: poznaj sebe samog - to u pogledu morala važi kao vrhovno pravilo: oslobodi se sebe samog... Kada sužanj hoće da pobjegne iz tamnice, on se ne trudi prvo da poruši zidove oko tamnice nego najpre poruši zid svoje tamničke ćelije."⁴

Smatram da metod harmonizacije treba da ima dve odrednice: indukciju i promišljanje konkretnog.

Sigurno imam pogrešan utisak da se evropske vrednosti *transponuju dedukcijom, a ne indukcijom*.⁵ Vrlina je čedo slobode, nastaje samospoznajom i ne vredi ako je diktirana ili nastala insceniranom spontanosti (model Sarkozi). Trajne vrednosti uvek imaju, i ako su posledica zabluda i prevara, liberalno poreklo. Na primer, uverenost u stepen tehničke civilizacije građanin/narod je prihvatio bez reklame, utemeljenim ži-

⁴ v. Vladika Nikolaj, Misli o dobru i zlu, Petrovgrad, 2002, str. 83.

⁵ Korektan je stav Komisija za evropsko Porodično pravo (The Commission on European Family Law /CEFL), da ovi principi imaju svojstvo preporuke, a mogu da budu i implantirani u nacionalno zakonodavstvo (primer Škotske), v. Katharina Boele-Woelki, The principles of European family law: its aims and prospects, vidi internet adresu časopisa

votnim iskustvom. Bilo bi zanimljivo istražiti da li isti stepen uverenosti, kao za tehničke, postoji i za implantirane duhovne standarde (vrlo relevantne za Porodično pravo kao, na primer, koncept pravde, nežnosti, porodične emocije i solidarnosti⁶, stepen biofilije - radovanja životu, otpornosti prema narkomaniji i moralnom relativizmu...). Verovatno Evropa kao konfederacija građanina ima trajniju budućnost od Evrope kao federacije država.

Harmonizacija je vredna ako znači konkretno promišljanje nekog pitanja, a ne a priori i generalno favorizovanje. Epifenomenološki posmatrano, kao da se pošlo drugim putem: parlamentarnim stahanizmom.⁷

2. Specifičnost harmonizacije Porodičnog prava⁸

Svaka pravna disciplina ima svoje posebnosti. Porodično pravo jeste predmet o pravnim posledicama ljubavi⁹. Nesporna je različitost logike/duha Porodičnog i, recimo, Trgovinskog prava: onaj ko prevari u hvali u trgovini može dobiti i akademsku titulu veštog trgovca, a onaj ko preva-

⁶ PZ Srbije u čl. 25 govori o uzajamnom poštovanju supružnika, a u čl. 70 o ljubavi između roditelja i deteta.

⁷ O shvatanju zakonodavne aktivnosti kao stahanovskog takmičenja između parlamenata zemalja koje idu/vode se u EU, v. tekst Slobodana Antonića, Evrostanovci, „Pečat“, 88/09, str. 20 i 21. Saznajemo i brojke: Crna Gora je za dve i po godine donela 220 proevropskih zakona, Slovenija i po 120 zakona u jednom danu, a bugarski parlament je usvajao zakone na engleskom jer nije bilo vremena za prevodenje. Parlament Srbije je za osam meseci usvojio 166 zakona, a 29.maja ovaj turbo-parlament je usvojio 57 zakona, više nego što je skupština za celih godinu dana usvojila 1995, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003. godine.

Drugačiji je zakonodavni tempo u Švajcarskoj. Federalni zakon o braku 1875. godine nije prošao na referendumu usled nacionalnih podela. Projekat za reformu Porodičnog prava u 20. veku trajao je dvadeset godina, v. Dušan Nikolić, Zbližavanje pravnih sistema u Evropi/Convergence of legal sistem in Europe, www.pf.uni-mb.si.

⁸ U septembru 2001. godine osnovana je *Komisija za evropsko Porodično pravo* (The Commission on European Family Law /CEFL), koju čine stručnjaci iz država EU, ali i drugih država (Švajcarske, Rusije, Norveške...).

Od 1990. godine organizuju se međunarodne konferencije o uporednom porodičnom pravu. Odluke Saveta Evrope, Haške konvencije u oblasti međunarodnog privatnog prava, kao i odluke Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu obavezuju i na međunarodnu optiku porodičnopravnih tema. Prvobitna harmonizacija /unifikacija odnosila se na pravne posledice slobode kretanja robe, kapitala i ljudi. Ipak, ova činjenica odrazila se i na porodičnopravnu oblast subjekata koji su participirali u tim slobodama. Obzirom da je čovek u neprekidnoj optici Porodičnog prava, postalo je nužno da se regulišu i ovo pitanje, v. Katharina Boele-Woelki, The principles of European family law: its aims and prospects, Utrecht Law Review, Volume 1, Issue 2 (December)2005.

⁹ O ovoj definiciji i o faktorima modeliranja Porodičnog prava v. Slobodan Panov, Porodično pravo, Beograd, 2008, str. 27 i dalje.

ri u porodici nije dobar domaćin (u porodičnompravnom, ne u obligacionopravnom smislu). Postoje brojni osnovi o posebnosti Porodičnog prava koja umanjuju stepen pogodnosti za harmonizaciju.¹⁰

Sveti Simeon Mirotočivi veli: Ko svoje zamenjuje tuđim ne dobija tuđe već gubi svoje/sebe. Reč je poslednja odbrana identiteta, Kao što je moral nežna a najsnažnija, poslednja a jedina odbrana od zla, tako je i kultura nužan i dovoljan uslov slobode. Pesnik Dragomir Brajković veli da su nekada države svoje granice branile spolja vojskom a iznutra kulturom. Poraz vojske, častan i viteški, nije uzrokovao kapitulaciju nade, ali je poraz kulture bio prolog totalne propasti. I Pavić, taj moderni klasik, svojim delom svedoči o istom: kao što je stvorio magični realizam, tako je i stvorio nadnacionalnu književnost utemeljenu na srpskoj kulturi.

Odras ove duhovne vizure vidimo i u čl. 70 PZ Srbije koji određuje način vaspitanja¹¹ deteta.¹² U vaspitnom procesu, odnos između roditelja i

¹⁰ Tačno i davno je rečeno da Porodično pravo, više od drugih pravnih grana, ima pečat nacionalne individualnosti i uslovljeno je mentalitetom i kulturom jednog naroda, v. A. Lazarević, O državnoj intervenciji u porodičnim odnosima, Beograd, 1927, str. 3. Prof. Čedomilj Mitrović veli da je suština braka i porodice u blagoslovenoj emociji-ljubavi, a „ljubav se ne može odmeravati ni iznuđivati građanskim, pravnim merama“, a prof. L. Marković da su lični odnosi uredivi propisima morala, društvenog ophođenja i obzirima nežnosti, v. Č. Mitrović, Crkveno pravo, Beograd, 1929, str. 125 i 126 i L. Marković, Porodično pravo, Beograd, 1920, str. 107.

I Jungovi arhetipovi (otisci opšteltjudskog dugotrajnog iskustva, nesvesni filogenetski nasleđeni obrasci psihe, opažanja i razumevanja) i Fromov društveni karakter (karakter zajednički većini članova iste kulture koja reguliše ponašanje i mišljenje ljudi), odrazi prošlosti i sadašnjosti, moraju da budu relevantni za Porodično pravo, v. Vladeta Jerotić, Preporuke i prikazi - filozofija, religija, književnost, Beograd, 2006, str. 58 i 59.

Ima autora (*Wolfram Müller-Freienfels, Ole Lando*) koji smatraju da postoji fundamentalna neuskладivost Porodičnog prava usled kulturno-istorijskog specifikuma (moralnih, religijskih, političkih, psiholoških...) koji ukida zajedničke vrednosti. *Laurence Friedman* smatra da kultura nije homogena i da u okviru države i u panevropskom optikumu postoje „konzervativne i progresivne“ kulture, v. Masha Antokolskaia, *Family law and national culture-Arguing against the cultural constraints argument, Law in the European Union: the making of a Hybrid*, 2001 European Review of Private Law, Volume 4, Issue 2 (June) 2008.

¹¹ Svaka umetnost, pa i umetnost vaspitanja, ima za cilj da dopuni ono što nedostaje prirodi, kaže Aristotel, v. B. M. Bim, Э. Д. Днепров, Г. В. Корнетов, *Мудрость воспитания, Книга для родителей*, Москва, 1988, str. 52. Čovek treba da postigne harmoniju osećanja, misli i volje. Forsiranje samo jednog elementa je štetno. Preterana osećajnost vodi ispraznoj sentimentalnosti, prejako razvijena misao završi u oholosti i gordosti, jedino snažna volja – opasnim akcijama. Blago tebi ako ti um u srcu počiva. Rđavo porodično vaspitanje najčešće potiče od nesložnih ili rastavljenih bračnih drugova, v. Vladeta Jerotić, *Duhovni razgovori*, Beograd, 2004, str. 42. Jednostrani sistem obrazovanja stvara vešte ekonomiste, pravnike... ali ne i ljude čvrstog karaktera i moralne pouzdanosti. Postoji višak veštaka a manjak ljudi. *Obrazovan je onaj ko ima obraza*, bez obzira na to gde živeo, kakav položaj i kakvu gomilu znanja imao. Prezasićeno je ovo vreme duha tehničkoga,

deteta jeste odnos ljubavi i uzajamnog poštovanja, *sa usmeravanjem deteta da usvoji i poštuje emocionalne, etičke i nacionalne vrednosti*¹³ i *identitet svoje porodice i društva*.

duha mlake humanosti, poluvera i potajnog paktiranja sa zlom, v. Vladeta Jerotić, *Duhovni razgovori*, Beograd, 2004, str. 43 i 44.

¹² Vaspitanje (ni)je mišljenje predaka. Čuveni ruski režiser Nikita Mihalkov o svom ocu Sergeju kaže: Moj otac je dete. Njemu je ceo život 13 godina. Sergeju je najtoržestveniji trenutak bio kada je 1943. godine sedeo pored „živih portreta“ u Boljšom teatru i slušao državnu himnu čiji je autor, dok Nikita u „Sibirskom berberinu“ slavi ruskog imperatora, v. Argumenty i fakty, No 11, 12–18. marta 2008, str. 3.

Nekada vaspitač ne ostvari svoj cilj. Otac Ničea je bio luteranski paroh, tradicionalista i rodoljub, pa je i sinu dao ime po vladajućem kralju Fridrihu Vilhelmu. Vaspitač nije ni slutio da će mu sin postati kosmopolita i ogorčeni protivnik pruskog nacionalizma i morala. U petoj godini Ničeu je umro otac, a Niče je rastao okružen isključivo ženama: majkom, sestrom i dvema tetkama. Kao što je profesionalna luteranska tradicija (osim oca, i dede su bili sveštenici) prouzrokovala Ničevu antireligioznu reakciju, tako je i žensko okruženje prouzrokovalo poznato ženomrstvo Ničea, v. Niče, *Osvit*, „Rad“, Beograd, 1979, str. 141.

¹³ Prema Predlogu PZ Srbije, dete se usmerava ka usvajanju i poštovanju vrednosti koje imaju *univerzalni karakter* (podsećamo na termin akademika Jerotića o pseudohumanističkom kosmopolitizmu, v. Vladeta Jerotić, *Preporuke i prikazi – filosofija, religija, književnost*, Beograd, 2006, str. 50). Prema članu 93. stav 1. PZ Hrvatske, dete se vaspitava u duhu humanosti, „domoljublja“, ravnopravnosti polova, v. M. Alinčić, D. Hrabar, D. Jakovac-Lozić, A. Korać, *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2006, str. 248.

U literaturi Porodičnog prava (G. Kovaček Stanić, *Porodično pravo*, Novi Sad, 2005, str. 284) ima stavova da je zakonodavac ovom formulacijom „izrazio određene ideološke vrednosti“ i to nepreciznim pojmovima koji su se mogli izbeći preuzimanjem vrednosti i formulacija iz Konvencije o pravima deteta. Matematička preciznost i jasnoća argumenata nalaže nam da se ne složimo sa navedenim stavom. Povodom ideološke obojenosti zakonske formulacije možemo kazati sledeće: obe ideje, u originarnom smislu, i univerzalna i nacionalna jesu prirodne, neideološke, „prepisane“ iz prirode čoveka. Priroda čoveka jeste apstraktna, univerzalna i konkretna, individualna i nacionalna. Svi ljudi i svaki čovek (sintagma koja je Berdajevu omiljenija) imaju univerzalna obeležja: emotivnost, duhovnost, moralnost, potrebe... Univerzalne vrednosti i teorije izražavaju čoveka kao univerzalno biće, izražavaju genu-snu suštinu čoveka. Individualističke i nacionalne vrednosti izražavaju konkretnog čoveka kao specifikuma: emotivni, etički i nacionalni identitet čoveka i njegove porodice i društva.

Univerzalno je početno, podrazumevajuće i nedovoljno. Univerzalno je potencijalno, a pojedinačno je vrlo, vredno ostvarenje potencijala. Čovek je deo ljudske vrste. Ali to je samo uslov i početak slobode. Bogaćenje individualnog i nacionalnog je konzumiranje slobode. Diktat univerzalnog, posebno u nehumanoj interpretaciji profitoljubivog globalizma, ima ambiciju da jednom idejom objasni svet, da jednom bojom oslika svet, da jednom muzikom izražava sentimente i misao... Definisanje Dostojevskog ili Getea kriterijumom univerzalizma je nemoguće, jer oni nemaju značenje i zračenje bez bogatstva individualnog i nacionalnog konteksta, koji odgovaraju „svetskoj saosećajnosti i refleksivnosti“.

Sintetički posmatrano, čovek jeste mikrokosmos, konkretni univerzum. Pravda, sloboda, ravnopravnost, miroljubivost, istina – jesu univerzalne vrednosti. Ako su u domenu apstrakcije, ove vrednosti su bez potpunog smisla, ali ako se konkretizuju delom čoveka, društva, nacije one su vrlina. Obe teorije nisu ideološke jer govore o objektivnim, prirod-

nim konstantama čoveka. Ipak, interpretacija i neplemenita primena jedne teorije može da ima ideološku konotaciju gde se ideološki ili materijalni interes od „vlasnika vremena i sveta“ predstavlja kao (lažni) simbol slobode, pravde, oslobođenja...

Formulacija u članu 70. PZ Srbije jeste stilizovana sinteza vrednosti kazanih u Konvenciji o pravima deteta. „Vrednosti emocionalnog, etičkog i nacionalnog identiteta porodice i društva“ jesu sintetička formula za vrednosti iz Konvencije o pravima deteta. Emocionalne i etičke vrednosti iz PZ Srbije obuhvataju i harmonične su vrednostima iz Konvencije o pravima deteta („poštovanje ljudskih prava i sloboda predviđenih Poveljom UN; pripremu za život u slobodnom društvu, razvoj duha razumevanja, mira, tolerancije, ravnopravnosti polova, prijateljstva među narodima, etničkim, nacionalnim i religioznim grupama i ljudima domorodačkog porekla, poštovanje prirodne okoline), dok poštovanje nacionalnog identiteta svoje porodice i društva iz PZ Srbije jeste harmonizovano sa vrednostima Konvencije o pravima deteta (poštovanje roditelja deteta, njihovog kulturnog identiteta, jezika i vrednosti za nacionalno dobro zemlje u kojoj dete živi, zemlje iz koje potiče i civilizacije različite od njegove).

Personalizam Nikolaja Berđajeva ne priznaje ličnost bez lične sudbine. Objektivizacija je neprijateljska prema ličnosti. Univerzalno se nalazi u individualnom, u ličnosti, a univerzalno nije opšte nego konkretno, *ličnost je univerzalna*, v. dr Željko Simić, *Preobražaji totalitarne svesti, prolegomena za sociologiju saznanja*, Kulturno-prosvetna zajednica Beograda, Beograd, 2006, str. 261–265.

Tomas Molnar u delu *Liberalna hegemonija* kaže da liberalno društvo danas proizvodi tip čoveka koji ima potrošačku somnabulost i banalnu uniformnost; u filozofiji stvara nominalizam, težnju da se čovek liši svake kolektivne odrednice da bi bio spreman za uniformno, globalno tržište; desakralizaciju onog što je očuvalo arhetip humaniteta, ali sakralizaciju lobija, medija, tržišta simuliranjem potrošačkih potreba. *Neprijatelj liberalizma je onaj ko je očuvao dimenziju ljudskosti*. Idealni globalni svet je piramidalni logor sa malim brojem na vrhu i svim ostalim koje će na okupu da drže logorska zadovoljstva. Da bi se taj ideal ostvario, potrebno je ukloniti tradicionalizam, posebno tradicionalno pravo, v. dr Željko Simić, *Preobražaji totalitarne svesti, prolegomena za sociologiju saznanja*, Kulturno-prosvetna zajednica Beograda, Beograd, 2006, str. 456, 466–470.

Povodom multikulturalizma (recimo, pitanje poligamije, odnosa polova, telesnog kažnjavanje deteta...) u engleskom društvu postavljene su tri teorije: teorija apsolutizma (da manjina mora da prihvati vrednosti većine); teorija uslovnog pluralizma (prema kojoj manjine mogu da izraze svoju specifičnost, ali u osnovnim temama, kao što je minimum godina potrebnih za brak, zabrana incesta, neophodnost saglasnosti za zaključenje braka, za manjinu moraju da važe stavovi većine) i teorija relativizma (gde nema moralnih apsoluta i gde se respektuju vrednosti delova društva), v. Jonathan Herring, *Family Law*, Exeter College Oxford University, Second edition, 2004, str. 26–28. Ova pitanja u engleskoj literaturi, zapravo, postavljaju, sa još jednog aspekta, pitanje šta je univerzalno, kad i u „rodnom mestu univerzalizma“ nema univerzalizma, već postoji multikulturalizam. Kao što u prirodi postoji paleta boja i nijansi, kao što priroda nije oslikana jednom bojom, tako i univerzalizam nije jedna ideja, diktat stila mišljenja, već poštovanje različitosti. Uostalom, u Engleskoj u 2005. godini 25 odsto rođene dece su deca čiji su roditelji stranci. U Londonu 51 odsto beba ima roditelje strance, v. „Kurir“, 26. avgust 2007, str. 8. Verujemo da insistiranje na „univerzalnom danas“ nije varijacija / tranzicija medijskog diktata u fenomen „efet-efendije“. Prema Ivi Andriću, evet-efendija je intelektualac turskog dvora koji klima glavom na sve što kaže njegov silni(k) gospodar – sultan.

O pravnom aspektu harmonizacije govore sledeće norme: prema čl.16 Ustava Srbije, opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni dokumenti deo su ustavnog poretka Srbije i neposredno se primenjuju¹⁴. Odredbe o ljudskim i manjinskim pravima se tumače u korist vrednosti demokratskog društva po međunarodnim standardima i praksi međunarodnih institucija. Jemstva neotuđivih ljudskih i manjinskih prava služe očuvanju dostojanstva i slobode i jednakosti (čl. 18 i 19 Ustava Srbije). Građani imaju pravo da se obrate međunarodnim institucijama radi zaštite svojih prava i sloboda (čl. 22 Ustava Srbije). Smatra se da je od unifikacije građanskog privatnog prava realnija njegova harmonizacija (ne harmonizacija). Proces evropeizacije Porodičnog prava odvija se stvaranjem zajedničkih standarda o ljudskim pravima, posebno evropskom Konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (pravo na obrazovanje deteta u čl. 2; pravo na pravično suđenje u razumnom roku u čl. 6; pravo na slobodu i sigurnost u čl. 5; pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života u čl. 8; pravo na zaključenje braka i osnivanje porodice u čl. 12; zabranu diskriminacije u čl. 14...)¹⁵.

Krenuvši putem harmonizacije, uočavamo dva nivoa: harmonizaciju samog Porodičnog prava Srbije i harmonizaciju sa pravom EU.

3. Harmonizacija Porodičnog prava Srbije

Obrazovani razum mogao bi neharmoničnost našeg Porodičnog prava da ilustruje sledećim primerima potrebnog skada:

3.1. *Harmonizovanje PZ Srbije sa Ustavom Srbije*: nesporna je disharmonija u definisanju subjekta odlučivanja o rađanju deteta/dece. Za razliku od čl. 5 st. 1 PZ R Srbije gde je subjektom donošenja odluke o rađanju deteta označena žena, Ustav Srbije u čl. 63 propisuje ravnopravnost i određuje da svako¹⁶ može da odluči o rađanju deteta. Kritika pravnog favorizovanja žene pita: a) u ime čega je otac deteta diskvalifikovan u sferi odlučivanja o rođenju a, kao subjekt sporazumnog odlučivanja, nije

Ovako smo govorili i u našoj knjizi *Porodično pravo*, Beograd, 2008.

¹⁴ Neposredno inkorporiranje međunarodnih ugovora o ljudskim pravima u nacionalno zakonodavstvo poznaje holandsko i špansko pravo, ali ne i pravo UK, str. v. M. Alinčić, D. Hrabar, D. Jakovac –Lozić, A. Korać, *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2006, str. 225.

¹⁵ Detaljnije, v. M. Alinčić, D. Hrabar, D. Jakovac –Lozić, A. Korać, *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2006, str.531.

¹⁶ Prema čl. 5 st. 1 PZ R Srpske, svako slobodno odlučuje o zaključenju braka, zasnivanju porodice i rađanju djece.

diskvalifikovan nakon rođenja deteta i b) ako je dete plod biološke i pravne simfonije/harmonije volja ženskog i muškog roditelja, zašto se u prenatalnoj fazi ova „muzika“ demokratski i humano svodi na jedan ton i monopol/apsolutnu pravnu vlast žene¹⁷.

3.2. *Harmonizovanje termina*: Naš pravni poredak nije uspeo da položi ni najlakši ispit iz terminološke usklađenosti. Novi PZ R Srbije koristi termin „usvojitelj“, „hranitelj“, „staratelj“. Mi ostajemo pri ranijim, tačnim, „nezakonskim“ terminima „usvojilac“, „hranilac“, „staralac“. Razlozi vernosti staroj, u ZBPO S korišćenoj, terminologiji su sledeći: 1). nismo informisani da je 2005. godine bila revolucionarna izmena lingvističke teorije i prakse koja bi ishodovala ovu promenu; 2). „terminološka“ harmonija sa drugim zakonima¹⁸ (o nasleđivanju, o obligacionim odnosima, ZPP, Krivični zakonik...), iako definisanje ovih termina jeste nesporna, „izvorna“ nadležnost zakona koji uređuju porodičnu oblast i 3). nedoslednost novog zakonodavca (ako postoji usvojitelj, staratelj, hranitelj, treba da postoji i javni tužilac – a ne postoji u PZ R Srbije. U našem pravnom poretku ne postoji ni poveritelj, već poverilac (i u čl. 162 i 167 PZ Srbije postoji poverilac, a ne poveritelj), a u našem duhovnom poretku postoji mislilac, a ne postoji mislilac).

3.3. *Harmonizovanje samog PZ Srbije*: Sam PZ Srbije sadrži kontradiktornost, a time i nesprovodivost ili delikatnost primene svojih normi. Konkretno: postoji mogući sukob zakonskih sankcija kod ustanova zaštite od nasilja u porodici i ustanove prava stanovanja. Pretpostavimo sledeću činjeničnu konstrukciju: partner galami na svoju partnerku koja je «konzument hemije», koja je dišperentna, meta-fizički orjentisana prema svojim obavezama, jednom rečju - «kosmonaut na zemlji.» Žrtva nasilja ishoduje iseljenje nasilnika iz stana. Dete ovih partnera bude povereno na čuvanje i vaspitanje, u ovom primeru, jedinom subjektu sa roditeljskim kapacitetom - ocu (nasilniku – iz prethodne rečenice). Na osnovu čl. 194 st. 1 PZ R Srbije, dete i njegov otac imaju pravo stanovanja na stanu čiji

¹⁷ O pravnom apsurdu da zajednička volja i odgovornost (roditeljsko pravo) izvire iz samovolje žene i o porodično-patološkom dejstvu ove nesvrshodne neravnopravnosti polova u sferi prokreacije opširnije v. S. Panov, Pravo na roditeljstvo, doktorska teza, Beograd, 1998, str.203 i dalje.

¹⁸ Recimo, ZPP u čl. 66 koristi termine „usvojilac“, „staralac“, „poverilac“. Zakon o obligacionim odnosima koristi termin „javni tužilac“ (npr. u čl. 109); „poverilac“ (npr. u članu 296); „staratelj“ (npr. u čl. 167 st. 1) ali i „staralac/staraoc“ (npr. u čl. 381). Zakon o nasleđivanju koristi termin usvojilac. Zakonik o krivičnom postupku koristi terminusvojitelj/hranitelj (npr. u čl. 39), dok Krivični zakonik koristi termine usvojilac i staralac (npr. u čl. 190,193).

je vlasnik drugi roditelj, jer u ovom konkretnom slučaju ne može da se primeni pravni standard „očigledne nepravde“ za drugačije pravno finale. Dakle, primena čl. 198 znači iseljenje nasilnika-partnera žrtve i oca deteta, dok primena čl. 194 znači suprotno: useljenje deteta i njegovog oca koji vrši roditeljsko pravo (nasilnika).

3.4. *Harmonizovanje sa (pravnom) logikom: Exempli causa:*

(1). Besmislena razlika u uslovima za dva načina emancipacije: prema čl. 11 st. 3 PZ R Srbije sud dosuđuje emancipaciju ako lice koje ima 16 godina a postalo je roditelj ima „telesnu i duševnu zrelost potrebnu za samostalno staranje o sopstvenoj ličnosti, pravima i interesima“, dok prema čl. 23 st. 2 PZ R Srbije emancipacija je moguća ako lice ima „telesnu i duševnu zrelost potrebnu za vršenje prava i dužnosti u braku“. Besmisleno je da se kod „roditeljske emancipacije“ traži sposobnost da se brine o sebi, ali je smisljeno kod „bračne emancipacije“ da se traži sposobnost za valjano činodejstvovanje u braku.

(2). Besmisleno definisanje vlasnika. Stvari koje su namenjene¹⁹ detetu pripadaju u isključivu svojinu supružnika koji vrši roditeljsko pravo (čl. 183 PZ R Srbije). Ako roditelji zajedno vrše roditeljsko pravo, onda ove stvari čine zajedničku imovinu roditelja. Stvari koje služe samo detetu dodeljuju se u isključivu svojinu, i to povrh njegovog dela, bračnom drugu kome je zajedničko dete povereno na čuvanje i vaspitanje. Ako se analizuje ova norma evidentiramo sledeći primer «pravičnosti»: ako muzički talentovano dete, recimo, ima klavir koji mu je kupio otac, a dete je nakon prestanka braka povereno majci na čuvanje i vaspitanje, tada klavir, kao stvar koja je namenjena detetu, jeste isključiva svojina majke (bez obzira na njen muzički talenat). Majka deteta, kao isključivi vlasnik klavira, ima isključivo pravo svojine i može da raspolaže, recimo da proda, klavir bez ikakvih pravnih ograničenja (dozvola organa starateljstva je nepotrebna). (3). Besmisleno i originalno favorizovanje lica stranog²⁰ drža-

¹⁹ Zakonodavac koristi originalni pravni termin „namenjenosti“, opširnije v. Slobodan Panov, *Porodično pravo*, Beograd, 2008, str. 593.

²⁰ U protekle dve godine dvadeset stranaca (američkih, francuskih, grčkih, kiparskih državljana) usvojilo je dete našeg državljanstva koje ima psiho-fizičke smetnje ili je romske nacionalnosti, v. „Politika“, od 29. 11. 2007. Slične rezultate pokazuje i naše istraživanje iz 1992. godine, v. S. Panov, *Potpuno usvojenje – način zaštite deteta bez roditeljskog staranja*, Beograd, 1993.

Usvojenje sa elementom inostranosti je frekventna ustanova. O njenom uzroku svedoči činjenica da, recimo, u Engleskoj, prema prognozama Office for National Statistics, 25 procenata žena of child-bearing age u 2010. godini biće bez deteta : Jonathan Herring, *Family Law*, second edition, 2004, str. 7. U SAD 1996. godine usvojeno je 11.340 dece iz inostranstva, a 1999. godine 16.369. Najviše se usvaja dece iz Rusije, Kine, Gvatemale,

vljanstva u postupku usvojenja. PZ Srbije normom o obligatornom karakteru probnog smeštaja čini valjanu evoluciju u odnosu na fakultativni karakter probnog smeštaja po čl. 165 ZBPO S. Međutim, u modeliranju ove ustanove PZ R Srbije u čl. 318 st. 1 čini involuciju u odnosu na prethodni zakon. Pogoršanje koje ima PZ R Srbije sastoji se u tome što obaveznost probnog smeštaja postoji za sve, osim za usvojioca koji je strani državljanin. Ako je suština zakonodavne aktivnosti u vezi aktivne adoptivne sposobnosti bila da se lice stranog državljanstva, pod određenim i dodatnim uslovima, izuzetno izjednači sa domaćim državljaninom, članom 318 st. 1 PZ R Srbije imamo raritetnu poziciju da se domaći državljanin nikada ne može u ovoj temi izjednačiti sa licem stranog državljanstva. Zanimljivo je i da novi PZ CG ima isto rešenje, unikatno u regionu. Ako je opšte zako-

Rumunije i to deca mlađa od jedne godine (54%), a samo 3% dece starije od 9 godina. U Francuskoj od 5 000 usvojenja godišnje, 3/4 su usvojenja dece iz inostranstva, v. M. Alinčić, A. Bakarić Abramović, D. Hrabar, D. Jakovac –Lozić, A. Korać, Obiteljsko pravo, Zagreb, 2001, str. 315. U poslednjih tri decenija u SAD je usvojeno više od milion dece stranog državljanstva. SAD je prva na svetskoj listi receptivnih zemalja, a na drugom mestu je Francuska u kojoj ¾ usvojene dece su stranog porekla, v. M. Alinčić, D. Hrabar, D. Jakovac –Lozić, A. Korać, Obiteljsko pravo, Zagreb, 2006, str. 336.

U Francuskoj je podobno za usvojenje 1 200 dece godišnje, a kandidata za usvojioca ima oko 8 000 godišnje. Sledstveno tome i usvojenje dece iz inostranstva (26% iz Južne Amerike, 27% iz Afrike, 21% iz Evrope, i 26% iz Azije), v. Odile Roy, For a Better Balance Between Conflicting Interest, „Pravni život“, broj 9/2005, str. 1152.

Porast životnog i obrazovnog standarda, „izmenjena vrednosna filozofija“, upotreba kontraceptivnih sredstava u tzv. razvijenom svetu uzrokuje i pad nataliteta i odsustvo «neželjenog rađanja», dok u nerazvijenim zemljama postoje pretpostavke za tzv. trgovinu bebama. Tokom 1990. godine, od početka demokratske tranzicije u Rumuniji je 3 000 dece usvojeno od stranaca, a u prva dva meseca 1991. godine 1300 dece je usvojeno od državljana SAD (uz veliku korupciju službi za usvojenje). U Jekatirinburgu, Rusija, policija je uhapsila ženu (Uzbekistanku, koja je u dugovima, a muž joj je deportovan i nezaposlen) koja prodaje svoje dete za 20 000 rubalja, manje od 1000 dolara, v. <http://russiastoday.ru/news> od 13.1. 2008.

«Dobre namere Anđeline Žoli i Eme Nikolson» nisu uvek prisutne kod usvojenja sa elementom inostranosti. Stoga je i trafficking dece internacionalni problem, pa je u tom kontekstu sačinjen i nacrt Children (Contact) and Adoption Bill predstavljen engleskom Parlamentu 2005. godine, v. Mary Welstead & Suzan Edwards, Family Law, Oxford University Press, 2006, str. 199. Oko 2,5 miliona osoba su žrtve human trafficking-a, v. <http://russiastoday.ru/news> od 13.2. 2008.

Kao nekada srpski porodični zakon, danas Porodični zakon Hrvatske predviđa da stranac može da usvoji izuzetno i ako je to od posebne koristi za dete. U PZ H se ne može, za razliku od sadašnjeg zakona Srbije, naći nijedna formulacija koja favorizuje lica stranog državljanstva. Jedan od raloga jeste «gubitak jednog našeg dotadašnjeg državljanina». Stoga se i među inostranim interesentima prednost daje paru gde je jedan partner hrvatski državljanin, ili ako su lica poreklom vezani za tu zemlju, v. M. Alinčić, A. Bakarić Abramović, D. Hrabar, D. Jakovac – Lozić, A. Korać, Obiteljsko pravo, Zagreb, 2001, str. 314, 315.

nodavno pravilo da se domaći državljanin koji želi da usvoji favorizuje²¹, sa mogućnošću da se lice stranog državljanstva, pod dodatnim uslovima, izjednači u sticanju aktivne adoptivne sposobnosti sa našim državljaninom, sada prema PZ Srbije, a i Crne Gore, imamo situaciju da se u vezi ove ustanove stranac favorizuje, a bez mogućnosti da se domaći državljanin izjednači sa strancem. Zanimljiv paradoks, koji se ne može opravdati teškoćom primene probnog smeštaja i evidencije uspeha prilagođavanja. Teškoća u pravu, i u životu, nije izgovor za kapitulaciju ili odustajanje, već za pregnuće. Uvažavajući teškoće usled prostorne distance (na primer, ako dete našeg državljanstva žele da usvoje japanski državljani), problem je u praksi rešiv (na primer, specifičnim subjektom provere uspešnosti prilagođavanja²², ređim a kompleksnijim vremenskim trenucima provere uspeha prilagođavanja, korišćenjem video - linka uz prisustvo našeg konzula ili drugog službenika, obavezom usvojilaca sa stranim državljanstvom da u toku probnog smeštaja dođu kod našeg nadležnog organa starateljstva...). Činjenica da je prethodni ZBPO Srbije univerzalno nalažao obavezu primene probnog smeštaja i za naše i za strane državljane i njegova dvovekovna primena govore o mogućnosti, uz određene teškoće, primene probnog smeštaja i za lica stranog državljanstva.²³

Osim evidentirane pravne besmislice da stranac ima bolju poziciju u odnosu na našeg državljanina (bez mogućnosti izjednačenja), navedena regula PZ Srbije može biti još besmislenija. Stilizacija čl. 318 st. 1 PZ R Srbije je takva da nedvosmisleno određuje da obaveza organa starateljstva da primeni probni smeštaj, odnosno, prilagođavanje ne postoji „ako je usvojitelj strani državljanin“. Pretpostavimo situaciju da je budući usvojilac lice koje ima strano državljanstvo, a naš domicil. Dakle, stranac može na teritoriji naše države da bude diplomatski predstavnik ili biznismen ili sportista ili lice angažovano na stvaranju ili održavanju mira ili kakvom drugom (humanitarnom) zadatku. Realno je pretpostaviti i situaciju da je budući usvojilac stranac koji se u ovim svojstvima nalazi u na-

²¹ O favorizovanju lica domaćeg državljanstva (zbog očuvanja nacionalnog identiteta, konteksta pada nataliteta), i o adopciji sa elementom inostranosti kao alternativnom načinu zaštite deteta, v. T. Kitanović, *Međudržavno usvojenje i Konvencija o zaštiti dece*, «Pravni život», br. 10/2006, str. 194.

²² Recimo, da izveštaj o stepenu uspešnosti probnog smeštaja i drugim relevantnim činjenica sačini naš konzul ili počasni konzul naše zemlje.

²³ Prema Konvenciji o zaštiti dece i saradnji u oblasti međudržavnog usvojenja, ako centralni organ zemlje prijema utvrdi da smeštaj deteta nije u najboljem interesu, preduzeće mere da se dete preseli od potencijalnih usvojilaca ili organizovati probni smeštaj kod drugih potencijalnih usvojilaca ili organizovati povratak deteta u zemlju porekla, v. T. Kitanović, *Međudržavno usvojenje i Konvencija o zaštiti dece*, «Pravni život», br. 10/2006, str. 199 i 200.

ma, teritorijalno, bliskim zemljama. Zakonska stilizacija nedvosmisleno kazuje da sama činjenica da je usvojilac stranac **obavezuje** organ starateljstva da načini izuzetak od obligatornog karaktera probnog smeštaja.

I konačno, još jedna ilustracija nepodnošljive kontradiktornosti u vezi statusa lica stranog državljanstva u materiji usvojenja. Naime, prema čl. 102 PZ Srbije, usvojilac može da bude samo lice koje je pripremljeno za usvojenje po posebnom programu koji propisuje nadležni ministar. Jedini u zakonu predviđen izuzetak od obaveze pohađanja i uspešnog završetka „roditeljskog kursa“²⁴ postoji za (van)bračnog očuha ili maćehu, odnosno, za (van)bračnog partnera roditelja (biološkog ili adoptivnog) deteta. Zanimljivo je da izuzetak nije predviđen za lica stranog državljanstva koji žele da usvoje dete sa našim državljanstvom. Ako je ratio legis da za stranca ne važi probni smeštaj usled, na primer, teškoća zbog prostorne distance, ista teškoća postoji i kod „pohađanja roditeljskog kursa“. Naravno, već smo kazali, da teškoća nije izgovor za oslobođenje od obaveze, već izazov pregnuća. Pozitivno-pravno regulisanje pozicije lica stranog državljanstva kao usvojlaca (usvojioca) bogati „pravni apsurd“ još jednim elementom. Posmatrano sa aspekta važnosti, apsurdno je da je lice stranog državljanstva oslobođeno važnije dužnosti (evidencije posebne, konkretne podobnosti) a neoslobođeno, u odnosu na lica sa našim državljanstvom, manje važne dužnosti završetka posebnog programa adoptivnog roditeljstva. Studentskim duhom kazano: postoji oslobođenje od ispita, ali su predavanja obavezna. Upoznavanje sa specifičnostima vršenja roditeljstva od strane usvojioca, kompleksnost dijadnog ili trijadnog odnosa, kontroverze i suptilnosti kazivanja istine o poreklu usvojenika..., jesu teme koje svakako čine opravdanim program o adoptivnom roditeljstvu. Opravdanim, ne i nužnim: na osnovu istorijske prakse (roditelji velikih ljudi nisu završili ovaj kurs, a ni sami velikani nisu završili školu adekvatnu svojoj slavi: Čehov je bio lekar, Gete pravnik, a Tolstoj je po zanimanju bio grof) i Biblije («Kad bih imao svo znanje i dar poricanja i Vere da bih mogao i gore da premeštam, a Ljubavi ne imao bio bih ništa»)²⁵.

²⁴ U pedagogiji važi pravilo da treba prvo znati, a potom vaspitavati. Klara Cetkin kaže da se žena ne rađa kao pedagog, kao što se i muškarci ne rađaju kao umetnici, vojnici..., v. B.M. Bim, Э. Д. Днепров, Г.Б. Корнетов, Мудрость воспитания, Книга для родителей, Москва, 1988, стр. 30.

²⁵ Zanimljiva je priča o roditeljstvu Alberta Ajnštajna. Ajnštajn se zaljubio u doktorku fizike Milevu Marić, i po tadašnjim merilima, svetski emancipovanu ženu. Majka Albertova je Milevu smatrala nedovoljno dostojnom za sina i stoga je Albert prihvatio njenu sugestiju da se Mileva porodi u Srbiji. O rođenoj devojčici istraživači nisu našli nikakve podatke i verovatno je dete dato na usvojenje. Ajn-

O drugim potrebama tj. nužnostima (na primer, apsurdno pravno fiktivne da se članom porodice po čl. 197 st. 3 t. 5 PZ Srbije može smatrati i „profesionalni seksualni radnik/ca“, kao lice sa kojim ste bili ili jeste u seksualnom ili emotivnom odnosu) zdravorazumskog testiranja nekih normi PZ Srbije nećemo ovom prilikom.

4. Harmonizacija Porodičnog prava Srbije sa pravom EU

Ovom aspektu analize ukazaćemo na primere gde bi harmonizovanje poboljšalo našu regulativu, na primere gde je pravo EU kao uzor neprecizan ili nepotreban i, ne na kraju, gde je naša regulativa kvalitetnija od „uzora“.²⁶

4.1. Korisna harmonizacija. Exempli causa evidentiramo potrebu korigovanja našeg prava normama iz EU.

A) Recimo, izmena pravnog statusa preljube. Dok je čl. 68 ZBPO Srbije i čl. 40 PZ CG predviđena vernost²⁷ bračnih drugova, PZ R Srbije, kao i PZ Republike Srpske (za razliku od na primer, francuskog, grčkog

štajn ipak zaključuje brak sa Milevom i dobijaju dva sina. Želja za profesionalnim uspehom ima za posledicu da Ajnštajn sve više vremena provodi na poslu u Patentnom zavodu i ima za posledicu nametanje pravila kućnog reda: da muž naređuje svojoj ženi da ga ne uznemirava, da odmah odgovara na njegova pitanja i da odmah izađe iz sobe kad joj se to kaže/naredi... Ovakvo emotivno dizajniranje braka može imati samo jednu posledicu. Ajnštajn se ponovo ženi i ponovo ima specifična bračna pravila tj. „diktaturu bračne tolerancije“: druga supruga je obavezna da toleriše preljube. Za umanjeње duševnih patnji, Ajnštajn je svakoj svojoj prijateljici naložio da donese bombonjeru za njegovu „tolerantnu“ suprugu. Zanimljivo je da je specifičnost ovog velikana ne samo u „bračnoj demokratiji“ (u tom smislu Albert je preteča rešenja PZ R Srbije o nepostojanju obaveze vernosti u braku), već i u roditeljskoj „ljubavi“: Ajnštajn je usvojio svoju pastorku, ali nije imao nikakav kontakt sa dvojicom „svojih“ sinova.

²⁶ O varijantama da se u harmonizaciji pronađe tzv. „zajedničko jezgro“ pravne politike, ili model „boljeg prava“ („common core“ of legal policy or model of „better law“), v. David Bradley, *London School of Economics and Political Science*, *A Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation*, *Global jurist*, Vol. 4 (2004) Issue 1.

²⁷ U seksualnosti čoveka fenomen preljube je doživeo značajnu evoluciju. Na početku evolucije čoveka, čovek je atavistički praktikovao „seks bez limita“, da bi u kasnijoj evoluciji monogamija bila ideal i pravilo, uz manje-više „odstupanja u praksi“. Nasuprot ovoj normi seksualnosti čoveka je fakt da tigrovi i orangutani praktikuju isključivo seks za jednu noć, v. Džared Dajmond, *Zašto je seks zabavan – evolucija ljudske seksualnosti*, (Jared Diamond, *Why is sex fun? – the evolution of human sexuality*), Beograd, 2004, str. 13.

Blud upropašćuje sve sile tela i duše, unakazuje bogolikost čoveka. Blud se kažnjava strože od jeresi, v. Sveti Jovan Lestvičnik, *Lestvica*, Manastir Hilandar, 2003, str. 105.

ili hrvatskog prava), ne predviđa obavezu vernosti²⁸ supružnika. Povo-dom liberalizacije bračnih dužnosti, u nekim državama SAD (Liuzijane, Arizone, Arkanzasa, a i u Indijani, Juti, Misisipiju, Kanzasu, Ohaju...) po-stoji tzv. kovenant (covenant) brak, međusobni zavet na doživotni brak, a partneri se obavezuju da učine sve napore da održe brak u slučaju bračnih poteškoća.²⁹

Prema danskom³⁰ Zakonu o zaključenju i prestanku braka iz 1999. godine, brak se može razvesti na osnovu uzroka koji se zasnivaju na kri-vici: nasilju i preljubi (preljuba se dokazuje³¹ prevashodno priznanjem „preljubnika“ na tipiziranom formularu, ali i tzv. sekundarnim dokazima). U grčkom i engleskom pravu preljuba je jedan od uzroka nepopravljivog

²⁸ Ljubav nekada ima čudnu dijalektiku. Nekada je «ugovorena nevernost» uslov bračne ljubavi. O tim čudnim putevima ljubavi svedoči sledeća priča: Lepota Hipodamije, kćeri kralja Enomaja, privlačila je brojne prosce. Otac , zbog proročanstva da će ga zet ubiti ili zbog grešne ljubavi prema kćerci, smislio je način da odbije prosce: proscac će do-biti ruku princeze ako pobeđi u trci kočija. Enomej je imao najbrže konje i svi su prosoci gubili i trku i glavu. Mladi Pelop je od Posejdona dobio zlatne kočije i krilate konje. Za pobeđu to , ipak, nije bilo dovoljno. Presudna je bila uloga insajdera: kraljevog kočijaša koji je izvršio sabotazu kraljeve kočije. Usluga insajdera ni u staroj Grčkoj nije bila bes-platna: kočijaš je tražio, a Pelop prihvatio, da jednu noć uživa ljubav mlade , v. Dragoslav Sre-jović, Aleksandrina Cermanović, Rečnik grčke i rimske mitologije, «Srpska književna zadru-ga», Beograd, 2004, str. 486.

O čudnovatoj dijalektici ljubavi govori i priča o meksičkom umetničkom paru, Fridi Kalo (imala je 21. godinu života u trenutku prvog susreta sa Dijegom Riverom) i Dijegu Riveri (imao je 41 godinu u vreme upoznavanja), o njihovom , ne samo nekonvencional-nom, već i antikonvencionalnom životnom stilu, stilu apsolutne slobode i negacije verno-sti kao prevaziđenog zahteva (Rivera je sa radošću primio dijagnozu da je medicinski ne-sposoban za vernost). Dva puta su se venčavali i sa čestim prevarama voleli do kraja živo-ta Fride Kalo.

²⁹ v. O. Cvejić Jančić, Brak – stanje u prošlosti i izazovi budućnosti, «Pravni život», br. 10/2006, str. 14 i 15 i O. Cvejić Jančić, Brak i razvod, Zbornik radova «Novo porodič-no zakonodavstvo», Kragujevac, 2006, str. 141 i 142.

³⁰ O brakorazvodnim pravilima nordijskog, skandinavskog pravnog kruga v. V. Vla-šković, Osnovne odlike nordijskog modela razvoda, Zbornik radova «Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope», knjiga 1, Kragujevac, 2006, str. 271-287.

³¹ Preljuba se u pravnom životu teško dokazuje. Nekada i sumnja u neverstvo su-pružnika može biti nezgodna. Prema priči, Kijanip je bio oženjen lepoticom Leukonom. Kijanip, strasan lovac, danima je bio van kuće i zapostavio je svoju suprugu. Posumnjavši u vernost supruga, Leukona je otišla u šumu i sakrila se u žbunu. Muževljevi lovački psi su je otkrili i rastrgli je kao divljač. Kijanip, u žalu za suprugom, ubivši sve svoje pse, od-uzeo je i sebi život.

I mit o Eufratu je tragičan. Jednog dana Eufrat je u krevetu zatekao suprugu sa strancem. «Braneci čast» ubio je stranca. Kada je video da je ubio svog sina koji se odma-rao kraj svoje majke, Eufrat se bacio u reku, koja od tada nosi njegovo ime, v. Dragoslav Sre-jović, Aleksandrina Cermanović, Rečnik grčke i rimske mitologije, «Srpska književna zadru-ga», Beograd, 2004, str. 204 i 156.

sloma braka. Prema Family Law Act smatra se da je nepopravljiv slom braka nastupio kada postoji i izjava jedne strane o tome. Ova izjava o nepopravljivom slomu braka ne može se dati pre isteka jedne godine trajanja braka.³² U pravu Belgije brak može da se razvede na osnovu tužbe (zbog preljube, fizičkog nasilja ili moralne okrutnosti) i sporazumno (čl. 229, 231 i 232 Građanskog zakonika).³³ Prema Preporuci odbora ministara Saveta Evrope zemljama članicama za zaštitu od nasilja (Rec 2002/5) preljuba ne može da bude izgovor za nasilje u porodici.³⁴

B) Ili izmena definisanja očinstva kod medicinski potpomognutog začeća. Ocem deteta kod artificijelne inseminacije smatra se muž majke, odnosno vanbračni partner, koji je dao pristanak u pisanoj formi za ovaj postupak začeća, osim ako dete nije začeto ovim postupkom, već, recimo, na osnovu seksualnog odnosa sa drugim partnerom (čl. 58 PZ R Srbije). Ovakvo rešenje u PZ R Srbije nije dobro, jer pogrešno pretpostavlja da je svejedno da li je korišćen vlastiti ili tuđi konceptijski materijal. Dakle, ako je recimo muž majke deteta dao saglasnost da se u ovom postupku medicinski potpomognutog roditeljstva koristi njegov konceptijski materijal, a njegova supruga, „zaboravivši ovaj imperativni mandat svog muža“, iskoristi konceptijski materijal svog ljubavnika, ocem deteta po našem zakonu se smatra muž majke deteta. Jednostavno kazano, prema čl. 58 PZ R Srbije (za razliku od ZBPO S i PZ R Srpske) bitno je poštovati dogovor (pisani pristanak partnera) o tehnici, postupku začeća, a nije bitno poštovati dogovor o genetskoj šifri, o poreklu konceptijskog materijala. Zakon dozvoljava tužbu samo ako je reč o „prevarnom načinu, tehnici začeća“, a ne o „prevarnom poreklu konceptijskog materijala“. Zanimljiv apsurd.

Prema Principima evropske komisije za Porodično pravo Saveta Evrope (11.2), pravo na tužbu postoji kada je bračni ili vanbračni partner dao saglasnost za upotrebu svog konceptijskog materijala, a upotrebljen je materijal drugog muškarca.³⁵

4.2. Pravo EU kao neprecizan uzor. Postoje konkretni primeri gde rešenja u pravu EU ne mogu da budu uzor zbog nepreciznosti, odnosno različitih regula. Na primer:

³² v. Mary Welstead & Suzan Edwards, *Family Law*, Oxford University Press, 2006, str. 103 i dalje i Kate Standley, *Family Law*, Blacstone Press Limited, London, 1997, str. 115.

³³ v. Jill Hughes, F. Moreau, *Family Law in Belgium u Family Law in Europe*, Edited by Carolyn Hamilton, Kate Standley, London, Dublin, Edinburgh, 1995, str. 14.

³⁴ v. N. Petrušić, S. Konstantinović Vilić, *Vodič kroz sistem porodičnopravne zaštite od nasilja u porodici*, Beograd, 2005, str. 20.

³⁵ v. Z. Ponjavić, *Principi evropskog Porodičnog prava o uspostavljanju pravne veze između deteta i roditelja i naše porodično pravo*, Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope, knjiga 1, Kragujevac 2006, str. 261.

A) Neujednačenost u regulisanju krvnog srodstva kao bračne smetnje.

U uporednom zakonodavstvu univerzalna je norma o zabrani međusobnog zaključenja braka licima koja se nalaze u pravoj liniji u svim stepenima. Krvnim srodniciima u pobočnoj liniji je zabranjeno da zaključe brak ako se nalaze u drugom stepenu srodstva u nemačkom i holandskom pravu. U Švedskoj polubrat i polusestra³⁶ mogu da zaključe brak uz dozvolu odgovarajućeg organa (u praksi je restriktivno davanje ovih dozvola). U Engleskoj brak ne mogu da zaključe sledeći punorodni ili polurodni krvni srodnici: roditelj-dete; unuk/a i baba/deda; brat-sestra; ujak-nećaka; tetka-nećak³⁷. U Francuskoj je, takođe, treći stepen pobočne linije krvnog srodstva bračna smetnja, ali se može dobiti dispencijacija od Predsednika države. U Italiji je moguć brak u trećem stepenu pobočne linije krvnog srodstva, uz dozvolu suda. Krvno srodstvo u pobočnoj liniji do četvrtog stepena srodstva je bračna smetnja u grčkom, bugarskom, rumunskom pravu.

Uobičajeni razlog definisanja krvnog srodstva kao bračne smetnje je eugenički razlog. Ipak, da je eugenički razlog prevalentan, odlučujući faktor onda bi intenzitet zabrane krvnim srodniciima da zaključe brak bio univerzalan u svim društvima-državama. Neuniformnost pravnog rešenja pokazuje da odlučujući faktor na dimenzioniranje, određivanje obima krvnog srodstva kao bračne smetnje nije eugenički³⁸, već moralni stav jedne društvene zajednice. Različita moralna³⁹ percepcija uslovljava i različite norme o krvnom srodstvu kao bračnoj smetnji: od švedskog rešenja do rešenja u grčkom pravu.

³⁶ Ljubomorni Zevs munjom je ubio ljubavnika svoje sestre Demetre, a Hera je bila zakonita supruga Zevs, iako mu je sestra v. Dragoslav Srejić, Aleksandrina Cermanović, Rečnik grčke i rimske mitologije, «Srpska književna zadruga», Beograd, 2004, str. 109 i 458.

³⁷ v. Jonathan Herring, Family Law, Exeter College Oxford University, Second Edition, 2004, str.40.

³⁸ Eugenička opasnost nije naučno potvrđena (M. Alinčić, D. Hrabar, D. Jakovac – Lozić, A. Korać, Obiteljsko pravo, Zagreb, 2006, str. 47). Istorijski posmatrano, tabu incesta nije uveden samo zbog straha od naslednih bolesti, već zbog prirodne potrebe za ekspanzijom prvobitnih plemena, v. Vladeta Jerotić, Preporuke i prikazi - filozofija, religija, književnost, Beograd, 2006, str. 161. Nemački slučaj iz ovog vremena: Patrik S. i Suzan K. su rođeni brat i sestra, osuđivani od nemačkog suda za incest, i imaju četvoro dece: prva dva deteta imaju lakša umna i telesna oštećenja, kod trećeg deteta je operacijom otklonjeno srčano oboljenje, a četvrto njihovo dete je rođeno potpuno zdravo, v. „Kurir“, 14.mart 2008, str. 8.

³⁹ Eugenički razlog kod definisanja intenziteta krvnog srodstva kao bračne smetnje je primarno hronološki bio dominantan. Sada je intenzitet krvnog srodstva kao bračne smetnje određen etičkim razlogom. Recimo, ako van/bračni par, koji imaju dete čiji su biološki roditelji, usvoje dete, postoji bračna smetnja da njihovo biloško i usvojeno dete međusobno zaključe brak iako nema nikakvog razloga za eugenički strah, već je jedini razlog kvalifikovanje te mogućnosti kao nemoralne.

B) Neujednačenost formi braka. Naše pravo (kao i francusko i nemačko pravo) predviđa obaveznu formu građanskog braka, dok je vremenski redosled formi nevažan (najpre građanska, pa eventualno verska forma braka ili obrnuto). U Švajcarskoj nije dozvoljeno da se zaključi prvo brak u verskoj formi, pa nakon toga u građanskoj formi. U Sloveniji prvo mora da se zaključi građanski brak, pa tek nakon toga, eventualno, se može primeniti verska forma braka (čl. 15 Zakona o pravnom položaju verskih zajednica)⁴⁰. U Holandiji na osnovu čl. 68 Knjige 1 Građanskog zakonika zabranjeno je da se prvo zaključi crkveni, pa građanski brak. Ova zabrana ne važi prilikom registracije homoseksualne zajednice.⁴¹ Versku formu braka, kao ravnopravnu i samodovoljnu formu braka, predviđaju englesko pravo, pravo skandinavskih zemalja, italijansko, špansko, portugalsko,⁴² grčko pravo...

Različita pravna rešenja prava EU postoje i na temu imovinskog režima u braku, dozvoljenosti telesnog kažnjavanja...

4.3. Pravo EU kao nepotreban uzor. Bez analize etiologije (pravnih ili drugih „čimbenika“⁴³), postoje (neki) porodičnopravni instituti čije stanje ne može da bude inspirativno.

Recimo, nesporno je razvod braka⁴⁴ jedan od najtraumatičnih događaja (pored smrti bliske osobe ili gubitka posla). A razvod braka je vrlo frekventan: prema jednoj projekciji u Engleskoj stopa razvoda biće 37 % (tj. na svakih sto zaključenih brakova razvešće se 37 brakova) sa ozbiljnim posledicama (oko 150 000 dece je involvirano u razvod svojih roditelja)⁴⁵. Stopa

⁴⁰ v. B. Novak, *Forma sklapanja braka - dileme u Republici Sloveniji*, Zbornik radova «Novo porodično zakonodavstvo», Kragujevac, 2006, str. 161.

⁴¹ v. G. Kovaček Stanić, *Uporedno porodično pravo*, str. 34 i 147.

⁴² v. M. Alinčić, D. Hrabar, D. Jakovac –Lozić, A. Korać, *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2006, str. 61 i v. Efie Kounougeri –Manoledaki, *Family Law in Greece u Family Law in Europe*, Edited by Carolyn Hamilton, Kate Standley, London, Dublin, Edinburgh, 1995, str. 203.

⁴³ Postoje podaci koji Evropsku uniju ne predstavljaju kao supstitut Raja: 19% mladih je ispod praga siromaštva; 15,3% napusti školu bez diplome; samoubistvo je, posle saobraćajnih nesreća, najčešći uzrok smrti mladih; nezaposlenost mladih je dva puta veća od opšte stope nezaposlenosti, v. [http:// vijesti. hrt.hr](http://vijesti.hrt.hr), od 4. marta/ožujka 2008.

⁴⁴ Nije slučajno (kažu da nema slučaja, postoji samo nesaznati uzrok) da je CEFL 2004. godine najpre utvrdila 10 principa o razvodu braka i 10 principa o izdržavanju, v. Katharina Boele-Woelki, *The principles of European family law: its aims and prospects*, Utrecht Law Review, Volume 1, Issue 2 (December), 2005. Nakon principa o roditeljskoj odgovornosti koji su utvrđeni 2007. godine, za april 2010. godine University of Cambridge biće domaćin 4. konferenciji koja za temu ima imovinski režim u braku.

⁴⁵ v. Jonathan Herring, *Family Law*, Exeter College Oxford University, Second Edition, 2004, str. 79. Od 1980. do 2005. godine u Evropskoj Uniji broj brakova se smanjio za 22,3%, a broj razvoda povećao za 55%. U ovom periodu u Španiji se broj razvoda povećao za 183 %. U EU se trenutno svakih 30 sekundi razvede jedan bračni par, v. „Pres“, 10.10. 2007, str. 32.

divorcijaliteta/razvoda braka u 1997. i 2003. godini je sledeća: na 1 000 stanovnika broj razvedenih brakova je 1,0 tj. 1,2 u Sloveniji, 2,1 u Nemačkoj i Austriji 2,2, 2,4 u Švedskoj i Švajcarskoj; 2, 9 u Engleskoj, 3,8 , 4,3 u SAD.⁴⁶ Step en razvoja (visok step en niskog tipa razvoja) uslovljava i povećanje step ena razvoda: u Njujorku više od 36% brakova se razvede.⁴⁷

I broj vanbračne dece je različit. Iako je pravni status bračne i vanbračne dece (skoro) izjednačen, dilema je da li je i isti step en blagodeti psihološkog⁴⁸ i socijalnog ambijenta odrastanja bračne i vanbračne dece. Podaci govore sledeće: u Srbiji na 1 000 živorođenih beba 2006. godine rodilo se 225,2 vanbračnih beba, a u Republici Srpskoj broj vanbračne dece 2000. godine je 10,2%.⁴⁹ U Engleskoj u 2002. godini 40% dece je rođeno u vanbračnim zajednicama, a 8% dece rođeno u vanbračnoj zajednici je priznato od oba partnera. U SAD 1950. godine od ukupnog broja rođenih 4% čine deca neudatih majki, 1970. procenat vanbračne dece je 11, a danas broj vanbračne dece je 1,4 miliona godišnje ili 1/3 od ukupno rođenih beba su vanbračna.⁵⁰ Najveći procenat vanbračne dece zabeležen je 2000. godine na Islandu – 63,6%, s tim da se nakon rođenja često zaključi brak.

Broj razvoda se četiri puta veći 2000. godine u odnosu na šezdesete godine 20. veka, v. Loran Mikieli, Jedno nasilnije društvo? Društveno-istorijska analiza interpersonalnih nasilja u Francuskoj od 1970. godine do danas, «Anali Pravnog fakulteta u Beogradu», br. 1/2008, str. 35.

⁴⁶ v. M. Alinčić, D. Hrabar, D. Jakovac –Lozić, A. Korać, Obiteljsko pravo, Zagreb, 2006, str. 86.

⁴⁷ v. Tatsiana Seliashniova, Comparative Analyses of Legal Regulations in the USA, „Pravni život“, broj 9/2004, str.940.

⁴⁸ Činjenica istraživanja očinstva stvara traumu. «Vlasnici traume» su i majka koja najveću svečanost – proslavu rođenja deteta «slavi u sudskoj režiji». Muškarac čije očinstvo je utvrđeno ne poseduje potreban entuzijazam i polet za vršenje roditeljstva. O odnosu oktroisanog očinstva i ljubavi prema detetu nepotrebno je da govorimo. I konačno, dete nije nimalo privilegovano ovakvim životnim startom. Prema jednom istraživanju u Švedskoj 2003. godine, intelektualna i emotivna insuficijencija oca, njegovo rđavo socijalno i fizičko stanje, ambivalencija u pogledu prihvatanja deteta, rđavo utiču na tok i ishod trudnoće i na kasniji psiho-socijalni profil deteta, v. Vladeta Jerotić, Čemu nas uči prenatalna psihologija, Zbornik radova s Prvog nacionalnog kongresa o deci i natalitetu u Srbiji, Beograd, 2006, str. 113. Zanimljivo je da prema osmom principu Evropske komisije za Porodično pravo Saveta Evrope, samo dete mora da ima pravo na tužbu, ostala lica mogu , ali ne moraju da budu aktivno legitimisana u ovom postupku, v. Z. Ponjavić, Principi evropskog Porodičnog prava o uspostavljanju pravne veze između deteta i roditelja i naše porodično pravo, Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope, knjiga 1, Kragujevac 2006, str. 259.

⁴⁹ v. Prof. Milosav Milosavljević, Božidar Stojanović i mr Jovanka Vuković, Vanbračne porodice u Republici Srpskoj, str. 20.

⁵⁰ v. J. Herring, Family Law, second edition, 2004, str. 60 i Jeffrey A. Parness, New federal paternity laws: securing more fathers at birth for the children of unwed mothers, Brandies Law Journal, vol 45, 2006-2007, str. 62.

4.4. Osenčenost „uzora“. Ima primera gde je naša regulativa kvalitetnija od „uzora“. Recimo, FGZ i danas koristi pojam autorite parentale – roditeljska vlast, dok je u AGZ 1989, a NGZ 1979. godine termin roditeljska vlast / elterliche Gewalt zamenjen terminom roditeljska briga/elterliche Sorge. U (negdašnjim) socijalističkim državama termin roditeljska vlast je odavno zamenjena terminom roditeljskog prava, a davno pre kapitalističkih, uveden je i princip ravnopravnosti polova i ravnopravnosti bračne i vanbračne dece.⁵¹

Još jedan primer naše prednosti: PZ R Srbije u čl. 3 st. 1 daje džentlmensku definiciju braka: "Brak je zakonom uređena zajednica života *žene i muškarca*". Element džentlmenstva (stilizacija redosleda navođenja, najpre ženskog, a potom muškog subjekta), osim u PZ Srbije i Republike Srpske⁵², poznaje i švedsko pravo. Istovetnu odredbu, „samo“ sa različitim redosledom imenovanja supružnika (najpre muškarac, pa žena), sadrži, kao i brojni međunarodni dokumenti, i čl. 3 i 15 PZ CG⁵³.

Umesto moderne besmislene kvantifikacije „ravnopravnosti“ polova razmišljamo o mudrosti ovih reči: Umesto raznih farisejskih «ravnopravnosti», najveća mudrost u braku je davanje slobode voljenoj osobi (jerej Aleksandar Eljčaninov). Hristos, na pitanje kada će doći Carstvo Božije, odgovara: Carstvo Božije je već došlo tamo gde dvoje više nije dvoje, nego jedno (povratak u rajsku dvoličnosnu jednobitijnost). Stupanje u brak je čin vere, nade, ljubavi, zakoračenja u prostor nebozemnog rizika i drame, osmišljavanje sebe kroz drugog, jer u bračnoj ljubavi «ja sam onaj koji jesam tobom». Brak nije statika, a čin venčanja je početak podviga, suza, krasote...prvi stepenik lestvice uz koju se penju mnogi (mnogo je zvanih), a manji broj stiže do spasenja i svetosti (malo je izabranih). Bračni put je put od svetovnih ljudskih prava do bogočovečanskih dužnosti. I patrijarhat i matrijarhat su istovrsna negiranja blagodatnih dopunjujućih darova muškarcu i ženi. Gde je vlast, tamo nema ljubavi i žrtve. U ratu polova jedna gordost i egoizam ciklično se smenjuju. U ropstvu nema

⁵¹ v. M. Alinčić, D. Hrabar, D. Jakovac –Lozić, A. Korać, *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2006, str. 126.

⁵² v. čl. 4 st. 1 PZ R Srpske.

⁵³ Ustavi Brazila, Bugarske, Kambodže, Kolumbije, Poljske, Kine, Kube..., Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Američke konvencije o ljudskim pravima u definicijama braka najpre pominju muškarca pa onda ženu, dok ustavi nekadašnjih država SSSR (Belorusija, Ukrajina, Jermenija) imaju džentlmensku formulaciju braka, v. Lynn D. Wardle: *Constitutional Protection for Marriage and Family*, „Pravni život“, br. 9/2005, str. 1128 i dalje. Lord Penzance smatra, u slučaju *Hyde v Hyde and Woodhouse*, da je brak dobrovoljna zajednica jednog muškarca i jedne žene koja isključuje sve druge, v. Jonathan Herring, *Family Law*, Exeter College Oxford University, Second Edition, 2004, str.34 i P. M. Bromley, *Family Law*, London, Butterworths, 1971, str. 12.

sreće, ali sreće nema ni u gospodarenju. Ljubav je radosno samoumanjenje: ideja nikad saznata od profitabilnih altruista, zlih humanista i odličnih glumaca vrlina.

5. Nije kraj – početak je

Pretpostavljamo da demokratija (demokratura, kako bi rekao pesnik Rajko Petrov Nogo) ne ukida pravo na upitanost i pravo na izbor „uzora“. Sa mišlju da je svetlost sa istoka (Ex oriente lux) harmoničan je stav Dostojevskog da se nauka i zanati mogu učiti od Zapada, ali ne i vera. Prema akademiku Jerotiću, zapadna, doskora hrišćanska, civilizacija i kultura ima idolopoklonički kult obožavanja ne samo „zlatnog teleta“ – novca, već i teleta samog - telesne naslade.⁵⁴

Zarad socijalnog konformizma i rezistentnosti moralu korisno je diviti se modernim idejama „vlasnika vremena“. Istina, ipak i nesporno, nije moderna, istina je večita/bezvremena i ima aristokratsko, a ne demokratsko poreklo. Jedan beogradski hirurg pominje, na pitanje kakav je položaj pesnika u Irskoj, odgovor Bernarda Šoa: *Položaj pesnika u Irskoj treba da bude uspravan*.⁵⁵ Dragomir Brajković⁵⁶ u pesmi *Trag* ima i ove polisemične stihove-simbole:

*Videćeš, kroz prozor, u noć
Izlazi tvoja soba.
Tako ćeš i ti iz svog doba
U neko, tavnije, zakoračiti...*

Uvek smo verovali u stih Mike Antića da su najsigurnija vrata koja su širom otvorena i uvek ne možemo da verujemo osobama koje o slobodi govore iz zgrade sa zazidanim prozorima.

U muzici, tom , vremenski i prostorno, univerzalnom jeziku sveta - jeziku svih i svakog, harmonija je sklad različitih , i slobodnih, tonova.

⁵⁴ v. Vladeta Jerotić, *Preporuke i prikazi - filosofija, religija, književnost*, Beograd, 2006, str. 28.

⁵⁵ v. Rajko Petrov Nogo, *Hirurgija kao poezija preciznosti: o knjizi Miloša Jevtića, Dubine vaskularne hirurgije - razgovori sa Đorđem Radakom*, „Pečat“, br. 92/2009, str. 55-57.

⁵⁶ Pesnik koji se čudio da već nisu Podrugovića, Višnjica i Starca Miliju izložili sudu za jatakovanje i prebacivanje junaka (u originalu je mnogo lepše) u sigurnost deseterca, da Đuru Jakšića nisu optužili za ratnohuškanje, a Rakića za antizapadnjaštvo..., v. Bratislav R. Milanović, *Kroz prozor je izašla soba*, „Pečat“, br. 92/2009, str. 52-53.

*Slobodan Panov, Ph.D., Associate Professor
University of Belgrade
Faculty of Law*

Harmonization of Family Law in Serbia with the Law of the EU

Abstract: *The author analyzes the different models of harmonization, and states that modern ideas of the owners have the final time different from the advertised nobility. Family law, because the spiritual specifics, a special issue of harmonization. Author harmonization of the different family law (need harmonization with the Constitution of Serbia, the harmonization of the term, harmonization of the Family Act of Serbia ...) and the harmonization of family law with EU law (the author talks about harmonization useful, but the EU law as inaccurate and unnecessary model).*

Key words: *family law, harmonization, Serbia, European Union*

*Dr Janko P. Veselinović, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Poljoprivredni fakultet*

INTERVENCIJA DRŽAVE U SPREČAVANJU MONOPOLA KAO POTENCIJALNA OPASNOST U OGRANIČAVANJU AUTORSKIH PRAVA

Sažetak: *Ni države koje imaju duže iskustvo u zaštiti autorskih prava nisu do kraja rešile problem koji se tiče granice između zaštite od zloupotrebe monopola kolektivnih organizacija za zaštitu autorskih prava i potencijalne opasnosti da to ograniči prava autora da mirno uživaju autorsko pravo, kao svojinu koja im pripada. Međutim, ovaj problem kod nas je dodatno produbljen činjenicom da se autorsko pravo ne doživljava uvek kao jedan od vidova svojine, čime se dovodi u pitanje pravo autoru da ga štiti i kao pravnu vlast i kao ljudsko pravo. Cilj rada je pokušaj da se da odgovor na pitanje da li država ima pravo da ograničava mirno uživanje autorskog prava, odnosno intelektualne svojine, stečenog na osnovu zakona, odnosno da izuzima od obaveze plaćanja naknade pojedine korisnike ovih prava. Posebno je važno da se dobije odgovor na pitanje kakve su mogućnosti države da interveniše u postupku pregovaranja između autora, odnosno kolektivnih organizacija za zaštitu autorskih prava i korisnika autorskih prava, te zaštite „slabije“ strane u takvim pregovorima. Iako nije sporno da se zakonom daje monopol kolektivnim organizacijama za zaštitu autorskih prava, pitanje je kada država treba da interveniše da taj monopol ne bi bio zloupotrebljen. Stvaranje previše limita na tržištu autorskih prava može da dovede do destimulacije autora za stvaralaštvom, ali i do ugrožavanja osnovnih postulata slobodnog društva. U radu je korišćen metod analize i komparativni metod.*

Ključne reči: *autorska prava, monopol, Srbija, ograničenje, kolektivna zaštita*

1. Uvod

Normativni okvir za zaštitu autorskih prava kod nas pruža Zakon o autorskom i srodnim pravima¹. Međutim, od njegovog usvajanja, počinju strukovne, pravne i naučne rasprave o pojedinim odredbama ovog Zakona. I dve kasnije usvojene izmene Zakona produbile su te rasprave, a pravna „nerazumevanja“ dovela su i do ustavnih tužbi, predstavki institucijama Evropske unije i međunarodnim strukovnim udruženjima. Osnov svih ovih rasprava mogao bi se podeliti u tri grupe. Prvu čine temeljna nerazumevanja po pitanju intelektualne svojine kao oblika svojine i apsolutnog prava, što je u našem društvu, pa ponekad i u pravnoj i stručnoj javnosti nije sasvim nesporno. Druga grupa se zasniva na pitanju uspostavljanja jasne granice između zaštite autorskih prava, putem organizacija za kolektivnu zaštitu autorskih prava i eventualne zloupotrebe monopola od strane tih organizacija. Sve ovo je rezultat „protekcioniističkih“ pravnih odredbi ili pravnih praznina koje idu na ruku tim organizacijama. Poslednja grupa pitanja se tiču pravne intervencije države, koje kao motiv mogu da imaju političke, ekonomske ili druge mere, kojima se zadire u slobodno uživanje autorskih prava, čime se derogiraju ne samo svojinska već i ljudska prava autora.

Za bolje razumevanje ovog problema važno je da se utvrdi koji su međunarodni izvori prava u ovoj oblasti i na kojim principima je postavljena zaštita autorskih prava i intelektualne svojine u celini.

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima predviđa da „svako ima pravo na zaštitu moralnih i materijalnih interesa koji proističu iz svakog naučnog, književnog ili umetničkog dela čiji je on tvorac“². Svetska (univerzalna) konvencija o autorskom pravu garantuje da će „zemlje potpisnice doneti sve potrebne pripise u cilju obezbeđenja dovoljne i efikasne zaštite prava autora“³.

Prva međunarodna konvencija iz ove oblasti je doneta 1886. godine (Bernska konvencija⁴), a Kraljevina Jugoslavija je Konvenciju potpisala 1930. godine. Prema ovoj konvenciji autorima se daju isključiva prava da odobravaju javno prikazivanje i izvođenje svojih dela. Ovo se odnosi na svako saopštavanje javnosti, kao i na zabranu povrede moralna prava autora i njegovo pravo na pravičnu naknadu.

¹ Zakon o autorskom i srodnim pravima – ZOAISP, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 104-09, 99/11, 119/12

² Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, 1948, čl. 27.

³ Svetska konvencija o autorskom pravu, 1952., dopunjena 1971.

⁴ Bernska konvencija o zaštiti književnih i umetničkih dela, 1886., usvojena 9. septembra 1886. godine i više puta menjana. Poslednji put 1971. godine u Parizu

U Ženevi je 1996. godine zaključen WIPO Ugovor o autorskom pravu predviđa da „bez uticaja na odredbe članova 11(1)(II), 11 bis (1)(I), i (II), 14 (1) i 14 bis (1) Bernske konvencije, autori književnih i umetničkih dela imaju isključivo pravo da dozvole bilo kakvo saopštavanje javnosti svojih dela, žičnim ili bežičnim putem, uključujući i takvo činjenje dostupnim javnosti njihovih dela koje se vrši na takav način da pripadnici javnosti mogu da pristupe tim delima sa mesta i u vreme koje individualno odaberu“⁵.

U domenu zaštite autorskih prava za Srbiju važan je i Sporazum o slobodnoj trgovini CEFTA⁶, koji u članu 37. propisuje da autorsko i srodna prava spadaju u tzv. intelektualnu svojinu, a u članu 38. da će „ugovorne strane garantovati i obezbediti adekvatnu i efikasnu zaštitu prava intelektualne svojine, u skladu sa međunarodnim standardima, posebno sa Sporazumom o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (TRIPS)⁷. TRIPS Sporazum koji čini Aneks 1C Sporazuma o ustanovljenju Svetske trgovinske organizacije (WTO), u svojoj preambuli propisuje da su sva prava intelektualne svojine privatna prava, a u članu 2. se obavezuje na poštovanje normi „ograničenja ili izuzeci“ ne smeju biti „u suprotnosti sa normalnim iskorišćavanjem dela“ i „da ne vređaju legitimne interese titulara prava“.

Posle drugog svetskog rata ova materija je kod nas uređena novim Zakonom o autorskom pravu⁸, da bi novi Zakon o autorskom pravu bio donet 1957. godine, „kako bi se poboljšao položaj autora i kako bi se nacionalno zakonodavstvo uskladilo sa međunarodnim obavezama jugoslovenske države“.⁹ Amandmani na taj zakon, na predlog SOKOJ-a, usvojeni su 1968. godine.¹⁰ Novi Zakon o zaštiti autorskog i srodnih prava, usvojen je posle raspada bivše države 1998. godine.

Prema pojedinim teoretičarima iz ove oblasti autorima zakonodavstvo o autorskim pravima predstavlja više prepreku nego zaštitu.“¹¹ Društvene okolnosti, neadekvatno zakonodavstvo i još lošija primena zakona u protekle dve decenije, ostavila je traga na autorska prava u Srbiji. „Nedefinisani zakoni i vladavina sile, usloveli su nepoštovanje autorskih prava i stvorili

⁵ WIPO Ugovor o autorskom pravu, 1996, Ženeva, ratifikovan 2002, čl. 8.

⁶ Sporazum o slobodnoj trgovini CEFTA, 2006.

⁷ Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (TRIPS Sporazum), deo Sporazuma o ustanovljenju Svetske trgovinske organizacije (WTO),

⁸ Zakon o autorskom pravu, Službeni list FNRJ br. 45/46

⁹ Bio je to deo obrazloženja potrebe donošenja ovog Zakona.

¹⁰ Savez organizacija kompozitora Jugoslavije

¹¹ B. James (2009). The Public Domein: enclosing the Commons of Mind, <http://thepublicdomain.org/thepublicdomain1.pdf> (20.09.2011.)

veliki problem kako izdavačima tako i izvođačima.”¹² Prema jednim “svrha Zakona o zaštiti autorskih prava jeste da zaštiti moralno pravo autora na kreativni izraz sopstvene ličnosti i da mu obezbedi finansijsku nadoknadu kako bi mogao da nastavi da stvara”.¹³ Prema drugima “današnje društvo obeleženo je različitim interesima koje nastoji da pomiri: s jedne strane interese i potrebe korisnika dela, a sa druge zaštita prava autora”.¹⁴

Uopštavanjem, moglo bi se doći do zaključka da su autori i organizacije za zaštitu autorskih prava bile zadovoljne Zakonom o autorskom i srodnim pravima iz 2009. godine, koji je menjan i dopunjavan 2011. godine. Ovim Zakonom, u skladu sa evropskim zakonodavstvom, uređena je ova oblast i autorsko pravo je dobilo adekvatnu zaštitu, kako kroz mogućnost kolektivne zaštite autorskih prava, tako i kroz prekršajnu i krivično pravnu zaštitu tih prava. Međutim, ovo je i period kada je za korisnike autorskih prava, koji su do tada ta prava „konzumirali“ gotovo besplatno, stvorena finansijska obaveza nadoknade za korišćenje tih prava. I tada dolazi do prvih nerazumevanja suštine autorskih prava. Korisnici autorskih prava suočeni sa novom, ne tako malom obavezom, postavljaju pitanje o „novom nametu“, gledajući često na nju kao hir države. To nerazumevanjenje nije razrešeno ni do danas, ali su se korisnici autorskih prava bolje organizovali i nastupili su prema državi sa zahtevom da se postojeće zakonodavstvo menja.

Posebno se na meti kritike našla „posebna naknada“, kojom je Zakonom o izmenama i dopunama zakona o autorskom i srodnim pravima, autorima dato pravo na ostvarivanje naknade od uvoza, odnosno prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka, slike i teksta za koje se opravdano može pretpostaviti da će biti korišćen za takvo umnožavanje.¹⁵ Ovo je bio i jedan od povoda za pokretanje procedure izmene Zakona o autorskom i srodnim pravima, koja je trebala da dovede do ukidanja ove naknade¹⁶, ali su izmene bile mnogo kompleksnije.¹⁷ Te izmene sa stanovi-

¹² P. Arandelović, A. Stojanović, J. Dadić, S. Media group – problem autorskih prava, http://www.academia.edu/1105883/S_Media_Group_-_Problem_autorskih_prava, 15.10.2012.

¹³ S. Filipi Matutinović, Naučne informacije u Srbiji, <http://www.unilib.bg.ac.rs/edukacija/Naucne%20informacije%20u%20Srbiji.pdf>

¹⁴ T. Brzulović Stanislavljević, *Autorsko pravo i biblioteke*, Beograd, 2010, 75.

¹⁵ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o autorskim i srodnim pravima, Službeni glasnik RS, br. 99/11, član 9.

¹⁶ Predlog Zakona o izmenama Zakona o autorskom i srodnim pravima, usvojila je Vlada Republike Srbije na sednici 2.02.2012., ali nije usvojen u Narodnoj skupštini Republike Srbije zbog raspisivanja izbora

¹⁷ Novi Zakon o izmenama Zakona o autorskom i srodnim pravima usvojen je u decembru 2012.godine, uz veliko protivljenje organizacija za zaštitu autorskih prava

šta organizacija za zaštitu autorskih prava bile su, neustavne, protivne međunarodnim konvencijama, direktivama Evropske unije, pa i u neskladu sa ostalim odredbama samog Zakona o autorskim i srodnim pravima.

U nastavku ćemo pokušati da damo odgovor na pitanje kako doprineti rešavanju nedoumica koje se tiču intervencije države u oblast koja bi trebala da bude predmet ugovornih odnosa između autora, odnosno njihovih organizacija za kolektivnu zaštitu autorskih prava i korisnika tih prava.

2. Oslobođanje od plaćanja naknade ili umanjeње naknade za korišćenje autorskih prava pojedinih kategorija korisnika bez saglasnosti autora

Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o autorskom i srodnim pravima¹⁸ zanatske radnje su oslobođene plaćanja naknade za javno saopštavanje muzičkih dela, interpretacije i fonograma. Osnovnim Zakonom od te obaveze nije bio izuzet ni jedan privredni subjekat. Već prilikom donošenja Zakona o izmena i dopunama Zakona o autorskom i srodnim pravima postavilo se osnovno pitanje da li država u ime autora, bez njihove dozvole, može da se odrekne njihovih ličnih imovinskih prava. U obrazloženju Zakona navodi se želja da se zanatlije oslobode ove obaveze kako bi im se olakšalo poslovanje. Svakako da su predstavnici vlasti imali „dobru nameru“ u odnosu na vlasnike zanatskih radnji, oslobađajući ih na taj način jednog izdatka. Međutim, ovde se ne radi o oslobađanju od poreskih obaveza ili takse državnim organima, već o oslobađanju od obaveze koja nastaje na osnovu korišćenja privatne svojine autora.

Predstavnici organizacija za kolektivnu zaštitu autorskih prava istakli su povodom ovih odredbi da „nosioci autorskog i srodnih prava nemaju obavezu da se odriču prihoda od svojih prava radi stimulisanja bilo koje privredne delatnosti. Naprotiv, zaštita prava autora, interpretatora i proizvođača fonograma mora da bude garantovna zakonom. Niko nema obavezu da koristi privatnu svojinu autora odnosno nosilaca srođnopravne zaštite, ali ako je koristi, ima obavezu da za to korišćenje dobije dozvolu od autora i plati naknadu autorima, interpretatorima i proizvođačima fonograma.“¹⁹

¹⁸ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o autorskim i srodnim pravima, Službeni glasnik Rpublike Srbije br. 119 /12, član 171a

¹⁹ „Zahtev za hitno povlačenje iz procedure Predoga Zakona o izmenama i dopunama Zakona o autorskom i srodnim pravima“, koje je članovima Odbora za obrazovanje, nauku, tehnološki razvoj i informatičko društvo Narodne skupštine Republike Srbije, podneo 23.11.2012.godine Sokoj – Organizacija muzičkih autora Srbije, OFPS – Organizacija proizvođača fonograma, i PI – Organizacija za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora

Treba imati u vidu da su autori društvena grupa čije moralne i materijalne interese u vezi sa njihovim delima, zakon štiti neposredno. Bez zakonske zaštite ekonomskih interesa vlasnika autorskih dela, autori ne mogu da spreče druga lica da ekonomski koriste njihova dela niti od tih lica mogu da traže bilo kakav vid ekonomske naknade za korišćenje. Autorsko pravo je ekonomska kategorija, pa bi autorima i korisnicima autorskih dela država bi trebala da obezbedi mogućnost uspostavljanja ponude i potražnje na tržištu, a to je moguće jedino ako država svojim propisima ne oslobađa potencijalne korisnike plaćanja naknade. Sa druge strane uloga države je da svojim propisima spreči mogućnost zloupotrebe monopola. Ukoliko država ne obezbedi adekvatne mehanizme nadzora, ovakvu zaštitu bi, donekle, autori mogli da ostvare preko svojih organizacija za kolektivnu zaštitu autorskih prava. Međutim, takva mogućnost ne sme da bude osnov za uskraćivanje prava autorima da naplate svoja dela i da država omogućava „parazitsko korišćenje tuđih dela“. Njena uloga bi morala da bude da uspostavi razumnu ravnotežu interesa autora i korisnika njihovih dela.

I pre donošenja ovog spornog Zakona Ustavni sud Srbije²⁰ je odlučivao o ovom pitanju. Naime, predmet osporavanja bilo je plaćanja naknade za javno saopštavanje dela, kada od tog javnog saopštavanja, nema prihoda. U ovom slučaju se osporava usaglašenost Zakona sa članovima 84. i 90. Ustava. Prema članu 84.: „Svi imaju jednak pravni položaj na tržištu.“ Prilikom prvog razmatranja predloga za pokretanje ustavnosti ovih odredbi Zakona, sudije su polazile od stava da : „Ukoliko korisnik koji ne ostvaruje nikakav profit plaća naknadu pod istim uslovima kao i korisnik koji ostvaruje profit, moglo bi biti reči o odsustvu jednakosti na tržištu“.

Sud je na bazi ovog argumenata pokrenuo postupak za ocenu ustavnosti relevantnih odredaba o plaćanju naknade, da bi tri godine kasnije sud došao do zaključka da ipak nema nesaglasnosti sa odredbama Ustava. Koje je aršine ovog puta koristio? Sud je „posegnuo“ za argumentima Zakonodavnog odbora Narodne skupštine²¹ koji je zauzeo stav da plaćanje naknade od strane korisnika koji ne zarađuje po osnovu korišćenja dela, ili čiji prihodi ne mogu biti tačno utvrđeni, ne znači diskriminaciju ovih korisnika na tržištu. Ustavni sud se po ovom pitanju složio sa Odborom,

²⁰ Odluka Ustavnog suda Srbije od 13.juna 2012. godine, *Službeni glasnik RS* br. 68/12

²¹ Odgovor Zakonodavnog odbora Narodne skupštine Republike Srbije od 06.10.2009., br.011-2542/09, (tačka 3. Odgovora) povodom zahteva Ustavnog suda Republike Srbije za davanje odgovora povodom pokrenute inicijative za ocenu ustavnosti odredaba člana 155. tačka 2., člana 163. st. 3. i 4. i člana 167. stav 1. Zakona o autorskom i srodnim pravima, *Službeni list SCG*, br. 61/04

pa je korigovao svoje gledanje na ovo pitanje. Umesto stava da javno saopštavanje dela postoji samo ako korisnik ostvaruje profit korišćenjem dela, Sud je 2012. godine u svojoj odluci kao jedini kriterijum usvojio postojanje drugih osoba kojim se delo saopštava. Prema konačnom stavu, potrošač je lice koje koristi proizvod za svoje privatne potrebe ili za potrebe svog domaćinstva, a ukoliko to nije slučaj, reč je o korisniku i njegovom saopštavanju dela javnosti.

Po ovom pitanju, u svetlu nedavne odluke Evropskog suda pravde u slučaju *Societa Consortile Fonografici (SCF) v Marco Del Corso*, stvar je malo složenija.²² Treće veće Evropskog suda pravde je 15. marta 2012. godine u odluci *Societa Consortile Fonografici (SCF) v Marco Del Corso* zauzelo stav da lica koja imaju pristup fonogramima tokom posete zubaru ne predstavljaju „javnost“ čije bi postojanje stvaralo obavezu (na strani zubara) da plaća naknade. Pojam „javnost“ upućuje na neodređen broj potencijalnih slušalaca i, uz to, ukazuje na prilično veliki broj lica, pri čemu je broj onih koji su istovremeno prisutni kod (zubara) veoma ograničen.²³

U obrazloženju Zakona o izmenama i dopunama Zakona o autorskom i srodnim pravima nije bilo argumenenata sličnih prethodnoj presudi, već je glavni argument bio rasterećenje zanatlija fiskalnih i „parafiskalnih“ obaveza. Dakle, nije se pošlo od vrste delatnosti koja se obavlja, već od pravne forme korisnika i činjenice da je registrovan kao zanatska radnja, odnosno preduzetnik.

Slična dilema koja ima svoje pravne, ali ekonomska aspekte tiče se limitiranja cena za korišćenje autorskog i srodnih prava. Iz sličnih razloga zbog kojih je zanatlijama omogućeno da ne plaćaju korišćenje autorskih prava, uvedena su i ograničenja u visini naknade za ostale korisnike pojedinih autorskih prava. Tako je Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o autorskim i srodnim pravima²⁴ visina mesečne naknade u tarifi za javno saopštavanje muzičkih dela, interpretacije i fonograma ograničen u odnosu na minimalne zarade u Republici Srbiji. U osnovnom tekstu Zakona iz 2009. godine takvih ograničenja nije bilo i ovlašćene organizacije za zaštitu autorskih prava, u pregovorima sa reprezentativnim organizacijama korisnika utvrđivalo je tarifu sa visinom mesečne naknade. Međutim, ko-

²² B. Ivanišević, A. Petković, Potvrđena ustavnost monopola kolektivnih organizacija i obaveza da se plaća naknada, 2012, <http://www.bdklegal.com/code/naviga-te.php?Id=288&bid=51acti...>, 07.08. 2012.

²³ Odluka Evropskog suda pravde u slučaju *Societa Consortile Fonografici (SCF) v Marco Del Corso*, 15. mart 2012, stav 83 i 96.

²⁴ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o autorskim i srodnim pravima /12, član 171a

risnici ovih usluga prigovarali su da su neravnopravni u tim pregovorima i da postupak usvajanja tarifa nisu dovoljno transparentni.

Prema pomenutim izmenama, zavisno od veličine komercijalnog dela poslovnih prostorija, raspon naknade je limitiran i kreće od 1/12 minimalne zarade bez poreza i doprinosa u Republici Srbiji za korisnike čije su komercijalne poslovne prostorije površine do 50 metara kvadratnih, do 1/3 pomenute zarade ukoliko je reč o poslovnim prostorijama od 200-300 kvadrata. Za svakih dodatnih 100 metara kvadratnih, naknada se uvećava za maksimalno 1/10 minimalne zarade bez poreza i doprinosa u Republici. Ovo ograničavanje cena autorskih prava posebno će pogodovati ugostiteljima, koji će plaćati znatno nižu naknadu nego što je to bilo do sada.²⁵

Ovo su maksimalne naknade, a visina će biti utvrđena u datom okviru. Istovremeno, dato je pravo reprezentativnom udruženju korisnika usluga za područje Republike Srbije da kategoriše pojedine korisnike, imajući u vidu značaj koji javno saopštavanje muzičkih dela, interpretacija i fonograma ima za obavljanje poslovne delatnosti korisnika u određenoj privrednoj grani ili sektoru, naročito vodeći računa o geografskom mestu sedišta korisnika, finansijskom prometu koji korisnik ostvaruje na godišnjem nivou, kao i odredbe da se zanatlije oslobađaju plaćanja naknade za javno saopštavanje muzičkih dela, interpretacija i fonograma. Država je na ovaj način limitirala obaveze plaćanja korišćenja autorskih prava i dala predstavnicima korisnika da kategorišu objekte. Opravdanje za ovakav potez je želja da se suzbije moguća zloupotreba monopola koji mogu da pogode ekonomski neravnopravnu stranu – korisnika usluga. Sprečavajući zloupotrebu monopola država je na granici, ili je prešla granicu, ugrožavanja slobode tržišta i slobode dogovaranja. Za razliku od prethodnog slučaja, kada smo analizirali potpuno ukidanje naknade za autorska prava, kod ove kategorije korisnika reč je o ograničenju cene korišćenja autorskih prava.

Prema stavu organizacija koje zastupaju kolektivna prava autora iz ovih oblasti²⁶ „predloženim izmenama Zakona o autorskom i srodnim pravima se propisuje naknada koja nije pravična prema nosiocima prava

²⁵ Maksimalna naknada za objekte do 50 m² iznosi 1.428,00 dinara, od 50-100m² iznosi 1736,00 dinara, od 100-150m² iznosi 2.142 dinara, od 150-200 m² iznosi 2.850,00 dinara i preko 200 m², 51712,00 din, s tim da SOKOJ-u pripada 50% tog iznosa, a OFPS i PI dele na jednake delove drugih 50%

²⁶ SOKOJ zastupa osko osam hiljada domaćih i tri miliona stranih autora muzike iz celog sveta, OFPS zastupa proizvođače fonograma i nosioce prava proizvođača fonograma Srbije i sveta, a PI interpretatore odnosno nosioce interpretatorskih prava Srbije i sveta

s obzirom da je ona simbolična i višestruko niža od naknada koje postoje u zemljama koje imaju bruto društveni proizvod približne vrednosti kao Srbija i srazmerno višestruko niža od naknade koja postoji u svim zemljama Evropske unije kada se uzme u obzir srazmera u bruto društvenom proizvodu“²⁷

Ako posmatramo međunarodne konvencije, koje je Srbija ratifikovala, njihova zajednička karakteristika je da je autorsko pravo privatno, odnosno lično pravo, pa da shodno tome autor ima isključivo pravo da daje dozvolu za korišćenje svog dela i da potražuje naknadu za određeni način korišćenja svog dela. Ako se imaju u vidu muzička dela, svako javno saopštavanje daje pravo autoru na naknadu, ta prava se ne mogu izuzeti i ograničiti ukoliko to vređa legitimene interese titulara prava ili je u suprotnosti sa normalnim iskorišćavanjem dela.

3. Oспорavanje posebne naknade, kao „privilegovanog“ prava autora

Zakonom o izmenama i dopunama zakona o autorskim i srodnim pravima iz 2011.²⁸ dato je pravo na ostvarivanje posebne naknade od uvoza, odnosno prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka, slike i teksta za koje se opravdano može pretpostaviti da će biti korišćeni za takvo umnožavanje. Zakonom propisano je da naplata posebne naknade pripada krugu autorskih prava koja se isključivo realizuje preko organizacija za kolektivnu zaštitu autorskih prava. Na osnovu ovog Zakona doneti su podzakonski akti i tarife u kojima su utvrđena lista tehničkih uređaja i predmeta za koje postoji obaveza plaćanja naknade nosiocima autorskog i srodnih prava i visina te naknade.

Novim Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o autorskim i srodnim pravima iz 2012. godine.²⁹ naknada je ograničena, a za pojedine uređaje (računari, računarska oprema, komponente i računarske memorije i dr..) ukinuta. Iznos posebne naknade je ograničen na 1% vrednosti uređaja i predmeta sa liste koju utvrdi Vlada, dok za „nosače zvuka“ taj procenat ne

²⁷ „Zahtev za hitno povlačenje iz procedure Predoga Zakona o izmenama i dopunama Zakona o autorskom i srodnim pravima“, koje je članovima Odbora za obrazovanje, nauku, tehnološki razvoj i informatičko društvo Narodne skupštine Republike Srbije, podneo 23.11.2012.godine Sokoje – Organizacija muzičkih autora Srbije, OFPS – Organizacija proizvođača fonograma, i PI – Organizacija za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora

²⁸ Zakon o izmenama i dopunama zakona o autorskim i srodnim pravima, Službeni glasnik RS br. 99/11, član 9.

²⁹ Zakon o izmenama i dopunama zakona o autorskim i srodnim pravima, Službeni glasnik RS br. 119/12, član 1 i član 171 b.

može biti veći od 3% od njihove vrednosti. Novina je i činjenica da listu tehničkih uređaja i predmeta za koje postoji obaveza plaćanja posebne naknade utvrđuje Vlada. Ona „presuđuje“ i za slučaj sumnje da li se za neki uređaj ili predmet sa liste Vlade koji ima više funkcija plaća posebna naknada, prevashodno vodeći se namenom uređaja ili predmeta.³⁰

Posebna naknada je pravna kategorija koja je od samog ustanovljavanja u našoj stručnoj javnosti izazivala oprečne stavove. Udruženje informatičke delatnosti Privredne komore Srbije, pokrenulo je spor kod Upravnog suda, sa ciljem ukidanja ove naknade, ali je njihova tužba odbaćena. Početkom 2012. godine u skupštinsku proceduru ušao je i predlog Izmena i dopuna Zakona, kojim se ova naknada ukida,³¹ ali zbog raspisivanja parlamentarnih izbora, on nije donet. Već samo otvaranje teme oko ukidanja posebne naknade i usvajanje predloga zakona otvorio je mogućnost za suprostavljanje argumenata. U Zahtevu za hitno povlačenje iz procedure Predloga Zakona, a koji je podnela Organizacija muzičkih autora Srbije – SOKOJ navodi se „da bi usvajanje tog Predloga, imalo nesagledive posledice za proces evropskih integracija, međunarodni ugled i položaj države Srbije, a decenijama građana regulativa autorskopravne zaštite (koja je dostigla potreban nivo traženih standarda) bila bi preko noći urušena.“³²

Sasvim suprotne stavove po ovom pitanju izneo je Zaštitnik građana. On je na neki način bio i inicijator ukidanja ove naknade. Naime, Zaštitnik građana je u obrazloženju neophodnosti ukidanja ovog nameta istakao da ova odredba „štetna po prava građana, jer se njome od građana zahteva naknada za nešto što se pretpostavlja da će oni činiti sa opremom za koju se, kao pretpostavka na pretpostavku, očekuje da može biti korišćena u svrhu ostavarivanja prve pretpostavke.“³³

³⁰ Ibidem, član 1.

³¹ Predlog Zakona o izmenama Zakona o autorskim i srodnim pravima, usvojila Vlada Republike Srbije na sednici 02.02.2012. (Zakon nije usvojen u Narodnoj skupštini Republike Srbije zbog raspisivanja izbora)

³² Zahtev za hitno povlačenje iz skupštinske procedure Zakona o izmenama i dopunama zakona o autorskim i srodnim pravima, podnela je Organizacija muzičkih autora – SOKOJ Odboru znanosti i tehnološki razvoj Narodne skupštine Republike Srbije 09.02.2012. godine, kada još nije bilo izvesno da li će se pomenute izmene naći na dnevnom redu vanrednog skupštinskog zasedanja. Ovaj dopis upućen je i svim drugim državnim i međunarodnim institucijama, od Predsednika Republike Srbije, preko delegacije Evropske unije u Srbiji i najznačajnijim ambasadorima u Beogradu. Zahtev se nalazi u arhivi Narodne skupštine Republike Srbije.

³³ Iz obrazloženja Predloga Zakona o izmenama Zakona o autorskom i srodnim pravima, koji je Zaštitnik građana podneo Narodnoj skupštini Republike Srbije 28.12.2011.

Otvaranje ove rasprave dovelo je do dileme da li zaštita kolektivnih prava autora može biti zloupotrebljena i da li od činjenice apsolutne obespravnjenosti autora možemo doći do naplate njihovih prava od svih građana i pravnih lica, pa i od onih koji ta prava ne koriste ili nije izvesno da će ih koristiti.

Evropski sud prave se izjašnjavao o pitanju posebne naknade. Presudio je da se posebna naknada na medije pogodna za reprodukciju ne može naplaćivati od preduzeća i profesionalaca koji ih, po prirodi stvari, ne kupuju radi kopiranja autorskih dela za privatne potrebe. Naplaćivanje posebne naknade u takvim slučajevima „nije u skladu sa pravom Evropske Unije.“³⁴ Iz analize evropskih izvora prava iz ove oblasti može se izvesti zaključak, da evropski izvori prava ne zabranjuju uvođenje ovakve naknade, ali da postoje ograničenja. Osim pomenute presude Evropskog suda pravde, prema Direktivi 2001/29/EK ne postoji obaveza davanja pravične naknade za ustanove kao što su javne biblioteke, obrazovne institucije, muzeji, arhivi koji nemaju direktnu ili indirektnu komercijalnu prirodu. Predviđeni su izuzeci za korišćenje opreme namenjene osobama sa invaliditetom, reprodukcije od strane štampe, radi informisanja, za potrebe javne bezbednosti ili administrativnih, parlamentarnih ili sudskih postupaka i uz niz drugih slučajeva, sa ili bez obaveze davanja pravične naknade.³⁵ Ovu naknadu u određenom obliku ima većina evropskih zemalja, a među prvim zemljama koje su rešile ovaj problem bile su Nemačka, Francuska i Portugalija, koje su priznale autorima posebno, relativno (neisključivo) ovlašćenje na deo naknade od prodaje tehničkih uređaja i sredstava koji su podobni za umnožavanje autorskih dela.³⁶ Ova naknada ne postoji uzakonodavstvu Velike Britanije, Malte, Kipra, Luksemburga i Irske.

Mada je najnovijim izmenama Zakona o autorskom i srodnim pravima ova naknada kod nas limitirana, nije otklonjena njena suštinska neusklađenost sa pomenutom legislativom i sudskim presudama sudskih institucija Evropske unije, pa bi se za pojedine zakonske odredbe moglo reći da su one u neskladu sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, koju je Srbija ratifikovala. Ovo, pre svega, zato što su pojedine odredbe neprecizne do granice da je njihova primena nepredvidiva. Dokaz za to su postojeći podzakonski akti, kojima se utvrđuje spisak opreme na koji se naknada naplaćuje. Za njih je zakonon ponudio samo jedan, potpuno ne-

³⁴ Presuda Evropskog suda pravde u slučaju C-467/08 Padawan v SGAE, od 21.10.1010.

³⁵ J. Veselinović, Posebna naknada kao osporavana kategorija u kolektivnoj zaštiti autorskih prava, Pravni život, Beograd, 2012, br. 11, tom III, str. 813.

³⁶ K. Vlašković, Ovlašćenja autora na naknadu od prodaje uređaja i sredstava podobnih za umnožavanje autorskih dela, Pravni život, Beograd, 2012, br. 11, tom III, str. 819

korektan kriterijum – da je oprema takava da se može osnovano pretpostaviti da može biti korišćena za kopiranje, koje se može očekivati da će se desiti.³⁷ Osim toga, pre ovih zakonskih izmena organizacije za kolektivnu zaštitu autorskih prava propisale su tarife, u koje su svrstale uređaje i opremu koja nije navedena u uredbi i to: mobilne telefone, perosnalne računare, tvrdi disk (hard disk) i dr.

Našu postojeću zakonsku regulativu, kada je u pitanju posebna naknada, i dalje karakteriše linearnost, koja ne pravi jasnu razliku namene za koju će se oprema ili nosači zvuka koristiti. Sa druge strane, kolektivne organizacije za zaštitu autorskih prava iznose stav da su najnovija izmene Zakon učinile „kontradiktornim i neprimenjivim“ jer dopune ne prate važeći Zakon ni u terminima, jer koriste uopšteniju terminologiju koja omaugućava izuzimanje većeg broja korisnika od ove obaveze. Za ovaj stav postoje argumenti, jer bi bilo više pravne sigurnosti da su Zakonom do kraja definisani kriterijumi po kojima se utvrđuje uslovi za plaćanje posebne naknade.

4. Kolektivna zaštita pojedinih autorskih prava posredstvom samo jedne organizacije – monopol ili nužda

Pravilo da samo jedna organizacija za zaštitu autorskih prava može vršiti zaštitu jedne vrste autorskih prava je prihvaćeno u evropskom i našem zakonodavstvu. Međutim, to nikako ne znači da ovakva rešenja ne trpe kritike i da nisu predmet osporavanja. U našem pravu takođe važi ovo načelo, ali je do sada bilo više ustavnih tužbi kojima se takva odredba osporavala kao protivustavna.

Izvesna promena desila se kroz najnovija zakonska rešenja, kojima je predviđeno da se „naknada za javno saopštavanje muzičkih dela, kao samostolna naknada autora muzičkih dela i objedinjena, jedinstvena naknada interpretatora i proizvođača fonograma za javno saopštavanje interpretacija i fonograma, iz razloga javnog interesa, prikupljaju kroz mehanizam jedne uplatnice dostavljene korisnicima, na način određen sporumom koji postignu organizacije.“³⁸ Zakonski je rešeno i pitanje praktične naplate naknade, pa je predviđeno da „ukoliko organizacije ne zaključe ugovor u roku od tri meseca od dana započinjanja pregovora, jedinstvenu naplatu će vršiti najstarija organizacija.“³⁹

³⁷ Iz Obrasca izjave o usklađenosti propisa sa propisima Evropske unije koj je 20.01.2012. godine dostavio Zaštitnik građana predsednici Narodne Skupštine Republike Srbije, str 3.

³⁸ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o autorskom i srodnim pravima, Službeni glasnik Republike Srbije br. 119/12, čl. 3.

³⁹ Član 3.

Međutim, činjenica je da i dalje samo jedna organizacija za kolektivnu zaštitu autorskih prava može da štiti autore iz jedne vrste autorskih prava.

Na međunarodnom planu najpoznatija organizacija za zaštitu intelektualne svojine je Internacionalna alijansa za zaštitu prava intelektualne svojine (IIPA).⁴⁰ U svetskim okvirima kolektivno ostvarivanje autorskih prava počelo je polovinom XIX veka osnivanjem francuskog društva SACEM 1850. godine.⁴¹

Veoma slične odredbe, ali i dileme u ovoj oblasti, postoje i u zemljama na prostoru bivše Jugoslavije. U Hrvatskoj je pitanje kolektivne zaštite autorskih prava regulisano Zakonom o autorskom i srodnim pravima.⁴² Bosna i Hercegovina je zaštitu autorskih i srodnih prava regulisala Zakonom o autorskom pravu i srodnim pravima,⁴³ dok je kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava regulisala posebnim Zakonom o kolektivnom ostvarivanju autorskog i srodnih prava.⁴⁴ U Crnoj Gori kolektivnu zaštitu autorskih prava uređuje Zakon o autorskom i srodnim pravima iz 2011. godine.⁴⁵

Pitanje monopolskom položaju organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskih prava raspravljano je i na Ustavnom sudu Srbije. Osnov ustavnog spora je član 167., stav 1. prethodno važećeg Zakona o autorskom i srodnim pravima⁴⁶ prema kome „samo jedna organizacija može dobiti dozvolu za ostvarivanje autorskog, odnosno srodnih prava za istu vrstu prava na istoj vrsti dela, odnosno predmeta srodnog prava“. Osnov za pokretanje postupka Ustavni sud je našao u odredbama Ustava Srbije: „(1) Svi imaju jednak pravni položaj na tržištu. (2) Zabranjeni su akti kojim se suprotno zakonu, ograničava slobodna konkurencija, stvaranjem ili zloupotrebom monopolskog ili dominantnog položaja...“⁴⁷

⁴⁰ Formirana je 1984. godine u Sjedinjenim Američkim Državama. Ova organizacija predstavlja koaliciju više od 1100 kompanija koje proizvode i distribuiraju, širom sveta, materijale koji sadrže autorsko i druga srodna prava.

⁴¹ Borislav Blažević, Kolektivno ostvarivanje autorskog, odnosno srodnog prava, 2008, Zagreb, 12.

⁴² *Narodne novine*, br. 167/03. i 79/07.

⁴³ Službeni glasnik BiH, br 7/02, 76/06

⁴⁴ Zakon o kolektivnom ostvarivanju autorskog i srodnih prava - ZOKOISP BiH, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, 63/10

⁴⁵ Zakon o autorskom i srodnim pravima – ZOAISP CG, Službeni list Crne Gore, br. 37/11

⁴⁶ Zakon o autorskom i srodnim pravima, Službeni list SCG, br. 61/04

⁴⁷ Ustav Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije 98/06, čl. 84.

U Odluku koju je doneo Ustavni sud⁴⁸ ugrađeni su argumenti Zakonodavnog odbora⁴⁹ koji je istakao da neprofitni karakter kolektivnih organizacija umanjuje potrebu za konkurencijom.

Prema stavu Zakonodavnog odbora postojanje samo jedne organizacije za zaštitu određene vrste prava je jedini način da se omogući pravna sigurnost, jednostavnost i niski troškovi zaštite autorskih i srodnih prava članova.

Ustavni sud je uvažio argumente Zakonodavnog odbora. Svojom odlukom Sud je u stvari „legalizovao“ monopol kolektivnih organizacija za zaštitu autorskih prava jer Sud ističe da „član 84. Ustava zabranjuje *zloupotrebu* monopola, ali ne i monopol kao takav“. U obrazloženju ovog stava Sud ističe da Zakon o autorskim i srodnim pravima sprečava zloupotrebu tako što ovlašćuje državu da kontroliše da li kolektivna organizacija ispunjava uslove za dobijanje dozvole za rad, da oduzme kolektivnoj organizaciji dozvolu za rad, kao i da vrši nadzor nad radom organizacije, a nosiocima prava je ostavljena mogućnost da svoja prava ostvaruju individualno.

Po ovom pitanju, pored ostalog i Evropski parlament je u svojoj „Rezoluciji o komunitarnom okviru organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava“⁵⁰ izneo stav da kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava „prirodno vodi ka stvaranju faktičkog monopola na tržištu.“

U nameri da ustanovimo kakva je praksa nekih drugih zemalja u regionu analizirali smo i jednu odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske, koja se takođe tiče postojanja monopola organizacije koja predstavlja nosioce određenog autorskog prava. Zahtev za ocenu saglasnosti sa Ustavom pokrenula je Hrvatska obrtnička komora iz Zagreba.⁵¹ Predlagač u svom zahtevu osporava odredbu Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima koja glasi: „Za kolektivno ostvarivanje prava navedenih u članku 156. ovoga Zakona Zavod može izdati odobrenje iz članka 157. stavka 1.

⁴⁸ Odluka Ustavnog suda Srbije od 13.juna 2012. godine, Službeni glasnik RS br. 68/12

⁴⁹ Odgovor Zakonodavnog odbora Narodne skupštine Republike Srbije od 06.10.2009., br.011-2542/09, (tačka 1. Odgovora) povodom zahteva Ustavnog suda Republike Srbije za davanje odgovora povodom pokrenute inicijative za ocenu ustavnosti odredaba člana 155. tačka 2, člana 163. st. 3. i 4. i člana 167. stav 1. Zakona o autorskom i srodnim pravima, Službeni list SCG, br. 61/04

⁵⁰ Rezoluciji o komunitarnom okviru organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava, (2002/2274 (INI) 2004 OJ EC No 92, para. 14) od 15.1.2004. god.

⁵¹ Riješenje o neprihvatanju prijedloga akata zakonodavnog tijela – zakoni i akti – snage zakona (U-I/3219/2007, Narodne novine, br. 78/08

ovoga Zakona samo jednoj udruzi za pojedinu vrstu nositelja prava, i to onoj koja ima najveći broj članova na temelju dobivenih punomoći, uz primjeren broj ugovora o uzajamnom zastupanju sa stranim udrugama, sukladno stručnim mjerilima iz članka 169. stavka 2. ovoga Zakona.”⁵² U obrazloženju za neprihvatanje predloga za pokretanje postupka za ocenu saglasnost sa Ustavom člana 159. st. 1. Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima Ustavni sud Republike Hrvatske polazi od odredaba čl. 68. st. 1. do 4. Ustava Republike Hrvatske, koji glase: „Jamči se sloboda znanstvenog, kulturnog i umjetničkog stvaralaštva. Država potiče i pomaže razvitak znanosti, kulture i umjetnosti. Država štiti znanstvena, kulturna i umjetnička dobra kao duhovne narodne vrednote. Jamči se zaštita moralnih i materijalnih prava koja proistječu iz znanstvenog, kulturnog, umjetničkog, intelektualnog i drugog stvaralaštva.“ Kako se Ustavni sud Republike Hrvatske već ranije izjašnjavao o ustavnosti osporenih odredbi ovoga puta nije prihvaćen predlog za pokretanje postupka za ocenu saglasnosti sa Ustavom pomenutih odredbi Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima, ali se u obrazloženju iznose stavovi dati u ranijem rešenju, kojim je utvrđeno da osporene odredbe nisu u suprotnosti sa Ustavom Republike Hrvatske.⁵³ Iz napred navedenog, Ustavni sud „utvrđuje da se opisanom odredbom ne zloupotrebljava monopolski položaj, a ujedno je svim poduzetnicima – korisnicima autorskih djela, omogućen isti položaj na tržištu, jer svi plaćaju iste naknade određene sukladno članu 162. ZAP-a“. Ovo obrazloženje vrlo je slično obrazloženju Ustavnog suda Republike Srbije. Dakle, ustavni sudovi ne osporavaju postojanje monopola, već se osporavaju činjenicu da zakonske odredbe dovode do zloupotrebe monopola.

⁵² Narodne novine, br. 167/03., 79/07., čl. 159. st. 1.

⁵³ Riješenje Ustavnog suda Hrvatske broj: U-I-3044/204 od 5.5. 2005. Godine (Narodne novine, br. 65/05) , dok je ustavnost članova 32., 82. i 162. istoga Zakona zauzeto stajalište u rješenju broj: U-I-4830/25 od 6.12. 2006. godine (Narodne novine, br. 2/07)

*Janko P. Veselinović, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Agriculture*

Intervention of State in Monopoly Prevention as a Potential Danger in Limitation of Author's Rights

Abstract: *The paper analyses the fact that Serbian legislature which regulates the protection of author's rights (primarily the protection which is realised through organisations for the protection of collective rights of the authors), shows a tendency of decrease of extent of those rights. While the previous period could be characterised as a time of reaching a high degree of normative protection of author's rights, primarily from the aspect of collective organisations for the protection of author's rights, recent changes have significantly reduced those rights.*

The paper treats, using the comparative method, the position of organisations for the protection of author's rights, along with the fact that they have a limited possibility to influence use of object of those rights, currently set and limited by the state, while especially problematic is the fact that the right of remuneration has been abolished for certain users (craftsmen).

The question is: to what extent have the legal changes prevented the abuse of monopoly by the organisations for the protection of author's rights and to what extent have those changes crossed the line of legality, affecting the decrease and cancellation of absolute rights and personal rights, thus breaching international conventions and European values.

Although the latest legal changes were an opportunity to improve the regulations and prevent any kind of abuse of monopoly, that opportunity was missed. The future period should be used to bring to a reasonable extent the need to prevent monopoly abuse, so as not to limit the author's rights.

Key words: *author rights, monopoly, Serbia, prevention, collective rights*

*Dr Magdolna Sič, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE: ZAŠTITA ZDRAVLJA I BEZBEDNA HRANA – EU I SRBIJA¹

Sažetak: *U Evropskoj uniji počev od prošlog veka odvija se proces harmonizacije i objedinjavanja prava o bezbednosti hrane radi zaštite zdravlja potrošača. Prema ovim pravilima, učesnici u proizvodnji i prometu hrane, treba da poštuju propisana pravila u svakoj fazi proizvodnje „od njive do trpeze“. Poštovanje propisa se bazira na samokontroli i odgovornosti samih preduzetnika (i pravnih lica), a podleže i javnoj kontroli organa države članice kao i organa EU, sa odgovarajućim sankcijama. U Republici Srbiji posle potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, došlo je do usklađivanja propisa sa pravom EU. To, međutim, nije dovoljno. Potrebno je razviti i samokontrolu proizvođača, kao i organizovanu i odgovornu javnu kontrolu, ne samo zbog toga što je to uslov za izvoz prehrambenih proizvoda na evropsko tržište, ili za članstvo u EU, već i radi obezbeđivanja bezbedne hrane na unutrašnjem tržištu.*

Ključne reči: *zaštita životne sredine; bezbedna hrana; zaštita potrošača; pravo o hrani u EU; pravo o hrani u Srbiji.*

Uvod

Mnogi od nas koji smo se rodili pre intenzivne industrijalizacije naše zemlje, još se sećamo nekadašnjeg ukusa hrane, posebno voća i povrća. Ti plodovi prirode i prehrambeni proizvodi nisu bili tako lepi za oko,

¹ Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ (br. 179079).

niti je postojala takva različitost ponude kao danas, ali smo bez strepnje uživali u njihovom ukusu. To, međutim, nije trajalo dugo, čak ni za jedan ljudski vek, a kamo li za čovečanstvo. Ubrzo smo prestali da se kupamo u zagađenim kanalima sistema Dunav – Tisa – Dunav, a posle i u reci Dunav, zatim su određene sorte voća nestale (na primer, jabuka jonatan, velika sočna kajsija), dok su druge sorte voća i povrća dobile drugi izgled i ukus, a ponekad i naziv. Krajem prošlog veka tome je pored ukrštavanja različitih sorti radi dobijanja onih otpornijih na nove „prirodne“ uslove (zagađenje), doprinela i tehnologija genetski modifikovane hrane. Sve to današnjeg potrošača stavlja u dilemu – koje prehrambene proizvode da kupi? Garanciju za zdravstvenu bezbednost prehrambenih proizvoda ne obezbeđuje ni njihov izgled, a ni cena.

Dilema, da li je hrana bezbedna za ljudsku potrošnju, nije nova. Stari Rimljani, ugledne ličnosti, ili oni koji su strepeli da bi mogli biti otrovani hranom, imali su posebnog roba (*praegustator*) čiji je zadatak bio da proba hranu pre nego što bi ona bila njima servirana.² Ovaj rob je imao za zadatak da kontroliše ceo lanac pripreme hrane počev od sirovina, pa sve do trpeze. Polazilo se od toga, da će pregustator posvetiti posebnu pažnju celom procesu pripreme hrane da bi i zbog sopstvene bezbednosti sprečio da se hrani doda otrov. Ako bi se posle konzumiranja hrane rob razboleo ili umro, to bi bio dokaz da je hrana bila otrovana. Naravno sporo delujuće otrove i toksine nisu mogli da otkriju ovimmetodom.³

U antici su i inače vodili računa o zdravlju, mada većinu njihovih metoda savremena nauka ne može da prihvati. Pored korišćenja magije i raznih medikamenata imali su i posebna božanstva, među kojima je istaknuto mesto pripalo Higiji (grčki *Υγιεία*, latinski *Hygieia*),⁴ čerci Asklepija (Eskulap) božici zdravlja, čistoće i dobrobiti. Dok je Asklepije bio božanstvo lečenja, njena uloga je bila u prevenciji bolesti i zaštiti zdravlja.

² Skorije, za vreme Olimpijskih igara održanih u Kini 2008. godine, za testiranje hrane namenjene učesnicima igara, koristili su bele miševе. O tome, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/6153382.stm> (20. 03. 2013)

³ Što se tiče spoznaje Rimljana o zagađenosti vode blizu rudnika, videti, M. Sič, *Stari Rimljani su znali da je olovo opasan otrov ali su to tolerisali – da li se to događa i danas?*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2011, Vol. 45, No 3, T. II, str. 427-442; M. Sič, *Uticaj zagađenja olovom na zdravlje čoveka (životnu sredinu) u starom Rimu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2012, Vol. 46, No 3, str. 191-206.

⁴ Bila je poštovana počev od 7 veka s. e., ali je dobila svoj sopstveni kult tek posle epidemije kuge koja je pustošila u Atini (429 – 427. s. e.), kada je delfinska proročita priznala njen značaj. O tome, M. Beumer, 'Hygieia. The Goddess of Health', Ancient History Encyclopedia (Augustus 2011), <http://www.ancient.eu.com/article/253/>

U rimskoj mitologiji je poštovana pod imenom *Salus*. U njenu čast na brežuljku Kvirinalu 302. godine s. e. podignut je hram *Salus Publica Populi Romani*.⁵

Čistoću radi zaštite zdravlja po božici Higiji danas nazivamo higijena.

Kako uprljati rajski vrt

Dugo vremena nije postojao izraz za apstraktni pojam zagađivanja, koji bi obuhvatio prljavštinu, dim, blato, otpadke, otpadnu vodu, i uopšte neugodne i opasne materije. Tek je 1783. godine Dr Samuel Džonson odredio ovaj pojam u smislu „radnje uprljanja“ ili kao „suprotnost osvećivanja“. Prema Džonsonu to znači da se nešto u „religijskom smislu čini nečistim“ ili pak, da se „na grešni način uprlja“. ⁶ Pojam zagađivanja u savremenom smislu, koristi se tek počev od XIX veka. Britanski biolog, Kenet Melanbi je 1972. godine zagađivanje životne sredine odredio u smislu: „prisustva otrovnih materija koje je sam čovek uneo u svoju sredinu“, ⁷ pored toga znači i kvarenje prirodnih sistema zemlje i vode na taj način da se prirodne materije sa svog prirodnog mesta premeste na drugo mesto.

Prema Markhamu zagađivanje životne sredine postalo je problem čovečanstva već pojavom čoveka na zemlji. Sam čovek je sebi nečistoćom ugrozio život, najranije najverovatnije crevnim bakterijama, kao što je danas *Escherichia coli*.⁸

Zagađivanje životne sredine se od najstarijih vremena vezuje za zaštitu zdravlja i za lečenje.⁹

Mada je rimski kanalizacioni sistem *Cloaca Maxima* za vreme Tarquinijevaca (VI. vek s. e.) sagrađena prvenstveno radi isušivanja močvare između brežuljaka Palatina i Kapitola, što je omogućilo da se formira *Forum Romanum* koji je vremenom postao ne samo centar Rima već i cele Imperije, ovaj sistem je doprineo i zdravijem životu starih Rimljana. Ovi kanalizacioni sistemi u srednjem veku nisu održavani, niti su proširivani. U srednjovekovnim gradovima za odstranjivanje otpadaka koristili

⁵ Michele Renee Salzman, *On Roman Time: The Codex-Calendar of 354 and the Rhythms of Urban Life in Late Antiquity*, University of California Press, Oxford 1990, str. 153.

⁶ Prema, A. Markham, *A brief history of pollution*, Earthscan Publications, London: 1994 (Prevod 1. glave od strane M. Farkaš /dr. Adorjänné Farkas Magdolna/, u: http://www.kia.hu/konyvtar/szemle/205_f.htm

⁷ K. Mellanby *The Biology of Pollution*. London, Edward Arnold, 1972. (2nd ed. 1980).

⁸ A. Markham, *ibid*.

⁹ F. Szabadváry, *Kis történeti áttekintés a környezeti ártalmakról*, A Magyar Tudományos Akadémián 1998. május 7-én elhangzott előadás írott változata, u: - <http://www.kfki.hu/~cheminfo/hun/olvaso/histchem/korny/szabadv.html>

su svinje, a što svinje ne bi pojele oprala bi kiša. Reke su zagađivane i bacanjem otpadaka, a posebno neupotrebljivih delova zaklanih životinja u reke. Ova praksa je bila zabranjivana ili barem regulisana u brojnim gradovima. Tako na primer, 1368. godine gradsko veće Pariza je donelo odluku da krv životinja može da se pusti u Sajnu samo ispod grada; a engleski parlament je 1388. godine odlučio da je zabranjeno pustiti u reku bilo kakav otpadak ili prljavštinu.¹⁰

Samo je u drugoj polovini XIX. veka postalo dokazano da postoji neposredna povezanost između zagađenosti vode i mikroorganizama koji šire bolesti.

Svaki vek ima svog generalnog krivca za ugrožavanje prirodne sredine. Danas je to hemija. Dok ostale prirodne nauke samo istražuju i ispituju prirodu, hemija je jedina nauka koja može da stvori novu materiju koja u prirodi ne postoji. Iako hemiji možemo da se zahvalimo na mnogim korisnim materijama, poseban problem predstavljaju nusprodukti, od kojih su mnogi štetni za ljude i za prirodu. Najveći problem je uništenje ili barem neutralizacija ovih štetnih hemijskih otpadaka.

Prema Sabadvariju zadatak današnje nauke jeste da reši problem skladištenja i uništenja hemijskih i radioaktivnih otpadaka.¹¹

Bezbedna (zdrava) hrana

Već i ovaj mali istorijski osvrt ukazuje na prostu istinu da se za ljudsko zdravlje bezbedna hrana može da se proizvodi samo u zdravoj prirodnoj sredini, kao i na to da čovek ima obavezu da otpacima svoje proizvodnje ne zagađi prirodu. U suprotnom upada u začarani krug.

Već su i u antičko doba pa i kasnije pre pojave industrijske revolucije postojale štetne materije i ljudski postupci koji su dovodili do zagađenja i ugrožavanja životne sredine, a samim tim i hrane. Tu se nadovezalo i ljudsko neznanje o higijeni.

Današnji čovek, i bez obzira na znatna naučna dostignuća na svim poljima, mnogo je ugroženiji od svojih antičkih predaka, pa i onih iz skorijeg istorijskog perioda. Nekadašnja neopreznost, nemar i nebriga o posledicama korišćenja raznih naučnih dostignuća (često radi postizanja političkih ciljeva), od današnjeg čoveka zahteva naplatu „dugova“ oštećenoj prirodi. Svedoci smo zagađenosti vode (reka i mora), vazduha, a donekle i zemljišta.¹²

¹⁰ A. Markham, *ibid.*

¹¹ F. Szabadváry, *ibid.*

¹² <http://www.fao.org/docrep/006/y5307e/y5307e02.htm#bm2.4.1> „Potential sources of contamination from the environment should be considered. In particular, primary food production

Na sve to se nadovezuju i ozbiljne klimatske promene. Kako u ovim uslovima obezbediti za ljudsko zdravlje bezbednu hranu?

Na neki način, na ovo pitanje nastoje da daju odgovor, u sadašnjim ulovima postojećih resursa, svetke i evropske mere koje imaju za cilj obezbeđivanje bezbedne hrane za ljudsku upotrebu.

*Codex Alimentarius*¹³ („Zakon o hrani“)

Mada je međunarodna trgovina hranom postojala hiljadama godina, ona je u prošlom veku dostigla enormne razmere. Usled toga, nastala je potreba za uvođenjem međunarodnih standarda, smernica i pravila, da bi se obezbedila bezbednost i kvalitet hrane, kao i nesmetana i poštena međunarodna trgovina prehrambenim proizvodima.

Stoga, radi obezbeđenja bezbedne i kvalitetne hrane na svetskom nivou, *FAO* (Organizacija za hranu i poljoprivredu) i *WHO* (Svetska zdravstvena organizacija) Ujedinjenih nacija, 1962 godine izradili su svetski sistem pravila pod nazivom *Codex Alimentarius*.

Osnovni ciljevi ovog Kodeksa jesu: donošenje pravila radi zaštite zdravlja potrošača i obezbeđenja poštene trgovine životnim namirnicama, kao i pravila o dozvoljenim graničnim vrednostima kontaminiranosti hrane, zatim i posebne standarde, smernice i preporuke, i da se ova pravila harmonizuju, ujednače na svetskom nivou. Do sada (pristupanjem ovom kodeksu više od 180 država) regulativa Kodeksa pokriva 99% stanovništva sveta.¹⁴

Bivša država SFRJ je bila članica *Codexa* već od samog početka njegovog stvaranja (1963. godine), pa sve do raspada države, a Republika Srbija je članica *Codexa* počev od 2006. godine.

Codex uspostavlja kontinuiranu saradnju sa zemljom članicom preko nacionalne institucije ili organizacije tzv. „*Codex* tačke kontakta”. Takvu ulogu u Republici Srbiji ima Institut za standardizaciju Srbije (*ISS*).¹⁵

should not be carried on in areas where the presence of potentially harmful substances would lead to an unacceptable level of such substances in food“.

¹³ <http://www.codexalimentarius.org/>

¹⁴ Komisija za *Codex Alimentarius* (*Codex Alimentarius Commission, CAC, Codex*) predstavlja specijalizovanu međunarodnu organizaciju za hranu, čiji je osnovni cilj donošenje standarda i srodnih dokumenata radi zaštite zdravlja potrošača i omogućavanja nesmetane međunarodne trgovine hranom, u: http://www.iss.rs/button_69.html.

¹⁵ <http://www.iss.rs/> Videti, Izveštaj o Codex aktivnostima Instituta za 2012. godinu, u: http://www.iss.rs/images/upload/Izvestaj_o_osnivanju_Nacionalnog_Codex_komitea_2012.doc; Spisak institucija i organizacija kojima Institut distribuira Codex dokumente, u: http://www.iss.rs/images/upload/Spisak_institucija_i_organizacija_za_dostavu_Codex_dokumenata_2012.doc

Institut za standardizaciju Srbije je pravni sledbenik Zavoda za standardizaciju, koji je funkcionisao u periodu od 2003. do 2006. godine. Pre ovog Zavoda postojao je Savezni zavod za standardizaciju (od 1978. do 2003. godine); Jugoslovenski zavod za standardizaciju (od 1962. do 1978. godine) i Savezna komisija za standardizaciju (od 1946. do 1962. godine). A prema podacima Međunarodne organizacije za standardizaciju (*ISO*), institucionalni oblik nacionalne standardizacije postojao je i u Kraljevini Jugoslaviji počev od 1939. godine.

Dokumenti Kodeksa nisu pravne norme, međutim, njihova primena, na osnovu sporazuma zaključenog u okviru Svetske trgovinske organizacije (*WTO*) smatra obaveznom kako regionalno tako i na nacionalnom nivou.¹⁶

U pogledu higijene životnih namirnica posebno su bitne smernice o opštim načelima higijene životnih namirnica,¹⁷ kao i prilog dokumenta „Opšti principi za higijenu hrane“ (*General Principles of Food Hygiene*), koji je poznat po skraćenici kao Hasap (*HACCP*)¹⁸. *HACCP* je skraćenica od - *Hazard Analysis Critical Control Point* što u prevodu znači – Analiza opasnosti i kritične kontrolne tačke. Hasap (*HACCP*) – sistem je još sedamdesetih godina XX veka bio priznat kao međunarodni standard za proizvodnju bezbedne hrane, a Svetska zdravstvena organizacija (*WHO*) je ovaj sistem usvojila kao najefikasnije sredstvo za kontrolu bolesti izazvanih hranom.

Najkraće rečeno, *HACCP* je sistem koji obuhvata niz postupaka za kontrolu procesa proizvodnje hrane, kao i osetljivih tačaka u tom lancu proizvodnje, u cilju da se krajnjem potrošaču obezbede životne namirnice bezbedne za njegovo zdravlje.

Principi hasap sistema su sledeći:¹⁹

1. Analiza opasnosti/rizika, identifikovanje opasnosti/rizika koji mogu da se pojave u procesu proizvodnje hrane.

2. Određivanje „kritičnih kontrolnih tačaka“ (*CCP- Critical Control Point*). Za svaki identifikovani rizik mora da postoji bar jedna odgovarajuća kritična kontrolna tačka čije postojanje omogućava ispravno uočavanje mogućih rizika.

3. Određivanje kritičnih granica, maksimalnih i/ili minimalnih vrednosti, pomoću kojih se biološke, hemijske i fizičke opasnosti kontrolišu u svrhu prevencije.

¹⁶ P. Laczay, *Élelmiszer – higiénia, Élelmiszerlánc – biztonság*, Budapest 2008, str. 158.

¹⁷ Videti, <http://www.mhlw.go.jp/english/topics/importedfoods/guideline/dl/04.pdf>

¹⁸ Videti, <http://www.hasapstandard.com/sta-je-haccp-standard.html>

¹⁹ <http://www.hasapstandard.com/sedam-principa-temelj-haccp-sistema.html>; kao i P. Laczay, *Élelmiszer – higiénia*, str. 166.

4. Određivanje procedura/postupaka za praćenje „kritičnih kontrolnih tačaka“ (*CCP*), pomoću kojih se osigurava da *CCP* ostane u kritičnim granicama. Praćenje kritičnih granica podrazumeva odgovore na pitanja: šta, kako, koliko često i ko to treba da uradi.

5. Određivanje korektivnih mera u slučaju da nadzor pokaže, da *CCP* nije u okviru kritičnih granica. Korektivne mere služe identifikovanju i eliminisanju uzroka problema.

6. Sprovođenje procedura/postupaka za verifikaciju, odnosno postupaka radi potvrđivanja da je *HACCP* sistem efikasan/da dobro funkcioniše. U verifikacione aktivnosti treba da budu uključeni: lica zaposlena u proizvodnji, *HACCP* tim, kao i predstavnici inspekcije u pogonu.

7. Vođenje evidencije i dokumentacije o efikasnosti, odnosno o tome da primena *HACCP*-sistema dobro funkcioniše.

Pored opštih principa i standarda, Komisija za *Codex* donosi i srodne dokumente, odnosno uputstva, pravila dobre prakse i preporuke (*Recommended International Code of Practice*).²⁰ Usvojeni standardi i srodni dokumenti su takođe uvršteni u *Codex*. Trenutno *Codex Alimentarius*, između ostalih dokumenata čine: 204 standarda, 51 pravilo dobre prakse i 60 uputstava.²¹

Kodeks i njegov prilog hasap čini osnovni stub za proizvodnju, pripremu i promet bezbedne, za ljudsku ishranu podobne hrane, kao i osnov pravnih pravila o higijeni prehrambenih proizvoda na svetskom nivou. Na ove dokumente se naslanja Uredba Evropske unije o opštoj higijeni životnih namirnica 852/2004/EZ.

Značajni su takođe dokumenti Kodeksa o uputstvima za određivanje i primenu mikrobioloških kriterijuma namirnica, kao i ona za analizu mikrobiološkog rizika (CAC/GL 21, odnosno CAC/GL 30) koji čine osnov Uredbe EU o mikrobiološkim kriterijumima namirnica (2073/2005/EZ).

Pravno regulisanje higijene namirnica u Evropskoj uniji

Evropska unija je takođe član Komisije za *Codex Alimentarius* (*Codex Alimentarius Commission*). Pravna regulativa EU se naslanja na *Codex Alimentarius*, ali istovremeno i razrađuje ova pravila.

Pri izradi pravne regulative EU cilj koji uživa prioritet jeste zaštita zdravlja potrošača. Radi toga teži se, da ova pravila budu harmonizovana

²⁰ Primer takvog srodnog dokumenta je: CAC/RCP 1-1969, Rev. 4-2003.

²¹ Svi *Codex* dokumenti su dostupni preko interneta, videti: *Basic texts on food hygiene* <http://www.fao.org/docrep/006/y5307e/y5307e00.htm>, kao i, <http://www.codexalimentarius.org/standards/en/>

što će prvo u okviru Evropske Unije (Zajednice), a vremenom i na svet-skom nivou dovesti do istih pravnih pravila, kao i kontrole njihove prime-ne na jednak način.

Pravno regulisanje higijene namirnica predstavlja osnov za ispunje-nje zadataka javne (službene) kontrole.

Evropska Unija ima svoj autonomni pravni sistem, pri čemu pravo Evropske zajednice uživa prioritet u odnosu na pravila država članica (nacionalnih pravila). Osnovna normativa obuhvata: uredbe (regulativa - *Regulation*), smernice (direktiva - *Directive*) i odluke (*Decision*). Ured-be²² neposredno obavezuju države članice; sadržinu direktiva²³ države članice treba da ugrade u sopstvene pravne norme radi primene, a odlu-ke²⁴ su obavezujuće samo za one članice ili teritorije za koje su donete.

Pored ovih normi, Unija donosi i preporuke, kao i mišljenja. Prepo-ruke i mišljenja (*Recommendations and Opinions*) nisu obavezni akti, ali nisu ni potpuno pravno irelevantni. Očekivanje da ovi akti budu poštova-ni zasniva se na principu savesnosti i poštenja (*bona fides*).

Razvoj pravne regulative o higijeni hrane u Evropi²⁵

Potreba za regulisanjem higijene namirnica postala je jasna već u vreme nastanka Evropske ekonomske zajednice (EEZ). Međutim, tada se regulativa odnosila samo na pojedine proizvodne grane, proizvode ili grupe proizvoda, što je dovelo do takozvane vertikalne regulacije. Ova pravi-la su prvenstveno doneta u vidu direktiva (smernica), usled čega nije mo-gla da se formira jedinstvena regulativa za celu Zajednicu. U periodu iz-među 1964 i 2004. godine za regulisanje higijenskih uslova proizvodnje, pripreme i prometa hrane, kao i za njihovu kontrolu donete su dve verti-kalne i sedam horizontalnih direktiva.

Horizontalne direktive određuju opšta pravila higijene, kao i opšte principe kontrole namirnica (93/43/EEZ; 89/397/EEZ), a vertikalne odre-đuju neophodne zahteve kojima namirnica treba da odgovara, po proizvo-dima ili grupama proizvoda (na primer, za pojedine vrste mesa, ribe, mor-skih plodova, proizvoda od jaja, za mleko i mlečne proizvode itd.).

²² Uredba (*Regulation*) je pravni akt koji, kao i zakon, sadrži opšte pravne morme i obavezna je za sve države članice Unije. Reč je o aktu s najvišim stepenom obaveznosti.

²³ Smernice (*Directive*) su obavezne u odnosu na državu na koju se odnose u pogle-du cilja koji treba postići, ali je država slobodna da izabere formu i sredstva za njihovo sprovođenje.

²⁴ Odluka (*Decision*) je pojedinačni pravni akt i obavezuje samo one subjekte koji su u njoj izričito označeni.

²⁵ Podaci su preuzeti iz P. Laczay, *Élelmiszer – higiénia*, str. 161 – 162.

Ovaj način regulisanja, zbog čestih izmena pravila, potrebe za jedinstvenim tržištem EU i slobodnim kretanjem namirnica, imajući u vidu zemlje članice, kao i usled kompleksnosti lanca proizvodnje hrane i promene elemenata koji utiču na opasnost i rizik koja potiče iz hrane, što je dovelo do bitnog opadanja poverenja potrošača, iziskivao je promene u pravnoj regulativi.

Radi rešavanja svih ovih problema Evropska komisija je 1999. godine donela odluku o sveobuhvatnoj reformi pravila o bezbednosti namirnica, koja bi obuhvatila ceo lanac proizvodnje, svaku proizvodnu granu hrane, kao i svaku zemlju članicu. Osnovna načela kao i detaljni plan mera za promenu regulisanja bezbednosti hrane sadrži Bela knjiga o bezbednosti hrane (COM (1999) 719-final), objavljena 2000. godine.

Bela knjiga o zdravstvenoj bezbednosti hrane²⁶

Belom knjigom iz 2000. godine Evropska komisija je nastojala na tome da se obezbedi visok stepen bezbednosti hrane. U tom cilju je odredila set mera, neophodnih za zaokruživanje i unapređenje postojećeg EU zakonodavstva u oblasti hrane, koje uključuju:

- formiranje nezavisne Evropske službe za hranu (*European Food Authority*), nadležne za pružanje savetodavnih usluga, za funkcionisanje sistema ranog upozoravanja i obaveštavanja o rizicima;
- unapređenje zakonodavne regulative koja pokriva prehrambene proizvode od njive do trpeze;
- harmonizaciju nacionalnih sistema kontrole njihovim redefinisanjem u pravcu usklađivanja sa novouspostavljenim zajedničkim okvirom na nivou Unije;
- uspostavljanje dijaloga potrošača i ostalih učesnika u lancu proizvodnje i prometa hrane.

Akcioni plan o bezbednosti hrane, u Aneksu Bele knjige, sadrži listu od 84 pravna akta.

Smatra se da je na ovaj način napušten tradicionalni pristup kontrole gotovog proizvoda, jer se ovaj sistem zasniva na preventivnom delovanju – pre nego što gotov proizvod nastane. Predviđeno je da svaki subjekt u procesu proizvodnje i prometa hrane odgovara za svoju „kariku“ u lancu. Na ovaj način moguće je pratiti i dokumentovati put hrane od njive do trpeze i eliminisati zanemarivanje potencijalnih rizika od strane učesnika u procesu proizvodnje.²⁷

²⁶ *White paper on Food Safety, Commission of the European Communities 719/1999*, in: http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/library/pub/pub06_en.pdf.

²⁷ Detaljnije, M. Glintić, *Bezbednost hrane*, u: Usklađivanje prava Republike Srbije sa pravnim tekovinama EU: prioriteti, problemi, perspektive (Alignment of the Serbian

Uredba o opštim principima bezbednosti hrane Evropskog parlamenta i Saveta (*Regulation (EC) 178/ 2002*)

U ovoj oblasti najvažniji propis EU je Uredba o opštim principima Evropskog parlamenta i Saveta (*Regulation (EC) 178/ 2002*). Ova uredba postavlja osnovne principe i zahteve prava o hrani, ustanovljava Evropsku službu za bezbednost hrane (*European Food Safety Authority - EFSA*), kao i postupke radi ostvarivanja bezbednosti hrane.

Osnovni principi ove uredbe su: bezbednost hrane, predostrožnost i sledljivost, bilo da je reč o hrani za ljude ili životinje, hrani životinjskog, biljnog ili mešovitog porekla, vodi za piće ili novoj hrani.

Uredba 178/ 2002/EZ ima četiri glave:²⁸

U prvom poglavlju formulisani su ciljevi i dejstvo Uredbe, a sadrži i definiciju pojmova. Što se tiče dejstva, novina jeste, da se odnosi i na stočnu hranu. Prema definiciji, pojam hrane obuhvata svaku takvu materiju ili proizvod koji je u potpunosti ili delimično prerađen, a koji je namenjen ljudskoj potrošnji odnosno koji će najverovatnije konzumirati ljudi. U pojam hrane ulaze i pića, kao i svaka materija koja je namerno dodata prilikom proizvodnje, prerade ili rukovanja, a prema tome i voda.

U drugom poglavlju, razmatrano je opšte pravo hrane. Kao cilj pravnog regulisanja određena je zaštita ljudskog života i zdravlja na visokom nivou, kao i obezbeđenje zaštite interesa potrošača, podrazumevajući i ostvarivanje poštene trgovine hranom, pri čemu treba imati u vidu i zaštitu zdravlja životinja, kao i zaštitu životne sredine. Dalji cilj prava o hrani jeste, ostvarenje slobodnog kretanja ljudske i stočne hrane na teritoriji EU. Među osnovnim načelima Uredbe preuzeta su načela Bele knjige: sveobuhvatno i jedinstveno regulisanje; monitoring; sledljivost; odgovornost za bezbednu hranu; analiza rizika; kao i predostrožnost. Osnovno pravilo postavljeno u Uredbi jeste, da **se hrana koja nije bezbedna ne sme da se stavi u promet**, to se odnosi i na hranu za životinje.

Treće poglavlje, odnosi se na osnivanje *EFSA* (*European Food Safety Authority*)²⁹ – Evropske službe za bezbednost hrane. Cilj i zadatak ove službe je višestruk: da na osnovu sakupljenih informacija i obavljene analize obezbedi stručnu i naučnu osnovu za odlučivanje o svim pitanjima koja se neposredno ili posredno vezuju za bezbednost hrane, kao i za zdravlje životinja i biljaka. Ova služba je nadležna na području bezbedno-

Law with Acquis Communautaire: Priorities, Problems, Perspectives), Urednice Dr Aleksandra Rabrenović, Doc. dr Jelena Ceranić, „Institut za uporedno pravo“ Beograd 2012. str. 75 – 76. u: <http://comparativelaw.info/20130225uprs.pdf>

²⁸ Prema, P. Laczay, *Élelmiszer – higiénia*, str. 160.

²⁹ Detaljnije, <http://www.efsa.europa.eu/en/aboutefsa.htm>

sti hrane da stavi u funkciju hitno alarmiranje. Ispitivanje rizika, međutim, i dalje ostaje u nadležnosti država članica.

Četvrto poglavlje se odnosi na formiranje i funkcionisanje hitnog alarmiranja, kao i na mere koje treba preduzeti u stanju rizika. Sistem alarmiranja služi za hitno javljanje posredne ili neposredne opasnosti za ljudsko zdravlje, koja potiče iz hrane ili hrane za životinje (stočne hrane). Ovaj sistem funkcioniše kao mreža između država članica, EFSA (Službe) i Evropske komisije. Države članice su obavezne da bez odlaganja jave rizičnost hrane i stočne hrane Komisiji. Komisija o tome odmah obaveštava članove mreže, a prema tome i Službu. Služba može da dopuni izveštaj svojim stručnim i naučnim mišljenjem, koje može da doprinese brzom rešavanju nastalog problema. U slučaju da mere nisu podobne za uspešno otklanjanje opasnosti, tada Komisija u sopstvenoj nadležnosti ili na zahtev države članice donosi posebne mere: isključivanje hrane iz prometa; ili određuje posebne uslove za njihov promet. Ako je reč o prehrambenim proizvodima koji potiču iz zemalja koje nisu članice EU, stopira uvoz ili određuje posebne uslove za njihov uvoz.

Higijenski paket

Dalje promene u regulisanje bezbednosti hrane EU uneo je i tzv. „higijenski paket“, sastavljen od nekoliko propisa.³⁰ Tako, Uredba o higijeni hrane iz 2004. godine- (*Regulation (EC) 852/2004*), zamenila je raniju Uredbu Evropske ekonomske zajednice, 93/437EEZ. Ova uredba postavlja zahtev za poštovanjem opštih pravila higijene pred preduzetnike u prehrambenoj industriji u svim segmentima proizvodnje. Za razliku od prethodne uredbe, proširuje se i na primarnu proizvodnju, prema tome obuhvata regulisanje „od njive do trpeze“. Preduzetnici (proizvođači, prevoznici) su prvenstveno odgovorni za bezbednost hrane, a tome mogu da udovolje ako poštuju svih sedam načela hasap (*HACCP*) sistema.³¹

Celovita primena ovih načela nije obavezna za male preduzetnike, čiji su higijenski uslovi potvrđeni, kao ni u primarnoj proizvodnji ne po-

³⁰ Regulation (EC) 852/2004 of the European Parliament and of the Council on the hygiene of foodstuffs OJ L139/, 1 30.04.2004; Regulation (EC) 853/2004 of the European Parliament and the Council laying down specific rules for food of animal origin OJ L 226/22, 25.06.2004; Regulation (EC) 854/ 2004 of the European Parliament and the Council laying down specific rules for the organisation of official controls on products of animal origin intended for human consumption OJ L 226/83, 25. 06. 2004; Regulation (EC) 882/ 2004 of the European Parliament and the Council on official controls performed to ensure the verification of compliance with feed and food law, animal health and animal welfare rules OJ L 191, 15. 05. 2006; Directives (EC).

³¹ Videti gore u ovom radu.

stoji zahtev za poštovanje svih načela.³² Obzirom na to da preduzetnici moraju da sarađuju sa javnim službama radi javne kontrole, neophodno je njihovo evidentiranje.

Za higijenu prehrambenih proizvoda životinjskog porekla predviđena su posebna pravila u Uredbi EZ: *Regulation (EC) 853/2004*. Pravila ove Uredbe dopunjuju opšta pravila sadržana u 852/2004 EZ. Veoma su bitna njena pravila o obavezi pribavljanja dozvole za preduzetništvo u oblasti prehrambenih proizvoda životinjskog porekla, kao i ona koja se tiču oznake porekla proizvoda,³³ odnosno oznake o zdravstvenoj ispravnosti mesa. Ova uredba u odnosu na raniju regulativu predviđa novu obavezu za preduzetnike koji se bave uzgojem životinja kao i za one koji imaju klanice, u smislu obaveze slanja informacija o lancu prehrambenog proizvoda. Suština ove obaveze jeste, da se u klanicu može preuzeti samo ona životinja o kojoj je informacija³⁴ od uzgajivača o zdravstvenoj ispravnosti životinje stigla bar 24 sata pre preuzimanja u klanicu i ako je ova informacija bila dostavljena i nadležnoj veterinarskoj službi.

Što se tiče regulisanja službene (javne) kontrole njena opšta pravila u okviru Evropske Unije bila su postavljena putem jedne horizontalne direktive (89/397/EEZ) i velikog broja vertikalnih direktiva vezanih za određene proizvode ili grupe proizvoda. Novu regulativu u pogledu opštih pravila službene kontrole postavila je Uredba 882/2004/EZ (*Regulation (EC) 882/ 2004*), a posebna pravila koja se odnose na službenu kontrolu proizvoda životinjskog porekla sadržana su u Uredbi 854/2004/EZ (*Regulation (EC) 854/ 2004*).

Uredba o opštim pravilima službene kontrole (*Regulation (EC) 882/ 2004*) predviđa okvirnu regulativu na nivou Zajednice. Predviđa pravila kontrole za nadležne službe država članica za praćenje i poštovanje propisa. Države članice imaju obavezu da organizuju službenu kontrolu i da izvrše to u svakom segmentu lanca proizvodnje i prometa hrane. Potrebno je takođe da izrade višegodišnji nacionalni plan kontrole. Ove

³² P. Laczay, *Élelmiszer – higiénia*, str. 166. Ova uredba se ne odnosi na primarnu proizvodnju i pripremu hrane za sopstvenu upotrebu, kao ni na hranu koja se proizvodi u malim količinama, namenjenu krajnjem potrošaču, ili lokalnom tržištu – što podleže nacionalnoj regulativi.

³³ Oznaka porekla proizvoda koji potiče iz Evropske zajednice ovalnog je oblika i sadrži skraćenicu naziva države članice po ISO standardu, broj dozvole preduzeća i skraćenicu Zajednice (EZ).

³⁴ Prema P. Laczay (*Élelmiszer – higiénia*, str. 169), ova informacija je neophodna radi prevencije zaraze i zagađenja uzročnicima opasnim za ljudsko zdravlje kao što su na primer, *Salmonella*, *Campylobacter*, *Listeria monocytogenes*, *E. coli*, a koji ostaju bez kliničkih simptoma i koji se ne mogu otkriti ispitivanjem mesa. Takođe je važna i zbog hemijskog zagađenja: ostataka korišćenih lekova, kao i lekova čija je upotreba zabranjena.

planove kao i godišnje izveštaje o izvršavanju planova treba da dostave Evropskoj komisiji. Nadzorna služba Komisije, kontroliše da li se sve odvijaa prema kriterijumima formulisanim u Uredbi. Za organizovanje službene kontrole neophodna su novčana sredstva, što se može ostvariti nametanjem odgovarajuće takse ili naknade za kontrolu preduzetnicima.³⁵ Ukoliko preduzetnici prekrše predviđene propise i time ugrožavaju zdravlje potrošača ili zdravlje životinja i krše njihovu poštedu, to se sankcioniša određenim nacionalnim merama, tim što preduzetnici imaju pravo na žalbu na odluke nadležne službe.

Ova pravila su 2005 godine dopunjena: sa Uredbom 2073/2005/EZ o mikrobiološkim kriterijumima hrane, kao i sa Uredbom 2075/2005/EZ o službenoj kontroli mesa na trihinozu.

Informisanje potrošača

Potrošač, zdravstvenu ispravnost i kvalitet hrane procenjuje na osnovu informacija pružanih na pakovanju proizvoda. Najvažniji izvor regulisanja informisanja potrošača jeste Direktiva 2000/13/EZ o obeležavanju, prezentaciji i reklamiranju prehrambenih proizvoda (*Labelling Directive*). Osnovno je pravilo da obeležavanje proizvoda ne sme biti obmanjujuće. Informacije koje se regulišu pravilima EU dele se na obavezne, ograničene i zabranjene. Obavezne su npr. informacije o nazivu proizvoda, listi sastojaka i njihovoj količini, prisustvu alergena, neto masi, datumu upotrebe, imenu preduzeća i imenu i adresi proizvođača itd. Postoje i posebna pravila o podacima o prisustvu aditiva, novih sastojaka i genetski modifikovanih organizama na etiketi. Ograničene informacije su one koje se odnose na određene tvrdnje vezane za karakteristike proizvoda, dok podaci o povoljnim zdravstvenim dejstvima proizvoda moraju biti odobreni i naučno zasnovani. Zabranjene informacije su one koje se ne mogu naći na proizvodu, na primer, tvrdnje da određena hrana predstavlja lek za određene bolesti.³⁶

Da li je hrana u Srbiji bezbedna?

Često se ističe da je Srbija poljoprivredna zemlja. Istovremeno se konstatuje, da mogućnosti naše zemlje na ovom polju nisu iskorišćene u dovoljnoj meri, a u poslednje vreme se potvrđuje i naša dugogodišnja strepnja, da naši prehrambeni proizvodi nisu adekvatno kontrolisani sa aspekta njihove bezbednosti za zdravlje.

³⁵ Prema, P. Laczay, *Élelmiszer – higiénia*, str. 170.

³⁶ Opširnije o relevantnim propisima, u: http://ec.europa.eu/food/food/labellingnutrition/foodlabelling/comm_legisl_en.htm.

Potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropske zajednice i njenih država članica sa jedne i Republike Srbije sa druge strane³⁷ Republika Srbija se obavezala na usklađivanje svojih propisa sa pravom EU, kao i na njihovu primenu i sprovođenje. Pored toga što je to preduslov za članstvo u Evropskoj uniji, usaglašenost naših propisa sa propisima EU u oblasti bezbednosti hrane bitan je kriterijum i za izvoz naših prehrambenih proizvoda u zemlje članice EU.³⁸ Shodno tome počev od 01. 01. 2009. godine je i primena HACCP-sistema postala zakonska obaveza proizvođača hrane na teritoriji Republike Srbije.³⁹

U Srbiji reforma sistema bezbednosti hrane započeta je još 2005. godine, donošenjem Zakona o veterinarstvu,⁴⁰ a zakonodavstvo u oblasti poljoprivrede bilo je najplodnije u periodu od 2009 do 2010. godine, kada je usvojeno preko 30 propisa iz ove oblasti.⁴¹

Među ovim propisima, imajući u vidu prehrambene proizvode, fundamentalni propis jeste Zakon o bezbednosti hrane.⁴²

U članu 25. ovog Zakona deklarirana je osnovna zabrana: „Zabranjeno je stavljanje u promet hrane koja nije bezbedna.“

³⁷ *Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane, Službeni glasnik RS–Međunarodni ugovori, br. 83/ 2008.*

³⁸ M. Glintić, *Bezbednost hrane*, str. 77.

³⁹ <http://www.hasapstandard.com/zasto-se-primenjuje-haccp.html>

⁴⁰ *Zakon o veterinarstvu, Sl. glasnik RS, br. 91/2005; 30/2010.* Integralni tekst Zakona o veterinarstvu („Službeni glasnik RS” br.91/2005) sa unetim izmenama i dopunama Zakona objavljenim u "Službenom glasniku RS" br. 30 od 07.05.2010. godine, u: - http://www.vet.minpolj.gov.rs/legislativa/zakoni/Zakon_o_veterinarstvu_konsolidovana_verzija.pdf Prema članu 1.: „Ovim zakonom uređuje se zaštita i unapređenje zdravlja i dobrobiti životinja, utvrđuju se zarazne bolesti životinja i mere za sprečavanje pojave, otkrivanje, sprečavanje širenja, suzbijanja i iskorenjivanja zaraznih bolesti životinja i bolesti koje se sa životinja mogu preneti na ljude, veterinarsko-sanitarna kontrola i uslovi za proizvodnju i promet životinja, proizvoda životinjskog porekla, hrane životinjskog porekla, hrane za životinje, kao i uslovi za obavljanje veterinarske delatnosti“.

⁴¹ Usvojeni su sledeći zakoni: *Zakon o poljoprivredi i ruralnom razvoju (Službeni glasnik RS 41/09); Zakon o izmenama i dopunama zakona o poljoprivrednom zemljištu (Službeni glasnik RS 41/09); Zakon o javnim skladištima za poljoprivredne proizvode (Službeni glasnik RS 41/09); Zakon o bezbednosti hrane (Službeni glasnik RS 41/09); Zakon o genetički modifikovanim organizmima (Službeni glasnik RS 41/09); Zakon o stočarstvu (Službeni glasnik RS 41/09); Zakon o zdravlju bilja (Službeni glasnik RS 41/09); Zakon o sredstvima za ishranu bilja i oplemenjivačima zemljišta (Službeni glasnik RS 41/09); Zakon o zaštiti prava oplemenjivača biljnih sorti (Službeni glasnik RS 41/09); Zakon o dobrobiti životinja (Službeni glasnik RS 41/09), videti takođe, P. Marković, *Komentar novih zakona o poljoprivrednom sektoru*, u, <http://www.naled-serbia.org/index.php?action=propisi&ID=6> (26. mart 2013)*

⁴² *Zakon o bezbednosti hrane (ZBH), Sl. glasnik RS, br. 41/09.* <http://ebookbrowse.com/zakon-o-bezbednosti-hrane-službeni-glasnik-rs-41-09-pdf-d31157184>

Prema Markoviću,⁴³ Srbija gotovo dvadeset godina nije posvetila dovoljnu pažnju bezbednosti hrane.⁴⁴ Putem Zakona o bezbednosti hrane započeta je, prema tome, sveobuhvatna reforma na ovom polju, usklađivanje propisa i standarda sa prihvaćenim međunarodnim i evropskim propisima i standardima.

Prema čl. 3. Zakona: „Cilj ovog zakona je da obezbedi visok nivo zaštite života i zdravlja ljudi i zaštitu interesa potrošača, uključujući načelo poštenja i savesnosti u prometu hranom, uzimajući u obzir kada je to moguće zaštitu zdravlja i dobrobiti životinja, kao i zdravlja bilja i zaštite životne sredine“.

Kako cilj, tako i norme ovog zakona usklađene su sa uredbama, direktivama i principima dobre prakse EU.

Zakon nastoji na tome da formira sistem koji će obezbediti bezbednost hrane prateći ceo lanac proizvodnje „od njive do trpeze“. Propisuje opšte uslove za bezbednost hrane, podrazumevajući i hranu za životinje, obaveze i odgovornosti subjekata u poslovanju hranom, sistem brzog obaveštavanja i uzbunjivanja, hitne mere i upravljanje kriznim situacijama, opšte uslove higijene i kvaliteta hrane uključujući i hranu za životinje (čl. 1).

Usvaja princip sledljivosti, tj. praćenja porekla hrane u svim fazama proizvodnje, prerade i prometa hrane i hrane za životinje. Stoga postavlja zahtev za registracijom svih učesnika u lancu proizvodnje, pa i prometa hrane. Zakon kreira sistem identifikacije svih subjekata odgovornih za bezbednost hrane. Proizvodnjom i prometom hrane i hrane za životinje može da se bavi pravno lice i preduzetnik registrovan za tu delatnost i upisan u Centralni registar objekata, koji vodi Ministarstvo poljoprivrede u elektronskoj formi.

Sistem bezbednosti hrane se bazira na načelu analize rizika, na načelu predostrožnosti i načelu zaštite interesa potrošača.

Zakon uvodi novu obavezu samokontrole za sve subjekte u pogledu higijene hrane u skladu sa principima dobre proizvođačke i higijenske

⁴³ P. Marković, *ibid.*

⁴⁴ Sistem koji je bio zasnovan na ranije donetim zakonima: Zakonu o zdravstvenoj ispravnosti životnih namirnica i predmeta opšte upotrebe iz 1991. godine (*Zakona o zdravstvenoj ispravnosti životnih namirnica i predmeta opšte upotrebe „Službeni list SFRJ“, broj 53/91 „Službeni list SRJ“, br. 24/94; 28/96; 37/02; „Službeni glasnik RS“, br. 101/2005; 79/2005*), i Zakonu o zdravstvenom nadzoru nad životnim namirnicama i predmetima opšte upotrebe iz 1977. godine (*Zakona o zdravstvenom nadzoru nad životnim namirnicama i predmetima opšte upotrebe „Službeni glasnik SRS“, br. 48/77; 24/85; 29/88; „Službeni glasnik RS“, br. 44/91; 53/93; 67/93; 48/94; 101/05*), je zastareo, jer nije bio prilagođen otvorenom tržištu i znatnijoj upotrebi tehnologije.

prakse i analize opasnosti i kritičnih kontrolnih tačaka (*HACCP*). Reguliše i sistem brzog obaveštavanja i uzbunjivanja, koji je kompatibilan sa evropskim sistemom.

Zakon sadrži pravila i o novoj hrani i genetski modifikovanoj hrani, kao i o genetski modifikovanoj hrani za životinje.

Bezbednost hrane i hrane za životinje pored samokontrole privrednih subjekata upisanih u Centralni registar, treba da obezbede i drugi subjekti u oblasti bezbednosti hrane i hrane za životinje, a to su (čl. 11):

- 1) Ministarstvo poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede kao centralni organ;
- 2) Ministarstvo zdravlja;
- 3) laboratorije.

Prema čl. 13. „U ostvarivanju bezbednosti hrane i hrane za životinje Republika Srbija, svi organi i subjekti na koje se zakon odnosi, odgovorni su za svaku aktivnost, odnosno nepreduzimanje mera u oblasti bezbednosti hrane i hrane za životinje, u skladu sa ovim zakonom“.

Radi ostvarivanja cilja bezbedne hrane Zakon predviđa formiranje i novih tela:

Prema članu 18: „Za poslove laboratorijskog ispitivanja i njima povezane stručne poslove u lancu hrane osniva se Direkcija za nacionalne referentne laboratorije, kao organ uprave u sastavu Ministarstva“.

A prema članu 23: „Radi razmatranja pitanja vezanih za procenu rizika u oblasti bezbednosti hrane ministar uz saglasnost ministra nadležnog za poslove zdravlja, u skladu sa propisima kojima se uređuje državna uprava, rešenjem osniva posebnu radnu grupu - Stručni savet za procenu rizika u oblasti bezbednosti hrane“.

Stručni savet je dužan da u radu primenjuje i koristi preporuke, smernice i informacije dostupne putem Evropske agencije (službe) za bezbednost hrane (*European Food Safety Authority - EFSA*). Ovaj savet treba da obezbedi celovito funkcionisanje sistema bezbednosti hrane putem: izrade stručnih i naučnih mišljenja (analiza i procena rizika); prikupljanja i analize naučno-tehničkih podataka u vezi definisanja i praćenja rizika; obaveštavanja javnosti; pripreme vodiča za dobru poljoprivrednu, proizvođačku i higijensku praksu i primenu principa analize opasnosti i kritičnih kontrolnih tačaka (*HACCP*), itd (čl. 24).

Pri ispitivanju uzoraka hrane, troškovi analize i superanalize padaju na teret nesavesne strane, odnosno, ako uzorak odgovara propisima, trošak tereti Republiku Srbiju, a ako ne odgovara propisima, tereti stranku od koje je uzorak uzet. (čl. 70. st. 5).

Prema članu 68. „Ministarstvo (Ministarstvo poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede) uspostavlja i održava informacione sisteme u oblasti bezbednosti hrane i hrane za životinje.“

Ministarstvo nadležno za poslove zdravlja, Stručni savet, Nacionalne referentne laboratorije i laboratorije dužni su da vode evidencije, spisake i baze podataka, usklađene i povezane sa informacionim sistemom Ministarstva. A Ministarstvo će osigurati usklađivanje i povezivanje ovog informacionog sistema sa drugim informacionim sistemima, kao i sa međunarodnim informacionim sistemima u oblasti bezbednosti hrane i hrane za životinje.

Jedan od bitnih načela Zakona jeste načelo zaštite interesa potrošača. U tom cilju svi subjekti u poslovanju hranom su obavezni da informišu potrošača o sastavu, svojstvima i nameni proizvoda.⁴⁵

Obzirom na kompleksnost predmeta regulisanja, za potpunu primenu Zakona bio je ostavljen rok od dve godine. Prema tome Zakon je trebalo da se primeni počev od maja 2011. godine. Mada Zakon o bezbednosti hrane daje osnovu za ostvarivanje načela analize rizika, a radi sprovođenja Zakona doneta su i brojna podzakonska akta,⁴⁶ prema Glintiću⁴⁷, analiza rizika, u praksi uglavnom se ne sprovodi. Stručni savet još uvek nije osnovan,⁴⁸ a novoformirana Direkcija za nacionalne referentne laboratorije, koja je skupa, ne funkcioniše, jer nema dovoljno kadra. Uspešnu primenu Zakona o bezbednosti hrane i drugih propisa sprečava i nedostatak javne (službene) kontrole sprovođenja propisa.⁴⁹ Uredbom 882/2004/EU⁵⁰ predviđeno je da stručnjaci Evropske komisije mogu da sporvedu

⁴⁵ Ove informacije su, na žalost, veoma često napisane toliko sitnim slovima, pa još i na obojenoj pozadini, da se ne mogu pročitati. Ovakav način informisanja potrošača je opšti problem, ne odnosi se samo na proizvode Republike Srbije.

⁴⁶ Na primer, *Pravilnik o načinu i postupku sprovođenja službene kontrole hrane životinjskog porekla i načinu vršenja službene kontrole životinja pre i posle njihovog klanja*, "Sl. glasnik RS", br. 99/10; *Pravilnik o opštim i posebnim uslovima higijene hrane za životinje*, "Sl. glasnik RS", br. 78/10; videti takođe: <http://www.vet.minpolj.gov.rs/sr/pravilnici>

⁴⁷ M. Glintić, *Bezbednost hrane*, str. 83.

⁴⁸ Čak ni početkom 2013. godine, videti: <http://www.naslovi.net/2012-10-04/beta/drzavane-kontrolise-hranu/3925346>; <http://www.tanjug.rs/novosti/77913/apos--gradjani-nisu-dobro-informisani-o-hrani.htm> (20.02.2013 16:24); <http://www.skockajtebudzet.rs/rs/clanak/mleko-od-njive-do-trpeze> (21. Mar 2013).

⁴⁹ O organizovanju i spovodenju ove kontrole u drugim zemljama, videti, na primer: u Nemačkoj, http://www.bvl.bund.de/DE/Home/homepage_node.html, 27. 08. 2012; u Engleskoj, B. Atwood, K. Thompson, C. Willett, *Food Law*, 3. izd. „Tottel“ 2009, str. 21 – 54, kao i str. 303 – 323; u Mađarskoj, P. Laczay, *Élelmiszer – higiénia*, str. 577 – 627.

⁵⁰ *Regulation (EC) 882/ 2004 of the European Parliament and the Council on official controls performed to ensure the verification of compliance with feed and food law, animal health nad animal welfare rules OJ L 191, 15. 05. 2006*

kontrole i u državama nečlanicama i da od njih zahtevaju pripremljene godišnje kontrolne planove. Ovom uredbom daje se mogućnost da se preduzmu određene mere, ako se utvrdi da uspostavljeni sistem kontrole nije efikasan.

Prema Glintiću,⁵¹ radi ostvarivanje službene kontrole bilo bi neophodno doneti Pravilnik o sprovođenju službene kontrole, po ugledu na Uredbu 882/2004/ EU. Nepostojanje ovog propisa ukazuje i na problem nedovoljne izgrađenosti kapaciteta i na nedostatak stručnog kadra koji omogućava punu primenu već donetih propisa.

Zaključak

Prema tome, mada je reforma bezbednosti hrane započeta usaglašavanjem propisa sa pravom EU u ovoj oblasti, pred Srbijom se postavlja obaveza rešavanja mnoštva problema primene propisa radi ostvarivanja prvenstvenog cilja, da hrana bude bezbedna za zdravlje potrošača. Pored dobro organizovane i funkcionalne javne, službene kontrole, za to je neophodna i odgovarajuća edukacija učesnika u proizvodnji, i prometu hrane radi uspešnosti samokontrole, kao i samih potrošača da bi ukazali na neostatke odgovarajuće kontrole i primene propisa. Tome treba dodati i borbu protiv korupcije i u ovoj privrednoj grani.

⁵¹ M. Glintić, *Bezbednost hrane*, str. 85.

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

The Protection of the Environment: Protection of Health and Food Safety – EU and Serbia

Abstract

Abstract: From the last century the process of harmonization and unification of the law on food safety for the protection of consumers in the European Union (EU) is ongoing. According to these rules, participants in the production and distribution of food have to respect the rules in all phases of production: 'From Farm to Fork'. Honoring of the rules is based on self-control and the responsibility of producers and distributors, and is subject to public control with appropriate sanctions by competent authorities of a Member State as well as the EU. In the Republic of Serbia, after signing the Stabilization and Association Agreement, the statutory law has been approximated with the laws of the EU. That however, is not sufficient. It is necessary to develop the self-control of producers as well as to organize an efficient public control, not only because this is a necessary condition for export of food products to the single market of the EU, or for the membership in the EU, but also for ensuring safe food in the internal market of Serbia.

Key words: Protection of the Environment; Food Safety; Consumer Protection; Food Law in EU; Food Law in Serbia.

*Dr Dragiša Drakić, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

KRIVIČNOPRAVNA ZAŠTITA PRAVA NA ŽIVOT KOJI „NIJE VREDAN ŽIVLJENJA“¹

Sažetak: U radu autor razmatra pitanje krivičnopravne zaštite prava na život dve kategorije lica čiji život, po mišljenju dela naučne javnosti, nije vredan življenja. Zajednička karakteristika tih osoba je da to nisu "umirući" bolesnici, ali su njihovi životni izgledi veoma loši, a kvalitet življenja nizak.

Autor ističe da odgovor na pitanje, da li je neka radnja koja je prouzrokovala smrt, radnja krivičnog dela ubistva, zavisi od toga da li je neko lice - objekt radnje, u trenutku njenog preduzimanja imalo pravo na život. Ono je to pravo imalo, ako je pojavni oblik njegovog života imao vrednost života u tom momentu. Osnovni zadatak koji je autor sebi u radu postavio je da odgovori na pitanje, da li pojavni oblici života koje obrađuje u radu imaju vrednost života, i u zavisnosti od toga, da li uživaju krivičnopravu zaštitu.

Najveći deo rada posvećen je kritici autora koji nastoje iznaći objedinjavajuće, tipske kriterijume o "vrednosti" ili "nevrednosti" nekog života. Smatra da takvi kriterijumi nisu podobni kada je reč o krivičnopravnoj zaštiti života.

Zaključuje da krivično pravo treba da pruži jednaku zaštitu svakom ljudskom životu, bez obzira na njegov kvalitet i bez obzira na sposobnosti samostalnog življenja i prognoze preživljavanja u budućnosti. Dakle, ne postoji život koji bi, generalno, bio izuzet iz krivičnopravne zaštite. To ne znači da u određenom slučaju neka radnja koja je imala za učinak smrt teško indisponiranog lica ne može biti izuzeta iz domena krivičnopravnog

¹ Rad je nastao kao rezultat naučnog angažovanja na projektu Pravnog fakulteta u Novom Sadu pod nazivom "Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)" u 2013. godini.

sankcionisanja. Ipak, ne mogu se prihvatiti opšte obavezujući kriterijumi o "vrednosti" ili "nevrednosti" određenih tipova ljudskih života, već se svaki slučaj mora za sebe rešavati polazeći od napred navedenog principa za koji se autor u svom radu zalaže.

Ključne reči: *krivičnopravna zaštita, pravo na život, lica čiji život nije vredan življenja.*

Život čoveka kao najvažnije pravno dobro², odnosno dobro najveće vrednosti pravnog poretka, štiti se odredbama krivičnog prava od trenutka rođenja, pa do momenta smrti. Intencija krivičnog prava je da se zaštiti život čoveka u svakoj njegovoj fazi, dakle bez obzira na njegov starosni nivo, kao i bez obzira na njegov kvalitet, od svakog oblika napada na njega. Stoga u našem krivičnom pravu postoji čitav katalog krivičnih dela³ kojima se, neposredno ili posredno⁴, nastoji zaštititi život čoveka, a zaštićen je i život još nerođenog ploda⁵.

Predmet našeg interesovanja u radu biće krivičnopravna zaštita života rođenog čoveka i to čoveka čiji život, kako se pojedini autori izjašnjavaju, "nije vredan življenja". Ovde imamo u vidu dve kategorije lica. U prvu grupu spadaju deca koja, s obzirom na zdravstveno stanje u kojem se nalaze po rođenju, po pravilu nisu u stanju da duže vremena samostalno žive i šanse za njihovo preživljavanje su minimalne, dok u drugu grupu svrstavamo lica kojima se, zbog teške povrede ili usled progredijentne bolesti, ne daju nikakvi ili daju mali izgledi da će duže vremena ostati u životu. Postavlja se pitanje, da li i takvi pojavni oblici života imaju vrednost života, kao i pitanje, da li i takva lica imaju pravo na život i uživaju njegovu krivičnopravnu zaštitu. Raspravljanje ovog pitanja direktno zavisi od odgovora na pitanje, u kojem trenutku život zadobija ljudski kvalitet, čime postaje predmet krivičnopravne zaštite i objekt radnje različitih oblika krivičnog dela ubistva, odnosno, do koje vremenske tačke on zadržava ovaj kvalitet. S tim u vezi, da li je život dece iz napred pomenute prve grupe zadobio ljudski kvalitet, odnosno, da li je život lica iz druge grupe zadržao ovakav kvalitet?

² Na njegovu neprikosnovenost ukazuje i Ustav. Videti čl.24 Ustava Republike Srbije, Kancelarija za saradnju s medijima Vlade Republike Srbije, Beograd 2006, str.9.

³ Videti čl.113-118 KZ, Krivični zakonik Republike Srbije, Službeni glasnik RS, br.85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009 i 121/2012.

⁴ Posredno se život štiti inkriminacijom Navođenja na samoubistvo i pomaganja u samoubistvu. Videti, čl.119 KZ.

⁵ Videti odredbu o Nedoizvoljenom prekidu trudnoće čl.120 KZ.

U pitanju su, hteli bi da preciziramo, deca koja su rođena sa teškim psiho-fizičkim nedostacima ili su prilikom porođaja zadobila teška cerebralna oštećenja, odnosno druga lica koja su usled teške povrede ili progresivne bolesti⁶ dospela u ireverzibilni "vegetativni status" ili ubrzani i trajni gubitak kognitivnih sposobnosti⁷.

Ovde je potrebno naglasiti da nije reč o "umirućim" ljudima, kod kojih bi eventualni zahvat u ostatak životnih funkcija od strane drugog značio jedino ubrzanje procesa njihovog neminovnog umiranja, koje se upravo događa. Stoga u takvim situacijama nisu usamljena mišljenja da se neznatno skraćivanje nečijeg života punog patnje koji se očigledno gasi tretira kao pomoć pacijentu, dakle, kao jedan moralan i socijalno-etički opravdan čin koji oduzima delu karakter krivičnog dela. Kao razlozi nekažnjavanja ovakvog lišavanja života pominju se u krivičnopravnoj literaturi: postupanje unutar granica dozvoljenog rizika, krajnja nužda, nepostojanje jedne "zle volje" unutar umišljaja učinioca, ili nepostojanje podobnog objekta krivičnopravne zaštite u okviru bića krivičnog dela ubistva.

Dakle, predmet našeg interesovanja u radu ne podudara se sa krivičnopravnim regulisanjem slučajeva lišavanja života napred pomenutih pacijenata, premda i oko ovog pitanja postoje brojne kontroverze i neslaganja, pa i unutar same krivičnopravne dogmatike. Nas interesuje krivičnopravni status osoba koje ne umiru, međutim, čiji su životni izgledi veoma loši. Motiv lišavanja njihovog života nije isti kao u prethodnoj situaciji. Dok se tamo nastoji olakšati i ubrzati umiranje, čiji je proces u toku, ovde se navedenim dvema grupama bolesnika, kao i njihovom okruženju, želi "prištedeti" život⁸, za koji se procenjuje da "nije vredan življenja", a koji bi još mogao trajati kraće ili, izuzetno, nešto duže⁹, ali ni u kom slučaju predugo.

Ovakve situacije danas su aktuelnije nego ikada zahvaljujući naglom razvoju medicinsko-tehničkih mogućnosti u poslednjih dvadesetak godi-

⁶ Ovde su pre svega u pitanju najteža degenerativna oboljenja mozga koja su praćena ubrzanim i nepovratnim gubitkom kognitivnih sposobnosti.

⁷ O ovim kategorijama lica vid. više, G.Stratenwerth, *Zum Behandlungsabbruch bei zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten*, in: Strafrecht, Bierecht, Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag, C.F.Müller Heidelberg 2003, s.893-895.

⁸ Tako, M.Gämmerler, *Recht des schwergeschädigten Neugeborenen auf Leben? – Die sogenannte Früheuthanasie*, in: Moderne Medizin und Strafrecht, C.F.Müller, Heidelberg 1989, s.161.

⁹ Poznata su nam tri slučaja iz nemačke medicinske prakse u kojima su pacijenti koji su se nalazili u "vegetativnom statusu" živeli u takvom stanju još 17, 37 odnosno 41 godinu! Podatak preuzet iz: G.Stratenwerth, *ibid*, s.894. Svakako, to se veoma retko događa.

na. Naime, moderni medicinski aparati mogu u današnje vreme proces "životarenja" lica u vegetativnom ili sličnom stanju, do konačnog nastupanja smrti, veoma produžiti, pa i kada je očigledno da je ovo "životarenje" praćeno bolovima i patnjama, ne samo bolesnika, već i duševnim patnjama njegove najuže porodice, a izgledi da se zdravstveno stanje popravi su minimalni. I upravo se tu javlja fundamentalna etička dilema koja seže u domen krivičnog prava – da li insistirati na veštačkom održanju takvog života sve dok on traje, po bilo koju cenu, ili isključivanjem medicinskih aparata, odnosno nepreduzimanjem drugih mera za očuvanje života, da bi se sprečila dalja agonija, faktički prouzrokovati nečiju smrt. Iz toga bi se moglo zaključiti da se u ovakvim slučajevima u ulozi potencijalnog učinioca krivičnog dela ubistva u praksi najčešće može naći lekar odnosno medicinsko osoblje, a nešto ređe članovi najuže porodice odnosno druga lica koja se staraju o takvim bolesnicima. Mere koje se preduzimaju u cilju očuvanja ovakvog života mogu biti različite. To bi moglo biti veštačko prehranjivanje, reanimacija, korišćenje pomoćnih tehničkih sredstava kao što su respiratori ili dijaliza, zatim terapijske mere koje produžavaju život pacijenata, kao što je davanje antibiotika, ili hemoterapija kod obolelih od raka¹⁰. Svakako u obzir dolaze i neke druge mere čije nepreduzimanje može prouzrokovati smrt bolesnika, premda bi se ista mogla prouzrokovati i preduzimanjem radnje činjenja koja ima za posledicu smrt ovakvog pacijenta u konkretnoj situaciji.

Da li su ovakve i slične radnje krivično delo ubistva ili ne, zavisi, kao što smo napred istakli, od toga da li je takvo lice u trenutku njihovog preduzimanja imalo pravo na život. A smatra se da je imalo ovo pravo ukoliko je pojavni oblik njegovog života imao vrednost života u tom momentu. Stoga bi se u svakom slučaju suđenja ovo pitanje moralo prethodno razrešiti, jer se krivičnim pravom štiti pravo na život, tako da onaj ko ne poseduje ovo pravo ne može uživati ni njegovu krivičnopravnu zaštitu. Ipak, do jedinstvenog odgovora na ovo pitanje do sada se nije došlo u teoriji. To ne treba da nas iznenadi. Ne samo da razrešenje naših dilema zavisi od mišljenja i stavova različitih društvenih disciplina, koji su često među sobom sasvim različiti, već je svaki slučaj procene kvaliteta nečijeg života faktičko pitanje, tako da je teško dati univerzalnu formulu koja bi važila za sve slučajeve koji se mogu javiti u životnoj praksi. Uprkos tome, takve formule se iznova predlažu. Do kakvih posledica dovode ovi "univerzalistički" stavovi, bilo da imaju filozofsko, socijalno-etičko, državno-pravno-teorijsko, psihološko ili medicinsko obrazloženje, videćemo u narednom izlaganju.

¹⁰ Tako, G.Stratenwerth, *ibid*, s.895.

Tako, Merkel tek onda jednom čoveku dodeljuje pravni status i subjektivna prava, a samim tim i ljudsko dostojanstvo i pravo na život, "ako isti može aktuelno, subjektivno posedovati svest o sebi, sopstvenim interesima i samoraspologanju"¹¹. Dakle, ni u kom slučaju pre rođenja, a ni sa rođenjem ne uvek i automatski. Shodno tome, ko određene interese ne može imati, nema ni prava da se vodi računa o takvim interesima. Kako je "sposobnost da se ima svest o sebi i budućim interesima konstitutivno za život"¹², to bi značilo da svi pojavni oblici ljudskog života koji nemaju navedene kvalitete – nemaju ni vrednost života, a samim tim ne poseduju ni kvalitet čoveka. Ako bi prihvatili ovu koncepciju, to bi značilo da naše dve grupe slučajeva na koje stavljamo akcenat u radu ne uživaju krivično-pravnu zaštitu, jer nikada nemaju zahtevane psiho-socijalne sposobnosti koje su prema mišljenju ovog autora potrebne da neko zadobije dignitet čoveka i sva prava koja iz njega proizilaze.

Isti autor u svom drugom delu, da bi opravdao zastupani stav, nepri-mereno i besprizorno, sugerise odgovarajući zaključak postavljajući sledeće pitanje: "Zašto mi držimo za nehumanog i surovog nekoga ko teško povređenu životinju ne ubije, već je svesno pusti da se muči do kraja njenog života"?¹³ U istom stilu on nastavlja dalje: "Utvrdi li se prema svim medicinskim pokazateljima da se takvo stanje, zbog neznatnih očekivanja od ovakvog života i bezizlazne patnje novorođenčeta, ne bi moglo izmeniti, onda se ne postavlja više pitanje da li se sme umreti, već da li se sme takav život održati"¹⁴. Očigledno je da pomenuti autor ovde, kada po njegovim kriterijumima jedan život više "nije vredan življenja", proklamuje "obavezu umiranja" – "milom ili silom". Štaviše, njegov vokabular nas frapantno podseća na agitovanja koja su prethodila konačnom koncipiranju politike tzv. rasne higijene nacional-socijalizma¹⁵. Želimo da verujemo da je svaka podudarnost u tom smislu slučajna, i da predstavlja proizvod nespretnosti izražavanja.

Slično Merkelu, Herster fenomen života veže za egzistiranje životnih interesa na strani njegovog nosioca. Ovi interesi kod čoveka gase se

¹¹ Preuzeto iz: H.-L.Schreiber, *Die Würde des Menschen – eine rechtliche Fiktion?*, in: Was ist der Mensch? (Hrsg. H.-L.Schreiber, N.Elsner), 2.Auflage, Wallstein Verlag, Göttingen 2003, s.237.

¹² Preuzeto iz: H.-L.Schreiber, *ibid*.

¹³ R.Merkel, *Teilnahme am Suizid, Tötung auf Verlangen, Euthanasie (Fragen an die Strafrechtsdogmatik)*, in: Zur Debatte über Euthanasie, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1991, s.109.

¹⁴ R.Merkel, *ibid*, s.110. Na sličan način rezonuje i dalje. Vid. str.111,112.

¹⁵ O medicini za vreme nacional-socijalizma u Nemačkoj vid. u: *Ethik in der Medizin*, 2.Auflage, Philipp Reclam, Stuttgart 2004, s.43-70.

onog trenutka kada se ireverzibilno izgubi njegova svest¹⁶. "Bez svesti, naime, nema ni interesa, svejedno da li su oni vezani za osećanja, želje ili iskustva, za racionalnost ili autonomiju, za komunikaciju ili kontemplaciju"¹⁷. Održanje telesnih funkcija za takvog čoveka onda nema nikakvu vrednost, "i zbog toga ne može činiti bazu onog moralnog statusa koji pripada "životu" čoveka"¹⁸. Taj "ireverzibilni gubitak svesti" je prema mišljenju ovog autora odlučujući normativni kriterijum, koji za moralne i pravne potrebe utvrđuje granicu između života i smrti.

Zasluhuje pažnju i Ezerovo mišljenje. On ističe da lekar nije uvek u obavezi da spreči neumitno umiranje preko svih medicinsko-tehničkih sredstava. Kao kriterijume za legitimno i nekažnjivo nesprečavanje nastupanja nečije smrti on navodi: "nemogućnost i neučinkovitost daljih stremljenja u cilju sprečavanja smrti, kao i vođenje računa o očuvanju ljudskog dostojanstva"¹⁹. Po njemu u najtežim slučajevima, kakvi su svakako oni koje mi u radu pominjemo, trebalo bi prilikom odmeravanja razloga za i protiv nepreduzimanja daljeg lečenja, voditi računa i o nekim spoljnim faktorima, kao što je "ekonomija nege" u kontekstu životnih interesa drugih pacijenata, a razmatra i porodično-socijalne i ekonomske faktore, kao i ekstremno visoke troškove intenzivne nege²⁰. Artur Kaufman se pomalo ironično osvrće na ovakav način razmišljanja i osporava društvu pravo da se otarasi nekog čoveka, "samo zato što njegova nega zahteva velike troškove i žrtvu"²¹. Što se tiče Ezerovog suštinskog argumenta, naime zahteva da se usmrćenje nečinjenjem dopusti kada je nemoguće sprečiti nastupanje smrti bolesnika i kada mere koje se preduzimaju u tom cilju nemaju nikakav učinak, može se istaći prigovor da je ovaj uslov, premda logičan, sasvim neodređen i apstraktan. Jer, da li će neko sigurno umreti, zatim, kada će do toga doći, i da li će, ili neće, neke mere sprečiti ili samo odložiti nastupanje smrti, kao i koliko će odložiti umiranje, to se ne može unapred sa sigurnošću znati. Uostalom, svaki čovek, pa tako i pacijent, samosvojno je i jedinstveno biće, te ono što važi za jednog, ne znači da se kao šablon može primeniti na drugog bolesnika. To svakako važi i za prognozu umiranja čoveka i efikasnost medicinskih mera koje imaju za cilj da spasu nečiji život. Zbog toga, takvi stavovi ovde nisu korisni i ne rešavaju problem. Još je neodređeniji Ezerov kriterijum "očuva-

¹⁶ Tako, N.Hoerster, *Sterbehilfe im säkuleren Staaten*, in: *Ethik in der Medizin*, 2.Auflage, Philipp Reclam, Stuttgart 2004, s.347.

¹⁷ N.Hoerster, *ibid*.

¹⁸ N.Hoerster, *ibid*.

¹⁹ Navedeno prema: M.Gämmerler, *ibid*, s.165.

²⁰ Videti, M.Gämmerler, *ibid*.

²¹ Preuzeto iz: M.Gämmerler, *ibid*, s.166.

nja ljudskog dostojanstva". On pada u vodu čim se postavi sledeće pitanje: Da li je uopšte moguće zamisliti dostojanstvenu smrt teško bolesnih lica, koja trpe bolove i patnje, i čije su mogućnosti preživljavanja minimalne? Drugim rečima, da li će njihovo ljudsko dostojanstvo biti očuvano, ukoliko ih nešto ranije pošaljemo na "onaj svet", na koji bi inače uskoro sami otišli? Konačno, ako je odlaganje umiranja ovih bolesnika protivno ljudskom dostojanstvu, tada bi lekar imao, ne samo pravo, već i obavezu, da po službenoj dužnosti prekine lečenje i time prouzrokuje njihovo usmrćenje²².

Pojedini autori ovo pitanje nastoje da reše u okviru ustavom zagarantovanog prava na život i ljudsko dostojanstvo²³, to jest njihove nepovredivosti, odnosno kako kaže naš Ustav – neprikosnovenosti²⁴. Rezonuje se na sledeći način²⁵. Naime, pošto su pravo na život i ljudsko dostojanstvo nepovredivi i neprikosnoveni, to znači da čovek slobodno raspolaže samim sobom, kao i da svoju sudbinu pod sopstvenom odgovornošću može oblikovati kako on hoće. Iz toga se navodno može izvesti neograničeno pravo raspolaganja svojim životom, to jest, pravo na umiranje prema sopstvenim predstavama. Drugim rečima, iz prava na život i dostojanstvo izvlači se pravo na "dostojanstveno" umiranje!? Ako bi to primenili na našu problematiku, očigledno je do kakvog bi zaključka došli. Naime, onaj ko zbog teške i beznadežne bolesti ne želi više da živi, a jedino u svojoj smrti vidi ostvarenje sopstvenog dostojanstva, ima pravo na smrt. S obzirom na to da su teško ometena mala deca odnosno lica koja se nalaze u "vegetativnom" ili sličnom stanju, a koja predstavljaju predmet interesovanja u radu, nesposobna da sama donesu eventualnu odluku o sopstvenoj smrti, to bi značilo da ovu odluku onda u njihovo ime i za njihov račun moraju u slučaju takve procene doneti zakonski zastupnici odnosno rodbina, ili nadležno medicinsko osoblje, odnosno, i jedni i drugi. U takvoj situaciji moralo bi dakle doći do svojevrsnog delegiranja odluke o realizaciji prava na smrt, sa lica koje zbog zdravstvenog stanja takvu odluku ne može da donese, na njegove zastupnike, odnosno rodbinu, i medicinare. Ovo nas dovodi do apsurdne situacije, da naime onaj ko odlučuje o pravu na smrt ovakvih osoba isto-

²² Ovo primećuje i M.Gämmerler, ibid, s.167.

²³ O ljudskom dostojanstvu videti: V.Đurđić, M.Trajković, *Ljudsko dostojanstvo kao osnova čovekove prirode*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad 1/2010, str.29-43.

²⁴ Vid. čl.23,24 Ustava Republike Srbije.

²⁵ O tome vid. detaljnije, T.Hoffmann, *Das Recht auf einem menschenwürdigen Tod – Beihilfe zur Selbsttötung*, in: *Moderne Medizin und Strafrecht* (Hrsg. Arthur Kaufmann), C.F.Müller, Heidelberg 1989, s.132-134.

vremeno ima i obavezu da to pravo realizuje u praksi. Tu mislimo pre svega na lekare. Shodno tome, nakon što iznesu svoju "crnu prognozu" po pitanju zdravstvenog stanja pacijenta i izgledima za budućnost, a zatim iznesu svoje mišljenje o "nevrednosti" takvog života, i nakon što pribave saglasnost najbliže rodbine pacijenta, lekari bi nakon toga morali pristupiti svojoj "obavezi" – usmrćivanju bolesnika, na način kako se o tome dogovore sa rodbinom!? Eto do kakvih je posledica u našoj materiji doveo apsurdan stav da se državno zagarantovana zaštita dostojanstva i života pojedinca mora proširiti na pravo na slobodnu smrt "punu dostojanstva"²⁶.

Konačno, trebalo bi da je svima jasno da se iz prava na život i dostojanstvo ne može izvoditi pravo na smrt. Može neko živeti kako hoće i niko mu to pravo ne može uskratiti²⁷. Može i sam sebe lišiti života, ukoliko to želi. Međutim, to ne znači da se ovo samousmrćivanje može proglasiti ustavom zagarantovanim pravom. Kao prvo, to je logička besmislica. Jer, ne može se imati pravo na sopstveno ništavilo, neegzistenciju, pravo na prouzrokovanje sopstvenog nepostojanja, samouništenjem. Kao drugo, to protivreči prirodi prava pojedinaca, koja je takva da njihova sadržina može jedino biti - određeno dobro ili vrednost, odnosno neki interes, kojim se potvrđuje ili afirmiše ličnost nosioca prava. Ovih afirmativnih pravnih sadržaja, koji se svakako ostvaruju za života čoveka, i koji bi život trebalo da oplemene i učine ga kvalitetnijim, ili mu barem omoguće nesmetan razvoj, očigledno nema kod tzv. prava na smrt²⁸.

Kao kuriozitet navodimo i sledeći stav. Naime, razmišljajući o krivičnopravnoj zaštiti nakazne dece, tzv. monstruma i tzv. duševnih mrtvaca, teoretičar krivičnog prava Rajnhard Frank založio se svojevremeno za izuzimanje ovih lica iz krivičnopravne zaštite ako ne poseduju određene

²⁶ Ovakav nerazuman stav zastupa npr. T.Hoffmann, *ibid*, s.133.

²⁷ Razume se po sebi da, ako se lice konfrontira sa pravnim naredbama ili zabranama, za takvo ponašanje snosiće pravne posledice, ako su ispunjene sve pravne pretpostavke i uslovi.

²⁸ Čini nam se važnim naglasiti da je i zvaničan stav Pravoslavne crkve po tom pitanju isti. S tim u vezi, u Deklaraciji o pravima i dostojanstvu čoveka, koja je prihvaćena na desetoj Sveruskom narodnom saboru održanom u Moskvi od 4. do 6. aprila 2006. godine, na jednom mestu piše sledeće: "Mi smo za pravo na život i protiv "prava" na smrt, za pravo na stvaranje i protiv "prava" na razaranje. Mi priznajemo prava i slobode ljudi u onoj meri u kojoj ta prava i slobode pomažu ushođenju ličnosti ka dobru, čuvaju je od unutrašnjeg i spoljašnjeg zla, omogućavaju joj da se pozitivno realizuje u društvu. U toj svetlosti uvažavamo, ne samo građanska i politička prava i slobode, nego i socijalna, ekonomska i kulturna prava". Vid. Patrijarh moskovski i sve Rusije Kiril, *Sloboda i odgovornost: u potrazi za harmonijom (ljudska prava i dostojanstvo ličnosti)*, (prevod sa ruskog), Pravoslavni bogoslovski fakultet, Beograd 2010, str.136,137.

kvalitete. Tako, najmanje što ljudsko biće koje uživa ovu zaštitu mora imati je "ljudski lik"²⁹, pri čemu je ovde Frank verovatno imao u vidu biopsiho-socijalnu celovitost individue. S tim u vezi, ne samo da je njegov kriterijum poređenja logičko-etički diskutabilan, već se ne bi mogli ni složiti oko toga, koje su to minimalne, pre svega, biološke, fiziološke i psiho-socijalne karakteristike, koje jednom čoveku, u zavisnosti svakako od njegovog uzrasta, osiguravaju "ljudski lik". Stoga se ni ovaj kriterijum, zbog njegove neodređenosti, kao i izrazito negativne etičke konotacije, ne bi mogao prihvatiti.

Po svojoj neodređenosti za njime ne zaostaje ni kriterijum kojeg su predložili medicinari, koji se formuliše kao "besmislenost daljih lekarskih aktivnosti"³⁰. Shodno tome, ako lekari procene da je dalje preduzimanje medicinskih aktivnosti u pravcu održavanja nečijeg života besmisleno, takav život više nema nikakvu vrednost i treba da se jednostavno ugasi. Slično prethodnom, ne samo da je ova formulacija, koja je podignuta još i na rang kriterijuma za odlučivanje o postojanju ili nepostojanju nečijeg života, lingvističko-logički sumnjiva, nego je i medicinsko-etički neprihvatljiva. Pored toga, ovaj kriterijum je i sa pozicije poimanja logike dešavanja u fizičko-kauzalnom svetu nemoguć. Naime, ne proglašava se neko faktički mrtvim zato što nema svrhe preduzimati dalje lekarske radnje, već je upravo obrnuto – besmisleno je ubuduće preduzimati lekarske aktivnosti prema nekom bolesniku, jer njegov život više nema nikakvu vitalnu snagu i stoga nije "vredan" daljeg biološkog održanja. Zbog toga, samo ovo poslednje može, eventualno, biti predmetni kriterijum.

Sve što smo rekli protiv prethodnog kriterijuma važi i za kriterijume – "normativnog neočekivanja daljih mera", kao i "nehumanosti" preduzimanja mera u cilju održavanja života u budućnosti³¹, te se nećemo upuštati u njihovo razmatranje.

Ne mali broj autora u rešavanje problema uključuju i kriterijum "saosećanja". S tim u vezi, nema krivičnog dela ubistva ako je lišavanje života izvršeno iz saosećanja sa velikim bolovima i patnjama najtežih bolesnika. Tako se pored zdravstvenog stanja pacijenta u celu priču uključuje i motiv na strani onoga koji lišava života. Takav "humani" motiv, da se, dakle, neko oslobodi patnji kroz lišavanje života, navodno oduzima delu karakter krivičnog dela, bilo zbog toga što ne postoji na strani učinioca "zla volja" koja karakteriše umišljaj, bilo zato što tobože nema ni radnje krivičnog dela jer, kako je rekao Binding, to "nije radnja ubistva u prav-

²⁹ Preuzeto iz: H.-L.Schreiber, *ibid*, s.164.

³⁰ Preuzeto iz: M.Gämmerler, *ibid*, s.166.

³¹ Preuzeto iz: G.Stratenwerth, *ibid*, s.899.

nom smislu, već je istinska radnja lečenja"³². Da se drugi ne bi mogao planski lišiti života, ni aktivno ni pasivno, bez "zle volje", mislim da svim dobronamernim i trezvenim ljudima treba da bude jasno. S tim u vezi, francuska književnica i filozof Simona de Bovoar svoju knjigu uspomena na majku pod nazivom "Veoma blaga smrt"³³ završava na sledeći način: "Svi ljudi su smrtni: ali, za svakog čoveka njegova smrt je nesrećan slučaj i, čak, i ako je nje svestan i na nju pristaje, smrt je nedolično nasilje"³⁴. Ako je dakle smrt, sama po sebi, jedno nedolično nasilje, odnosno "kraljica užasa"³⁵, a ona to jeste, koliko je tek nasilje, to jest, kakav je tek užas - proračunato prouzrokovanje nečije smrti. Ovu činjenicu ne može osporiti nijedan naročiti motiv usmrćivanja drugog. Takođe, zvuči groteskno gore pomenuto Bindingovo opravdanje nekažnjavanja za eutanazijsko ubistvo, koje se obrazlaže konstatacijom da radnja namernog lišavanja života bolesnika nije radnja krivičnog dela ubistva, već je to u stvari "istinska radnja lečenja". Ako bi to bilo tačno, onda bi se na primer i neovlašćeno uzimanje hrane i pića iz samoposluže radi ishrane svoje gladne dece mogla kvalifikovati kao radnja prehranjivanja koja služi zadovoljenju njihovih osnovnih fizioloških potreba, a ne kao radnja krivičnog dela krađe.

Kriterijum "saosećanja", kao izvinjavajućeg osnova, s pravom kritikuje i Šrajber, i to kada je u pitanju lišavanje života novorođenčeta koje se nalazi u teškom zdravstvenom stanju iz navodnog saosećanja sa njegovim patnjama onoga koji ga lišava života. Zanimljivo je obrazloženje ovog autora. Naime, on ističe kako indisponirano novorođenče uglavnom uopšte ne pati, već, upravo suprotno, "veoma rado živi". Stoga bi se ovakvo saosećanje, s obzirom na to da se ovde uistinu radi o saosećanju sa samim sobom, moglo predstaviti kao altruizam. "S tim u vezi, bol i patnja roditelja takvog deteta ne bi mogli imati veću težinu od interesa teško ometenog deteta da živi"³⁶. Iz toga se izvlači zaključak, da je "propagirani humanizam ovde često pokriven egoizmom, od koga se ustvari pravno dobro života mora zaštititi"³⁷. Svakako zanimljiva opservacija ovog emi-

³² Videti, M.Gämmerler, ibid, s.162.

³³ U pitanju je knjiga uspomena Simone de Bovoar u kojoj je na dirljiv i bolno istinit način opisala, tok i kraj bolesti, kao i poslednje dane života svoje majke. Po svojoj tematici ova knjiga svakako predstavlja kuriozitet i presedan u svetskoj autobiografskoj književnosti.

³⁴ S. De Bovoar, *Veoma blaga smrt* (prevod sa francuskog), Plavi jahač, Beograd 2007, str.86.

³⁵ Knjiga o Jovu 18,14. Preuzeto iz: H.Hajnc, *Savremeni čovek i Biblija* (prevod sa nemačkog), sedmo izdanje, str.187.

³⁶ H.-L.Schreiber, ibid, s.164.

³⁷ H.L.-Schreiber, ibid.

nentnog autora, iz koje bi bilo korisno izvući odgovarajuće pouke kod određenih slučajeva lišavanja života iz samilosti.

Bez obzira na očigledne slabosti, navedena, ali i druga, mišljenja o "nevrednosti" jednog ljudskog života nesumnjivo su izvršila uticaj da se i u krivičnopravnoj dogmatici u poslednje vreme pojavi sve više zagovornika selektivnog sankcionisanja eutanazijskih lišavanja života, na bazi primene nekog od navedenih kriterijuma. Tako se nekažnjavanje u napred navedenim slučajevima u delu krivičnopravne dogmatike obrazlaže ne samo, kako smo to napred već pomenuli, nepostojanjem "zle volje" kao elementa umišljaja, odnosno nepostojanjem radnje izvršenja krivičnog dela ubistva, već se ova problematika razmatra i u okviru drugih instituta krivičnog prava, kao što su: dozvoljeni rizik, pristanak odnosno pretpostavljeni pristanak oštećenog, krajnja nužda, ili nepostojanje podobnog objekta radnje krivičnog dela ubistva. Ipak, bez obzira na to u okviru kog krivičnopravnog instituta se razmatra predmetna materija, čini se da je pitanje vrednovanja preostalih životnih funkcija pasivnog subjekta od suštinskog značaja. Stoga se ovo pitanje javlja kao prethodno, od čijeg rešavanja umnogome zavisi dalja sudbina "krivičnog slučaja". S tim u vezi, hteli bi da na kraju rada kažemo sledeće.

Na osnovu svega što smo do sada rekli, može se zaključiti da mi zastupamo stav maksimalne uzdržanosti po pitanju ustanovljavanja merila koja, neposredno ili posredno, imaju ambiciju da "odmere" vrednost nečijeg života. Koliko god pravnici, zbog prirode nauke i struke kojom se bave, težili merilima koja služe jedinstvenom rešavanju slučajeva koji se u praksi mogu javiti po određenom pitanju, od takvih merila, kada je u pitanju vrednost ljudskog života kao objekta krivičnopravne zaštite, treba odustati. Ocena, da li je jedan život vredan ili nije, i koliko je vredan, u nedostatku objektivnih kriterijuma, nemoguća je, i trebalo bi ovakve diskusije u teoriji krivičnog prava konačno napustiti³⁸. U suprotnom, otvara se prostor da svakojaki komentari i razmišljanja u jednoj osetljivoj i delikatnoj materiji, kao što je regulisanje krivičnopravnog statusa određenog "slučaja" umiranja, ostave "gorak ukus" u ustima, i prouzrokuju, ako bi se primenili, neprihvatljiva rešenja u praksi suđenja u krivičnim stvarima. Na ovom mestu bi, kao potvrdu toga, hteli da navedemo mišljenje uglednog filozofa i etičara Nejgela koji je sa karakterističnom anglosaksonskom hladnokrvnošću, hoteći time da iskaže svoj stav da je vrednost života isključivo "stvar" svesti, rekao sledeće: "Sko-

³⁸ Tako i Šrajber. Ovaj autor je u tom smislu još radikalniji od nas i smatra da bi diskusiju na tu temu u pravu trebalo "izričito zabraniti". Tako, H.L.-Schreiber, *ibid*. Ipak, to ne znači da se o tome ne treba razgovarati, kao i da se druge naučne discipline i struke, svaka u svojoj oblasti, ne trebaju baviti ovim veoma važnim pitanjem. Ovo se pre svega odnosi na medicinu.

ro bi svakom", piše on, "bilo sasvim svedjedno da li bi bio na mestu mrtav, ili je samo pao u komu, koja bi se dvadeset godina kasnije, a da se nikada iz nje ne probudi, okončala smrću"³⁹. Ako bi se ovakav stav prihvatio za potrebe krivičnog prava, to bi značilo da je svaki čovek koji se nalazi u komi faktički mrtav, jer njegov život nema nikakvu vrednost, te bi se nekažnjeno mogao skinuti sa medicinskih aparata. Takođe, šta je sa onim ljudima koji su mesecima, a izuzetno i godinama, bili u dubokoj komi, a kada su iz nje izašli nastavili su da žive samostalno i sa manjim smetnjama u uobičajenom funkcionisanju. Broj ovakvih slučajeva svakako nije velik, ali se događaju. Hoćemo li takve ljude proglasiti statističkom greškom, ili pak "mrtvacima koji hodaju"? Konačno, vezivanje životnih interesa pojedinca isključivo za njegovu svest, a na takve pokušaje smo ukazali i u prethodnom izlaganju, predstavlja, mišljenja smo, psihologističko nerazumevanje suštine čovekovog bića.

Međutim, ni drugi kriterijumi vrednovanja nečijeg života nisu bolji od ovog. Svima njima je zajedničko da koriste neki metod "naučnosti", koji se ovde očigledno ne može primeniti. Ne može se, naime, bilo kakvim metodom "naučnosti" jedan život proglasiti "vrednim" ili "nevrednim", određeni život, dakle, oglasiti metodološki opravdanim ili ne. Ovde nam očigledno ne može pomoći pragmatična priroda nauke, njen, moglo bi se reći, "interesni" karakter⁴⁰.

Shodno svemu do sada rečenom, krivično pravo treba da pruži jednaku zaštitu svakom ljudskom životu, bez obzira na njegov kvalitet i bez obzira na sposobnosti samostalnog življenja i prognoze preživljavanja u budućnosti. Stoga je svaka povreda ovog principa na štetu bolesnika - krivično delo⁴¹. Trebalo bi dakle da bude krivičnopravno sankcionisano svako stepenovanje zaštite života u zavisnosti od njegovog telesnog i duševnog ustrojstva, a tim pre, prema kriterijumima socijalne vrednosti, korisnosti i sličnim merilima. Iz tog razloga, lekari i drugo medicinsko osoblje⁴², kao i druga lica koja se staraju o bolesnicima koja su predmet interesovanja u radu, dužni su da, prema najboljem znanju i savesti, do po-

³⁹ Preuzeto iz: E. Tugendhat, *O smrti* (prevod sa nemačkog), Karpos, Loznica 2010, str.25.

⁴⁰ S tim u vezi, još početkom dvadesetog veka izvanredni ruski religiozni filozof Nikolaj Berdajev žestoko je kritikovao težnju da se upodobe nauci i privedu naučnosti sve oblasti ljudskog života, pa čak i religija, moral, estetika, kultura. Videti o tome detaljnije, N. Berdajev, *Smisao stvaralaštva* (prevod sa ruskog), Brimo, Beograd 2001, str.15-41.

⁴¹ Ovakav stav zastupa npr. i Perelman. Videti, H. Perelman, *Pravo, moral i filozofija* (prevod sa francuskog), Nolit, Beograd 1983, str.196-198.

⁴² Videti preporuke staleške službe za postupanje lekara i medicinskog osoblja u takvim situacijama: *Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwergeschädigten Neugeborenen* (Einbecker Empfehlung, Revidierte Fassung 1992), in: *Ethik in der Medizin*, 2. Auflage, Philip Reclam, Stuttgart 2004, s.436-439.

slednjeg životnog trenutka preduzimaju sve mere koje im stoje na raspolaganju u cilju očuvanja i produženja takvih života, kao i aktivnosti u pravcu izbegavanja ili umanjenja njihovih bolova i patnji, a sve u duhu humanog ophođenja i požrtvovanosti. I to nezavisno od sopstvene procene vrednosti i kvaliteta ostatka životnih funkcija bolesnika, koja se vrednost, kako smo napred pokazali, ne može utvrditi prema nekim objektivnim, unapred datim merilima i kriterijumima. Ove mere i aktivnosti morale bi se preduzimati sa istinskom verom i nadom u produženje života, koji bi ovakvim licima omogućio barem minimum personalnog samoostvarenja, a ne sa stavom da se time nečiji život jedino na veštački način - kvantitativno-biološki produžava, a što očigledno predstavlja samo sebi cilj. Ukoliko se prihvati ovo gledište, doći ćemo do zaključka da je svaki ljudski život vredan življenja, a svaka medicinska i druga aktivnost koja je preduzeta u cilju produženja života punog patnje – medicinski i etički opravdana i smisljena. Ne stoji prigovor nekih autora da se ničim ograničena obaveza lekara da leče i po svaku cenu održavaju život pacijenata može preokrenuti u svoju suprotnost, svojevrsni "teror humaniteta"⁴³. Upravo je suprotno, ovakav teror bi postojao kada bi se postupajućem lekaru dala neograničena sloboda da u svakom konkretnom slučaju, po svojoj slobodnoj proceni, odlučuje o "vrednosti" ili "nevrednosti" nečijeg života, i s tim u vezi, o preduzimanju ili nepreduzimanju daljih mera u cilju njegovog održanja. Ovo osporavanje smisla nečijeg života i licitiranje sa njegovom vrednošću, a što se još predstavlja kao "humano" i "dobronamerno", krajnje je licemerno. Uprkos tome, danas je manji broj autora koji dele naše mišljenje, koje se, uzgred da kažemo, naročito od strane prirodnjaka, kvalifikuje kao nazadno i konzervativno⁴⁴.

Bilo kako bilo, vraćamo se na početak rada, uz konstataciju da je vladajući stav teorije krivičnog prava na sreću i dalje - da život čoveka treba zaštititi od momenta rođenja, pa do trenutka smrti, odnosno od trenutka započinjanja rađanja, pa do trenutka konačne smrti mozga kao biološke činjenice, bez obzira na kvalitet takvog života⁴⁵. Dakle, ne postoji život koji bi, generalno, bio izuzet iz krivičnopravne zaštite⁴⁶. Ipak, u poslednje vreme, kako smo to naglasili, u krivičnopravnoj nauci sve više se javljaju mišljenja koja, isključujući protivpravnost ili skrivljenost dela,

⁴³ Takvo mišljenje ima Tilike. Preuzeto iz: M.Gämmerler, ibid, s.164.

⁴⁴ Nepokolebljiv stav po tom pitanju zauzima i Bokelman, koji ne pravi nikakvu razliku u pogledu kažnjavanja između aktivne i pasivne eutanazije. Videli smo napred da sličan stav zastupa i Šrajber. Ipak, većina medicinar, etičara, a u poslednje vreme i pravnik, ne deli takvo mišljenje. Videti, M.Gämmerler, ibid.

⁴⁵ Videti o tome detaljno, A.Schönke, H.Schröder, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 27.Auflage, Verlag C.H.Beck, München 2006, s.1772-1780.

⁴⁶ Tako, A.Schönke, H.Schröder, ibid, s.1779.

odnosno negirajući ispunjenost svih elemenata bića krivičnog dela ubistva, nastoje iznaći razlog za donošenje oslobađajuće presude zbog usmrćivanja⁴⁷ pojedinih pojavnih oblika života, pa i onih koji predstavljaju predmet proučavanja u našem radu.

Ovakva mišljenja svakako ne pomažu realizaciji principa zakonitosti i pravne sigurnosti. To ne znači da mi zastupamo stav, da se ne treba razgovarati o pojedinačnim slučajevima koji se javljaju u praksi. Takođe, to ne znači da svaka radnja, a naročito radnja nečinjenja, kojom je prouzrokovano usmrćenje teško bolesnog lica odnosno psiho-fizički indisponiranog novorođenčeta, treba da bude krivičnopravno sankcionisana. Ipak, od slučaja se ne treba stvarati pravilo, a od konkretnih razloga nekažnjavanja – opšte obavezujući kriterijum za donošenje oslobađajućih presuda u budućim slučajevima. Jer, svaki slučaj je "priča za sebe" i zahteva faktičko rešavanje, uzimanjem u obzir svih krivičnopravno relevantnih okolnosti koje se mogu egzaktno utvrditi, pa i stanja vitalnih i drugih funkcija konkretnog ljudskog organizma kao pasivnog subjekta⁴⁸, a ne šablonsko podvođenje pod neki kriterijum "naučnosti" koji, što se nas tiče, uzaludno ponavlja da može sa metodološkom preciznošću i nepogrešivošću izreći konačnu "presudu" – određeni život je "vredan" odnosno "nije vredan življenja".

U prilog takvog pristupa rešavanju predmetne problematike govore još dva argumenta koja se uzajamno dopunjuju. Njihovom analizom završavamo našu raspravu u radu. Naime, jedan argument je antropološko-filozofski, a drugi teorijsko-pravni. S tim u vezi, egzistencijalno-antropološka je činjenica da konkretni čovek nikada ne može u celini postati predmet saznanja. Jaspers je s pravom rekao da je "čovek nesaglediv", da "ni o jednom čoveku nije moguće dati konačni, potpuni sud"⁴⁹. Iz toga sledi da nikom nije dato, niti bi hteo, ako je iole kritičan da odlučuje o tome, da li drugi čovek poseduje, ili ne poseduje, fundamentalna obeležja ličnosti. I to ne samo u smislu objektivne nemogućnosti utvrđivanja kvaliteta sadržine nečijeg života, već i u smislu nepostojanja jedinstvenog "etičkog centra" za vrednovanje sopstvenog života i života drugih ljudi na istoj kategorijalnoj ravni⁵⁰. Ipak, oni autori koji iznalaze kriterijume pomoću ko-

⁴⁷ Ovo naročito kada je u pitanju radnja nečinjenja koja je preduzeta od strane lekara - garanta.

⁴⁸ Naravno, ako je to uopšte moguće u konkretnom slučaju.

⁴⁹ K.Jaspers, *Opšta psihopatologija* (prevod sa nemačkog), Prosveta, Beograd 1978, str.718.

⁵⁰ S tim u vezi, Bahtin ističe da "život poznaje dva načelno različita vrednosna centra koji su u međusobnom odnosu: ja i drugi". Vid. M.Bahtin, *Ka filosofiji postupka* (prevod sa ruskog), Službeni glasnik, Beograd 2010, str.83.

jih se stepenuje "vrednost" tuđeg života, upravo suprotno, daju sebi za pravo da o tome odlučuju⁵¹.

Na to se nadovezuje i zaključak o karakteru prava koja su strogo vezana za ličnost njegovog nosioca, naročito egzistencijalnih prava, kakvo je nesumljivo pravo na život. Naime, kako nijedan čovek ne može da sudi o tome da li drugi ima, ili nema, fundamentalna obeležja ličnosti, a s tim u vezi i da ocenjuje, da li je njegov život vredan ili nije vredan življenja, tako niko nije ovlašćen ni da definiše krug onih kojima egzistencijalna prava, koja služe samoodređenju odnosno samoostvarenju te iste ličnosti, pripadaju ili ne pripadaju⁵². To znači de se takva prava, koja su utemeljena u ličnosti čoveka, ipak moraju priznati svakom biću koje potiče od čoveka, i to od prvog trenutka njegove čisto prirodne egzistencije⁵³, a ne bi se smeli uvoditi nikakvi dodatni sadržinski kriterijumi, bilo oni koji konstituišu, ili pak eliminišu dignitet nečije ličnosti kao nosioca ovih prava. Uostalom, Hegelov moto, kojeg je uzdigao na rang pravne naredbe, glasio je: budi ličnost (*Person*), i respektuj druge kao ličnosti⁵⁴. Drugim rečima, ukoliko mi u pravu, a i uopšte, ne respektujemo druge kao ličnosti, ne možemo očekivati ni da će naša ličnost od strane drugih biti uvažavana. Bez poštovanja ovog načela međusobni saživot ljudi, kao i opstanak prava i pravnog poretka, bio bi nemoguć.

⁵¹ U cilju terminološko-pojmovne jasnoće možda bi bilo ispravnije da se napravi razlika među pojmovima "života" i "egzistencije", što se inače čini u delu filozofske literature. Tako, ističe se da, dok "život" može biti "jači ili slabiji, bogatiji ili siromašniji, plemenitiji ili prostiji, može se transformisati, rasti ili opadati", egzistencija "leži s one strane ovakvih kvalifikacija". Ona je po svojoj prirodi nedeljiva i prestaje samo u slučaju smrti. Tako, O.F.Bollnow, *Existenzphilosophie*, in: *Systematische Philosophie* (Hrsg. N.Hartmann), W.Kohlhammer Verlag, Stuttgart – Berlin 1942, s.329. Iz toga sledi da se "egzistencija" ne može vrednovati, jer se može samo, ili egzistirati, ili ne, te se ni pravo na život, koje je neraskidivo vezano za istu, ne može selektivno, i svakako proizvoljno, dodeljivati ili oduzimati individuama koje i dalje egzistiraju. Ovo pravo im pripada po samoj svojoj egzistenciji. Ipak, mi u celokupnom radu koristimo, umesto reči "egzistencija", reč "život", jer se ova terminološka oznaka u kontekstu predmetne problematike uobičajila u novijoj literaturi, dok se u pravnoj isključivo koristi.

⁵² Slično, R.Špeman, *O pojmu prirode čoveka*, u: *Čovek u modernim naukama* (prevod sa nemačkog), Književna zajednica Novog Sada, Novi Sad 1986, str.104.

⁵³ Tako i R.Špeman, *ibid*.

⁵⁴ G.Wilh.F.Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Vierte Auflage, Felix Meiner Verlag, Hamburg 1962, s.52.

*Dragiša Drakić, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Criminal Law Protection of the Right to Life that is „Not Worth Living“⁵⁵

Abstract: *In this paper the author deals with an issue of the criminal law protection of the right to life of two categories of persons whose life, in the opinion of some scholars, is not worth living. A common feature to all such persons is that they are not “dying” patients; however their prospects of living are very poor while the quality of their lives is very low.*

The author points out that a question, whether a certain act that caused a person’s death, is the act of a murder, depends on whether such person – an object of criminal act had the right to life at the moment such act was undertaken. That person possessed such right [to life], provided that the form of his life was valued as a life at that moment. The principle task that the author put before himself is to answer a question whether different forms of life described in this paper possessed the value of the life, and depending on the answer, whether such forms of life enjoy the criminal law protection.

Almost the entire paper is dedicated to the critique of authors whose intention is to emerge with a unifying criteria regarding which life is “worth” living and which is “not worth” living. The author’s position is that such criteria are not suitable when it comes to the criminal law protection of life.

It is the conclusion of the author that criminal law should offer equal protection to each human life, regardless of its quality and despite of its ability to exist independently and the prognosis of survival in the future. Therefore, there is no life that, in general, would be excluded from the protection offered by the criminal law. This does not mean that in certain cases some actions that have resulted in a death of a gravely indisposed person may be excluded from the scope of the criminal law sanction. However, we may not embrace general criteria on which kind of human life is “worth” living and which is “not worth living” but rather each case must be examined independently by applying the above stated principle supported by the author in this paper.

Key words: *Criminal law protection, right to life, persons whose life is not worth living.*

⁵⁵ This paper is the result of the research conducted as part of the project of the Novi Sad Faculty of Law titled „Theoretical and practical problems of creating and applying law (EU and Serbia)“ in 2012.

*Dr Senad F. Ganić, docent
Državni Univerzitet u Novom Pazaru
Departman za pravne nauke*

*Dr Emir A. Ćorović, docent
Državni Univerzitet u Novom Pazaru
Departman za pravne nauke*

PRINCIP UNIVERZALNOG VAŽENJA KRIVIČNOG ZAKONODAVSTVA I PITANJE DRŽAVNOG SUVERENITETA

Sažetak: *Ius puniendi predstavlja jedno od obeležja državnog suvereniteta. Otuda je i krivično pravo, kao normativni mehanizam putem kojeg država vrši svoje „pravo kažnjavanja“, usko vezano za učenje o državnom suverenitetu. Ipak, ta veza više nije toliko kruta kao u tradicionalnom sistemu krivičnog prava, a jedan od činilaca koji je tome doprineo jeste princip univerzalnog važanja krivičnog zakonodavstva.*

U ovom radu nastojali smo da pojasnimo princip univerzalnog važanja krivičnog prava i to kako je isti omogućio da državni sudovi njegovom primenom pređu granice zaštite sopstvenih, tj. nacionalnih vrednosti, dobara i intera. Naime, univerzalni princip pruža mogućnost da državni sudovi štite odgovarajuća nadnacionalna dobra, vrednosti i interese, koja predstavljaju zajedničku tekovinu čovečanstva, odnosno civilizacije u kojoj živimo. Štiteći ta dobra, vrednosti i interese državni sudovi postaju nešto više od nacionalnih državnih organa - postaju svojevrsni „organi međunarodne zajednice“. Do ovakvog zaključka došli smo prateći genezu univerzalnog principa, a naročito analizirajući odgovarajuće međunarodne dokumenate koji su ovaj princip uobličili.

U radu smo se osvrnuli i na uporednopravnu regulativu univerzalnog principa. Iako se isti od države do države različito uređuje, utisak je da postojeća regulativa univerzalnog principa zakonodavstava kojih smo se dotakli pruža mogućnost adekvatne zaštite najznačajnijih dobara čovečanstva.

Ključne reči: *krivično pravo, državni suverenitet, univerzalni princip*

1. Krivično pravo kao *par excellence* grana javnog prava tesno je vezano za pojam državne suverenosti. Njime država, kroz sistem krivičnih dela i krivičnih sankcija, štiti svoja najznačajnija dobra i vrednosti. U tom smislu propisivanje, izricanje i primena krivičnih sankcija, kao pravnih mera sa izrazito represivnim učincima, pripada državi. Ona je titular prava kažnjavanja (*ius puniendi*).

Poznati francuski krivičar Emil Garson (*Emile Garson*) je još dvadesetih godina prošlog veka konstatovao da je pravo kažnjavanja „bitni atribut suverenosti“.¹ I danas se primećuje da države ljubomorno čuvaju za sebe ovo pravo, „kao jednu od najočitijih odlika suvereniteta“.² Zato je država, istorijski posmatrano, najpre kažnjavala ona dela koja su bila upravljena protiv njene sopstvene bezbednosti, a tek se docnije, sa njenim osnaženjem, lista krivičnih dela „upotpunjavala malo po malo i obuhvatala (je) najzad krivična dela protivu blagih naravi, protivu lica i protiv dobara“.³

Ovo govori i u prilog tome da ni krivično pravo nije lišeno klasnih obeležja.⁴ Ilustracije radi, možemo se podsetiti definicije krivičnog prava socijalističke Jugoslavije, koja je do pre dve decenije kod nas bila gotovo opšteprihvaćena. Tako se ova grana prava definisala kao „sistem zakonskih odredaba kojima se, u cilju zaštite socijalističkog samoupravnog društvenog uređenja Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, određuju uslovi za primenu kazne i drugih krivičnih sankcija prema učiniocima krivičnih dela“.⁵

Primenu pripadajućeg im „prava na kažnjavanje“ države obezbeđuju tako što u svojim krivičnim zakonodavstvima predviđaju pravila kojima se uređuju i određuju granice prostornog važenja sopstvenog krivičnog prava, odnosno, poslužimo se procesnopravnom terminologijom, granice prostorne jurisdikcije. Postoje četiri kriterijuma/ principa na osnovu kojih

¹ E. Garson, *Krivično pravo*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd, 1926., str. 50

² B. Ristivojević, „Uticaj politike na razvoj i uobličavanje međunarodnog krivičnog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2011., str. 205, fn. 2.

³ E. Garson, *op.cit.*, str. 50-51.

⁴ Tako, u literaturi se ističe da „... u savremenom svetu društveno uređenje nije u svim državama zasnovano na istim idejno-političkim osnovama“, kao i da „... društveno uređenje u svakoj zemlji je od bitnog uticaja za određivanje načela i konkretnih uslova za primenu krivičnih sankcija“. Videti: N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, *Krivično pravo SFRJ – Opšti deo*, Savremena administracija, Beograd, 1979., str. 4.

⁵ *Ibid.*

se određuju ove granice. U pitanju su *teritorijalni*,⁶ *personalni*,⁷ *realni*⁸ i *univerzalni princip*. Kako se prva tri principa na određeni način naslanjaju na vezu koju samo krivično delo ima sa odnosnom državom, bilo zbog toga što je učinjeno na njenoj teritoriji ili što se negativne posledice dela protežu na njene interese, bilo zbog toga što se kao učinilac javlja njen državljanin, ne postoji ništa što odstupa od legitimne pretenzije države da svojim zakonodavstvom štiti sopstveni poredak.

Međutim, sa univerzalnim principom stvari stoje unekoliko drukčije. Ovaj princip u najširem smislu omogućava da se krivično zakonodavstvo jedne države primeni na stranog državljanina u odnosu na krivično delo koje je izvršeno u inostranstvu prema stranoj državi ili strancu.⁹ Istina, obim primene univerzalnog principa u uporednom krivičnom zakonodavstvu različito se uređuje, o čemu će biti reči u narednom izlaganju.

Na prvi pogled može delovati da primenom univerzalnog principa država prekoračuje svoje kompetencije, zloupotrebljava svoje suvereno pravo kažnjavanja, jer sudi za krivično delo koje nema nikakvu vezu sa njom, odnosno sa vrednostima, dobrima i interesima koje njeno krivično zakonodavstvo štiti. Može se zaključiti da jedna država, kao neko ko legalno i legitimno raspolaže monopolom fizičke prinude na svojoj teritoriji, daje sebi za pravo da tu prinudu protežira putem krivičnog prava i na „slučajeve koji je se ne tiču“, čak i nauštrb suverene vlasti neke druge države. Situacija ipak nije takva. Da bi se razumeo smisao univerzalnog principa moraju se shvatiti društvene prilike i okolnosti koje su dovele do njegove pojave.

2. Korene univerzalnog principa možemo naći još u XVII veku kada se kao običajno pravilo ustanovilo to da je „svaka država bila ovlašćena da uhapsi i privede pravdi lica za koja sumnja da se bave piraterijom, bez obzira na njihovo državljanstvo i mesto gde je zločin počinjen“.¹⁰ Razlozi

⁶ Prema teritorijalnom principu primeniće se krivični zakon one države na čijoj teritoriji je krivično delo učinjeno.

⁷ Prema personalnom principu država će primeniti svoje krivično zakonodavstvo na svoga državljanina za delo koje je on učinio u inostranstvu.

⁸ Prema realnom principu krivični zakon jedne države primeniće se na sve učiniocima bilo da su oni državljani te zemlje ili su u pitanju stranci, ukoliko se delom učinjenim u inostranstvu ugrožavaju prava ili dobra dotične države ili njenih građana.

⁹ Profesor međunarodnog prava Malkom Šo (*Malcolm Show*) ističe da prema univerzalnom principu „svaka država ima nadležnost da sudi određena krivična dela“. Videti: M. Show, *International Law*, Cambridge University Press, New York, 2008., str. 668.

¹⁰ A. Kaseze, *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005., str. 334.

prihvatanja ovog načela i temeljili su se na zajedničkom interesu država da se bore protiv akata koji su podjednako pogađali njihove interese.¹¹ Dakle, još je pre nekoliko vekova princip univerzalnosti bio prepoznat i objašnjavan razlozima potrebe zajedničkog delovanja država a u cilju suzbijanja određenih oblika kriminaliteta.

Razvoj ovog principa je u skladu sa razvojem međunarodnog prava doveo do toga da se isti više ne prihvata samo iz razloga zaštite sopstvenih interesa ili interesa grupe država, nego radi zaštite interesa celokupne međunarodne zajednice.¹² U slučajevima zasnivanja jurisdikcije primenom univerzalnog principa, fokus dakle nije na postojanju veze između države i izvršenog dela. Naprotiv, ta veza je vrlo slaba, a u zavisnosti od prihvaćenog oblika univerzalne jurisdikcije, može se dogoditi da je uopšte i nema.¹³

S obzirom da načelo univerzalne jurisdikcije dopušta državi da vrši svoju krivičnopravnu jurisdikciju „na činjenično stanje koje se nije dogodilo na njenoj teritoriji, koje ne dotične njene neposrdene državne interese te u kojem ne učestvuju njeni državljani, ni kao žrtve ni kao počinioci“,¹⁴ postavlja se pitanje: zašto bi države imale interesa za suđenje u takvim slučajevima? Čini nam se da se odgovor na ovo pitanje krije u drugačijem razumevanju samog principa univerzalnosti.

Naime, u osnovi univerzalne nadležnosti nalaze se krivična dela koja se danas smatraju „napadom na međunarodnu zajednicu u celini“,¹⁵ odnosno reč je o delima koja su „toliko opasna da se njima napada na interese celog čovečanstva i, zaista, ugrožava sama civilizacija“. ¹⁶ Učinioци takvih dela predstavljaju neprijatelje celokupne međunarodne zajedice (*hostis humani generis*). Zato zasnivanje nacionalne jurisdikcije putem univerzalnog principa pre možemo okarakterisati kao obavezu, a ne kao pravo države.

Potonju konstataciju možemo potvrditi analizom odgovarajućih međunarodnih dokumenata. Tako, u zajedničkom čl. 1 Ženevskih konvencija iz 1949. godine ističe se sledeće:

¹¹ Ibid.

¹² M. Munivrana, „Univerzalna jurisdikcija“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, br. 1/2006., str. 193.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid., str. 194.

¹⁵ M. Shaw, op.cit., str. 668.

¹⁶ L.N. Sadat, „The International Criminal Court and universal international jurisdiction: a return to first principles“, In: T. Biersteker at all. (ed.), *International law and International relations*, Routledge, London/ New York, 2007. str. 186.

*„Visoke strane Ugovornice obavezuju se da će poštovati ovu Konvenciju i da će joj obezbediti poštovanje u svakoj prilici“.*¹⁷

Ovaj član možemo razumeti samo tako da se on odnosi na obavezu primene i poštovanja svih odredaba ovih konvencija, pa tako i onih odredaba koje se odnose na kažnjavanje za povredu Konvencija. Sintagmu „*obezbediti poštovanje u svakoj prilici*“ razumemo samo kao obavezu države da obezbedi primenu Konvencija i u smislu sankcija koje će preduzeti protiv eventualnih prekršioca.

Dalje, Ženevska konvencija o zaštiti građanskih lica za vreme rata propisuje u članu 146., pored toga što nalaže državama da „*preduzmu svaku zakonodavnu meru potrebnu radi propisivanja odgovarajućih krivičnih sankcija*“ protiv prekršitelja Konvencija, sledeće:

*„Svaka Strana ugovornica biće dužna da pronalazi lica osumnjičena da su izvršila, ili da su naredila da se izvrši koja od teških povreda, i ona će biti obavezna da ih izvede pred svoje sopstvene sudove, bez obzira na njihovo državljanstvo“.*¹⁸

U nekim međunarodnim dokumentima odredbe kojima se države obavezuju da u skladu sa univerzalnim principom procesuiraju i kažnjavaju izvršiocyte navedene su na način da ne ostavljaju nikakve nedoumice. Tako je primera radi u u čl. 4 Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina aparthejda¹⁹ predviđeno da će države potpisnice:

*„Usvojiti zakonodavne sudske i administrativne mere za gonjenje, privođenje suđenju i kažnjavanje u skladu sa svojom jurisdikcijom, lica koja su odgovorna ili optužena za izvršenje akata definisanih u članu 2. Konvencije bez obzira na to da li su ta lica nastanjena na teritoriji države u kojoj su ti akti izvršeni, da li su državljani te ili neke druge države ili su lica bez državljanstva“.*²⁰

U čl. 5 iste Konvencije se ističe da:

¹⁷ U pitanju je član koji sadrže sve četiri Ženevske konvencije. Preuzeto iz: M. Starčević, *Izvori Međunarodnog humanitarnog prava*, Međunarodni komitet Crvenog krsta, Beograd, 2002.

¹⁸ Službeni list FNRJ, br. 24/50. Napomena: Identičene odredbe sadrže i preostale tri Ženevske konvencije. U tom smislu videti: čl. 49 Ženevske konvencije za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanom snagama iz 1949., čl. 50 Ženevske konvencije za poboljšanje položaja ranjenika, bolesnika i brodolomnika oružanih snaga na moru iz 1949. i čl 129 Ženevske konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima.

¹⁹ Videti: A. Ignjatović, *Genocid u međunarodnom i nacionalnom krivičnom pravu*, Novinsko-izdavačka ustanova „Vojška“, Beograd, 1996., str. 125.

²⁰ <http://www.oas.org/dil/1973%20International%20Convention%20on%20the%20Suppression%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Apartheid.pdf>, 16.03.2012.

„*Licima optuženim za izvršenje radnji koje su nabrojane u članu 2. ove konvencije, može da sudi nadležni sud bilo koje od država ugovornica u ovoj konvenciji u čijoj se vlasti nađu*“.²¹

Određbe konvencija koje smo samo *exempli causa* naveli i koje nisu konačne, ukazuju na to da vršenje jurisdikcije po univerzalnog principu nije samo pretenzija države da proširi prostorno važenje svog krivičnog zakonodavstva. Naprotiv, reč je o njenoj međunarodnoj obavezi da kazni za dela koja pogađaju sve države, bez obzira na njihova različita društveno-politička uverenja.²² Razlozi za primenu univerzalnog principa/ nadležnosti u odnosu na krivična dela koja se prepoznaju kao zločini protiv međunarodnog prava „proizilaze iz karaktera ovih prestupa“.²³ Reč je o krivičnim delima čiji efekti „opravdavaju, možda čak prisiljavaju, svakog člana porodice nacija da kazni učinioa nad kojim se nadležnost može i praktički primeniti. Ovo su krivična dela oblikovana u međunarodnom pravu, za koje su se nacije sveta složile, obično ugovorom, da ih treba suzbiti i koji su priznati ne kao prosti akti uobičajenog ugovornog kriminaliteta, već kao krajnje opasni akti, u stvari, napadi na celokupni međunarodni poredak“.²⁴ Imanuel Kant, kako navodi Radbruch (*Gustav Radbruch*) kaže: „No kako se među narodima na celoj Zemlji razvilo jedinstvo do te mere da se povreda prava izvršena na jednom mestu na Zemlji oseća na svim drugim mestima, samim tim ideja o pravu građana sveta nije nikakva fantastična i nastrana pravna zamisao, već je u nepisanom kodeksu državnog i međunarodnog prava nužna dopuna za javno pravo čoveka, a time i za večni mir“.²⁵

Smatramo stoga da je kažnjavanje ovih zločina od strane država nezavino od bilo kakve veze države foruma sa samim delom, obaveza koja se može svrstati u red opšteg međunarodnog običaja, iako smo svesni da u tom pogledu postoje različiti stavovi.²⁶ Najbolji dokaz za to jeste način na koji se države odnose po pitanju genocida. Iako Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida ne predviđa univerzalnu nadležnost za njegovo kažnjavanje,²⁷ činjenica je da su se mnoge zemlje opredelile u

²¹ Ibid.

²² M. Palević, *Krivično delo genocida u međunarodnom pravu*, Doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2007., str. 277.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Gustav Radbruch, *Filozofija prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2006., str. 194.

²⁶ M. Palević, op.cit., str. 282-288.

²⁷ *Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida*, Službeni vesnik prezidijuma Narodne skupštine FNRJ, br. 2/1950. Preuzeto iz: *Univerzalni dokumenti o ljudskim pravima*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005., str. 103-112.

korist zasnivanja svoje jurisdikcije za suđenje ovog zločina. Prof. Kambovski navodi upravo krivično delo genocida kao paradigmu zločina u odnosu na koji se treba primeniti univerzalni princip.²⁸ Jer, ako se razlog primene načela univerzalne jurisdikcije gotovo unisono objašnjava obavezom svakog člana međunarodne zajednice da obezbedi da učinioci najtežih međunarodnih krivičnih dela ne ostanu nekažnjeni, onda se *a fortiori* taj argument mora primeniti i na genocid, kao „zločin nad zločinima“ kojeg kao takvog prepoznaje savremeno čovečanstvo.

Međutim, razlozi primene načela univerzalnosti opravdavaju se i drugim argumentima koji nam se čine naročito važnim. Tako neki autori ističu da u određenim slučajevima postoji odsustvo ili neizvesnost u postojanje adekvatnog foruma kojim bi se zaštitile temeljne vrednosti međunarodne zajednice.²⁹ U tom kontekstu zanimljivo je sledeće zapažanje: „Ukoliko država nije sposobna ili voljna da odgovori svojoj obavezi, međunarodna zajednica mora stvoriti mehanizme za kažnjavanje određenog ponašanja. Ovaj argument proizlazi iz poimanja suverenosti, pa onog trenutka kada država ne odgovori svojoj obavezi zaštite građana od teških povreda, ona pokazuje odsustvo postojanja kompetentnog suverena. Tada se pravo vršenja krivične nadležnosti prenosi na međunarodnu zajednicu koja ovlašćuje svaku državu, a pre svega onu na čijoj se teritoriji osumnjičeno lice nalazi, da pokrene postupak“.³⁰

Odsustvo „kompetentnog suverena“ koji će procesuirati međunarodne zločine može biti uzrokovano ne samo usled nekih objektivnih okolnosti koje ne omogućavaju državi da na adekvatan način reaguje na zločine koji su učinjeni na njenoj teritoriji ili od strane njenih građana, nego i iz nekih specifičnih razloga. Naime, „često se dešava da država nije u mogućnosti da obezbedi sigurnost žrtvama i svedocima, što ima veze i sa činjenicom da je veliki broj državnih službenika na neki način bio umešan u događaje o kojima je reč“.³¹ Više od svega, vršenje univerzalne nadležnosti za međunarodne zločine od strane država u funkciji je zaštite interesa međunarodne zajednice kao celine. U tim slučajevima država sa njenom krivičnom jurisdikcijom ne istupa samo u svoje ime, već u ime čovečanstva i tada deluje kao „organ međunarodne zajednice“.³² Time se drža-

²⁸ Videti: V. Kambovski, *Kazneno pravo- opšt del*, 2-ri Avgust S, Štip/ Skopje, 2006., str. 220.

²⁹ I. Krstić, „Značaj univerzalne nadležnosti nakon uspostavljanja Međunarodnog krivičnog suda“, *Pravni život*, br.12/ 2010., str. 244.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid., str. 245.

³² Videti: H. Kelzen, *Opšta teorija države i prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010., str. 464.

va, u okviru međunarodnog prava, „kao pravno biće odvaja od apsolutnosti u kojoj je dogma o suverenosti ostavlja da obamre“. ³³ Ona se javlja kao karika međunarodnog pravnog poretka, te kao takva čini deo sistema koji ima svoje zakonitosti koje uslovljavaju njena prava i obaveze. Konačno, u preambuli Statuta Međunarodnog krivičnog suda podseća se na „dužnost svake države da primeni svoju krivičnu nadležnost nad odgovornim licima koja su počinila ratne zločine“ i da će „Međunarodni krivični sud osnovan po ovom statutu biti komplementaran nacionalnom krivičnom zakonodavstvu“. ³⁴ To je važno i zbog toga što „sprovođenje međunarodnog humanitarnog prava ne može zavisiti samo od međunarodnih sudova. Oni nikada ne mogu biti zamena za nacionalne sudove. Nacionalni pravosudni sistemi igraju vitalnu, čak glavnu ulogu u tome“. ³⁵ Kako se, međutim, u vršenju univerzalne nadležnosti pravosudni sistemi nacionalnih jurisdikcija stavljaju u funkciju univerzalne borbe protiv određenih akata koji se prepoznaju kao nasrtaj na međunarodnu zajednicu, to se i sami nacionalni sudovi javljaju kao deo institucionalne strukture međunarodnog poretka. Jedino se na taj način može objasniti zainteresovanost države da sudi u slučajevima za koje je predviđena univerzalna nadležnost, uprkos sklonosti države da, obavijajući se velom suvereniteta, inostranim činjeničnim stanjima poriče pravne posledice u vlastitoj zemlji. ³⁶

Opisanim pristupom daju se, po našem mišljenju, fleksibilnije konure krivičnom pravu kao grani pozitivnog prava, jer ono ne predstavlja više samo instrument zaštite onih dobara, vrednosti i interesa za koje su zainteresovane nacionalne države, već i mehanizam zaštite određenih univerzalnih i civilizacijskih dobara, vrednosti i interesa. Pri tome, ovo nije jedini pravac kojim se „omekšava“ tradicionalni krivičnopravni sistem. Naime, i tzv. evropsko krivično pravo, koje se manifestuje kroz niz dimenzija, pre svega kroz unifikaciju i harmonizaciju krivičnog prava država članica Evropske unije, zatim njihovu uzajamnu pravnu pomoć u krivičnim stvarima, te u uspostavljanju i radu nadnacionalnih tela koja treba da olakšaju tu saradnju (na primer EUROPOL, EUROJUS, OLAF) itd., jeste takođe pokazatelj odgovarajućih, ako ne sistemskih onda rudimentarnih promena koje su zadesile krivično pravo. Ne ulazeći dalje u ovu problematiku, valja ukazati da krivična zakonodavstva država članica Unije in-

³³ H. Kelzen, *Čista teorija prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2007., str. 100.

³⁴ M. Starčević, op.cit., str. 590.

³⁵ T. Meron, „International Criminalization of Internal Atrocities“, *American Journal of International Law*, Vol. 89, 1995., str. 555.

³⁶ Gustav Radbruch, op.cit., str. 195.

kriminišu radnje koje su upravljene ne samo protiv njenih nacionalnih interesa, već i protiv interesa Evropske unije kao takve. Drugačije rečeno, ovom „evropeizacijom“ nacionalnih krivičnih zakonodavstava³⁷ štite se i odgovarajuća supranacionalna pravna dobra Evropske unije, što najbolje potvrđuje činjenica da u krivičnim zakonodavstvima država članica možemo naći bilo posebna poglavlja, bilo konkretne inkriminacije kojima se štite odgovarajući interesi Unije. U tom smislu nije teško zaključiti da granice isključive nacionalne jurisdikcije u krivičnim stvarima postaju itekako porozne.

3. Princip univerzalnog važenja krivičnog zakonodavstva nije, kako smo već istakli, jedinstveno regulisan u uporednom krivičnom zakonodavstvu. Načelno možemo govoriti o užoj ili uslovnoj i široj ili apsolutnoj koncepciji principa univerzalnog važenja krivičnog zakonodavstva.³⁸ Prema užoj koncepciji za primenu principa univerzalne nadležnosti potrebno je (tj. uslov je) da se učinilac (okrivljeni) nalazi na teritoriji države koja namerava da sprovede krivični postupak protiv njega. Prema široj koncepciji moguće je sprovesti krivični postupak po univerzalnom principu *in absentia* - u odsustvu učinioca. Uži/uslovni koncept je znatno prisutniji u uporednom krivičnom zakonodavstvu. Štaviše, neke države koje su dopuštali primenu univerzalnog principa *in absentia*, kao što je to slučaj sa Belgijom, izmenile su svoja zakonodavstva otklonivši takvu mogućnost.

Naime, u Belgiji je zakonom iz 1993. godine bilo propisano da su sudovi te države nadležni za suđenje u slučaju teških kršenja Ženevskih konvencija iz 1949. i Dopunskih protokola iz 1977. godine, bez obzira gde su izvršena, ko ih je i protiv koga učinio i bez obzira na to da li se učinilac nalazi na teritoriji Belgije. Zakonom iz 1999. godine proširena je nadležnost još na krivična dela genocida i zločina protiv čovečnosti.³⁹ Međutim, ova država je 2003. godine odustala od primene bezuslovnog (tj. apsolutnog) univerzalnog principa, jer se to rešenje pokazalo lošim.⁴⁰

³⁷ Više o tome: D. Drakić, „Da li se mogu prevazići nacionalne granice krivičnog prava“, *Pravni život*, br.14/2008., str. 173-182; V. Mitsilegas, *EU Criminal law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009.; A. Čavoški, M. Reljanović, *Ideja o stvaranju krivičnog prava EU*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, 2011; V. Mitsilegas, *EU Criminal law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009.

³⁸ A. Kaseze, op.cit., str. 335.

³⁹ Ibid., str. 337, fn. 340.

⁴⁰ Z. Stojanović, *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, Beograd, 2008., str. 55, fn. 38.

Izgleda da je koncept apsolutnog univerzalnog principa zadržana samo u krivičnom zakonodavstvu Španije,⁴¹ mada prof. Antonio Kaseze (*Antonio Cassese*) smatra da bi se isti mogao primeniti i prema italijanskom krivičnom pravu. Naime, KZ Italije propisuje da će se italijanski državljani i stranci koji izvrše neko krivično delo u inostranstvu „za koje se, bilo po posebnim zakonskim odredbama ili po odredbama sadržanim u nekom međunarodnom ugovoru, određuje da se primenjuje italijansko krivično pravo, mogu kazniti po italijanskom pravu“. Ovaj autor smatra da bi se italijansko krivično pravo moglo primeniti *in absentia* ako su ispunjeni sledeći uslovi: „i) da su zločini predviđeni međunarodnim ugovorima koje je Italija ratifikovala, i ii) da po tim ugovorima italijanski sudovi mogu vršiti nadležnost“.⁴²

U svakom slučaju mnogo je češći uslovljeni univerzalni princip koji zahteva prisustvo učinioca u državi foruma. Tako, prema čl. 113-8-1 KZ Francuske francusko krivično zakonodavstvo primeniće se, mimo pravila o realnom principu, „na zločine i prestupe koji su kažnjivi najmanje pet godina zatvora a koji su izvršeni od strane stranca izvan teritorije Francuske čija je ekstradicija po zahtevu strane države odbijena od francuskih vlasti, ili zato što je delo za koje je ekstradicija zahtevana predmet kazne ili mere bezbednosti koja je protivna javnoj politici Francuske, ili zato što će sudovi pomenute države postupati prema licu ne poštujući osnovne procesne garancije i prava odbrane, ili zato što stvar u pitanju ukazuje na karakteristike političkog krivičnog dela“. Gonjenje u opisanom slučaju može se preduzrti samo od strane javnog tužioca. Takođe, neophodno je da postoji javna optužba zemlje u koju je delo učinjeno i koja traži ekstradiciju, a koja je dostavljena od strane Ministarstva pravde.⁴³

Krivični zakonik Švajcarske⁴⁴ propisuje univerzalni princip u čl. 6 na sledeći način: „Svako ko učini zločin ili prestup izvan Švajcarske a obaveza gonjenja proizilazi iz međunarodnih konvencija podleže ovom Zakoniku ako je: a) delo podložno da bude procesuirano prema mestu izvršenja dela ili se ni jedna krivičnopravna jurisdikcija ne proteže na mestu izvršenja dela, i b) učinilac u Švajcarskoj i nije ekstradiran stranoj državi“. Sud je prilikom kažnjavanja učinioca ograničen time da ga ne može dovesti u teži položaj nego da je slučaj sproveden prema pravu mesta

⁴¹ Z. Stojanović, op.cit., str. 56.

⁴² A. Kaseze, op.cit., str. 338.

⁴³ *Penal Code of France*, With the participation of Jason Rason Spencer QC, Professor of Law, University of Cambridge, Fellow of Selwyn College, wings.buffalo.edu/law/bclc (16.04.2008.).

⁴⁴ *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Januar 2012), <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (12.10.2012.)

izvršenja dela. U stavu 3 istog člana je propisano da lice ne podleže daljem gonjenju u Švajcarskoj, izuzev da delo predstavlja teško kršenje principa Federalnog Ustava ili Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, ako je: a) u inostranstvu pravnosnažno oslobođeno, b) kazna koju je izrekao inostrani sud izvršena, oproštena ili zastarela. Takođe je predviđeno da će švajcarski sud, u slučaju da je učinilac izdržao deo kazne u inostranstvu koju mu je izrekao inostrani sud, izdružani deo uračunati u kaznu koju mu izriče. Pored navedenog, u čl. 7 KZ Švajcarske je propisano da ovom Zakoniku podležu i učinioци kada: a) je delo podložno da bude procesuirano prema mestu izvršenja dela ili se ni jedna krivičnopravna jurisdikcija ne proteže na mestu izvršenja dela, b) se nalaze u Švajcarskoj ili su joj ekstradirani; i c) pravo Švajcarske dozvoljava ekstradiciju, a učinilac ne bude ekstradiran. Ova odredba će se primeniti, u slučaju da ni učinilac ni oštećeni nisu švajcarski državljani, ako je: a) ekstradicija odbijena iz razloga koji se ne odnosi na prirodu dela, i b) učinilac je učinio naročito težak zločin koji je zabranjen od međunarodne zajednice.

Krivični zakonik Nemačke reguliše univerzalni princip u § 6,⁴⁵ propisujući da će se nemačko krivično pravo primeniti, bez obzira na zakon mesta gde je delo učinjeno, na sledeća krivična dela učinjena u inostranstvu: zločine učinjene nuklearnom energijom, eksplozivom i radijacijom u vezi sa odgovarajućim, taksativno navedenim paragrafima; napade na avio i pomorski saobraćaj; trgovinu ljudima radi seksualne eksploatacije, radi radne eksploatacije, kao i podsticanje trgovine ljudima; neovlašćene prodaje opojnih sredstava; širenje pornografskih spisa u vezi sa taksativno navedenim paragrafima; falsifikovanje novca i hartija od vrednosti, platnih karti sa garantnom funkcijom i obrazaca za evro-čekove, kao i njihovo pripremanje; subvencione prevare; dela koja na osnovu međunarodnih ugovora Savezna Republika Nemačka mora da goni iako su učinjena u inostranstvu. Pored toga, u § 1 Međunarodnog krivičnog zakonika Nemačke (*Völkerstrafgesetzbuch*)⁴⁶ je propisano da se taj zakon primenjuje na sve međunarodne zločine koji su navedeni u njemu, pa čak i ako je delo učinjeno u inostranstvu i nema nikakve veze sa Nemačkom. Ovim Zakonikom propisana su sledeća međunarodna krivična dela: genocid (*Völkermord*), zločin protiv čovečnosti (*Verbrechen gegen die Menschlichkeit*), ratni zločini protiv lica (*Kriegsverbrechen gegen Personen*), ratni zločini protiv imovine i drugih prava (*Kriegsverbrechen gegen Eigentum*

⁴⁵ K. Lacner, K. Kühl, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, Verlag C.H.Beck, München, 2011., str. 42-43.

⁴⁶ *Völkerstrafgesetzbuch (VStGB)*, <http://www.aufenthaltstitel.de/vstgb.html>, pristup dana 20.11.2012.

und sonstige Rechte), ratni zločini protiv humanitarnih operacija i oznaka (*Kriegsverbrechen gegen humanitäre Operationen und Embleme*), ratni zločini korišćenjem nedozvoljenih metoda ratovanja (*Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Methoden der Kriegsführung*) i ratni zločini upotrebom nedozvoljenih sredstava ratovanja (*Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Mittel der Kriegsführung*). Uslovi pod kojima će javni tužilac preduzeti gonjenje po univerzalnom principu, bilo prema Krivičnom zakoniku, bilo prema Međunarodnom krivičnom zakoniku, određena su u § 153c i § 153f Zakonika o krivičnom postupku Nemačke.⁴⁷

Krivični zakonik Ruske Federacije u čl. 12 st. 3 reguliše pored realnog i univerzalni princip. U navedenoj odredbi stoji, između ostalog, da stranci i lica bez državljanstva koja ne žive u Ruskoj Federaciji, koja su izvršila krivična dela izvan njene teritorije, podležu krivičnoj odgovornosti po ovom Zakoniku u slučajevima predviđenim međunarodnim ugovorima, ako nisu osuđena od strane inostranih vlasti i ako su „privedena krivičnoj odgovornosti na teritoriji Ruske Federacije“.⁴⁸

Spomenimo još Krivični zakonik Republike Srbije.⁴⁹ Univerzalni princip propisan je u odredbi čl. 9 st. 2 u kojem stoji: „Krivično zakonodavstvo Srbije važi i za stranca koji prema stranoj državi ili prema strancu učini u inostranstvu krivično delo za koje se po zakonu zemlje u kojoj je učinjeno može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, ako se zatekne na teritoriji Srbije, a ne bude izručen stranoj državi. Ako ovim zakonikom nije drukčije određeno, sud u takvom slučaju ne može izreći težu kaznu od one koja je propisana zakonom zemlje u kojoj je krivično delo učinjeno“. Uz citirano, u čl. 10 st. 3 Krivičnog zakonika Srbije je predviđeno da će se ovaj princip primeniti i „ako je u pitanju delo koje je u vreme kad je izvršeno smatrano krivičnim delom prema opštim pravnim načelima priznatim u međunarodnom pravu“. Radi preduzimanja gonjenja u potonjoj

⁴⁷ *Zakon o krivičnom postupku Njemačke*, (prevod E. Avdić), University Press/ Magistrat, Sarajevo, 2011. Tako, u § 153c st. 1 tač. 1 stoji da tužilaštvo može odustati od gonjenja za: „dela koja su učinjena van područja važenja ovog zakona ili su učinjena od strane saučesnika radnjom na području koje je van područja važenja ovog zakona“, dok je stavom 3 istog člana propisano da „Tužilaštvo može odustati od gonjenja krivičnih djela koja su izvršena na području važenja ovog zakona radnjama počinjenim izvan područja važenja, ako bi provođenje postupka izazvalo teške negativne posljedice za Saveznu Republiku Njemačku ili ako bi za gonjenje postojale prepreke prevladavajućih općih interesa“. U § 153f je između ostalog propisano da: „Tužilaštvo može odustati od gonjenja krivičnog djela koje je kažnjivo prema § 6 do § 14 Međunarodnog krivičnog zakona, u slučajevima iz § 153c st. 1 tač. 1 i 2, ako osumnjičeni ne boravi ili se ne očekuje da će boraviti u zemlji“.

⁴⁸ A.I. Rarog (red.), *Komentariū k Ugolovnomu kodeksu Rossijskoj Federacii*, Prospekt, Moskva, 2007., str. 18.

⁴⁹ „Službeni glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009.

situaciju potrebno je odobrenje republičkog javnog tužioca, s tim da nije relevantan zakon zemlje u kojoj je krivično delo učinjeno.

4. Iz svega napred navedenog možemo zaključiti da je princip univerzalnog važenja krivičnog zakonodavstva poprilično „smekšao“ tradicionalni krivičnopravni pristup utemeljen na krutom učenju o državnom suverenitetu. To što se ovaj princip različito reguliše u uporednom krivičnom pravu, što će reći da mu je od države do države dat različit domet važenja, ne može nas ipak dovesti do drugačijeg zaključka. Jer, videli smo da neke države taksativno, po sistemu *numerus clausus*-a, određuju koja krivična dela potpadaju pod univerzalni princip, druge isti vezuju samo za obaveze iz međunarodnih konvencija, a treće za sva dela određene težine koja se opredeljuje visinom zaprećene kaznom. Značaj principa univerzalnog važenja krivičnog zakonodavstva ne umanjuje ni to što je u pitanju princip koji se supsidijerno primenjuje, koji u najvećem broju slučajeva zahteva prisustvo učinioca u državi foruma, kao ni to što se veoma često veže za „neuspele“ ekstradicije, koje se, pak, u dobrom delu temelje na političkim odlukama države.

Sušтина je, po našem mišljenju, u tome da postoje određena krivična dela kojima se atakuje na određene civilizacijske vrednosti, vrednosti koje su zajedničke celom čovečanstvu. Upravo u tome leži srž univerzalnog principa. On omogućava, tačnije daje normativne okvire za preduzimanje efikasnih akcija protiv učinilaca takvih zlodela. Bez obzira što menjaju mesto svoga boravka iz jedne u drugu državu, postoji legislativni obrazac po kojem se učinioci takvih dela mogu „privesti pravdi“. Istupajući po principu univerzalnog važenja države, prema tome, više ne brane samo svoje nacionalne interese. Brane nešto mnogo više – celo čovečanstvo. Time se, kratko rečeno, prelaze granice državne suverenosti i akcenat se stavlja na ta viša, civilizacijska dobra i vrednosti.

Još nešto. Kako države zaključuju brojne međunarodne ugovore, a neki od njih se odnose i na krivičnopravnu materiju, što stvara obavezu za odnosne države da u unutrašnjem pravu inkriminišu određena ponašanja čija opasnost prelazi nacionalne okvire (zbog toga je i bila potrebna međunarodna akcija koja je rezultirala sklapanjem takvog ugovora – tzv. međunarodna krivična dela *largo sensu*), postiže se svojevrsna harmonizacija krivičnog zakonodavstva na nekom, uslovno rečeno svetskom nivou. Primeri su ovoga su brojni. Terorizam, transnacionalni organizovani kriminalitet, trgovina narkoticima, pranje novca, korupcija, ekološki kriminalitet, sajber kriminalitet itd. Takav trend predstavlja konstrukciju koja bi mogla da „utaba put“ nekoj široj primeni univerzalnog principa.

*Senad F. Ganić, Ph.D., Assistant Professor
State University of Novi Pazar
Department of Law Sciences*

*Emir A. Ćorović, Ph.D., Assistant Professor
State University of Novi Pazar
Department of Law Sciences*

The Principle of Universal Validity of Criminal Legislation and the Issue of State Sovereignty

Abstract: *Ius puniendi* represents one of the features of the state sovereignty. Therefore, the criminal law, as a normative mechanism used by the state for its rights to punishment, is closely related to the doctrine of state sovereignty. However, this bond is not so rigid as in the traditional system of criminal law and one of the factors, that has contributed, is the principle of the universal validity of criminal law.

In this paper we have tried to explain the principle of the universal validity of criminal legislation providing the state courts to cross the boundaries of protection its own i.e. national values, goods and interests through its implementation. Namely, the universal principle provides the opportunity for the state courts to protect certain supranational goods, values and interests that represent common heritage of humanity, more precisely the civilization we live in. Protecting those goods, values and interests the state courts become more than national state organ – they have become a sort of “international community organs”. We came to this conclusion following the genesis of the universal principle, in particular by analyzing appropriate international documents that have formed this principle.

We have referred to comparative legal regulations of the universal principle in the paper. Even though it differs worldwide, there is an impression that existing regulation of the universal principle of legislation offers possibility of adequate protection of the most important goods of humanity.

Key words: *criminal law, state sovereignty, universal principle.*

*Dr Maša Kulauzov, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

PROPISI O PORODIČNOJ ZADRUZI DONETI NAKON STUPANJA NA SNAGU SRPSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA 1844. GODINE¹

Sažetak: Autor u radu vrši istorijskopравnu analizu propisa o porodičnoj zadruzi donetih nakon stupanja na snagu Srpskog građanskog zakonika 1844. godine. Kako za sve vreme važenja srpske kodifikacije nije donet poseban zakon o porodičnoj zadruzi, mišljenja smo da podzakonski akti koji detaljnije regulišu pojedine aspekte zadružnog života zaslužuju posebnu pažnju. Pri tom se putem ovih propisa ne menja osnovni smisao i sadržina odredaba o zadružnoj porodici koje se nalaze u petnaestoj glavi drugog dela SGZ – a. Oni predstavljaju samo dopunu i razradu normi o kućnoj zadruzi sadržanih u kodeksu, te su tako i doneti sa ciljem da olakšaju primenu zakonskih članova u sudskoj praksi i obezbede njihovo ispravnije tumačenje.

Ključne reči: Porodična zadruga, Srpski građanski zakonik, propisi o porodičnoj zadruzi, imovinska prava zadrugara, nasledna prava ženske dece, deobe porodičnih zadruga.

Iako su krupne promene svojinskih odnosa i ukupan privredni progres delovali razorno na patrijarhalne forme života čiji je porodična zadruga izraziti predstavnik, ona je ipak kroz čitav XIX vek predstavljala dominantan oblik porodice u srpskoj seoskoj sredini. Zato joj je autor *Srpskog građanskog zakonika* od 1844. godine znameniti pravnik Jovan

¹ Rad je nastao kao rezultat naučnog angažovanja na projektu Pravnog fakulteta u Novom Sadu pod nazivom "Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)" u 2013. godini.

Hadžić² posvetio čitavo poglavlje kodeksa od dvadeset tri člana koji se odnose na sve važne aspekte života u patrijarhalnoj porodici.³ Ipak, kako je nemoguće tako kompleksan institut kao što je porodična zadruga regulisati na sveobuhvatan način samo jednim pravnim aktom, javila se potreba za donošenjem podzakonskih propisa u kojima bi bila objašnjena i preciznije regulisana pojedina zakonska rešenja. Tim pre su ovakva objašnjenja bila neophodna stoga što je autor SGZ – a uneo izmene u sve bitne segmente porodične zadruge i značajno promenio njenu običajnopravnu prirodu. Tako je u prvim decenijama nakon donošenja *Srpskog građanskog zakonika* usvojen niz rešenja, ukaza i uredbi koji bliže uređuju pojam i pravnu prirodu porodične zadruge, imovinska i nasledna prava zadrugara, njihove poreske obaveze, pravo nasleđivanja ženske dece, status udovica u porodici i zadružne deobe. Svi ovi dokumenti objavljeni su u *Zborniku zakona, uredbi i uredbenih ukaza* kao službenom zborniku pravnih propisa donetih u Kneževini i Kraljevini Srbiji počev od 1839. godine pa do početka Prvog svetskog rata. Imajući u vidu raznovrsnost tih pravnih propisa kao i njihov značaj za razumevanje karaktera i suštine porodične zadruge, u radu je dat celovit prikaz podzakonskih akata o zadruzi, a potom i izvršena njihova istorijskoppravna analiza.

I

Ubrzo po donošenju *Srpskog građanskog zakonika* ukazala se potreba za preciznijim određenjem pojma i pravne prirode porodične zadruge, s obzirom da su odredbe *Zakonika* koje sadrže definicije patrijarhalne porodice u izvesnoj meri protivrečne i nedovoljno jasne. Tako je u članu 57 navedeno: „Pod zadrugom ili zadružnom kućom razumeva se više lica punoletnih samih ili sa svojim potomstvom u zajednici živećih.”⁴ Potpuna definicija ovih proširenih porodičnih zajednica nalazi se u paragrafu 507: „Zadruga je onde, gde je smesa zajedničkog života i imanja svezom srodstva ili usvojenjem po prirodi osnovana ili utvrđena. Zadruga zove se

² Više o Jovanu Hadžiću i njegovom kodifikatorskom radu u oblasti privatnog prava vidi M. Kulauzov, *Kritike Srpskog građanskog zakonika od 1844. godine s posebnim osvrtom na odredbe o porodičnoj zadruzi*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, XLVI 1/2012, str. 427 – 436.

³ V. o tome petnaestu glavu drugog dela *Zakonika* koja nosi naslov *O nasledstvenim pravima i odnošenjima u zadruzi* u G. Niketić, *Građanski zakonik Kraljevine Srbije protumačen odlukama odeljenja i opšte sednice Kasacionoga suda*, Beograd 1922, str. 312 – 326. U daljem tekstu: *Srpski građanski zakonik*.

⁴ *Srpski građanski zakonik*, str. 32.

i *kuća* ili *kuća zadružna* za razliku od inokosne.“⁵ Kako u članu 507 koji predstavlja osnovnu odredbu o zadrugi nije navedeno da zadruga postoji samo među punoletnim licima, ukazom od 16. maja 1845. godine je u tom smislu dopunjen i protumačen i paragraf 57 *Zakonika*. Navedenim podzakonskim aktom je precizirano da ne postoje nikakve zakonske prepreke da nakon smrti punoletnih lica zadruga nastavi da postoji i među njihovim maloletnim potomstvom. Čak se u članu 507 kojim počinje petnaesta glava drugog dela *Zakonika* koji nosi naslov *O nasljedstvenim pravima i odnošenjima u zadrugi* punoletstvo ni ne pominje kao konstitutivni element patrijarhalne porodice. Bitni uslovi za postojanje kućne zadruge su, prema navedenoj odredbi, zajednički život, imanje i krvno ili civilno srodstvo zadrugara.⁶ Iako u pomenutom ukazu to nije deciderano navedeno, osnovano se može pretpostaviti da se ova dopuna odnosi samo na maloletna lica muškog pola jer se žene ne smatraju članovima zadruge. S obzirom da one napuštaju svoju srodničku patrijarhalnu porodicu nakon udaje, priznavanje punopravnog statusa zadrugara i ženama vodilo bi slabljenju zadrughnih kuća.⁷

Radi ispravnijeg tumačenja člana 507 SGZ – a, u rešenju od 22. maja 1852. godine je istaknuto da porodična zadruga postoji samo ukoliko se radi o zajednici života i imanja među krvnim ili barem civilnim srodnici. Ako više nesrodnih lica živi i radi na zajedničkom imanju to je sveopšti ortakluk bez naročitog ugovora, jer u tom slučaju nedostaje srodstvo kao konstitutivni element zadruge.⁸

Prema definiciji porodične zadruge sadržanoj u paragrafu 507 *Zakonika*, jedan od bitnih uslova za njeno postojanje je i zajednica imanja zadrugara. Međutim, pored udela u zadrughnim dobrima, svaki član zadruge ima i svoju posebnu imovinu – *osobinu* koja se nalazi u njegovoj punoj privatnoj svojini i sa kojom on može sasvim slobodno raspolagati (čl. 509). Osim predmeta za ličnu upotrebu nju čini i ono što je zadrugar izvan kuće trudom, srećom ili slučajem stekao. Prema članu 511 *Zakonika* on je mogao te stvari zadržati samo ukoliko bi se odrekao prava na udeo u zadrughnoj imovini.⁹ Ovaj paragraf je ubrzo izmenjen ukazom od 7. februara 1847. godine. U njemu je istaknuto da je pravo na deo u porodič-

⁵ Isto, str. 312.

⁶ *Ukaz od 16. maja 1845. godine, Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbskom*, III, Beograd 1847, str. 37.

⁷ V. o tome Ž. Perić, *Zadrughno pravo po Građanskom zakoniku Kraljevine Srbije*, deo I, Beograd 1924, str. 26 – 30.

⁸ *Rešenje od 22. maja 1852. godine, Sbornik zakona i uredbi i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbiji*, VI, Beograd 1853, str. 103 – 104.

⁹ *Srpski građanski zakonik*, str. 315 – 316.

nom imanju osnovno imovinsko pravo zadrugara kojeg on ni u kom slučaju ne može biti lišen. Za vreme dok boravi van zadruge on jedino gubi ovlašćenje da učestvuje u deobi prinovka i priploda stečenog u toku njegovog odsustva.¹⁰ Ovakvo je tumačenje člana 511 SGZ – a jedino pravično ukoliko se ima u vidu da, prema odredbi člana 513 zadrugar koji samovoljno, dakle bez saglasnosti ostalih ukućana napusti svoju patrijarhalnu porodicu i ne vrati se u nju u narednih godinu dana, gubi samo pravo na priplod stečen u njegovom odsustvu a ne i na smesnički deo koji je njegova prava sopstvenost.¹¹ Dakle kako ni kršenje zadružne discipline i pravila ponašanja u proširenoj porodici njenim svojevoljnim napuštanjem nije sankcionisano gubitkom udela u zadružnom imanju, tim pre za to ne bi bilo prostora u slučaju opisanom u članu 511 s obzirom da se ovde radi o potpuno zakonitom i savesnom sticanju privatne imovine.

Svi zadrugari koji poseduju *osobinu* plaćaju porez na imovinu, ali su u *Zakonu o porezu* predviđene brojne poreske olakšice za zadrugu. Tako, ukoliko u kući živi četiri ili pet poreskih obveznika jedan se oslobađa plaćanja poreza, na šest ili sedam obveznika dva su oslobođena ove obaveze, na osam ili devet zadrugara tri člana zadruge, a na svaki sledeći višak od dve poreske glave po jedno lice. Ukoliko otac živi u zadruzi sa dva sina koji su poreski obveznici jedan se oslobađa plaćanja poreza, i to oslobođenje je trajno i važi i nakon smrti drugog sina (član 5, odsek III, tačke 6 i 7). U članu 11 *Zakona* propisano je da svi neoženjeni muškarci, koji služe kod drugog za godišnju platu veću od dve stotine četrdeset groša čaršijskih plaćaju tzv. „bećarski danak“. Obveznici ovog poreza dele se u četiri klase, tako da prva plaća devetnaest cvancika, druga klasa devet, treća šest i četvrta tri cvancika godišnje (čl. 12 st. 1).¹² Uredbom od 20. decembra 1839. godine bliže je određeno da se pod „bećarima“ podrazumevaju neoženjene sluge kod trgovaca i majstora kao što su: kalfe, poslužitelji u kafanama, kočijaši, momci na lađama i slično. Kako nemaju kuće ni baštine stiču godišnji prihod služeći kod drugog i na tu zaradu plaćaju danak.¹³ Privilegovan položaj zadruge u domenu poreskog zakonodavstva vidljiv je i na osnovu izmene člana 11 *Zakona o porezu* od 1864. godine predviđene u zakonu od 21. oktobra 1871. godine. Pomenutim zakonom

¹⁰ *Ukaz od 7. februara 1847. godine, Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbskom*, IV, Beograd 1849, str. 5 – 6.

¹¹ *Srpski građanski zakonik*, str. 317.

¹² *Zakon o porezu od 2. oktobra 1864. godine, Zbornik zakona i uredba izdani u Knjažestvu Srbiji*, XVII, Beograd 1865, str. 281 – 283.

¹³ *Uredba, kako će se od sad i od bećara danak uzimati od 20. decembra 1839. godine, Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbskom*, I, Beograd 1840, str. 177 – 178.

oslobođeni su plaćanja bećarskog danka neoženjeni članovi zadružnih zemljoradničkih kuća koji, po uverenju opštinskih vlasti, služe po selima u korist zadruge.¹⁴

Za razliku od neoženjenih zadrugara koji su oslobođeni plaćanja poreza, činovnici koji žive u porodičnoj zadruzi sa svojim ocem nisu nikad ni bili poreski obveznici. Uredbom od 19. oktobra 1855. godine propisano je da činovnici koji žive u zadružnom stanju sa ocem koji je poreski obveznik ne plaćaju porez, jer ne poseduju nepokretnu imovinu. Tek nakon očeve smrti oni postaju sopstvenici nepokretnosti na koje plaćaju činovnički danak.¹⁵ Iako činovnici vrše plaćenu državnu službu nisu poreski obveznici jer prema pravilima od 12. marta 1841. godine ne plaćaju porez na prihod već samo na nepokretno imanje.¹⁶

Propisi u kojima je predviđeno da činovnici koji žive u zadruzi sa ocem na plaćaju porez jasno ilustruju stav koji je u pogledu prirode zadružne svojine zauzet u zakonodavstvu po donošenju SGZ – a. Naime, odredbe *Građanskog zakonika* o karakteru zadružne svojine su međusobno protivrečne. U članovima 508 i 510 patrijarhalna porodica se najdoslednije tretira kao pravno (moralno) lice koje je nosilac prava svojine na zadružnoj imovini. Izuzev *osobine* pojedinih ukućana, sva ostala dobra se nalaze u kolektivnoj, zajedničkoj svojini celog zadružnog domaćinstva. I dok je u navedenim odredbama zadružna svojina definisana kao kolektivna, u članovima 515, 521 i 522 *Zakonika* ona se posmatra kao susvojina. Svaki zadrugar je sopstvenik svog udela u zadružnoj imovini (čl. 522), koji može zadužiti (čl. 515) ili, pak, raspolagati njim za slučaj smrti (čl. 521).¹⁷ Kako je uredbom od 1855. godine otac činovnika – zadrugara tretiran kao suvlasnik zadružnih nepokretnosti, čiji udeo u zadružnim dobrima nakon njegove smrti prelazi na sinove – činovnike, jasno je da je u navedenom propisu zadružna svojina tretirana kao susvojina sa tačno opredeljenim udelima zadrugara u njoj. Da je zadružna svojina tretirana kao kolektivna, zajednička svojina cele kuće, do nasleđivanja nakon smrti oca ne bi ni došlo, jer on u tom slučaju ne bi ni imao nepokretnog imanja koje bi nakon smrti pripalo njegovim sinovima.

Isti stav o zadružnoj svojini kao susvojini zauzet je i u novom *Zakonu o neposrednom porezu* od 14. juna 1884. godine. U njemu je članom

¹⁴ *Zakon od 21. oktobra 1871. godine, Zbornik zakona i uredaba izdani u Knjažestvu Srbiji*, XXIV, Beograd 1871, str. 39 – 40.

¹⁵ *Uredba od 19. oktobra 1855. godine, Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukazi izdani u Knjažestvu Srbiji*, VIII, Beograd 1856, str. 91 – 92.

¹⁶ Čl. 5 st. 1 *Pravila od 12. marta 1841. godine, Sbornik zakona, uredba i uredbeni ukazi izdani u Knjažestvu Srbskom*, II, Beograd 1845, str. 33.

¹⁷ *Srpski građanski zakonik*, str. 314 – 319.

60 predviđeno da svaki zadrugar plaća polovinu iznosa koji na ime ličnog poreza plaća njegov zadrudni starešina. Obveznici su podeljeni u pet klasa i plaćaju porez u iznosu od četiri, osam, dvanaest, osamnaest ili dvadeset četiri dinara (čl. 58).¹⁸ Plaćanje poreza zasniva se na pretpostavci da poreski obveznik poseduje nepokretnosti ili ostvaruje prihod kako bi izmirio svoju obavezu prema državi. Da je porodična zadruga *Zakonom* tretirana kao pravno lice čija se dobra nalaze u zajedničkoj svojini cele kuće, poreska odgovornost nikad ne bi mogla biti individualizovana na način kako je to učinjeno u propisu od 1884. godine.

Pravo svojine na zadrudnim nepokretnostima pripadalo je isključivo muškim članovima patrijarhalne porodice, s obzirom na to da žene nikada nisu mogle steći status punopravnog zadrugara. One nisu imale pravo da sudeluju u donošenju odluka bitnih za opstanak zadruge, sklapaju pravne poslove, raspolazu zadrudnim nepokretnostima niti da zahtevaju zadrudnu deobu. Smatralo se, naime, da bi priznanje zadrugarskog statusa ženama vodilo cepanju porodične zadruge i deobi porodične imovine, jer je njihovo članstvo u zadruzi obično privremeno. Devojke nakon udaje napuštaju svoju zadrudnu kuću, a udate žene se po prestanku braka ili nakon smrti muža često vraćaju svojoj srodničkoj porodici, naročito ako su još uvek dovoljno mlade da se ponovo udaju.

Iz navedenih razloga je rešenjem od 7. februara 1847. godine propisano da kći umrloga u zadrudnom stanju, i kad nema muške dece, ne nasleđuje zadrudni imetak svog oca, već on ostaje zadruzi kao najprečem nasledniku. Zadrudna kuća je dužna kćer umrloga izdržavati i kad dođe vreme pristojno udati, prema postojećem običaju, kao što tu obavezu ima i onaj ko nasledi imanje umrloga u inokosnom stanju. Dalje je konstatovano da ovo rešenje predstavlja odstupanje od člana 527 SGZ – a prema kojem u slučaju nasleđa i deobe u zadruzi treba postupati po opštim pravilima o nasleđu i deobi.¹⁹ Ta opšta pravila sadržana su u članu 400 SGZ – a koji glasi da u slučaju da nema muške dece, ženska deca nasleđuju jednake delove očevog imanja.²⁰ Na mesto umrle kćeri stupaju njeni potomci po načelu reprezentacije (predstavljanja). Rešenjem od 1847. godine je protumačen smisao odredbe člana 529 kojim je predviđeno da devojke u zadruzi imaju pravo na izdržavanje i udaju prema postojećem običaju.²¹ Navedenim propisom je sada precizirano da takav pravni režim

¹⁸ *Zakon o neposrednom porezu od 14. juna 1884. godine, Zbornik zakona i uredba izdatih u Kraljevini Srbiji*, 40, Beograd 1884, str. 308 - 309.

¹⁹ *Srpski građanski zakonik*, str. 322.

²⁰ Isto, str. 239.

²¹ Isto, str. 323.

ne važi samo za devojke čiji su očevi članovi zadružnog domaćinstva već i za kćeri umrlih zadrugara, i da one ne polažu nikakva prava na očev udeo u zadružnim nepokretnostima.²²

Lišenje ženske dece naslednih prava je nesumnjivo bilo izuzetno nepravično, a sigurno nije bilo ni u skladu sa očevom voljom da njegovo imanje umesto kćeri naslede ponekad i vrlo daleki srodnici. Ipak ovakvo rešenje je doprinosilo očuvanju celovitosti zadružnog imanja, jer bi priznanje naslednih prava ženskoj deci nesumnjivo vodilo cepanju i raspoređivanju zadružne imovine.

Udovica u zadruzi ne nasleđuje svog pokojnog muža ali ima pravo plodouživanja na njegovom delu u zadružnoj imovini do preudaje ili povratka svojim roditeljima (čl. 523 – 525).²³ Rešenjem od 28. jula 1849. godine precizirano je da, s obzirom da udovica ne nasleđuje svog supruga, ni majka ne polaže pravo na deo svog sina koji je umro u zadružnom stanju. Njihov pravni položaj je u naslednopravnoj materiji izjednačen, te tako i majka ima plodouživanje na sinovljevoj imovini do smrti ili preudaje.²⁴

Uskraćivanje naslednih prava udovici i majci zadrugara predstavlja još jedan izuzetak od opšteg pravila o intestatskom nasleđivanju u zadruzi, na koje se primenjuju pravila o nasleđivanju u inokosnim kućama (čl. 527 SGZ – a). Tako u inokosnoj porodici majka nasleđuje imetak svog sina ukoliko on nema muškog ni ženskog potomstva, oca, braće ni njihove dece. U tom slučaju majka deli imanje umrlog sina na jednake delove sa njegovim sestrama (čl. 402 SGZ – a).²⁵ Ukoliko ostavilac nije imao krvnih srodnika do šestog stepena srodstva u pravoj liniji i četvrtog stepena u pobočnoj, imanje nasleđuje udovica (čl. 408 SGZ – a).²⁶

Izuzeci od ovih opštih pravila o nasleđivanju predviđeni su u zadružnoj porodici sa istim ciljem sa kojim i isključenje ženske dece iz nasleđa, a to je očuvanje porodične zadruge i celovitosti njene imovine.

Pozivajući se na član 24 kodeksa koji glasi: „Ko pravo kakvo uživa, mora i breme skopčano s njim nositi“²⁷, rešenjem od 6. juna 1853. godine propisano je da je udovica koja živi u zadruzi dužna da, shodno svojim mogućnostima, doprinosi uvećanju zadružnih dobara i, uopšte uzev, zadruzi na svaki način pomaže. U prvom redu da iz dela imovine na kojem

²² Rešenje od 7. februara 1847. godine, *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbskom*, IV, Beograd 1847, str. 6 – 7.

²³ *Srpski građanski zakonik*, str. 319 – 321.

²⁴ Rešenje od 28. jula 1849. godine, *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbiji*, V, Beograd 1853, str. 49.

²⁵ *Srpski građanski zakonik*, str. 239.

²⁶ Isto, str. 242.

²⁷ Isto, str. 13.

ima plodouživanje doprinosi izdržavanju preostalih devojaka u zadruzi, kao i sticanju devojačke spreme i miraza za njih.²⁸

I dok su majke i udovice ostale trajno lišene naslednih prava, u slučaju ćerki umrlog zadrugara prednost je data razlozima pravičnosti u odnosu na argumente ekonomske prirode. Tako je rešenjem od 28. novembra 1859. godine dopunjen član 529 *Zakonika* u tom smislu da su ženska deca umrlog zadrugara koji nema sinova dobila pravo da naslede zadrugarsko imanje svog oca. Ukoliko se očeva imovina sastojala od nepokretnosti, zadruga je imala pravo da im, umesto u naturi, isplati njihov deo u novcu, nakon što veštak proceni vrednost zaostavštine.²⁹ Usvajanjem ove izmene člana 529 SGZ - a prestalo je da važi rešenje od 7. februara 1847. godine prema kojem je zadruga najpreči naslednik umrlog zadrugara koji nije za sobom ostavio muške dece.

II

U Srbiji su deobe porodičnih zadruga znatno olakšane nakon donošenja *Srpskog građanskog zakonika*. Nepostojanje neotuđivog porodičnog stžera koji se prenosi sa predaka na potomke, kao i mogućnost svakog odraslog zadrugara da istupi iz svoje patrijarhalne porodice izdvojivši pri tom svoj udeo u zadrugarskom imanju (čl. 492 *Zakonika*)³⁰, ubrzali su i pojednostavili razvrgnuće porodičnih zajednica. Ministarstvo pravde izdalo je 18. februara 1846. godine cirkular u kojem je navedeno da bi uskraćivanje deobe zadrugarima predstavljalo ozbiljno kršenje njihovih ličnih i imovinskih prava. U cirkularu je naglašeno da niko ne može biti primoran da, protiv svoje volje, živi u zajednici sa drugim licima. Čak ni deca ne mogu biti primorana da nakon punoletstva nastave život sa roditeljima. Ukoliko bi se zadrugari odlučili za deobu i pokrenuli deobni postupak pred sudom, sudija ni u kom slučaju ne može odbiti da sprovede podelu kućne zadruge. On je samo dužan da ukaže srođnicima na prednosti zadrugarskog života, i pokuša da ih odvrati od lakomislenih i bezrazložnih deoba, ali ukoliko stranke i dalje na njoj insistiraju, obavezan je da deobu izvrši.³¹

²⁸ Rešenje od 6. juna 1853. godine, *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbiji*, VII, Beograd 1854, str. 54 – 55.

²⁹ Rešenje od 28. novembra 1859. godine, *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukazi izdani u Knjažestvu Srbiji*, XII, Beograd 1859, str. 96.

³⁰ *Srpski građanski zakonik*, str. 303.

³¹ V. pod odrednicom *Zadruga*, *Cirkular Popečiteljstva pravosudija od 18. februara 1846. godine*, *Rečnik zakona, uredba i uredbeni propisi izdani u Knjažestvu Srbiji od 1827. do polovine 1854. god.*, priredio Đ. Petrović, Beograd 1856, str. 86 – 87.

S obzirom na ubrzano propadanje i osiromašenje razdruženih seljaka izazvano olakim i masovnim deobama, uskoro su propisana i prva ograničenja zadružnih podela i strožija deobna procedura. Tako je Ministarstvo pravde 22. juna 1846. godine donelo rešenje, koje je imalo za cilj da spreči olake deobe iz „malovažnih uzroka“. Ovim rešenjem se nalaže zadrugarima da o svojoj nameri da se podele obaveste sreskog načelnika. On je, pak, sa svoje strane, dužan da ispita razloge deobe, pa ako utvrdi da nisu značajni, da nastoji da ubedi zadrugare da odustanu od svoje namere. Ukoliko se sreski načelnik, nakon razgovora sa seoskim kmetovima uveri da postoje važni i osnovani razlozi za podelu zadružnog domaćinstva, te da su zadrugari odlučni u svojoj nameri da se podele, obavestiće o tome okružnog načelnika. Okružni načelnik će dozvoliti deobu ako utvrdi da je sreski načelnik iskoristio sve argumente da ubedi zadrugare kako je za njih bolje da ostanu u zajednici. U suprotnom, uputiće ga da još jednom pokuša da ubedi ukućane da se ne dele. Ministarstvo neće sprečavati podelu onih zadružnih kuća koje su toliko bogate i velike da bi nakon deobe svaki bivši ukućanin imao dovoljno sredstava za pristojan život. Ukoliko bi se zadrugari obratili sudu nekim drugim povodom, pa sud u toku postupka ustanovi da bi za njih bilo bolje da se podele, dužan je da se prilikom sprovođenja deobe pridržava ograničenja navedenih u ovom rešenju. Samovoljna deoba zadrugara iz malovažnih uzroka je kažnjiva. Pod malovažnim uzrocima Ministarstvo pravde podrazumeva sporadične svađe i manje nesporazume među ukućanima. Naročito ukoliko su pri tom i mlađi i neiskusni, stari i bolešljivi ili lošeg imovinskog stanja pa bi deoba za njih imala samo štetne posledice. Važni i osnovani uzroci su dugotrajna mrzost i nesloga, loše postupanje starijih sa mlađima i neopravdano prisvajanje dobara koje su mlađi zadrugari svojim radom i trudom pošteno stekli.³²

* *

*

Autor *Srpskog građanskog zakonika* Jovan Hadžić uneo je izmene u sve bitne segmente porodične zadruge i značajno promenio njen karakter. Putem propisa donetih nakon stupanja na snagu kodifikacije još više su naglašene razlike između zakonske koncepcije patrijarhalne porodice i njene tradicionalne običajnopravne prirode. U pogledu karaktera imovine porodične zadruge, odstupanje od kolektivne svojine predviđene nepisa-

³² V. pod odrednicom *Zadruga*, *Visočajše rešenje Popečiteljstva pravosudija* od 22. juna 1846. godine, *Rečnik zakona, uredba i uredbeni propisa izdani u Knjažestvu Srbiji od 1827. do polovine 1854. god.*, priredio Đ. Petrović, Beograd 1856, str. 84 – 86.

nim pravom naročito je uočljivo u uredbi u kojoj je propisano da činovnici koji žive u zadruzi sa ocem ne plaćaju porez. Činovnici postaju poreski obveznici nakon smrti oca, kada nasleđuju njegov udeo u zadružnim nepokretnostima. Pomenutim propisom je jasno izražen stav da je umrli zadrugar u ovom slučaju nosilac prava svojine na delu zadružnog imanja, što je u suprotnosti sa kolektivnim karakterom zadružne svojine karakterističnim za običajno pravo.

Priznanje naslednih prava ženskoj deci na zadružnim nepokretnostima koje ona po običajnom pravu nisu imala, vodilo je rasparčavanju i usitnjavanju zadružne imovine. Devojke nakon udaje po pravilu napuštaju svoju srodničku zadrugu i tom prilikom izdvajaju svoj deo u zadružnom imetku ako kuća nije u mogućnosti da im isplati vrednost njihovog udela u novcu. Pored ovih delimičnih zadružnih podela uslovljenih istupanjem ženskih ukućana iz patrijarhalne porodice, i potpune deobe kućnih zadruga su postajale sve učestalije. Za razliku od običajnog prava prema kojem je deoba smatrana za veliku štetu i sramotu i dozvoljavana samo izuzetno, rešenjem od 1846. godine je zabranjena samo podela iz malovažnih uzroka, a i to jedino ukoliko su zadruge malobrojne i siromašne tako da bi razvrgnućem zajednice bio ugrožen opstanak razdruženih članova.

U uslovima razvoja privatne svojine i tržišne konkurencije prisilno održavanje preživelih formi patrijarhalnog života poput porodičnih zadruga dovelo bi samo do umnožavanja potajnih i samovoljnih deoba i, kao njihove posledice, neregulisanog imovinskog statusa zadrugara. Da bi se neumitne zadružne podele odvijale u zakonskim okvirima olakšane su deobe, što nikako ne znači da su doneti propisi imali za cilj uništenje porodičnih zadruga. Naprotiv, ovi akti su usvojeni sa namerom da unesu red u postojeće zadružne odnose i regulišu pravni položaj razdruženih zadrugara. S druge strane, priznavanje suvlasničkih udela zadrugara na kućnoj imovini i naslednih prava ženske dece imalo je za svrhu da omogući opstanak zadružnih porodica u bitno drugačijim društveno – ekonomskim uslovima kakvi su nastupili u Srbiji u XIX veku.

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

Regulations on *Zadruga* Enacted after Introduction of Serbian Civil Code in 1844

Abstract: *Regulations on so – called *zadruga* (extended family, common among South Slavs) enacted after introduction of Serbian Civil Code in 1844, are examined in this paper. As *zadruga* was a dominant family structure in Serbia throughout XIX century, various rules regarding all important aspects of life in extended families were passed. Having in mind widespread existence and durability of *zadrugas*, significance of these regulations is emphasized in the article. Therefore, numerous provisions regulating legal nature of *zadruga*, property rights of *zadruga*'s members, rights of succession of female children and divisions of *zadrugas* are scrutinized and critically analyzed. The author also indicates all major changes of traditional, customary law nature of *zadruga* that had taken place in legislation on *zadruga*'s aiming to preserve extended families in considerably different social circumstances of XIX century.*

Key words: *Zadruga, Serbian Civil Code, regulations on *zadruga*, property rights of *zadruga*'s members, rights of succession of female children, divisions of *zadrugas*.*

*Dr Atila Dudaš, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

PRAVNA RELEVANTNOST CILJA UGOVORA U NEMAČKOM PRAVU*

Sažetak: *Za razliku od Francuskog građanskog zakonika, Nemački građanski zakonik spada u red tzv. antikauzalističkih zakonika, jer u njemu cilj radi kojeg strane zaključuju ugovor, tj. kauza ugovora nije uobličena u pozitivnopravni institut, kao jedna od pretpostavki nastanka i punovažnosti ugovora. Upravo zbog toga što kauza ugovora nije uređena u Zakoniku, poseban značaj dobija pitanje dejstva apstraktnih pravnih poslova. Zakonik poznaje više vrsta apstraktnih pravnih poslova ili pravnih radnji, od kojih su po svom značaju svakako najvažniji obećanje duga (Schuldversprechen) i priznanje duga (Schuldannerkennung), jer je njihova apstraktnost najizraženija. Međutim, ni kod ovih pravnih poslova se ne prekida veza sa ciljem obavezivanja, jer u slučaju njegovog neostvarenja postoji mogućnost zahtevanja povraćaja datog pozivom na pravila neosnovanog obogaćenja.*

Iz činjenice da u Nemačkom građanskom zakoniku pitanje cilja ugovora nije izričito uobličeno u pozitivnopravni institut ne može se zaključiti da je ono i pravno irelevantno. Cilj radi kojeg strane zaključuju ugovor dobija pravnu relevantnost u dve svoje dimenzije: u vidu dopuštenog i u vidu nedopuštenog cilja. Zaključivanje pravnih poslova iz nedopuštenih pobuda Zakonik sankcioniše u kontekstu opštih granica slobode ugovaranja, pozivom na povredu dobrih običaja (gute Sitten), dok vršenje faktičkih ili pravnih radnji radi postizanja nedopuštenih ciljeva u kontekstu in-

* Članak je nastao kao rezultat rada na naučnoistraživačkom projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu pod nazivom *Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)* u okviru rada na individualnoj temi autora *Pravna relevantnost cilja ugovora*.

*stituta sticanja bez osnova. Dopušteni ciljevi strana dobijaju pravnu relevantnost kod mnogih instituta. Kod nekih Zakonik sadrži formulaciju koja ukazuje na potrebu utvrđivanja cilja radi kojeg je pravni posao zaključen, dok je kod drugih ovu potrebu utvrdila sudska praksa ili pravna nauka. Utvrđivanje tog cilja služi saniranju posljedica otpadanja ili obezbeđenju ostvarenja cilja obavezivanja strana. Od pravnih instituta kod kojih pravni značaj dobijaju dopušteni ciljevi radi kojih su strane zaključile pravni posao ili učinile pravnu radnju po svom značaju se svakako izdvajaju otpadanje osnova pravnog posla (*Störung der Geschäftsgrundlage*), posebni slučajevi prestanka ugovora zbog ostvarenja cilja ugovora nezavisno od radnje dužnika, poseban slučaj sticanja bez osnova koji nalaže obavezu povraćaja datog u slučaju neostvarenja rezultata obuhvaćenog ciljem činidbe i ništavost pojedinih odredaba opštih uslova poslovanja kojima se onemogućava ostvarenje svrhe ugovora.*

Ključne reči: *kauza ugovora, kauza ugovorne obaveze, osnov pravnog posla, Geschäftsgrundlage*

Uvodne napomene o pitanju pravne relevantnosti cilja (kauze) ugovora u Nemačkom građanskom zakoniku i nemačkoj doktrini

Za razliku od Francuskog građanskog zakonika, u Nemačkom građanskom zakoniku pitanje cilja ugovora nije pozitivnopravno uobličeno u institut osnova ugovorne obaveze, kao jedna od pretpostavki nastanka i punovažnosti ugovora, te se uobičajeno označava kao tzv. antikauzalistički građanski zakonik.¹ Redaktori Zakonika su smatrali da je predmet ugovora dovoljan da pokrije i polje koje kauzalisti rezervišu za kauzu.² Zakonik, zapravo, upotrebljava pojam sadržine ugovora kojim se postižu funkcije predmeta i kauze ugovora, te u njemu dolazi do spajanja ova dva instituta u jednu pravnu celinu.³ Tokom pripremnih radova na tekstu Zakonika vodila se teorijska debata o tome da li punovažnost ugovora treba uslovljavati nekom vrstom dozvoljenog pravnog cilja, posebno imajući u vidu činjenicu da je redaktorima na raspolaganju stajao Francuski građanski zakonik, koji punovažnost ugovora uslovljava postojanjem stvarne i dopuštene kauze, kao i bogata francuska literatura o ovom pojmu. Na jed-

¹ V. Jožef SALMA, *Obligaciono pravo*, šesto izdanje, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2009, str. 290.

² V. Oliver ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, peto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 258.

³ Ibidem.

noj strani su bili autori, na čelu sa Vindšajdom, koji su smatrali da na punovažnost ugovora treba da utiču i subjektivni motivi koji su stranu naveli na zaključenje ugovora, pod uslovom da je druga strana za njih znala. Odredbe prvog nacrtu Zakonika su inkorporirale Vindšajdovu teoriju uslova.⁴ Ovom subjektivističkom shvatanju se usprotivila druga struja u nemačkoj doktrini, predvođena Lenelom, koja je smatrala da punovažnost pravnog posla ne treba uslovljavati nijednim elementom van njegove objektivne sadržine.⁵ Na kraju je prevagnula potonja koncepcija.

Ni savremena nemačka literatura izričito ne smatra kauzu ugovora jednom od pretpostavki nastanka i punovažnosti ugovora. Uputno je, međutim, utvrditi da li u kontekstu drugih pojmova doktrina smatra pravno relevantnim cilj radi kojeg strane zaključuju ugovor. Tako se, na primer, Fikenčer, velikan savremene nemačke civilistike u svom sistematskom delu izričito gotovo nigde ne poziva na teoriju kauze. Ističe, međutim, da suštinu teretnog ugovora čini sinalagmatičnost obaveza, što znači da između obaveza strana postoji odnos uzajamnosti. U njemu se jedna strana obavezuje na ispunjenje činidbe, jer ima u vidu da se i druga strana obavezala na ispunjenje protivčinidbe.⁶ Smatra da svaki teretan ugovor predstavlja određeni skup i odnos ciljeva radi kojih se zaključuju.⁷ Ove ciljeve, objektivno uslovljene vrstom ugovora, naziva pravnim ciljem (*Rechtswert*) ili ciljem ugovora (*Zweck des Vertrages*), koji se razlikuje od motiva, pobuda za zaključenje ugovora, koje su subjektivne prirode i jednostrane.⁸ Cilj ugovora određuje granice njegovog važenja (*Geltungsgrenzen*)⁹, kao i okvir u kojima nastaje odgovornost strana po osnovu ugovora (*Haftungsgrenzen*)¹⁰.

⁴ V. §742. prvog nacrtu Nemačkog građanskog zakonika. Navedeno prema Vladimir KAPOR, *Neosnovano obogaćenje u građanskom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1951, str. 92.

⁵ V. Otto LENEL, *Die Lehre von der Voraussetzung*, Archiv für die civilistische Praxis, br. 74/1889, str. 213-239; Otto LENEL, *Nochmals die Lehre von der Voraussetzung*, Archiv für die civilistische Praxis, br. 79/1892, str. 49-107.

⁶ V. Wolfgang FIKENTSCHER, Andreas HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, de Gruyter Rechtswissenschaftsverlag, Berlin, 2006, str. 37.

⁷ V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 89. V. u istom smislu i Ulrich KLINKE, *Causa und genetisches Synallagma: zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983, str. 19; Wolfgang FIKENTSCHER, *Die Geschäftsgrundlage als Frage der Vertragsrisikos*, Beck, München, 1971, str. 23.

⁸ V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 89.

⁹ Kao primer Fikenčer navodi ugovor o kupoprodaji jedne obične orhideje po ceni od 5 evra. Ukoliko, međutim, prodavac naknadno sazna da se radi o jednoj vrlo retkoj i vrednoj orhideji čija je tržišna vrednost 1.500 evra, može da traži poništaj ugovora zbog bitne zablude. Fikenčer ističe da je poništaj ugovora pozivom na zabluđu u ovom slučaju opravdan, jer su prodajom retke i skupe orhideje po ceni od 5 evra probijene granice važe-

Međusobnu uslovljenost izjava strana kojima se obavezuju u teretnom ugovoru Fikenčer naziva izvornom sinalagmatičnošću (*genetisches Synallagma*).¹¹ Međutim, uslovljenost obaveza prati teretan ugovor sve do momenta njegovog prestanka i objašnjava specifične pravne institute, koji se primenjuju samo na ovu vrstu ugovora, kao što su prigovor neispunjenja ugovora i pravne posledice neispunjenja ili ispunjenja s nedostatkom. U kontekstu ovih pravnih instituta izvorna sinalagmatičnost teretnog ugovora dobija svoju produženu primenu, koju Fikenčer naziva funkcionalnom sinalagmatičnošću (*funktionelles Synallagma*).¹² Evidentna je podudarnost Fikenčerovog određenja teretnog ugovora i francuske neoklasične teorije o kauzi, jer i neoklasična teorija kauzu teretnih ugovora vidi u međusobnoj uslovljenosti prestacija strana, koja ima pravni značaj ne samo u kontekstu zaključenja i punovažnosti ugovora, već i u kontekstu njegovog dejstva i ispunjenja.¹³

Na osnovu ideje da svaki pravni posao podrazumeva neke imanentne ciljeve, odnosno da strane svaki pravni posao zaključuju radi postizanja određenih ciljeva, razvijena je u nemačkoj civilistici teorija o osnovu pravnog posla (*Geschäftsgrundlage*). Strane pri zaključenju ugovora imaju u vidu da će pravni posao proizvoditi dejstvo samo pod određenim okolnostima i radi postizanja određenih ciljeva, svojstvenih dotičnoj vrsti pravnog posla.¹⁴ U savremenoj nemačkoj doktrini prihvaćena je Larencova subjektivno-objektivna teorija osnova pravnog posla, prema kojoj osnov pravnog posla obuhvata dve grupe okolnosti. Osnov pravnog posla mogu da čine okolnosti koje se ne smatraju tipičnim za određenu vrstu pravnog posla (*subjektive Geschäftsgrundlage*), te ih strane moraju izričito uneti u sadržinu ugovora ili moraju biti svesne o njihovoj važnosti. Međutim, u osnov pravnog posla ulaze i okolnosti koje određena vrsta

nja ugovora, te je takva prodaja protivna cilju ugovora te vrste. V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 90.

¹⁰ Cilj ugovora određuje i granice ugovorne i posledične odštetne odgovornosti. Strana je odgovorna za štetu čiji rizik nastupanja, prema cilju ugovora, treba da snosi. Kao primer Fikenčer navodi kupovinu jednog kaktusa od strane uzgajivača ove biljke po ceni od 5 evra. Kupljeni kaktus je, međutim, bio vašljiv, sa kojeg su se vaši proširile na sve ostale biljke, prouzrokujući time štetu kupcu u iznosu od 15.000 evra. Prodavac će, u načelu, biti odgovoran za štetu, jer snosi rizik njenog nastupanja u skladu sa ciljem ugovora o kupoprodaji. Cilj radi kojeg je kupac zaključio ugovor je da kupi ispravnu stvar, stvar koja u sebi nema takve nedostatke koji će mu prouzrokovati štetu. V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 89.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem.

¹³ V. Henri CAPITANT, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, 3e édition, Librairie Dalloz, Paris, 1927 str. 27, t. 6.

¹⁴ V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 90.

pravnog posla uvek pretpostavlja, te su pravno relevantne i onda ukoliko ih strane izričito ne unesu u sadržinu pravnog posla. One čine objektivni osnov pravnog posla (*objektive Geschäftsgrundlage*).¹⁵

Nemački građanski zakonik nema izričitu i načelnu odredbu ni o pravnoj relevantnosti kauze ugovora u subjektivnom smislu, tj. o pobudama za zaključenje ugovora. U doktrini se ističe da su pobude po svojoj prirodi jednostrane, te ne ulaze u sadržinu ugovora, što znači da nisu ni pravno relevantne. Ukoliko su strane sporazumno unele motive u svoju saglasnost volja, ili se takva saglasnost može pretpostaviti, pobude gube karakter motiva i postaju deo sadržine ugovora, čime dobijaju pravnu relevantnost.¹⁶

Kauzalni i apstraktni pravni poslovi u nemačkom pravu

Iz aspekta razmatranja apstraktnosti pravnih poslova u nemačkom pravu, poseban značaj ima podela pravnih poslova na pravne poslove *Verpflichtung* i pravne poslove *Verfügung*. Pravnim poslom *Verpflichtung* se stvara imovinskopравни zahtev koji se može istaknuti prema dužniku¹⁷, dok se pravnim poslom *Verfügung* ne stvara novi zahtev prema dužniku, već se samo prenosi, opterećuje, ukida ili menja neko pravo.¹⁸ Značenje načela apstraktnog dejstva pravnih poslova je različito u ovim dvema vrstama pravnih poslova.¹⁹

U ovom radu se razmatraju samo apstraktni pravni poslovi obavezivanja (*abstrakte Schuldverträge*).²⁰ To su: obećanje duga, priznanje duga,

¹⁵ V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 128.

¹⁶ V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 42.

Tako, na primer, motiv kupovine burme može da bude (i po pravilu jeste) zaključenje veridbe. Ukoliko veridba izostane, kupac ne može da traži raskid ugovora o kupovini burme zbog toga što se nije ostvario motiv radi kojeg je ugovor zaključio. Međutim, ukoliko je prilikom kupovine prodavcu naznačio da burmu kupuje pod uslovom da do veridbe stvarno i dođe, ova pobuda dobija karakter uslova i ulazi u sadržinu ugovora, čije ostvarenje ili neostvarenje utiče na važenje ugovora. V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 42.

¹⁷ V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 44. Pravni poslovi *Verpflichtung* se u našoj doktrini nazivaju pravnim poslovima obavezivanja. V. Dejan B. ĐURĐEVIĆ, *Neutralni pravni poslovi*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu br. 2/100, str. 77-107, na str 87, fn. 41.

¹⁸ V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. Ovi pravni poslovi se u domaćoj literaturi označavaju kao pravni poslovi raspolaganja. V. ĐURĐEVIĆ, *Neutralni pravni poslovi*, op. cit. str. 87, fn. 41.

¹⁹ Detaljnije o različitim značenjima apstraktnosti pravnih poslova u nemačkom pravu v. Atila DUDAŠ, *Apstraktno dejstvo pravnih poslova u evropskom i domaćem pravu*, Zbornika radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2012. str. 401-416.

²⁰ V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 42.

asignacija, obveznice na donosioca, menica i ček²¹, od kojih su svakako najznačajniji obećanje duga (*Schuldversprechen*)²² i priznanje duga (*Schuldanerkenntnis*).²³ Obećanje i priznanje duga stvaraju obavezu bez obzira na razlog zbog kojeg se dužnik obavezuje²⁴, ali to ne znači da je taj razlog potpuno bez pravnog značaja. Njihov neposredni razlog nastanka ne ogleda se u postizanju nekog ekonomskog efekta, već u nameri strana da obavezu učine nezavisnom od prigovora iz osnovnog pravnog posla.²⁵ Njihovo apstraktno dejstvo je izraženije od dejstva apstraktnih pravnih poslova u drugim pravnim porecima, jer nisu samo dokazne, već konstitutivne prirode.²⁶ Ipak, ni ovi pravni poslovi ne prekidaju u potpunosti vezu sa razlozima zbog kojih su zaključeni: 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, -anerkenntnis*).²⁷ Budući da u ovom slučaju obećanje i priznanje duga zadržavaju kauzalni karakter, nije neophodno da ih strane sačinu u naročitoj formi.²⁸ 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 zahtevati povraćaj datog prema pravilima neosnovanog obogaćenja²⁹, koja omogućavaju 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.³⁰

²¹ Ibidem.

²² V. §780. Nemačkog građanskog zakonika.

²³ V. §781. Nemačkog građanskog zakonika.

²⁴ V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 682.

²⁵ V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 683.

²⁶ V. Uwe HÜFFER in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1977), korišćeno prvo izdanje, Band 3, Halbband 2, str. 833, t. 2. Navedeno prema JAKOV RADIŠIĆ, *Obligaciono pravo - opšti deo*, 8. izdanje, Nomos, Beograd, 2008 str. 135, fn. 33.

²⁷ V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 683.

²⁸ 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 FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 683.

²⁹ 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. Navedeno prema RADIŠIĆ, *Obligaciono pravo - opšti deo*, op. cit. str. 135. fn. 35.

³⁰ 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.

Uticaj nedopuštenih ciljeva strana na punovažnost pravnog posla ili pravne radnje

Nepostojanje izričitih pravila o kauzi ugovora u Nemačkom građanskom zakoniku još ne znači da nemačko pravo priznaje pravno dejstvo pravnim poslu koji možda ima punovažan predmet, ali se zaključuje radi postizanja nedopuštenih ciljeva. Sankcionisanje pravnih poslova zaključenih radi nedopuštenih ciljeva vrši se pozivom na opšte granice slobode ugovaranja. Nemački građanski zakonik propisuje da je ništav pravni posao koji je u suprotnosti sa nekom *zakonskom zabranom*, osim ako zakon čije su odredbe prekršene ne propisuje drugu sankciju³¹, kao i ugovor koji je *protivan dobrim običajima*.³² Ugovor može da bude protivan dobrim običajima ne samo po svojoj sadržini ili predmetu, već i po namerama i pobudama iz kojih ga strane zaključuju.³³ Za nevažnost ugovora je dovoljno da je i jedna strana zaključila pravni posao iz pobuda koje su protivne dobrim običajima.³⁴ Tako, na primer, smatra se nemoralnim, te je ništav ugovor kojim se strana obavezuje da će se uzdržavati od izvršenja nekog nedozvoljenog dela.³⁵

Nedopuštene pobude dobijaju pravni značaj i u kontekstu sticanja bez osnova. Zakonik posebno uređuje pitanje zabrane restitucije stečenog po *nezakonitom* ili *nemoralnom osnovu*: sticalac je dužan da vrati stečeno, ako je cilj činidbe bio da se njenim prijemom ogreši o *zakonsku zabranu* ili *dobre običaje*. Povraćaju, međutim, nema mesta, ukoliko se povreda zakonske zabrane ili dobrih običaja može staviti na teret i osiromašenom, osim ako je radnju osiromašeni izvršio radi zasnivanja odnosa obaveznosti, kada se ne može zahtevati vraćanje ispunjene činidbe.³⁶ Posebna pravila o zabrani restitucije sadrže i odredbe o igrama na sreću i

³¹ V. §134. Nemačkog građanskog zakonika.

³² V. §138. st. 1. Nemačkog građanskog zakonika.

³³ V Slobodan PEROVIĆ, *Zabranjeni ugovori u imovinskopравnim odnosima*, Novinska ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1975, str. 32.

³⁴ V. Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I. Band, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1960, str. 42.

³⁵ „Protivno je dobrim običajima tražiti novac za ono što pošten i savjestan čovek mora činiti odnosno propustiti dobrovoljno.“ Ludwig ENNECERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 1. Auflage, Mohr, Tübingen, 1926, tom prvi (*Allgemeiner Teil*), str. 585. Navedeno i prevod prema Želimir ŠMALCELJ, *Dopuštena osnova ugovornih obaveza*, Naša zakonitost, br. 1/1980, str. 15-32, na str. 29.

³⁶ V. §817. Nemačkog građanskog zakonika. Pod sintagmom „zasnivanje odnosa obaveznosti“ (*Eingehung einer Verbindlichkeit*) treba podrazumevati zasnivanje apstraktne obaveze, na primer, apstraktnim priznanjem duga, menicom ili čekom. V. LEUPERTZ u: PRÜTTING-WEGEN-WEINREICH, *BGB Kommentar*, 6. Auflage, Luchterhand – Wolters Kluwer Deutschland, Neuwid, 2007, str. 1526.

opkladi, u delu Zakonika koji se odnosi na pojedine imenovane ugovore. Zakonik propisuje da iz ugovora o igrama na sreću ili opkladi ne nastaje obaveza, kao i da ono što je dato radi učešća u igri na sreću ili opkladi ne podleže obavezi vraćanja.³⁷ Prema tome, Zakonik zabranjuje restituciju datog po ovim osnovima. Neutuzivost obaveza nastalih po osnovu igre na sreću ili opklade, kao i zabrana restitucije datog po ovim osnovima, odnosi se i na druge obaveze koje je dužnik zasnovao radi njihovog ispunjenja, tako i na zajam dat radi učešća u igri na sreću ili opkladi.³⁸ Neutuzivost ovih pravnih poslova ne može se objasniti nedopuštenošću predmeta, već samo nedoštenošću kauze.

Pravni instituti kod kojih dopušteni ciljevi strana u pravnom poslu dobijaju pravnu relevantnost

U Nemačkom građanskom zakoniku postoji nekoliko pravnih instituta čija primena podrazumeva potrebu utvrđivanja cilja ugovora, uprkos tome što u njemu kauza ugovora nije izričito uobličena u jednu od pretpostavki nastanka i dejstva ugovora. Oni se međusobno razlikuju kako po funkciji koju utvrđivanje cilja ugovora treba da ostvari u primeni dotičnog instituta, tako i prema tome da li se Zakonik u datom kontekstu u odgovarajućem jezičkom obliku poziva na potrebu utvrđivanja cilja ugovora ili je do ovog zaključka došla sudska praksa, odnosno doktrina. Instituti koji su predmet analize u ovom radu nisu jedini u vezi sa kojima doktrina ili sudska praksa ističu pravnu relevantnost cilja ugovora, ali su svakako najznačajniji.

Raskidanje ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti - poremećaj osnova pravnog posla (Störung/Wegfall der Geschäftsgrundlage)

Institut raskidanja ili izmene pravnog posla zbog promenjenih okolnosti vrlo dugo nije bio uređen u Nemačkom građanskom zakoniku. Doktrina i sudska praksa su počele da ga priznaju posle Prvog svetskog rata³⁹, pod čijim uticajem mogućnost raskidanja ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti, pozivom na teoriju poremećaja osnova pravnog posla, vremenom u nemačkom pravu postaje i zakonski institut, uređen najpre u partikularnim zakonima⁴⁰, zatim i u Zakoniku 2001. godine.⁴¹ Zakonik u

³⁷ V. §762. st. 1. Nemačkog građanskog zakonika.

³⁸ V. §762. st. 2. Nemačkog građanskog zakonika.

³⁹ V. Marko ĐURĐEVIĆ, *Raskidanje ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti*, magistarska teza, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 1994, str. 73.

⁴⁰ V. ĐURĐEVIĆ, *Raskidanje ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti*, op. cit. str. 83, fn. 158.

važjećoj redakciji propisuje, ako su se okolnosti koje predstavljaju *osnov ugovora* značajno promenile po njegovom zaključenju i ako se može pretpostaviti da ga strane ne bi zaključile, ili bi ga zaključile sa drugačijom sadržinom da su mogle predvideti promenu okolnosti, može se zahtevati izmena ugovora pod uslovom da se, imajući u vidu okolnosti konkretnog slučaja, a naročito ugovornu ili zakonsku raspodelu rizika, ne može razumno očekivati od jedne strane da održi ugovor na snazi bez njegove izmene.⁴² Sa promenjenim okolnostima se izjednačava slučaj kada su se *bitne predstave strana* koje čine *osnov ugovora* pokazale netačnim.⁴³ Pravna posledica promenjenih okolnosti je, dakle, izmena ugovora na zahtev oštećene strane. Zakonik, međutim, propisuje, ako je izmena ugovora nemoguća ili se ne može razumno očekivati da će je druga strana prihvatiti, oštećena strana može da opozove ugovor, odnosno da raskine ugovor sa trajnim izvršenjem prestacija.⁴⁴

U nemačkoj doktrini se ističe da se institut promenjenih okolnosti može primeniti ukoliko su ispunjena tri uslova: faktički, hipotetički i normativni. Faktički uslov podrazumeva promenu okolnosti koje čine osnov pravnog posla.⁴⁵ Hipotetički uslov znači da promena okolnosti mora da bude suštinska, odnosno od takvog značaja za strane da ne bi uopšte zaključile pravni posao ili bi ga zaključile sa drugačijom sadržinom da su znale za stvarne činjenice.⁴⁶ Najzad, normativni uslov je da ne bi bilo razumno od strana očekivati da ispune obaveze iz ugovora u neizmenjenoj sadržini.⁴⁷

Domen primene instituta promenjenih okolnosti je u nemačkom pravu veoma širok. Slučajeve u kojima se primenjuje institut promenjenih okolnosti doktrina svrstava u četiri grupe. U prvu grupu spadaju slučajevi u kojima je po zaključenju ugovora nastupila značajna nesrazmera u ekvivalentnosti uzajamnih davanja strana (*Äkvivalenzstörung*).⁴⁸ Drugu čine slučajevi u kojima su obe strane bile u zabludi u pogledu neke bitne okolnosti koja ulazi u pojam osnova pravnog posla.⁴⁹ Treća obuhvata slučajeve tzv. otpa-

⁴¹ V. *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, BGBl. I. 2001.

⁴² V. §313. st. 1. Nemačkog građanskog zakonika.

⁴³ V. §313. st. 2. Nemačkog građanskog zakonika.

⁴⁴ V. §313. st. 3.

⁴⁵ V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 128.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 129.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ V. na primer slučaj *Rubenfall* u kojem su strane ugovorile isplatu duga u protivvrednosti rubalja, ali su pogrešno utvrdile njihov kurs. Sud je konstatovao da se ovakva, obostrana zabluda tiče osnova pravnog posla i raskinuo ugovor. V. presudu Vrhovnog suda Nemačke br. RGZ 105, 406. Navedeno prema FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 130.

danja cilja zaključenja pravnog posla (*Störung der Verwendungszweck*). U načelu, neostvarenje cilja ugovora, u smislu subjektivnih pobuda, ne omogućava raskid ugovora, osim ako je unet u sadržinu ugovora kao uslov. Međutim, neostvarenje cilja ugovora će ipak omogućiti njegov raskid, ukoliko se može smatrati osnovom pravnog posla. U ovom slučaju dolazi do naknadnog otpadanja osnova pravnog posla zbog neostvarivanja cilja obavezivanja.⁵⁰ Prema tome, obavezu je i dalje moguće ispuniti, ali bi ispunjenje bilo necelishodno.⁵¹ Četvrta grupa obuhvata slučajeve u kojima je došlo do prestanka jednog pravnog odnosa koji je bio od uslovljavajućeg značaja za punovažnost ugovora. Naknadno utvrđena ništavost takvog pravnog odnosa ili njegov naknadni prestanak dovodi do primene instituta promjenjivih okolnosti, ukoliko se može smatrati osnovom pravnog posla.⁵²

Prva grupa obuhvata slučajeve u kojima dolazi do naknadnog narušavanja odnosa ekvivalentnosti između činidbe i protivčinidbe. Međutim, u ostale tri grupe spadaju slučajevi u kojima cilj ugovora dobija pravni značaj, pod uslovom da se može smatrati osnovom pravnog posla.

Sticanje bez osnova

Nemački građanski zakonik propisuje da lice koje bez pravnog osnova (*rechtlicher Grund*) primi ispunjenje od drugog lica ili na drugi način primi nešto na njegov teret, dužno je da stečeno vrati.⁵³ Ovo je klasično određenje osnovnog slučaja sticanja bez osnova, koje se odnosi na nepostojanje titulusa sticanja subjektivnog prava. Zakonik, međutim, u nastavku ističe da obaveza vraćanja stečenog nastupa i onda kada pravni osnov naknadno nestane, kao i kada se *ispunjenjem obaveze ne ostvari rezultat predviđen sadržinom pravnog posla*.⁵⁴ Ova odredba obuhvata dve vrste kondikcija. Prva se odnosi na slučaj *condictio ob causam finitam*, tj. na osnov koji je postojao u momentu prelaska imovine, ali je kasnije otpao.⁵⁵ Povraćaj datog po pravnom osnovu koji je postojao u momentu sticanja imovine, ali je kasnije otpao, po pravilu, podrazumeva nepostojanje titulusa, a ne neostva-

⁵⁰ V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 131.

⁵¹ U ovom pogledu nezaobilazan primer je slučaj *Krönungszugfall* koji potiče još iz vremena pre usvajanja Zakona o osavremenjivanju obligacionog prava iz 2001. godine. U ovom slučaju sud je dozvolio raskid ugovora o zakupu mesta pored prozora u jednom stanu, zaključenog da bi zakupac mogao da posmatra svečanu povorku ispred zgrade u kojoj se nalazio stan, ali je povorka naknadno otkazana. V. presudu Višeg zemaljskog suda u Karlsruheu br. NJW 1992, 3176. Navedeno prema FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 131.

⁵² V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 131.

⁵³ V. §812. st. 1. Nemačkog građanskog zakonika, prvu rečenicu.

⁵⁴ V. §812. st. 1. Nemačkog građanskog zakonika, drugu rečenicu.

⁵⁵ V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 715.

renje cilja ugovora.⁵⁶ Međutim, u vezi sa ovom kondikcijom u doktrini se navode slučajevi koji ne podrazumevaju otpadanje titulusa, već neostvarenje cilja obavezivanja.⁵⁷ Drugu čine kondikcije kod kojih postoji punovažan titulus, kako u momentu prelaska imovine, tako i kasnije, ali se nije ostvario privredni ili pravni rezultat predviđen ciljem činidbe. Ove slučajeve sticanja bez osnova doktrina označava kao *condictio ob rem* ili *condictio causa data causa non secuta*.⁵⁸ Postavlja se pitanje kakav je taj cilj, odnosno rezultat čije neostvarenje dovodi do primene instituta sticanja bez osnova. Doktrina smatra da je to *pravni cilj*, i to *tipičan, objektivizovan pravni cilj*.⁵⁹ Neophodno je i da očekivanje nastupanja određenog rezultata, ispunjenjem činidbe, bude sadržano u saglasnosti volja strana, tj. da su obe strane smatrale bitnim nastupanje rezultata (*Zweckbestimmung*).⁶⁰ Povraćaj datog je moguć i ako je samo jedna strana smatrala nastupanje očekivanog rezultata bitnim, pod uslovom da se u skladu s načelom savesnosti i poštenja može smatrati da je postignuta saglasnost o značaju nastupanja rezultata⁶¹, tj. da druga strana nije mogla da smatra očekivanje nastupanja rezultata nerazumnim. Prema tome, kondikcijom *causa data causa non secuta* štite se očekivanja osiromašenog prilikom izvršenja činidbe.⁶² Radi se o slučajevima u kojima je strana ispunila svoju obavezu, ali nije nastupio očekivani rezultat činidbe.⁶³

⁵⁶ Ističe se primer povraćaja po osnovu ugovora koji je zaključen pod raskidnim uslovom, koji je nastupio nakon ispunjenja činidbe. V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 716. U ovakvom slučaju naknadno prestaje ugovor, titulus svih potraživanja između ugovornih strana, te ono što je na osnovu njega predato podleže obavezi povraćaja.

⁵⁷ Vredan je pažnje primer povraćaja iznosa isplaćenog osiguraniku na ime vrednosti ukradene stvari, po osnovu ugovora o osiguranju imovine. Ukoliko osigurana stvar bude ukradena za vreme trajanja ugovora o osiguranju, nastaje obaveza osiguravača da osiguraniku isplati njenu vrednost, tj. sumu osiguranja. Međutim, ukoliko se ukradena stvar na bilo koji način vrati u posed osiguranika, isplaćena suma osiguranja podleže obavezi povraćaja. Obaveza povraćaja isplaćene sume u ovakvom slučaju ima svoj pravni osnov u kondikciji po osnovu koji je postojao u momentu prelaza imovine, ali je naknadno prestao. V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 715. U ovom slučaju titulus je neokrnjen, ugovor o osiguranju i dalje postoji, ali je ispunjenje obaveze osiguravača na osnovu ugovora o osiguranju izgubilo svoj cilj. Prema tome, u ovom slučaju se ne radi o naknadnom otpadanju titulusa, već kauze ugovora.

⁵⁸ V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 716.

⁵⁹ Ludwig ENNECERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 1. Auflage, Mohr, Tübingen, 1926, tom prvi (*Allgemeiner Teil*), str. 431.

⁶⁰ V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 716.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem.

⁶³ Tako se, na primer, ističe slučaj iz prakse u kojem je ćerka dala svom ocu na besplatnu upotrebu jednu sobu u svom stanu, očekujući da će biti imenovana za jedinog njegovog naslednika. Međutim, ostavilac je nije imenovao za svog naslednika, te je sud do-

Prestanak ugovora zbog osujećenja cilja činidbe

U nemačkom pravu postoji nekoliko slučajeva u kojima se pravno smatra da je obligacija postala nemoguća, uprkos tome što je obavezu faktički inače moguće izvršiti. Iz aspekta ovog istraživanja najznačajniji je prestanak ugovora zbog ostvarenja cilja činidbe (*Zweckerreichung*), koji se smatra jednim od mogućih vidova osujećenja cilja obaveze (*Zweckstörung*).⁶⁴ Nemogućim se smatra, naime, i obaveza čiji je cilj ostvaren nezavisno od radnje dužnika, pri čemu je pravno irelevantno da li je obavezu faktički inače moguće izvršiti⁶⁵ ili nije⁶⁶. Obaveza se u ovom slučaju smatra nemogućom, jer je postala nesvrshodna, tj. ostvaren je cilj koji je poverilac očekivao ispunjenjem obaveze, ali bez sadejstva dužnika.

Prestanak ugovora zbog delimične nemogućnosti ispunjenja obaveze

U doktrini se ističe da delimična nemogućnost ispunjenja, tzv. kvantitativna nemogućnost (*quantitative Unmöglichkeit*) dovodi do delimične primene pravila o prestanku obaveze usled nemogućnosti ispunjenja, tj. ukoliko je samo deo predmeta obaveze propao, obligacija prestaje u srazmernom delu, a dužnik treba da ispuni preostali deo obaveze.⁶⁷ Međutim, smatra se, slično pravilima o raskidu ugovora u celini zbog delimičnog neispunjenja ugovora, da i u slučaju delimične nemogućnosti ispu-

pustio povraćaj datog (dosudio joj naknadu za davanje sobe na upotrebu, jer se nije ostvario očekivani rezultat predviđen ciljem činidbe). V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 717.

⁶⁴ V. Volker BEUTHIEN, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, Mohr (Siebeck), Tübingen, 1969; Helmut KÖHLER, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, Beck, München, 1971; FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 198.

⁶⁵ Fikenčer navodi u ovom pogledu primer ugovora o delu kojim se poslenik, vlasnik broda za spasavanje drugih brodova obavezao da će priteći u pomoć nasukalom brodu. Međutim, dok je stigao na lice mesta, nasukali brod se sam izbavio iz nevolje. Nemogućnost u ovom slučaju nastupa zbog toga što je ostvaren cilj ugovora, ali bez sadejstva poslenika, bez obzira na to što je radnju na koju se poslenik obavezao faktički inače moguće izvršiti. V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 198.

⁶⁶ Na primer, prestaje zbog nemogućnosti ugovor o delu kojim se poslenik obavezao da će odseći krošnju drveta u vlasništvu naručioca posla, ukoliko pre izvršenja radnje usled udara groma ona izgori. Nemogućnost i u ovom slučaju nastupa zbog toga što je ostvaren cilj ugovora, ali bez radnje poslenika. Radnju na koju se poslenik obavezao faktički više nije moguće izvršiti, ali je ostvaren cilj ugovora, doduše nezavisno od zalaganja poslenika. V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 198.

⁶⁷ V. FIKENTSCHE-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 192.

njenja treba omogućiti raskid ugovora u celini.⁶⁸ Fikenčerovo određenje kriterijuma, po kojem se određuje da li delimična nemogućnost ispunjenja obaveze jedne strane daje drugoj pravo na raskid ugovora u celini, izrazito je kauzalističko. Poverilac može da raskine ugovor u celini ukoliko delimično ispunjenje nema za njega interesa. Teret dokazivanja nepostojanja interesa je na poveriocu, pri čemu se ne uzima u obzir njegov subjektivni stav, već se postojanje interesa za delimično ispunjenje obaveze procenjuje objektivno, na osnovu *sadržine i cilja ugovora*.⁶⁹ Po istim pravilima se ostvaruje i raskid ugovora sa sukcesivnim ispunjenjem obaveza, u celini, zbog neispunjenja pojedinih obaveza. I u ovom slučaju poverilac treba da dokaže da objektivno nema interesa za delimično ispunjenje, odnosno da se delimičnim ispunjenjem ne ostvaruje cilj ugovora.⁷⁰

Ništavost pojedinih odredaba opštih uslova poslovanja

Nemački građanski zakonik propisuje da su bez dejstva odredbe opštih uslova poslovanja koje, protivno načelu savesnosti i poštenja, u preteranoj meri stavljaju u nepovoljan položaj stranu koja im pristupa.⁷¹ Preterano nepovoljan pravni položaj strane postoji ukoliko je dotična odredba nejasna ili nerazumljiva.⁷² U slučaju sumnje, treba smatrati da je strana koja pristupa opštim uslovima poslovanja pretrpela nesrazmernu štetu, ukoliko je odredba opštih uslova poslovanja protivna osnovnim idejama zakonske odredbe od koje odstupa ili u toj meri ograničava prava i obaveze koje proizilaze iz *prirode ugovora* da ugrožava *ostvarenje cilja ugovora*.⁷³ Ova odredba je izrazito kauzalistička. S jedne strane, prirodu ugovora, specifičan skup prava i obaveza po kojem se ugovori međusobno razlikuju po vrsti, određuje njegov objektivni cilj. S druge strane, opšti uslovi poslovanja, uprkos tome što su strane izričito ili prećutno pristale na njihovu primenu, ne smeju da sadrže odredbe kojima se ugrožava ostvarenje cilja radi kojeg su strane zaključile svoj osnovni ugovor, čiju sadržinu odredbe opštih uslova poslovanja samo dopunjuju.

⁶⁸ V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 193.

⁶⁹ Ibidem.

Kao primer Fikenčer ističe kupovinu 60-delnog pribora za ručavanje od porculana. Ukoliko propadnu osam velikih tanjira, na osnovu cilja ugovora se objektivno može pretpostaviti da kupac nema interesa da mu se preda ostatak pribora koji nije propao, te ugovor može u celini da raskine, ali i može da ga održi na snazi i da zahteva ispunjenje preostalog dela predmeta obaveze druge strane, uz srazmerno smanjenje svoje obaveze. V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 193.

⁷⁰ V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 227.

⁷¹ V. §307. st. 1. Nemačkog građanskog zakonika, prvu rečenicu.

⁷² V. §307. st. 1. Nemačkog građanskog zakonika, drugu rečenicu.

⁷³ V. §307. st. 2. Nemačkog građanskog zakonika.

Raskid ugovora zbog neispunjenja

Jedna od teorija u francuskoj doktrini koje objašnjavaju pravo ugovoru verne strane na raskid ugovora zbog neispunjenja obaveze druge je teorija kauze.⁷⁴ U objašnjenju ovog instituta nemačka doktrina ne upotrebljava pojmovnu aparaturu francuske kauzalističke teorije, ali joj je suštinski veoma slična.

Prema Nemačkom građanskom zakoniku ugovoru verna strana može da raskine ugovor zbog neispunjenja obaveze druge strane, pod uslovom da joj je ostavila naknadni primereni rok za ispunjenje obaveze.⁷⁵ Ostavljanje dužniku naknadnog roka za ispunjenje obaveze nije neophodno, ukoliko je dužnik ispunjenje obaveze ozbiljno i konačno odbio, ako je obavezu morao da ispuni u tačno određeno vreme ili unutar tačno određenog roka utvrđenog ugovorom, a on je propustio da ispuni obavezu u to vreme ili u tom roku, pod uslovom da je poverilac *postojanje svog interesa za ispunjenjem obaveze* vezao za pravovremeno ispunjenje obaveze dužnika ili se u svetlu naročitih okolnosti slučaja, odmeravanjem interesa obeju strana, može zaključiti da raskid ugovora treba ostvariti bez ostavljanja naknadnog roka za ispunjenje.⁷⁶

Zakonik uređuje i mogućnost raskida ugovora u celini zbog delimičnog neispunjenja, što iz aspekta utvrđivanja pravne relevantnosti cilja radi kojeg strane zaključuju ugovor u kontekstu raskida ugovora ima veći značaj. Ugovoru verna strana u slučaju delimičnog neispunjenja obaveze druge strane, može da raskine ugovor u celini samo ako *nema interesa za delimičnim ispunjenjem obaveze*.⁷⁷ Slična pravila se odnose i na ispunjenje s nedostatkom koji je manjeg značaja. Ukoliko dužnik nije ispunio svoju obavezu u skladu sa ugovorom, poverilac ne može da raskine ugovor ako je neispunjenje zanemarljivog značaja.⁷⁸

U nemačkom pravu, prema tome, cilj radi kojeg strane zaključuju ugovor dobija pravni značaj u vezi sa raskidom ugovora zbog delimičnog neispunjenja i nemogućnošću raskida zbog neispunjenja neznatnog dela ugovora. U prvom slučaju poverilac sam procenjuje da li mu se delimičnim ispunjenjem ostvaruje cilj obavezivanja, tj. da li ima interesa da ugovor održi na snazi. Ukoliko smatra da to nije slučaj, može da raskine ugo-

⁷⁴ V. François TERRÉ, Phillipe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9e édition, Dalloz, Paris, 2005, str. 473, t. 626; Slobodan PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, knjiga prva, 7. izdanje, Službeni list SFRJ, Beograd, 1990, str. 497-500.

⁷⁵ V. §323. st. 1. Nemačkog građanskog zakonika.

⁷⁶ V. §323. st. 2. Nemačkog građanskog zakonika.

⁷⁷ V. §323. st. 5. Nemačkog građanskog zakonika, prvu rečenicu.

⁷⁸ V. §323. st. 5. Nemačkog građanskog zakonika, drugu rečenicu.

vor. U drugom slučaju, Zakonik zabranjuje raskid ugovora zbog neispunjenja u neznatnom delu, što znači da se može smatrati da neispunjenje neznatnog dela obaveze dužnika ne ugrožava ostvarenje cilja obavezivajuća poverioca, te ne može da raskine ugovor.

Prigovor neispunjenja ugovora

Prigovor neispunjenja ugovora se prema francuskoj neoklasičnoj kauzalističkoj teoriji smatra jednim od najznačajnijih pravnih instituta u okviru kojeg kauza dobija pravni značaj po zaključenju ugovora.⁷⁹ I u nemačkoj doktrini se prigovor neispunjenja ugovora objašnjava kauzalistički, na sličan način kao u francuskoj neoklasičnoj teoriji, ali donekle drugačijom pojmovnom aparaturom, sinalagmatičnošću teretnog ugovora, tj. odnosom međusobne uslovljenosti prestacija. Tako, Fikenčer ističe da u teretnom ugovoru obaveza jedne strane uslovljava obavezu druge. Ova međusobna uslovljenost obaveza dolazi do izražaja u momentu zaključenja ugovora, što naziva izvornom sinalagmatičnošću (*genetischer Synallagma*), ali i u momentu njegovog ispunjenja, što naziva funkcionalnom sinalagmatičnošću (*funktioneller Synallagma*).⁸⁰ Funkcionalnu sinalagmatičnost teretnog ugovora, međusobnu uslovljenost obaveze tuženog, koji ulaže prigovor, i obaveze tužioca, koji je pokrenuo sudski postupak radi prinudnog ostvarenja obaveze tuženog, smatra teorijskim obrazloženjem instituta prigovora neispunjenja ugovora.⁸¹

Ocena pravnog značaja cilja ugovora u Nemačkom građanskom zakoniku

Nemački građanski zakonik spada u red tzv. antikauzalističkih kodeksa, jer u njemu cilj radi kojeg strane zaključuju ugovor nije uobličen u institut osnova ugovorne obaveze, kao jedna od pretpostavki zaključenja i punovažnosti ugovora. U nemačkoj pandektistici je postojala struja koja je zagovarala ideju da se, po uzoru na Francuski građanski zakonik, u Zakonik unese odredba o osnovu ugovorne obaveze, ali u svom subjektivnom značenju, u skladu sa Vindšajdovom teorijom uslova. Prvi nacrt Zakonika je zaista sadržavao takvu odredbu, ali je uklonjena iz njegovog konačnog teksta. Teorija kauze se ni u nemačkoj doktrini ne artikuliše izričito, već se suština teretnog ugovora objašnjava sinalagmatičnošću oba-

⁷⁹ V. CAPITANT, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, op. cit. str. 30, t. 7.

⁸⁰ V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 37.

⁸¹ V. FIKENTSCHER-HEINEMANN, *Schuldrecht*, op. cit. str. 265.

veza. Međutim, između objašnjenja teretnog ugovora prema neoklasičnoj teoriji kauze i objašnjenja ove vrste ugovora sinalagmatičnošću uzajamnih obaveza, koje daje savremena nemačka civilistika, suštinskih razlika nema. Uprkos tome, što u Zakoniku cilj ugovora nije uobličen u institut osnova ugovorne obaveze, on dobija pravni značaj kod drugih pravnih instituta, kako u smislu nedopuštenih, tako i u smislu dopuštenih ciljeva strana.

Nemački građanski zakonik vodi računa o tome da se obaveze ne zasnivaju radi postizanja nedopuštenih ciljeva. Opštim granicama slobode ugovaranja mogu da budu protivni ne samo ugovori koji imaju nedozvoljen predmet, već i ugovori koji se zaključuju radi postizanja nedopuštenih ciljeva. Takvi ugovori se smatraju protivnim dobrim običajima. Pravnu relevantnost nedopušteni ciljevi dobijaju u kontekstu zabrane restitucije datog radi postizanja nezakonitog ili nemoralnog cilja, ali ne u okviru pravila o ništavosti ugovora, već u okviru pravila o sticanju bez osnova.

Zakonik vodi računa i o dopuštenim ciljevima strana, preko pravnih instituta čija je svrha obezbeđivanje ostvarenja cilja radi kojeg su strane zaključile ugovor ili pružanjem pravne zaštite strani čija je kauza obavezivanja otpala. Najznačajniji institut u okviru kojeg Zakonik pruža zaštitu ostvarenju cilja radi kojeg su strane zaključile ugovor, svakako je raskidanje ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti, u kojem je uobličena teorija o osnovu pravnog posla (*Geschäftsgrundlage*) i smatra se slučajem otpadanja osnova posla (*Störung der Geschäftsgrundlage*). Otpadanje osnova pravnog posla, uprkos očiglednom zaključku koji proizilazi iz njegovog naziva, svrstano je u grupu instituta koji služe obezbeđenju ostvarenja cilja obavezivanja strana jer, prema Nemačkom građanskom zakoniku, zbog pravnih posledica uticaja promenjenih okolnosti, naglasak je na izmeni ugovora, a ne na njegovom raskidanju. Obezbeđenju ostvarenja cilja radi kojeg su strane, ili barem jedna od njih, zaključile ugovor, služe i prigovor neispunjenja ugovora i ništavost pojedinih odredaba opštih uslova poslovanja.

Nemački građanski zakonik uređuje i neke institute kojima se pruža pravna zaštita strani čija je kauza obavezivanja otpala. U ovom kontekstu je svakako najznačajniji institut povraćaja stečenog po punovažnom pravnom osnovu, ali bez ostvarenja rezultata radi kojeg je činidba nastala. Ovaj slučaj kondikcije se, pored otpadanja osnova posla, uobičajeno istiće kao institut u okviru kojeg pravna relevantnost cilja pravnog posla ili pravne radnje najsnažnije dolazi do izražaja u nemačkom pravu. Pored njega, izrazitu kauzalističku crtu pokazuju i različiti slučajevi prestanka ugovora po sili zakona i raskida ugovora zbog nemogućnosti ispunjenja

obaveze jedne strane, pre svega prestanak ugovora zbog ostvarenja njegove svrhe nezavisno od radnje dužnika. Sanaciji posledica otpadanja kauze obavezivanja služe i slučajevi jednostranog i motivisanog raskida ugovora (raskid zbog neispunjenja, raskid zbog delimičnog neispunjenja ili delimične nemogućnosti).

Nemački građanski zakonik se u vezi sa institutima koji su relevantni za ocenu pravnog značaja cilja ugovora, po pravilu, ni u kom jezičkom obliku ne poziva na cilj ugovora, niti upotrebljava reči koje imaju slično značenje. Do zaključka o pravnoj relevantnosti cilja ugovora dolazi se teleološkim tumačenjem odredaba Zakonika, imajući u vidu stav doktrine i sudske prakse. Ipak, u nekim slučajevima i u odgovarajućem jezičkom obliku ukazuje na potrebu utvrđivanja cilja ugovora, odnosno prestacije. To su odredbe: o raskidu ugovora sa fiksnim rokom zbog neispunjenja (postojanje *interesa* poverioca da primi ispunjenje o roku), o raskidu ugovora zbog delimičnog neispunjenja (da poverilac *nema interesa* za delimičnim ispunjenjem), o raskidanju ili izmeni ugovora zbog promenjenih okolnosti (da se promenjene okolnosti tiču *osnova ugovora*), o ništavosti pojedinih odredaba opštih uslova poslovanja (da osujećuju *ostvarenje svrhe ugovora*) i o jednom slučaju sticanju bez osnova (da se ispunjenjem obaveze *ne ostvaruje očekivani rezultat* činidbe).

*Atila Dudás, Ph.D., Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Legal Relevance of the Purpose of Contract in German Law

Abstract: *Unlike the French Civil code, the German Civil code belongs to the group of so-called anti-causalistic codifications, since it explicitly does not govern the issue of purpose (cause) of contract. Due to this very reason, the delineation between abstract and causal juridical acts gains special importance in German law. The German Civil Code governs a number of juridical acts and other acts of legal importance that are abstract in their nature. Among them the abstract nature of the promise to fulfill an obligation (Schuldversprechung) and the acknowledgement of a debt (Schuldannerkennung) is traditionally considered the most prominent. However, the relation to the purpose for which they are concluded is not entirely interrupted, since in the case of frustration of their purpose, any asset given to the other party is subject to restitution under the rules of unjustified enrichment.*

The fact that the issue of purpose of contract is not explicitly governed in the German Civil Code, does not lead to the conclusion, though, that it is legally irrelevant. It gains legal relevance in two different aspects: as a licit and as an illicit purpose. On the one hand, juridical acts concluded with the aim to achieve illicit purposes are considered void, for which the Code's sections on the general confines of the principle of freedom of contract serve the statutory basis - such juridical acts infringe the institution of "good customs" (gute Sitten), usually referred to as public policy, while the performance of other factual or legal acts in order to achieve illicit purposes are sanctioned under the rules of unjustified enrichment. On the other hand, lawful purposes of the parties gain legal relevance in relation to a range of various institutions. Concerning some of them the Code itself contains formulations implying the necessity to ascertain the purpose of contract, while in other cases the case law and the doctrine have come to such conclusion. The determination of the purpose of contract in the context of these institutions either secures the ful-

fulfilment of the purpose of assumption of contractual obligation of one of the parties or rectifies the consequences of the frustration of the fulfilment of that purpose. In this range surely the most important institutions are the collapse of the basis of transaction or frustration of purpose (Störung der Geschäftsgrundlage), a special case of discharge of contract due to impossibility, whereby the purpose of contract is realized without the performance of debtor's obligation, a special case of unjustified enrichment due to frustration of the result aimed by the purpose of the transaction and the invalidity of standard business terms that jeopardize the fulfillment of the purpose of contract.

Key words: *cause of contract, consideration, cause of obligation, basis of transaction, Geschäftsgrundlage*

*Milana Pisarić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

POTREBNI NORMATIVNI ODGOVOR NA PROBLEME OTKRIVANJA I DOKAZIVANJA DELA VISOKOTEHNOLOŠKOG KRIMINALA¹

Sažetak: Određeni aspekti visokotehnološkog kriminala, predstavljaju suštinu problema sa kojima se organi otkrivanja i gonjenja krivičnih dela koja su počinjena zloupotrebom informacionih tehnologija, susreću. Svi ovi aspekti čine visokotehnološki kriminal specifičnim oblikom kriminala i svi moraju biti uzeti u obzir kako bi se što potpunije razumele i prevazišle teškoće u otkrivanju i dokazivanju krivičnih dela i suđenju učiniocima istih. Imajući u vidu sve navedeno, a da bi se odgovorilo na specifičnu prirodu kriminalnih aktivnosti učinjenih korišćenjem računarskih mreža i sistema, razumljivo je nastojanje država da prilagode, odnosno upotpune postojeće krivične zakone novim odredbama. Za stvaranje odgovarajućeg pravnog okvira za suprotsavljanje ovoj vrsti kriminala putem krivičnog prava, potrebno je u propisima krivičnog materijalnog prava inkriminisati određena ponašanja, odnosno predvideti krivična dela protiv poverljivosti, celovitosti i dostupnosti računarskih podataka i računarskih sistema, a u propisima krivičnog procesnog prava utvrditi odgovarajuća ovlašćenja nadležnih organa u cilju otkrivanja izvora nedozvoljene radnje, odnosno prikupljanja podataka o učinjenom krivičnom delu i učiniocu koji mogu biti iskorišćeni kao dokaz u krivičnom postupku.

Ključne reči: visokotehnološki kriminal, normativni odgovor, otkrivanje, dokazivanje.

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

Pojedina krivična dela počinjena zloupotrebom dostignuća informacione i komunikacione tehnologije donekle su slična uslovno rečeno tradicionalnim krivičnim delima – primera radi, krađa, prevara, vandalizam, neovlašćen pristup privatnoj sferi pojedinca, dečja pornografija i kršenje autorskih prava su problemi koji su postojali i pre pojave računara i Interneta. Stoga postojeći propisi mogu predstavljati solidnu osnovu za otkrivanje i hvatanje pojedinaca i kriminalnih grupa koji su počinili krivična dela korišćenjem računara i Interneta. Problemi u vezi sa otkrivanjem krivičnih dela i gonjenjem učinilaca nastaju ne toliko usled prirode nedozvoljenih aktivnosti, već upravo zbog prirode informacionih tehnologija. Naime, globalna mreža povezanih računara i računarskih sistema, koja obuhvata celu zemaljsku kuglu, omogućava pojedincima u jednoj državi da preduzmu određene štetne radnje u bilo kojoj drugoj državi, dokle god postoji računar i Internet konekcija na oba mesta. Ogroman domet i gotovo potpuna anonimnost korisnika na Internetu otežava zadatak organa gonjenja da uđu u trag učiniocima i otkriju izvor kriminalne aktivnosti, a u slučaju da to uspeju, granice teritorijalne nadležnosti mogu da ih spreče u iznošenju optužbe pred sud.

Određeni aspekti visokotehnološkog kriminala, predstavljaju suštinu problema sa kojima se organi otkrivanja i gonjenja krivičnih dela koja su počinjena zloupotrebom informacionih tehnologija, susreću. Pre svega, radi se o relativno novoj pojavi o čijim specifičnostima nadležni organi gonjenja i suđenja nisu u dovoljnoj meri upoznati. Sa druge strane, načini i sredstva koja se koriste u izvršenju krivičnih dela se menjaju, odnosno usavršavaju sa razvojem informacione tehnologije, čime neminovno dolazi do povećanja razlike između znanja izvršilaca dela i (ne)znanja ovlašćenjnih službenih lica organa gonjenja, iz kog razloga je neophodna specijalizacija nadležnih organa kako bi suprotstavljanje visokotehnološkom kriminalu uopšte bilo moguće. Drugo, definicije ove vrste kriminala nisu jasno niti uniformno određene i čak postoje nedoslednosti i značajne razlike u krivičnim zakonima pojedinih država. Kako je transnacionalna dimenzija visokotehnološkog kriminala takođe relevantna, potrebno je usklađivanje definicija u propisima država, jer ukoliko ne postoji pravna kompatibilnost u konkretnom slučaju, istraga i gonjenje mogu neminovno biti otežani. Treće, za dela visokotehnološkog kriminala karakterična je prostorna udaljenost između učinioca i oštećenog, pri čemu se pod mestom izvr-

šenja krivičnog dela može smatrati nekoliko lokacija koje se čak mogu nalaziti na teritoriji nekoliko država. Četvrto, verovatnoća prijavljivanja i otkrivanja krivičnog dela su daleko manje nego u slučaju tradicionalnih krivičnih dela. Peto, s obzirom na prirodu elektronskih dokaza i brzinu kojom se radnja može preduzeti, a tragovi u elektronskom obliku izmeniti, sakriti ili uništiti, postojeće radnje i mere nadležnih organa ne predstavljaju osnov za delotvorno delovanje organa otkrivanja i gonjenja krivičnih dela².

Svi ovi aspekti čine visokotehnoški kriminal specifičnim oblikom kriminala i svi moraju biti uzeti u obzir kako bi se što potpunije razumele i prevazišle teškoće u otkrivanju i dokazivanju krivičnih dela i suđenju učinocima istih. Imajući u vidu sve navedeno, a da bi se odgovorilo na specifičnu prirodu kriminalnih aktivnosti učinjenih korišćenjem računarskih mreža i sistema, razumljivo je nastojanje država da prilagode, odnosno upotpune postojeće krivične zakone novim odredbama.

2. Potreba prilagođavanja krivične procedure specifičnostima visokotehnološkog kriminala

Za stvaranje odgovarajućeg pravnog okvira za suprotavljanje ovoj vrsti kriminala putem krivičnog prava, osim što se u propisima krivičnog materijalnog prava određena ponašanja inkriminišu, te predviđaju kao krivična dela protiv poverljivosti, celovitosti i dostupnosti računarskih podataka i računarskih sistema, neophodno je da propisi krivičnog procesnog prava sadrže odgovarajuća ovlašćenja nadležnih organa u cilju otkrivanja izvora nedozvoljene radnje, odnosno prikupljanja podataka o učinjenom krivičnom delu i učiniocu koji će biti iskorišćeni kao dokaz u krivičnom postupku, a vodeći računa o specifičnostima visokotehnološkog kriminala i okruženja u okviru kog se nedozvoljene aktivnosti preduzimaju. Pri tome, određene karakteristike savremenih računarskih sistema i mreža predstavljaju ozbiljnu prepreku za obezbeđivanje dokaza potrebnih za optuženje i vođenje krivičnog postupka za dela visokotehnološkog kriminala³. Na strukturnom nivou, s obzirom na to da se radi o svojevrsnoj računarskoj mreži na globalnom nivou, sama konfiguracija Interneta prevazilazi granice država, dok prema tradicionalnim principima međunarodnog javnog prava države imaju nadležnost samo u okviru svojih suverenih granica, pa je samim tim i mesto predu-

² F. Cassim, „Formulating specialized legislation to address the growing spectre of cybercrime: a comparative study“, *Potchefstroom electronic law journal*, 12/2009, 55.

³ B. Maier, „How Has the Law Attempted to Tackle the Borderless Nature of the Internet?“, *International Journal of Law and Information Technology* 2/2010, 153.

zimanja radnji i mera nadležnih organa u otkrivanju, gonjenju i vođenju krivičnog postupka za dela visokotehnološkog kriminala ograničeno na teritoriju države. Na tehničkom nivou, operacije u okviru računarskih sistema i mreža karakteriše određena nepostojanost i brz protok podataka koji mogu biti izmenjeni, premešteni, prikriveni ili izbrisani za nekoliko sekundi, što u principu, znači da sprovođenje radnji i mera radi pronalaženja i obezbeđenja dokaza kriminalnih aktivnosti može biti, najblaže rečeno, otežano.

Što se tiče problema nepostojanosti podataka na Internetu, moguće rešenje jeste predviđanje obaveza pružaocima internet usluga i drugih telekomunikacionih usluga da za određeni vremenski period zadržavaju sve određene podatke i da ih na zahtev nadležnih organa učine dostupnim za potrebe vođenja krivičnog postupka. Propisi bi trebalo da sadrže ovlašćenja organa gonjenja u cilju otkrivanja izvora nedozvoljene radnje, te identifikovanje počinioca krivičnog dela, odnosno da bi se omogućilo prikupljanje podataka o učinjenom krivičnom delu i učinioocu koji će biti iskorišćeni kao dokaz u krivičnom postupku⁴. U tom smislu, postavlja se pitanje da li je regulisanje tih ovlašćenja pristupiti reaktivno ili proaktivno. Osim toga postavlja se pitanje u odnosu na koja krivična dela se specifična ovlašćenja u vezi sa preduzimanjem posebnih dokaznih radnji preduzimaju: da li u odnosu na krivična dela koja su u krivičnim zakonima određena kao dela protiv računarskih sistema, dela čije radnje su preduzete zloupotrebom računara ili u svakom konkretnom slučaju kada je potrebno obezbediti dokaz u elektronskom obliku bez obzira o kom krivičnom delu se radi. Drugim rečima, potrebno je poći od osnovne premise da podaci u digitalnom obliku imaju vrednost u krivičnom postupku i dokaznu snagu koja je identična snazi materijalnih dokaza koji postoje u fizičkom svetu.

Shodno tome, odredbama krivičnog procesnog prava bi trebalo omogućiti da se ove dve teškoće prevaziđu na odgovarajući način i u skladu sa principa i interesima krivične procedure. Brojni i raznovrsni su izazovi u otkrivanju i dokazivanju dela visokotehnološkog kriminala koje treba prevazići odgovarajućim odredbama krivičnog procesnog prava, a odnose se na prevazilaženje ograničenja u situaciji kada više država ima nadležnost nad gonjenjem, zadržavanje i očuvanje podataka koji mogu biti upotrebljeni kao dokaz, davanje odgovarajućih ovlašćenja nadležnim organima, pronalaženje odgovarajućeg mehanizma za prijavljivanje krivičnih dela, koordiniranje radom i razmenu informacija i podataka između nadležnih organa, dekodiranje enkripcije i utvrđivanje identiteta uči-

⁴ I. Brown, „Communications Data Retention in an Evolving Internet“, *International Journal of Law and Information Technology* 2/2010, 100.

nioca, odgovorajuća obuka zaposlenih u organima gonjenja i suđenja na svim nivoima i slično.

Međutim, prilikom određivanja svrhe i okolnosti pod kojima se procesna ovlašćenja mogu primeniti, neophodno je voditi računa o pravnim principima domaćeg krivične procedure. Krivično procesno pravo predstavlja neophodnu sponu između krivičnog dela i izricanja određene krivične sankcije od strane suda, te u tom smislu propisuje određena ovlašćenja nadležnim organima radi ostvarenja krivičnopravnog zahteva a u isto vreme treba da spreči primenu krivičnog zakona prema licima za koje se utvrdi da nisu učinili pretpostavljeno krivično delo, a uz očuvanje pretpostavke nevinosti⁵. Iz tog razloga prilikom propisivanja ovlašćenja nadležnim organima u vezi sa krivičnim postupkom postoje određena ograničenja, čiji je smisao sprečavanje samovolje u postupanju od strane tih organa. Kako bi se postigla neophodna ravnoteža između interesa krivičnog postupka i interesa (i prava) optuženog i drugih lica u postupku, relevantna su ne samo ograničavanje obima u propisivanju ovlašćenja nego i način ostvarivanja tih ovlašćenja, te vrsta radnji koje su organi ovlašćeni da preduzmu.

3. Transnacionalna priroda i nadležnost za otkrivanje i dokazivanje dela visokotehnološkog kriminala

Veoma važna, ali izuzetno složena pitanja u vezi sa procesuiranjem dela visokotehnološkog kriminala odnose se određivanje principa nadležnosti koji će se primenjivati u konkretnom slučaju. Pristup koji je u teoriji najzastupljeniji jeste zalaganje za stvaranjem posebnih principa za određivanje nadležnosti s obzirom na to da je virtuelni, kiber prostor specifičan i u potpunosti odvojen od realnog prostora, u kom korisnici računara i računarskih mreža komuniciraju elektronski i preko granica nadležnosti država⁶. Nadležnost u kiber prostoru možemo odrediti kao pravo određene države i državnih organa da uređuju odnose u elektronskom okruženju i primenjuju pravne norme u odnosu na pravne subjekte na njenoj teritoriji a što proizilazi iz suvereniteta države. U pogledu krivičnog materijalnog i procesnog prava važi princip da sudovi primenjuju samo norme ove dve grane prava koje je propisala nacionalna država ali ne i norme stranog prava (osim u slučaju određenih oblika međunarodne pravne pomoći, odnosno na osnovu ratifikacije određenih međunarodnih ugovora). Ako se u obzir uzme mogući transnacio-

⁵ S. Brenner, „Cybercrime Investigation and Prosecution: The Role of Penal and -Procedural Law“, *Murdoch University Electronic Journal of Law* 2/2001, 40.

⁶ S. Brenner, B. Koops, „Approaches to cybercrime jurisdiction“, *Journal of High Technology Law* 1/2004, 36.

nalni karakter visokotehnološkog kriminala, postavlja se pitanje da li primena tradicionalnih principa, koji počivaju na zaštiti interesa države (teritorijalni, zaštitni, ograničeni personalni princip), odnosno na solidarnosti međunarodne zajednice (neograničeni personalni, univerzalni princip), može dovesti do sukoba nadležnosti kada se više država smatra nadležnom? U tom smislu trebalo bi imati u vidu odredbu člana 22. Konvencije o kompjuterskom kriminalitetu, koja polazeći od teritorijalnog i personalnog principa predviđa konsultacije između država članica za postizanje sporazuma o odgovarajućoj nadležnosti u konkretnom slučaju a radi prevazilaženja problema sukoba nadležnosti u vezi sa krivičnim postupkom i poštovanjem principa *ne bis in idem* ustanovljenim međunarodnim pravnim dokumentima. S obzirom na prepreku transnacionalne prirode Interneta, moguće rešenje bi se sastojalo u formiranju međunarodne policijske odnosno tužilačke organizacije ili davanje nacionalnim sudovima univerzalne nadležnosti, na koji način bi se sva ograničenja teritorijalne nadležnosti državih organa prevazišle i bila bi omogućena efikasna borba protiv ovog oblika prekograničnog kriminala. Međutim, ovakav radikalni pristup nije prihvaćen jer većina država ne želi da se odrekne svog suvereniteta i prihvati da nadležni organi druge države preduzimaju određene istražne radnje na njihovoj teritoriji⁷. Kako, dakle, nadležni organi preduzimaju radnje samo u okviru teritorije države, neophodno je koristiti odgovarajuće mehanizme međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima. Međutim, postojeći mehanizmi su u nedovoljnoj meri efikasni, s obzirom da su procedure pružanja pomoći i saradnje, uopšte, dugotrajni, a radi obezbeđenja dokaza za optuženje učinilaca u kiber prostoru neophodno je hitno reagovanje, pa bi trebalo predvideti mogućnost eksteritorijalnog delovanja nadležnih organa u određenim slučajevima pod određenim uslovima. U skladu sa principom teritorijalnog suvereniteta jedne države, fizičko prisustvo i aktivnosti organa jedne države na teritoriji druge države, a bez prethodne saglasnosti te države predstavljaju povredu teritorijalnog suvereniteta. S tim u vezi je i dilema da li je i pod kojim uslovima moguće da organi jedne države primenom tehničkih sredstava preduzimaju radnje i mere u cilju prikupljanja podataka za potrebe krivičnog postupka za dela visokotehnološkog kriminala, odnosno da li pristup računaru i računarskim sistemima koji se nalaze na teritoriji druge države a korišćenjem međunarodne komunikacione infrastrukture, kakav je Internet, predstavlja kršenje principa teritorijalnog suvereniteta ili prevazilaženju ovog problema treba pristupiti pragmatično propisivanjem mogućnosti eksteritorijalnog delovanja državnih organa pod određenim uslovima. Pravila međunarodnog

⁷ M. Goodman, S. Brenner, „The emerging Consensus in on Criminal Conduct in Cyber-space“, *International Journal of Law and Information Technology* 2/2002, 178.

javnog prava nalažu da se u takvim slučajevima koriste mehanizmi pružanja međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima (multilateralni ili bilateralni ugovor⁸), međutim, s obzirom na neefikasnost takvih mehanizama, s jedne strane, i prirodu podataka koji se obrađuju, skladište i prenose putem Interneta, s druge strane, bilo bi opravdano, čak i ukoliko ne postoji međunarodni ugovor koji bi omogućio međunarodnu saradnju u preduzimanju radnji prikupljanja dokaza, nadležnim organima dati ovlašćenje da pod određenim uslovima i u određenim slučajevima pristupe i pretraže računarske sisteme i mreže koja se nalazi na teritoriji druge države, odnosno da preduzimaju određene radnje i mere radi prikupljanja podataka za potrebe krivičnog postupka za dela visokotehnološkog kriminala čak i van granica njihove teritorije.

Pojedini pravni sistemi imaju različite pristupe regulisanju odgovora države na pretnju visokotehnološkog kriminala i ne postoji jedinstven stav o tome koje se to neovlašćene aktivnosti zloupotrebom informacionih tehnologija svrstavaju pod ovim pojmom⁹. U tom smislu od izuzetnog značaja je konsenzus postignut u okviru Saveta Evrope u vidu Konvencije o visokotehnološkom kriminalu¹⁰. Ratifikovanjem ili pristupanjem Konvenciji, država se obavezuje da implementacijom odredaba materijalne i procesne prirode obezbedi da u domaćem zakonodavstvu predvidi kao krivična dela određena ponašanja, te da propiše određena ovlašćenja nadležnim organima neophodna za istragu i krivično gonjenje takvih krivičnih dela¹¹. Konvencija predstavlja sveobuhvatan okvir za prilagođava-

⁸ Na međunarodnom nivou postoje dva pravna instrumenta koja pružaju solidnu osnovu za suštinsku prekograničnu saradnju u suprotstavljanju sajber kriminalu. Prvi od ovih instrumenata, Konvencija Saveta Evrope o visokotehnološkom kriminalu iako usvojena kao regionalni mehanizam ima globalni značaj, a druga je Konvencija Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala, koja od indirektnog značaja za borbu protiv visokotehnološkog kriminala kada je isti rezultat delovanja kriminalnih grupa u prekograničnim okvirima.

⁹ N. Foggetti, „Transnational Cyber crime, differences between national laws and developments of European legislation: by repression?“, *Masaryk University journal of Law and technology* 2/2008, 37.

¹⁰ *Convention on Cybercrime*, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/185.htm>.

¹¹ Što se tiče strukture, Konvencija sadrži četiri poglavlja. U *prvom poglavlju* definisani su osnovni pojmovi (računarski sistem, računarski podaci, provajderi usluga, protok podataka). *Drugo poglavlje* sadrži zakonodavne mere koje treba preduzeti na nacionalnom nivou, a odnose se na krivično materijalno pravo i krivično procesno pravo. U okviru odeljka 1. Konvencije krivična dela su svrstana u četiri grupe: prvu grupu čine krivična dela usmerena protiv poverljivosti, integriteta i dostupnosti podataka i informacionih sistema; drugu grupu čine krivična dela u vezi sa računarima (*computer-related crimes*) u izvršenju kojih se računar pojavljuje kao sredstvo; treću

nje krivičnog materijalnog i procesnog zakonodavstva i odredaba za međunarodnu saradnju u borbi protiv kompjuterskog kriminala, a s obzirom na neadekvatnost tradicionalnih istražnih ovlašćenja i odsustvo u većini zemalja posebnih proceduralnih pravila koja se primenjuju u kiber prostoru, Konvencija ima za cilj da se u domaćem krivičnom procesnom pravu obezbede ovlašćenja nadležnim organima koja su neophodna za istragu krivičnih dela učinjenih u vezi sa računarskim sistemima kao i drugih krivičnih dela za gonjenje kojih je neophodno prikupiti podatke u elektronskom obliku¹². Ova ovlašćenja, od kojih su neka posebno inovativna, odgovaraju različitim ciljevima, kao što su prikupljanje dokaza, lociranje izvora i identifikovanje učinilaca krivičnih dela ali sva imaju za cilj da se prikupe podaci za potrebe konkretne krivične stvari i nisu proaktivne u pogledu svog efekta ili obima i ne služe stvaranju „orvelijanskog“ sistema elektronskog nadzora u telekomunikacionom okruženju. Konvencija predviđa mogućnost da se podaci prikupljaju, te obavezuje one koji poseduju relevantne podatke da ih učine dostupnim, odnosno da ih sačuvaju za potrebe vođenja istrage, ali ne sadrži zahtev niti opravdava sveobuhvatni i neselektivni nadzor komunikacija pojedinaca od strane pružalaca telekomunikacionih usluga niti policije, osim ako se preduzimaju radnje radi otkrivanja konkretnog krivičnog dela i učinioaca. Osim toga, predviđena su značajne proceduralne garancije, što predstavlja jedan od glavnih doprinosa Konvencije¹³.

grupu čine krivična dela u vezi sa sadržajem; četvrtu grupu čine povrede autorskih i srodnih prava. U vezi sa ovim krivičnim delima, Konvencija pred potpisnice postavlja zahtev za uvođenjem istražnih ovlašćenja, a radi modernizacije alata koji stoje na raspolaganju organima istrage i gonjenja u vezi sa sa kompjuterskim kriminalom. Naime, u okviru odeljka 2. (članovi 14-21.) su odredbe koje se odnose na procesno pravo, a sadrže određene smernice za postupak, koji se vodi u vezi sa krivičnim delom koje izvršeno putem računarskih sistema, kao i smernice za prikupljanje dokaza u elektronskom obliku o izvršenom krivičnom delu (pa i o krivičnom delu koje ne spada u kompjuterski kriminal u smislu Konvencije). Uspostavljanje, sprovođenje i primena ovlašćenja i postupaka navedenih u delu koji se odnosi na procesno pravo zahteva od države da obezbedi adekvatnu zaštitu ljudskih prava i sloboda – prvenstveno prava na privatnost. Pri tom treba da se poštuju uobičajeni standardi, tj. minimalne mere zaštite, uključujući međunarodne instrumente o ljudskim pravima. *Treće poglavlje* tiče se međunarodne saradnje i sadrži principe koji se odnose na nadležnost, ekstradiciju, osnovne principe međunarodne pomoći- procedure koje se odnose na međusobne zahteve za pomoć u nedostatku važećih međunarodnih sporazuma, uzajamnu pomoć u vezi sa privremenim merama, te uzajamnu pomoć u vezi istragom. *Četvrto poglavlje* sadrži završne odredbe.

¹² M. Gercke, „Europe's legal approaches to cybercrime“, *ERA forum* No. 10/2009, 58.

¹³ Miquelon-Weismann, M., „The convention on cybercrime: a harmonized implementation of international penal law: what prospects for procedural due process?“ *John Marshall Journal of Computer & Information Law* 2/2005, 333.

4. Mere i radnje za otkrivanje i dokazivanje dela visokotehnološkog kriminala

Podaci koji se skladište, obrađuju i prenose u računarskim mrežama i sistemima su nepostojani i podložni izmenama, a kako bi se stvorio osnov da se zahteva očuvanje ovih podataka, smatramo da je u nacionalno zakonodavstvo potrebno uvesti **hitno očuvanje uskladištenih računarskih podataka** kao novu dokaznu radnju, koja bi mogla biti od presudnog značaja za uspeh krivičnih istraga u računarskim mrežama. Smisao ove radnje je svojevrsno "zamrzavanje podataka" u cilju da se spreči gubitak ili izmena postojećih podataka koji bi mogli biti od vrednosti kao dokaz u krivičnom postupku, a koju po nalogu nadležnih organa izvršavaju pružaoci telekomunikacionih usluga. Ova radnja bi se preduzimala da bi se određeni podaci očuvali a njihov integritet održao, bez obzira da li se radi o podacima o saobraćaju ili o sadržaju komunikacije, ukoliko bi postojala opasnost od gubitka ili izmene. Sprovođenje mere bi osnov imalo u naredbi za hitno očuvanje podataka koja bi se izdavala pružiocima usluga elektronskih komunikacija sa zahtevom da sačuvaju podatke na određeni vremenski period i pri tome bi se radilo se o tajnoj meri. Kako bi u pogledu čuvanja i otkrivanja podataka o saobraćaju mogli nastati određeni problemi iz činjenice da su više provajdera uključeni u prenos komunikacije, dobro rešenje je predvideti mogućnost da se zahteva hitno očuvanje podataka u čitavom lancu komunikacije u smislu određivanja izvora i odredišta, bez obzira na broj operatera koji su uključeni u prenos komunikacije. Pri tome bi bilo moguće zahtev uputiti samo pružiocima u okviru teritorijalnih granica jedne države, a ako bi se poruka prenosila posredstvom provajdera iz strane zemlje, neophodno bi bilo pokretanje odgovarajućih mehanizama za pružanje uzajamne pravne pomoći.

U situaciji kada je potrebno računar kom se pristupilo pregledati, odnosno ostvariti uvid u to koji se podaci u njemu nalaze, postavlja se pitanje da li je moguće analogno primeniti pravila koja uređuju tradicionalne mere procesne prinude prema stvarima u formi pretresa i privremenog oduzimanja fizičkih predmeta. Polazeći od pretpostavke da je neophodno posebno regulisati preduzimanje radnje **pretrage računara, računarskog sistema i mreža** i prikupljanje podataka koji se u njima stvoreni, obrađeni i prenošeni, pažnju je potrebno posvetiti načinu uređenja sledećih pitanja: jasnom utvrđivanju razlike između pretrage automatski obrađenih podataka i prikupljanja automatski prenošenih podataka i podataka koje je korisnik stvorio; obavezi obaveštavanja lica koje je držalac računara o tome da je sistem bio predmet pretrage i koji podaci su pribavljeni u odgovarajućem momentu; obimu i uslovima za pretragu računarskog si-

stema koji je sa računarom koji je predmet pretrage povezan preko računarske mreže. Da bi se pregledao računarski sistem, te da bi se utvrdilo prisustvo podataka neophodnih za krivičnu istragu, neophodno je utvrditi ko je, pod kojim uslovima i po kom osnovu ovlašćen da pristupi računarskom sistemu, te da li moguć pristup u određenim hitnim slučajevima mimo utvrđenih pravila¹⁴. Osim što su nadležni organi ovlašćeni da pretraže, odnosno na odgovarajući način pristupe računarskom sistemu, odnosno delu računarskog sistema kao i uređajima za skladištenje podataka koji se nalaze na teritoriji države, ukoliko je verovatno da se podaci skladišteni u drugom računarskom sistemu ili delu sistema, a koji se nalaze na teritoriji države i moguće im je pristupiti, odnosno koji su dostupni preko računarskog sistema koji se predmet pretrage, trebalo bi dati ovlašćenje nadležnim organima da u određenim slučajevima inicijalnu pretragu prošire i na taj drugi računarski sistem.

Dilema postoji i u pogledu mogućnosti proširenja pretrage na računarski sistem koji se nalazi na teritoriji druge države a kom je preko pretraživanog računarskog sistema moguće pristupiti putem Interneta ili druge računarske mreže ili tzv. prekograničnu pretragu računarskog sistema treba razmatrati u vezi sa pružanjem uzajamne pravne pomoći u krivičnim stvarima. Potreba regulisanja pristupa računar, računarskim sistemima i računarskim mrežama i u računarskom sistemu u drugoj državi i pretraživanja podataka koji su uskladišteni, obrađuju se ili prenose u njima proizilazi iz činjenice da je u Internet okruženju, usled prirode ove globalne računarske mreže i povezanosti računarskih sistema koji se nalaze u različitim državama, moguća situacije da nadležni organi jedne države, preduzimajući određene istražne radnje ne budu svesni da su pretragom obuhvaćeni podaci u okviru računarskih sistema koji se nalaze u drugim državama, čime može doći do povrede teritorijalnog suvereniteta država ukoliko bi pretrage bile preduzete bez prethodnog obaveštenja, odnosno saglasnosti druge države. Iz tog razloga neophodno je da postoje eksplicitna međunarodnopravna pravila koja uređuju mogućnost **prekograničnog pristupa i pretrage računarskih sistema i mreža**, odnosno sporazumi koji definišu uslove pod kojima se pretraga može vršiti umesto prakse po principu *laissez faire*. Iz toga razloga neophodno je odgovarajućim odredbama regulisati sledeća pitanja je 1) pod kojim uslovima i u kojoj proceduri države jedna drugoj mogu dozvoliti sprovođenje prekograničnog mrežnog pretraživanja (pretraživanje računarske mreže) a uz po-

¹⁴ S. Trepel, "Digital Searches, General Warrants, And The Case For The Courts," *Yale Journal of Law and Technology* 10/2008, 138.

štovanje prava osumnjičenog kao i prava i interese trećih lica; 2) u slučaju da se nadležnim organima strane države prekogranično mrežno pretraživanje ne dozvoli, da li bi bilo moguće na određeni način obezbediti podatke koji se obrađuju, skladište i prenose u okviru računarske mreže ili sistema na teritoriji te države i u kakvoj proceduri (uz ukazivanje na potrebu stvaranja ekspeditivnih procedura za zadržavanje podataka kako bi se sprečio njihov gubitak ili izmena pre okončanja redovne procedure slanja i postupanja po zamolnicama); 3) da li je opravdano insistirati na redovnim mehanizmima za pružanje pravne pomoći u krivičnim stvarima, a koji su dugotrajni, dok je priroda podataka koji mogu biti elektronski dokazi takva da se oni lako i brze menjaju, odnosno prikrivaju i gube. Kako bi se ograničenja postojećih mehanizama prevazišle, sa naročitom pažnjom bi trebalo sagledati mehanizama koji su neophodni za ubrzavanje prekogranične saradnje nadležnih organa u otkrivanju, istraživanju i gonjenju odnosno suprotstavljanju kriminalu koju počiva na zloupotrebi digitalne tehnologije i računarskih sistema.

S obzirom na to da su za krivični postupak od značaja ne samo podaci koji su uskladišteni u jednom računarskom sistemu, nego i podaci koji se generišu u realnom vremenu dok signal kroz računarsku mrežu prolazi od izvora do odredišta komunikacije, korisno je predvideti mogućnost **presretanja telekomunikacija** i za računarske komunikacije. Međutim, kako je došlo do konvergencije informacionih i telekomunikacionih tehnologija, postavlja se pitanje da li se postojeća ovlašćenja tehničkog nadzora komunikacija mogu ekvivalentno primeniti na slučaj presretanja različitih oblika tehničkih komunikacija kao što su komunikacije između računara¹⁵. U pogledu prikupljanja podataka koji nisu uskladišteni u jednom računarskom sistemu nego podataka koji se generišu u realnom vremenu dok signal kroz računarsku mrežu prolazi od izvora do odredišta komunikacije, opravdano je razlikovati prikupljanje u realnom vremenu podataka o komunikacionom saobraćaju i presretanje u realnom vremenu podataka o sadržaju komunikacija. Nadležnim organima treba dati ovlašćenje da prikupljaju ili snimaju primenom tehničkih sredstava na svojoj teritoriji, odnosno da narede pružaocima telekomunikacionih usluga da u okviru svojih tehničkih mogućnosti prikupljaju podatke. Međutim, kako bi presretanje podataka o sadržaju komunikacija predstavljalo radnju kojom bi se u najvećoj meri zadiralo u privatnost, pitanje je da li je opravdano predvideti mo-

¹⁵ W. Murdoch, "Regulation of State Surveillance of the Internet human rights infringement or e-security mechanism?", *International Journal of Electronic Security and Digital Forensics*, 1/ 2007, 44.

gućnost određivanja te radnje za sva krivična dela ili samo uz poštovanje principa proporcionalnosti, odnosno samo za istraživanje težih krivičnih dela. Takođe, kod presretanja podataka o sadržaju komunikacija potrebno je da države propišu da se mera primenjuje u odnosu na određenu komunikaciju koja se na teritoriji te države obavlja putem računarskog sistema, a ne obavezati pružaoce elektronskih usluga da zadržavaju neselektivno podatke o svim komunikacijama za određeni vremenski period. Što se pravnog uređenja presretanja komunikacija tiče, neophodno je u propisima na odgovarajući način prevazići nekoliko dilema: da li je opravdano eventualno proširenje obima tehničkog nadzora u slučajevima istrage teških krivičnih dela protiv poverljivosti, integriteta i dostupnosti telekomunikacionih ili računarskih sistema i na presretanje podataka o sadržaju komunikacije s obzirom na načelo proporcionalnosti¹⁶; da li je potrebno odrediti različite uslove za preduzimanje ove radnje u zavisnosti od vrste komunikacije (komunikacija između računara ili između pojedinaca i računara) i prirode mreže (javna ili privatna) u pogledu kojih se presretanje određuje; koje su to tehničke mere koje istražni organi moraju da koriste kako bi prikupljeni podaci bili obezbeđeni na odgovarajući način; kako postaviti uslove i odrediti garancije o kojim treba voditi računa prilikom presretanja kako bi se postigla odgovarajuća ravnoteža između prava pojedinaca na privatnost i interesa krivičnog postupka?

U vezi sa ostvarivanjem pomenutih ovlašćenja nadležnih organa, potrebno je **obavezati određene subjekte na saradnju**. Najpre se postavlja pitanje, na koji način obavezati lica koja imaju pristup odnosno kontrolu nad računarom ili računarskim sistemom u kojima su uskladišteni, obrađeni ili se prenose podaci koji mogu biti iskorišćeni kao dokaz u krivičnom postupku da nadležnim organima omoguće pristup, odnosno pretraživanje tog računara, sistema ili mreže? Kako obavezu predaje određenih predmeta, a koja je predviđena tradicionalnim pravilima krivične procedure prilagoditi virtuelnom okruženju i nematerijalnoj prirodi elektronskih dokaza (primera radi, obavezivanjem da se štampaju podaci ili da budu predstavljeni uvidljivoj i razumljivoj formi u slučaju da su podacienkriptovani, otkrivanjem lozinke i slično). Osim toga, sa ciljem stvaranja mehanizma koji omogućava da se uputi zahtev sadržan u formalnom nalogu policije ili suda da se određeni podaci predaju nadležnim organima, potrebno je predvideti izdavanje svojevrzne naredbe za predavanje podataka, kao pravnog osnova za omogućavanje pri-

¹⁶ J. Cannatacia, J. Mifsud, „The end of the purpose-specification principle in data protection?“, *International Review of Law, Computers & Technology* 1/ 2010, 108.

stupa podacima uskladištenim u računarskom sistemu ili uređaju za skladištenje podataka. Postavlja se pitanje koji organ je nadležan za donošenje takve naredbe i koji se svi podaci mogu tražiti, naročito u vezi sa poštovanjem prava pojedinca na nepovredivost komunikacija, odnosno interesa zaštite poslovne tajne. U vezi sa obavezom držaoca računara, odnosno računarskog sistema, postavlja se i pitanje da li je opravdano obavezati lice koje poseduje znanja o funkcionisanju sistema koji se pretražuje da sa nadležnim organima sarađuje pružajući im neophodne informacije naročito ako se radi o osumnjičenom licu a imajući u vidu privilegiju od samoopuživanja ili se pak ta obaveza može odnositi samo na administratore sistema i druga tehnička lica. Isto tako, specifične obaveze mogu biti nametnute operaterima javnih i privatnih mreža da upotrebe sva neophodne tehničke mere te omogućće presretanje telekomunikacija od strane istražnih organa, odnosno pružaocima telekomunikacionih usluga dostupnih javnosti da po naredbi istražnih organa učine dostupnim podatke potrebne radi identifikovanja korisnika usluge a u pogledu kojih pružalac ima pristup, odnosno kontrolu. S poslednjim u vezi se postavlja pitanje, koji su to podaci? Neophodno i opravdano je napraviti razliku između identifikacionih podataka, drugih podataka i osetljivih podataka. Stoga naročitu pažnju treba posvetiti pravilima čija je svrha zaštita podataka o ličnosti, te standardizovati procedure i tražiti od operatera da podatke učine dostupnim na osnovu standardnih pisanih naredbi, te izbegavati neformalno i usmeno prikupljanje kako bi se podaci mogli koristiti kao dokaz. Kako se ne bi kompromitovala istraga, isti se mogu obavezati da kao tajnu čuvaju činjenicu da izvršavaju te radnje po nalogu nadležnih oragana kao i sve informacije u vezi sa tim. Takođe, bitno je predvideti pravo lica na koje se radnja odnosi da u odgovarajućem trenutku bude obavješteno u koje svrhe i po kom pravnom osnovu su se podaci prikupljali.

Nesporno je, dakle, da je postoji potreba za predviđanjem mogućnosti da se primenom određenih tehničkih sredstava podaci u računarskim sistemima prikupljaju, obrađuju i koriste, te obavezivanjem određenih subjekata koji poseduju relevantne podatke da ih učine dostupnim, odnosno da ih sačuvaju radi otkrivanja krivičnog dela i učinioca za potrebe vođenja krivičnog postupka, ali sveobuhvatan i neselektivni nadzor komunikacija pojedinaca od strane pružalaca telekomunikacionih usluga ili policije nije opravdan, već je neophodno predvideti određena **proceduralna ograničenja i garancije**, odnosno odgovarajućim propisima postići pravedni balans između potreba vođenja krivičnog postupka i poštovanja ljudskih prava, odnosno ovlašćenja istražnih organa u cilju prikupljanja podataka i obima zaštite prava na pri-

vatnost pojedinaca. Da bi se sprečilo arbitrarno postupanje nadležnih državnih organa, u skladu sa principom vladavine prava, prilikom zakonskog regulisanja, odnosno određivanja i izvršenja određenih procesnih radnji u cilju otkrivanja i obezbeđivanja elektronskih dokaza o učinjenom krivičnom delu i učiniocu, potrebno je voditi računa o određenim ograničenjima u vidu minimalnih uslova i garancija koje je potrebno uzeti u obzir kako bi se obezbedila adekvatna zaštita određenih ljudskih prava i sloboda. S obzirom na „zahvat“ određene radnje, odnosno opasnost od ugrožavanja prava pojedinaca koji su pogođeni određivanjem radnje, minimalne mere zaštite mogu se odnositi na sudsku kontrolu ili nadzor drugog nezavisnog organa, zakonsko određivanje razloga koji opravdavaju primenu radnje, te ograničenja u obimu i trajanju primene radnje. Pri tome, ne treba zanemariti uticaj procesnih ovlašćenja, te prava, odgovornosti i legitimne interese trećih lica prema kojima radnja nije određena a koji su učesnici u određenom komunikacionom odnosu. U vezi sa postizanjem pomenute ravnoteže je i pitanje koje su to podatke pružaoci Internet i drugih telekomunikacionih usluga dužni da čuvaju i u kom vremenskom periodu a koje da na zahtev istražnih organa čine dostupnim za potrebe vođenja krivičnog postupka, s obzirom na to da, s jedne strane, zadržavanje podataka o mrežnom saobraćaju može biti od izuzetnog značaja u otkrivanju visokotehnološkog kriminala dok, s druge strane, zadržavanje na neodređeni ili dug vremenski period može doneti nesrazmerne troškove, a prevelika istražna ovlašćenja mogu biti u sukobu sa propisima koji garantuju prava na privatnost, odnosno uređuju zaštitu podataka o ličnosti, iz kog razloga prilikom propisivanja radnji i mera za obezbeđenje dokaza te pri određivanju, odnosno primeni tih mera i radnji potrebno voditi računa o određenim principima (zakonitost, neophodnost, proporcionalnost, transparentnost)¹⁷.

Evidentan je nedostatak pravnih standarda u vezi sa dokaznim pravilima o elektronskim zapisima kao tragovima izvršenja krivičnog dela radi mogućnosti njihovog korišćenja u krivičnom postupku, posebnu pažnju je potrebno posvetiti **elektronskim dokazima**. Pri tome trebalo bi uzeti u obzir zakonska rešenja u pojedinim državama i primere dobre praxe u pogledu toga kako da se prikupljaju i sačuvaju elektronski zapisi na način kojim će se najbolje obezbediti integritet, autentičnost i prihvatljivost tih zapisa kao dokaza u krivičnom postupku pred sudom države. Takođe, trebalo bi voditi računa i o osnovnim principima na koji-

¹⁷ L. Costa, „Privacy and the precautionary principle“, *Computer Law and security Review* 28/2012, 18.

ma počiva digitalna forenzika kao deo kriminalistike¹⁸, koja koristi naučno izvedene i dokazane metode za identifikaciju, sakupljanje, dokumentovanje, čuvanje, rukovanje, vrednovanje, analizu i interpretaciju elektronskih tragova¹⁹.

5. Zaključak

Kako u velikom broju država nisu predviđene adekvatne radnje i mere radi otkrivanja i obezbeđenja dokaza za potrebe vođenja krivičnog postupka za dela visokotehnološkog kriminala, postoji potreba da se odgovarajućim propisima u nacionalnim zakonodavstvima nadležnim organima daju ovlašćenja koja su neophodna za istragu i gonjenje krivičnih dela učinjenih u vezi sa računarskim sistemima kao i drugih krivičnih dela za gonjenje kojih je neophodno prikupiti podatke u elektronskom obliku. Ova ovlašćenja bi trebalo da odgovaraju različitim ciljevima, kao što su prikupljanje dokaza, lociranje izvora i identifikovanje počinioca krivičnog dela. U tom smislu, postavlja se pitanje, da li pravnom regulisanju tih ovlašćenja pristupiti reaktivno ili proaktivno. Takođe, neophodno je odrediti u odnosu na koja krivična dela se specifična ovlašćenja preduzimaju: da li u odnosu na krivična dela koja su u krivičnim zakonima određena kao dela protiv računarskih sistema, dela čije radnje su preduzete zloupotrebom računara ili u slučaju da je potrebno obezbediti dokaz u elektronskom obliku bez obzira o kom krivičnom delu se radi. Nezamislivom broju država kao uzor u stvaranju pravnog okvira za suprotstavljanje visokotehnološkom kriminalu poslužila su rešenja sadržana u Konvenciji Saveta Evrope. Međutim, ne umanjujući bitan doprinos Konvencije a imajući u vidu da je trenutno tehnološko okruženje daleko od toga da je identično stanju od pre više od deset godina, procesnopravne odredbe koja se zasnivaju na rešenjima iz pomenute Konvencije su neprihvatljiva i zastarela i ne mogu dati odgovarajuće rezultate u otkrivanju i obezbeđenju dokaza za potrebe vođenja krivičnog postupka za dela visokotehnološkog kriminala. Danas je u daleko većoj meri komplikovano ući u trag izvršiocu, otkriti kriminalne aktivnosti na Internetu i obezbediti elektronske dokaze nego 2001.godine, jer proces svojevrsne "digitalne globalizacije" nastavlja da se ubrzava, a postavljeni okvir je više reaktivan nego proaktivan, a nije ni tehnički neutralan. Primera radi, postoji

¹⁸ Leigland R., Krings A., "A formalization of digital forensic", *International Journal of Digital Evidence* 2/2004, 28.

¹⁹ Više videti: T.Lukić, „Digitalni dokazi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2012, 177-192; M.Pisarić, „Elektronski zapisi kao dokaz u krivičnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2009, 519-536.

obilje komunikacionih mreža i sredstava: podaci se razmenjuju uz pomoć privremenih *onlinedatoteka* i servera, a u sve široj upotrebi su pametni mobilni telefoni kojima se pristupa Internetu, *VOIP* tehnologija, aplikacija sistema sistematskom enkripcijom (*Skype*) te softveri koji prikrivaju komunikacioni kanal i onemogućavaju utvrđivanje adrese izvora i odredišta komunikacije (kakav je *TOR -The Onion Roter*), pa je potrebno ekspeditivno delovati da bi se otkrio trag ili izvor komunikacije. Pronalaženje izvršioca preko *IP* adrese nije više toliko jednostavno kao pre nekoliko godina, iz više razloga: tačno je da se uz pomoć *IP* adrese može otkriti veza sa određenim pružaocem Internet usluga i teritorijom određene države, ali to ne znači da će se ta adresa dovesti u vezu sa krajnjim korisnikom jer su sve više u upotrebi dinamičke *IP* adrese, a osim toga moguće je korišćenjem određenih programa prikrivati, odnosno iste menjati. Stoga je neophodno preispitati osnovne postulate na kojima počiva Konvencija Saveta Evrope a time i rešenja u nacionalnim sistemima država potpisnica, među kojima je i Republika Srbija, odnosno razmotriti potrebu unapređenja postojećih i predložiti uvođenje novih rešenja u krivičnom procesnom pravu.

*Milana Pisarić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

The Normative Response to Problems of Detection and Investigation of Cyber Crime

Abstract: *Certain aspects of cyber crime represent the essence of the problems that authorities prosecuting crimes committed by abuse of information technology face everyday. All these specific features of cyber crime must be taken into consideration in order to understand and overcome difficulties in investigation and prosecution of crimes and trial of perpetrators. Given all the above and in order to respond to the specific nature of criminal activities committed using computer networks and systems, it is understandable that countries strive to adapt or complement the existing criminal law provisions. To create an appropriate legal framework for fighting this type of crime by means of criminal law, rules of substantive criminal law should incriminate certain behaviors and predict offenses against the confidentiality, integrity and availability of computer data and computer systems and rules of criminal procedure law should determine the appropriate powers of the authorities in order to identify sources of illicit actions and collect information on the committed offense and the offender which could be used as evidence in criminal proceedings.*

Key words: *cyber crime, the normative response, detection, investigation.*

*Sandra Samardžić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

POTREBE I MOGUĆNOSTI ADEKVATNIJEG TUMAČENJA HAŠKE KONVENCIJE O GRAĐANSKOPRAVNIM ASPEKTIMA MEĐUNARODNE OTMICE DECE U SLUČAJU NASILJA U PORODICI¹

Sažetak: *U vreme kada je doneta, Haška konvencija o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice dece bila je nužna posledica prilika koje su u to vreme vladale i predstavljala je sasvim logičan korak ka cilju koji je pred nju postavljen, a to je hitan povratak dece koja su nezakonito odvedena ili zadržana. Naime, u najvećem broju slučajeva, muškarci, odnosno očevi, su bili ti koji su decu nezakonito odvodili ili zadržavali. Više od trideset godina kasnije, situacija se u tom pogledu promenila, utoliko što su sada majke te koje se odvažuju na takav korak, najčešće videći u tome jedini način da spasu sebe, odnosno svoju decu od nasilja kojem su izloženi. U tom smislu, postavlja se pitanje da li je postizanje cilja kojem ova Konvencija teži i dalje uvek opravdano, odnosno da li bi bilo opravdano i moguće drugačije tumačenje Konvencije u situacijama kada je nezakonito odvođenje, odnosno zadržavanje dece posledica nasilja u porodici.*

Ključne reči: *Haška konvencija o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice dece, nasilje u porodici, nezakonito odvođenje dece.*

¹ Rad je posvećen projektu „Dete u porodičnom pravu – komparativni i međunarodnopravni aspekt“ koji finansira Pokrajinski sekretarijat za nauku i tehnološki razvoj AP Vojvodine.

1. Uvod

U eri proklamovanja zaštite ljudskih prava, čiji obim pokazuje stalne znake širenja, svedoci smo da i neka osnovna prava i slobode, kao što je sloboda kretanja, može da dovede do izvesnih negativnih posledica, gde najviše pate oni, koji zaslužuju najveću zaštitu – deca.

Naime, sloboda kretanja, između ostalog, omogućila je i sklapanje brakova (odnosno vanbračnih zajednica) između lica različite nacionalnosti. Međutim, u situacijama kada dodđe do razvoda ovakvih brakova, ukoliko su pritom u tom braku rođena i deca, javljaju se izvesni problemi, koje je međunarodna zajednica pokušala da reši (ili makar da ublaži njihove posledice) donošenjem određenih međunarodnih akata.

Pre više od tri decenije, 1980. godine doneta je Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece (u daljem tekstu: Haška konvencija), koja danas ima 89 država ugovornica². Cilj donošenja konvencije (član 2) bio je da se „obezbedi što hitniji povratak nezakonito odvedene dece ili dece zadržane u nekoj državi ugovornici“, odnosno da „obezbedi da se prava na staranje i viđenje sa detetom po zakonu jedne od država ugovornica stvarno poštuju u drugoj državi ugovornici“. Međutim, prilike koje su tada vladale i koje su inicijalno podstakle donošenje Haške konvencije, u poslednjih nekoliko godina su se u mnogome izmenile. Naime, promenio se profil lica koja nezakonito odvođe decu. Na samom početku primene Haške konvencije, moglo bi se reći da je dominantan broj nezakonitog odvođenja dece, bio onaj u kojem su očevi (koji nisu imali pravo staranja) odvodili decu od majki, u sredinu koju su smatrali kulturološki, religijski i sociološki prihvatljivijom. Najčešće je to bila država iz koje oni potiču. Pojedini autori, isticali su da se u takvim slučajevima radi o svojevrsnom nasilju u porodici³, iz razloga što se na taj način želi naneti zlo majkama, odnosno detetu, tako što će mu biti onemogućen život sa licem koje ima pravo stranja (a to je u najvećem broju slučajeva majka) i što će se dete odvojiti od okruženja na koje je naviklo. U takvoj situaciji, odredbe Haške konvencije, imale su za cilj, da pomognu majkama u što hitnijem povratku dece.⁴

² Sajt Haške konferencije za međunarodno privatno pravo http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24, sajt posećen: 29. 3. 2013.

³ Merle H. Weiner, *International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence*, 69 *Fordham L. Rev.* 593, 610 (2000).

⁴ Stav da su očevi ti koji nezakonito odvođe, odnosno zadržavaju decu, još više je bio učvršćen nakon što je priča Beti Mhmudi objavljena u knjizi „Ne bez moje kćerke“, koja je kasnije i ekranizovana.

Međutim, situacija se vremenom dosta promenila, te je tako jedno istraživanje koje je sprovedeno još 1993. godine pokazalo da su u 368 slučajeva nezakonitog odvođenja dece, majke činile većinu onih koji su decu odvodili.⁵ Ista studija, pokazala je i da je u tim brakovima bilo prisutno nasilje u porodici. Imajući u vidu da se ovaj trend sve više nastavlja, odnosno da veliki broj majki spas traže napuštanjem svojih partnera, odnosno odvođenjem dece, možemo postaviti pitanje da li Haška konvencija i dalje može da pruži onakvu zaštitu, kakva je prvobitno zamišljena. Može li se u ovakvim slučajevima, zaštititi interes deteta, ako je osnovni cilj Haške konvencije da „obezbedi što hitniji povratak dece nezakonito odvedene ili zadržane u nekoj državi ugovornici“? Smatramo da je moguće, ali je neophodno prilagoditi Konvenciju novonastalim okolnostima, odnosno tumačiti je u skladu sa konkretnim činjenicama.

Pored ovog pitanja, rad takođe nastoji da ukaže i na probleme sa kojima se susreće i Srbija, koja je pomenutu konvenciju usvojila još 1991. godine⁶, ali se čini da još uvek nedostaje volje i znanja za njenu potpunu i adekvatnu primenu. U Haškoj konvenciji je istaknuto da će države ugovornice preduzeti sve odgovarajuće mere da obezbede na svojoj teritoriji sprovođenje ciljeva Konvencije i da će, u tu svrhu, koristiti najefikasnije raspoložive postupke.

U tom cilju Ministarstvo pravde Republike Srbije se opredelilo za osnivanje radne grupe za izradu nacrtu Zakona kojim će biti razrađena pravila postupka za primenu Haške konvencije zbog problema u njenoj praktičnoj primeni u Srbiji, odnosno koji će doprineti da se zaštita dece u Republici Srbiji od nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja podigne na viši nivo.

2. Tumačenje pojedinih termina Haške konvencije u slučaju prisustva nasilja u porodici

2.1. Nezakonito odvođenje ili zadržavanje

Haška konvencija, doneta je u cilju da zaštiti decu od negativnih efekata do kojih bi moglo doći kada jedan roditelj samostalno, bez saglasnosti drugog roditelja, odluči da odvede dete iz države u kojoj je živeo, kršeći pri tom pravo na staranje drugog roditelja. Na ovakav korak, roditelji se odlučuju bilo kada su nezadovoljni sudskom odlukom u pogledu prava na staranje ili prava na viđenje koja je doneta u mestu de-

⁵ Geoffrey L. Greif & Rebecca L. Hegar, *When Parents Kidnap* 18-19 (1993).

⁶ Zakon o ratifikaciji Konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece, Službeni list SFRJ, br. 7/91 – Međunarodni ugovori – Konvencija.

tetovog uobičajenog boravišta, bilo kada očekuju bolji ishod u sudskom postupku koji bi se vodio u drugoj državi (najčešće u državi iz koje oni i potiču).⁷

U prvom članu navodi se da je cilj Konvencije da „obezbedi što hitniji povratak dece nezakonito odvedene ili zadržane u nekoj državi ugovornici“. Naime, u vreme kada je Haška konvencija doneta, postojalo je uverenje da su očevi ti koji uvek nezakonito odvođe decu. Čak je i u izveštaju Specijalne komisije, koji je donet uz Nacrt Haške konvencije, navedeno da otmica ima „bolne posledice“ i da se porodica time „uništava“, kao i da deca bivaju „emocionalno uznemirena“⁸. Odvođenje dece je posmatrano isključivo kao negativna pojava, te su tako bez nekog velikog odjeka ostali navodi koji su bili sadržani u radnim dokumentima Konvencije, a u kojim se isticalo da odvođenje dece može imati i „pozitivne efekte“, naročito kada se dete „odvodi iz nestabilnog i nesigurnog okruženja“.⁹ Postojalo je uverenje da očevi decu odvođe, jer u zemlji uobičajenog boravišta ne bi uspeali da dobiju pravo na staranje, ali istovremeno i zato da bi na taj način opet povredili majke, koje su u najvećem broju slučajeva već bile žrtve određenog vida nasilja. Upravo zbog ovako jednostranog posmatranja problema nezakonitog odvođenja dece, primena Haške konvencije, posmatrano sa današnje tačke gledišta, u pojedinim slučajevima može predstavljati veliki problem, pa čak dovesti i do neprihvatljivih posledica.

Naime, u sve većem broju slučajeva, majke su te koje odvođe decu, ali ne iz nekih sebičnih razloga, već tako vide jedini način da pobegnu od nasilja kojem su one ili deca bili izloženi.¹⁰ U takvim slučajevima, kad majke koje

⁷ Jeffrey L. Edleson, Taryn Lindhorst, with Gita Mehrotra, M.S.W., William Vesneski, M.S.W., Esq., Luz Lopez, Sudha Shetty, Esq., *Multiple Perspectives on Battered Mothers and Their Children Fleeing to the United States for Safety A study of Hague Convention Cases*, Final Report: Hague Convention and Domestic Violence, November 2010, p. 7.

⁸ Elisa Prez-Vera, Report of the Special Commission, Preliminary Doc. No. 6, May 1980, in Hague Conference on Private International Law, III Actes et documents de la Quatorzieme Session, October 6-25, 1980, at 14-16, preuzeto iz Merle H. Weiner, *International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence*, Fordham Law Review, Volume 69, Issue 2, 2000.

⁹ Adair Dyer, Report on International Child Abduction by One Parent ("Legal Kidnapping"), Prel. Doc. No. 1, Aug. 1978, in Hague Conference on Private International Law, III Actes et documents de la Quatorzieme Session, October 6-25, 1980, at 19., preuzeto iz Merle H. Weiner, *International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence*, Fordham Law Review, Volume 69, Issue 2, 2000.

¹⁰ 2003. godine, Pravni fakultet Kardif Univerziteta u saradnji sa Stalnim Biroom Haške konferencije, sproveo je anketu u državama potpisnicama Konvencije. Broj zahteva koji je podnet na osnovu Haške konvencije je porastao za 25% u odnosu na prvo istraživanje iz 1999. godine. Na međunarodnom planu, u 68% slučajeva, majke su bile te koje su odvodile decu, a 85% ovih

trpe nasilje izvesno vreme, skupe hrabrost i odluče da spasu sebe i svoju decu, primena Haške konvencije bi mogla da osujeti takav njihov napor i dovede u ponovnu opasnost, time što bi bio naređen povratak deteta.

Haška konvencija, međutim, sadrži i odredbe koje govore o tome kada organ koji postupa nije dužan da naredi povratak deteta. Radi se o pet mogućih slučajeva.

Pre svega, član 12 Konvencije sadrži odredbu prema kojoj nadležni organ neće naložiti hitan povratak deteta koje je nezakonito odvedeno ili zadržano, ukoliko je na dan početka postupka pred sudskim ili upravnim organom države ugovornice u kojoj se dete nalazi proteklo više od godinu dana od dana nezakonitog odvođenja ili zadržavanja.

Drugi slučaj, tiče se ozbiljne opasnosti od izlaganja deteta fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi ukoliko bi bio određen povratak deteta.¹¹ Ovaj član takođe dodaje i da se povratak neće naložiti ukoliko bi dete i na drugi način bilo dovedeno u nepovoljan položaj.

Sledeći izuzetak tiče se pristanka drugog roditelja. Naime, ukoliko se roditelj koji je podneo zahtev za vraćanje deteta, prethodno saglasio ili naknadno pristao na odvođenje ili zadržavanje, tada bi sud mogao da odbije povratak deteta.

Četvrti slučaj, odnosi se na situaciju u kojoj se dete suprotstavlja povratku, uz uslov da je napunilo one godine i steklo stepen zrelosti pri kome je potrebno uzeti u obzir njegovo mišljenje. Haška konvencija u ovom slučaju, ostavlja državama potpisnicama da same determinišu pravila kada i da li će, svedočenje deteta biti validno u sudskom postupku.¹²

Na kraju, sud može odbiti povratak deteta ako bi to predstavljalo kršenje osnovnih principa zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda države kojoj je upućen zahtev.¹³

Kao što se može primetiti, Haška konvencija ne govori ništa o slučaju kada majka trpi nasilje i kada bi time bila dovedena u opasnost njena

majki su bile primarni staratelji svoje dece. (Lowe, N., *A statistical analysis of applications made in 2003 under the Hague Convention of 25 October, 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*. The Hague, The Netherlands: Hague Conference on Private International Law, 2007. http://www.hcch.net/upload/wop/abd_pd03ef2007.pdf sajt posećen 29.3.2013.).

¹¹ Videti član 13 Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece.

¹² Zakonodavni sistem Srbije, propisuje da dete koje je sposobno da formira svoje mišljenje, može sa navršених 10 godina života, slobodno i neposredno da izrazi svoje mišljenje u svakom sudskom i upravnom postupku u kome se odlučuje o njegovim pravima. (član 65. Porodičnog zakona)

¹³ Videti član 20 Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece.

bezbednost. Naime, Konvencija uopšte ne pominje pojam nasilja u porodici, te tako ono ne predstavlja jedan od mogućih razloga zbog kojeg bi sud mogao da odbije povratak deteta.¹⁴ Jedan od mogućih razloga za ovako jednostran pristup je i taj što problem nasilja u porodici, nije predstavljao značajnije polje interesovanja nauke i prakse sve do početka osamdesetih godina.¹⁵ Do isticanja ovog fenomena, prvi put je došlo na trećem sastanku Specijalne komisije gde se diskutovalo o primeni Haške konvencije. Učesnici su tada zaključili da majke u većini slučajeva odvođe decu upravo iz razloga što su one same ili njihova deca, bile žrtve nasilja u porodici od strane muževa, odnosno očeva.¹⁶

Imajući u vidu postojeće tendencije, neophodno je prilagoditi tumačenje Haške konvencije tako, da pruži zaštitu i majkama koje u odvođenju dece vide jedini spas.¹⁷

Čini se da član 13 Konvencije pruža mogućnost za tumačenje kojim bi se mogao postići ovakav cilj. Naime, u slučaju kada je nasilju izložena bilo majka, bilo dete, tada bismo mogli smatrati da bi povratkom deteta u državu uobičajenog boravišta ono bilo dovedeno u „ozbiljnu opasnost od izlaganja fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi“. Dosadašnja praksa pokazala je da se član 13 retko kada tumačio tako da spreči povratak deteta u slučaju nasilja u porodici¹⁸, a i u situacijama kada jeste, radilo se o zaista ozbiljnom nasilju koje je majka trpela.¹⁹

¹⁴ Primera radi, gotovo dve decenije, sudovi u SAD, u slučajevima kada su primenjivali Hašku konvenciju, nisu smatrali da je nasilje koje trpi majka, razlog zbog kojeg bi odbili povratak deteta. (Jeffrey L. Edleson, Taryn Lindhorst, with Gita Mehrotra, M.S.W., William Vesneski, M.S.W., Esq., Luz Lopez., Sudha Shetty, Esq., Multiple perspectives on battered mothers and their children fleeing to the United States for safety *A study of Hague Convention cases*, Final Report: Hague Convention and Domestic Violence, November 2010).

¹⁵ U Srbiji je tako nasilje u porodici uvedeno u krivično zakonodavstvo tek 2002. godine, dok je porodičnopravna zaštita pružena tek Porodičnim zakonom iz 2005. godine.

¹⁶ Lord Chancellor's Department, Child Abduction Unit, Report on the Third Meeting of the Special Commission to Discuss the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Apr. 8, 1997, at 1 (authored by Michael Nicholls) preuzeto iz Merle H. Weiner, *International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence*, Fordham Law Review, Volume 69, Issue 2, 2000.

¹⁷ Jedna majka koja se odlučila na ovaj korak, rekla je da u takvim situacijama postoje tri mogućnosti: „1. Možeš odlučiti da ostaneš da živiš u takvim okolnostima i preživiš koliko možeš 2. Možeš otići od svog deteta i tako zaista *otići* i 3. možeš pobeći sa svojim detetom.“

¹⁸ Primera radi, u slučaju *Matzke v. Matzke* sud je bio stava da batine koje su deca dobila, davljenje majke i incident kada je otac držao nož nad ćerkom koja je spavala nisu bili verodostojni, te iz tog razloga nije bilo mesta primeni člana 13.

¹⁹ U slučaju *N.P. v. A.B.P.*, sud je odbio povratak deteta, jer su činjenice bile izuzetne. Tu je postojala istinska pretnja majci, zbog koje se ona opravdano nalazila u strahu.

Jedan sudija u slučaju *M.G. v. R.F.*, [2002] R.J.Q. 2132 je čak istakao da je Haška konvencija veoma efikasan instrument, osmišljen od strane međunarodne zajednice, da odvraća roditelje od nezakonitog odvođenja dece iz jedne zemlje u drugu, ali i da se istovremeno radi o krhkom instrumentu i bilo kakvo tumačenje predviđenih izuzetaka, osim rigoroznog, vrlo brzo bi kompromitovao njenu efikasnost.²⁰

Takvo postupanje sudova, odnosno činjenica da se retko kada odbije povratak deteta primenom člana 13, ne bi se moglo smatrati opravdanim. Iako su prilike u vreme kada je Haška konvencija doneta bile drugačije, prevashodan cilj, a to je najbolji interes deteta, koji se želeo postići donošenjem ove konvencije, morao bi biti glavni putokaz prilikom njene primene i tumačenja. Činjenica da nasilje u porodici nije uopšte uneto u Hašku konvenciju, ne znači da sudovi ne bi morali tu činjenicu uzimati u obzir prilikom odlučivanja, naročito ako se ima u vidu koliko je hrabrosti bilo potrebno majkama koje su se odlučile da pobegnu od sredine u kojoj su trpele nasilje i da pri tom izlože opasnosti i sebe i dete.

Još jedna odredba Haške konvencije je od izuzetnog značaja i mogla bi biti od koristi u rešavanju ovakvih situacija. Naime, neki autori smatraju da bi se odvajanje deteta od majke i njegov povratak u državu gde je dolazilo do nasilja u porodici, moglo posmatrati kao kršenje ljudskih prava u smislu člana 20. ove Konvencije.²¹

Ono što još više otežava položaj majki u ovakvim slučajevima jeste činjenica, da one dokaze o pretrpljenom nasilju moraju da nabave u zemlji iz koje su dete odvele. Naime, prilikom razmatranja okolnosti pomenutih u članu 13, sudski i upravni organ će uzeti u obzir podatke koji se odnose na socijalno poreklo deteta dobijene od centralnog izvršnog organa ili nekog drugog nadležnog organa države u kojoj se nalazi mesto uobičajenog boravišta deteta.

Majka je odvedena u Izrael pod lažnim izgovorima, prodana ruskoj mafiji, a zatim prodana muškarcu koji ju je prisiljavao na prostituciju, a pored toga i zaključavao, tukao, silovao i pretio. Majka je bila zaista u stanju straha i nije se moglo očekivati da se vrati u Izrael. U takvoj situaciji sud je odlučio i da bi bilo potpuno neprimereno da pošalje dete nazad bez majke, kod oca kome je kupovina i prodaja žena radi prostitucije posao. [1999] R.D.F. 38 (Que. C.A.), [INCADAT cite: HC/E/CA 764]. Interesantno je ovde pomenuti i slučaj - *Harris v. Harris* gde sud nije dozvolio povratak deteta, ali ne zbog činjenice da je majka trpela nasilje koje se sastojalo u tome da ju je muž udario u lice, ubo u oko, pribio uza zid i davio, kao i da joj je slomio ruku dva puta i napravio hematom na ruci i oko njenog oka, a uz to je tokom jednog telefonskog razgovora, pretio da će ubiti nju, dete i njene roditelje. Sud je naime, u ovom slučaju istakao da bi povratkom, dete bilo dovedeno u nepovoljan položaj zbog finansijski lošeg položaja u kojem bi se našla majka, a samim tim i dete jer je bilo zavisno od nje. [2010] FamCAFC 221

²⁰ *M.G. c. R.F.*, [2002] R.J.Q. 2132 (Que. C.A.) [INCADAT cite: HC/E/CA 762];

²¹ Weiner, M.H. (2004). Strengthening Article 20. *University of San Francisco Law Review*, 38, 701-746.

2.2. Uobičajeno boravište (*habitual residence*)

Prilikom prevođenja Haške konvencije došlo je do određenih propusta, te se tako i termin *habitual residence* prevodi kao stalno nastanjenje, a radi se o uobičajenom (redovnom) boravištu, usvojenom terminu u međunarodnom privatnom pravu.²²

Svrha Haške konvencije je da što hitnije obezbedi povratak deteta u državu gde se nalazilo njegovo „mesto uobičajenog boravišta“, s obzirom na to da su upravo sudovi u toj državi nadležni da donesu odluku o pravu na staranje i pravu na viđenje nakon prestanka braka, odnosno vanbračne zajednice.²³

Određivanje mesta uobičajenog boravišta deteta je pitanje koje sud mora da utvrdi na početku postupka koji se vodi po Haškoj konvenciji. Pre svega, prema pravu države uobičajenog boravišta određuje se da li je putem nezakonitog odvođenja ili zadržavanja došlo do povrede prava na staranje, odnosno da li je uopšte bilo nezakonitog odvođenja ili zadržavanja. Takođe, upravo u ovu državu dete mora biti vraćeno u slučaju otmiče. Ono što otežava posao sudova, jeste činjenica da ovaj institut nije definisan u Konvenciji. Neophodnost definisanja, odnosno uniformnog tumačenja ovog pojma proizilazi iz činjenice njegove prisutnosti u velikom broju članova Haške konvencije i, kao što je već navedeno, što od njega zavisi dalji tok postupka.²⁴

Prilikom određivanja značenja ovog pojma, od pomoći može biti u Bečka konvencija o ugovornom pravu. Ovde se napominje da se prilikom tumačenja ugovora, mora voditi računa o međunarodnom običajnom pravu, ali takođe se ističe da se ugovori moraju tumačiti u „dobroj veri u skladu sa uobičajenim značenjem pojedinih pojmova imajući u vidu kontekst u kojem se pominju, njihov cilj i nameru.“

Tokom istorije, sudovi su se, prilikom određivanja značenja ovog pojma, uglavnom vodili dvema činjenicama: zajednička namera roditelja²⁵ i prilagođavanje deteta određenoj sredini²⁶.

²² Gordana Kovaček Stanić, *Porodičnopravni aspekti međunarodne, roditeljske otmiče dece*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 2, 2012, str. 74-94.

²³ Jeffrey L. Edleson, Taryn Lindhorst, with Gita Mehrotra, M.S.W., William Venneski, M.S.W., Esq., Luz Lopez, Sudha Shetty, Esq., Multiple perspectives on battered mothers and their children fleeing to the United States for safety *A study of Hague Convention cases*, Final Report: Hague Convention and Domestic Violence, November 2010.

²⁴ Postoji saglasnost da se mesto uobičajenog boravišta razlikuje od prebivališta, gde se zahteva namera za trajno nastanjenje, ali i fizičko prisustvo, u određenoj državi. Neophodno je dakle da postoji namera da se živi u državi prebivališta, odnosno namera da se napusti država prethodnog prebivališta.

²⁵ U slučaju *In re Bates* iz 1989 godine, koji predstavlja prvi slučaj u kojem se raspravljalo o mestu uobičajenog boravišta, sud je bio stava da, s obzirom da je dete i suviše malo, „otvoreno izjavljene namere“ roditelja moraju se smatrati važnim faktorom i moraju

Međutim, pitanje mesta uobičajenog boravišta postaje kompleksnije od prostog utvrđivanja zajedničke namere roditelja, odnosno utvrđivanja stepena asimilacije deteta u određenoj sredini, kada je prisutno nasilje. Naime, majka može boraviti u određenom mestu pod uticajem prinude ili sile. Ta prinuda se može manifestovati odmah, u smislu da je žena prisiljena da se odseli u određenu državu, ali mnogo češće, do pretnji i prinude dolazi kada se žena već nađe u određenoj državi, verujući da će njihov boravak kratko trajati, a zatim otkrije nameru svog supruga da tu zauvek ostanu. U takvim okolnostima, deca mogu provesti nekoliko godina u državi u kojoj mogu krenuti u školu i na druge načine postati deo njene društvene zajednice.

Držati se tada standarda, prema kojem se u obzir uzima zajednička namera roditelja u pogledu određivanja mesta uobičajenog boravišta, je neadekvatno. Takođe, ceniti dužinu boravka deteta u određenom mestu, ne uzimajući u obzir činjenicu postojanja nasilja u porodici, predstavljalo bi samo dalje zlostavljanje žene, što bi potencijalno moglo ugroziti i dete.

U takvim situacijama, sudovi su međutim, u samo nekoliko slučajeva naložili dalju istragu u pogledu nasilja u porodici. Ovo pitanje je od velike važnosti, jer upravo od njega i zavisi da li se povratak deteta može smatrati bezbednim.²⁷ Takvo rezonovanje je istaknuto i u presudi slučaja *Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos*.²⁸ Istaknuto je da je verbalno i fizičko zlostavljanje od strane supružnika jedno od nekoliko pitanja koje sud mora da razmotri odlučujući o postojanju „zajedničke namere“ u određivanju mesta uobičajenog boravišta. U takvoj situaciji, moguće je čak da sud odluči da nezakonitog odvođenja odnosno zadržavanja nije ni bilo. Uzimanje u obzir samo zajedničke namere roditelja, predstavlja, ne samo neloogično, već i rigidno rešenje, koje je pri tom i vrlo neizvesno.²⁹ Sud se u takvim okolnostima mora voditi objektivnim činjenicama, a ne samo da

biti uključeni u određivanju mesta uobičajenog boravišta. Svaki sledeći slučaj koji se pojavio pred britanskim sudovima, u određivanju mesta uobičajenog boravišta, držao se principa istaknutim u ovom slučaju.

²⁶ U slučaju *Friedrich v. Friedrich* – sud je istakao da je neophodno fokusirati se na dete, a ne na roditelje i ispitati prošlost, a ne buduće namere. Takođe, u slučaju *Rochford v. Rochford* istaknuto je da samo mesto koje predstavlja centar detetovog života i gde dete provodi najviše vremena, može se smatrati mestom uobičajenog boravišta.

²⁷ Karen Brown Williams, *Fleeing domestic violence: a proposal to change the inadequacies of the Hague convention on the civil aspects of international child abduction in domestic violence cases*, 4 John Marshall L.J. 39, p. 40-83 (2011).

²⁸ *Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos*, 176 F. Supp. 2d 1045 (E.D. Wash. 2001)

²⁹ Tai Vivatvaraphol, *Back to Basics: Determining a Child's Habitual Residence in International Child Abduction Cases Under the Hague Convention*, Fordham Law Review, Volume 77, Issue 6, 2009.

pokušava, da na njemu najjednostavniji način (a to je hitan povratak deteta), obezbedi najbolji interes deteta koji Konvencija nastoji da postigne.³⁰

Imajući u vidu značaj koji na život deteta može imati zamolnica za povratak podneta na osnovu Haške konvencije, obaveza dodatne istrage o postojanju nasilja i njegovog uticaja na izbor mesta boravka, trebala bi biti uvedena za sve sudove, odnosno države potpisnice Konvencije.

2.3. Pravo na podnošenje zamolnice za povratak deteta

Kao što je već istaknuto, prema Haškoj konvenciji odvođenje će se smatrati nezakonitim ako predstavlja povredu prava na staranje. Međutim, iako problemi mogu nastati i kada se radi o pravu na viđenje, učesnici 14. Konferencije su ipak bili stava da se u tom slučaju ne može govoriti o istoj kategoriji nedozvoljenog odvođenja, koja Konvencija želi da spreči.³¹

Licu koje ima samo pravo na viđenje nisu data ista prava kao i onome ko ima pravo na staranje. Samo pravo na viđenje nije definisano Konvencijom, ali je u članu 5. istaknuto da ono uključuje pravo da se dete za određeni period vremena odvede van mesta uobičajenog boravišta. Iako u tom slučaju lice nije ovlašćeno da zatraži vraćanje deteta, Konvencija pruža mogućnost podnošenje molbe za sklapanje sporazuma za organizovanje ili obezbeđivanje efikasnog ostvarivanja prava na viđenje, na isti način na koji se podnosi i zamolnica za povratak deteta.

Kako su za pitanja prava na staranje, odnosno prava na viđenje, merodavna prava države detetovog uobičajenog boravišta, a s obzirom na različitost zakonodavnih rešenja, može se dogoditi da lice koje ima pravo na viđenje, ima širi krug prava od prava da se dete za određeni period vremena odvede van mesta uobičajenog boravišta, odnosno da to pravo obuhvata i pravo da se odredi mesto boravka deteta. U tom slučaju, to lice ima i pravo na staranje kako je to definisano Konvencijom, pa samim tim može imati i pravo na podnošenje zamolnice za povratak deteta.³²

Takođe, moguće je da roditelji, nakon razvoda zajednički vrše roditeljsko pravo, tako da jednom od roditelja pripada svakodnevna briga o detetu, dok nijedan od roditelja nije ovlašćen da donese odluku o promeni mesta detetovog boravka bez saglasnosti onog drugog.³³

³⁰ Ibid.

³¹ Elisa Pérez-Vera, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, 1982.

³² Martha Bailey, *The right of a non-custodial parent to an order for return of a child under the Hague convention*, Canadian Journal Of Family Law, Vol. 13, 1996.

³³ Upravo se u slučaju *C. v. C.* radilo o takvoj situaciji, kada je majka odlučila da odvede dete iz Australije u Englesku, bez saglasnosti oca. Apelacioni sud u Engleskoj jed-

Bez obzira na različite modele koja zakonodavstva država potpisnica Konvencije poznaju u pogledu prava na staranje, u slučaju kada se radi o odvođenju dece, neophodno je da su sudovi onih država gde se dete nalazilo pre odvođenja, odredili koja prava ima svaki roditelj ponaosob. Na osnovu toga, sudovi onih država kojima je podnesena zamolnica za povratak deteta, cene da li ta prava spadaju pod pravo na staranje ili ne.

Šire tumačenje prava na staranje, svakako da je od velike koristi za roditelja koji podnosi zamolnicu za povratak. U tom slučaju, povećava se mogućnost da se odvođenje proglasi nezakonitim, odnosno da predstavlja povredu prava na staranje.

Međutim, kada se radi o odvođenju, koje je usledilo kao posledica nasilja koje je majka trpela, onda se šire tumačenje pokazuje neadekvatnim. Konvencija, međutim, ne pravi razliku između ovog slučaja i slučaja kada dete odvede roditelj koji ne trpi nasilje.

Kao što je već istaknuto, u vreme kada je Konvencija doneta, profil lica koja su odvodila decu razlikovao se od današnjeg. Neophodno je zato, učiniti određene korake, kako bi se isti cilj, a to je najbolji interes deteta, postigao i u novonastalim slučajevima. Sudska praksa većine država ugovornica Haške konvencije je u slučajevima kada je roditelj imao pravo veta na odvođenje deteta, zauzimao stav da u tom slučaju roditelj ima i pravo na staranje.³⁴ Međutim, u situacijama kada je roditelj imao pravo na prigovor, odnosno pravo da se obrati sudu kako bi sprečio odvođenje, sudovi su bili stava da se ne radi o pravu na staranje.³⁵

noglasno je odlučio da se ovde radilo o nedozvoljenom odvođenju, koje je predstavljalo povredu prava na staranje oca.

³⁴ Videti sudsku praksu pojedinih država ugovornica, kao i praksu Evropskog suda za ljudska prava: **Austrija:** 2 Ob 596/91, OGH, 05 February 1992, Oberster Gerichtshof [INCADAT cite: HC/E/AT 375]; *Thomson v. Thomson* [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290 [INCADAT cite: HC/E/CA 11], *Thorne v. Dryden-Hall*, (1997) 28 RFL (4th) 297 [INCADAT cite: HC/E/CA 12]; **Ujedinjeno Kraljevstvo – Engleska i Vels:** *C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)* [1989] 1 WLR 654, [1989] 2 All ER 465, [1989] 1 FLR 403, [1989] Fam Law 228 [INCADAT cite: HC/E/UK 34]; *Re D. (A Child) (Abduction: Foreign Custody Rights)* [2006] UKHL 51, [INCADAT cite: HC/E/UK 880]; **Francuska:** *Ministère Public c. M.B.* 79 Rev. crit. 1990, 529, note Y. Lequette [INCADAT cite: HC/E/FR 62]; **Nemačka:** 2 BvR 1126/97, Bundesverfassungsgericht, (Federal Constitutional Court), [INCADAT cite: HC/E/DE 338]; 10 UF 753/01, Oberlandesgericht Dresden, [INCADAT cite: HC/E/DE 486]; **Evropski sud za ljudska prava:** *Neulinger & Shuruk v. Switzerland*, No 41615/07, 6 July 2010 [INCADAT cite: HC/E/ 1323].

³⁵ **Kanada:** *W.(V.) v. S.(D.)*, 134 DLR 4th 481 (1996), [INCADAT cite: HC/E/CA17]; **Irska:** *W.P.P. v. S.R.W.* [2001] ILRM 371, [INCADAT cite: HC/E/IE 271]; **Ujedinjeno Kraljevstvo – Engleska i Vels:** *Re V.-B. (Abduction: Custody Rights)* [1999] 2 FLR 192, [INCADAT cite: HC/E/UK 261]; *S. v. H. (Abduction: Access Rights)* [1998] Fam 49 [INCADAT cite: HC/E/UK 36]; **Evropski sud pravde:** *Case C-400/10 PPU J. McB. v. L.E.*, [INCADAT cite: HC/E/ 1104]

Iako se u članu 5 Haške konvencije navodi da pravo na staranje uključuje prava koja se odnose na staranje o ličnosti deteta, a posebno pravo na određivanje mesta boravka deteta, čini se da je prvi deo ovog prava u potpunosti zanemaren, jer sudska praksa je pokazala da lica koja imaju određena prava u pogledu određivanja boravišta deteta, automatski imaju i pravo na staranje, ne ispitujući dalje da li to lice ima pravo na svakodnevnu brigu o detetu ili pravo da odlučuje o nekim dugim bitnim pitanjima vezanim za život deteta, koja bi mogla da se podvedu pod pravo na staranje o ličnosti deteta.

Za sada se čini nemogućim i neprihvatljivim tumačiti Hašku konvenciju na drugačiji način, odnosno uskratiti pravo na podnošenje zamolnice za povratak deteta, licu koje ima pravo da odluči o mestu boravka deteta. Samim tim, i u slučaju kada se radi o nasilju u porodici, ne postoji mehanizam, niti način tumačenja koji bi mogao sprečiti lice da podnese zamolnicu za povratak (i vrlo verovatno u tome i uspe) i time dovede ponovo u opasnost majku, odnosno dete.

3. Primena Konvencije u Srbiji

Kao što je već napomenuto, Republika Srbija ratifikovala je Hašku konvenciju 1991. godine. Međutim, ni do danas, u slučajevima kada se postupka po ovoj Konvenciji, ne postoji saglasnost u pogledu vrste postupka. Neki sudovi rešavaju zahteve po Konvenciji u parničnom, neki u vanparničnom, a neki u izvršnom postupku.³⁶ Takođe, u sudskoj praksi ne poštuju se uvek zahtevi hitnog postupanja, odnosno rokovi za donošenje odluke o povratku deteta utvrđeni Haškom konvencijom.³⁷ Ni sve one dileme koje muče sudije širom sveta u pogledu tumačenja pojedinih odredbi Konvencije, nisu zaobišle sudije u Srbiji. Iz tog razloga, oformljena je radna grupa za izradu nacrtu Zakona kojim su razrađena pravila postupka za primenu Haške konvencije.

Radna verzija zakona koji ima naziv: „Zakon o građanskopravnoj zaštiti dece od nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja“ sadrži pet poglavlja. U prvom poglavlju nalaze se odredbe o predmetu uređivanja i značenju osnovnih pojmova, kao što su pojam nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja i pojam uobičajenog boravišta deteta.

Drugo poglavlje sadrži odredbe koje regulišu postupak pred centralnim izvršnim organom, a treće odredbe koje se odnose na postupak pred sudom.

³⁶ Gordana Kovaček Stanić, *op. cit.*, str. 77.

³⁷ *Ibid.*

Četvrto poglavlje uređuje ovlašćenja i rad pomoćnih organa suda u postupcima po zamolnici za povratak deteta, dok su u petom poglavlju sistematizovane prelazne i završne odredbe.

U članu 1. istaknut je i cilj Zakona, a to je zaštita dece od nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja i ostvarivanja prava na staranje (u daljem tekstu: vršenje roditeljskog prava) i prava na viđenje deteta. Imajući to u vidu, u nacrtu se dalje precizira da će se odvođenje i zadržavanje deteta smatrati nezakonitim:

1) ako predstavlja povredu prava na zajedničko ili samostalno vršenje roditeljskog prava koje po pravu države detetovog uobičajenog borišta pre odvođenja ili zadržavanja ima ili je dobilo lice, ustanova ili bilo koje drugo telo i

2) ako je roditeljsko pravo bilo stvarno (efektivno) zajednički ili samostalno vršeno ili bi bilo vršeno da nije došlo do odvođenja ili zadržavanja.³⁸

Porodični zakon, koji precizira vršenje roditeljskog prava, navodi da roditelji mogu zajednički vršiti roditeljsko pravo³⁹, a u slučaju kada roditeljsko pravo vrši samo jedan roditelj, drugom ostaju određena prava i dužnosti. Naime, roditelj koji ne vrši roditeljsko pravo ima pravo i dužnost da izdržava dete, da sa detetom održava lične odnose i da o pitanjima koja bitno utiču na život deteta odlučuje zajednički i sporazumno sa roditeljem koji vrši roditeljsko pravo. Pitanjima koja bitno utiču na život deteta, smatraju se naročito: obrazovanje deteta, preduzimanje većih medicinskih zahvata nad detetom, *promena prebivališta deteta* i raspolaganje imovinom deteta velike vrednosti.⁴⁰

Na osnovu ovakvog rešenja, nezakonito odvođenje će postojati uvek kada ne postoji izričita saglasnost oba roditelja o promeni prebivališta deteta. Sudska praksa je stava da sud ne može da zameni sporazum roditelja, već da u tom slučaju treba pokrenuti postupak za lišenje roditeljskog prava onog roditelja koji uskraćuje saglasnost na promenu prebivališta.⁴¹

³⁸ Od velikog je značaja ovo preciziranje šta će se smatrati nezakonitim odvođenjem ili zadržavanjem, odnosno činjenica da su prvi i drugi uslov postavljeni kumulativno (kako zaista i jeste navedeno u Haškoj konvenciji), a ne alternativno, kako se nalazi u Zakonu o ratifikaciji.

³⁹ Prema članu 75 Porodičnog zakona, roditelji roditeljsko pravo vrše zajednički i sporazumno kada vode zajednički život, ali i kada ne vode zajednički život ako zaključe sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava i ako sud proceni da je taj sporazum u najboljem interesu deteta. Sastavni deo sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava jeste i sporazum o tome šta će se smatrati prebivalištem deteta (član 76(2) PZ).

⁴⁰ Pogledati član 78(3)(4) Porodičnog zakona.

⁴¹ Gordana Kovaček Stanić, *op. cit.*, str. 84.

Sa ovakvim stavom sudske prakse ne slažu se pojedini autori, ističući da Porodični zakon predviđa i poseban postupak za zaštitu prava deteta u kojem bi se moglo rešiti ovo pitanje, naravno imajući u vidu pre svega najbolji interes deteta, bez potrebe za jednom tako ekstremnom merom kao što je lišenje roditeljskog prava.⁴²

Iz ovoga sledi, da prema zakonodavstvu Srbije, oba roditelja uvek imaju pravo da podnesu zamolnicu za povratak deteta iz razloga što i roditelj koji ne vrši roditeljsko pravo ima pravo da odlučuje o promeni prebivališta deteta, što se prema Konvenciji smatra glavnom karakteristikom prava na staranje.⁴³

Prema Nacrtu zakona, smatra se da se roditeljsko pravo zajednički vrši kada, u skladu sa odlukom nadležnog organa ili po samom zakonu, jedan roditelj ne može da odluči o mestu prebivališta deteta bez saglasnosti drugog roditelja.⁴⁴ Nacrt, međutim, ne sadrži neophodnu odredbu (a koja se nalazi u Porodičnom zakonu) u pogledu toga koja su ovlašćenja roditelja koji ne vrši roditeljsko pravo. Naime, kada se roditeljsko pravo zajednički vrši, pravo na odlučivanje o promeni prebivališta se i ne dovodi u pitanje, odnosno podrazumeva se da roditelji imaju jednaka prava u pogledu svih pitanja koja se odnose na dete. Međutim, kako je već gore navedeno, prema Porodičnom zakonu roditelj koji ne vrši roditeljsko pravo, između ostalog, ima pravo da odluči i o promeni detetovog prebivališta. Bilo je neophodno uneti i tu odredbu i u nacrt zakona, jer je upravo ona ključna u pogledu određivanja da li je došlo do nezakonitog odvođenja, odnosno zadržavanja.

Prethodna verzija nacrta zakona, sadržala je član u kojem je ovo pitanje bilo jasno rešeno, odnosno koji je bio usklađen sa odredbama Porodičnog zakona. Naime, u odredbi ranije verzije nacrta bilo je istaknuto da se:

"Povredom prava na staranje, u smislu čl. 3. st. 1 pod a) i čl. 5 st. 1. pod a) Konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece, a u skladu sa čl. 75, 77 i 78 Porodičnog zakona Srbije smatra:

1. odvođenje ili zadržavanje deteta od strane jednog od roditelja koji zajednički vrše roditeljsko pravo, a bez saglasnosti drugog roditelja;

⁴² Videti Gordana Kovaček Stanić, *op. cit.* i Marija Draškić, „Obavezno lišenje roditeljskog prava prilikom odlučivanja suda o vršenju roditeljskog prava: Sporno stanovište Vrhovnog suda Srbije“, *Anali PFB* 1/2012, 366.

⁴³ Izuzetak je jedino slučaj kada je roditelj lišen roditeljskog prava ili poslovne sposobnosti.

⁴⁴ Pogledati član 2(3) Nacrta zakona zakona o građanskopravnoj zaštiti dece od nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja.

2. odvođenje ili zadržavanje deteta od strane jednog od roditelja ako jedan roditelj samostalno vrši roditeljsko pravo, a bez saglasnosti drugog roditelja.

Ne smatra se povredom prava na staranje nedostatak saglasnosti roditelja: ako je roditelj potpuno lišen roditeljskog prava, ako je roditelj lišen prava da odlučuje o pitanjima koja bitno uticu na život deteta ili je roditelj lišen poslovne sposobnosti."

Upravo tačka 2 ovog člana sadrži neophodno razjašnjenje, jer navodi da i drugi roditelj, koji ne vrši roditeljsko pravo ima pravo da odluči o promeni detetovog prebivališta.

Što se tiče pitanja kada sud ili upravni organ države kojoj se upućuje zahtev nije dužan da naloži povratak deteta, to je precizirano članom 3. Nacrta zakona. Ističe se da ukoliko lice, ustanova ili drugo telo koje se protivi njegovom povratku dokažu postojanje okolnosti iz člana 13. Konvencije, povratak ne mora biti naređen. Takođe, sud će odbiti da naloži povratak deteta ako utvrdi da se dete koje je navršilo 15. godinu života i koje je sposobno za rasuđivanje suprotstavlja povratku. Ovde opet možemo ponoviti važnost naročitog ispitivanja slučaja odvođenja deteta, ukoliko se radi o nasilju u porodici. Naime, ne bi trebalo izbegavati primenu člana 13 Konvencije, već bi pod opasnošću da se dete izloži fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi ili da se na drugi način dovede u nepovoljan položaj, trebalo podvesti i slučaj kada bi dete (ili njegova majka) bili dovedeni u opasnost od ponovnog nasilja. Činjenica da dete odrasta u sredini gde jedan roditelj trpi nasilje, svakako bi moglo predstavljati vid psihičke traume. Čini se da bi ovde mogla biti uneta i dodatna odredba, koja bi precizirala član 13 Haške konvencije. Upravo se za takav pristup opredelio švajcarski zakonodavac, te se u zakonu kojim se konkretizuje primena Haške konvencije nalazi odredba koja bliže objašnjava član 13:

„Usled povratka, dete je stavljeno u nepodnošljivu situaciju prema čl. 13, st. 1, tač. b, naročito pod sledećim okolnostima:

a) vraćanje deteta roditelju koji podnosi tužbu očigledno nije u interesu deteta;

b) roditelj koji je počinio otmicu, uzimajući u obzir okolnosti, nije u stanju da se brine o detetu u državi u kojoj dete u trenutku otmice ima stalno mesto boravka ili se to od roditelja evidentno ne može očekivati;

c) poveravanje deteta nekoj trećoj osobi izvesno nije u interesu deteta“.⁴⁵

⁴⁵ Marilyn Freeman, Anne-Marie Hutchinson, „The Voice of the Child in International Child Abduction“, International Family Law, November, 2007, 177., preuzeto iz Gordana Kovaček Stanić, *op. cit.*, str. 90.

Smatramo da bi slična odredba mogla biti sadržana i u našem zakonu, odnosno da bi član 13 mogao biti preciziran na način da spreči povratak deteta onda kada bi njegov povratak, odnosno povratak majke, doveo do ponovnog izlaganja nasilju. Iako sudije i sada imaju legitimitet da odbiju povratak deteta vodeći se formulacijom iz Haške konvencije o ozbiljnoj opasnosti od izlaganja deteta fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi, uvođenjem ovakve odredbe, prema kojoj bi postojala eksplicitna obaveza da ispituju postojanje nasilja u porodici, dalo bi tom njihovom legitimitetu i nedvosmisleno zakonsko uporište.

Nacrt zakona takođe precizira šta će se smatrati uobičajenim boravištem deteta. Naime, to je mesto u kojem je dete integrisano u društvenu i porodičnu sredinu. Naročito će se uzeti u obzir sledeće okolnosti: trajanje, regularnost, uslovi i razlozi boravka deteta; preseljenje porodice; državljanstvo deteta; uzrast deteta; mesto i uslovi njegovog školovanja; poznavanje jezika; porodični i društveni odnosi deteta.

Kao što se može primetiti, akcenat se pre svega stavlja na dete, odnosno na činjenicu da li se dete prilagodilo određenoj sredini. Međutim, jedna od okolnosti koje sud treba da razmotri jeste regularnost i preseljenje porodice. Upravo tu se može pronaći prostor za tumačenjem, u slučaju kada je majka bila prisiljena na preseljenje (ili je pod prisilom zadržana), koje bi moglo da dovede u pitanje mesto uobičajenog boravišta deteta, a samim tim i da dovede do zaključka da nezakonitog odvođenja, odnosno zadržavanja nije ni bilo.

Definiciju uobičajenog boravišta možemo naći i u radnoj verziji Zakona o međunarodnom privatnom pravu. Tu se pod uobičajenim boravištem fizičkog lica podrazumeva mesto u kome lice uobičajeno boravi duže vreme bez obzira na nameru nastanjenja i nezavisno od upisa u evidenciju nadležnog organa ili dozvole boravka ili nastanjenja. U obzir se naročito uzimaju okolnosti lične ili poslovne prirode koje ukazuju na trajnije veze sa ovim mestom ili na nameru da se takve veze zasnuju.⁴⁶ Čini se da ovako definisano uobičajeno boravište može da stvori probleme upravo kada se radi o nasilju u porodici, jer pruža širok spektar mogućnosti u pogledu toga šta će se smatrati uobičajenim boravištem deteta. Kako se može primetiti, u obzir se uzima dužina boravka, odnosno razvijanje ličnih ili poslovnih veza sa određenim mestom. Ceniti dužinu boravka deteta i razvijanje ličnih i poslovnih veza u određenom mestu, ne uzimajući u obzir činjenicu postojanja nasilja u porodici, moglo bi da stvori pogrešnu

⁴⁶ Videti član 5 radne verzije Zakona o međunarodnom privatnom pravu. Tekst zakona je dostupan na sajtu <http://www.mpravde.gov.rs/lt/news/vesti/zakon-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-radna-verzija.html> - sajt posećen 9.4.2013.

sliku, odnosno da potencijalno dovede do daljeg zlostavljanja žene, odnosno ugrožavanja deteta, jer kako je već istaknuto, žena može boraviti u određenom mestu pod uticajem prinude ili sile. U takvim okolnostima, deca mogu provesti nekoliko godina u određenom mestu postati deo društvene zajednice. Iz navedenog, preciznije određenje koje sadrži Nacrt zakona o građanskopravnoj zaštiti dece od nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja, predstavlja poželjno rešenje, jer u obzir uzima daleko više faktora.

4. Odnos Regulative Saveta (EZ) o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti i Haške konvencije

Regulativa Saveta (EZ) br. 2201/2003, predstavlja jedan od instrumenata koji na nivou Evropske Unije reguliše pitanja međunarodnog privatnog prava, tačnije pitanja nadležnosti, te pitanja priznanja i izvršenja presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti. Istovremeno, u Regulativi su sadržana i posebna pravila koja se odnose na međunarodnu otmicu dece, kao materiju koja je najpre bila regulisana Haškom konvencijom o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece iz 1980.

U novembru 2000. godine, usvojen je *Program mera za implementaciju principa uzajamnog priznanja odluka u građanskim i trgovinskim stvarima*, od strane Saveta EU. Osnovni cilj ovog programa bio je da se obezbedi uzajamno priznanje i izvršenje sudskih odluka bez ikakvih dodatnih posrednih koraka. Tako, u domenu porodičnog prava, program je kao krajnji cilj predviđao da odluke donete u jednoj državi članici budu direktno primenljive u drugoj državi članici, bez potrebe za bilo kakvim postupkom priznanja.

U skladu sa tim, Savet ministara EU usvojio je *Regulativu o nadležnosti i o priznanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti*, koja se primenjuje od 1. marta 2005. Kako Regulativa uređuje i materiju koja je obuhvaćena nekim ranijim Konvencijama, neophodno je bilo regulisati njen odnos prema tim Konvencijama, što je i učinjeno u V glavi Regulative. Posebnu pažnju zaslužuje odnos prema *Haškoj konvenciji o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece* iz 1980. koja se i dalje primenjuje u pogledu materije koja nije obuhvaćena Regulativom, kao i u odnosima sa državama koje nisu članice EU. Haška konvencija, vođena je principom najboljeg interesa deteta, koji je od izvanredne važnosti kada se radi o pitanjima starateljstva, kao i da je neophodno zaštititi decu na međunarod-

nom nivou od štetnih posledica koje bi mogle nastupiti u slučajevima nedozvoljenog odvođenja i zadržavanja. U skladu sa tim, Konvencija ustanovljava i postupak koji će omogućava hitan povratak deteta, ali i pravo na održavanje kontakata.

Upravo su principi, najboljeg interesa deteta, koji je bio osnov za Hašku konvenciju, te princip međusobnog poverenja sudova jedne države članice u odluke sudova druge države članice, na kome se zasniva Konvencija o nadležnosti i o izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima iz 1968, preuzeti i od strane ove Regulative u oblasti bračnih odnosa i stvarima roditeljske odgovornosti.⁴⁷

Regulativa sadrži pravila koja se tiču nadležnosti (poglavlje II), priznanja i izvršenja (poglavlje III) i međusobne saradnje centralnih izvršnih organa u oblasti roditeljske odgovornosti (poglavlje IV), kao i specifična pravila koja se tiču otmice dece i prava na viđanje. Materija na koju se Regulativa ne odnosi, takođe je određena članom 1, pa su tako iz regulative isključena pitanja utvrđivanja ili osporavanja materinstva ili očinstva, imena i prezimena deteta, emancipacije, usvojenja, obaveze izdržavanja, nasleđivanja, te mera povodom krivičnih dela počinjenih od strane dece. U pogledu ovih pitanja koja ostaju izvan domašaja Regulative, države članice primenjuju nacionalna pravila ili pravila međunarodnih ugovora koji ih obavezuju u međusobnim odnosima. Kao što je već napomenuto, Regulativa sadrži i specifične odredbe u pogledu međunarodne otmice deteta, te se na taj način prepiliće sa Haškom konvencijom iz 1980. Odnos sa pomenutom konvencijom, ali i ranije donetim ugovorima sa kojima se preklapa *ratione materie*, regulisan je u samoj Regulativi, tačnije njenom petom poglavlju.

Kada govorimo o odnosu Regulative *Haške konvencije o građansko-pravnim spektima međunarodne otmice dece* iz 1980, neophodno je obratiti pažnju na pojedine članove Regulative koji regulišu materiju obuhvaćenu ovom Konvencijom. Naime, u okviru odredbi koje se odnose na međunarodnu nadležnost u stvarima roditeljske odgovornosti, sadržana su određena pravila o otmici dece. U nastojanju da tu pojavu spreči unutar Zajednice, Regulativa određuje da sud države u kojoj je dete boravilo pre odvođenja, ima pravo da konačno odluči gde dete treba da ostane. Takođe, Regulativa dopunjuje i podržava sistem stvoren Haškom konvencijom, na taj način što predviđa još stroža pravila u pogledu hitnog povratka deteta u državu u kojoj je dete bilo nastanjeno pre odvođenja, u slučaju otmice unutar država članica.

⁴⁷ Judgment of 11/07/2008, Rinau, Case C-195/08 PPU

U slučaju kada se nakon protivpravnog odvođenja deteta, zahtev za povratak deteta postavi sudu države članice, sud će primeniti odredbe Haške konvencije dopunjene odredbama Regulative, pre svega članom 11. Ukoliko sud naloži povratak deteta, takva odluka biće direktno priznata i izvršiva, bez potrebe za njenim daljim preispitivanjem.

U cilju sprečavanja protivpravnog odvođenja dece u okviru država članica, član 10 Regulative, predviđa da sud države članice u kojoj je dete imalo uobičajeno boravište neposredno pre odvođenja zadržava svoju nadležnost. Međutim, u ograničenom broju slučajeva, nadležnost može biti preneti i na sudove države u kojoj je podnet zahtev za povratak deteta.⁴⁸

Sud koji primi zahtev za vraćanje deteta u skladu sa Haškom konvencijom, primenjuje odredbe te Konvencije, kao i odgovarajuća pravila Regulative.

Sud najpre ispituje da li je nedozvoljena otmica ili zadržavanje učinjena u smislu odredaba Regulative. Definicija koja je data u članu 2(11), veoma je slična definiciji koju predviđa Haška Konvencija i odnosi se na odvođenje ili zadržavanje deteta suprotno odluci suda države u kojoj je dete prvobitno boravilo, a kojom je određeno staranje nad detetom.⁴⁹ U Regulativi se još dodaje da se staranje smatra zajedničkim u slučaju kada jedan roditelj ne može sam, bez pristanka drugog, da odluči o mestu boravka deteta.

⁴⁸ To su situacije:

- kada dete stekne novo prebivalište u državi u kojoj je zahtev za povratak deteta postavljen i
- kada na to pristanu svi koji imaju pravo vršenja roditeljskog prava ili
- kada dete boravi u toj drugoj državi članici najmanje jednu godinu nakon što su lica koja su ovlašćena za vršenje roditeljskog prava saznala ili morala saznati za mesto njegovog boravka i
- ako se dete naviklo na novo okruženje i ako je ispunjen najmanje jedan od sledećih uslova:
 - (a) ako u roku od jedne godine, lica koja su ovlašćena na vršenje roditeljskog prava nisu postavila zahtev za povratak deteta
 - (b) ako je zahtev postavljen, ali je povučen, a u roku navedenom u tački (a) nije postavljen novi zahtev;
 - (c) ako je postupak pred sudom države članice u kojoj je dete imalo prebivalište neposredno pre nezakonitog odvođenja ili zadržavanja zaključen u skladu sa članom 11(7), tj. ako strane nisu podnale odgovarajuće prigovore
 - (d) ako je sud države članice u kojoj je dete imalo prebivalište neposredno pre nezakonitog odvođenja ili zadržavanja doneo odluku o vršenju roditeljskog prava u kojoj nije bio naređen i povratak deteta.

⁴⁹ Council regulation (EC) No 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, article 2(11).

Pravila Regulative, ali i Haške konvencije, ostavljaju mogućnost sudu kome je zahtev postavljen da ne naloži povratak deteta. Imajući u vidu stroge uslove koji su postavljeni u Haškoj konvenciji i Regulativi, sudovi u najvećem broju slučajeva donose odluke kojima nalažu povratak deteta, ali u situacijama kada, imajući u vidu član 13 Haške konvencije, ne narede povratak deteta, Regulativa predviđa poseban postupak, kako je to navedeno u članu 11 (6) i (7).

Regulativa u članu 11(4) ide korak dalje, navodeći da sud mora naložiti povratak deteta iako bi to moglo biti rizično za dete ukoliko su nadležne državne vlasti učinile određene korake kao bi sprečile da do toga i dođe. Ova odredba pooštrava obavezu suda u pogledu vraćanje deteta u državu prvobitnog boravka. Svakako, obaveza je suda, ukoliko utvrdi da takva opasnost ipak postoji, zahteva da vlasti te države preduzmu sve neophodne mere kojim će obezbediti sigurnost deteta.

Prilikom donošenja ovakve odluke, bitna je odredba 11(5) koja je uneta u Regulativu, a nije sadržana u Haškoj konvenciji, a to je da sud ne može odbiti povratak deteta ukoliko strani koja traži povratak, nije pružena mogućnost da bude saslušana. Ovakva odredba za cilj ima, da obema stranama pruži mogućnost da se izjasne i da sudu na taj način pruže potpunije podatke i informacije o samom slučaju.

Bitna činjenica, koja je već ranije napomenuta, je da je sud države porekla postupajući u skladu sa članom 11(7), nadležan da u potpunosti odluči o meritumu. Pored toga što je nadležan u pogledu odlučivanja o starateljstvu na detetom, on ni u kom slučaju nije ograničen ni u odlučivanju o pravu na viđanje. Ovde je bitno napomenuti da sud države porekla ima pravo da presudi samo u slučajevima kada je prethodno, u državi u kojoj je postavljen zahtev za povratak, doneta odluka kojom se ne nalaže povratak deteta.⁵⁰

Zaključak

Društveni odnosi predstavljaju izuzetno promenljivu kategoriju. Gotovo je nemoguće danas doneti propis, koji bi bez ikakvih izmena mogao da opstane duži niz godina. U prirodi je ljudskoj, da menja svoje stavove i svoja ponašanja, a zadatak je prava da te promene isprati i pruži zaštitu kakva se očekuje. Problem nasilja u porodici je dugo bio zanemarivan, odnosno smatralo se da odnosi u porodici, odnosno između bračnih i vanbračnih partnera, predstavljaju privatnu stvar i da je obaveza države da se suzdrži od bilo kakvog uplitanja. Međutim, kako je problem nasilja u po-

⁵⁰ Judgment of 11/07/2008, Rinau, Case C-195/08 PPU, paragraph 73

rodici i nad ženama, postao sve prisutniji, počeo je da se menja stav međunarodne zajednice i da se sve češće ističe potreba za stvaranjem adekvatnih pravnih mehanizama kojima će se pružiti zaštita žrtvi. U takvoj atmosferi, veliki broj žena odlučilo je da potraži spas i napuste partnere koji ih zlostavljaju, odvođeci pri tom sa sobom i svoju decu. U situacijama kada taj odlazak podrazumeva prelaženje međunarodne granice, postavilo se pitanje primene Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece, koja je pred sebe postavila cilj što hitnijeg povratka nezakonito odvedene ili zadržane dece. Ukoliko su majke, odnosno žene napustile svoje partnere kako bi se spasile od nasilja koje su trpele, bilo bi neopravdano i potpuno neprihvatljivo naložiti hitan povratak deteta onako kako to Haška konvencija predviđa. Upravo se tu javlja potreba za adekvatnim tumačenjem pojedinih odredbi Haške konvencije, s obzirom da se u njenom tekstu nasilje u porodici i ne pominje, a od izuzetnog je značaja prilagoditi njenu primenu ovakvim okolnostima.

Kako je istaknuto, eventualnu zaštitu u slučaju nasilja u porodici, moguće je dakle, postići adekvatnim tumačenjem pitanja ozbiljne opasnosti o kojoj govori član 13 Haške konvencije, odnosno pitanja mesta uobičajenog boravišta. Naime, iako su sudije do sada bile sklone da izbegavaju primenu ovog člana, odnosno da ga tumače vrlo usko, smatramo da je neophodno takvu praksu promeniti i sprečiti povratak deteta u državu njegovog uobičajenog boravišta kada je razlog majčinog odlaska bilo nasilje kojem je bila izložena. Povratak deteta svakako bi tada dete izložilo ozbiljnoj psihičkoj traumi. Poznato je da i slučajevi kada deca nisu direktno izložena nasilju, već su samo njegovi svedoci, ostavlja ozbiljne posledice po njihovu psihu i dalji normalan razvoj. Moguće rešenje, prema kojem bi se naložio povratak deteta bez majke, takođe se ne bi moglo smatrati prihvatljivim. Takođe, jedno od mogućih rešenja jeste i donošenje nacionalnih zakona koji bi precizirali način primene Haške konvencije i koji bi mogli da konkretizuju ovaj član na način da se povratak deteta u sredinu gde je bilo svedok ili žrtva nasilja u porodici, tumači kao mogućnost izlaganja deteta ozbiljnoj psihičkoj traumi.

Pored toga, mogao bi se prihvatiti i stav pojedinih autora koji smatraju da bi se odvajanje deteta od majke i njegov povratak u državu gde je dolazilo do nasilja u porodici, moglo posmatrati kao kršenje ljudskih prava u smislu člana 20. Haške konvencije.

Ne sme se zanemariti ni način utvrđivanja uobičajenog boravišta deteta, odnosno činjenica da je zajednička namera roditelja jedan od standarda koji se primenjuje prilikom njegovog određivanja, ali da se vrlo često može dogoditi da namera nastanjenja u određenoj sredini nije postojala.

la kod oba roditelja, odnosno da žena može biti prisiljena da se odseli u određenu državu, ili mnogo češće, pod uticajem pretnje i prinude zadržana u državi gde je verovala da će kratko boraviti. U takvim okolnostima, deca mogu razviti veze u datoj sredini i time pogrešno ostaviti utisak da su se prilagodili određenoj sredini. Zadatak je sudija da dobro ispitaju uslove pod kojima je određena porodica započela život na određenom prostoru, odnosno da li su ispunjeni uslovi (prema uobičajenoj praksi) na osnovu kojih se sa sigurnošću može govoriti o uobičajenom boravištu.

Na osnovu svega navedenog, određena promena u načinu tumačenja Haške konvencije predstavlja nužnost. Činjenica je da se sudije samo u izuzetnim situacijama odlučuju da iskoriste izuzetke koji su predviđeni Haškom konvencijom, odnosno da gotovo uvek nalažu povratak dece. Smatramo da bi donošenje određenog pratećeg dokumenta, koji bi osim dopuna sadržao i odredbe kojima bi se predvideli načini tumačenja Haške konvencije u slučaju nasilja u porodici, moglo da ponudi adekvatno rešenje problema. Svakako da bi takav akt morao da sadrži što preciznije odredbe, kako ne bi dolazilo do zloupotreba, ali čini se da sadašnje stanje, odnosno činjenica da Haška konvencija vrlo često osujećuje pokušaje žena koje nastoje da spasu svoj, i život svoje dece, svakako ne predstavlja prihvatljivu realnost.

*Sandra Samardžić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Needs and Opportunities of Adequate Interpretation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in the Case of Domestic Violence

Abstract: *At the time when the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction was passed, that was a very logical step and a goal that this Conventionis set before it, and that is prompt return of children wrongfully removed or retained children, was a necessary consequence of the circumstances of that time. Namely, in most cases, men, that is fathers, were those, who illegally took or kept the children. More than thirty years later, the situation in that field has changed in the sense that mothers are now abductors in most cases, mostly seeing that this is the only way to escape from the violence they, or their children, are facing with.*

In that sense, the question is whether the achievement of the objective of this Convention is still justified, that is would it be justified any other interpretation of the Convention in situations where the unlawful removal or retention of children is a result of domestic violence.

Key words: *The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, domestic violence, illegal removal of children.*

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

*Tamás Nótári, Ph.D., Associate Professor
University of Szeged
Faculty of Law and Political Sciences*

LAW OF CONTRACTS IN *LEX BAIUVARIORUM*¹

Abstract: *This paper intends to analyse the contractual provisions of Lex Baiuvariorum,² the written Bavarian Volksrecht³ created between 737 and 743. As part of that, first, it will examine the required formalities of entering into a contract, documentary evidence and testimony (I.), then the issues of invalidity (II.), implied warranty and buying stolen things (III.), regulation of contractual safeguards (IV.), finally, other contracts touched upon in the code (V.). Concerning sedes materiae it should be stated in advance that provisions regarding exchange of goods can be found primarily in two titles of the code: title eleven (De venditionibus) and title nine (De furto)—the latter sets out the rules on selling stolen things, i.e., implied warranty claims, which pay regard to the rela-*

¹ The present paper was supported by the TÁMOP Project Nr. 4.2.2.B-10/1-2010-0015 „Identitäten: Kulturen und Minderheiten im Donauraum“.

² On *Lex Baiuvariorum* see Nótári, T.: *Lex Baiuvariorum—A bajorok törvénye*. Szeged 2011. (Nótári 2011a); *Römischrechtliche Elemente im Prolog der Lex Baiuvariorum*. Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Iuridica 50. 2009. 419–429; *Bavarian Historiography in Early Medieval Salzburg*. Passau 2010; *Personal Status and Social Structure in Early Medieval Bavaria*. Acta Juridica Hungarica 50. 2009/1. 85–110; *An Early-Medieval „Show Trial”—Tasilo III’s Dethronement*. In: Beck Varela, L.—Gutiérrez Vega, P.—Spinosa, A. (eds): *Crossing Legal Cultures*. München 2009. 141–158.

³ Cf. Beyerle, K.: *Lex Baiuvariorum. Lichtdruckwiedergabe der Ingolstädter Handschrift*. München 1926; Merkel, J.: *Das Bairische Volksrecht*. Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde 11. 1858. 533–687; Schwind, E. v.: *Kritische Studien zur Lex Baiuvariorum III*. Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde 37. 1912. 415–451; Krusch, B.: *Die Lex Bajuvariorum*. Berlin 1924. 38–163; Kottje, R.: *Die Lex Baiuvariorum—das Recht der Baiern*. In: Mordek, H. (Hrsg.): *Überlieferung und Geltung normativer Texte des frühen und hohen Mittelalters*. Sigmaringen 1986. 9–23; Eckhardt, K. A.: *Die Lex Baiuvariorum. Eine textkritische Studie*. Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte 38. Bresslau 1927; Landau, P.: *Die Lex Baiuvariorum: Entstehungszeit, Entstehungsort und Charakter von Bayerns ältester Rechts- und Geschichtsquelle*. München 2004.

*tion between the person who has been robbed and the person who buys the thing in good faith, on the one hand, and between seller and buyer, on the other.*⁴ *Certain provisions, for example, regarding prohibition to sell things in action can be found in title fifteen (De commendatis et commodatis).*

Key words: *Lex Baiuvariorum, Bavarian Volksrecht, Bavarian Contract Law*

I. Required formalities of the contract – documentary evidence and testimony

First, it is worth examining what required formalities apply to entering into contract in early medieval Bavarian law. This scope of issues is provided for under two loci in the code.⁵

*“Si quis vendiderit possessionem suam alicui, terram cultam, non cultam, prata vel silvas, post accepto pretio aut per cartam aut per testes conprobetur firma emptio. Ille testis per aurem debet esse tractus, quia sic habet lex vestra; duo vel tres debent esse. Venditio si fuerit violenter extorta, id est aut metu mortis aut per custodiam, nulla ratione firma sit.”*⁶ In accordance with the first one, when somebody sells his immovable property to somebody else—here cultivated or uncultivated land, meadows and forests are listed as examples—purchase will be considered valid after payment of the price by issuance of the charter and production of evidence by witnesses. Witnesses’ ears must be pulled in accordance with the provision of the code, and at least two or three witnesses are required for valid production of evidence. The phrase *“post accepto pretio”* clearly shows that the transaction is entered into by handing over the purchase price as—without presuming borrowing—Iustinianus also renewed the provision of the Twelve Table Law (no longer existing in classical law) stating that the buyer will obtain the ownership of the goods once he has paid the total price or has given security for it.⁷

This provision is meant to ensure community control of conclusion of contract and thereby intends to exclude the possibility of coercion from exchange of properties.⁸ Another locus is fully in harmony with this rule: it sets forth that no matter that the subject of purchase constitutes servants or land or houses or fo-

⁴ Babják I.: *Barbárság vagy germánság? Árucseré Európa hajnalán*. Budapest 2011. 175.

⁵ *Lex Baiuvariorum* 16, 2. 16.

⁶ *Lex Baiuvariorum* 16, 2.

⁷ Cf. Nótári T.: *Római köz- és magánjog*. Kolozsvár 2011. (Nótári 2011b) 314; Szűcs M.: *A vételár kifizetése mint a tulajdonszerzés feltétele (Inst. 2,1,41)*, in: *Római jog és a magánjog fejlődése Európában*. Tanulmányok Molnár Imre 75. születésnapjára. Szerk. Jakab Éva, Szeged 2011. 201 – 221.

⁸ Babják 2011. 176.

rests, it must be confirmed by a deed or witnesses for better provability.⁹ Pulling witnesses' ears as part of the procedure is mentioned in the title on witnesses (*De testibus et eius causis*) too.¹⁰ It should be noted that whereas this locus requires two or more witnesses for production of evidence, the locus to be cited below minimises the number of witnesses to three;¹¹ yet, evidence of donations to the Church requires at least six witnesses.¹² Therefore, the provision on the number of witnesses depends on the character of the transaction and the parties taking part in the transaction—for example, when the Church is involved as legal subject on one side.

*"De pactis vel placitis. Pacta vel placita, quae per scriptura quacunque facta sunt, vel per testes denominatos III vel amplius, dummodo in his dies et annus sit evidenter expressus, inmutare nulla ratione sinere permittimus."*¹³ The provision that accepts the contracts and agreements that have been executed in written form or in the presence of three or more witnesses and bear the exact date, i.e., day and year, when they are entered into¹⁴ as unchangeable and valid shows clear correspondence with the provisions of the Visigothic,¹⁵ Langobardic¹⁶ and Alemannian¹⁷ law.¹⁸ There are good chances that reference to witnesses reflects the practice of Bavarian unwritten law, the primacy of testimony; however, recording the exact date applies, as a matter of fact, to documentary evidence; regarding this provision Babják establishes that this is a rule adopted from post-classical Roman law¹⁹ through Visigothic mediation.²⁰

Mayer-Maly, whom Babják agrees with, claims that the phrase *"pacta vel placita"* serves to ensure that *pactums* (additional agreements, in this respect

⁹ *Lex Baiuvariorum* 16, 15. *Quicquid vendiderit homo aut conparaverit, quaecumque re, omnia sint firmata aut per cartam aut per testes, qui hoc probare possent; hoc est de mancipiis, de terra, casas vel silvis, ut postea non sit contentio.*

¹⁰ *Lex Baiuvariorum* 17, 3. *Si quis testem habuerit per aurem tractum de qualibet causa finita ratione, et hoc confirmant per testes; post haec non debet repetire nec inquietare illum, a quo finivit rationem suam.*

¹¹ *Lex Baiuvariorum* 16, 16. *Pacta vel placita, quae per scriptura quacunque facia sunt, vel per testes denominatos III vel amplius...*

¹² *Lex Baiuvariorum* 1, 1. *Et quicquid donaverit, villas terra mancipia vel aliqua pecunia, omnia quaecumque donaverit pro redemptione animae suae, hoc per epistulam confirmet propria manu sua ipse, et testes adhibeat VI vel amplius si voluerit...*

¹³ *Lex Baiuvariorum* 16, 16.

¹⁴ See Brunner, H.: *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*. Berlin 1880.

¹⁵ Cf. *Lex Wisigothorum* 2, 5, 2. 3.

¹⁶ Cf. *Leges Liutprandi* 116.

¹⁷ Cf. *Lex Alamannorum Hlothariana* 43.

¹⁸ Nótári 2011a 96³¹⁹.

¹⁹ *Codex Theodosianus* 1, 1, 1.

²⁰ Babják 2011. 177.

pacta adiecta) could be contested in legal action.²¹ In accordance with the rule on properties, to ensure validity—emphatically after payment of the purchase price—either a *carta* had to be issued or witnesses had to be used for demonstration, whereas *pacta* and *placita* served the sale of movable properties, and in this case payment of the purchase price could be separated in time from valid execution of the transaction.²² Regarding the former, the lawmaker might have wanted to attain that the buyer should be assured by witnesses, while regarding the latter, that the agreement could not be terminated or changed.²³

II. The issue of invalidity

It is worth paying attention to the fact that with regard to proving execution of the transaction the law contains a material provision concerning validity that stipulates that in the event that sale has been forced by violence either by death threat or confinement, then it shall not be considered valid by any means: *Venditio si fuerit violententer extorta, id est aut metu mortis aut per custodiam, nulla ratione firma sit.*²⁴ This rule can be clearly considered a borrowing from *Lex Wisigothorum* as that code also sets forth unconditional invalidity or nullity of purchase forced by violence or intimidation.²⁵ The relevant provision of the Visigothic *Codex Euricianus* literally corresponds to the Bavarian law as it also speaks about violence, death threat or confinement used to ensure conclusion of contract.²⁶ Undoubtedly, this rule of Visigothic law goes back to the *vis ac metus* concept of Roman law:²⁷ in Roman law direct, i.e., physical coercion (*vis absoluta*) resulted in nullity in developed law, whereas indirect coercion bending the will (*vis compulsiva*) resulted in contestability.²⁸ Babják establishes it correctly that in Roman law *vis ac metus* appears as an abstract category, however, *Lex Baiuvariorum*—and Visigothic regulation, as no other Volksrecht contains invalidity causes—grasps this defective intention by naming two particular conducts: death threat (*metu mortis*) and confinement (*per custodiam*).²⁹

In post-classical Roman law *laesio enormis*, i.e., injury beyond half constituted a peculiar contestability cause. Its core can be summed as follows. The

²¹ Mayer-Maly, Th.: *Pactum, Tausch und laesio enormis in den sog. leges Barbarorum*. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung 108. 1991. 213–233., 216.

²² Babják 2011. 177.

²³ Mayer-Maly 1991. 217.

²⁴ *Lex Baiuvariorum* 16, 2.

²⁵ *Lex Wisigothorum* 5, 4, 3.

²⁶ *Codex Euricianus* 286.

²⁷ Babják 2011. 178.

²⁸ Cf. Levy, E.: *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationrecht*. Weimar 1956. 25; Nótári 2011b 175.

²⁹ Babják 2011. 179.

price (*pretium*) must be definite in money (*certum*), real (*verum*, not pretended), and—in Iustinianus's law—just (*iustum*, i.e., in proportion to value). The parties had the right to establish the price—however, in the 3rd c. A.D., due to the crisis, Diocletianus maximised the price of certain things by decree (*edictum de pretio rerum venalium*—as a result the black market prospered); furthermore, with regard to immovable property he prescribed that the price should amount to at least half of the value of the *property*. In the absence thereof, when the buyer had suffered so-called injury beyond half (*laesio enormis*, *laesio ultra dimidium*), he could request that the purchase should be terminated and the thing returned,³⁰ so, the seller had alternative authorisation (*facultas alternativa*) to either return the property or supplement the price to total value.³¹ Let us review whether this contestability cause appears in *Lex Baiuvariorum*.

*"Venditionis haec forma servetur, ut seu res seu mancipium vel quodlibet genus animalium venditur, nemo propterea firmitatem venditionis inrumpat, quod dicat se vile pretio vendidisset."*³² Accordingly, in sale the formalities required by law must be complied with so that—and here the thing to be sold in general and some movables, i.e., slaves and animals are listed as examples—nobody could contest the validity of the purchase by referring to the property having been sold at a very low price, which means that the law excludes reference to *laesio enormis* as contestability cause. Here *Lex Baiuvariorum* clearly builds on the Visigothic rule,³³ which states—and this provision applies to movable and immovable property—that nobody can contest validity of purchase by referring to the property having been sold at a very low price.³⁴ Consequently, it was not the Roman law regulation that the Bavarian lawmaker relied on; he worked towards keeping sale agreements in force to ensure security and predictability of the transaction.³⁵

Prohibition to sell or donate a thing in action can be also considered an invalidity cause or limitation to ensure security of transaction³⁶, which can be found in the *title* on things delivered for safekeeping and things lent (*De commendatis et commodatis*) rather than in the *title* on purchase: *"Rem in contentione positam non liceat donare nec vendere"*.³⁷ This rule was undoubtedly borrowed from Visigothic law,³⁸ which stipulates that a thing in action shall not be sold or donated or transported anywhere.³⁹

³⁰ *Codex Theodosianus* 3, 1, 1. 4.7; Levy 1956. 209.

³¹ Cf. Nótári 2011b 317.

³² *Lex Baiuvariorum* 16, 9.

³³ Babják 2011. 180.

³⁴ *Lex Wisigothorum* 5, 4, 7.

³⁵ Babják 2011. 180.

³⁶ Babják 2011. 180.

³⁷ *Lex Baiuvariorum* 15, 6.

³⁸ Nótári 2011a 89²⁹⁰.

³⁹ Cf. *Lex Wisigothorum* 5, 4, 9.

The law regulates validity of purchase entered into by slaves.⁴⁰ When somebody bought something from a *servus* without the owner's knowledge or having approved of the transaction subsequently, the purchase price was returned to the buyer and the transaction was considered invalid; and when the object of the purchase no longer existed, the buyer had to return a similar thing to the holder of the slave who entered into purchase without any permit or commission: "*Si quis a servo alieno aliquid comparaverit nesciente domino suo, si dominus firmam esse noluerit emptionem, reddatur pretium emptori, et emptio nihil habeat firmitatis; si ipsud non habet, cum simile reddat*".⁴¹

Consequently, this regulation sets out from the validity of the transaction, and invalidity must be reckoned with solely when it is aimed at by the will of the owner of the slave. It should be added that in this respect *Lex Baiuvariorum* definitely contrasts with Frankish rules since *Lex Salica* ordered to punish transactions entered into without the knowledge of the owner of the *servus*,⁴² and *Lex Ribuaria* excluded the owner's liability.⁴³ Babják points out that in this issue it can be demonstrated that the Visigothic pattern prevailed in the Bavarian *lex*.⁴⁴ So, it was presumed that the owner of the slave knew about the transaction, and as a general rule the law worked towards keeping the purchase in force, and somehow—by implied approval as the case may be—the owner of the *servus* had to take part in the transaction: in these cases Bavarians kept the interest of both contracting parties in view and made the risk of purchase entered into with an alien *servus* predictable.⁴⁵

III. Warranty issues and purchase of stolen things

In what follows it is worth looking at the issues of warranty claims arising in relation to purchase. As part of that, first, implied warranty (liability for defects), then warranty of title and sale of alien and stolen things will be examined.

Already in Roman law the underlying principle of implied warranty was that the seller is obliged to take responsibility for hidden defects of the goods—and only for hidden defects since apparent defects must be noticed by a careful and prudent buyer (this is the principle of "*caveat emptor*"). Given the gradual development of the principles of implied warranty, this examination needs to fo-

⁴⁰ Nehlsen, H.: *Die servi, ancillae und mancipia der Lex Baiuvariorum. Ein Beitrag zur Geschichte der Sklaverei in Bayern*. In: Bellen, H.–Heinen, H. (Hrsg.): *Fünfzig Jahre Forschungen zur antiken Sklaverei an der Mainzer Akademie, 1950–2000. Miscellanea zum Jubiläum*. Stuttgart 2001. 505–521., 514.

⁴¹ *Lex Baiuvariorum* 16, 3.

⁴² *Lex Salica* 27, 33.

⁴³ *Lex Ribuaria* 77.

⁴⁴ Babják 2011. 183.

⁴⁵ Babják 2011. 184.

cus on the rule which states that in *praetor's* law the seller was held liable for defects concealed by fraud (*dolo malo*) and for expressly promising (*dicta et promissa*) some characteristics of the goods or their being exempt from certain defects. The *aedilis curulis*, who was responsible for security of markets and acted as judge in market affairs, in his *edictum* prescribed—i.e., in this respect gave orders to make *stipulatio*—that in purchase of slaves and draught animals the seller shall take responsibility for certain defects (determined item by item) even if he does not know about them. This provision regulated purchase of draught animals and slaves, where the seller had to take objective responsibility. The buyer could cancel the contract by *actio redhibitoria* within six months, i.e., he could terminate it and the purchase price was returned to him by returning the goods. By *actio quanti minoris* he could bring an action within one year seeking reduction of the price to the extent that the thing was worth less for him. In this analysis it needs to be added that Romans calculated both deadlines as *tempus utile*; therefore, they took into account only the period of time when the buyer could actually bring an action, and calculated it from delivery of the thing. In post-classical law, practice extended these actions at law to any other object of the purchase.⁴⁶ Let us now look at the rules of early medieval Bavarian law.

*“Sed postquam factum est negotium, non sit mutatum, nisi forte vitium invenerit, quod ille venditor celavit, hoc est in mancipia aut in cavallo aut in quaecumque peculio, id est aut ceco ernioso cadivo aut leproso. In animalibus autem sunt vitia, quod aliquotiens celare potest venditor. Si autem venditor dixerit vitium, stet emptio, non potest mutare. Si autem non dixerit, mutare potest in illa die et in alia et tertia die. Et si plus de tribus noctibus habuerit, postea se non potest mutare, nisi forte eum invenire non poterit intra tres dies, tunc quando invenerit, recipiat, qui vitiatum vendidit. Aut si non vult recipere, iuret cum I sacramentale: ‘quia vitium ibi nullum sciebam in illa die, quando negotium fecimus’, et stet factum.”*⁴⁷ The text of the law sets forth that once it has been entered into the transaction can be contested only in the event that the buyer has found a defect in the goods that the seller has kept secret, i.e., concealed—and here the law clearly names movable property and material defects of the most important ones such as blindness, break, epilepsy and leprosy of slaves, horses and other draught animals. The defect must be hidden and concealed since the purchase cannot be attacked if the seller has informed the buyer on the defect. In case of concealment, the buyer has three days to assert his warranty claim: the claim applies—in addition to returning of the purchase price—to taking the goods back, i.e., *redhibitio*. This deadline will be extended only in the event that the buyer cannot find the seller in three days, and in this case the seller must ta-

⁴⁶ Nótári 2011b 318. f.

⁴⁷ *Lex Bajuvariorum* 16, 9.

ke the thing back at the time when the buyer finds him. The seller is not obliged to take the thing back—i.e., the transaction continues to be valid—when he takes an oath together with fellow oath-takers that at the time of the transaction he did not know about the defect claimed by the buyer.

Regarding this stipulation, Babják stresses that the *redhibitio* claim is unprecedented in German customary law and points out that the three days' deadline available to the buyer⁴⁸ is strikingly short compared to the six months' deadline in Roman law; thirdly, he makes the apposite remark that *Lex Baiuvariorum* follows the classical legal tradition that is formulated also in the *edictum* of the *aedilis curulis*, more specifically that the seller is obliged to inform the buyer on the defects of slaves, horses and draught animals.⁴⁹ (It needs to be added here that in our view the three days *redhibitio* deadline will be extended not only in the case when the buyer cannot contact the seller because the defect is revealed later—for example, due to giving into possession being separated from devolution of ownership—but also in the case when the buyer cannot find the seller within three days.) One of the formulas of *Formulae Salicae Lindenbrogianae* created in the monastery of St. Amand and brought to Bavaria by Arn,⁵⁰ an abbot who became the bishop and then archbishop of Salzburg,⁵¹ required the seller to promise the buyer that the slave to be sold is not a fugitive or a cripple, is healthy and uninjured:⁵² "*non fugitivum, non debilem, sed magis per omnia sanum atque incolomem*".⁵³ It is noteworthy that in Rome in accordance with the *edictum* of the *aedilis curulis*⁵⁴ the seller is obliged to declare *recte et palam*

⁴⁸ See *Lex Salica* 37; *Traditio Tegernseensis* Nr. 1; *Traditio Frisingensis* Nr. 636.

⁴⁹ Babják 2011. 187.

⁵⁰ See Nótári, T.: *Remarks on the Relation between the Breves Notitiae and the Notitia Arnonis*. *Studia Universitatis Babeş-Bolyai Iurisprudentia* 2010/2.

⁵¹ Cf. Stobbe, O.: *Geschichte des deutschen Rechtsquellen*, I. Braunschweig 1860. 253.

⁵² Cf. Babják 2011. 189.

⁵³ *Formulae Salicae Lindenbrogianae* (MGH, *Formulae*, ed. K. Zeumer) 15. *Venditio de servo. Magnifico in Christo fratri illo, emptore, igitur ego in Dei nomine. Constat me tibi vindidisse, et ita vindidi, tradidisse, et ita tradidi, hoc est servo iurisque mei nomino illo, non fugitivum, non debilem, sed magis per omnia sanum atque incolomem; unde accipi a te precium taxatum, in quo mihi bene complacuit atque convenit, id est soledos tantos; in tali vero ratione, ut pro ipso precio ipsum iam dictum servum habeas, teneas atque possedeas, vel quicquid exinde facere volueris, liberam in omnibus habeas potestatem. Et si fuerit aliquis deinceps, si ego ipse aut ullus (quislibet) de heredibus vel quelibet ulla extranea persona, qui contra hanc vendicionem aliquam calumniam repeter conaverit, cui litem intulerit auro uncias tantas, argento libras tantas coactus exolvat, et haec venditio meis et me rogantibus bonorum hominum manibus roborata, quorum nomina vel signacula subter tenentur inserta, firma et stabilis permaneat, stipulatione subnexa (diurnurno tempore maneat incolvula). Actum.*

⁵⁴ See Jakab, É.: *Stipulationes aediliciae*. Szeged 1993; *Kellékszavatosság és jótállás*. In: *Tanulmányok Benedek Ferenc tiszteletére*. Pécs 1996. 113–123; *Rabszolgavételek Rómában*. In: Cséka Ervin Emlékkönyv. Szeged 1992. 247–259.

whether the slave to be sold is ill, and, if he is, what his illness or defect is, whether he is a fugitive or is disposed to tramp and if he is encumbered by any *nox*,⁵⁵ furthermore, regarding draught animals, he is obliged to inform the buyer whether the animals have any illness or defects.⁵⁶

What makes this rule original and unique in the scope of German *Volksrechts*? As a general rule, *Lex Baiuvariorum* aims at keeping contracts in force and sets a quite narrow scope of exceptions—such as for example the opportunity to refer to *vis ac metus*⁵⁷ and assert *redhibitio*⁵⁸ within an extraordinarily short deadline.⁵⁹ At the same time, the other folk law collections did not concede the right to cancel: e.g., the Langobardic *Edictus Rothari* contains the passage that states that in case a slave subsequently turns out to be a leper or epileptic, the seller shall be obliged to take an oath that he did not know about this defect,⁶⁰ however, the law does not reveal the legal consequences of failure to take the oath, i.e., the seller's *reticentia*. Consequently, it can be established that it was only *Lex Baiuvariorum* from among German *Volksrechts* that adopted the implied warranty provisions of Roman law (specifically those of the *aedilis*'s *edictum*)—albeit, with restrictions and in a narrower scope and deadline.⁶¹

In terms of both devolution of ownership and warranty of title, the sale of alien and stolen things is a highly important issue, which is discussed in *Lex Baiuvariorum* in details, in title nine on theft (*De furto*).

⁵⁵ Ulpianus, D. 21. 1. 1. 1. *Aiunt aediles: Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiiue cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere diceretur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratori-sve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum acquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitale fraudem admiserit, mortis consciendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto: ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse diceretur, iudicium dabimus.*

⁵⁶ Ulpianus, D. 21. 1. 38 pr. *Aediles aiunt: Qui iumenta vendunt, palam recte dicunt, quid in quoque eorum morbi vitiiue sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiiue causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur.*

⁵⁷ *Lex Baiuvariorum* 16, 2.

⁵⁸ *Lex Baiuvariorum* 16, 9.

⁵⁹ Babják 2011. 190.

⁶⁰ *Edictus Rothari* 230.

⁶¹ Babják 2011. 191.

The question which arises when the owner of the stolen thing demands the goods back from the buyer is regulated by the law as follows.⁶² First of all, it prohibits purchase of stolen things⁶³ and binds the buyer to find out if the thing has been stolen or not: "*Ut nullus praesumat furtivam rem comparare infra provinciam. Quod comparare voluerit, prius inquirat, si furtivum est, an non.*"⁶⁴ It should be noted, however, that no reference can be found in the Bavarian *lex*—contrary to *Lex Ribuaria*⁶⁵—whether there is any exact order of procedure of this inquiry.⁶⁶ If it is proved—and here the law again draws on Visigothic regulation⁶⁷—that the buyer knew that the thing had been stolen, he shall be obliged to give the owner a thing with a value equal to the value of the stolen thing and pay twelve *solidus* to the treasury: "*Si furtivum praesumpserit emere et exinde probatus fuerit, et scienter hoc fecit, tunc similem rem donet illi, cui pecunia comparavit, et in fisco pro fredo XII solidos sit culpabilis.*"⁶⁸

How does the law regulate the issue when the buyer did not know that he bought a stolen thing? "*Si quis de fure nesciens comparavit, requireret accepto spatium venditorem; quem si non poterit invenire, probet se cum sacramento et testibus innocentem. Et quod apud eum cognoscitur, ex medietate restituat, et furem quaerere non desistat.*"⁶⁹ When the buyer did not know that he bought a stolen thing—the wording of the law reveals that the buyer must be considered identical with a thief—he had to try to find the seller, however, if his efforts brought no result, he could prove his innocence by taking an oath and witnesses. Furthermore, he had to return half of what had been found with him and keep searching for the thief. Babják claims that the linguistically quite obscure phrase "*ex medietate restituat*" covers content identical with the phrase "*accepta pretii medietate, restituat*" in Visigothic law⁷⁰, i.e., the buyer was obliged to deliver the thing to the robbed owner in return for payment of half of the purchase price.⁷¹

However, sale of a stolen thing necessarily involved settlement of the legal relation between the buyer and the robbed owner as well as between the buyer and seller. *Lex Baiuvariorum* regulates this scope of issues as follows. "*Si quis vendiderit res alienas sine voluntate domini sui, aut servum aut ancillam aut qualemcumque rem, ipsam per legem reddat et consimilem aliam reddat; si*

⁶² Cf. Nótári 2011b 252.

⁶³ See *Lex Wisigothorum* 7, 2, 8; *Edictus Rothari* 284. Cf. Nótári 2011a 71²²¹.

⁶⁴ *Lex Baiuvariorum* 9, 14.

⁶⁵ *Lex Ribuaria* 75, 9.

⁶⁶ Babják 2011. 184.

⁶⁷ Cf. *Lex Wisigothorum* 7, 2, 9.

⁶⁸ *Lex Baiuvariorum* 9, 15.

⁶⁹ *Lex Baiuvariorum* 9, 8.

⁷⁰ *Lex Wisigothorum* 7, 2, 8.

⁷¹ Babják 2011. 185.

ipsam non potest invenire, duos consimiles reddat."⁷² Accordingly, when somebody sells another person's thing in spite of the owner's will—and here the law stresses slaves as the most important objects of the transaction—he must return it and give a thing with similar value; and if the thing is no longer available, then he must give two things with similar value. Consequently, this provision covers compensation in *duplum*, which was adopted as a sanction of the Roman *furtum nec manifestum*⁷³ through mediation of Visigothic law⁷⁴ in *Lex Baiuvariorum*.⁷⁵ A person who sells an alien thing—in addition to being bound to give the owner *duplum*—will be obliged to return the purchase price and reimburse the buyer the investments carried out by the buyer to increase the value of the thing: "*Et domino his, qui alienam vendere presumpsit, duplum cogatur exolvere, nihilominus emptori, qui accepit pretium, redditurus. Et quicquid ad comparatae rei profectum studio suae utilitatis emptor adiecerit, a locorum iudicibus aestimetur, et ei qui laborasse cognoscitur, a venditore iuris alieni satisfactio iusta reddatur.*"⁷⁶ In other words, when the bona fide buyer has not found the seller from whom he has bought the stolen thing, he must deliver the thing to the owner in return for half of the purchase price, however, if he has found the *venditor*, then he can demand the total purchase price and his investments from him. Babják asserts that it cannot be ruled out that this regulation is some kind of reminiscence of the quadruple sanction (*quadruplum*) imposed on *furtum manifestum* known from pre-classical Roman law, and he underlines that in case the person selling the thing without permit cannot be found, the law prescribes spread of losses between the owner and the bona fide buyer of the thing.⁷⁷

IV. Purchase safeguards

The function of *arra* (or *arrha*) in *Lex Baiuvariorum* raises an interesting question. In accordance with the provisions set forth in the law, a person who has given *arrha* for a thing shall pay the purchase price agreed upon, and if he fails to appear in order to enter into the transaction on the day agreed upon and fails to ask for postponement, he will lose the *arrha* and shall pay the purchase price: "*Qui arras dederit pro quacumque re, pretium cogatur implere, quod placuit emptori. Et si non accurrerit ad diem constitutum, vel antea non rogaverit ad placitum ampliorem, si hoc neglexerit facere: tunc perdat arras et pretium, quod de-*

⁷² *Lex Baiuvariorum* 16, 1.

⁷³ See 2011b 339.

⁷⁴ *Lex Visigothorum* 5, 4, 8.

⁷⁵ Babják 2011. 186.

⁷⁶ *Lex Baiuvariorum* 16, 4.

⁷⁷ Babják 2011. 187.

buit, impleat.”⁷⁸ The prefiguration of this rule is a passage from the Visigothic *Codex Euricianus* quite difficult to interpret,⁷⁹ although, as Babják finds, a coherent rule was developed from it by the makers of the Bavarian *lex*.⁸⁰

Another provision of the law regarding transaction witnesses gets closer to the function of *arrha*. “*Si quis testem habuerit per aurem tractum de qualibet causa finita ratione, et hoc confirmant per testes; post haec non debet repetire nec inquietare illum, a quo finivit rationem suam. Et si voluerit, per testes defendat se; ille testis testificet sicut scit, unde per testem per aurem tractus fuit, et hoc per sacramentum confirmet. ... Si autem testes per autem tractus fuerit de compositione finienda vel propter arras, qui donat quasi pro pignus quaecumque re, usque dum solvat debitum et pignus recipiat: illum testem nemo repellat nec potest, sed consentiat...*”⁸¹ Accordingly, if concerning any transaction entered into a person has a witness whose ears he has pulled, after that he cannot demand anything back from the person with whom he has entered into the transaction. If the contracting party wants, he can refer to a witness, who is obliged to testify entering into the transaction under oath. If the witness’s ears have been pulled concerning either the determination of redemption or *arra*, i.e., earnest-money, given as pledge until the debt is paid and the pledge is returned, the witness’s testimony cannot be ignored. Babják stresses that this passage is an *ex asse* rule of Bavarian customary law rather than an adopted Visigothic or other pattern and that the pledge function of *arra* is basically different from the Visigothic rule that clearly differentiates earnest-money from pledged collateral as pledge must be returned and *arrha* is earnest-money for the debt to be discharged: everyday Bavarian legal practice handled *arrha* as pledge.⁸² (It should be noted that application of *pignus*, i.e., *wadium*—mutually between the parties in dispute—is mentioned in *Traditio Frisingensis*⁸³ and in *Traditio Pataviensis*⁸⁴ as well.⁸⁵) On the other hand, the Bavarian *lex* does not regulate certain questions, such as for example the character, scope of application of the things that can be delivered as the object of *arrha* or the connection between the transaction to be secured and the value of *arrha*.⁸⁶

It is worth giving a brief survey of the scope of application and main features of *arrha* as developed in Roman law in order to determine the important

⁷⁸ *Lex Baiuvariorum* 16, 10.

⁷⁹ *Codex Euricianus* 297.

⁸⁰ Babják 2011. 181.

⁸¹ *Lex Baiuvariorum* 17, 3.

⁸² Babják 2011. 181.

⁸³ *Traditio Frisingensis* Nr. 122. 124. 125. 250. 285. 336. 339. 366. 368.

⁸⁴ *Traditio Pataviensis* Nr. 40.

⁸⁵ Cf. Nótári 2011a 101³²⁸.

⁸⁶ Babják 2011. 182.

characteristics of this institution in early medieval Bavarian law more clearly. In Roman law earnest-money (*arrha*) is the value that one party gives to the other as a sign of entering into contract and as contractual safeguard. In the classical age, giving earnest-money served as a token of entering into purchase, and in purchase concluded by arrangement earnest-money confirmed its conclusion only (*arrha confirmatoria*). In the post-classical age, upon Greek impact, earnest-money served as contractual safeguard; in other words, it assumed a punitive character (*arrha poenalis*). This can be called forfeit money too, since it was the right to cancel the contract that the party reserved by sacrificing this amount. In this type, the non-performing party lost the earnest-money given and had to return double the amount of the earnest-money received, thereby earnest-money became obligation safeguards, more specifically security for the debtor's willingness to pay. In case of performance, the earnest-money had to be set off or returned—the act of giving earnest-money did not exclude assertion of any further compensation claims.⁸⁷

In Bavarian law, by delivering *arrha* the party assumes obligation to pay the purchase price agreed upon on the day determined, failing which—and in the absence of a new term of payment set—he will lose the *arrha* handed over, however, he shall pay the purchase price. It is questionable whether the buyer was given the object of purchase upon delivery of the *arrha* or not, or could take it later, and if delivery of the *arrha* obliged only the buyer to pay the purchase price, or the seller was also bound by obligation not to sell the thing to anybody else during the period between conclusion of the contract and delivery of the thing. The regulation of *arrha* in Bavarian law is different from the solution in Roman law: it brings the function of *arrha* closer to right of pledge.⁸⁸

V. Other contracts in Lex Baiuvariorum

It needs to be added that rules of purchase should be applied *mutatis mutandis* to exchange (of goods) too, for—just as Langobardic⁸⁹ and Visigothic⁹⁰ law or post-classical imperial decrees in Roman law⁹¹—*Lex Baiuvariorum* stipulates that exchange, i.e., *cambias* shall have the same force as purchase: "*Communitio, hoc est quod 'cambias', talem qualis emptio habeat firmitatem*".⁹² This rule was borrowed word for word by the Bavarian *lex* from Visigothic law.⁹³

⁸⁷ Vö. Nótári 2011b 346.

⁸⁸ Babják 2011. 183.

⁸⁹ Cf. *Leges Liutprandi* 116.

⁹⁰ Cf. *Lex Wisigothorum* 5, 4, 1.

⁹¹ *Codex Iustinianus* 4, 64, 2; *Lex Romana Visigothorum*, Nov. *Valentiniani* 10, 4.

⁹² *Lex Baiuvariorum* 16, 8.

⁹³ Babják 2011. 194.

Apart from purchase, *Lex Baiuvariorum* deals with other contracts in less detail in title fifteen on things delivered for safekeeping and things lent (*De commendatis et commodatis*). The law defines two forms of safekeeping: safekeeping against valuable consideration and safekeeping free of charge. "*Si quis cavallum aut quolibet animalium genus ad custodiendum mercede placita commendaverit: si perierit, eiusdem meriti ille qui commendata suscepit, exolvat, si tamen mercede fuerit pro custodia consecutus. Quodsi etiam nulla placita mercede suscipiat, mortua esse probaverit: nec ille mercedem requirat, nec ab illo aliquid requiratur; tamen ratione, ut praebeat sacramenta ille qui commendata suscipiat, quod non, per suam culpam neque per negligentiam mortua consumpta sint, et reddat corio. Eadem et de commendatis forma servetur.*"⁹⁴ When some kind of animal is handed over for safekeeping against a determined fee and the animal perishes, it shall be compensated for by an animal with identical value if the safekeeping fee has been paid already. When the thing is received for safekeeping against no fee, i.e., free of charge and it perishes, then the receiving party cannot demand any fee subsequently and cannot be demanded to pay compensation if he proves by an oath that it was not due to his *culpa* or *negligentia* that the animal perished; however, he must return the skin of the animal—this latter provision is a general rule in German folk laws.⁹⁵ In the case of loan, the law prescribes application of the same rule. Concerning this provision it can be established that the Bavarian *lex* draws on Visigothic laws, *Lex Wisigothorum*⁹⁶ and *Codex Euricianus*⁹⁷.

Similarly, the following rule is based on Visigothic law⁹⁸. "*Si cui aurum vel argentum vel ornamenta vel quaecumque species fuerint commendatae, sive custodiendae traditae sint, sive vendendae, et in domo ipsius cum rebus ipsius forsitan fuerint incendio concrematae, una cum testibus, qui commendata suscipiat, praebeat sacramenta, nihil exinde suis profuisse compendiis, et nihil cogatur exolvere, excepto auro et argento, quod ardere non potuit.*"⁹⁹ When a movable thing is handed over to a person—here the lawmaker refers to gold, silver and jewellery as examples; so, the provision might probably apply to valuable things—for safekeeping (for the purposes of sale, i.e., on consignment for sale as the case may be), and this thing is destroyed in fire in the house of the safekeeping party together with his own things, such person shall prove by an oath that he received no gains from it and must return only the gold and silver that could not burn. Thus, in this passage the law regulates the issue of consignment

⁹⁴ *Lex Baiuvariorum* 15, 1.

⁹⁵ Cf. Nótári 2011a 89²⁸⁵.

⁹⁶ Cf. *Lex Wisigothorum* 5, 5, 1.

⁹⁷ Cf. *Lex Euricana* 278.

⁹⁸ Cf. *Lex Wisigothorum* 5, 5, 3.

⁹⁹ *Lex Baiuvariorum* 15, 2.

for sale, on the one hand, and, serves security of safekeeping of valuable movable things, on the other; it is not by chance that it stresses precious metals handed over for safekeeping. However, the law elaborates the opportunities of the case, drawing on Visigothic law.¹⁰⁰ If in a fire somebody steals the thing handed over for safekeeping and the thief can be found, he shall reimburse the quadruple of the value of the thing stolen¹⁰¹—just as in Roman law in case of *furtum manifestum*.¹⁰² The person from whom the thing entrusted to him has been stolen shall be provided with sufficient time for finding the thing and when he has found it, the party giving the thing into safekeeping will get back only his own thing, however, he will be entitled to *compositio* due to theft.¹⁰³ When the thief has not been found, the owner will get only half of the value of the thing stolen, in other words, the law prescribes spread of losses between the parties.¹⁰⁴

In summary it can be stated that from among German *Volksrechts* it is *Lex Baiuvariorum* that contains the greatest number of contractual provisions—and the most flexible provisions maximally meeting requirements of practice at that. Their prime aim indicated *expressis verbis* in the code is to keep concluded contracts in force and preserve security of transactions. These Bavarian statutory provisions mostly draw on Visigothic patterns, however, lawmakers did not copy them slavishly, they modified them in accordance with their own experience.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Cf. *Lex Wisigothorum* 5, 5, 3.

¹⁰¹ *Lex Baiuvariorum* 15, 3. *Si quis forte, dum domum flamma consumpsit, se quasi auxilium adlaturus ingesserit et aliquod forte rapuerit, dominus domui diligenter inquirat. Et si eum potuerit invenire, ille qui rapuerat, in quadruplum rapta restituat. Et si de commendatis rebus apud directorem aliquid forte reppererit, domino restituere non moretur.*

¹⁰² See Nótári 2011b 339.

¹⁰³ *Lex Baiuvariorum* 15, 4. *Si vero quae commendata fuerant, furto probantur ablata, ei qui commendata perdiderat, spatium tribuatur, donec furem sua investigatione perquirat. Et si eum invenerit, commendatori res proprias tantummodo reformare procuret; compositio vero furti ad eum, qui habuit commendata, pertineat.*

¹⁰⁴ *Lex Baiuvariorum* 15, 5. *Et si fur non fuerit infra statutum tempus inventus, medietas rerum commendatarum domino suscipiente reddatur, damnum vero medio utrumque sustineat.*

¹⁰⁵ Babják 2011. 193–195.

*Dr Tamaš Notari, vanredni profesor
Univerzitet u Segedinu
Pravni fakultet*

Ugovorno pravo u zborniku *Lex Baiuvariorum*¹⁰⁶

Sažetak: Cilj ovog rada je analiza odredaba o ugovorima u zborniku *Lex Baiuvariorum*,¹⁰⁷ koji predstavlja pisano bavarsko narodno pravo (*Volksrecht*), a nastao je između 737 i 743. godine. U okviru ove analize, prvo se ispituju potrebne formalnosti za nastanak ugovora, dokumenti i svedočanstva (I.); zatim pravila o nevažnosti (II.); o korišćenim garancijama i o kupovini ukradenih stvari (III.); regulisanje ugovornog obezbeđenja (IV.); a, najzad, i drugi kontrakti ovog zbornika (V.). U pogledu *sedes materiae* ukazuje se na to, da su pravila koja se odnose na razmenu dobara smeštena prvenstveno pod dva naslova zbornika: pod naslov jedanaest (*De venditionibus*) i pod naslov devet (*De furto*) – pod ovim poslednjim naslovom, izlažu se pravila o prodaji ukradenih stvari, tj., dostupne garancijske tužbe, koje sa jedne strane posmatraju odnos između pokradenog lica i lica koje je kupilo stvar *bonae fidei*, a sa druge strane između prodavca i kupca. Određena pravila, kao što je na primer, pravilo o zabrani prodaje spornih stvari, mogu se naći pod petnaestim naslovom (*De commendatis et commodatis*).

Ključne reči: *Lex Baiuvariorum*, bavarsko narodno pravo – *Volksrecht*, bavarsko ugovorno pravo

¹⁰⁶ Ovaj rad je nastao u okviru projekta, Nr. 4.2.2.B-10/1-2010-0015 „Identitäten: Kulturen und Minderheiten im Donauraum“.

¹⁰⁷ O *Lex Baiuvariorum* видети, Nótári, T.: *Lex Baiuvariorum–A bajorok törvénye*. Szeged 2011. (Nótári 2011a); *Römischrechtliche Elemente im Prolog der Lex Baiuvariorum*. Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Iuridica 50. 2009. 419–429; *Bavarian Historiography in Early Medieval Salzburg*. Passau 2010; *Personal Status and Social Structure in Early Medieval Bavaria*. Acta Juridica Hungarica 50. 2009/1. 85–110; *An Early-Medieval „Show Trial”–Tasilo III’s Dethronement*. In: Beck Varela, L.–Gutiérrez Vega, P.–Spinosa, A. (eds): *Crossing Legal Cultures*. München 2009. 141–158.

*Dr Dubravka Klasiček, viši asistent
Univerzitet Josipa Jurja Štrosmajera
Pravni fakultet u Osijeku*

NUŽNI DIO: U NATURI ILI U NOVCU?

Sažetak: Rad se bavi pravnom prirodom nužnog dijela koja može biti dvojaka – tzv. nasljednopravna (nužni dio "u naturi"), kakva je u hrvatskom nasljednom pravu te obveznopravna (nužni dio "u novcu"), kakva je u pojedinim europskim državama. Rad donosi osnovne karakteristike oba ova sustava, njihove prednosti i nedostatke, pregled pojedinih europskih država u kojima nužni dio ima obveznopravnu prirodu, stavove različitih autora koji su se u svojim radovima bavili ovom problematikom te prijedloge mogućih promjena vezanih uz pravnu prirodu nužnog dijela u Republici Hrvatskoj.

Ključne riječi: nužni dio, nužni dio u naturi, nužni dio u novcu, nasljednopravna priroda nužnog dijela, obveznopravna priroda nužnog dijela, nužni nasljednici, ograničenje slobode oporučnog raspolaganja, nužni dio de lege ferenda

1. Uvod

Jedno od osnovnih načela nasljednog prava je sloboda oporučnog raspolaganja. Ovo načelo ostavlja pojedincu slobodu da za slučaj svoje smrti raspolaže svojom ostavinom onako kao želi.¹ Ipak, treba naglasiti kako ova sloboda niti u jednom pravnom sustavu koji ju priznaje nije apsolutna. Tako i u Republici Hrvatskoj određeni članovi ostaviteljeve obitelji, nužni nasljednici, imaju pravo na svoj nužni dio te su besplatna raspolaganja koja vrijeđaju taj nužni dio pobojna.²

Pravna priroda nužnog dijela može biti dvojaka. Naime, u većem broju europskih pravnih sustava nužni dio ima nasljednopravnu prirodu te se stječe u naturi tj. kao dio ostavine. Za razliku od toga, u pojedinim pravnim sustavima nu-

¹ Gavella, N., Belaj, V., Nasljedno pravo, Narodne novine, 2008., str. 217.

² Čl. 7. st. 2. Zakona o nasljeđivanju, Narodne novine br. 48/03, 163/03., 35/05., (dalje: ZN).

žni dio ima obveznu pravnu prirodu te predstavlja isplatu određene svote novca koja odgovara vrijednosti nužnog dijela.³

Pravna će priroda nužnog dijela u određenom nasljednom pravnom sustavu uvjetovati ono što će nužni nasljednik moći zahtijevati ukoliko je povrijeđen njegov nužni dio te ono što će oporučni nasljednici, i eventualno obdarenici, biti dužni dati nužnom nasljedniku na ime povrijeđenog nužnog dijela. Dakle, pravna priroda nužnog dijela direktno utječe na to hoće li oporučni nasljednici i/ili obdarenici nužnom nasljedniku morati prepustiti ono što su naslijedili tj. ono što im je darovano ili će mu biti dužni isplatiti određeni novčani iznos te zadržati ono što su stekli temeljem oporuke, odnosno ugovora o darovanju. Vezano uz ranije rečeno, o pravnoj će prirodi nužnog dijela posredno ovisiti i hoće li se ostaviteljeva volja izražena u oporuci te u ugovoru o darovanju poštovati, pa će takva njegova raspolaganja ostati valjana, ili će nužni nasljednik svojim zahtjevom za nužnim dijelom ustati protiv ostaviteljeve volje izražene u oporuci i/ili darovanju i pobijati ju.

2. Osnovne karakteristike nužnog dijela koji ima nasljednu pravnu prirodu (nužni dio u naturi)

Još je rimsko pravo postavilo nužni dio kao *pars hereditatis*, što je bila posljedica tadašnjeg shvaćanja o obiteljskom jedinstvu imovine i religijskog kulta gdje je život obitelji predstavljao koegzistenciju ljudi i stvari te bivših i sadašnjih generacija. Ovo je ujedno i bila osnova rimskog shvaćanja nasljeđivanja kao univerzalne sukcesije – *heres et defunctus una aedemque persona esse intelliguntur*. U ovakvom okruženju svakako je bilo nemoguće nužni dio oblikovati kao *pars bonorum* (nužni dio obveznu pravne prirode).⁴ Sukladno navedenom, nužni je nasljednik, ako bi zahtijevao svoj povrijeđeni nužni dio, postajao univerzalni sukcesor te je stjecao određeni alikvotni dio ostavine koji bi odgovarao vrijednosti njegovog nužnog dijela. Dakle, on bi naslijedio dio ostaviteljeve ostavine jednako kao i bilo koji drugi oporučni ili zakonski nasljednik tog ostavitelja, unatoč tome što je to ostavitelj htio izbjeći.

S obzirom da je rimska pravna tradicija bila od odlučujućeg utjecaja na većinu suvremenih prava, ne čudi činjenica da velik broj država kontinentalnoeuropskog pravnog kruga i danas ima nužni dio nasljednu pravne prirode. Tako je i s Republikom Hrvatskom, pa hrvatski Zakonu o nasljeđivanju, sukladno čl. 70.

³ Krajcer, S., Philadelphia, V., Das Pflichtteilsrecht in Europa, u Welser, R., Die Reform des österreichischen Erbrechts, Verhandlungen des Siebzehnten Österreichischen Juristentages, Wien, 2009., str. 74.

⁴ Antić, O.B., Sloboda zaveštanja i nužni deo – doktorska disertacija, Beograd, 1983., str. 271.-272.

st. 1., navodi kako je pravo na nužni dio nasljedno pravo. Samim time nužni je nasljednik univerzalni sukcesor ostavitelja te ima pravo zahtijevati alikvotni dio ostavine. Veličina nužnog dijela pojedinog nužnog nasljednika ovisi o kategoriji u koju pojedini nužni nasljednik ulazi. Tako svi apsolutni nužni nasljednici⁵ imaju pravo na nužni dio u vrijednosti polovine, dok relativni nužni nasljednici⁶ imaju pravo na nužni dio u vrijednosti trećine onoga što bi im inače pripalo po zakonskom redu nasljeđivanja.⁷

U pravnom sustavu u kojemu nužni dio ima nasljednopravnu prirodu, nužnom će nasljedniku, ukoliko bude zahtijevao povrijeđeni nužni dio, pripasti dio nasljednog prava određene veličine i vrijednosti na temelju striktnih zakonskih normi. Zahtjev nužnog nasljednika uglavnom je u opreci s pretenzijama osoba u čiju korist je ostavitelj raspolagao, bilo oporukom ili darovanjem.⁸ U razdoblju koje prethodi utvrđenju nužnog dijela nužnog nasljednika, on je zajedničar u svim nasljedničkim zajednicama koje su za sunasljednike nastale u pogledu naslijeđenih dobara. Nužnom nasljedniku pripada jednako pravo na predmet svake od tih zajednica kao i svim ostalim zajedničarima – oporučnim nasljednicima, te on u svim tim zajednicama ima svoj udio.⁹ Nakon utvrđenja veličine nužnog dijela pojedinog nasljednika on prestaje biti zajedničar i postaje suvlasnikom s ostalim nasljednicima.¹⁰

U slučaju povrede nužnog dijela, nužni nasljednik može zahtijevati umanjnjenje oporučnih raspolaganja i/ili povrat darova koje je učinio ostavitelj. Sukladno odredbi čl. 78. Zakona o nasljeđivanju, raspolaganja oporukom umanjiti će se, a darovi će se vratiti koliko je potrebno da bi se dopunio nužni dio. Zakonom je određen i redoslijed po kojemu će se ovo odvijati, pa se, sukladno odredbi navedenog članka, prvo umanjuju raspolaganja oporukom, a ako nužni dio time ne bi bio podmiren, vraćaju se darovi. Ukoliko bi za uklanjanje povrede nužnog dijela bilo dovoljno da dođe samo do djelomičnog vraćanja dara, tada će obdarenik vratiti dar u onoj mjeri koliko je potrebno da bi se dopunio nužni dio. U ovom slučaju vraća se idealni dio dara, pa će obdarenik i nužni nasljednik postati suvlasnicima dara.¹¹

⁵ Ostaviteljev bračni / izvanbračni drug, potomci, posvojčad i njihovi potomci, čl. 69. st. 1. ZN.

⁶ Ostaviteljevi roditelji, posvojitelji i ostali predci, no, samo ako su trajno nesposobni za rad i nemaju nužnih sredstava za život. Čl. 69. st. 2. ZN.

⁷ Čl. 70. st.3. ZN.

⁸ Gavella, Belaj, op. cit. (bilj. 1.), str. 371.

⁹ Cf. ibid., str. 372.

¹⁰ Cf. ibid, str. 372.-373.

¹¹ Cf. ibid, str. 375.

Načini diobe suvlasništva regulirani su odredbama čl. 49.-53. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine, 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12.

Može se zaključiti kako je najvažnija i najozbiljnija posljedica nasljedno-pravne prirode nužnog dijela to što je nužni nasljednik univerzalni sukcesor. On sudjeluje u podjeli ostavine koju dijeli na alikvotne dijelove sa svim ostalim nasljednicima, odnosno, ima pravo zahtijevati od obdarenika da mu u potpunosti ili djelomično ustupi dar, koji je dobio od ostavitelja. Dakle, u pravnim sustavima u kojima nužni dio ima nasljednopravnu prirodu, u slučaju povrede tog dijela nužni nasljednik svojim zahtjevom za nužnim dijelom ustaje direktno protiv volje ostavitelja izražene u njegovoj opourci i/ili ugovoru o darovnju, što dovodi do pobijanja takvih raspolaganja ostavitelja kako bi se namirio povrijeđeni nužni dio.

3. Osnovne karakteristike nužnog dijela koji ima obveznopravnu prirodu (nužni dio kao novčani iznos)

Temeljem nužnog dijela koji ima obveznopravnu prirodu, nužni nasljednik ima pravo na ime svog nužnog dijela zahtijevati isplatu određene svote novca. Ovako oblikovan nužni dio nastao je u srednjovjekovnom pruskom pravu kako bi se spriječila podjela poljoprivrednih posjeda vojne aristokracije te kako bi se očuvala ekonomska moć poljoprivrednih dobara i njihovih vlasnika, što se nikako nije moglo postići koncepcijom nužnog dijela kakva je nastala u rimskom pravu i postojala od rimskih vremena.¹² Nužni dio kao pravo na novčani zahtjev trebao je spriječiti podjelu poljoprivrednih zemljišta te očuvati ekonomsku moć tih dobara i njihovih vlasnika. Od tada se nužni dio u ovakvom obliku proširio na više europskih država te danas postoji, primjerice, u Austriji, Francuskoj, Mađarskoj, Nizozemskoj, Njemačkoj, Poljskoj, Srbiji, dijelovima Španjolske (Katalonija i Galicija¹³).¹⁴

U sustavima u kojima je nužni dio određen u novcu, potencijalni nužni nasljednik nije univerzalni sukcesor ostavitelja te nema pravo na alikvotni dio ostavine, odnosno, nema pravo zahtijevati povrat darova u slučaju da mu je povrijeđen nužni dio, već od oporučnih nasljednika, i eventualno obdarenika, ima pravo zahtijevati isplatu određenog novčanog iznosa na ime povrijeđenog nu-

¹² Antić, op. cit. (bilj. 4.), str. 273.-274.

¹³ Više o različitostima u nužnom nasljednom pravu u Španjolskoj vidi Càmarà Lapuente, S., *Freedom of testation, Legal Inheritance Rights and Public Order under Spanish Law* u Anderson, M., Arroyo i Amayuelas, E., *The Law of Succession: Testamentary Freedom*, Europa Law Publishing, 2011., str. 273.-274.

¹⁴ Više vidi Krajcer, Philadelphia, op. cit. (bilj. 3.), str. 166.-170., 178.-182., 185.-192.; Pintens, W., Seyns, S. *Perspective 5, Comparative Law – Germany*, str. 168. i van Mourik, M.J.A., *Persective 5, Comparative Law – The Netherlands*, str. 109., sve u *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, ur. Castelein, C., Foqué, R. and Verbeke, A., Intersentia, 2009.; Csöndes, M., Klasiček, D., *Pravna narav nužnog dijela u hrvatskom i mađarskom nasljednom pravu*, *Suvremeni pravni izazovi: EU – Mađarska _ Hrvatska*, Ur. Župan, M., Vinković, M., Pečuh-Osijek, 2012., str. 379.-399.

žnog dijela. U ovakvom sustavu nužni nasljednik je, ustvari, vjerovnik oporučnih nasljednika, odnosno obdarenika, koji su mu dužni na teret onoga što su stekli temeljem oporuke tj. dara, isplatiti određenu svotu novca koja odgovara veličini njegovog nužnog dijela.¹⁵

U sustavima u kojima nužni dio ima obveznopravnu prirodu, potencijalni nužni nasljednik u trenutku otvaranja nasljedstva *ipso iure* stječe pravo na zahtjev za isplatom određene svote novca. Dakle, nužni nasljednik u ovakvom sustavu nema isti pravni položaj kao ostali nasljednici odnosnog ostavitelja te također nema jednak pravni položaj ni kao nužni nasljednik u pravnim sustavima u kojima nužni dio ima nasljednopravnu prirodu. Kada nužni dio ima obveznopravnu prirodu, nužni nasljednik se, ustvari, niti ne može smatrati nasljednikom – univerzalnim sukcesorom već vjerovnikom.

Treba napomenuti kako se na nužni dio obveznopravne prirode, uz pravila obveznog prava, primjenjuju i određene odredbe nasljednog prava, pa unatoč značajnim razlikama između ove dvije grupe pravnih sustava koje se odnose na pravnu prirodu nužnog dijela, među njima postoje i brojne sličnosti vezane uz nužno nasljeđivanje općenito. Primjena odredaba nasljednog prava na nužni dio obveznopravne naravi je potrebna stoga što bi, u suprotnom, potencijalni nužni nasljednik mogao biti bilo tko, s obzirom da ta osoba ne bi morala ujedno biti i zakonski nasljednik ostavitelja; ta bi osoba imala pravo zahtijevati nužni dio bez obzira na pripadnost određenom nasljednom redu, stupnju srodstva ili svoju dostojnost za nasljeđivanje; ostavitelj takvu osobu ne bi mogao isključiti ili lišiti nužnog dijela; nužni nasljednik ne bi moglo biti začeto, no još nerođeno dijete itd.¹⁶ Zato će u oba sustava biti od iznimnog značaja osobne karakteristike potencijalnih nužnih nasljednika, kao što je: dostojnost za nasljeđivanje, stupanj srodstva, pripadanje određenom nasljednom redu, primjena određenih načela nasljednog prava, priznavanje prava na nužni dio i nasciturusu itd.¹⁷

4. Osnovne razlike između nužnog dijela nasljednopravne i nužnog dijela obveznopravne prirode

Najveća razlika između ova dva oblika nužnog dijela je u tome što nužni nasljednik kod nužnog dijela nasljednopravne prirode ima pravo na određenio dio ostavine / povrat dara, dok kod nužnog dijela obveznopravne prirode ima pravo zahtijevati isplatu određene svote novca od oporučnih nasljednika i/ili obdarenika. Odluka suda kojom se nužnom nasljedniku dosuđuje određena svota novca na teret ostavine i ostalih nasljednika, odnosno obdarenika ima

¹⁵ Antić, op. cit. (bilj. 4.), str. 274.

¹⁶ Antić, O., Nasledno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009., str. 175.-176.

¹⁷ Ibid.

konstitutivni karakter. Ova odluka djelovat će *ex nunc*, dakle od trenutka njezine pravomoćnosti, a ne kao što je to slučaj kod sustava u kojima je nužni dio nasljednopravne prirode, gdje će sudska odluka djelovati *ex tunc*, od dana smrti ostavitelja.¹⁸

Nadalje, u pravnim sustavima u kojima vrijedi načelo *ipso iure* nasljeđivanja, a nužni je dio određen kao nasljednopravna kategorija, nužni nasljednici, kao i svi ostali nasljednici postaju nasljednicima u trenutku smrti ostavitelja. No, oni će svoj povrijeđeni nužni dio moći steći tek ako ga budu zahtijevali. Rok u kojemu nužni nasljednik može zahtijevati umanjeње oporučnih raspolaganja je tri godine od proglašenja oporuke, dok povrat dara može zahtijevati u roku od tri godine od smrti ostavitelja, njegovog proglašenja umrlim, odnosno utvrđenja njegove smrti.¹⁹ Dakle, od ostaviteljeve smrti do isteka navedenog roka traje vrijeme pendencije, jer sve dok nužni nasljednik ne zahtijeva svoj nužni dio ili dok na protekne navedeni rok od tri godine, neće se znati tko će i u kojim udjelima doista nasljediti ostavitelja, odnosno neće se znati hoće li obdarenik moći zadržati dar koji mu je ostavitelj darovao, a koji dolazi u obzir za vraćanje u slučaju povrede nužnog dijela.

Za razliku od navedene situacije, kod nužnog dijela obveznopravne prirode ovakvih pravnih nesigurnosti i neizvjesnosti nema. Naime, nužni nasljednik se u ovakvom sustavu neće ni smatrati nasljednikom u pravom smislu te riječi jer neće imati pravo zahtijevati dio ostavine niti povrat darova. S tim u vezi, oporučni nasljednici neće biti u neizvjesnosti hoće li ono što su stekli na temelju oporuke morati dijeliti s nužnim nasljednikom, odnosno obdarenici neće biti u neizvjesnosti hoće li izgubiti ono što im je ostavitelj darovao, zato što je nužni nasljednik zahtijevao svoj nužni dio.

Naravno, zbog svega navedenog postoji i velika razlika između pravnog položaja nužnog nasljednika u svakom od ova dva različita pravna sustava. U sustavima u kojima nužni dio ima nasljednopravnu prirodu, nužni su nasljednici univerzalni sukcesori pa će zbog toga odgovarati za dugove ostavitelja; imat će pravo zahtijevati diobu ostavine te sudjelovati u upravljanju i raspolaganju onime što su naslijedili te će u nekim slučajevima moći će i zahtijevati povrat darova koje je učinio ostavitelj. Sve ovo je protivno volji ostavitelja i negativno se odražava na oporučne nasljednike i obdarenike. U sustavima u kojima nužni dio ima obveznopravnu prirodu, nužni nasljednik je vjerovnik koji od trenutka otvaranja nasljedstva ima pravo zahtijevati isplatu određene svote novca na ime svog nužnog dijela (uz moguće korekcije u nekim sustavima²⁰); on neće odgovarati za dugove ostavitelja; neće sudjelovati u upravljanju, raspolaganju, diobi

¹⁸ Cf. *ibid.*, str. 277.

¹⁹ Čl. 84. ZN.

²⁰ O tome više *infra*.

ostavine te neće moći tražiti povrat darova. Ovo će, svakako, rezultirati većim poštovanjem ostaviteljeve volje izražene u oporuci i prilikom darovanja.²¹

Dakle, može se reći kako će se volja ostavitelja više poštovati u slučaju da se nužni dio isplaćuje u novcu. Naime, kad nužni nasljednik postavi zahtjev za isplatom nužnog dijela, on ne pokušava pobiti ono što je ostavitelj odredio u oporuci ili u ugovoru o darovanju jer on na temelju tog svog zahtjeva neće, unatoč ostaviteljevoj volji, postati njegov nasljednik i dobiti dio nasljedstva tj. dar (odnosno dio dara). On nastupa kao vjerovnik i zahtijeva samo isplatu određene svote novca u visini vrijednosti njegovog nužnog dijela koji je povrijeđen oporukom ili darovanjem.

5. Nužni dio obvezopravne prirode u poredbenom pravu

Nužni dio obvezopravne prirode, kako je već ranije rečeno, postoji u nekoliko država u Europi. Primjerice, to su Austrija, Mađarska, Nizozemska, Njemačka, Poljska i Srbija. Dio koji slijedi donosi kratki osvrt na nužni u pojedinim europskim državama, koje su u bližoj ili daljoj prošlosti promijenile njegovu pravnu prirodu s nasljednopravne u obveznopravnu.

5.1. Francuska

Na samom početku ovog dijela rada svakako treba spomenuti reforme francuskog nasljednog prava 2006.g. Naime, do 2006.g., nužni dio u Francuskoj su nužni nasljednici stjecali u naturi, kao i u većini ostalih država u Europi. Spomenute reforme su primjer najnovijih promjena vezanih uz pravnu prirodu nužnog dijela jer je nakon njih nužni dio u Francuskoj iz onoga u naturi promijenjen u nužni dio koji se isplaćuje u novcu.²² Ovo je posebno zanimljivo, kad se uzme u obzir kako je Francuska oduvijek bila tipičan predstavnik nužnog dijela nasljednopravne prirode.²³

5.2. Mađarska

1959.g. mađarski Građanski zakonik izričito je odredio da nužni dio predstavlja zahtjev za određenom svotom novca, dakle da nužni dio ima obveznopravnu prirodu pa nužni nasljednik uopće nije nasljednik u pravom smislu rije-

²¹ Tako Stojanović, N., O zakonskom i nužnom nasljeđivanju u pravu Republike Makedonije i Republike Srbije, Makroprojekt Stvaranje uslova za razvoj modernog pravnog i društveno-ekonomskog sistema Srbije kao demokratske države: zbornik radova, Institut za pravna i društvena istraživanja Pravnog fakulteta, Niš, 2005., str. 317.

²² Code Civil, izmjene 2006. – n° 2006-778 du 23 juin 2006

²³ Pintens, W., Need and Opportunity of Convergence in European Succession Laws u Anderson, Arroyo i Amayuelas, op. cit. (bilj. 13.), str. 16.-17.

či.²⁴ Ipak, treba naglasiti da unatoč tome što u mađarskom nasljednom pravu vrijedi opće pravilo da se nužni dio isplaćuje u novcu, zakonodavac je ovom pravilu je postavio i dvije iznimke. Naime, ukoliko bi isplata u novcu bila nepoštена prema bilo kojoj uključenoj osobi, sud može donijeti odluku da se nužni dio stječe u naturi, dakle, kao dio ostavine. Također, nužni dio će se stjecati u naturi i ukoliko je tako odredio ostavitelj u svojoj oporuci.²⁵

5.3. *Nizozemska*

Još je 1954.g. određeno da nužni nasljednik u slučaju povrede nužnog dijela ima pravo zahtijevati samo isplatu određene svote novca na ime nužnog dijela. Dakle, u Nizozemskoj još tada nužni nasljednik prestaje biti nasljednikom i postaje vjerovnikom te na ime svog povrijeđenog nužnog dijela ima pravo tražiti isplatu od osoba u čiju korist je ostavitelj raspolagao i na taj način povrijedio njihov nužni dio. Ovo je imalo i praktične koristi s obzirom da se ukidanjem nužnog dijela u naturi omogućila jednostavnija podjela ostavine.²⁶

5.4. *Njemačka*

Može se reći da je nužni dio obveznogopravne prirode i nastao na području Njemačke u srednjem vijeku. Naime, kako je ranije već spomenuto, u srednjovjekovnoj Pruskoj nužni se dio prestao davati u naturi i počeo se isplaćivati u novcu, kako bi se spriječila podjela poljoprivrednih posjeda vojne aristokracije te kako bi se očuvala ekonomska moć poljoprivrednih dobara i njihovih vlasnika, što se nije moglo postići dotadašnjom koncepcijom nužnog dijela. I danas, u slučaju povrede nužnog dijela, nužnim je nasljednicima u Njemačkoj zajamčena mogućnost postavljanja obveznogopravnog zahtjeva u svrhu namirenja istoga.

Na ovom mjestu zanimljivo je spomenuti na koje je načine zakonodavac odlučio određenim osobama olakšati situaciju oko isplate nužnog dijela. Naime, nužni nasljednik ima mogućnost da, sukladno odredbi čl. 2314./1. BGB, od ostaviteljevih nasljednika zahtijeva sve potrebne podatke koji se odnose na ostavinu te da zahtijeva da se u njegovoj prisutnosti sastavi popis ostavine.²⁷ Također, pojedni će nasljednici nakon isplate nužnog nasljednika doći u iznimno težak položaj zbog te isplate. Zato je njima omogućeno da ponekada zahtijevati odgodu isplate. I prije izmjena zakona od 01.01.2010., nasljednici su imali pravo zahtijevati odgodu isplate u slučaju da je ona bila neuobičajeno tegobna i

²⁴ Csöndes, Klasiček, op. cit. (bilj. 14.), str. 382.

²⁵ Csehi, Z., *The Law of Succession in Hungary* u Anderson, Arroyo i Amayuelas, op. cit. (bilj. 13.), str. 183.

²⁶ Tako Van Mourik, op. cit. (bilj. 14.), str. 109.

²⁷ Čl. 260. BGB.

pretjerana (u engl. tekstu '*unusually burdensome and unreasonable*'). Nakon izmjena zakona 01.01.2010., odgoda isplate može se zahtijevati kad god bi isplata dovela dužnika u nepravedne poteškoće (odnosno oskudicu, u engl. tekstu '*inequitable hardship*').²⁸

5.5. Srbija

U Srbiji je nužni dio također određen u obliku isplate određene svote novca. Zanimljivost vezana uz Srbiju je u tome što je, kao i u Mađarskoj, obvezno-pravna priroda nužnog dijela postavljena kao oboriva presumpcija pa nužni dio neće uvijek biti isplaćen u novcu već će se ponekada stjecati i u naturi. Do ovoga će doći ako tako odredi ostavitelj u svojoj oporuci ili sud donese takvu odluku povodom zahtjeva nužnog nasljednika.

Srpski Zakon o nasljeđivanju²⁹ u odredbi čl. 43. određuje da nužni nasljednik ima pravo na obveznopravni zahtjev za isplatu novčane protuvrijednosti svog povrijeđenog nužnog dijela. No, na zahtjev nužnog nasljednika sud će moći odrediti da mu pripadne određeni dio stvari ili prava iz ostavine pa će u tom slučaju nužni nasljednik steći nužni dio koji će po svojoj prirodi biti nasljednopravni. Prilikom donošenja odluke o dosudi nužnog dijela u naturi, sud će voditi računa o karakteristikama stvari i vrijednosti cijele ostavine; postojanju i trajanju zajednice života ostavitelja i nužnog nasljednika; imovinskom stanju nužnog nasljednika, oporučnih nasljednika i drugih osoba koje imaju nešto primiti iz ostavine. Kako je već spomenuto, nužni će nasljednik nužni dio steći u naturi i u slučaju da je tako sam ostavitelj odredio u svojoj oporuci.³⁰

5.6. Španjolska

Već je ranije rečeno da pravna priroda nužnog dijela nije ujednačena u cijeloj Španjolskoj pa se tako u Kataloniji i Galiciji nužni dio isplaćuje u novcu, dok se u ostatku Španjolske nužni dio stječe u naturi. No, treba napomenuti kako su se španjolskom nasljednom pravu u posljednjih nekoliko desetljeća dogodile značajne promjene vezane uz nužni dio, a neke od njih se odnose i na pravnu prirodu nužnog dijela, tj. na mogućnost isplate nužnog dijela u novcu.

Naime, još je 1981.g., unatoč općem pravilu da se nužni dio stječe u naturi, omogućena isplata nužnog dijela onda kada je dio ili cijela ostavina ostavljena

²⁸ Röthel, A., Law of Succession and Testamentary Freedom in Germany u Anderson, Arroyo i Amayuelas, op. cit. (bilj. 13.), str. 164.

²⁹ Zakon o nasljeđivanju, Sl. glasnik RS, br. 46/95 i 101/2003 - odluka USRS, (dalje: ZN – SRB).

³⁰ Više o korekciji pravne prirode u Srbiji vidi Antić, O., Balinović, M., Komentar Zakona o nasljeđivanju, Beograd, 1996., str. 235.-236. i Antić, op. cit. (bilj. 19.), str. 199.

kojem ostaviteljevom potomku.³¹ U tom slučaju, takav potomak može isplatiti nužni dio ostalih potomaka u novcu te im nije dužan ustupiti dio ostavine. Također, izmjenama zakona 2003.g. omogućeno je ostavitelju koji želi sačuvati, primjerice tvrtku, poduzeće, korporaciju i sl. (u engl. tekstu čl. 1056. Código Civil – dalje CC: '*...business...undivided an economic undertaking...capital corporation...a group of them...*') isplata nužnog dijela, pa čak i u slučaju da se ostavina ne sastoji od gotovog novca.³² Za isplatu nužnog dijela mogu se koristiti sredstva bez obzira na to odakle potječu te je čak moguće odgoditi isplatu na vrijeme do pet godina nakon ostaviteljeve smrti. Ovo uvelike odstupa od općeg pravila da se nužni dio ne može uvjetovati ili opteretiti na bilo koji način te da se njegovo plaćanje ne može odgoditi (čl. 813.2 CC).³³ Dr. Cámara Lapuente predlaže kako bi jedna od poželjnih promjena u španjolskom nasljednom pravu, u skladu s komparativnim pravom, svakako bila i prelazak na nužni dio obvezno-pravne prirode kakav trenutno postoji u Kataloniji i Galiciji.³⁴

6. Prednosti i mane nužnog dijela nasljednopravne i obveznopravne prirode

Nakon analize osnovnih karakteristika nasljednopravne i obveznopravne prirode nužnog dijela u pojedinim europskim državama, treba navesti i njihove prednosti, odnosno, mane kako ih je uočio autor ovog rada a koje se nadovezuju na ono što su u svojim radovima navodili autori koji su se bavili ovom problematikom.

a) Nužni dio nasljednopravne prirode predstavlja iznimno grubo kršenje načela slobode oporučnog raspolaganja i to na nekoliko načina. Kao prvo, u sustavima u kojima se nužni dio stječe u naturi, ostaviteljeva volja izražena u oporuci i darovanju gotovo se uopće ne poštuje. Naime, oporučnim se nasljednicima, za koje je ostavitelj htio da ga naslijede, umanjuje ili u potpunosti oduzima ono što im on namijenio oporukom, dok se obdarenici mogu naći u situaciji da ostanu bez dara, iako im je ostavitelj svojom voljom nešto darovao. Kao drugo, ako nužni nasljednik odluči zahtijevati svoj nužni dio, on će morati postati ostaviteljev nasljednik, iako je to upravo ono što je ovaj htio izbjeći pravljenjem oporuke i darovanjem.³⁵

U slučaju nužnog dijela obveznopravne prirode situacija je potpuno drukčija. Kada se nužni dio isplaćuje u novcu, nužni nasljednici nisu univerzalni

³¹ Čl. 841. Código Civil (izmjena Ley 11/1981., 13. 05.1981.).

³² Čl. 1056. Código Civil (izmjena Ley 7/2003., 01.04.2003.).

³³ Više Cámara Lapuente, op. cit. (bilj. 13.), str. 289.

³⁴ Cf. ibid., 291.

³⁵ Welser, R., Die deutsche Erbrechtsreform – ein Vorbild für Österreich?; Abschaffung oder Verkleinerung des Pflichtteils?, op. cit. (bilj. 3.), str. 102.

sukcesori ostavitelja već vjerovnici kojima, *ipso iure* nakon smrti ostavitelja, pripada pravo zahtijevati od oporučnih nasljednika i/ili obdarenika isplatu određene svote novca, koja odgovara vrijednosti njegovog nužnog dijela. Nužni nasljednik-vjerovnik svojim zahtjevom ne ustaje protiv volje ostavitelja te ne dolazi do pobijanja ostaviteljevih besplatnih raspolaganja povodom zahtjeva za nužnim dijelom. Dakle, u ovom slučaju se u najvećoj mogućoj mjeri poštuje načelo slobode oporučnog raspolaganja. Nadalje, ako nužni nasljednik zahtijeva svoj nužni dio, oporučni nasljednici i obdarenici neće biti u opasnosti izgubiti ili dijeliti s nužnim nasljednikom ono što su stekli od ostavitelja temeljem njegovih besplatnih raspolaganja. Ovo je svakako najveća prednost nužnog dijela koji ima obveznopravnu prirodu.³⁶

Ovu prednost nužnog dijela u novcu vrlo često ističu i ostali autori koji su se bavili ovom problematikom, te se može primijetiti kako mnogi od njih zauzimaju stav da je jedan od najsnažnijih načina ograničavanja slobode oporučnog raspolaganja upravo nužni dio koji ima nasljednopravnu prirodu.³⁷ Primjerice Castelein, kada govori o vrstama prava na nužni dio koje postoje u raznim pravnim sustavima, navodi kako glede nužnog dijela kao ograničanju oporučnog raspolaganja možemo govoriti o tri postojeća sustava: onima u kojima je sloboda oporučnog raspolaganja snažno ograničena pravima potencijalnih nužnih nasljednika; sustavima u kojima je ovo ograničenje slabije te sustavima koji uopće ne poznaju nužno nasljedno pravo.³⁸ On kao jednu od osnovnih karakteristika sustava u kojima je sloboda oporučnog raspolaganja najsnažnije ograničena pravima nužnih nasljednika navodi upravo nasljednopravnu prirodu nužnog dijela.³⁹

b) Kada nužni dio ima obveznopravnu prirodu, oporučni nasljednici i obdarenici će se svoje obveze osloboditi isplatom određene svote novca nužnom nasljedniku. Može se zamisliti da će isplata nužnog dijela, upravilu, pojednostaviti i ubrzati rješavanje sporne situacije. Svakako da se oporučni nasljednici i/ili obdarenici ni u jednom od ova dva sustava neće nalaziti u idelanom položaju u slučaju da je ostavitelj nužni dio povrijedio svojim besplatnim raspolaganjima. U svakoj od mogućih situacija doći će do određenog umanjenja njihove imovine, ako nužni nasljednik odluči zahtijevati svoj nužni dio. Ipak, u sustavu u kojemu se nužni dio daje u naturi, za zamisliti je da potencijalno može doći do više komplikacija i stresa nego što je to slučaj kada se nužni dio isplaćuje u nov-

³⁶ Antić, op. cit. (bilj. 4.), str. 275.

³⁷ Npr. Castelein, C. Introduction and Objectives; Foqué, R., Verbeke, A. Towards an Open and Flexible Imperative Inheritance Law, sve u Castelein, Foqué, Verbeke, op. cit. (bilj. 14.), str. 31., 212., 220.

³⁸ Castelein, cf. ibid, str. 31.

³⁹ Ibid.

cu. Ako su oporučni nasljednici i obdarenici dužni nužnom nasljedniku isplatiti samo određeni iznos novca, tada oni nisu prisiljeni zbog zahtjeva nužnog nasljednika s njim imati duži kontakt, koji je neizbježan u slučaju kada nužni nasljednik, primjerice, s oporučnim nasljednikom dijeli naslijeđenu ostavinu, bar dok ne dođe do razvrgnuća suvlasništva koje je time nastalo.

Ovu prednost navodi i Van Mourik koji zastupa stav da je, nakon uvođenja nužnog dijela obveznopravne naravi u Nizozemskoj, takav nužni dio imao i praktičnih koristi s obzirom da se prelaskom s nužnog dijela u naturi na onaj u novcu omogućila jednostavnija podjela ostavine.⁴⁰

c) Nužni dio isplaćen u novcu često će biti u interesu i samog nužnog nasljednika kojemu možda treba gotov novac, a ne dio ostavine ili darovi koje je ostavitelj namijenio drugim osobama. Može se zamisliti situacija u kojoj nužni nasljednik, čiji nužni dio je povrijeđen, ima određenih financijskih poteškoća, bilo da se radi o osobi koja se školuje i treba namaknuti sredstva za daljnje obrazovanje; bilo da se radi o nezaposlenoj osobi koje nema osnovnih sredstava za život; odnosno osobi koja je stara i/ili teško bolesna pa joj novac treba za nabavku lijekova. U ovakvom i sličnim slučajevima, nužnom će nasljedniku u svakom slučaju više odgovarati isplata određene svote novca na ime svog nužnog dijela.⁴¹

d) Također, nužni dio obveznopravne prirode pogoduje i očuvanju pojedinih stvari koje je ostavitelj namijenio svojim oporučnim nasljednicima i/ili obdarenicima, s obzirom se u tom slučaju smanjuje vjerojatnost da će doći do rascjepkavanja tih stvari zbog podjele ostavine između oporučnog nasljednika i/ili obdarenika, s jedne strane, i nužnog nasljednika, s druge strane. Kako je na samom početku i rečeno, ovo je i bio pravi razlog nastanka nužnog dijela obveznopravne prirode u srednjovjekovnom pruskom pravu.⁴² Slična namjera vidljiva je i u izmjeni španjolskog CC kojom je omogućeno ostavitelju da, ako želi sačuvati tvrtku, poduzeće, korporaciju i sl. od podjele, odredi da se nužni dio ima isplatiti u novcu (čl. 1056. CC).

7. Nužni dio u hrvatskom nasljednom pravu – *de lege ferenda*

Posljednje veće reforme koje je prošlo nasljedno pravo u pojedinim europskim državama pokazatelj su sve snažnije tendencije da se pravna priroda nužnog dijela promijeni iz nasljednopravne u obveznopravnu.⁴³ Može se reći da se radi gotovo o trendu prelaska na nužni dio u novcu i to trendu koji je svakako dobrodošao. Jedan od osnovnih razloga zbog kojeg bi ova promjena bila poželj-

⁴⁰ Van Mourik, op. cit. (bilj. 14.), str. 109.

⁴¹ Više o ovoj problematici vidi Welser, op. cit. (bilj. 35.), str. 102.

⁴² Antić, op. cit. (bilj. 4.), str. 273.-274.

⁴³ Vaquer Aloy, A., *Freedom of Testation, Compulsory Share and Disinheritance Based on Lack of Family Relationship* u Anderson, Arroyo i Amayuelas, op. cit. (bilj. 13.), str. 93.

na naveden je još prilikom izrade BGB-a. Naime, već tada se ukazivalo na to da će, u pravilu, ostavitelj imati valjan razlog za iznaslijeđenje svojih potomaka. Stoga, ukoliko zakonodavac unatoč volji ostavitelja želi takvom potomku ili potomcima osigurati dio ostavine u obliku nužnog dijela, tada nikako nije prikladno da potomak taj nužni dio stječe u naturi, već bi mu se on trebao isplatiti.⁴⁴

Dakle, već tada se stalo na stalište da, ako će nužni nasljednik svakako imati pravo na nužni dio, nužni dio ne bi trebao biti dio ostavine jer je to previše grubo kršenje volje ostavitelja. S tim u vezi i mi se danas možemo zapitati – je li u redu da, ako je ostavitelj odlučio nekog svog nužnog nasljednika isključiti iz nasljedstva, zakonodavac omogućiti takvom nasljedniku da svojim zahtjevom za nužnim dijelom ustaje protiv onoga što je ostavitelj odredio u oporuci i/ili darovanju te unatoč ostaviteljevoj volji postane njegovim nasljednikom i stekne određeni dio ostavine, odnosno dar koji je ovaj darovao nekoj trećoj osobi?

Ako se, kao što su mnogi drugi autori i učinili⁴⁵, zauzme stav da nam je u 21. stoljeću potreban fleksibilniji i otvoreniji sustav nužnog nasljeđivanja, onda bi svakako bilo dobro razmisliti o promjeni pravne prirode nužnog dijela u Republici Hrvatskoj s nasljednopravne u obveznopravnu. Svakako je zanimljiva činjenica kako autori u čijim državama nužni dio ima obveznopravnu prirodu prihvaćaju i hvale ovakvo rješenje te niti jedan od onih čija su djela analizirana za potrebe ovog rada ne smatra da bi se u njihovoj državi trebala promijeniti pravna priroda nužnog dijela iz obveznopravne u nasljednopravnu. Za razliku od toga, bez problema se moglo naići na brojne autore koji se zalažu za prelazak s nasljednopravne prirode nužnog dijela u obveznopravnu. Također, na ovom mjestu treba naglasiti kako postoje naznake da bi i pojedine europske države u kojima je nužni dio određen u naturi, u bliskoj budućnosti mogle prijeći na nužni dio u novčanom iznosu.⁴⁶

Ukoliko bi hrvatski zakonodavac odlučilo promijeniti pravnu prirodu nužnog dijela iz nasljednopravne u obveznopravnu, čini se da bi dobar primjer mogla biti rješenja kakva postoje u Srbiji. Naime, nasljedno pravo, kao ni druge grane prava, nikako nije imuno na promjene i prihvaćanje rješenja koja postoje u drugim pravnim sustavima, a ovo posebno vrijedi kada se radi o pravnim sustavima susjednih država.⁴⁷ Tako ni naš zakonodavac ne bi trebao lutati tražeći

⁴⁴ Tako Pintens, op.cit. (bilj. 23.), str. 16.

⁴⁵ Više vidi Foqué, Verbeke, op. cit. (bilj. 37.), str. 219.-221.

⁴⁶ Npr. Češka, cf. Krajcer, *Philadelphia*, op. cit. (bilj. 3.), str. 189. Glasni su prijedlozi da se isto dogodi i u primjerice Španjolskoj (u onim dijelovima koji još nemaju nužni dio obveznopravne prirode), cf. Cámara Lapuente, op. cit. (bilj. 13.), str. 289. Također će biti zanimljivo vidjeti u kojem smjeru će se i hoće li se mijenjati nasljedno pravo u Belgiji, posebno nakon reformi francuskog nasljednog prava i njihovog prelaska na nužni dio obveznopravne prirode, cf. Foqué, Verbeke, op. cit. (bilj. 37.), str. 220.

⁴⁷ Pintens, op. cit. (bilj. 23.), str. 7.

uzor za uvođenje predloženih promjena, već bi bilo dovoljno pogledati kako je ova problematika riješena kod jednih od naših najbližih susjeda. Naime, kako će pokazati sljedeći dio rada, između hrvatskog i srpskog zakonskog, a samim time i nužnog nasljednog prava, postoje određene razlike. Ipak, u velikom dijelu ova dva pravna sustava usvojila su jednaka rješenja, što je od posebnog značaja ako bi pravna priroda nužnog dijela u srpskom nasljednom pravu bila model za promjenu pravne prirode nužnog dijela u Hrvatskoj.

7.1. Neke osnovne razlike između zakonskog i nužnog nasljednog prava u Srbiji i Hrvatskoj

Kada se uspoređuje hrvatsko i srpsko zakonsko i nužno nasljedno pravo, posebno vezano uz krug zakonskih, a samim time i nužnih nasljednika, svakako treba naglasiti kako su već na prvi pogled vidljive određene razlike. Naime, u hrvatskom Zakonu o nasljeđivanju, izvanbračni drug je u potpunosti izjednačen s bračnim drugom (čl. 8. st. 2. ZN), što nije slučaj u srpskom nasljednom pravu. Nadalje, sukladno srpskom Zakonu o nasljeđivanju, postoji posebna odredba za slučaj da bračni drug u prvom nasljednom redu nasljeđuje s ostaviteljevim djetetom kojemu istovremeno nije roditelj. U tom slučaju, ako je imovina bračnog druga veća od one koja bi mu pripala prilikom podjele ostavine na jednake dijelove, svako ostaviteljevo dijete može naslijediti dvostruko više nego bračni drug, ukoliko sud ocijeni da je to opravdano.⁴⁸ Ovakve odredbe u hrvatskom Zakonu o nasljeđivanju nema.

Sljedeća značajna razlika vezana je uz situaciju kada bračni drug kao zakonski nasljednik nasljeđuje u drugom nasljednom redu jer iza ostavitelja nisu ostali potomci. U hrvatskom nasljednom pravu vrijedi pravilo da bračni drug nikada ostavinu ne dijeli s braćama i sestrama ostavitelja, pa ukoliko roditelji ostavitelja zbog bilo kojeg razloga ne nasljeđuju, cijelu ostavinu nasljeđuje bračni drug, bez obzira na postojanje potomaka takvih roditelja.⁴⁹ Za razliku od rješenja koje postoji u Hrvatskoj, srpski Zakon o nasljeđivanju određuje da će bračni drug naslijediti svu ostavinu u drugom nasljednom redu tek u slučaju da roditelji ostavitelja ne nasljeđuju, a nemaju svojih potomaka koji bi naslijedili njihov nasljedni dio.⁵⁰

Razliku između zakonskog nasljeđivanja u Srbiji i Hrvatskoj nailazimo i u činjenici da pojedini zakonski nasljednici imaju pravo na povećanje odnosno smanjenje svog zakonskog dijela. Radi se o bračnom drugu (čl. 23. i 26. ZN – SRB) i roditeljima ostavitelja (čl. 31. ZN – SRB). Ova mogućnost u hrvatskom nasljednom pravu ne postoji. Također, i prava posvojenika i posvojitelja se raz-

⁴⁸ Čl. 9. ZN – SRB.

⁴⁹ Čl. 11. st. 3. ZN.

⁵⁰ Čl. 15. 13., 14. i ZN – SRB.

likuju s obzirom na vrstu posvojenja o kojoj se radilo u konkretnom slučaju – potpunom ili djelomičnom posvojenju (čl. 34. – 38. ZN – SRB). U Hrvatskoj se ovo pitanje ne postavlja jer po hrvatskom Obiteljskom zakonu postoji samo jedna vrsta posvojenja – tzv. potpuno posvojenje, tj. posvojenje sa srodničkim učinkom.⁵¹

Što se tiče kruga nužnih nasljednika, ovdje također postoje određene razlike. U hrvatskom nasljednom pravu, za razliku od srpskog, izvanbračni drug je također nužni nasljednik ostavitelja, samim time što je izjednačen s bračnim drugom i što je ujedno i zakonski nasljednik.⁵² S druge pak strane, u krug nužnih nasljednika u srpskom nasljednom pravu ulaze i braća i sestre ostavitelja (čl. 39. ZN – SRB), što u hrvatskom nasljednom pravu nije slučaj od 2003. godine. Naime, može se reći da je stupanjem na snagu Zakona o nasljeđivanju 2003. godine, krug nužnih nasljednika u hrvatskom nasljednom pravu je s jedne strane sužen, zato što su braća i sestre ostavitelja prestali biti nužnim nasljednicima, dok je s druge strane proširen uvođenjem izvanbračnog druga kao nužnog nasljednika.

Ipak, za prijedloge koji se odnose na promjenu pravne prirode nužnog dijela u Hrvatskoj od posebnog su značaja rješenja srpskog Zakona o nasljeđivanju iz razloga što između nasljednih prava Hrvatske i Srbije, unatoč gore navedenim razlikama, postoje i brojne sličnosti. Ova dva pravna sustava slična su po tome tko ulazi u krug nužnih nasljednika, jer se osobe koje su nužni nasljednici u ove dvije države, unatoč razlikama, najvećim dijelom ipak preklapaju; po pretpostavkama koje potencijalni nužni nasljednici moraju ispuniti da bi imali pravo zahtijevati svoj nužni dio; po načinu računanja vrijednost ostavine i samog nužnog dijela; rokovima za postavljanje zahtjeva za nužnim dijelom itd. S obzirom na sve ove sličnosti, za zamisliti je da bi rješenja koja glede pravne prirode nužnog dijela postoje u srpskom nasljednom pravu jednako dobro funkcionirala i u našem nasljednom pravu.

7.2. Prijedlog promjena pravne prirode nužnog dijela u Hrvatskoj

Sukladno gore navedenom, autor ovog rada smatra da bi, ukoliko se u Hrvatskoj odluči prijeći na obveznopravnu prirodu nužnog dijela po uzoru na onaj u Srbiji i u ostalim europskim državama koje prihvaćaju ovakva rješenja, svakako svrsishodno bilo ostaviti mogućnost da se u određenim iznimnim situacijama nužni dio i dalje može stjecati u naturi, kao što je to slučaj u srpskom nasljednom pravu. Naime, ponekada zbog različitih razloga isplata nužnog dijela u novcu neće biti u interesu ni nužnog nasljednika, niti oporučnih nasljednika i/ili

⁵¹ Čl. 143. i 144. Obiteljskog zakona, Narodne novine 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11.

⁵² Čl. 8. st. 2. ZN.

obdarenika. Na primjer, moguća je situacija da nužni nasljednik umjesto isplate nužnog dijela želi neke stvari ili prava iz ostavine zbog sentimentalnih razloga ili zato što se namjerava baviti određenim zanimanjem pa mu u tu svrhu trebaju određene stvari iz ostavine. Moguće je također i da oporučnom nasljedniku, odnosno obdareniku, ne odgovara isplata nužnog dijela u novcu zbog određenih financijskih problema te bi mu zbog njih bilo teško ili nemoguće namaknuti sredstava za isplatu.

Stoga bi svakako trebalo ostaviti mogućnost da nužni nasljednik može svoj povrijeđeni nužni dio steći i u naturi, no samo u točno određenim iznimnim slučajevima. Dakle, moglo bi se omogućiti nužnom nasljedniku, no i oporučnim nasljednicima i obdarenicima⁵³ da, uz ispunjenje u zakonu navedenih pretpostavki, umjesto zahtjeva za isplatom nužnog dijela zahtijevaju da nužni nasljednik dobije svoj nužni dio u naturi. Pri tome bi sud prilikom odlučivanja treba li nužnom nasljedniku ipak isplatiti nužni dio ili povodom njegovog zahtjeva odlučiti da nužni dio stekne u naturi, mogao u obzir uzimati jednake činjenice koje uzimaju srpski sudovi kada odlučuju o istom pitanju. Oni, naime, pri odlučivanju povodom zahtjeva nužnog nasljednika vode računa o karakteristikama stvari i vrijednosti cijele ostavine; postojanju i trajanju zajednice života ostavitelja i nužnog nasljednika; imovinskom stanju nužnog nasljednika, oporučnih nasljednika i drugih osoba koje imaju nešto primiti iz ostavine.⁵⁴

8. Zaključak

Na temelju analize postojećih rješenja vezanih uz pravnu prirodu nužnog dijela i stavove autora koji su se bavili ovom problematikom, postaje jasno da nužni dio nasljednopravne prirode predstavlja najveće ograničenje slobode oporučnog raspolaganja te da se u onim državama u kojima je nužni dio oblikovan na taj način, volja ostavitelja izražena u oporuci i darovanju najmanje poštuje kada je tim besplatnim raspolaganjima povrijeđen nužni dio određenog nužnog nasljednika. Nadalje, na temelju proučavanja relevantne literature postaje jasno da su danas u svijetu sve izraženije tendencije da se sloboda oporučnog raspolaganja poštuje u što je moguće većoj mjeri, te da se ograničenja ove slobode svedu na one slučajeve kada je doista potrebno institutom nužnog dijela zaštititi određene ostavitelju najbliže osobe.

Kako bi se ovo postiglo, dakle, kako bi sustav ograničenja slobode oporučnog raspolaganja nužnim dijelom postao fleksibilniji i prilagođeniji potrebama suvremenog čovjeka, potrebno je učiniti određene intervencije u postojeća rješe-

⁵³ Ova mogućnost spominje se i u Stojanović, N., Neka zapažanja o zakonskom i nužnom nasljeđivanju u Republici Srbiji de lege lata i de lege ferenda, *Aktuelna pitanja građanske kodifikacije*: zbornik radova, Niš, 2008., str. 226.

⁵⁴ Cf. bilj. 30.

nja vezana uz krug potencijalnih nužnih nasljednika, veličinu njihovog nužnog dijela i sl. Ipak, čini se da bi jedna od prvih stvari koje bi se trebale učiniti u tom smjeru trebao biti prelazak s nasljednopravne prirode nužnog dijela u obveznopravnu. Naime, nakon analize postojećih rješenja u pojedinim državama u kojima nužni dio ima obveznopravnu prirodu, uviđa se cijeli niz prednosti ovakvog sustava: pojednostavljenje cijelog postupka stjecanja nužnog dijela; poštivanje volje ostavitelja koliko je god to moguće; manje sukoba između nužnih nasljednika s jedne strane i oporučnih nasljednika i obdarenika s druge, očuvanje ostavine od rascjepkavanja itd.

Nije od malog značaja ni činjenica da se u relevantnoj literaturi upravo problematika pravne prirode nužnog dijela najčešće spominje u kontekstu mogućih, poželjnih i potrebnih promjena do kojih bi trebalo doći kako bi se ublažila ograničenja slobode oporučnog raspolaganja pravom na nužni dio. Također, prednosti obveznopravne prirode nužnog dijela istaknute su u radovima cijelog niza različitih autora (Cámara Lapuente, Jud, van Mourik, Pintens, Seyns, Ferrand, Foqué, Verbeke).⁵⁵ Stoga se u ovom radu predlaže da i u Hrvatskoj dođe do promijene pravne prirode nužnog dijela iz nasljednopravne u obveznopravnu, po uzoru na druge europske države koje su to u bližoj ili daljoj prošlosti već učinile, posebno po uzoru na nama susjedne zemlje kao što su Srbija i Mađarska.

⁵⁵ Cf. Cámara Lapuente, op. cit. (bilj. 13.), str. 291.; Jud u Welser, op. cit. (bilj. 35.), str. 101.; Ferrand, F. – Perspective 5, Comparative Law – France, Réserve héréditaire, ordre public et autonomie de la volonté en droit français des successions, u Castelein, Foqué, Verbeke, op. cit. (bilj. 14.) str. 196 ; van Mourik, op. cit. (bilj. 14.), str. 109.; Pintens, Seyns, op. cit. (bilj. 14.), str. 168.; Foqué, Verbeke, op. cit. (bilj. 37.), str. 212., 219.-220.

*Dubravka Klasiček, Ph.D., Senior Assistant
Josip Jurij Strossmayer University
Faculty of Law Osijek*

Forced share: in kind or in value?

Abstract: *This paper deals with the legal nature of forced share which can be two-sided – forced share as a property right (forced share in kind), like it exists in Croatia and forced share as a money claim (forced share in value), like it exists in some European countries. The paper outlines basic characteristics of both of these systems, their advantages and disadvantages, it brings the overview of forced share as a money claim in certain European countries, it lists the standpoints of different authors that have written about this topic and it brings suggestions of possible changes concerning the legal nature of forced share in Croatia.*

Key words: *forced share, forced share in kind, forced share in value, forced share as a property right, forced share as a money claim, limitation of testamentary freedom, forced share de lege ferenda*

ODELJAK ZA STUDENTE

*Marijana Mojsilović, student doktorskih studija
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

REFORMA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Sažetak: *Evropski sud za zaštitu ljudskih prava (u daljem tekstu Sud) predstavlja krunu u međunarodnom sistemu zaštite ljudskih prava. Poslednjih godina Sud je postao žrtva sopstvenog uspeha. Tražeći odgovor na rastući broj individualnih žalbi pred Sudom, Savet Evrope je u proteklih nekoliko godina razmatrao brojne predloge za restruktuiranje sistema Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava (u daljem tekstu Konvencija). Cilj ovog članka je da prikaže najvažnije promene uvedene u sistem Konvencije i rad Suda, prvo Protokolom broj 14, a zatim i promene usvojene deklaracijama nakon održanih konferencija u Interlakenu, Izmiru i Brajtonu. Neka od predviđenih rešenja će bez sumnje pomoći da se smanji opterećenje u radu Suda, dok su druga predložena iz čisto praktičnih razloga, kao i dobro poznatih, političkih. Kako god, treba im dati vremena kako bi pokazala svoj efekat. Međutim, i ovako česte izmene u radu Suda, kao i u samom sistemu Konvencije se mogu pokazati kao novi problem. Jedna institucija, kao što je Sud, zaštitnik ljudskih prava na evropskom nivou ne bi smeo da trpi česte "potrese". Treba mu dozvoliti da radi tiho i bez "turbulencija".*

Ključne reči: *zaštita ljudskih prava, Evropski sud za zaštitu ljudskih prava, Sud, Konvencija, reforma.*

1. Uvod

Treća konferencija za redom održana u protekle dve godine, posvećena pitanju reforme Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud) daje nam brojne teme za teorijske rasprave i diskusije. Proces reforme, suštinski započeo još 2004. godine, usvajanjem Protokola broj 14 uz

Evropsku konvenciju o ljudskim pravima (u daljem tekstu: Konvencija) otvara bitna pitanja procesa rada Suda izneta na konferenciji u Interlake-nu 2010. godine, zatim u Izmiru 2011. godine, i na kraju, na konferenciji u Brajtonu ove godine.

Kako neki autori navode, Sud je danas u velikoj neprilici i preti da postane žrtva sopstvenog uspeha.¹ Broj predmeta koji se podnose Sudu preti da blokira njegov rad i dovede do tačke kada će Sud biti u nemogućnosti da nastavi da ispunjava ono zbog čega je i nastao, a to je pružanje zaštite ljudskim pravima na najvišem, evropskom nivou. Kriza koja je nastala usled akumulacije predmeta pred Sudom predstavlja ozbiljnu pret-nju efikasnosti celog sistema Konvencije i najveći je izazov u istoriji Su-da. Tražeći odgovor na ovu krizu Savet Evrope je tokom protekle deceni-je započeo opsežne rasprave o mogućim rešenjima problema, kojima bi se omogućila kontinuirana efikasnost Suda.² Najveći broj podnesenih predloga odnosio se na dva najizrazitija problema, a to su: veliki broj predstavki koje nisu prihvatljive i ništa manji broj takozvanih slučajeva koji se ponavljaju.³

2. Protokol 14

Protokol 14 donet uz Konvenciju⁴ predstavlja pokušaj da se otklone najizrazitiji problemi sa kojima se Sud suočava zbog enormnog povećanja broja predstavki. Veliki broj predmeta u proceduri koji se nalazio pred Sudom pretio je da blokira rad Suda i sistem zaštite ljudskih prava na nivou Saveta Evrope. Od trenutka donošenja Konvencije broj slučajeva pred Sudom se konstantno uvećavao, kako zbog povećanja država čla-nica Konvencije, tako i zbog pojavljivanja sve većeg broja takozvanih re-petitivnih slučajeva, odnosno slučajeva koji se ponavljaju. Zbog toga je

1 H. Keller, A. Fischer, D. Kuhne, Debating the Future of the European Court of Human Rights after the Interlaken Conference: Two Innovative Proposals, *The European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4, 1025 – 1048, 2011., str. 1025.

2 *Ibidem.*, str. 1026.

3 Repetitivni slučajevi, ili slučajevi koji se ponavljaju se odnose na one povrede Konvencije ili Protokola uz Konvenciju kod kojih postoji već dobro ustaljena praksa Su-da. Do pojave ovakvih slučajeva dolazi najčešće zbog sistematskih nedostataka u zakoni-ma ili primeni zakona država članica Konvencije, koji nisu u skladu sa odredbama Kon-vencije i praksom Suda. Tipični slučaj koji se ponavlja je povreda prava na suđenje u ra-zumnom roku.

4 Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fun-damental Freedoms, amending the control system of the Convention, CETS No.: 194, usvojen 13. maja 2004. godine, stupio je na snagu 1. juna 2010. godine. Republika Srbija je ratifikovala ovaj Protokol 6. septembra 2005. godine. Zakon je objavljen u Službenom listu SCG – međunarodni ugovori, broj 5/2005 i 7/2005.

predloženo da se donese protokol, koji bi izmenama procesnih pravila Suda otklonio ove probleme.

Prilikom izrade Protokola 14, Grupa za procenu (*Evaluation Group*) je istakla probleme koji bi trebali da budu rešeni njegovim usvajanjem i to su prvenstveno: rano sprečavanje povreda ljudskih prava na nacionalnom nivou, unapređenje delotvornosti domaćih pravnih lekova, efikasno filtriranje predstavki i brže i efikasnije izvršenje presuda Suda.⁵

Protokol 14 je zvanično počeo da se primenjuje od 1. juna 2010. godine, predvideo je značajne novine u radu Suda, a na ovom mestu ćemo pokušati da prikazemo one najvažnije.

2.1. Sudija pojedinac

Pre usvajanja Protokola 14 preliminarni postupak sa predstavkama bio je u nadležnosti odbora od troje sudija, koji su proglašavali predstavke neprihvatljivim po konačnoj odluci, tamo gde takva odluka ne zahteva dalja razmatranja. U takvim jasno neprihvatljivim slučajevima, gde se njihova nedopuštenost manifestuje od početka, Protokol 14 ima za cilj da ubrza postupak filtriranja koristeći postupak pred sudijom pojedincem, kome pomaže vanskudski izvestilac.⁶ Kako mnogi teoretičari navode, najznačajnija novina se upravo odnosi na uvođenje sudije pojedinca koji će odlučivati o prihvatljivosti predstavke.⁷ On može pojedinačnu predstavku oglasiti neprihvatljivom bez dodatne rasprave, ako postoje uslovi za to. Prilikom predviđanja ovakvog rešenja smatralo se da će ono znatno povećati efikasnost rada Suda, jer će umesto dosadašnjeg tročlanog odbora o prihvatljivosti predstavke odlučivati samo jedan sudija. Odluka koju donese sudija pojedinac biće konačna.⁸ Ukoliko sudija pojedinac ne nađe dovoljno razloga da predstavku odbaci kao neprihvatljivu, uputiće predmet tročlanom odboru ili sudijskom veću koje odlučuje o meritumu spora.⁹ Druga važno rešenje u pogledu postupka pred sudijom pojedincem je da on ne može biti nacionalni sudija, odnosno sudija izabran sa liste države članice Konvencije protiv koje je podneta predstavka.¹⁰ Uvedena je funkcija izvestioca, kako bi se izbegao mogući problem da sudija pojedinac razmatra povredu Konvencije od strane države članice čije pravo i jezik ne poznaje dovoljno, ili čak uopšte.

⁵ *Ibidem.*, str. 407.

⁶ H. Keller, A. Fischer, D. Kuhne, *op.cit.*, str. 1033.

⁷ Član 7 Protokola 14.

⁸ Član 7 stav 2 Protokola 14.

⁹ Član 7 stav 3 Protokola 14.

¹⁰ Član 6 stav 3 Protokola 14.

2.2. Tročlani sudijski odbor

Sa ciljem da se bavi mnogo efikasnije slučajevima koji se ponavljaju, Protokol 14 je proširio nadležnost tročlanog sudijskog odbora koji postupi na osnovu člana 28 Konvencije. Oni ne odlučuju samo o neprihvatljivosti predstavke, već mogu odlučivati u skraćenom postupku i o prihvatljivim predstavkama, kada nađu da se pitanja koja su pokrenuta njima odnose na tumačenje ili primenu Konvencije gde već postoji dobro ustanovljena sudska praksa Suda. Da li je sudska praksa koja postoji dobro ustanovljena ili ne očigledno je stvar interpretacije. Prema Izveštaju objašnjenja uz Protokol 14 (*Explanatory Report*) dobro ustanovljena sudska praksa obično podrazumeva sudsku praksu koja se dosledno primenjuje od strane veća.¹¹ Pod ustaljenom praksom Suda, prema navodu jednog autora, misli se na identična tumačenja Konvencije koja su učinila sudska veća u brojnim ranijim slučajevima. Izuzetno, ustaljenu praksu Suda može da čini i jedna presuda, naročito ako ju je donelo Veliko veće.¹² Ovaj odbor je donekle zadržao svoju ulogu “filtera” predstavki koje pristižu Sudu, pa tako može predstavku jednoglasno proglasiti neprihvatljivom ili je skinuti sa liste slučajeva, pod uslovom da se takva odluka može doneti bez daljeg razmatranja. Ono što je novo vezano za ulogu tročlanog odbora je njegova nadležnost da donese meritornu odluku o predmetu spora kada se radi o slučaju koji se odnosi na tumačenje ili primenu Konvencije i njenih dodatnih protokola, a kada je u pitanju dobro ustaljena praksa Suda.¹³ Na ovaj način Sud se značajno rasterećuje odlučivanja po predstavkama koje se odnose na slučajeve koji se ponavljaju, a koji po nekim procenama iznose čak do šezdeset pet odsto presuđenih predmeta.¹⁴

2.3. Novi kriterijum prihvatljivosti predstavke

Ideja da treba da se predvide dodatna ograničenja pravu na podnošenje pojedinačnih predstavki bila je jedna od glavnih stubova drugog velikog reformskog procesa.¹⁵ Član 12 Protokola uvodi novi osnov za dono-

11 H. Keller, A. Fischer, D. Kuhne, *op.cit.*, str. 1034.

12 R. Etinski, Nova reforma Evropskog suda za ljudska prava, *Pravni život*, vol. 53, br. 12, 2004, 455-465, str. 461.

13 Član 8 Protokola 14.

14 Prema proceni Suda početkom 2012. godine pred Sudom se nalazi 34000 neprioritetnih slučajeva koji se ponavljaju, a 10800 takvih slučajeva je registrovano 2011. godine. *Preliminary opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference (Adopted by the Plenary Court on 20 February 2012.)*, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/BF069E9B-8EE5-4FA8-877E-2DFAA4C167BD/0/2012_Avis_Cour_Conf%C3%A9rence_de_Brighton_1820_avril_2012_EN.pdf

15 H. Keller, A. Fischer, D. Kuhne, *op.cit.*, str. 1037.

šenje odluke o neprihvatljivosti predstavke. On menja dotadašnji član 35 Konvencije. Sud će moći da odbaci predstavku kao neprihvatljivu ukoliko podnosilac predstavke nije pretrpeo značajniju štetu.¹⁶ Uvođenjem ovog kriterijuma Sud je dobio dodatno sredstvo koje treba da mu pomogne da se usredsredi na slučajeve koji zahtevaju da bude ispitan njihov meritum. Na ovaj način Sud može da odbaci predmete koje smatra "minor-nim", u skladu sa načelom da sudije ne treba da se bave takvim predmetima (*De minimis non curat praetor*).¹⁷ Protokolom je predviđeno da će se u prve dve godine njegove primene sudska praksa o ovom pitanju formirati samo u okviru veća i Velikog veća, a nakon toga, kada se praksa dobro ustalila, u primenu ovog novog uslova uključice se i sudija pojedinac, kao i tročlani odbor.¹⁸ Ovaj novi kriterijum prihvatljivosti Sud je do sada primenio u devet odluka o prihvatljivosti predstavke. U dve presude Sud je odbacio primedbu koja se odnosila na osnove neprihvatljivosti po novom kriterijumu koji je istakla država.¹⁹

Ključni elemenat novog kriterijuma prihvatljivosti je, kako smo videli, pojam "značajnija šteta". Pojam "*de minimis*" formalno gledano nije bio deo Konvencije do 1. juna 2010. godine, mada je pomenut u nekoliko izdvojenih presuda Komisije i Suda, a pominjale su ga i države u svojim podnescima Sudu.²⁰ Ovaj kriterijum ima svoju osnovu u ideji da povreda prava, ma koliko da je realna sa čisto pravnog stanovišta, mora da zadovolji minimalni nivo težine da bi bila razmatrana pred međunarodnim sudom.²¹ Formulacija novog kriterijuma prihvatljivosti u obzir uzima štetu koju je podnosilac predstavke već pretrpeo na nacionalnom nivou. U predmetu *Korolev protiv Rusije*²² žalba podnosioca predstavke odnosila se na situaciju da tuženi organ vlasti nije isplatio naknadu podnosiocu predstavke koju mu je dosudio domaći sud, a koja je iznosila manje od jednog evra.

Slično, u predmetu *Vasilchenko protiv Rusije* podnosilac predstavke se žalio zbog toga što vlasti nisu izvršile presudu kojom mu je dodeljena naknada od 12 evra.²³

16 Član 12 tačka b Protokola 14.

17 Praktični Vodič kroz Uslove Prihvatljivosti, *Council of Europe/European Court of Human Rights*, 2011, p. 378, str. 76.

18 Član 20 stav 2 Protokola 14.

19 Praktični Vodič kroz Uslove Prihvatljivosti, *Council of Europe/European Court of Human Rights*, 2011, p. 378, str. 76.

20 Praktični Vodič kroz Uslove Prihvatljivosti, *Council of Europe/European Court of Human Rights*, 2011, p. 379, str. 76.

21 *Ibidem*, p. 382, str. 77.

22 *Vladimir Petrovich KOROLEV v. Russia*, Application no. 25551/05

23 *Vasilchenko v. Russia*, Application no. 34784/02

Međutim, čak i kada podnosilac predstavke nije pretrpeo značajniju štetu, prva zaštitna klauzula osigurava da se njegova predstavka neće proglasiti neprihvatljivom “ako poštovanje ljudskih prava zahteva razmatranje predstavke u meritumu”. Druga zaštitna klauzula osigurava da Sud neće proglasiti predstavku neprihvatljivom samo zbog njene trivijalnosti ako je “domaći sud nije razmotrio na odgovarajući način”. Ova odredba odražava načelo supsidijarnosti. Obrazloženje ovakvog rešenja nalazi se još u potrebi da svaki slučaj mora dobiti sudsku zaštitu bilo na nacionalnom, bilo na evropskom nivou.²⁴

2.4. Prijateljsko poravnanje (Friendly Settlements)

Ovo je sredstvo u radu Suda kojim se rešava oko 1,4% svih slučajeva.²⁵ Protokol 14 daje Sudu više mogućnosti za postizanje prijateljskog poravnanja. Predviđeno je rešenje prema kome će Sud moći u svakom trenutku postupka da preduzima korake ka postizanju prijateljskog poravnanja.²⁶ Do stupanja na snagu ovog Protokola, ta mogućnost je postojala samo po proglašenju predstavke prihvatljivom. Član 15 Protokola poziva Sud ne samo da pomaže pregovore, već i da donese odluku u kojoj će ukratko prikazati činjenično stanje kao i postignuto rešenje. Postupak nagodbe ostaje poverljiv, što znači da ponuda ili njeno prihvatanje postignuti u ovom postupku se ne mogu koristiti kasnije, ukoliko se spor ne reši na ovaj način. Komitet ministara će ubuduće nadzirati izvršenje odluka donetih u ovom postupku. Prema ocenama pojedinih autora, ovo su korisne izmene Konvencije, podstiču korišćenje postupka za postizanje poravnanja, smanjujući na taj način pretrpanost Suda predmetima.²⁷

2.5. Izvršavanje presuda

Član 16 Protokola jača ovo pitanje izmenom člana 46 Konvencije. Ova odredba omogućava Komitetu ministara da od Suda traži dodatno tumačenje presude ako ono otežava njeno izvršenje. Komitet ministara usvaja ovu odluku dvotrećinskom većinom. U slučaju da strana ugovornica ne izvrši presudu Suda, Komitet ministara može, nakon što je upozori, dvotrećinskom većinom odlučiti da od Suda traži da utvrdi da li je strana ugovornica ispunila svoju obavezu. Ako Sud utvrdi da nije, predmet se vraća Komitetu ministara da odluči koje mere će preduzeti. Ovo je mera

24 H. Keller, A. Fischer, D. Kuhne, *op.cit.*, str. 1037.

25 L. Caflisch, *op.cit.*, str. 411.

26 Član 15 Protokola 14.

27 L. Caflisch, *op.cit.*, str. 411.

koja ima za cilj da ojača autoritet Suda, iako nema nikakav uticaj na problem preopterećenosti Suda predmetima.²⁸

2.6. *Mogućnost pristupanja Evropske unije Konvenciji*

Protokol 14 pruža mogućnost ratifikovanja Konvencije od strane Evropske unije.²⁹ Na taj način pojedinci će moći da se obrate Sudu i kada smatraju da im je povređeno neko pravo iz Konvencije aktom Evropske unije, a ne samo njenih članica. Na nivou pravnog poretka Evropske unije, ova mogućnost je konačno otvorena stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora, dodavanjem stava 2 članu 6 Ugovora o Evropskoj uniji.³⁰ Na osnovu ovih izmena potrebno je da se izabere još jedan sudija sa liste koju bi dostavila Evropska unija, a sama mogućnost ratifikacije otvara vrata za dalje unapređenje zaštite ljudskih prava.

3. *Od Interlakena do Izmira*

Nakon Protokola 14, donesenog 2004. godine nastavljeno je sa razmišljanjem na temu reforme Suda. Sa ovim ciljem održane su u vrlo kratkom vremenskom roku dve konferencije kojima je osnovna svrha bila pitanje u kom pravcu treba nastaviti započeti posao. Polazna tačka ovih inicijativa bila je reafirmacija posvećenosti država članica Saveta Evrope sistemu zaštite ljudskih prava koji je uspostavila Konvencija. Ovo podrazumeva ulaganje napora da se obezbede prava i slobode garantovane Konvencijom prvenstveno na nacionalnom nivou, a nakon toga i prihvatanje nacionalnih vlasti da su njihovi postupci u vezi sa ovim predmet sudskog nadzora na jednom višem, evropskom nivou. To dalje vodi zaključku da Sud, kome je povereno vršenje ovog nadzora, mora biti sastavljen od nezavisnih i visokokvalifikovanih sudija. Države takođe potvrđuju svoju privrženost pravu na pojedinačnu predstavku, koja je kamen temeljac Konvencije. To je individualna žalba koja omogućava Sudu da identifikuje nedostatke na nacionalnom nivou, kao i da preispita sistem Konvencije. Istovremeno, naglašava se značaj koji nacionalni sudovi imaju kao primarni garanti zaštite prava i sloboda zagwarantovanih Konvencijom. Zbog toga je izuzetno važno razviti i održati visok nivo dijaloga koji postoji između nacionalnih sudova i Suda.

²⁸ *Ibidem.*, str. 411.

²⁹ Član 17 Protokola 14.

³⁰ *The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Treaties, Article 6 (2) TEU*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0013:0046:en:PDF>

Sud smatra da je ključni elemenat procesa pokrenutog u Interlaken uviđanje i priznanje da je odgovornost za efikasnu primenu Konvencije podeljena. Sud ne može i ne sme da snosi punu odgovornost za pravilnu implementaciju Konvencije.³¹

Centralna tema je potreba da se omogući Sudu da bude u poziciji da se na pravi način nosi sa predmetima pokrenutim pred njim. Još uvek postoji neusklađenost opterećenja Suda sa njegovim kapacitetima. Identifikovane su tri glavne komponente sudskog opterećenja i to su: masovni priliv nedopuštenih predstavi, veliki broj predmeta koji se ponavljaju i akumulacija potencijalno osnovanih slučajeva koji se ne ponavljaju.³²

3.1. Konferencija u Interlaken

Konferencija u Interlaken je održana februara 2010. godine, pod švajcarskim predsedavanjem Komitetom ministara Saveta Evrope. Na konferenciji je iznet stav da je i pored već izvršenih i planiranih poboljšanja, hitno potrebno usvojiti dodatne mere kako bi se postigla ravnoteža između broja presuda i odluka koje Sud donese i broja primljenih predstavi, zatim kako bi se omogućilo Sudu da smanji broj nerešenih slučajeva i da rešava nove predmete u razumnom roku, posebno one koji se odnose na ozbiljno kršenje ljudskih prava, i na kraju, kako bi se osiguralo potpuno i brzo izvršenje presuda Suda i efikasnost nadzora koji vrši Komitet ministara.³³ Možemo da zaključimo da je težište planirane reforme Suda na što je moguće većem smanjenju opterećenja rada Suda, kao i na uspostavljanju jakog mehanizma koji bi se starao o sprovođenju sudskih odluka, bez koga Sud nije u mogućnosti da nastavi da igra ulogu jakog zaštitnika ljudskih prava ustanovljenih Konvencijom.

Smatra se da je veliki problem što Sud većinu svog vremena provodi razmatrajući predstave koje bi trebalo da budu rešene već na nacionalnom nivou.³⁴ Na konferenciji u Interlaken, snažno je podržano očuvanje prava na pojedinačnu predstavku. Međutim ovo pravo mora da se efikasno kombinuje sa principom supsidijarnosti, čineći na taj način sistem Konvencije operativnim. Dugoročna efikasnost ovog sistema zahteva po-

31 *Preliminary opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference (Adopted by the Plenary Court on 20 February 2012.)*, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/BF069E9B-8EE5-4FA8-877E-2DFAA4C167BD/0/2012_Avis_Cour_Conf%C3%A9rence_de_Brighton_1820_avril_2012_EN.pdf

32 *Ibidem*.

33 *Interlaken Declaration*, http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/eda-zen/topics/europa/euroc.Par.0133.File.tmp/final_en.pdf

34 A. Mowbray, *The Interlaken Declaration – The Beginning of a New Era for the European Court of Human Rights?*, *Human Rights Law Review*, 519-528, 2010, str. 520.

stojanje već pomenute ravnoteže između broja predstavki podnetih Sudu i njegove sposobnosti da ih blagovremeno reši. Postizanje ovog cilja zahteva smanjenje količine neprihvatljivih predstavki i slučajeva koji se ponavljaju, prvenstveno putem pružanja efikasne zaštite prava i sloboda garantovanih Konvencijom, na nacionalnom nivou.³⁵ Konferencija je zaključena usvajanjem deklaracije i Akcionog plana.

Akcioni plan obuhvata sedam tačaka, ključnih za rešavanje identifikovanog problema. Prva tačka se odnosi na pravo podnošenja pojedinačnih predstavki, koje se smatra, kako smo već napomenuli, kamenom temeljcem sistema Konvencije. U vezi sa ovim, Konferencija je pozvala Komitet ministara da nađe rešenje koje bi omogućilo Sudu da se bavi predmetima koji se odnose na ozbiljne povrede ljudskih prava, uz određenu brzinu rešavanja predstavki.³⁶

Druga tačka se odnosi na primenu Konvencije na nacionalnom nivou. Konferencija podseća da su primarni garant ljudskih prava upravo nacionalne vlasti i stoga je pozvala države članice da podignu nivo svesti o potrebnoj zaštiti ljudskih prava garantovanih Konvencijom, da u potpunosti izvršavaju presude Suda, kao i da dosledno prate sudsku praksu, posebno tamo gde je sud utvrdio svoj stav o nekom pitanju kako ne bi dolazilo do preopterećenja Suda predmetima koji već imaju svoje rešenje. Države članice su još pozvane da osiguraju delotvorne domaće pravne lekove i pravičnu naknadu, tamo gde je to opravdano.³⁷

Treća tačka Akcionog plana obuhvata materiju filtriranja predstavki podnetih pred Sudom. I ovde je Konferencija uputila države članice da pažljivo prouče sudsku praksu koja se odnosi na neprihvatljive predstavke. Takođe, pozvala je Komitet ministara da razmotri još neka rešenja osim onih predviđenih Protokolom 14, a koja bi se odnosila na filtriranje neprihvatljivih predstavki.³⁸

Još jedna pojava koja dovodi do opterećenja rada Suda pomenuta je u četvrtoj tački Akcionog plana, a to je pitanje slučajeva koji se ponavljaju. Konferencija je pozvala države članice da olakšaju usvajanje prijateljskih poravnanja i jednostranih deklaracija i da sarađuju sa Komitetom ministara, nakon usvajanja konačnih pilot presuda³⁹, kako bi se u praksi

35 *Ibidem*, str. 521.

36 *Interlaken Declaration*.

37 *Ibidem*.

38 *Interlaken Declaration*.

39 Postupak pilot presuda je Sud razvio kao odgovor na suočavanje sa problemom predstavki koje se ponavljaju, odnosno takozvanih repetitivnih slučajeva i koje imaju isti uzrok i na taj način preopterećuju rad Suda. Informacije o ovom postupku možemo pogledati na: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DF4E8456-77B3-4E67-8944-B908143A7E2C/0/Information_Note_on_the_PJP_for_Website.pdf

usvojile mere podobne za efikasno rešavanje strukturalnih problema na samom izvoru slučajeva koji se ponavljaju.⁴⁰

Peta tačka odnosi se na Sud i podseća države članice da za sudiju treba da se izabere lice koje je visoko kvalifikovano, koje poznaje međunarodno javno pravo, najmanje jedan službeni jezik Suda, koje je upoznato sa nacionalnim pravnim sistemima i koje, na kraju, ima i potrebno praktično iskustvo. Konferencija je, priznajući podeljenu odgovornost, pozvala Sud da se uzdrži od ocenjivanja činjenica koje se odnose na nacionalno pravo, utvrđujući da on nije sud četvrte instance. Takođe, naglašena je supsidijarna uloga Suda i Sud je pozvan da sprovede u delo rešenje Protokola 14 koje se odnosi na novi kriterijum prihvatljivosti predstavke.⁴¹

Što se tiče šeste tačke, pod nazivom “Nadzor nad izvršenjem presuda”, Konferencija upućuje Komitet ministara da uoči glavne strukturalne probleme, kao i najvažnije presude koje se odnose na najozbiljnija kršenja ljudskih prava, da ih učini efikasnim i transparentnim.⁴²

Poslednjim pitanjem obuhvaćenim Akcionim planom Konferencija je pozvala Komitet ministara da razmotri pojednostavljenu proceduru kojom bi se usvajale buduće izmene i dopune Konvencije, a koje se odnose na organizaciona pitanja.⁴³

3.2. Konferencija u Izmiru

Konferencija u Izmiru, takođe posvećena pitanju reforme Suda, održana je pod turskim predsedništvom, aprila 2011. godine. Deklaracija sačinjena tim putem je načelno potvrdila stavove određene u interlakenskoj deklaraciji i izražena je odlučnost da se održi kontinuitet započetog procesa. Važno je napomenuti da je opet primetan porast predstavki koje su podnesene Sudu, kao i da je izražena zabrinutost jer se posle Konferencije u Interlakenu povećao broj zahteva za određivanje privremenih mera, u skladu sa članom 39 Poslovnika Suda, čime je dodatno opterećen rad Suda. Takođe, Konferencija u Izmiru je našla za shodno da pomene da odredbe Protokola 14, ma koliko da su pokazale napredak i mada njihov potencijal još nije iskorišćen, neće osigurati trajno i sveobuhvatno rešenje problema sa kojim je suočen sistem Konvencije. Na kraju svog uvodnog izlaganja, Konferencija je naročito pozdravila pregovore koji se vode sa Evropskom unijom o njenom pristupanju Konvenciji, kao i vidan napredak ostvaren nakon Konferencije u Interlakenu.⁴⁴

⁴⁰ *Interlaken Declaration*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Izmir Declaration*, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E1256FD2-DBE5-41E8-B715-4DF6D922C7B6/0/20110428_Declaration_Izmir_EN.pdf

Na Konferenciji održanoj u Izmiru donet je Plan daljih aktivnosti (u daljem tekstu Plan) koji se nadovezuje na Akcioni plan iz Interlakena, zatim koji se zasniva na osnovama razvoja događaja u Savetu Evrope, Sudu i Komitetu ministara, i na kraju, koji uzima u obzir očekivanja i probleme proizašle nakon Konferencije u Interlakenu.

Načelno, Plan obuhvata iste teme kao i interlakenski Akcioni plan, s tim što su dodate dve nove tačke, pa ćemo se na ovom mestu zadržati samo na njima, kao i na novinama predviđenim Planom, u okviru već obrađenih tema. Ovom prilikom Konferencija je pozvala države članice, Sud, kao i Komitet ministara da nastave da rade na problemima i pitanjima formulisanim godinu dana ranije.

Što se tiče problema povećanja broja zahteva za određivanje privremenih mera, Konferencija je istakla da se obrada ovih zahteva mora odvijati u potpunoj saglasnosti sa načelom supsidijarnosti. Takođe, u skladu sa efikasnim nadzorom nad izvršenjem presuda, države članice su obavezne da postupaju po privremenim merama koje odredi Sud. Konferencija je pozvala podnosiocze zahteva za određivanje privremenih mera, kao i njihove zastupnike, da u potpunosti postupaju po Praktičnom uputstvu o zahtevima za privremene mere.⁴⁵

Države članice su posebno pozvane da preduzmu mere u cilju prevođenja na nacionalni jezik Praktičnog vodiča o kriterijumima za utvrđivanje prihvatljivosti predstavke, kako bi se smanjio broj neprihvatljivih predstavki, kao i da daju svoj doprinos Fondu za ljudska prava (*Human Rights Trust Fund*). Od naročitog je značaja da države članice izrade izveštaje o napretku usvajanja mera koje su usvojene u interlakenskoj deklaraciji.

Pitanje koje se pojavilo kao novo odnosi se na savetodavna mišljenja Suda i razmatrano je na Konferenciji u Izmiru jer su neke države pokazale zanimanje za uvođenje postupka koji bi nacionalnim sudovima najviše instance omogućio da od Suda traže savetodavna mišljenja o tumačenju i primeni Konvencije. Sud je pozvan da pruži svoju pomoć u razmatranju ovog pitanja. Takođe je Konferencija pozvala Sud da redovno organizuje sastanke sa predstavnicima vlada država članica radi unapređenja dobre saradnje.⁴⁶

Iako je Protokolom 14 omogućeno Evropskoj uniji da pristupi Konvenciji, do Konferencije u Izmiru ona nije iskoristila tu mogućnost i stoga su strane pozvane da pregovore privedu kraju kako bi se što pre izradio nacrt sporazuma o pristupanju.

⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁶ *Ibidem.*

4. Konferencija u Brajtonu

Konferencija na visokom nivou o budućnosti Suda, održana je u periodu od 18. do 20. aprila 2012. godine u Brajtonu, u okviru predsedavanja Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Severne Irske Komitetom ministara Saveta Evrope. Ova konferencija na kojoj su učestvovalе delegacije svih 47 država članica Saveta Evrope, zamišljena je kao nastavak reformskog procesa započetog, kako smo videli, u Interlakenu, osnaženog stupanjem na snagu Protokola 14 i usvajanjem Deklaracije iz Izmira. Međutim, pored toga, ova konferencija je imala za cilj i da obezbedi delotvornost kontrolnog mehanizma koji je uspostavljen Konvencijom i trebalo je da odredi pravce za dalje kretanje reforme Suda.

Sud je našao da je težište procesa reformi koje su započele interlakenskom deklaracijom da se obezbedi da sudska praksa bude upotrebljiva, odnosno da se njome može rukovati, da bude transparentna i lako dostupna. Takođe, sudska praksa bi trebalo da se sastoji od predmeta koji pokreću važna pitanja u vezi sa Konvencijom. Sud ovo može ostvariti pod dva uslova, prvo, da se očuva pravo na pojedinačnu predstavku i drugo, da se obezbede efikasni mehanizmi (međunarodni ili nacionalni) putem kojih bi se rešavali slučajevi kojima Sud ne može da se bavi, a koji se takođe tiču sistema Konvencije.⁴⁷

Kako bi sistem Konvencije što bolje funkcionisao na nacionalnom nivou potrebno je jačati dijalog između nacionalnih sudova i Suda. U tu svrhu Sud održava redovne sastanke sa nacionalnim vrhovnim sudovima.⁴⁸ Brajtonska deklaracija podseća da Sud daje autoritativno tumačenje Konvencije. Međutim, nacionalni organi uživaju pravo slobodne procene kada primenjuju Konvenciju, pa stoga i Sud mora poštovati ovo pravo kada vrši nadzor nad odlukama nacionalnih vlasti. Stoga je Konferencija zaključila da bi upućivanje na načelo supsidijarnosti i doktrinu polja slobodne procene trebalo uneti u preambulu Konvencije, a ne u njen operativni deo, iz razloga transparentnosti i dostupnosti.⁴⁹ Prilično je nejasno šta bi ova razlika napravila. Takođe, koncept polja slobodne procene je

47 Preliminary opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference (Adopted by the Plenary Court on 20 February 2012.), http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/BF069E9B-8EE5-4FA8-877E-2DFAA4C167BD/0/2012_Avis_Cour_Conf%C3%A9rence_de_Brighton_1820_avril_2012_EN.pdf

48 Preliminary opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference (Adopted by the Plenary Court on 20 February 2012.), http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/BF069E9B-8EE5-4FA8-877E-2DFAA4C167BD/0/2012_Avis_Cour_Conf%C3%A9rence_de_Brighton_1820_avril_2012_EN.pdf. Skorašnji primer je presuda Velikog veća u predmetu *Al-Khawaja and Tahery v. UK*.

49 Brighton Declaration, <http://www.coe.int/en/20120419-brighton-declaration>.

varijabilni pojam, kako je primetio predsednik Suda Braca (*Bratza*) i on ne podleže preciznim definicijama. Posebno je pitanje da li će izričito unošenje ovog koncepta u Konvenciju zaista uticati na sudsku praksu Suda. I na kraju, javlja se pitanje na koji način će unošenje ova dva principa u preambulu Konvencije njih učiniti pristupačnijim za primenu. Termin “polje slobodne procene” je stvoren u sudskoj praksi i do danas se nije našao ni u jednom normativnom tekstu.

Kamen temeljac sistema Konvencije, pravo na pojedinačne predstavke, pretrpeće značajne izmene, ukoliko se do kraja 2013. godine usvoji predloženo rešenje. Naime, brajtonska deklaracija predviđa smanjenje roka za podnošenje predstavke iz člana 35 stava 1. Konvencije, sa šest na četiri meseca. Važno je napomenuti da je u početnim predlozima zatraženo da se ovaj rok smanji na dva ili tri meseca. Deklaracija je potvrdila da bi “predstavku trebalo smatrati očigledno neosnovanom u smislu člana 35 stava 3 tačke a u kojoj Sud smatra da je u predstavci reč o navodnoj povredi prava koja je bila valjano razmotrena pred nacionalnim sudom koji je primenjivao prava garantovana Konvencijom u svetlu dobro ustanovljene prakse Suda koja je uključena u polje slobodne procene na odgovarajući način, osim ako Sud ustanovi da predstavka povlači za sobom ozbiljno pitanje u vezi sa tumačenjem ili primenom Konvencije.” Sud je pozvan da uzme u obzir potrebu za striktnim i doslednim pristupom u proglašavanju takvih predstavki nedopuštenim.⁵⁰ S obzirom na mogućnost uvođenja novog uslova prihvatljivosti Sud smatra da u kontekstu dugoročnih reformskih rasprava, opravdano je napraviti pregled postojećih kriterijuma prihvatljivosti. Međutim, Sud nije ubeđen da će prilagođavanje ili dodavanje kriterijuma prihvatljivosti imati značajan uticaj na opterećenje rada Suda. Što se tiče konkretnog predloga koji se odnosi na kriterijum baziran na tvrdnji da su žalbe uredno razmatrane od strane nacionalnog suda, Sud je objasnio da ovaj princip već vlada u sudskom razmatranju podnesenih predstavki. U onoj meri u kojoj bi ovaj kriterijum imao za cilj da ublaži opterećenost Suda, pitanje da li su nacionalni sudovi očigledno pogrešili, u svakom slučaju bi iziskivalo sistematsko i temeljno ispitivanje predstavke.⁵¹

Jedan od glavnih razloga za održavanje brajtonske konferencije (kao i prethodnih održanih u Interlakenu i Izmiru) je problem broja

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Preliminary opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference (Adopted by the Plenary Court on 20 February 2012.)*, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/BF069E9B-8EE5-4FA8-877E-2DFAA4C167BD/0/2012_Avis_Cour_Conf%C3%A9rence_de_Brighton_1820_avril_2012_EN.pdf.

predmeta koji se nalaze pred Sudom. Taj broj je udvostručen od 2004. godine. Na odgovor Suda podnosioci predstavki čekaju godinama. Jedan od problema vezanih za broj predmeta pred Sudom su predstavke koje se ponavljaju. One su uglavnom povezane sa sistemskim i strukturnim pitanjima na nivou države. Države ugovornice su odgovorne da se takva pitanja i povrede koje iz njih proizilaze rešavaju u okviru delotvornog izvršavanja presida Suda. Nadzor nad ovim sprovodi Komitet ministara. Sudu se mora omogućiti da svoju pažnju usredsredi na potencijalno osnovane nove povrede.

Konferencija je pozdravila usvajanje Smernica od strane Komiteta ministara za izbor kandidata za mesto sudije u Sudu, kao i osnivanje Savetodavnog panela stručnjaka za kandidate za izbor za sudiju Suda. Imajući u vidu ključnu ulogu koju igra Veliko veće u održavanju principa doslednosti sudske prakse, konferencija zaključuje da treba izmeniti član 30 Konvencije tako što će se izuzeti reči “izuzev kada se tome protivi jedna od stranaka u sporu”.⁵² Možemo da primetimo da bi formalno gledano usvajanje ove izmene moglo da dovede do očuvanja i podsticanja principa doslednosti sudske prakse Suda.

Vredna pomena je još jedna predložena izmena koja se odnosi na sudije Suda. Konferencija je zaključila da bi trebalo izmeniti član 23 stav 2 Konvencije tako da se zameni starosna granica za sudije zahtevom da sudije ne smeju biti starije od 65 godina na dan kada im počinje mandat.⁵³ Efekat predloženog rešenja bio bi da se podiže maksimalna starosna granica na 74 godine. Jedan od sarkastičnih komentara upućenih ovoj odredbi je da to možda dobro odražava starost evropske populacije. Istina je da se ljudski životni vek produžava, ali pre usvajanje ove izmene trebalo bi razmisliti kolika je sposobnost sudije u tako poznim godinama da obavlja stručno i efikasno svoju sudijsku dužnost.

Nacrti svih predloženih promena iznesenih na konferenciji u Brajtonu treba da budu izrađeni od strane Komiteta ministara do kraja 2013. godine. U izradi je i Protokol 15 (takođe i potencijalni Protokol 16 ako se odredbe o postupku davanja savetodavnih mišljenja od strane Suda unesu u poseban protokol). Nadajmo se da će njihova sudbina biti da provedu manje vremena u čekanju na primenu nego Protokol 14.

⁵² Član 30 Konvencije trenutno glasi: “Ako se povodom predmeta koji veće razmatra pokrene neko ozbiljno pitanje od značaja za tumačenje Konvencije ili protokola uz nju, ili ako rešenje pitanja pred većem može da dovede do rezultata koji nije u saglasnosti s nekom prethodno donetom presudom Suda, veće može, sve dok ne donese presudu, da ustupi nadležnost Velikom veću, izuzev kada se tome protivi jedna od stranaka u sporu.”

⁵³ Član 23 Konvencije trenutno predviđa da sudiji ističe mandat kada napuni 70 godina života.

5. Zaključak

Sve gore navedeno navodi nas na zaključke da stalne reforme iziskuje preveliki broj predmeta koji se nalaze pred Sudom, a koje on nije u mogućnosti da rešava u razumnom roku. Statistike pokazuju da Sud najviše opterećuju neprihvatljive predstavke i slučajevi koji se ponavljaju. Što se tiče očigledno neprihvatljivih predstavi, sam Sud je preduzeo niz koraka da što brže i efikasnije sprovodi njihovo filtriranje. Videli smo i da je Protokolom 14, kao i na konferencijama preduzeto nekoliko praktičnih mera kako bi se Sud što bolje izborio sa ovim problemom. Problem slučajeva koji se ponavljaju bi se možda najefikasnije mogao rešiti doslednim upućivanjem i primenom pilot presuda. U vezi sa ovim državama ugovornicama treba pružiti adekvatnu tehničku pomoć, kako bi se prilagodile jednom novom načinu rada. Efikasno filtriranje ove dve vrste slučajeva ostavilo bi Sudu dovoljno prostora da se bavi samo najozbiljnijim slučajevima, kao i da razvija nove pilot presude i svoju sudsku praksu.

Problem broja predmeta pred Sudom je glavni uzrok i pokretač svih predloženih reformi, kao i onih koje su u najavi. Međutim, ne možemo a da ne primetimo da se kroz svaku reformu "provuku" i novine koje direktno, a možda ni indirektno ne rešavaju identifikovani problem. To je na primer predložena reforma za smanjenje roka za podnošenje predstavi. Kako će ova mera uticati na broj predmeta pred Sudom? Verovatnije je da neće proizvesti nikakve efekte u tom pravcu, ili bar ne željene. Ili možemo za primer uzeti pomeranje starosne granice za sudije. Prema logičkim razmatranjima, ni ova mera ne može doprineti rešavanju problema.

Možemo se osvrnuti i na pitanje pristupanja Evropske unije Konvenciji. Kada se to desi moguće je da će Sudu pristizati još veći broj predstavi, ali je isto tako verovatno i da će pojedincima biti pružena veća zaštita ljudskih prava. Na Sudu i organima nadležnim za Konvenciju, kao i na državama članicama je da smisle kako će se ubuduće rešavati ovaj problem. Naravno, pre toga, treba dati vremena usvojenim reformama da pokažu svoje efekte. Ni jedan veliki posao se ne radi na brzinu. Videli smo da će uskoro možda biti donet i Protokol 15. Međutim, i ovako česte izmene u radu Suda, kao i u samom sistemu Konvencije se mogu pokazati kao novi problem. Jedna institucija, kao što je Sud, zaštitnik ljudskih prava na evropskom nivou ne bi smeo da trpi česte "potrese". Treba mu dozvoliti da radi tiho i bez "turbulencija".

*Marijana Mojsilović, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Reform of the European Court of Human Rights

Abstract: *The European Court of Human Rights is the crown in the international system for protecting human rights. In recent years the Court has become a victim of its own success. In response to growing backlog of individual complaints, the Council of Europe has, over the last five years, considered numerous proposals to restructure the European human rights regime and redesign the European Convention on Human Rights.*

The aim of this article is just to show the most important innovations introduced primarily by Protocol no. 14, and then the Declarations adopted at the Conference in Interlaken, Izmir and at the end in Brighton, this year. Some of the solutions provided will help to reduce the work load of the Court in the future, while others are introduced for practical reasons, or a well-known political. However, adopted proposals should be given time to show some results. But in the other way, the frequent changes in the Court's work system and in the Convention system may prove to be a new problem. An institution such as the Court, the protector of human rights at the European level should not be allowed to suffer frequent „earthquakes“. It should be let alone to work quietly and without „turbulence“.

Key words: *human rights protection, European Court of Human Rights, Court, Convention, Reform*